10 spraakmakende cases in het arbeidsrecht

én wat u daarvan kunt leren

Arnhem • 8 september 2017

OXP ADVOCATEN
IN ARBEIDSRECHT

Even voorstellen

Wij zijn

- specialisten in arbeidsrecht en dat al meer dan 16 jaar;
- sinds 1-1-2017 fris van start met OXP advocaten (en heel happy daarmee);
- in de vrije tijd Strong Viking Finisher (daar is bewijs van);
- Ondernemend X Persoonlijk;
- advocaten die de verbinding zoeken.

Wat gaan we doen?

- In vogelvlucht door 10 mooie zaken.
- Van de start van de arbeidsovereenkomst tot het einde ervan
  en wat er onderweg allemaal kan gebeuren.
- Denk en stem mee!
- Per case stippen we een paar punten aan om te onthouden.

De start

- Personeel aannemen.
- Afspraken maken.
- Contracten opstellen.

- *… en wie legt dit dan vast?*

case

1

Case 1: de voorlopige arbeidsovereenkomst

- Na afloop sollicitatiegesprek wordt een voorlopige arbeidsovereenkomst getekend.
- Werknemer zou op 15 oktober starten, werkgever blaast het op 14 oktober af.
- Werkgever: “tijdens sollicitatie is voorbehoud goedkeuring directie mondeling meegedeeld”.
- Er bestond dus slechts de intentie om een arbeidsovereenkomst te sluiten.
- Manager die sollicitatie deed was niet in KvK als bevoegd vertegenwoordiger opgenomen.
- Werknemer: “ik weet niets van goedkeuring directie”.

- *Is er een arbeidsovereenkomst?*

Case 1: de voorlopige arbeidsovereenkomst

- Rechter: de wet kent geen voorlopige arbeidsovereenkomst, dit is dus een gewone arbeidsovereenkomst.
- Werkgever kan voorbehoud niet bewijzen.
- Werknemer mocht afgaan op bevoegdheden als manager, ondanks ontbreken KvK inschrijving.

Case 1: tips

- Wie is binnen het bedrijf bevoegd om een arbeidsovereenkomst ‘definitief’ af te sluiten?
- Leg evt. voorbehoud schriftelijk vast in begeleidend briefje.
- Onderteken als werkgever de arbeidsovereenkomst nog niet, handtekening werknemer is belangrijker.
- Onduidelijkheid werkgever wordt vaak uitgelegd in voordeel werknemer: let dus goed op wát je vastlegt!
  Voor je het weet, zit je er aan vast.

Wat leg je dan vast?

- Algemene afspraken.
- Wat is essentieel en wat niet.
- Proeftijd?
- Andere bijzondere afspraken?

case

2

Case 2: proeftijdontslag zwangere werkneemster

- 7-11 sollicitatie bij detacheringsbedrijf;
- 21-11 treedt zij in dienst en wordt zij direct uitgeleend aan een opdrachtgever van werkgever;
- Contract voor de duur van het project, maximaal 1 jaar;
- 7-12 maakt zij zwangerschap bekend;
- 19-12 stopt opdrachtgever de opdracht;
- 19-12 zegt werkgever op in de proeftijd (en informeert nog of werkneemster nog tot 18-1 wil blijven).

- *Maakt de werkgever verboden onderscheid op grond van geslacht?*

Case 2: proeftijdontslag zwangere werkneemster

- College Rechten van de Mens: verboden onderscheid.
- Werkgever beëindigt vrijwel direct na stopzetten opdracht de arbeidsovereenkomst. Daardoor vermoeden verband ontslag en zwangerschap.
- Dit wordt bevestigd door opmerking werkgever dat het van groot belang was dat werkneemster hele project beschikbaar zou zijn.
- Afwezigheid wegens zwangerschapsverlof moet op 1 lijn worden gesteld met de zwangerschap.
- Werkgever kan zijn stelling dat werkneemster niet goed functioneerde niet onderbouwen met verslagen of getuigenverklaringen.
- Niet aannemelijk dat het binnen 4 weken al duidelijk was dat werknemer niet aan verwachtingen sollicitatie voldeed.

Case 2: tips

- Let goed op bij proeftijdontslag zwangere werkneemster.
- Niet elk ontslag is discriminatoir.
- Werkgever moet wel aantonen dat ontslag niets met zwangerschap te maken heeft: dossier!
- Zelfde geldt voor niet-verlengen arbeidsovereenkomst bepaalde tijd.

Er is nog zo veel meer om aan te denken

- Regels en voorschriften op het werk.
- Cao.
- Personeelshandboek.
- Arbeidsvoorwaardenregelingen.
- Protocollen en gedragscode.
- Compliance programma.
- Veiligheidsvoorschriften.
- Verzuimprotocol, etc.

case

3

Case 3: hoofddoek op het werk

- Werkgever levert veiligheids- en receptiediensten.
- Werknemer werkt er sinds 2003 en laat in 2006 weten een hoofddoek te gaan dragen op het werk.
- Werkgever heeft een gedragscode: geen zichtbare politieke, filosofische of religieuze tekens. Neutrale uitstraling bedrijf.

- *Mag een werkgever een moslima verbieden om op het werk een hoofddoek te dragen?*
- *En mocht zij worden ontslagen?*

Case 3: hoofddoek op het werk

- Rechter in België: geen directe of indirecte discriminatie.
- Hof van Justitie EG: geen directe discriminatie.
- De gedragscode ziet op alle zichtbare religieuze, politieke of filosofische symbolen.
- De code wordt op iedereen, op dezelfde manier toegepast.
- Het doel is neutraliteit verzekeren, dat is een legitiem doel (grondrecht van vrijheid van ondernemerschap).

- *Maar…*

Case 3: hoofddoek op het werk

- Wat nu als werkneemster een functie had waarin zij geen klantcontact heeft?
- En kan er toch geen sprake zijn van indirecte discriminatie als een ogenschijnlijke neutrale verplichting vooral werknemers van een bepaalde godsdienst benadeeld?
- Indirecte discriminatie kan soms gerechtvaardigd zijn, dat is een discussie die de komende jaren nog in de diverse EU-landen gevoerd zal worden.
- Diverse NGO’s vinden dat deze uitspraak discriminatie legitimeert, in het bijzonder richting moslima’s

case

4

Case 4: stewardess met te kort haar

- Strikte kleding- en verzorgingsregels cabinepersoneel KLM.
- Extravagante haardracht en een ongebruikelijke haarkleur zijn niet toegestaan.
- Zelfde geldt voor zichtbare piercings en tatoeages.
- Haar korter dan 1 cm.
- Al paar keer gewaarschuwd.
- KLM vraagt ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

Case 4: stewardess met te kort haar

- Wat is extravagant?
- En wat is een ongebruikelijke haarkleur?
- De werkgever mag kledingvoorschriften opleggen, maar wel binnen de grenzen van redelijkheid en billijkheid.
- Instructierecht in strijd met grondrechten zoals vrijheid van meningsuiting, bescherming persoonlijke levenssfeer, gelijke behandeling en vrijheid van godsdienst.

- *Ontslag gerechtvaardigd?*

Case 4: stewardess met te kort haar

- Arbeidsovereenkomst is ontbonden.
- Wie kiest voor het beroep stewardess, accepteert ook de strenge regels aan het uiterlijk.
- Er was meermaals gewaarschuwd.

Cases 3 en 4: tips

- Werkgever heeft instructierecht en kan (strikte) regels opleggen.
- Schriftelijk vastleggen, bekend maken en handhaven.
- Instructierecht kan botsen met grondrechten en de redelijkheid.
- Wat mogelijk is, hangt af van soort bedrijf, soort functie, achtergrond van de regels etc.

- *Maatwerk!*

En wat te denken van social media?

- Facebook
- Twitter
- LinkedIn
- YouTube
- Snapchat
- Pinterest
- WhatsApp
- Slack
- Google+, etc. etc.

case

5

Case 5: racistische uitlatingen op social media

- Medewerker beveiliging/videomeldkamer bij Fair Play Centers (casino).
- Gedragscode: racistisch, discriminerend en beledigend materiaal mag niet worden verspreid.
- Eerdere waarschuwingen wegens wangedrag:
- Werknemer heeft vertrouwelijke informatie gelezen op werkkamer leidinggevende.
- facebookbericht van Fair Play Casino ‘Dance Baby!’ met foto van ongepast commentaar voorzien: “Lijkt wel ‘auf der Reeperbahn nachts um halb 1…’ Jezus zeg”.
- Maakt collega uit voor leugenaar en mierenneuker als hem wordt gevraagd zijn auto in de parkeervakken te zetten.

Case 5: racistische uitlatingen op social media

- Werkgever op 6-11-14:
- “U zult in het vervolg dienen te letten op uw wijze van communiceren en de agressieve ondertoon en verwensingen achterwege moeten laten. Wij verwachten dan ook per ommegaande verandering in uw wijze van communiceren. Zeker gezien uw functie van medewerker Beveiliging/Videomeldkamer…
- Indien wij uwerzijds geen gedragsverandering tegemoet mogen zien, zijn wij genoodzaakt verder (rechts-)maatregelen te treffen. Een beëindiging van uw dienstverband is een mogelijkheid waartoe wij over kunnen gaan.”

Case 5: racistische uitlatingen op social media

- Begin 2015 doet werknemer uitlatingen op Facebook en Twitter.
- “D’r uit dat achtergesteld niet werkend profiterende criminele gehersenspoelde Islamtuig…wat moet dat hier???!!! Terug de hete zandbak in.. bom erop klaar!!!”
- “dat zwarte Ratten tuig bevolkt inmiddels al de hele Randstad en zit ook al in de politiek …. (Zie Aboutaleb van Rotterdam)…..
  Er moeten knokploegen komen om dat linkse gehersenspoelde tuig uit de kamer te krijgen.”

- *Dringende reden voor ontslag?*

Case 5: racistische uitlatingen op social media

- Rechter: geen dringende reden voor ontslag.
- Geen social media beleid.
- Uitlatingen deels onder werktijd geplaatst maar niet gericht tot bepaalde collega's of klanten op de werkvloer.
- Eerdere waarschuwingen m.b.t. uitlatingen op social media in ernst niet te vergelijken.
- Toch komt de rechter Fair Play Centers nog tegemoet…

Case 5: racistische uitlatingen op social media

- Deze uitlatingen zijn wel de druppel die de emmer doen overlopen.
- Mede omdat werknemer een aanbod tot hulp (heeft zichzelf verbaal niet onder controle) heeft afgewezen.
- Ontbinding onder oud recht ‘wegens veranderingen in omstandigheden’, zonder vergoeding.

Case 5: tips

- Zorg voor een heldere Social media code en incorporeer deze ook!
- Gedragscode.
- Duidelijke normen aangeven: wat mag wel en wat mag niet.
- Mondelinge waarschuwing is niet genoeg (bewijsprobleem), dus bevestig een waarschuwing schriftelijk.
- Benoem ook de consequenties bij herhaling van ongepast gedrag.
- Pak dan ook door, blijven waarschuwen helpt niet en werkt averechts!

case

6

Case 6: liegen over arbeidsongeschiktheid

- Werknemer valt ziek uit met polsklachten.
- In overleg met werkgever wordt besproken wat werknemer wel en niet kan doen.
- Niet tillen, niet autorijden.
- Op advies van arts voortdurend een brace dragen.
- Kan niet werken.

Case 6: liegen over arbeidsongeschiktheid

- Na melding van collega's en onderzoek op social media ontstaat twijfel over de belemmeringen en fysieke beperkingen.
- Werkgever schakelt onderzoeksbureau in.
- Videobeelden van werknemer die auto bestuurt, dingen tilt, brace niet draagt.
- Werknemer wordt ondervraagd en dan verklaart hij dat hij niks kan en netjes de hele dag de brace draagt.
- Werknemer wordt daarna met de beelden geconfronteerd, erkent te hebben gelogen tegen zijn werkgever over zijn vermeende arbeidsongeschiktheid.

- *Ontslag op staande voet?*

Case 6: liegen over arbeidsongeschiktheid

- Rechter: werknemer is niet eerlijk geweest over zijn beperkingen na operatie.
- Werknemer heeft bewust onjuiste informatie verstrekt en aan de hand daarvan is een onjuist plan van aanpak WIA opgesteld.
- Werknemer heeft onjuiste verklaringen afgelegd tegenover onderzoekers over zijn inzetbaarheid en beperkingen.
- Pas nadat hij de videobeelden zag, erkende hij te hebben gelogen.
- Dringende reden.
- Rechter rekent werknemer zwaar aan dat hij beperkingen heeft verzonnen om zo zelf in de hand te houden welke werkzaamheden hij kon doen.

Case 6: tips

- Wees alert op wat werknemer zegt wel of niet (meer) te kunnen.
- Stem goed met bedrijfsarts af, die oordeelt over belastbaarheid.
- Laat bedrijfsarts desnoods overleggen met behandeld specialist (na toestemming werknemer).
- Geef uitvoering aan re-integratietraject, dit geldt dus ook voor werknemer.

…en dan het einde van het arbeidscontract

- Wat er allemaal wel en niet tot ontslag kan leiden….

case

7

Case 7: personeelsfeest van Erica Beton

- Excessief drankgebruik.
- Het proberen ten val brengen van 1 van de steltlopers.
- Het zodanig hinderlijk en handtastelijk gedragen dat het artiesten-duo Johnny & Sharona haar optreden voortijdig heeft beëindigd.
- (De slogan *"Bij Sjonnie en Sharona is iedereen een ster!"* nam de werknemer wat te serieus)
- Het ten onrechte bedienen van de geluidsapparatuur.

Case 7: personeelsfeest van Erica Beton

- In reactie op een vermaning het beledigen, bedreigen en fysiek bejegenen van een leidinggevende.
- Het met ontbloot bovenlijf rondlopen in de danszaal.
- Het maken van seksuele toespelingen tegenover partners van collega’s.
- Het in het kruis betasten van een vrouwelijke collega.
- En het in het openbaar in de danszaal urineren tegen een tafel.

Case 7: personeelsfeest van Erica Beton

- Werknemer: de werkgever kiest er voor de alcohol rijkelijk te laten vloeien
- En het is een incident buiten werktijd.
- Excuses aangeboden.

- *Ontslag op staande voet?*

Case 7: personeelsfeest van Erica Beton

- Rechter: ontslag op staande voet terecht
- *“gedrag van de werknemer kan bezwaarlijk anders dan als ernstig wangedrag worden aangemerkt”.*
- Dat het gedrag niet is vertoond op de werkplek en niet tijdens werktijd en niet in verband staat met de feitelijke werkzaamheden van de werknemer leidt niet tot een ander oordeel.

case

8

Case 8: afterparty ABN

- Borrel in café op eigen kosten, na afloop personeelsuitje.
- Werknemer is zichtbaar dronken.
- Betast meermaals rug en billen van ten minste 3 collega’s.
- Ongewenst uitlatingen (ik vind je mooi en sexy).
- Likt bij het afscheid van een collega over haar oor.
- Slaat een mannelijke collega op zijn wang.
- Iedereen vindt het een gênante en vervelende vertoning.

Case 8: afterparty ABN

- Werknemer kan zich slechts flarden van de avond herinneren.
- Is bereid excuses aan te bieden.
- Werknemer heeft een leidinggevende positie.
- ABN heeft een protocol ongewenst omgangsvormen.
- Seksuele intimidatie is daar expliciet onderdeel van.
- Werknemer heeft jaar eerder tijdens een borrel ook een van deze collega's lastig gevallen (meermaals had in de zij en hand op schouder).

- *Ontslag op staande voet?*

Case 8: afterparty ABN

- Rechter: geen ontslag op staande voet.
- Er is wel gesproken over eerder incident, maar geen formele waarschuwing.
- Werknemer had zonder waarschuwing ook moeten begrijpen dat hij als leidinggevende tijdens een borrel met collega's niet zo dronken had moeten worden dat hij zich ongepast ging gedragen.
- Maar geen seksuele intimidatie: druk bevolkt café, collega die opnieuw werd lastig gevallen voelde zich veilig bij haar overige collega's, hij was zichtbaar dronken en kon relatief makkelijk worden afgeschud door naar de WC te gaan.
- Geen ontslag op staande voet.

Cases 7 en 8: tips

- Hoge (juridische) drempel voor ontslag op staande voet.
- WWZ heeft het allemaal nog veel moeilijker gemaakt en voor werkgevers ook risicovoller om (te) snel tot ontslag op staande voet over te gaan.
- Wangedrag hoeft niet automatisch tot ontslag te leiden, terughoudendheid is wel verstandig. Afhankelijk van de specifieke situatie.
- Ontslag dan wellicht niet verstandig, een pittige maatregel (bijv. forse waarschuwing) wel mogelijk. Dossier!

case

9

Case 9: de liegende metrobestuurder

- Gedragsregels GVB: mobiele telefoon bestuurders dient uit te staan en opgeborgen in de tas.
- Bij overtreding volgt een laatste, schriftelijke waarschuwing.
- Collega betrapt werknemer met mobiel in de hand, de metro naderde op dat moment een station.
- Diezelfde collega had hem al eens eerder betrapt maar geen melding gemaakt.
- Werknemer had 1,5 jaar eerder ernstige en laatste waarschuwing gehad wegens niet naleven andersoortige bedrijfsregels (ziekteverzuim, kledingvoorschriften, te laat komen).

Case 9: de liegende metrobestuurder

- Werknemer ontkent, maar moet toegeven als er filmmateriaal blijkt te zijn.
- Werkgever vindt dit liegen de zaak nog kwalijker maken.

- *Is ontslag op zijn plaats?*

Case 9: de liegende metrobestuurder

- Rechter: geen ontslag.
- Niet eerder gewaarschuwd voor mobieltje.
- Laatste waarschuwing was voor iets anders.
- Staat niet vast dat werknemer eerder betrapt was (ontkent hij).
- Het liegen maakt de werknemer niet meteen zo onbetrouwbaar dat GVB geen enkel vertrouwen in hem kan hebben.

- *“Het onder druk niet de waarheid spreken is immers vrij menselijk.”*

…en na het einde van het arbeidscontract?

- Concurrerende activiteiten.
- Geheimhouding geschonden.

case

10

Case 10: bedrijfsgevoelige informatie aan jezelf mailen

- James Walker produceert (machine)onderdelen en levert bijbehorende diensten.
- Internal sales representative.
- Concurrentie-, relatie- en geheimhoudingsbeding.
- 1-2-16 opzegging arbeidsovereenkomst.
- Wens om per 1-4-16 bij concurrent te gaan werken.
- In februari 2016 mailt werknemer vanaf haar werk stukken naar haar privé mailadres: diverse prijslijsten, een bouwtekening, een offerte, een orderbevestiging en een elektronische prijzencalculator.

Case 10: bedrijfsgevoelige informatie aan jezelf mailen

- Werknemer vraagt rechter vernietiging concurrentie- en relatiebeding.
- Rechter matigt tot 1 jaar.
- Werkgever vordert boetes omdat werknemer het geheimhoudingsbeding heeft overtreden.
- Werknemer heeft het alleen aan zichzelf gemaild. En niet aan ’derden’.
- Wel heeft zij de nieuwe werkgever ter zitting inzage gegeven in de processtukken.
- Sommige van de doorgemailde stukken waren daar onderdeel van.

- *Is het geheimhoudingsbeding overtreden?*

Case 10: bedrijfsgevoelige informatie aan jezelf mailen

- Gerechtshof: mailen aan jezelf is geen schending geheimhouding.
- Inzage in procesdossier levert ook geen schending geheimhoudingsbeding op.
- Inzage is wat anders dan afgifte.
- Belangrijkste onderdeel is elektronische calculator en dat zat er niet in.
- Overige stukken niet meteen begrijpelijke informatie zonder kennis van achterliggende informatie.

- *Conclusie: geen overtreding geheimhoudingsbeding.*

Case 10: tips

- Wie heeft toegang tot welke informatie?
- Beveiliging van informatie (autorisatie nodig, afhankelijk van functie stellen).
- Is die informatie eenvoudig uit de systemen van werkgever te halen en buiten het bedrijf te brengen?
- Let goed op formulering geheimhoudingsbeding.
- Wanneer je blokkeer je toegang tot het systeem/netwerk?

En… wat heeft u ervan geleerd?

OXP ADVOCATEN
IN ARBEIDSRECHT

Meer weten… vraag het OXP advocaten

- OXP advocaten is een eigentijds advocatenkantoor nieuwe stijl.
- Wij richten ons exclusief op arbeidsrecht en daarbij combineren we onze expertise met persoonlijke en gerichte aandacht.
- We pakken zaken flexibel op en passen onze rol aan op de behoefte van de klant. Of het nu gaat om lastige alledaagse problemen of een complexe reorganisatie, wij bieden steeds een professionele aanpak met praktische oplossingen.