

Hoorcollege 7, 08-05-2018, Wijziging arbeidsvoorwaarden en bedingen

Bedingen

Bedingen zijn clausules die de werkgever kan opnemen in de arbeidsovereenkomst om een belang veilig te stellen. Er bestaan verschillende bedingen. Voorbeelden zijn:

- Geheimhoudingsbeding: ziet op geheimhouding van de werknemer gedurende de arbeidsovereenkomst. De werknemer mag in zijn dienstperiode geen bedrijfsgeheimen verstrekken aan derden. Ook zonder dit beding heeft de werknemer deze plicht, omdat dit hoort bij goed werknemerschap.
- Studiekostenbeding: als de werknemer een studie volgt op kosten van de werkgever en de werknemer uit dienst treedt, is de werknemer gehouden om eventuele studiekosten terug te betalen aan de werkgever.
- Boetebeding: art. 7:650 en 7:651 BW. Dit zijn strafmaatregelen die de werkgever aan de werknemer kan opleggen. Deze maatregel kan bijvoorbeeld worden genomen bij schending van een boetebeding. De werkgever mag ten laste van hetzelfde feit niet een boete én een schadevergoeding vorderen. Tevens moeten de voorschriften waar de boete voor wordt opgelegd in de arbeidsovereenkomst zijn vermeld. Het beding moet schriftelijk zijn aangegaan en het boetebedrag moet zijn vermeld.
- Uitzendbeding: art. 7:691 lid 2 BW. Tussen de inlener en werknemer bestaat geen contractuele band, die band bestaat namelijk alleen tussen de werknemer en het uitzendbureau.
- Verbod van nevenwerkzaamheden: Verbod voor concurrerende werkzaamheden of nevenwerkzaamheden die risico's inhouden voor het uitoefenen van een bepaalde functie.

Proeftijdbeding

Het proeftijdbeding is neergelegd in art. 7:652, 676 BW. Proeftijd is een mogelijkheid om te kijken hoe werkgever en werknemer functioneren. Het belang van de werkgever bij de proeftijd is dat niet alle arbeidsrechtelijke bescherming voor de werknemer geldt, bijvoorbeeld de ontslagbescherming. Er zijn er aantal formele vereisten waar de proeftijd aan moet voldoen. Zo moet de proeftijd voor beide partijen gelijk zijn (lid 1), moet de proeftijd schriftelijk zijn overeengekomen in de arbeidsovereenkomst of per cao, maar ook onderhandeling per mail wordt als schriftelijk gezien. Voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd van maximaal zes maanden geldt de proeftijd niet, lid 4. Voor de proeftijd gelden maximale termijnen. Voor een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is dit bijvoorbeeld twee maanden. Van deze termijnen kan per cao worden afgeweken.

Als de werkgever een te lange proeftijd overeenkomt kan de werkgever geen beroep op deze proeftijd doen, heeft de Hoge Raad bepaald. Dit is de 'Ijzeren proeftijd-doctrine'. Dit is deels gecodificeerd in art. 7:652 lid 8 BW. Door de norm van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 2 BW bestaat er een minieme mogelijkheid om aan de ijzeren proeftijd te ontsnappen. Dit is vastgesteld in de zaak *Den Haan/The Box Fashion*. De Hoge Raad bepaalde dat het ijzeren karakter van de proeftijd niet uitsluit dat het beroep van de werknemer op de proeftijd in bepaalde gevallen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Hier worden echter hele hoge eisen aan gesteld. In de zaak zelf was het bijvoorbeeld niet voldoende dat de werknemer alles deed om contact met de werkgever te vermijden, waardoor hij niet ontslagen kon worden.

Bijzondere regels bij opzegging tijdens proeftijd

Als de werkgever een werknemer wil ontslaan moet hij een redelijke grond aanvoeren, maar dit is niet het geval bij een proeftijdbeding. Ook geldt de herplaatsingsplicht van art. 7:668 lid 7 BW niet en hoeft de opzegtermijn van art. 7:676 lid 1 BW niet in acht te worden genomen. De opzegverboden uit art. 7:670 lid 1 t/m 4 en lid 10 niet, waardoor je ook een zieke of zwangere werknemer kan ontslaan, art. 670a lid 2 sub b BW. De werkgever geeft ook geen toetsing van het UWV of de Kantonrechter nodig, art. 7:671 lid 1 sub b BW.

Niet alle arbeidsrechtelijke bescherming zijn overboord gegooid bij de proeftijd. De ‘wegens’-verboden gelden nog wel, waardoor discriminatoire redenen niet mogen worden aangevoerd. Een voorbeeld hiervan wordt genoemd in het *Codfried/ISS*-arrest, waar een werknemer werd ontslagen omdat hij de pensioengerechtigde leeftijd had bereikt. Dit is niet toegestaan. Ook kan een proeftijdontslag in strijd zijn met de norm voor goed werkgeverschap, is bepaald in de zaak *Triple P/TAP*. In deze zaak wilde een werknemer nadenken over een voorstel om in België te gaan werken, maar dit wilde de werkgever niet bieden en de werknemer werd ontslagen. De Hoge Raad oordeelde dat dit in strijd was met de normen voor goed werkgeverschap.

Concurrentiebeding (art. 7:653 BW)

Het concurrentiebeding wordt vaak opgenomen in de arbeidsovereenkomst zodat bepaalde kennis van een bedrijf niet lekt naar een ander bedrijf als een werknemer uit dienst treedt. De wettelijke vereisten die hiervoor gelden zijn meerderjarigheid, schriftelijkheid en het beding moet in beginsel worden opgenomen in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Schriftelijkheidseis

De schriftelijkheidseis luistert erg nauw, omdat het concurrentiebeding erg verstrekkende gevolgen kan hebben voor de werknemer. In de zaak *Philips/Oostendorp* is besloten wat moet worden verstaan onder de eis van schriftelijk:

- De arbeidsovereenkomst is ondertekend en het concurrentiebeding is in de arbeidsovereenkomst opgenomen;
- De arbeidsovereenkomst is ondertekend en hierin wordt verwezen naar bijgevoegde documenten met een concurrentiebeding;
- De arbeidsovereenkomst is ondertekend waarin wordt verwezen naar documenten die niet zijn bijgevoegd, waarin het concurrentiebeding staat. Dit kan echter alleen gelden als in de arbeidsovereenkomst zelf een expliciete verwijzing naar het beding is opgenomen.

Voor de arbeidsovereenkomst voor **bepaalde tijd** gelden andere vereisten, art. 7:653 lid 2. Het concurrentiebeding kan dan alleen in de arbeidsovereenkomst zelf worden opgenomen, omdat de werknemer hierdoor beter beschermd wordt. De werkgever moet ook schriftelijk motiveren wat de zwaarwegende bedrijfsbelangen zijn waarvoor het beding wordt opgenomen. Anders dan bij een proeftijdbeding kan het concurrentiebeding niet in de cao staan.

Een relatiebeding is een beperkte versie van een concurrentiebeding en houdt in dat de werknemer na afloop van het dienstverband geen contact mag zoeken met relaties van de werkgever en geen klanten mag meenemen. Ten aanzien van het relatiebeding geldt ook de schriftelijkheidseis van art. 7:653 BW (HR 3 maart 2017: *Uitleg en reikwijdte schriftelijkheidseis*).

Procedurele mogelijkheden werknemer, art. 7:653 BW

De werknemer kan betogen dat het concurrentiebeding niet rechtsgeldig is overeengekomen op grond van art. 7:653 lid 1. Ook kan je betogen dat de werkgever geen rechten aan het beding kan ontleen door ernstige verwijtbaarheid in de zin van lid 4, maar dit is erg moeilijk aan te tonen. De werknemer kan om gehele of gedeeltelijke vernietiging van het beding vragen of om een vergoeding vragen aangezien het beding vaak erg ingrijpend is voor de werknemer. Deze mogelijkheden gelden ook voor de werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Echter geldt hier dat een beding zonder specifieke motivering nietig is, lid 1 sub a en lid 2. Als het concurrentiebeding wel is gemotiveerd met voldoende zwaarwegende bedrijfsbelangen kan de rechter het beding toch vernietigen als de belangen van de werknemer of werkgever toch erg zwaar wegen, lid 3 sub b. De rechter maakt dus altijd een belangenafweging.

Onrechtmatige concurrentie

Als er geen concurrentiebeding is opgenomen mag de werknemer vrij concurreren, maar de grens is de onrechtmatige daad, art. 6:162 BW. In de zaak *Bogaard/Vesta* oordeelde de Hoge Raad dat je onrechtmatig handelt als je een duurzaam bedrijfsdebiët dat je zelf hebt opgebouwd bij een eerdere werkgever stelselmatig probeert af te breken door gebruik te maken van de *goodwill* die hij bij de voormalige werkgever ter beschikking heeft gekregen. Een voorbeeld is het adressenbestand van klanten van de oude werkgever meenemen en vervolgens een veel goedkopere offerte aan deze klanten te sturen.

Stel: je hebt een proeftijd voor een maand in een overeenkomst met een concurrentiebeding, maar binnen drie weken zeg je zelf de arbeidsovereenkomst op om bij de concurrent te gaan werken. Het concurrentiebeding geldt in dat geval ook gedurende de proeftijd!

Wijziging arbeidsvoorwaarden

In sommige gevallen kan de werkgever een eenzijdige wijziging doorvoeren in de arbeidsvoorwaarden. Arbeidsvoorwaarden zijn bijvoorbeeld loon, bonusregelingen of de werkplek zelf. Arbeidsvoorwaarden is een ruim begrip en veel dingen vallen hier onder. De werkgever kan het eenzijdige wijzigingsbeding toepassen ex art. 7:613 of door middel van de norm van art. 7:611 BW.

Eenzijdig wijzigingsbeding, art. 7:613 BW

Dit beding wordt vaak gecombineerd met een incorporatiebeding. Dit wijzigingsbeding moet voldoen aan een aantal voorwaarden die beschreven staan in art. 7:613 BW. Een onderdeel is dat de werkgever een zwaarwegend belang heeft, dat nog zwaarder is dan het belang van de werknemer. Als er geen sprake is van een arbeidsvoorwaarde kan de werknemer een beroep doen op misbruik van de bevoegdheid of strijd met de redelijkheid en billijkheid. De bewijslast van het zwaarwegende belang licht bij de werkgever. Er moet sprake zijn van een redelijk voorstel van de arbeidsvoorwaarden. Om een wijziging te kunnen doorvoeren moet het wijzigingsbeding wel duidelijk en ondubbelzinnig geformuleerd zijn.

Geen wijzigingsbeding: art. 7:611

Als er geen wijzigingsbeding is opgenomen in de arbeidsovereenkomst kan de werknemer op grond van het goed werknemerschap (art. 7:611 BW) toch redelijke voorstellen doen om de arbeidsvoorwaarden te wijzigen. In de zaak *Van der Lely/Taxi Hofman* is de norm van het goed werknemerschap verduidelijkt. Hieruit vloeit voort dat de werknemer redelijke voorstellen van de werkgever alleen mag afwijzen als aanvaarding van hem redelijkerwijs niet kan worden gevergd. Aangezien dit nog niet erg duidelijk was heeft de Hoge Raad in het arrest *Stoof/Mammoet* bepaald dat de werkgever en werknemer moeten heronderhandelen met elkaar bij wijziging van de arbeidsvoorwaarden. Stoof was

aandeelhouder van een BV en Mammoet hield de overige procent aandelen. Bij de aandelenoverdracht werd met Stoof overeengekomen dat hij als directeur bij Mammoet zou worden ingezet. Mammoet wordt echter verkocht en Stoof krijgt slechts een adviesfunctie en weigert het voorstel te aanvaarden. De Hoge Raad oordeelt in rechtsoverweging 3.2.2 dat er drie belangrijke voorwaarden zijn. Ten eerste moet worden onderzocht of de werkgever als goed werkgever aanleiding kon vinden om de arbeidsvoorwaarden te wijzigen en of dit voorstel redelijk is. De aard van de omstandigheden en het voorstel spelen hierbij een rol. Ook moet gekeken worden of van de werknemer gevergd kan worden dat hij het aanbod van de werkgever aanvaardt. Eigenlijk geldt tussen de normen van goed werkgever- en werknemerschap in de zin van art. 7:611 BW daarmee de norm van aanbod en aanvaarding. De criteria van het arrest *Stoof/Mammoet* waaraan getoetst moet worden zijn:

- Of de omstandigheden de werkgever nopen tot het doen van een wijzigingsvoorstel;
- Of het voorstel redelijk is, ook in het belang van de werknemer. Formeel geldt het tijdig inlichten van de werknemer. Materiële redelijkheid is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Onder omstandigheden kan loonsverlaging bijvoorbeeld redelijk zijn;
- Ten slotte moet gekeken worden of aanvaarding redelijkerwijs van de werknemer kan worden gevergd.

Hoorcollege 8, 15-05-2018, Ontslagrecht Systeem ontslagrecht – duaal stelsel

Eindiging van de overeenkomst kan geschieden op verschillende manieren:

- Opzegging;
- Ontbinding;
- Beëindigingsovereenkomst;
- Einde van rechtswege.

Tegenwoordig bestaat een duaal stelsel in het ontslagrecht. Tot 2015 gold dit ook, maar anders dan nu. Duaal houdt in dat de werkgever de werknemer op twee manieren kan ontslaan: door de opzeggingsroute (via het UWV) of de ontbindingsroute (via de kantonrechter). Via het oude stelsel kon de werkgever zelf bepalen welke route gekozen werd. Echter waren er veel verschillen tussen de twee routes. Bij ontbinding gold bijvoorbeeld nog een forse vergoeding, maar bij opzegging niet. Het probleem was dat de werkgever de route bepaalde en dit niet gunstig was voor de werknemer.

Het duale systeem is na 2015 blijven bestaan. Echter bestaat de keuzevrijheid van de werkgever niet meer. Tegenwoordig bepaalt de ontslaggrond welke route gekozen moet worden en daarmee of de werkgever naar het UWV of de kantonrechter moet. De regels hiervoor worden geregeld in de Wvz. Economische ontslagredenen en langdurige arbeidsongeschiktheid moeten altijd via het UWV plaatsvinden, terwijl persoonlijke redenen via de kantonrechter lopen.

Opzegging

Een opzegging is een eenzijdige rechtshandeling, gericht op het beëindigen van de arbeidsovereenkomst. De term ontslag wordt vaak gebruikt als synoniem voor de opzegging, maar dit is niet altijd hetzelfde! Ontslag heeft een veel ruimere betekenis, aangezien dit ieder onvrijwillig einde van de arbeidsovereenkomst is en daarmee zowel opzegging als ontbinding inhouden. Alles wat in dit college wordt besproken geldt voor een vast contract, tenzij anders aangegeven. Als de werknemer niet meewerkt aan de opzegging is bovendien een preventieve toets vereist.

Uitgangspunten van het nieuwe systeem

Als de werkgever schriftelijke instemming van de werknemer heeft kan de werkgever de arbeidsovereenkomst op iedere grond rechtsgeldig opzeggen op grond van art. 7:671 BW, zonder preventieve toets. Bestaat deze schriftelijke instemming niet komt het duale stelsel in beeld. De ontslaggrond bepaalt in dat geval welke route gebruikt moet worden. Art. 669 lid 3, sub c t/m h regelt de **ontbinding** van de arbeidsovereenkomst via de Kantonrechter, art. 7:671b BW. Art. 669 lid 3, sub a en b regelen de **opzegging** van de arbeidsovereenkomst via het UWV, art 7:671a lid 1 BW. Over deze laatste route zal dit college gaan.

Opzegging

Opzegging kan na toestemming van het UWV op grond van art. 7:671a BW. Er geldt een verplichte route bij ontslagen, namelijk via bedrijfseconomische redenen (art. 7:669 lid 3 sub a) of als de opzegging verband houdt met langdurige ziekte (art. 7:669 lid 3 sub b). Het UWV zal na het verzoek gaan testen of het ontslag voldoet aan de eisen van art. 7:669 BW. Ook zal er worden gekeken naar de herplaatsingsplicht. Dit houdt in dat het onmogelijk moet zijn om de werknemer die de werkgever wil ontslaan niet een andere functie binnen het bedrijf kan krijgen, eventueel door middel van scholing.

Als de toestemming van de UWV ontbreekt en de werkgever toch opzegt, kan de werknemer de opzegging vernietigen binnen twee maanden, art. 7:686a lid 4 sub a BW. Gelet moet worden op de vraag of de werkgever daadwerkelijk de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd. Een voorbeeld waar dit twijfelachtig was is in HR 20-11-2015. De A-G oordeelde dat er in deze zaak sprake was van opzegging, waardoor de werknemer te laat was om de opzegging te kunnen vernietigen aangezien zij niet door had dat de overeenkomst inderdaad was opgezegd. Ook kan de werknemer een billijke vergoeding eisen als de werkgever niet naar het UWV is gegaan om de arbeidsovereenkomst op te zeggen. De werknemer mag dus kiezen of hij de opzegging wil vernietigen binnen twee maanden, of dat hij liever een billijke vergoeding krijgt.

Opzegging na toestemming UWV

Als de werkgever toestemming heeft gekregen voor de opzegging door het UWV, moet de werkgever binnen vier weken na de toestemming de arbeidsovereenkomst schriftelijk opzeggen, onder vermelding van de ontslagredenen, art. 7:671a lid 6 BW. Voor de werkgever hangt de lengte van de opzegtermijn af van de lengte dat de werknemer in dienst is geweest. De termijnen staan beschreven in art. 7:672 lid 2 BW. Als dit 15 jaar of meer is, geldt bijvoorbeeld een opzegtermijn van vier maanden. De opzegdag moet altijd aan het einde van de maand zijn op grond van lid 1. De opzegtermijn voor de werknemer is altijd één maand op grond van lid 4, maar dit kunnen de partijen anders afspreken. Als de werkgever de opzegtermijn niet in acht neemt geldt een sanctie op grond van lid 10. Dit is een gefixeerde schadevergoeding in de zin van het loon over het niet in acht genomen deel van de opzegtermijn.

Geen opzegverbod van toepassing

Onderscheid wordt gemaakt tussen ‘wegens’- en ‘tijdens’-opzegverboden. Opzegging ‘wegens’ is een opzegging wegens een bepaalde verboden reden, zoals wegens zwangerschap. Opzegging ‘tijdens’ is de opzegging gedurende een bepaalde periode, ongeacht de reden. Voorbeelden hiervan zijn ziekte, maar ook weer zwangerschap. Tijdens zwangerschap mag daarom niet op een andere grond opgezegd worden. Ook hier geldt een sanctie als er sprake is van een opzegverbod, art. 7:681 lid 1 sub b en c BW.

Transitievergoeding

Als de werkgever alles goed doet door langs het UWV te gaan, de opzegtermijn in acht te nemen en niet op te zeggen tijdens een opzegverbod, kan de werknemer toch een ontslagvergoeding krijgen. Deze vergoeding wordt de transitievergoeding genoemd, art. 7:673 BW. De hoogte is in de wet bepaald, art. 7:673 lid 2-5. Wel geldt dat de werknemer minstens twee jaar in dienst moet zijn geweest bij de werkgever. De doelstelling van de Wvz is wel geweest om ontslag goedkoper te maken voor werkgevers, vandaar dat de vergoeding inmiddels bij wet is geregeld en dit alleen hoger kan zijn als werkgever en werknemer dit samen afspreken. Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer kan de transitievergoeding uitsluiten (lid 7, maar let op lid 8). Ook vervalt het recht op de transitievergoeding voor jongeren met een bijbaan, faillissement (673c BW) of afwijking bij CAO (673b BW).

De werknemer heeft alleen recht op transitievergoeding indien hij minstens 24 maanden in dienst is geweest. Stel dat een vast contract is gesloten op 24 januari 2015 en op 2 december 2016 de werkgever toestemming krijgt van het UWV. Opzegging van de arbeidsovereenkomst kan dan op 31 januari, aangezien de werkgever pas aan het einde van de maand mag opzeggen. Echter is de 2-jaars termijn van de transitievergoeding dan net verstreken. Daardoor moet de werkgever de transitievergoeding toch betalen.

(Additionele) billijke vergoeding

Normaal gesproken dekt de transitievergoeding alle kosten voor de werknemer. Echter, bij ernstige verwijtbaarheid van de werkgever aan het ontslag kan de Kantonrechter een additionele billijke vergoeding toekennen. Volgens de wetgever is van deze ernstige verwijtbaarheid bijvoorbeeld sprake bij:

- Laakbaar gedrag van de werkgever waardoor een verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan;
- De werkgever discrimineert of pest, de werknemer maakt hier bezwaar tegen en hierdoor ontstaat een onwerkbaar situatie;
- De werkgever voert een valse grond aan voor het ontslag met als enig oogmerk om een onwerkbaar situatie te creëren en ontslag langs die weg te realiseren.

Een voorbeeld van ernstig verwijtbaar handelen is de zaak *Grolsch*. Een werknemer was al langere tijd in dienst en functioneerde goed, maar op een gegeven moment moest hij een presentatie houden en door de spanning moest braken. Grolsch vond dat de werknemer voor gek stond en wil daarom van de werknemer af. Ze voeren hiertoe een valse ontslaggrond aan door te zeggen dat de werknemer al lange tijd slecht functioneerde. De Kantonrechter oordeelde dat hier sprake was van een ernstige verwijtbaarheid waardoor een billijke vergoeding moest worden toegekend.

De hoogte van de vergoeding hangt af van alle omstandigheden van het geval. Deze omstandigheden zijn de aard, de ernst van wat de werkgever wordt verweten, maar ook de gevolgen van het ontslag van de werknemer (arrest *New Hairstyle*). Verschillende vergoedingen kunnen cumuleren, bijvoorbeeld de transitievergoeding en de billijke vergoeding.

Einde arbeidsovereenkomst op initiatief van de werknemer

Voor opzegging door de werknemer bestaan duidelijke regels. De werknemer hoeft enkel de opzegtermijn van een maand in acht te nemen. Opzegverboden en andere moeilijkheden waar de werkgever mee te maken heeft gelden niet. Voor ontbinding op verzoek van de werknemer geldt art. 7:671c BW.

Opzegging door de werkgever met schriftelijke instemming werknemer

In bepaalde gevallen geeft de werknemer schriftelijk instemming voor de opzegging, art. 7:671 BW. De werknemer die dit heeft gedaan kan de instemming binnen twee weken zonder opgaaf van redenen herroepen (lid 2) of drie weken als de werkgever niet aangeeft dat deze mogelijkheid bestaat. De werknemer kan echter maar één keer per half jaar gebruik maken van deze bevoegdheid. Als de werknemer instemt kan de werkgever op alle ontslaggronden van art.7:669 BW opzeggen, ook de gronden c t/m h! Aangezien er sprake is van opzegging heeft de werknemer wel recht op een transitievergoeding, art. 7:673 Bw.

Beëindigingsovereenkomst, art. 7:670b BW

Een dergelijke overeenkomst is alleen mogelijk als deze schriftelijk is overeengekomen. Dit is een dwingend vormvoorschrift dat in acht moet worden genomen. De werknemer kan de overeenkomst binnen twee of drie weken zonder opgaaf van redenen ontbinden, art. 7:670b lid 2 en 3. Echter, aangezien er gezamenlijk overeengekomen wordt dat de arbeidsovereenkomst ophoudt, is er geen sprake van **opzegging!** Daarom bestaat geen recht op een transitievergoeding. Ook is geen redelijke ontslaggrond (art. 7:669 BW) nodig. Wel komen de gemiddelde kosten voor ontslag met wederzijds goedvinden uit op circa € 24.000.

De oude leer blijft van toepassing. Dit houdt in dat de wilsvertrouwensleer nog geldt en de werkgever niet te snel mag vertrouwen op het feit dat de werknemer heeft begrepen dat de arbeidsovereenkomst is beëindigd. Hiervoor is een ondubbelzinnige verklaring nodig (*Hajziani/Van Woerden*). Als je rechtvaardig mag vertrouwen dat de werknemer op de hoogte was van het ontslag geldt soms toch het nadeelvereiste (*Sietses/Sneek*). Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid is het ontslag dan onaanvaardbaar. In dat geval mag de werkgever de werknemer niet aan die ontslagname houden, ondanks dat de werknemer de arbeidsovereenkomst zelf heeft beëindigd.

Hoorcollege 9, 17-05-2018, Ontslagrecht Ontbinding (art. 7:685 BW oud)

Vroeger kon ontbinding plaatsvinden wegens veranderingen in de omstandigheden. In dat geval gold een ontbindingsvergoeding conform de Kantonrechtersformule. De Kantonrechtersformule is $A \times B \times C$. A staat voor het aantal gewogen dienstjaren, B voor het bruto maandloon en C voor de correctiefactor. Het aantal gewogen dienstjaren tot 35 jaar is 0,5, vanaf 35 jaar 2, vanaf 45 jaar 1,5 en vanaf 55 jaar 2.

Ontbindingsverzoek 7:671b BW

De Kantonrechter heeft tegenwoordig niet meer zoveel beleidsvrijheid als hierboven beschreven. De gronden van art. 7:669 lid 3 sub c-h zijn gronden voor ontbinding. Als er geen sprake is van één van deze gronden kan de Kantonrechter onder het huidige stelsel niet ontbinden. Ten minste één van de gronden moet zijn voldragen. De h-grond van art. 7:669 lid 3 betreft andere omstandigheden waar van de werkgever niet kan worden gevergd om de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De wetgever heeft dit aangemerkt als vangnetbepaling die alleen gebruikt kan worden als er absoluut geen sprake is van de gronden c-g. Een voorbeeld van een h-grond is als er echt geen mogelijkheid bestaat tot herplaatsing of iets dergelijks (zie bijvoorbeeld Ktr. Zutphen 7 juni 2017).

In het wetsvoorstel 'Wet arbeidsmarkt in balans' (WAB) is aangevoerd om een combinatiegrond in te voeren, namelijk art. 7:669 lid 3 sub i. Hierdoor kan een combinatie van omstandigheden in de andere subleden plaatsvinden waardoor een extra vergoeding aan de werknemer kan worden toegekend.

In sommige gevallen kom je ook bij een a- of b-grond van art. 7:671b BW bij de Kantonrechter uit, als het UWV de toestemming voor ontbinding heeft geweigerd. Dit is ook het geval als het gaat om niet tussentijds opzegbare arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

Ontbindingsverzoek werkgever

De ontbindingstermijn die de Kantonrechter hanteert staat beschreven in art. 7:671b lid 8. Het valt op dat dit dezelfde termijn is als de termijn die geldt voor opzegging. Tegenwoordig zie je dan ook dat de procedure voor ontbinding zo veel mogelijk gelijkgetrokken wordt met die van opzegging. Hier gelden twee uitzonderingen op: als de Kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbindt op de e-grond (ernstig verwijtbaar handelen) kan de rechter de ontbindingstermijn eerder vaststellen. Een voorbeeld is Ktr. Bergen op Zoom 19 februari 2018 waar een bedrijf naar de Kantonrechter stapt voor ontbinding op de e-grond en deze per direct wordt goedgekeurd. Het omgekeerde geldt ook als de werkgever verwijtbaar heeft gehandeld. Soms kan een onvoldragen sub d-grond toch resulteren in een ontbinding op de g-grond. Dit wordt ook wel de *Asscher-escape* genoemd. Voor de d-grond moet je namelijk de werknemer een redelijke termijn geven om zich te verbeteren. Als de werkgever dit niet doet en de arbeidsverhouding daardoor verstoort raakt, kan een aangegeven d-grond toch een g-grond worden. Het criterium is dat het gaat om een ernstig en duurzaam verstoorte arbeidsrelatie.

Kantonrechter na beslissing UWV

Als het UWV toestemming weigert kan de werkgever de Kantonrechter vragen om toestemming voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst, art. 7:671b lid 1 sub b. Het omgekeerde kan ook. Als het UWV toestemming verleent kan de werknemer de Kantonrechter verzoeken om herstel van de arbeidsovereenkomst of een billijke vergoeding ex art. 7:682 lid 1 BW. De Kantonrechter toetst in een soort hoger beroep de beslissing van het UWV en tegen beschikkingen van de Kantonrechter staat hoger beroep en cassatie open in de zin van art. 7:683 BW.

Ontslag op staande voet

Ontslag op staande voet is geregeld in art. 7:677, 678 en 679 BW. Er moet sprake zijn van een dringende reden, het ontslag moet onverwijld worden gegeven en er moet een onverwijld mededeling bestaan voor de ontslagreden. De voordelen voor ontslag op staande voet zijn dat er geen sprake hoeft te zijn van een preventieve toets door het UWV of de Kantonrechter en de werknemer hoeft geen schriftelijke instemming te geven in de zin van art. 7:671 lid 1 sub c. Ook bestaat er geen opzegtermijn (7:677 lid 1 BW), geen transitievergoeding (7:673 lid 7 sub c BW) en kan de werknemer zelfs schadeplichtig zijn.

Vereisten dringende reden

Objectief dringend

De gedraging moet objectief genomen voldoende ernstig zijn. Hierbij moeten alle omstandigheden worden meegewogen:

- De aard en ernst van de gedraging;
- De aard en duur van de dienstbetrekking;
- Het functioneren van de werknemer in het verleden, de voorgeschiedenis;
- De persoonlijke omstandigheden van de werknemer zoals zijn leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zal hebben.

Ook als de gevolgen zeer ingrijpend zijn voor de werknemer kan er toch sprake zijn van een dringende reden (*Schoenmaker-arrest*). In de zaak *Bagateldelict* (Ktr. Amsterdam 7 februari 2017) had een caissière een aangebroken pakje zalmzalade meegenomen. Ook hier moest bijvoorbeeld de leeftijd van de vrouw worden meegewogen.

Subjectief dringende

Als er een dwingende reden bestaat moet de reden ook subjectief dwingend zijn. Dit houdt in dat de werknemer zo spoedig mogelijk nadat het voorval heeft plaatsgevonden ontslagen moet worden en het ontslag onmiddellijk moet ingaan. Daarom moet de opzegging geschieden zonder termijn. Soms bestaan hier lichte uitzonderingen op, bijvoorbeeld bij late ontdekking van het voorval of als nader onderzoek nodig is naar de feiten. Wel moet de werknemer dan gedurende het onderzoek geschorst worden.

Onverwijilde mededeling dringende reden

De werknemer moet weten waarom hij op staande voet ontslagen wordt. Als de werkgever dit niet doet kan hij in een eventueel volgende procedure geen beroep op deze reden doen, tenzij bij de werknemer geen enkele twijfel kon bestaan over de reden voor het ontslag op staande voet.

Als de werknemer zelf op staande voet ontslag neemt kan de werknemer wel aanspraak maken op gefixeerde schadevergoeding, art. 7:677 lid 2 BW. Ook heeft de werknemer recht op een transitievergoeding, art. 7:673 lid 1 sub b lid 1 BW. De werknemer heeft geen recht op een billijke vergoeding van art. 7:681 BW en ook niet op de additionele billijke vergoeding.

Einde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

Als hoofdregel eindigt de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege, art. 7:667 lid 1 BW. Hier is geen instemming van de werknemer of opzegging/ontbinding nodig. Tegenwoordig gelden tegen het einde van rechtswege echter wel verplichtingen voor de werkgever. Zo geldt een aanzegtermijn van een maand (art. 7:668 lid 1-3 BW), is er een transitievergoeding verschuldigd vanaf precies 2 jaar (7:673 lid 1) en is soms zelfs een billijke vergoeding verschuldigd.

Opvolging van werkgeverschap (art. 7:668a BW)

Opvolging van werkgeverschap vindt plaats als tussen werknemer en verschillende werkgevers een opvolgingscontract ontstaat. De criteria zijn dat er wezenlijk dezelfde vaardigheden worden verricht.