

# Kroniek Arbeids- recht



kroniek  
2007-2009

.....

## Inhoud

Kantonrechtर्सformule

Exclusiviteit van de ontbindings-  
beschikking

Kennelijk onredelijk ontslag  
Nieuwe formule?  
Langdurige  
arbeidsongeschiktheid  
Wettelijke rente

Concurrentiebeding

Bestaan arbeidsovereenkomst

Eenzijdige wijziging van arbeids-  
voorwaarden

Overgang van onderneming

Werkgevers- en werknemersaan-  
sprakelijkheid

Gelijke behandeling

Arbeidsongeschiktheid/ziekte

Ontslag op staande voet/persoon-  
lijke levenssfeer

Recent: deeltijd-WW en tijdelijke  
wijziging ontslagbesluit

Sinds de vorige editie van de Kroniek Arbeidsrecht (*Advocatenblad* 26 oktober 2007) is het arbeidsrecht niet alleen voortdurend in beweging, maar in deze tijden van economische crisis nog eens extra actueel geworden. Deze kroniek behandelt de belangrijkste uitspraken en rubriceert ze in elf deelonderwerpen.

Bij een zó onredelijk ontslag wil ik ook een fors onredelijke vergoeding...

.....  
**Christiaan Oberman**  
redactielid  
**Karol Hillebrandt**  
advocaat te Amsterdam  
.....

## Kantonrechtersformule

Een belangrijke wijziging op het gebied van de ontslagvergoedingen zijn uiteraard de gewijzigde Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters die sinds 1 januari 2009 gelden in ontbindingszaken, beter bekend als de 'kantonrechtersformule'. De kantonrechtersformule wordt berekend aan de hand van het aantal dienstjaren (factor A), vermenigvuldigd met het brutomaandsalaris, vermeerderd met vaste emolumenten (factor B) en met een factor C, waarin de bijzondere omstandigheden van het geval tot uitdrukking komen. Indien de reden voor de beëindiging van het dienstverband niet aan een van de partijen te wijten is, is deze factor C in beginsel 1.

Een van de belangrijkste wijzigingen van de nieuwe kantonrechtersformule is de aanpassing van de A-factor. Onder de oude formule telden dienstjaren tot 40 jaar voor 1; van 40 jaar tot 50 jaar voor 1,5; vanaf 50 jaar voor 2. In de nieuwe kantonrechtersformule tellen de



dienstjaren tot 35 voor 0,5; van 35 jaar tot 45 jaar voor 1; van 45 jaar tot 55 jaar voor 1,5; vanaf 55 jaar voor 2. Daarnaast dient op basis van de nieuwe formule de afronding van dienstjaren voortaan per leeftijdscohort te geschieden.<sup>2</sup> De vergoeding kan dus door de gewijzigde A-factor aanmerkelijk lager uitvallen.

Daarnaast kan in de nieuwe C-factor de afwijkende arbeidsmarktpositie van de werknemer tot uitdrukking worden gebracht. Voorts wordt er in de nieuwe Aanbevelingen veel meer nadruk gelegd op de financiële positie – het 'habe nichts/habe wenig'-verweer – van de werkgever. Ook is er meer maatwerk voor werknemers die in het zicht van pensionering zijn. Het begrip 'pensioeringsgerechtigde leeftijd' valt niet meer vanzelfsprekend samen met 65 jaar. Bij de bepaling van de vergoeding zal reke-

1 Beide auteurs zijn advocaat bij Palthe Oberman Advocaten te Amsterdam.

2 Zie ook C.C. Oberman, 'Goedkoper ontslag in zware tijden. Nieuwe kantonrechtersformule', in *Advocatenblad* 2009-6, 6 februari 2009, p. 62-64.

ning worden gehouden met de leeftijd waarop de werknemer naar verwachting met pensioen zou gaan als de ontbinding er niet tussendoor was gekomen.

Een andere belangrijke wijziging is dat de kantonrechttersformule ook dient te worden toegepast bij een ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, waarbij de werknemer nog slechts kort in dienst is. Vóór 1 januari 2009 pleegde de kantonrechter zich op het standpunt te stellen dat de kantonrechttersformule niet geschikt was bij korte dienstverbanden.

## Exclusiviteit van de ontbindingsbeschikking

In 2008 deed de Hoge Raad (Seminis/Van Wielink, HR 11 juli 2008, JAR 2008/2003) een interessante uitspraak op het gebied van de exclusiviteit van de ontbindingsbeschikking, de zogenoemde Baijingsleer. De Baijingsleer houdt kort gezegd in dat er na een ontbindingsprocedure in beginsel geen ruimte is voor een nieuwe procedure, waarin een schadevergoeding wordt gevorderd op basis van de redelijkheid en billijkheid. Dit is anders indien de ontbindingsrechter kenbaar heeft gemaakt dat hij bij de vaststelling van de door hem toe te kennen vergoeding de aanspraak die in de vervolprocedure wordt gevorderd niet in de afweging heeft betrokken (HR 24 oktober 1998, NJ 1998/644).

Dit was ook het geval in de zaak tussen Seminis en Van Wielink. De kantonrechter had de arbeidsovereenkomst tussen Van Wielink en Seminis ontbonden onder toekenning van een vergoeding aan Van Wielink. In de beschikking had de kantonrechter vervolgens uitdrukkelijk opgenomen dat hij geen rekening had gehouden met de optieschade die Van Wielink had geleden en dat het Van Wielink vrijstond om door te procederen tegen de moedervenootschap die de opties had verstrekt. Vervolgens startte Van Wielink een procedure tegen zijn werkgever (en niet tegen de moedervenootschap). Dat mag volgens de Hoge Raad omdat de kantonrechter uitdrukkelijk had kenbaar gemaakt dat hij bij

de vaststelling geen rekening had gehouden met de betreffende aanspraak. Van Wielink mocht dus ook procederen tegen zijn werkgever.

In het kader van de procedure had Van Wielink een schadevergoeding gevorderd van € 330.000. Het hof had echter € 100.000 toegekend naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. De Hoge Raad overweegt dat het hier niet ging om een schadevergoeding, maar om een vergoeding die de rechter op de voet van art. 7:685 lid 8 BW met het oog op de omstandigheden van het geval naar billijkheid toekent. Gelet op de aard van die vergoeding mag het oordeel van de rechter op een gemotiveerde schatting berusten. In dat kader komt 'aan het intuïtieve inzicht van de rechter mede betekenis toe', waarbij de rechter kijkt naar de situatie ten tijde van de ontbinding.

## Kennelijk onredelijk ontslag

### Nieuwe formule?

Op het gebied van kennelijk onredelijk ontslag zijn veel belangwekkende uitspraken gedaan. Al jaren speelt de vraag of de kantonrechttersformule ook moet worden toegepast in de art. 7:681 BW-procedure. Een meerderheid van de kantonrechtters wees tot voor kort analoge toepassing van de kantonrechttersformule in kennelijk onredelijk ontslagprocedures van de hand.<sup>3</sup> Dat deden ook de gerechtshoven. Op 14 oktober 2008 maakte het Hof Den Haag echter een ommezwaai en kwam in zeven arresten tot een eigen formule. Daarbij hanteerde het hof de kantonrechttersformule verminderd met 30%. Het hof wilde een eind maken aan de onwenselijkheid van de verschillende uitkomsten in de ontbindingsprocedures op de voet van art. 7:685 BW (waarbij veelal de kantonrechttersformule wordt gehanteerd) en de kennelijk onredelijk

De ontslagen werknemer van mijn cliënt had zijn ontslagvergoeding de afgelopen jaren zelf al genomen. Dat maakt het ontslag nu wel zo redelijk...



ontslagprocedures waarbij dat niet het geval is. De verschillen tussen de kennelijk onredelijk ontslagprocedure en de ontbindingsprocedure – tot uiting komend in de CWI-toetsing, de toepasselijkheid van de geldende opzegtermijn en de in het wettelijk criterium besloten liggende drempel ('kennelijk') – rechtvaardigen naar het oordeel van het hof een billijke vergoeding gelijk aan 70% van de kantonrechttersformule. Het hof overwoog voorts dat veelal wel sprake was van kennelijk onredelijk ontslag indien en voor zover in het kader van de ontslagprocedure niet ten minste een dergelijke vergoeding was aangeboden.

Dit gaat in tegen vaste rechtspraak van de Hoge Raad, die meermaals heeft geoordeeld dat bij de vraag of het ontslag kennelijk onredelijk is alle omstandigheden van het geval in de oordeelsvorming moeten worden betrokken (zie o.a. HR 22 februari 2002, NJ 2002, 230 en HR 3 december 2004, NJ 2005, 30). Volgens de Hoge Raad hoeft een ontslag dus niet kennelijk onredelijk te zijn indien geen vergoeding wordt aangeboden.

Op 7 juli 2009 hebben vervolgens de vier andere hoven een andere formule ontwikkeld. Ze overwogen dat bij de beoordeling van de vraag of de gevolgen van de opzegging voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging, de rechter alle omstandigheden in aanmerking dient te nemen. Pas indien is geoordeeld dat de opzegging kennelijk onredelijk is, komt de schadevergoeding aan de orde. Die wordt bepaald aan de

<sup>3</sup> Zie onder meer M.W.A.M. van Kempen en J.J.W. Ladestein, 'Reflexwerking van de Kantonrechttersformule in de Kennelijk Onredelijk Ontslagprocedure', in: *Arbeidsrecht* 2008/2.

maar oprecht, Rex en ik waren overeengekomen dat we niets overeen zouden komen — dus u kunt hem nergens aan houden...



hand van de XYZ-formule, waarbij X staat voor het aantal gewogen dienstjaren, Y voor het laatstverdiende salaris en Z voor de correctiefactor. De factor Z kan slechts in bijzondere gevallen hoger uitvallen dan 0,5.

Inmiddels heeft de Hoge Raad in zijn arrest van verleden week vrijdag, 27 november 2009, één van de arresten vernietigd waarin het Hof Den Haag de kantonrechttersformule met generieke korting hanteerde. De Hoge Raad oordeelde - in lijn met eerdere uitspraken - dat de enkele omstandigheid dat de werkgever de werknemer geen vergoeding heeft aangeboden, het ontslag nog niet kennelijk onredelijk maakt. Verder kan volgens de Hoge Raad bij vergoedingen wegens kennelijk onredelijk ontslag de kantonrechttersformule niet worden toegepast. De beslissing van het Hof Den Haag wordt vernietigd en het Hof Amsterdam, die dus een andere formule toepast, moet de zaak opnieuw behandelen.

**Langdurige arbeidsongeschiktheid**  
Indien de arbeidsovereenkomst met een werknemer wegens diens langdurige arbeidsongeschiktheid met een CWI-vergunning, maar zonder een noemenswaardige financiële tegemoetkoming door de werkgever wordt opgezegd, pleegt die werknemer vaak een beroep te doen op het gevolgcriterium van art. 7:681 lid 2 sub b BW. In het Bouldam-arrest (JAR 1999/149) overwoog de Hoge Raad onder meer dat het niet noodzakelijk is dat de werknemer een causaal

verband tussen het werk en arbeidsongeschiktheid aantoonde. Voldoende was dat de arbeidsongeschiktheid was ingetreden nadat de werkzaamheden waren verricht. In 2008 (Wüstlich/Chromaloy, 15 februari 2008, JAR 2008/76) oordeelde de Hoge Raad wederom over een geval waarbij de werkgever met CWI-toestemming de arbeidsovereenkomst had opgezegd op grond van diens voortdurende arbeidsongeschiktheid. De werkgever had daarbij geen financiële vergoeding aangeboden. De kantonrechter had voor recht verklaard dat het ontslag kennelijk onredelijk was en kende een vergoeding toe. Het hof daarentegen had het vonnis vernietigd en de vordering van werknemer Wüstlich alsnog afgewezen.

In cassatie overweegt de Hoge Raad dat bij de beoordeling of de gevolgen van de opzegging voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging, de rechter alle omstandigheden in aanmerking dient te nemen. Tot die omstandigheden kan mede behoren of de werkgever een verwijt kan worden gemaakt van het ontstaan van de arbeidsongeschiktheid. De enkele omstandigheid echter dat de werknemer na langdurig dienstverband wegens arbeidsongeschiktheid is ontslagen, levert op zichzelf beschouwd geen grond voor toekenning van een vergoeding. Wüstlich vangt dus bot.

#### **Wettelijke rente**

In een andere kennelijk onredelijk ontslagzaak 14 november 2008 JAR

2008/318 moest de Hoge Raad oordelen over de vraag vanaf welk tijdstip de wettelijke rente over een toegekende schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag verschuldigd was. De Hoge Raad overweegt dat een kennelijk onredelijke opzegging – de grondslag van de schadevergoeding – een bijzondere vorm betreft van een tekortkoming van de werkgever in zijn verplichtingen om zich ook bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst als een goed werkgever te gedragen. Deze schadevergoeding is dan ook te beschouwen als een bijzondere vorm van schadevergoeding wegens wanprestatie. Het ligt daarom volgens de Hoge Raad in de rede om bij beantwoording van de vraag vanaf welk tijdstip de wettelijke rente over deze schadevergoeding verschuldigd is, aan te sluiten bij het bepaalde in art. 6:119 BW. De wettelijke rente is daarom verschuldigd vanaf het tijdstip dat de schadevergoeding wegens de kennelijk onredelijke opzegging opeisbaar wordt, dat is dus het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst als gevolg van deze opzegging eindigt en niet bij de toewijzing van de vordering.

## Concurrentiebeding

Conform art. 7:653 BW dient een concurrentiebeding tussen een werkgever en een werknemer schriftelijk te worden overeengekomen. Die schriftelijkheids-eis betreft een bijzondere waarborg voor de werknemer dat deze de consequenties

van het concurrentiebeding goed heeft overwogen. In de zaak Philips/Oostendorp (HR 28 maart 2008, JAR 2008/113) was in geschil of een concurrentiebeding in de arbeidsvoorwaarden rechtsgeldig was.

Philips was op 1 april 1987 voor een periode van een jaar bij accountantskantoor Oostendorp in dienst getreden als assistent-accountant. Die overeenkomst was nadien omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Bij het aangaan van de overeenkomst waren de arbeidsvoorwaarden van toepassing verklaard, waarin onder andere een concurrentiebeding was opgenomen. Tien jaar later zond Oostendorp bij brief van 12 december 1997 een hernieuwd exemplaar van die arbeidsvoorwaarden aan Philips toe. De maatschap deelde mee dat Philips zich door ondertekening van de brief akkoord zou verklaren met de inhoud van de gewijzigde voorwaarden, met wederom een concurrentiebeding. Philips ondertekende en retourneerde de brief.

In 2006 zegde Philips de arbeidsovereenkomst op en trad in dienst bij een ander accountantskantoor. Nadat hij door de raadsman van Oostendorp op het concurrentiebeding was gewezen, vorderde hij in kort geding primair schorsing en subsidiair matiging van het concurrentiebeding. De kantonrechter wees de primaire vordering toe. Het hof wees de vorderingen van Philips af.

De Hoge Raad verwerpt het door Philips aangetekende beroep en overweegt dat aan het schriftelijkheidsvereiste is voldaan indien in een arbeidsovereenkomst of in een brief naar bijgevoegde arbeidsvoorwaarden is verwezen waarin een concurrentiebeding voorkomt en de werknemer zich door ondertekening van de arbeidsovereenkomst of die brief akkoord verklaart met die arbeidsvoorwaarden. Voor de geldigheid van het concurrentiebeding is niet vereist dat de bijgevoegde arbeidsvoorwaarden ook zelf door de werknemer zijn ondertekend. Evenmin is vereist dat de akkoordverklaring op de brief uitdrukkelijk naar de aanvaarding van het concurrentiebeding verwijst.

Terzijde overweegt de Hoge Raad nog wel dat aan het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:653 BW niet is voldaan indien de werknemer zich akkoord verklaart

met de inhoud van een niet als bijlage in schriftelijke vorm bijgevoegd document waarin een concurrentiebeding voorkomt, tenzij de werknemer daarbij uitdrukkelijk verklaart dat hij met het concurrentiebeding instemt. Niettemin blijft het om bewijstechnische redenen raadzaam het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst op te nemen of om ook de arbeidsvoorwaardenregeling zelf te laten ondertekenen.

## Bestaan arbeidsovereenkomst

Bij de vraag of tussen partijen een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht is ontstaan, is het Schoeversarrest (HR 14 november 1997, NJ 1998, 149) nog altijd in belangrijke mate bepalend. De Hoge Raad overweegt dat tussen partijen datgene geldt wat hun bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij de overeenkomst feitelijk hebben uitgevoerd en aldus daaraan inhoud hebben gegeven. Daarbij is niet een enkel kenmerk van de contractuele relatie beslissend, maar moeten de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun rechtsverhouding hebben verbonden, in een onderling verband worden gezien.

In een later arrest (HR 10 november 2004, NJ 2005/239) overweegt de Hoge Raad dat wanneer beide partijen bij het aangaan van de overeenkomst van opdracht hebben beoogd dat deze niet als arbeidsovereenkomst dient te worden aangemerkt, dit van belang is – zij het niet zonder meer beslissend – voor de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst.

In het arrest Thuiszorg/PGGM (HR 13 juli 2007, JAR 2007/231) komen deze vragen ook aan de orde. Een opvallend aspect in dit arrest was dat de ‘werknemer’, de directeur van Thuiszorg, geen partij bij deze zaak was. De feiten lagen als volgt. Knipscheer is directeur en enig aandeelhouder van Kniphham Holding BV. Tussen Thuiszorg en Kniphham Holding BV bestaat een managementovereenkomst op basis waarvan Kniphham Holding BV belast is met het feitelijk bestuur van Thuiszorg. Op basis

van deze managementovereenkomst vervulde Knipscheer de functie van algemeen directeur. Thuiszorg valt onder de werkingssfeer van de verplichte deelneming in het Pensioenfonds PGGM. Op grond daarvan diende Thuiszorg volgens PGGM premies te betalen voor Knipscheer, haar algemeen directeur. Thuiszorg stelde zich op het standpunt dat zij hiertoe niet gehouden was, omdat er geen arbeidsovereenkomst maar een managementovereenkomst was gesloten. De kantonrechter stelde Thuiszorg in het gelijk. In hoger beroep oordeelde het hof dat tussen Knipscheer en Thuiszorg wel een arbeidsovereenkomst bestond. Het hof liet daarbij meespelen dat door de holding van Knipscheer geen btw werd afgedragen over de verrichte werkzaamheden.

De Hoge Raad verwerpt het door Thuiszorg ingestelde cassatieberoep. De raad overweegt daarbij dat het hof zich terecht niet had laten weerhouden door de omstandigheid dat partijen geen arbeidsovereenkomst met elkaar wensten te sluiten. Het gaat immers niet alleen over wat partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, maar ook over de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven. De concrete omstandigheden van het geval laten zien dat er sprake is van een gezagsverhouding tussen Thuiszorg en Knipscheer. Daarnaast moest Knipscheer de werkzaamheden persoonlijk verrichten. Het arrest leert nog eens dat de feitelijke situatie nog steeds van groot belang is, ook al hebben partijen beoogd een ander soort overeenkomst te sluiten.

## Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden

In 1998 overwoog de Hoge Raad in het Taxi/Hofman-arrest (HR 26 juni 1998, JAR 1998/199) dat uit het beginsel van goed werknemerschap voortvloeit dat de werknemer in het algemeen positief ingaat op redelijke voorstellen van de werkgever die verband houden met de gewijzigde omstandigheden op het werk

beste Stof, wij zijn als managementteam toch wel in staat om te bepalen wat redelijk is – zonder dat we daarvoor jouw instemming nodig hebben?



en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd.

In een recent arrest heeft de Hoge Raad (HR 11 juli 2008, JAR 2008/209) zich wederom uitgelaten over de vraag wanneer een werknemer verplicht is een functiewijziging te accepteren. De feiten lagen als volgt. Stof, voorheen aandeelhouder en statutair bestuurder, was na de verkoop van zijn aandelen aan Mammoet als werknemer aangebleven. Bij het sluiten van die koopovereenkomst was afgesproken dat Stof voor de duur van tien jaar als werknemer bij Mammoet in dienst zou treden als technisch directeur. Een gedeelte van de koopsom van de aandelen was afhankelijk gesteld van de nakoming van zijn verplichtingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst. Op een bepaald moment is aan Stof meegedeeld dat hij een andere functie zou krijgen. Hij weigerde echter hiermee genoegen te nemen. Daarop weigerde Mammoet het loon te betalen. Zowel bij de kantonrechter als bij het hof trok Stof vervolgens aan het kortste eind. Het hof concludeerde dat Mammoet een naar omstandigheden redelijk en aanvaardbaar voorstel voor een andere functie had gedaan.

In cassatie overweegt de Hoge Raad als volgt. Er is geen grond aan te nemen dat de werknemer slechts dan in strijd handelt met de verplichting om zich als goed werknemer redelijk op te stellen tegenover een, met gewijzigde omstandigheden op het werk verband houdend, redelijk voorstel van de werkgever, indien afwijzing van het – redelijke – voorstel van de werkgever door de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Bij de hier te hanteren maatstaf moet het accent niet eenzijdig worden gelegd op hetgeen van de werknemer in een dergelijke situatie mag worden verwacht. Er dient immers in de eerste plaats te worden onderzocht of de werkgever als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden en of het door hem gedane voorstel redelijk is. Nu de werknemer op deze wijze beschermd wordt tegen onredelijke voorstellen van de werkgever, en nu vervolgens nog dient te worden onderzocht of de aanvaarding van het door de werkgever gedane redelijke voorstel in het licht van de omstandigheden van het geval in redelijkheid van de werknemer gevraagd kan worden, is het belang van de werknemer bij een ondanks veranderde om-

standigheden ongewijzigd voortduren van de arbeidsvoorwaarden voldoende gewaarborgd.

De Hoge Raad geeft hiermee dus in feite een soort stappenplan voor zowel werkgever als werknemer bij een eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden, indien er geen schriftelijk wijzigingsbeding geldt als bedoeld in art. 7:613 BW. Hoewel het hier op het eerste gezicht om een vergelijkbare kwestie gaat, moet worden aangenomen dat art. 7:613 BW veeleer ziet op gevallen waarin de werkgever zich de bevoegdheid heeft voorbehouden bij zwaarwegende redenen de arbeidsvoorwaarden te wijzigen, zowel ten opzichte van een individuele werknemer als ten opzichte van verscheidene werknemers. Wanneer geen wijzigingsbeding geldt, wordt volgens de Hoge Raad de werknemer voldoende rechtsbescherming geboden op basis van de hiervoor genoemde maatstaven.

## Overgang van onderneming

Een tot op heden onbeantwoorde vraag op het gebied van overgang van onderneming betreft de rol van een perso-

neelsvennootschap. Gaan werknemers die binnen een concern formeel in dienst zijn van een personeelsvennootschap maar feitelijk werkzaam voor een andere tot het concern behorende vennootschap, mee over als de vennootschap waarvoor zij werkzaam zijn, wordt overgedragen? In de inmiddels langlopende Heineken-zaak staat deze vraag centraal. Het concern van Heineken kent een personeelsvennootschap, Heineken Nederlands Beheer BV, waar alle werknemers van het concern formeel in dienst zijn. De werknemer in deze zaak was vanuit deze personeelsvennootschap gedetacheerd bij Heineken Nederland BV, waar hij cateringwerkzaamheden verrichtte. In 2005 heeft Heineken haar cateringactiviteiten uitbesteed aan Albron, waarbij de werknemer onder nieuwe arbeidsvoorwaarden in dienst was getreden van Albron. Partijen verschillen van mening over de vraag of art. 7:663 BW (overgang van onderneming) in dit geval van toepassing was, op grond waarvan de werknemer aanspraak zou kunnen maken op zijn oude arbeidsvoorwaarden. Albron gaat uit van een formeel werkgeversbegrip en stelt zich op het standpunt dat van toepassing van art. 7:663 BW geen sprake kan zijn, aangezien de werknemer niet in dienst was van de vervreemder, maar van de personeelsvennootschap. De werknemer en FNV betogen dat een juiste uitleg van de Europese Richtlijn waarop art. 7:663 BW is gebaseerd, een materieel werkgeversbegrip meebrengt, op grond waarvan de werknemer wegens overgang van onderneming in dienst is getreden van Albron. De werknemer en FNV wijzen er onder meer op dat de structuur van Heineken anders zou meebrengen dat de Europese richtlijn wordt omzeild.

Het Hof Amsterdam stelde vast dat volgens de heersende leer aan de toepassing van art. 7:663 BW de eis wordt gesteld dat de vervreemder van de over te dragen onderneming ook de werkgever is van de betrokken werknemers. Het hof erkende evenwel dat de structuur van het Heineken-concern dan echter de consequentie zou hebben dat de richtlijn wordt omzeild. Het hof heeft hierin reden gezien in zijn arrest van 30 juni 2009 (LJN BJ3475) de volgende twee prejudiciële vragen te formuleren aan het Hof van Justitie:

- 1 Is van een overgang van onderneming uitsluitend sprake indien de werknemer formeel in dienst is van de vervreemder?
- 2 Wat als de werknemers die ten behoeve van een tot een concern behorende onderneming werkzaam zijn, in dienst zijn van een andere tot dat concern behorende vennootschap, niet zijnde een personeelsvennootschap?

## Werkgevers- en werknemers-aansprakelijkheid

Op het gebied van werkgevers- en werknemersaansprakelijkheid zijn wederom diverse arresten geweest. De belangrijkste daarvan gaan over de aansprakelijkheid van de werkgever op grond van art. 7:611 BW (goed werkgeverschap) voor verkeersongevallen van zijn werknemers. In twee arresten van 1 februari 2008 (JAR 2008/56 en JAR 2008/57) heeft de Hoge Raad zich hierover nader uitgesproken.

De Hoge Raad beslist dat het goed werkgeverschap meebrengt dat de werkgever gehouden is zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering van werknemers van wie de werkzaamheden ertoe kunnen leiden dat zij als bestuurder van een motorvoertuig betrokken raken bij een verkeersongeval. Hierbij is van belang of verzekering kan worden verkregen tegen een premie waarvan betaling in redelijkheid van de werkgever kan worden gevergd, en de heersende maatschappelijke opvatting omtrent de vraag voor welke schade een behoorlijke verzekering dekking dient te verlenen. Het enkele feit dat de verzekering voldoet aan de daaraan door een cao gestelde eisen, is onvoldoende om van een behoorlijke verzekering te spreken. De verzekering hoeft evenwel in elk geval geen dekking te verlenen voor schade die het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid. In het bijzonder wanneer voor de werkzaamheden gebruik wordt gemaakt van een eigen auto van de werknemer, kan aan de verzekeringsverplichting ook worden voldaan door de werknemer financieel in staat te stellen zelf voor een behoorlijke verzekering zorg te

dragen. Hierover moet in de verhouding tussen werkgever en werknemer dan wel voldoende duidelijkheid worden verschaft. Indien de werkgever tekortschiet in zijn verzekeringsverplichting, is hij jegens de werknemer aansprakelijk voor zover de werknemer door die tekortkoming schade heeft geleden.

In het arrest van 12 december 2008 (JAR 2009/15) breidt de Hoge Raad deze regel vervolgens uit tot andere verkeersdeelnemers. De Hoge Raad overweegt dat er geen rechtvaardiging bestaat onderscheid te maken tussen bestuurders van een motorvoertuig en bestuurders van een ander (niet-gemotoriseerd) voertuig, zoals een fiets. Wel maakt de Hoge Raad in het arrest onderscheid tussen bestuurders van een (motor)voertuig en voetgangers. De verzekeringsverplichting geldt niet voor 'eenzijdige ongevallen' van voetgangers, bijvoorbeeld een struikelende voetganger, maar uitsluitend voor ongevallen waarbij tevens een voertuig is betrokken.

Op grond van art. 7:661 BW is een werknemer die in de uitvoering van zijn werkzaamheden schade toebrengt aan de werkgever tegenover de werkgever niet aansprakelijk voor die schade, tenzij die is veroorzaakt door opzet of bewuste roekeloosheid. Het artikel bepaalt voorts dat uit de omstandigheden van het geval, mede gelet op de aard van de overeenkomst, anders kan voortvloeien. Op 12 mei 2006 oordeelde het Hof Den Haag (JAR 2006/137) dat een werkgever boetes voor snelheidsovertredingen tot tien kilometer per uur op grond van deze bepaling in beginsel niet op de werknemer kan verhalen, omdat in die gevallen doorgaans geen sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. Deze uitspraak heeft de Hoge Raad bij arrest van 13 juni 2008 (JAR 2008/185) vernietigd.

De Hoge Raad overweegt dat het met de invoering van art. 5 Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (Wahv) weliswaar mogelijk werd naast de feitelijke bestuurder ook de kentekenhouder voor verkeersboetes aansprakelijk te stellen, maar dat hiermee geenszins werd beoogd de kentekenhouder de mogelijkheid te ontnemen de feitelijke bestuurder aansprakelijk te stellen. De Hoge Raad ziet hierin de in art. 7:661 BW bedoelde omstandig-



heden op grond waarvan de hoofdregel buiten toepassing dient te blijven. De Hoge Raad voegt daar overigens wel aan toe dat onder bijzondere omstandigheden de boetes op grond van art. 7:661 BW wel voor rekening van de werkgever dienen te blijven, bijvoorbeeld in het geval de werkgever de desbetreffende overtreding heeft bevorderd.

## Gelijke behandeling

In het arrest van het Hof van Justitie van 17 juli 2008 in de zaak-Coleman (JAR 2008/208) ging het om de Engelse alleenstaande moeder Coleman die voor haar gehandicapte kind zorgde. Coleman had zich gedwongen gezien ontslag te nemen omdat haar werkgever, een advocatenkantoor, het haar onmogelijk maakte haar werkzaamheden met haar zorgtaken te combineren door haar ongelijk te behandelen ten opzichte van de overige werknemers. Nadat zij vakantiedagen had opgenomen om bij de eerste operatie van haar kind aanwezig te zijn, was haar functie bij terugkeer bijvoorbeeld door een ander ingevuld en moest zij genoegen nemen met een lagere functie. Ook werd zij herhaaldelijk geïntimideerd en dreigde het advocatenkantoor haar te ontslaan als zij ten gevolge van de zorg voor haar kind te laat zou komen. Coleman sprak het advocatenkantoor aan op basis van de Engelse gelijke behandelingswetgeving voor gehandicapten, waarbij de Europese Richtlijn 2000/78 in Engeland is geïmplementeerd.

In de procedure bij het Europese Hof ging het om de vraag de werkneemster zich op de gelijke behandelingsregeling voor gehandicapten kon beroepen, nu zij niet zelf gehandicapt was, maar wel haar kind waarvan zij hoofdverzorger was. Het Hof van Justitie oordeelt dat de Richtlijn zich niet beperkt tot personen die zelf een handicap hebben. De richtlijn beoogt met betrekking tot arbeid en beroep alle vormen van discriminatie op grond van handicap te bestrijden. Het beginsel van gelijke behandeling is daarom niet van toepassing op een bepaalde categorie personen, maar uit hoofde van de in de Richtlijn genoemde gronden. Een restrictieve uitleg zou er volgens het hof toe leiden dat de Richtlijn grotendeels zijn nuttig effect zou verliezen.

## Arbeids-ongeschiktheid/ziekte

In het arrest van 27 juni 2008 in de zaak-Mak/SGBO (JAR 2008/188) heeft de Hoge Raad zich uitgesproken over de loonaanspraken van een situatief arbeidsongeschikte werknemer. De Hoge Raad definieert het begrip 'situatieve arbeidsongeschiktheid' als de situatie waarin sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding, waarbij de werknemer zich op grond van (dreigende) psychische of lichamelijke klachten niet in staat acht tot het verrichten van zijn werkzaamheden, hoewel ten aanzien van de arbeidsgeschiktheid geen medische beperkingen van psychische of fysieke aard kunnen worden vastgesteld, zodat van arbeids-

ongeschiktheid ten gevolge van ziekte in de zin van art. 7:629 BW geen sprake is. De werknemer die als gevolg hiervan zijn werkzaamheden niet heeft verricht, zal een eventuele loonvordering op art. 7:628 BW moeten baseren. Hiertoe zal de werknemer feiten en omstandigheden moeten stellen en zonodig aannemelijk moeten maken die tot het oordeel kunnen leiden dat de arbeidsomstandigheden, door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen, voor hem zodanig waren dat, met het oog op (de dreiging van) psychische of lichamelijke klachten, van hem redelijkerwijs niet kon worden gevergd dat hij zijn werkzaamheden zou verrichten. Daarbij is de werknemer bovendien in beginsel gehouden alle medewerking te verlenen aan inspanningen die erop gericht zijn de oorzaken daarvan weg te nemen. De werknemer behoudt dan ingevolge art. 7:628 BW zijn recht op loon, en 'werkweigerings' kan dan geen ontslaggrond vormen. Hiermee lijkt de mogelijkheid voor werknemers zich wegens een arbeidsconflict ziek te melden, verder te zijn beperkt.

In het arrest van 20 januari 2009 (JAR 2009/58) heeft het Hof van Justitie geoordeeld over de samenloop van vakantiedagen en ziekte. Het hof oordeelde dat nationale regelingen mogen bepalen dat tijdens ziekte geen vakantiedagen kunnen worden opgenomen, maar alleen als de werknemer de mogelijkheid heeft de vakantiedagen in dat geval op een later moment alsnog op te nemen. Het hof oordeelde ook dat het recht op vakantie of een financiële vergoeding hiervoor niet wegens ziekte kan vervallen. Art. 7:635 lid 4 BW, waarin is bepaald dat tijdens ziekte slechts in de laatste zes maanden vakantiedagen worden opgebouwd, lijkt derhalve in strijd met de Richtlijn.

## Ontslag op staande voet/persoonlijke levenssfeer

In de Hyatt-zaak heeft de Hoge Raad zich in zijn arrest van 14 september 2007 (JAR 2007/250) uitgesproken over de



toelaatbaarheid van inbreuken door een werkgever op de persoonlijke levenssfeer van zijn werknemers. Het betrof een serveerster in het casino van het luxe Hyatt hotel op Aruba. Hyatt hanteert een streng antidrugsbeleid, waarin onder meer is opgenomen dat overtredingen tot ontslag kunnen leiden, waarmee de werkneemster zich akkoord had verklaard. Toen in een drugstest sporen van cocaïne in haar bloed werden aangetroffen die zij had gebruikt in haar vrije tijd, weigerde ze op instructie van haar werkgever zich te laten opnemen in een afkickkliniek, waarop zij op staande voet werd ontslagen.

De Hoge Raad oordeelt dat het behoud van de goede naam van het Hyatt en haar aantrekkelijkheid voor gasten door immer correct gedrag van haar werknemers, zonder de negatieve gevolgen van drugsgebruik, een legitiem doel is voor het strenge antidrugsbeleid. Arbeidsrechtelijke sancties, waaronder ontslag, bij een positieve uitslag van een drugstest, zijn hierbij geschikte middelen. Op de uitspraak is veel kritiek geleverd, vooral omdat de werkgever hierdoor te veel invloed kan krijgen op het privéleven van de werknemer.

## Recent: deeltijd-WW en tijdelijke wijziging ontslagbesluit

Tot slot staan we stil bij de tijdelijke maatregelen die de minister van SZW wegens de recessie heeft genomen: de regeling deeltijd-WW en de tijdelijke wijziging van het ontslagbesluit.

Per 1 april 2009 is het 'Besluit deeltijd-WW tot behoud van vakkrachten' in werking getreden. De regeling is per 20 juli 2009 met het 'Besluit wederopenstelling deeltijd-WW' heropend en op een aantal punten gewijzigd. Op grond van de regeling kan een werkgever met instemming van de werknemersvertegenwoordiging het aantal arbeidsuren van zijn werknemers tijdelijk terugbrengen met maximaal 50 procent. De werkgever is over het verminderde aantal uren in beginsel geen loon verschuldigd. De werknemers kun-

nen voor deze uren een WW-uitkering aanvragen. De vrijgekomen uren dienen te worden besteed aan scholing. De regeling is bestemd voor ondernemingen met een verwachte niet-kortstondige en substantiële vermindering van bedrijfsactiviteiten en heeft ten doel ontslag te voorkomen van werknemers die weer nodig zijn op het moment dat de bedrijfsactiviteiten aantrekken. De regeling is niet bedoeld voor kortstondige verminderingen en fluctuaties in bedrijfsactiviteiten. Op de regeling kan een beroep worden gedaan zolang de gereserveerde geldvoorraad van 950 miljoen euro strekt.

Per 1 augustus 2009 is art. 4:2 lid 4 Ontslagbesluit tijdelijk gewijzigd tot 1 september 2011. Hierdoor is het volgens het ministerie van SZW makkelijker werknemers op grond van hun specifieke

kennis en bekwaamheden buiten een reorganisatie te houden, ook als zij op basis van het afspiegelingsbeginsel normaal gesproken wel voor ontslag in aanmerking zouden komen. Een werkgever moet hiervoor aannemelijk maken dat de betreffende werknemer beschikt over 'specifieke kennis en bekwaamheden' die voor het functioneren van de onderneming van zodanig belang zijn dat het ontslag van deze werknemer dient te worden voorkomen. Vóór deze tijdelijke wijziging gold dat de werkgever moest aantonen dat een werknemer voor de organisatie *onmisbaar* is. Afwijking van het afspiegelingsbeginsel conform de nieuwe regeling is alleen toegestaan mits de werkgever op het gebied van kennis- en bekwaamhedenvergaring een duidelijk en bestendig beleid voert.

