

**Nieuwsbrief: actualiteiten arbeidsrecht**

Het einde van het jaar 2017 nadert al snel. In deze nieuwsbrief willen wij u nog een aantal tips meegeven, zodat u dit jaar goed kunt afsluiten en goed voorbereid het nieuwe jaar van start kunt gaan.

In deze nieuwsbrief komen de volgende onderwerpen aan bod:

1. Het basiscontract met de bedrijfsarts en het recht op een second opinion van een andere bedrijfsarts;
2. Mediation: wie kiest de mediator?
3. Aansprakelijkheid werkgever voor thuiswerkplek;
4. Pas op met de grensarbeider die thuis werkt!
5. Bent u bekend met de haken en ogen die kleven aan een slapend dienstverband?
6. Ingrijpende wijzigingen Wet minimumloon per 1 januari 2018!

**1. Het basiscontract met de bedrijfsarts en het recht op een second opinion**

In onze vorige nieuwsbrief informeerden wij u al over de aanstaande wijzigingen op het gebied van de arbeidsomstandighedenwet- en regelgeving. Inmiddels zijn de betreffende wijzigingen in werking getreden. Sindsdien wordt ons regelmatig de vraag gesteld hoe het nu precies zit met het recht van de werknemer op een second opinion van een andere bedrijfsarts. Daarom zoomen wij hier nu wat verder op in.

**Het recht van de werknemer op een second opinion van een andere bedrijfsarts**

Sinds 1 juli 2017 heeft een zieke werknemer het recht om – op kosten van u als werkgever! – een second opinion bij een andere bedrijfsarts aan te vragen, wanneer hij het niet eens is met het oordeel van de bedrijfsarts of hieraan twijfelt. De raadpleging van deze ‘andere bedrijfsarts’ resulteert dan in een advies van deze tweede bedrijfsarts.

Deze andere, tweede bedrijfsarts betreft een bedrijfsarts die niet werkzaam is binnen de arbodienst waarin de bedrijfsarts, die het eerste advies aan de werknemer heeft gegeven, werkzaam is.

De second opinion vindt alleen plaats op verzoek van de werknemer.

Alleen bij hoge uitzondering kan zo'n second opinion worden geweigerd. Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat er door de werknemer oneigenlijk of herhaaldelijk onnodig gebruik van de second opinion dreigt te worden gemaakt.

### **Wie kiest die andere bedrijfsarts?**

De vraag die ons regelmatig wordt gesteld, is: wie 'kiest' die andere bedrijfsarts?

In principe bepaalt het basiscontract, dat u als werkgever met uw bedrijfsarts overeengekomen bent, wie deze 'andere bedrijfsarts' is.

Het is aan u als werkgever om samen met uw bedrijfsarts of arbodienst te bepalen op welke wijze de (voor)selectie wordt gemaakt voor de in het basiscontract op te nemen bedrijfsarts(en) of arbodienst(en), die de second opinion kunnen uitvoeren. Daarbij geldt dat de ondernemingsraad en personeelsvertegenwoordiging instemmingsrecht hebben op de inhoud van de overeenkomst en daardoor kunnen interveniëren. Het is mogelijk om in het basiscontract één enkele bedrijfsarts/arbodienst op te nemen, maar het is ook denkbaar dat er in het basiscontract meerdere bedrijfsartsen/arbodiensten worden opgenomen.

Bevat het basiscontract meerdere arbodiensten of bedrijfsartsen? Dan heeft de werknemer het recht om zelf de second opinion bedrijfsarts te kiezen.

Maar de werknemer kan er bijvoorbeeld ook voor kiezen om zelf een bedrijfsarts of arbodienst voor te dragen die de second opinion zal uitvoeren, die niet in het basiscontract is opgenomen.

Als werkgever kunt u met een door de werknemer aangedragen bedrijfsarts of arbodienst instemmen, maar u bent daartoe niet verplicht. Alleen in het geval u als werkgever instemt met de door de werknemer voorgestelde bedrijfsarts of arbodienst zal de wettelijke regeling voor de second opinion gelden. In dat geval komen dan ook de kosten voor uw rekening. Oftewel: stemt u als werkgever niet toe met de door de werknemer voorgestelde bedrijfsarts of arbodienst, dan blijft het de werknemer vrij staan om een niet in de overeenkomst opgenomen bedrijfsarts of arbodienst te raadplegen. Maar zonder uw instemming komen de kosten van de second opinion dan wel voor rekening van de werknemer.

Wanneer de werknemer een second opinion laat uitvoeren door een bedrijfsarts die niet in de overeenkomst is opgenomen of waarmee u niet hebt ingestemd, dan kan de eerste bedrijfsarts op basis van zijn professionaliteit een dergelijke second opinion toch betrekken bij de eigen oordeelsvorming. Maar hij is hiertoe niet

verplicht. Sterker nog, in principe is de eerste bedrijfsarts dan zelfs niet verplicht informatie over de omstandigheden in het bedrijf aan die andere bedrijfsarts te verstrekken. De eerste bedrijfsarts kan dat alleen doen met uw instemming!

#### **Hoe moet de re-integratie worden vervolgd ná zo'n second opinion?**

Wanneer werkgever en werknemer het wél eens zijn over de aan te wijzen bedrijfsarts, dan resulteert de raadpleging van de tweede bedrijfsarts in een advies.

Wanneer de werknemer uitdrukkelijke toestemming geeft voor het ter beschikking stellen van het advies van de tweede bedrijfsarts aan de eerste bedrijfsarts dan neemt de eerste bedrijfsarts binnen een redelijke termijn kennis van dat advies. Vervolgens maakt hij binnen een redelijke termijn aan de werknemer gemotiveerd kenbaar of hij dat advies overneemt, en zo ja, in hoeverre. Let wel: de second opinion heeft géén opschortende werking ten opzichte van de afspraken tussen werkgever en werknemer die in het kader van het door de eerste bedrijfsarts gegeven advies zijn gemaakt.

Wanneer na de uitvoering van de second opinion verdere (verzuim)begeleiding van de werknemer nodig is, dan wordt deze hervat door de eerste bedrijfsarts. Wanneer de werknemer van mening is dat de eerste bedrijfsarts onvoldoende rekening heeft gehouden met het advies van de geraadpleegde andere bedrijfsarts en daardoor verdere begeleiding door de eerste bedrijfsarts onwenselijk acht, geeft hij dit aan de eerste bedrijfsarts te kennen. De eerste bedrijfsarts kan dan overwegen om, met inachtneming van de resultaten van de geraadpleegde andere bedrijfsarts, de begeleiding aan een andere bedrijfsarts over te dragen. Dit kan de bedrijfsarts zijn die de second opinion heeft uitgevoerd, maar dat is niet noodzakelijk.

#### **Belangrijk: het basiscontract met de bedrijfsarts of arbodienst!**

Het is voor u als werkgever belangrijk om u goed van alle verplichtingen bewust te zijn, en ervoor te zorgen dat deze goed in het basiscontract vastgelegd zijn en daaraan ook uitvoering wordt gegeven. Want anders kan de Inspectie SZW dit als een overtreding kwalificeren, ter zake waarvan een bestuurlijke boete kan worden opgelegd.

Bent u er zeker van dat uw basiscontract aan alle wettelijke bepalingen voldoet? Niet? Laat dan uw basiscontract screenen door een arbeidsrechtadvocaat!

Overigens kunnen ook werknemers een boete opgelegd krijgen als zij zich niet houden aan de voor hen geldende regels in het kader van de arbeidsomstandighedenwetgeving.

## **2. Mediation: wie kiest de mediator?**

Mediation is een hot item in het arbeidsrecht. Wanneer een werknemer ziek uitvalt als gevolg van een arbeidsconflict adviseert een bedrijfsarts veelal om mediation te starten teneinde de arbeidsverhoudingen tussen werkgever en werknemer weer te normaliseren. De laatste jaren wordt ook steeds vaker door partijen geprocedeerd over vraagstukken die te maken hebben met mediation.

### **Wat zegt de jurisprudentie?**

Dit jaar heeft een rechter zich bijvoorbeeld over zo'n zaak moeten buigen. De centrale vraag in deze zaak was: wie mag de mediator uitkiezen? Mag de werkgever zelfstandig bepalen welke mediator het mediationtraject leidt? Of heeft de werknemer hierin ook een keuze?

Meer specifiek ging het in deze zaak om het volgende:

Het ging om een werkneemster die op enig moment ziek was uitgevallen als gevolg van een arbeidsconflict met haar werkgever. De bedrijfsarts adviseert in dat kader om een formeel extern mediationtraject te starten.

De werkneemster stuurt aan haar werkgever een e-mail en schrijft daarin dat zij de mediation positief tegemoet ziet. Werkneemster voegt daaraan toe dat zij het belangrijk vindt dat een onafhankelijk mediator wordt ingeschakeld die deskundig is en een behoorlijke certificering/opleiding heeft genoten, en dat de mediator gezamenlijk wordt gekozen. Werkneemster stelt voor dat zij drie mediators uitzoekt waaruit de werkgever vervolgens dan één mediator zal kiezen.

Daarop stelt werkgever voor om de mediation onder leiding van een HR-manager te laten plaatsvinden. Werkneemster wijst dit voorstel af, omdat zij de HR-manager niet als een onafhankelijk mediator beschouwt, omdat hij gewoon deel is van de werkgever.

Vervolgens consulteert werkneemster opnieuw de bedrijfsarts. De bedrijfsarts concludeert dat de beperkingen en klachten van de werkneemster aantoonbaar verergerd zijn, en herhaalt dat het externe mediationadvies nog steeds actueel is. Daarop deelt werkgever aan werkneemster mede dat de mediation niet zal

plaatsvinden bij de HR-manager, maar dat er een afspraak is ingepland bij een onafhankelijk mediator.

Maar ook met dit voorstel gaat werknemster niet akkoord. Werknemster geeft aan dat zij niet instemt met het inschakelen van een mediator die alleen door de werkgever zelf is gekozen. Werknemster stelt nogmaals voor dat zij drie mediators zal uitkiezen, waaruit werkgever er vervolgens dan één kan kiezen.

Werkgever wijst het voorstel van werknemster wederom af, en geeft aan dat de mediator nog niet eerder door werkgever is ingeschakeld en benadrukt nogmaals dat het een onafhankelijke mediator betreft. Verder voegt de werkgever hieraan toe dat zij als werkgever bepaalt welke mediator wordt ingeschakeld, omdat zij nu eenmaal ook de mediator betaalt. Oftewel: werkgever is van mening "wie betaalt, bepaalt".

Werknemster blijft echter bij haar standpunt dat mediation hoort plaats te vinden bij een mediator die door partijen *gezamenlijk* wordt gekozen. Waarop werkgever aan werknemster bericht dat wanneer zij niet op de afspraak met de mediator verschijnt de loonbetaling in dat geval zal worden stopgezet.

Vervolgens start werknemster een gerechtelijke procedure om loondoorbetaling af te dwingen. In het kader van deze procedure oordeelt de rechter als volgt.

Werkgever stelt zich op het standpunt dat zij gerechtigd was het loon stop te zetten, omdat werknemster heeft geweigerd mee te werken aan mediation. De kantonrechter legt dit standpunt uit als een beroep op de wetsbepaling, die bepaalt dat de werknemer géén recht heeft op loondoorbetaling tijdens ziekte zolang hij zonder deugdelijke grond weigert mee te werken aan de door of namens werkgever gegeven redelijke voorschriften of getroffen maatregelen die hierop gericht zijn om de werknemer in staat te stellen passende arbeid te verrichten. Werkgever voert meer specifiek aan dat werknemster verplicht was om de door werkgever voorgestelde mediator, aanvankelijk de HR-manager en later de externe mediator, te accepteren en dat zij geen gegronde reden had om deze mediators af te wijzen.

De vraag die de rechter dus dient te beantwoorden, is of de eis van werkgeefster, namelijk dat werknemster moet meewerken aan mediation middels een door werkgeefster gekozen mediator, als een redelijk voorschrift dient te worden beschouwd waaraan werknemster moet meewerken.

Omdat de bedrijfsarts "formele externe mediation" heeft geadviseerd, is de rechter van oordeel dat werkgeefster in ieder geval niet kon volstaan met een gesprek onder begeleiding van de HR-manager. Werkneemster mocht dit voorstel dan ook afwijzen, aldus de kantonrechter.

Dit geldt evenzeer voor de door werkgever eenzijdig aangewezen mediator. Volgens de kantonrechter werkt mediation namelijk alleen wanneer beide partijen vertrouwen hebben in de mediator. Een door één van partijen gekozen mediator, welke keuze door de andere partij niet wordt gesteund, is volgens de rechter niet te beschouwen als een redelijk voorschrift in de zin van de wet. Werkneemster mocht daarom van werkgever verlangen dat zij gezamenlijk een mediator zouden kiezen.

De kantonrechter neemt in zijn overwegingen mee dat in de STECR Werkwijzer staat vermeld dat het advies van de bedrijfsarts bij een conflict kan bestaan uit:

1. een gesprek tussen werknemer en diegene met wie hij een conflict heeft;
2. een gesprek in aanwezigheid van een interne derde (bijvoorbeeld iemand van HR of een vertrouwenspersoon); of indien dat geen oplossing meer biedt:
3. het starten van mediation. Mediation wordt in de STECR Werkwijzer omschreven als: *"een interventie via bemiddelingsgesprekken waarbij partijen zelf hun conflict oplossen onder begeleiding van een professionele en onafhankelijke, in het MFN-register ingeschreven mediator"*.

Gelet op deze STECR Werkwijzer is inschakeling van een interne derde nádat de bedrijfsarts externe mediation heeft geadviseerd een gepasseerd station. En een eenzijdig voorgestelde externe mediator kan niet, zonder medewerking van de andere partij, als een onafhankelijk mediator worden beschouwd, aldus oordeelt de kantonrechter.

De kantonrechter overweegt echter ook dat het nog maar de vraag is of het voorstel van een werkneemster, namelijk dat zij drie mediators noemt waaruit werkgeefster er één mag kiezen, wel als de juiste benadering kan worden beschouwd. De kantonrechter overweegt dat het wellicht beter is wanneer beide partijen ieder één mediator benaderen, en dat deze twee mediators gezamenlijk een derde mediator voordragen die de uiteindelijke mediation kan uitvoeren.

Kortom, de kantonrechter oordeelt dat werkneemster terecht heeft geweigerd om mee te werken aan mediation. Reden waarom de kantonrechter oordeelt dat werkgever ten onrechte de loondoorbetaling gestaakt heeft. De door werkneemster ingestelde loonvordering wordt daarom toegewezen.

**Eén zwaluw maakt nog geen zomer...**

Als werkgever zult u waarschijnlijk wat minder gelukkig zijn met deze uitspraak van de kantonrechter. Maar anderzijds geldt natuurlijk dat één zwaluw nog géén zomer maakt. In de praktijk hebben wij namelijk meermaals ervaren dat de meeste kantonrechters de mening lijken te zijn toegedaan dat de werkgever wel degelijk eenzijdig een mediator mag uitkiezen, en dat werknemer niet zomaar mag weigeren hieraan zijn medewerking te verlenen.

Maar hoe dan ook, als werkgever doet u er in ieder geval verstandig aan om het aanwijzen van een mediator zorgvuldig te laten plaatsvinden. Op welke manier u dit het beste kunt aanpakken en welke aanvliegroute u het beste kunt hanteren, kan van geval tot geval verschillen. SPEE advocaten heeft alle expertise in huis om u hier nader over te adviseren.

Bij ons kantoor kunt u - naast onze advocatuurlijke dienstverlening - ook terecht voor mediation. Als MfN-registermediator heeft mr. Monique J.E. Spee al menig mediationtraject begeleid én tot een goed einde gebracht.

**Mediation met paarden**

Wat ons kantoor onderscheidt van andere organisaties die mediation aanbieden, is dat Monique Spee paarden kan inzetten in het mediationtraject. Uit onze eigen praktijk blijkt dat mediation met paarden werkt, zelfs als een 'gewoon' mediationtraject niet lijkt te gaan slagen. Mediation met paarden kan dus bijvoorbeeld ook worden ingezet om een 'gewone' mediation, wanneer deze moeizaam verloopt, weer vlot te trekken. Het succes van mediation met paarden, is ook precies de reden waarom SPEE advocaten deze bijzondere vorm van mediation aanbiedt!

Wilt u hier meer over weten? Neem dan vrijblijvend contact met ons op!

**3. Aansprakelijkheid werkgever voor thuiswerkplek werknemer**

Naast mediation kan er nog een trend in arbeidsrechtland worden gesignaleerd: namelijk 'flexwerken'. Werknemers kunnen tegenwoordig steeds vaker kiezen waar ze werken. Vaste werkplekken zijn in menig functie verleden tijd.

Maar hoe zit het uw zorgplicht als werkgever voor werknemers die thuis werken? En hoe kunt u deze verantwoordelijkheid vormgeven?

Het is goed om hier even bij stil te staan, want nu meer werknemers thuis werken, onttrekt een gedeelte van de arbeid van werknemers zich aan uw zicht.

Denk bijvoorbeeld maar aan de werknemer die een aantal dagen per week thuis werkt achter een zelf geïmproviseerd bureau, en op een dag ziek uitvalt wegens RSI-klachten. Niet valt uit te sluiten dat de werknemer zijn werkgever hiervoor aansprakelijk stelt.

#### **Hoever reikt uw zorgplicht als werkgever?**

Uitgangspunt is dat u als werkgever erop toe moet zien dat de arbeidsomstandigheden van de thuiswerker veilig en gezond zijn. De werkplek van de werknemer, waar deze zich ook bevindt, moet immers aan de wettelijke regels voor arbeidsomstandigheden voldoen. U hoeft in geval van een thuiswerker niet aan alle wettelijke eisen te voldoen. Voor de werkplek van de thuiswerker zijn namelijk uitzonderingen gemaakt. Zo hoeft u bijvoorbeeld niet te voldoen aan de eisen omtrent brandgevaar, vluchtwegen en kleedruimtes. Van u als werkgever kan niet gevergd worden om deze zaken bij de werknemer thuis aan te leggen of te controleren.

Wat valt dan wél onder uw zorgplicht? U heeft als werkgever bijvoorbeeld wél een zorgplicht voor meubilair dat thuis gebruikt wordt om arbeid te verrichten. En denk bijvoorbeeld ook aan een instructieplicht voor wat betreft beeldschermwerk. Let wel, uit de rechtspraak volgt dat een éénmalige instructie onvoldoende is om te voldoen aan de *voortdurende* zorgverplichting van de werkgever om te zorgen dat de werknemer ergonomisch verantwoord werkt.

Kortom, u moet dus in het oog houden onder welke omstandigheden en met welke hulpmiddelen de werknemer thuis zijn werkzaamheden uitoefent. Daarnaast geldt uw instructieplicht dus ook op de thuiswerkplek. Wanneer u als werkgever zeggenschap heeft over de manier waarop de werknemer de arbeid moet verrichten, dan bent u als werkgever ook verantwoordelijk voor een gezonde en veilige werkomgeving, óók als dat bij de werknemer thuis is.

#### **4. Welke invloed heeft thuiswerken op de belasting- en socialezekerheidspositie van grensarbeiders?**

Ten aanzien van grensarbeiders kleeft er overigens nóg een ander potentieel risico aan thuiswerken. Thuiswerken kan namelijk (onvoorziene) gevolgen hebben voor de belastingpositie van een werknemer en de socialezekerheidspositie en de (inhoudings)verplichtingen van u als werkgever. Dit risico is nog groter wanneer de werknemer parttime werkt.

Bij dit risico staan we hieronder - op hoofdlijnen - kort stil.



Stel een werknemer woont in België, maar werkt in een Nederland. Als de werknemer op enig moment één of meerdere dagen per week thuis werkt (bijvoorbeeld omdat het dagelijks naar Nederland heen en weer reizen een forse belasting vormt) dan kan dit gevolgen hebben voor de belastingheffing en de sociale verzekeringspositie. Sterker nog, zelfs als de werknemer slechts sporadisch een dag thuis zou werken dan heeft dit al invloed op de *belastingheffing*. Wees u zich hier dus goed van bewust!

### **Gevolgen van thuiswerken op de sociale verzekeringspositie**

De gevolgen van het thuiswerken kunnen ook doorwerken op de *sociale verzekeringspositie* van de werknemer. Laten we hier eens verder op inzoomen:

De hoofdregel is dat een werknemer sociaal verzekerd is in het land waar hij de werkzaamheden uitvoert.

Maar zodra de werknemer in dit voorbeeld thuis gaat werken, is hij gelijktijdig in twee landen (namelijk België én Nederland) tewerkgesteld. Wat geldt dan?

Voor de sociale verzekeringspositie gaat het er in dat geval om of het thuiswerken meer of minder dan 25% van de totale arbeidstijd bedraagt. Werkt de - in het voorbeeld hierboven genoemde - werknemer minder dan 25% van zijn arbeidstijd thuis, dan blijft hij over zijn volledige verdiensten onderworpen aan de Nederlandse sociale zekerheidswetgeving. Maar werkt de werknemer 25% of méér van de werkzaamheden thuis, of beter gezegd in België, dan is de Belgische sociale zekerheidswetgeving van toepassing.

Een werknemer kan namelijk maar in één land sociaal verzekerd zijn. Dit in tegenstelling tot de belastingheffing, die gesplitst over twee landen kan plaatsvinden.

### **De gevolgen praktisch belicht:**

Laten we een en ander eens nader bekijken. Stel de werknemer werkt fulltime, en werkt één dag per week thuis (20%). In dat geval wordt niet aan de 25%-regel voldaan en is de wetgeving van het land waar zijn werkgever is gevestigd, namelijk Nederland, van toepassing. Maar stel dat de betreffende werknemer naast één dag per week thuiswerken bijvoorbeeld ook klanten in België moet bezoeken en daardoor ten minste 25% van zijn tijd werkzaam is in zijn woonland (België)? In dat geval is de werknemer onderworpen aan het Belgische sociale zekerheidsstelsel.

Zoals gezegd, is bovenstaand risico bij een parttime-medewerker nog groter. In geval van een parttime-dienstverband zal namelijk eerder aan de 25%-regel zijn voldaan.

Kortom, zodra een in België woonachtige werknemer die voor een Nederlandse werkgever werkt, voor minimaal 25% vanuit België gaat werken, wordt hij automatisch volledig verzekerd op basis van het Belgische sociale zekerheidsstelsel. Concreet betekent dit voor de Nederlandse werkgever dat hij niet langer in Nederland sociale verzekeringspremies voor deze werknemer moet betalen, maar in België. De Nederlandse werkgever moet zich dan o.a. in België bij de Rijksdienst voor sociale Zekerheid (RSZ) als werkgever inschrijven, de werknemer aanmelden en inkomensafhankelijke sociale bijdragen te betalen, zich als werkgever inschrijven bij het kinderbijslagfonds alsmede een arbeidsongevallenverzekering afsluiten. En zo kunnen er in België nog wel meer verplichtingen voor de Nederlandse werkgever gelden! Zoals u zult begrijpen, brengt dit een hoop rompslomp met zich mee en kan een en ander voor de werkgever duurder uitvallen.

Maar andersom geldt dit natuurlijk ook voor werkgevers over de grens, die werknemers in dienst hebben die in Nederland wonen.

#### **Breng de financiële gevolgen op voorhand in kaart!**

Daarom raden wij u aan om, vóóordat u als werkgever een van uw werknemers die over de grens woont (een zogeheten grensarbeider) een deel van zijn arbeidstijd thuis laat werken, de financiële gevolgen van thuiswerken vooraf goed in kaart te brengen.

En laat u de werknemer toch thuiswerken? Dan kan het in sommige gevallen verstandig zijn om een zogenoemde A1-verklaring aan te (laten) vragen. Dit formulier bevestigt de sociale zekerheidspositie van de werknemer.

Heeft u hier vragen over? Neem dan gerust contact op met een van onze arbeidsrechtadvocaten. Wij adviseren u graag over grensoverschrijdende zaken en beschikken ook over een uitgebreid internationaal netwerk, zodat we - daar waar nodig - met een grensoverschrijdend team van specialisten uw belangen optimaal kunnen behartigen.

#### **5. Welke haken en ogen kleven er aan een slapend dienstverband?**

In arbeidsrechtland is - naast mediation en flexwerken - ook het 'slapend dienstverband' een hot item. Een 'slapend dienstverband' houdt in dat een

arbeidsovereenkomst na twee jaar ziekte *niet* wordt beëindigd door werkgever. Het dienstverband blijft dan dus gewoon in stand, maar is 'slapend', omdat er door de werknemer geen arbeid wordt verricht (want deze is immers arbeidsongeschikt) en de werkgever geen loon meer hoeft door te betalen.

#### **Waarom kiezen voor een slapend dienstverband? Géén transitievergoeding?!**

De meest gehoorde reden waarom werkgevers voor een slapend dienstverband kiezen, is omdat zij dan géén transitievergoeding aan de zieke werknemer hoeven te betalen. De arbeidsovereenkomst eindigt immers niet.

In een poging toch een transitievergoeding te bemachtigen, hebben een aantal werknemers hun geluk beproefd bij de rechter met een ontbindingsverzoek en in dat kader om een transitievergoeding verzocht. Zo'n verzoek slaagt echter niet snel, dus de meeste werknemers hebben bot gevangen. Het niet beëindigen van de arbeidsovereenkomst met als doel te voorkomen dat er een transitievergoeding moet worden betaald, levert namelijk géén ernstig verwijtbaar handelen aan de kant van werkgever op. Er bestaat in de wet namelijk géén verplichting voor werkgevers om de werknemer na ommekeer van de eerste twee ziektejaren te ontslaan.

Een werknemer die van zijn werkgever een brief had ontvangen, waarin de werkgever bevestigde dat de periode van verplichte loondoorbetaling was geëindigd in verband met het ontvangen van een WIA uitkering als gevolg waarvan het dienstverband eindigde, had overigens meer geluk. Deze werknemer kreeg van de rechter wél een transitievergoeding toegekend.

Laat u zich hierover dus altijd goed juridisch adviseren.

#### **Waarom dan (wellicht) toch niet kiezen voor een slapend dienstverband?**

Bij de afweging om al dan niet er voor te kiezen om het dienstverband slapend te houden, moet naast de transitievergoeding overigens ook rekening worden gehouden met een aantal andere factoren.

Zo is bijvoorbeeld de vraag wat de status is van de werknemer van wie het dienstverband slapend wordt gehouden. Denk bijvoorbeeld maar aan de vraag of de werknemer mee moet worden geteld bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel in het geval er sprake is van een reorganisatie. Maar denk bijvoorbeeld ook aan wet- en regelgeving waarin getalsgrenzen worden gesteld. Zoals de vraag of er een ondernemingsraad moet worden ingesteld (werkgevers met vijftig werknemers of meer), en de vraag of de Wet flexibel werken geldt (werkgevers met tien werknemers of meer) etc.

Verder moet er rekening mee worden gehouden dat bij een slapend dienstverband de re-integratieverplichtingen van kracht blijven, voor zowel werkgever als werknemer. Hieraan kleven meerdere haken en ogen. Een slapend dienstverband is voor u als werkgever vooral aantrekkelijk bij duurzaam en volledig arbeidsongeschikte werknemers. U moet er namelijk rekening mee houden dat de zieke werknemer (gedeeltelijk) kan herstellen en zich op enig moment (al dan niet na een herbeoordeling door het UWV) weer beschikbaar stelt voor het verrichten van passend werk. U zult de werknemer in dat geval (passend) werk moeten aanbieden en de loonbetaling moeten hervatten, tenzij u gemotiveerd kan onderbouwen dat dergelijk werk niet (meer) beschikbaar is.

Het is dus verstandig om de werknemer periodiek voor controle te laten oproepen door de bedrijfsarts. Omdat er geen loon hoeft te worden doorbetaald zolang de werknemer geen arbeid verricht, kunt u helaas geen loonsanctie treffen wanneer de werknemer onvoldoende medewerking verleent aan de re-integratieverplichtingen. Een boete zou een alternatief kunnen zijn. Laat u hier dus altijd juridisch over adviseren.

Verder kan een slapend dienstverband ook consequenties hebben voor bepaalde arbeidsvoorwaarden, zoals vakantiedagen. U doet er verstandig aan om u hierover goed te laten adviseren, want van geval tot geval verschilt of de vakantiedagen kunnen worden uitbetaald, kunnen worden opgenomen of dat deze komen te vervallen.

Kortom, er kleven dus haken en ogen aan een slapend dienstverband.

**Wetsvoorstel: compensatie voor de kosten van de transitievergoeding?**

Er ligt overigens een wetsvoorstel dat beoogt om een compensatie aan werkgevers te bieden voor de kosten van de transitievergoeding. De vergoeding zal worden gefinancierd vanuit het Algemene Werkloosheidsfonds, waartegenover een verhoging van de (uniforme) premie zal staan. Oorspronkelijk was beoogd om een en ander met ingang van 1 januari 2018 in werking te laten treden. Thans ziet het er echter naar uit dat een en ander tot ten minste 1 juli 2019 zal worden uitgesteld.

Alles overziende doet u er dus verstandig aan om niet klakkeloos het dienstverband slapend te laten, maar eerst de voor- en nadelen goed tegen elkaar af te wegen. SPEE advocaten kan u hierbij behulpzaam zijn.

## 6. Ingrijpende wijzigingen Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag per 1 januari 2018

Per 1 januari 2018 ondergaat de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag een ingrijpende wijziging. Mogelijk hebben één of meerdere van deze wijzigingen ook betrekking op u!

### **Overeenkomst van opdracht**

Zo gaat de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (hierna: "WMM") bijvoorbeeld ook gelden voor alle overeenkomsten van opdracht, tenzij het werkzaamheden betreft die zijn verricht in de uitoefening van beroep of bedrijf. Ook werkers op basis van een aanneemovereenkomst, vervoersovereenkomst of uitgeefovereenkomst kunnen dus voortaan een beroep doen op de WMM. Voor de vraag of de WMM van toepassing is, geldt vanaf volgend jaar alleen nog de vraag of iemand werkzaam is als 'ondernemer' in het kader van zijn beroep of bedrijf. Is de werker werkzaam in het kader van beroep of bedrijf, dan wordt hij niet beschermd door de WMM. En in het geval de werker niet werkzaam is in het kader van zijn beroep of bedrijf, dan is de WMM wél op hem van toepassing en heeft hij dus recht op minimumloon en minimumvakantiebijslag, ook bij stukloonwerk zoals bezorgdiensten.

### **Overwerk**

Een andere wijziging heeft betrekking op de betaling van de overuren. Per 1 januari 2018 zal de werkgever/opdrachtgever verplicht zijn om ook over de overuren ten minste het minimumloon te betalen. Tevens zal de werkgever dan ook ten minste 8% vakantiebijslag over de overuren moeten betalen. Van overuren is sprake wanneer de feitelijke arbeidsduur langer is dan de overeengekomen of normale arbeidsduur, dat geldt zowel bij een fulltime dienstverband als bij een parttime dienstverband.

Let wel: het gaat er enkel en alleen om of de werknemer deze extra arbeid heeft verricht; *niet* relevant is of hij daartoe zelf het initiatief genomen heeft of dat het in uw opdracht is gebeurd. Wanneer overwerk dus niet gewenst is, zult u de werknemer hier dus op moeten aanspreken! De wetswijziging betekent verder voor u dat u op straffe van een boete de extra uren moet bijhouden én wanneer die zijn opgebouwd en opgenomen, dan wel uitbetaald.

Bovenstaande bepaling kent directe werking; er is geen overgangsrecht getroffen. **Dit houdt in dat na 1 januari 2018 ook vakantiebijslag moet worden betaald over overwerk dat vóór 1 januari 2018 is verricht!** Waarschijnlijk wilt u voorkomen dat vakantietoeslag over vóór 1 januari 2018 verricht overwerk moet worden betaald.

Zorg er in dat geval voor dat het overwerk vóór 1 januari 2018 wordt uitbetaald of wordt opgenomen door minder te werken.

Als alternatief voor de uitbetaling van het overwerk mag u het overwerk aan de werknemer compenseren middels tijd-voor-tijd. Dit dient wel vooraf schriftelijk met de werknemer afgesproken te zijn en compensatie mag alleen als deze uiterlijk voor 1 juli van het volgende kalenderjaar plaatsvindt.

Werkgevers die (ver) boven het minimumloon belonen zullen overigens niet snel met deze nieuwe overwerkregeling te maken krijgen.

Ook op het gebied van stukloon gaat er een en ander veranderen.

De hierboven besproken wijzigingen geven slechts een tipje van de sluier weer voor wat betreft de wijzigingen die per 1 januari 2018 in werking zullen treden. Blijkt op enig moment dat een werkgever of opdrachtgever in strijd heeft gehandeld met de WMM, dan riskeert hij forse boetes. Reden om uw onderneming dus goed voor te bereiden op de aanstaande wijzigingen.

#### **Tot slot**

SPEE advocaten hoopt u hiermee opnieuw een aantal praktische handvaten te hebben gegeven en u verduidelijkt te hebben waar een aantal veelvoorkomende knelpunten in het arbeidsrecht zitten.

SPEE advocaten is uw aanspreekpartner voor wat betreft arbeidsrecht, óók voor wat betreft grensarbeiders. Maar ook voor kwesties op het gebied van personen- en familierecht, ondernemingsrecht, incassozaken, aansprakelijkheden en schadevergoeding, contractenrecht, verbintenissenrecht, goederenrecht, bestuursrecht, bouwrecht, mediation etc. kunt u uiteraard bij SPEE advocaten terecht.

Overigens informeren wij onze cliënten en relaties niet alleen via het versturen van deze nieuwsbrief, maar wij publiceren ook wekelijks (korte) artikelen op onze website en op de facebookpagina en LinkedIn-pagina van SPEE advocaten. Wij nodigen u dan ook graag uit om ons te volgen op Facebook en LinkedIn!

Heeft u vragen of opmerkingen? Neem dan gerust contact op met een van onze advocaten of met onze MfN-registermediator. SPEE advocaten is u graag van dienst!