

# Kroniek Arbeidsrecht



## INHOUD

Ontslagrecht » Ontslag op staande voet » Vervaltermijn artikel 9 lid 3 BBA » Ontslag op staande voet door werknemer » Kennelijk onredelijk ontslag » Ontbindende voorwaarde » Finale kwijting » Toepasselijkheid BBA » Opvolgend werkgeverschap » Rechtsvermoeden arbeidsomvang » Leeftijdsontslag » Werkgeversaansprakelijkheid » Ontwikkelingen in wetgeving » Literatuurlijst » Wetgevingskalender

Het afgelopen jaar zijn er relatief weinig spraakmakende arresten geweest op het gebied van het arbeidsrecht. Wel is er onder meer een aantal interessante arresten verschenen met betrekking tot ontslag op staande voet. Voorts zijn belangwekkende arresten geweest ten aanzien van het opvolgend werkgeverschap, het toepassingsbereik van het BBA en de werkgeversaansprakelijkheid voor zelfstandigen. Relatief veel ontwikkeling was zichtbaar op het gebied van wetgeving. Onder meer zijn de nieuwe vakantiedagenwetgeving en de Wet Normering Topinkomens ingevoerd, is de maand korting op de fictieve opzegtermijn bij ontbindingen geschrapt en zijn de WMC0 en de WAADI gewijzigd. En natuurlijk is het afgelopen jaar veel gediscussieerd over de kabinetsplannen voor wijziging van het ontslagrecht en de sociale zekerheidsrecht.

Tekst: Karol Hillebrandt, Josanne Holthof en Christiaan Oberman<sup>1</sup>

## Ontslagrecht

Op het gebied van het ontslagrecht zijn er in 2012 minder opzienbarende uitspraken gedaan door de Hoge Raad dan in de jaren daarvoor. Onder meer de in 2009 en 2010 gewezen arresten-Rutten/Breed en Van der Grijp/Stam zijn van grote invloed geweest op de ontslagpraktijk. Wel heeft de HR onder meer op het gebied van ontslag op staande voet een aantal interessante uitspraken gedaan. In deze kroniek worden vier van deze uitspraken behandeld. Toevalligerwijs is onze Staatsbank ABN AMRO bij twee van deze uitspraken betrokken, beide keren overigens aan de verliezende kant.

## Ontslag op staande voet

Is diefstal een dringende reden voor ontslag op staande voet indien het gaat om diefstal van kleren met geringe waarde en de gevolgen van het ontslag voor de werknemer zeer ingrijpend zijn? Deze vraag speelde in de zaak die diende bij de HR op 20 april 2012 (LJN: BV9532). De werknemer was al sinds 2002 in dienst bij De Bijenkorf.

**Bij de vraag of een ontslag op staande voet geldig is, moeten mede persoonlijke omstandigheden van de werknemer mede worden betrokken**

In de arbeidsovereenkomst was verwezen naar de door De Bijenkorf gehanteerde huisregels, waarin onder meer was bepaald dat bij fraude/diefstal altijd ontslag op staande voet volgde. De Bijenkorf hanteerde een strikt beleid. De huisregels waren ook recent aan alle medewerkers toegezonden. In het kader van een uitverkoopactie mochten werknemers vijf artikelen naar keuze kopen tegen betaling van tien euro. De werknemer had vervolgens aan zijn leidinggevende verzocht of hij tegen diezelfde prijs nog enkele onverkochte goederen mocht kopen. De leidinggevende had hem dat geweigerd. Bij controle bleek vervolgens dat de werknemer trachtte een broek en een jas mee te nemen zonder betaling of toestemming van de leidinggevende. De Bijenkorf ontsloeg hem op staande voet wegens diefstal. De werknemer riep de nietigheid van het ontslag in en vorderde

doorbetaling van loon. De werknemer had onder meer gesteld dat het ontslag voor hem zeer ingrijpend was, mede omdat hij een gezin met jonge kinderen had.

De kantonrechter wees de vorderingen van de werknemer toe. Het hof overwoog dat onmiddellijke beëindiging van het dienstverband gerechtvaardigd was en wees de vordering van de werknemer af. In cassatie overwoog de HR dat bij de vraag of een ontslag op staande voet geldig is, mede de persoonlijke omstandigheden van de werknemer moeten worden betrokken, zoals zijn leeftijd en de gevolgen die het ontslag voor hem zouden hebben. Ook indien deze ingrijpend zijn, kan een afweging van deze persoonlijke omstandigheden tegen de aard en ernst van een dringende reden tot de slotsom leiden dat een onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst gerechtvaardigd is. Het oordeel van het hof dat De Bijenkorf voldoende zwaarwegende redenen had haar bedrijfsbeleid tegen diefstal door eigen personeel strikt te handhaven en dat de werknemer van dit bedrijfsbeleid op de hoogte was en wist dat dit daadwerkelijk werd gehandhaafd, berustte op een juiste rechtsopvatting en was alleszins begrijpelijk. Hetzelfde gold voor het oordeel van het hof dat de gevolgen die dit ontslag voor de werknemer had niet konden afdoen aan de rechtvaardigheid daarvan.

De zaak die diende bij de HR op 14 december 2012 (LJN: BY2241) betrof de vragen of de mededeling van het ontslag op staande voet onverwijld was gegeven en of de grenzen van de rechtsstrijd waren overschreden. De feiten waren als volgt:

<sup>1</sup> Hillebrandt, Holthof en Oberman zijn respectievelijk advocaat, advocaat-stagiaire en partner bij Palthe Oberman Advocaten in Amsterdam.



een logeerboerderij voor kinderen had in een brief van 23 augustus 2008 aan haar directeur geschreven dat zij op staande voet diende te worden ontslagen wegens werkweigering, diefstal, fraude en bedrog, maar dat aan de directeur evenwel de kans werd geboden de ontstane situatie ongedaan te maken door het inleveren van bepaalde documenten, de computer en de diensttelefoon van de logeerboerderij. Bij een latere brief van 31 augustus 2008 deelde de logeerboerderij aan de directeur mee dat er geen reden was om het ontslag op staande voet ongedaan te maken. In deze brief werd er op gewezen dat de intakerapporten nog steeds niet waren ingeleverd en dat gebleken was dat de directeur met ouders had gesproken over het binnenkort zelf aanbieden van een logeermogelijkheid. In hoger beroep oordeelde het hof dat het op 23 augustus 2008 onder voorwaarde verleende ontslag op staande voet niet kon worden beschouwd als een ontslag wegens een dringende en onverwijld meegedeelde reden, voor zover het ging om de in de brief van 31 augustus 2008 vermelde reden voor handhaving van

het op 23 augustus 2008 voorwaardelijk gegeven ontslag. De reden was namelijk dat de werknemer samen met een vrijwilliger gesprekken zou hebben gevoerd met diverse ouders over een door hen zelf op te zetten logeerboerderij. Met deze reden mocht naar het oordeel van het hof geen rekening worden gehouden omdat deze niet onverwijld bij de voorwaardelijke ontslagaanzegging op 23 augustus 2008 was meegedeeld. De logeerboerderij ging van dit arrest in cassatie en stelde dat het hof hiermee de grenzen van de rechtsstrijd had overschreden. De werknemer had de aantijgingen betwist maar zich niet op het standpunt gesteld dat de dringende reden niet onverwijld was gegeven. De HR volgde hierbij de logeerboerderij en overwoog dat het hof inderdaad buiten de grenzen van de rechtsstrijd was getreden nu de directeur niet had aangevoerd dat de ontslagreden haar niet onverwijld was meegedeeld. De zaak werd terugverwezen naar het hof.

In de zaak die speelde bij de HR op 21 december 2012 (LJN: BY1209) was de ABN AMRO betrokken. In deze zaak had de bank een werknemster op staande

voet ontslagen wegens schending van de gedragsregels bij arbeidsongeschiktheid. De werknemster had zich per e-mail ziek gemeld wegens griep. Zij verbleef toen bij haar zus in Hilversum maar had haar verpleegadres niet aan ABN AMRO doorgegeven. Op grond van de gedragsregels bij arbeidsongeschiktheid was de werknemster wel verplicht zich bij ziekte te melden bij haar leidinggevende, steeds bereikbaar te zijn en indien zij verpleegd werd op een ander adres, dat huisadres door te geven aan haar leidinggevende. Vervolgens werd de werknemster door de ABN AMRO op staande voet ontslagen wegens het niet bereikbaar zijn voor de controle van de Arbodienst en overtreding van de gedragsregels tijdens arbeidsongeschiktheid. De werknemster vorderde doorbetaling van loon. De rechtbank wees de vordering van de werknemster af. Het hof gaf echter de werknemster gelijk. Naar het oordeel van het hof rechtvaardigde de door de ABN AMRO aangevoerde gronden geen ontslag op staande voet, omdat zij voor een deel niet als vaststaand konden worden beschouwd en voor het

Op staande voet? Hoe durven ze!  
Me arme zuster ken geen eens  
zitten!



overige niet als ernstig genoeg dienden te worden gewaardeerd. Het hof achtte daarbij mede van belang dat werknemster vanwege een reorganisatie boventallig was en in het zogenaamde *employability*-traject zat. Hoewel de werknemster formeel niet meer vrijgesteld was van werk, was op dat moment voor haar geen werk voorhanden. Onder verwijzing naar het arrest-Vixia/Gerrits (HR 8 oktober 2004, JAR 2004/259) was loonopschorting de meest toepasselijke sanctie geweest. ABN AMRO gaat vervolgens in cassatie. De HR doet de zaak af op artikel 81 wet RO en verwerpt het cassatieberoep.

## Vervaltermijn artikel 9 lid 3 BBA

In de zaak van de HR van 22 juni 2012 (LJN: BW5695), eveneens tegen ABN AMRO, ging het om de vraag of het beroep van ABN AMRO op de vervaltermijn van zes maanden van artikel 9 lid 3 BBA in strijd was met de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid. De casus was als volgt: bij de werknemer was vastgesteld dat hij leed aan een ernstige psychische ziekte. Dat was ook bij ABN AMRO bekend. Toen hij als gevolg daarvan niet op het werk verscheen, werd hij na herhaalde oproepen op staande voet ontslagen. Nadien

werd de werknemer opgenomen in een psychiatrische inrichting. Na die opname meldde hij zich bij een advocaat, die de vernietiging van het ontslag op staande voet inriep. Dat was echter meer dan anderhalf jaar na het ontslag op staande voet, dus ruimschoots na de vervaltermijn van zes maanden. De werknemer spande een procedure aan tegen ABN AMRO en vorderde doorbetaling van loon. De kantonrechter wees de vorderingen van de werknemer af. Het hof oordeelde echter dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig was en dat het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was om aan het ongebruikt verstrijken van zes maanden de conclusie te verbinden dat de werknemer zich niet meer mocht beroepen op de vernietigingsgrond van artikel 9 lid 1 BBA. De HR verwierp het cassatieberoep van ABN AMRO en oordeelde dat een beroep op de vervaltermijn van zes maanden ex artikel 9, lid 3 BBA onaanvaardbaar kan zijn. De rechter dient daarbij wel grote terughoudendheid te betrachten. In beginsel moet aan de termijn van artikel 9 lid 3 BBA strikt de hand worden gehouden, nu daarmee het belang van de werkgever wordt beschermd om zekerheid te hebben over de rechtsgeldigheid van het ontslag. In dit geval was het beroep van ABN AMRO op de vervaltermijn echter in strijd met de redelijkheid en billijkheid.

## Ontslag op staande voet door werknemer

In de zaak-Quirijns/TGB (HR 26-10-2012, LJN: BW9244) ging het over de vraag of een werknemer terecht ontslag op staande voet had genomen in verband met interne misstanden bij de bank. De werknemer had bij de melding van interne misstanden ook vertrouwelijke informatie van de bank aan cliënten en derden prijsgegeven. De bank stelde zich in de procedures onder meer op het standpunt dat de werknemer in strijd had gehandeld met de geheimhoudingsplicht en vorderde onder meer schadevergoeding. In de procedure gaf de kantonrechter de bank gelijk. Het hof bekrachtigde grotendeels het vonnis van de kantonrechter en overwoog daarbij dat na een dienstverband van ruim zeven jaar het op de weg van werknemer had gelegen om eerst de bank op de hoogte te stellen van zijn bezwaren, met de mededeling dat hij medewerking zou weigeren bij handelingen die hij onacceptabel vond en dat hij een einde aan het dienstverband zou maken als de bank op de gekozen weg zou doorgaan en hem daarbij zou betrekken. De HR oordeelde echter dat niet in te zien viel waarom het op de weg van werknemer

had gelegen om eerst de bank te waarschuwen voor ontslagname als de bank op de gekozen weg zou doorgaan en waarom werknemer zonder zo'n waarschuwing te hebben gegeven geen gegronde reden had voor onmiddellijke beëindiging van zijn dienstverband met de bank. De HR verwees de zaak terug naar het hof voor verder feitenonderzoek. In elk geval valt uit deze uitspraak af te leiden dat de HR dus niet de algehele lijn in de rechtspraak volgt dat misstanden altijd eerst intern moeten worden gemeld.

## Kennelijk onredelijk ontslag

Op het gebied van kennelijk onredelijk ontslag waren er geen baanbrekende uitspraken van de HR. Wel werd voor de tweede keer uitspraak gedaan in de zaak-Van der Grijp/Stam. Die zaak was ooit in 2006 door Stam aanhangig gemaakt. Het Hof Den Haag had hem toen een vergoeding toegekend op basis van de kantonrechttersformule verminderd met dertig procent, wat neerkwam op een bedrag van ruim 26.000 euro. De HR had toen dat arrest van het hof gecasseerd onder andere met de motivering dat de formule zoals het hof die hanteerde, ontoelaatbaar was. Vervolgens werd de zaak terugverwezen naar het Hof Amsterdam. In tweede instantie oordeelde het hof dat er geen sprake was van kennelijk onredelijk ontslag. Er werd dus (ook) geen vergoeding toegekend. De HR verwierp vervolgens het cassatieberoep van Stam, die na zes jaar procederen met lege handen staan bleef. Wellicht een doekje voor het bloeden voor Stam dat zijn naam inmiddels verbonden is aan een zeer bekend arrest.

Ten aanzien van de begroting van de schade hebben de kantonrechtters tijdens hun vergadering in november 2012 zich uitgesproken voor een berekeningswijze zoals die te vinden is op de website [www.hoelangwerkloos.nl](http://www.hoelangwerkloos.nl). Deze website is tot stand gebracht door het Hugo Sinzheimer Instituut van de Universiteit van Amsterdam. De tool op deze site geeft aan hoelang naar alle waarschijnlijkheid een werknemer werkloos zal zijn en wat de kans is op uitstroom naar de arbeidsmarkt. Aan de hand van de

## Wellicht een doekje voor het bloeden voor Stam dat zijn naam inmiddels verbonden is aan een zeer bekend arrest

uitkomsten kan dan de schade berekend worden. De kantonrechtters Amsterdam en Utrecht hebben al op basis van deze site een vergoeding bepaald (Sector Kanton Rechtbank Utrecht 30 januari 2013 LJN: BZ1018 en Sector Kanton Rechtbank Rotterdam 14 december 2012 LJN: BY6325).

## Ontbindende voorwaarde

De zaak-HTM Personenvervoer N.V./werknemer (HR 2 november 2012, LJN: BX 0348) betrof het toestaan van een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst bij een beëindiging van een ID-subsidie. In dit geval ging het om de vraag of de arbeidsovereenkomst op grond van de overeengekomen ontbindende voorwaarde van rechtswege zou eindigen indien de subsidie die de werkgever van de gemeente ontving op grond van een regeling voor doorstroom van langdurige werklozen (ID-regeling) zou worden stopgezet. De kantonrechter had geoordeeld dat de ontbindende voorwaarde niet rechtsgeldig was. Het hof gaf echter de werkgever gelijk. In cassatie overwoog de HR in de eerste plaats dat de geldigheid van een ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst slechts bij uitzondering kan worden aanvaard. Een voorwaarde die redelijkerwijs niet met het gesloten ontslagstelsel is te verenigen, zal niet tot een einde van rechtswege van de arbeidsovereenkomst kunnen leiden. Van geval tot

geval moet dat worden gezien. In dit geval vond de HR de ontbindende voorwaarde niet onverenigbaar met het wettelijk stelsel van het ontslagrecht. De werknemer was niet tewerkgesteld op een reguliere arbeidsplaats, maar op een arbeidsplaats die in het kader van de ID-regeling speciaal voor langdurig werkloze werknemers was gecreëerd. Indien een werkgever meewerkt aan een dergelijke regeling dan is het met het wettelijk ontslagstelsel verenigbaar dat hij zich op voorhand ervan verzekert dat beëindiging van de subsidieregeling voor hem geen nadelige gevolgen heeft. Redelijk is dat in de verhouding tot de betrokken werknemer de intrekking van de subsidie niet voor rekening van de werkgever komt.

## Finale kwijting

Een andere zaak die voor de dagelijkse adviespraktijk van belang is, is de zaak tussen de ABN AMRO en werknemer (HR 12 oktober 2012, LJN: BX7588) over de finale kwijting in een beëindigingsovereenkomst. Daar speelde de vraag of de in een vaststellingsovereenkomst opgenomen finale kwijting ook betekende dat personeelsopties die niet in de beëindigingsovereenkomst waren vermeld, waren vervallen. De werkgever had de werknemer niet op het vervallen van de optierechten gewezen. Daarmee had de werkgever in strijd met zijn verplichting als goed werkgever gehandeld. De werknemer had zich tijdens de onderhandelingen niet gerealiseerd dat de opties zouden komen te vervallen terwijl hij een deel van die opties voor de beoogde beëindigingsdatum nog had kunnen uitoefenen zonder financieel nadeel voor de werkgever. Voor de beantwoording van de vraag of de optierechten onder de finale kwijting vallen, komt het volgens het hof aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze kwijtingsbepaling mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. De optierechten waren echter niet ter sprake geweest bij de onderhandelingen. De werknemer, die overigens geen juridische bijstand had, hoefde dan ook niet te verwachten dat deze in de finale kwijting waren begrepen.



In het kader van een evenwichtige personeelsopbouw van personeel onder de 56 moet iedereen eruit op zijn 56; maar dat is evenwichtig, en dat heeft niets met leeftijdsdiscriminatie te maken!

## Toepasselijkheid BBA

De HR deed in februari 2012 (24 februari 2012, LJN: BU8512) uitspraak in een zaak die ging over de toepasselijkheid van het BBA in internationale verhoudingen. Zoals bekend is de op het BBA gebaseerde toestemming van UWV in beginsel niet vereist indien de werknemer na beëindiging van het dienstverband niet op de Nederlandse arbeidsmarkt terugvalt. In de zaak die speelde was toestemming van UWV volgens Nuon niet nodig omdat haar Amerikaanse werknemer zou terugkeren naar de Verenigde Staten en dus niet op de Nederlandse arbeidsmarkt terug zou vallen. De kantonrechter en het hof oordeelden echter anders en gaven de werknemer gelijk. De HR overwoog in cassatie dat de vraag of het BBA van toepassing is nog steeds afhangt van de mate van betrokkenheid van de sociaaleconomische verhoudingen in Nederland en in het bijzonder de belangen van de Nederlandse arbeidsmarkt. De HR overwoog echter ook dat het hof terecht had geoordeeld dat het doel van het BBA – om de werknemer bescherming te bieden tegen sociaal ongerechtvaardigd ontslag – de nadruk verdient. De situatie van de werknemer onderscheidde zich in de Nuon-zaak onvoldoende van die van andere werknemers die werkzaam zijn in Nederland en die zonder meer ontslagbescherming verdienen, zodat de toepasselijkheid van de artikelen 6 en 9 van het BBA gerechtvaardigd was.

## Opvolgend werkgeverschap

Op 11 mei 2012 heeft de HR (LJN: BV9603) een belangwekkend arrest gewezen over het opvolgend werkgeverschap van artikel 7:668a lid 2 BW. In dit artikel is bepaald dat de ketenregeling voor contracten voor bepaalde tijd ook van toepassing is op elkaar opvolgende overeenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers die ten aanzien van de ver-



richte arbeid redelijkerwijs geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn.

In de zaak die voorlag, ging het om de overgang van een concessie voor vervoer op grond van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo). De concessie ging op 1 april 2008 over van Connexxion Taxi Services naar Vier Gewesten, die hiervoor Taxicentrale Wolters inschakelde. Van Tuinen was in dienst van Connexxion op grond van haar derde arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur die op 31 maart 2008 van rechtswege afliep. In verband met het overgaan van de concessie trad Van Tuinen aansluitend per 1 april 2008 in dienst van Wolters, wederom op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur. Deze arbeidsovereenkomst werd eenmaal met een jaar verlengd, waarna Wolters besloot de arbeidsovereenkomst niet verder te verlengen. Van Tuinen stelde zich vervolgens op het standpunt dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur was ontstaan, primair wegens overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 e.v. BW en subsidiair op grond van het opvolgend werkgeverschap. Met de primaire grondslag was de HR snel klaar. De arbeidsovereenkomst met Connexxion was immers op 31 maart 2008 van rechtswege geëindigd. Voor zover reeds sprake was van overgang van onderneming was Van Tuinen op dat moment derhalve niet meer in dienst van Connexxion. Zij kon daarom niet op grond van artikel 662 e.v. BW mee over zijn gegaan naar Wolters. Het arrest is met name van belang vanwege de uitleg die de HR gaf aan het opvolgend werkgeverschap van artikel 7:668a lid 2 BW, de subsidiaire grondslag

van de werkneemster. De HR besliste dat voor opvolgend werkgeverschap aan de volgende criteria moet zijn voldaan: ten eerste, de nieuwe arbeidsovereenkomst moet van de werknemer wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eisen als de voorafgaande arbeidsovereenkomst; ten tweede, tussen de nieuwe en de vorige werkgever moeten zodanige banden bestaan dat het door de vorige werkgever op basis van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever. Het tweede criterium is niet eerder in de rechtspraak van de HR zo duidelijk naar voren gekomen. De HR sluit hiermee bewust aan bij de rechtspraak over de geldigheid van een proeftijdbeding in geval van opvolgend werkgeverschap (HR 24 oktober 1986, LJN: AC9537). In het geval van Van Tuinen was de HR van oordeel dat geen sprake was van opvolgend werkgeverschap, aangezien Connexxion en Wolters niets anders met elkaar van doen hadden dan dat zij elkaars concurrenten waren. Aan het tweede criterium was derhalve niet voldaan.

## Rechtsvermoeden arbeidsomvang

In het arrest van 27 april 2012 heeft de HR (LJN: BW0017) zich nader uitgesproken over het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW. Op grond van deze bepaling wordt de arbeidsomvang in enige maand

vermoed gelijk te zijn aan de gemiddelde arbeidsomvang in de drie voorafgaande maanden. In de rechtspraak is bepaald dat een andere referentieperiode kan worden aangehouden, indien deze meer representatief is.

Het betrof een zaak die was aangespannen door een postbezorger van TNT. De postbezorger was met ingang van 4 september 2006 in dienst getreden van TNT op basis van een arbeidsovereenkomst met een arbeidsduur van gemiddeld twaalf uur per week. Per brief van 18 juni 2009 ging de postbezorger onder voorbehoud akkoord met een nieuwe schriftelijke arbeidsovereenkomst waarin een arbeidsduur van achttien uur per week was opgenomen. Zij constateerde vervolgens echter dat haar gemiddelde arbeidsduur in het verleden hoger was geweest. Op 1 juli 2009 verzocht de postbezorger daarom een aanpassing van haar arbeidsduur met terugwerkende kracht vanaf 1 oktober 2008, op basis van het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW. Tevens vorderde de postbezorger betaling van achterstallig salaris op basis van de aangepaste arbeidsduur. De postbezorger baseerde haar gemiddelde arbeidsduur op de in haar ogen representatieve periode van 1 juli 2008 tot en met 31 december 2008.

Het hof wees de aanpassing toe vanaf 1 juli 2009 (de datum van het verzoek van de werknemer) op basis van een referentieperiode van 1 juli 2008 tot 1 juli 2009. In casus kwam de postbezorger onder meer op tegen het feit dat het hof de vordering eerst vanaf 1 juli 2009 had toegewezen en niet vanaf de door haar gevorderde datum van 1 oktober 2008. De HR stelde de werknemer op dit punt in het gelijk, overwegende dat indien het hof ervan was uitgegaan dat een aanpassing niet kon worden toegewezen met ingang van een datum vóór die van indiening van het aanpassingsverzoek, het hof was uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, omdat de tekst van de wet noch haar totstandkomingsgeschiedenis steun biedt voor een dergelijke beperkte uitleg. De HR verwees de zaak terug naar het hof, waarbij ten overvloede werd opgemerkt dat het hof de arbeidsomvang in de periode van 1 oktober 2008 tot 1 juli 2009 moest baseren op een andere referentieperiode dan de periode die het hof had gehanteerd voor de arbeidsomvang vanaf 1 juli 2009.

## Het verplichte pensioenontslag leidde daarom niet tot ontoelaatbaar onderscheid op grond van leeftijd

### Leeftijdsontslag

In het arrest van 13 juli 2012 van de HR (LJN: BW3367) stond het verplichte pensioenontslag voor KLM-vliegers centraal. Op grond van de toepasselijke cao eindigt de arbeidsovereenkomst van verkeersvliegers van rechtswege bij het bereiken van de pensioenleeftijd van 56 jaar. De doelstelling van deze regeling is het bereiken van een regelmatige en voorspelbare doorstroming van verkeersvliegers tussen de rangen, kostenbeheersing en een evenwichtige personeelsofbouw (waaronder begrepen een evenwichtige verdeling van de werkgelegenheidskansen binnen de beroepsgroep). De HR besliste dat de aangevoerde doelstelling legitiem, passend en noodzakelijk was. Het verplichte pensioenontslag leidde daarom niet tot ontoelaatbaar onderscheid op grond van leeftijd. De HR had zich reeds eerder in twee arresten van 8 oktober 2004 in vergelijkbare zin over deze KLM-regeling uitgesproken (LJN: AP0424 en LJN: AP0425). Het toetsingskader was sindsdien echter veranderd door invoering van de op de Europese Richtlijn 2000/78/EG gebaseerde Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid, waardoor de regeling opnieuw aan een rechterlijke toetsing kon worden onderworpen. Dat nieuwe toetsingskader leidde echter niet tot een andere uitkomst.

In onze vorige kroniek bespraken wij de uitspraak van 13 september 2011 van het Europese Hof van Justitie waarin op grond van dezelfde Europese Richtlijn werd geoordeeld dat een verplicht leeftijdsontslag voor Lufthansa-vliegers bij het bereiken van de leeftijd van zestig jaar geen stand kon houden (LJN: BT6303). Het verschil in uitkomst tussen deze zaken laat

zich verklaren door de verschillende doelstellingen die Lufthansa en KLM voor de regelingen hebben aangevoerd. Lufthansa had aan haar regeling de verkeersveiligheid ten grondslag gelegd. Het Europese Hof oordeelde dat ook deze doelstelling op zich een leeftijdsontslag zou kunnen rechtvaardigen. Er kon echter niet worden vastgesteld dat het laten doorvliegen van piloten na het bereiken van de leeftijd van zestig jaar de verkeersveiligheid ook daadwerkelijk in gevaar zou brengen.

In het KLM-arrest van 13 juli 2012 speelde voorts de vraag of een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur wel van rechtswege kan eindigen op grond van een cao-regeling zonder dat voorafgaande opzegging (veelal met toestemming van UWV) nodig is. Hierover bestaat in de arbeidsrechtelijke literatuur al geruime tijd discussie. Enerzijds bepaalt het eerste lid van artikel 7:677 BW dat een arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt indien de periode is verstreken, die bij overeenkomst, bij wet of door gebruik is aangegeven. Anderzijds staat in het vierde lid van artikel 7:677 BW dat voor beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur voorgaande opzegging nodig is. De HR besliste in het KLM-arrest dat het eerste lid zich niet beperkt tot arbeidsovereenkomsten voor bepaalde duur, maar ook van toepassing is op die voor onbepaalde duur. De HR overwoog voorts dat het vierde lid ziet op de wijze van beëindigen van een arbeidsovereenkomst (hetgeen een actieve handeling impliceert). Hieruit mogen we naar alle waarschijnlijkheid concluderen dat indien in de cao of individuele arbeidsovereenkomst een pensioenbeding is opgenomen, de arbeidsovereenkomst van rechtswege kan eindigen. Onduidelijk is echter nog of een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur ook van rechtswege zal eindigen bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd indien partijen dat niet expliciet zijn overeengekomen.

## Werkgevers-aansprakelijkheid

Op het gebied van werkgeversaansprakelijkheid zijn het afgelopen jaar wederom

diverse arresten geweest. Hiervan is het arrest van 23 maart 2012 van de HR in de zaak-Davelaar/Allspan (LJN: BV0616) het meeste belangwekkend. In dit arrest heeft de HR zich uitgesproken over de reikwijdte van artikel 7:658 lid 4 BW. Hierin is bepaald dat artikel 7:658 BW (dat betrekking heeft op de aansprakelijkheid van de werkgever voor schade van de werknemer) ook van toepassing is indien een 'werkgever' in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft. In de rechtsliteratuur bestaat al langere tijd discussie over de vraag of zzp'ers ook onder de reikwijdte van deze bepaling vallen. De HR heeft met dit arrest deze discussie meer richting gegeven.

Davelaar was als zzp'er door houtverwerkingsbedrijf Allspan ingehuurd om een machine te reviseren. In de uitvoering van zijn werkzaamheden overkwam hem een ongeval als gevolg waarvan zijn rechterbeen boven de knie moest worden geamputeerd. De rechtbank en het hof wezen de vorderingen van de werknemer af. Het hof constateerde dat onduidelijk was of een zzp'er onder de reikwijdte van artikel 7:658 lid 4 BW viel, maar liet het antwoord op die vraag in het midden omdat het reviseren van machines naar zijn oordeel niet tot de beroeps- of bedrijfsuitoefening van Allspan behoorde. Op basis van de wetsgeschiedenis besliste de HR in de eerste plaats dat artikel 7:658 lid 4 BW ook van toepassing kan zijn op zzp'ers. Dat kan het geval zijn indien de zzp'er voor de zorg voor zijn veiligheid (mede) afhankelijk is van degene voor wie hij werkzaamheden verricht. Of dit het geval is, hangt af van de omstandigheden van het geval, waarbij onder meer van belang zijn: ten eerste, de feitelijke verhouding tussen betrokkenen, ten tweede de aard van de verrichte werkzaamheden en ten derde de mate waarin de werkgever invloed heeft op de werkomstandigheden en de daarmee verband houdende veiligheidsrisico's. Voorts gaf de HR een ruimere uitleg aan de werkzaamheden waarop de bepaling van toepassing kan zijn. In tegenstelling tot het hof besliste de HR dat de reikwijdte van de bepaling niet beperkt is tot de werkzaamheden die tot het wezen van beroeps- of bedrijfsuitoefening van de opdrachtgever kunnen worden

## Met deze registratieplicht wil de Nederlandse overheid fraude beter kunnen opsporen en een betere bescherming van werknemers en eerlijke concurrentie bevorderen

gerekend of normaal gesproken in het verlengde daarvan liggen. Mede gelet op het beschermingskarakter van artikel 7:658 lid 4 BW kan de bepaling zich ook uitstrekken tot andere werkzaamheden, waarbij bepalend is of de verrichte werkzaamheden, gelet op de wijze waarop de desbetreffende opdrachtgever aan zijn beroep of bedrijf invulling pleegt te geven, feitelijk tot zijn beroeps- of bedrijfsuitoefening behoren. Het arrest van het hof was daarom onvoldoende gemotiveerd.

## Ontwikkelingen in wetgeving

Het afgelopen jaar is een aantal wetswijzigingen in werking getreden waaronder, sinds 1 januari 2012, de nieuwe vakantiedagenwetgeving op grond waarvan tijdens ziekte onbeperkt vakantiedagen worden opgebouwd en wettelijke vakantiedagen vervallen na zes maanden na afloop van het kalenderjaar waarin ze zijn opgebouwd. De oude regeling was in strijd met Europees recht. In een opvallende uitspraak van 6 februari 2012 heeft de kantonrechter te Den Haag (JAR 2012/84) geoordeeld dat de staat aansprakelijk is voor vakantiedagen die onder de oude regeling zijn vervallen.

Tevens is de Wet melding collectief ontslag (WMCO) per 1 maart 2012 gewij-

zigd. Voor de meldingsplicht voor collectieve ontslagen dienen thans niet alleen ontbindingen en opzeggingen, maar ook beëindigingen met wederzijds goedvinden te worden meegeteld. Een beëindiging met wederzijds goedvinden is vernietigbaar indien niet aan de meldingsplicht is voldaan. Tevens is in artikel 6a WMCO vastgelegd dat de kantonrechter een ontbindingsverzoek wegens bedrijfseconomische redenen slechts kan inwilligen indien hij zich ervan heeft vergewist of de WMCO van toepassing is en zo ja, of de werkgever aan zijn verplichtingen tot raadpleging heeft voldaan.

Voorts is de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (WAADI) op een aantal punten gewijzigd. Het betreft onder meer de (her)invoering van het belemmeringsverbod, op grond waarvan een beding dat een werknemer belemmert in dienst te treden van de inlener nietig is. Tevens geldt op grond van de WAADI sinds 1 juli 2012 een registratieplicht voor het uitlenen van arbeidskrachten. Bij overtreding hiervan kunnen zowel aan de uitlener als de inlener boetes worden opgelegd van 12.000 euro per werknemer. Met deze registratieplicht wil de Nederlandse overheid fraude beter kunnen opsporen en een betere bescherming van werknemers en eerlijke concurrentie bevorderen.

Sinds begin dit jaar is eveneens een aantal wetswijzigingen van kracht. Met ingang van 1 januari 2013 geldt niet langer dat de fictieve opzegtermijn (voor het bepalen van de ingangsdatum van een WW-uitkering) met een maand wordt bekort indien de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter ontbonden. De kortingsmaand is uitsluitend nog van toepassing indien de arbeidsovereenkomst met toestemming van het UWV wordt opgezegd. De regering hoopt hiermee het aantal pro-formaprocedures verder terug te dringen.

Eveneens met ingang van 1 januari 2013 is de Wet normering topinkomens (WNT) ingevoerd. Op grond van deze wet zijn het salaris en de ontslagvergoedingen van topfunctionarissen in de (semi)publieke sector gemaximeerd. Voor bestaande afspraken kent de wet een overgangsregeling.

Tot slot heeft hebben de coalitiepartijen in het coalitieakkoord de veelbesproken wijziging van het ontslagrecht en de WW



in het regeerakkoord vastgelegd. Op basis van de plannen wordt de preventieve ontslagtoets afgeschaft, de ontslagvergoeding beperkt en worden de duur en hoogte van de WW drastisch teruggebracht. De plannen zullen niet eerder dan halverwege 2014 worden ingevoerd. Het is echter nog zeer de vraag of, en zo ja in hoeverre, de plannen uiteindelijk tot wetgeving zullen leiden.

## Literatuurlijst

### Meer lezen over de ontwikkelingen in het arbeidsrecht?

- Prof. mr. A.A.H. van Hoek, 'De werkingssfeer van het BBA na het Nuon-arrest en de Hoge Raad', *TRA* 2012/95.
- Mr. M.A. van Haelst, 'Reikwijdte 'opvolgend werkgeverschap' na Van Tuinen-arrest', *TAP* 2012, 6.
- Mr. E.C. van Fenema, 'Pieken en dalen. Over het toepassingsbereik van het rechtsvermoeden omvang arbeidsduur', *ArbeidsRecht* 2012/51.
- Prof. mr. G.C. Boot, 'Arbeidsrechtelijke bescherming van afhankelijke zzp'ers', *TRA* 2012/84.
- Mr. M. Ledesma Marin en mr. F.M. Dekker, 'Vakantiedagen na Schultz en Schulte: use it or lose it!', *TAP* 2012, 1.
- Mr. E.J.A. Janssen en J. Seghrouchni, 'De nieuwe vakantieregeling: 'nog niet alle vragen beantwoord', *ArbeidsRecht* 2012/48.
- Mr W. Hafkamp-van der Zwaard, 'Schone schijn bedriegt: de Wet Melding Collectief Ontslag gewijzigd', *ArbeidsRecht* 2012/45.
- Mr. R.S. Ferouge en mr. E.J.A. Franssen, 'Inlenersaansprakelijkheid verder uitgebreid door registratieplicht in nieuwe WAADI', *TAP* 2012, 2.
- Mr. M.C.T. Burgers, 'Wetsvoorstel WNT werpt haar schaduw vooruit', *ArbeidsRecht* 2012/36.

## Wetgevingskalender

Biggeworkt tot 6 maart 2013

Dossiernummer	Onderwerp	Beh. 2e Kamer	Aang. 2e Kamer	Beh. 1e Kamer	Aang. 1e Kamer	Stb.	Datum inwtr.
33 556	Verzamelwet SZW 2013	X					
33 499	Wet zekerheid voor flexibiliteit	X					
33 475	Aanscherping Wet arbeid vreemdelingen	X					
33 367	Aanpassing WOR in verband met wijziging van de financiering van het scholingsstelsel voor leden van de ondernemingsraad	X	X				
33 161	Wet werken naar vermogen	X					
33 075	Voorstel van wet van het lid Koser Kaya tot wijziging van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, het Burgerlijk Wetboek en enkele andere wetten ter verbetering van de rechtsbescherming bij ontslag (Rechtsbescherming ontslag)	X					
32 889	Voorstel van wet van Van Gent en van Hijum tot wijziging van de Wet aanpassing arbeidsduur ten einde flexibel werken te bevorderen (Wet flexibel werken)	X					
32 855	Wetsvoorstel modernisering regelingen voor verlof en arbeidstijden	X					
32 716	Evaluatie Wet WIA	X					
32 659	Wet Babyverlof	X					
32 550	Wet normalisering rechtspositie ambtenaren	X					
31 862	Wetsvoorstel limitering ontbindingsvergoeding INGETROKKEN						
31 800	Wet langdurig zorgverlof	X					

Eerder gepubliceerd in *TAP*, Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk (2013, afl. 2); auteur: mr. P.A. Hogewind-Wolters, vakredacteur Arbeidsrecht en advocaat.