

verfrissend in arbeidsrecht

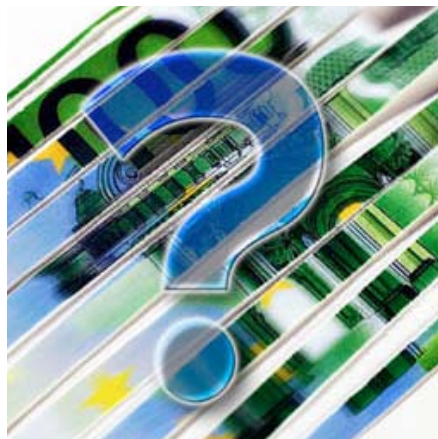
Geen XYZ-formule bij kennelijk onredelijk ontslag

In onze nieuwsbrief van september 2009 hebben wij u laten weten dat een viertal gerechtshoven een nieuwe formule hebben geïntroduceerd om de hoogte van de schadevergoeding bij een kennelijk onredelijk ontslag vast te stellen, de zogenoemde XYZ-formule. De Hoge Raad heeft echter op 12 februari 2010 (LJN: BK4472) geoordeeld dat deze formule niet mag worden toegepast bij de berekening van de ontslagvergoeding.

De uitspraak van de Hoge Raad van 12 februari 2010 kwam niet geheel onverwacht. Op 27 november 2009 had de Hoge Raad (LJN: BJ6596) namelijk al geoordeeld dat de door het Gerechtshof Den Haag ontwikkelde formule, die neerkwam op 70% van de kantonrechtersformule, niet mocht worden toegepast. Deze uitspraak van de Hoge Raad hebben wij in onze nieuwsbrief van december 2009 besproken. De redenering van de Hoge Raad was dat de vergoeding die moet worden toegekend bij kennelijk onredelijk ontslag, moet worden gebaseerd op de bijzondere omstandigheden van het geval. Hierbij past een algemene formule naar het oordeel van de Hoge Raad niet. Dit heeft de Hoge Raad nu in haar arrest van 12 februari 2010 herhaald.

Eerst worden beoordeeld of er sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag. Alle omstandigheden ten tijde van het ontslag moeten daarbij in aanmerking worden genomen. De enkele omstandigheid dat de werknemer zonder toekenning van een vergoeding is ontslagen, levert in het algemeen geen grond op voor een kennelijk onredelijk ontslag. Er moeten bijzondere omstandigheden zijn die meebrengen dat de nadelige gevolgen van de beëindiging geheel of ten dele voor rekening van de werkgever moeten komen.

De rechter moet nauwkeurig in zijn uitspraak aangeven welke concrete omstandigheden en factoren een rol hebben gespeeld bij het vaststellen van de hoogte van de vergoeding. Hij moet de vergoeding relateren aan de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting als goed werkgever te handelen en aan de daaruit voor de werknemer voortvloeiende (materiële en immateriële) schade. Omdat het steeds gaat om de bijzondere omstandigheden van het geval, mag de rechter de schade niet begroten aan de hand van een algemene formule zoals die door het hof was gehanteerd. De Hoge Raad heeft overigens wel aangegeven dat het mogelijk is een zekere mate van harmonisatie aan te brengen door aan bepaalde duidelijk te benoemen factoren bepaalde financiële



Inhoud Nieuwsbrief

| Onderwerp | Pagina |
|---|--------|
| Geen XYZ-formule bij kennelijk onredelijk ontslag | 1 |
| All-in uurloon in beginsel niet toegestaan | 2 |
| Tijdelijke urenwijzigingen binnen bestaande arbeidsovereenkomsten | 3 |
| Tweede Kamer akkoord met verruiming regels aantal tijdelijke arbeidsovereenkomsten jongeren | 4 |

gevolgen te verbinden die dan in soortgelijke gevallen kunnen worden toegepast.

Hoewel de rechter dus inzicht zal moeten geven in factoren die een rol hebben gespeeld bij het vaststellen van de hoogte van de vergoeding, blijft de rechter vrij de vergoeding naar billijkheid op een bedrag te begroten. Het is volgens de Hoge Raad niet noodzakelijk een concrete en nauwkeurige schadeberekening te maken.

De praktijk zal moeten uitwijzen op welke wijze uitvoering zal worden gegeven aan de uitspraak van de Hoge Raad bij het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag. Duidelijk is in ieder geval dat de kantonrechtersformule of een daarvan afgeleide formule niet mag worden toepast. Uit de sinds de uitspraak van de Hoge Raad gepubliceerde uitspraken van de verschillende kantonrechters blijkt ook dat de kantonrechters niet meer aansluiten bij de kantonrechtersformule. Hoe de vergoeding wel tot stand komt, blijft echter vaak zeer onduidelijk.

All-in uurloon in beginsel niet toegestaan

De laatste tijd is in de jurisprudentie een aantal malen de vraag aan de orde geweest of vakantiedagen nu wel of niet aan een werknemer mogen worden uitbetaald door middel van een toeslag op het uurloon, ook wel all-in loon genoemd. Hoe zit dit nu?

Wettelijk kader

Op grond van de wet geldt dat (de wettelijke) vakantiedagen gedurende de duur van de dienstbetrekking niet mogen worden uitbetaald. Alleen bij het einde van de arbeidsovereenkomst is dit toegestaan. Ook indien de werknemer met een van de wet afwijkende afspraak instemt, is dit niet rechtsgeldig. De wettelijke bepalingen over zowel de opbouw als het opnemen van vakantiedagen zijn namelijk groten-deels van dwingend recht. Dit betekent dat werkgever en werknemer er niet vanaf kunnen wijken. Wordt wel van een dwingendrechtelijke bepaling afgeweken, dan is deze afspraak nietig.

Kantonrechter Zwolle

De kantonrechter te Zwolle (20 oktober 2009, LJN: BK5893) moest onlangs oordelen over een zaak waarin een programmeur een beroep deed op de nietigheid van de afspraak over een all-in loon inclusief vakantiedagen. De arbeidsovereenkomst was reeds geëindigd, maar partijen hadden nog een conflict over de afwikkeling van het tussen hen bestaand hebbende dienstverband. De werknemer stelde onder andere dat hij nog recht had op een vergoeding voor opgebouwde maar niet genoten vakantiedagen, omdat de uitbetaling van vakantiedagen in het all-in loon in strijd was met de wet.

Ondanks dat de werkgever stelde dat een all-in loon in de IT-branche gebruikelijk is, is de kantonrechter van oordeel dat een dergelijke afspraak in strijd komt met het bepaalde in de wet (artikel 7:640 BW). Omdat artikel 7:640 BW een dwingendrechtelijke bepaling is, mag daarvan niet ten nadele van de werknemer worden afgeweken. De kantonrechter wijst er daarbij op dat ook in Europees verband kan worden vastgesteld dat er - als het gaat om het wettelijk minimum aan vakantiedagen - een afkoopverbod geldt. De afspraak kan naar het oordeel van de kantonrechter dan ook worden vernietigd, hetgeen de werknemer (zij het geruime tijd na beëindiging van de arbeidsovereenkomst) heeft gedaan. Omdat de arbeidsovereenkomst inmiddels is geëindigd, heeft de werknemer recht op een uitkering in geld voor de niet genoten vakantie-uren.

De werknemer heeft naar het oordeel van de kantonrechter echter over het hoofd gezien dat de door hem ingeroepen vernietiging terugwerkende kracht heeft. Dit betekent dat de all-in-loonafpraak daardoor van begin af aan nietig geweest. Dit brengt ook met zich mee dat de werkgever de afkoopvergoeding voor vakantiedagen ten onrechte (onverschuldigd) heeft betaald. De werknemer moet dan ook in beginsel een gelijk bedrag in geld terug geven. Met het uitbetalen van de niet genoten vakantie-uren is een bedrag gemoeid van € 8009,06. Het door de werknemer terug te betalen loon bedraagt € 8139,60. Per saldo heeft de werknemer dus geen recht meer op een vergoeding voor niet-genoten vakantiedagen. De kantonrechter wijst de vordering af.

Hof Amsterdam

Tot een andere uitkomst leidde de procedure bij het Hof Amsterdam (27 oktober 2009, JAR 2009, 284). Het Hof oordeelde dat een all-in loon in sommige gevallen is toegestaan.

In deze situatie ging het om oproepkrachten in dienst bij Albert Heijn c.s.. Werknemers met een dienstverband van 48 uur of minder per periode van 4 weken/maximaal 12 uur per week ontvangen sinds begin 2009 een all-in uurloon waarin ook was begrepen een toeslag voor opgebouwde vakantiedagen.

Het Hof oordeelde dat (onder andere) van belang in de procedure is het bepaalde in artikel 7:639 BW. Hierin staat dat de werknemer gedurende zijn vakantie recht behoudt op loon. Het Hof heeft geoordeeld dat het vooruitbetalen van vakantiedagen middels een toeslag op het uurloon, op gespannen voet staat met het oogmerk van artikel 7:639 BW. Dit omdat een uitbetaling van vakantiedagen het risico met zich meebrengt dat de vakantie niet wordt opgenomen omdat de werknemer daarvoor dan onvoldoende (financiële) middelen heeft. Hoewel het vooruitbetalen van vakantiedagen dus op gespannen voet staat met artikel 7:639 BW, kan in de wetsgeschiedenis van dit artikel volgens het hof niets worden teruggevonden over het tijdstip waarop het loon moet worden betaald.

Het hof merkt vervolgens op dat het hier gaat om werknemers die gemiddeld 6,25 uur per week werkzaam zijn, gemiddeld 18

>>>

Legal abonnement Altijd dicht bij de bron ...



Met het Legal Abonnement zit u wel erg dicht bij de bron. Dat is ook direct het grote voordeel. Snel en direct kennis aanboren op het gebied van arbeidsrecht. Op het moment dat het u uitkomt.

De voordelen van een Legal Abonnement

1. Eerstelijns advies
2. Snel juridische ondersteuning per telefoon, fax of e-mail
3. Arbeidsrechtelijke voorbeeldsjablonen: vrij te gebruiken
4. Een gereduceerd tarief voor zaken die u aan ons uitbesteedt
5. Momenten om te sparren

Legal at Work
ARBEIDSJURISTEN

Meer weten over het Legal Abonnement?
Kijk dan op www.legalatwork.com of bel (055) 576 76 60

jaar oud zijn en gemiddeld een uurloon verdienen van € 4,85 bruto. Indien een vakantie van 3 weken zou worden genoten, dan zou het gaan om een bedrag van € 91 bruto. Het hof kan zich niet voorstellen dat het vooruitbetalen van een dergelijk bedrag enige reële invloed heeft op het daadwerkelijk opnemen van vakantiedagen. Omdat Albert Heijn c.s. er ook op toe zien dat de werknemers daadwerkelijk de vakantiedagen opnemen, is het hof van mening dat het all-in uurloon niet in strijd is met de wet.

Conclusie

Uit de rechtspraak blijkt dat het in beginsel niet toegestaan is vakantiedagen aan een werknemer uit te betalen door middel van een all-in loon. Is een dergelijke afspraak toch gemaakt, dan kan een werknemer deze vernietigen. Alleen in zeer bijzondere omstandigheden is dit blijkens het Hof Amsterdam mogelijk.

Tijdelijke urenwijzigingen binnen bestaande arbeidsovereenkomsten

Het komt regelmatig voor dat een werkgever of werknemer het aantal arbeidsuren tijdelijk wenst uit te breiden. Veelal wordt dan een nieuwe tijdelijke arbeidsovereenkomst naast de reeds bestaande arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd aangegaan. Valkuil voor de werkgever is dat tijdelijke urenwijzigingen achteraf een nieuwe keten van opeenvolgende tijdelijke contracten kan opleveren, waardoor een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan ontstaan.

Hoofregel

De algemene hoofregel is dat een tijdelijk contract in een vast contract verandert:

- 1 - als er drie opeenvolgende tijdelijke contracten zijn afgesloten, het vierde contract is dan een vast dienstverband¹;
- 2 - als de opeenvolgende tijdelijke arbeidscontracten (twee of meer contracten) samen langer duren dan drie jaar. Dit is inclusief eventuele tussenpozen van maximaal drie maanden.



Voor de situatie onder 1 geldt dat het moet gaan om opeenvolgende arbeidsovereenkomsten. In de situatie dat gelijktijdig (dus 2) contracten voor bepaalde tijd worden aangegaan, waarvan de begin- en eindtijd hetzelfde is of de begin- en eindtijd van het 2^e contract liggen binnen de periode van het eerste contract, is er naar onze mening geen sprake van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten. Het tweede contract telt dan ook niet mee in de reeks van arbeidsovereenkomsten. Dit kan aan de hand van de volgende voorbeelden worden verduidelijkt.

Voorbeeld 1

Partijen sluiten de volgende overeenkomsten:

- A. 1 januari 2008 tot 1 januari 2009
- B. 1 januari 2008 tot 1 juni 2008
- C. 1 juli 2008 tot 1 juli 2009
- D. 1 december 2008 tot 1 december 2009

Arbeidsovereenkomst A en B vangen aan op dezelfde datum. Dit betekent dus dat de arbeidsovereenkomst B geen opvolging is van A. In dit geval is C de tweede arbeidsovereenkomst in de keten, namelijk een opvolging van B. Daardoor is D de derde arbeidsovereenkomst die van rechtswege eindigt op 30 november 2009. D is dus geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, ook al is het wel de vierde arbeidsovereenkomst die tussen partijen is aangegaan.

Voorbeeld 2

Ook in de volgende situatie is de arbeidsovereenkomst B geen opvolging van A, aangezien B niet eindigt nadat A is geëindigd. Slechts wanneer arbeidsovereenkomst B eindigt nadat ook A is geëindigd, is B een opvolgende arbeidsovereenkomst. Dus ook in dit voorbeeld eindigt arbeidsovereenkomst D van rechtswege.

- A. 1 januari 2008 tot 1 augustus 2008
- B. 1 juni 2008 tot 1 juli 2008
- C. 1 september 2008 tot 1 juli 2009
- D. 1 december 2008 tot 1 december 2009

¹ Let op: er is een wetsvoorstel ingediend op grond waarvan jongeren tot 27 jaar pas na het 4e jaar of het 5e contract een vast contract krijgen. Dit is een tijdelijke maatregel in verband met de kredietcrisis. Zie voor meer informatie, pagina 4 in onze nieuwsbrief.

Ook de tijdelijke urenuitbreiding binnen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan door een opeenvolging van contracten onbedoeld leiden tot een situatie dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voor het meerdere aantal uren is ontstaan. Dit was bijvoorbeeld aan de orde in een situatie die in 2009 aan de kantonrechter te Zwolle werd voorgelegd².

Kantonrechter Zwolle

De werknemer in deze zaak was in dienst op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voor 34 uur per week. Op initiatief van de werknemer is de arbeidsduur verminderd naar 24 uur per week. Op een gegeven moment hebben partijen afgesproken dat de arbeidsduur tijdelijk wordt uitgebreid naar 34 uur per week. Deze afspraak wordt aansluitend nog drie keer verlengd. De werknemer wordt vervolgens arbeidsongeschikt en de werkgever betaalt tijdens ziekte 24 uur per week loon door. Na herstel vangt de werknemer haar werkzaamheden weer aan voor 24 uur per week en vordert zij betaling over de resterende 10 uren.

De kantonrechter te Zwolle heeft overwogen dat de afzonderlijke overeenkomsten tot tijdelijke uitbreiding van uren moeten worden beschouwd als arbeidsovereenkomsten in de zin van artikel 7:668a BW. Anders gezegd, de urenuitbreiding moet worden gezien als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd binnen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Na een periode van drie jaar, of bij de vierde overeenkomst voor bepaalde tijd ontstaat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De vierde urenuitbreiding leidde er dus toe dat de werknemer vanaf dat moment voor onbepaalde tijd voor 34 uur per week in dienst was.

Conclusie

Om te voorkomen dat een tijdelijke urenwijziging op de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of onbepaalde tijd een vaste arbeidsovereenkomst wordt voor de gewijzigde arbeidsduur, adviseren wij u de tijdelijke urenuitbreiding niet in een afzonderlijke arbeidsovereenkomst overeen te komen. U doet er verstandiger aan de afspraken over de tijdelijke urenuitbreiding schriftelijk vast te leggen in een aparte brief aan de werknemer, waarin de tijdelijkheid en de reden van de uitbreiding van de uren wordt bevestigd. Zo voorkomt u dat de werknemer snel op het spoor van artikel 7:668a BW wordt gezet. Zowel bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd als bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd mag er maximaal 3 keer een urenuitbreiding worden afgesproken.

² Kantonrechter Zwolle 2 maart 2009, Jurisprudentie Arbeidsrecht 2009, nr. 102



Tweede Kamer akkoord met verruiming regels aantal tijdelijke arbeidsovereenkomsten jongeren

In ons nieuwsbericht van 14 september 2009 hebben wij u geïnformeerd over het wetsvoorstel dat minister Donner van Sociale Zaken en Werkgelegenheid bij de Tweede Kamer heeft ingediend op grond waarvan werkgevers jongeren tot 27 jaar langer op basis van een tijdelijk arbeidsovereenkomst kunnen laten werken. De Tweede Kamer heeft inmiddels medio februari 2010 haar akkoord gegeven op het wetsvoorstel. Het voorstel moet nu nog door de Eerste Kamer worden goedgekeurd. Doorgaans is dit een formaliteit.

Op basis van de huidige wetgeving ontstaat automatisch een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd indien er sprake is van een vierde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of na het verstrijken van een periode van drie jaar. Het gaat dan om tijdelijke arbeidsovereenkomsten die elkaar opvolgen en tussen de opvolgende arbeidsovereenkomsten niet meer dan 3 maanden gelegen is. Als gevolg van de

huidige economische crisis en de daardoor onzekere omstandigheden zien werkgevers zich vaak genoodzaakt om na de derde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd de arbeidsrelatie niet voort te zetten, terwijl er nog wel ruimte is om iemand op tijdelijke basis in dienst te houden. Met name jongeren worden hierdoor getroffen. Daarom wil het kabinet voor hen (jongeren tot 27 jaar) de periode van drie jaar

verlengen naar vier en zal in plaats van bij de vierde arbeidsovereenkomst pas bij de vijfde overeenkomst een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaan. De maatregel geldt in principe tot 1 januari 2012, maar kan worden verlengd. Nu ook de Tweede Kamer met het voorstel heeft ingestemd, lijkt dit wetsvoorstel binnen afzienbare tijd daadwerkelijk te kunnen worden ingevoerd.

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