

2018

Update Arbeidsrecht



Van Veen 
ADVOCATEN

Inhoudsopgave

Wet Werk en Zekerheid	3
De ontslaggronden	3
Disfunctioneren.....	3
De verstoorde arbeidsverhouding	3
Ernstig en verwijtbaar handelen van de werknemer	4
Ontslag op staande voet.....	5
Transitievergoeding	5
Billijke vergoeding.....	7
Opzegverbod tijdens ziekte	7
Concurrentie-/relatiebeding	8
Aanzeggen.....	9
De ketenregeling – opvolgend werkgeverschap	9
De statutair directeur	10
Varia	11
Gefixeerde schadevergoeding.....	11
De proeftijd	11
Werkgeversaansprakelijkheid.....	11
Het heimelijk opnemen van gesprekken door werknemers	12
Van gedragslijn naar arbeidsvoorwaarden.....	12
Controle van werknemer	12
Evaluatie onderzoek ontbindingspraktijk WWZ 2015-2018.....	13
Wetgeving	13
Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG)	13
Transitievergoeding bij ontslag.....	13
Wetsvoorstel Arbeidsmarkt in balans	14
AOW-leeftijd 2024	15
Aanpassing Wet Minimum Loon per 1 januari 2019	15
De Wet Invoering extra geboorteverlof (Wieg).....	15
Eindredactie	16

De rechtspraak op het terrein van het arbeidsrecht is voortdurend in beweging. Deze Update Arbeidsrecht signaleert relevante en opmerkelijke uitspraken. Ook staan in de Update relevante ontwikkelingen die voor zowel werkgevers al werknemers bruikbaar zijn.

Wet Werk en Zekerheid

De ontslaggronden

Sinds de inwerkingtreding van de Wet Werk en Zekerheid (WWZ) noemt de wet 8 limitatieve ontslaggronden, te weten: (a) bedrijfssluiting/bedrijfseconomische omstandigheden, (b) langdurige arbeidsongeschiktheid, (c) regelmatig ziek zijn, (d) disfunctioneren, (e) verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, (f) gewetensbezwaren van de werknemer, (g) een verstoorde arbeidsverhouding en (h) andere omstandigheden die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De rechtspraak stelt hoge eisen aan het toepassen van deze ontslaggronden. Dat maakt de ontslagroute voor werkgevers tot een uitdaging in plaats van een gegarandeerd succes.

Disfunctioneren

1. Disfunctioneren is in de praktijk voor werkgevers de lastigste ontslaggrond. Het merendeel van de op deze ontslaggrond gebaseerde verzoeken wordt afgewezen. Een voorbeeld is de uitspraak van de Kantonrechter Roermond (ECLI:NL:RBLIM:2017:9068). Het verzoek van de werkgever om de arbeidsovereenkomst te ontbinden werd afgewezen, omdat de werkgever had nagelaten de werknemer tijdig en op duidelijke wijze te informeren over zijn disfunctioneren. Bovendien was onvoldoende gelegenheid geboden voor verbetering van het functioneren.

De vereiste duur van een verbetertraject is afhankelijk van de feiten en omstandigheden. Er gelden geen hard and fast rules. Het Gerechtshof Den Haag (ECLI:NL:GHDEN:2017:2932) oordeelde dat een verbetertraject van drie maanden voor een medewerker in de bediening van een hotel onvoldoende was. De Kantonrechter Alkmaar (ECLI:RBNHO:2017:8263) vond een verbetertraject van drie maanden wel voldoende. Het verbetertraject was zorgvuldig ingericht en de functie van de werknemer bestond uit eenvoudig werk. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (ECLI:NL:GHARL:2016:2796) oordeelde dat een verbetertraject van zes weken aan de korte kant was, maar niet onredelijk. Het ging om ongeschoold werk dat al jaren door de medewerker werd gedaan. De meeste werknemers konden het werk na één à twee weken zelfstandig uitvoeren. Neemt de werkgever een verbetertraject niet serieus en stelt de rechter vast dat de werknemer geen reële kans heeft gekregen, slaagt het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet, aldus het Gerechtshof Den Haag (ECLI:NL:GHDHA:2017:2932).

De verstoorde arbeidsverhouding

2. Een regelmatig aan de orde zijnde vraag is of deze ontslaggrond kan worden toegepast als de werkgever de verstoring zelf heeft veroorzaakt. Het Gerechtshof Den Haag (ECLI:NL:GHDEN:2017:6) stelde vast dat de werkgever ernstig verwijtbaar had gehandeld door een zieke werknemer niet goed te laten re-integreren. Het gerechtshof oordeelde dat in de wetsgeschiedenis van de WWZ niet is uitgesproken dat een verzoek tot ontbinding van de

arbeidsovereenkomst moet worden afgewezen als de verstoring van de arbeidsrelatie (overwegend) aan de werkgever is te wijten. De gevraagde ontbinding werd uitgesproken. De werknemer ontving wel een hogere vergoeding dan enkel de transitievergoeding.

In een arbeidsverhouding kunnen fricties ontstaan. Echter te snel concluderen dat de arbeidsverhouding is verstoord kan leiden tot afwijzing van het verzoek tot ontbinding. De Kantonrechter Den Haag (RBDHA:2017:12912) stelde vast dat de werknemer zijn werkzaamheden altijd naar tevredenheid had verricht. Het gegeven dat de werkgever geen enkele poging had ondernomen de door hem gestelde verstoring te herstellen, bijvoorbeeld door het inzetten van een mediator, kwam de werkgever duur te staan. Het verzoek werd afgewezen. De werknemer die zonder de werkgever daarover te informeren gesprekken van de werkgever en andere betrokkenen (management, leveranciers en collega's) had opgenomen trok bij de Kantonrechter Rotterdam (ECLI:NL:RBROT:2018:1169) aan het kortste eind. Door zijn toedoen had de werknemer de arbeidsverhouding duurzaam verstoord. De arbeidsovereenkomst werd ontbonden.

Ernstig en verwijtbaar handelen van de werknemer

3. Deze ontslaggrond biedt de werkgever evenmin gegarandeerd uitzicht op succes. In een situatie, waarin de werknemer kenbaar en evident in strijd met interne richtlijnen ter vermijding van tegenstrijdige belangen had gehandeld, oordeelde de Kantonrechter Utrecht (ECLI:NL:RBMNE:2017:5105) dat er onvoldoende aanleiding was om dit handelen aan te merken als ernstig verwijtbaar. In gelijke zin het Gerechtshof Den Haag (ECLI:NL:GHDEN:2018:1908) dat aan de wetgeschiedenis het argument ontleent dat het moet gaan om duidelijke en uitzonderlijke gevallen van onrechtmatige gedragingen van werknemers. Het gaat erom of de werknemer zich bewust is of moet zijn van het ontoelaatbaar karakter van zijn handelen. Ernstig verwijtbaar is het handelen als dat kwalificeert als een dringende reden en de werknemer daardoor het vertrouwen van de werkgever verspeeld. In gelijke zin de Kantonrechter Enschede (ECLI:NL:RBOVE:2017:3608) in een situatie, waarin een werknemer van de Stichting Reclassering Nederland, verantwoordelijk voor de aansturing van werkzaamheden van werkgestraften, een relatie onderhield met een vrouwelijke werkgestrafte. Daarentegen oordeelde de Kantonrechter Rotterdam (ECLI:NL:RBROT:2018:7995) dat het door een werknemer onderhouden van een relatie met één van de hulpbehoevende cliënten van de werkgever ontoelaatbaar en in strijd met de binnen de organisatie van de werkgever geldende richtlijnen was. De arbeidsovereenkomst werd wegens ernstig verwijtbaar handelen ontbonden. Het met een hoger alcoholpromillage dan in de Luchtvaartwet toegestaan willen besturen van een vliegtuig kwam een piloot van de KLM duur te staan. Het negeren van regelgeving op het gebied van alcoholgebruik wordt de piloot door de Kantonrechter Utrecht (ECLI:NL:RBMNE:2018:5099) zwaar aangerekend. De arbeidsovereenkomst werd ontbonden.

Een opeenstapeling van incidenten werd de werknemer in de uitspraak van de Kantonrechter Utrecht (ECLI:NL:RBMNE:2018:5965) fataal. Die incidenten betroffen: het wederom zonder toestemming niet op het werk verschijnen, een klacht van een collega over het gedrag van de werknemer, voortdurende discussies over arbeidstijden en vergoeding van reizen en het zoeken van de confrontatie met de werkgever. Het verweer van de werknemer dat het allemaal meeviel en dat de werkgever de incidenten heeft opgeklopt, wordt door de kantonrechter niet gevolgd. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden wegens ernstig verwijtbaar handelen. De kantonrechter overweegt dat een werknemer weliswaar veel rechten heeft, maar niet het recht om zijn werkgever het leven zuur te maken en dat is wat de werknemer als jarenlang doet.

Ontslag op staande voet

4. De werkgever en de werknemer zijn bevoegd de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen om een dringende reden en onverwijld mededeling van die reden te doen aan de wederpartij (ontslag op staande voet). Redenen voor een ontslag op staande voet zijn ondermeer diefstal of fraude door de werknemer gepleegd of werkweigering. Bij beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen, dus ook de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, aldus de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2012:BV9532). Dat levert uiteenlopende rechtspraak op, omdat in geen enkel geval de in acht te nemen omstandigheden van het geval gelijk zijn. Dit betekent dat het toepassen van de maatregel van ontslag op staande voet niet zonder risico is.

De directeur van een woningbouwvereniging heeft een voorbeeldfunctie. Niet-integer en niet-transparant handelen van die directeur leveren terecht een reden voor ontslag op staande voet op, aldus de Kantonrechter Enschede (ECLI:NL:RBOVE:2018:4120). De weigering van een werknemer om een LinkedIn-profiel aan te passen na een functiewijziging levert eveneens een gegronde reden voor een ontslag op staande voet op, aldus de Kantonrechter Utrecht (ECLI:NL:RBMNE:2018:2076). Het ontslag op staande voet van de werknemer die zonder toestemming van de werkgever naar Aruba vertrok, omdat hij meende dat dit bevorderlijk was voor zijn herstel, werd door de Kantonrechter Den Haag (ECLI:NL:RBDHA:2018:14687) gehandhaafd. Het ontslag op staande voet van de werknemer die per WhatsApp had aangegeven dat zij niet meer zou komen werken, omdat zij er helemaal doorheen zat werd door de Kantonrechter Utrecht (ECLI:NL:RBMNE:2018:5972) niet gehandhaafd. De kantonrechter oordeelde dat de werkgever uit het bericht van de werknemer had moeten begrijpen dat hij de bedoeling had om zich ziek te melden. De arbeidsovereenkomst bleef derhalve in stand. Het voor circa € 6.000,00 aan goederen van de werkgever meenemen zonder deze te betalen resulteerde terecht in een ontslag op staande voet. De Kantonrechter Zaanstad (ECLI:NL:RBNHO:2018:10490) oordeelde dat dit handelen in strijd was met de aan de werknemer kenbare huisregels waarin dit verboden werd, maar ook zonder bekendheid met die huisregels duidelijk moest zijn dat meenemen reden zou kunnen zijn voor een ontslag op staande voet.

Transitievergoeding

5. In het geval de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever eindigt heeft de werknemer recht op de transitievergoeding. Voorwaarde is dat de werknemer twee jaar of langer in dienst is geweest. Dit geldt voor zowel vaste als tijdelijke werknemers. De hoogte van de maximale transitievergoeding wordt bepaald aan de hand van het maandsalaris en het aantal dienstjaren. De transitievergoeding wordt met ingang van 1 januari 2019 vastgesteld op € 81.000,-- bruto of, als dat hoger is, één bruto jaarsalaris. Voor 2018 geldt een bedrag van € 79.000,-- bruto. De werknemer heeft geen recht op de transitievergoeding als de arbeidsovereenkomst op grond van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van hemzelf eindigt. De werknemer moet de werkgever aanspreken tot betaling van de transitievergoeding binnen drie maanden na het eindigen van de arbeidsovereenkomst door het instellen van een vordering bij de kantonrechter. Laat hij dit na, is het recht op betaling van de transitievergoeding vervallen.

Het verdient vanuit de optiek van de werknemer aanbeveling om de kantonrechter in de ontbindingsprocedure te verzoeken de transitievergoeding toe te kennen voor het geval de

arbeidsovereenkomst wordt ontbonden. Doet de werknemer dat niet, dient hij tijdig na het eindigen van de arbeidsovereenkomst actie te ondernemen. Doet de werknemer ook dat niet, verspeelt hij het recht op de transitievergoeding, aldus de Kantonrechter Rotterdam (ECLI:NL:RBROT:2018:8069), die vaststelt dat er tussen het moment van ontslag en het opstarten van de procedure meer dan drie maanden is verstreken. Anders dan de Kantonrechter Den Haag oordeelde het Gerechtshof Den Haag (ECLI:NL:GHDEN:2018:2466) dat het niet onmiddellijk na de ontbindingsprocedure – die leidde tot het einde van de arbeidsovereenkomst – claimen van de transitievergoeding door de werknemer bij de werkgever niet het gerechtvaardigd vertrouwen kan oproepen dat de werknemer van het claimen van de transitievergoeding afziet. De werkgever diende de transitievergoeding van € 368.753,67 alsnog te voldoen.

De ontslagen piloot in de zaak van de Kantonrechter Utrecht ontving geen transitievergoeding. Van de piloot werd verwacht dat hij niet op overmatig alcoholgebruik zou worden betrapt. In de situatie, waarin een werknemer die de functie van geldtransporteur uitoefent niet meer beschikt over de wettelijk vereiste toestemming voor de uitoefening van zijn werk eindigt de arbeidsovereenkomst zonder dat recht op de transitievergoeding bestaat. De Kantonrechter Utrecht (ECLI:NL:RBMNE:2018:3216) oordeelde dat de arbeidsovereenkomst niet op initiatief van de werkgever is geëindigd. De Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2018:1617) oordeelde dat in het geval de arbeidsduur wegens gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid door opzegging van de arbeidsovereenkomst gevolgd door een aanstelling voor het resterend aantal uren wordt beëindigd, de werknemer recht heeft op een gedeeltelijke transitievergoeding. De gedeeltelijke transitievergoeding dient te worden berekend naar evenredigheid van de vermindering van de arbeidstijd en uitgaande van het salaris waarop voorheen aanspraak bestond. Een kort voor het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd wegens langdurige arbeidsongeschiktheid ontslagen werknemer heeft recht op de (volledige) transitievergoeding. De Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2018:1845) oordeelde dat de verplichting tot betaling van de transitievergoeding door de wetgever aan de werkgever is opgelegd. Afwijken van wettelijke bepalingen is in het algemeen mogelijk, maar de wettelijke regeling van de transitievergoeding wordt strikt gehandhaafd. Die biedt de rechter geen mogelijkheden tot matiging in het geval dat de arbeidsovereenkomst binnen afzienbare tijd eindigt in verband met het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd door de werknemer. Let wel, eindigt de arbeidsovereenkomst vanwege het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd is de werkgever geen transitievergoeding verschuldigd, aldus de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2018:651).

De transitievergoeding kan ook zijn verschuldigd als de werkgever de werknemer op staande voet ontslaat, aldus de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2018:484). De werknemer heeft slechts dan geen recht op de transitievergoeding als hem een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Uit de wetsgeschiedenis van de WWZ blijkt dat een dringende reden voor ontslag op staande voet niet automatisch hoeft te betekenen dat een werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Dit gegeven biedt de rechter ruimte om ook in het geval dat de werknemer op staande voet wordt ontslagen toch een transitievergoeding toe te kennen. De werknemer, die weigerde een LinkedIn-profiel na functiewijziging aan te passen en daarom op staande voet werd ontslagen, ontving toch de transitievergoeding. Het niet veranderen werd gekwalificeerd als opzettelijk en kinderachtig, maar niet zo ernstig geacht dat het recht op de transitievergoeding verviel (ECLI:NL:RBMME:2018:2076).

Billijke vergoeding

6. Een billijke vergoeding is de extra ontslagvergoeding die de rechter aan een werknemer kan toekennen. Voorwaarde is dat de werkgever ernstig verwijtbaar jegens de werknemer heeft gehandeld. Die billijke vergoeding komt bovenop de transitievergoeding. De billijke vergoeding kan aan de werknemer worden toegekend als de werkgever de arbeidsverhouding bewust verstoort, de werknemer zonder geldige ontslagreden ontslaat, de re-integratie van de werknemer frustreert, discrimineert of seksueel intimideert. De wet biedt geen formule voor de berekening van de billijke vergoeding. Er geldt geen minimum of maximum bedrag.

In 2017 oordeelde de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2017:1187) dat de hoogte van de billijke vergoeding afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, zoals – doch niet uitsluitend – de duur van de arbeidsovereenkomst, de gevolgen van het ontslag voor de werknemer en de vraag of de werknemer inmiddels ander werk heeft gevonden en inkomen geniet. Het maximumbedrag dat in de rechtspraak tot dusver als billijke vergoeding is toegekend is € 628.000,00. De Kantonrechter Haarlem (ECLI:RBNHO:2018:3077) verweet de werkgever de arbeidsverhouding bewust te hebben verstoord en vond dat de billijke vergoeding het inkomensverlies tot aan de pensioengerechtigde leeftijd diende af te dekken. Het bespreken van een ontslag tijdens het bevallingsverlof van een werkneemster vertaalt zich eveneens in een aan de werkgever gemaakt ernstig verwijt. En een door de Kantonrechter Rotterdam (ECLI:NL:RBROT:2018:3432) aan de werkneemster toegekende billijke vergoeding van € 25.000,00. Het ter sprake brengen van de optie van ontslag of werkhervatting op basis van het verbeterplan, terwijl de werknemer nog ziek is, is eveneens onverstandig. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (ECLI:NL:GHARL:2018:10307) verweet de werkgever dat hij zijn verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst ernstig had geschonden en daardoor verdere samenwerking feitelijk onmogelijk had gemaakt. Aan de werknemer werd – naast de transitievergoeding – een billijke vergoeding van € 30.000,- toegekend.

Opzegverbod tijdens ziekte

7. De werkgever kan de arbeidsovereenkomst niet opzeggen als de werknemer ziek is. Op deze regel gelden de volgende uitzonderingen: de werknemer is ziek geworden, nadat de werkgever het UWV heeft verzocht om toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen en de kantonrechter kan de arbeidsovereenkomst ontbinden als het daartoe strekkende verzoek geen verband houdt met de ziekte van de werknemer of ontbinding juist in het belang van de werknemer is.

De wetgever heeft met de inwerkingtreding van de WWZ hoger beroep tegen beslissingen van het UWV en beschikkingen van de kantonrechter mogelijk gemaakt. De vraag hoe om te gaan met een ziekmelding van de werknemer, nadat de arbeidsovereenkomst met toestemming van het UWV is opgezegd of nadat de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter is ontbonden en één van partijen hoger beroep instelt heeft de wetgever niet beantwoord. De rechtspraak heeft nog geen eensluidende opvatting opgeleverd. In de situatie, waarin het Gerechtshof 's-Hertogenbosch (ECLI:NL:GHSHE:2017:2820) diende te oordelen over de vraag of de ziekmelding van de werknemer na de gegeven beslissing van het UWV een belemmering

opleverde voor ontbinding in hoger beroep door de kantonrechter luidde het antwoord bevestigend. Het gerechtshof oordeelde dat voor de vraag of er een opzegverbod wegens ziekte geldt, dat in de weg staat aan ontbinding van de arbeidsovereenkomst, bepalend is het moment waarop het verzoek om ontbinding door de kantonrechter is ontvangen en dus niet het moment waarop het verzoek om een ontslagvergunning door het UWV is ontvangen. De Kantonrechter Arnhem (ECLI:NL:RBGEL:2018:5388) komt echter tot een ander oordeel. De Kantonrechter wijkt nadrukkelijk van het oordeel van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch af. Hij oordeelt dat een opzegverbod geen gelding heeft indien de ziekte is ingetreden nadat een ontslagvergunning is aangevraagd, ook als sprake is van een weigering van deze ontslagvergunning.

Concurrentie-/relatiebeding

8. Een concurrentiebeding belet de werknemer na het eindigen van de arbeidsovereenkomst bij een concurrent van de werkgever in dienst te treden. Een concurrentiebeding is geldig als de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is aangegaan en het beding schriftelijk met een meerderjarige werknemer is overeengekomen. De Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2017:364) past het schriftelijkheidsvereiste strikt toe. Deze schriftelijkheids eis geldt ook voor een relatiebeding dat de werknemer na het eindigen van de arbeidsovereenkomst verbiedt bij een relatie van de werkgever in dienst te treden dan wel die relatie te benaderen met het oogmerk deze niet langer zaken te laten doen met de werkgever. Dit betekent voor de praktijk dat voor de juiste toepassing van een concurrentie-/relatiebeding aan de volgende eisen moet zijn voldaan: (i) een door de werknemer ondertekend document, waarin het concurrentie-/relatiebeding is vastgelegd of (ii) een door de werknemer ondertekend document, waarin wordt verwezen naar bijgevoegde bijlagen waarin het concurrentie-/relatiebeding is vastgelegd of (iii) een schriftelijke akkoordverklaring van de werknemer met een concurrentie-/relatiebeding dat in arbeidsvoorwaarden voorkomt. In afwijking van de hoofdregel kan een concurrentiebeding ook worden opgenomen in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. In dat geval moet worden voldaan aan de eis dat uit de bij het concurrentie-/relatiebeding opgenomen schriftelijke motivering van de werkgever blijkt dat het beding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen van de werkgever. Uit de rechtspraak volgt dat de rechter een restrictieve toets toepast, gelet op het fundamentele recht van de werknemer op vrije arbeidskeuze.

Het concurrentiebeding is niet bedoeld om personeel – in verband met schaarste binnen de elektrotechnische branche – vast te houden, aldus de Kantonrechter Rotterdam (ECLI:NL:RBROT:2018:5364). Dat staat op gespannen voet met het recht van de werknemer op vrije arbeidskeuze, aldus ook het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (ECLI:NL:GHARL:2015:3546). Treedt een werknemer – monteur – bij een concurrent in dienst tegen een hoger salaris, zonder te beschikken over concurrentiegevoelige informatie en zonder persoonlijke contacten te hebben onderhouden met de klanten/relaties van de werkgever, valt een afweging van de belangen van de werkgever bij handhaving van het concurrentiebeding en de werknemer bij schorsing van het concurrentiebeding in het voordeel van de werknemer uit, aldus de Kantonrechter Rotterdam (ECLI:NL:RBROT:2018:5364). Ook een anti-ronselbeding – dat een werknemer verbiedt oud collega-werknemers te bewegen over te stappen – kwalificeert als een beding dat onder de wettelijke regeling van het concurrentiebeding valt. Zonder dat de noodzaak voor het opnemen van een dergelijk beding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt gemotiveerd, is het niet geldig, aldus de Kantonrechter Breda (JAR 2018/45).

De Kantonrechter Rotterdam (ECLI:NL:RBROT:2018:5116) oordeelde dat het in de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd opgenomen concurrentiebeding nietig was, omdat de werkgever had nagelaten schriftelijk te motiveren dat het beding noodzakelijk was vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen van de werkgever. Het beroep van de werkgever op dat concurrentiebeding hield geen stand. Het te algemeen en onvoldoende specifiek motiveren van de zwaarwegende bedrijfsbelangen baat de werkgever evenmin. De Kantonrechter Amersfoort (ECLI:NL:RBMNE:2018:5960) oordeelde dat een motivering, die bestaat uit een algemene opsomming van belangen als het voorkomen van weglekken van "kennis van klachtenbestand" en "bedrijfsprocessen" niet volstaat, omdat dit nu eenmaal voor veel werkgevers relevant is en niet duidelijk maakt waarom juist de betrokken de werkgever die bescherming nodig heeft.

Aanzeggen

9. Op grond van de wet is de werkgever verplicht tenminste één maand voor het aflopen van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan de werknemer mee te delen of de arbeidsovereenkomst wordt verlengd. En zo ja, onder welke voorwaarden. Aan het niet in acht nemen van deze aanzegplicht is een financieel gevolg verbonden. De werkgever die de aanzegplicht schendt is maximaal één bruto maandsalaris aan de werknemer verschuldigd. De aanzegging moet schriftelijk plaatsvinden. Dit volgt uit de wet en strekt ertoe discussie achteraf over het al dan niet gedaan hebben van toezeggingen of mededelingen te voorkomen, aldus het Gerechtshof Den Haag (JAR 2018/88). Dit verzuim leverde de werkgever een financieel nadeel van één bruto maandsalaris en een aanmerkelijk hoeveelheid proceskosten op.

De ketenregeling – opvolgend werkgeverschap

10. De ketenregeling is de wettelijke regeling, die bepaalt hoeveel tijdelijke arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd maximaal achter elkaar gesloten mogen worden, voordat er een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat. Tot 1 juli 2015 hield de ketenregeling in dat maximaal drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd op rij – met een onderbreking van minder dan drie maanden – binnen een periode van drie jaren mochten worden gesloten; ook wel de 3x3-regeling genoemd. Bij de vierde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of doorwerken door de werknemer de dag na het verstrijken van de periode van drie jaar ontstond van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Vanaf 1 juli 2015 is de ketenregeling ingeperkt. Er mogen drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd op rij – met een onderbreking van minder dan zes maanden – binnen een periode van twee jaar worden gesloten; ook wel de 3x2x6-regel genoemd. Op de ketenregeling geldt een uitzondering voor leer-arbeidsovereenkomsten, de arbeidsovereenkomsten met scholieren jonger dan 18 jaar en voor bestuurders van rechtspersonen.

De ketenregeling geldt ook in het geval van opvolgend werkgeverschap. De WWZ-werkgever bepaalt dat in de volgende situatie sprake is van opvolgend werkgeverschap:

"Elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen werknemer en verschillende werkgevers, die ten aanzien van de verplichte arbeid redelijkerwijs geacht moeten worden elkanders opvolger te zijn."

Dit is bijvoorbeeld het geval in de situatie, waarin een werknemer zowel als uitzendkracht als op basis van een arbeidsovereenkomst (vrijwel) dezelfde werkzaamheden verricht voor/binnen hetzelfde bedrijf. Door de WWZ-wetgever was de vraag hoe om te gaan met het voor 1 juli 2015 gehanteerde strengere criterium voor het aannemen van opvolgend werkgeverschap onbeantwoord gelaten. De Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2017:2905) heeft geoordeeld dat werkgeverswisselingen die voor 1 juli 2015 hebben plaatsgevonden op basis van het voor 1 juli 2015 geldende recht moeten worden beoordeeld en heeft daarmee duidelijkheid geboden.

Misbruik van de ketenregeling wordt door de rechter niet gewaardeerd en ook niet gehonoreerd. De werkgever, die na drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd koos voor een payroll-constructie, zag het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (ECLI:NL:GHARL:2018:7135) tot de vaststelling komen dat die constructie niet toelaatbaar was en dus een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

De statutair directeur

De statutair directeur is een bijzondere werknemer. Hij wordt door de aandeelhouder van de werkgever benoemd en kan ook te allen tijde door die aandeelhouder worden ontslagen. De statutair directeur maakt deel uit van het bestuursorgaan van de werkgever. In zoverre is er sprake van een vennootschaprechtelijke betrekking. Tegelijkertijd is hij werkzaam binnen de onderneming van die werkgever en is er sprake van een arbeidsbetrekking.

Met ingang van 1 juli 2015 geldt de WWZ ook voor de statutair directeur. De aandeelhouder van de werkgever kan de arbeidsovereenkomst met de statutair directeur alleen beëindigen als er een redelijke grond bestaat en als herplaatsing binnen een redelijke termijn al dan niet met behulp van scholing onmogelijk is. Dat betekent dat de limitatief in de wet opgenomen ontslaggronden ook voor de statutair directeur gelden. Is er geen sprake van een in de wet vastgelegde ontslaggrond en ontslaat de aandeelhouder van de werkgever de statutair directeur, dan kan die statutair directeur – anders dan een gewone werknemer – geen herstel van de arbeidsovereenkomst vorderen. De statutair directeur heeft recht op een billijke vergoeding in het geval de rechter vaststelt dat er geen ontslaggrond is aan te wijzen.

De werkgever kan een aan de statutair directeur gegeven ontslag niet achteraf aanvullen met nieuwe ontslaggronden. De werkgever die dat deed, kreeg van de Rechtbank Amsterdam (ECLI:NL:RBAMS:2017:9104) het deksel op de neus. De rechtbank oordeelde dat er op het moment van het nemen van het ontslagbesluit geen redelijke grond voor ontslag bestond. De werkgever werd verweten ernstig verwijtbaar te hebben gehandeld en kende aan de statutair directeur – met een staat van dienst van afgerond tien jaren – een billijke vergoeding van € 217.000,-- toe. De statutair directeur die na een dienstverband van circa drie maanden zonder waarschuwing door de aandeelhouder van de werkgever werd ontslagen, kreeg van de Rechtbank 's-Hertogenbosch een billijke vergoeding van € 100.000,-- toegekend. In hoger beroep hield dat oordeel bij het Gerechtshof 's-Hertogenbosch (ECLI:NL:GHSHE:2018:1643) stand. Het gerechtshof oordeelde dat een redelijke grond voor ontslag ontbrak. Is het vennootschaprechtelijke ontslag niet geldig – het ontslagbesluit is door de aandeelhouder genomen in strijd met de daarvoor geldende vereisten – is ook het arbeidsrechtelijke ontslag niet geldig. In dat geval duurt de arbeidsovereenkomst voort, totdat wel een rechtsgeldig ontslag heeft plaatsgevonden, aldus Rechtbank Noord-Holland (ECLI:NL:RBNHO:2018:3264).

Gefixeerde schadevergoeding

11. Als een arbeidsovereenkomst door de werkgever of de werknemer wordt opgezegd, moet een opzegtermijn in acht worden genomen. Wordt de opzegtermijn niet in acht genomen, is sprake van een onregelmatige opzegging. In dat geval eindigt de arbeidsovereenkomst op een eerder tijdstip dan in het geval de opzegtermijn correct zou zijn toegepast. De partij die de arbeidsovereenkomst onregelmatig opzegt is op grond van de wet schadeplichtig. De gefixeerde schadevergoeding is gelijk aan het bedrag aan bruto salaris dat had moeten worden uitgekeerd als de opzegtermijn in acht zou zijn genomen. In de situatie, waarin de werkgever de werknemer terecht op staande voet ontslaat, heeft de werkgever recht op de gefixeerde schadevergoeding. De gefixeerde schadevergoeding kan door de kantonrechter worden gematigd. Een verzoek tot matiging moet wel specifiek worden onderbouwd. Laat de tot schadevergoeding aangesproken partij dat na, is de gefixeerde schadevergoeding geheel verschuldigd, aldus de Kantonrechter Almelo (ECLI:NL:RBOVE:2018:4121).

De proeftijd

12. De proeftijd is een korte periode aan het begin van de arbeidsovereenkomst. In die periode kan de arbeidsovereenkomst door zowel de werkgever als de werknemer per direct worden opgezegd. Een proeftijd moet schriftelijk worden overeengekomen. Is sprake van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd korter dan 2 jaar is de proeftijd maximaal 1 maand. Is sprake van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, is de proeftijd maximaal 2 maanden. De arbeidsovereenkomst kan met een beroep op een daarin opgenomen proeftijdbeding voor aanvang van de arbeidsovereenkomst opgezegd worden, aldus de Kantonrechter Roermond (ECLI:NL:RBLIM:2018:6587). De proeftijd start op de eerste dag, waarop de werknemer werkzaamheden gaat verrichten, en niet op de eerste dag die in de arbeidsovereenkomst staat vermeld, aldus het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (ECLI:NLGHARL:2017:11183). De werkgever, die uitging van de in de arbeidsovereenkomst vermelde eerste dag en de werknemer een aantal dagen voordien liet starten, werd het beroep op het proeftijdbeding na ommekomst van de duur ervan ontzegd. Het gevolg was dat de werknemer voor onbepaalde tijd in dienst was getreden.

Werkgeversaansprakelijkheid

13. Artikel 7:658 BW regelt de aansprakelijkheid van de werkgever ten opzichte van de werknemer voor schade als gevolg van bedrijfsongevallen of beroepsziekte. Van aansprakelijkheid is sprake in het geval de werkgever heeft nagelaten de redelijkerwijze van hem verlangde maatregelen ter voorkoming van het bedrijfsongeval of de beroepsziekte te nemen. De werkgever moet zorgen voor een veilige werkplek voor de werknemer. Behoort ook de trap en het trappenhuis die twee door de werkgever gehuurde etages in een kantorengebouw verbindt tot de werkplek waarvoor de werkgever verantwoordelijkheid draagt? De Kantonrechter Alkmaar (ECLI:NL:RBNHO:2018:7395) oordeelde van wel en veroordeelde de werkgever wiens

werknemer in het trappenhuis onderuit was gegaan en ernstige letsel had opgelopen tot vergoeding van schade.

Behalve voor eigen werknemers geldt de zorgplicht ook voor ingeleende uitzendkrachten, gedetacheerde werknemers en ZZP'ers. Maar ook voor vrijwilligers, aldus de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2017:3142) in het geval, waarin een vrijwilliger van een parochie tijdens kluswerkzaamheden van het dak van de kerk was gevallen met ernstig letsel als gevolg.

Het heimelijk opnemen van gesprekken door werknemers

14. Tegenwoordig beschikken vrijwel alle werknemers over – een al dan niet door de werkgever ter beschikking gestelde – smartphone. Smartphones bieden de mogelijkheid om een gesprek op te nemen. Werknemers maken in toenemende mate van die mogelijkheid in met de werkgever gevoerde gesprekken gebruik. Vervolgens wordt in geschillen met de werkgever gebruik gemaakt van transcripties van de opgenomen gesprekken. Kans of kansloos? In het arbeidsrecht bestaat niet de regel dat onrechtmatig verkregen bewijs niet mag worden gebruikt. De rechter vindt waarheidsvinding in beginsel belangrijker dan de herkomst van het bewijsmateriaal. Dat betekent dat de werkgever zich er in zijn contacten met de werknemer bewust van moet zijn dat gesprekken heimelijk, zonder dat hij daarop door de werknemer wordt gewezen, worden opgenomen. Met een beroep op een heimelijk opgenomen gesprek stelde een werknemer dat de reden voor het niet verlengen van de arbeidsovereenkomst was gelegen in haar zwangerschap. De Kantonrechter Roermond (ECLI:NL:RBLIM:2017:12124) oordeelde dat het heimelijk opnemen van het gesprek toelaatbaar was en het besluit van de werkgever was gebaseerd op discriminatie op grond van geslacht.

Van gedragslijn naar arbeidsvoorwaarden

15. De Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2018:976) heeft duidelijk gemaakt dat het gedurende een bepaalde tijd volgen van een gedragslijn kan resulteren in een arbeidsvoorwaarde. Of er ook daadwerkelijk sprake is van een arbeidsvoorwaarde is afhankelijk van een aantal gezichtspunten, zoals: de inhoud van de gedragslijn, de aard van de arbeidsovereenkomst en de positie die de werkgever aan de werknemer ten opzichte van elkaar innemen, de lengte van de periode waarin de gedragslijn is toegepast, welke mededelingen de werkgever aan de werknemer over en weer hebben gedaan of juist niet, de aard van de voor- en nadelen die voor de werkgever en de werknemer uit de gedragslijn voortvloeien en de aard en de omvang van de kring van werknemers ten aanzien van wie de gedragslijn is gevolgd.

Controle van werknemer

16. Werkgevers hebben diverse mogelijkheden om informatie over hun personeel te verzamelen. Dit kan bijvoorbeeld via cameratoezicht, telefooncentrales, toegangspoorten en computersystemen. De verkregen informatie kan voor verschillende doelen worden gebruikt, waaronder het controleren van werknemers. Het controleren van werknemers is niet verboden. Wel moeten werkgevers daarbij rekening houden met de privacy van de werknemers. Het staat een werkgever niet vrij om zijn werknemers zonder dat daarvoor grond bestaat voortdurend te volgen.

Van de arbeidsovereenkomst met de werknemer maakt een verbod op het verrichten van nevenwerkzaamheden deel uit. Tijdens een periode van ziekte controleert de werkgever of dit verbod wordt overtreden. Dit is slechts aanvaardbaar als daarvoor bijzondere omstandigheden kunnen worden aangewezen. Bestaat er geen concrete ernstige verdenkingen dat de werknemer het verbod overtreedt, is controle ontoelaatbaar, aldus de Kantonrechter Haarlem (ECLI:NL:RBNHO:2018:7958). Het door de werkgever gegeven ontslag op staande voet wegens schending van het verbod op het verrichten van nevenwerkzaamheden werd vernietigd.

Evaluatie onderzoek ontbindingspraktijk WWZ 2015-2018

17. Uit een analyse van gepubliceerde en niet-gepubliceerde rechtspraak tussen juli 2015 en juli 2018 blijkt dat het aanmerkelijk moeilijker is geworden een werknemer te ontslaan via een procedure bij de kantonrechter. In genoemde periode werd jaarlijks gemiddeld 36% van de ontbindingsverzoeken afgewezen. Voor de inwerkingtreding van de WWZ was dit gemiddeld 9%. Disfunctioneren is de minst kansrijke ontslaggrond. In 72% van de gevallen waarin deze ontslaggrond is aangevoerd, is niet op die ontslaggrond ontbonden. De verstoorde arbeidsrelatie is de meest kansrijke ontbindingsgrond. In 51% van de gevallen waarin die ontslaggrond is aangevoerd, is op die ontslaggrond ontbonden.

Wetgeving

Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG)

18. De AVG is per 25 mei 2018 in werking getreden. De AVG heeft gevolgen voor de arbeidsrechtelijke praktijk, omdat de AVG ook van toepassing is op personeelsgegevens van werknemers. Afhankelijk van de aard en de omvang van de organisatie moet de werkgever aandacht (blijven) besteden aan onderwerpen als: de nulmeting, welke persoonsgegevens worden gebruikt, de verwerkersovereenkomst, het register van verwerkingsactiviteiten, het al of niet aanstellen van een functionaris voor gegevensverwerking en het melden van datalekken.

De wet van 11 juli 2018 houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid

19. Sedert de inwerkingtreding van de WWZ is de werkgever een transitievergoeding verschuldigd in het geval hij het initiatief neemt om de arbeidsovereenkomst met de werknemer te beëindigen. De WWZ voorziet niet in een uitzondering voor de situatie waarin de werkgever tot ontslag van de werknemer die al 104 weken ziek is geweest – en gedurende die tijd loon heeft ontvangen – overgaat. Op grond van de WWZ is de werkgever in dat geval verplicht de transitievergoeding te betalen. Werkgevers wordt om die reden geadviseerd het dienstverband met een langdurig arbeidsongeschikte werknemer slapend te houden. Aan de werknemer is geen loon en ook geen

transitievergoeding verschuldigd. De wetgever is met werkgevers van mening dat de huidige regeling onrechtvaardig is en tot onaanvaardbare situatie leidt. Met de wet van 11 juli 2018 beoogt de wetgever een oplossing te bieden voor deze problematiek. De wet treedt naar verwachting in op 1 april 2020.

De werkgever die een arbeidsovereenkomst met een langdurige arbeidsongeschikte werknemer heeft beëindigd en de transitievergoeding heeft betaald kan op basis van de wet van 11 juli 2018 en de bijbehorende regeling een aanvraag voor compensatie van de betaalde transitievergoeding indienen bij het UWV. Voorwaarden voor toekenning van de compensatie zijn: de transitievergoeding was door de werkgever verschuldigd en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst vond plaats in verband met de langdurige arbeidsongeschiktheid van de werknemer. De compensatie voor transitievergoeding wordt ook toegekend in het geval de arbeidsovereenkomst is beëindigd door middel van een vaststellingsovereenkomst vanwege de langdurige arbeidsongeschiktheid van de werknemer. De hoogte van de compensatie bedraagt niet meer dan het bruto loon dat tijdens de periode van ziekte van de werknemer is betaald. Dit betekent dat een werkgever die een dienstverband slapend heeft gehouden over de periode dat de arbeidsovereenkomst langer heeft geduurd de transitievergoeding is verschuldigd maar de compensatie beperkt wordt tot het moment waarop de loondoorbetalingsplicht is beëindigd.

Wetsvoorstel Arbeidsmarkt in balans

20. Op 8 november 2018 heeft Minister Koolmees van Sociale Zaken en Werkgelegenheid het wetsvoorstel Arbeidsmarkt in balans aan de Tweede Kamer gepresenteerd. Met dit wetsvoorstel beoogt de Minister de verschillen tussen vast en flexwerk te verkleinen. Voor de werkgever moet het aantrekkelijker worden om werknemers een vast contract in plaats van een tijdelijk contract aan te bieden. De belangrijkste voorgestelde maatregelen zijn:
- als sprake is van een optelsom van omstandigheden, die een beëindiging van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigen is ontslag mogelijk (de cumulatiegrond). Deze maatregel voorziet erin dat ontslag mogelijk wordt in gevallen, waarin thans – vanwege het strikte stelsel van ontslaggronden – verzoeken tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter moeten worden afgewezen. Past de kantonrechter deze ontslaggrond toe, is de transitievergoeding maximaal 50% hoger;
 - werknemers krijgen vanaf de eerste dag recht op een transitievergoeding, ook tijdens de proeftijd;
 - de opbouw van de transitievergoeding wordt verlaagd bij langdurige dienstverbanden. Anders dan thans het geval is, geldt de regel dat 1/3^e bruto maandsalaris voor ieder gewerkt dienstjaar wordt toegekend;
 - de WW-premie is voor de werkgever lager als een werknemer een vast in plaats van een tijdelijk contract wordt aangeboden;
 - de opvolging van tijdelijke contracten – de ketenregeling – wijzigt van drie tijdelijke contracten met een onderbreking van minder dan zes maanden in twee jaar naar drie tijdelijke contracten met een onderbreking van minder dan zes maanden in drie jaar;
 - werknemers die op payrollbasis werken krijgen minimaal dezelfde arbeidsvoorwaarden als de werknemers die bij de opdrachtgever in dienst zijn;

- de werkgever die gebruik maakt van een 0-urenovereenkomst, een min-max-overeenkomst of een uitzendovereenkomst, waarbij de loondoorbetaling is uitgesloten is na twaalf maanden verplicht om een arbeidsomvang aan te bieden, die gelijk is aan de gemiddelde duur in de voorafgaande twaalf maanden.

De Raad van State – aan wie door de Minister advies over het wetsvoorstel is gevraagd – is van mening dat het wetsvoorstel bestaande knelpunten op de arbeidsmarkt op onderdelen kan verminderen. Voor de oplossing van de arbeidsmarktproblematiek is een fundamentele aanpak noodzakelijk.

AOW-leeftijd 2024

21. De AOW-leeftijd gaat in 2024 niet omhoog. Daarmee blijft de AOW-leeftijd van 67 jaar en 3 maanden in 2022, 2023 en 2024 gelijk. De AOW-leeftijd is nu 66 jaar. In 2019 66,4 jaar en tot 2022 gaat die leeftijd stapsgewijs omhoog naar 67 jaar en 3 maanden.

Aanpassing Wet Minimum Loon en Minimumvakantiebijslag per 1 januari 2019

22. Het wettelijk minimum loon voor werknemers van 22 jaar en ouder bedraagt per 1 januari 2019: per maand € 1.615,80 bruto, per week € 372,90 bruto en per dag € 74,58 bruto. \

Sinds 1 januari 2018 is in artikel 13a van de Wet Minimumloon en Minimumvakantiebijslag bepaald dat werknemers over alle gewerkte uren tezamen ten minste het geldende wettelijke minimum loon dienen te ontvangen. Compensatie in (betaalde) vrije tijd van over- of meerwerk is vanaf 1 januari 2019 alleen nog maar mogelijk als dat in een cao is geregeld. In 2018 was afwijking bij “gewone” schriftelijke overeenkomst nog mogelijk.

De Wet Invoering extra geboorteverlof (Wieg)

23. De Eerste Kamer heeft op 13 november 2018 ingestemd met het wetsvoorstel om het vaderschapsverlof te verlengen van 2 dagen betaald verlof naar in totaal bijna 6 weken. Op grond van de Wet invoering extra geboorteverlof krijgt de partner van de bevallende moeder recht op 1 week geboorteverlof direct aansluitend op de geboorte van het kind. Aansluitend volgen 5 weken aanvullend geboorteverlof. Het salaris wordt in de eerste week van het geboorteverlof volledig doorbetaald door de werkgever. Voor de resterende 5 weken wordt een uitkering in het leven geroepen. De beoogde inwerkingtredingsdatum is 1 juli 2019.

Eindredactie

De Update Arbeidsrecht 2018 is samengesteld onder eindredactie van mr W.E. van Engelenhoven en mr A. Robustella. Heeft u vragen? Neem gerust contact met hen op. Houd vooral ook onze [website](#) in de gaten of [schrijf u in voor de nieuwsbrief](#) om geen relevante informatie te missen.



[Winny van Engelenhoven](#)

Bel 0318 – 68 78 86

w.vanengelenhoven@vanveen.com



[Antonio Robustella](#)

Bel 0318 – 68 78 86

a.robustella@vanveen.com

Van Veen Advocaten | Keesomstraat 7 | 6717 AH EDE | 0318 – 68 78 78 | info@vanveen.com | vanveen.com