

Kroniek van het sociaal recht

Barend Barentsen en Stefan Sagel¹

In deze kroniek aandacht voor zieke werknemers en voor de onderdelen van de Wwz die op 1 januari a.s. in werking treden, de maatregelen die de positie van flexwerkers moeten versterken, onder meer op het punt van de beëindiging van hun contracten. Daarna nog meer aandacht voor zieke werknemers, die een primeur beleefden bij de Hoge Raad: een prejudiciële procedure. Vervolgens oog voor het lang niet altijd met elkaar sporende Europese arbeidsrecht afkomstig uit Brussel/Luxemburg (EU) en uit Straatsburg (EVRM). Waarna wordt afgerond met een opmerkelijke casus, waarin een BMW, een modderige hond en verzekeringsrecht de hoofdrollen voor hun rekening nemen.

1. Al is de werknemer nog zo snel...

‘Gebleken is dat u ondanks uw fysieke belemmeringen zelfs heeft meegelopen in de marathon te Rotterdam op 14 april 2013. Twee dagen daarna had u last van uw knieën en wilde u daarvoor naar het ziekenhuis. Het is volstrekt duidelijk dat deelname aan dit soort hardloopwedstrijden ten koste gaat van uw gezondheid en uw re-integratie belemmert. Voorts is gebleken dat u ondanks uw ziekte, bestaande uit schouder-, nek-, pols- en handklachten dood leuk meerdere dagen werkzaamheden aan uw eigen woning staat uit te voeren, waaronder het vervangen van dakgoten. Cliënte wenst dit niet te tolereren.’

Dit zijn bepaald pittige passages uit de ontslagbrief die aan een zieke werknemer werd toegestuurd. Het is duidelijk dat de werkgever het hardlopen en klussen tijdens ziekte niet zint. De Groningse kantonrechter liet het door hem gegeven ontslag op staande voet in kort geding in stand en ging over tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst.² Vraag is wel waarom deze werknemer nu precies ontslagen is. Omdat hij niet ziek was en toch loondoorbetaling bij ziekte claimde? Omdat hij zijn ziekte verergerde, of zich niet aan voorschriften van behandelaars of de bedrijfsarts hield? Omdat hij relevante informatie verzweeg? Omdat de werkgever klussende hardlopers gewoon niet meer vertrouwt? Vergelijkbare

onduidelijkheid over de exacte ontslaggrond – en de ontslagbrief die hiervoor gedeeltelijk is geciteerd, beschrijft in de volledige versie een hele waaier aan wangedrag – brak een andere werkgever uit Groningen nog lelijk op in een zaak die een paar jaar geleden de Hoge Raad haalde.³

Nu is dat marathonlopen wel een belangrijk verschil met de door de Hoge Raad beslechte Dynabyte-casus, waarin ‘alleen maar’ werd geklust. Deze zaak is redelijk uitzonderlijk, al is het ook weer niet de enige arbeidsongeschikte hardloper die werd ingehaald door arbeidsrechtelijke en socialezekerheidsrechtelijke sancties.⁴ De inhoudelijke vragen die de hardloopzaken oproepen zijn echter een stuk minder uitzonderlijk. Zoals: hoe wist de werkgever van dat geloop en geklus en in hoeverre mag hij de werknemer controleren in zijn vrije tijd en in zijn privé-omgeving? Is hier wellicht sprake van onrechtmatig verkregen bewijs, en zo ja, heeft dat dan gevolgen voor de ontslagbevoegdheid van de werkgever? Wanneer mag de werkgever zich bemoeien met privé-activiteiten van de werknemer, en mag gedrag dat schadelijk is voor de gezondheid worden verboden? Over het antwoord op die vragen kan heel verschillend worden gedacht. De kantonrechter loopt in deze zaak een heel eind mee met de werkgever bij de beantwoording ervan, maar onder meer Burger heeft flinke kritiek op de uitspraak.⁵

In ieder geval illustreert deze zaak maar weer eens dat de loondoorbetalingsplicht bij ziekte en de re-integratieverplichtingen van de werkgever de nodige spanningen

Auteurs

1. Prof. mr. B. Barentsen is hoogleraar sociaal recht en bijzonder hoogleraar arbeidsverhoudingen bij de overheid (Albeda-leerstool) aan de Universiteit Leiden en prof. mr. S.F. Sagel is hoogleraar arbeids-

recht aan de Universiteit Leiden en advocaat te Amsterdam. Sagel was als advocaat betrokken bij verschillende van de in deze kroniek besproken zaken bij de Hoge Raad.

Noten

2. Te kennen uit Rb. Groningen (ktr.) 20 september 2013, JAR 2013/254.
3. HR 22 april 2011, JAR 2011/138 (Dynabyte).
4. Zie over de werknemer met knieklachten

die deelnam aan de Dam tot Dam loop, Rb. Haarlem (ktr.) 29 oktober 2008, JAR 2008/304 en CRvB 11 januari 2012, USZ 2012/46.
5. P.H. Burger, ‘De marathonman’, TRA 2013/99.

oproepen. Aan de ene kant is het niet onredelijk dat wie betaalt ook bepaalt, aan de andere kant gelden er wel fundamentele rechten van de werknemer (eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, het recht van vrije artskeuze, respect voor de lichamelijke integriteit). Dat neemt niet weg dat sommige werkgevers het lastig hebben met de verplichtingen bij ziekte. Zo verzette een werkgever zich niet al te lang geleden, overigens zonder succes, tegen loondoorbetaling voor een taxichauffeur die niet kon werken als gevolg van een geslachtsveranderende operatie.⁶ Hier en daar valt er in werkgeverskringen het geluid te beluisteren dat het nieuwe ontslagrecht ze verder gestolen kan worden. Hun probleem is de loondoorbetalingsplicht bij ziekte, de vergaande re-integratieverplichtingen en de loonsanctie die het UWV oplegt bij niet-naleving ervan. Niet het ontslagrecht of gouden handdrukken zorgen voor een toenemend gebruik van flex-contracten, maar de werkgeverslasten bij ziekte.⁷ Volgens het CPB is er nog veel onduidelijk over de effecten van zulke werkgeversverplichtingen. De balans tussen het stimuleren van wenselijke zorg voor een laag ziekteverzuim en ongewenst gedrag (risicoselectie, vlucht in flexarbeid) is precair.⁸

Toch kunnen we in deze kroniek niet helemaal om het nieuwe ontslagrecht heen. De herziening ervan verliep tot voor kort aanzienlijk minder snel dan een sprint van Usain Bolt. Het was eerder een eindeloze duurloop, waarin de lopers zelfs niet in het zicht van de finish kwamen en telkens maar weer terugliepen naar de start. Met de Wet werk en zekerheid (Wwz), die in TGV-vaart door het parlement is gejaagd, is die herziening per 1 juli volgend jaar 'ineens' een feit.⁹ Zoals een van ons het in zijn recente Leidse oratie uitdrukte: de dag die je wist dat niet zou komen, is eindelijk hier.¹⁰ In die oratie en in onze kroniek in dit blad vorig jaar¹¹ tekenden we wat zorgen op. Hopelijk hebben we geen gelijk, en moeten we dat in onze kroniek van volgend jaar toegeven. In deze kroniek concentreren we ons op de onderdelen van de Wwz die op 1 januari a.s. in werking treden, kort gezegd maatregelen die de positie van flexwerkers moeten versterken, onder meer op het punt van de beëindiging van hun contracten. Daarna nog meer aandacht voor zieke werknemers, die een primeur beleefden bij de Hoge Raad: een prejudiciële procedure. Vervolgens komen wij toe aan het lang niet altijd met elkaar sporende Europese arbeidsrecht afkomstig uit Brussel/Luxemburg (EU) en uit Straatsburg (EVRM). We ronden af met een opmerkelijke casus, waarin een BMW, een modderige hond en verzekeringsrecht de hoofdrollen voor hun rekening nemen.

2. Wwz: meer vastigheid voor flexwerkers

Zoals hiervoor reeds is aangegeven, beperken wij ons in deze bijdrage, waar het de Wwz betreft, tot de wijzigingen die deze wet per 1 januari 2015 meebrengt. Die veranderingen zien, naast de introductie van de nieuwe rechtsfiguur van de zogeheten aanzegverplichting, op de proeftijd, het concurrentiebeding en, tot slot, de mogelijkheden tot uitsluiting van de risicoregeling inzake de loondoorbetaling. De wijzigingen hebben als gemene deler dat zij erop gericht zijn de positie van flexkrachten met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te versterken en het gebruik van zulke contracten, met name waar deze

voor korte duur worden aangegaan, te ontmoedigen.

Proeftijd

Een kortdurend contract voor bepaalde tijd levert voor de werknemer een geringe inkomenszekerheid op. Wordt aan zo een contract dan ook nog eens een proeftijd toegevoegd, dan wordt die onzekerheid nog verder vergroot omdat de werknemer in de proefperiode vrijwel iedere bescherming tegen ontslag mist. Een ontslagvergunning is niet vereist, de meeste ontslagverboden gelden niet, de arbeidsovereenkomst kan met onmiddellijke ingang worden opgezegd en zo een opzegging kan (in het huidige systeem) niet kennelijk onredelijk zijn.¹² De wetgever acht het niet langer verantwoord om werknemers die al worden opgescheept met de beperkte zekerheid van een kortdurend contract, ook nog eens te confronteren met de additionele onzekerheid van een proeftijd en heeft er om die reden voor gekozen om het aangaan van een proeftijd bij een tijdelijk contract van maximaal zes maanden geheel te verbieden. De werkgever moet dus, zo lezen wij in de memorie van toelichting, gaan kiezen met welke onzekerheid hij de werknemer het liefste opscheept: 'of een contract van ten hoogste zes maanden zonder proeftijd, of een contract langer dan een half jaar met proeftijd.'¹³ De regeling is van dwingend recht; er kan niet van worden afgeweken, ook niet bij cao. De regering verwacht dat werkgevers de voorkeur zullen geven aan een proeftijd boven een kortdurend contract voor bepaalde tijd, en dat deze wetswijziging ertoe bijdraagt dat er minder korte arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd worden gesloten.

Voor het overige wordt in de wet een aantal regels uit de rechtspraak van de Hoge Raad gecodificeerd over de (on)mogelijkheid om in een opvolgende arbeidsovereenkomst tussen dezelfde partijen of tussen de werknemer en een nieuwe werkgever die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs als de opvolger van de vorige werkgever is aan te merken, opnieuw een proeftijd op te nemen. Die mogelijkheid ontbreekt in het eerste geval, behalve wanneer de opvolgende arbeidsovereenkomst duidelijk andere vaardigheden of verantwoordelijkheden van de werknemer vergt. In het tweede geval ontbreekt die mogelijkheid – al is dat niet met zoveel woorden in de letter van de wet terecht gekomen, maar valt het wel uit de wetsgeschiedenis af te leiden – als is voldaan aan de dubbele eis die de Hoge Raad in het *Van Tuinen*-arrest van 11 mei 2012 formuleerde, te weten wanneer 1. de nieuwe overeenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige overeenkomst en 2. tussen de nieuwe werkgever en de vorige werkgever zodanige banden bestaan dat het door die laatste op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.¹⁴

Concurrentiebeding

Ook bij het concurrentiebeding is de positie van de werknemer met een contract voor bepaalde tijd versterkt. Daartoe wordt de regeling van artikel 7:653 BW per 1 januari 2015 in die zin gewijzigd dat een beding, dat de werknemer verbiedt om na het einde van de arbeidsovereenkomst op een bepaalde wijze werkzaam te zijn, bij een contract voor bepaalde tijd verboden is, tenzij uit de bij

het beding opgenomen schriftelijke motivering blijkt dat het beding noodzakelijk is wegens zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. De gedachte daarachter lijkt in sterke mate op de hiervoor besproken ratio van de uitsluiting van de mogelijkheid om bij een kortdurend contract voor bepaalde tijd een proeftijd aan te gaan.¹⁵ In de ogen van de wetgever lijdt de werknemer met een concurrentiebeding in een contract voor bepaalde tijd een dubbel nadeel; enerzijds heeft hij slechts een beperkte tijd de zekerheid van inkomen, anderzijds wordt hij na die beperkte periode

Niet het ontslagrecht of gouden handdrukken zorgen voor een toenemend gebruik van flex-contracten, maar de werkgeverslasten bij ziekte

ook nog eens beperkt in zijn mogelijkheden om elders aan de slag te gaan. De wetgever beoogt met het stellen van het vereiste van de schriftelijke motivering voor concurrentiebedingen in contracten voor bepaalde tijd te bewerkstelligen dat de werkgever een concrete afweging maakt van zijn belangen tegen het belang van vrijheid (van arbeidskeuze) aan de zijde van de werknemer. Indien de vereiste motivering bij een concurrentiebeding in een contract voor bepaalde tijd ontbreekt, is het beding nietig. Wanneer er wel een schriftelijke motivering is opgenomen, kan de werknemer als hij meent dat geen sprake is van een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang de rechter verzoeken het beding te vernietigen. Uit de wetgeschiedenis volgt dat dat zwaarwegende belang niet alleen moet bestaan op het moment van aangaan van het beding, maar ook op het moment waarop de werkgever zich erop beroept.¹⁶ Denkbaar is dat zo een belang op het moment van aangaan nog wel, maar op het moment waarop de

werkgever zich op het beding beroept, helemaal niet meer bestaat, bijvoorbeeld omdat de specifieke, vertrouwelijke informatie waarover de werknemer tijdens het dienstverband is gaan beschikken – en waarin het zwaarwegende belang voor het aangaan van het beding is gelegen – inmiddels anderszins *in the public domain* terecht is gekomen. In zo een geval zal de werknemer alsnog vernietiging van het beding kunnen verzoeken bij de rechter. Het is belangrijk te onderkennen dat die vernietigingsactie afwijkt van de reeds thans bestaande – en in het nieuwe systeem gehandhaafde – vernietigingsactie op de grond dat een werknemer door een concurrentiebeding onbillijk wordt benadeeld in verhouding tot het belang van de werkgever bij dat beding. Op die laatste grond kan de rechter gedeeltelijk vernietigen en dus tot maatwerk komen. Maatwerk en genuanceerde toetsing aan alle omstandigheden van het geval zijn evenwel – en dan drukken we ons nog genuanceerd uit – niet wat de wetgever bij de Wwz primair voor ogen stond.¹⁷ Die wet staat in het teken van het streven naar hard and fast rules, eendimensionale regels met snelle oplossingen. Het is de in het recht vaak misleidende charme van de eenvoud die regeert. Die zwart/witte-benadering zien we ook terug bij de nieuwe vernietigingsactie op de grond dat een concurrentiebeding in een contract voor bepaalde tijd niet noodzakelijk is wegens zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen; de rechter kan het concurrentiebeding slechts geheel vernietigen of in het geheel niet vernietigen op de grond dat het beding (inmiddels) niet (langer) gerechtvaardigd is wegens een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang.¹⁸ Dat vinden wij een ongelukkige keuze. Het is goed voorstelbaar dat zich gevallen voordoen waarin gezegd kan worden dat door allerlei ontwikkelingen, waaraan de werkgever niet eens (actief) bijgedragen hoeft te hebben, een situatie is ontstaan waarin er weliswaar geen zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang meer is dat het gehele oorspronkelijke beding noodzakelijk doet zijn, terwijl er vanuit het perspectief van een zwaarwegend bedrijfsbelang nog wel een noodzaak is voor een deel van het beding. In zulk een geval ligt bij een strikte, of zo men wil 'grammaticale', interpretatie van de tekst van artikel 7:653 lid 3 sub a BW (nieuw) in de rede dat het beding geheel vernietigd wordt; 'het beding' – een term die dan dus wordt uitge-

6. Rb. 's-Hertogenbosch (ktr.) 13 maart 2014, JAR 2014/114.

7. Thema van het nationaal arbeidsrechtcongres 2013 was dan ook *de zieke werknemer in beweging*, zie G.C. Boot e.a., *De zieke werknemer in beweging*, Den Haag: Sdu 2014. Zie ook B. Baarsma & A. Heyma, 'De prijs van doorgeschoten verschuiving risico's naar werkgevers', www.mejudice.nl/artikelen/detail/de-prijs-van-doorgeschoten-verschuiving-risicos-naar-werkgevers.

8. CPB, *Werken in goede gezondheid*, CPB-Policy Brief 2014-3. Verhulp beschrijft in TRA 2014/2 (p. 21) dat werkgevers mogelijk meer zzp'ers gaan inschakelen als de wetgever de arbeidsovereenkomst (ook de flexibele varianten) met meer verplichtingen

optuigt.

9. Kritiek op het wetsvoorstel valt te vinden in: L.G. Verburg e.a. (red.), *Wetsvoorstel werk en zekerheid (33818)*. Commentaar en aanbevelingen van de werkgroep ontslagrecht VvA, 11 februari 2014 (Reeks Vereniging voor arbeidsrecht nr. 41), Deventer: Kluwer 2014, TRA 2014, afl. 3 en TAP 2014, afl. 2. Die kritiek heeft nauwelijks tot wijzigingen van het voorstel geleid.

10. S.F. Sagel, *Werk en zekerheid. Ontslagrecht doen in tijden van hard en fast rules* (oratie Leiden), 2014, de tekst is onder meer (gratis) beschikbaar via www.levenbachinstituut.nl.

11. B. Barentsen & S.F. Sagel, Kroniek van het sociaal recht, *NJB* 2013/2114, afl. 35,

p. 2431-2443.

12. Zie art. 7:670b, 7:676 BW.

13. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 16.

14. *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p.

90. Zie voorts HR 11 mei 2012, *JAR* 2012/150.

15. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p.

16. *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p.

28: 'Zoals in de memorie van toelichting beschreven (pagina 16) wordt de aanpassing van de regeling van het concurrentiebeding beperkt tot werknemers met een tijdelijk contract vanwege het dubbele nadeel dat zij ondervinden. Zij hebben immers een in duur beperkt contract en iedere beperking van de mogelijkheden

elders een (vast) contract aan te gaan of om als zelfstandige aan de slag te gaan in dezelfde branche, is daarom in beginsel onwenselijk.'

16. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 91.

17. Zie daarover de eerder genoemde oratie van Sagel: *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules* (oratie Leiden), Leiden, 2014 (zie www.levenbachinstituut.nl).

18. A.G.J.J. Jansen, 'Daar gaan we weer? Het concurrentiebeding revisited' TAP 2014/4, p. 221.

De Wwz is ook op dit punt voer voor advocaten, terwijl het nu juist één van de doelstellingen van het onderliggende Sociaal Akkoord was om die beroepsgroep het brood deels uit de mond te stoten

legd als 'het beding in zijn geheel' – is dan immers niet langer 'noodzakelijk' wegens een zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang. Deze rigide uitleg van de wet komt niet alleen onbillijk voor in de richting van de werkgever, maar sluit ook slecht aan bij de genuanceerde benadering waarvoor de Hoge Raad pas een aantal jaren geleden koos bij het aan de rechterlijke vernietiging van een concurrentiebeding verwante vraagstuk of het schriftelijkheidsvereiste opnieuw op zijn plaats is wanneer een concurrentiebeding 1. door een ingrijpende wijziging in de arbeidsverhouding 2. aanmerkelijk zwaarder gaat drukken.¹⁹ Ten aanzien van dat zogeheten *Brabant vs. Van Uffelen*-criterium had de rechtspraak altijd aangenomen dat wanneer de met 1. en 2. aangeduide deelveisten vervuld waren, daarmee het gehele concurrentiebeding kwam te vervallen als niet opnieuw aan de schriftelijkheidseis was voldaan.²⁰ De Hoge Raad volgde in de *AVM*-arresten van 5 januari 2007 een veel genuanceerdere benadering en besliste dat er, 'mede in aanmerking genomen het aan het thans geldende Burgerlijk Wetboek ten grondslag liggende uitgangspunt dat nietigheden in beginsel niet verder reiken dan de strekking daarvan meebrengt', reden was om bij toepassing van de hier besproken jurisprudentiële regel aan te nemen dat het concurrentiebeding zijn geldigheid niet onder alle omstandigheden bij het vervuld zijn van de zojuist genoemde deelcriteria volledig verliest, maar slechts voor zover de in de maatstaf genoemde, tezamen genomen, omstandigheden dit nodig maken met het oog de over en weer te beschermen belangen.

Hoe dan toch tot maatwerk te geraken in gevallen waarin geconstateerd wordt dat een werkgever op het moment waarop hij zich op het concurrentiebeding wil beroepen geen zwaarwegend bedrijfsbelang meer heeft bij het gehele beding, maar een deel ervan nog wel noodzakelijk is vanuit dat perspectief bezien? Een tweetrapsraket dient zich hier aan. De rechter die de nuance wil blijven zoeken, zou de oplossing daarin kunnen vinden dat hij allereerst beslist dat juist omdat de wet in zulk een geval geen gedeeltelijke vernietiging mogelijk maakt, daarmee is gegeven dat de noodzaak tot instandhouding van het gehele beding in deze setting nog steeds is gegeven. Vervolgens kan de rechter dan via de band van de andere (ook nu al bestaande) vernietigingsbevoegdheid, te weten op grond van de belangenafweging die thans is verankerd in artikel 7:653 lid 2 BW en die door de Wwz wordt verplaatst naar artikel 7:653 lid 3 sub b BW, alsnog tot gedeeltelijke vernietiging van het beding komen, waarbij dan in elk geval het deel waarbij de werkgever geen zwaarwegend bedrijfsbelang meer heeft, kan worden weggeematigd. Ten aanzien van dat deel zullen de belangen van de werknemer bij vernietiging immers zwaarder wegen dan het (niet langer existente, althans teruggelopen) belang bij instandhouding van de werkgever. Zou deze oplossing in de rechtspraak niet aanvaard worden, dan zouden werkgevers hun

toevlucht wellicht nog kunnen zoeken in het 'opknippen' van concurrentiebedingen (in contracten voor bepaalde tijd) in verschillende 'deelconcurrentiebedingen', ieder gemotiveerd met een eigen zwaarwegend bedrijfs- of dienstbelang. Langs die weg kan dan waarschijnlijk worden bewerkstelligd dat bij het wegvallen van een deel van de zwaarwegende bedrijfsbelangen, in elk geval de rest van de deelbedingen die noodzakelijk zijn in verband met een ander zwaarwegend bedrijfsbelang dat nog wel aanwezig is, in stand kan blijven. In het verlengde hiervan zij, meer in het algemeen, nog opgemerkt dat wanneer men de wetsgeschiedenis op de hand neemt, het de aanbeveling verdient om de zwaarwegende belangen van de werkgever die door het concurrentiebeding in een contract voor bepaalde tijd worden beschermd, zo concreet en specifiek mogelijk te omschrijven. De motivering 'vergt per geval een specifieke afweging en motivering', zo lezen wij in de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer.²¹ Algemeen verwoorde platitudes als dat het 'ter bescherming van het bedrijfsdebiët van de werkgever' nodig is een beding overeen te komen, zullen de toetsing niet doorstaan. Duidelijk moge zijn dat de nieuwe regelgeving op het terrein van het concurrentiebeding weer de nodige vragen oproept en – nog meer dan thans het geval is – goede drafting skills vereist. De Wwz is ook op dit punt voer voor advocaten, terwijl het nu juist één van de doelstellingen van het onderliggende Sociaal Akkoord was om die beroepsgroep het brood deels uit de mond te stoten. De advocaatkosten zouden door de Wwz met een miljard terug moeten lopen, zo hield VNO-NCW zijn achterban eind vorig jaar nog voor.²² Er zijn weinigen die daar (nog) in geloven, juist voor arbeidsjuristen leidt de Wwz tot werkzekerheid.

Ondertussen heeft de regering aangegeven de SER te zullen vragen of een bredere aanpassing van de regeling inzake het concurrentiebeding, ook voor contracten voor onbepaalde tijd, wenselijk is.²³ Daarover is al eerder veel – en vruchteloos – gesproken, maar zoals het ontslagrecht laat zien: soms komt een fundamentele herziening sneller dan je ooit voor mogelijk hebt gehouden.

Aanzegging

De Wwz heeft voor de flexwerker nog een versterking van zijn rechtspositie in petto, te weten de introductie van de zogeheten aanzegverplichting die wordt verankerd in artikel 7:668 BW. Die bepaling verplicht de werkgever om de werknemer uiterlijk een maand voordat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt, schriftelijk te informeren over 1. het al dan niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst en 2., als hij wil voortzetten, over de voorwaarden waaronder hij dat wil doen. Deze aanzegverplichting geldt niet voor arbeidsovereenkomsten aangaande voor een periode korter dan zes maanden en ook niet voor arbeidsovereenkomsten waarin de einddatum

niet op een kalenderdatum is gesteld, maar op – bijvoorbeeld – de afronding van een project. Evenmin geldt die verplichting bij arbeidsovereenkomsten waarin een uitzendbeding is opgenomen. Wanneer de werkgever de verplichting om aan te zeggen of hij de arbeidsovereenkomst wil voortzetten in het geheel niet is nagekomen, raakt een boete verschuldigd van één maandsalaris. Komt hij de verplichting te laat na, bijvoorbeeld pas een week voor het verstrijken van de termijn, dan is die boete naar rato verschuldigd. Op overtreding van de verplichting om wanneer wordt aangegeven dát de werkgever de arbeidsovereenkomst wenst voort te zetten, ook duidelijkheid over de voorwaarden waaronder dat dan geschiedt te bieden, heeft de wetgever geen boete gesteld. Maar het verzuim om dat te doen, kan de werkgever onder omstandigheden wel anderszins duur komen te staan, duurder zelfs dan de boete van één maandsalaris. Want in artikel 7:668 lid 4 onder a BW is bepaald dat wanneer een werkgever 1. niet heeft aangegeven de bestaande arbeidsovereenkomst al dan niet te willen voortzetten of 2., in gevallen waarin hij wel heeft aangegeven te willen voortzetten, niet heeft aangegeven onder welke voorwaarden hij wil voortzetten en 3. er wordt doorgewerkt na de einddatum van de arbeidsovereenkomst, de arbeidsovereenkomst wordt geacht te zijn voortgezet voor dezelfde tijd, maar ten hoogste voor een jaar, op de vroegere voorwaarden. Dat betekent dat in een geval waarin een werkgever, bijvoorbeeld, een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor de duur van één jaar heeft, die hij wenst voort te zetten voor een half jaar en hij alleen dat laatste – te weten: de duur van de voortzetting – aan de werknemer mededeelt, zonder hem te informeren over de overige voorwaarden waaronder hij dat wenst te doen (denk aan de hoogte van het loon, de arbeidsomvang en de secundaire arbeidsvoorwaarden), goed verdedigbaar is dat daardoor een arbeidsovereenkomst voor de duur van een jaar tot stand komt op dezelfde voorwaarden als welke tijdens het voorgaande contract golden. De werkgever heeft immers, door slechts duidelijkheid te scheppen over de door hem voorgestelde lengte van het nieuwe contract, verzuimd om te voldoen aan het vereiste dat hij de werknemer moet hebben meegedeeld onder welke voorwaarden hij wenste voort te zetten.²⁴ Vanuit dat perspectief bezien doet de werkgever die wil voortzetten voor een kortere periode dan de duur van het voorgaande dienstverband, er goed aan niet alleen die kortere periode aan te zeggen, maar ook de daarbij geldende overige voorwaarden. De meest veilige wijze om dat te doen, lijkt daarin te zijn gelegen dat wordt bevestigd dat wordt voortgezet ‘met behoud van alle arbeids-

voorwaarden’ onder uitdrukkelijke opsomming van eventuele afwijkingen van dat uitgangspunt.

Een vraag die in de wetsgeschiedenis ook nog aan de orde is gesteld, is of de werkgever al bij het aangaan van een contract voor bepaalde tijd zou kunnen voldoen aan de aanzegplicht, bij wijze van spreken in de arbeidsovereenkomst zelf of de begeleidende brief daarbij. Dat zou dan leiden tot wonderlijke en weinig stimulerende welkomstwoorden als: ‘Hoewel wij u natuurlijk van harte begroeten binnen onze organisatie en zeer gelukkig zijn met uw komst, laten wij er graag nu al geen enkel misverstand over bestaan dat wij dit contract met u zeer zeker niet zullen voortzetten.’ Volgens de regering is die benadering niet verboden, maar neemt de werkgever die dat doet – in de woorden van Minister Asscher tijdens het debat in de Eerste Kamer – het risico ‘dat werknemers tijdig en misschien zelfs ontijdig zullen omzien naar ander werk en dat een te lichtvaardig gebruik dus ook in het nadeel kan uitpakken van de werkgever die een werknemer juist had willen behouden en het contract had willen verlengen. Het kan dus beide kanten opgaan.’ Daarmee is evenwel nog niet de vraag beantwoord wat rechtens is wanneer de werkgever aan het begin van de rit al zekerheidshalve heeft aangezegd dat er *geen* voortzetting zal plaatsvinden, maar de arbeidsovereenkomst uiteindelijk aan het einde daarvan wel alsnog stilzwijgend wordt voortgezet. Die casuspositie is in de wetsgeschiedenis niet uitdrukkelijk geadresseerd. Wij zouden menen dat goed verdedigbaar is dat de vergoeding van artikel 7:668 lid 3 BW in zo een geval ook verschuldigd raakt; dat is in lijn met zowel de letter, als de geest van de bepaling. De werkgever heeft immers niet gedaan waartoe artikel 7:668 lid 1 BW hem verplichtte, te weten uiterlijk een maand voordat de arbeidsovereenkomst eindigde, de werknemer schriftelijk informeren over de voortzetting (waartoe uiteindelijk toch is besloten). Die benadering is ook in lijn met de gedachte achter de regeling, te weten het stellen van een ‘boete’ op het niet tijdig bieden van duidelijkheid aan de werknemer omtrent de voortzetting van het dienstverband. Ook met die ratio lijkt het ons in lijn te zijn dat wordt aangenomen dat een werkgever in een setting als deze niet kan ontkomen aan de verschuldigdheid van de vergoeding met een beroep op de standaard aanzegging aan het begin van de arbeidsovereenkomst dat er *niet* zal worden voortgezet. Die aanzegging heeft immers het tegendeel van duidelijkheid gecreëerd; als deze iets gedaan heeft, is het op het verkeerde been zetten van de werknemer. Er is iets anders aangezegd, dan hetgeen uiteindelijk heeft plaatsgevonden.

19. HR 9 maart 1979, NJ 1979/467.

20. HR 5 januari 2007, NJ 2008/502, m.nt. Verhulp. Kritisch over de AVM-leer: C.J. Loonstra & W.A. Zondag, ‘Het concurrentiebeding: op naar een nieuwe wettelijke regeling’, in: *Een inspirerende Fase in het sociaal recht, liber voor prof. mr. Wil Fase*, Zutphen 2007, p. 68 e.v. Zie over die leer voorts: S.F. Sagel, ‘Een jaar na de AVM-arresten, wat is er over van Brabant/Van Uffelen?’, *Sociaal Recht* 2008/19; R.P.J. ter

Haseborg in *Sociaal Recht* 2007/14; M.B.

Kerkhof in *ArbeidsRecht* 2007/23; E.W. Kingma in *Sociaal Recht* 2008/2; C.J. Loonstra in *ARA* 2007/3, p. 85 e.v.; K.P.D. Vermeulen in *SMA* 2007, p. 153 e.v.; C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata* 2008, p. 204 e.v. en J.G. van der Flier in ‘Bezwijk de werknemer onder het zwaarder drukkende concurrentiebeding?’, *ArbeidsRecht* 2012/14.

21. *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p.

103-104.

22. www.vno-ncw.nl/Publicaties/Nieuws/Pages/Ontslagrecht_wordt_sneller_en_goedkoper_2676.aspx?source=%2fPages%2fDefault.aspx#. VDG-VMbCSM9.

23. *Kamerstukken II* 2013/14, bijlage bij 33750-XV, 5.

24. In de memorie van antwoord staat in dit verband te lezen: ‘Als de werkgever aanzegt dat de arbeidsrelatie zal worden ver-

lengd zonder daarbij tevens de voorwaarden (duidelijk) te vermelden waaronder die verlenging zal plaatsvinden, geldt op grond van de voorgestelde regeling dat de arbeidsovereenkomst geacht wordt te zijn voortgezet onder de vroegere voorwaarden en voor dezelfde tijd, doch ten hoogste voor een periode van een jaar’, *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 6.

Overigens is het twijfelachtig of veel werknemers van wie de arbeidsovereenkomst is voortgezet zonder dat die voortzetting tijdig is aangekondigd, zich zullen beroepen op de in verband daarmee verschuldigde vergoeding. Die vergoeding moet namelijk binnen twee maanden na het einde van de arbeidsovereenkomst waarvan het einde tot aanzegging verplichtte, worden opgeëist in rechte. Dat zullen werknemers die op dat moment nog in dienst zijn, niet snel doen uit angst om daardoor op korte termijn als nog een andere aanzegging te ontvangen, te weten de aanzegging dat de verhoudingen inmiddels ernstig verstoord zijn geraakt.

Loonrisicoregeling oproepkrachten

De mogelijkheid om de loondoorbetalingsplicht van artikel 7:628 BW bij cao uit te sluiten, wordt met ingang van 1 januari 2015 beperkt. Dat kan na de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst alleen nog bij in de cao benoemde functies waarvan de werkzaamheden incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang hebben. De wetsgeschiedenis maakt niet helder welke werkzaamheden nu aan die eisen voldoen. Invalkrachten en werknemers die voor meer dan normale productiepikken worden opgeroepen, worden als voorbeeld genoemd.²⁵ Naar de letter genomen zijn invallers echter werknemers die reguliere werkzaamheden met een vaste omvang overnemen van vaste krachten. Werkgevers doen nu juist een beroep op invalers omdat ze hun werk, ondanks ziekte of zwangerschap van een andere werknemer, juist zoveel mogelijk ongewijzigd voort willen laten lopen. Ook wat de piekhulpen betreft is er een vraag, namelijk wanneer er nog van 'normale' productiepikken kan worden gesproken en wanneer van een incident.²⁶

Het is wat gek om op te merken bij nog niet eens in werking getreden wetgeving, maar misschien moet hier de letter van de wet (incidenteel zonder vaste omvang) niet de doorslag geven, maar de toelichting dat met die uitzondering invalkrachten en piekhulpen worden bedoeld. Dat zou in ieder geval tot een werkbare interpretatie van de nieuwe regel leiden. Overigens: als het werk maar zeer, zeer af en toe wordt verricht, dan is het mogelijk om de loondoorbetalingsplicht uit te sluiten omdat de arbeidsovereenkomst niet langer dan zes maanden duurt. Ook bij seizoenswerkzaamheden (strandhoreca, agrarische sector) blijft daarom veel bij het oude. Afwijken bij arbeidsovereenkomst en cao kan (min of meer) onbeperkt gedurende de eerste zes maanden van de overeenkomst. In geval van elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten als bedoeld in de ketenregeling van artikel 7:668a BW kan zo een afwijking voor ten hoogste in totaal zes maanden worden overeengekomen. Overeenkomsten die elkaar met minder dan zes maanden tijdsverschil opvolgen worden dus, ook in dit verband, als een geheel beschouwd.²⁷

De gedachte achter de nieuwe regeling is dat werkgevers met oproepkrachten mogen werken, maar dat de loononzekerheid van oproepkrachten niet eindeloos mag voortduren.²⁸ Volgens de regering kenmerkt de oproepverhouding zich door een beperking van het recht op loon tot de daadwerkelijk gewerkte uren, waarvoor de werknemer is opgeroepen. Daarmee wordt in feite een uitzondering gemaakt op artikel 7:628 BW, dat recht op loon geeft als de oorzaak van het niet-werken voor risico van de

werkgever behoort te komen. Dergelijke nulurencontracten en de daarmee verbonden inkomensonzekerheid mogen niet te lang voortduren. Voor oproepkrachten die na zes maanden niet langer worden opgeroepen zou er dus een recht op loon zijn, ervan uitgaande dat het niet-oproepen samenhangt met normale bedrijfseconomische risico's (minder afzet/productie). Probleem is wel hoe de omvang van hun loonaanspraak moet worden berekend. Aansluiting bij het regime van artikel 7:610b BW, waarin de gemiddelde arbeidsomvang over de laatste drie maanden uitgangspunt is, ligt voor de hand.

Hoewel de regering daarover anders denkt, is een gevolg van de nieuwe regeling ook dat het niet langer mogelijk zal zijn om het recht op loon bij schorsing bij cao uit te sluiten.²⁹ Uit het arrest *Van der Gulik vs. Vissers* blijkt dat werknemers ook in geval van een volstrekt terecht schorsing wegens wangedrag hun recht op loon behouden.³⁰ Dat komt voor risico van de werkgever. Artikel 7:628 BW staat afwijking van de loonrisicoregeling na de eerste zes maanden alleen nog toe voor bepaalde functies. Hoe onduidelijk de definitie daarvan ook mag zijn, schorsing valt met de beste wil van de wereld niet te lezen in de bevoegdheid van cao-partijen om afwijkende regelingen op te stellen.

3. Beter De Laat dan nooit, de eerste prejudiciële arbeidsrechtvraag

Al sinds 1 juli 2012 kent het wetboek van Burgerlijke rechtsvordering in de artikelen 392-394 Rv de mogelijkheid voor de feitenrechter om een prejudiciële vraag te stellen aan de Hoge Raad, onder meer als is voldaan aan de vereisten dat het antwoord op die vraag niet alleen van belang is voor de voorliggende procedure, maar ook voor talrijke andere 'uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, waarin dezelfde vraag zich voordoet'. In de wetsgeschiedenis van de regeling inzake de prejudiciële procedure zijn opvallend veel arbeidsrechtelijke kwesties genoemd als voorbeelden van zaken die het stellen van een prejudiciële vraag zouden hebben gewettigd, zoals de vraag naar de begroting van de schadevergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag en de reikwijdte van de verzekeringsplicht op grond van de norm van goed werkgeverschap, kwesties die uiteindelijk in reguliere cassatieprocedures zijn beslecht.³¹ Toch heeft het nog bijna twee jaar geduurd voordat de eerste prejudiciële vraag van arbeidsrechtelijke aard door de Hoge Raad werd beantwoord. Niet geheel verrassend, werd die vraag gesteld door 's lands meest bekende arbeidsrechter mr. De Laat, die in zijn tijd als voorzitter van de Vereniging voor Arbeidsrecht al eens had verzucht: 'Ik houd gewoon van de Hoge Raad.'³² Blijkbaar is de genegenheid in elk geval tot op zekere hoogte wederzijds, want de door De Laat gestelde vraag – die betrekking had op de regeling inzake loondoorbetaling tijdens ziekte – werd door de Hoge Raad beantwoord en daartoe – het geven van een antwoord – is het college bij de prejudiciële procedure niet verplicht.³³

De vraag die de Hoge Raad vanuit Utrecht bereikte, zag op artikel 7:629 lid 3 sub c BW. Dat artikel(lid) bepaalt dat de aanspraak op loon tijdens ziekte vervalt 'voor de tijd gedurende welke hij (de werknemer, toevoeging BB & SFS) zonder deugdelijke grond passende arbeid (...) voor de werkgever of voor een door de werkgever aangewezen der-

de, waartoe de werkgever hem in de gelegenheid stelt, niet verricht.' In de praktijk – en zo ook in de procedure die bij de Hoge Raad terecht kwam – rijst met enige regelmaat de vraag of deze bepaling aldus moet worden uitgelegd dat wanneer een werknemer weigert om voor hem passende re-integratiewerkzaamheden te verrichten hij daardoor zijn gehele loonaanspraak tijdens ziekte verliest, of dat het artikel veeleer aldus moet worden begrepen dat de werknemer die aanspraak dan slechts kwijtraakt voor zover hij in staat is tot het verrichten van de passende arbeid (die hij weigert). Hoewel over het antwoord in de lagere rechtspraak wel verschillend is gedacht, viel deze vraag nu niet echt in de categorie waarvan gezegd kan worden dat het bij de Hoge Raad 'kon gaan vriezen of dooien'. De wetsgeschiedenis was er eigenlijk nogal helder over – en zowel A-G. Spier als de Hoge Raad zelf wijzen daarop ook – dat bij het weigeren van passende arbeid de gehele loonaanspraak vervalt en dat slechts door middel van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid de allerscherpste randjes van die regel kunnen worden afgevlind.³⁴ De in de woorden van de Hoge Raad 'afschrikwekkende sanctie' van geheel vervallen van de loonaanspraak is door wetgever bewust in het leven geroepen als prikkel om de werknemer tot re-integratie aan te zetten en bovendien heeft de wetgever geen genuanceerde regeling gewild waarin het vervallen van de loonaanspraak is gerelateerd aan de aard en de ernst van de overtreding. Daaraan voegt de Hoge Raad in zijn op 6 juni 2014 gewezen arrest nog een wetssystematisch argument toe: de uitleg dat slechts de loonaanspraak over de uren waarover op re-integratiebasis gewerkt had moeten worden vervalt, veroordeelt zichzelf in die zin dat dat rechtsgevolg al uit de algemene hoofdregel van artikel 7:627 BW (geen arbeid, geen loon) volgt. Daarvoor is de regel van artikel 7:629 lid 3 sub c BW niet nodig, dus die regel moet ook om die reden wel een ruimere betekenis hebben. De Hoge Raad koos dus, in navolging van de wetgever en de meerderheid van de literatuur, voor een (voor de werknemer) harde duidelijke regel, waarop slechts de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid een uitzondering kan maken. In zijn conclusie voor het arrest had A-G Spier voor een wat ruimer afwijkingscriterium van de hoofdregel, gepleit, te weten voor een benadering waarin afwijking al mogelijk zou zijn in gevallen waarin de uitkomst van de hoofdregel 'onredelijk' zou uitpakken.³⁵ Daar wilde de Hoge Raad niet aan en dat betekent, naar één van ons reeds eerder in een annotatie onder het arrest opmerkte, dat werknemers echt wel van 'goeden huize moeten komen', dat wil in dit verband zeggen: zeer schrijnende omstandigheden moet laten zien, die rechtvaardigen dat

een (gedeeltelijke) doorbetaling toch op zijn plaats is, als wordt geweigerd om passende arbeid te verrichten.³⁶ Gedacht kan worden aan de werknemer die al 90% van de overeengekomen arbeidstijd op re-integratiebasis werkzaam is in passende arbeid en die redelijkerwijs, bijvoorbeeld op grond van de mededeling van zijn huisarts, heeft gemeend voor de resterende 10% niet ook nog dat werk te kunnen doen, waarna uiteindelijk in rechte toch wordt

De gedachte achter de nieuwe regeling is dat werkgevers met oproepkrachten mogen werken, maar dat de loonzekerheid van oproepkrachten niet eindeloos mag voortduren

geoordeeld dat hij voor die 10% zonder goede grond weigerachtig is geweest. Onder die omstandigheden de gehele loonaanspraak laten vervallen, zou de lat van artikel 6:248 lid 2 BW wel eens kunnen halen. Maar het zij herhaald: die lat ligt in zijn algemeenheid hoog. Zie hierna echter nog wel onder 5.

4. EU: werknemersbescherming op detailniveau

Vanuit de EU valt een zeker micro-management van de nationale arbeidsverhoudingen op te tekenen. Een van de dragende pijlers van het arbeidsrecht, ongelijkheidscompensatie door middel van collectief onderhandelen en collectieve actievrijheid, wordt weliswaar door de EU als grondrecht erkend, maar moet concurreren met andere fundamentele vrijheden. Wij kunnen ons niet aan de indruk onttrekken dat de vrijheid van vestiging en het vrij dienstenverkeer door het Hof van Justitie EU toch net wat zwaarder worden meegewogen.³⁷ Some rights are more fundamental than others. Het Europees Comité voor Sociale Rechten, dat in het kader van de Raad van Europa toeziet op de naleving van het ESH, acht het in strijd met de vrijheid van collectief onderhandelen dat vakbonden waar het vanuit andere lidstaten van de Europese Unie en de EER-landen (Europese

25. MvA I Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 57.

26. Vergelijk E.C. van Fenema & E.T. Visser, 'De aanspraak op loon en de bevoegdheid tot uitsluiting daarvan', in: L.G. Verburg e.a. (red.) *Wetsvoorstel werk en zekerheid* (33818). *Commentaar en aanbevelingen van de werkgroep ontslagrecht VvA*, 11 februari 2014 (Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 41), Deventer: Kluwer, p.

10.

27. Ook de op 1 juli 2015 in werking tredende nieuwe ketenregeling gaat ervan uit dat onderbrekingen van ten hoogste zes maanden geen breuk in de keten opleveren. Zie art. 7:668a lid 2 (nieuw).

28. MvT Wet werk en zekerheid, Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 19-20.

29. MvA I Wet werk en zekerheid, Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 101.

30. HR 21 maart 2003, JAR 2003/91 (*Van der Gulik vs. Vissers*).

31. S.F. Sagel, 'De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad en het arbeidsrecht', TRA 2012/64.

32. S.F. Sagel & E. Verhulp, *Voor De Laat: de Hoge Raad*, Reeks VvA nr. 34, Deventer: Kluwer 2005, p. ix.

33. Art. 393 lid 1 en 7 Rv.

34. Kamerstukken I 1995/96, 24439, 3, p.

60.

35. Voor die benadering kreeg hij bijval van Ruizeveld, TRA 2014/66, onder 2.

36. B. Barentsen, annotatie onder USZ 2014/220.

37. HvJ EU in de zaken, JAR 2008/20, (*Viking*) en JAR 2008/21, (*Laval*).

Economische Ruimte) gedetacheerde werknemers betreft, alleen omtrent minimumarbeidsvoorwaarden actie zouden mogen voeren. De Zweedse overheid had die beperking nu juist ingevoerd omdat het HvJ EU had overwogen dat stakingsacties niet verder mochten gaan dan het beschermen van het door de Detacheringsrichtlijn geboden minimumpakket arbeidsvoorwaarden bij grensoverschrijdende detachering.³⁸ EU en ECSR staan hier dus lijnrecht tegenover elkaar.

Wat het tegengaan van een race to the bottom betreft, moet worden opgemerkt dat de Detacheringsrichtlijn sinds kort is versterkt met de zogeheten Handhavingsrichtlijn.³⁹ Deze richtlijn moet het misbruik van detachingsconstructies, waarmee werknemers groten deels op basis van goedkopere arbeidsvoorwaarden uit het land van herkomst in het werkland tewerk worden gesteld, tegengaan. De richtlijn maakt meer controles en grensoverschrijdende samenwerking van toezichthouders mogelijk en introduceert ook een (optionele) ketenaansprakelijkheid voor loonschulden.⁴⁰ Het is afwachten wat de effecten van de nieuwe richtlijn gaan zijn. Een belang-

Het arbeidsrecht komt aldus in het moeilijke hoekje te zitten van een te rechtvaardigen uitzondering op een hoofdregel, in plaats van als kernwaarde van een sociaal Europa te worden aangemerkt

rijke beperking is hoe dan ook dat het bescheiden minimumpakket essentiële arbeidsvoorwaarden die het werkland mag opleggen aan gedetacheerden niet is uitgebreid.

Op verschillende bijzondere onderdelen van het arbeidsrecht, waar specifieke richtlijnen aanknopingspunten bieden voor EU-ingrijpen, valt wel een flinke invloed van het EU-recht op te tekenen. Belangrijke voorbeelden zijn overgang van onderneming en vakantie.

De *Parkwood*-zaak betreft CAO-recht en overgang van onderneming, maar is ook opmerkelijk omdat het HvJ EU de ondernemersvrijheid (artikel 16 EU Grondrechtenhandvest) daarin centraal stelt.⁴¹ Dat bevestigt nog maar eens waar de prioriteiten van het hof liggen. Het arbeidsrecht komt aldus in het moeilijke hoekje te zitten van een te rechtvaardigen uitzondering op een hoofdregel, in plaats van als kernwaarde van een sociaal Europa te worden aangemerkt.

In de overgenomen onderneming waren arbeidsovereenkomsten afgesloten waarin was bepaald dat de inhoud ervan periodiek zou worden aangepast als de van toepassing verklaarde cao zou worden gewijzigd. Een dynamisch incorporatiebeding dus: wijzigingen in toekomstige cao's werken zo door in de arbeidsovereenkomst. Na de overgang van onderneming verzet de nieuwe werkgever, die

geen lid is van de cao-partijen, zich tegen het van toepassing zijn van de cao die na de overgang is afgesloten (na de overgang werd een cao afgesloten met terugwerkende kracht tot een datum voor de overgang). In geval van overgang van onderneming behouden werknemers hun op het moment van overgang uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten. In de zaak *Werhof* had het Hof al bepaald dat de Duitse regeling die inhoudt dat cao-rechten die op dat moment gelden door middel van incorporatie mee overgaan, maar toekomstige versies niet, niet in strijd was met de Richtlijn inzake overgang van onderneming.⁴² Bij overgang van onderneming worden dynamische incorporatiebedingen dus statisch.⁴³

Het opmerkelijke aan *Parkwood* is dat het Hof diezelfde uitkomst thans onderbouwt met een verwijzing naar de ondernemersvrijheid. Volgens het Hof vloeit uit de ondernemersvrijheid ook de bescherming van de contractsvrijheid voort. Deze vrijheden zouden in de kern worden aangetast als een werkgever ook na de overgang gebonden zou kunnen raken aan cao's waar hij, zoals in casu, niet eens partij bij had kunnen zijn. Dit roept overigens wel de vraag op of een werkgever die, gelet op de werkingssfeer van de 'overgenomen' cao, wel als lid van een werkgeversvereniging of zelf had kunnen deelnemen aan cao-onderhandelingen, zich ook aan een dynamisch beding had kunnen onttrekken.

Daarmee hangt een tweede bijzonderheid van deze casus samen, en dat is dat het een overgang van de publieke naar de private sector betreft. Het Hof overweegt dat dan moet worden aangenomen dat de verkrijger van de voormalige publieke onderneming de activiteiten niet kan voortzetten zonder aanzienlijke veranderingen in de arbeidsvoorwaarden, omdat die nu eenmaal sterk verschillen tussen de private en de publieke sector. Dynamische incorporatie van publieke arbeidsvoorwaardenregelingen kan de manoeuvreerruimte van de verkrijger daarbij te sterk beperken. Het heeft er alle schijn van dat het Hof voor gevallen van overgang van de publieke naar de private sector de verkrijger enige ruimte gunt om de arbeidsvoorwaarden aan te passen. Het is misschien geen afwijking, maar wel een lichte nuancering van de regel dat rechten en plichten uit (collectieve) arbeidsovereenkomsten met de vervreemder een op een overgaan naar de verkrijger. Thans is deze nuancering niet van enorm praktisch belang voor grote delen van de Nederlandse overheid, omdat daar op basis van ambtelijke aanstelling wordt gewerkt. De richtlijn – en artikel 7:662 e.v. BW – is daarom niet van toepassing. Dat wordt anders als het wetsvoorstel tot normalisering van de ambtelijke rechtpositie ook door de Eerste Kamer wordt aangenomen. De Tweede Kamer heeft het voorstel, op grond waarvan in grote delen van de overheid aanstellingen zullen worden vervangen door arbeidsovereenkomsten, dit voorjaar aanvaard. De Eerste Kamer bespreekt het voorstel naar alle waarschijnlijkheid in de loop van het najaar van 2014.⁴⁴

De *Parkwood*-uitspraak maakt overigens niet duidelijk wat nu precies de verschillen zijn tussen de publieke en de private sector die tot aanzienlijke aanpassing van de arbeidsvoorwaarden aanleiding zouden moeten geven. Ook in 'puur private' gevallen kan het knap lastig zijn om oude arbeidsvoorwaarden te moeten behouden, zeker als

de verkregen onderneming afkomstig is uit een andere branche. Wat anders is dat het weinig voor de hand ligt dat een welbewust afgestoten onderdeel van de overheid te eeuwig en dage gebonden zou blijven aan collectieve arbeidsvoorwaardenregelingen voor de publieke sector. Het Hof heeft dat doel echter al bereikt door te kiezen voor een beperkte, namelijk statische, overgang van incorporatiebedingen.

In een uitspraak van 11 september 2014 oordeelde het HvJ EU wel dat cao-bepalingen die overgaan naar de verkrijger op een moment waarop de cao nawerking heeft, desondanks mee over gaan.⁴⁵ Cao-bepalingen die deel uit zijn gaan maken van de arbeidsovereenkomst verdwijnen daar dus niet uit door een overgang. De werkgever is tijdens nawerking vrij om van die oude cao afwijkende afspraken te maken, of een eigen cao af te sluiten. Dat geldt ook voor de verkrijger van de onderneming. De inbreuk op diens contractsvrijheid is dan ook minder groot.

Hoewel het EU-recht de lidstaten vrij laat in de vaststelling van arbeidsvoorwaarden, bevat het wel aanzetten tot harmonisering op minimumniveau. Een belangrijk voorbeeld is het recht op vakantie. Na het arrest *Schultz-Hoff* zijn de regels over opbouw van vakantie tijdens ziekte aangepast. Het Gerechtshof Den Haag acht de Nederlandse staat aansprakelijk voor de onjuiste implementatie van het EU-vakantierecht in de oude wettelijke regeling.⁴⁶ De Hoge Raad moet nog oordelen over deze vraag: het arrest in die zaken is in de eerste helft van 2015 te verwachten. Inmiddels is de nieuwe vakantieregeling ook al weer twee jaar oud, zodat een deel van de mogelijke claims van werknemers die menen onder het oude recht ten onrechte geen vakantiedagen te hebben opgebouwd inmiddels is verjaard.

Vier weken doorbetaalde vakantie is een bijzonder belangrijk beginsel van sociaal recht van de Europese Unie. Dit is recent bevestigd in de zaak *Lock*.⁴⁷ Dat is vaste rechtspraak van het Hof, maar deze zaak is wel illustratief voor de gedetailleerde bemoeienis vanuit Europa met de nationale arbeidsvoorwaarden.⁴⁸ Het recht op vakantie met behoud van loon is opgenomen in artikel 7 van de Arbeidstijdenrichtlijn.⁴⁹ De zaak *Lock* betrof een werknemer die een basisloon en provisieloon ontving. Weliswaar kreeg *Lock* gedurende zijn vakantie beide lonen, opgebouwd in de voorafgaande periode, uitbetaald, maar later in het jaar ontving hij alleen het basisbedrag omdat hij in de vakantie geen provisie heeft kunnen verdienen. Het Hof acht dit in strijd met voornoemd fundamenteel beginsel, omdat ook een toekomstige inkomensterugval als gevolg van vakantie, de werknemer ervan zou kunnen weerhouden zijn recht op vakantie uit te oefenen. En dat recht moet nu juist daadwerkelijk worden uitgeoefend,

omdat het Hof de recuperatiefunctie van vakantie – daadwerkelijk bijkomen van de arbeid - essentieel acht.

Op de een of andere manier moet prestatieafhankelijk loon dus zo worden berekend dat de werknemer geen financieel nadeel ondervindt van het opnemen van vakantie. Dat is wat vaag geformuleerd, maar het Hof doet het niet veel beter. Dat overweegt:

‘De methoden voor de berekening van de provisie waarop een werknemer als de verzoeker in het hoofdgeding recht heeft uit hoofde van zijn jaarlijkse vakantie met behoud van loon, moeten door de nationale rechter worden beoordeeld op basis van de in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie geformuleerde regels en criteria en in het licht van het met artikel 7 van richtlijn 2003/88 nagestreefde doel.’

In ieder geval was de Hoge Raad aanzienlijk duidelijker in de hiervoor besproken prejudiciële procedure over weigering van het loon bij weigering van passende arbeid. Wel is aannemelijk dat het Hof de door de werkgever in deze zaak gehanteerde ‘oplossing’ niet aanvaardbaar acht. De werkgever had betoogd dat er sprake was van vakantie met behoud van loon omdat in de uitgekeerde provisie een zekere toeslag voor vakantieperiodes zat begrepen.

De Nederlandse vakantiewetgeving gaat van een ruim loonbegrip uit (artikel 7:638 BW), in zoverre hoeft de *Lock*-zaak geen problemen op te leveren. Toch verdient het aanbeveling dat werkgevers beloningselementen die sterk samenhangen met individuele prestaties nog eens doorlichten. Voor zover vakantie een verlagend effect heeft daarop, suggereert *Lock* toch wel heel sterk dat de werkgever gedurende vakantie een toeslag moet betalen om te voorkomen dat de werknemer nadeel ondervindt van zijn vakantie. Die kan bijvoorbeeld aan de hand van het gemiddelde resultaat over de gewerkte periodes worden bepaald.⁵⁰ Bij werknemers die nog maar net in dienst zijn, of slechts tijdelijk in dienst zijn, zou die berekening wel eens heel lastig kunnen worden. Het is maar de vraag of met betaling van een zogeheten all-in loon aan de verplichtingen die uit artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn volgen, is voldaan. In het algemeen wordt deze benadering, mits de werknemer goed wordt geïnformeerd én er feitelijk gelegenheid is om vrij te zijn, in de Nederlandse rechtspraak echter wel aanvaard.⁵¹ Toch is niet helemaal zeker of de Nederlandse praktijk Luxemburg-proof is.⁵² De vraag of de zaak *Lock* ook consequenties zou moeten hebben voor jaarlijkse toeslagen of bonussen laten we dan nog daar. Die zaak betrof weliswaar prestatieafhankelijke maandsalarissen, maar op zijn minst is verdedigbaar dat werknemers verleid worden van vakantie af te zien als ze

38. Zie ECSR 3 juli 2013, JAR 2014/36.

39. Richtlijn 2014/67/EU.

40. Zie over de richtlijn F. van Overbeeke, *ArbeidsRecht* 2014/44.

41. HvJ EU 18 juli 2013, C-328/13, JAR 2013/216 (*Parkwood*).

42. HvJ EG 9 maart 2006, JAR 2006/83.

43. Zie de noot van Beltzer in JAR

2013/216.

44. Zie *Kamerstukken I* 2013/14, 32550, A (wetsvoorstel) en C (MvA).

45. HvJ EU 11 september 2014, C-328/13 (*Österreichischer Gewerkschaftsbund*).

46. Gerechtshof Den Haag 15 oktober

2013, JAR 2013/279.

47. HvJ EU 22 mei 2014, C-539-12, JAR

2014/163 (*Lock*).

48. Zie over het begrip loon bij vakantie ook HvJ EU 15 september 2011, C-155/10, JAR 2011/279 (*Williams*).

49. Richtlijn 2003/88.

50. Zie de noot van Van Zanten-Baris in

JAR 2014/163.

51. Bijv. Rb. Zaandam (ktr.) 21 november

2013, JAR 2014/29 over all-in uurloon bij

Albert Heijn. Zie de noot van Funke voor verdere verwijzingen naar rechtspraak.

52. Zie *Arbeidsovereenkomst* (losbladig), art. 7:639 BW aant. 2 (*Peters*).

weten dat ze aan het einde van het jaar minder bonus ontvangen door een tijdje niet te werken.

5. De werkgever als derde hond in het kegelspel

Een zaak die zich voltrekt op een vrijdag de dertiende, en dan ook nog in de druilerigheid van de novembermaand, dat klinkt nogal onmeis. ⁵³ Dat moet wel verkeerd aflopen. En dat doet het ook, zij het dat de werknemer met de schrik vrij komt.

De werknemer heeft voor zijn werk een leaseauto ter beschikking gekregen, een BMW in de 3-serie. De auto mag ook privé worden gebruikt. In de door de werkgever ondertekende leaseregeling van de werkgever is bepaald dat de werknemer 'als een goed huisvader' met de auto moet omgaan. Schade als gevolg van onzorgvuldig gebruik zal op de werknemer worden verhaald. De auto is via de leasemaatschappij verzekerd, maar die verzekering biedt geen dekking in geval van opzet, roekeloosheid of onzorgvuldig handelen.

Op genoemde vrijdag de 13e gaat de werknemer wandelen met zijn hond. Daarna gaan ze samen langs bij het huis van een vriend. Terwijl hij met de hond, die eerst gewassen moet worden, bezig is in de achtertuin, staat de auto op de oprit. De huissleutels en de autosleutels heeft de werknemer ondertussen in het voordeurslot laten hangen. Bij terugkeer aan de voordeur zijn die sleutels en de auto, verdwenen. Deze wordt later wel teruggevonden, maar de schade aan het voertuig bedraagt zo'n € 11 000. Conform de leaseregeling krijgt de werknemer deze rekening gepresenteerd.

Het probleem voor de werknemer is dat de werknemersvriendelijke regeling van artikel 7:661 BW niet van toepassing is. Op grond van die bepaling is voor werknemersaansprakelijkheid opzet of bewuste roekeloosheid vereist, maar de reikwijdte van de regeling is beperkt tot in het werk toegebrachte schade. Juist omdat de schade akelig hoog kan oplopen, is die bepaling soms wel analoog toegepast op in privé aan zaken van de werkgever toegebrachte schade. De Hoge Raad wijst die benadering echter van de hand.

Het gerechtshof had het in deze zaak over de boeg van artikel 6:248 lid 2 BW gegooid. Schadeverhaal is op grond van de afspraken in het leasereglement weliswaar toegestaan, maar is in dit geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Het hof verwijst in dit verband naar artikel 7:952 BW. Hoofdregeel van het schadeverzekeringsrecht is dat de verzekering alleen schade als gevolg van opzet of roekeloosheid van de verzekerde niet dekt.

Nu leert vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat die derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid terughoudend moet worden toegepast. De lat ligt hoog, zeiden we al onder 3. De rechter moet dan ook goed motiveren waarom er aanleiding is van een wettelijke of contractuele regel af te wijken. Onaanvaardbaar houdt in dat er iets bijzonders aan de hand is, niet dat de uitkomst 'een beetje' onredelijk is. In cassatie zette de werkgever daar op in. Hoe bijzonder is het nu dat autoschade in de papieren loopt en zijn de financiële gevolgen werkelijk niet te dragen voor deze werknemer? Van een onderzoek naar de vraag of het schadebedrag voor deze werknemer onoverkomelijk hoog was, is niet gebleken.

Ook indien de gevolgen van de toepassing van een bepaalde regel niet uitzonderlijk zijn, maar wel heel ernstig zijn voor de betrokkene, kan artikel 6:248 lid 2 BW in beeld komen

De interessante vraag hoe uitzonderlijk een zaak nu moet zijn om toepassing van de redelijkheid en billijkheid te wettigen, wordt niet uitdrukkelijk door de Hoge Raad beantwoord. Toch wekt het arrest wel de suggestie dat voor een geslaagd beroep daarop niet steeds noodzakelijk is dat er zich een extreme, door wetgever of contractspartijen niet voorziene, situatie voordoet. Artikel 6:248 lid 2 is kennelijk iets ruimer dan een hardheidsclausule voor uitzonderlijke gevallen. Dus ook indien de gevolgen van de toepassing van een bepaalde regel niet uitzonderlijk zijn, maar wel heel ernstig zijn voor betrokkene, kan artikel 6:248 lid 2 BW in beeld komen. In die zin is dit arrest misschien ook buiten deze specifieke arbeidsrechtelijke context van belang. Er moet voor worden opgepast om al te zeer in te zoomen op de vraag of € 11 000 veel geld is. Het arrest van de Hoge Raad laat zien dat de omvang van de schade belangrijk is, maar ook moet worden betrokken op andere omstandigheden van het geval. Een relevante factor was dat een van de betrokken partijen geen reële mogelijkheid had om die ernstige gevolgen te voorkomen, omdat de werkgever als wederpartij van de leasemaatschappij verantwoordelijk was voor het afsluiten van de verzekering. Een ander argument is dat de werknemer weliswaar heeft getekend voor de leaseregeling, maar zich waarschijnlijk niet heeft gerealiseerd dat hij toen een fors risico op zich nam.

Tot een daadwerkelijke exegese van artikel 6:248 komt het echter niet. De Hoge Raad formuleert voor gevallen als deze een informatieplicht -in de vorm van een aanbod van een volledige dekking biedende verzekering - en gezien tegen de achtergrond van het bestaan van die regel is 's hofs toepassing van artikel 6:248 BW niet onjuist. Het cassatieberoep van de werkgever stuit dus af op een rechtsregel die je niet wist dat zou komen en die de Hoge Raad 'inleest' in de door het hof gekozen benadering op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.

Evenals het hof, heeft de Hoge Raad voor die regel inspiratie geput uit artikel 7:952 BW. Van de daarin vervatte regel mag worden afgeweken, maar in dit geval had de werknemer daar geen stem in. De werkgever koos voor een beperkte dekking, en de werknemer tekende vervolgens bij het kruisje.

Wat is die regel dan? De Hoge Raad overweegt het volgende (r.o. 3.4.5):

'Gelet op dit een en ander, brengt de eis van goed werkgeverschap van art. 7:611 BW mee dat een werk-

gever niet-verzekerde schade van meer dan geringe omvang niet op de werknemer kan verhalen indien deze schade wel gedekt zou zijn bij een gebruikelijke verzekering die alleen geen dekking biedt bij opzet en roekeloosheid. Een andere regel zou immers meebrengen dat de werknemer wordt blootgesteld aan een risico waarvan hij veelal niet of in onvoldoende mate zal zijn doordrongen, zelfs indien hij daarvoor is gewaarschuwd – doordat hij niet zelf de keuze voor de verzekering heeft gemaakt, maar deze door de werkgever is gemaakt – en dat hij, gelet op de omvang ervan, veelal niet zal kunnen dragen of had willen lopen, terwijl dat risico eenvoudig te ontgaan zou zijn geweest door een meer volledige verzekering af te sluiten.’

De benadering van de Raad sluit aan bij eerdere rechtspraak waarin een vergaande informatieplicht van de werkgever is aangenomen.⁵⁴ Kennelijk acht de Raad het gevaar te groot dat werknemers, verblind door de wens om een ‘mooie wagen’ te krijgen, in feite tekenen voor het nemen van een groot financieel risico. Wat dat aangaat, past de uitspraak ook in de trend om voor banken en andere financiële dienstverleners een vergaande waarschuwings- en informatieplicht aan te nemen ten opzichte van hun cliënten. Leasemaatschappijen zijn veelal nu juist mede als kredietverlenende instelling te kwalificeren, en/of zijn gelieerd aan banken en verzekeraars. In zoverre is de nieuwe regel misschien ook weer niet zo onverwacht.

Nu zal een casus als deze, waarin op het oordeel van de Hoge Raad na alles mis gaat voor de werknemer en zijn trouwe viervoeter, zich waarschijnlijk niet nog een keer voordoen. Dat de werknemer door onvoorzichtigheid grote schade veroorzaakt aan spullen van de baas zal echter nog wel vaker voorkomen. In feite gaat de Hoge Raad voor een totaal ander anker liggen dan de beperkende werking. De argumenten lijken meer op de gezichtspunten die in het kader van een beroep op dwaling relevant zijn. De nieuwe regel roept nog wel vragen op. Een eerste is wat moet worden verstaan onder meer dan geringe schade. Voor kleine schades zou de werknemer immers wel aansprakelijk kunnen zijn.⁵⁵ Een volgende vraag is hoe en door wie wordt vastgesteld of er een gebruikelijke verzekering is. Kan de werknemer volstaan met het verwijzen naar de wettelijke hoofdregel (artikel 7:952 BW), of moet nader worden gespecificeerd dat en tot welke hoogte andere kostbare zaken van de werkgever (laptops, gereedschap, machines) verzekerd plegen te zijn? Als een verzekering immers niet gebruikelijk is, dan zou verhaal van de schade wel mogelijk zijn. Een andere vraag is nog of deze regel ook zou moeten gelden indien de werknemer zaken van de werkgever gebruikt voor zakelijke activiteiten voor eigen rekening. Denk aan werknemers in de bouw die in het weekend bijklussen met de cementmolen of het bestelbusje van de baas.

Hoewel de nieuwe regel ruimer is geformuleerd, is zij misschien eerst en vooral bedoeld voor privé-gebruik van auto’s van de zaak. In het verkeer kunnen de schades hoog oplopen en de Hoge Raad heeft er al eerder blijk van gegeven dat hij verkeersrisico’s als onaanvaardbaar hoog taxeert voor werknemers. De werkgever die zijn werknemer aan het verkeer laat deelnemen, moet deze werknemer daarom behoorlijk verzekeren.⁵⁶ Overigens doet zich ook bij die verzekering de vraag voor, in het bijzonder voor de periode voordat de Hoge Raad deze verzekeringsplicht introduceerde, of deze wel gebruikelijk was en tot welke hoogte de schade moet zijn gedekt. Voor een aantal verkeerslachtoffers die bij de Hoge Raad nog wonnen, blijkt na verwijzing dat de werkgever toch niet hoefde te verzekeren omdat er ten tijde van het ongeval nog geen verzekering voorhanden was.⁵⁷ In de arresten van 11 november 2011 heeft de Hoge Raad de verzekeringsplicht beperkt tot het verkeer.⁵⁸ In dat licht én gezien de feitelijke onduidelijkheid over wat nu een gebruikelijke verzeke-

Gebruikelijk moet wellicht niet zo zeer feitelijk worden uitgelegd, maar normatief

ring is, is de introductie van de nieuwe regel toch wel opmerkelijk te noemen. Daaraan moet dan wel worden toegevoegd dat in die letselschadezaken het hier gebruikte argument – de wettelijke hoofdregel van artikel 7:952 – juist weer niet speelde. Gebruikelijk moet wellicht niet zo zeer als feitelijk worden uitgelegd, maar als normatief.

6. Besluit

Hoewel het nieuwe ontslagrecht eraan zit te komen, heers- te de afgelopen periode zeker niet de spreekwoordelijke stilte voor de storm. De Hoge Raad hield zich misschien wat in. Zijn arresten waren dan wel niet baanbrekend, maar in enkele uitspraken werd de rechtsvormende taak toch serieus ter hand genomen. Hoe de (voorgenomen) veranderingen in de sociale zekerheid (bijstand en WW) gaan uitpakken is afwachten. Europees arbeidsrecht, en dan vooral het stroomlijnen van ondernemersrechten met werknemersrechten, blijft een uitdaging. Wat opvalt is het belang dat in de rechtspraak wordt gehecht aan het deugdelijk informeren van werknemers, of dat nu een honden- liefhebber met een leaseauto of een oproepkracht met een all-in loon is.

Arbeidsrecht beoefenen blijft een race met veel hindernissen en onverwachte wendingen. Een *steeple chase* dus, in plaats van een marathon. •

53. HR 11 juli 2014, JAR 2014/193.
54. Vergelijk HR 12 oktober 2012, JAR 2012/292 (uitleg beëindigingsovereenkomst) en HR 26 oktober 2007, JAR

2007/285 (rechten werknemers bij overgang van onderneming).
55. In r.o. 3.4.5 overweegt de Hoge Raad nog wel dat als prikkel voor voorzichtig

gedrag een zeker eigen risico voor de werknemer mogelijk moet zijn.
56. HR 12 december 2008, JAR 2009/15 (Maatzorg).

57. Bijv. Hof 's-Hertogenbosch 28 september 2010, JAR 2010/289.
58. HR 11 november 2011, JAR 2011/315 en 316.