

Kroniek Sociaal Recht

Guus Heerma van Voss, Jaap van Slooten¹

OP HET GEBIED VAN DE ONTSLAGVERGOEDINGEN IS VEEL NIEUWS TE MELDEN. BEHALVE DE NIEUWE AANBEVELINGEN VAN DE KRING VAN KANTONRECHTERS, NAM HET HOF 'S-GRAVENHAGE DE STAP OM BIJ KENNELIJK ONREDELIJK ONTSLAG OOK DE KANTONRECHTERSFORMULE TOT UITGANGSPUNT TE NEMEN. DE AFGELOPEN PERIODE KWAM OOK HET LOON WEER ALS THEMA NAAR VOREN. NIET ALLEEN BONUSSEN, MAAR OOK LOONMATIGING EN LOONSVERLAGING SPEELDEN EEN ROL. EN VERDER ZAL DE VAKANTIEWETGEVING VERMOEDELIJK HERZIEN MOETEN WORDEN EN WAREN ER ONTWIKKELINGEN OP HET GEBIED VAN DE VERWIJTBAAARHEID VAN HET ONTSLAG EN DE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE WERKGEVER.

Tijdens de periode waarop deze kroniek betrekking heeft, kwam ons land in de greep van de kredietcrisis. Een bloeiende economie met lage werkloosheid veranderde in korte tijd in een krimpende economie waarin veel bedrijven in financiële moeilijkheden kwamen. Het instrument van werktijdverkorting werd op grote schaal ingezet en collectieve ontslagen werden voorbereid. In het midden van dit proces kwamen de nieuwe aanbevelingen van de Kring van kantonrechters tot stand die op 1 januari 2009 van kracht werden. Hierbij werden de vergoedingen bij ontbinding vooral voor jongere werknemers verlaagd, met als motivering dat dezen snel weer werk zouden kunnen vinden. Dat kwam op een ongelukkig moment, nu juist de mogelijkheden van het vinden van nieuw werk in dezelfde periode minder werden. De nieuwe aanbevelingen waren dan ook direct voorwerp van uitgebreide discussie, die ook in dit blad is gevoerd.

Reductie van arbeidsvoorwaarden en bestrijding van beloningsexcessen kregen eveneens veel aandacht.

Werktijdverkorting

In het kader van de gevolgen van de kredietcrisis werd werktijdverkorting als instrument ingezet. Dit betreft een mogelijkheid om tijdelijk de werktijd te verkorten ten opzichte van het overeengekomene met toestemming van de Arbeidsinspectie (art. 8 BBA 1945). De loonvermindering wordt gecompenseerd met een WW-uitkering die dan gewoonlijk door de werkgever weer tot het volledige loon wordt aangevuld. Ten behoeve van deze bijzondere situatie werd het instrument verruimd toegepast, waarbij minder zware eisen werden gesteld, teneinde overreactie op de crisis te voorkomen.²

Toch is duidelijk dat dit systeem niet in de weg mag staan aan noodzakelijke structurele aanpassingen.³

Gesproken wordt inmiddels over de mogelijkheid van invoering van deeltijd-WW als structurelere mogelijkheid om werknemers partiel te ontslaan en toch aan de onderneming te blijven binden. Of dit werkelijk een praktische oplossing is en hoe dit vorm dient te worden gegeven, is nog voorwerp van overleg met de sociale partners.

CWI wordt UWV

Per 1 januari 2009 zijn de Centra voor Werk en Inkomen en hun centrale organisatie opgegaan in het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV). Voorshands is vooral de naam veranderd: alles wat als CWI werd betiteld, heet thans UWV WERKbedrijf. Op den duur zullen de organisaties verdergaand worden geïntegreerd, zodat de samenwerking tussen de uitkeringsverstrekkers en de loopbaanbegeleiders zal worden verbeterd. Het UWV WERKbedrijf geeft thans ook de toestemming voor ontslag in de zin van art. 6 BBA 1945. Ook de website www.werk.nl blijft in stand, waar ook alle informatie over het ontslagbeleid is te vinden.

Ontslagvergoedingen

Er was meer nieuws op het gebied van de ontslagvergoedingen, naast de nieuwe aanbevelingen van de Kring van kantonrechters voor ontbinding.⁴ Al lang loopt de discussie over de vraag of de 'kantonrechtersformule' die daarin is neergelegd, ook zou moeten worden toegepast bij kennelijk onredelijk ontslag. Dit is met name aan de orde bij een beroep op de grond dat de gevolgen van de opzegging voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij die opzegging, mede in aanmerking genomen de voor de werknemer getroffen voorzieningen en de voor hem bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden (art. 7:681 lid 2 onder b BW),

Het hof benadrukt dat het al dan niet toekennen van een vergoeding een van de elementen is die moet worden meegewogen bij de vraag of een ontslag kennelijk onredelijk is

het zogeheten 'gevolgen-criterium'. Tot nu toe waren de hoven terughoudend om daarbij de kantonrechtersformule in aanmerking te nemen, mede gelet op de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat bij deze zaken alle omstandigheden van het geval moeten worden afgewogen.⁵ Het Hof 's-Gravenhage nam op 14 oktober in een reeks arresten een ander standpunt in. Verwijzend naar literatuur waarin de verschillen tussen de hoogte van schadevergoedingen bij kennelijk onredelijk ontslag en vergoedingen bij ontbinding worden bekritiseerd, kiest het hof ervoor om ook bij de beoordeling van de vraag of het ontslag kennelijk onredelijk is, de kantonrechtersformule tot uitgangspunt te nemen, met name nu het zowel in ontbindingsprocedures als in kennelijk onredelijk ontslagzaken gaat om een vergoeding met het oog op de gevolgen van het eindigen van de dienstbetrekking, waarbij de schade abstract wordt berekend.⁶ Door middel van de C-factor van de kantonrechtersformule kan volgens het hof voldoende rekening worden gehouden met voor de hoogte van de vergoeding relevante omstandigheden. Een en ander betekent niet dat er in alle gevallen waarin het ontslag heeft plaatsgevonden zonder vergoeding sprake is van kennelijk onredelijk ontslag. Zulks is veelal wel het geval indien en voor zover niet ten minste een overeenkomstig de kantonrechtersformule berekende vergoeding is aangeboden, verminderd met 30%. Indien de aftrek van 30% minder is dan één maandsalaris vindt één maandsalaris aftrek plaats. Dit verschil van 30% en de drempel van een maandsalaris worden door het hof verklaard met de verschillen tussen de procedures uit kennelijk onredelijk ontslag en ontbinding, tot uitdrukking komend onder meer in de – in de regel – aan een opzegging voorafgaande CWI (thans UWV)-procedure (inclusief het daaraan voorafgaande tijdsverloop), de toepasselijkheid van een opzegtermijn en de in het wettelijk criterium besloten liggende drempel ('kennelijk').⁷ In een later arrest heeft het hof nog een verduidelijking verstrekt. Daarin benadrukt het hof nog eens dat het al dan niet toekennen van een vergoeding een van de elementen is die moet worden meegewogen bij de vraag of een ontslag kennelijk onredelijk is. Er kan dus niet eerst worden bepaald of sprake is van kennelijke onredelijkheid om daarna te

bezien welke schadevergoeding moet worden toegekend. Het hof heeft dus niet als uitgangspunt een benadering dat 'C=1, tenzij'–, maar gaat ervan uit dat de C-factor een op de concrete zaak toegespitste factor is. C kan dus ook nihil zijn.⁸ Hier lijkt al sprake te zijn van een mogelijk uiteenlopen van deze hofformule met de kantonrechtersformule, waar de laatste vaak wel lijkt uit te gaan van het uitgangspunt dat C=1, al wordt in de nieuwe aanbevelingen wel een grotere nadruk gelegd op de arbeidsmarktkansen van de werknemer.

Inmiddels is van één uitspraak van het Hof 's-Gravenhage in deze materie spoedcassatie ingesteld, zodat wij mogelijk al rond de zomer zullen vernemen of de Hoge Raad deze rechtspraak in stand laat.

Temidden van alle discussie over de hoogte en berekeningswijze van de ontslagvergoedingen verdedigde Van Zanten-Baris op 11 maart 2009 haar proefschrift over de grondslagen van de ontslagvergoeding.⁹

Loonpolitiek?

De afgelopen periode kwam het loon als thema weer naar voren. Niet alleen veelvuldig in de krantenberichten over bonussen, maar ook loonmatiging en loonsverlaging speelden een rol. Een verbindend element daarbij is de invloed die de wetgever tracht uit te oefenen op de hoogte van de lonen. Dat is per definitie een gevoelig onderwerp omdat al snel de collectieve onderhandelingsvrijheid zoals vastgelegd in de ILO-verdragen 87, 98 en 154 in het gedrang komt.

De onderkant: postbestellers

Die gedachte komt in ieder geval op indien men beziet hoe de wetgever is omgegaan met de nieuwe Postwet. De casus is kort gezegd dat de markt voor verzorging van poststukken tot 50 gram op grond van Richtlijn 2008/6/EG opengaat per 2011. Als gevolg hiervan zal TNT Post haar monopoliepositie verliezen. Inmiddels zijn de vakbonden met TNT een CAO overeengekomen waarin – betrekkelijk uniek – een vermindering van het salaris wordt afgesproken.

De vakbonden hebben daarnaast bij de wetgever aandacht gevraagd voor de rechtspositie van degenen die

Auteur

1. Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss is hoogleraar sociaal recht aan de Universiteit Leiden en medewerker van dit blad. Prof. mr. J.M. van Slooten is hoogleraar arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam, advocaat te Amsterdam en medewerker van dit blad.

Noten

2. Bijzondere beleidsregels ontheffing

verbod op werktijdverkorting 2008, *Stcrt.*

28 november 2008, nr. 1068.

3. A. Jacobs, 'Werkijdverkorting, het juiste medicijn?', *TRA* 2009, 13.

4. Gepubliceerd op www.rechtspraak.nl, met een later gepubliceerde aanvulling ten aanzien van de daarin opgenomen rekenvoorbeelden. Zie voor een voorbeeld van de toepassing van de nieuwe aanbevelingen Ktr. Amsterdam 30 januari 2009, *JAR* 2009/44.

5. Recentelijk nog HR 15 februari 2008, *JAR* 2008/76 (*Wustlich/Chromalloy*).

6. Verwezen wordt naar HR 17 oktober 1997, *NJ* 1997, 266. Dit is overigens een arrest op basis van het oude BW. In het nieuwe BW is voor kennelijk onredelijk ontslag aangesloten bij de wijze van schadeberekening uit het algemeen vermogensrecht, vgl. HR 14 november 2008, *JAR* 2008/318 (*Dahri/Vianen Beton*).

7. Gerechtshof 's-Gravenhage 14 oktober

2008, *JAR* 2008/290. Zie hierover ook E. Verhulp, 'Het Haagse vermoeden van kennelijk onredelijk ontslag', *ArbeidsRecht* 2009, 1.

8. Gerechtshof 's-Gravenhage 20 januari 2009, *JAR* 2009/53.

9. A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding* (Reeks Monografieën Sociaal recht nr. 47), Deventer: Kluwer 2009.

bij de beoogde nieuwe toetreders werken, met name de bedrijven Sandd en SelektMail. De postbezorgers bij deze bedrijven zijn doorgaans werkzaam op basis van een overeenkomst van opdracht en krijgen stukloon betaald. Een onderzoek dat is uitgevoerd door de Arbeidsinspectie heeft duidelijk gemaakt dat niet in alle gevallen de betrokkenen in staat zijn om daarmee het minimumloon te verdienen. In mei 2007 heeft de staatssecretaris een bepaling toegevoegd aan het wetsvoorstel die de mogelijkheid geeft om bij AMvB voorschriften te stellen 'over in acht te nemen arbeidsvoorwaarden' indien: 1. tegen sociaal onaanvaardbare arbeidsvoorwaarden arbeid wordt verricht, 2. er sprake is van een tijdelijk zich tot de postsector beperkend probleem en 3. dit probleem niet kan worden opgelost in onderhandelingen tussen werkgever en vakbonden (art. 7a Postwet 20, *Kamerstukken II* 30 536, nr. 49).

In de wetenschap dat de wetgever deze 'stok achter de deur' had, zijn de nieuwe toetreders met de bonden om de tafel gaan zitten. Dit heeft geleid tot een voorwaardelijke CAO waarin de toetreders toezeggen om binnen een bepaalde periode het percentage overeenkomsten van opdracht terug te brengen tot 20%. Zelfs nadat deze voorwaardelijke CAO eind 2008 werd afgesloten, zag de staatssecretaris echter aanleiding om met CAO-partijen om de tafel te gaan zitten 'om te bezien hoe het proces rond de arbeidsvoorwaarden verder vorm kan krijgen'.¹⁰ Pas nadat de vakbonden begin dit jaar hadden laten weten dat verder uitstel van invoering van de Postwet niet in het belang van de betrokken werknemers in de sector was, heeft het kabinet besloten om tot openstelling van de markt per 1 april 2009 over te gaan. De stok achter de deur blijft echter gehandhaafd en kan achter de deur vandaan worden gehaald indien de CAO niet wordt nageleefd of niet wordt gecontinueerd of om andere redenen niet effectief blijkt te zijn. Opvallend is dat de vakbonden hier toch wel een stevig handje worden geholpen en dat de onderhandelingsvrijheid van de nieuwe toetreders beperkt is.

Een interessante constatering daarbij is dat de Arbeidsinspectie enerzijds heeft vastgesteld dat mensen met een overeenkomst van opdracht in sommige gevallen onder het minimumloon werken en de wetgever geen aanleiding ziet tot uitbreiding van de Wet minimumloon. Waarom wordt niet geheel duidelijk. De vorige keer dat lonen op een soortgelijke wijze onder druk stonden was in 2007 toen de Wet maatschappelijke ondersteuning werd ingevoerd. Deze leidde tot een liberalisering van de markt

De Arbeidsinspectie heeft vastgesteld dat mensen met een overeenkomst van opdracht soms onder het minimumloon werken maar de wetgever ziet geen aanleiding tot uitbreiding van de Wet minimumloon

op het gebied van huishoudelijke verzorging. Dit leidde tot nieuwe aanbestedingen aan bedrijven die niet onder de dure Thuiszorg-CAO vielen. Het gevolg was dat tienduizenden thuiszorgmedewerkers ofwel hun baan verloren, ofwel tegen veel lagere arbeidsvoorwaarden aan de slag moesten. Het is moeilijk te vermijden dat liberalisering invloed heeft op arbeidsvoorwaarden. Er kan echter al snel een 'race to the bottom' ontstaan. Het blijft echter een *balancing act* tussen liberalisering, bescherming van arbeidsvoorwaardenniveau en de collectieve onderhandelingsvrijheid. Hoewel art. 7a van de Postwet in overeenstemming lijkt te zijn met de voornoemde ILO-verdragen, schrijven die wel voor dat deze een redelijke termijn niet mogen overschrijden. Het is dan ook de vraag in hoeverre het artikel op de lange duur houdbaar is. Ook kan men zich afvragen of de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst niet andere mogelijkheden zou moeten bevatten om te komen tot een geharmoniseerd arbeidsvoorwaardenniveau na liberalisering. In Duitsland worstelt men met hetzelfde probleem. Daar heeft de regering de CAO van Deutsche Post algemeen verbindend verklaard, die net als bij TNT op een veel hoger niveau lag dan de toetreders kunnen betalen. De rechter heeft inmiddels in twee instanties geoordeeld dat dat in strijd is met de vakbondsvrijheid zoals onder meer vastgelegd in de Duitse Grondwet.

De bovenkant: bankiers

Naast bescherming van de onderkant van de arbeidsmarkt, is deze regering duidelijk gericht op bestrijding van excessieve beloning. Daar waar eerdere kabinetten wetten met een hoog symbolisch gehalte voorstelden, die in de praktijk een contraproductief effect leken te hebben, is dit kabinet daadkrachtiger. Een overzicht laat dat zien:

- Per 1 januari 2009 werd de Wet excessieve beloning van kracht. Deze bevat onder meer een ingewikkelde en technisch aanvechtbare bepaling die leidt tot een extra heffing ten laste van de werkgever ter grootte van 30% over het als excessief aangemerkte gedeelte van een vertrekvergoeding. Excessief is, kort gezegd, een vertrekvergoeding, die meer is dan één jaarsalaris, voor zover het gaat om mensen met een jaarsalaris van meer dan vijf ton. Opmerkelijk is dat vrijwel alle betalingen van de werkgever worden meegenomen voor de berekening van de 'vertrekvergoeding', behalve de winst op aandelen die de werknemer bezat. De wet is bedacht om excessen als bij Rijkman Groenink (ABN AMRO) en Jan Bennink (Numico) tegen te gaan, maar juist hun casusposities hadden onder de huidige wet niet geleid tot de heffing. Zij hadden hun astronomische bedragen voor het overgrote gedeelte te danken aan de stijging van de aandelenkoers die weer het gevolg was van de overname waarin hun bedrijven verwickeld waren. Een dergelijke situatie wordt echter weer bestreken door de Code Frijns (zie hierna).
- Onlangs is het wetsvoorstel Standpuntbepalingsrecht or ingediend.¹¹ Op grond hiervan krijgt de ondernemingsraad het recht om een standpunt te bepalen omtrent onder meer het bezoldigingsbeleid dat ingevolge art. 2:135 BW door de algemene vergadering van aandeelhouders van een NV moet worden vastgesteld.
- Diverse financiële instellingen deden een beroep op de financiële steun van de overheid. Zoals bekend stelde

de Minister van Financiën in ruil voor deze steun de voorwaarde dat de leden van de raad van bestuur afzagen van hun bonus over 2008 en dat er een nieuw bezoldigingsbeleid zou komen voor het bestuur en het 'seniormanagement'. Ook dient dit beleid een duurzaam karakter te hebben en gebaseerd te zijn op internationale standaarden. Wat het laatste is, weet nog niemand. Een belangrijke vraag is hoe deze regels in de praktijk zullen kunnen worden afgedwongen. Bij bestuurders speelt deze kwestie omdat zij een dubbele rechtsverhouding hebben. Op grond van hun vennootschapsrechtelijke taak hebben zij namens de vennootschap ingestemd met de voorwaarden. Of dit ook automatisch een aanpassing van hun arbeidsovereenkomst mee brengt is de vraag. Inmiddels kondigde minister Bos aan dat hij de financiële instellingen bij nieuwe steunaanvragen zou verplichten ook jegens seniormanagement loonmatiging af te dwingen.

- Bij de staatsdeelnemingen Fortis en ABN AMRO vroeg de Minister van Financiën een bestuurder af te zien van bonussen. Toen deze weigerde af te zien van een pakket aan retentiebonussen en een ontslagvergoeding, in totaal ter waarde van ± € 17 miljoen, werd de zaak voorgelegd aan de kantonrechter te Amsterdam in het kader van een art. 96 Rv-procedure. Deze oordeelde dat de aangevoerde gronden ('kredietcrisis en gewijzigde maatschappelijke opvattingen') onvoldoende reden waren om aan nakoming van de afspraken in de weg te staan.¹²
- In het dossier overheidsdeelnemingen werd het bezoldigingsbeleid opgesteld dat de staat als aandeelhouder gaat voeren. Dit leidt tot indeling van overheidsdeelnemingen in diverse sectoren, met eventuele toepasselijkheid van de Balkenende-norm. Belangrijk is de aankondiging dat er wettelijk instrumentarium komt om beloningen die in strijd met de normen zijn gemaakt, met een last onder dwangsom terug te vorderen van hetzij de overheidsdeelneming, hetzij de betrokken bestuurder.¹³ Verder valt in dit beleidskader te lezen dat de beloningsontwikkeling van het bestuur die van de overige werknemers moet volgen. Ook wordt de vertrekpremie tot één jaarsalaris gemaximeerd.¹⁴
- Deze elementen komen ook terug in de aangepaste Code Tabaksblat, thans Code Frijns geheten. De maximering tot één jaarsalaris was al opgenomen in de Code. Thans zijn nog, voor zover hier relevant, toegevoegd een terugvorderingsrecht ('claw back') voor de raad van commissarissen indien beloning op onjuiste gronden is vastgesteld en een aanpassingsrecht indien de variabele beloning tot onmiddellijke uitkomsten leidt vanwege buitengewone omstandigheden (waarmee is bedoeld op onvoorzien hoge koerswinsten in het kader van een aandelenregeling voor bestuurders). Tevens staat in de Code nu een verwijzing naar 'de beloning van andere geledingen in de organisatie'. Volgens de Code ligt er een taak voor de raad van commissarissen om de verhouding tussen beloning van het bestuur en de rest van de organisatie in de gaten te houden.
- Medio februari werd het wetsvoorstel Limitering ontbindingsvergoeding ingediend bij de Tweede Kamer. Dit voorziet in de toevoeging van art. 685a aan Boek 7 BW, na het artikel over ontbinding van de arbeids-

Onduidelijk is waarom alleen de ontbindingsvergoeding moet worden gelimiteerd en niet tevens andere ontslagvergoedingen, zoals die ex art. 7:681 BW

overeenkomst. De kern is dat de ontbindingsrechter geen vergoeding kan toekennen die meer bedraagt dan een bedrag gelijk aan het jaarsalaris van de werknemer indien het jaarsalaris gelijk is aan of hoger dan € 75 000, 'tenzij dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn'. Er is veel kritiek op dit wetsvoorstel te leveren. De rechtvaardiging voor de inkomensgrens is slecht onderbouwd en doet willekeurig aan. Het loonbegrip is niet helder gedefinieerd, hetgeen leidt tot onzekerheid en de kans op manipulatie verhoogt. Onduidelijk is waarom alleen de ontbindingsvergoeding moet worden gelimiteerd en niet tevens andere ontslagvergoedingen, zoals die ex art. 7:681 BW. Het wetsvoorstel is echter een rechtstreeks gevolg van het najaarsakkoord 2008, waarmee de vakbeweging en de werkgevers hun jarenlange ruzie over aanpassing van het ontslagrecht voorlopig beëindigden. Dat is de wetgever in deze tijden van crisis vermoedelijk veel waard. Het blijft overigens mogelijk om een werknemer meer dan een jaarsalaris toe te kennen, zij het dat de kantonrechter daaraan niet mag meewerken.

- Ook in de praktijk trachtte de overheid de excessieve beloning aan te pakken. Een voorbeeld daarvan betrof de weigering door de Staat tot benoeming van een bestuurder van TNO wegens de hoogte van zijn salaris. De kortgedingrechter oordeelde echter dat de minister zijn bevoegdheid om een persoon voor te dragen voor benoeming niet kon aanwenden om in te grijpen in het salarisbeleid van TNO.¹⁵

Het bovenstaande overziende, kan duidelijk gesproken worden over een consistent beleid. Daar waar de regering kan, tracht zij in te zetten op beperking van de ontslagvergoeding tot een jaarsalaris voor de hogere inkomens en het beter in de pas lopen van de loonontwikkeling van deze groep met de rest van de organisatie. Toepassing en naleving van deze regels wordt bovendien sterk bevorderd. Voorzienbaar is dat hier de komende jaren meer rechtspraak uit voort komt. De zaak van de ABN AMRO-bestuurder laat zien dat de rechter niet steeds het nieuwe beleid

Noten

10. Kamerstukken I, 30 536, R. p. 2.

11. Kamerstukken II, 31 877, nr. 1-3.

12. Ktr. Amsterdam 29 december 2008, JAR 2009/26.

13. Brief minister met nadere onderbouwing keuzes ten aanzien van

gekozen beloningsregime voor verschil-

lende genoemde semi-publieke sectoren, Kamerstukken II, 28 479, nr. 38.

14. Brief minister over beloningsbeleid bij staatsdeelnemingen, Kamerstukken II, 28 479, nr. 39.

15. Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 30 december 2008, JAR 2009/32.

De zaak van de ABN AMRO-bestuurder laat zien dat de rechter niet steeds het nieuwe beleid boven de nakoming van afspraken zal stellen

boven de nakoming van afspraken zal stellen. Ook hier kan men zich afvragen hoe dit beleid zich verhoudt met de collectieve onderhandelingsvrijheid. Hoger personeel is doorgaans minder goed georganiseerd in vakbonden, maar het feit dat de vakbond voor middelbaar en hoger personeel De Unie het najaarsakkoord niet tekende, laat zien dat ook hier misschien nog wat te verwachten valt.

Vakantiedagen en ziekte

Het Hof van Justitie heeft begin dit jaar een arrest gewezen dat vermoedelijk tot herziening van de vakantiewetgeving noopt.¹⁶

Het gaat om twee gevoegde zaken waarin vragen werden gesteld over de samenloop van het recht op vakantie en ziekte. Het gaat daarbij om verschillende casusposities: in de eerste plaats werknemers die direct na afloop van hun ziekte met vakantie willen en in de tweede plaats werknemers die aansluitend aan hun ziekte worden ontslagen en een vervangende financiële vergoeding eisen. Het hof oordeelt allereerst dat art. 7 lid 1 van Richtlijn 2003/88 in beginsel niet in de weg staat aan nationale bepalingen volgens welke een werknemer geen recht heeft om jaarlijkse vakantie met behoud van loon op te nemen tijdens een periode van ziekteverlof, mits die werknemer evenwel de mogelijkheid heeft om in een andere periode vakantie te genieten. Belangrijk voor onze nationale wetgeving is het oordeel dat het recht op vier weken vakantie voor iedere werknemer als bijzonder belangrijk beginsel van communautair sociaal recht geldt, ongeacht zijn gezondheidstoestand. Als opname van vakantie niet mogelijk is doordat het dienstverband eindigt zonder dat de werknemer weer hersteld is en hij daardoor geen vakantie heeft kunnen genieten, dient een vergoeding te worden betaald. Voor de berekening hiervan dient het 'normale salaris' te worden genomen dat de werknemer tijdens vakantie dient te worden betaald.

Het gevolg van de uitspraak van het HvJ EG kan zijn dat langdurig arbeidsongeschikte werknemers aanspraak kunnen maken op meer vakantiedagen dan er voor hen in de boeken staat

Volgens art. 7:635 lid 4 BW bouwt de arbeidsongeschikte werknemer slechts over de laatste zes maanden vakantie op, ook als de arbeidsongeschiktheid langer duurt. Het oordeel van het hof leidt tot twijfel of dit nog houdbaar is. Iedereen heeft recht op de opbouw van het minimum aantal vakantiedagen, ook zieke werknemers. Dat wordt niet gelimiteerd. Sterker nog, het hof wijst erop dat daarvan niet kan worden afgeweken. Het werkt dit recht in dit arrest verder uit door te overwegen dat het gewone salaris wordt betaald alsof de werknemer niet ziek zou zijn geweest. Het gevolg kan zijn dat langdurig arbeidsongeschikte werknemers nog aanspraak kunnen maken op meer vakantiedagen dan er voor hen in de boeken staat. Het is onbekend hoe de regering hier tegenaan kijkt.

Verwijtbaarheid ontslag

De Centrale Raad van Beroep heeft zich op 18 februari 2009 in een zestal zaken voor het eerst uitgesproken over de betekenis van het per 1 oktober 2006 in werking getreden art. 24 lid 2 van de Werkloosheidswet (WW). Met de wijziging van dat artikel heeft de wetgever de verwijtbaarheidstoets in de WW willen beperken teneinde de uitvoering van de WW te vereenvoudigen en, bezien vanuit WW-oogpunt, de zogenoemde pro forma-procedures, bij de kantonrechter overbodig te maken. Dit heeft in de praktijk intussen geleid tot versoepeling van de ontslagpraktijk en vermindering van ontslagkosten voor werkgevers. Door de wijziging van art. 24 lid 2 onder b WW wordt de werknemer niet langer verwijtbaar werkloos geacht indien hij actief of passief meewerkt aan een door de werkgever beoogde beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Daardoor bestaat in die gevallen niet langer onzekerheid over het recht op WW-uitkering en heeft een procedure bij het UWV of de kantonrechter voor het recht op uitkering geen betekenis meer. Om dergelijke procedures terug te dringen heeft de wetgever het ook nodig geacht art. 24 lid 2 onder a WW te wijzigen, in die zin dat de werknemer verwijtbaar werkloos is geworden indien aan de werkloosheid een dringende reden als bedoeld in art. 7:678 van het Burgerlijk Wetboek (BW) ten grondslag ligt en de werknemer ter zake een verwijt kan worden gemaakt.

In de uitspraak *LJN BH2387* wordt allereerst geconcludeerd dat in het geval de werknemer niet op staande voet is ontslagen of diens arbeidsovereenkomst niet wegens een dringende reden is ontbonden, er toch sprake kan zijn van verwijtbare werkloosheid als bedoeld in art. 24 van de WW. Niet de ontslagroute die de werkgever heeft gekozen, maar de ontslagreden is daarvoor bepalend. Voor de vraag of er een dringende reden voor ontslag is, moet een materiële beoordeling worden gemaakt. Daarbij zijn art. 7:678 en 7:677 van het BW de maatstaf. Gelet op de tekst en de geschiedenis van de totstandkoming van het gewijzigde art. 24 lid 2 aanhef en onder a van de WW dient een materiële beoordeling plaats te vinden van de vraag of aan de werkloosheid een dringende reden ten grondslag ligt. Daarbij is art. 7:678 van het BW de maatstaf, welk artikel, zoals eveneens uit die wetsgeschiedenis blijkt, niet los kan worden gezien van art. 7:677 van het BW. Met het oog op de rechtszekerheid ligt het in de rede om aan deze artikelen in het kader van de WW geen andere toepassing te geven dan tot uitdrukking komt in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Hiermee is de uitkomst van de hantering

van die maatstaf echter nog niet gegeven. Art. 7:678 van het BW geeft immers geen uitputtende opsomming van feiten en omstandigheden die als dringende reden moeten worden aangemerkt, terwijl daarnaast, mede gelet op de samenhang met art. 7:677 van het BW, ook indien zich een omstandigheid voordoet die als dringende reden zou kunnen worden aangemerkt, nog niet vaststaat dat deze voor de betreffende werkgever in de specifieke situatie en in de specifieke werkrelatie een dringende reden voor ontslag op staande voet oplevert. Dat zal steeds per individueel geval dienen te worden beoordeeld.

Tot de elementen die moeten worden gewogen bij de beoordeling van de vraag of de werkloosheid het gevolg is van een dringende reden behoren de subjectiviteit van de dringende reden, in onderlinge samenhang bezien met de aard en ernst van de gedraging en de andere relevante aspecten, zoals de aard van de dienstbetrekking, de duur daarvan en de wijze waarop de werknemer die dienstbetrekking heeft vervuld, alsmede de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, waaronder zijn leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben.

Indien vervolgens tot het aannemen van een dringende reden wordt geconcludeerd zal tot slot in het kader van art. 24 lid 2 aanhef en onder a van de WW moeten worden getoetst of de werknemer van de dringende reden een verwijt kan worden gemaakt.

De Centrale Raad acht voorts de invulling van de onderzoeksplicht in de 'Beleidsregels toepassing art. 24 en 27 WW 2006' niet in strijd met art. 3:2 van de Awb en in overeenstemming met de doelstelling van de wetswijziging om de ontslagpraktijk te versoepelen en de pro forma-procedures terug te dringen.

Toetsend aan de geformuleerde criteria is de Centrale Raad in de zaak *LJN BH2387* tot de conclusie gekomen dat het UWV onvoldoende onderzoek heeft gedaan om de vraag of sprake was van een dringende reden te kunnen beantwoorden. Weliswaar bevonden zich bij de stukken diverse verklaringen die erop duiden dat er sprake zou kunnen zijn van een dringende reden – betrokkene had zelf ook niet ontkend dat hij met een mes op zijn collega was afgegaan – maar niet is vast komen te staan dat het UWV alle omstandigheden heeft afgewogen die voor die conclusie noodzakelijk zijn. Daarbij hadden ook betrokken moeten worden de leeftijd van betrokkene, de lengte van het dienstverband en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben. Verder had dienen te worden bezien wat de betekenis is van de wrijvingen die zich al eerder hadden voorgedaan tussen betrokkene en degene die later bedreigd werd en wat de rol van laatstgenoemde is geweest in het escaleren van die wrijvingen. Ten slotte dient daarbij te worden betrokken de visie van de werkgever op het gebeurde en daarbij met name de betekenis die de werkgever toekent aan de latere verklaringen van de bij het incident betrokken collega's van betrokkene, alsmede het tijdsverloop tussen het incident en het ontbindingsverzoek.

In de zaken *LJN BH2390*, *BH2392* en *BH2394* is geconcludeerd dat niet is gebleken van een zo ernstige gedraging van de werknemer dat voor de werkgever een situatie was ontstaan die een ontslag op staande voet rechtvaardigde. Alleen in de zaak *LJN BH2388* achtte de

Centrale Raad wel een dringende reden voor ontslag op staande voet aanwezig en oordeelde hij voorts dat de betrokken werknemer daarvan een verwijt kon worden gemaakt.

Uit deze rechtspraak kan worden afgeleid dat weliswaar een dringende reden aanwezig kan zijn zonder dat de werknemer daadwerkelijk op die grond is ontslagen, maar tegelijkertijd kan het UWV niet te snel aannemen dat dit het geval is. Het is dus niet mogelijk om het bestaan van een dringende reden aan te nemen op grond van het enkele feit dat een beëindiging op initiatief van de werkgever heeft plaatsgevonden zonder toekenning van een vergoeding. Wel mag het UWV dit aangrijpen om een onderzoek in te stellen. Gezien de hoge eisen die de CRvB aan dit onderzoek stelt, heeft het voor het UWV in de praktijk waarschijnlijk alleen zin om dit te doen in evidente gevallen van een vermoedelijke dringende reden. Dit is in lijn met de bedoeling van de wetgever om het ontslagrecht langs deze weg te versoepelen.

Aansprakelijkheid

Een van de meest spraakmakende ontwikkelingen in de arbeidsrechtelijke jurisprudentie van 2008 was de verzekeringsplicht die de Hoge Raad op grond van goed werkgeverschap aannam voor werkgevers ter zake van werknemers die als bestuurder deelnemen aan het gemotoriseerd verkeer.¹⁷ Deze jurisprudentie vroeg om nadere verduidelijking die er ten dele snel is gekomen. De Hoge Raad maakte uit dat een dergelijke verzekeringsplicht ook geldt ten aanzien van werknemers die als fietser voor hun werk aan het verkeer deelnemen.¹⁸ Het wachten is nu nog op een uitspraak over de verzekeringsplicht ten aanzien van werknemers die voor hun werk als inzittenden meereizen. Het lijkt voor de hand te liggen dat ook ten aanzien van hen een verzekeringsplicht geldt.

Daarnaast doet zich bij deze jurisprudentie regelmatig de vraag voor waar de grens ligt tussen woonwerkverkeer (waarvoor de werkgever in beginsel niet aansprakelijk is) en verkeer in het kader van het werk. Zo werd aangenomen dat de werknemer die op een andere locatie dan gebruikelijk moet werken, en zich via zijn gebruikelijke werklocatie naar die andere locatie begeeft zich op dat moment niet meer in het woon-werkverkeer bevindt, maar in het werkverkeer. Terecht had het hof geoordeeld dat sprake was van vervoer dat op één lijn te stellen is met vervoer dat plaatsvindt krachtens de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst en in het kader van de voor de werkgever uit te voeren werkzaamheden. Hierbij werd aangekend dat in beginsel vervoer van de werknemer dat met het oog op het verrichten van de opgedragen werkzaamheden plaatsvindt tussen verschillende arbeidsplaatsen, zoals tussen verschillende vestigingen van de werkgever, heeft te gelden als vervoer dat plaatsvindt krachtens de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst en in het kader van de voor de werkgever uit te voeren werkzaamheden.¹⁹

Noten

16. HvJ EG 20 januari 2009, *JAR* 2009/58.

17. HR 1 februari 2008, *JAR* 2008/56

(*Maasman/Akzo Nobel*).

18. HR 12 december 2008, *JAR* 2009/15

(*De Werven/Van der Graaf*).

19. HR 19 december 2008, *JAR* 2009/17

(*Gündogdu/Frans Mulder Fastfood*).

Een ander grensgeval betrof een autoambulance, die de werknemer in geval hij nooddienst had mee naar huis mocht nemen om in geval van een noodoproep snel ter plaatse te kunnen zijn. Toen er een ongeval plaatsvond in deze autoambulance op weg naar het werk zonder dat sprake was van zo'n noodoproep, heeft het hof volgens de Hoge Raad begrijpelijkerwijs beslist dat het gebruik dat de werknemer maakte van de autoambulance op één lijn moet worden gesteld met vervoer dat plaatsvindt krachtens de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst en in het kader van de voor de werkgever uit te voeren werkzaamheden. Het gebruik van de autoambulance was rechtmatig omdat de werknemer nooddienst had. Tijdsverlies bij een oproep werd daardoor voorkomen en werknemers die nooddienst hadden, dienden permanent bereikbaar te zijn. De omstandigheden dat de werknemer van huis naar werk reed om met zijn werkzaamheden als magazijnchef te beginnen, dat er geen noodoproep was en dat hij niet verplicht was de autoambulance mee naar huis te nemen, doen hieraan niet af. De werkgever had op die grond als goed werkgever voor een behoorlijke verzekering moeten zorgen.²⁰

Het leek er de laatste tijd steeds meer op dat de verantwoordelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen op grond van art. 7:658 BW werd beperkt tot de werkplaats binnen de eigen onderneming, omdat de werkgever daarover de zeggenschap heeft. Activiteiten buiten die sfeer werden dan eventueel gebracht onder een verzekeringsplicht op grond van goed werkgeverschap. Toch mag dit niet te snel worden aangenomen. De Hoge Raad blijkt namelijk nog steeds een ruim begrip 'arbeidsplaats' te hanteren. Een chauffeur die schade opliep bij het uitgliden tijdens het tanken, kreeg zijn schade weliswaar niet vergoed, maar niet omdat het voorval buiten de onderneming plaatsvond. Bepalend was dat het hof omstandigheden had vastgesteld zoals dat hij niet verplicht was bij dit bepaalde tankstation te tanken en dat hij als ervaren

De Hoge Raad blijkt nog steeds een ruim begrip 'arbeidsplaats' te hanteren

chauffeur bedacht had moeten zijn op de vervuildeheid van het tankstation.²¹ Het blijft dus ook voor de toepassing van art. 7:658 BW belangrijk in hoeverre de werknemer als gevolg van de opdrachten van de werkgever in een gevaarlijke situatie komt.

Tijdschriften en proefschriften

De Kluwer-tijdschriften *Sociaal Maandblad Arbeid* (sinds 1946) en *Nederlands tijdschrift voor sociaal recht* (sinds 1986) fuseerden tot het nieuwe *Tijdschrift Recht en Arbeid*. Daarnaast werd het Sdu-tijdschrift *Arbeid Integraal* vervangen door het nieuwe *Tijdschrift voor de Arbeidsrecht-praktijk (TAP)*, waardoor er toch weer twee concurrerende, maandelijks verschijnende tijdschriften op dit vakgebied bestaan.

Voorts promoveerde Zef Even op *Transnational collective bargaining in Europe. A proposal for a European regulation on transnational collective bargaining* (diss. EUR), BJU 2009. Promotor was prof. Loonstra. In februari 2009 promoveerden in Utrecht zowel I. van der Helm ('De privacybescherming van de zieke werknemer', *Kluwer Monografieën Sociaal recht*, nr. 48) als mevrouw M. Grund ('Wijziging van de arbeidsovereenkomst: een instrument voor interne flexibiliteit?', *Kluwer Monografieën Sociaal recht*, nr. 49). Promotor was in beide gevallen prof. Jaspers (naast prof. Pennings resp. dr. Konijn), die eind 2008 met emeritaat ging. Ter gelegenheid van zijn afscheid verscheen een bundel met Engelstalige opstellen over sociale verantwoordelijkheid in arbeidsverhoudingen.²² •

Noten

20. HR 19 december 2008, *JAR* 2009/18 (Autoster/Hendriks).

21. HR 20 februari 2009, *JAR* 2009/76 (Van Riemdijk/Autop).

22. Frans Pennings, Yvonne Konijn & Albertine Veldman (eds.), *Social Responsibility in Labour Relations, European and Comparative Perspectives*, Deventer: Kluwer Law International 2008.