

# *Kroniek* Arbeidsrecht

Voor de arbeidsrechtjurist stond het afgelopen jaar vooral in het teken van diverse ontwikkelingen op het gebied van wetgeving. Veel aandacht was er natuurlijk voor het wetsvoorstel Wet werk en zekerheid, dat momenteel bij de Eerste Kamer ligt. Daarnaast hebben de Wet normering topinkomens, het afschaffen van de stamrechtvrijstelling voor ontslagvergoedingen en de wijzigingen van de Ziektewet tot de nodige discussies geleid. Het afgelopen jaar is ook een aantal ontwikkelingen zichtbaar geweest in de rechtspraak, bijvoorbeeld op het gebied van payrolling. Voorts zijn belangwekkende arresten geweest op het gebied van onder meer het garantieloon, de Ragetliereg, werkgeversaansprakelijkheid en overgang van onderneming.



*Christiaan Oberman en Karol Hillebrandt\**

**Garantieloon ex art. 7:628a BW » Omzeiling ketenregeling » Schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag » Rechtsgeldige opzegging » Overgang van onderneming » Arbeidsrechtelijke omkeringsregel » Deskundigenoordeel » Payrollconstructies » WNT » Wet werk en zekerheid » Ziektewet » Overige ontwikkelingen: *Afschaffing stamrechtvrijstelling » Declaratiegedrag***

\* Respectievelijk partner en advocaat bij Palthe Oberman Advocaten in Amsterdam; Oberman is tevens redactielid van het *Advocatenblad*. De auteurs danken mevrouw Y.M van de Pol voor haar bijdrage aan deze kroniek.

mogen wij effe Vangen?  
 we hebben die dag wel  
 72 uur gewerkt!



## GARANTIELOON EX ART. 7:628A BW

De Hoge Raad (Wolters/X: JAR 2013/140; ECLI:NL:HR:2013:BZ2907) liet zich dit jaar uit over het recht op garantieloon als bedoeld in art. 7:628a BW. Op basis van dit artikel hebben oproepkrachten met wie een arbeidsovereenkomst is gesloten voor minder dan vijftien uur per week en waarbij de tijdstippen van arbeid niet zijn vastgelegd, voor elke periode waarin minder dan drie uur is gewerkt in elk geval recht op loon over drie uur. De feiten in deze zaak waren als volgt: de werknemster was van 2002 tot 2007 in dienst bij Wolters als taxichauffeur op basis van een overeengekomen arbeidsomvang van twaalf uur per week.

Zij reed kinderen van en naar school uit de gemeente Tytsjerksteradiel. Bij aanvang van elk schooljaar werd aan haar een nieuwe schoolroute toebedeeld. Daarmee was globaal een uur per rit gemoeid. Naast deze schoolritten werd de werknemster opgeroepen voor wisselende ritten. Na beëindiging van het dienstverband vorderde de taxichauffeur achterstallig loon. Zij stelde daarbij dat zij recht had op uitbetaling over drie uur over alle keren dat zij in het kader van een oproep minder dan drie uur had gewerkt. In hoger beroep oordeelde het hof dat Wolters mocht volstaan met betaling van de werkelijke rittijden omdat er sprake was van een duidelijk arbeidspatroon. Indien er echter sprake was van een verlengde schoolrit die kor-

ter duurde dan drie uur, diende Wolters toch drie uur uit te betalen. Het hof verwierp het standpunt van de taxichauffeur dat zij voor elke wisselende rit, ook wanneer binnen drie uur een nieuwe rit volgde, aanspraak had op drie uur loon. Naar het oordeel van het hof kon dat niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest, omdat in dat geval bepaalde delen van de dag dubbel zouden worden betaald. Naar het oordeel van het hof brengt een redelijke uitleg van art. 7:628a BW mee dat, indien een wisselende rit binnen drie uur na aanvang van deze rit werd opgevolgd door een nieuwe rit, voor die nieuwe rit slechts een aanspraak op loon bestond over de tijd waarmee deze rit die periode van drie uur overschreed. Wanneer een wis-

selende rit bijvoorbeeld startte om 11.35 uur en eindigde om 12.05 en om 14.04 uur werd opgevolgd door een nieuwe rit die eindigde om 14.50 uur, had de werknemster voor deze ritten samen een loonaanspraak van drie uur en vijftien minuten en niet tweemaal drie uur. Voor de overlap hoefde Wolters dus niet dubbel te betalen. Voorkomen diende te worden, aldus het hof, dat dubbele beloning plaatsvond.

De Hoge Raad oordeelde echter anders. Gelet op de tekst en strekking van art. 7:628a BW brengt die bepaling mee dat de werknemer wiens arbeidsvoorwaarden voldoen aan de in art. 7:628a BW genoemde voorwaarden en die meerdere malen per dag wordt opgeroepen werk te verrichten, over elke afzonderlijke periode van arbeid recht heeft op loon over een periode van minimaal drie uur. Die uitleg strookt bovendien met de bedoeling van de wetgever om de situatie na een werkonderbreking, niet zijnde een reguliere werkpaauze, aan te merken als een nieuwe periode van arbeid die aanspraak geeft op de door art. 7:628a BW gegarandeerde beloning. Dit wordt niet anders doordat dan de mogelijkheid ontstaat dat de werknemer die meerdere malen op een dag wordt opgeroepen, over bepaalde tijdvakken van die dag 'dubbel' wordt beloond. Niet alleen verzet de tekst van art. 7:628a BW zich niet tegen zodanige dubbele beloning, ook strookt dit met de beschermende strekking van de bepaling, omdat op deze wijze wordt bevorderd dat de werkgever het werk zodanig inricht dat de werknemer niet meerdere malen per dag voor telkens een korte periode wordt opgeroepen, dan wel dat de werknemer wordt gecompenseerd voor de daarmee gepaard gaande onzekerheid. Bovendien ligt in de gekozen systematiek van een forfaitaire vergoeding van drie uur over periodes waarin minder dan drie uur is gewerkt, reeds besloten dat de wetgever de gedachte heeft aanvaard dat in die situaties de werknemer meer loon ont-

vangt dan de duur van de arbeidsprestatie rechtvaardigt. Het gevolg van het arrest is dus onder meer dat de mogelijkheid bestaat dat werknemers meer uren betaald kunnen krijgen dan er in een werkdag zitten. Voor werkgevers die veel met oproepkrachten werken, is het dus oppassen geblazen.

## OMZEILING KETENREGELING

Het komt regelmatig voor dat een werkgever de ketenregeling van art. 7:668a BW tracht te omzeilen. De werkgever wil wel een werknemer in dienst houden na drie contracten voor bepaalde tijd, maar wenst geen vast dienstverband aan te gaan. Yachts (RAR 2013/150; ECLI:NL:GHSHE:2013:3442) loste dat probleem op door wel een vierde arbeidsovereenkomst aan de werknemer aan te bieden, maar gelijktijdig een vaststellingsovereenkomst te sluiten waarin werd overeengekomen dat de arbeidsovereenkomst op een in de vaststellingsovereenkomst genoemde datum zou eindigen. Na de beëindiging van het dienstverband stelde de werknemer zich op het standpunt dat die vaststellingsovereenkomst nietig was wegens strijd met het dwingende karakter van art. 7:668a BW omdat zijn instemming met de vaststellingsovereenkomst tegen zijn wil was afgedwongen. Hij vorderde een verklaring voor recht dat de overeengekomen beëindiging nietig was en maakte aanspraak op doorbetaling van salaris.

De kantonrechter oordeelde dat de enige reden om tot een vaststellingsovereenkomst te komen, het uitsluiten van de dwingendrechtelijke gevolgen van het bepaalde in art. 7:668a BW was. Het stond partijen echter niet vrij om bij een overeenkomst af te wijken van hetgeen is bepaald in art. 7:668a BW. Er was volgens de kantonrechter geen sprake van een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in Titel 15 van Boek 7 BW en het bewust aangaan van een overeenkomst ter omzeiling van de geboden werkne-

mersbescherming was in strijd met de openbare orde en/of de goede zeden. De kantonrechter wees de vorderingen van de werknemer dan ook toe.

Tegen dat oordeel ging Yachts in hoger beroep. Het hof overwoog vervolgens dat de tussen partijen gesloten overeenkomst moest worden aangemerkt als een vaststellingsovereenkomst, als bedoeld in art. 7:900 BW. Op basis van het bepaalde in art. 7:902 BW was een dergelijke overeenkomst ook geldig indien zij in strijd mocht blijken te zijn met het dwingend recht, openbare orde of goede zeden. Het oordeel van de kantonrechter dat een overeenkomst gericht was op het buiten werking stellen van een driekwart dwingende wetbepaling en derhalve de facto nietig was wegens strijd met de openbare orde en/of goede zeden zodat in dat geval geen beroep hoefde te worden gedaan op de vernietigbaarheid daarvan, was rechtens onjuist. De vaststellingsovereenkomst was hoogstens vernietigbaar, maar de werknemer had niet in rechte vernietiging van de overeenkomst verzocht, dan wel verklaring voor recht dat hij de vaststellingsovereenkomst terecht had vernietigd.

De werknemer beriep zich er tot slot op dat hij zich gedwongen voelde de vaststellingsovereenkomst te tekenen en dat zijn wil niet gericht was op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, maar op het behoud van werk en inkomen. Deze stellingen vatte het hof op als een beroep op misbruik van omstandigheden. Zij overwoog dat een rechtshandeling vernietigbaar is wanneer zij door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen. De werknemer had er echter geen rechtsgevolgen aan verbonden, namelijk in rechte geen vernietiging gevorderd noch een verklaring voor recht dat de vaststellingsovereenkomst terecht door hem buitengerechtelijk was vernietigd. Het hof, dat de werknemer duidelijk niet goedgezind was, vernietigde het vonnis van de kantonrechter. De werknemer heeft overigens cassatie

ingesteld tegen het arrest van het hof. Het is dus afwachten of ook de Hoge Raad van oordeel is dat deze constructie door de beugel kan.

## SCHADEVERGOEDING BIJ KENNELIJK ONREDELIJK ONTSLAG

Het jaar 2013 liet veel minder spraakmakende zaken op het gebied van ontslag zien dan de jaren daarvoor. De zaken die hierover wel gingen, hadden vaak betrekking op de hoogte van de schade in kennelijk onredelijk ontslagprocedures. Dat was ook het geval in de zaak van een werknemer tegen Kwik-Fit (RAR 2013/134; ECLI:NL:HR:2013:BZ5360), waarbij de vraag speelde of de schadevergoeding wegens onregelmatige opzegging in mindering kon komen op de schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag.

De werknemer was door Kwik-Fit ontslagen op staande voet, omdat hij stelselmatig had verzuimd bij afrekening facturen op te maken en de ontvangen bedragen in eigen zak had gestoken. De werknemer riep de nietigheid van het ontslag in en vorderde doorbetaling van loon. De kantonrechter ontbond in een voorwaardelijke ontbindingsprocedure de arbeidsovereenkomst zonder toekenning van een vergoeding. Vervolgens trok de werknemer de vernietigbaarheid van het ontslag in.

Kwik-Fit vorderde daarop veroordeling van de werknemer tot betaling van een schadevergoeding. In reconventie vorderde de werknemer een schadevergoeding wegens onregelmatige opzegging en kennelijk onredelijk ontslag. De kantonrechter wees de vordering in conventie toe en die in reconventie af. In hoger beroep wees het hof de vorderingen van de werknemer toe, waarbij het hof echter wel de gefixeerde schadevergoeding ex art. 7:680 BW in mindering bracht op de schadevergoeding wegens

de kennelijk onredelijke opzegging ex art. 7:681 BW. In incidenteel beroep in cassatie stelde de werknemer dat het hof de gefixeerde schadevergoeding ten onrechte op de schadevergoeding van het kennelijk onredelijk ontslag in mindering had gebracht. De Hoge Raad oordeelde echter dat geen rechtsregel het hof belette bij de vaststelling van deze schadevergoeding rekening te houden met de aanspraak van de werknemer op gefixeerde schadevergoeding ten bedrage van vier maanden loon wegens de onregelmatige opzegging. De rechter heeft immers een grote mate van vrijheid om, op grond van alle omstandigheden van het geval, de hoogte van de vergoeding te bepalen. Het hof had dan ook geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de schadevergoeding in dit geval te berekenen op het verschil tussen de WW-uitkering waarop de werknemer in geval van werkloosheid gedurende tweeëntwintig maanden recht zou hebben en het laatstverdiende salaris, daarbij rekening houdend met de schadevergoeding wegens onregelmatige opzegging.

Het komt er dus op neer dat bij de beoordeling van de kennelijk onredelijke ontslagvergoeding de gefixeerde schadevergoeding wegens het niet in acht nemen van de opzegtermijn kan worden verdisconteerd. Daarbij mag een rechter bij de berekening van de schadevergoeding rekening houden met alle omstandigheden van het geval, waaronder inkomsten uit andere bronnen.

## RECHTSGELDIGE OPZEGGING

De Hoge Raad (JAR 2014/34; ECLI:NL:HR:2013:2127) boog zich ook over wat moet worden verstaan onder het begrip rechtsgeldige opzegging van art. 7:667 lid 4 BW, waarin de Ragetlieregule is verwoord. Werkgever en werknemer kunnen besluiten een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd om te zetten in een arbeidsovereen-

komst voor bepaalde tijd. Deze laatste overeenkomst eindigt echter alleen van rechtswege als de eerdere overeenkomst voor onbepaalde tijd niet is geëindigd met wederzijds goedvinden, maar door rechtsgeldige opzegging of ontbinding.

In de zaak tussen De Witte en notarisriskantoor Pekel speelde de vraag of opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werknemer moest worden beschouwd als een rechtsgeldige opzegging als bedoeld in art. 7:667 lid 4. De feiten waren als volgt: De Witte was sinds 15 oktober 1983 in dienst bij Pekel. Vervolgens tekende Pekel op 6 augustus 2007 een schriftelijke overeenkomst met een nieuwe werkgever. Tussen de nieuwe werkgever en Pekel werd afgesproken dat De Witte met ingang van 15 oktober 2007 met zijn werkzaamheden bij de nieuwe werkgever zou beginnen. Binnen een maand na uitdiensttreding kreeg De Witte al spijt van zijn overstap naar de nieuwe werkgever. Hij trad opnieuw in dienst bij Pekel, ditmaal op basis van een arbeidsovereenkomst voor een jaar. Deze arbeidsovereenkomst werd op 13 november 2008 nog eens verlengd voor een periode van opnieuw een jaar. Bij brief van 20 oktober 2009 deelde Pekel aan De Witte mee dat de arbeidsovereenkomst na 13 november 2009 niet verlengd werd.

De vraag in deze kwestie was of de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege was geëindigd of toch door de werkgever diende te worden opgezegd op grond van art. 7:667 lid 4 BW. Volgens De Witte kon van toepassing van de Ragetlieregule alleen sprake van zijn als een werkgever de arbeidsovereenkomst opzegde. De kantonrechter en het hof wezen de vordering van De Witte af. Het hof overwoog dat De Witte de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zelf had laten eindigen. Onder rechtsgeldige opzegging moest volgens het hof ook de opzegging door De Witte worden verstaan. De Witte ging hiertegen in cassatie. De A-G con-

cludeerde tot verwerping van het cassatieberoep. De Hoge Raad was echter een andere mening toegedaan dan de A-G, de kantonrechter en het hof. De Hoge Raad overwoog dat uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de wetgever de eis van opzegging heeft gehandhaafd indien de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd anders dan door rechtsgeldige opzegging of ontbinding door de rechter is geëindigd, omdat in die gevallen de bestaande ontslagbescherming 'niet gerealiseerd' is. Dat wil zeggen dat dan geen toetsing van het ontslag heeft plaatsgevonden door het UWV, in het kader van de verlening van een ontslagvergunning, dan wel door de rechter, in het kader van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Op grond van de Ragetlieregel bestaat die ontslagbescherming (door de eis van opzegging) alsnog bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst die een voortzetting is van de aanvankelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Het strookt met deze ratio van art. 7:667 lid 4 BW om onder 'rechtsgeldige opzegging' in die bepaling niet te verstaan een opzegging door de werknemer. Bij die opzegging vindt immers geen toetsing van het ontslag plaats.

De Hoge Raad overwoog voorts dat geen goede grond bestaat om onderscheid te maken tussen de beëindiging van de arbeidsovereenkomst op grond van wederzijds goedvinden – ten aanzien waarvan vaststaat dat de wetgever de eis van opzegging heeft willen handhaven – en die door opzegging door de werknemer. In beide gevallen berust de beëindiging immers mede op een daarop gerichte verklaring of gedraging van de werknemer, die meebrengt dat de werknemer bij die beëindiging de ontslagbescherming mist waarop hij bij andere beëindigingswijzen aanspraak kan maken. Het verschil tussen beide beëindigingswijzen kan feitelijk bovendien zeer gering zijn. Gelet op het hiervoor beschreven feitencomplex – de



werknemer nam toch duidelijk het initiatief om te vertrekken – had de zaak naar ons oordeel ook heel anders kunnen uitpakken. Niettemin is het voor de praktijk van groot belang dat de Hoge Raad een opzegging door de werknemer niet ziet als een rechtsgeldige opzegging als bedoeld in art. 7:667 lid 4 BW.

## OVERGANG VAN ONDERNEMING

Op 18 juli 2013 heeft het Europese Hof van Justitie in de Parkwood-zaak (JAR 2013/216) een belangwekkende uitspraak gedaan over het overgaan van rechten en plichten uit hoofde van een cao bij overgang van onderneming. Het betrof een Britse zaak waarin een deel van een onderneming in de publieke sector werd overgedragen aan een onderneming

in de private sector. In de individuele arbeidsovereenkomsten van de betrokken werknemers was een incorporatiebeding opgenomen op basis waarvan de arbeidsvoorwaarden automatisch werden aangepast aan de periodiek vastgestelde collectieve (arbeids)overeenkomsten van de vervreemder. Het betrof derhalve een zogenoemd dynamisch incorporatiebeding, in tegenstelling tot een statisch incorporatiebeding op grond waarvan toekomstige cao's niet automatisch van toepassing worden. Op grond van het overeengekomen incorporatiebeding vorderden de overgegane werknemers jegens de verkrijger toepassing van de (nieuwe) cao van de vervreemder, die ná de overgang was overeengekomen.

In de toepasselijke Richtlijn is geregeld dat de verkrijger een geldende cao bij overgang van onderneming moet

handhaven tot het moment waarop deze eindigt of waarop binnen de verkrijger een andere cao op de werknemer van toepassing wordt. Nederland heeft deze regel geïmplementeerd in art. 14a Wet Cao en art. 2a Wet AVV. Na overgang van onderneming kunnen de overgegangene werknemers op grond van deze regeling dus geen aanspraak meer maken op verlengingen van de cao van de vreemder. In de Parkwood-zaak speelde de vraag of werknemers deze aanspraak op grond van hun dynamische incorporatiebeding wel zouden kunnen hebben. Het Hof van Justitie besliste dat de Richtlijn zich hiertegen verzet, voor zover de nieuwe of verlengde cao het resultaat is van onderhandelingen en de verkrijger geen mogelijkheid had aan die onderhandelingen deel te nemen. Het Europese Hof overwoog dat de Richtlijn niet alleen de belangen van de werknemers beoogt te beschermen maar ook een billijk evenwicht wil verzekeren tussen hun belangen en die van de verkrijger. Waar in de rechtspraak van het Europese Hof de Richtlijn doorgaans ruim wordt uitgelegd ten behoeve van de werknemersbescherming, is het hof in deze zaak beduidend terughoudender.

In onze kronieken hebben wij inmiddels meermaals aandacht besteed aan de Albron-zaak. Na jarenlange procedures (het vonnis in eerste aanleg dateert van 15 maart 2006) heeft de Hoge Raad op 5 april 2013 zijn eindarrest gewezen (ECLI:NL:HR:2013:BZ1780). De casus was als volgt: een dochtervennootschap van het Heineken-concern had haar cateringwerkzaamheden uitbesteed aan Albron. De cateringmedewerkers waren echter niet in dienst van deze dochtervennootschap, maar van de personeels-bv van Heineken. Centraal in de procedures stond de vraag of de medewerkers desondanks op grond van art. 7:663 BW met de cateringactiviteiten mee over waren gegaan naar Albron. Het Hof Amsterdam stelde prejudiciële vragen aan het Europese Hof van

Justitie en oordeelde vervolgens (in lijn met het arrest van het Europese Hof) in zijn uitspraak van 25 oktober 2011 dat de werknemers als gevolg van overgang van onderneming in dienst van Albron waren getreden. Het cassatieberoep van Albron is door de Hoge Raad verworpen. Eiser, de heer Roest heeft derhalve jegens Albron aanspraak op de betere arbeidsvoorwaarden die voor hem in dienst van Heineken golden.

Naar aanleiding van eerdere uitspraken in de zaak is discussie ontstaan over de gevolgen voor bijvoorbeeld uitzendkrachten en gedetacheerde werknemers. Op basis van het arrest van de Hoge Raad kan echter worden geconcludeerd dat de uitspraak alleen betrekking heeft op situaties waarin werknemers in dienst zijn van een personeelsvennootschap en bij een andere vennootschap binnen hetzelfde concern zijn tewerkgesteld.

Roest, die de procedure samen met FNV Bondgenoten is gestart, kan het dossier nog niet definitief sluiten. Op 16 april 2013 publiceerde *de Volkskrant* dat Heineken daags na het arrest van de Hoge Raad conservatoir beslag had gelegd op de vorderingen van Roest jegens Albron. Heineken maakte aanspraak op terugbetaling van de aan Roest betaalde ontslagvergoeding van 150.000 euro bruto, omdat de vergoeding was betaald met het idee dat geen sprake was van overgang van onderneming en Roest overging naar de mindere arbeidsvoorwaarden van Albron. De vergoeding diende als compensatie voor deze teruggang in arbeidsvoorwaarden.

## ARBEIDSRECHTELIJKE OMKERINGSREGEL

Op het gebied van werkgeversaansprakelijkheid heeft een uitbreiding én een nuancering plaatsgevonden van de zogenoemde arbeidsrechtelijke omkeringsregel. In de arresten Unilever/Dikmans (NJ 2001/596; ECLI:NL:HR:2000:AA8369) en

Havermans/Luyckx (NJ 2006/354; ECLI:NL:HR:2006:AW6166) heeft de Hoge Raad de omkeringsregel geïntroduceerd. Deze regel houdt in dat als een werknemer aantoonbaar dat hij is blootgesteld aan gevaarlijke stoffen en die blootstelling zijn gezondheidsklachten kan hebben veroorzaakt, het oorzakelijke verband tussen de blootstelling en de klachten wordt aangenomen, tenzij de werkgever aantoonbaar dat hij de maatregelen heeft getroffen die redelijkerwijs nodig waren om de schade te voorkomen. De werknemer hoeft dus niet te bewijzen dat zijn gezondheidsklachten door de blootstelling zijn veroorzaakt maar dat deze door de blootstelling kunnen zijn veroorzaakt. In twee arresten van 7 juni 2013 – Lansink/Ritsma (JAR 2013/178; (ECLI:NL:HR:2013:BZ1721) en SVB/Van de Wege (JAR 2013/177; ECLI:NL:HR:2013:BZ1717) – heeft de Hoge Raad deze regel uitgebreid van ‘blootstelling aan gevaarlijke stoffen’ naar ‘blootstelling aan gevaarlijke omstandigheden’. In de zaak SVB/Van de Wege ging het om RSI-klachten die veroorzaakt konden zijn door de arbeidsomstandigheden. De Hoge Raad nuanceert de omkeringsregel echter ook in beide arresten door duidelijk te maken dat de enkele kans dat de klachten door de blootstelling kunnen zijn veroorzaakt onvoldoende is. Voor toepassing van de omkeringsregel is geen plaats indien het verband tussen de blootstelling en de klachten te onzeker of te onbepaald is. Het is derhalve relevant hoe groot de kans is dat de klachten het gevolg zijn van de blootstelling om te beoordelen of de omkeringsregel van toepassing is. Hoe het omslagpunt moet worden bepaald, wordt in de arresten echter niet duidelijk.

## DESKUNDIGENOORDEEL

Op grond van art. 7:629a BW dient de rechter een loonvordering van een zieke werknemer af te wijzen indien deze geen deskundigenoordeel van het UWV

over zijn arbeidsongeschiktheid heeft overgelegd. De rechter kan hiervan afwijken indien het overleggen van een deskundigenoordeel in redelijkheid niet van de werknemer kan worden gevergd. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn in een kortgedingprocedure vanwege het spoedeisende karakter.

In een zaak tegen Connexion Taxi Services B.V. wees het Hof Amsterdam (ECLI:NL:HR:2013:2128) de loonverdering van werknemer El Maadouri wegens het ontbreken van een deskundigenoordeel af. In cassatie vernietigde de Hoge Raad de uitspraak van het hof.

De Hoge Raad was van oordeel dat van El Maadouri in redelijkheid niet kon worden verwacht een deskundigenoordeel te overleggen, mede gelet op de beschikbare verklaring die een bezwaarverzekeringsarts van het UWV in het kader van een Ziektewetprocedure had afgegeven. De Hoge Raad overwoog daarbij wel dat in de regel terughoudendheid past bij het betrekken van andere medische informatie dan een deskundigenoordeel. Voorts overwoog de Hoge Raad dat de verplichting om een deskundigenoordeel te overleggen niet is bedoeld om de werkgever te

helpen maar om de rechtspositie van de werknemer te versterken en een efficiënte geschilbeslechting te bevorderen.

## PAYROLLCONSTRUCTIES

Sinds enige jaren is de zogenaamde payrollconstructie in zwang. Bij een payrollconstructie is sprake van een driehoeksverhouding, waarbij de werknemer een overeenkomst sluit met de payrollonderneming, maar feitelijk onder het gezag van de inlener werkt. De vraag is vervolgens wie als de werkgever als bedoeld in art. 7:610 BW moet wor-

t begon ooit met rechtsbijstand.  
Maar nu is er een corporate list. Als je iets  
koopt wat daar op staat, betaalt de  
company jou 10% als je de factuur op  
naam van de zaak laat zetten.



den beschouwd: de payrollonderneming of de inlener?

Het afgelopen jaar heeft een groot aantal uitspraken opgeleverd waarin rechters zich over deze constructie hebben uitgelaten. Daaruit blijkt dat rechters kritisch zijn over deze constructie. De lijn in de rechtspraak is dat door een payrollconstructie heen moet worden gekeken. Zo oordeelde de kantonrechter te Enschede dat de payrollovereenkomst in kwestie geen arbeidsovereenkomst met de payrollonderneming betrof, maar in werkelijkheid een arbeidsovereenkomst tussen de arbeidskracht en de onderneming waar de werkzaamheden feitelijk werden verricht. Hij gaf partijen ook te kennen dat hij voornemens was het door de payrollonderneming ingediende ontbindingsverzoek niet-ontvankelijk te verklaren (Kantonrechter Enschede, 21 maart 2013, *JAR* 2013/95; *ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5108*). De kantonrechter te Rotterdam achtte de relatie tussen de arbeidskracht en de ondernemer die hem feitelijk tewerkstelde eveneens van groter belang dan die tussen de arbeidskracht en het payrollbedrijf, dat op papier als werkgever was aangemerkt. Daarom had de payroll het afspiegelingsbeginsel binnen de organisatie van de opdrachtgever moeten toepassen, in plaats van binnen de eigen organisatie (Kantonrechter Rotterdam, 21 december 2012, *JAR* 2013/46). De kantonrechter te Amsterdam kende doorslaggevend gewicht toe aan de gezagsverhouding tussen de arbeidskracht en de opdrachtgever bij wie de werkzaamheden feitelijk werden verricht en niet aan de schriftelijke arbeidsovereenkomst tussen de payroll en de arbeidskracht. Een payrollonderneming kan volgens de kantonrechter bij gebrek aan een allocatiefunctie ook niet als uitzendwerkgever van de arbeidskracht worden aangemerkt (Kantonrechter Amsterdam, 3 september 2013, *ECLI:NL:RBAMS:2013:6063*). De kantonrechter beoordeelde de payrollovereenkomst als een overeenkomst sui generis.

## WNT

Met ingang van 1 januari 2013 is verder de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (hierna de WNT) in werking getreden. Deze wet kent bezoldigingsrichtlijnen, waaronder ook ontslagvergoedingen voor topfunctionarissen en een publicatieverplichting. Het doel van de wet is een ordentelijke beloning van het bestuur van organisaties die een publieke taak hebben. De WNT bepaalt dat het salaris van bestuurders niet hoger mag zijn dan jaarlijks bij ministeriële regeling vast te stellen maxima. Voor 2014 is het maximum vastgesteld op een beloning van 230.474 euro bruto. De ontslagvergoeding mag verder niet hoger zijn dan 75.000 euro bruto. Afspraken die in strijd zijn gemaakt met deze bezoldigingsnorm gelden als nietig. Betalingen die zijn gedaan boven de norm zijn onverschuldigd betaald. De werkgever dient het te veel betaalde terug te vorderen van de bestuurder en indien dat niet gebeurt, is het de taak van de verantwoordelijke minister om daartoe over te gaan.

Ook afspraken waarbij een bestuurder wordt doorbetaald wanneer hij vrijgesteld is van het verrichten van werkzaamheden, zijn ongeldig. De wet bevat verder overgangsbepalingen voor afspraken die zijn gemaakt vóór 1 januari 2013.

In het afgelopen jaar zijn er veel uitspraken gewezen waarbij de onder de WNT vallende directeurs en functionarissen betrokken waren. Hoewel de kantonrechter niet gebonden is aan de WNT, blijkt uit uitspraken dat de WNT wel normerend werkt (Kantonrechter Breda 20 juni 2013, *JAR* 2013/166 (*ECLI:NL:RBZWB:2013:CA3725*); Kantonrechter Rotterdam *JAR* 2013/293; *ECLI:NL:RBROT:2013:8418*); Kantonrechter Maastricht *JAR* 2014/26; *ECLI:NL:RBLIM:2013:9733*); Kantonrechter Rotterdam *JAR* 2013/293; *ECLI:NL:RBROT:2013:8418*).

## WET WERK EN ZEKERHEID

Naar verwachting zullen de eerste wijzigingen op grond van de Wet werk en zekerheid met ingang van 1 juli 2014 worden ingevoerd. Op het moment van publicatie van deze kroniek staat het voorbereidend onderzoek van de Eerste Kamercommissie voor SZW inzake het wetsvoorstel gepland voor 8 april 2014. De eerste wijzigingen hebben met name ten doel de flexibele arbeidsverhoudingen te beperken. De wetgever hoopt dat de wijzigingen ertoe zullen leiden dat werkgevers sneller en meer naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur zullen toewerken. De wijzigingen per 1 juli 2014 betreffen onder meer het verbod een proeftijd overeen te komen in een arbeidsovereenkomst voor de bepaalde duur van zes maanden of minder, het verbod een concurrentiebeding overeen te komen in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur (behoudens bijzondere omstandigheden) en een verplichte aanzegtermijn van ten minste een maand voor het al dan niet verlenen van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde duur op straffe van een aanzegboete. De wijziging van de ketenregeling – van maximaal drie contracten in maximaal drie jaar met een tussenpoos van maximaal drie maanden naar maximaal drie contracten in maximaal twee jaar met een tussenpoos van maximaal zes maanden – die eveneens per 1 juli 2014 zou ingaan is uitgesteld tot 1 juli 2015.

Ook het ontslagrecht gaat na invoering van de Wet werk en zekerheid ingrijpend veranderen. De ontslagroute, via het UWV of de kantonrechter, wordt voortaan bepaald door de ontslaggrond. Een ontslag om bedrijfseconomische redenen of na een langdurige arbeidsongeschiktheid loopt voortaan via het UWV. Als er sprake is van ontslag vanwege persoonlijke redenen dient ontbinding te worden gevraagd, net zoals nu, bij de kantonrechter. Indien het UWV geen toestemming voor ontslag geeft, dan kan de werkgever alsnog naar



de kantonrechter. Als de werknemer het niet eens is met het ontslag via het UWV, kan de werknemer binnen twee maanden naar de kantonrechter. Tegen een uitspraak van de kantonrechter kan hoger beroep worden ingesteld. De ontslagroutes zijn alleen verplicht als een werknemer niet schriftelijk instemt met ontslag. Indien een werknemer die niet schriftelijk heeft ingestemd met het ontslag, zonder toestemming van het UWV wordt ontslagen, dan kan de werknemer ook naar de kantonrechter stappen om de opzegging te laten vernietigen of om een vergoeding te vragen. De werknemer kan zijn schriftelijke instemming overigens binnen twee weken zonder opgaaf van redenen herroepen (als de werkgever niet op deze mogelijkheid wijst, wordt de herroepingstermijn verlengd tot drie weken). Dat geldt ook bij een opzegging met wederzijds goedvinden.

De ontslagvergoeding wordt een transitievergoeding. Als een werkgever een werknemer wil ontslaan die minimaal twee jaar in dienst is, heeft die werknemer recht op een vergoeding van een derde maandsalaris per gewerkt jaar. Vanaf het tiende jaar is dit een half maandsalaris per dienstjaar. De transitievergoeding is maximaal 75.000 euro bruto of maximaal een jaarsalaris als de werknemer meer verdient dan 75.000 euro bruto.

De kantonrechter kan boven op de transitievergoeding een vergoeding toekennen als de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nalatig was. Een werkgever hoeft geen transitievergoeding te betalen als het ontslag het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, als de werknemer jonger is dan achttien jaar, gemiddeld twaalf uur of minder per week werkzaamheden heeft verricht, de arbeidsovereenkomst is geëindigd na het bereiken van de AOW- of pensioengerechtigde leeftijd of indien er sprake is van surseance van betaling, faillissement of schuldsanering van de werkgever.

## ZIEKTEWET

Op grond van de Wet beperking ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid vangnetters is met ingang van 1 januari 2014 een aantal ingrijpende wijzigingen van de Ziektewet ingevoerd. Een belangrijke wijziging betreft de wijze waarop de Ziektewet via werkgeverspremies wordt gefinancierd. Waar de werkgeverspremies voor de Ziektewet voorheen sectoraal werden vastgesteld, wordt de hoogte van de premies sinds 1 januari 2014 per individuele werkgever bepaald. Voor veel werkgevers worden de premies geheel of gedeeltelijk afhankelijk van het aantal (ex-)werknemers dat aansluitend op de arbeidsovereenkomst (met een nawerkperiode van vier weken) aanspraak maakt op een Ziektewetuitkering.

Er wordt onderscheid gemaakt tussen grote werkgevers (premieplichtig loon in 2012 van meer dan 3.070.000 euro), kleine werkgevers (premieplichtig loon in 2012 van minder dan 307.000 euro) en middelgrote werkgevers (premieplichtig loon tussen voornoemde bedragen in). Voor grote werkgevers geldt dat de kosten van de Ziektewetuitkering voor zijn (ex-)werknemers via de premies volledig aan de onderneming worden doorbelast. Voor kleine werkgevers worden de premies nog steeds sectoraal bepaald en voor middelgrote werkgevers worden de premies deels afhankelijk van het aantal (ex-)werknemers met een Ziektewetuitkering en deels sectoraal bepaald. De instroom van werknemers in de Ziektewet wordt vastgesteld op basis van de gegevens van twee kalenderjaren eerder. Voor de vaststelling van de premies voor 2014 wordt derhalve gekeken naar de instroom in 2012. De werkgever heeft derhalve een financieel belang om te voorkomen dat zijn werknemers aanspraak moeten maken op een Ziektewetuitkering en, mocht dat toch gebeuren, om de juistheid van de aanspraak te controleren en de duur van de uitkering zo veel

mogelijk te beperken. Werkgever en werknemer kunnen hiertoe contractuele afspraken maken over controlemogelijkheden en wederzijdse re-integratie-inspanningen voor de duur dat de werknemer een Ziektewetuitkering ontvangt.

## OVERIGE ONTWIKKELINGEN

### Afschaffing stamrechtvrijstelling

Met ingang van 1 januari 2014 is de stamrechtvrijstelling voor ontslagvergoedingen afgeschaft. Vanaf deze datum is het derhalve niet langer mogelijk ontslagvergoedingen bruto in de vorm van een stamrecht te laten uitkeren. Indien afspraken over beëindiging van de arbeidsovereenkomst en ontslagvergoeding vóór 1 januari 2014 zijn gemaakt, kan de vergoeding op basis van de overgangsregeling onder bepaalde voorwaarden nog tot 1 juli 2014 onder toepassing van de stamrechtvrijstelling worden uitgekeerd.

### Declaratiegedrag

In de arbeidsrechtpraktijk komt het vaak voor dat een werkgever en werknemer in het kader van een minnelijke regeling overeenkomen dat de werkgever (een deel van) de kosten van rechtsbijstand van de werknemer voor zijn rekening neemt. Tot voor kort was het gebruikelijk dat de werknemersadvocaat hiervoor een declaratie op naam van de werkgever stelde. De werkgever verrekende vervolgens de btw. In zijn uitspraak van 4 maart 2013 heeft het Hof van Discipline van de Nederlandse Orde van Advocaten deze gang van zaken in het licht van de fiscale regelgeving ontoelaatbaar geacht en de betrokken advocaat berispt. De advocaat is gehouden zijn declaratie op naam van de afnemer van zijn diensten te stellen. Voor een nadere uiteenzetting over dit onderwerp verwijzen wij naar de bijdragen van mr. W.J.M. van Tongeren in *Advocatenblad* 2014/2 en mr. M. Lambregts in *Advocatenblad* 2014/3. <<