

KRONIEK

ARBEIDSRECHT

DOOR / KAROL HILLEBRANDT, CHRISTIAAN OBERMAN EN NADIA ADNANI

Het afgelopen jaar is er veel rechtspraak verschenen over de toepassing van de Wet werk en zekerheid. Ten tijde van onze vorige Kroniek betrof het voornamelijk uitspraken van kantonrechters. Inmiddels zijn tal van uitspraken verschenen van de gerechtshoven en een aantal van de Hoge Raad. Deze Kroniek staat dan ook voor een belangrijk deel in het teken van de Wet werk en zekerheid. Voorts zullen wij een aantal andere belangwekkende arresten uit 2017 en de eerste twee maanden van 2018 bespreken op het gebied van *prepack*, het verbieden van religieuze en andere levensbeschouwelijke uitingen op de werkvloer en werkgeversaansprakelijkheid.

WET WERK EN ZEKERHEID

Ontslaggronden

In artikel 7:669 lid 3 sub a Burgerlijk Wetboek (BW) wordt de bedrijfseconomische reden als opzeggingsgrond genoemd. Voor een groot deel is de regelgeving die hierop betrekking heeft, ongewijzigd gebleven ten opzichte van de periode vóór de Wet werk en zekerheid (Wwz). Een belangrijk verschil is dat het sinds de Wwz vrijwel onmogelijk is zieke werknemers om bedrijfseconomische redenen te ontslaan. Als het opzegverbod tijdens ziekte van toepassing is, kan alleen bij algehele bedrijfssluiting op de a-grond worden ontslagen.

Als een werknemer ziek wordt nadat de UWV-aanvraag is ingediend, geldt het opzegverbod niet. Hoe zit het indien de werknemer zich ziekmeldt op de dag waarop de UWV-aanvraag is gedaan? Deze zaak deed zich voor bij de kantonrechter Apeldoorn (ECLI:NL:RBGEL:2017:4577). De ontslagaanvraag was door het UWV om

7.35 uur ontvangen. De werknemer meldde zich diezelfde dag om 17.30 uur ziek. Naar de letter van de wet geldt in dat geval geen opzegverbod. De wet bepaalt namelijk dat geen sprake is van een opzegverbod als de arbeidsongeschiktheid een aanvang heeft genomen nadat het verzoek om toestemming door het UWV is ontvangen. Volgens het UWV bracht echter de redelijke wettoepassing mee dat de werknemer die ziek wordt op de dag van ontvangst van de ontslagaanvraag door het UWV, zich nog

kan beroepen op het opzegverbod. De kantonrechter volgde dit oordeel. De ontslagaanvraag werd dan ook afgewezen. Een andere vraag is of het ontbreken van een opzegverbod in de UWV-procedure doorwerkt in de daaropvolgende ontbindingsprocedure bij de kantonrechter. Met andere woorden, een werknemer is niet ziek bij aanvang van de UWV-procedure, maar wordt later in de procedure wel ziek. Indien een van partijen vervolgens in beroep gaat bij de kantonrechter



Karol Hillebrandt, Christiaan Oberman en **Nadia Adnani** zijn allen advocaat bij Palthe Oberman Advocaten in Amsterdam. De auteurs danken Maurits Top, juridisch medewerker bij Palthe Oberman, voor zijn bijdrage aan de totstandkoming van de Kroniek.

is het de vraag of de kantonrechter rekening moet houden met het opzegverbod tijdens ziekte. Een dergelijk geval speelde bij het Hof Den Bosch (ECLI:NL:GHSHE:2017:2820). Een werknemer had zich ziekgemeld een week nadat de ontslagaanvraag was ingediend. Het UWV weigerde toestemming te verlenen omdat de werkgever niet aannemelijk had gemaakt dat het vanwege bedrijfseconomische omstandigheden noodzakelijk was dat de arbeidsplaats van de werknemer kwam te vervallen. Daarop diende de werkgever een ontbindingsverzoek in bij de kantonrechter te Eindhoven. De kantonrechter oordeelde dat het opzegverbod wegens ziekte niet van toepassing was omdat de werknemer ziek was geworden nadat de ontslagaanvraag door het UWV was ontvangen. Het ontbindingsverzoek werd vervolgens toegewezen omdat naar het oordeel van de kantonrechter was gebleken dat er sprake was van een voldragen a-grond en er geen herplaatsingsmogelijkheden waren. In hoger beroep kwam het hof echter tot de conclusie dat het opzegverbod tijdens ziekte wel van toepassing was. Volgens het hof vloeide uit de wet voort dat het opzegverbod niet geldt als de ziekte een aanvang had genomen nadat een verzoek om ontbinding door de kantonrechter was ontvangen en dat er van deze uitzondering geen sprake was. Volgens het hof was het moment waarop het ontbindingsverzoek door de kantonrechter was ontvangen bepalend en niet het moment van ontvangst van de ontslagaanvraag door het UWV. Op deze uitspraak kwam veel kritiek in de vakliteratuur. Ook de Rechtbank Limburg (ECLI:NL:RBLIM:2018:947) was het kennelijk niet eens met het hof. In een vergelijkbare zaak oordeelde de Limburgse kantonrechter, anders dan het hof, dat het opzegverbod bij ziekte niet van toepassing is indien de ziekmelding is gedaan nadat de ontslagaanvraag is ingediend bij het

UWV en voordat het ontbindingsverzoek op de a-grond is ingediend bij de kantonrechter. Overigens wees de kantonrechter het ontbindingsverzoek om een andere reden alsnog af. De kantonrechter oordeelde dat de werkgever niet kan volstaan met een blote verwijzing naar haar stellingen in de UWV-procedure ter weerlegging van het verweer van de werknemer in de ontbindingsprocedure. De ontbindingsprocedure betreft een zelfstandig procedure, waarin de werkgever gewoon moet voldoen aan haar stelplicht, overwoog de kantonrechter.

Veel geschillen gaan over de toepassing van het afspiegelingsbeginsel. Een terugkerend discussiepunt is of bij het vaststellen van de uitwisselbare functies moet worden gekeken naar de papieren functie of de feitelijke werkzaamheden. De kantonrechter Zwolle (ECLI:NL:RBOVE:2017:3122) oordeelde dat de feitelijke werkzaamheden erop duiden dat de werknemer in de functie die verviel werkzaam was. In een andere zaak had het Hof Den Bosch (ECLI:NL:GHSHE:2016:4046) juist geoordeeld dat in beginsel moet worden gekeken naar de functieomschrijving van de werknemer en niet naar de feitelijk verrichte werkzaamheden. Het zal erg van de feiten en omstandigheden afhangen wat doorslaggevend is. Verder moeten de herplaatsingsmogelijkheden worden beoordeeld. In dat verband speelt hoever de herplaatsingsplicht strekt als sprake is van een concern. Een werknemer van een concern meldde dat de werkgever zich niet aan de herplaatsingsinspanning had gehouden. De kantonrechter Roermond (ECLI:NL:RBLIM:2017:5521) oordeelde echter dat de groep waarvan de werkgever onderdeel uitmaakte weliswaar werd bestuurd door één bestuurder, maar dat deze bestuurder geen beslissingen mocht nemen voor de rest van de groep. Er was volgens de kantonrechter geen sprake van een centrale

leiding, waardoor het gehele concern in dit geval niet betrokken hoefde te worden bij de herplaatsingsinspanningen.

De c-grond ziet op de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst te beëindigen wegens frequent ziekteverzuim. Hiervoor is vereist dat het frequente ziekteverzuim onaanvaardbare gevolgen heeft voor de bedrijfsvoering. De kantonrechter Limburg (ECLI:NL:RBLIM:2017:2900) vond dat de werkgever onvoldoende aannemelijk had gemaakt dat het ziekteverzuim van de werknemer zodanig ingrijpende en financiële gevolgen had dat de arbeidsovereenkomst moest worden beëindigd. Tot hetzelfde oordeel kwam de kantonrechter Tilburg (ECLI:NL:RBZWB:2017:6312) in een vergelijkbaar geval. De kantonrechter vond dat, zeker gezien de personeelsomvang en de gelijke aard van de werkzaamheden binnen de filialen, van de werkgever mocht worden verwacht organisatiebrede maatregelen te treffen om langdurig zieke werknemers te vervangen en dat de werkgever zich bij het zoeken naar een oplossing niet mocht beperken tot louter het betreffende filiaal.

De d-grond ziet op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens ongeschiktheid van de werknemer voor de bedongen arbeid (anders dan wegens ziekte). De werkgever dient de werknemer tijdig in kennis te stellen van het onvoldoende functioneren en de werknemer de kans te geven zich te verbeteren. Dit stond overigens voor inwerkingtreding van de Wwz ook al in het ontslagbesluit en de beleidsregels van het UWV. De d-grond geldt in de praktijk als de moeilijkste ontslaggrond voor werkgevers. Uit de jurisprudentie blijkt dat het overgrote deel van de ontbindingsverzoeken op de d-grond worden afgewezen. Een voorbeeld is de uitspraak van 19 september 2017 van de kantonrechter Roermond (ECLI:NL:RBLIM:2017:9068). Die oordeelde dat

onvoldoende was gebleken dat de werkgever de werknemer op tijdige en duidelijke wijze had geïnformeerd over zijn disfunctioneren en dat aan de werknemer onvoldoende gelegenheid was geboden zijn functioneren te verbeteren. De achteraf opgestelde verklaringen waarop de werkgever zich beriep, konden de werkgever niet baten.

De vereiste duur van het verbetertraject is sterk afhankelijk van de feiten en omstandigheden. Het Hof Den Haag (ECLI:NL:GHDHA:2017:2932) vond een verbetertraject van drie maanden voor een medewerker in de bediening van een hotel onvoldoende. Daarbij speelde ook de negatieve insteek van het verbetertraject een rol. De kantonrechter Alkmaar (ECLI:NL:RBNHO:2017:8263) daarentegen vond drie maanden wel voldoende omdat het verbetertraject zorgvuldig was ingericht en de func-

tie was vereenvoudigd en de werknemer niettemin veel fouten bleef maken. Het Hof Arnhem (ECLI:NL:GHARL:2017:252) wees een ontbindingsverzoek op de d-grond toe omdat de werknemer, werkzaam in de functie van salesmanager, gedurende meerdere jaren zijn target niet had gehaald. Het verbetertraject was terecht door de werkgever voortijdig afgebroken omdat de werknemer onvoldoende progressie boekte op basis van een probleem met betrekking tot zelfreflectie.

In een recent arrest van 16 februari 2018 geeft de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2018:182) het beoordelingskader bij de d-grond nog eens weer. Het is in eerste instantie aan de werkgever om te beoordelen of een werknemer nog voldoet aan de eisen die voor een functie worden gesteld of te beoordelen of verwijtbaar gedrag van de werknemer reden kan zijn voor

ontslag. De kantonrechter zal niet tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst overgaan als het duidelijk is dat de werkgever, gezien de aangevoerde argumenten voor het ontslag, niet in redelijkheid tot zijn besluit is gekomen. De rechter zal het voorgaande in zijn oordeelsvorming moeten betrekken door te onderzoeken of, uitgaande van de feiten en omstandigheden die zijn komen vast te staan, in redelijkheid kan worden geoordeeld dat er sprake is van de door de werkgever aangevoerde ontslaggrond. De wettelijke bewijsregels gelden, maar hierbij overweegt de Hoge Raad dat voor bewijs niet steeds vereist is dat de bewijzen omtrent de feiten en omstandigheden onomstotelijk komen vast te staan, maar soms kan volstaan dat deze voldoende aannemelijk worden. Voor een uitvoerige uiteenzetting van de bewijsregels in ontslagza-

Zij is ten eren male ongeschikt vanwege een, eh, teveel aan zelfreflectie...



ken verwijzen wij naar het artikel 'Toepasselijkheid van bewijsrecht in ontslagzaken' van mr. J.W. Alt in het *Advocatenblad*-3, p. 52 e.v..

Op basis van artikel 7:669 lid 3 sub e BW geldt verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer als grond voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Als sprake is van ernstig verwijtbaar handelen, dan komt de werknemer met toewijzing van het ontbindingsverzoek niet in aanmerking voor een transitievergoeding (art. 7:623 lid 7 onderdeel c BW). De rechtspraak van het afgelopen jaar laat een breed palet aan uitspraken zien, niet alleen over de vraag of moet worden toegewezen of niet, maar ook of sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of slechts verwijtbaar handelen. Volgens het Hof Arnhem-Leeuwarden (28 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:6567), was de handelwijze van een werkneemster ernstig verwijtbaar omdat zij een aantal malen tekort was geschoten in haar wettelijke re-integratieverplichtingen. De werkneemster volhardde in haar houding, ook nadat de loonbetalingsverplichting was opgeschort en vervolgens was gestaakt en zelfs nadat het UWV een deskundigenoordeel had uitgebracht.

Het Hof Den Haag oordeelde over een zaak waarbij de werknemer de complianceregele van de werkgever had geschonden door enkele vertrouwelijke e-mails te versturen naar zijn privé-e-mailadres, door de betreffende zakelijke e-mails te verwijderen uit zijn mailbox en door zijn echtgenote toegang te verlenen tot zijn Outlook. Bovendien had hij opzettelijk de agendaposten van een collega uit digitale schadedossiers verwijderd. Het hof vond dat de werknemer handelde in strijd met de beginselen van vertrouwen en integriteit die de werkgever van de werknemer mag verlangen. Naar het oordeel van het hof had de kantonrechter de arbeidsovereenkomst terecht ontbonden. Het hof vond ech-

ter niet dat er sprake was van ernstig verwijtbaar handelen. Daarbij speelde een rol dat de werkgever aanvankelijk, vanwege het verwijderen van de agendaposten door de werknemer, slechts een formele waarschuwing had gegeven (9 mei 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1220).

Een medewerker van de Reclassering, die verantwoordelijk was voor de directe aansturing van de werkzaamheden van werkgestraften, onderhield in strijd met de gedragscode van de Reclassering nauw persoonlijk contact met een vrouwelijke werkgestrafte. De kantonrechter overwoog dat dit een grond was voor ontbinding op grond van verwijtbaar handelen. De kantonrechter vond echter dat het verwijt niet van dusdanige aard was dat het gedrag moest worden gekwalificeerd als ernstig verwijtbaar, mede omdat niet was komen vast te staan dat de werknemer op de hoogte was van de inhoud en strekking van de gedragscode (kantonrechter Overijssel, 4 september 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3608).

Op basis van de g-grond kan een werkgever de arbeidsovereenkomst beëindigen als er sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. In een zaak bij de kantonrechter Rotterdam (7 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1169), had de werknemer heimelijk opnamen gemaakt van gesprekken met de werkgever en andere betrokkenen. Volgens de kantonrechter was hiermee geen sprake van schending van privacy, maar een en ander rechtvaardigde wel het oordeel dat sprake was van een verstoorde arbeidsverhouding.

Een veelbesproken vraag is wat de consequentie is als de werkgever zelf in belangrijke mate de verstoring heeft veroorzaakt. In een zaak bij het Hof Den Haag (11 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:6) vond het hof

dat de werkgever ernstig verwijtbaar had gehandeld door de re-integratie van de werknemer te dwarsbomen. De werkgever had om ontbinding van arbeidsovereenkomst met de arbeidsongeschikte werknemer verzocht. Volgens het hof is in de wetsgeschiedenis van de Wwz is geen aanwijzing te vinden dat het ontbindingsverzoek afgewezen zou kunnen worden omdat de verstoring van de arbeidsrelatie grotendeels aan de werkgever te wijten is. De werkgever kwam dus goed weg, zij het dat het hof een billijke vergoeding toekende aan de werknemer.

In een andere zaak bij het Hof Den Bosch (4 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1905) was er sprake van veel incidenten tussen een werknemer en haar collega-werknemers. Het hof ontbond op basis van de g-grond. Er was geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever omdat de werknemer zelf een belangrijk aandeel in de incidenten had gehad. Herplaatsing binnen de onderneming was niet aan de orde omdat het om een betrekkelijk kleine onderneming ging.

In een recent arrest overwoog de Hoge Raad (16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220) dat voor toepassing van de g-grond niet vereist is dat er sprake is van verwijtbaarheid aan de zijde van de werknemer. Evenmin is vereist dat de werkgever van het ontstaan of het voortbestaan van de verstoring een verwijt kan worden gemaakt. De mate waarin de verstoorde arbeidsverhouding aan een partij verwijtbaar is, kan wel meewegen bij de beoordeling of voortzetting van de arbeidsverhouding van de werkgever gevergd kan worden. In het concrete geval was de verstoring naar het oordeel van de Hoge Raad niet doelbewust door de werkgever veroorzaakt en waren de aan de werkgever te maken verwijten onvoldoende grond om het ontbindingsverzoek af te wijzen. Artikel 7:669 lid 3 sub h is een zogenaamde vangnetbepaling. De

h-grond ziet op beëindiging wegens andere dan de onder a tot en met g genoemde gronden. Voorbeelden die in de parlementaire geschiedenis worden genoemd zijn detentie en illegaliteit van de werknemer en bijvoorbeeld het niet beschikken over een tewerkstellingsvergunning die is aangevraagd door de werkgever. De regering heeft later als voorbeeld genoemd een manager met wie een verschil van mening bestaat over het te voeren beleid of de voetbaltrainer die niet onvoldoende goed presteert, maar wegens tegenvallende resultaten moet vertrekken. De regering heeft altijd benadrukt dat de h-grond niet dient te worden gebruikt voor het repareren van een onvoldoende onderbouwd ontslag op een van de overige gronden. Een voorbeeld daarvan was een zaak bij de kantonrechter Roermond (19 september 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:9068), waarin de werkgever zich subsidiair op de h-grond had beroepen. De kantonrechter oordeelde dat de h-grond niet bij de verschillende andere gronden kon worden ondergebracht en niet kan dienen als reparatiegrond. Het verzoek tot ontbinding werd daarom afgewezen. Bij de kantonrechter Zutphen (7 juni 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4252) was de werkplek van de werknemer op de vestiging Zutphen verplaatst naar Weert. De kantonrechter vond de extra reistijd van een uur en vijftig minuten aanmerkelijk te lang. De kantonrechter oordeelde dat het voortduren van de arbeidsovereenkomst, gezien de onmogelijkheid van de uitvoering van de over en weer voortvloeiende verplichtingen, elke betekenis had verloren. Een en ander bracht mee dat van de werkgever in redelijkheid niet meer kon worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Een herplaatsing lag niet in de rede. De kantonrechter ontbond dan ook op de h-grond.

Transitievergoeding AOW'er

Op grond van artikel 7:673 lid 7 sub b BW hebben werknemers die de AOW-gerechtigde leeftijd hebben bereikt geen aanspraak 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. De A-G heeft op 9 februari 2018 (ECLI:NL:PHR:2018:158) geconcludeerd dat er géén sprake is van discriminatie nu de wetgever een legitiem doel nastreeft, namelijk het voorkomen dat een transitievergoeding ten goede komt aan personen die niet langer zijn aangewezen op het verrichten van arbeid om in hun levensonderhoud te voorzien nu zij in aanmerking komen voor een AOW-uitkering. De A-G overweegt voorts dat het gekozen middel passend en noodzakelijk is om dat doel te bereiken. Het is nu wachten op het arrest van de Hoge Raad.

Billijke vergoeding

In onze vorige Kroniek bespraken we de verdeeldheid in de (lagere) rechtspraak over de wijze waarop de hoogte van billijke vergoeding diende te worden bepaald. Er was een brede stroming die zich, mede op basis van de parlementaire geschiedenis, op het standpunt stelde dat de gevolgen van het ontslag daarbij geen rol mochten spelen. Inmiddels heeft de Hoge Raad zich hierover uitgesproken en een aantal richtlijnen gegeven voor het bepalen van de billijke vergoeding. In het New Hairstyle-arrest heeft de Hoge Raad onder meer geoordeeld dat de gevolgen van het ontslag daarbij wel mogen worden meegenomen (HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187). Afhankelijk van het geval kan daarbij ook worden gekeken naar het gederfde inkomen van de werknemer. Op basis van het

arrest kunnen onder meer de volgende factoren worden meegewogen: 1) de periode van loonverlies, gebaseerd op de mogelijke resterende duur van het dienstverband, 2) de te verwachten periode van werkloosheid, 3) immateriële schade (zoals reputatieschade), 4) lengte dienstverband, 5) leeftijd van de werknemer en 6) pensioenschade. Een week later heeft de kantonrechter Amsterdam (7 juli 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4883) in lijn met New Hairstyle geoordeeld en bij de begroting van de billijke vergoeding ook gekeken naar de gevolgen van het verlies van de arbeidsovereenkomst (voor bepaalde tijd in dit geval). De kantonrechter overwoog ook hoe de situatie was geweest als de werknemer had gekozen voor herstel van de arbeidsovereenkomst en wanneer er eventueel alsnog een einde aan de arbeidsovereenkomst zou zijn gekomen. Daarnaast nam de kantonrechter in de afweging mee wat de mate van verwijtbaarheid van de werkgever was en hield hij rekening met het gegeven dat de werknemer niet meer hoefde te werken, maar nog wel loon zou krijgen. De New Hairstyle-zaak ziet op de billijke vergoeding die kan worden toegekend als alternatief voor de vernietiging van de opzegging (art. 7:681 BW). Voor het toekennen van dit type billijke vergoeding is geen ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever vereist. In de lagere rechtspraak worden de door de Hoge Raad geformuleerde vuistregels echter ook gehanteerd voor het bepalen van andere vormen van de billijke vergoeding, zoals in ontbindingsprocedures waarbij alleen een billijke vergoeding kan worden toegekend als sprake is van ernstig verwijtbaar handelen door de werkgever (art. 7:671b lid 8 onder c BW). Een voorbeeld hiervan is de VPRO-zaak, waarin de kantonrechter Midden-Nederland oordeelde dat de werkgever ernstig verwijtbaar had gehandeld en één

van de hoogste billijke vergoedingen tot nu toe toekende. In de billijke vergoeding werd onder meer meegenomen het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever, de gevolgen van het einde van de arbeidsovereenkomst en immateriële (schade)vergoeding (12 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:100).

Voorwaardelijke ontbinding

Met invoering van de Wvz is het geven van ontslag op staande voet risicovoller geworden voor de werkgever. Onder het oude recht kon de werkgever de risico's grotendeels afdekken door de rechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk te ontbinden, voor het geval het ontslag op staande voet geen stand zou houden. In onze vorige Kroniek bespraken wij de zogenoemde Mediant-beschikking, waarin de Hoge Raad oordeelde dat een voorwaardelijke ontbinding in eerste aanleg nog steeds mogelijk is, maar uitsluitend indien het ontslag op staande voet door de rechter *van dezelfde aanleg* wordt vernietigd (HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998). In het inmiddels gewezen Vlisco-arrest overweegt de Hoge Raad dat de appel- of verwijzingsrechter eveneens bevoegd is om een voorwaardelijke ontbinding uit te spreken (HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:571). Ook is in het Vlisco-arrest een onjuistheid in de Mediant-beschikking gerepareerd. In de Mediant-beschikking was ten onrechte overwogen dat de appelrechter het ontslag op staande voet zou kunnen vernietigen. Dit is echter niet mogelijk, aangezien artikel 7:683 lid 3 BW alleen voorziet in de mogelijkheden tot toekenning van een billijke vergoeding of herstel van het dienstverband.

Loonbetaling na terecht ontslag op staande voet

Indien de werkgever na een ontslag op staande voet geen voorwaardelijke

ontbinding heeft gevraagd, kan zich de volgende situatie voordoen. In eerste aanleg vernietigt de kantonrechter het ontslag op staande voet en veroordeelt de werkgever tot doorbetaling van het loon. In hoger beroep echter oordeelt het hof dat het ontslag op staande voet wel terecht is gegeven. Het hof kan in dat geval (anders dan onder het oude recht) niet oordelen dat de arbeidsovereenkomst door het ontslag op staande voet is geëindigd. Op grond van artikel 7:683 lid 6 BW en de toelichting hierop in de parlementaire geschiedenis kan het hof de arbeidsovereenkomst uitsluitend beëindigen per een toekomstige datum. Ondanks het terecht gegeven ontslag op staande voet, is de werknemer in dat geval dus in dienst gebleven. Dit leidt tot de vraag of en zo ja, in hoeverre de werknemer aanspraak kan maken op loon over de periode na het ontslag op staande voet. In de rechtspraak en literatuur wordt hierover verschillend gedacht. Het Hof Den Haag overwoog in de 'kleine Dico-zaak' (23 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:435) dat de werkgever in beginsel gehouden was het loon door te betalen tot de door het hof vastgestelde einddatum, en dat reeds betaalde loonbetalingen niet als onverschuldigd betaald konden worden teruggevorderd. Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde daarentegen op 30 mei 2017 (ECLI:NL:GHARL:2017:4675) met toepassing van artikel 7:628 lid 1 BW dat de werknemer geen aanspraak had op loon. Het hof overwoog dat de werknemer geen werkzaamheden had verricht en de oorzaak hiervan in redelijkheid niet voor rekening van werkgever kwam, omdat werknemer zelf een dringende reden had gegeven voor het ontslag op staande voet. Op 16 januari 2018 heeft het Hof in Amsterdam (ECLI:NL:GHAMS:2018:115) prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad over de loonaanspraak van de werknemer in dergelijke situaties. Het is wachten op het arrest van de Hoge Raad.

Transitievergoeding bij ontslag op staande voet

Een andere vraag is of de werkgever bij een terecht gegeven ontslag op staande voet alsnog de transitievergoeding verschuldigd kan zijn. In de wet is bepaald dat een transitievergoeding niet is verschuldigd als de werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Voor een ontslag op staande voet moet een dringende reden aanwezig zijn, maar denkbaar is dat de reden hiervoor de werknemer niet in alle gevallen kan worden verweten. In een cassatieprocedure die momenteel loopt bij de Hoge Raad heeft de A-G op 12 januari 2018 conclusie genomen en geadviseerd dat er in beginsel geen aanspraak zou moeten bestaan op een transitievergoeding als terecht ontslag op staande voet is gegeven (HR 12 januari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:46). Het is de vraag of de Hoge Raad hierin zal meegaan.

Schriftelijkheidsvereiste relatiebeding

In 2008 heeft de Hoge Raad de zware schriftelijkheidsvereisten voor het concurrentiebeding nader uitgelegd in het Philips/Oostendorp-arrest (HR 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC0384). Afgelopen jaar heeft de Hoge Raad in het Lodder-arrest (HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:364) geoordeeld dat de schriftelijkheidsvereisten zoals geformuleerd in het Philips/Oostendorp-arrest ook gelden voor een relatiebeding en strikt moeten worden uitgelegd. Dit betekent dat ook bij het relatiebeding aan één van de volgende voorwaarden moet zijn voldaan: 1) een ondertekend document, zoals een arbeidsovereenkomst of ander geschrift, waarin het relatiebeding is vastgelegd of 2) een ondertekend document, dat een verwijzing bevat naar bijgevoegde arbeidsvoorwaarden waarin het relatiebeding is vastgelegd (daarbij hoeft dan niet uitdrukkelijk te worden verwezen naar het relatiebedingen en de

bijgevoegde arbeidsvoorwaarden zelf hoeven niet te zijn ondertekend) of 3) een schriftelijke akkoordverklaring met een relatiebeding dat in – niet bijgevoegde – arbeidsvoorwaarden voorkomt.

Opvolgend werkgeverschap

De definitie van opvolgend werkgeverschap is met de invoering van de Wwz gewijzigd. Vanwege het ontbreken van overgangsrecht op dit punt bestond in de literatuur en lagere rechtspraak verdeeldheid over de vraag of de voor opvolgend werkgeverschap relevante gebeurtenissen die zich vóór de Wwz hebben voorgedaan, beoordeeld dienen te worden aan de hand van het zogenoemde ‘zodanige banden-criterium’ (conform het oude recht), of op basis van het minder strenge criterium conform het nieuwe recht. In het Constar-arrest heeft de Hoge Raad

een antwoord op deze vraag gegeven (17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2905): werkgeverswillingen die vóór 1 juli 2015 hebben plaatsgevonden, dienen op basis van oud recht te worden beoordeeld. Voor een uitgebreide uiteenzetting hiervan verwijzen we ook naar het artikel ‘Opvolgend werkgeverschap: wond nog niet gehecht’ van Bianca Hampsink & Leonie Dorrestein (*Advocatenblad-1*, p. 53 e.v.).

Aanzeggen versus opzeggen

Op grond van artikel 7:668 BW dient de werkgever ten minste een maand voor het aflopen van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur de werknemer te laten weten of de arbeidsovereenkomst wordt verlengd, en zo ja onder welke voorwaarden (de zogenoemde ‘aanzegplicht’). In het hiervóór genoemde Constar-arrest oordeelde de Hoge Raad dat een aan-

zegging van de werkgever onder omstandigheden ook als opzegging kan worden gekwalificeerd. In dit geval ging het om een werknemer die een arbeidsovereenkomst had voor onbepaalde tijd. De werkgever was echter in de veronderstelling dat er sprake was van een contract voor bepaalde tijd. De werkgever wilde de arbeidsovereenkomst niet verlengen en heeft om die reden de aanzegging gedaan met als reden dat de onderneming wegens tegenvallende resultaten zou worden gestaakt. De Hoge Raad was van oordeel dat de werknemer hieruit heeft kunnen afleiden dat de werkgever de arbeidsovereenkomst wilde beëindigen en het hier aldus om een opzegging ging.

PREPACK

Op grond van artikel 7:666 BW zijn de regels voor overgang van onderneming van artikel 7:662 e.v.



BW niet van toepassing, indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard. In de Smallsteps-zaak (ECLI:EU:C:2017:489) speelde de vraag of deze uitzondering ook geldt in een zogenoemde prepack-situatie. De prepack houdt in dat de doorstart van de onderneming in overleg met de beoogd curator wordt voorbereid, vóórdat het faillissement door de rechtbank is uitgesproken. De doorstart kan op deze wijze onmiddellijk na de faillietverklaring worden geëffectueerd. In de Smallsteps-zaak beantwoordde het Europese Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) prejudiciële vragen van de Rechtbank Midden-Nederland over hoe deze situatie zich verhoudt tot Richtlijn 2001/23/EG inzake overgang van onderneming. Het HvJ EU overweegt dat op grond van de richtlijn de toepassing van de regels voor overgang van onderneming kan worden uitgezonderd indien aan drie voorwaarden is voldaan: 1) de werkgever moet zijn verwickeld in een faillissementsprocedure of een soort-

gelijke procedure, 2) met het oog op de liquidatie van het vermogen van de onderneming en 3) waarbij de procedure onder toezicht van een overheidsinstantie staat. Het HvJ EU overweegt vervolgens dat aan deze voorwaarden niet is voldaan, omdat het faillissement in deze zaak niet is uitgesproken met het oog op liquidatie van de onderneming, maar juist met als doel om de onderneming via een doorstart te kunnen voortzetten.

HOOFDDOEKVERBOD OP DE WERKVLOER

Op 14 maart 2017 heeft het HvJ EU twee belangwekkende arresten gewezen over de toepassing van de Europese Richtlijn voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (Richtlijn 2000/78/EG). Het betrof een Belgische en een Franse zaak. In beide zaken ging het om de vraag of de werkgever de werknemers mocht verbieden een islamitische hoofdoek te dragen op de werkvloer. De belangrijkste overwegingen van het HvJ EU zijn te vinden in de

Belgische zaak. De werkgever had in dat geval in het arbeidsreglement de volgende regel opgenomen: 'Het is aan de werknemers verboden om op de werkplaats zichtbare tekens te dragen van hun politieke, filosofische of religieuze overtuigingen en/of elk ritueel dat zich daaruit voortvloeit te manifesteren.' Het HvJ EU overwoog dat dit verbod niet kon worden aangemerkt als directe discriminatie. Het HvJ EU redeneerde dat de regel uit het arbeidsreglement alle werknemers op dezelfde wijze behandelde, aangezien de regel alle uitingen verbood van alle levensbeschouwelijke overtuigingen. De regel maakte derhalve geen direct onderscheid naar godsdienst. Het HvJ EU merkte op dat de regel mogelijk wel indirect onderscheid maakte naar godsdienst. Het maken van indirect onderscheid is toegestaan als daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat. Dat wil zeggen dat het onderscheid een legitiem doel dient en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Voor het geval de



verwijzende rechter zou concluderen dat sprake was van indirect onderscheid, gaf het HvJ EU vervolgens aanknopingspunten om te beoordelen of aan deze criteria was voldaan. Het HvJ EU overwoog dat de wens van de werkgever om naar haar klanten een neutrale uitstraling te hebben, kon worden aangemerkt als legitiem doel. Het HvJ EU verwees hierbij naar de vrijheid van ondernemerschap als neergelegd in artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Het HvJ EU overwoog vervolgens dat de regel uit het arbeidsreglement een passend middel was om dat doel te bereiken, mits het beleid daadwerkelijk coherent en systematisch wordt nagestreefd. In het kader van de noodzakelijkheidstoets overwoog het HvJ EU dat de verwijzende rechter moest nagaan of het verbod alleen gold voor werknemers die daadwerkelijk contact hebben met de klant. Daarbij merkte het HvJ EU op dat de verwijzende rechter tevens diende te onderzoeken of de werkgever, in plaats van een ontslag, de werknemer een andere passende functie had kunnen aanbieden, waar zij geen contact met klanten zou hebben. De zaken hebben tot veel discussie geleid, met name de vaststelling van het HvJ EU dat de wens van een onderneming om een neutrale uitstraling naar klanten te hebben als legitiem doel kan worden aangemerkt.

WERKGEVERS- AANSPRAKELIJKHEID VOOR VRIJWILLIGERS

De aansprakelijkheid van de werkgever voor schade van de werknemer is geregeld in artikel 7:658 BW. Op basis van artikel 7:658 lid 4 BW zijn de aansprakelijkheidsregels ook van toepassing als een 'werkgever' in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft. In eerste instantie werd daarbij vooral gedacht aan uitzendkrachten en

gedetacheerde werknemers. In zijn arrest van 23 maart 2012 (Davelaar/Allspan, ECLI:NL:HR:2012:BV0616) besliste de Hoge Raad dat de werkgeversaansprakelijkheid van artikel 7:658 BW zich ook kan uitstrekken tot zzp'ers. Daartoe overwoog de Hoge Raad dat artikel 7:658 lid 4 BW beoogt bescherming te bieden aan personen die zich, wat betreft de door de werkgever in acht te nemen zorgverplichtingen, in een met een werknemer vergelijkbare positie bevinden. In dat kader is het van belang of de zzp'er voor de zorg voor zijn veiligheid (mede) afhankelijk is van degene voor wie hij de werkzaamheden verricht.¹ In zijn arrest van 15 december 2017 (ECLI:NL:HR:2017:3142) heeft de Hoge Raad de werkgeversaansprakelijkheid verder uitgebreid tot vrijwilligers. De zaak betrof een vrijwilliger van een parochie, die tijdens kluswerkzaamheden van het dak van de kerk was gevallen en daardoor ernstig letsel had opgelopen. De Hoge Raad legde de woorden 'in de uitoefening van zijn bedrijf' ruim uit. In cassatie had de parochie onder meer aangevoerd dat de kluswerkzaamheden nooit door werknemers van de parochie waren uitgevoerd. De Hoge Raad vond dat echter niet van belang. De Hoge Raad oordeelde dat volstond dat de parochie de werkzaamheden door werknemers had *kunnen* laten uitvoeren. De vrijheid van de parochie om ervoor te kiezen de werkzaamheden niet door werknemers maar door vrijwilligers te laten verrichten, behoorde niet van invloed te zijn op de rechtspositie van de vrijwilliger.

WETGEVING EN ONTWIKKELINGEN Kabinetssplannen

Het Regeerakkoord dat in oktober 2017 in de Tweede Kamer is gepresenteerd, bevat diverse plannen voor arbeidsrechtelijke wijzigingen. Er zijn onder meer plannen om de ketenregeling te wijzigen (van twee naar drie jaar), een langere proeftijd

mogelijk te maken (vijf maanden proeftijd bij een contract voor onbepaalde tijd) en een cumulatiegrond in het ontslagrecht te introduceren. Deze aanvullende ontslaggrond zou het mogelijk de arbeidsovereenkomst ook te beëindigen als geen sprake is van een 'voldragen' ontslaggrond, waarbij de rechter dan een extra vergoeding van maximaal de helft van de transitievergoeding zou kunnen toekennen aan de werknemer. Verder is het plan om het recht op de transitievergoeding te laten bestaan vanaf het begin van het dienstverband (in plaats van na 24 maanden) en de mogelijkheid om scholingskosten in mindering te brengen op de transitievergoeding te verruimen.

Ook wordt in het regeerakkoord gesproken over een compensatieregeling van de kosten voor een transitievergoeding die werkgevers moeten betalen na ontslag van een langdurig zieke werknemer. Dit onder meer als oplossing voor het fenomeen 'slappend dienstverband'. Het streven is om deze regeling per 1 januari 2020 in werking te laten treden, waarbij werkgevers er met terugwerkende kracht (tot 1 juli 2015) aanspraak op kunnen maken, tenzij het dienstverband slapend is gehouden.

Daarnaast wil men de loondoorbetalingsverplichting tijdens ziekte voor kleine werkgevers (minder dan 25) verkorten van twee naar een jaar.

Wet deregulering beoordeling arbeidsrelaties

Vorig jaar benoemden we al dat per 1 mei 2016 de Wet DBA is ingevoerd ter vervanging van de VAR-verklaring. Omdat er veel onzekerheid bestond over de wet (en de modelovereenkomsten), besloot de Belastingdienst de handhaving op te schorten tot 1 januari 2018. Onlangs is deze opschorting verlengd tot 1 januari 2020. De Belastingdienst treedt wel op tegen evident kwaadwillenden. Het kabinet heeft door een stuurgroep laten onderzoeken of de regelgeving

herijkt kan worden. De stuurgroep is op 22 mei 2017 met tien beleidsvarianten gekomen (Onderzoek varianten kwalificatie arbeidsrelatie). In het Regeerakkoord heeft het kabinet een aantal concrete aanpassingen aangekondigd:

- Voor zzp'ers wordt bepaald dat altijd sprake is van een arbeids-overeenkomst bij een laag tarief in combinatie met een langere duur van de overeenkomst of een laag tarief in combinatie met het verrichten van reguliere bedrijfsactiviteiten. Wat een laag tarief is, wordt gedefinieerd als corresponderend met loonkosten tot 125% van het wettelijk minimumloon of met de laagste loonshalen in cao's. Er wordt één tarief gekozen om voor de gehele markt de onderkant af te bakenen. Op basis van de gehanteerde argumentatie zal dit tarief vermoedelijk liggen in een bandbreedte tussen de 15 en 18 euro per uur. Een langere duur wordt gedefinieerd als langer dan drie maanden.
- Aan de bovenkant van de markt wordt voor zelfstandig ondernemers een 'opt-out' voor de loonbelasting en de werknemersverzekeringen ingevoerd, indien sprake is van een hoog tarief in combinatie met een kortere duur van de overeenkomst of een hoog tarief in combinatie met het niet verrichten van reguliere bedrijfsactiviteiten. Bij een 'hoog tarief' denkt het kabinet aan een tarief boven de 75 euro per uur. Een kortere duur wordt gedefinieerd als korter dan een jaar.

- Voor zelfstandigen boven het 'lage' tarief wordt een 'opdrachtgeversverklaring' ingevoerd. Deze geeft opdrachtgevers vooraf duidelijkheid en zekerheid bij de inhuur van zelfstandig ondernemers. Opdrachtgevers krijgen deze verklaring via het invullen van een webmodule, zoals bijvoorbeeld ook in het Verenigd Koninkrijk bestaat. Met deze opdrachtgeversverklaring krijgt een opdrachtgever zekerheid vooraf van vrijwaring van loonbelasting en premies werknemersverzekeringen (mits uiteraard de webmodule naar waarheid is ingevuld).
- Het kabinet gaat onderzoeken of en hoe zelfstandig ondernemerschap via de invoering van een ondernemersovereenkomst een eigen plek zou kunnen krijgen in het Burgerlijk Wetboek.

Wijziging Wet minimumloon

Per 1 januari 2018 is de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WML) gewijzigd. Doel van de wijziging is onder meer om oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden te voorkomen. De belangrijkste wijziging is dat het minimumloon ook van toepassing is in het geval van meerwerk (overuren), stukloon en overeenkomst van beloning. Verdiensten uit meerwerk maken nu ook deel uit van het loonbegrip in de WML, waardoor er ook een recht op vakantiebijslag ontstaat ten aanzien van de overuren.

Transitievergoeding

De maximale vergoeding per 1 januari 2018 is verhoogd tot 79.000 euro,

of maximaal een brutojaarsalaris als dat hoger is. De rekentools (op het internet) houden hier niet altijd rekening mee.

Wijziging Wet normering topinkomens

Op 1 januari 2018 zijn de laatste bepalingen van de zogenoemde Evaluatiewet Wet normering topinkomen (WNT) in werking getreden. In de WNT is een algemeen salarisplafond bepaald voor topfunctionarissen in de (semi)publieke sector. De belangrijkste (arbeidsrechtelijke) wijziging in de WNT is dat wanneer iemand minstens twaalf maanden een topfunctie heeft vervuld die wordt genormeerd door de WNT en diegene vervolgens een niet-topfunctie gaat vervullen bij dezelfde instelling, dan blijft diegene nog vier jaar lang aangemerkt als topfunctionaris.

Algemene verordening gegevensbescherming

De veelbesproken Algemene verordening gegevensbescherming (AVG), die vanaf 25 mei 2018 wordt gehandhaafd, heeft ook gevolgen voor de arbeidsrechtpraktijk. De AVG is immers ook van toepassing op persoonsgegevens van personeel. Teneinde te voldoen aan de verplichtingen uit de AVG zullen werkgevers onder meer, afhankelijk van de aard en omvang van de organisatie, aandacht moeten besteden aan de volgende onderwerpen: de nulmeting, de verwerkersovereenkomst, de gegevensbeschermingseffectbeoordeling, het register van verwerkingsactiviteiten, de functionaris voor gegevensverwerking en het melden van datalekken.

NOOT

- 1 Voor een uitgebreidere bespreking van het Davelaar/Allspan-arrest zie Kroniek van 17 september 2013.