



ADVOCATENKANTOOR GIJSEN

ATLAS ARBEIDSRECHT



RUUD GIJSEN EN JORIS NIESTE

© 2012 R. Gijsen

Dit boek wordt uitgegeven door de besloten vennootschap Advocatenkantoor Gijsen B.V. Alle rechten worden voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de uitgever worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs, redacteuren en uitgevers, geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.



VOORWOORD

Na onze eerdere uitgave “Incaszo-dat doe je zo!” uit 2009, liet het vervolg even op zich wachten. Ditmaal snijden wij een heel ander onderwerp aan met dezelfde bedoeling. Een helder overzicht van een stukje weerbarstige problematiek in normale mensentaal, zodat u een gerezen of te verwachten probleem zelf kunt tackelen, danwel snel richting kunt kiezen.

Het arbeidsrecht, dat de relatie tussen ondernemer en personeel beslaat, kent vele verschijningsvormen. In dit boekje wordt een aantal, voor de dagelijkse praktijk van de ondernemer van belang zijnde aspecten van de relatie met zijn werknemers tijdens en na het dienstverband op een rij gezet. Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling geweest om het arbeidsrecht in zijn geheel te beschrijven. Ellenlange beschrijvingen van rechterlijke uitspraken zult u dus niet aantreffen. Buiten het doel en bestek van dit boekje zijn verder gevallen onderwerpen als uitzend-, detacherings- en payrollconstructies, reorganisaties, de positie van de werknemer bij overnames, de positie van de ondernemingsraad (WOR), de Wet melding collectief ontslag (WMCO), zorgplicht en aansprakelijkheid van de werkgever voor ongevallen op de werkvloer etcetera.

Het arbeidsrecht kenmerkt zich door de veelheid aan zeer feitelijke jurisprudentie. Geregeld melden wij cliënten dat er voor hun standpunt bevestigende, doch zeker even veel ontkrachtende uitspraken te vinden zijn. Behoedzaamheid is dus geboden, met name in de tijd waarin de informatievoorziening via internet en sociale media ongelimiteerd lijkt, maar helaas niet altijd even betrouwbaar.

Dit boekje beoogt u daarom attent te maken op een aantal valkuilen van het arbeidsrecht. Ook wijzen we u op kansen en mogelijkheden om deze te vermijden. Gelukkig leiden arbeidsrechtelijke problemen of vraagstukken niet altijd tot juridische procedures. Maar als dat toch gebeurt, leidt het bijna altijd tot ergernis, onzekerheid en kosten. Veel problemen kunnen voorkomen worden door uzelf op voorhand goed te (laten) informeren. Dit boekje fungeert niet als een kompas, die u vertelt welke kant u op moet. Zie het eerder als een atlas, waarop een aantal routes die u kunt volgen worden weergegeven. U beslist -liefst in overleg met ons- welke kant u uit gaat.

Ruud Gijsen en Joris Nieste



INHOUDSOPGAVE

VOORWOORD	pg. 1
HET AANGAAN EN DE INHOUD VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMST	pg. 5
Arbeidsovereenkomst voor onbepaalde of bepaalde tijd.....	pg. 5
Toepasselijk recht en bevoegd gerecht	pg. 6
De Collectieve Arbeids Overeenkomst (CAO).....	pg. 6
ENKELE BIJZONDERE BEDINGEN	pg. 8
Postcontractuele bedingen	pg. 8
Non-concurrentie- en/of relatiebeding	pg. 8
Non-concurrentiebeding en wijziging van functie	pg. 9
Boetebeding	pg. 10
DE ZIEKE WERKNEMER EN REÏNTEGRATIE	pg. 11
De Wet (verbetering) Poortwachter	pg. 12
VERLOF EN VAKANTIE	pg. 15
Zwangerschaps- en bevallingsverlof	pg. 15



Calamiteiten- en kraamverlof.....	pg. 15
Kortdurend zorgverlof.....	pg. 15
Langdurend zorgverlof.....	pg. 16
Ouderschapsverlof.....	pg. 16
Ontslagbescherming.....	pg. 17
WIJZIGING ARBEIDSVOORWAARDEN.....	pg. 19
Kunnen arbeidsvoorwaarden eenzijdig worden gewijzigd?.....	pg. 19
Goed werkgever- en werknemerschap ex artikel 7:611 BW.....	pg. 20
HET EINDE VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMST	pg. 21
Beëindiging van rechtswege.....	pg. 21
Beëindiging met wederzijds goedvinden	pg. 21
Opzegging	pg. 22
Opzegtermijn	pg. 23
Kennelijk onredelijke opzegging van een arbeidsovereenkomst.....	pg. 23
Ontslag op staande voet.....	pg. 25
Ontbinding door de kantonrechter.....	pg. 26
De Kantonrechtersformule.....	pg. 26
Ontslagen in het kader van een reorganisatie.....	pg. 28
Ontslag statutair directeur	pg. 29
Wat kan de statutair directeur tegen zijn ontslag doen?.....	pg. 29
Toekomstige ontwikkelingen wetgeving en aanbevelingen Kring der Kantonrechters	pg. 30



ADVOCATENKANTOOR GIJSEN

RECHTEN VAN BUITENLANDSE WERKNEMERS	pg. 31
LABOUR LAW FOR EXPATS	pg. 33
ADVOCATENKANTOOR GIJSEN	pg. 35



HET AANGAAN EN DE INHOUD VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMST

Een arbeidsovereenkomst is een overeenkomst, waarbij de werknemer zich verplicht voor de werkgever, onder diens gezag en tegen een beloning, arbeid te verrichten. Daarmee zijn de drie wettelijke voorwaarden voor een arbeidsovereenkomst genoemd. Uiteraard wordt in de meeste arbeidsovereenkomsten veel meer geregeld en wordt niet alleen door mondelinge en schriftelijke afspraken, maar ook door CAO's, bedrijfs- en huishoudelijke reglementen en door de wijze waarop partijen er uitvoering aan geven beheerst.

Een arbeidsovereenkomst kan mondeling worden aangegaan. Voor een aantal arbeidsvoorwaarden vereist de wet, dat ze schriftelijk worden overeengekomen. Zo niet, dan hebben ze geen gelding.

Arbeidsovereenkomst voor onbepaalde of bepaalde tijd

De arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd eindigt bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, tenzij deze met inachtneming van de contractuele en wettelijke bepalingen door de werkgever (zij het eerst na verkregen vergunning van het UWV Werkbedrijf) of de werknemer wordt opgezegd.

Bij de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is tussentijdse opzegging alleen mogelijk wanneer partijen dit schriftelijk zijn overeengekomen. De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt in principe na het verstrijken van de afgesproken termijn, tenzij is afgesproken dat opzegging vereist is of partijen na het verstrijken van de afgesproken termijn de arbeidsrelatie (stilzwijgend) voortzetten.

Een aandachtspunt bij de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd is de regeling omtrent het ketenbeding. Na drie contracten voor bepaalde tijd, wordt het vierde van rechtswege voor onbepaalde tijd. Wellicht onbedoeld, zit de werkgever dan aan de werknemer vast. Dit geldt ook wanneer er sprake is van twee of meer opeenvolgende contracten waarbij een termijn van 36 maanden wordt overschreden.



Overeenkomsten worden als opvolgend beschouwd wanneer er tussen de contracten minder dan drie maanden zit. Let op! Bij CAO kan van deze regeling worden afgeweken. Zo hanteert de Horeca CAO bijvoorbeeld slechts een termijn van een maand, waarna de keten wordt “verbroken”. Daarnaast kan men binnen de Horeca CAO een periode van maar liefst 60 maanden overbruggen waarna een contract pas als voor onbepaalde tijd wordt gezien.

Toepasselijk recht en bevoegd gerecht

Door middel van een zorgvuldig opgestelde arbeidsovereenkomst kunnen geschillen over arbeidsvoorwaarden worden voorkomen. Mocht het onverhoopt toch zover komen dan kan in sommige gevallen de vraag rijzen welk recht toepasselijk is. Het is daarom raadzaam om dit reeds in de arbeidsovereenkomst vast te stellen.

Ook werkgevers die buitenlandse arbeidskrachten in dienst hebben of Nederlandse arbeidskrachten in overwegende mate in het buitenland hun werk laten verrichten, doen er goed aan het op de arbeidsovereenkomst van toepassing zijnde recht schriftelijk overeen te komen. Overigens dient dit te worden onderscheiden van de rechter die bevoegd is van het geschil kennis te nemen. Hiervan kan in veel gevallen niet (ten nadele van de werknemer) worden afgeweken op grond van artikel 20 EEX-verordening. Zo zal een procedure tegen een in België wonende werknemer, in dienst bij een Nederlands bedrijf, -behoudens uitdrukkelijk toestemming, verkregen nadat het geschil ontstond- toch voor de Belgische rechter plaatsvinden.

De Collectieve Arbeids Overeenkomst (CAO)

De Collectieve Arbeidsovereenkomst is een overeenkomst tussen een of meer werkgevers en een of meer werknemersorganisaties, zoals de vakbonden. Hierin worden afspraken gemaakt over de arbeidsvoorwaarden. Hierbij kan men denken aan salarisschalen, reiskostenvergoedingen, afspraken over een dertiende maand of faciliteiten voor kinderopvang. Een CAO treedt pas in werking wanneer deze is gemeld bij de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Op drie manieren kan een CAO doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst.



In de eerste plaats door het lidmaatschap van de werkgever en werknemer bij werkgevers- en werknemersorganisaties die de CAO sluiten. In dat geval zijn partijen zogezegd 'gebonden' aan de CAO. Wanneer werkgever en werknemer beiden gebonden zijn dan heeft de CAO om die reden rechtstreekse werking. Als de werknemer geen lid is van de betrokken vakorganisatie en de werkgever wel, dan is de werkgever verplicht om de werknemer de CAO-arbeidsvoorwaarden ook aan de deze werknemer aan te bieden. De werknemer kan dit aanbod aanvaarden of afwijzen. Hierbij moet worden opgemerkt dat deze verplichting in de betreffende CAO kan worden uitgesloten.

Een tweede manier van doorwerking is dat werkgever en werknemer in de individuele arbeidsovereenkomst afspreken dat een bepaalde CAO van toepassing is op de betreffende arbeidsovereenkomst. Het doet hierbij niet ter zake of de werkgever en werknemer op een andere grond reeds gebonden zijn aan de CAO.

Tot slot kan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid CAO-bepalingen algemeen verbindend verklaren. De CAO is dan automatisch en dwingend op alle overeenkomsten die onder de werkingsfeer vallen van toepassing, ongeacht of de werknemer of werkgever lid is van de betreffende organisaties. Onbedoeld en wellicht ongewild zijn partijen dan gebonden aan regels, bij de totstandkoming waarvan ze niet betrokken zijn. Wordt er door werkgever en werknemer een bepaling opgenomen in hun arbeidsovereenkomst die in strijd is met de voor hun geldende CAO dan is deze bepaling nietig. De toepasselijke CAO-bepalingen treden daarvoor dan in de plaats.

Het loont zich dus om vooraf te controleren welke CAO's mogelijk van toepassing zijn, zeker wanneer er met verschillende functies binnen uw onderneming gewerkt wordt. Werkgevers in de "vrijere" sectoren dienen na te gaan of zij zich niet onverplicht binden aan CAO's, waar ze eerder last dan profijt van hebben.



ENKELE BIJZONDERE BEDINGEN

Postcontractuele bedingen

Deze beogen, de naam zegt het al, de rechten of plichten te regelen na het einde van de arbeidsovereenkomst. Hoewel niet verplicht, is het ten sterkste aan te raden deze schriftelijk vast te leggen, al was het maar omdat de relatie tussen partijen na het einde van een dienstverband vaak bekoeld is en partijen vaak geneigd zullen zijn het onderste uit de (juridische) kan te halen. Het bewijs staat of valt dan in bijna alle gevallen bij een helder contract.

Non-concurrentie- en/of relatiebeding

Het non-concurrentie- en relatiebeding worden vaak in één adem genoemd doch de wet vermeldt slechts het concurrentiebeding. Juridisch gezien is het relatiebeding een mogelijke vorm van het non-concurrentiebeding. De wet omschrijft het concurrentiebeding als een afspraak, waarbij de werknemer wordt beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van het dienstverband op zekere wijze werkzaam te zijn.

Daaronder kan dus zowel een verbod om bij de concurrent in dienst te treden vallen, als een verbod tot vestiging van of het verrichten van werkzaamheden voor een vergelijkbare onderneming binnen een zeker gebied als een verbod tot het benaderen van relaties.

Bij het formuleren van een beding dat in rechte ook standhoudt, moet echter altijd goed worden aangesloten bij de daadwerkelijke risico's van de werkgever. Een (in tijd of ruimte) te breed geformuleerd beding zal door de kantonrechter gemakkelijk worden gematigd tot minder dan de werkgever lief is. Een goed geformuleerd beding, dat aansluit bij de gerechtvaardigde belangen van de werkgever houdt stand. "Schieten met hagel" werkt dus niet.

De werkgever die naast een algemeen geformuleerd non-concurrentiebeding tevens verbod om bij een met name genoemde lijst van (wel zestig) concurrenten in dienst te treden kwam op de koffie, toen de werknemer in dienst trad bij een concurrent die -toevallig- niet in de lijst stond (omdat het een jonger bedrijf was dan de arbeidsovereenkomst waar het beding in stond). De kantonrechter oordeelde dat met het opnemen van zulk een lijst de werkgever "zijn concurrenten" had omschreven en dat de werknemer ervan uit mocht gaan dat zijn nieuwe



werkgever daar niet onder viel. Het algemene vangnet mocht de werkgever dus niet baten en de werknemer liep ongehinderd over naar de gedoodverfde concurrent.

Tot slot wijzen wij nog op het feit dat de werkgever geen beroep op het non-concurrentiebeding toekomt, indien hij bij de wijze waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd, schadeplichtig is geworden. Bovendien kan de rechter, desgevraagd, aan de werkgever voor de periode gedurende welke het non-concurrentiebeding hem belemmert in zijn vrije arbeidskeuze, een door de werkgever te betalen vergoeding toekennen.

Non-concurrentiebeding en wijziging van functie

Stel, een werknemer heeft een arbeidsovereenkomst met een concurrentiebeding. Zijn functie wijzigt, maar de werkgever verzuimt opnieuw een concurrentiebeding overeen te komen. Later wordt de werknemer ontslagen en gaat hij bij de concurrent werken. Kan de werkgever zich nog beroepen op het oude concurrentiebeding? Neen, in beginsel niet. De Hoge Raad heeft in 1979 al geoordeeld dat een concurrentiebeding opnieuw moet worden overeengekomen, indien er sprake is van een wijziging in de arbeidsverhouding die zó ingrijpend is dat het concurrentiebeding aanmerkelijk zwaarder is gaan drukken. In die zaak was een werknemer gepromoveerd tot directeur van het bedrijf.

In 2008 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat in zo'n geval steeds moet worden vastgesteld of er sprake is van (1) een ingrijpende functiewijziging (immers niet elke promotie is ingrijpend van aard) en (2) door de ingrijpende functiewijziging het concurrentiebeding daadwerkelijk zwaarder op de werknemer is gaan rusten. Dat laatste hoeft namelijk niet zonder meer het geval te zijn.

In de loop der jaren hebben veel werknemers een beroep op deze jurisprudentie gedaan en vaak met succes. Voorwaarde is wel dat daadwerkelijk en feitelijk goed onderbouwd wordt aangetoond dat aan voormeld criterium is voldaan. Voor zowel werknemers als werkgevers dus een punt van aandacht bij -stilzwijgende- verschuiving van de taken en verantwoordelijkheden, zeker als het om lange(re) dienstverbanden gaat.



Boetebeding

Werkgevers, die personeel “zien vertrekken”, willen maar al te graag een vinger aan de pols houden, zeker als die werknemers kennis hebben van bedrijfsgevoelige informatie, die zomaar naar de concurrent kan verdwijnen. Gedacht kan worden aan (toekomstige) product(ontwikkelings)informatie, marketingstrategieën, patenten, octrooien, inkoop- en verkoopprijzen, marges, kortingen maar ook feitelijke (adres)gegevens van klanten en relaties. Niet zelden is het werkgevers er juist om te doen werknemers van concurrenten om die reden binnen te halen.

Een geheimhoudingsbeding met daaraan gekoppeld een boetebeding, dat overigens ook schriftelijk moet zijn overeengekomen, kan naast een non-concurrentie- en/of relatiebeding uitkomst bieden. Het probleem is echter dat de werkgever als een soort detective moet zien te achterhalen of de ex-werknemer het beding overtreedt en -als deze dat ontkent, hetgeen niet zelden voorkomt- het ook nog moet aantonen.

Het handhaven van een concurrentiebeding kan echter ook op andere, meer op uw ondernemingsactiviteiten toegesneden, manieren worden gehandhaafd. Zo kan men denken aan afspraken waarbij beide partijen baat hebben, die vervallen bij schending van het non-concurrentiebeding. Zoals bijvoorbeeld kortingsregelingen bij afname van diensten en/of producten van de voormalig werkgever waarbij er enerzijds een positief effect op de omzet kan worden behaald en het anderzijds eveneens interessant is voor de werknemer deze bevoorrechte positie niet te verspelen. Graag denken wij met u mee over dergelijke mogelijkheden.



DE ZIEKE WERKNEMER EN REÏNTEGRATIE

De werkgever is op grond van artikel 7:629 BW gehouden gedurende twee jaar (de wachttijd) 70% van het laatstverdiende loon door te betalen als een werknemer ongeschikt is om de bedongen arbeid te verrichten als gevolg van de ziekte. Gedurende deze periode kan de werkgever de werknemer in principe niet ontslaan middels opzegging. Weliswaar blijft de weg open voor het indienen van een ontbindingsverzoek, maar als het verzoek verband houdt met de ziekte wordt het hoogstwaarschijnlijk niet toegewezen.

De definitie van ziekte is niet in de wet vastgelegd maar wordt ontleend aan ziektebegrip in het kader van de Ziektewet. Een werknemer die na een weekendje stappen dronken op de werkvloer verschijnt, is dus wel ongeschikt de bedongen arbeid te verrichten, maar niet tengevolge van ziekte. Dat kan anders zijn, indien een verslavingsprobleem aan de dronkenschap ten grondslag ligt. Het is aanbevelenswaardig de gang van zaken van meet af aan goed te bespreken en vast te leggen, om te voorkomen dat de werknemer later een beroep doet op loondoorbetaling voor 100% ex artikel 7:628 BW, stellende dat de omstandigheid dat hij zijn werk niet heeft uitgeoefend in redelijkheid aan de werkgever moet worden toegerekend.

Wanneer de werknemer binnen vier weken na een hersteld melding opnieuw ziek wordt, moeten de verzuimperiodes bij elkaar opgeteld worden en is de wachttijd van 2 jaren niet doorbroken. De periodes waarin de werknemer beter was, tellen niet mee. Alleen de daadwerkelijke ziektedagen tellen mee voor de wachttijd. Hetzelfde geldt overigens voor een zwangere werknemer die voor- en na haar zwangerschaps- en bevallingsverlof ziek is wegens dezelfde oorzaak.



De Wet (verbetering) Poortwachter

De wet Poortwachter legt de verantwoordelijkheid voor ziekteverzuimbegeleiding en re-integratie grotendeels bij de werkgever. Kort gezegd volgt bij elke ziek gemelde werknemer het volgende stappenplan:

1. Uiterlijk na 6 weken ziekte vindt er een gesprek met de bedrijfsarts plaats. Deze maakt een probleemanalyse op. Het is aan te bevelen deze veel eerder in te schakelen;
2. Uiterlijk in de 8ste week van de ziekte moet een plan van aanpak worden opgemaakt door de werkgever in samenspraak met de werknemer en bedrijfsarts. Partijen zijn wettelijk verplicht hieraan mee te werken;
3. Het plan van aanpak wordt tussen werkgever en werknemer tenminste iedere 6 weken geëvalueerd en daar waar nodig aangepast of bijgesteld;
4. In week 52 wordt de eerstejaarsevaluatie opgemaakt van het plan van aanpak en ingestuurd naar het UWV;
5. Heeft de re-integratie 1e spoor (= gehele of gedeeltelijke terugkeer in de oude functie, al dan niet met aanpassingen of na het volgen van therapieën, coaching, trainingen en begeleiding, of terugkeer in een andere -bij het opleidingsniveau, kennis, ervaring en belastbaarheid-passende functie) onvoldoende resultaat opgeleverd of valt te voorzien dat zulks niet tot resultaat zal leiden, dient ook re-integratie 2e spoor (=inventariseren van een indiensttreding bij een externe werkgever, al dan niet door het inschakelen van een re-integratiebureau) te worden ingezet;
6. Week 91 wordt de eindevaluatie van het plan van aanpak ingediend bij het UWV. Aan de hand van het integrale re-integratiedossier beoordeelt het UWV of door partijen is voldaan aan de verplichtingen;
7. Uiterlijk in week 93 dient de werknemer zijn WIA-uitkering aan te vragen.



Als er hangende het re-integratietraject verschil van mening ontstaat tussen de werknemer en werkgever over de (mate van) arbeidsongeschiktheid of de voortgang van de re-integratie kunnen zij daaromtrent een deskundigenoordeel van de UWV-arts aanvragen. Wij verwijzen naar www.uwv.nl voor veel nuttige informatie, maar ook alle standaard formulieren. Zonder deze worden verzoeken niet in behandeling genomen. Wees gewaarschuwd!

Wanneer uit het re-integratiedossier onvoldoende blijkt dat de werkgever zich voldoende ingespannen heeft om de werknemer terug naar het arbeidsproces te begeleiden kan het UWV een loonsanctie van 1 jaar opleggen, hetgeen inhoudt dat de 2-jaarstermijn van artikel 7:629 BW met 1 jaar wordt verlengd. De nalatigheid kan zowel administratief als inhoudelijk van aard zijn. Ook bijvoorbeeld het te laat inzetten van re-integratie 2e spoor kan een aanleiding zijn.

De wet eist dus een actieve houding van de werkgever gedurende het gehele re-integratieproces. De werkgever kan zich niet verschuilen achter de rapportages van de bedrijfsarts, UWV-arts of arbeidsdeskundige.

Wanneer de zieke werknemer nog niet klaar is om terug te keren naar de oude werkplek, maar wel vervangend werk kan doen, dient de werkgever de mogelijkheden daartoe te onderzoeken, zelfs als dit geen directe meerwaarde voor het bedrijf heeft. Het is een onderdeel van het re-integratietraject, dus zowel werknemer als werkgever zijn verplicht hieraan mee te werken. De werkgever dient goed schriftelijk vast te leggen dat het hier een tijdelijk gecreëerde functie betreft, die enkel tot doel heeft de werknemer naar zijn oorspronkelijke functie te begeleiden.

Nog een enkel woord over de rol van een re-integratiebedrijf. Deze bedrijven kunnen een uitkomst bieden wanneer er geen passende of vervangende arbeid binnen het bedrijf geboden kan worden, terwijl de werknemer dat wel nodig heeft om te kunnen re-integreren. De werknemer kan dan (tijdelijk) bij een ander bedrijf alwaar hij kan re-integreren worden geplaatst. Dit ontslaat de werkgever overigens nog steeds niet van zijn verantwoordelijkheid.



Na afloop van de wachttijd komt de werknemer in aanmerking voor een (gehele of gedeeltelijke) WIA-uitkering. Let wel, ook dan eindigt de arbeidsovereenkomst niet automatisch. Partijen zullen zich daartoe via de elders in dit boekje beschreven wegen dienen in te spannen. Van belang voor de werknemer is dat hij goed zicht krijgt op de situatie na de wachttijd. Suppleties, WIA-hiaatverzekeringen, excedentverzekeringen, pensioen(gat)verzekeringen en -premieverplichtingen etcetera zullen goed in kaart moeten worden gebracht alvorens de juiste stappen tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst kunnen worden gezet.

Stroomt de werknemer niet voor 100% in de WIA, maar blijft hij gedeeltelijk werkzaam, dan dient ervoor te worden gewaakt dat de werknemer (al dan niet gedeeltelijk) in een andere, dan de oorspronkelijk bedongen functie werkzaam blijft. Enerzijds is de werkgever na 2 jaar niet meer verplicht het (oude) salaris door te betalen, doch slechts de reële loonwaarde van de dan verrichte arbeid, waarover partijen overeenstemming zullen moeten zien te bereiken. Anderzijds blijft op die wijze de werknemer ongeschikt voor de oude (bedongen) functie. Valt hij opnieuw uit, zal dit niet leiden tot het ingaan van een nieuwe wachttijd ex artikel 7:629 BW! Zodoende heeft de werknemer groot belang bij goede vastlegging van de bedongen arbeid. Erop vertrouwen dat dit stilzwijgend wordt aangenomen, leidt in rechte vaak tot problemen en is -voor beide partijen- vaak lastig aan te tonen.

Kortom, reïntegratie vereist voor zowel werknemer als werkgever dat de juiste keuzes op de juiste momenten worden gemaakt, vastgelegd en doorgezet, zelfs als dat tot een verschil van mening leidt over hoe het verder moet.



VERLOF EN VAKANTIE

In de Wet Arbeid en Zorg wordt een aantal verlofvormen geregeld, waaronder het zwangerschapsverlof, het calamiteitenverlof, het ouderschapsverlof en het kort- en langdurend zorgverlof. Omtrent elke vorm van verlof volgt hieronder een korte toelichting. Verder treft u een tabel aan, waarin de overige kenmerken van de verscheidene verlofvormen zijn terug te vinden.

Zwangerschaps- en bevallingsverlof

Iedere werkneemster heeft recht op het opnemen van zwangerschapsverlof vanaf 6, maar uiterlijk 4 weken vóór de bevallingsdatum. De werkneemster dient het opnemen van het verlof wel uiterlijk 3 weken van tevoren te melden aan haar werkgever.

Calamiteiten- en kraamverlof

Dit verlof kan opgenomen worden wanneer de werknemer een aantal noodzakelijke maatregelen moet treffen die onmiddellijk dienen te gebeuren. Hierbij kan men denken aan het overlijden van een ouder of het springen van de waterleiding. Gezien de aard van het verlof zal een tijdige melding aan de werkgever vaak niet mogelijk zijn. In beginsel moet het opnemen van het verlof wel vooraf aan de werkgever gemeld worden. Het kraamverlof is een bijzonder kortdurend verlof. Het kraamverlof beoogt de vader gelegenheid te geven bij de bevalling aanwezig te zijn en aangifte van de geboorte te doen.

Kortdurend zorgverlof

Wanneer een ziek gezinslid of ouder(s) zorgbehoevend is kan onder bepaalde omstandigheden een zogeheten kortdurend zorgverlof worden opgenomen. Hierbij wordt vereist dat de werknemer aannemelijk maakt dat de zorg noodzakelijk is en dat deze niet op een andere wijze dan door de werknemer kan worden verleend.



Langdurend zorgverlof

Het langdurend zorgverlof mag opgenomen worden voor verzorging van een partner, (pleeg)kind of ouder met een levensbedreigende (maar niet een chronische) ziekte. Het verlof dient over een periode tussen 12 en 18 weken verspreid te worden. Het verlof en de wijze waarop dient twee weken voor de gewenste ingangsdatum aangevraagd te worden.

Ouderschapsverlof

Om aanspraak te kunnen maken op ouderschapsverlof dient de werknemer minstens een jaar in dienst te zijn bij zijn werkgever. Daarnaast moet de werknemer als ouder in familierechtelijke betrekking staan tot een kind jonger dan acht jaar. De werknemer dient het opnemen van het verlof tenminste twee maanden voor de gewenste ingangsdatum te melden bij de werkgever en kan zeer flexibel opgenomen worden.

Type verlof	Duur van het verlof	Toestemming werkgever vereist	Recht op uitkering	Recht op loondoorbetaling
Zwangerschap- en bevallingsverlof	4-6 weken	Geen toestemming vereist	100% van het maximum dagloon	Geen
Calamiteitenverlof	Geen maximum, korte, naar billijkheid te berekenen tijd	Geen toestemming vereist	100% van het maximum dagloon	Geen
Kraamverlof	Twee dagen	Geen toestemming vereist	100% van het maximum dagloon	Geen



Type verlof	Duur van het verlof	Toestemming werkgever vereist	Recht op uitkering	Recht op loondoorbetaling
Kortdurend zorgverlof	tweemaal de arbeidsduur per week	Werkgever kan toestemming wegens zwaarwegende bedrijfsbelangen weigeren	Geen	70% van het laatstverdiende loon
Langdurend zorgverlof	zesmaal de arbeidsduur per week	Werkgever kan toestemming wegens zwaarwegende bedrijfsbelangen weigeren	Geen	Geen
Ouderschapsverlof	dertien maal de arbeidsduur per week	Werkgever kan toestemming wegens zwaarwegende bedrijfsbelangen weigeren	Geen	Geen

Ontslagbescherming

De werknemer die gebruik maakt van een van de hierboven genoemde vormen van verlof geniet vaak wettelijke ontslagbescherming. Zo mag de werknemer niet worden ontslagen gedurende zijn adoptie- of pleegzorgverlof, kortdurend zorgverlof, langdurend zorgverlof en het calamiteitenverlof. Tijdens het genieten van zijn ouderschapsverlof kan de werknemer echter wel worden ontslagen. Hier geldt een ander soort ontslagverbod. De werkgever mag de werknemer namelijk niet ontslaan wégens het opnemen van zijn ouderschapsverlof. Hij mag de werknemer dus wel ontslaan wegens een andere reden, ook tijdens het ouderschapsverlof.



De meest uitgebreide bescherming geniet de zwangere, of recent bevallen, werkneemster. Tijdens haar zwangerschapsverlof, haar bevallingsverlof en zes weken na afloop van het bevallingsverlof mag zij niet ontslagen worden. Daarnaast geniet de zwangere vrouw op grond van gelijke behandeling bescherming bij haar ontslag. Tot slot zorgt de regelgeving inzake gelijke behandeling ervoor dat de werkneemster wegens haar zwangerschap en/of bevalling er in rechtspositie niet op achteruit mag gaan. Dit houdt in dat zij na afloop van haar verlof in beginsel kan terugkeren naar haar oude functie.

Bij dit alles dient echter te worden opgemerkt dat de ontslagbescherming enkel geldt bij opzegging. Wanneer partijen met wederzijds goedvinden de arbeidsovereenkomst wensen te beëindigen blijft dat mogelijk. Ook het indienen van een verzoekschrift tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst blijft tot de mogelijkheden behoren, al zal in veel gevallen de kantonrechter nauwgezet (en met argusogen) toetsen of het verzoek geen verband houdt met een van de ontslagverboden. Dit wordt wel de reflexwerking van de ontslagverboden genoemd.



WIJZIGING ARBEIDSVOORWAARDEN

De hoogte van het loon, het aantal te werken uren, de aard van de werkzaamheden en het aantal vakantiedagen en wanneer deze opgenomen mogen worden zijn voorbeelden van arbeidsvoorwaarden. Deze dienen onderscheiden te worden van zogeheten ordevoorschriften die onder de instructiebevoegdheid van de werkgever vallen. Hierbij kan men denken aan rook-, eet- en pauzevoorschriften. Maar ook voorschriften rondom de melding van ziekte, privé gebruik van (lease)auto, telefoon en laptop of internetgebruik vallen hieronder.

Wil de werkgever er een geslaagd beroep op kunnen doen, is het aan te raden dergelijke voorschriften in reglementen vast te leggen en deze ook onderdeel van de arbeidsovereenkomst te maken, door ze daaraan te hangen en ernaar te verwijzen in de arbeidsovereenkomst. Het niet regelen van dit soort zaken, kan een leemte vormen in de arbeidsovereenkomst, die wordt opgevuld door de praktische uitvoering die partijen aan de overeenkomst geven. Neemt de werknemer al drie jaar lang elke vrijdag de bedrijfsbus mee naar huis en ziet de werkgever oogluikend toe dat deze in het weekend telkens enkele honderden privé kilometers maakt, dan zou dit wel eens onderdeel van de overeenkomst kunnen zijn geworden. Het gebruik van de bus is dan een onderdeel van de beloning geworden.

Kunnen arbeidsvoorwaarden eenzijdig worden gewijzigd?

In het contractenrecht geldt het algemeen uitgangspunt dat bepalingen niet eenzijdig kunnen worden gewijzigd. Het arbeidsrecht schept deze mogelijkheid wel. Bijvoorbeeld door het opnemen van een wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst of op grond van goed werkgever- en werknemerschap.

Op grond van een wijzigingsbeding kan de werkgever echter niet lukraak wijzigingen aanbrengen in de arbeidsovereenkomst. Hier worden wel eisen aan gesteld. Eenzijdige wijziging is enkel toegestaan wanneer de werkgever bij de wijziging een zwaarwichtig belang heeft, waarvoor het belang van de werknemer moet wijken. Een en ander moet wel tegen maatstaven van redelijkheid en billijkheid worden afgezet. Hiervan kan sprake zijn wanneer een werknemer tijdig heeft aangegeven niet meer uren te kunnen werken vanwege een studie



en de werkgever dit negeert en het aantal overeengekomen arbeidsuren eenzijdig wijzigt. Ook kan de Ondernemingsraad of andere personeelsvertegenwoordiging een rol spelen bij deze toetsing.

Goed werkgever- en werknemerschap ex artikel 7:611 BW

Daarnaast kan de werkgever, ingeval van het ontbreken van een eenzijdig wijzigingsbeding, een wijziging in arbeidsvoorwaarden ook (proberen) door (te) voeren met een beroep op goed werknemerschap. Dit houdt in dat een werknemer op redelijke voorstellen van de werkgever over het algemeen behoort in te gaan. Hij kan een dergelijk voorstel enkel afwijzen wanneer aanvaarding redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd. Hierbij kan men denken aan een werknemer die vanwege tijdelijke fysieke ongeschiktheid voor zijn functie in een andere functie tewerkgesteld wordt. Als de werknemer weer in staat is zijn oude functie te vervullen dan zal de werknemer open moeten staan voor het terugkeren naar zijn oude functie wanneer de werkgever dat voorstelt.

Overigens zij in dit verband opgemerkt dat de eisen van goed werkgever- en werknemerschap op alle terreinen van het arbeidsrecht doorwerken en er nogal eens naar gegrepen wordt als geen andere rechtsregel een situatie voorziet.



HET EINDE VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMST

Er zijn diverse manieren, waarop een arbeidsovereenkomst kan eindigen. Een overzicht:

Beëindiging van rechtswege

Voor de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd geldt dat de overeenkomst van rechtswege eindigt door het verstrijken van de tijd waarvoor hij is aangegaan. Partijen hoeven in feite niets te doen om de overeenkomst een einde te laten nemen, behalve zulks ook te effectueren. Stilzwijgende verlenging (voor dezelfde periode en voorwaarden als waarvoor de eerdere overeenkomst werd aangegaan) ligt echter op de loer, als de werkgever de werknemer na het verstrijken van de termijn toelaat op de werkvloer om zijn of haar werkzaamheden uit te voeren.

Beëindiging met wederzijds goedvinden

Net als het aangaan van de arbeidsovereenkomst geldt ook voor het einde daarvan contractsvrijheid. Partijen zijn vrij het moment en de gevolgen van het einde van de arbeidsovereenkomst te regelen in een nieuw contract, beëindigingsovereenkomst geheten. Tussenkost van een rechter, het UWV Werkbedrijf of opzegging is dan niet vereist.

De werknemer moet bij het ondertekenen van de hiervoor benodigde beëindigingsovereenkomst wel begrijpen dat zijn instemming wordt gevraagd met zijn (vrijwillig) ontslag en wat de gevolgen daarvan zijn. De werkgever mag hier niet te snel op vertrouwen.

Het instemmen met een beëindigingsovereenkomst leidt overigens niet (meer) tot een weigering van een WW-uitkering. Het ontslag mag echter niet (aan de werknemer) te verwijten zijn. Veel staat of valt bij de tekst van de overeenkomst en de wijze waarop deze tot stand is gekomen.

Het hebben van een eigen -vaak door de werkgever betaalde- belangenbehartiger voor de werknemer en voldoende bedenktijd



is van belang, om een later beroep op vernietiging wegens dwaling of (erger nog) bedrog of een beroep op ontbinding van de beëindigingsovereenkomst te vermijden. Immers, dit kan er na een (soms lange en slepende) procedure toe leiden dat de rechter de arbeidsovereenkomst in ere herstelt met een loondoorbetalingsverplichting (inclusief wettelijke verhoging en rente) voor de werkgever.

Opzegging

Bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd moet de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst op te zeggen schriftelijk zijn overeengekomen. In het geval van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd vallen er drie soorten opzegging te onderscheiden, namelijk i) de reguliere opzegging, ii) de opzegging tijdens de proeftijd en iii) de opzegging wegens dringende redenen.

Voor reguliere opzegging is voor de werkgever voorafgaande toestemming nodig van het UWV Werkbedrijf. De werknemer kan de arbeidsovereenkomst zonder toestemming doch met inachtneming van de opzegtermijn opzeggen. Daarnaast kan ook de werknemer de arbeidsovereenkomst terstond opzeggen wegens dringende redenen.

Het UWV Werkbedrijf kan zijn toestemming onthouden wanneer een opzegverbod van toepassing is. Van een dergelijk opzegverbod is onder andere sprake wanneer een werknemer korter dan twee jaar ziek is, tijdens zwangerschaps- en bevallingsverlof, bij (actief) lidmaatschap van een vakbond en bij overgang van de onderneming. Zonder een waarde-oordeel over de procedure te willen geven, wordt deze weg minder vaak bewandeld dan de hiervoor aangegeven wegen tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De reden daarvoor is, dat de procedure bij inhoudelijk verweer toch zeker zes tot acht weken kan duren en de werkgever daarna nog eens de opzegtermijn in acht dient te nemen. Enkel in geval van lange(re) dienstverbanden en een (zeer) goed gedocumenteerde personeelsdossier heeft deze weg, mede ter vermijding van een beëindigingsvergoeding, de voorkeur. Bovendien lijkt in de nabije toekomst deze preventieve ontslagtoets plaats te gaan maken voor een toetsing achteraf op verzoek van de werknemer, een systeem dat in de ons omringende landen gebruikelijk is.

Voor de opzegging tijdens proeftijd en de opzegging wegens dringende redenen is geen voorafgaande toestemming van het UWV werkbedrijf nodig en gelden bovendien ook de wettelijke opzegverboden niet.



Opzegtermijn

Nadat eventuele toestemming is verleend dient de werkgever de wettelijke opzegtermijn en eventueel door het UWV Werkbedrijf gestelde voorwaarden in acht te nemen. Doet hij dit niet dan is er sprake van een zogeheten onregelmatig ontslag en is de werkgever schadeplichtig. De werknemer kan dan een gefixeerde of een volledige schadevergoeding vorderen. De gefixeerde schadevergoeding bedraagt het loon dat de werknemer zou hebben ontvangen wanneer de opzegtermijn wel in acht was genomen. Alle andere omstandigheden worden buiten beschouwing gelaten. De volledige schadevergoeding bestaat eveneens uit het loon dat bij een regelmatig ontslag verschuldigd was maar hierbij wordt ook rekening gehouden met andere gederfde inkomsten zoals fooien, bonussen en dergelijke. De inkomsten die de werknemer uit anderen hoofde verwerft ten tijde van de niet in acht genomen opzegtermijn worden echter afgetrokken van het schadevergoedingsbedrag. De volledige schadevergoeding kan in dat geval dus lager uitvallen dan de gefixeerde.

Kennelijk onredelijke opzegging van een arbeidsovereenkomst

Als een arbeidsovereenkomst door de werkgever kennelijk onredelijk is opgezegd bestaat er de mogelijkheid dat de rechter bepaalt dat de arbeidsovereenkomst dient te worden hersteld of een schadevergoeding moet worden voldaan. Wil de rechter oordelen dat een opzegging kennelijk onredelijk is moet er aan de volgende voorwaarden zijn voldaan: de opzegging moet onredelijk zijn en die onredelijkheid moet voor een ieder duidelijk zijn. Een opzegging kan zelfs kennelijk onredelijk zijn wanneer de opzegging is gedaan met een door het UWV Werkbedrijf verleende ontslagvergunning en de toepasselijke opzegtermijn in acht is genomen.

Let op! De kennelijk onredelijke ontslagprocedure dient binnen 6 maanden nadat de arbeidsovereenkomst is geëindigd te worden gestart. Daarna is de vordering verjaard en leidt een dergelijke vordering tot niet-ontvankelijkheid.

De wet geeft een opsomming van situaties waarin een opzegging onredelijk kan zijn. Dit betekent echter niet dat die situaties altijd leiden tot een kennelijk onredelijke opzegging. De rechter kan, lettend op de omstandigheden van het geval, een opzegging dan toch redelijk achten. Daarnaast is de opsomming in de wet niet uitputtend bedoeld. Er kunnen zich andere situaties voordoen waarin opzegging kennelijk onredelijk kan worden geacht.



Een van de in de wet genoemde situaties is die wanneer de werknemer door de opzegging gevolgen ondervindt die te ernstig zijn in vergelijking met de belangen van de werkgever bij opzegging. In de praktijk kunnen onder dit 'gevolgencriterium' een groot aantal gevallen ondergebracht worden. Het zal hier met name gaan om de financiële gevolgen van de werknemer ontstaan door de opzegging. Hierbij wordt specifiek gekeken naar de leeftijd van de werknemer, de duur van zijn arbeidsovereenkomst, zijn kansen op de arbeidsmarkt en eventuele arbeidsongeschiktheid ontstaan door de verrichte arbeid. Hierbij kan ook een rol spelen of de werkgever de werknemer reeds een vergoeding heeft betaald in het kader van de ontslagprocedure. Het Gerechtshof in Den Haag heeft in een arrest van oktober 2008¹ aangegeven dat ontslagen waarbij er onder een bepaald minimum aan vergoeding wordt uitgekeerd veelal als kennelijk onredelijk aan te merken zijn. Dit hoeft dus niet altijd zo te zijn. Het is zeer de vraag of een werknemer altijd een beroep op deze door het Hof voorzichtig geformuleerde richtlijn toekomt.

Op de werknemer rust de bewijsplicht van de kennelijk onredelijkheid van het ontslag. Hij wordt hierin wel enigszins tegemoet gekomen door de zogeheten verzwaarde stelplicht. De werkgever is verplicht de werknemer die de onredelijkheid moet bewijzen voldoende feitelijke gegevens te verstrekken, zodat de opgegeven ontslagredenen getoetst kan worden en deze gegevens aanknopingspunten kunnen bieden voor de bewijsoverlevering van de werknemer. Wanneer de werkgever dit verzuimt dan kan de rechter oordelen dat de werkgever de kennelijke onredelijkheid onvoldoende heeft weersproken. De opzegging wordt dan kennelijk onredelijk geacht.

Pas als de rechter de opzegging als kennelijk onredelijk beoordeelt, komt hij toe aan het beoordelen van de vraag of er, en zo ja wat de, schade is. Een andere mogelijkheid is dat de werknemer vordert dat de werkgever wordt veroordeeld tot herstel van de arbeidsovereenkomst. De werkgever dient dan een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te gaan onder dezelfde voorwaarden als die van toepassing waren op de kennelijk onredelijk opgezegde arbeidsovereenkomst. De rechter kan hierbij ook een afkoopsom vaststellen die de werkgever in de gelegenheid stelt onder die verplichting uit te komen.

Er is lange tijd onenigheid geweest over de aard en wijze van berekening van de schadevergoeding in kennelijk onredelijk ontslagprocedures. Nu eens werd de schadevergoeding bepaald naar billijkheid, dan weer werd aansluiting gezocht bij de kantonrechtformule die normaliter door de kantonrechter wordt gehanteerd bij ontbindingen. Met name deze tweede wijze van berekenen genoot veel steun in de



rechtspraak en na een uitspraak van het Gerechtshof in Den Haag, waarin eveneens aansluiting werd gezocht bij de kantonrechtर्सformule, leek het een uitgemaakte zaak. Eind 2009 heeft de Hoge Raad zich echter uitgesproken over deze kwestie en expliciet aangegeven dat de kantonrechtर्सformule, of een daarop gebaseerde berekening, niet mag worden toegepast bij de berekening van de schadevergoeding ex 7:681 BW. Volgens de Hoge Raad is de vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag immers een vergoeding wegens geleden schade, en heeft deze vergoeding daarmee een ander karakter dan de vergoeding naar billijkheid ex 7:685 BW².

Ontslag op staande voet

In bepaalde omstandigheden kan de werkgever de arbeidsovereenkomst opzeggen wegens dringende redenen oftewel een ontslag op staande voet. Dit kan aan de orde zijn wanneer de werknemer bedriřsdfiefstal pleegt of doordat hij de werkgever heeft misleid tijdens zijn sollicitatie. Let wel, de werknemer moet het er wel naar gemaakt hebben. Helaas leert de praktijk dat werkgevers geneigd zijn sneller dan de wetgever voor ogen heeft gehad naar dit middel te (willen) grijpen. Het verdient aanbeveling de situatie, zodra deze zich voordoet, te bespreken en te laten toetsen door een advocaat. Zodoende kunnen de nadelige gevolgen van een voorbarig of onterecht gegeven ontslag op staande voet worden voorkomen.

Het ontslag op staande voet moet in ieder geval wel onverwijld na het ontdekken van deze dringende reden, onder vermelding daarvan, worden gegeven. Voorts is het om bewijstechnische redenen van belang dat de gang van zaken rondom het ontslag op staande voet schriftelijk wordt vastgelegd en aan de werknemer wordt bevestigd. De werknemer kan een dergelijk ontslag namelijk aanvechten door binnen 6 maanden de nietigheid in te roepen en het voeren van een procedure tot wedertewerkstelling en doorbetaling van loon bij de kantonrechter.

Aan een dergelijke procedure kleeft voor de werkgever dus het risico dat hij alsnog de werknemer in dienst moet houden en moet doorbetalen vanaf het moment van het onterecht gegeven ontslag, totdat de arbeidsovereenkomst op geldige wijze eindigt. Stelt u zich voor dat de werknemer tot de laatste dag wacht met het inroepen van de nietigheid en dan in een anderhalf jaar durende procedure wordt vastgesteld dat het ontslag op staande voet nietig is. De werkgever moet dan, naast een eventuele proceskostenveroordeling, zomaar twee jaar salaris doorbetalen inclusief verhoging en rente. En bovendien is de werknemer dan nog steeds in dienst gebleven.



Niet zelden leidt een discutabel maar reeds verstrekt ontslag op staande voet, danwel de als gevolg daarvan door de werknemer ingeroepen nietigheid tot het instellen van een (tegen)procedure tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor zover vereist, dat wil zeggen, voor zover de kantonrechter zou oordelen dat het ontslag op staande voet geen stand kan houden.

Vaak is de relatie tussen de werkgever en werknemer in zo'n geval inmiddels dusdanig gebrouilleerd geraakt dat partijen in overleg treden over een beëindiging met wederzijds "goedvinden", vast te leggen in een beëindigingsovereenkomst.

Ontbinding door de kantonrechter

Een veel voorkomende vorm van ontslag is het verzoeken van ontbinding van de arbeidsovereenkomst bij de kantonrechter. De kantonrechter beoordeelt of er sprake is van gewichtige redenen, veelal in de vorm van gewijzigde omstandigheden, en kan zelfs bij toepasselijkheid van een opzegverbod de overeenkomst ontbinden. Gedacht moet bijvoorbeeld worden aan het bestaan van bedrijfseconomische omstandigheden, een verstoorde arbeidsrelatie of het disfunctioneren van de werknemer. Ook wanneer de werknemer verzoekt om ontbinding kan de kantonrechter de werknemer een billijke vergoeding (ontslagvergoeding) toekennen.

De Kantonrechtersformule

De Kantonrechter zal bij het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding over het algemeen gebruik maken van de Kantonrechtersformule. Deze Kantonrechtersformule vindt zijn oorsprong in een Aanbeveling van de Kring van Kantonrechters³, bedoeld om meer eenheid te brengen in de weerbarstige praktijk van in den lande toegekende vergoedingen. De kantonrechter is niet verplicht deze Kantonrechtersformule te gebruiken en mag daarvan afwijken. Dit gebeurt nog al eens in geval sprake is geweest van een zeer kortdurend dienstverband voor onbepaalde tijd, waarbij de werknemer door de werkgever is verzocht een ander (langlopend) dienstverband op te zeggen voor een nieuw dienstverband met de werkgever.

De Kantonrechtersformule luidt volgt uit:

A (aantal gewogen dienstjaren) \times B (bruto beloning) \times C (correctiefactor) = Hoogte van de bruto vergoeding



De weging van dienstjaren gaat als volgt: de dienstjaren voor de leeftijd van 35 tellen voor de helft mee. Tussen de leeftijd van 35 en 45 tellen de dienstjaren voor één en tussen 45 en 55 voor anderhalf. Na de leeftijd van 55 tellen de dienstjaren pas dubbel.

De beloning wordt vastgesteld aan de hand van het bruto maandsalaris vermeerderd met vaste, overeengekomen loonbestanddelen. Hierbij kan men denken aan vakantietoeslag, een vaste ploegentoeslag, constante overwerktoeslag of een vaste dertiende maand. In de praktijk willen kantonrechters gedurende een aantal jaren verstrekte -relatief constante- bonussen ook tot de vaste component van het salaris rekenen.

Van alle factoren in de Kantonrechtersformule is de correctiefactor C de minst voorzienbare. De correctiefactor bedraagt bij een zogeheten neutrale ontbinding 1. Omstandigheden van het geval kunnen er echter voor zorgen dat de kantonrechter een C-factor die hoger of lager is dan 1 hanteert. Men kan hierbij denken aan een bedrijf dat financieel in zwaar weer verkeert en niet in staat wordt geacht een hoge vergoeding te betalen. De correctiefactor kan dan in het nadeel van de werknemer naar beneden worden bijgesteld. Verwijtbaar gedrag van de kant van de werkgever kan er op zijn beurt toe leiden dat een correctiefactor groter dan 1 gehanteerd wordt. De praktijk leert dat een correctiefactor zelden tot nooit (meer) uitkomt boven de 2. In dat geval is de kantonrechter -mits de omstandigheden het verantwoord maken- eerder geneigd het ontbindingsverzoek af te wijzen⁴.

Wanneer bij reorganisatie sprake is van een sociaal plan dan kan de kantonrechter dit bij zijn vaststelling van de hoogte van de vergoeding betrekken. Hoeveel waarde hierbij aan een dergelijk sociaal plan wordt gehecht is afhankelijk van de manier waarop het sociaal plan tot stand is gekomen. Hierover bestaat eveneens een Aanbeveling van de Kring van Kantonrechters. Deze stelt dat er voorbijgegaan kan worden aan een sociaal plan dat eenzijdig door de werkgever is opgesteld. Wanneer de werkgever dit in samenspraak heeft gedaan met vakorganisaties en/of de Ondernemingsraad luidt het advies aan de kantonrechter om met zijn vergoeding aansluiting te zoeken bij een dergelijk sociaal plan. Hierop zijn echter wel uitzonderingen mogelijk wanneer dit tot een "evident onbillijke uitkomst" leidt voor de werknemer. Dit kan het geval zijn als ten aanzien van een werknemer bijzondere omstandigheden aan de orde zijn, waarmee in het sociaal plan onvoldoende rekening is gehouden. Bijvoorbeeld bij een gehandicapte werknemer of bij een werknemer met een omvangrijk arbeidsverleden.



De Aanbeveling stelt ook dat de vergoeding niet hoger wordt vastgesteld dan het bedrag dat de werknemer aan inkomstenderving zou hebben tot aan zijn pensioengerechtigde leeftijd. Dit wordt duidelijk aan de hand van het volgende voorbeeld: Een 64-jarige werknemer met 10 dienstjaren zou volgens de Kantonrechtersformule recht hebben op 20 bruto maandsalarissen. Hij bereikt echter binnen 12 maanden de pensioengerechtigde leeftijd en de vergoeding zou dan de verwachte inkomstenderving overstijgen.

De hoogte van de billijke vergoeding bij een ontbindingsprocedure blijft lastig te voorspellen. Dit komt doordat de kantonrechter vrij is om al dan niet een vergoeding toe te kennen en bij de vaststelling van de hoogte ervan een ruime mate van vrijheid heeft. Sinds de laatste wijziging van de Kantonrechtersformule per 1 januari 2009 dient er bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding tevens rekening gehouden te worden met de weerbaarheid van de werknemer op de arbeidsmarkt. De werkgever is tegemoetgekomen doordat er rekening gehouden moet gaan worden met eventuele investering in scholing van de werknemer en doordat de rol van de financiële positie van de werkgever groter zal worden.

Als de kantonrechter in zijn beslissing tot ontbinding een vergoeding toekent, stelt hij de werkgever in de gelegenheid om het verzoekschrift binnen een bepaalde termijn alsnog in te trekken. Dit levert voor de werkgever nog een extra toetsmoment op of hij het voorgenomen ontslag van de werknemer wel wil doorzetten tegen “die prijs”, al hebben wij nog nooit een situatie meegemaakt dat de werkgever van deze mogelijkheid gebruik maakt en de werknemer weer aan het werk zet.

Ontslagen in het kader van een reorganisatie

Reorganiseren is geen snel geklaard klusje. Zeker niet wanneer een reorganisatie gepaard gaat met gedwongen ontslagen. Immers, in een reorganisatietraject geniet een werknemer eveneens ontslagbescherming, terwijl de rechter bedrijfseconomische omstandigheden doorgaans tot het ondernemersrisico rekent. Goede samenwerking tussen de ondernemer, P&O afdeling, fiscalist, accountant en advocaat is van eminent belang.

De noodzaak van een reorganisatie dient met afdoende financiële gegevens te zijn onderbouwd, alvorens deze wordt ingezet. Dit behelst ook een inschatting van de te verwachten resultaten van de beoogde reorganisatie. Gewapend met deze gegevens zou een sociaal plan



opgezet moeten worden, bij voorkeur in samenspraak met Ondernemingsraad of werknemersorganisaties. Het opstellen van een dergelijk sociaal plan is niet wettelijk verplicht doch zeer zeker raadzaam. Overigens stellen vele CAO's het opstellen van een sociaal plan verplicht.

Ontslag statutair directeur

De rechtsbetrekking tussen een statutair directeur en de vennootschap bestaat uit twee onderdelen. Enerzijds is er een vennootschapsrechtelijke band omdat hij benoemd is door de aandeelhoudersvergadering (AVA) of raad van commissarissen en anderzijds heeft hij een arbeidsovereenkomst met de vennootschap. Hierdoor onderscheidt hij zich van de titulair directeur die enkel een arbeidsovereenkomst met de vennootschap heeft.

Wanneer de vennootschap de statutair directeur wil ontslaan dient dit in twee stappen te gebeuren. Ten eerste is er een besluit van de AVA nodig dat strekt tot ontslag van de statutair directeur. Na dit besluit is de statutair directeur nog steeds werknemer op grond van zijn arbeidsovereenkomst met de vennootschap. De vennootschap dient die arbeidsovereenkomst met zijn statutair directeur op te zeggen. Bij een statutair directeur wijken de toepasselijke ontslagregels echter af. Zo is er bij opzegging geen toestemming vereist van het UWV Werkbedrijf⁶. De opzegtermijn moet wel altijd in acht genomen worden. Zo niet dan is er sprake van een onregelmatig ontslag en is de vennootschap schadeplichtig. Bijkomend nadeel van deze schadeplichtigheid is dat aan een eventueel concurrentiebeding geen rechten meer ontleend kunnen worden. De opzegverboden zijn bij het opzeggen van de arbeidsovereenkomst van de statutair directeur onverkort van toepassing.

Wat kan de statutair directeur tegen zijn ontslag doen?

Wanneer de AVA zijn voorgenomen ontslag behandelt dan heeft de statutair directeur het recht hierover gehoord te worden en een advies hierover uit te brengen. Het ontslagbesluit zal verder tot stand moeten komen in overeenstemming met de toepasselijke wettelijke of statutaire bepalingen. Worden deze regels geschonden dan kan dat leiden tot vernietigbaarheid van het door de AVA genomen ontslagbesluit. Wanneer het ontslagbesluit wordt vernietigd betekent dit dat in beginsel ook de arbeidsrechtelijke relatie wordt hersteld. Als vennootschapsrechtelijke middelen niet tot een oplossing leiden dan rest de statutair directeur nog de arbeidsrechtelijke weg. Naar aanleiding van het opzeggen van de arbeidsrechtelijke betrekking tussen de statutair directeur en de vennootschap heeft hij de



mogelijkheid om deze opzegging aan te vechten middels de kennelijk onredelijke ontslagprocedure. Wanneer hier met succes een beroep op wordt gedaan zal de rechter een schadevergoeding toekennen. Normaal gesproken kan de rechter de werkgever ook veroordelen tot herstel van de arbeidsovereenkomst. Deze mogelijkheid is voor de statutair directeur echter uitgesloten.

Toekomstige ontwikkelingen wetgeving en aanbevelingen Kring der Kantonrechters

Ten tijde van het afronden van dit boekje is, onder druk van het economische tij, een demissionair kabinet Rutte I en een verschuiving van de visie op het karakter van de ontbindingsvergoeding, reeds duidelijk dat er grootscheepse veranderingen in het arbeidsrecht op touw staan. Hoewel er een wetsvoorstel in standby stand staat, wordt algemeen aangenomen dat na het formeren van een nieuw kabinet er een breder wetsvoorstel tot wijziging van het arbeidsrecht zal worden ingediend. Daarin zal hoogstwaarschijnlijk -als hiervoor reeds aangehaald- de preventieve ontslagtoets (de opzegvergunning) plaatsmaken voor een toetsing achteraf op initiatief van de werknemer, zal de ontbindingsvergoeding mogelijk wettelijk verankerd worden en ten opzichte van de gevestigde praktijk waarschijnlijk gereduceerd worden tot een vierde, met een maximum van een jaarsalaris.

Niet valt uit te sluiten dat de Kring der Kantonrechter, anticiperend op vorenstaande ontwikkeling eind 2012, begin 2013 reeds nieuwe aanbevelingen publiceren, waarvan deze onderwerpen onderdeel uitmaken. Werkgevers maken dus beter even geen haast met niet acute beëindiging van arbeidsovereenkomsten. Werknemers die aanvoelen, dat hun baan op de tocht staat, kunnen dus mogelijk beter in 2012 eieren voor hun geld kiezen.



RECHTEN VAN BUITENLANDSE WERKNEMERS

Hieronder wordt kort ingegaan op de rechtspositie van buitenlandse werknemers (expats).

Onderscheid dient te worden gemaakt tussen de volgende drie categorieën:

- “expats”: werknemers met een Nederlandse arbeidsovereenkomst die door hun werkgever tijdelijk in het buitenland zijn gestationeerd;
- “inpats”: werknemers met een buitenlandse arbeidsovereenkomst die door hun werkgever tijdelijk in Nederland zijn gestationeerd;
- “foreign local hires”: buitenlandse werknemers werkzaam in Nederland op basis van een Nederlandse arbeidsovereenkomst.

De term “expat” wordt in het dagelijks spraakgebruik vaak gebruikt voor alle drie hierboven omschreven categorieën. Hieronder zal met name ingegaan worden op de situatie van de foreign local hire. Over de rechtspositie van de inpat valt namelijk weinig concreets te zeggen aangezien meestal het recht van het land van herkomst van de werknemer en derhalve diens arbeidsovereenkomst van invloed is op het beëindigen van het dienstverband. Teneinde het doel van dit boekje niet voorbij te schieten volstaan wij hier met de opmerking dat wanneer het buitenlandse recht van toepassing is dit niet onverkort met zich brengt dat het Nederlandse recht geen enkele invloed heeft, zeker als een geschil aan de Nederlandse rechter wordt voorgelegd.

De foreign local hires konden voor 2010 enkel aanspraak maken op het BBA wanneer zij terugvielen op het Nederlands sociale zekerheidsstelsel. Door een tweetal rechterlijke uitspraken in 2010 is dit tijdsgekeerd. Daarbij oordeelde het Gerechtshof⁶ te Amsterdam dat er tegenwoordig sprake is van een Europese of globale arbeidsmarkt. De functie van het BBA is thans dan ook een andere dan voorheen. Het BBA beoogt alle werknemers enige ontslagbescherming te bieden. Uitsluiting van buitenlandse werknemers zou daarbij zelfs schending van het vrij verkeer van personen en diensten kunnen opleveren.



Concreet komt dit erop neer dat voor alle werknemers met een Nederlandse arbeidsovereenkomst de `Koninklijke` weg van de opzegvergunning gevolgd dient te worden. Het blijft uiteraard wel mogelijk de arbeidsovereenkomst door middel van een beëindigingsovereenkomst of ontbindingsprocedure te doen eindigen.

De werkgever heeft dus ook voor opzegging van de arbeidsovereenkomst met een buitenlandse werknemer een opzegvergunning van het UWV Werkbedrijf nodig. De ontslagbescherming die de buitenlandse werknemer hieraan ontleent is echter bepaald niet absoluut. In het geval van bedrijfseconomische omstandigheden zal het UWVWerkbedrijf het zogeheten afspiegelingsbeginsel⁷ gebruiken. Bij toepassing van dit beginsel hanteert het UWV Werkbedrijf echter als uitgangspunt dat de werkzaamheden van (onder andere) ingeleende werknemers van een andere bedrijfsvestiging als eerste dienen te worden beëindigd. Uiteraard voor zover zij werkzaam zijn in een categorie uitwisselbare functies waar de ontslagen vallen. Dit betekent voor inpats, zonder Nederlandse arbeidsovereenkomst, dat deze in de regel in zo'n situatie hun overeenkomst als eerste beëindigd zullen zien. Voor de local hires heeft in de regel te gelden dat deze binnen een onderneming degene zijn met het kortstdurende dienstverband en dat deze, simpelweg middels het LIFO⁸-principe, het eerst hun spullen kunnen pakken.

Werkgevers kunnen vaak op simpele manieren aan de specifieke omstandigheden van buitenlandse werknemers recht doen bij het opstellen van een sociaal plan of het opstellen van een beëindigingsovereenkomst. Een voorbeeld hiervan is het uitstellen van de beëindigingsdatum, eventueel onder verrekening van de beëindigingsvergoeding, zodat de buitenlandse werknemer meer tijd heeft zijn verblijfsrechtelijke status te regelen. Het inschakelen van een internationaal (in plaats van nationaal) georiënteerd outplacementbureau of het toekennen van een vergoeding voor repatriëringkosten en verhuiskosten zijn daarvan eveneens voorbeelden.



LABOUR LAW FOR EXPATS

Here we will shortly discuss the position of foreign employees.

Let us first distinct the following three groups:

- “expats”: employees with a Dutch labour contract who are temporarily stationed abroad by their employer;
- “inpats”: employees with a foreign labour contract who are temporarily stationed in the Netherlands by their employer;
- “foreign local hires”: foreign employees who work in the Netherlands with a Dutch labour contract.

The term “expat” is often used in Dutch everyday speech for all the abovementioned groups. We will mainly focus on the foreign local hires. Generally, no hard rules can be given for the inpats, simply because most of the times, foreign law is applicable to their labour contract. Regarding the scope of this booklet we will only mention that Dutch law will not have no effect at all within the Dutch courtroom, even when foreign law is applicable.

Before 2010 the foreign local hires could only rely on the BBA⁹-rulings if they would also fall back on the Dutch social security system after the end of the contract. Two judgments in 2010 caused a turnaround. The Appeal Court in Amsterdam stated that since we nowadays live in a European or rather even global labour market, the purpose of the BBA has changed with time. The BBA tries to protect every employee from unfair treatment by their employer. Excluding foreign employees could therefore (even) be in breach of the free European market principle of people and services.

Practically speaking, this means that employers need a permit from the UWV Werkbedrijf to end the labour contract for both Dutch and foreign employees.



However, the extent of the protection is said to be marginal. When the employer -well documented- states economic circumstances as a ground of the request for a permit, the UWV Werkbedrijf will use the so-called “afspiegelings”-principle¹⁰. Applying this principle, it is UWV Werkbedrijf’s policy to allow the employer to end all activities that are being performed by employees from other (affiliated) companies first. Of course as far as they are active in a group of exchangeable jobs. This means that inpats, who have no Dutch labour contract, will be laid off first. Moreover, the foreign local hires often have the shortest employmentcontracts. Applying the so-called LIFO-principle¹¹, will often lead to the situation that the permit will be given for those contracts.

Employers can compensate foreign employees quite easily by composing a social plan or a settlement contract. For example postponing the enddate of the labourcontract, possibly under deduction of a equal part of severance payment. This will leave the foreign employee more time to arrange his residence status. The hiring of an international (rather than national) oriented outplacement agency or the awarding of compensation for relocation and repatriation costs are also examples.

Nevertheless, besides these proceedings, it is always possible to end a labour contract by a settlement contract or the so-called “ontbindings”procedure. Which of these ways is the “best” in the given situation, can best be judged by an attorney at law.



ADVOCATENKANTOOR GIJSEN

Advocatenkantoor Gijsen werd door Ruud Gijsen (advocaat) in oktober 2004 gesticht. Hoewel nog relatief jong en ambitieus, heeft het kantoor zowel qua opbouw van een vaste clientèle en relaties, maar ook qua personele bezetting al een behoorlijke ontwikkeling doorgemaakt. De doelstelling van Advocatenkantoor Gijsen is het voeren van een moderne no nonsense advocatenpraktijk op het hoogst mogelijke niveau, die staat voor haar cliënten.

Het kantoor is gevestigd aan de Sint Maartenslaan 33 (in Wijck) te Maastricht en richt zich landelijk op de zakelijke markt. Naast arbeidsrecht zijn het algemeen verbintenissenrecht, ondernemingsrecht, incasso(recht) en (fiscaal) strafrecht de rechtsgebieden, waarop het kantoor dagelijks adviseert en procedeert. Het kantoor en haar medewerkers zijn "recht voor zijn raap". Voor meer informatie, tarieven en de algemene voorwaarden verwijs ik u naar onze website www.advocatenkantoorgijsen.nl.

Aan ons kantoor zijn de volgende medewerkers verbonden:

Van oorsprong Limburger, studeerde mr Ruud Gijsen (advocaat) in 1997 af aan de Universiteit van Amsterdam, na het laatste half jaar te hebben gestudeerd aan Columbia University te New York. Afstudeerrichtingen waren zowel privaatrecht als strafrecht. Aansluitend werkte Ruud als advocaat bij een middelgroot advocatenkantoor op de Veluwe, waar hij ruim zeven jaar werkzaam was in de commerciële advocatenpraktijk.

In 2011 is mr Joris Nieste (advocaat) het kantoor komen versterken. Joris, geboren en getogen Maastrichtenaar, studeerde in 2008 zowel civielrechtelijk als strafrechtelijk af aan de Universiteit Maastricht. De jaren daarna heeft hij bij een middelgroot kantoor in Heerlen een algemene rechtspraktijk gevoerd en zijn netwerk opgebouwd. Deskundigheid, professionaliteit en een persoonlijke klantbenadering zijn de punten waarmee hij het vertrouwen van zijn cliënten waarmaakt.



ADVOCATENKANTOOR GIJSEN

Na meer dan 10 jaar praktijkvoering, waarvan het merendeel op eigen titel, is sinds 2009 in ons pand tevens gevestigd mr Patrick Maas, specialist personen- en familierecht. Met een grote mate van mensenkennis en invoelingsvermogen, doch met een gezonde afstand en zakelijke benadering, behandelt hij alle voorkomende zaken op dit terrein voor particulieren en ondernemers.

Sinds november 2006 werkt Jacqueline Kemp als vaste ondersteunende kracht. Jacqueline studeerde vier jaar rechten aan de Universiteit van Maastricht en is nauw betrokken bij de behandeling van de zaken, kent de cliënten, relaties en tegenpartijen en verricht ondersteunende taken in dossiers. Bovendien is zij verantwoordelijk voor de kantoororganisatie.

Daarnaast is, vanaf mei 2010, Nicole Servais als secretaresse bij Advocatenkantoor Gijsen werkzaam. Alle voorkomende back- en frontoffice taken worden met enthousiasme en toewijding door haar vervuld.



- i Hof Den Haag, 14 oktober 2008, LJN BF7002.
- ii Hoge Raad, 27 november 2009, LJN BJ6596.
- iii <http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Sector-kantonrecht/Documents/kantonrechterformule.pdf>
- iv Rechtbank Maastricht, 21 april 2011, LJN BQ6500 op www.rechtspraak.nl
- v Staatscourant 2008, 199 d.d. 14 oktober 2008
- vi Gerechtshof Amsterdam, 27 april 2010, Nuon/Olbrych, LJN: BM9544.
- vii Het afspiegelingsbeginsel wordt toegepast per categorie uitwisselbare functies van de bedrijfsvestiging op basis van de leeftijdsopbouw binnen de betreffende categorie uitwisselbare functies. Het personeel van de categorie uitwisselbare functies wordt ingedeeld in vijf leeftijdsgroepen. De verdeling van de ontslagen over de leeftijdsgroepen dient op een zodanige wijze plaats te vinden dat de leeftijdsopbouw binnen de categorie uitwisselbare functies vóór en ná de inkrimping verhoudingsgewijs zoveel mogelijk gelijk blijft. Vervolgens wordt binnen elke leeftijdsgroep de werknemer met het kortste dienstverband als eerste voor ontslag voorgedragen.
- viii Last In First Out-principle.
- ix Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, regeling die oorspronkelijk bedoeld was de naoorlogse Nederlandse arbeidsmarkt te beschermen, doch thans werknemers in zijn algemeenheid poogt te beschermen tegen onrechtvaardig ontslag.
- x The “afspiegelings”-principle is applied for each category of interchangeable functions of the business establishment on the basis of the age structure within the category of interchangeable functions. The staff of the category of interchangeable positions is divided into five age groups. The distribution of redundancies across the age groups should take place in such a way that the age structure within the category of interchangeable positions before and after the decline proportionately as much as possible the same. Then, within each age group the employee with the shortest employment faces dismissal first.
- xi Last In First Out-principle.



NOTITIES:



ADVOCATENKANTOOR GIJSEN



ADVOCATENKANTOOR GIJSEN B.V.
SINT MAARTENSLAAN 33
6221 AW MAASTRICHT
T. 043-356 00 00
F. 043-356 00 05

INFO@ADVOCATENKANTOORGIJSEN.NL
WWW.ADVOCATENKANTOORGIJSEN.NL