

Actualiteiten ontslagrecht

prof. mr. B. Barentsen

10 december 2018



Universiteit
Leiden

Bestaat er een *ontslagrecht*?

- Werknemer is 2 jaar ziek, niet herplaatsbaar
 - Werkgever heeft voldoende inspanningen verricht
- Werkgever *mag* opzeggen
- Maar *moet* dat ook?
- Slapend dienstverband?
- JAR 2016/30: dat mag
- Hof Den Haag 14 oktober 2016
ECLI:NL:GHDHA:2016:3036
 - Hof: niet ontslaan geen wanprestatie (7:686 BW)
 - Herstel is mogelijk en dan weer re-integratieplicht
 - ‘onfatsoenlijk’ is niet onrechtmatig

7:673e BW (Stb. 2018, 234)

- Compensatie van transitievergoeding door Uvw
- Arbeidsongeschikte werknemer
 - Die na twee jaar ziekte op b-grond wordt opgezegd
 - Wiens contract tijdens ziekte eindigt
 - Die tijdens ziekte BEO sluit
- Maximum: dat wat bij opzegging na twee jaar verschuldigd zou zijn (lid 2)
 - Plus aftrekbare kosten
- Met ingang van 1 juli 2015 (!!!!!)
- TK 3 juli, EK 11 juli, Stb. 20 juli...

Uitbreiding 7:673e in de WAB

- Kleine werkgever
 - omvang nader te bepalen bij AMvB
- Staken onderneming wegens arbeidsongeschiktheid of pensioen werkgever
- MvT: geen normaal bedrijfsrisico
- Forse belasting werkgever
- Daarom: compensatie via Uww

Ook dat nog: 7:673b

- Nu: CAO ipv transitievergoeding bij ‘gelijkwaardigheid’
- Wordt (1/1/20):
 - CAO *bepaalt* dat er geen recht op TV is
 - Bij ontslag op bedrijfseconomische gronden
 - CAO bevat voorziening ter beperking werkloosheid
 - CAO bevat redelijke vergoeding
 - CAO bevat combinatie daarvan

WAB

- Terug naar oude ketenregeling
 - Van 3x2x6 naar 3x3x6 (of 3 bij cao)
- Proeftijd van 5 maanden mogelijk
- Invoering combinatie-grond ontslag
- Aanpassing transitievergoeding
 - 1/3e maandsalaris per dienstjaar
 - vanaf dag 1 (geen 2-jaarsgrens)
 - geen hogere vergoeding bij langere dienstverbanden
 - naar rato bij gedeelte van een jaar

Cocktailontslag

- Nu: redelijke grond moet volledig worden aangetoond
- Was: kantonrechter kon ook wegens combinatie ontslaggronden ontbinden
 - MvT: disfunctioneren + conflict + verwijtbaarheid
- Wordt: ontbinden op combi-grond (i-grond)
- a- en b-grond doen niet mee
- Voortzetting ‘in redelijkheid niet te vergen’
- Extra vergoeding (+50% MAXIMAAL)

Cin Cin!

i. een combinatie van omstandigheden genoemd in twee of meer van de gronden, bedoeld in de onderdelen c tot en met h, die zodanig is dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

Vragen

- Hoe ruim?
 - eng: ‘in redelijkheid niet te vergen’ komt ook voor in art. 7:677 (dringende reden)
 - eng: a- en b-grond mogen niet meewegen
 - ruim: extra vergoeding
 - ruim: verwijzing naar situatie pre-Wwz
- Discretionaire bevoegdheid rechter of toch gebondenheid aan gronden?
 - Wanneer is er sprake van een halve grond (en een aanvullende halve grond)?
- Ambtshalve toepassing?

Nog meer vragen

- Bestond cocktailontslag vroeger eigenlijk wel?
 - Verstoorde verhouding fungeerde ook toen als restgrond
 - Matig dossier met onvoldragen grond(en) viel aan te vullen met ontbindingsvergoeding
- Afbakening met billijke vergoeding?
- Afbakening met h-grond?
- Arbeidsconflict veroorzaken door disfunctioneringsontslag onvoldoende te onderbouwen (Asscher-escape)

Wat deed de Hoge Raad intussen?

- Decor: ECLI:NL:HR:2018:182
- Disfunctioneren productie leider/facility manager
- Bewijsrecht is van toepassing (zie Mediant)
 - “De [...] toepasselijkheid van de wettelijke bewijsregels moet worden onderscheiden van de vraag of is voldaan aan de maatstaf van art. 7:669 lid 3, onder d, BW dat sprake is van ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid.”
 - Bewijzen = aannemelijk maken
 - Feitelikheden bewijzen, kwalificatie niet
 - Argumenteerlast i.p.v. bewijslast

G-grond

- ECLI:NL:HR:2018:220
- Geen ontbinding op e-grond, wel g-grond
- Bewijsrecht is van toepassing (maarr...)
- Verwijtbaarheid werknemer is *niet vereist*
- Verwijtbaarheid werkgever is *geen beletsel*
- Verwijtbaarheid weegt wél mee
- Geen billijke vergoeding
 - Ontbinding moet gevolg zijn van **ernstig** verwijtbaar handelen
 - Niet terugdraaien schorsing bij ‘bestaand’ conflict

VRIJDAG DE 13e...

- HR 13/7/18, JAR 2018/203
- Kantonrechter acht oosv ongeldig
- Vernietiging ontslag + bevel tot wedertewerkstelling
- Hof: terecht oosv
- Maar: Hof mag vernietiging niet terugdraaien
- Einddatum arbeidsovereenkomst ná uitspraak in hoger beroep (20 maanden later...)
- Dit geval: diefstal boekwerkjes, maar ook al ‘Kleine Dico’ JAR 2016/92

Recht op loon?

- 7:628 BW loonrisicoregeling (ongewijzigd!)
 - ‘uitvoerige cassatierechtspraak blijft onverkort van kracht’
- Niet werken na vernietigd ontslag is voor risico werkgever
- Schorsing (ook terechte) is voor risico werkgever (Van der Gulik/Vissers)
- HR: schorsen is wat anders dan oosv
- HR: geen (zichtbaar) bewuste keuze werkgever
- HR: verschil met omgekeerde niet uit te leggen
- HR: fout rechter mag niet ten voordeel

Opzegverbod tijdens ziekte

- Geldt 104 weken (en tijdens loonsanctie)
- Vergewisplicht (7:671b lid 6) (gronden b t/m h)
- Niet-naleving re-integratieplicht (671b lid 5)
 - Aanmaning **EN** looninhouding + Deskundigenoordeel
 - Dan e-grond mogelijk
 - Hof 's-Hertogenbosch 1 sept. 2016, ECLI:NLGHSHE:2016:3994
- 7:670a lid 2: opzegverbod n.v.t. bij beëindiging werkzaamheden onderneming
- Ktr. Leeuwarden 28 april 2016 (JAR 2016/237):
 - sluiting vestiging is sluiting onderneming
 - zelfstandige eenheid, eigen bedrijfsvoering
 - ± WOR-begrip ?

Uitzondering opzegverbod

- Opzegverbod geldt niet als ziekte pas aanvangt na aanvang procedure (670 lid 1 sub b, 671b lid 7)
- Hof Arnhem 25 september 2012 (JAR 2012/272): opzegverbod geldt bij ziekte en start procedure op dezelfde dag (anders: JAR 2007/134 en 2011/95 – precieze tijdstip beslissend)
- Hof Den Bosch 22 juni 2017 (JAR 2017/251) opzegverbod van kracht bij ziekte ná Uvw-procedure maar voor rechterlijke (idem: JAR 2017/128 en 242)

Of toch wel?

- Ktr. Roermond 30 januari 2018, JAR 2018/41
- Ziekmelding ná afwijzing ontslagvergunning
- Ktr.: ontbindingsprocedure is verlengstuk Uvw-procedure (en werkgever moet binnen 2 maanden starten)
- Alsnog van toepassing zijn opzegverbod spoort daar niet mee
- Toets door rechter aan a-grond illusoir en misbruik mogelijk
- Conclusie echter: geen ontbinding
- Anders: Ktr. Roermond (!) JAR 2018/190

Functiewijziging of ontslag?

- Hof Den Haag 6 september 2016, JAR 2016/265
- Lerares (1,0 fte) raakt arbeidsongeschikt
- Herplaatsing als ‘onderwijsassistent’ (0,8 fte)
- Akte van ontslag als lerares, akte van benoeming als assistent
- Ontslag en transitievergoeding?
- Hof: nee, wijzigingsovereenkomst doorlopend dienstverband
- Aktes zijn slechts formaliteiten
- Idem: Hof A’dam

Functionwijziging of ontslag (2)

- Ktr. Amsterdam 14 april 2017, JAR 2017/138
- Leraar (1,0 fte) raakt arbeidsongeschikt
- Herplaatsing als ‘medewerker kwaliteitszorg’ (0,4 fte)
- Akte van ontslag als leraar, akte van benoeming als mkz
- Ontslag en transitievergoeding?
- Ktr.: ja, want geen instemming
- Gedeeltelijke beëindiging dus 0,6 transitievergoeding + onregelmatige opzegging (totaal: €70.000)

De Hoge Raad geeft cadeautjes

- HR 14 september 2018 (Kolom)
- Leraar LC ongeschikt voor full time werk
- Akte van ontslag gevolgd door akte van benoeming voor 55%
- Ktr: partiële TV (ruim 44%)
- Hof: dit is wijzigings-ovk,
geen ontslag

De Hoge Raad oordeelt

- Structurele en substantiële urenvermindering
 - Minstens 20%
- Door omstandigheden afgedwongen
 - Bijvoorbeeld reorganisatie, arbeidsongeschiktheid
- Irrelevant hoe urenvermindering plaatsvindt
 - Wijzigingsovereenkomst, eenzijdige wijziging, ontslag gevolgd door partiële herindienstneming
- Recht op pro rata transitievergoeding

Problemen

- Het staat niet in de wet
 - Terwijl er wel regeling is bij opvolgend werkgeverschap
 - ?????Factsheet SZW??
- Transitievergoeding = forfaitair
 - Hou 't simpel: geen fijne nuances
 - Wordt ook betaald indien onnodig
- Geen TV bij 100% ontslag nemen
 - Pro rata bij externe herplaatsing?
- Waarom 'deeltijdfactor' als ook hoogte loon wijzigt (lagere functie)
- Wat bij 10% minder uren en 30% minder loons?