

Kroniek Arbeidsrecht

Arbeidsrechtelijk Nederland houdt zich deze dagen natuurlijk vooral bezig met de invoering van de Wet werk en zekerheid. Ook in het Advocatenblad is hieraan al veel aandacht besteed. Het afgelopen jaar is echter ook een aantal belangwekkende arresten geweest op arbeidsrechtelijk gebied, die ook na invoering van de Wet werk en zekerheid van betekenis zullen zijn. In deze kroniek komen onder meer uitspraken aan de orde op het gebied van ontslag op staande voet, de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst, staking, de loonbetaling tijdens ziekte en de rechten van erfgenamen van een overleden werknemer. Ten slotte staan we ook stil bij nieuwe wetgeving, waaronder ook de Wet werk en zekerheid.



*Christiaan Oberman en Karol Hillebrandt**

Ontslag op staande voet » Contractuele ontslagvergoeding » Afgifte integriteitsverklaring » Kwalificatie arbeidsovereenkomst » Staking » Loonaanspraak tijdens ziekte » Vakantiegeld en de beslagvrije voet » Overlijden werknemer » Wet werk en zekerheid
» *Overige ontwikkelingen: Wijzigingen Ontslagbesluit » Vrije advocaatkeuze*

¹ Mr. C.C. Oberman en mr. K.J. Hillebrandt zijn advocaten bij Palthe Oberman in Amsterdam. Christiaan Oberman is tevens redactielid van het Advocatenblad.

ONTSLAG OP STAANDE VOET

De Hoge Raad heeft zich het afgelopen jaar twee keer uitgelaten over de vraag of de werkgever voldoende duidelijk had gemaakt wat de redenen waren voor een gegeven ontslag op staande voet. In een van de twee zaken was de bekende hotelketen Hyatt betrokken, die al eerder voor veelbesproken jurisprudentie had gezorgd (Hoge Raad 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5802). Dit keer (Hoge Raad 7 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3126) lag het feitencomplex als volgt. In een deel van een restaurant van Hyatt, waarop zicht was vanuit het gedeelte waartoe de gasten toegang hebben, had een handgemeen plaatsgevonden tussen een werknemer en een collega met wie hij een affectieve relatie had gehad en met wie hij ook een kind had. De collega had hierbij een bloedneus opgelopen en was gevallen. De werknemer stond op het punt zijn collega te schoppen terwijl zij op de grond lag, maar werd hiervan weerhouden door een andere collega. Hyatt had de werknemer daarop op staande voet ontslagen. De werknemer vorderde nietigverklaring van het ontslag en doorbetaling van het loon. Het gerecht in eerste aanleg van Aruba wees de vorderingen toe. Het gemeenschappelijke Hof van Justitie echter vernietigde de uitspraak van het gerecht en wees de vorderingen af. Het hof achtte in de aangedragen feiten in onderling verband en samenhang in aanmerking genomen, een dringende reden voor ontslag op staande voet aanwezig. Het hof voegde hieraan toe dat de Arubaanse hotels extra aandacht geven aan het behoorlijk optreden van hun personeel in het algemeen en zware sancties stellen op onbehoorlijk gedrag. In de rechtspraak placht het hof hiermee rekening te houden. Het toerisme is nu eenmaal cruciaal voor de economie van Aruba. Het is in

het algemeen belang dat de goede naam van Aruba ('One Happy Island') bij de overwegend Amerikaanse toerist niet wordt aangetast, voegde het hof hieraan toe.

Deze uitspraak ging in cassatie bij de Hoge Raad onderuit. De Hoge Raad overwoog eerst dat een dringende reden onverwijld aan de wederpartij moet worden meegedeeld. De strekking hiervan is dat het de wederpartij onmiddellijk duidelijk behoort te zijn welke eigenschappen of gedragingen de ander hebben genoopt tot het beëindigen van de dienstbetrekking. De wederpartij moet zich immers na de mededeling kunnen beraden of hij de opgegeven redenen als juist erkent en als dringend ervaart. Indien de werknemer de dringende reden betwist, dient de werkgever te stellen en zo nodig te bewijzen dat de ontslaggrond zich heeft voorgedaan en aan te merken is als een dringende reden. In het geval slechts een gedeelte van het door de werkgever als dringende reden voor het ontslag op staande voet aan de werknemer meegedeelde feitencomplex komt vast te staan, is ontslag op staande voet alleen geldig als het gedeelte van de feiten dat vaststaat op zichzelf kan worden beschouwd als een dringende reden. Daarnaast dient het voor de werknemer in het licht van de aanzegging en de overige omstandigheden van het geval onmiddellijk duidelijk te zijn dat de werkgever hem ook zou hebben ontslagen indien deze daarvoor niet meer grond zou hebben gehad dan in rechte is komen vast te staan. Het hof oordeelde dat de in zijn arrest genoemde feiten een dringende reden voor ontslag op staande voet opleverden. Daarbij had het hof echter geen kenbaar verband gelegd tussen deze feiten en de ontslaggrond die Hyatt in de ontslagbrief aan de werknemer had meegedeeld. Het hof had zijn uitspraak derhalve onvoldoende gemotiveerd.

Ook in een kort daarvoor gewezen arrest (Hoge Raad 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2806, Stichting Meridiaan College/werknemer) herhaalde de Hoge Raad de overweging uit het zijn arrest-Bakermans/Straal-service Nederland van 23 april 1993 (ECLI:NL:HR:1993:ZC0939), dat het voor de wederpartij onmiddellijk duidelijk moet zijn wat de ander als dringende reden aan de beëindiging van de dienstbetrekking ten grondslag heeft gelegd. Dat vond de Hoge Raad in deze zaak wel het geval. Het arrest van het hof werd niettemin gecasseerd, omdat het hof het bewijsaanbod van de werknemer zonder nadere overweging had gepasseerd.

CONTRACTUELE ONTSLAGVERGOEDING

In de zaak tussen de Stichting Gezondheidscentra Eindhoven en Van Voorst (Hoge Raad 17 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2991) ging het om de uitleg van een contractuele bepaling waarin werkgever en werknemer vooraf een ontslagvergoeding waren overeengekomen. De kantonrechter had de arbeidsovereenkomst tussen partijen ontbonden onder toekenning van een vergoeding van 35.000 euro aan de werknemer. Daarbij had de kantonrechter de contractuele ontslagvergoeding uitdrukkelijk buiten beschouwing gelaten. Vervolgens startte de werknemer een nieuwe procedure waarin hij van de stichting onder meer betaling van een bedrag van bijna 300.000 euro vorderde op basis van deze contractueel overeengekomen ontslagvergoeding. De stichting wilde de contractuele ontslagvergoeding niet betalen omdat in de bepaling opgenomen was dat de vergoeding slechts verschuldigd was in geval van opzegging. In dit geval was de arbeidsovereenkomst echter



niet geëindigd door opzegging, maar door ontbinding. Om die reden wees de rechtbank de vordering van Van Voorst af. Het hof vernietigde de uitspraak van de rechtbank en wees de vordering toe. Daarbij overwoog het hof dat een vertrekregeling een werknemer financiële bescherming biedt tegen eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever. Daarbij moet niet worden uitgegaan van de letterlijke tekst van de bepaling, zoals door de stichting was bepleit. De term 'opzegging' omvat in het maatschappelijk verkeer ook ontbinding van de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever. Uit het oogpunt van

ongelijkheidscompensatie is het onwenselijk, volgens het hof, dat de vorm waarin de werkgever een beëindiging van de arbeidsverhouding giet, bepalend is voor het antwoord op de vraag of de werknemer aanspraak heeft op een vooraf overeengekomen beëindigingsvergoeding. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep met toepassing van artikel 81 lid 1 RO.

AFGIFTE INTEGRITEITS- VERKLARING

Het is inmiddels traditie dat een zaak waarbij ABN AMRO betrokken is,

wordt opgenomen in deze kroniek. Deze keer (Hoge Raad 2 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1056) ging het over de vraag of ABN AMRO terecht een integriteitsverklaring als bedoeld in de Integriteitscode van de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) had geweigerd. De feiten lagen als volgt.

De werknemer was dertig jaar bij de bank in dienst geweest. Zijn laatste functie was districtsdirecteur in het district Amsterdam-Zuid. ABN AMRO is lid van de NVB en heeft zich ook geëngageerd aan de Integriteitscode van de NVB. Na enige verwickelingen en spanningen hadden ABN AMRO en de werknemer een beëindigings-

regeling getroffen. In dat kader werd aan de werknemer een vergoeding toegekend van 770.000 euro bruto. Vrij snel na zijn uitdiensttreding werd de werknemer aangenomen bij MeesPierson. In de arbeidsovereenkomst met MeesPierson was een ontbindende voorwaarde opgenomen voor het geval geen integriteitsverklaring zou worden verkregen. MeesPierson verzocht ABN AMRO die verklaring af te geven. ABN AMRO antwoordde echter dat zij de integriteitsverklaring niet zonder meer kon ondertekenen omdat zij niet kon bevestigen dat zij geen aanleiding had om aan de integriteit van de werknemer te twijfelen. MeesPierson deelde vervolgens aan de werknemer mee dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege was geëindigd, omdat de ontbindende voorwaarde was vervuld. Vervolgens dagvaardde de werknemer ABN AMRO en vorderde een verklaring voor recht dat ABN AMRO schadelijkt was. De kantonrechter en het hof wezen de vordering van de werknemer toe. Het hof vond de gedragingen van de werknemer, zoals het in strijd met de richtlijnen geven van krediet aan bevriende relaties, het ten onrechte inboeken van transacties voordat deze definitief waren en het proberen over te hevelen van omzet naar zijn filiaal, weliswaar afkeurenswaardig, maar dat betekende naar het oordeel van het hof nog niet dat zij in strijd waren met de Integriteitscode. De Hoge Raad casseerde het arrest van het hof. Het hof had volgens de Hoge Raad miskend dat de relevante gedraging van de werknemer niet alleen op zichzelf, maar mede in onderlinge samenhang moeten worden beoordeeld. Daarbij gaat het niet alleen om de gedragingen die het hof bewezen heeft verklaard, maar ook om de gedragingen die het hof heeft aangemerkt als onvoldoende om als grond te kunnen dienen voor het weigeren van de integriteitsverklaring. De zaak werd ter verdere behandeling en beslissing verwezen.

KWALIFICATIE ARBEIDSOVEREENKOMST

Een beroepsgroep die juist minder de jurisprudentie van de Hoge Raad haalt, zijn de prostituees. Zij dienen hier echter te worden vermeld, omdat de Hoge Raad (Hoge Raad 12 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2653) zich uitliet over de vraag of prostituees werkzaam waren in dienstbetrekking. Een coöperatie had met haar leden, die uitsluitend prostituees zijn, een arbeidsovereenkomst gesloten. De prostituees hadden zich ten behoeve van de coöperatie verplicht tot het realiseren van omzet door seksuele dienstverlening. De prostituees bepaalden zelf het tarief dat zij aan klanten in rekening brachten. Maandelijks droegen zij hun bruto-omzetten aan de coöperatie af. De coöperatie droeg hierover omzetbelasting af en bracht een vaste fee van zeventig euro op de omzet in mindering ter dekking van de kosten. Het na inhouding resterende bedrag betaalde de coöperatie aan de prostituees. Die ontvingen hiervoor ook elke maand een loonstrook. Verder maakte de coöperatie gebruik van een arbodienst. Prostituees die ziek werden, dienden zich ziek te melden. De coöperatie zorgde niet voor vervanging van een prostituee die zich ziek meldde. De coöperatie had de inspecteur verzocht om een beschikking dat de prostituees verzekerd waren voor de werknemersverzekeringen. De inspecteur oordeelde echter dat er geen sprake was van een dienstbetrekking. De rechtbank was het niet eens met de inspecteur. In hoger beroep volgde het hof het standpunt van de inspecteur dat geen sprake was van een dienstbetrekking tussen de coöperatie en haar prostituees. Het hof overwoog daarbij dat niet kon worden gezegd dat de prostituees aan de hand van de gevraagde werkzaamheden te herleiden of inzichtelijk loon waren overeengekomen. Tevens bestond er

geen duidelijkheid over de hoeveelheid arbeid en de aard van de arbeid. Ook baseerde het hof zijn oordeel op de vrijblijvendheid die de prostituees bij de taakvervulling (konden) betrachten. Dit wijst naar het oordeel van het hof geenszins op een verhouding van ondergeschiktheid of een gezagsrelatie. Volgens de Hoge Raad had het hof hiermee kennelijk het oog gehad op de aard van de als seksuele dienstverlening omschreven werkzaamheden. Die zouden eraan in de weg staan dat de coöperatie het verrichten van specifieke handelingen aan de prostituees zou opdragen. Volgens de Hoge Raad hoeft een dergelijke vrijheid bij de beroepsuitoefening echter niet in de weg te staan aan de aanwezigheid van een gezagsverhouding. Wellicht zag de Hoge Raad hiermee een gelijkenis met andere specialistische beroepen zoals de advocaat met een arbeidsovereenkomst of de geestelijke gezagsdrager, die immers ook een grote vrijheid hebben ten aanzien van de wijze waarop de werkzaamheden worden verricht.

Van de Coöperatie van Prostituees naar de Congregatie van de Broeders van de Onbevleete Ontvangenis van de Heilige Maagd Maria (Hoge Raad 24 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3037). Broeder Van der Geest was in 1962 als lid toegetreden tot deze congregatie. Bij zijn intreden had hij de gelofte van gehoorzaamheid, celibaat en armoede afgelegd. In 1984 sloot de broeder een overeenkomst op grond waarvan hij voor onbepaalde tijd alleen mocht blijven wonen, de relatie tussen partijen vooral van informatieve aard zou zijn en de broeder voortaan zelf verantwoordelijk was voor huisvesting, werkkring, studievorming, verzekering, belasting en besteding van zijn salaris. Volgens deze overeenkomst bleef Van der Geest volwaardig broeder met alle rechten en plichten die daaraan verbonden zijn. Vanaf 1989 was Van der Geest lid van de Ghanese provincie van de congregatie. Tussen Van der Geest en die Ghanese

provincie ontstond een conflict. Uiteindelijk leidde dit ertoe dat de congregatie een zogenaamd 'wegzendingsbesluit' nam, omdat Van der Geest geen gehoor gaf aan de opdracht van de congregatie zich uit Ghana terug te trekken en naar Nederland terug te keren. Volgens het decreet werd de broeder weggezonden wegens *'obstinate disobedience to the lawful orders of superiors in grave matters'*. Vervolgens vorderde de ex-broeder in Nederland onder meer een verklaring voor recht dat tussen hem en de congregatie sprake was van een arbeidsovereenkomst die onregelmatig dan wel kennelijk onredelijk was beëindigd en betaling van de schadevergoeding. De kantonrechter wees de vorderingen af. In hoger beroep overwoog het hof dat bij de tussen partijen in 1984 gesloten overeenkomst geen sprake was van een arbeidsovereenkomst. De ex-broeder was immers zelf verantwoordelijk voor zijn huisvesting en levensonderhoud zonder instructies van de congregatie. Ook werd Van der Geest voor zijn werkzaamheden niet betaald, niet in contanten noch in natura. Net als de kantonrechter overwoog het hof dat het hier om een overeenkomst sui generis ging. De Hoge Raad verwierp de door de ex-broeder ingestelde cassatie. Het Hof Arnhem-Leeuwarden (18 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2199) boog zich over de vraag of een overeenkomst van opdracht in de loop der tijd kon zijn geëvolueerd in een arbeidsovereenkomst. Jaren geleden had de Hoge Raad (5 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8186, ABN/Malhi) al overwogen dat de rechtszekerheid zich verzet tegen een geruisloze overgang van een tussen partijen bestaande verhouding van ingeleende werknemer/inlener naar een arbeidsovereenkomst. In deze zaak oordeelde het hof niettemin dat van een dergelijke overgang sprake was. Op basis van een samenwerkingscontract was X werkzaam als regiomanager bij Y. X factu-

reerde bedragen vermeerderd met btw aan Y. Er ontstond een geschil over de formalisering van de samenwerking. Y zegde de overeenkomst van opdracht met X op. X stelde zich vervolgens op het standpunt dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst en vorderde in kort geding doorbetaling van loon. In hoger beroep oordeelt het hof dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst. Het hof wijst erop dat X gedurende ruim zestien jaar uitsluitend en fulltime persoonlijke arbeid verrichtte. X was ondergeschikt aan de directie en nam verplicht deel aan het managementteamoverleg. Met hem werden functioneringsgesprekken gevoerd. Hij diende vakantie in overleg en met toestemming van de directie op te nemen. Voorts diende hij zich te conformeren aan het personeelshandboek, had hij een vaste werkplek en had hij beschikking over op naam van Y gestelde visitekaartjes. Het enkele feit dat X geen vast nettoloon op zijn bankrekening kreeg maar facturen zond, stond er naar het voorlopige oordeel van het hof niet aan in de weg de rechtsverhouding tussen partijen als een arbeidsovereenkomst te kwalificeren. Het hof wees de vorderingen van X dan ook toe.

STAKING

Voor het eerst in jaren deed de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2014:3077) uitspraak in een stakingsgeschil. Het betrof de vraag naar de toelaatbaarheid van solidair staken als gevolg waarvan derde partijen schade leden. De feiten lagen als volgt. De FNV en de Vakvereniging Het Zwarte Corps hadden een belangenconflict met op- en overslagbedrijf Rietlanden. Een en ander leidde tot een aangekondigde staking in oktober 2012. Als gevolg daarvan kon het zeeschip Evgenia te IJmuiden met 120.000 ton steenkool bestemd voor Enerco niet gelicht worden door

Rietlanden. De FNV en Het Zwarte Corps hadden hun kaderleden bij andere overslagbedrijven verzocht zich solidair te verklaren met de actie bij Rietlanden en tevens verzocht schepen van klanten van Rietlanden niet te lossen. Het schip Evgenia dat besmet was verklaard kon daardoor nergens worden gelicht. Als gevolg hiervan kreeg Enerco niet de beschikking over haar kolen. Enerco stapte vervolgens naar de rechter. De voorzieningenrechter stelde de vakbonden in het gelijk. In het hoger beroep oordeelde het hof anders. Het hof vernietigde deze uitspraak en overwoog dat het besmet verklaren van het schip Evgenia als onrechtmatig jegens Enerco moet worden aangemerkt, omdat het niet aannemelijk was dat de besmetverklaring heeft bijgedragen aan het stakingsdoel terwijl de besmetverklaring voor Enerco een aanzienlijk oplopende schade had veroorzaakt. De Hoge Raad oordeelde anders dan het hof dat de besmetverklaring wordt gedekt door het Europees Sociaal Handvest (ESH). Het oordeel van het hof dat de besmetverklaring niet kan worden aangemerkt als collectieve actie in de zin van artikel 6 ESH op grond dat de actie wordt uitgevoerd in een ander bedrijf dan dat van de werkgever tegen wie de actie zich richt, berust op een onjuiste rechtsopvatting. Het gaat er immers om of de besmetverklaring redelijkerwijs kan bijdragen aan een doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen en daarmee tot het actiedoel, bijvoorbeeld doordat de besmetverklaring Enerco kan prikkelen druk uit te oefenen op Rietlanden. Het recht op collectief onderhandelen kan worden beperkt als het disproportionele inbreuk maakt op de rechten van derden. Het is aan die derde die disproportionaliteit aannemelijk te maken. De zaak wordt terugverwezen naar het Hof Arnhem die alsnog moet onderzoeken of Enerco dat heeft gedaan.



LOONAANSpraak TIJDENS ZIEKTE

In artikel 7:629 lid 3 BW aanhef en onder c is geregeld dat de zieke werknemer geen recht heeft op loon 'voor de tijd, gedurende welke' hij weigert passende arbeid te verrichten, terwijl hij daartoe wel in staat is. In de praktijk komt het vaak voor dat een zieke werknemer in staat wordt geacht voor (slechts) een deel van zijn arbeidsuren passende werkzaamheden te verrichten. Dat leidde tot de vraag of de weigerachtige werknemer in dat geval zijn loonaanspraak volledig verloor of slechts voor de uren waarin hij in staat werd geacht passende arbeid te verrichten (en dat weigerde). Anders gezegd: hoe moeten de woorden 'voor de tijd, gedurende welke' worden uitgelegd? De rechtspraak en literatuur

waren verdeeld. De ene stroming (de meerderheid) was van oordeel dat geen recht op loon bestond 'voor de periode, gedurende welke' de werknemer weigerde passende arbeid te verrichten. De werkgever zou gedurende deze periode in het geheel geen loon verschuldigd zijn. De andere stroming meende dat de werknemer alleen zijn loonaanspraak verloor 'voor de uren, gedurende welke' hij weigerde passende arbeid te verrichten, terwijl hij daartoe wel in staat was. Voor de uren die de werknemer niet in staat was passende arbeid te verrichten, zou de werknemer zijn loonaanspraak derhalve behouden. De kantonrechter te Utrecht die deze vraag kreeg voorgelegd, overzag het speelveld en besloot hierover op 18 december 2013 een prejudiciële vraag te stellen aan de Hoge Raad (ECLI:NL:RBMNE:2013:7614). Deze mogelijkheid bestaat sinds de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge

Raad met ingang van 1 juli 2012 in werking is getreden. Het was de eerste keer dat hiervan gebruik werd gemaakt in een arbeidsrechtelijke zaak. In zijn arrest van 6 juni 2014 heeft de Hoge Raad de knoop doorgehakt (ECLI:NL:HR:2014:1341). De Hoge Raad besliste dat de werknemer die weigert passende arbeid te verrichten zijn loonaanspraak volledig verliest. De Hoge Raad legde aan zijn oordeel drie argumenten ten grondslag. In de eerste plaats overwoog de Hoge Raad dat de woorden 'voor de tijd, gedurende welke' ook worden gebruikt in artikel 7:629 BW lid 3 onder b en d tot en met f. In die gevallen wordt evident bedoeld 'de periode waarin' de werknemer het daar bedoelde gedrag vertoont. De Hoge Raad achtte het daarom niet aannemelijk dat de woorden in artikel 7:629 BW lid 3 onder c een andere betekenis zouden hebben. In de tweede plaats

overwoog de Hoge Raad dat uit artikel 7:627 BW (geen arbeid geen loon) reeds voortvloeit dat geen recht op loon bestaat voor niet-gewerkte uren. De Hoge Raad vond een uitleg op basis waarvan deze regel in artikel 7:629 BW lid 3 slecht zou worden herhaald niet voor de hand liggend. Het derde en naar ons oordeel belangrijkste argument vond de Hoge Raad in de parlementaire geschiedenis. De parlementaire geschiedenis laat – in de woorden van de Hoge Raad – ‘weinig twijfel bestaan over de bedoeling van de wetgever om een weigering van de werknemer om passende arbeid te verrichten, te sanctioneren met een algeheel verval van de loondoorbetalingsplicht, derhalve ook voor het deel van de werktijd waarvoor hij (nog) arbeidsongeschikt is’. In de parlementaire geschiedenis is rekening gehouden met de mogelijkheid dat een algeheel verval van de loonaanspraak onredelijk zou zijn, bijvoorbeeld wanneer de werknemer slechts een geringe overtreding heeft begaan. De Hoge Raad overweegt met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis dat een beroep op een algeheel verval van de loonaanspraak naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. Dat zal moeten worden beoordeeld aan de hand van de (zware) toets van artikel 6:248 lid 2 BW.

In het arrest van 18 februari 2014 van het Hof Den Bosch (ECLI:NL:GHSHE:2014:451) stond de verplichting van de werknemer om een deskundigenoordeel te overleggen ter discussie. Op grond van het eerste lid van artikel 7:629a BW is de rechter gehouden een vordering tot loondoorbetaling tijdens ziekte af te wijzen, indien de werknemer geen deskundigenoordeel van het UWV over zijn arbeidsongeschiktheid heeft overgelegd. In de zaak voor het Hof Den Bosch had de werknemer een loonvordering tijdens ziekte ingesteld zonder daarbij een deskundigenoordeel van het UWV te overleggen. De werknemer was woonachtig in Duitsland en had in plaats

van het deskundigenoordeel diverse verklaringen van haar Duitse artsen in het geding gebracht. De kantonrechter verklaarde de werknemer niet-ontvankelijk wegens het ontbreken van een deskundigenoordeel. Het Hof Den Bosch vernietigde het vonnis. Hiertoe overwoog het hof dat de verplichting een deskundigenoordeel te overleggen (in dit geval) in strijd was met de strekking van Verordening 883/2004/EG (de basisverordening betreffende coördinatie van de socialezekerheidsstelsels) en de tekst van artikel 27 lid 1 van Verordening 987/2009/EG (de zogenaamde toepassingsverordening). Uit artikel 27 lid 1 van de toepassingsverordening volgt dat een verzekerde een eventueel vereist arbeidsongeschiktheidsbewijs in zijn woonland moet kunnen aanvragen. Van de werknemer kon derhalve niet worden verlangd een deskundigenoordeel van het UWV te overleggen. Overigens staat in het tweede lid van artikel 7:629a BW dat het eerste lid niet geldt indien het overleggen van het deskundigenoordeel in redelijkheid niet van de werknemer kan worden gevergd, maar het Hof Den Bosch koos in deze zaak voor een andere benadering.

VAKANTIEGELD EN DE BESLAGVRIJE VOET

Loonbeslag komt in de praktijk veelvuldig voor. Het merendeel van de werkgevers heeft ermee te maken. Voor periodieke uitkeringen (zoals loon en uitkeringen uit hoofde van de sociale verzekeringen) geldt een beslagvrije voet gelijk aan negentig procent van de toepasselijke bijstandsnorm (inclusief vakantiegeld). Het beslag treft alleen doel indien en voor zover het inkomen hoger is dan deze beslagvrije voet. De gedachte hierachter is dat de beslagene voldoende in handen moet krijgen voor de noodzakelijke kosten van het bestaan. Het inkomen moet voor toepassing van de beslagvrije voet in beginsel

maandelijks worden vastgesteld. In de praktijk bestond onduidelijkheid over de vraag hoe de beslagvrije voet moet worden toegepast ten aanzien van eenmaal per jaar uitgekeerd vakantiegeld. In het arrest van 31 oktober 2014 (ECLI:NL:HR:2014:3068) heeft de Hoge Raad deze vraag beantwoord. Het betrof een cassatie in het belang der wet. De Hoge Raad overwoog dat het vakantiegeld onderdeel uitmaakt van het maandelijkse loon, ook al is het (behoudens andersluidende afspraken) niet maandelijks opeisbaar. De jaarlijkse uitkering dient daarom op één lijn te worden gesteld met een nabetaling van het maandelijks opgebouwde vakantiegeld in de voorafgaande periode. Het vakantiegeld wordt voor toepassing van de beslagvrije voet dus toegerekend aan de maand waarin het is opgebouwd en niet aan de maand waarin het opeisbaar is. De consequentie hiervan is dat achteraf, op het moment dat het vakantiegeld wordt uitgekeerd, per maand moet worden beoordeeld of het deel van het vakantiegeld dat in de betreffende maand is opgebouwd binnen of buiten de beslagvrije voet van die maand valt. De Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders had laten weten te vrezen voor praktische uitvoeringsproblemen. De Sociale Verzekeringsbank (SVB) daarentegen had kenbaar gemaakt deze methode reeds toe te passen. Beide organisaties hadden gebruikgemaakt van de mogelijkheid om in het kader van de procedure schriftelijke opmerkingen te maken over de voorliggende rechtsvraag.

OVERLIJDEN WERKNEMER

Er zijn twee arresten geweest over de aanspraken van erfgenamen van een overleden werknemer jegens de voormalige werkgever. De eerste zaak speelde voor het Europese Hof van Justitie. Het betrof een Duitse zaak over de uitbetaling van niet-genoten vakantiedagen (JAR 2014/179). De werknemer had op



het moment van overlijden een fors saldo van ruim honderdveertig openstaande vakantiedagen en de erfgenamen vorderden uitbetaling hiervan. Op grond van Duitse rechtspraak zouden deze vakantiedagen komen te vervallen bij het overlijden van de werknemer, maar het *Landesarbeitsgericht Hamm* twijfelde aan de juistheid hiervan en stelde prejudiciële vragen aan het Europese Hof. In het arrest van 12 juni 2014 oordeelde het Europese Hof dat artikel 7 lid 2 van Richtlijn 2003/88 in de weg staat aan regelingen op grond waarvan het recht op uitbetaling van vakantiedagen komt te vervallen, indien de arbeidsovereenkomst is geëindigd wegens het overlijden van de werknemer. De Nederlandse (lagere) rechtspraak is – op een enkele uitzondering na – hiermee in lijn. Overigens ziet de toepasselijke Europese Richtlijn uitsluitend op het minimumaantal vakantiedagen.

In de andere zaak ging het om de uitbetaling van een ontbindingsvergoeding. De arbeidsovereenkomst was door de kantonrechter (pro forma)

ontbonden waarbij aan de werknemer een vergoeding van 65.952 euro was toegekend. De werknemer kwam te overlijden vóór de datum waartegen was ontbonden. De erfgenamen maakten vervolgens aanspraak op uitbetaling van de toegekende ontbindingsvergoeding. De werkgever stelde zich op het standpunt dat hij de ontbindingsvergoeding niet verschuldigd was omdat de arbeidsovereenkomst niet was geëindigd door de ontbinding, maar door het overlijden van de werknemer. In zijn arrest van 3 oktober 2014 (ECLI:NL:HR:2014:2898) overwoog de Hoge Raad dat de ontbindingsbeschikking niet alleen rechtskracht heeft als de arbeidsovereenkomst op de ontbindingsdatum nog bestaat. Dan zou immers aan een onherroepelijke rechterlijke uitspraak zonder aanwending van enig rechtsmiddel rechtskracht kunnen worden ontzegd door in een volgend geding te doen vaststellen dat deze uitspraak geen rechtskracht heeft verkregen of dat de rechtskracht daaraan is ontvallen omdat de grondslag

waarop de uitspraak berustte is weggevallen. Dat is onverenigbaar met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen. De ontbindingsvergoeding zal alleen dan niet zijn verschuldigd indien in de ontbindingsbeschikking is bepaald dat de vergoeding slechts verschuldigd zal zijn indien de arbeidsovereenkomst op de ontbindingsdatum nog bestaat, dan wel indien de beschikking in die zin moet worden begrepen omdat in de daaraan ten grondslag liggende beëindigingsovereenkomst een voorwaarde van die strekking is opgenomen. De Hoge Raad had zich eerder in vergelijkbare zin uitgelaten in zijn arrest van 1 april 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BP2312), in een geval waarin de arbeidsovereenkomst voor de ontbindingsdatum was geëindigd door opzegging door de werkgever.

WET WERK EN ZEKERHEID

De Wet werk en zekerheid is inmiddels op veel plaatsen uitvoerig besproken (zie bijvoorbeeld de *Kroniek Arbeidsrecht* bij *Advocatenblad* 2014-1). Wij

volstaan daarom met het benoemen van de belangrijkste wijzigingen en bijbehorende overgangsregelingen. De eerste wijzigingen zijn met ingang van 1 januari 2015 in werking getreden. Het betreft onder meer het verbod een proeftijd op te nemen in bepaalde tijd contracten van zes maanden en korter. Verder geldt dat het niet langer is toegestaan om een concurrentiebeding op te nemen in een contract voor bepaalde tijd, behalve indien sprake is van bijzondere omstandigheden. Deze bijzondere omstandigheden dienen in de arbeidsovereenkomst te worden gemotiveerd. De wijzigingen op de proeftijd en het concurrentiebeding zijn van toepassing op bepaalde tijd contracten die op of na 1 januari 2015 zijn ingegaan of (al dan niet stilzwijgend) verlengd.

Met ingang van 1 januari 2015 is ook de aanzegverplichting voor bepaalde tijd-contracten ingevoerd. De werkgever is gehouden ten minste een maand voor het aflopen van de arbeidsovereenkomst schriftelijk aan de werknemer kenbaar te maken of de overeenkomst wordt verlengd, en zo ja onder welke voorwaarden. Indien de werkgever hiermee in gebreke blijft, kan de werknemer binnen twee maanden na afloop van de overeenkomst aanspraak maken op een vergoeding, die gelijk is aan het loon over het niet in acht genomen deel van de aanzegtermijn. De aanzegverplichting is van toepassing op alle arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, die op of na 1 februari 2015 aflopen.

Met ingang van 1 juli 2015 zullen de wijzigingen ten aanzien van de ketenregeling in werking treden. Vanaf dat moment mogen maximaal twee bepaalde tijd contracten (dat zijn er nu nog drie) worden aangeboden in een periode van maximaal drie jaar. De keten wordt pas onderbroken indien tussen twee arbeidsovereenkomsten een gat zit van ten minste zes maanden (dat is nu drie maanden). De nieuwe ketenregeling is van toepassing op alle

bepaald tijd-contracten die op of na 1 juli 2015 zijn ingegaan of (al dan niet stilzwijgend) verlengd, tenzij daarop een cao van toepassing is waarvoor het overgangsrecht geldt. Op een bepaalde tijd contract dat is ingegaan vóór 1 juli 2015 blijft gedurende de looptijd dus de huidige regeling van kracht. Indien een contract is ingegaan of verlengd op of na 1 juli 2015 en derhalve onder het nieuwe regime valt, wordt voor de toepassing van de nieuwe regeling ook gekeken naar de periode voor 1 juli 2015.

Voorts wordt het nieuwe ontslagrecht met ingang van 1 juli 2015 ingevoerd. Op basis hiervan wordt de ontslagroute (UWV of kantonrechter) dwingend voorgeschreven. De route wordt afhankelijk van de aangevoerde ontslaggrond, waarbij geldt dat de mogelijke ontslaggronden limitatief in de wet worden opgenomen. Indien een ontslagaanvraag of ontbindingsverzoek vóór 1 juli 2015 is ingediend, blijft de huidige wetgeving van toepassing.

Tot slot noemen wij de transitievergoeding, die werkgevers met ingang van 1 juli 2015 verplicht moeten betalen, indien zij de arbeidsovereenkomst beëindigen na een dienstverband van ten minste twee jaar. De transitievergoeding is ook verschuldigd als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd na twee jaar niet wordt verlengd. Voor de berekening van de duur van het dienstverband wordt ook gekeken naar het dienstverband vóór 1 juli 2015.

OVERIGE ONTWIKKELINGEN

Wijzigingen Ontslagbesluit

Met ingang 1 april 2014 is de 'Wijzigingsregeling Ontslagbesluit (regels AOW-gerechtigden in geval van bedrijfseconomisch ontslag)' ingevoerd. Op grond hiervan komen AOW-gerechtigden als eersten voor ontslag in aanmerking, indien arbeidsplaatsen komen te vervallen binnen de groep uitwisselbare functies waarvan zij deel

uitmaken. Pas nadat de AOW-gerechtigden zijn vertrokken, wordt gekeken naar de overige werknemers. Indien er meer AOW-gerechtigden zijn dan arbeidsplaatsen die komen te vervallen, dienen de AOW-gerechtigden met het kortste dienstverband als eersten te vertrekken.

Een andere wijziging van het Ontslagbesluit betreft de payroll-werknemers. Met ingang van 1 januari 2015 worden payroll-werknemers in het kader van ontslag behandeld als waren zij in dienst van de inlener. In het kader van een reorganisatie dienen de payroll-werknemers derhalve te worden meegenomen bij toepassing van het afspiegelingbeginsel.

Vrije advocaatkeuze

In antwoord op prejudiciële vragen van de Hoge Raad heeft het Europese Hof van Justitie in zijn arrest van 7 november 2013 (*JAR* 2013/303) geoordeeld dat rechtsbijstandverzekeraars hun verzekerden het recht op vrije advocaatkeuze moeten bieden voor gerechtelijke en administratieve procedures. Het betrof de zaak-Sneller/DAS Rechtsbijstand. De Hoge Raad heeft vervolgens in zijn arrest van 21 februari 2014 (ECLI:NL:HR:2014:396) overwogen dat het hof de vordering van Sneller tegen DAS Rechtsbijstand had moeten toewijzen. DAS Rechtsbijstand was derhalve gehouden de kosten te vergoeden van de door Sneller gekozen advocaat.

In zijn arrest van 3 oktober 2014 (ECLI:NL:HR:2014:2901) stelt de Hoge Raad opnieuw prejudiciële vragen over de vrije advocaatkeuze aan het Europese Hof. Het betreft wederom een zaak waarbij DAS Rechtsbijstand betrokken is. In deze zaak gaat het om de vraag of de ontslagprocedure bij UWV valt onder het begrip 'administratieve procedure'. Ofwel, heeft de verzekerde ook voor deze procedure het recht op vrije advocaatkeuze op kosten van de verzekeraar? Het is nu wachten op de uitspraak van het Europese Hof. <<