

# Nieuwsbrief

Juni 2010



## Arbeidsrecht

In de nieuwsbrief Arbeidsrecht van de sectie arbeidsrecht van Holland Van Gijzen willen wij u op korte en bondige wijze informeren over recente rechtspraak, wetgeving en actuele ontwikkelingen op het gebied van arbeidsrecht.

Inhoudsopgave:

1. Controversiële wetsvoorstellen
2. Opgelet bij verval van "unieke functie"
3. Werkgever gaat zwaarlijvigheid te lijf?
4. Eenzijdig vaststellen vakantiedagen bij CAO

## 1 Controversiële wetsvoorstellen

Naar aanleiding van de val van het kabinet Balkenende IV heeft de Tweede Kamer aan het demissionair kabinet laten weten welke aanhangige wetsvoorstellen zij als controversieel heeft bestempeld. De behandeling van deze controversiële wetsvoorstellen wordt uitgesteld totdat er een nieuw kabinet is aangetreden.

In de Nieuwsbrief Arbeidsrecht van maart 2009 hebben wij u bericht over het wetsvoorstel tot maximering van ontslagvergoedingen. Dit wetsvoorstel is controversieel verklaard. Ook het wetsvoorstel tot verhoging van de AOW gerechtigde leeftijd, waarover wij u informeerden in de Nieuwsbrief Arbeidsrecht november 2009, is door de Tweede Kamer controversieel verklaard.

De Eerste Kamer heeft besloten geen van de bij haar aanhangige wetsvoorstellen controversieel te verklaren. Dit houdt voor het arbeidsrecht in dat de behandeling door de Eerste Kamer van het wetsvoorstel tot verruiming van de ketenregeling van artikel 7:668a BW (Nieuwsbrief Arbeidsrecht oktober 2009) alsmede het wetsvoorstel bestuur en toezicht NV's en BV's (Nieuwsbrief Arbeidsrecht januari 2010) ondanks de demissionaire status van het kabinet gewoon doorgang vinden.

## 2 Opgelet bij verval van "unieke functie"

Bij toepassing van het afspiegelingsbeginsel, welk beginsel verplicht gehanteerd dient te worden bij het laten vervallen van arbeidsplaatsen ten gevolge van een bedrijfseconomische noodzaak, speelt het begrip 'onderling uitwisselbare functie' een belangrijke rol. Per categorie onderling uitwisselbare functies moet immers worden afgespiegeld en worden bekeken uit welke leeftijdsgroep werknemers voor ontslag in aanmerking komen.

Het komt binnen ondernemingen regelmatig voor dat een functie niet onderling uitwisselbaar is met enige andere functie binnen de onderneming en derhalve aangemerkt moet worden als een unieke functie. Indien men gaat reorganiseren lijkt dit vaak praktisch, omdat toepassing van het afspiegelingsbeginsel bij verval van deze unieke functie automatisch met zich brengt dat de in deze functie werkzame werknemer voor ontslag in aanmerking komt.

Door twee recente uitspraken van respectievelijk de kantonrechter 's-Hertogenbosch en de kantonrechter Utrecht lijkt het er echter op dat het verval van een unieke functie meer risico met zich brengt dan men op het eerste gezicht zou zeggen. In beide uitspraken verweet de kantonrechter het namelijk aan de werkgever dat de werknemer werkzaam was in een unieke functie en daardoor voor ontslag in aanmerking kwam.

Zowel de kantonrechter Utrecht als de kantonrechter 's-Hertogenbosch zijn van oordeel dat het onder omstandigheden aan de werkgever kan worden verweten, indien de werknemer een unieke functie bekleed en daardoor bij een reorganisatie in een nadelige positie kan komen te verkeren. Dit verwijt kan tot uitdrukking komen in een vergoeding die aan een werknemer toekomt.

Op de uitspraken van de kantonrechter 's-Hertogenbosch en de kantonrechter Utrecht kan wel het een en ander worden aangemerkt. Zo wordt in deze uitspraken voorbij gegaan aan de ondernemersvrijheid van een werkgever om zijn organisatie in te richten op een wijze die hem het beste voorkomt. Ondanks deze ondernemersvrijheid lijkt het er echter op dat een werkgever er onder bepaalde omstandigheden verstandig aan doet om een werknemer de kans te geven om zich breder te ontwikkelen binnen de onderneming, zodat zijn functie onderling uitwisselbaar blijft met andere functies binnen de onderneming.

### **3 Werkgever gaat zwaarlijvigheid te lijf?**

In Nederland kampt men steeds vaker met zwaarlijvigheid. Zwaarlijvigheid, in ernstige vorm, ook wel obesitas genoemd, is een serieus probleem; de verwachting is dat in 2015, 15 tot 20% obees zal zijn.

Er bestaat al geruime tijd aandacht voor kinderen met overgewicht waarbij met name ouders wordt onderwezen op welke wijze zij overgewicht bij hun kinderen (en zichzelf) kunnen kwijtraken en voorkomen. Het televisieprogramma "De afvalrace" is hiervan een pijnlijk voorbeeld.

Het maatschappelijk debat over dit onderwerp wordt steeds vaker gevoerd, onder andere vanwege de gezondheidsrisico's die zwaarlijvigheid met zich brengt. Wanneer men te dik is, loopt men meer kans op onder andere suikerziekte, hart- en vaatproblemen en/of klachten aan het bewegingsapparaat. Die gezondheidsproblemen drukken zwaar op de kosten in de gezondheidszorg.

Ook in het arbeidsrecht wordt de discussie over de problematiek ten aanzien van de zwaarlijvigen onder ons gevoerd. Voor werkgevers is het van belang dat het personeel fit is, in plaats van te dik. Algemeen wordt aangenomen dat een in topconditie verkerende werknemer productiever is, dan een werknemer die kampt met zwaarlijvigheid. Sommige werkgevers menen er goed aan te doen de werknemers een handje te helpen bij het creëren van een betere conditie door bijvoorbeeld stappentellers uit de delen. Op zich gaat daar -althans zo lijkt het- een onschuldig motiverende werking vanuit. Toch raken dergelijke acties van de werkgever, de kern van de te bespreken problematiek.

*Mag de werkgever zich bemoeien met de leefgewoonten van een werknemer, die zich ook tonen op de werkvloer of is dat een zaak van de werknemer zelf?*

In beginsel heeft een werknemer volgens artikel 8 EVRM ook recht op privacy op het werk. Dat betekent dat de werkgever haar werknemers bijvoorbeeld niet mag voorschrijven wat zij dienen te nuttigen tijdens de lunch. Wel kan worden aangenomen dat de werkgever, daar waar zij de mogelijkheid heeft, een zekere verantwoordelijkheid heeft ten aanzien van het voorkomen van obesitas bij haar werknemers. Een werkgever doet er verstandig aan om in een bedrijfskantine naast de vaak dagelijks aangeboden overheerlijke kroketjes met mayo, bijvoorbeeld ook een smakelijke (fruit)salade aan te bieden.

Omdat het ontstaan van obesitas uiteraard niet uitsluitend wordt veroorzaakt door te vette lunchmaaltijden die een werknemer nuttig, kan niet worden gesproken van een plicht voor de werkgever, maar is een dergelijke (voorzorgs)maatregel wel degelijk aan te bevelen.

Er kan voor een werkgever wel een gerechtvaardigd doel zijn om daadwerkelijk preventieve maatregelen te treffen ter zake obesitas. Het recht op privacy van een werknemer zal dan moeten wijken voor dat doel, tevens zijnde het belang van de werkgever. Daarbij valt te denken aan werknemers die naar de aard van hun werkzaamheden fit behoren te zijn, zoals sportinstructeurs of brandweermannen. In dergelijke functies vormt obesitas een directe belemmering voor het behoorlijk uitoefenen van de functie.

Te verdedigen valt dat het beperken van ziekteverzuim eveneens een gerechtvaardigd doel is om maatregelen te treffen om zwaarlijvigheid te voorkomen. Dat zou betekenen dat ook werknemers die dagelijks op kantoor achter de computer zitten, onderworpen kunnen worden aan maatregelen van de werkgever. Toch lijkt in die gevallen de privacy van de werknemer minder snel te hoeven wijken daar obesitas voor de uitvoering van die werkzaamheden minder beperkend lijkt te zijn.

Het is een lastige taak om de juiste en toegestane preventieve maatregelen te formuleren. De te treffen maatregelen dienen namelijk wel te voldoen aan het proportionaliteits- en subsidiariteitsvereiste. Populair gezegd: heiligt het doel de middelen?

Een algemeen verbod op ongezond voedsel lijkt te verstrekkend te zijn. Een dergelijke maatregel treedt te veel in de privé-sfeer van de werknemer en weegt niet op tegen het belang van de werkgever, namelijk het streven naar een optimale gezondheid van werknemers. Nog los van die theoretische achtergrond, is een algeheel verbod, en de noodzakelijke controle, praktisch niet uitvoerbaar.

Eventuele preventieve maatregelen kunnen wel zijn toegestaan, bijvoorbeeld een maximaal toegestane MBI (Body Mass Index), wanneer het gaat om werknemers waarbij obesitas hen ongeschikt maakt voor de functie. In dergelijke gevallen zal het belang van de werkgever zwaarder wegen (en de maatregel toegestaan kunnen worden) dan het belang van de werknemer op privacy.

Kortom, zwaarlijvigheid kan leiden tot omvangrijke problemen voor de werknemer zelf, maar ook de werkgever kan daardoor (financiële) risico's lopen. Kern van deze kwestie is dat in het geval dat zwaarlijvigheid een werknemer ongeschikt lijkt te maken voor zijn of haar functie, de werkgever het recht heeft om maatregelen te treffen die de privacy van de werknemer kunnen aantasten.

#### **4 Eenzijdig vaststellen vakantiedagen bij CAO**

Het wettelijke uitgangspunt bij het vaststellen van vakantiedagen is dat de vakantie wordt vastgesteld door de werkgever conform de wensen van de werknemer, tenzij gewichtige redenen zich daartegen verzetten. Deze bepaling is van driekwart dwingend recht; werkgevers- en werknemersorganisaties kunnen bij CAO anders overeenkomen.

Onlangs is er een uitspraak gepubliceerd in een zaak van de kantonrechter Utrecht waarbij het ging om de vraag of bij CAO rechtsgeldig kan worden overeengekomen dat het een werkgever vrij staat, wanneer hij dat wenselijk/noodzakelijk acht, eenzijdig willekeurige werkdagen als verlofdagen aan te wijzen. In deze zaak had de werkgever tegen de wil van de werknemers twee werkdagen als verlofdag aangewezen.

De kantonrechter stelt met een beroep op de wetsgeschiedenis dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om in onderling overleg afspraken met elkaar te maken over het inzetten van (bovenwettelijke) vakantierechten. Ook de werkgever kan er belang bij hebben in het kader van de bedrijfsvoering dat een werknemer zijn vakantierechten opneemt op een dag die de werkgever wenselijk acht. Daar komt bij dat de werkgever volgens de kantonrechter geen onredelijk gebruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid. Alvorens de verlofdagen eenzijdig vast te stellen heeft zij de werknemers gevraagd om vrijwillig dagen op te nemen om de overcapaciteit in een bepaalde periode terug te dringen. Toen hierdoor nog steeds te weinig werknemers zich vrijwillig aanmeldden, heeft de werkgever eerst na voorafgaande aankondiging, van haar bevoegdheid tot toewijzing, gebruik gemaakt. De kantonrechter concludeert dat de CAO-bepaling niet in strijd is met de dwingendrechtelijke vakantiewetgeving.

Hoewel er in de literatuur niet eenduidig wordt gedacht of het mogelijk is via een CAO-bepaling als werkgever eenzijdig verlofdagen aan te wijzen, nu het dwingende en werknemersbeschermende karakter dan mogelijk teveel in het gedrang zou komen, lijkt deze uitspraak voor een werkgever de mogelijkheid te bieden om, uiteraard binnen zekere beperkingen, haar werknemers te verplichten om (bovenwettelijke en "oude") vakantiedagen op te nemen op een dag die de werkgever wenselijk acht.

## Contactpersonen:

### Amsterdam

Roeland Hartman

T: 088 407 04 08

E: [roeland.hartman@hollandlaw.nl](mailto:roeland.hartman@hollandlaw.nl)

### Den Haag

Nicky ten Bokum

T: 088 407 03 08

E: [nicky.ten.bokum@hollandlaw.nl](mailto:nicky.ten.bokum@hollandlaw.nl)

### Eindhoven

Marc van Gelder

T: 088 407 00 63

E: [marc.van.gelder@hollandlaw.nl](mailto:marc.van.gelder@hollandlaw.nl)

### Rotterdam

Job van Breevoort

T: 088 407 02 79

E: [job.van.breevoort@hollandlaw.nl](mailto:job.van.breevoort@hollandlaw.nl)

### Utrecht

Roeland Hartman

T: 088 407 04 08

E: [roeland.hartman@hollandlaw.nl](mailto:roeland.hartman@hollandlaw.nl)

Holland Van Gijzen

Advocatuur | Notariaat

### Over Holland Van Gijzen

Holland Van Gijzen is een toonaangevend advocaten- en notarissenkantoor met hoogwaardige juridische dienstverlening. De 150 advocaten en (kandidaat-) notarissen zijn actief op alle rechtsgebieden die voor ondernemingen relevant zijn. Met vestigingen in Amsterdam, Den Haag, Eindhoven, Rotterdam, Utrecht, Brussel en legal desks in Londen en New York zijn wij in staat u passende oplossingen te bieden voor uw juridische vraagstukken. In Nederland heeft Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP een strategische alliantie met Ernst & Young Belastingadviseurs LLP.

Kijk voor meer informatie op:

[www.hollandlaw.nl](http://www.hollandlaw.nl)

Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP is een limited liability partnership opgericht naar het recht van Engeland en Wales met registratienummer OC335658 en is in Nederland geregistreerd bij de Kamer van Koophandel Rotterdam onder nummer 24433164.

© Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP 2010

### Disclaimer:

Hoewel bij het gereedmaken van deze publicatie de grootst mogelijke zorgvuldigheid wordt betracht, bestaat altijd de mogelijkheid dat bepaalde informatie na verloop van tijd verouderd of niet meer juist is. Holland Van Gijzen is dan ook niet aansprakelijk voor de gevolgen van activiteiten die worden ondernomen op basis van deze publicatie.