

## Nieuwsbrief Arbeidsrecht

In deze nieuwsbrief willen wij u op korte en bondige wijze informeren over recente rechtspraak, nieuwe wetgeving en actuele ontwikkelingen op het gebied van het arbeidsrecht en het medezeggenschapsrecht

### Inhoudsopgave

1. Geen recht op uitbetaling van niet genoten vakantiedagen tijdens non-actiefstelling. Wel recht op uitbetaling van genoten vakantiedagen tijdens verplichte bedrijfssluiting
2. Werknemer succesvol in beroep bij de kantonrechter, na gegeven ontslag door werkgever met toestemming van het UWV
3. Schriftelijkheidsvereiste bij aanzegverplichting
4. De bedenktijd vangt aan op het moment dat overeenstemming is bereikt over de essentialia van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst

### 1 | Geen recht op uitbetaling van niet genoten vakantiedagen tijdens non-actiefstelling. Wel recht op uitbetaling van genoten vakantiedagen tijdens verplichte bedrijfssluiting

De werknemer heeft geen recht op uitbetaling van opgenomen, maar niet genoten vakantiedagen nadat hij na zijn vakantieverzoek op non-actief is gesteld. De werknemer had er immers voor kunnen kiezen zijn vakantieverzoek aan te passen, maar hij heeft dit niet gedaan. De werknemer heeft wel recht op uitbetaling van genoten vakantiedagen tijdens een bij de werkgever verplichte en gebruikelijke bedrijfssluiting, nu deze bedrijfssluiting niet volgde uit een schriftelijke overeenkomst. Dit oordeelde het Hof Arnhem-Leeuwarden op 24 mei 2016.

## Feiten

De werknemer had een vakantieverzoek bij de werkgever ingediend. De werkgever had hierop niet gereageerd. Hierna werd de werknemer op non-actief gesteld. Bij de eindafrekening had de werkgever vervolgens deze niet genoten vakantiedagen afgeboekt. Ook de wel genoten vakantiedagen tijdens de verplichte bedrijfssluiting tussen kerst en nieuwjaar had de werkgever afgeboekt. De werknemer vorderde uitbetaling van deze vakantiedagen.

## Eerste aanleg

De kantonrechter overwoog ten aanzien van de vakantiedagen tijdens de non-actiefstelling dat deze waren vastgesteld voordat de werknemer op non-actief werd gesteld. Bovendien had de werknemer niet verzocht om deze vakantiedagen in te trekken. Ten aanzien van de vakantiedagen tussen kerst en nieuwjaar overwoog de kantonrechter dat de werkgever vanaf haar oprichting in die periode een algehele bedrijfssluiting kent, en dat de werknemer in deze periode altijd vakantie genoot. Volgens het oordeel van de kantonrechter is deze periode daarom in beginsel als vakantieperiode aan te merken. De werknemer had niet aan de werkgever kenbaar gemaakt dat hij geen gebruik van deze vakantiedagen wenste te maken. De kantonrechter wees de vordering tot uitbetaling van de vakantiedagen dan ook af.

## Hoger beroep

In hoger beroep beriep de werknemer zich erop dat de dagen waarop hij niet had gewerkt wegens non-actiefstelling, alleen in beperkte mate en enkel met zijn instemming als vakantiedagen mochten worden aangemerkt. In dit kader verwijst de werknemer naar artikel 7:636 lid 1 BW. Dit artikel ziet echter op vaststelling van vakantiedagen indien geen recht op loon bestaat. Een beroep op (analogie van) dit artikel gaat volgens het hof niet op. Dit wetsartikel ziet namelijk niet op de situatie van non-actiefstelling en de werknemer had tijdens de non-actiefstelling recht loon.

Het hof verwierp daarnaast het standpunt van de werknemer dat uit zijn vakantieaanvraag niet mocht worden afgeleid dat hij instemde met het opnemen van die vakantiedagen, nadat hij (bij de aanvraag nog niet voorzienbaar) op non-actief werd gesteld. Daartoe overwoog het hof dat de werknemer in overleg met de werkgever had moeten treden, indien hij de vakantieaanvraag wilde wijzigen wegens de non-actiefstelling. De werkgever zal zich dan als goed werkgever dienen op te stellen bij de behandeling van het wijzigingsverzoek. Goed werkgeverschap gaat volgens het hof echter niet zo ver dat de werkgever uit eigen beweging had moeten voorstellen de vakantieperiode te verplaatsen. Dat geldt zelfs indien de werkgever had moeten begrijpen dat de vakantieperiode van de werknemer werd overschaduw door arbeidsgerelateerde problemen. De

vordering over de opgenomen vakantiedagen tijdens de non-actiefstelling wees het hof dan ook af.

De vordering over de vakantiedagen tussen kerst en nieuwjaar wees het hof toe. De werkgever heeft volgens het hof namelijk niet gesteld dat in de vaststelling van deze vakantie is voorzien bij schriftelijke overeenkomst. Een schriftelijke overeenkomst voor het vaststellen van een collectieve vakantie (bedrijfssluiting) is namelijk wel een wettelijk vereiste. Het hof overwoog voorts dat het enkele feit dat de werknemer zich in voorafgaande jaren (al dan niet wegens tijdsverloop) heeft geconformeerd aan deze eenzijdige aanwijzing van vakantiedagen, niet meebrengt dat de werknemer gehouden is dat in de onderhavige situatie (weer) te doen.

## Tot slot

1. Een werkgever dient een collectieve vakantie (bedrijfssluiting) schriftelijk overeen te komen met de werknemer. Dit kan in de arbeidsovereenkomst, een personeelshandboek of een cao.
2. De werknemer kan de vakantieaanvraag wegens onvoorziene omstandigheden wijzigen. Het initiatief daarvoor ligt bij de werknemer zelf. De werkgever dient zich bij een dergelijk wijzigingsverzoek als een goed werkgever op te stellen.

## 2 | Werknemer succesvol in beroep bij de kantonrechter, na gegeven ontslag door werkgever met toestemming van het UWV

(Bij Ktr. Amsterdam 22 april 2016, JAR 2016/133)

**Sinds de introductie van de Wwz kunnen werknemers bij de kantonrechter beroep instellen tegen het verlenen van een ontslagvergunning door het UWV. De kantonrechter kan de arbeidsovereenkomst dan herstellen. Dit kan serieuze gevolgen hebben, zo bleek recent uit een uitspraak van de Amsterdamse kantonrechter.**

Wat was het geval? Een kleine stichting had een aantal werknemers in dienst. Zij kampte al enkele jaren met een fors negatief eigen vermogen en vreesde dat zij een financiële tegenvaller niet kon dragen. Daarom liet de stichting de functie van coördinator vervallen. Zij vroeg voor de werknemer die die functie bekleedde, ontslag aan bij het UWV. Volgens het UWV had de stichting een redelijke grond voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Het UWV gaf dan ook toestemming om de werknemer te ontslaan. Dit deed de stichting, met betaling van een transitievergoeding.

De werknemer was het niet eens met zijn ontslag en stapte naar de kantonrechter. Daar bleek de zaak genuanceerder te liggen.

De functie van coördinator was dan wel vervallen, maar inmiddels was de werknemer al maanden werkzaam in de functie van PR/voorlichter. Bovendien was het eigen vermogen van de stichting weliswaar negatief, maar dat negatieve eigen vermogen liep terug. Al enkele jaren waren de cijfers van de stichting positief. De werkgever wist tegen deze argumenten van de werknemer weinig in te brengen. De kantonrechter kwam vervolgens tot een ander oordeel dan het UWV: volgens hem had de stichting geen redelijke grond voor ontslag gehad. Het ontslag had dus niet mogen worden gegeven.

De arbeidsovereenkomst was op dat moment echter al bijna een halfjaar geëindigd. De kantonrechter beval de werkgever daarom de arbeidsovereenkomst te herstellen. Voor de periode tussen de twee arbeidsovereenkomsten moest de werkgever het verschil tussen de WW-uitkering van werknemer en diens maandsalaris aanvullen. Bovendien mocht de werkgever de betaalde transitievergoeding houden, deels als compensatie voor gemist pensioen. De werkgever hoefde van de kantonrechter geen voorziening te treffen voor vakantiedagen, omdat de werknemer niet had gewerkt.

Met deze beslissing was de kantonrechter nog enigszins coulant, omdat hij de arbeidsovereenkomst (en dus de loondoorbetalingsverplichting) ook met terugwerkende kracht had kunnen herstellen. Dit deed hij niet omdat de stichting grotendeels van subsidies afhankelijk was.

Als de werkgever een arbeidsovereenkomst moet herstellen, kunnen de gevolgen dus aanzienlijk zijn. Dat geldt niet alleen in het geval zoals de beschreven zaak, waarin het misschien niet altijd een verrassing is dat de kantonrechter herstel van de dienstbetrekking gelast. Vaker zien wij een grijs gebied, waarin het vooraf vaak lastig is in te schatten of het UWV een ontslaag aanvraag zal honoreren. Het is denkbaar dat werkgevers en werknemers in die zaken beroep bij de kantonrechter zullen aantekenen. Bovendien is hoger beroep bij het hof en cassatie bij de Hoge Raad mogelijk.

Het beste is om zulke situaties zoveel mogelijk te voorkomen. Daarom is het belangrijk een bedrijfseconomisch ontslag zo goed mogelijk te onderbouwen en hierbij conform de regels te opereren. Wij denken hierin natuurlijk graag met u mee.

### 3 | Schriftelijkheidsvereiste bij aanzegverplichting

Voor het betrachten van enige soepelheid met betrekking tot het wettelijk schriftelijkheidsvereiste bij de aanzegplicht is geen ruimte. Dit oordeelde de kantonrechter Alkmaar op 18 mei 2016.

Werkgevers dienen werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (van zes maanden of langer) uiterlijk één maand voordat de arbeidsovereenkomst eindigt, *schriftelijk* te informeren over het al dan niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst. Bij voortzetting dienen werkgevers ook de voorwaarden waaronder wordt voortgezet *schriftelijk* mede te delen. Indien werkgevers deze "aanzegplicht" in het geheel niet nakomen, zijn zij aan de werknemer een vergoeding verschuldigd gelijk aan het bedrag van het loon voor één maand (en een vergoeding naar rato bij niet-tijdige nakoming).

De werknemer verzocht de kantonrechter de werkgever te veroordelen tot betaling van een vergoeding ter hoogte van een maandsalaris. De werknemer beriep zich op niet-nakoming van de aanzegplicht. De werkgever voerde als verweer aan dat hij de werknemer mondeling had medegedeeld dat zijn arbeidsovereenkomst niet zou worden verlengd en dat de arbeidsovereenkomst zou eindigen. Daarnaast had hij aan alle werknemers gezamenlijk schriftelijk medegedeeld dat de arbeidsovereenkomst van de werknemer niet zou worden verlengd. De werknemer wist waaraan hij toe was, aldus de werkgever.

De kantonrechter overwoog dat aan de mondelinge toezegging geen betekenis toekomt. De aanzegging dient immers schriftelijk te gebeuren, aldus de kantonrechter. De kantonrechter overwoog voorts dat de door de werkgever gedane schriftelijke mededeling een algemene mededeling was, gericht aan alle werknemers en niet aan de werknemer persoonlijk. Volgens de kantonrechter had dit laatste wel gemoeten. Ook een brief van de werkgever aan de werknemer waarin de werkgever aangaf dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege zou eindigen, mocht de werkgever niet baten. Hetzelfde gold voor een e-mail waarin de werkgever aangaf dat de arbeidsovereenkomst aan het einde van de maand zou eindigen en dat de werkgever graag voor de volgende dag een evaluatiegesprek wilde inplannen. Deze mededelingen laten volgens de kantonrechter de mogelijkheid open dat er een volgende arbeidsovereenkomst zou worden aangeboden. De kantonrechter oordeelde dat de werkgever de aanzegplicht in het geheel niet is nagekomen en dat de werkgever daarom aan de werknemer een vergoeding te hoogte van een maandsalaris verschuldigd is.

Indien werkgevers de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet wensen te verlengen, dienen zij (i) de werknemer persoonlijk (ii) schriftelijk te informeren dat de arbeidsovereenkomst (iii) niet wordt verlengd. Uit het oordeel van de kantonrechter volgt dat een werkgever niet aan de aanzegverplichting voldoet, indien hij werknemers bericht dat de arbeidsovereenkomst (op een bepaalde datum) van rechtswege eindigt. Het moet dus duidelijk zijn dat de arbeidsovereenkomst niet wordt verlengd. Indien een werkgever

niet op de juiste wijze aanzegt, kan een werknemer een vergoeding van maximaal één maandsalaris vorderen.

#### **4 | De bedenkttermijn vangt aan op het moment dat overeenstemming is bereikt over de essentialia van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst**

**Een beëindigingsovereenkomst is slechts geldig, indien deze schriftelijk is aangegaan (het zogenoemd "schriftelijkheidsvereiste"). Werknemers hebben het recht om de beëindigingsovereenkomst binnen veertien dagen na de totstandkoming te ontbinden (de zogenaamde "bedenkttermijn"). De bedenkttermijn vangt aan op het moment dat partijen (schriftelijk) overeenstemming hebben bereikt over de essentialia van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Dit oordeelde onlangs de Voorzieningenrechter in Leiden.**

De werkgever en de werknemer hebben onderhandeld over (de voorwaarden bij) een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden. Op 28 januari 2016 ontving de advocaat van de werknemer een concept beëindigingsovereenkomst. Hierin waren de essentialia van de beëindiging van het dienstverband en de wettelijke bedenkttermijn opgenomen. Op 29 januari 2016 heeft de advocaat van de werkgever per e-mail een laatste aanbod aan de advocaat van werknemer gedaan. Diezelfde dag heeft de advocaat van de werknemer de advocaat van de werkgever per e-mail bericht dat partijen overeenstemming hebben bereikt.

Op 16 februari 2016 beriep de werknemer zich op de bedenkttermijn. De werkgever heeft vervolgens de kantonrechter verzocht - uitsluitend voor het geval dat de arbeidsovereenkomst niet via de beëindigingsovereenkomst zou eindigen - de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk te ontbinden. De werknemer is daarop een kort geding procedure gestart. De werknemer vorderde loondoorbetaling en wedertewerkstelling.

Volgens de Voorzieningenrechter volgt uit de wetsgeschiedenis dat met de bedenkttermijn enerzijds is beoogd te voorkomen dat werknemers onder druk van werkgevers instemmen met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, terwijl werknemers zich niet (altijd goed) bewust zijn van de gevolgen hiervan. Anderzijds biedt de bedenkttermijn werknemers de mogelijkheid juridisch advies in te winnen.

Van belang is dat partijen een duidelijk aantoonbaar en concreet moment hebben waarop de bedenkttermijn van veertien dagen aanvangt, aldus de Voorzieningenrechter. Dit betekent volgens de Voorzieningenrechter niet dat de bedenkttermijn pas gaat lopen, nadat partijen de (schriftelijke) beëindigingsovereenkomst daadwerkelijk hebben ondertekend. De Voorzieningen-

rechter verwijst voor het schriftelijkheidsvereiste naar een overweging van de Hoge Raad, die luidt: "*dat in het vereiste van geschrift een bijzondere waarborg is gelegen dat de werknemer de consequenties van dit voor hem bezwarende beding goed heeft overwogen.*" Tot slot wijst de Voorzieningenrechter op jurisprudentie waaruit blijkt dat al kan worden voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste door mededelingen per Whatsapp en door akkoordverklaringen per e-mail.

De Voorzieningenrechter overwoog dat uit het feit dat de advocaat van de werknemer per e-mail bevestigde dat partijen (per vandaag: lees 29 januari 2016) overeenstemming over de essentialia van een beëindigingsovereenkomst (inclusief de bepaling over het herroepingsrecht) hebben bereikt, hieruit voldoende blijkt dat de afspraken over de beëindigingsovereenkomst vanaf die datum kenbaar en akkoord waren voor de werknemer. Ondertekening van de (definitieve) beëindigingsovereenkomst is dus niet nodig, aldus de Voorzieningenrechter. Dit betekent dat partijen op 29 januari 2016 overeenstemming hebben bereikt over (de voorwaarden bij) beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De werknemer had dus te laat een beroep op de bedenkttermijn gedaan. De vordering tot wedertewerkstelling en de loonvordering werd afgewezen.

#### **Conclusie**

Het is voor werkgevers gunstig als de bedenkttermijn ingaat voordat de beëindigingsovereenkomst daadwerkelijk door beide partijen is ondertekend. Dit verkleint de kans dat een werknemer (ondertekening vertraagt en daardoor) een geslaagd beroep op de wettelijke bedenkttermijn doet. Het is daarom belangrijk om tijdens onderhandelingen expliciet (schriftelijk) te benoemen op welk moment en onder welke voorwaarden overeenstemming is bereikt. Op dat moment is een beëindigingsovereenkomst tot stand is gekomen en start de bedenkttermijn, zo volgt uit de uitspraak van de Voorzieningenrechter. Wij helpen u hier uiteraard graag bij.

## Contactpersonen:

### Amsterdam, Utrecht

Suzanne Bos

T: 088-407 24 72

E: [suzanne.bos@hvglaw.nl](mailto:suzanne.bos@hvglaw.nl)

### Den Haag

Nicky ten Bokum

T: 088-407 03 08

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

### Rotterdam

Joost van Ladesteijn

T: 088-407 02 40

E: [joost.van.ladesteijn@hvglaw.nl](mailto:joost.van.ladesteijn@hvglaw.nl)

### Eindhoven

Huub van Osch

T: 088-407 01 55

E: [huub.van.osch@hvglaw.nl](mailto:huub.van.osch@hvglaw.nl)

## HVG

### Advocaten | Notarissen

#### Over HVG

Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP (HVG) is een toonaangevend advocaten- en notarissenkantoor met hoogwaardige juridische dienstverlening. Onze 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 New York zijn wij in staat u passende oplossingen te bieden voor al uw juridische vraagstukken. In Nederland heeft HVG een strategische alliantie met Ernst & Young Belastingadviseurs LLP.

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

Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP is een limited liability partnership opgericht naar het recht van Engeland en Wales met registratie-nummer OC335658 en is geregistreerd in het Nederlandse handelsregister van de Kamer van Koophandel onder nummer 24433164.

© 2016 Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP

#### Disclaimer

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