

Het goed werkgever- en werknemerschap

Wat zegt de wet?

Artikel 7:611 Burgerlijk Wetboek ('BW') bepaalt dat de werkgever en de werknemer verplicht zijn zich als een goed werkgever en een goed werknemer te gedragen. Het artikel bevat een vage norm. Het gebruik van een dergelijke norm zorgt ervoor dat er ruimte is voor rechtsontwikkeling en dat het artikel kan functioneren als een zogenaamde vangnetbepaling. Voorgaande is van belang nu de wetgever onmogelijk alle situaties kan voorzien noch kan opnemen in regelgeving. Om deze reden wordt dit artikel ook wel de belangrijkste bepaling van het arbeidsrecht genoemd. Vooral het goed werkgeverschap lijkt in (bijna) alle arbeidsrechtelijke procedures een rol te spelen. Aspecten die een rol spelen bij het goed werkgeverschap zijn onder andere het gelijkheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Hoewel het goed werknemerschap in beginsel te gelden heeft als het spiegelbeeld van het goed werkgeverschap (b)lijkt deze niet zo strikt te zijn voor werknemers als het goed werkgeverschap voor de werkgever is. De reden daarvoor is het feit dat de werknemer veel meer afhankelijk is van de werkgever, dan de werkgever van de werknemer. Toch dient de werknemer zorg te dragen dat hij zich als goed werknemer gedraagt. Doet hij dat niet, dan kan dit gevolgen hebben van het krijgen van een waarschuwing, tot schorsing of zelfs tot ontslag.

Goed werkgeverschap

Uitspraak rechtbank Rotterdam 5 september 2017

Dat artikel 7:611 BW mede door haar vangnetfunctie een belangrijke rol inneemt in het arbeidsrecht blijkt onder andere uit de beschikking van de kantonrechter in Rotterdam van 5 september 2017.

De werknemer verzocht in deze zaak wedertewerkstelling nadat een door de werkgever ingediend verzoek tot ontbinding was afgewezen. Hoewel er geen algemene regel bestaat die een werknemer recht geeft op wedertewerkstelling kan dit onder omstandigheden met succes worden gevorderd op grond van het goed werkgeverschap.

De kantonrechter overwoog in de betreffende beschikking dat de vraag of er recht op wedertewerkstelling bestaat op grond van het goed werkgeverschap afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, zoals de aard van de dienstbetrekking, de aard van de overeengekomen arbeid en overige omstandigheden.

De kantonrechter overwoog voorts dat een werkgever niet alleen goede redenen dient te hebben om een werknemer op non-actief te kunnen stellen, maar ook om deze op non-actief te kunnen houden. Nu het bestaan van dergelijke redenen in onderhavige procedure niet was gebleken wees de kantonrechter de op basis van het goed werkgeverschap gevorderde wedertewerkstelling toe.

Goed werknemerschap

Het goed werknemerschap speelt onder andere een belangrijke rol bij de vraag of van de werknemer aanvaarding van een wijziging van de overeenkomst kan worden gevergd.

Goed werknemerschap brengt in een dergelijk geval met zich mee dat een werknemer in het algemeen positief dient in te gaan op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met

gewijzigde omstandigheden op het werk, en een dergelijk voorstel slechts dan mag afwijzen wanneer de aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden geveerd.

De wijzigingen die werkgevers op deze manier mogelijk kunnen doorvoeren, kunnen zien op verschillende aspecten van de arbeidsovereenkomst zoals:

- Het wijzigen van de standplaats van de onderneming waardoor de reistijd van de werknemer (aanzienlijk) langer wordt;
- Het verschuiven van de arbeidstijden, alsook;
- Het doorvoeren van een functiewijziging of zelfs een demotie.

Of aanvaarding redelijkerwijs niet van een werknemer kan worden geveerd is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Dit brengt met zich mee dat wat van de ene werknemer redelijkerwijs geveerd kan worden mogelijk niet van een andere werknemer kan worden geveerd.

Onrechtmatig verkregen bewijs in het arbeidsrecht

Bewijs kan om verschillende redenen onrechtmatig zijn verkregen. In het arbeidsrecht gaat het in veel gevallen om bewijs dat is verkregen op een manier waarbij de privacy in het gedrang is gekomen. Hierbij kan worden gedacht aan het in het geheim opnemen of laten volgen van een werknemer. Of sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs zal in een concreet geval worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval (Hoge Raad 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1632). Maar wat is nu het gevolg als in een arbeidsrechtelijke procedure zou

worden geoordeeld dat er sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs? Mag er dan nog wel een beroep op dit bewijs worden gedaan of zal dit door de rechter buiten beschouwing moeten worden gelaten?

Artikel 152 Rv bepaalt dat bewijs door alle middelen kan worden geleverd en dat de waardering van het bewijs aan het oordeel van de rechter is overgelaten, tenzij de wet anders bepaalt. Dat bewijs onrechtmatig is verkregen betekent dan ook niet zonder meer dat de rechter geen acht zou mogen slaan op dit bewijs en dat dit bewijs moet worden uitgesloten.

Het algemene maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt en het belang dat partijen erbij hebben hun stellingen in rechte aannemelijk te kunnen maken, wegen in beginsel zwaarder dan het belang van uitsluiting van bewijs. Slechts indien er sprake is van bijkomende omstandigheden is het volgens vaste rechtspraak gerechtvaardigd om bewijs uit te sluiten (Hoge Raad 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942).

Voorgaande zal in andere rechtsgebieden, zoals in het strafrecht, anders zijn.

Uitspraak kantonrechter Amsterdam 18 juni 2020

De vraag of sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs en zo ja of dit in een arbeidsrechtelijke procedure met zich mee zou brengen dat dit bewijs buiten beschouwing dient te blijven, is recent in een uitspraak van de rechtbank Amsterdam aan de orde gekomen. In de betreffende zaak was een werkneemster op staande voet ontslagen. Ter bewijs van de door de werkgever aangedragen dringende reden – kort weergegeven het in strijd met de waarheid ziekmelden waardoor het vertrouwen van de werkgever ernstig is geschonden – bracht de werkgever Whatsapp-gesprekken van werkneemster met onder andere haar

vriend in het geding.

Bij haar werkzaamheden gebruikte werkneemster vlak voor haar ontslag een laptop van een collega. Op deze laptop heeft werkneemster een WhatsApp applicatie geïnstalleerd. Kennelijk was werkneemster zich er niet van bewust dat later via haar telefoon gewisselde WhatsApp berichten ook zichtbaar waren op de laptop. Op enig moment melde de werkneemster zich ziek. Tijdens de afwezigheid van werkneemster is een andere werknemer de laptop gaan gebruiken. Daarbij kwamen Whatsapp-gesprekken van de later op staande voet ontslagen werkneemster tevoorschijn.

Uit de Whatsapp-gesprekken bleek dat de werkneemster helemaal niet ziek was. In een van de Whatsapp-gesprekken schrijft werkneemster bijvoorbeeld dat ze niet weet hoelang ze griep nog kan gebruiken om thuis te blijven en in een ander gesprek geeft ze aan te denken goed toneel te hebben gespeeld.

De kantonrechter overweegt dat het duidelijk is dat de werkgever kennis heeft genomen van buitengewoon privacygevoelige informatie, waarvan werknemer niet heeft gewild dat haar werkgever deze zou zien. Echter heeft de werknemer hier volgens de kantonrechter zelf een bijdrage aan geleverd door de WhatsApp applicatie op de (werk-)laptop te installeren. Volgens de werkgever is het account van werknemer niet "gehackt" om bij de informatie te komen, maar was de laptop via een simpel wachtwoord te gebruiken.

De kantonrechter gaat verder door te overwegen dat, indien al geoordeeld zou worden dat het bewijs onrechtmatig is verkregen, dit volgens vaste jurisprudentie nog niet betekent dat de rechter daarop geen acht mag slaan. In het algemeen wegen het maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt en het belang dat partijen hebben om hun stellingen in rechte aannemelijk te kunnen maken, immers zwaarder dan het belang van uitsluiting van bewijs. Het voorgaande is slechts anders indien sprake is van bijkomende

omstandigheden. De kantonrechter geeft aan dat in onderhavige zaak noch gesteld noch gebleken is dat daar sprake van is. De kantonrechter neemt het bewijs dan ook gewoon mee en oordeelt dat er sprake is van een rechtsgeldig ontslag op staande voet.

De waarde van vakantiedagen

In een eerdere bijdrage stonden we stil bij de vraag wat er gebeurt met de vakantiedagen die na het jaar waarin ze zijn opgebouwd nog over zijn. In deze bijdrage staat de vraag centraal hoeveel een opgebouwde vakantiedag aan het einde van het dienstverband nou eigenlijk waard is.

Om deze vraag te beantwoorden zal eerst het wettelijk kader aan de orde komen. Vervolgens zal een overzicht worden gegeven van wat we tot nu toe uit de jurisprudentie kunnen afleiden. Ten slotte zal een opvallende uitspraak worden uitgelicht.

Wettelijk kader

Artikel 7:641 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt onder andere dat een werknemer recht op loon behoudt gedurende zijn vakantie.

Bij het einde van de arbeidsovereenkomst moeten de opgebouwde, niet-genoten vakantiedagen in beginsel worden uitbetaald. Dat geldt voor zowel de wettelijke als de bovenwettelijke vakantiedagen.

Artikel 7:641 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt voorts dat een werknemer recht heeft op een vergoeding voor niet-genoten vakantiedagen 'tot een bedrag van het loon over een tijdvak overeenkomend met de aanspraak.'

De waarde van vakantiedagen

De hiervoor genoemde wettelijke bepaling lijkt vrij eenvoudig. Één vakantiedag is één dag loon waard. Vraag is echter wat in dit kader valt onder 'loon'. Dat deze vraag niet zo makkelijk te beantwoorden is als zij lijkt, blijkt uit het feit dat er over deze vraag veel is geschreven.

Inmiddels is duidelijk dat er in dit kader moet worden uitgegaan van een ruim loonbegrip. Uit de jurisprudentie blijkt dat in de berekening van de vergoeding voor niet-genoten vakantiedagen, afhankelijk van de feitelijke situatie, meegenomen moeten worden:

- loon;
- vakantietoeslag;
- ploegentoeslag;
- onregelmatigheidstoeslag;
- 13e maand;
- bonussen die gerelateerd zijn (geweest) aan de inspanningen van de werknemer en in rechtstreeks verband staan met de activiteiten van de werknemer in het bedrijf en stelselmatig zijn uitgekeerd;
- het werkgeversdeel pensioenpremie (zie de uitspraak hiernaast).

Met betrekking tot deze laatste post is de vraag hoe dit in de praktijk zal werken nu de pensioendeelneming van de werknemer door de uitdiensttreding immers stopt.

Jurisprudentie

Ktr. Noord-Nederland 28 februari 2017

In een arrest heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie in het kader van het begrip "vakantieloon" het volgende overwogen:

'Elke last die intrinsiek samenhangt met de uitvoering van de taken die de werknemer zijn opgedragen in zijn arbeidsovereenkomst en waarvoor hij een financiële vergoeding ontvangt wordt gerekend tot de globale beloning van de werknemer.'

Of dit intrinsiek verband bestaat is aan de nationale rechter overgelaten om te beoordelen.

Onder verwijzing naar deze overweging bepaalde de kantonrechter dat de werkgeverspremie, hoewel deze geen loon in de letterlijke betekenis is, een bepaalde waarde heeft en daarom ook een onderdeel is van het ruime loonbegrip.

De kantonrechter achtte in dit kader van belang dat wanneer de werknemer in dienst zou zijn gebleven en zijn vakantiedagen zou hebben opgenomen in de periode ook premie verschuldigd zou zijn geweest. De werknemer mag ingevolge de kantonrechter niet in een meer nadelige positie raken als de situatie wordt vergeleken tussen uitbetaling van niet opgenomen vakantiedagen en het daadwerkelijk opnemen daarvan.

Zwangerschaps- en bevallingsverlof

In deze bijdrage worden de regels omtrent het zwangerschaps- en bevallingsverlof globaal worden uiteengezet. Allereerst zullen wat algemene opmerkingen worden gemaakt over zwangerschaps- en bevallingsverlof. Vervolgens zal de duur van het verlof aan de orde komen. Ten slotte zal de mogelijkheid tot verlof van de partner worden besproken.

N.B. in deze bijdrage wordt niet ingegaan op ouderschaps- noch

op adoptie- en/of pleegverlof.

Zwangerschaps- en bevallingsverlof

Er wordt een onderscheid gemaakt tussen zwangerschapsverlof en bevallingsverlof. De werknemster geniet zwangerschapsverlof voorafgaand aan de bevalling en bevallingsverlof vanaf de dag na de bevalling.

De werkgever is wettelijk verplicht het verlof te geven, maar hoeft het loon gedurende de tijd dat de werknemster verlof geniet echter niet door te betalen. De werknemster heeft recht op een uitkering op grond van de Wet arbeid en zorg (Wazo). Afhankelijk van wat er in een eventuele toepasselijke cao of arbeidsovereenkomst staat, krijgt de werknemster de uitkering via haar werkgever of van het UWV.

De duur van het verlof

Een werknemster heeft recht op 6 weken zwangerschapsverlof en minstens 10 weken bevallingsverlof. In het totaal heeft de werknemster dan ook recht op minimaal 16 weken verlof.

Wanneer de werknemster zich goed voelt, kan zij ervoor kiezen om haar zwangerschapsverlof later te laten ingaan. De werknemster moet echter uiterlijk 4 weken voor de dag na haar uitgerekenende bevallingsdatum met zwangerschapsverlof. Hetgeen de werknemster minder aan 6 weken zwangerschapsverlof opneemt, wordt opgeteld bij het bevallingsverlof.

Indien de werknemster eerder bevalt dan de uitgerekenende datum, kan het zo zijn dat het zwangerschapsverlof korter is dan hierboven beschreven. De gemiste dagen van het zwangerschapsverlof worden in dat geval opgeteld bij het bevallingsverlof.

Komt de baby later dan de vermoedelijke datum van bevalling, dan duurt het zwangerschapsverlof langer. Deze extra tijd gaat niet af van het bevallingsverlof.

Het voorgaande geldt ook voor een werkneemster die zwanger is van een tweeling of meerling. Echter heeft een werkneemster zwanger van een tweeling of meerling recht op minimaal 20 weken zwangerschaps- en bevallingsverlof. Het verschil zit hem in de lengte van het zwangerschapsverlof, deze begint in het geval van een tweeling of meerling tussen 10 en 8 weken voor de dag na de uitgerekende datum.

Partnerverlof

De werknemer of werkneemster wiens partner bevalt of is bevallen heeft ook recht op hiermee verband houdend verlof.

Wanneer zijn of haar partner aan het bevallen is heeft de werknemer of werkneemster het recht om calamiteitenverlof op te nemen om bij de bevalling te kunnen zijn.

Na de bevalling heeft de betreffende werknemer of werkneemster wiens partner is bevallen, recht op zogenaamd kraamverlof (ook wel geboorteverlof genoemd). Voor dit verlof geldt dat de werknemer of werkneemster 2 dagen doorbetaald verlof kan opnemen, welke dagen niet mogen worden verrekend met vakantiedagen. Dit verlof kan tot 4 weken nadat de baby thuis is worden opgenomen. De werknemer of werkneemster mag zelf bepalen wanneer hij of zij deze dagen opneemt.

Wetsvoorstel

Op dit moment ligt er een wetsvoorstel bij de tweede kamer dat beoogt het kraamverlof vanaf 1 januari 2019 te verlengen tot één week. Net zoals nu is het de bedoeling dat dit verlof de eerste vier weken na de bevalling zal kunnen worden genoten. In aanvulling hierop beoogt het voorstel vanaf 1 juli 2020 een aanvullend kraamverlof van vijfmaal de wekelijkse arbeidsduur in te voeren. Ingevolge het voorstel zou dit verlof binnen zes maanden na de geboorte kunnen worden genoten en zal de werknemer of werkneemster gedurende deze tijd recht hebben op een uitkering.

Uitbetalen vakantierechten en verval van vakantiedagen

In deze bijdrage staat de vraag centraal wat er gebeurt met de vakantiedagen die na het jaar waarin ze zijn opgebouwd nog over zijn.

Om voorgaande vraag goed te kunnen beantwoorden zal hieronder eerst worden ingegaan op de opbouw van vakantiedagen. Vervolgens zal in worden gegaan op de vraag of, en zo ja onder welke omstandigheden, opgebouwde maar niet genoten vakantiedagen in geld uitgekeerd kunnen worden. Tenslotte zal ingegaan worden op het verval van de aanspraak op niet genoten vakantiedagen.

Opbouw vakantiedagen

Een werknemer heeft in beginsel recht op ten minste vier keer de overeengekomen arbeidsduur per week aan vakantiedagen. Bij een fulltime dienstverband komt dit neer op minimaal 20 vakantiedagen per jaar.

Het minimum aantal dagen dat een werknemer recht heeft op vakantie worden de wettelijke vakantiedagen genoemd. Natuurlijk mogen een werkgever en werknemer overeenkomen dat een werknemer meer vakantiedagen heeft. De dagen die het minimum te boven gaan worden bovenwettelijke vakantiedagen genoemd.

Uitbetalen vakantierechten

Tijdens het dienstverband

In beginsel kan een werknemer tijdens de duur van zijn dienstverband geen afstand doen van zijn aanspraak op vakantiedagen. Ook niet tegen betaling. Uitzondering hierop betreffen de bovenwettelijke vakantiedagen. Van aanspraak op deze dagen kan schriftelijk afstand worden gedaan tegen een schadevergoeding.

Bij het einde van het dienstverband

Indien een werknemer bij het einde van de arbeidsovereenkomst nog aanspraak op vakantie heeft, dan heeft de werknemer in beginsel recht op uitkering van het loon over die aanspraak.

Over de vraag wat er precies uitbetaald dient te worden is veel geschreven in de literatuur. In de volgende nieuwsbrief zal in dit kader worden stilgestaan bij de vraag hoeveel een vakantiedag waard is.

Gezien het voorgaande kunnen werknemers tijdens hun dienstverband maar beperkt afstand doen van de opgebouwde, maar niet genoten, vakantiedagen. Hierdoor bestaat er een risico dat werknemers bij het einde van het dienstverband een heel stuk meer aan niet opgenomen vakantiedagen zullen hebben opgebouwd.

Verval van vakantiedagen

Een maatregel die de opbouw van een dergelijk stuk meer beperkt, is dat niet opgenomen vakantiedagen op een gegeven moment komen te vervallen.

Wettelijke vakantiedagen

De aanspraak op de wettelijke vakantiedagen vervalt in

beginsel zes maanden na de laatste dag van het jaar waarin ze zijn opgebouwd. Dit betekent dat een werknemer elk jaar voor 1 juli de wettelijke vakantiedagen moet hebben opgemaakt.

Met het hanteren van deze vervaltermijn wordt beoogd vakantieopname door de werknemer te stimuleren.

De vervaltermijn van zes maanden geldt echter alleen indien de werknemer redelijkerwijs in staat is geweest tot het opnemen van de dagen. Is dit niet het geval, dan vervallen deze dagen niet na zes maanden maar pas na vijf jaar.

Bovenwettelijke vakantiedagen

De aanspraak op de bovenwettelijke vakantiedagen vervalt na verloop van vijf jaar.

Van de in deze nieuwsbrief omschreven regels kan in beginsel enkel ten voordele van de werknemer worden afgeweken.

Goed werkgeverschap en goed werknemerschap

Artikel 7:611 BW bepaalt dat de werkgever en de werknemer verplicht zijn zich als een goed werkgever en een goed werknemer te gedragen. Het artikel bevat een vage norm. Het gebruik van een dergelijke norm zorgt ervoor dat er ruimte is voor rechtsontwikkeling en dat het artikel kan functioneren als een zogenaamde vangnetbepaling. Voorgaande is van belang nu de wetgever onmogelijk alle situaties kan voorzien noch kan opnemen in regelgeving. Om deze reden wordt dit artikel ook wel de belangrijkste bepaling van het arbeidsrecht genoemd.

Vooraf het goed werkgeverschap lijkt in (bijna) alle arbeidsrechtelijke procedures een rol te spelen. Aspecten die een rol spelen bij het goed werkgeverschap zijn onder andere het gelijkheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Hoewel het goed werknemerschap in beginsel te gelden heeft als het spiegelbeeld van het goed werkgeverschap (b)lijkt deze niet zo strikt te zijn voor werknemers als het goed werkgeverschap voor de werkgever is. De reden daarvoor is het feit dat de werknemer veel meer afhankelijk is van de werkgever, dan de werkgever van de werknemer. Toch dient de werknemer zorg te dragen dat hij zich als goed werknemer gedraagt. Doet hij dat niet, dan kan dit gevolgen hebben van het krijgen van een waarschuwing, tot schorsing of zelfs tot ontslag.

Goed werkgeverschap

Rb. Rotterdam 5 september 2017

Dat artikel 7:611 BW mede door haar vangnetfunctie een belangrijke rol inneemt in het arbeidsrecht blijkt onder andere uit de beschikking van de kantonrechter in Rotterdam van 5 september 2017.

De werknemer verzocht in deze zaak wedertewerkstelling nadat een door de werkgever ingediend verzoek tot ontbinding was afgewezen.

Hoewel er geen algemene regel bestaat die een werknemer recht geeft op wedertewerkstelling kan dit onder omstandigheden met succes worden gevorderd op grond van het goed werkgeverschap. De kantonrechter overwoog in de betreffende beschikking dat de vraag of er recht op wedertewerkstelling bestaat op grond van het goed werkgeverschap afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, zoals de aard van de dienstbetrekking, de aard van de overeengekomen arbeid en overige omstandigheden.

De kantonrechter overwoog voorts dat een werkgever niet alleen goede redenen dient te hebben om een werknemer op non-actief te kunnen stellen, maar ook om deze op non-actief te kunnen houden. Nu het bestaan van dergelijke redenen in onderhavige procedure niet was gebleken wees de kantonrechter de op basis van het goed werkgeverschap gevorderde wedertewerkstelling toe.

Goed werknemerschap

Het goed werknemerschap speelt onder andere een belangrijke rol bij de vraag of van de werknemer aanvaarding van een wijziging van de overeenkomst kan worden gevergd.

Goed werknemerschap brengt in een dergelijk geval met zich mee dat een werknemer in het algemeen positief dient in te gaan op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, en een dergelijk voorstel slechts dan mag afwijzen wanneer de aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd.

De wijzigingen die werkgevers op deze manier mogelijk kunnen doorvoeren kunnen zien op verschillende aspecten van de arbeidsovereenkomst zoals:

- het wijzigen van de standplaats van de onderneming waardoor de reistijd van de werknemer (aanzienlijk) langer wordt;
- het verschuiven van de arbeidstijden, alsook;
- het doorvoeren van een functiewijziging of zelfs een demotie.

Of aanvaarding redelijkerwijs niet van een werknemer kan worden gevergd is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Dit brengt met zich mee dat wat van de ene werknemer redelijkerwijs gevergd kan worden mogelijk niet van

een andere werknemer kan worden geveerd.

Wie bepaalt of een werknemer ziek is?

Op verzoek van de vereniging Rozon heeft Kop Advocaten recent een presentatie gegeven voor ongeveer 40 rechtenstudenten, allen werkzaam bij een rechtswinkel. Rozon is de overkoepelende vereniging van rechtswinkels in de regio Zuid-Oost Nederland, die rechtswinkels de mogelijkheid biedt tot kennisverbreding van hun medewerkers. De presentatie betrof de onderwerpen ziekte en re-integratie. In navolging op de presentatie, die door Maida en Roel werd gegeven, zal in deze nieuwsbrief worden ingegaan op de (voor)vraag wie nou eigenlijk bepaalt of een werknemer ziek is. In dit kader zal een voorbeeld in de vorm van een recente uitspraak worden besproken.



De presentatie betrof de onderwerpen ziekte en re-integratie. In navolging op de presentatie, die door Maida en Roel werd gegeven, zal in deze bijdrage worden ingegaan op de (voor)vraag wie nou eigenlijk bepaalt of een werknemer ziek is.

Ziekmelding

Een werknemer behoort zijn werkgever op de hoogte te stellen als hij door ziekte of gebreken niet in staat is om te werken. Een werkgever kan een ziekmelding niet weigeren. De ziekmelding gebeurt eenzijdig. De werkgever bepaalt wel hoe en wanneer deze mededeling moet geschieden.



Ziek of niet?

Wanneer de ziekte verder gaat dan een griepje, zal vaak een bedrijfsarts worden ingeschakeld. Het is de bedrijfsarts die in eerste instantie bepaalt of een werknemer arbeidsongeschikt is wegens ziekte.

Indien de werknemer of werkgever het niet eens is met het oordeel van de bedrijfsarts, kan bij het UWV een second opinion worden aangevraagd. Let op: hier zijn wel kosten aan verbonden.

Sinds 1 juli 2017 heeft de werknemer hiernaast recht op een second opinion bij een andere bedrijfsarts op kosten van de werkgever.

Wanneer partijen van mening verschillen over de vraag of de

werknemer inderdaad ziek is en/of hij in voldoende mate meewerkt aan de re-integratieverplichting en de werkgever de loondoorbetaling staakt, moet de werknemer in beginsel zelfs een deskundigenoordeel (second opinion) aanvragen, voordat hij een loonvorderingsprocedure kan beginnen. Dit deskundigenoordeel dient hij vervolgens in de procedure te overleggen. Voldoet de werknemer hier niet aan, dan zal hij niet-ontvankelijk worden verklaard in zijn vordering. Het komt dan niet tot een inhoudelijke behandeling van de zaak.

Een deskundigenoordeel is echter niet bindend; niet voor partijen en ook niet voor de rechter. De rechter volgt wel vaak het deskundigenoordeel maar kan ook een andere deskundige benoemen (third opinion). Het uiteindelijke oordeel of sprake is van ziekte is voorbehouden aan de rechter.

Het goed werkgever- en werknemerschap

Wat zegt de wet?

Artikel 7:611 Burgerlijk Wetboek ('BW') bepaalt dat de werkgever en de werknemer verplicht zijn zich als een goed werkgever en een goed werknemer te gedragen. Het artikel bevat een vage norm. Het gebruik van een dergelijke norm zorgt ervoor dat er ruimte is voor rechtsontwikkeling en dat het artikel kan functioneren als een zogenaamde vangnetbepaling. Voorgaande is van belang nu de wetgever onmogelijk alle situaties kan voorzien noch kan opnemen in regelgeving. Om deze reden wordt dit artikel ook wel de belangrijkste bepaling van het arbeidsrecht genoemd. Vooral het goed werkgeverschap

lijkt in (bijna) alle arbeidsrechtelijke procedures een rol te spelen. Aspecten die een rol spelen bij het goed werkgeverschap zijn onder andere het gelijkheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Hoewel het goed werknemerschap in beginsel te gelden heeft als het spiegelbeeld van het goed werkgeverschap (b)lijkt deze niet zo strikt te zijn voor werknemers als het goed werkgeverschap voor de werkgever is. De reden daarvoor is het feit dat de werknemer veel meer afhankelijk is van de werkgever, dan de werkgever van de werknemer. Toch dient de werknemer zorg te dragen dat hij zich als goed werknemer gedraagt. Doet hij dat niet, dan kan dit gevolgen hebben van het krijgen van een waarschuwing, tot schorsing of zelfs tot ontslag.

Goed werkgeverschap

Uitspraak rechtbank Rotterdam 5 september 2017

Dat artikel 7:611 BW mede door haar vangnetfunctie een belangrijke rol inneemt in het arbeidsrecht blijkt onder andere uit de beschikking van de kantonrechter in Rotterdam van 5 september 2017.

De werknemer verzocht in deze zaak wedertewerkstelling nadat een door de werkgever ingediend verzoek tot ontbinding was afgewezen. Hoewel er geen algemene regel bestaat die een werknemer recht geeft op wedertewerkstelling kan dit onder omstandigheden met succes worden gevorderd op grond van het goed werkgeverschap.

De kantonrechter overwoog in de betreffende beschikking dat de vraag of er recht op wedertewerkstelling bestaat op grond van het goed werkgeverschap afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, zoals de aard van de dienstbetrekking, de aard van de overeengekomen arbeid en overige omstandigheden.

De kantonrechter overwoog voorts dat een werkgever niet alleen goede redenen dient te hebben om een werknemer op non-actief te kunnen stellen, maar ook om deze op non-actief te kunnen houden. Nu het bestaan van dergelijke redenen in onderhavige procedure niet was gebleken wees de kantonrechter de op basis van het goed werkgeverschap gevorderde wedertewerkstelling toe.

Goed werknemerschap

Het goed werknemerschap speelt onder andere een belangrijke rol bij de vraag of van de werknemer aanvaarding van een wijziging van de overeenkomst kan worden gevergd.

Goed werknemerschap brengt in een dergelijk geval met zich mee dat een werknemer in het algemeen positief dient in te gaan op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, en een dergelijk voorstel slechts dan mag afwijzen wanneer de aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd.

De wijzigingen die werkgevers op deze manier mogelijk kunnen doorvoeren, kunnen zien op verschillende aspecten van de arbeidsovereenkomst zoals:

- Het wijzigen van de standplaats van de onderneming waardoor de reistijd van de werknemer (aanzienlijk) langer wordt;
- Het verschuiven van de arbeidstijden, alsook;
- Het doorvoeren van een functiewijziging of zelfs een demotie.

Of aanvaarding redelijkerwijs niet van een werknemer kan worden gevergd is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Dit brengt met zich mee dat wat van de ene werknemer redelijkerwijs gevergd kan worden mogelijk niet van een andere werknemer kan worden gevergd.