

KRONIEK ARBEIDSRECHT

Het afgelopen jaar heeft de Hoge Raad een groot aantal arresten gewezen op het gebied van de Wet werk en zekerheid. De Kroniek staat dan ook voor een belangrijk deel in het teken van deze uitspraken. Aan bod komen onder meer arresten over de ontslaggronden, de transitievergoeding en de billijke vergoeding, de loonbetalingsverplichting na een ontslag op staande voet en een aantal procesrechtelijke aspecten. Voorts wordt aandacht besteed aan rechtspraak over #metoo en de uitspraken van het Europese Hof van Justitie over het vervallen van vakantiedagen. Tot slot bespreken wij een aantal relevante ontwikkelingen in wet- en regelgeving.

DOOR / KAROL HILLEBRANDT, CHRISTIAAN OBERMAN EN NADIA ADNANI

ONTSLAGGRONDEN EN HERPLAATSINGSVERPLICHTING

In het ANWB-arrest (HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1212) heeft de Hoge Raad op een aantal punten duidelijkheid gegeven over de toepassing van de a-grond (bedrijfs-economisch ontslag). De ANWB had besloten het bedrijfsonderdeel Media te reorganiseren vanwege de slechte financiële resultaten van dat specifieke bedrijfsonderdeel. Als gevolg van de reorganisatie is de arbeidsovereenkomst met een content-beheercoördinator beëindigd. De werknemer klaagde in cassatie dat de bedrijfseconomische noodzaak ten onrechte is beoordeeld op basis van (uitsluitend) de financiële situatie van het bedrijfsonderdeel Media. De werknemer vond dat gekeken had moeten worden naar de financiële situatie van de ANWB als geheel. Centraal in de discussie stond artikel 3 van de Ontslagregeling. Daarin is bepaald dat als een onderneming deel uitmaakt van een groep, voor de beoordeling van de bedrijfseconomische noodzaak uitsluitend moet worden gekeken

naar de onderneming waarbinnen de arbeidsplaatsen vervallen. De werknemer vond dat de ANWB geen beroep kon doen op deze bepaling omdat het bedrijfsonderdeel Media geen zelfstandige juridische entiteit vormde. De Hoge Raad passeert dat argument. De Hoge Raad stelt voorop dat de Ontslagregeling dient te worden aangemerkt als recht in de zin van artikel 79 Wet op de rechterlijke organisatie (RO). Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat de toelichting op artikel 3 weliswaar geschreven lijkt voor de situatie dat elke onderneming in een afzonderlijke rechtspersoon wordt gedreven, maar dat de ratio van de regeling ook kan opgaan als binnen één rechtspersoon bepaalde zelfstandige bedrijfsonderdelen kunnen worden onderscheiden. De ANWB mocht voor de bedrijfseconomische noodzaak dus uitsluitend naar het bedrijfsonderdeel Media kijken. Een ander punt van discussie betrof de herplaatsingsverplichting. De werknemer stelde dat haar functie van contentbeheercoördinator gedeeltelijk was teruggekomen in de

nieuwe functie van themaredacteur. Partijen waren het erover eens dat beide functies niet uitwisselbaar waren. Op grond van artikel 9 van de Ontslagregeling en de 'Uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen' van het UWV moet de nieuwe functie dan als eerst worden aangeboden aan de werknemer die 1) hiervoor geschikt is en 2) op grond van het afspiegelingsbeginsel als laatste voor ontslag in aanmerking zou komen. De werknemer betoogde dat bij dit zogenoemde 'omgekeerd afspiegelen' niet alleen de geschikte werknemers betrokken dienen te worden, maar ook de werknemers die voor de functie 'geschikt te maken' zijn, zoals zijzelf. Volgens de Hoge Raad volgt dat echter niet uit de Ontslagregeling en de toelichting daarop en evenmin uit de Uitvoeringsregels van het UWV, waarbij de Hoge Raad terzijde opmerkt dat deze Uitvoeringsregels (als beleidsregels van het UWV) voor de rechter niet bindend zijn. Bij het omgekeerd afspiegelen mogen derhalve alleen de werknemers die op dat moment geschikt zijn voor

Karol Hillebrandt, Christiaan Oberman en Nadia Adnani
zijn advocaat bij Palthe Oberman in Amsterdam.

De resultaten van onze afdeling nagelvielen zijn zo bitter slecht, Betsy, dat we ons genoodzaakt zien de hele afdeling weg te reorganiseren...



de nieuwe functie in aanmerking worden genomen. Ten overvloede voegt de Hoge Raad hieraan toe dat een werknemer die 'binnen redelijke termijn met behulp van scholing geschikt zal kunnen zijn' voor een nieuwe functie wel voorrang geniet boven *externe* kandidaten. Het afgelopen jaar is ook de d-grond (disfunctioneren) op een aantal punten nader uitgewerkt. In het Plano Plastics-arrest (HR 16 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2105), die de Hoge Raad afdeed op artikel 81 RO,

overwoog de A-G dat er weliswaar geen algemene verplichting is om een werknemer schriftelijk op zijn disfunctioneren te wijzen, maar dat het hof terecht had geoordeeld dat de werkgever in deze zaak dat wel had moeten doen. Hierbij speelde onder meer een rol dat de mondelinge waarschuwingen geen effect hadden gesorteerd en dat Plano Plastics meer dan voldoende aanleiding had gehad de werknemer schriftelijk op zijn functioneren aan te spreken. In een andere zaak (HR 16 februari

2018, ECLI:NL:HR:2018:206) had de werkgever een disfunctionerende werknemer in een andere functie geplaatst. Het hof oordeelde dat de werkgever met deze herplaatsing de werknemer voldoende in de gelegenheid had gesteld zijn functioneren te verbeteren én de werknemer de kans had gegeven om ontslag te voorkomen. De Hoge Raad deed ook deze zaak af op artikel 81 RO. In de Shell-zaak heeft de Hoge Raad zich uitgesproken over toepassing van de h-grond en de herplaatsings-

verplichting van de werkgever (HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64). Het ging in die zaak om een werknemer met een arbeidsverleden binnen het Shell-concern van ruim veertig jaar, die meer dan twintig jaar als expat voor diverse Shell-vennootschappen had gewerkt. Volgens de expat-regeling van Shell wordt een expat vanuit het land waar hij is gerekruteerd ('Base Country') uitgezonden en treedt hij in dienst van een Shell-vennootschap in de 'Host Country'. Voor het einde van de uitzendtermijn kan de expat deelnemen aan de collectieve interne sollicitatierondes die viermaal per jaar worden georganiseerd. De vacatures hiervoor worden op een onlineplatform gepubliceerd. De laatste opdracht van de werknemer voor Shell in Gabon was op 1 augustus 2015 geëindigd en de werknemer had op dat moment nog geen nieuwe positie gevonden. Hij keerde daarom terug naar Nederland waar hij in dienst trad van Shell International Exploration and Production BV ('SIEP'). Shell heeft de werknemer vervolgens tweemaal een functie in Rotterdam aangeboden, maar die heeft de werknemer beide keren geweigerd. Voorts heeft de werknemer in vier sollicitatierondes vijftienmaal tevergeefs naar een nieuwe functie gesolliciteerd. Op verzoek van SIEP is de arbeidsovereenkomst uiteindelijk per 1 december 2016 op de h-grond ontbonden. In cassatie stelt de werknemer dat het ontslag op de a-grond had moeten worden beoordeeld, maar dat argument schuift de Hoge Raad terzijde omdat er geen arbeidsplaatsen waren vervallen. Interessanter is dat de Hoge Raad met het hof van oordeel is dat de toets van de redelijke ontslaggrond en die van de herplaatsing in dit geval samenvallen. De Hoge Raad overweegt dat de h-grond een algemeen geformuleerde restcategorie is. De enkele omstandigheid dat herplaatsing niet mogelijk is of niet (meer) in de rede ligt, kan ertoe leiden dat zich een situatie voordoet

waarin van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Wat de invulling van de herplaatsingsverplichting betreft, merkt de Hoge Raad op dat het geen resultaatsverplichting betreft, maar dat het gaat om hetgeen in de gegeven omstandigheden in redelijkheid van de werkgever kan worden gevergd. De werkgever heeft hierbij dus een zekere beoordelingsruimte. In een andere zaak beriep de werknemer zich wel met succes op de herplaatsingsverplichting van de werkgever. Het Hof 's-Hertogenbosch (6 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5118) oordeelde dat de werkgever onvoldoende had geprobeerd de werknemer te herplaatsen. De werkgever was niet met de werknemer in overleg getreden over de herplaatsingsmogelijkheden en had de mogelijkheid van herplaatsing in het buitenland niet onderzocht. De enkele verwijzing naar websites waarop vacatures bij het concern vermeld staan, vond het hof niet genoeg. Het hof weigerde op grond hiervan de gevraagde ontbinding.

TRANSITIEVERGOEDING

In het KOLOM-arrest heeft de Hoge Raad de mogelijkheid van een deeltijdontslag geïntroduceerd en bepaald dat een werkgever in dat geval een pro rata transitievergoeding verschuldigd kan zijn (HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617). De Hoge Raad overweegt dat de wet geen gedeeltelijke beëindiging van het dienstverband kent. De wet kent ook geen recht op een gedeeltelijke transitievergoeding in het geval van een vermindering van de arbeidsuren. Toch moet volgens de Hoge Raad de mogelijkheid van deeltijdontslag met daaraan gekoppeld de aanspraak op een gedeeltelijke transitievergoeding in bijzondere gevallen worden aanvaard. Als voorbeeld noemt de Hoge Raad de situatie waarin het noodzakelijk is dat arbeidsplaatsen wegens bedrijfs-economische omstandigheden

gedeeltelijk vervallen en de situatie waarin een werknemer blijvend gedeeltelijk arbeidsongeschikt is. In die gevallen moet de vermindering van arbeidsuren voor risico van de werkgever komen. De Hoge Raad formuleert twee voorwaarden voor toekenning van een gedeeltelijke transitievergoeding: 1) er moet 'door omstandigheden gedwongen' worden overgegaan tot de vermindering van arbeidsuren en 2) er moet sprake zijn van een substantiële en structurele vermindering van arbeidsuren, dat wil zeggen een urenvermindering van ten minste twintig procent die naar redelijke verwachting blijvend zal zijn. De gedeeltelijke transitievergoeding dient naar rato van de vermindering van arbeidsuren berekend te worden. Het maakt daarbij niet uit op welke wijze het deeltijdontslag plaatsvindt. Dat kan bijvoorbeeld via urenvermindering, een gedeeltelijke beëindiging met wederzijds goedvinden of een volledige opzegging gevolgd door een nieuwe arbeidsovereenkomst. Een transitievergoeding is niet verschuldigd als een werknemer 'ernstig verwijtbaar' heeft gehandeld. Op 30 maart 2018 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een werkgever ook na een terecht gegeven ontslag op staande voet de transitievergoeding verschuldigd kan zijn (HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:484). De Hoge Raad overweegt dat ernstig verwijtbaar handelen of nalaten niet kan worden aangenomen uitsluitend omdat sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet. Voor het aannemen van een dringende reden is immers niet vereist dat de werknemer van zijn gedragingen een verwijt kan worden gemaakt. In twee zaken oordeelde het Hof Arnhem-Leeuwarden dat de werkgever na een ontslag op staande voet ook daadwerkelijk een transitievergoeding verschuldigd was (23 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2831 en 1 september 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:8329). Op grond van artikel 7:673 lid 7

sub b BW hebben werknemers die de AOW-gerechtigde leeftijd hebben bereikt geen recht op de transitievergoeding indien hun arbeidsovereenkomst wordt beëindigd. In de vakliteratuur ontstond discussie over de vraag hoe deze uitsluiting zich verhoudt tot de gelijkebehandelingswetgeving. De kantonrechter Utrecht heeft hierover prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad (ECLI:NL:RBMNE:2017:3249). De A-G heeft op 9 februari 2018 (ECLI:NL:PHR:2018:158) geconcludeerd dat géén sprake is van discriminatie. De A-G overwoog dat de wetgever een legitiem doel nastreeft, namelijk het voorkomen dat een transitievergoeding ten goede komt aan personen die in aanmerking komen voor een AOW-uitkering en daardoor niet langer zijn aangewezen op het verrichten van arbeid om in hun levensonderhoud te voorzien. De Hoge Raad concludeerde in lijn met de A-G dat in dit geval géén sprake is van leeftijdsdiscriminatie (HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:651).

BILLIJKE VERGOEDING

In het afgelopen jaar is veel jurisprudentie over de hoogte van de billijke vergoeding verschenen. In onze vorige Kroniek bespraken wij het New Hairstyle-arrest (HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187). In dit arrest gaf de Hoge Raad een aantal gezichtspunten voor het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding. De Hoge Raad bepaalde dat onder meer de gevolgen van het ontslag mogen worden meegenomen en dat rekening mag worden gehouden met het loon dat de werknemer zou hebben ontvangen als de opzegging was vernietigd. Ook mag rekening worden gehouden met inkomsten uit een andere baan, inkomsten die in de toekomst kunnen worden verworven, de mate van verwijtbaarheid aan beide zijden en de reden waarom is afgezien van vernietiging van de opzegging. In de zaak van Stichting Zinzia Zorggroep (HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:878), speelde de vraag of

de hiervóór genoemde gezichtspunten ook van toepassing zijn als de werknemer een ontbindingsverzoek indient op basis van artikel 7:671c Burgerlijk Wetboek (BW). De werkneemster was van oordeel dat de werkgever ernstig verwijtbaar had gehandeld, onder meer door een onterechte op-non-actiefstelling, en verzocht een billijke vergoeding. De kantonrechter gaf haar gelijk en kende een billijke vergoeding van 70.000 euro bruto toe. Ook het hof vond dat er sprake was van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door Zinzia. Het hof vond echter een lagere vergoeding van 25.000 euro bruto passend. Daarbij had het hof rekening gehouden met de omstandigheid dat de werkneemster kort na de ontbindingsbeschikking in eerste aanleg ander werk had gevonden. In cassatie klaagt de werkneemster tevergeefs over de hoogte van de vergoeding. In de eerste plaats merkt de Hoge Raad op dat de gezichtspunten zich ook lenen voor toepassing in een geval waarin de billijke vergoeding is gegrond op een ontbindingsverzoek van de werkneemster. Ook dan gaat het er uiteindelijk om dat de werkneemster wordt gecompenseerd voor het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. De Hoge Raad overweegt verder dat de werkneemster elders werk heeft gevonden en geen informatie heeft verschaft over de inkomsten die zij uit haar nieuwe baan geniet en ook niets heeft aangevoerd over andere materiële schade. Daaruit heeft het hof kennelijk – en niet onbegrijpelijk – afgeleid dat de werkneemster geen materiële schade heeft geleden als gevolg van het ernstig verwijtbaar handelen van Zinzia. Op dezelfde dag heeft de Hoge Raad ook een ander belangwekkend arrest over de billijke vergoeding gegeven (HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:857). Hier ging het om de billijke vergoeding die de appelrechter aan de werknemer kan toekennen, als hij oordeelt dat het ontbindingsverzoek in eerste aanleg ten onrechte is

toegewezen. In dat geval geeft de wet (art. 7:683 lid 3 BW) de appelrechter twee opties. Het hof kan de werkgever opdragen de arbeidsovereenkomst te herstellen of (in plaats daarvan) een billijke vergoeding aan de werknemer toekennen. De kantonrechter had de arbeidsovereenkomst in eerste aanleg ontbonden, maar het hof bepaalde dat de ontbinding ten onrechte was toegewezen. Het hof zag in deze zaak geen aanleiding voor een herstel van de arbeidsovereenkomst, omdat onvoldoende was gebleken dat de zieke werknemer daadwerkelijk in staat was de arbeid te hervatten. Daarbij kon een herstel van de arbeidsovereenkomst ook niet van de werkgever worden verlangd, mede gelet op het tijdsverloop van bijna tweeënhalf jaar. Het hof kende echter ook geen billijke vergoeding toe. Tegen dit oordeel keerde de werknemer zich in cassatie. De Hoge Raad oordeelt dat de rechter de werkgever *kan* veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen of aan de werknemer een billijke vergoeding *kan* toekennen. Er bestaat dus geen verplichting voor de rechter om dat te doen. Verder oordeelt de Hoge Raad dat als het hof besluit een billijke vergoeding toe te kennen, de gezichtspunten van de New Hairstyle-beschikking ook in die situatie van belang zijn. In een zaak tegen ServiceNow (HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2218) slaagde de cassatieklacht van de werknemer tegen de motivering van het hof wel. In hoger beroep had het hof geoordeeld dat er geen voldragen d-grond was, vanwege een gebrekkig verbetertraject, maar inmiddels wel een voldragen g-grond (de Asscher-escape). Volgens het hof was er sprake van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Het hof kende een billijke vergoeding van 15.000 euro bruto toe. De werknemer klaagde in cassatie over de hoogte van de billijke vergoeding. Volgens de werknemer had het hof de verwachte duur van de arbeidsovereenkomst moeten meewegen. De Hoge Raad gaat daarin mee. Bij het bepalen van de vergoeding had het

hof ook moeten betrekken hoelang de arbeidsovereenkomst naar verwachting zou hebben voortgeduurd als de arbeidsverhouding niet door toedoen van de werkgever was verstoord. De rechter kan aan de werknemer ook een billijke vergoeding toekennen als de arbeidsovereenkomst van rechtswege is geëindigd en het niet-voortzetten het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Dit speelde in de zaak van een werknemer tegen Colliers International (HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1979). De werknemer verzocht een billijke vergoeding nadat zijn arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet was verlengd. Bij de kantonrechter en het hof kreeg hij nul op het rekest. Hierbij overwogen de kantonrechter en het hof dat niet van belang is wat zich heeft voorgedaan nadat de werknemer te horen kreeg dat zijn arbeidsovereenkomst niet wordt verlengd. In cassatie oordeelt de Hoge Raad echter dat de werknemer terecht tot uitgangspunt heeft genomen dat ook gewicht kan toekomen aan feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan tussen de aanzegging door de werkgever en het einde van rechtswege, en dat daarbij eveneens gewicht kan toekomen aan feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan na het einde van rechtswege.

ONTSLAG OP STAANDE VOET EN RECHT OP LOON

In het Wilco-arrest (HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1209) boog de Hoge Raad zich over de vraag of een werknemer na een in tweede instantie (toch) geldig bevonden ontslag op staande voet recht heeft op loon. De zaak betrof een werknemer bij een boekdrukkerij, die op staande voet was ontslagen wegens diefstal van boeken. De kantonrechter vernietigde het ontslag op staande voet. In hoger beroep oordeelde het hof echter dat de werknemer terecht op staande voet was ontslagen. Het hof moest vervolgens een nieuwe, in de toekomst

gelegen einddatum voor de arbeidsovereenkomst vaststellen. Hoewel het ontslag op staande voet dus op zich rechtsgeldig was gegeven, was de arbeidsovereenkomst door de uitspraak van de kantonrechter blijven bestaan. Het hof oordeelde dat de werknemer op grond van artikel 7:628 BW geen aanspraak kon maken op loon vanaf de datum van het ontslag op staande voet. De werknemer ging in cassatie. De Hoge Raad beslist dat de rechter op grond van artikel 7:627 j° 7:628 BW kan oordelen dat een werknemer geen recht heeft op loon als achteraf blijkt dat het ontslag op staande voet ten onrechte is vernietigd. Hierbij kunnen twee periodes worden onderscheiden: 1) de periode tussen het ontslag en de beslissing in eerste aanleg waarmee het ontslag wordt vernietigd en 2) de periode tussen die beslissing en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep. Voor beide periodes geldt als uitgangspunt dat de oorzaak van het niet-verrichten van werk in redelijkheid niet voor rekening van de werkgever komt. Voor periode 2 kan van dat uitgangspunt worden afgeweken, als de rechterlijke uitspraak in eerste aanleg in de gegeven omstandigheden wel geheel of gedeeltelijk voor risico van de werkgever behoort te komen. Tot slot merkt de Hoge Raad op dat ook de mogelijkheid bestaat om het in beginsel verschuldigde loon te matigen (art. 7:680a BW), dan wel de werknemer diens aanspraak op loonbetaling geheel of gedeeltelijk te ontzeggen op grond van artikel 6:248 lid 2 BW. Voor de mogelijkheid een loonvordering te matigen, verwijzen wij ook naar het Hyatt-arrest (HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1094).

PROCESRECHT

In de Mediant-zaak oordeelde de Hoge Raad (23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998) dat de wettelijke bewijsregels van overeenkomstige toepassing zijn in ontbindingsprocedures. In onze vorige Kroniek bespraken wij twee arresten

van 16 februari 2018 die ook zagen op de bewijsregels in ontbindingsprocedures (ECLI:NL:HR:2018:182 en ECLI:NL:HR:2018:220). In deze zaken maakte de Hoge Raad een onderscheid tussen enerzijds de aangevoerde feiten en omstandigheden en anderzijds de beoordeling of sprake is van een redelijke grond voor ontslag als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 BW. Het is aan de werkgever om de feiten en omstandigheden die hij aan zijn ontbindingsverzoeken grondslag wil leggen, te stellen en bij betwisting voldoende te bewijzen. De uiteindelijke beoordeling of de aangetoonde feiten een redelijke grond in de zin van artikel 7:669 lid 3 BW opleveren, is niet aan de bewijsregels onderworpen. Op 29 juni 2018 heeft De Hoge Raad zich wederom uitgesproken over de toepassing van het bewijsrecht in ontbindingsprocedures (ECLI:NL:HR:2018:1045). De werkgever, Certe, verweet de werknemster een gebrek aan samenwerking en gebrekkige communicatie. De kantonrechter ontbond de arbeidsovereenkomst op de d-grond. Het hof liet dat oordeel in stand. Het hof overwoog dat de werknemster vakinhoudelijk goed functioneerde, maar dat toch sprake kan zijn van disfunctioneren op andere vlakken, zoals communicatieve vaardigheden. In cassatie klaagde de werknemster dat het hof ten onrechte haar gemotiveerde verweer en bewijsaanbod had gepasseerd. De werknemster had de stellingen van Certe gemotiveerd betwist en had dat mede aan de hand van verklaringen van ex-collega's gedaan. De werknemster had aangeboden haar stellingen te bewijzen, onder meer door het horen van getuigen. Zij had ook aangevoerd dat de problemen in de samenwerking terug te voeren waren op organisatorische problemen bij Certe, waaronder een te hoge werkdruk. De Hoge Raad gaf de werknemster gelijk en oordeelde dat het hof ten onrechte had nagelaten in te gaan op het door de werknemster gedane bewijsaanbod.

In het arrest van BAM Infra Telecom (HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1812) ging het om de vraag of een rechter ambtshalve mag bepalen dat een werkgever zijn ontbindingsverzoek mag intrekken als hij wordt veroordeeld tot betaling van de transitievergoeding. BAM verzocht ontbinding van de arbeidsovereenkomst zonder transitievergoeding omdat de werknemer volgens BAM ernstig verwijtbaar had gehandeld. Het hof ontbond de arbeidsovereenkomst en bepaalde dat, voor zover het ontbindingsverzoek niet werd ingetrokken, BAM aan de werknemer een transitievergoeding verschuldigd was. BAM trok vervolgens het verzoek in. In cassatie oordeelde de Hoge Raad dat de rechter (uitsluitend) verplicht is de mogelijkheid tot intrekking van het verzoek te geven als een billijke vergoeding wordt toegekend, maar niet in gevallen waarin de werkgever wordt veroordeeld tot betaling van de transitievergoeding. De verschuldigdheid daarvan volgt namelijk rechtstreeks uit de wet. Het is de rechter wel toegestaan een voorwaardelijke beslissing te geven, waarbij de voorwaarde inhoudt dat het ontbindingsverzoek niet vóór een bepaalde datum wordt ingetrokken. De rechter mag zo'n voorwaardelijke beslissing echter alleen geven als deze is gevorderd of verzocht of in de vordering of het verzoek besloten ligt. In de recente Amsta-beschikking (HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80) heeft de Hoge Raad meer duidelijkheid gegeven over het herstel van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep. Op grond van artikel 7:683 BW kan het hof de werkgever veroordelen om de arbeidsovereenkomst te herstellen. Mede op grond van de parlementaire geschiedenis bestond discussie over de vraag of het hof ook zelf tot herstel kon overgaan. In de Mediant- en Vlisco-zaak had de Hoge Raad dat nog in het midden gelaten, maar in de Amsta-beschikking beslist de Hoge Raad dat het hof de arbeidsovereenkomst ook zelf kan

herstellen, mits daarom is verzocht. Ter onderbouwing verwijst de Hoge Raad naar artikel 3:300 BW, dat in het algemeen de mogelijkheid van reële executie kent. Voorts overweegt de Hoge Raad dat de rechter bij herstel (ambtshalve) voorzieningen kan treffen, zoals het toekennen van een vergoeding voor inkomens- en pensioenschade. Verder overweegt de Hoge Raad in de beschikking dat een herstel van de arbeidsovereenkomst niet vanzelf meebrengt dat de werknemer zijn transitievergoeding moet terugbetalen. Door het herstel vervalt immers niet de grondslag voor die vergoeding. Een terugbetalingsverplichting ontstaat pas als de werknemer hiertoe door de rechter wordt veroordeeld.

KWALIFICATIEVRAAG

In de Deliveroo-zaken speelde de vraag of de betrekking van een maaltijdbezorger moet worden gekwalificeerd als arbeidsovereenkomst of opdrachtovereenkomst. De Rechtbank Amsterdam deed hierover twee tegenstrijdige uitspraken (23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183 en 15 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:198). In de eerste zaak oordeelde de rechtbank dat sprake was van een opdrachtovereenkomst. De bezorger was ongeveer anderhalf jaar op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam geweest waarna de arbeidsrelatie was omgezet in een opdrachtovereenkomst. De rechter overwoog dat in de laatste overeenkomst expliciet was vastgelegd dat partijen niet de intentie hadden een arbeidsovereenkomst te sluiten. De bezorger had dat later nog per email bevestigd en zich ook ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel. De bezorger mocht bovendien zelf beslissen of hij een opdracht wilde uitvoeren of wenste te weigeren. Ook kon hij zich op elk voor hem gewenst moment aanmelden voor werk. De bezorger had een eigen fiets en gebruikte de kleding en thermobox die hij tijdens zijn eerdere

dienstverband van Deliveroo had gekregen. Hij mocht opdrachten voor concurrenten uitvoeren en zich laten vervangen door een ander. Per voltooide bestelling ontving de bezorger een all-in vergoeding op factuurbasis. Dit waren voor de kantonrechter redenen om de rechtsverhouding te kwalificeren als een overeenkomst van opdracht, waarbij de nadruk op de partijbedoeling lag. In de tweede zaak, die was aangespannen door de FNV, verklaarde dezelfde rechtbank voor recht dat de rechtsverhouding tussen Deliveroo en haar bezorgers – in afwijking van de schriftelijke overeenkomsten – is aan te merken als een arbeidsovereenkomst. In deze uitspraak legde de rechtbank juist de nadruk op de wijze waarop feitelijk uitvoering werd gegeven aan de arbeidsrelatie en hechtte zij minder belang aan de partijbedoeling. De rechter wees onder meer op het grote belang van de bezorger om zich beschikbaar te houden en goed te presteren. De bezorger kan hiermee namelijk belangrijke voordelen verdienen, zoals extra inlogfaciliteiten in de systemen voor bezorgers. Hierdoor is feitelijk geen sprake van een algehele vrijheid voor de bezorger om zich beschikbaar te stellen, tenminste niet als hij (voldoende) inkomen wil genereren. Ook overwoog de rechter dat de bezorger zich alleen kan laten vervangen als de vervanger vooraf een geldig legitimatiebewijs en bewijs om in Nederland te mogen werken had getoond. De mogelijkheid tot vervanging is daarmee volgens de rechter inhoudsloos. De rechter hechtte geen belangrijke waarde aan de inschrijving in de Kamer van Koophandel, nu dit door Deliveroo verplicht is gesteld. Voorts overweegt de rechter dat nog steeds sprake is van een ruime instructiebevoegdheid. Niet is gebleken van een relevant verschil met de periode waarin werd gewerkt op basis van een arbeidsovereenkomst. Op het gebied van wetgeving over de kwalificatievraag hebben zich het af

gelopen jaar weinig ontwikkelingen voorgedaan. De Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties (Wet DBA) wordt nog steeds niet gehandhaafd, tenzij sprake is van kwaadwillend handelen. De opschorting van de handhaving is voorlopig verlengd tot 1 januari 2020. Verder heeft minister Koolmees op 26 november 2018 diverse plannen gepresenteerd ter vervanging van de Wet DBA. Het is de bedoeling dat deze plannen in 2019 verder worden uitgewerkt.

#METOO

Het afgelopen jaar is een fors aantal uitspraken gedaan op het gebied van seksuele intimidatie. In de meeste zaken leidde dat tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Een aantal maal was de werknemer op staande voet ontslagen (Ktr. Alkmaar 27 februari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:1725 en Ktr. Amersfoort 14 november 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5652), maar vaker werd de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever ontbonden. Ten aanzien van de ontslagvergoedingen laat de rechtspraak een wisselend beeld zien. In een aantal gevallen oordeelde de rechter dat het handelen van de werknemer ernstig verwijtbaar was en kreeg de werknemer geen transitievergoeding mee (Hof 's-Gravenhage 13 februari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:223; Hof 's-Hertogenbosch 21 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2705 en Ktr. Maastricht 12 juli 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:6664), terwijl de werknemer in andere gevallen, ondanks verwijtbaar gedrag, wel een transitievergoeding meekreeg (Ktr. Den Haag 1 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2670; Ktr. Maastricht 22 maart 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:2766; Ktr. Utrecht 27 juni 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2885 en Ktr. Rotterdam 19 oktober 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8327). In één zaak kwam het hof tot de conclusie dat de werkgever de werknemer welbewust ten onrechte had beschuldigd,

Je weet 't hé?
We vergoeden elk geweldig
overuur in het dienstverband met
drie extra vrije uren na werktijd.
Zijn riante regeling tref
je nergens anders...



hetgeen de werkgever op een billijke vergoeding van 40.000 euro bruto kwam te staan (Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:11149).

VAKANTIEDAGEN

Op 6 november 2018 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie drie belangwekkende arresten gewezen op het gebied

van vakantiedagen. In de zaken Max-Planck-Gesellschaft/Shimizu (ECLI:EU:C:2018:874) en Kreuziger/Land Berlin (ECLI:EU:C:2018:872) draaide het om de rechtsgeldigheid van regelingen op grond waarvan vakantiedagen komen te vervallen als deze niet tijdig zijn opgenomen. In eerdere arresten had het hof reeds geoordeeld dat een (nationale) regeling er niet toe mag

leiden dat vakantiedagen komen te vervallen als een werknemer geen mogelijkheid heeft gehad deze op te nemen (zie bijvoorbeeld het King-arrest, HvJ EU 29 november 2017, ECLI:EU:C:2017:914). In de arresten van 6 november 2018 gaat het hof een stap verder. Het hof oordeelt dat een werkgever zijn werknemers weliswaar niet hoeft te verplichten vakantiedagen op te nemen, maar dat hij wel gehouden is er 'concreet en in alle transparantie voor te zorgen dat de werknemer daadwerkelijk de mogelijkheid heeft om zijn jaarlijkse vakantie met behoud van loon op te nemen en hem zonodig formeel moet aanzetten dat te doen'. Dat betekent volgens het hof dat een werkgever zijn werknemer tijdig en op precieze wijze moet informeren dat zijn vakantiedagen komen te vervallen als deze niet binnen een bepaalde periode zijn opgenomen. De bewijslast hiervan rust op de werkgever. Alleen als de werkgever dat bewijs kan leveren en de werknemer dus kennelijk welbewust heeft besloten zijn vakantiedagen niet op te nemen, kunnen deze dagen komen te vervallen. Dit vloeit voort uit zowel artikel 7 van Richtlijn 2003/88 als artikel 31 lid 2 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. In het Max-Planck-arrest bepaalde het Europese Hof dat artikel 31 lid 2 van het Handvest rechtstreekse werking heeft. De bepaling zet een nationale regeling dus opzij, als die regeling daarmee in strijd is. In het derde arrest van dezelfde datum (ECLI:EU:C:2018:871) wordt dit laatste punt bevestigd.

WET- EN REGELGEVING

Wet arbeidsmarkt in balans

Op 5 februari 2019 heeft de Tweede Kamer de Wet arbeidsmarkt in

balans (WAB) aangenomen. Het wetsvoorstel ligt nu bij de Eerste Kamer. De inwerkingtreding is voorzien op 1 januari 2020. De WAB bevat onder meer de invoering van een cumulatieve-ontslaggrond, aanspraak op de transitievergoeding vanaf de eerste dag van de arbeidsovereenkomst, verruiming van de ketenregeling en meer rechten voor oproepkrachten. De voorgestelde verlenging van de proeftijd tot maximaal vijf maanden is uit het voorstel geschrapt.

Compensatieregeling transitievergoeding

Slapende dienstverbanden van langdurig zieke werknemers zijn al lang onderwerp van discussie. Het is de bedoeling dat de Wet transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid dat probleem gaat oplossen. Op grond van deze wet kunnen werkgevers aanspraak maken op een financiële compensatie voor betaalde transitievergoedingen bij ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid. De wet is nader uitgewerkt in de Regeling compensatie transitievergoeding. De inwerkingtreding van de wet en de regeling zijn recent gepubliceerd in het *Staatsblad* (27 februari 2019) respectievelijk de *Staatscourant* (26 februari 2019). De compensatieregeling treedt in werking op 1 april 2020 en geldt met terugwerkende kracht tot 1 juli 2015.

Uitvoeringsregels UWV

De Uitvoeringsregels bij ontslag om bedrijfseconomische redenen zijn met ingang van 1 augustus 2018 gewijzigd. De nieuwe regels bepalen onder meer dat als geen of is ingesteld terwijl dit wel verplicht is (> vijftig werknemers), de regels voor een onderneming met

tien tot vijftig werknemers moeten worden toegepast. In dat geval moet overleg plaatsvinden en advies worden gevraagd aan de werknemers voor besluiten die kunnen leiden tot het vervallen of wijzigen van arbeidsplaatsten van ten minste 25 procent van het personeel. Zonder deze raadpleging is een ontslaaanvraag prematuur en zal het UWV deze weigeren. Voorts is verduidelijkt hoe moet worden vastgesteld of sprake is van uitwisselbare functies. Naar aanleiding van het tanteLouise-arrest (HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1349) bepalen de nieuwe regels dat als uitgangspunt moet worden genomen de formele functiebeschrijving en hetgeen de werkgever op grond daarvan van zijn werknemer kan verlangen. Verder wordt in de nieuwe regels nader toegelicht wat van een werkgever kan worden verwacht in het kader van zijn herplaatsingsverplichting binnen de onderneming of (internationale) groep.

Over- en meerwerk

Vaak wordt overwerk gecompenseerd in vrije tijd (een tijd-voortijdregeling). Per 1 januari 2019 is de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag op dit punt gewijzigd. Als een werknemer door het verrichten van overwerk in een bepaalde salarisperiode onder het minimumuurloon uitkomt, mag dat overwerk alleen in tijd worden gecompenseerd als een toepasselijke cao deze mogelijkheid biedt. De vrije tijd moet dan vóór 1 juli van het volgende kalenderjaar zijn opgenomen, bij gebreke waarvan de werkgever de overuren alsnog moet uitbetalen.

De auteurs danken Lisa van den Goorbergh voor haar waardevolle bijdrage aan de totstandkoming van dit artikel.