

# Nieuwsbrief

Oktober 2011



## Arbeidsrecht

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

Inhoudsopgave:

1. Nakoming van een contractuele afvloeiingsregeling
2. Kennelijk onredelijk ontslag en anticipatie wetsvoorstel WMCO
3. Wetsvoorstel wijziging Wet aanpassing arbeidsduur
4. Niet toelating van een werknemer die zichzelf arbeidsgeschikt acht, komt voor risico van de werkgever

## 1. Nakoming van een contractuele afvloeiingsregeling

Contractuele afvloeiingsregelingen in het bankwezen staan de laatste tijd meer en meer onder druk vanwege de kredietcrisis, staatsinterventies en maatschappelijke kritiek. Banken lijken steeds meer weerstand te hebben tegen een volledige betaling van de (forse) salaris- en afvloeiingsregelingen. In verschillende uitspraken is het recht op nakoming van (excessieve) contractuele afvloeiingsregelingen al aan bod gekomen. Zo ook in een recente uitspraak van het Gerechtshof 's-Gravenhage<sup>1</sup>.

In deze zaak ging het om een werknemer die per 1 december 2007 in dienst was getreden als Chief Risk Officer bij Fortis Bank Nederland. In zijn arbeidsovereenkomst was een contractuele vergoeding opgenomen voor het geval de werkgever de arbeidsovereenkomst (eenzijdig) zou beëindigen. Deze vergoeding bedroeg twee bruto jaarsalarissen inclusief bonus (EUR 1.500.000 bruto). Na 14 maanden kwam de functie van de werknemer te vervallen en diende Fortis een ontbindingsverzoek in bij de kantonrechter. De arbeidsovereenkomst werd door de kantonrechter ontbonden onder toekenning van een vergoeding aan de werknemer van EUR 250.000.

### *Oordeel kantonrechter*

De werknemer startte na deze ontbindingsprocedure een nieuwe procedure. Hij vorderde in deze procedure nakoming van de contractuele vergoeding, verminderd met de al toegekende ontbindingsvergoeding. De kantonrechter stelde vast dat de bank in beginsel gebonden was aan de contractuele vergoeding die met de werknemer was overeengekomen. Echter, hij achtte bij een dienstverband van 14 maanden een vergoeding ter grootte van twee jaarsalarissen inclusief bonus excessief, zo niet ridicuul. Het toekennen van deze contractuele vergoeding was volgens de kantonrechter in deze situatie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar en werd dan ook afgewezen.

### *Oordeel Gerechtshof*

De werknemer heeft hoger beroep aangetekend tegen bovengenoemde uitspraak van de kantonrechter. Het Gerechtshof erkende dat op een duur van de arbeidsovereenkomst van 14 maanden, een vergoeding van twee jaarsalarissen inclusief bonus, fors was. Echter, uitgangspunt moest de tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst zijn met daarin opgenomen de overeengekomen vergoeding. Het Gerechtshof was van mening dat in deze zaak de redelijkheid en billijkheid niet de contractuele afspraak tussen de werknemer en de bank opzij kon zetten. Het Gerechtshof vernietigde de uitspraak van de kantonrechter en wees de contractuele vergoeding toe aan de werknemer.

Deze uitspraak is in lijn met eerdere uitspraken van het Gerechtshof Amsterdam en het Gerechtshof Arnhem met betrekking tot de nakoming van contractuele afvloeiingsregelingen. Gelet deze uitspraak is het raadzaam om een contractuele afvloeiingsregeling - bijvoorbeeld - te koppelen aan de duur van het dienstverband (staffel). Zo kan in ieder geval worden voorkomen dat een werknemer bij een kort dienstverband alsnog een riant contractuele vergoeding meekrijgt.

---

<sup>1</sup> Gerechtshof 's-Gravenhage 3 mei 2011, LJN: BQ7192.

## 2. Kennelijk onredelijk ontslag en anticipatie wetsvoorstel WMCO

Er is sprake van kennelijk onredelijk ontslag, indien een werkgever vanwege bedrijfseconomische redenen de arbeidsovereenkomst opzegt, zonder toekenning van een vergoeding aan de werknemers, kort nadat hij om dezelfde bedrijfseconomische redenen de arbeidsovereenkomsten heeft beëindigd, met toekenning van een vergoeding aan de werknemers. Tevens oordeelde het Gerechtshof Arnhem<sup>2</sup> op 26 juli 2011, dat de werkgever niet behoefte te anticiperen op het wetsvoorstel Wet Melding Collectief Ontslag (hierna: 'WMCO').

De casus is als volgt. De werknemer was reeds 26 jaar in dienst bij de werkgever op het moment dat de werkgever te kampen kreeg met financiële problemen. De werkgever zag zich genoodzaakt voor 9 werknemers ontslagaanvragen in te dienen bij het UWV WERKbedrijf. Omdat de werkgever uiteindelijk met deze werknemers een minnelijke regeling ter beëindiging van de arbeidsovereenkomst bereikte, trok de werkgever alle ontslagaanvragen in. De werkgever en de desbetreffende werknemers hebben de voorwaarden van de beëindiging van hun arbeidsovereenkomst, in een vaststellingsovereenkomst opgenomen, waarbij aan de werknemers een beëindigingsvergoeding werd toegekend.

Omdat de financiële situatie van de werkgever steeds nijpender werd, zag de werkgever zich genoodzaakt de desbetreffende vestiging te sluiten. De werkgever verzocht zodoende het UWV WERKbedrijf om de overige 15 werknemers te mogen ontslaan. Na de verkregen toestemming van het UWV WERKbedrijf, zegde de werkgever de arbeidsovereenkomsten op, zonder toekenning van een beëindigingsvergoeding. Een van de werknemers stelde zich vervolgens op het standpunt dat zijn ontslag kennelijk onredelijk was.

### *Oordeel Gerechtshof*

Bij de beoordeling of sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag, neemt de rechter alle omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag in aanmerking. Dat de werknemer ruim 26 jaar in dienst was en altijd goed functioneerde, heeft niet doorslaggevend te zijn bij de beoordeling of het ontslag kennelijk onredelijk is. Het Gerechtshof Arnhem oordeelt evenwel dat, nu de bedrijfseconomische redenen dezelfde zijn ten opzichte van de werknemers die wel een beëindigingsvergoeding hebben ontvangen, van de werkgever verlangd kon worden te onderzoeken of hij de nadelig (financiële) gevolgen voor de overige werknemers zou kunnen ondervangen. Nu de werkgever dit had nagelaten, heeft hij de arbeidsovereenkomsten kennelijk onredelijk opgezegd.

Naast een beroep op een kennelijk onredelijk ontslag, stelde de werknemer dat de werkgever de verplichtingen voortvloeiende uit de WMCO had geschonden door geen melding te doen van de ontslagen, aan de betrokken vakorganisaties. De werknemer voerde aan dat de werkgever had moeten anticiperen op de wetwijziging van de WMCO. Kort weergegeven komt deze wetwijziging erop neer, dat indien een werkgever de arbeidsovereenkomsten wenst te beëindigen van 20 of meer werknemers (ongeacht de wijze van beëindigen van de arbeidsovereenkomst) binnen een tijdsbestek van 3 maanden, de werkgever daarvan melding moet doen aan de betrokken vakorganisaties en het UWV WERKbedrijf. Het wetsvoorstel bepaalt dat de beëindiging van de

---

<sup>2</sup> Gerechtshof Arnhem, 26 juli 2011, JAR 2011/241.

arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, ook "meetelt" bij de beoordeling of wordt voldaan aan de vereisten van de WMCO. Achterliggende gedachte is dat de melding aan de vakorganisaties los zou moeten staan van de route die een werkgever wil volgen om 20 of meer arbeidsovereenkomsten ten beëindigen. De wetwijziging van de WMCO is uitgebreid behandeld in onze Nieuwsbrief van juni (deze Nieuwsbrief kunt u ook vinden op onze website: [www.hollandlaw.nl/NW/nl/Newsroom/Publications](http://www.hollandlaw.nl/NW/nl/Newsroom/Publications)).

Het Gerechtshof Arnhem volgt de werknemer niet in zijn standpunt dat de werkgever had moeten anticiperen op het wetsvoorstel. Volgens het Gerechtshof, blijft de huidige WMCO van toepassing tot het tijdstip dat deze wet in werking is getreden.

#### *Conclusie*

Indien u een reorganisatie wenst door te voeren, waarbij de beëindiging van de diverse arbeidsovereenkomsten (ook) door middel van het overeenkomen van vaststellingsovereenkomsten wordt gerealiseerd, volgt uit deze uitspraak van het Gerechtshof Arnhem dat u niet hoeft te anticiperen op het wetsvoorstel WMCO. Het is op dit moment nog niet duidelijk of, en per welke datum, de WMCO daadwerkelijk zal worden gewijzigd. Wij zullen u op de hoogte houden van eventuele relevante ontwikkelingen.

### **3. Wetsvoorstel wijziging Wet aanpassing arbeidsduur**

Op 9 september jl. is een wetsvoorstel tot wijziging van de Wet aanpassing arbeidsduur (hierna: 'Waa') ingediend bij de Tweede Kamer (Kamerstuk 2010-2011, 32889, nr. 1, Tweede Kamer). Dit wetsvoorstel beoogt een verdere ondersteuning van het flexibele werken in Nederland. Een van de voorstellen is dan ook om de citeertitel te wijzigen in 'Wet flexibel werken' (hierna: 'Wfw'). Onderstaand wordt kort aangegeven wat de Waa nu inhoudt en wat de belangrijkste wijzigingen zijn in het wetsvoorstel.

#### **De Waa**

De werknemer kan op grond van de Waa één keer in de twee jaar een verzoek doen bij zijn werkgever tot aanpassing van zijn arbeidsduur. De werkgever moet dit verzoek honoreren, tenzij zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen zich daartegen verzetten.

Alleen werknemers die minimaal één jaar in dienst zijn bij de werkgever kunnen een verzoek tot aanpassing van de arbeidsduur doen. Het verzoek moet ten minste vier maanden vóór het beoogde tijdstip van ingang van de aanpassing worden ingediend. Het wettelijk recht op aanpassing van de arbeidsduur is niet van toepassing op werknemers die onder de werkingsfeer vallen van een CAO met inhoudelijke bepalingen omtrent de aanpassing van de arbeidsduur.

De Waa is alleen van toepassing voor werkgevers met 10 of meer werknemers in dienst.

## De voorgestelde wijzigingen Waa

De belangrijkste voorgestelde wijzigingen zijn:

- Naast het recht om bij de werkgever een verzoek in te dienen tot aanpassing van de arbeidsduur krijgen werknemers ook het recht om een verzoek in te dienen tot aanpassing van de arbeidstijden en arbeidsplaats;
- De eis dat een werknemer ten minste één jaar in dienst moest zijn alvorens bovengenoemd verzoek te kunnen indienen, wordt verkort naar 26 weken;
- De eis dat het verzoek ten minste vier maanden vóór het beoogde tijdstip van ingang van de aanpassing moet worden ingediend, wordt verkort naar twee maanden;
- De eis dat de werknemer maar één keer per twee jaar bovengenoemd verzoek kan indienen, wordt verkort naar één keer per jaar;
- De Wfw gaat ook gelden voor werkgevers met minder dan 10 werknemers.

Uit bovengenoemde voorgestelde wijzigingen van de Waa blijkt dat het bereik van deze wet wordt uitgebreid. Met de voorgestelde wijzigingen krijgen meer werknemers meer mogelijkheden om hun werkzaamheden flexibel in te richten. Zo wordt met de voorgestelde wijzigingen ook de mogelijkheid voor thuiswerken gecreëerd. Belangrijk is verder dat dit wetsvoorstel gaat gelden voor alle werkgevers. De mogelijkheid om bij CAO af te wijken van de Wfw blijft bestaan. In een dergelijke CAO dienen dan bepalingen te zijn opgenomen die werknemers mogelijkheden geven tot aanpassing van de arbeidsduur, -plaats of werktijd.

Het wetsvoorstel ligt nu ter behandeling bij de Tweede Kamer. Daarna zal het nog ter goedkeuring aan de Eerste Kamer moeten worden voorgelegd, waarna het voorstel kan worden aangenomen. Het is daarom nog onduidelijk of alle hiervoor genoemde wijzigingen uiteindelijk zullen worden ingevoerd en per welke datum. Uiteraard houden wij u op de hoogte van de nieuwste ontwikkelingen omtrent dit wetsvoorstel.

## 4. Niet toelating van een werknemer die zichzelf arbeidsgeschikt acht, komt voor risico van de werkgever

*Niet toelating van een werknemer die zichzelf arbeidsgeschikt acht, komt voor risico van de werkgever, indien (achteraf) blijkt, dat deze werknemer niet langer arbeidsgeschikt is.*

Bij arbeidsgeschikte werknemers, vertrouwt een werkgever ten aanzien van die arbeidsgeschiktheid, veelal op het advies van een Arbo-arts of verzekeringsarts. Uit een recente uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 6 september 2011<sup>3</sup> blijkt, dat als een werkgever vasthoudt aan de arbeidsgeschiktheid van een werknemer, vanwege tegenstrijdige signalen met betrekking tot die arbeidsgeschiktheid, dit voor zijn rekening komt.

Wat was er aan de hand? De werknemer is reeds sinds 1985 in dienst bij de werkgever als tekenaar. Op 2 februari 2006 heeft de werknemer zich ziek gemeld vanwege psychische klachten. Na twee jaar arbeidsgeschiktheid, oordeelt het UWV WERKbedrijf op 28 januari 2008 dat de werknemer geen WIA-uitkering zal krijgen, omdat hij minder dan 35% arbeidsgeschikt is. Omdat de

---

<sup>3</sup> Gerechtshof 's-Hertogenbosch 6 september 2011, LJN: BT2233.

werkgever de werknemer niet toelaat tot zijn werkzaamheden, start de werknemer een kort geding procedure en vordert wedertewerkstelling en betaling van het loon. De kantonrechter heeft deze vordering afgewezen, omdat naar zijn oordeel nog altijd sprake was van arbeidsongeschiktheid van de werknemer en niet van de werkgever gevergd kon worden de werknemer tot zijn werkzaamheden toe te laten, omdat met grote mate van waarschijnlijkheid gezegd kon worden dat hervatting van de werkzaamheden tot hernieuwde uitval zou leiden. Uiteindelijk heeft de werkgever naar aanleiding van rapporten van arbeidsdeskundigen, de werknemer per 10 juni 2009 weer toegelaten tot het werk en is de loondoorbetaling hervat. De arbeidsovereenkomst is vervolgens alsnog opgezegd per 1 mei 2010. De loonvordering van de werknemer wordt in eerste aanleg door de kantonrechter afgewezen, omdat de werknemer volgens de kantonrechter destijds nog steeds arbeidsongeschikt te achten was. Het kon zodoende niet van de werkgever worden gevergd de werknemer tot het werk toe te laten en loon te betalen.

#### *Oordeel Gerechtshof*

De werknemer stelt hoger beroep in van het vonnis van de kantonrechter. Het Gerechtshof overweegt, dat een werknemer zijn recht op doorbetaling van loon behoudt, indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen. Deze situatie doet zich onder meer voor als een werkgever een zich tot het verrichten van de bedongen arbeid bereid verklarende werknemer niet (meer) in staat stelt zijn arbeid te verrichten, en achteraf inderdaad blijkt dat de werknemer niet ongeschikt was voor dergelijke arbeid. In een dergelijk geval is de werkgever gehouden het loon door te betalen vanaf het moment van bereidverklaring, ook al heeft de werkgever zijn beslissing om toelating tot de werkvloer te weigeren wegens (aanvankelijk) door de werkgever veronderstelde arbeidsongeschiktheid van de werknemer, gebaseerd op bijvoorbeeld het oordeel van een verzekeringsgeneeskundige omtrent de arbeids(on)geschiktheid van een werknemer. Deze regel geldt ook indien de werknemer zijn visie op zijn geschiktheid tot het verrichten van de bedongen arbeid op geen enkele wijze medisch heeft onderbouwd. Het argument van de werkgever, dat volgens de Nationale Ombudsman het oordeel van de bedrijfsarts tot stand was gekomen in strijd met de beginselen van hoor en wederhoor, redt de werkgever in casu niet. Naar het oordeel van het Gerechtshof is de werkgever er niet in geslaagd te bewijzen dat de werknemer arbeidsongeschikt was. Het oordeel van de Nationale Ombudsman ten aanzien van de wijze van totstandkoming van het oordeel van de bedrijfsarts en oordelen van de kantonrechters, zijn daartoe ontoereikend. Dit brengt met zich dat werknemer recht heeft op loon, te vermeerderen met de wettelijke verhoging van 25%.

#### *Conclusie*

Als werkgever is het van belang te realiseren dat indien een werknemer zich bereid verklaart zijn werkzaamheden te hervatten, een weigering van de werkgever de werknemer daartoe in staat te stellen, uiteindelijk tot financiële consequenties kan leiden. Dit is met name het geval indien een werknemer zelf meent arbeidsgeschikt te zijn. Een werkgever kan in dat geval niet zonder meer terugvallen op het advies van zijn bedrijfsarts.

## Contactpersonen:

### Amsterdam, Utrecht, Eindhoven

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)

### Rotterdam

Wendy de Jong

T: 088 407 02 35

E: [wendy.de.jong@hollandlaw.nl](mailto:wendy.de.jong@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 al 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 2011

### Disclaimer

Deze publicatie is met grote zorgvuldigheid samengesteld. Voor mogelijke onjuistheid en/of onvolledigheid van de hierin verstrekte informatie aanvaardt Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP geen aansprakelijkheid, evenmin kunnen aan de inhoud van deze publicatierechten worden ontleend.