

KRONIEK ARBEIDSRECHT

DOOR / KAROL HILLEBRANDT, CHRISTIAAN OBERMAN & KIM DEELEN

Het eerste volledige kalenderjaar sinds de invoering van de Wet werk en zekerheid is achter de rug. Deze Kroniek Arbeidsrecht besteedt aandacht aan Wwz-gerelateerde vraagstukken. Over het merendeel ervan laat de rechtspraak nog steeds verdeeldheid zien. De Hoge Raad heeft zich slechts een keer over de toepassing van de Wwz uitgesproken, te weten over de mogelijkheid van een voorwaardelijke ontbinding. Daarnaast gaat deze Kroniek in op belangwekkende uitspraken op andere onderdelen van het Arbeidsrecht, waaronder een nuancering van de onverwijlde mededelingsplicht bij een ontslag op staande voet.

ONTSLAG OP STAANDE VOET

Een van de eisen voor een rechtsgeldig ontslag op staande voet is dat de reden voor het ontslag onverwijld moet worden gegeven. De ratio is dat het voor de werknemer onmiddellijk duidelijk behoort te zijn welke eigenschappen of gedragingen voor de werkgever aanleiding zijn geweest om hem te ontslaan. Bij het formuleren van de ontslagredenen gaat het weleens mis als in de ontslagbrief strafrechtelijke terminologie wordt gebruikt. Zo maakte de Hoge Raad in het arrest Wapenaar/Taxi Hofman¹ uit dat als verduistering aan het ontslag op staande voet ten grondslag wordt gelegd, de werkgever de daarbij behorende opzet moet bewijzen. De formulering van het ontslag op staande voet speelde ook in de zaak van een werknemer tegen Autocentrum Zuid-Nederland (Hoge Raad 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:290). Het autocentrum had een werknemer op staande voet ontslagen omdat hij met gebruikmaking van zijn zakelijke tankpas de auto van zijn partner had volgetankt. In de ontslagbrief werd 'diefstal van bedrijfseigendom-

men' als ontslaggrond aangevoerd. Het autocentrum vorderde een verklaring voor recht bij de kantonrechter dat het ontslag op staande voet rechtsgeldig was gegeven. In cassatie stelde de werknemer onder meer dat het hanteren van strafrechtelijke begrippen in de ontslagbrief tot gevolg had dat de werkgever in beginsel alle bestanddelen van het strafrechtelijke delict diende te bewijzen. De Hoge Raad overwoog dat de strekking van de mededelingsplicht van de dringende reden hierin is gelegen dat het voor de werknemer onmiddellijk duidelijk behoort te zijn welke eigenschappen of gedragingen de werkgever hebben genoopt tot een beëindiging van de dienstbetrekking. Een dergelijke mededeling van het ontslag kan achterwege blijven in het uitzonderlijke geval dat het voor de werknemer aanstonds duidelijk is welke dringende redenen tot de opzegging hebben geleid, althans dat daarover bij de werknemer in redelijkheid geen enkele twijfel kan bestaan. Hieruit volgt, overwoog de Hoge Raad, dat aan de letterlijke tekst van de ontslagbrief niet steeds

doorslaggevende betekenis toekomt. Uiteindelijk gaat het erom dat het voor de werknemer aanstonds duidelijk is welke dringende reden tot de opzegging heeft geleid. Ook een in de ontslagbrief vermelde opzeggingsgrond dient mede te worden uitgelegd in het licht van de omstandigheden in het geval. Dat is niet anders als in de ontslagbrief enkel strafrechtelijke begrippen worden gehanteerd. Het hof had geoordeeld dat voor de werknemer duidelijk moet zijn geweest dat de term diefstal betrekking had op het wederrechtelijk gebruik van de tankpas. Deze uitleg van het hof vond de Hoge Raad niet onbegrijpelijk. Uit het arrest kan dus worden afgeleid dat de opzeggingsgrond moet worden uitgelegd in het licht van de omstandigheden van het geval, waarbij het erom gaat dat de werknemer direct duidelijk is wat hem wordt verweten en het niet altijd nodig zal zijn alle bestanddelen van het strafrechtelijk delict te bewijzen.

UITZENDOVEREENKOMST

De uitzendovereenkomst is gedefinieerd in artikel 7:690 BW. De uitleg

De auteurs zijn advocaat bij **Palthe Oberman Advocaten** in Amsterdam. **Karol Hillebrandt** is tevens redactielid van dit blad. De auteurs danken **Anne Dido Doorman**, student-assistent bij Palthe Oberman Advocaten.

van deze bepaling heeft jarenlang ter discussie gestaan. De verdeeldheid had met name betrekking op de vraag of voor een uitzendovereenkomst een allocatiefunctie is vereist. De klassieke allocatiefunctie ziet op het bij elkaar brengen van vraag en aanbod van (tijdelijke) arbeid op de arbeidsmarkt. Dat kan bijvoorbeeld aan de orde zijn bij het opvangen van werkzaamheden tijdens piekuren of vervanging tijdens ziekte ('piek en ziek'). De dienstverlening van het klassieke uitzendbureau dus. De allocatiefunctie wordt niet uitdrukkelijk genoemd in de definitie van artikel 7:690 BW, maar de parlementaire geschiedenis biedt wel aanknopingspunten om de allocatiefunctie als vereiste voor een uitzendovereenkomst aan te merken. Het antwoord op de vraag is van belang omdat op basis van artikel 7:691 BW een verlicht arbeidsrechtelijk regime geldt voor uitzendovereenkomsten. Het afgelopen jaar heeft de Hoge Raad de discussie beslecht met zijn arrest van 4 november 2016 in de zaak Care4-Care/StiPP (ECLI:NL:HR:2016:2356). Care4Care ('C4C') is een onderneming die zich bezighoudt met het leveren van medisch specialistisch personeel aan haar opdrachtgevers. StiPP is het bedrijfstakpensioenfonds voor de uitzendbranche. StiPP was van oordeel dat de activiteiten van C4C onder de werkingssfeer van de verplichte bedrijfstakpensioenregeling vielen. C4C sprak dat tegen en verzocht de kantonrechter om een verklaring voor recht dat de verplichtstelling niet op haar van toepassing was. C4C voerde hiertoe onder meer aan dat voor een uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 7:690 BW een klassieke allocatiefunctie is vereist en dat haar onderneming deze functie niet vervulde. De kantonrechter volgde het betoog van C4C en wees de vordering toe. Het hof en de Hoge Raad kwamen echter tot een ander oordeel en beslisten dat de allocatiefunctie geen vereiste was voor het aannemen van een uitzendovereenkomst. De Hoge Raad overwoog:

'Uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 7:690 BW kan niet worden afgeleid dat voor het aannemen van een uitzendovereenkomst andere vereisten gelden dan vermeld in deze bepaling. De tekst van artikel 7:690 BW eist niet dat de bij de derde te verrichten arbeid tijdelijk is, noch impliceert deze een beperkende "allocatiefunctie" (...) Uit de toelichting op het artikel blijkt dat de wetgever heeft beoogd dat ook andere driehoeksrelaties dan de – kort gezegd – "klassieke uitzendrelatie" onder de reikwijdte van de bepaling zouden vallen, mits aan de begripsomschrijving wordt voldaan.' In de literatuur is ook betoogd dat het vereiste van de allocatiefunctie weliswaar niet geldt als vereiste voor de uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 7:690 BW, maar wel voor verlichte arbeidsrechtregime van artikel 7:691 BW. Ook over dit punt heeft de Hoge Raad zich expliciet uitgesproken. De Hoge Raad overwoog dat de wetsgeschiedenis geen aanknopingspunt biedt voor het hanteren van verschillende definities van de uitzendovereenkomst in de artikelen 7:690 BW en 7:691 BW en dat zo'n verschil in betekenis ook niet voor de hand ligt. Andere driehoeksrelaties kunnen derhalve ook kwalificeren als uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW en artikel 7:691 BW. De afgelopen jaren hebben payrollondernemingen een steeds belangrijkere plaats ingenomen op de arbeidsmarkt. Deze ondernemingen vervullen veelal een beperkte of zelfs helemaal geen allocatiefunctie. Een belangrijke reden voor werkgevers om een payrollonderneming in te schakelen, is niet zelden om via de payrollonderneming gebruik te kunnen maken van het verlichte arbeidsrechtregime van artikel 7:691 BW. De Hoge Raad zag hierin evenwel geen reden de reikwijdte van de artikelen 7:690 BW en 7:691 BW te beperken tot de klassieke allocatiefunctie, hetgeen in de literatuur ook wel werd verdedigd om misbruik van payrollondernemingen tegen te gaan. De Hoge Raad

overwoog: 'Voor zover de toepassing van de regels van artikel 7:691 BW in de nieuwe driehoeksrelaties als payroll zou leiden tot resultaten die zich niet laten verenigen met hetgeen de wetgever bij de regeling van de artikelen 7:690-7:691 BW voor ogen heeft gestaan, is het in de eerste plaats aan de wetgever om hier grenzen te stellen. Dat neemt niet weg dat de rechter bij de toepassing de mogelijkheid heeft de regels van artikel 7:691 BW zo uit te leggen dat strijd met de ratio van die regels wordt voorkomen, dan wel dat hij een beroep op die regels naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan oordelen.' De Hoge Raad biedt met de laatste zin nog een opening om misbruik van het verlichte arbeidsrechtregime van artikel 7:691 BW tegen te gaan, maar de ruimte hiervoor lijkt zeer beperkt. In zijn arrest van 2 december 2016 (ECLI:NL:HR:2016:2757) overwoog de Hoge Raad met verwijzing naar het C4C/StiPP-arrest dat arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en payrollbedrijf Tentoo als uitzendovereenkomsten dienden te worden gekwalificeerd, ondanks het feit dat Tentoo geen enkele allocatiefunctie had vervuld. Overigens is het verlichte arbeidsrechtregime van artikel 7:691 BW op grond van lid 6 niet van toepassing op intra-concern detachering. In het C4C/StiPP-arrest overwoog de Hoge Raad voorts dat de met woorden 'toezicht en leiding' in artikel 7:690 BW hetzelfde wordt bedoeld als de gezagsverhouding van artikel 7:610 BW.

MEDEZEGGENSCHAP

Geldt het opzegverbod voor or-leden ook wanneer de ondernemingsraad niet aan alle voorwaarden van de Wet op de ondernemingsraden voldoet? Deze vraag speelde in 2016 bij de Hoge Raad (HR 8 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:604). De zaak kende onder meer de volgende feiten. De werknemer, in dienst bij

Regiobouw als uitvoerder sinds 1989, werd in 2000 lid van de ondernemingsraad en later verkozen tot voorzitter. Ingevolge artikel 12 lid 1 van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) is een zittingstermijn van een ondernemingsraad drie jaar. In deze zaak was geen gebruikgemaakt van de mogelijkheid van deze termijn bij or-reglement af te wijken. Na afloop van de zittingstermijn van drie jaar vonden er wegens gebrek aan belangstelling in 2003 geen nieuwe verkiezingen plaats. De ondernemingsraad bleef zich binnen de organisatie als ondernemingsraad presenteren en deelde in een interne nieuwsbrief van juni 2003 mee zijn werkzaamheden voort te zetten.

In 2006 voerde Regiobouw overleg met de 'ondernemingsraad' onder andere over een scholingsgeskil. Er werd vastgesteld dat de ondernemingsraad niet volgens de regels was samengesteld en dat er verkiezingen zouden worden gehouden. In 2009

bracht de 'ondernemingsraad', nog steeds onder voorzitterschap van de werknemer, advies uit over een voorgenomen inkrimping van de onderneming. Als gevolg van deze reorganisatie werd ook de werknemer boventallig. Regiobouw zegde vervolgens de arbeidsovereenkomst met de werknemer op met toestemming van het UWV. Na diverse (procedurele) verwickelingen die wij hier onbesproken laten, ging het in de onderhavige procedure onder meer om de vraag of de werknemer een beroep toekwam op het opzegverbod voor (oud-)or-leden (art. 7:670a BW (oud)). Volgens Regiobouw kon de werknemer hierop geen beroep doen omdat er na het verstrijken van de zittingsperiode geen ondernemingsraad meer was die aan de wettelijke vereisten van de WOR voldeed. De ondernemingsraad was volgens Regiobouw in 2003 opgehouden te bestaan. Zowel de kantonrechter als het Hof Amsterdam achtte het opzegverbod van

toepassing, omdat Regiobouw ook na het verstrijken van de zittingstermijn nog was blijven samenwerken met de ondernemingsraad. Regiobouw had daarbij nimmer bezwaar gemaakt tegen de ondernemingsraad of tegen de rol van de werknemer als voorzitter. Daarbij liet het Hof Amsterdam in het midden of er daadwerkelijk nog een ondernemingsraad was. Regiobouw legde zich niet bij dit oordeel neer en ging in cassatie. De Hoge Raad koos voor rechtsbescherming boven rechtszekerheid en legde het toepassingsbereik van het opzegverbod ruim uit. De ratio van de betreffende ontslagbescherming is volgens de Hoge Raad gelegen in de bescherming van de betrokken werknemers tegen benadeling als gevolg van activiteiten in het kader van de medezeggenschap en in het waarborgen van hun onafhankelijke positie die voor de uitoefening van deze taken nodig is. Gelet op deze ratio kan deze ontslagbescherming volgens de Hoge Raad ook van toepassing zijn wanneer de betreffende ondernemingsraad niet aan alle voorwaarden voldoet die de WOR daaraan stelt. Het achterwege blijven van de voorgeschreven verkiezingen konden de werknemer daardoor niet worden tegengeworpen.

Vermeldenswaardig is ook de uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 21 november 2016 (ECLI: NL:GHARL:2016:9402). Het ging hier om een werknemer van Ferwerda, een groothandel in automaterialen, die samen met een aantal collega's schriftelijk bezwaar had gemaakt tegen het gebruik van verborgen camera's. Ferwerda riep de werknemers vervolgens één voor één op voor een gesprek met de directie, stelde hen op non-actief en verzocht ontbinding wegens een verstoorde arbeidsrelatie. Het hof was het eens met de kantonrechter dat aan de werknemers een billijke vergoeding toekwam. Opvallend was dat het hof daarbij ook van belang achtte dat de ondernemingsraad hier instemmingsrecht zou hebben gehad. Het hof stelde vast dat



Ik laat mij argh...
niet zomaar
hontbinden!



Ferwerda geen ondernemingsraad had en die (op basis van het aantal werkzame personen) wel had moeten hebben. Het hof overwoog vervolgens dat het niet zo hoort te zijn dat Ferwerda de arbeidsovereenkomst van de betreffende werknemers beëindigde, terwijl deze werknemers ontslagbescherming hadden genoten als ze lid van een ondernemingsraad waren geweest. Het hof kon evenwel niet meer over de ontbinding oordelen, omdat in hoger beroep tegen de ontbinding op zich niet was gegriefd.

CAO-RECHT

De Hoge Raad diende zich uit te laten over de zogenaamde cao-norm in een zaak die 34 werknemers hadden aangespannen tegen Condor (HR 25 november 2016, ECLI: NL:HR:2016:2687). Volgens vaste rechtspraak geldt deze norm voor de uitleg van cao-bepalingen. De norm houdt in dat cao-bepalingen objectief moeten worden uitgelegd, waarbij in beginsel de bewoording van de

bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van de cao, van doorslaggevende betekenis is. Het komt dus niet aan op de bedoelingen van de partijen die bij de cao betrokken waren, voor zover deze niet uit de tekst van de cao kenbaar zijn, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoording van de cao.² De feiten in de Condor-zaak lagen als volgt. Moedermaatschappij Condor had een tussen haar dochtermaatschappij Ossfloor en FNV overeengekomen Sociaal Plan, dat was aangemeld als cao, medeondertekend. Daarbij was opgenomen dat Condor zich garant stelde voor de uitvoering van het Sociaal Plan, indien zich binnen de looptijd (vijf jaar) een faillissement zou voordoen. Om die reden gaf de ondernemingsraad uiteindelijk een positief advies. Het Sociaal Plan is vervolgens toegepast op de aangekondigde reorganisatie. Een jaar later ging dochter Ossfloor failliet. De vakbond en alle werknemers die na de reorganisatie waren achtergebleven, spraken Condor aan op naleving van het Sociaal Plan. Condor stelde zich op het standpunt dat nergens in het Sociaal Plan stond dat achterblijvers onder het Sociaal Plan vielen. De werkingssfeer van het Sociaal Plan had alleen betrekking op de eerder aangekondigde reorganisatie. Zowel bij de rechtbank als bij het hof trok Condor aan het langste eind. Het hof overwoog daarbij dat de cao-norm meebrengt dat geen betekenis wordt toegekend aan de bedoeling van de betrokken cao-partijen. De Hoge Raad kwam echter tot een ander oordeel. De Hoge Raad overwoog dat de bestaansgrond van de cao-norm enerzijds was gelegen in het beschermen van derden tegen een voor hen niet kenbare partijbedoeling, en anderzijds in de noodzaak van een eenvormige uitleg voor alle door die overeenkomst gebonden partijen. De Hoge Raad overwoog vervolgens dat een van die norm afwijkende uitleg denkbaar is voor een situatie als de onderhavige, waarin het ging om de vraag of de achter-

gebleven werknemers rechten aan het Sociaal Plan konden ontleen, hoewel zij uitgaande van de tekst van het Sociaal Plan buiten de werkingssfeer vielen. De Hoge Raad vond het daarbij relevant dat Condor zich garant had gesteld voor de uitvoering van het Sociaal Plan, Condor mee had onderhandeld en het Sociaal Plan ook mede had ondertekend. Verder had het Sociaal Plan een looptijd van vijf jaar. Daarnaast vond de Hoge Raad het relevant dat de ondernemingsraad van Ossfloor had ingestemd met de reorganisatie mede gelet op het feit dat hij zich zorgen maakte over de levensvatbaarheid van Ossfloor en dat alle partijen voor wie het Sociaal Plan van belang was, te weten de vakbond, Condor en alle achterblijvers, betrokken waren in de procedure. Op grond van deze feiten en omstandigheden had het hof miskend dat bij de uitleg van het Sociaal Plan mede betekenis toekomt aan de voor derden niet kenbare bedoelingen van de opstellers van het Sociaal Plan alsook aan de eerdere, niet openbare concepten van het Sociaal Plan en dat het positieve advies van de ondernemingsraad bij het reorganisatieplan diende te worden betrokken. In het licht van de bestaansgrond van de cao-norm is de toepassing van die norm in het onderhavige geval immers niet gerechtvaardigd. Met dit oordeel geeft de Hoge Raad niet aan dat de cao-norm van tafel is, maar wel dat correctie op grond van redelijkheid en billijkheid mogelijk is.

HET RECHT OP COLLECTIEVE ACTIE

In de vorige Kroniek hebben wij onder meer bericht over het Amsta-arrest.³ Dat arrest werd door de meeste deskundigen gezien als een verruiming van het recht op collectieve actie. Wellicht met dit arrest in het achterhoofd kondigde de FNV aan dat KLM-werknemers actie zouden voeren op Schiphol, nadat onderhandelingen over een nieuwe cao waren stukgelopen. KLM vorderde vervolgens in kort geding een verbod op de collectieve acties. Op 11 augustus 2016 wees de president in eerste aanleg de vordering toe vanwege de enorme

Geef toe, Roger,
het was een mooie tijd,
van handdruk naar handdruk...



vakantiedrukke en de bestaande terreurdreiging. Wel beperkte de rechter het verbod in duur, in de zin dat het gold tot en met 4 september 2016. Het Gerechtshof Amsterdam bekrachtigde dat vonnis op 26 augustus 2016 (ECLI:NL:GHAMS:2016:3472). Het hof achtte het aannemelijk dat de 70 tot 114 door de staking geraakte vluchten naar verwachting een groot aantal passagiers zouden treffen. Het hof achtte ook aannemelijk dat het gelet op de extreme drukte gedurende de vakantieperiode één of meer dagen zou duren voordat het vliegverkeer weer zou zijn genormaliseerd. Het hof overwoog dat het ging om de vraag of een beperking van het recht op collectieve actie maatschappelijk gezien dringend noodzakelijk was. Bij de beoordeling van die dringende noodzakelijkheid diende de rechter alle omstandigheden mee te wegen. Daarbij konden onder meer van belang zijn de aard en duur van de actie, de verhouding tussen de actie en het daarmee nagestreefde doel, de daardoor veroorzaakte schade voor de werkgever of derden en de aard van die belangen en die schade. Het hof overwoog vervolgens dat de gevolgen die een staking op de door het FNV voorgestane wijze gedurende een periode tot en met 4 september 2016 zou hebben, dermate ingrijpend zouden zijn, dat deze op grond van artikel 6 van het ESH, mede gelet

op de wijze waarop dit artikel door de Hoge Raad (Amsta-arrest) wordt toegepast, beperking van het recht op collectieve actie rechtvaardigden. Wel benadrukte het hof dat de FNV vanaf 5 september 2016 voldoende middelen ten dienste stonden om te trachten haar doelen na te streven. Dat was overigens niet nodig, omdat partijen spoedig daarna alsnog een cao-akkoord bereikten.

VOORWAARDELIJKE ONTBINDING

Dat de voorwaardelijke ontbindingsprocedure ter discussie stond na inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid ('Wwz'), meldden wij al in de vorige Kroniek. Onder het oude recht kon een werknemer, nadat hij op staande voet was ontslagen, van dit ontslag buitengerechtelijk de vernietiging inroepen. Om het risico op loondoorbetaling te beperken, diende de werkgever dan een voorwaardelijk ontbindingsverzoek in. Tegen deze ontbindingsbeschikking van de kantonrechter stond geen hoger beroep open, zodat de werkgever relatief snel zekerheid had dat de arbeidsovereenkomst was beëindigd. De mogelijkheid van voorwaardelijke ontbinding volgde uit rechtspraak van de Hoge Raad, die in zijn arrest het gerechtvaardigde belang van een werkgever bij een voorwaardelijke ontbinding benadrukte.⁴

Met de inwerkingtreding van de Wwz verdween de mogelijkheid van buitengerechtelijke vernietiging. Tevens staan nu beroep en cassatie open tegen een ontbindingsbeschikking. De vraag of een voorwaardelijke ontbinding ook nog mogelijk was onder de Wwz, hield de literatuur en rechtspraak sinds de inwerkingtreding van de wet dan ook flink bezig.

In onze vorige Kroniek konden wij al melden dat de Kantonrechter te Enschede voornemens was hierover prejudiciële vragen te stellen (Kantonrechter Enschede, 26 april 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1507). De Hoge Raad heeft deze vragen inmiddels beantwoord. De zaak betrof een Verpleegkundige Gestructureerd Wonen die bij brief van 26 februari 2016 door zijn werkgever, geestelijke gezondheidszorginstelling Mediant, op staande voet was ontslagen wegens 'seksueel grensoverschrijdend gedrag, fysiek geweld, verbale agressie en denigrerend pestgedrag'. De werknemer diende tijdig een verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet in. De werkgever reageerde met een verweerschrift en een zelfstandig verzoek (primair) tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Werkgevers konden vlak voor kerst opgelucht ademen toen de Hoge Raad oordeelde dat een voorwaardelijke ontbinding onder het huidige recht nog steeds mogelijk is (Hoge Raad 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998). Gelet op het huidige systeem kan volgens de Hoge Raad aan een voorwaardelijk ontbindingsverzoek alléén de voorwaarde worden gesteld dat het ontslag op staande voet door de rechter *van dezelfde aanleg* wordt vernietigd. In dat geval zal de werkgever de rechter die tot dat oordeel komt vragen de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Een verzoek onder de voorwaarde dat de arbeidsovereenkomst in hoger beroep wordt hersteld, is volgens de Hoge Raad niet mogelijk. Daarmee bevestigde de Hoge Raad dat een kantonrechter niet op voorhand een eventuele uitspraak van een hof kan doorkruisen. Een voorwaardelijk ontbindingsverzoek mag verder volgens de Hoge Raad gebaseerd

zijn op dezelfde feiten als het ontslag op staande voet. De verzoeken tot vernietiging van het ontslag op staande voet en voorwaardelijke ontbinding dienen gezamenlijk te worden behandeld en het bewijsrecht is op beide verzoeken van toepassing. Of een voorwaardelijke ontbinding ook mogelijk is in hoger beroep behoort niet tot de prejudiciële vragen en blijft vooralsnog onduidelijk.

ONTSLAGGRONDEN

Gezien onze beperkte ruimte en het vooralsnog ontbreken van een duidelijke lijn in de hogere rechtspraak, bespreken we dit jaar op het gebied van de ontslaggronden en de billijke vergoeding een aantal bespiegelingen aan de hand van gepubliceerde onderzoeken en rechtspraak-analyses.

Het afgelopen jaar zijn de resultaten verschenen van diverse onderzoeken naar de uitwerking van het nieuwe ontslagrecht in de praktijk. In het artikel 'Een jaar Wwz-ontbindingsrechtspraak: onderzoek naar gepubliceerde en niet-gepubliceerde rechtspraak'⁵ analyseren prof. Houweling en dr. Kruit de resultaten van een onderzoek van de Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN) en de Vereniging voor Arbeidsrecht (VvA). Op basis van rechtspraakonderzoek binnen vier rechtbanken concluderen zij dat het aantal afwijzingen van ontbindingsverzoeken onder de Wwz ruim is verviervoudigd ten opzichte van de situatie voor invoering van de Wwz, te weten van 9 procent naar 38 procent. Daarbij bestaan opmerkelijke verschillen tussen de verschillende ontslaggronden. Het meest in het oog springend is hoe weinig kansrijk een verzoek op de d-grond (ontslag wegens disfunctioneren) blijkt te zijn. In slechts 16 procent van de gevallen leidde een verzoek wegens onvoldoende functioneren tot een ontbinding op de d-grond. Verzoeken op de e-grond (verwijtbaar handelen werknemer) en de g-grond (verstoorde arbeidsverhouding) behoren – na

uitfiltering van de pro-formaverzoeken – met ongeveer 50-50 kans tot de meest kansrijke ontslaggronden in de ontbindingsprocedure. Een verzoek op de h-grond (overige gronden) werd in 29 procent van de gevallen toegewezen.

Een ontslag via UWV op de a-grond (bedrijfseconomische redenen) of de b-grond (langdurige arbeidsongeschiktheid) biedt aanzienlijk meer kans op succes. Uit cijfers van UWV blijkt dat in de eerste zes maanden van 2016 slechts 6 procent van de ontslagaanvragen is geweigerd, tegen 11 procent in dezelfde periode het jaar daarvoor. In de cijfers heeft UWV overigens geen onderscheid gemaakt tussen aanvragen op de a-grond en de b-grond.

In opdracht van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft ook het Hugo Sinzheimer Instituut ('HSI') van de Universiteit van Amsterdam onderzoek gedaan naar de nieuwe ontbindingsprocedure. Het onderzoek van HSI richtte zich conform de opdracht uitsluitend op de ervaringen van rechters met de nieuwe wetgeving. Hierbij werd gebruikgemaakt van een enquête en diepte-interviews. Voor het toegenomen aantal afwijzingen geven de deelnemende rechters als belangrijkste redenen dat de ontslaggronden strikter moeten worden getoetst (45 procent) en dat onvolkomenheden in het dossier niet langer met een hogere ontslagvergoeding kunnen worden gecompenseerd (90 procent). Hoewel de rechters het beeld schetsen dat ze in de meeste zaken uit de voeten kunnen met het gesloten grondenstelsel, zegt toch de helft van hen dat zij in een of meer zaken van oordeel waren dat de arbeidsovereenkomst zou moeten eindigen terwijl een voldragen ontslaggrond ontbrak. Van deze rechters zegt 85 procent een dergelijk verzoek ten minste eenmaal te hebben afgewezen. Dat betekent dus dat de rechter niet ontbond, terwijl hij eigenlijk van oordeel was dat de arbeidsovereenkomst in redelijkheid behoorde te eindigen. Daar

staat tegenover dat 26 procent van deze rechters zegt in dergelijke gevallen ten minste eenmaal het verzoek te hebben toegewezen, met toekenning van een billijke vergoeding aan de werknemer. Die rechters ontbonden dus wel terwijl ze vonden dat er geen voldragen ontslaggrond was, maar compenseerden dat met een billijke vergoeding.

In beide onderzoeken komt naar voren dat het aantal ontbindingsprocedures onder de Wwz verder is gedaald. Deze trend was overigens al ruim voor invoering van de Wwz ingezet. Het is nog te vroeg om te beoordelen in hoeverre de Wwz hierop van invloed is.

BILLIJKE VERGOEDING

Op het gebied van de billijke vergoeding is het afgelopen jaar eveneens een aantal rechtspraakanalyses verschenen. Frikkee en Smorenborg onderzochten alle gepubliceerde uitspraken in hoger beroep waarin de werknemer een billijke vergoeding had verzocht.⁶ Zij stelden vast dat kantonrechters en/of de hoven een billijke vergoeding hadden toegekend in twintig van de ruim honderd zaken waarin de werknemer daarom had gevraagd. Houweling en Kruit kwamen in hun eerdergenoemde publicatie op basis van gepubliceerde rechtspraak tot een percentage van 30. Op basis van de aan hen door vier rechtbanken ter beschikking gestelde niet-gepubliceerde rechtspraak bleek echter dat in slechts 5,5 procent van de zaken waarin de werknemer een billijke vergoeding had verzocht, deze ook was toegekend. Laatstgenoemd percentage is in lijn met het 'muizengaatje' dat de billijke vergoeding volgens de bedoeling van de wetgever zou moeten zijn.

De rechtspraak is tot op heden verdeeld als het gaat om de wijze waarop de hoogte van de billijke vergoeding dient te worden bepaald. Hierbij kan onderscheid worden gemaakt naar de aarde van de billijke vergoeding. In de ontbindingsrechtspraak hebben onder meer de volgende omstandigheden een rol gespeeld: de mate van verwijtbaarheid van de werkgever (Gerechtshof Den Haag 23 augustus 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2441), de lengte van het

dienstverband (Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:320), de gevolgen van het ontslag voor de werknemer (Gerechtshof Den Haag 23 augustus 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:244), het punitieve karakter van de vergoeding (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 25 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6882) en de financiële positie van de werkgever (Kantonrechter Leeuwarden 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:756; Kantonrechter Rotterdam 11 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3578). De billijke vergoeding kan ook worden toegekend in plaats van de vernietiging van een niet-rechtsgeldige opzegging. In dat kader maakte de rechter voor het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding een aantal maal de inschatting wanneer de arbeidsovereenkomst zonder de niet-rechtsgeldige opzegging zou zijn geëindigd (Gerechtshof 's-Hertogenbosch 23 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2514 en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5001). In hoger beroep kan het hof ook

een billijke vergoeding toekennen in plaats van herstel van de dienstbetrekking te bevelen. Hierbij hoeft geen sprake te zijn van ernstige verwijtbaarheid van de werkgever. In dergelijke gevallen werd de hoogte van de billijke vergoeding onder meer gerelateerd aan de resterende duur van het dienstverband (Gerechtshof Den Haag 21 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1750; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 23 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2512; Gerechtshof Amsterdam 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4036), de hoogte van de transitievergoeding (Gerechtshof Amsterdam 11 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4118) en een nieuwe dienstbetrekking van de werknemer (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 22 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3215). De toegekende bedragen lopen sterk uiteen. De hoogste vergoeding die ten tijde van het schrijven van deze bijdrage is toegekend, bedroeg 141.500 euro bruto (Rechtbank Gelderland 14 december 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:7713). Dit bedrag – ongeveer een jaarsalaris (inclusief

bonus) – werd toegekend aan een statutair directeur en was gelijk aan vijfmaal de transitievergoeding, ofwel ruim 1,7 maandsalaris per dienstjaar. Voor meer duidelijkheid over de manier waarop de hoogte van de billijke vergoeding dient te worden bepaald, is het wachten op een arrest van de Hoge Raad.

Wet normering topinkomens

De Wet normering topinkomens ('WNT') maximeert de ontslagvergoeding bij een individuele regeling tussen een topfunctionaris en een WNT-plichtige instelling op een bedrag van 75.000 euro bruto. Indien partijen een hogere vergoeding overeenkomen, is deze afspraak nietig. In het geval aan bepaalde wettelijke voorwaarden is voldaan hebben werknemers, onder wie ook de topfunctionaris, sinds 2015 recht op de transitievergoeding. Deze bedraagt thans maximaal 77.000 euro bruto of een jaarsalaris indien dit hoger is. Over de vraag of voor topfunctionarissen cumulatie van een contractuele ontslagvergoeding en de transitievergoeding mogelijk is, werd vorig jaar door kantonrechters verschillend geoordeeld. De Kantonrechter Amsterdam oordeelde (in een 96 Rv-procedure) dat geen cumulatie mogelijk was (13 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3672). Hoewel de kantonrechter erkende dat de transitievergoeding als wettelijk voorschrift was uitgezonderd van het toepassingsbereik van de WNT, liet zij het doel van de WNT, om ontslagvergoedingen aan banden te leggen, prevaleren. Volgens de kantonrechter betekende dit overigens niet dat de toepasselijkheid van de WNT de transitievergoeding kon maximeren op 75.000 euro bruto. De werknemer had in dit geval alleen recht op de transitievergoeding indien hij afstand deed van de contractuele vergoeding die partijen waren overeengekomen. De Kantonrechter Utrecht oordeelde vier dagen later dat cumulatie van de transitievergoeding en een contractuele vergoeding onder de WNT wél mogelijk waren (17 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3347). De transitievergoeding viel volgens de kantonrechter als wettelijk voorschrift niet onder het begrip ontslagvergoeding van de WNT en beide vergoe-



„moet worden onderkend dat mede betekenis toekomt aan voor derden niet kenbare bedoelingen alsmede aan eerdere, niet openbare concepten en nimmer geopenbaarde verhitte nachtelijke fantasieën. Daarmee is schuld on-om-sto-te-lijk vast komen te staan.

dingen konden worden uitgekeerd. De rechtspraak is derhalve nog verdeeld. Voor uitgebreidere bespreking van het cumulatievraagstuk verwijzen wij naar het artikel 'WNT en Wwz bijten elkaar niet' van Vernooij en Voermans.⁷

Een andere WNT-vraag die in 2016 speelde, was of de bezoldiging gedurende een periode van vrijstelling van werkzaamheden deel uitmaakt van de maximumvergoeding van 75.000 euro bruto.

De Kantonrechter Amsterdam beantwoordde (in de zojuist genoemde 96 Rv-procedure) deze vraag bevestigend (ECLI:NL:RBAMS:2016:3672). Daarbij was zij van oordeel dat hierop geen uitzondering bestaat voor een situatie waarin een topfunctionaris door de werkgever is geschorst en daartegen bezwaar heeft gemaakt. Ook de omstandigheid dat partijen geen bedoeling tot misbruik van de WNT hadden gehad, maakte het antwoord op de vraag voor de kantonrechter niet anders.

Anders oordeelde de Kantonrechter Almere eind vorig jaar (21 december 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:7023). De kantonrechter oordeelde dat de bezoldiging gedurende de *onvrijwillige* vrijstelling van werkzaamheden niet meetelde voor het WNT-maximum. Hij achtte daarbij van belang dat partijen niet hadden afgesproken dat de bestuurder zou worden vrijgesteld van zijn werkzaamheden met behoud van salaris. Aan de bestuurder waren bepaalde bevoegdheden onthouden en zijn overige werkzaamheden diende hij thuis uit te voeren. De bestuurder had hiertegen bezwaar gemaakt en zich beschikbaar gehouden voor zijn werkzaamheden. In de vaststellingsovereenkomst was verder bepaald dat de bestuurder

tot het einde van het dienstverband de waarnemend bestuurder zou inwerken. Dat daaraan geen gevolg was gegeven, kwam volgens de kantonrechter voor rekening van de woningcorporatie. De kantonrechter overwoog dat een strikte toepassing van de WNT de woningcorporatie een vorderingsrecht gaf op de oud-bestuurder voor onverschuldigde betaling. De kantonrechter vond dat echter geen recht doen aan de bedoeling van de wetgever, te weten het tegengaan van misbruik. Het was volgens de kantonrechter evident dat het hier niet ging om een poging van partijen om de WNT te omzeilen. Daarbij speelde tevens een rol dat de gestelde overschrijding van het wettelijk maximum zich beperkte tot de bezoldiging over de wettelijke opzegtermijn.

WETGEVING

Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties

De nieuwe Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties ('Wet DBA'), die per 1 mei 2016 is ingevoerd ter vervanging van de VAR-verklaring, heeft het afgelopen jaar veel stof doen opwaaien. Staatssecretaris Wiebes heeft eind vorig jaar zijn tweede voortgangsrapportage gezonden aan de Tweede Kamer. Uit de brief blijkt dat er nog steeds veel onzekerheid bestaat over de Wet DBA. Om die onzekerheid weg te nemen, is besloten de handhaving tot in elk geval 1 januari 2018 op te schorten, behalve als het gaat om 'evident kwaadwillenden'. In de periode tot 1 januari 2018 zal de staatssecretaris proberen om onder andere meer duidelijkheid te creëren over de vraag wanneer het gebruik van

een (model)overeenkomst nodig is en wanneer niet.

Arbowetgeving

Per 1 juli 2017 zullen een aantal wijzigingen in de Arbowetgeving worden doorgevoerd. Een werknemer krijgt onder meer de mogelijkheid om zelf de bedrijfsarts te consulteren, zonder tussenkomst van de werkgever. Dit kan dan ook preventief, dus voordat sprake is van ziekteverzuim. Wanneer de werknemer het niet eens is met het oordeel van de bedrijfsarts, hoeft hij niet gelijk naar UWV, maar kan hij bij een tweede bedrijfsarts een second opinion vragen op kosten van de werkgever. Tevens wordt de rol van de ondernemingsraad uitgebreid. De ondernemingsraad krijgt instemmingsrecht op de keuze en de plaats van de preventiemedewerker. Nu is er alleen instemmingsrecht op het takenpakket.

Transitievergoeding bij langdurige arbeidsongeschiktheid

Er is veel discussie geweest over werkgevers die langdurige zieke werknemer in dienst houden om aan de transitievergoeding te ontkomen. Om werkgevers te stimuleren de arbeidsovereenkomst met de betreffende werknemer te beëindigen, is er eind vorig jaar een nieuw conceptwetsvoorstel gepubliceerd. Langdurig zieke werknemers blijven aanspraak houden op de transitievergoeding, maar de werkgever zal op basis van het voorstel voor de betaalde transitievergoeding (grotendeels) worden gecompenseerd uit het Algemeen werkloosheidsfonds (Awf). Hier staat een verhoging van de uniforme Awf-premie tegenover. De beoogde datum van inwerkingtreding is (niet eerder dan) per 1 januari 2018. In het voorstel is evenwel opgenomen dat de regeling ten aanzien de compensatie van de transitievergoeding terugwerkende kracht heeft tot 1 juli 2015.

NOTEN

- 1 HR 26 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9664.
- 2 HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9889.
- 3 HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1687.
- 4 HR 21 oktober 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4670.
- 5 'Een jaar Wwz-ontbindingsrechtspraak: onderzoek naar gepubliceerde en niet-gepubliceerde rechtspraak', A.R. Houweling en P. Kruit, *TAP* 2016, 264.
- 6 'Billijke vergoeding in hoger beroep', C.J. Frikkee en M.E. Smorenburg, *ArbeidsRecht* 2017/2.
- 7 'WNT en Wwz bijten elkaar niet', C. Vernooij en B. Voermans, *TvO* januari 2017, nr. 1.