



verfrissend in arbeidsrecht

Kan een werknemer tijdens de opzegtermijn nog een ontbindingsverzoek indienen?

Een werkgever kan na verkregen toestemming van het UWV Werkbedrijf de arbeidsovereenkomst met de betrokken werknemer opzeggen. Wanneer de werknemer vindt dat hij nog een ontslagvergoeding moet krijgen, moet hij een “kennelijk onredelijk ontslagprocedure” opstarten, die relatief lang duurt. Kan de werknemer om toch snel een vergoeding te verkrijgen dan tijdens de opzegtermijn een ontbindingsverzoek indienen bij de kantonrechter?

Ontbindingsverzoek

Uitgangspunt is dat zowel de werkgever als de werknemer te allen tijde aan de kantonrechter kan vragen de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Een ontbinding van de arbeidsovereenkomst tijdens de opzegtermijn is dan ook in principe mogelijk, zo heeft de Hoge Raad¹ recent geoordeeld. Ontbinding van de arbeidsovereenkomst is echter naar het oordeel van de Hoge Raad alleen mogelijk als er sprake is van een goede reden inhoudende dat het einde van de arbeidsovereenkomst als gevolg van de opzegging niet kan worden afgewacht. Er moeten dus gewichtige redenen (veranderingen van omstandigheden) voor de werknemer zijn waardoor de arbeidsovereenkomst eerder moet eindigen. Uit lagere (recente) rechtspraak is gebleken dat de verandering van omstandigheden die ten grondslag wordt gelegd aan het ontbindingsverzoek, betrekking moet hebben op de arbeidsverhouding en/of de invulling daarvan. Het niet betalen van een ontslagvergoeding bij de opzegging is dus niet zo'n reden². Kan geen goede gewichtige reden worden aangevoerd, dan wordt het ontbindingsverzoek afgewezen.

Hoogte vergoeding

Ook over de vraag of de werknemer in zo'n situatie nog een ontbindingsvergoeding moet krijgen, heeft de Hoge Raad zich uitgelaten. De Hoge Raad geeft aan dat bij de toekenning van een ontbindingsvergoeding rekening moet worden gehouden met de omstandigheid dat de arbeidsovereenkomst al eindigt met ingang van de datum waartegen is opgezegd. Het lijkt erop dat de Hoge Raad hiermee heeft willen aangeven dat de vergoeding berekend moet worden volgens de criteria van het kennelijk onredelijk ontslag en dus niet op basis van de kantonrechttersformule. Zeer duidelijk is het arrest op dit punt echter niet.

Onregelmatige opzegging

De werkgever kan het indienen van een ontbindingsverzoek tijdens de opzegtermijn door de werknemer voorkomen, door de arbeidsovereenkomst onregelmatig op te zeggen. Dit houdt in dat de werkgever de arbeidsovereenkomst na het verkrijgen van de ontslagvergunning opzegt zonder daarbij de opzegtermijn of door daarbij een kortere opzegtermijn in acht te nemen. De arbeidsovereenkomst kan dan immers niet meer ontbonden worden, omdat de arbeidsovereenkomst dan al door onregelmatige opzegging is geëindigd.

De werkgever moet zich echter realiseren dat hij bij een onregelmatige opzegging schadeplichtig is jegens deze werknemer. Hierdoor kan de werkgever de werknemer niet meer houden aan zijn concurrentiebeding. Daarnaast is de werkgever een schadevergoeding verschuldigd wegens het niet in acht nemen van de (juiste) opzegtermijn.

Inhoud Nieuwsbrief

Onderwerp	Pagina
Kan een werknemer tijdens de opzegtermijn nog een ontbindingsverzoek indienen?	1
Aanpassing wetgeving opbouwvakantiedagen	2
De wederindiensttreddingsvoorwaarde: wat betekent dit?	3
Geen verboden discriminatie wanneer zwangere werknemster wordt gekort op haar bonus!!	4

>>>

¹ Hoge Raad, 11 december 2009, LJN: BJ9069

² Kantongerecht Breda 4 januari 2010, LJN BK8267 en kantongerecht Zwolle 4 januari 2010, LJN BK9210

Misbruik bevoegdheid

In sommige gevallen kan een onregelmatige opzegging misbruik van bevoegdheid opleveren. Van misbruik van bevoegdheid is bijvoorbeeld sprake wanneer de werkgever (na eerst met inachtneming van de juiste opzegtermijn te hebben opgezegd) de arbeidsovereenkomst voor een tweede maal opzegt, maar dan zonder inachtneming van de opzegtermijn, om op deze manier de door de werknemer gestarte ontbindingsprocedure te frustreren. De Hoge Raad³ heeft hierover gezegd dat de tweede opzegging alleen ten doel had de door de werknemer aangespannen ontbindingsprocedure te blokkeren hetgeen misbruik van bevoegdheid is.

Wel is het volgens het Hof Amsterdam⁴, die onlangs in een soortgelijke situatie uitspraak heeft gedaan, toegestaan om tijdens een door de werknemer opgestarte ontbindingsprocedure de arbeidsovereenkomst al dan niet schadeloos te eindigen. In deze situatie had de werknemer echter een ontbindingsverzoek ingediend, nadat de werkgever een ontslagvergunning voor de werknemer bij het UWV Werkbedrijf had aangevraagd. De werkgever heeft vervolgens de arbeidsovereenkomst nadat hij de ontslagvergunning had verkregen opgezegd, zonder inachtneming van de opzegtermijn. De onregelmatige opzegging had tot gevolg dat de arbeidsovereenkomst niet langer bestond op het moment dat de kantonrechter nog een uitspraak moest doen in de door de werknemer aangespannen ontbindingsprocedure. Het verzoek van de werknemer moest dan ook worden afgewezen. Overigens heeft de kantonrechter Amsterdam⁵ in een vrijwel identieke zaak anders geoordeeld. Bij vrijwel gelijke feiten en omstandigheden heeft de kantonrechter wel misbruik van bevoegdheid aangenomen.

Conclusie

Een werknemer kan tijdens de opzegtermijn proberen via een ontbindingsprocedure snel een ontslagvergoeding te verkrijgen, om zo een langdurige kennelijk onredelijk ontslagprocedure te voorkomen. Kantonrechters zullen echter alleen in bijzondere omstandigheden tot ontbinding over gaan en bij het vaststellen van de hoogte van de vergoeding rekening houden met het feit dat de arbeidsovereenkomst al op korte termijn eindigt. Wilt u als werkgever voorkomen dat een werknemer een ontbindingsprocedure opstart, dan kan overwogen worden de arbeidsovereenkomst (na verkregen toestemming van het UWV) zonder inachtneming van de opzegtermijn op te zeggen. Let wel, u kunt dan geen rechten meer ontlenen aan het concurrentiebeding!

³ Hoge Raad, 11 december 2009, LjN: BJ9069

⁴ Gerechtshof Amsterdam 29 december 2009, LjN: BL4230

⁵ Kantongerecht Amsterdam 1 april 2010, LjN: BM7555

Aanpassing wetgeving opbouwvakantiedagen

Vorig jaar hebben wij u in het nieuwsitem van 5 maart 2009 op onze website en in onze nieuwsbrief van december 2009 geïnformeerd over de uitspraak van het Europese Hof van Justitie waaruit de conclusie moet worden getrokken dat de huidige wettelijke beperking in de opbouw van de vakantiedagen bij ziekte, geen stand kan houden. Dit zou betekenen dat de wet aangepast zou moeten worden. Daartoe worden nu de stappen ondernomen.



De ministerraad heeft op voorstel van de ministers Donner van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en Hirsch Ballin van Justitie ingestemd met een wetsvoorstel om de regeling voor vakantie en verlof aan te passen. Werknemers die langdurig ziek zijn, krijgen voortaan recht op hetzelfde aantal vakantiedagen als niet-zieke werknemers. In Nederland bouwen arbeidsongeschikte werknemers nu alleen gedurende de laatste 6 maanden van de arbeidsongeschiktheid vakantiedagen op. Dit wordt dus veranderd.

Het wetsvoorstel regelt verder dat werknemers in de toekomst hun wettelijke

vakantiedagen binnen anderhalf jaar moeten opnemen. Wettelijke vakantiedagen zijn het aantal dagen waarop een werknemer op grond van de wet minimaal recht heeft, te weten 4 keer de overeengekomen arbeidsduur per week. Bij een fulltime dienstverband van 5 dagen per week, heeft een werknemer dus recht op 20 wettelijke vakantiedagen. De achterliggende reden van dit voorstel is dat het te lang uitstellen van vakantie de veiligheid en gezondheid in gevaar kan brengen. Extra vakantiedagen (de zogenaamde bovenwettelijke vakantiedagen) vallen buiten de nieuwe regeling. De termijn van anderhalf jaar geldt niet voor werknemers die redelijkerwijs niet in

staat zijn geweest vakantie op te nemen. Werkgever(s) en werknemer(s) kunnen in onderling overleg besluiten de termijn te verlengen.

De ministerraad heeft ermeê ingestemd het wetsvoorstel voor advies aan de Raad van State te zenden. De tekst van het wetsvoorstel en van het advies van de Raad van State worden openbaar bij indiening bij de Tweede Kamer.

Wij houden u uiteraard op de hoogte.

De wederindiensttredingsvoorwaarde: wat betekent dit?

Zeker in de huidige economische tijden komt het nogal eens voor dat een werkgever genoodzaakt is wegens bedrijfseconomische redenen het dienstverband met 1 of meerdere werknemers te beëindigen. De werkgever heeft hiervoor toestemming nodig van het UWV WERKbedrijf. Als het UWV WERKbedrijf de ontslagvergunning verleent wegens bedrijfseconomische redenen, dan zal daaraan doorgaans de zogeheten wederindiensttredingsvoorwaarde worden gekoppeld. Wat houdt dit nu in?

Voorwaarde ex artikel 4:5 Ontslagbesluit

De wederindiensttredingsvoorwaarde (ook wel 26-weeken voorwaarde genoemd) houdt in dat de werkgever binnen 26 weken na de bekendmaking van de toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst geen werknemer in dienst mag nemen voor het verrichten van werkzaamheden van dezelfde aard, dan nadat hij de werknemer voor wie de ontslagvergunning is verleend, in de gelegenheid heeft gesteld zijn vroegere werkzaamheden op de bij de werkgever gebruikelijke voorwaarden te hervatten. Dit is bepaald in artikel 4:5 van het Ontslagbesluit.



Gevolg overtreding

Niet naleving van de 26-weeken voorwaarde heeft tot gevolg dat de toestemming voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst komt te vervallen. Er wordt dan vanuit gegaan dat de werkgever de arbeidsovereenkomst zonder ontslagvergunning heeft opgezegd. Dit betekent weer dat de werknemer de opzegging wegens het ontbreken van een ontslagvergunning ongedaan kan maken binnen zes maanden na de opzegging. Als de werknemer dat doet, is de opzegging ongeldig en is er nog steeds sprake van een dienstverband. De werknemer kan dan achterstallig (en toekomstig) loon vorderen.

Wat wordt verstaan onder “in dienst nemen”?

Voor de uitleg van het begrip “in dienst nemen van een werknemer” moet gekeken worden naar artikel 7:610 BW van de wet. Hierin staat dat in principe sprake moet zijn van een aangegane arbeidsovereenkomst¹. Mag een werkgever dan wel een uitzendkracht inhuren voor het verrichten van deze werkzaamheden? De uitzendkracht is immers niet in dienst bij de werkgever.

Over deze vraag zijn in het verleden al de nodige procedures gevoerd. Een werkgever heeft bij de opzegging van een arbeidsovereenkomst een ontslagvergunning nodig. Achtergrond hiervan is dat ongerechtvaardigd ontslag voorkomen moet worden. Dit gelet op het belang van zowel de betrokken werknemer als van de Nederlandse arbeidsmarkt. Gelet op dit doel wordt in de rechtspraak onder “in dienst nemen” tevens verstaan het inlenen van uitzendkrachten. Sinds enkele jaren wordt dan ook aan de 26-weeken voorwaarde ter verduidelijking van het begrip “in dienst nemen” toegevoegd: “Onder in dienst nemen wordt tevens verstaan de aanstelling van parttime werknemers of het inlenen van uitzendkrachten”.

Inhuren zelfstandigen

Duidelijk is dus dat een werkgever geen uitzendkrachten mag aantrekken voor het verrichten van dezelfde werkzaamheden. Mag een werkgever dan wel een zelfstandig ondernemer aantrekken voor het verrichten van deze werkzaamheden? Deze vraag is onlangs aan de orde geweest bij het Gerechtshof te Arnhem.

De werkgever in deze zaak (Replicars) had de arbeidsovereenkomst met de werknemer na verkregen toestemming van het UWV Werkbedrijf opgezegd. Het UWV Werkbedrijf had aan de ontslagvergunning de 26-weeken voorwaarden verbonden. De werkgever heeft (een deel van) de werkzaamheden van de werknemer vervolgens aan een handelsagent (in Duitsland) overgedragen, zonder de werknemer eerst in de gelegenheid te stellen zijn vroegere werkzaamheden te hervatten. De werknemer was van mening dat Replicars hierdoor de 26-weeken voorwaarde had overtreden, vernietigde de opzegging en vorderde in kort geding doorbetaling van zijn salaris. De kantonrechter te Nijmegen stelde deze werknemer in het gelijk².

Replicars heeft tegen dit kort geding vonnis met succes hoger beroep ingesteld bij het Hof Arnhem. Het Hof oordeelde dat voor de uitleg van het doel en de strekking van de 26-weeken voorwaarde volgens de Beleidsregels aansluiting moet worden gezocht bij artikel 7:610 en er dus in principe sprake moet zijn van een aangegane arbeidsovereenkomst. Voor de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst is

¹ Beleidsregels Ontslagtaak UWV – versie december 2009, pagina 22-3

² Kantongerecht Nijmegen, 11 augustus 2009, zaaknummer 623602

van belang of tussen de werkgever en de in dienst tredende werknemer een gezagsverhouding bestaat. Hoewel een uitzendkracht formeel in dienst is van het uitzendbureau, is er feitelijk sprake van een gezagsverhouding tussen de inlenende werkgever en de uitzendkracht. Dit omdat de uitzendkracht zich bij het verrichten van de werkzaamheden normaal gesproken zal moeten houden aan de door de inlenende werkgever gegeven instructies en aanwijzingen. Naar het oordeel van het Hof is daar echter in de zaak van Replicars en de handelsagent geen sprake van. Dit omdat de handelsagent zelf bepaalt hoe hij de werkzaamheden inricht en uitvoert en daarbij voor eigen rekening en risico handelt. De handelsagent kan dan ook niet worden beschouwd als een werknemer in de zin van het Burgerlijk Wetboek of artikel 4:5 van het Ontslagbesluit. Het Hof heeft daarbij nog opgemerkt dat de handelsagent slechts optreedt als agent voor Replicars in Duitsland en dat de andere klanten van de werknemer zijn overgenomen door collega's die al in dienst waren van Replicars. Het voorlopige oordeel van het Gerechtshof Arnhem is dan ook dat Replicars de 26-weeken voorwaarde niet heeft geschonden³.

Conclusie

Het UWW Werkbedrijf zal doorgaans aan een ontslagvergunning op grond van bedrijfseconomische redenen de zogenaamde wederindiensttredingsvoorwaarde verbinden. De werkgever dient hier zeer zorgvuldig mee om te gaan, omdat overtreding van de voorwaarde ertoe kan leiden dat de betrokken werknemer geacht wordt in dienst te zijn gebleven. Onder indiensttreding wordt tevens verstaan het aantrekken van uitzendkrachten. Een werkgever mag dus binnen 26 weken na het bekend worden van de ontslagvergunning ook geen uitzendkrachten aantrekken voor het verrichten van dezelfde werkzaamheden. Op basis van de voorlopige uitspraak van het Gerechtshof Arnhem lijkt het erop dat een werkgever wel een zelfstandig ondernemer mag aantrekken voor het verrichten van dezelfde werkzaamheden. De feiten en omstandigheden zijn hierbij echter mede bepalend dus voorzichtigheid blijft geboden!

Heeft u vragen over dit onderwerp, neem dan contact op met één van de juristen van Legal at Work arbeidsjuristen.

³ Gerechtshof Arnhem, 15 december 2009, JAR 2010, 106

Rechtspraak:

geen verboden discriminatie wanneer zwangere werkneemster wordt gekort op haar bonus!!

Gerechtshof Arnhem, 27 april 2010, LJN: BM2034 en Rechtbank Utrecht, sector kanton 8 oktober 2008, LJN: BG4779

Onderscheid naar geslacht

Artikel 7:646 BW verbiedt de werkgever (onder meer) bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst en in de arbeidsvoorwaarden direct of indirect onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen. Onder direct onderscheid valt ook onderscheid op grond van zwangerschap, bevaling of moederschap. Onder indirect onderscheid wordt verstaan onderscheid op grond van andere hoedanigheden dan geslacht, bijvoorbeeld echtelijke staat of gezinsomstandigheden, dat onderscheid op grond van geslacht tot gevolg heeft (art. 7:646 lid 5 BW).

Alhoewel zowel de Commissie Gelijke Behandeling als de kantonrechter te Utrecht van mening waren dat een werkgever met een bonusregeling waarin vermeld stond dat bij langdurige inactiviteit de bonus naar rato wordt verstrekt, verboden onderscheid in de zin van de wet maakte, was het Gerechtshof te Arnhem van mening dat er geen sprake was van verboden discriminatie.

De casus

De werkneemster in deze zaak is in 2004, 2006 en 2007 langere periodes afwezig geweest als gevolg van zwangerschap. Als aanvulling op haar vaste salaris heeft de werkneemster recht op een bonus.

In de bonusregeling is opgenomen dat bij langdurige inactiviteit, bijvoorbeeld door ziekte, de bonus naar rato wordt uitgekeerd. Onder langdurige inactiviteit wordt o.a. verstaan inactiviteit die langer dan 1 maand duurt. Daarbij wordt gekeken naar de totale inactiviteit in het bonusjaar. Kortdurende periodes van inactiviteit worden samengeteld.

De werkgever heeft in verband met het zwangerschaps- en bevallingsverlof alsmede in verband met zwangerschapsgerelateerde ziekte van de werkneemster en haar afwezigheid hierdoor, de bonus naar rato uitgekeerd. De werkneemster was het hiermee niet eens.



>>>

Oordeel Commissie Gelijke Behandeling

De werknemster heeft de zaak voorgelegd aan de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) en gevraagd of de werkgever verboden onderscheid op grond van geslacht jegens haar heeft gemaakt door de prestatiebonus over 2006 slechts gedeeltelijk uit te keren vanwege afwezigheid wegens zwangerschaps- en bevallingsverlof. De CGB oordeelde dat de werkgever bij de toekenning van de bonus inderdaad verboden onderscheid naar geslacht heeft gemaakt. De werkgever heeft het oordeel van de CGB naast zich neergelegd, waarna de werknemster zich tot de kantonrechter heeft gewend en betaling van de bonus heeft gevorderd over de periodes dat zij afwezig was wegens zwangerschapsgerelateerde ziektes en afwezig was wegens zwangerschaps- en bevallingsverlof.

Oordeel kantonrechter

De kantonrechter stelde de werknemster ook in het gelijk. De kantonrechter oordeelde dat de werkgever geen onderscheid in de arbeidsvoorwaarden mocht maken tussen mannen en vrouwen. Door onder 'inactiviteit' en 'ziekte' ook zwangerschap en bevalling te laten vallen, werd er direct onderscheid gemaakt op grond van geslacht. Immers dit zijn alleen voor vrouwen redenen voor inactiviteit. Het verweer van de werkgever dat de bonusregeling niet discrimineert naar de reden van de inactiviteit en dat de bonus slechts afhangt van de duur van de inactiviteit, werd niet gehonoreerd. De werkgever werd veroordeeld tot het betalen van de totale bonus. De werkgever is in hoger beroep gegaan van de uitspraak van de kantonrechter.

Uitspraak Hof Arnhem

Het hof oordeelde dat het naar rato betalen van de bonus geen verboden discriminatie is. Het Hof maakte daarbij wel een onderscheid tussen de periode dat de werknemster afwezig was wegens zwangerschaps- en bevallingsverlof en de periode dat zij afwezig was wegens ziekte gerelateerd aan de zwangerschap.

Ten aanzien van de periode dat de werknemster afwezig was wegens zwangerschaps- en bevallingsverlof stelde het Hof, dat de werknemster gedurende deze periode geen recht heeft op een bonus, omdat op grond van de wet geen loondoorbetalingsplicht bestaat gedurende zwangerschaps- en bevallingsverlof. Een werknemer heeft dan immers recht op een uitkering op grond van de Wet Arbeid en Zorg. Het Hof oordeelde dat de bonus een vorm van loon is waarop de werknemster gedurende de periode dat zij zwangerschaps- en bevallingsverlof geniet geen recht heeft.

Ten aanzien van de periode dat de werknemster afwezig was wegens ziekte gerelateerd aan de zwangerschap stelde het Hof dat uit vaste jurisprudentie volgt dat zwangerschap geen ziekte is en dat een zwangere werknemster daardoor niet te vergelijken is met een zieke werknemer. Dit betekent echter niet dat de wijze waarop een 'gewone' zieke werknemer wordt behandeld niet relevant kan zijn voor de beoordeling van de behandeling van een werknemster die lijdt aan een zwangerschapsgerelateerde ziekte.

Het Gerechtshof Arnhem heeft daarbij verwezen naar een uitspraak van het Hof van Justitie van 8 september 2005 (JAR 2005/236). Daarin werd geoordeeld dat een werknemster tijdens afwezigheid door zwangerschapsgerelateerde ziekte op haar beloning mag worden gekort, als zij maar hetzelfde wordt behandeld als een mannelijke werknemer die afwezig is wegens ziekte.

In de bonusregeling in de zaak die aan het Gerechtshof Arnhem werd voorgelegd, speelde de oorzaak van de ziekte geen rol. Het criterium is 'inactiviteit'. Een werknemster die niet kan werken wegens zwangerschapsgerelateerde ziekte wordt hier dus gelijk behandeld met een mannelijke werknemer die afwezig is wegens ziekte.

Het hof is van oordeel dat de bonusregeling daarom geen verboden discriminatie is.



www.legalatwork.com

Contact



Vragen over de Nieuwsbrief? Neem dan contact met ons op:

Molenstraat-Centrum 485
7311 XL Apeldoorn
www.legalatwork.com

Telefoon 055 - 576 76 60
Fax 084 - 229 78 06
info@legalatwork.com