

# Kroniek Arbeids- recht



2011

## INHOUD

Ontbinding » Ontslag op staande voet » Kennelijk onredelijk ontslag » Collectief arbeidsrecht »  
Bestaan arbeidsovereenkomst » Wijzigingsontslag » Overgang van onderneming » Uitval wegens ziekte  
uit passende arbeid » Loon tijdens vakantie » Werkgeversaansprakelijkheid » Gelijke behandeling »  
Komende wetgeving

Deze kroniek bevat een overzicht van de ontwikkelingen op het gebied van arbeidsrecht tussen 1 januari 2011 en 31 december 2011. Het afgelopen jaar zijn belangwekkende arresten geweest op onder meer het gebied van ontslag op staande voet, cao-recht en overgang van onderneming.

Christiaan Oberman en Karol Hillebrandt<sup>1</sup>

## Ontbinding

Het komt weinig voor dat de Hoge Raad zich moet buigen over een ontbindingszaak. Dat was wel het geval in de zaak *Flynth Adviseurs en Accountants / Stofels* (HR 1 april 2011, NJ 2011/220). De kantonrechter had de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werknemer ontbonden per 16 september 2009. Op dezelfde dag dat de kantonrechter zijn beschikking wees, zegde de werkgever de arbeidsovereenkomst met toestemming van UWV op tegen een eerdere datum dan de ontbindingsdatum, namelijk 1 september 2009. *Flynth* ging in appel van de beschikking van de kantonrechter. Volgens *Flynth* was de kantonrechter buiten toepassing van art. 7:685 BW getreden, omdat hij de arbeidsovereenkomst had ontbonden tegen een datum waarop deze reeds was geëindigd door opzegging. Zowel bij het hof als in cassatie trok *Flynth* aan het kortste eind. De Hoge Raad overwoog dat dat zich na een rechterlijke uitspraak in veel gevallen feiten of omstandigheden kunnen voordoen waardoor deze uitspraak geheel of gedeeltelijk geen effect meer kan sorteren ten aanzien van de rechtsbetrekking tussen de partijen die de uitspraak heeft willen regelen, maar dat dit geen grond oplevert om het aanwenden van een rechtsmiddel tegen die uitspraak toe te staan. Dat is uitgesloten door art. 7:685 BW – de wettelijke bepaling die aan de beslissing ten grondslag ligt.

## Ontslag op staande voet

In de zaak *Alanheri / Derks* (Hoge Raad 14 oktober 2011, JAR 2011/297) stond de vraag centraal of het ontslag op staande voet onverwijld was gegeven. De werknemer was in dienst als adjunct-directeur. Het was de werkgever bekend dat de jaarrekening 2006 een aantal fouten van betekenis bevatte en diende te worden herzien. De werkgever had dat ook in een persbericht van 9 augustus 2007 vermeld. Op 15 maart 2008 berichtte de werkgever aan de werknemer dat er met betrekking tot de jaarrekening 2007 een aantal kwesties naar voren was gekomen waarbij de werknemer zou zijn betrokken. De werknemer kreeg de gelegenheid daarop te reageren. Toen hij dat niet deed werd hij diezelfde dag op staande voet ontslagen. De werknemer riep de nietigheid in van het ontslag op staande voet. In hoger beroep oordeelde het hof dat het ontslag niet onverwijld was aangezegd. Het hof overwoog dat de naar voren gebrachte punten deels betrekking hadden op de jaarrekening over 2006. Met deze punten was de werkgever in elk geval in augustus 2007 reeds bekend. De werkgever had hiernaar eerder een onderzoek kunnen instellen. De Hoge Raad deed de zaak af met toepassing van art. 81 RO.

De zaak *Dynabyte B.V. / Kamps* (Hoge Raad 22 april 2011, JAR 2011/138) ging over de uitleg van de gegeven ontslaggrond van een ontslag op staande voet. In deze zaak had de werknemer zich ziek gemeld. Dezelfde dag had een controleur van een Arbodienst een bezoek aan zijn woning gebracht. De werknemer was niet aanwezig, maar het zoontje van de werknemer verklaarde dat zijn vader aan het klussen was in zijn nieuwe woning. Daarop werd

de werknemer op staande voet ontslagen. In de ontslagbrief noemde de werkgever als ontslaggrond dat de werknemers tijdens ziekte aan het klussen was geweest. Deze formulering speelde de werkgever parten. De werkgever verloor in eerste en tweede aanleg. Het hof overwoog daarbij dat de werkgever gezien de ontslagbrief erkende dat de werknemer ziek was en dat het een werkgever in beginsel niet aangaat hoe een werknemer zijn tijd besteedt tijdens ziekte. Wel kunnen bepaalde gedragingen van de werknemer leiden tot verlies van aanspraak op loonbetaling tijdens ziekte. In cassatie stelde de werkgever dat het hof de ontslaggrond te beperkt had uitgelegd. Zij had de werknemer ontslagen omdat hij met de ziekmelding bedrog had gepleegd en voorts de controlevoorschriften niet had nageleefd. Dat kon de werkgever toen echter niet meer baten. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep met toepassing van art. 81 RO. Uit deze zaak blijkt eens te meer dat het van groot belang is om de ontslaggrond goed te formuleren.

Of een strafrechtelijke veroordeling een grond oplevert voor een ontslag op staande voet was de vraag die speelde in het arrest *ABN AMRO Bank / X* (HR 17 december 2010, JAR 2011/19). De werknemer die al vanaf 1971 in dienst was bij de ABN AMRO Bank werd in 2006 veroordeeld tot een gevangenisstraf van drie jaar wegens ontucht met zijn minderjarige stiefzoon. Daarom werd hij door de ABN AMRO Bank op staande voet ontslagen. De werknemer riep de nietigheid in en startte een procedure. De kantonrechter stelde de werknemer in het gelijk. In appel bekrachtigde het hof het vonnis. In cassatie stelde de Bank dat afwezigheid wegens detentie altijd een dringende reden oplevert. Daarin ging de Hoge Raad niet mee. Het hof had terecht geoordeeld

<sup>1</sup> Beiden advocaat bij Palthe Oberman advocaten, Amsterdam; Oberman is redactielid van dit blad.

dat bij de beoordeling van de vraag of het feit dat de werknemer gedetineerd is een ontslag op staande voet rechtvaardigt, alle omstandigheden van het geval in aanmerking behoren te worden genomen. Er bestaat geen grond voor een algemene subregel dat werkverzuim als gevolg van een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling een dringende reden vormt die ontslag op staande voet rechtvaardigt. Dat geldt evenzeer indien het werkverzuim het gevolg is van een veroordeling wegens een ernstig delict, waardoor de werknemer nog geruime tijd gedetineerd blijft. Het hof had terecht gewicht toegekend aan de duur van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer, het feit dat het strafbare feit in geen verband stond met zijn werkzaamheden, zich in de privésfeer had voltrokken en op zijn functieneren geen negatieve invloed had gehad, alsmede aan het feit dat de werknemer voortreffelijk functioneerde en de werkgeefster geen directe schade had geleden door de detentie. Het ontslag op staande voet hield derhalve geen stand.

## Kennelijk onredelijk ontslag

De Hoge Raad liet zich in de zaak Roetgerink / Stork (HR 11 maart 2011, JAR 2011/91) uit over de positie van een arbeidsongeschikte, gehandicapte werknemer bij herplaatsing. De Hoge Raad overwoog daaromtrent dat van een werkgever in beginsel een extra inspanning mag worden verwacht om een boventallige werknemer die door lichamelijke beperkingen moeilijk bemiddelbaar is op de arbeidsmarkt, binnen het vertrouwde concern te herplaatsen. Zo kon hetzelfde van Stork worden verwacht in het onderhavige geval, waarin de werknemer in overleg met haar had gekozen voor bemiddeling om met een passende functie voor hem bij een andere werkgever in dienst te treden. De Hoge Raad had zich al in vergelijkbare zin uitgelaten in de zaak Hoedjes / Volker Wessels (25 mei 2010, NJ 2010/495).

Verder werd in oktober 2011 (Gerechthof Den Bosch 18 oktober 2011, JAR 2011/296) het verwijzingsarrest Rutten /

bedrag?  
klussen is een  
alternatieve geneeswijze,  
en een die beter werkt dan  
homeopathie...



Breed gewezen, hetgeen het sluitstuk betekende van een inmiddels beroemde zaak, die ook in de vorige kroniek (*Advocatenblad* 2011-2) is besproken. De zaak begon in 2006 met een door Rutten ahangig gemaakte kennelijk onredelijk-ontslagprocedure. De kantonrechter kende aan Rutten een schadevergoeding van 44.000 euro toe. Ook het hof vond het ontslag kennelijk onredelijk, maar stelde de schadevergoeding op een bedrag van 9.000 euro. Het hof paste daarbij de zogenaamde XYZ-formule toe met een Z-factor 0,25. De Hoge Raad vond de berekeningswijze van het hof onjuist en vernietigde het arrest. De Hoge Raad overwoog daarbij dat hoewel de rechter een grote mate van vrijheid heeft bij het begroten van de schade, de rechter zich in een concreet geval steeds nauwkeurig rekenschap moet geven van de concrete omstandigheden en factoren die de hoogte van de vergoeding bepalen. Hij moet de vergoeding dan ook relateren aan de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever, aan zijn verplichting als goed werkgever te handelen en aan de daaruit voor de werknemer

voortvloeiende nadelen. Dit liet overigens volgens de Hoge Raad onverlet dat art. 6:97 BW de rechter vrijlaat de hoogte van de vergoeding uiteindelijk naar billijkheid te begroten. Na terugverwijzing oordeelde het Hof Den Bosch ten aanzien van de schadevergoeding dat, anders dan Rutten meende, zijn schade niet gelijk was aan het inkomensverlies tot aan zijn pensioengerechtigde leeftijd. Rutten kon immers opnieuw werk zoeken. De schade werd daarom vastgesteld op het verschil tussen het inkomen en de uitkering gedurende de tijd dat Rutten zich op de wachtlijst bevond in afwachting van ander werk (in casu vastgesteld op twee jaar = 24.231 euro).

Breed was weliswaar in belangrijke mate verantwoordelijk voor het ontstaan van het arbeidsconflict maar Rutten droeg de grootste verantwoordelijkheid voor het voortduren van het conflict (Rutten stelde zich aanvankelijk formeel en star op). Dit leidde ertoe dat naar het oordeel van het hof de aansprakelijkheid voor de door Rutten geleden schade met toepassing van art. 6:101 BW voor 35% voor rekening

van Breed diende te komen, en tot de slotsom dat Breed 35% van 24.231 euro (8.500 euro) aan schadevergoeding verschuldigd was. Een vrij magere uitkomst dus van een langdurige procedure.

In de zaak Kemkens / Schoonbergen (HR 8 april 2011, JAR 2011/132) bevestigde de Hoge Raad nog eens eerdere jurisprudentie (HR 3 maart 1995, JAR 1995/78; HR 17 oktober 1997, JAR 1997/245 en Hoedjes/VWTI (HR 21 mei 2010, NJ 210/495) waarin was beslist dat de beoordeling of een ontslag kennelijk onredelijk is altijd ex tunc moet worden getoetst: of het ontslag kennelijk onredelijk is, moet worden geoordeeld naar de omstandigheden zoals deze zich niet later dan op het tijdstip van ingang van het ontslag voordeden. Nadien intredende omstandigheden behoren buiten beschouwing te worden gelaten, behoudens voor zover daaruit aanwijzingen zijn te putten voor hetgeen uiterlijk op het tijdstip van ingaan van het ontslag kan worden verwacht met betrekking tot de gevolgen van het ontslag van de werknemer. (Zie voor een vergelijkbare zaak Verloop / Technochroom Nijkerk (HR 24 juni 2011, JAR 2011/193).

## Collectief arbeidsrecht

Ook op dit gebied was er een aantal belangrijke uitspraken dat de aandacht trok. Een daarvan was de zaak Abvakabo / Unieke Kinderopvang B.V. (Hoge Raad 8 april 2011, JAR 2011/135), die betrekking had op nawerking van cao's. De Unieke Kinderopvang (UK) was overgestapt naar een andere brancheorganisatie en kwam daardoor onder een andere cao te vallen. UK stelde zich vervolgens op het standpunt dat zij gebonden was aan deze cao en niet meer aan de cao van de oude brancheorganisatie. Het hof oordeelde dat de nawerking van de oude cao eindigt op het moment dat een nieuwe cao van toepassing is op de arbeidsovereenkomsten. In cassatie werd aangevoerd dat de nawerking van de oude cao niet eindigde, omdat de nieuwe cao een minimum-cao was en geen standaard-cao.

De Hoge Raad was het daarmee eens. Bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden uit een cao waaraan de werknemer en de werkgever op grond van de Wet cao gebonden zijn, gaan deel uitmaken van de tussen hen bestaande arbeidsovereenkomst. Uit het systeem van de Wet cao vloeit dan voort dat die bepalingen, na afloop van de desbetreffende cao, tussen hen blijven gelden, behoudens andersluidende individuele of collectieve afspraken. Een minimum-cao kenmerkt zich doordat er is afgesproken dat het de werknemer en de werkgever vrijstaat om voor de werknemer gunstiger individuele afspraken te maken dan de bepalingen uit de cao. Daarmee strookt niet dat die cao bij inwerkingtreding reeds geldende, voor de werknemer gunstiger arbeidsvoorwaarden buiten werking zou stellen, behoudens andersluidende bepalingen in een dergelijke cao. Uiteraard zal deze uitspraak problemen opleveren voor menig werkgever. In geval van een minimum-cao moet een werkgever derhalve steeds nagaan of de oude cao gunstiger bepalingen bevatte dan de nieuwe cao. Het werkt ook het zogenaamde 'cherry picking' in de hand. In elk geval lijkt het verstandig voor een werkgever, om in een nieuwe cao of in een arbeidsovereenkomst bepalingen op te nemen, waarin de oude bepalingen uitdrukkelijk buiten toepassing worden verklaard.

Het arrest *Monsieurs / Wegener* (Hoge Raad 18 maart 2011, JAR 2011/108) had betrekking op een wijzigingsbeding in een collectieve winstdelingsregeling. VNU Dagbladen was overgenomen door Wegener. De arbeidsvoorwaarden waren overgenomen, waaronder een winstdelingsregeling. In die winstdelingsregeling was opgenomen dat wijziging daarvan met instemming van de Centrale Ondernemingsraad mogelijk was. De vraag was of een dergelijk beding een wijzigingsbeding was in de zin van art. 7:613 BW. De Hoge Raad overwoog dat art. 7:613 BW niet de eis stelt dat, wil er sprake zijn van een wijzigingsbeding in de zin van die bepaling of van de gebondenheid van de werknemer aan een zodanig beding, dit ook nog moet zijn vastgelegd in de individuele arbeidsovereenkomst met de werk-

nemer, dan wel bij gebreke daarvan de uitdrukkelijke instemming van de individuele werknemer behoef. De bescherming van de rechten en belangen van de werknemer is voldoende verdisconteerd in de maatstaf van art. 7:613 BW en wordt bovendien hierdoor geboden dat ingevolge het beding wijziging van de winstdelingsregeling is onderworpen aan het instemmingsrecht van de Centrale Ondernemingsraad. Een interessante vraag is hoe de Hoge Raad zal oordelen indien geen ondernemingsraad is betrokken.

## Bestaan arbeidsovereenkomst

In het arrest van 25 maart 2011 (JAR 2011/109) stond de vraag centraal of een deelnemster aan het programma *De Gouden Kooi* werkzaam was geweest in een privaatrechtelijke dienstbetrekking. De betreffende werknemster en Talpa, de producent van het programma *De Gouden Kooi*, hadden een overeenkomst ondertekend die door partijen was gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht. In dat kader was onder meer opgenomen dat de werknemster 2.250 euro per maand zou ontvangen als schadeloosstelling. Nadat zij was weggestemd uit het programma, had werknemster een WW-uitkering aangevraagd bij het UWV. Dat had het UWV geweigerd. Daarna had de werknemster bezwaar en beroep ingesteld. De rechtbank had het beroep ongegrond verklaard. De Centrale Raad van Beroep had de uitspraak van de rechtbank bevestigd. Het UWV ging tegen de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep in cassatie bij de Hoge Raad.

In cassatie overwoog de Hoge Raad bij de vraag of werknemster tot Talpa in een privaatrechtelijke dienstbetrekking stond maatgevend is of tussen beide sprake was van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW. Daartoe moet worden getoetst of de inhoud van die rechtsverhouding voldoet aan de criteria die gelden voor het bestaan van de arbeidsovereenkomst. Daarbij moeten alle omstandighe-

den van het geval worden betrokken, maar ook dient acht te worden geslagen op de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun overeenkomst en aldus daaraan inhoud hebben gegeven. De Centrale Raad had als vereiste voor het aannemen van de dienstbetrekking gesteld een verplichting tot het persoonlijk verrichten van arbeid, een gezagsverhouding en een verplichting tot betalen van loon. Daarmee was de Centrale Raad volgens de Hoge Raad terecht uitgegaan voor de criteria die gelden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7: 610 BW. Lezenswaardig is de conclusie van de A-G, die een uitgebreid overzicht geeft van de relevante jurisprudentie en literatuur.

## Wijzigingsontslag

In het arrest *De Vries / St. Woonzorg Nederland* van 24 december 2010 (*JAR* 2011/20) stond de vraag centraal of een zogenaamd wijzigingsontslag toelaatbaar was. In die zaak ging het om de vraag of een ontslag met toestemming van de toenmalige CWI gevolgd door herindienstneming op andere arbeidsvoorwaarden kennelijk onredelijk was. Het betrof dus geen deeltijdontslag waarbij in een aansluitend aangeboden arbeidsovereenkomst alleen het aantal uren wijzigt. In dit geval werd bij de aansluitend aangeboden arbeidsovereenkomst ook de functie-inhoud aangepast. Woonzorg Nederland had om toestemming verzocht de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Het CWI had de vergunning verleend, met als premisse dat Woonzorg Nederland de werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst had aangeboden voor 36 uur per week met evenredig aangepaste arbeidsvoorwaarden. De werknemer had de aangeboden functie ook aanvaard. Hij vorderde daarop echter in rechte dat het ontslag kennelijk onredelijk was en stelde dat er sprake was van een wijzigingsontslag. De kantonrechter wees de vordering af en dat vonnis werd door het hof bekrachtigd.

De Hoge Raad overwoog in de eerste plaats dat bij een ontslag wegens bedrijfseconomische redenen in het algemeen niet uit het Ontslagbesluit kan worden afge-

leid dat een dergelijke premisse niet zou mogen worden gesteld. Ook kan niet in het algemeen worden gezegd dat de strekking van het BBA daaraan in de weg staat. Aan die strekking kan bij een wijzigingsontslag zijn voldaan doordat de arbeidsverhouding kan voortduren, zij het onder gewijzigde arbeidsvoorwaarden die door het UWV in het kader van de verlening van een ontslagvergunning op redelijkheid zijn getoetst. De Hoge Raad erkende dat bij een wijzigingsontslag de rechtsbescherming van de werknemer tegen onredelijke voorstellen tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden wordt omzeild, doordat is gekozen voor een wijzigingsontslag met toestemming van het UWV.<sup>2</sup> Maar dat is een omstandigheid die moet worden betrokken bij beantwoording van de vraag of het gegeven ontslag kennelijk onredelijk is. Daarbij moeten ook de overige omstandigheden van het geval worden betrokken, teneinde te beoordelen of bij de keuze van de werkgever voor het wijzigingsontslag is voldaan aan de in die bepaling neergelegde maatstaf: dat het ontslag is gegeven in strijd met de algemeen aanvaarde normen van goed werkgeverschap. De Hoge Raad oordeelde dat dit hier niet het geval was.

## Overgang van onderneming

Op 6 september 2011 heeft het Europese Hof van Justitie zich in de zaak *Scattolon* (*JAR* 2011/262) nader uitgesproken over het vraagstuk van anciënniteit bij overgang van onderneming. In de zaak *Collino en Chiappero* (HvJ EG 14 september 2000, *JAR* 2000/225) had het hof reeds geoordeeld dat anciënniteit op zich geen recht is dat mee over gaat, maar dat anciënniteit wel medebepalend kan zijn voor het vaststellen van financiële rechten (die wel mee over gaan). In de zaak *Scattolon* ging het om een salarissysteem op grond waarvan de hoogte van het loon deels afhankelijk was van anciënniteit. Mevrouw Scatto-

lon was sinds 16 mei 1980 in dienst van de gemeente Scorzè (Italië) in de functie van conciërge op staatsscholen. Wegens een overgang van onderneming kwam zij met ingang van 1 januari 2000 in dienst van de Italiaanse staat. Op grond van de cao die binnen de Italiaanse staat gold, werd de hoogte van haar salaris vanaf de overgang mede gebaseerd op anciënniteit. De staat hanteerde voor mevrouw Scattolon een fictieve anciënniteit van 9 jaar, als gevolg waarvan haar salaris 790 euro per maand lager uitviel dan voor de overgang. Voor de overgang speelde anciënniteit geen rol van betekenis voor de hoogte van haar salaris. Het hof overwoog dat de Europese richtlijn voor overgang van onderneming (richtlijn 77/187) een manoeuvreerruimte laat, op basis waarvan de lonen van overgegangene werknemers kunnen worden aangepast aan de omstandigheden van de betrokken overgang. De lonen mochten dus worden aangepast aan het salarissysteem van de cao van de staat. Deze aanpassingen mogen echter niet in strijd zijn met de doelstelling van de richtlijn, te weten het voorkomen dat werknemers uitsluitend als gevolg van een overgang van onderneming in een minder gunstige positie komen te verkeren. De aanpassingen mogen derhalve niet tot gevolg hebben dat de arbeidsvoorwaarden van de werknemers na de overgang globaal minder gunstig zijn dan voor de overgang. Op basis hiervan overwoog het hof dat het in strijd met de richtlijn zou zijn om geen rekening te houden met ten minste een deel van de anciënniteit van mevrouw Scattolon, indien zij daardoor een wezenlijk salarisverlies zou lijden. Daarbij hechtte het hof er belang aan dat sprake was van gelijkwaardige anciënniteit, aangezien mevrouw Scattolon voor en na de overgang vergelijkbare werkzaamheden verrichtte. Het hof overwoog in het arrest ook dat op de richtlijn geen beroep kan worden gedaan om een verbetering van arbeidsvoorwaarden na te streven.

Op 20 januari 2011 heeft het Europese Hof van Justitie wederom een arrest gewezen over het behoud van identiteit bij overgang van onderneming in de schoonmaaksector (*JAR* 2011/57). In eerdere arresten van het hof was reeds duidelijk geworden dat de schoonmaaksector

<sup>2</sup> Zie voor het beoordelingskader voor wijzigingen tot aanpassing van de arbeidsvoorwaarden het arrest *Stoof/Mammoet*, 11 juli 2008, *LJN*: BD1847.



als arbeidsintensief dient te worden aangemerkt.<sup>3</sup> Dit brengt mee dat een wezenlijk deel van het personeel dient te worden overgenomen om te kunnen spreken van identiteitsbehoud (en derhalve van overgang van onderneming). In het arrest van 20 januari 2011 had de Spaanse gemeente Ayuntamiento de Cobisa besloten de samenwerking met schoonmaakbedrijf Clece te beëindigen om de schoonmaakwerkzaamheden weer zelf te gaan verrichten. De gemeente besloot daarbij geen personeel van Clece over te nemen, maar nieuw personeel te werven. Op grond hiervan oordeelde het hof dat de identiteit van de schoonmaakonderneming niet behouden was gebleven. Er was dus geen sprake van een overgang van onderneming. Het hof lijkt hiermee de mogelijkheid te erkennen dat in arbeidsintensieve sectoren de verkrijger bewust erop kan aansturen dat geen sprake is van overgang van onderneming door geen personeel van de vervreemder aan te nemen.

Tot slot heeft het Hof Amsterdam op 25 oktober 2011 zijn eindarrest gewezen in de Albron-zaak (JAR 2011/292). In onze vorige kroniek bespraken wij het arrest van 21 oktober 2010 van het Europese Hof van Justitie in deze zaak (JAR 2010/298). Het ging om de uitbesteding van de cateringwerkzaamheden van een dochtervennootschap van het Heineken-concern aan Albron. De cateringmedewerkers die voor deze dochteronderneming werkzaam waren, hadden echter geen arbeidsovereenkomst met deze dochtervennootschap, maar met de personeelsvennootschap van Heineken. Het hof oordeelde dat de dochtervennootschap desondanks als vervreemder (werkgever) in de zin van de richtlijn kon worden aangemerkt. In lijn met het arrest van het Europese Hof oordeelde het Hof Amsterdam in zijn eindarrest dat de uitbesteding van de cateringactiviteiten aan Albron als overgang van onderneming in de zin van art. 7:663 BW diende te worden aangemerkt en derhalve dat de daaraan verbonden werknemers mee over waren gegaan. De aanvullende argumenten van Albron dat deze interpretatie van de

3 Zie onder meer HvJ EG 11 maart 1997, JAR 1997/91 (Süzen) en HvJ EG 10 december 1998, JAR 1999/16 (Hernández Vidal).

richtlijn contra legem was, en bovendien in strijd met de rechtszekerheid werden door het hof gepasseerd.

## Uitval wegens ziekte uit passende arbeid

Op 30 september 2011 heeft de Hoge Raad arrest gewezen in de zaak Kummeling / Oskam (JAR 2011/277). De heer Kummeling verrichtte sloop- en timmerwerkzaamheden in dienst van Oskam. Voor deze werkzaamheden is hij op 22 juni 1998 arbeidsongeschikt geworden. In maart 1999 heeft de heer Kummeling zijn werk hervat in passend geachte werkzaamheden. Door verergering van zijn klachten is hij vanaf medio oktober 2002 halve dagen gaan werken. In overleg met Oskam heeft de heer Kummeling vervolgens werkzaamheden verricht in het magazijn en als bouwkundige. In dit kader hebben partijen op 29 april 2003 een taakomschrijving ondertekend. Vanaf 13 mei 2009 heeft Kummeling geen werkzaamheden meer verricht, waarna Oskam de loonbetaling heeft gestaakt. Kummeling vorderde in kort geding doorbetaling van loon. Het Hof Amsterdam overwoog dat de pas-

En hoe lang bent u dit jaar al ziek?  
Ruim dertien maanden...



sende werkzaamheden van Kummeling niet de bedongen werkzaamheden waren geworden. Partijen waren dat niet uitdrukkelijk overeengekomen en Kummeling had daarop ook niet gerechtvaardigd mogen vertrouwen, omdat er volgens het hof geen sprake was van ‘een niet te korte periode waarin hij arbeid had verricht waarvan de aard en omvang tussen partijen niet ter discussie stond’. De werkzaamheden moesten in de afgelopen tien jaar namelijk steeds verder worden aangepast. Er was derhalve geen nieuwe loonbetalingsperiode van 104 weken gaan lopen. In cassatie betoogde de heer Kummeling onder meer dat het niet de bedoeling van de wetgever kon zijn dat een werknemer die na ongeveer tien jaar passende werkzaamheden te hebben verricht opnieuw uitvalt, geen recht zou hebben op loon en evenmin op enige sociale uitkering.<sup>4</sup> De heer Kummeling beriep zich hierbij op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.

De Hoge Raad overwoog dat het wettelijk stelsel inhield dat geen nieuwe loonbetalingsperiode gaat lopen indien de passende arbeid niet de bedongen arbeid

4 De Centrale Raad van Beroep heeft in zijn uitspraak van 28 juli 2010 (LJN: BN20809) beslist dat uitval uit passende arbeid geen grond oplevert om aanspraak te maken op een Ziektewetuitkering.

is geworden. Het beroep op de redelijkheid en billijkheid kon niet slagen omdat daarmee de samenhang en het evenwicht tussen de verplichtingen van de werkgever verstoord zouden worden. De Hoge Raad erkende dat de werknemer in dat geval tussen wal en schip viel, omdat hij evenmin aanspraak kon maken op een Ziektewetuitkering, maar overwoog dat het aan de wetgever is om deze lacune te dichten.

## Loon tijdens vakantie

In zijn arrest van 15 september 2011 (JAR 2011/279) heeft het Europese Hof van Justitie het loonbegrip tijdens vakantie nader gedefinieerd. Het betrof een zaak van Engelse piloten tegen hun werkgever. Het loon van de piloten bestond uit drie componenten: 1) een vast basisloon, 2) een bedrag per vlieguur en 3) een bedrag per uur dat de piloot buiten de standplaats doorbrengt. De werkgever betaalde tijdens vakanties uitsluitend de eerste looncomponent aan de piloten. In lijn met eerdere arresten overwoog het hof dat de beloning tijdens vakantie vergelijkbaar moet zijn met de beloning tijdens gewerkte periodes.<sup>5</sup> Specifiek voor deze zaak was dat het loon uit verschillende componenten bestond. In dat geval dient volgens het hof elk component afzonderlijk te worden beoordeeld. De componenten die intrinsiek samenhangen met de uitvoering van de taken van de werknemer dienen in de berekening van het loon te worden meegenomen. Op grond hiervan moest de vergoeding per vlieguur tot het vakantieloon worden gerekend. In aanvulling hierop overwoog het hof met verwijzing naar twee eerdere arresten van 1 juli 2010<sup>6</sup> dat ook vergoedingen tot het loon behoren die samenhangen met de professionele status van de werknemer, zoals vergoedingen op basis van hiërarchie, anciënniteit en beroepskwalificaties. Daarentegen



behoren de componenten die alleen strekken tot vergoeding van occasionele of bijkomende kosten niet tot het loonbegrip tijdens vakantie. Hiertoe rekende het hof de vergoeding per uur afwezigheid van de standplaats.

## Werkgevers-aansprakelijkheid

Op het gebied van werkgeversaansprakelijkheid bespreken we hier twee belangwekkende arresten van 11 november 2011 waarin de Hoge Raad de grenzen van de verzekeringsplicht voor arbeidsongevallen verder heeft afgebakend. De Hoge Raad had op 1 februari 2008 in twee arresten beslist dat een werkgever op grond van art. 7:611 BW gehouden is zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering van werknemers die in het kader van hun werkzaamheden als bestuurder van een motorvoertuig betrokken kunnen raken bij een verkeersongeval (JAR 2008/56 en JAR 2008/57). Later dat jaar besliste de Hoge Raad in het arrest Maatzorg/Van der Graaf dat deze verplichting ook gold ten aanzien van bestuurders van andere, niet gemotoriseerde voertuigen, zoals fietsers (HR 12 december 2008, JAR 2009/15). De verplichting gold echter niet voor eenzijdige ongevallen van voetgangers.

Dit laatste heeft de Hoge Raad bevestigd in een van de arresten van 11 novem-

ber 2011 (JAR 2001/316). In deze zaak ging het om een postbezorger van TNT Post die tijdens het verrichten van haar werkzaamheden was uitgegleden over ijs of bevroren sneeuw. Ze had daarbij haar enkel gebroken. De Hoge Raad besliste dat TNT Post de werkneemster hiertegen niet had hoeven verzekeren. De Hoge Raad wees erop dat de verzekeringsplicht was gerechtvaardigd door de bijzondere gevaren van het wegverkeer waarvoor de zorgplicht ontoereikend was en omdat hiervoor tegen betaalbare premies een verzekering kon worden afgesloten. Een eenzijdig ongeval van een voetganger viel buiten deze categorieën, aangezien struikelen of uitglijden niet een risico is dat naar zijn aard aan het wegverkeer is verbonden. Er was daarom geen reden om onderscheid te maken met struikelen of uitglijden op de arbeidsplaats. Voorts overwoog de Hoge Raad dat tegen dergelijke ongevallen geen betaalbare verzekeringen bestaan. De Hoge Raad erkende overigens wel dat de getrokken grens tot op zekere hoogte arbitrair is. De Hoge Raad overwoog verder dat weliswaar goede argumenten bestaan om werknemers een verdergaande bescherming te bieden dan op grond van art. 7:758 BW, maar dat het op de weg van de wetgever ligt om hiervoor een regeling te maken. Een verdere uitbreiding van de verzekeringsplicht zou de rechtsvormende taak van de Hoge Raad te buiten gaan en op gespannen staan met de rechtszekerheid.

<sup>5</sup> Zie onder meer Robinson-Steele, 16 maart 2006, NJ 2007, 228 en Schultz-Hoff, 20 januari 2009, NJ 2009, 252).

<sup>6</sup> Parvianen, JAR 2010/200, Gassmayr, JAR 2010/201.

In het andere arrest van 11 november 2011 paste de Hoge Raad dezelfde redenering toe (JAR 2011/315). Het betrof een medewerker van een tbs-instelling die door een patiënt lichamelijk letsel was toegebracht. De Hoge Raad was van oordeel dat vanwege de gevaarzettende situatie zeer hoge eisen mochten worden gesteld aan de zorgplicht van art. 7:658 BW, maar dat geen grond bestond om een verzekeringsplicht in het leven te roepen omdat aan de hiervoor beschreven criteria niet was voldaan. Het ongeval had zich immers niet voorgedaan op een plaats waar de werkgever slechts beperkte zeggenschap en invloed had waardoor de zorgplicht ontoereikend was, maar op de arbeidsplaats zelf. Een ander interessant punt uit het arrest was dat de Hoge Raad ten aanzien van de zorgplicht een parallel trok met de rechtspositie van ambtenaren. De Hoge Raad overwoog dat vanuit een oogpunt van rechtsgelijkheid en billijkheid gestreefd moet worden naar een zo beperkt mogelijk verschil in uitkomst tussen werknemers en ambtenaren.

## Gelijke behandeling

Het Europese Hof van Justitie heeft wederom twee uitspraken gewezen over de toelaatbaarheid van leeftijdsontslag. In de eerste zaak diende het hof de toelaatbaarheid te beoordelen van een Bulgaarse wet op grond waarvan hoogleraren met 68 jaar verplicht met pensioen moeten en op basis waarvan zij vanaf 65 jaar uitsluitend mogen werken op basis van arbeidsovereenkomsten voor de bepaalde duur van één jaar. De universiteit en de Bulgaarse regering voerden aan dat de regeling was bedoeld om de leerstoelen van hoogleraren optimaal over de generaties te verdelen. In zijn arrest van 18 november 2010 overwoog het hof dat het bevorderen van de werkgelegenheid voor jongere werknemers op zich een legitiem doel kan zijn voor voeren van een leeftijdsbeleid (JAR 2010/25). De werknemer voerde hiertegen aan dat jongeren nauwelijks belangstelling hadden voor de positie van hoogleraar. Hoewel het doel legitiem was, kon

het hof op grond van het magere dossier niet vaststellen of de leeftijdsgrens in deze zaak ook een passend en noodzakelijk middel was. Het hof liet het aan de nationale rechter om dat te beoordelen.

De tweede zaak betrof een regeling van de Duitse luchtvaartmaatschappij Lufthansa. Op basis van de toepasselijke cao eindigden de arbeidsovereenkomsten van piloten zodra zij de leeftijd van 60 jaar bereikten. De regeling was bedoeld om de veiligheid van het luchtverkeer te waarborgen, hetgeen op zichzelf een rechtvaardiging voor leeftijdsonderscheid kan opleveren. In zijn arrest van 13 september 2011 oordeelde het hof echter dat de argumentatie van Lufthansa geen stand kon houden (JAR 2011/263). Het hof overwoog dat de nationale en internationale autoriteiten van mening zijn dat piloten in beginsel tot hun 65ste jaar over de fysieke capaciteiten beschikken om een vliegtuig te besturen. De omstandigheid dat piloten vanaf 60 jaar moeten kunnen beschikken over een copiloot van jonger dan 60 jaar rechtvaardigde nog geen leeftijdsontslag.

## Komende wetgeving

In 2012 treden diverse voor de arbeidsrechtpraktijk relevante wetswijzigingen in werking. In de eerste plaats is de wetgeving ten aanzien van vakantiedagen gewijzigd. Per 1 januari 2012 komen vakantiedagen te vervallen als ze niet zijn opgenomen binnen zes maanden na het jaar waarin ze zijn opgebouwd, tenzij de werknemer redelijkerwijs niet in staat is geweest om ze op te nemen. Werkgever en werknemer mogen deze vervaltermijn wel in onderling overleg verlengen. De regeling geldt alleen voor het wettelijke minimumaantal vakantiedagen. Daarnaast geldt vanaf 1 januari 2012 voor zieke werknemers dezelfde volledige vakantieopbouw als voor niet-zieke werknemers. Tot 1 januari 2012 bouwden zieke werknemers slechts gedurende maximaal zes maanden vakantiedagen op. Deze huidige regeling was echter in strijd met de Europese vakantierichtlijn.

Voorts gaat vanaf 1 januari 2012 het ouderdomspensioen pas in op de 65ste verjaardag. Tot 1 januari 2010 was dat nog op de eerste van de maand waarin iemand 65 wordt.

Per 1 maart 2012 treedt een wijziging van de Wet melding collectief ontslag in werking. Op grond van de huidige WMCO moet de werkgever die binnen drie maanden via ontslagprocedures (ontbinding of opzegging) twintig werknemers of meer wil ontslaan dat melden aan de betrokken vakbonden en UWV WERKbedrijf. Vanaf 1 maart 2012 moeten voor deze meldingsplicht ook werknemers worden meegeteld van wie de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden en wordt beëindigd.

Ook treedt, naar verwachting per 1 juli 2012, de Wet bestuur en toezicht in werking. Op grond hiervan kan de rechtsverhouding tussen de bestuurder en de beursvennootschap niet langer als arbeidsovereenkomst worden aangemerkt. Als gevolg hiervan verliest de bestuurder de ontslagbescherming van het arbeidsrecht. Bestaande arbeidsovereenkomsten worden na invoering van de wet wel gerespecteerd. Tevens wordt met deze nieuwe wet onder meer de basis gegeven voor de 'one tier board' bij een nv of bv en wordt het aantal functies dat een bestuurder of commissaris kan bekleden gemaximeerd.

Tot slot heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid besloten de crisismaatregel op grond waarvan jongeren tot 27 jaar vier bepaalde tijd contracten in een periode van vier jaar aangeboden mochten krijgen per 1 januari 2012 niet te verlengen. Thans geldt derhalve ook voor jonge werknemers weer de reguliere regeling van art. 7:668a BW.

### Kroniek vennootschapsrecht: noten weggefallen

In de Kroniek vennootschapsrecht 2011 (Advocatenblad 2012-1, p.44) zijn drie noten niet gepubliceerd. Deze moeten zijn: 24) TK, 2008-2009, 32014 nr.2 Nadien is dit wetsvoorstel nog enkele malen gewijzigd; 25) TK, 2009-2010, 32512 nr.2 Nadien is dit wetsvoorstel nog enkele malen gewijzigd; en 26) TK 2010-2011, 32887, nr.2.