

ZORG, FINANCIERING EN BEKOSTIGING

De Hoge Raad zorgt met haar uitspraak op vrijdag de 13^{de} voor het opheffen van een onrechtvaardig en ongewenst gevolg van de WWZ

2018-0096

Het bijzondere instrument van het ontslag op staande voet zorgt vaak voor veel ophef. Het is een uiterste maatregel met voor beide partijen potentieel grote gevolgen. De werknemer verliest bij een terecht gegeven ontslag op staande voet het recht op loon en uitkering. Aan de andere kant riskeert de werkgever sinds de invoering van de Wet werk en zekerheid (WWZ) een loondoorbetalingsplicht van maanden tot jaren indien de werknemer in eerste instantie succesvol verweer voert, maar in hoger beroep alsnog verliest. Dit onrechtvaardig financieel nadeel voor de werkgever, ook na uiteindelijke winst van de procedure, zorgt nog wel eens voor terughoudendheid in het gebruik van het ontslag op staande voet.

Er zijn soms overduidelijke situaties aan te wijzen die kunnen leiden tot een ontslag op staande voet, zoals fraude, diefstal en fysiek geweld. Deze situaties zijn in alle sectoren gelijk, maar er zijn ook sectorspecifieke gevallen aan te wijzen waarin gegrepen kan worden naar dit uiterste middel. In de zorgsector moet bijvoorbeeld naast de werkgever-werknemer relatie ook altijd rekening gehouden worden met het belang, de veiligheid en de privacy van de patiënt. Zeer recent is iedereen weer wakker geschud door de Barbie-zaak, waarin tientallen medewerkers onbevoegd het medisch dossier van de BN'er hadden ingekeken. Het ziekenhuis heeft ervoor gekozen om de medewerkers een laatste waarschuwing te geven, hoewel je je kunt afvragen of een ontslag op staande voet niet passender zou zijn geweest. Het gaat namelijk om een ernstige schending van de privacy rechten. Heeft het ziekenhuis zich laten leiden door de verhoogde risico's na de invoering van de WWZ? Wellicht had zij anders durven oordelen na de uitspraak van de Hoge Raad op 13 juli 2018¹.

De Hoge Raad heeft een arrest gewezen waar menig werkgever, terecht, reikhalzend naar heeft uitgekeken en waarin een voor velen onrechtvaardig gevolg van de WWZ in wordt hersteld. Kort gezegd is er bepaald dat de werknemer geen recht meer heeft op doorbetaling van zijn loon indien het gerechtshof, na de vernietiging van het ontslag op staande voet door de kantonrechter, alsnog oordeelt dat het ontslag terecht is gegeven. Deze uitkomst lijkt logisch. Toch is er de afgelopen drie jaren vaak anders geoordeeld.

De feiten

Een werknemer werkt al ruim 9 jaar bij een bedrijf dat is gespecialiseerd in het drukken van boeken. De werknemers mogen met toestemming van hun leidinggevende een boek mee naar huis

nemen. De toestemming wordt verstrekt middels een stempel of handtekening in het boek. Door de jaren heen zijn er verschillende interne memo's verspreid waarin werd medegedeeld dat het zonder toestemming meenemen van een boek niet werd getolereerd en de sanctie van ontslag op staande voet zal worden toegepast. In oktober 2015 wordt een werknemer betrapt op het zonder toestemming meenemen van drie boeken. De werkgever geeft onverwijld het ontslag op staande voet.

De procedure in eerste aanleg en hoger beroep

De kantonrechter oordeelt in augustus 2016, na het horen van getuigen, dat het ontslag op staande voet ten onrechte is gegeven en verklaart voor recht dat de arbeidsovereenkomst niet is geëindigd en de werkgever het loon vanaf oktober 2015 moet doorbetalen. De werkgever gaat in hoger beroep en het gerechtshof oordeelt in mei 2017 dat het ontslag op staande voet wel rechtsgeldig is gegeven. De arbeidsovereenkomst wordt beëindigd per 31 mei 2017, datum uitspraak. Vervolgens heeft de rechter geoordeeld dat de werknemer over de periode van oktober 2015 tot en met 31 mei 2017 geen aanspraak kan maken op loon en wettelijke verhoging. Kort samengevat is het volgende aan het oordeel ten grondslag gelegd²: *"Dit betekent dat de kantonrechter ten onrechte het verzoek van [verzoeker] tot vernietiging van de opzegging heeft toegewezen (rov. 2.20). In verband met het systeem van de Wet werk en zekerheid (art. 7:683 lid 6 BW) zal het einde van de arbeidsovereenkomst worden bepaald op 31 mei 2017 (rov. 2.20-2.21). Er is geen sprake van een situatie als bedoeld in art. 7:628 lid 1 BW waarin de werknemer ([verzoeker]) de arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever ([verweerder]) behoort te komen. Daarom heeft [verzoeker] op grond van de art. 7:627 en 7:628 BW over de gehele periode vanaf het ontslag op staande voet tot de door het hof bepaalde einddatum geen recht op loon. (rov. 2.23) "*

Hoge Raad

In cassatie is opgekomen tegen de ontzegging van de loonaanspraak en wordt verwezen naar artikel 7:628 lid 1 BW. De risicoregeling van 7:627 en 7:628 BW wordt nader beschouwd. A-G R.H. de Bock concludeert op 25 mei 2018 dat de werkgever gehouden is het loon te betalen, omdat het niet toelaten van de werknemer tot de werkvloer tussen de uitspraken in een omstandigheid is die voor risico van de werkgever komt. Zij onderbouwt haar conclusie met de stelling dat de

werkgever niet mag worden beloofd voor het niet-naleven van de uitspraak van de kantonrechter, waarna zij tevens verwijst naar de overweging uit Gulik/Vissers³ waarin is bepaald dat de werkgever zich niet eenzijdig kan onttrekken aan haar loonbetalingsplicht. Ten slotte stelt ze dat mocht er geen loondoorbetaling plaatsvinden, dit de facto leidt tot een beslissing met terugwerkende kracht, iets dat met de invoering van het nieuwe appèlstelsel in artikel 7:683 lid 6 BW niet mogelijk zou moeten zijn. De Hoge Raad oordeelt gelukkig anders en bepaalt dat ten gevolge van de uiteindelijke uitkomst van de procedure vaststaat dat de werkgever goede gronden had om de werknemer de toegang tot de werkvloer te ontzeggen. In r.o. 3.10 wordt overwogen: *"Het voor risico van de werkgever laten komen van de uitspraak van de rechter in eerste aanleg, zou ten voordele strekken van de uiteindelijk in het ongelijk gestelde werknemer. Tegen de achtergrond van de maatstaf van art. 7:678 lid 1 BW voor het ontslag op staande voet, valt niet zonder meer in te zien waarom dit in diens verhouding tot de werkgever redelijk zou zijn."*

Toekomst

Deze uitspraak is een extra manier om, naast de eerder gevonden (beperkte) escape van loonmatiging op grond van artikel 7:680a en 6:248 lid 2 BW, de in eerste instantie gebleken nadelige gevolgen van het nieuwe procesrecht onder de WWZ te omzeilen. De komende jaren zal blijken of deze uitspraak voor een kentering in het gebruik van het bijzondere instrument van het ontslag op staande voet heeft geleid. Het zou werkgevers minder terughoudend kunnen maken in het gebruik van deze uiterste sanctie, maar opgelet: men moet zich altijd bewust zijn van de (niet malse) formele en materiële vereisten voor een rechtsgeldig gegeven ontslag op staande voet. Deze blijven door deze uitspraak onaangetast. Werkgevers moeten derhalve nog steeds alert zijn op wat zij toestaan en niet toestaan in hun organisatie en wat de sanctie is bij over-

trekking van de regels. In veel zaken blijkt een duidelijk en kenbaar beleid, gevolgd door strikte handhaving met een van tevoren kenbaar gemaakte sanctie, namelijk van cruciaal belang.

Voorsorteren op ontslag op staande voet, (sector)specifiek beleid

Als je als werkgever het uiterste middel als sanctiemogelijkheid wil kunnen gebruiken ben je dus verplicht om helder en kenbaar beleid te hebben. Bepaal dus het van belang zijnde beleid per type organisatie en werk dit zorgvuldig uit. In zorgsituaties kan bijvoorbeeld naast privacybeleid gedacht worden aan welke relaties/contacten tussen hulpverlener en patiënt worden getolereerd. Welk gedrag is in de afhankelijke relatie tussen hulpverlener en patiënt te rechtvaardigen en welk gedrag is grensoverschrijdend en brengt de patientveiligheid of veilige werkomgeving van collega's in gevaar? Een ander onderwerp om over na te denken is het gebruik van middelen kort voorafgaand en tijdens de werktijd of zelfs in de vrije tijd. Ga zorgvuldig om met het opstellen van beleid en maak een redelijke afweging tussen de plichten als werkgever in het kader van bescherming van werknemers en patiënten en de vrijheden van de andere partij. Over een paar jaar zullen we zien of werkgevers, met een goed beleid en strikte naleving, het na de recente uitspraak van de Hoge Raad weer vaker hebben aangedurfd om over te gaan tot omgaand ontslag. De uitspraak neemt in ieder geval een van de redenen om terughoudend te zijn weg. Gelukkig doet de rechtspraak haar werk en schrappt zij een onrechtvaardig gevolg van nieuwe wetgeving, daar waar de politiek nog niet van zich had laten horen.

Auteurs: mr. B. Van der Kamp en mw. mr. L.L.M.M. Smeets, Lexsigma Healthcare, Amsterdam

Noten:

1. HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1209.
2. R.o. 3.3.2. ECLI:NL:HR:2018:1209.
3. HR 21 maart 2003, JAR 2003/91.

INTERNATIONAAL CONTRACTEREN

Commercial Court Amsterdam voor internationale handelszaken – stand van zaken

2018-0097

Inleiding

Deze bijdrage is een update van een eerdere bijdrage over dit onderwerp, verschenen in *JutD* 2017-0132. In behandeling bij thans de Eerste Kamer is het wetsvoorstel tot oprichting van het Netherlands Commercial Court (NCC). Naar verwachting zal het NCC per 1 januari 2019 van start gaan. Het NCC is een aparte Kamer van de Rechtbank Amsterdam waar het Engels de voertaal van de procedures is. Over dit onderwerp zijn onder meer bijdragen verschenen in het FD van 3 oktober 2017 ('Oprichting van "Commercial Court" volgens huidige plannen

geen goed idee') van Pietro Ortolani en Bas van Zelst en in het FD van 11 oktober 2017 ('Commercial Court' is uitkomst voor complexe internationale handelszaken') van Eddy Blauw en Xandra Kramer, en voorts in: *De Kansen voor een Netherlands Commercial Court*, 2018: bijdragen van R. A. Boon, *De Netherlands Commercial Court – Van idee tot oprichting*; E. J. Numann, *De NCC – Perspectief van de Hoge Raad*; E. Bauw, *Een Netherlands Commercial Court vanuit rechtsplegingsperspectief*, F. Van Dijk, *de economische betekenis van de NCC*; J. Hoeben c.s., *De Nederlandse Commercial Court*