

Nieuwsbrief

augustus 2011



Arbeidsrecht

In de nieuwsbrief Arbeidsrecht van de sectie arbeidsrecht van Holland Van Gijzen willen wij u op korte en bondige wijze informeren over recente rechtspraak, wetgeving en actuele ontwikkelingen op het gebied van het arbeidsrecht en het medezeggenschapsrecht.

Inhoudsopgave:

1. Een werknemer kan zijn opzegging van de arbeidsovereenkomst intrekken
2. Herstel van de dienstbetrekking wegens onvoldoende re-integratie-inspanningen
3. Zieke werknemer mag vakantiedagen niet onbeperkt opsparen
4. Peildatum kennelijk onredelijk ontslag

1. Een werknemer kan zijn opzegging van de arbeidsovereenkomst intrekken

Een werknemer heeft de mogelijkheid om een opzegging van zijn arbeidsovereenkomst zelf in te trekken indien hij de gevolgen van zijn opzegging niet (goed) heeft kunnen overzien, zo oordeelde de Voorzieningenrechter in Amsterdam onlangs.

Tijdens een vergadering op 22 februari 2011 had de werknemer te kennen gegeven zijn arbeidsovereenkomst per 1 mei 2011 op te zeggen, om vervolgens bij een concurrent van zijn werkgever in dienst te treden. De werknemer in kwestie was werkzaam in de functie "Area Director" en had uit hoofde van deze functie veel persoonlijk contact met een groot aantal belangrijke klanten van zijn werkgever. De werkgever verzocht de werknemer na zijn mondelinge opzegging de opzegging schriftelijk te bevestigen. Dit deed de werknemer een dag later. Op de schriftelijke opzegging van de werknemer gaf de werkgever te kennen dat de werknemer zou worden gehouden aan - onder meer - zijn non-concurrentiebeding, waarop de werknemer zijn opzegging per direct introk. De werkgever accepteerde de intrekking van de opzegging niet en zette de loonbetalingen van de werknemer stop per 1 april 2011.

De Voorzieningenrechter oordeelde dat de werknemer had gedwaald ten aanzien van zijn opzegging. Immers, de werknemer was in de veronderstelling dat hij niet aan zijn non-concurrentiebeding zou worden gehouden nu hij pas bij zijn schriftelijke opzegging hierop werd gewezen. Daarnaast was een deel van het hogere management reeds eerder bij concurrenten van de werkgever in dienst getreden, zonder dat de werkgever hiertegen bezwaar had gemaakt. De Voorzieningenrechter was dan ook van oordeel dat de werknemer zijn arbeidsovereenkomst niet had opgezegd als hij had geweten dat hij aan zijn non-concurrentiebeding zou worden gehouden. Daarom mocht de werknemer zijn opzegging intrekken.

Uit deze uitspraak vloeit voort dat het raadzaam is om werknemers die zelf hun arbeidsovereenkomst opzeggen, in een zo vroeg mogelijk stadium er op te wijzen dat zij aan beperkende bedingen in hun arbeidsovereenkomst zullen worden gehouden. Bij voorkeur zelfs op het moment dat werknemers enkel mondeling aankondigen hun arbeidsovereenkomst te willen opzeggen.

2. Herstel van de dienstbetrekking wegens onvoldoende re-integratie-inspanningen

Zelfs nadat een werknemer had aangegeven niet meer te willen terugkeren naar de werkgever, had de werkgever zich toch moeten inspannen voor re-integratie in de eigen functie. Daarnaast kan niet zomaar worden afgegaan op het oordeel van de arbeidsdeskundige van het UWV WERKbedrijf. Dit volgt uit een recente uitspraak van de kantonrechter Utrecht.

De werknemer meldde zich in december 2007 ziek vanwege psychische en somatische klachten. De werknemer gaf aan niet te willen terugkeren naar de werkgever. De werkgever schakelde hierop een re-integratiebureau in voor de begeleiding bij de re-integratie tweede spoor, derhalve externe re-integratie. De re-integratie tweede spoor bleek, na één jaar, niet succesvol. Na verkregen toestemming van het UWV WERKbedrijf wegens langdurige arbeidsongeschiktheid zegde de

werkgever de arbeidsovereenkomst op tegen 1 februari 2011. De werknemer liet het er niet bij zitten en vorderde primair herplaatsing in de eigen functie en subsidiair schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag.

De kantonrechter oordeelde als volgt. De werkgever trof geen verwijt over de uitvoering van de re-integratie tweede spoor. Echter de werkgever had zich alsnog moeten inspannen voor de re-integratie van de werknemer in de eigen functie, nu de bedrijfsarts van oordeel was dat de werknemer de eigen werkzaamheden had kunnen hervatten. Het enkel onderhouden van contact per e-mail en telefoon is hiertoe onvoldoende.

Bovendien was de kantonrechter van oordeel dat de werkgever niet zonder meer had mogen afgaan op het advies van de arbeidsdeskundige van het UWV WERKbedrijf. De arbeidsdeskundige had geadviseerd dat er geen herplaatsingsmogelijkheden waren. Omdat dit advies enkel op basis van één telefoontje met de werknemer was gebaseerd, was dit advies onzorgvuldig tot stand gekomen. Dit in aanmerking nemende met de overige omstandigheden van het geval - zoals de 60-jarige leeftijd van de werknemer, een dienstverband van 11 jaar en het feit dat de werknemer geen ontslagvergoeding had meegekregen - maakten het ontslag kennelijk onredelijk.

Aangezien de werkgever niet had gesteld dat herstel van de dienstbetrekking onmogelijk zou zijn, werd de werkgever tot herstel van de dienstbetrekking veroordeeld. Als onverhoopt terugkeer in eigen (of passend werk) niet mogelijk of wenselijk was, zou de werkgever aan de werknemer een afkoopsom dienen te betalen die ambtshalve door de kantonrechter werd vastgesteld op het subsidiair gevorderde bedrag aan schadevergoeding (ongeveer EUR 17.000 bruto).

Werkgevers doen er op grond van deze uitspraak verstandig aan niet zonder meer de re-integratie binnen het eigen bedrijf te beëindigen om een re-integratie traject tweede spoor te starten. Zelfs indien een werknemer heeft aangegeven niet te willen terugkeren. Voorts kan een werkgever niet zonder meer vertrouwen op het advies van de arbeidsdeskundige van het UWV WERKbedrijf. Een werkgever dient zelfstandig te onderzoeken of dit advies zorgvuldig tot stand is gekomen.

3. Zieke werknemer mag vakantiedagen niet onbeperkt opsparen

In de nieuwsbrief van juni bent u reeds geïnformeerd over de aanstaande wetwijziging over de opbouw en de opname van vakantiedagen. Kort gezegd (i) hebben zieke werknemers vanaf 1 januari 2012 recht op hetzelfde minimum aantal wettelijke vakantiedagen als niet zieke werknemers en (ii) moeten werknemers wettelijke vakantiedagen op straffe van verval opnemen binnen zes maanden na het jaar waarin deze zijn opgebouwd, tenzij zij hiertoe redelijkerwijs niet in staat zijn geweest. Zieke werknemers die niet in staat zijn geweest vakantiedagen op te nemen, mogen vakantiedagen opsparen, maar dat recht is waarschijnlijk niet onbeperkt. Het Europese Hof van Justitie moet hierover nog uitspraak doen.

Wettelijke vakantiedagen

Een werknemer heeft recht op minimaal vier maal de overeengekomen arbeidsduur per week als vakantie, de zogenaamde 'wettelijke' vakantiedagen. Bij een fulltime dienstverband van vijf dagen per week heeft een werknemer dus recht op 20 (= 4 x 5 dagen) wettelijke vakantiedagen per jaar.

In een individuele arbeidsovereenkomst of een CAO kunnen meer vakantiedagen worden toegekend dan wettelijk verplicht is, de zogenaamde 'bovenwettelijke' vakantiedagen. De wetswijziging beperkt zich tot de wettelijke vakantiedagen.

Vervaltermijn

Volgens Europese rechtspraak mogen lidstaten van de EU voorwaarden en grenzen stellen aan de opname van vakantiedagen. De wetswijziging ziet op invoering van een vervaltermijn van zes maanden voor wettelijke vakantiedagen. De termijn vangt in beginsel aan op de eerste dag na het jaar waarin de vakantiedagen zijn opgebouwd en eindigt zes maanden daarna. De wetgever beoogt hiermee, in het belang van de veiligheid en gezondheid van werknemers, een evenwichtige balans tussen de opbouw van wettelijke vakantiedagen en de tijdige en regelmatige opname van de wettelijke vakantiedagen te creëren. Dit is in lijn met vaste rechtspraak van het Europese Hof van Justitie. De vervaltermijn is mede ingegeven ter voorkoming van het ontstaan van zogenoemde 'verlofstuwmeren'.

Voorwaarde

De vervaltermijn geldt alleen indien de werknemer redelijkerwijs in staat is geweest om minimum vakantiedagen op te nemen. Dit is niet het geval als sprake is van medische redenen of bijzondere omstandigheden. Indien een werknemer tijdens ziekte re-integratieverplichtingen heeft, zal hij wel vakantiedagen moeten opnemen. Hij moet vrij nemen van zijn verplichtingen, net zoals een werknemer die vrij moet nemen van zijn werkzaamheden.

Zieke werknemer zonder re-integratieverplichtingen

Een werknemer die door ziekte geen vakantiedagen heeft kunnen opnemen mag deze vakantiedagen opsparen. Dit recht is echter niet onbeperkt. EU-lidstaten kunnen een limiet hanteren. Het moet nog nader worden bepaald waar dat limiet zou moeten liggen. Dat heeft advocaat-generaal Verica Trstenjak bij het Europese Hof van Justitie geconcludeerd in een Duitse zaak. In Duitsland wordt een termijn gehanteerd van achttien maanden waarin de vakantiedagen opgespaard mogen worden. Deze termijn acht Trstenjak redelijk. Een periode van zes maanden vindt zij echter te kort. Het is nog onduidelijk op welk moment deze termijn zal ingaan. Wanneer het Europees Hof van Justitie uitspraak doet, is nog niet bekend.

De woordvoerder van minister Henk Kamp (Sociale Zaken) heeft in dit kader al gewezen op de loondoorbetalingsplicht van twee jaar voor werkgevers, die volgens hem een 'natuurlijke grens' voor de opbouw van vakantiedagen zou omhelzen.

Zodra het Europees Hof van Justitie uitspraak heeft gedaan, zullen wij u nader informeren.

4. Peildatum kennelijk onredelijk ontslag

Of sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag en hoe hoog de schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag is, moet worden getoetst naar de omstandigheden zoals deze zich op het tijdstip van ingang van het ontslag voordeden. Dit oordeelde de Hoge Raad op 1 april 2011.

Een werknemer vervulde een functie, waarvoor hij een bedrijfsauto diende te besturen. Door een hartinfarct was dit niet langer mogelijk. Daarom heeft de werkgever vervolgens aan het CWI (de voorganger van het UWV WERKbedrijf) toestemming verzocht de arbeidsovereenkomst met de werknemer op te zeggen. Die toestemming heeft het CWI verleend. Daarop heeft de werknemer primair herstel van de dienstbetrekking gevorderd en subsidiair schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag. De kantonrechter wees die vorderingen af. In hoger beroep oordeelde het hof Den Bosch (voorzover hier relevant) dat het ontslag kennelijk onredelijk was. De gevolgen van de opzegging waren voor de werknemer te ernstig ten opzichte van het belang van de werkgever bij de beëindiging van de dienstbetrekking. Volgens het hof was daartoe van belang dat de werknemer na de ontslagdatum (i) als arbeidsgehandicapte werd aangemerkt, (ii) hij maar kort elders in dienst was geweest en (iii) het verbod op het bedrijfsmatig besturen van auto's was gewijzigd. Hiertegen stelde de werkgever cassatie in. En met succes.

De vraag of een ontslag kennelijk onredelijk is omdat de gevolgen van het ontslag voor de werknemer (mede gelet op de voor hem getroffen voorzieningen en bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden) te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij beëindiging van de dienstbetrekking, moet naar vaste rechtspraak beoordeeld worden naar de omstandigheden zoals deze zich niet later dan het tijdstip van ingang van het ontslag voordeden. Daarna intredende omstandigheden mogen slechts in aanmerking worden genomen als deze een aanwijzing opleveren voor wat op het moment van ingang van het ontslag kon worden verwacht.

Als de vraag of de gevolgen van het ontslag voor de werknemer te ernstig zijn in verhouding tot het belang van de werkgever bevestigend wordt beantwoord, moeten (ook bij de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding die dan moet worden voldaan) de na het einde van de dienstbetrekking intredende omstandigheden buiten beschouwing worden gelaten, tenzij daaruit aanwijzingen zijn te putten voor wat uiterlijk op het tijdstip van ingang van het ontslag kon worden verwacht met betrekking tot de gevolgen van het ontslag voor de werknemer, aldus de Hoge Raad. Het hof had dus niet tot zijn oordeel, dat het ontslag kennelijk onredelijk was, mogen komen op basis van ná de ontslagdatum gelegen omstandigheden óf duidelijker moeten motiveren dat de hiervoor genoemde omstandigheden een aanwijzing opleverden voor wat uiterlijk op het tijdstip van ingang van het ontslag kon worden verwacht met betrekking tot de gevolgen van het ontslag voor de werknemer.

Een paradox lijkt het gevolg. Een werknemer die een procedure start zal op basis van de schade die op de ontslagdatum voorzienbaar was zijn toekomstige schade moeten schatten. Echter die toekomstige schade zal al bekend kunnen zijn ten tijde van de procedure zelf. De in de toekomst te lijden schade kan immers ten tijde van de procedure al geleden zijn. Dit kan resulteren in juridisch gekunstel. Afhankelijk van het te verdedigen standpunt lijkt men er in elk geval goed aan te doen aan te geven dat met omstandigheden na de ontslagdatum geen rekening dient te worden gehouden of die omstandigheden aanwijzingen opleveren voor wat uiterlijk op het tijdstip van ingang van het ontslag kon worden verwacht met betrekking tot de gevolgen van het ontslag voor de werknemer.

Contactpersonen:

Amsterdam, Utrecht, Eindhoven

Roeland Hartman

T: 088 407 04 08

E: roeland.hartman@hollandlaw.nl

Den Haag

Nicky ten Bokum

T: 088 407 03 08

E: nicky.ten.bokum@hollandlaw.nl

Rotterdam

Wendy de Jong

T: 088 407 02 35

E: wendy.de.jong@hollandlaw.nl

Holland Van Gijzen

Advocatuur | Notariaat

Over Holland Van Gijzen

Holland Van Gijzen is een toonaangevend advocaten- en notarissenkantoor met hoogwaardige juridische dienstverlening. De 150 advocaten en (kandidaat-) notarissen zijn actief op alle rechtsgebieden die voor ondernemingen relevant zijn. Met vestigingen in Amsterdam, Den Haag, Eindhoven, Rotterdam, Utrecht, Brussel en legal desks in Londen en New York zijn wij in staat u passende oplossingen te bieden voor al uw juridische vraagstukken. In Nederland heeft Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP een strategische alliantie met Ernst & Young Belastingadviseurs LLP.

Kijk voor meer informatie op:
www.hollandlaw.nl

Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP is een limited liability partnership opgericht naar het recht van Engeland en Wales met registratienummer OC335658 en is in Nederland geregistreerd bij de Kamer van Koophandel Rotterdam onder nummer 24433164.

© Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP 2011

Disclaimer

Deze publicatie is met grote zorgvuldigheid samengesteld. Voor mogelijke onjuistheid en/of onvolledigheid van de hierin verstrekte informatie aanvaardt Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP geen aansprakelijkheid, evenmin kunnen aan de inhoud van deze publicatierechten worden ontleend.