

Onregelmatig opzeggen, het overwegen waard?

ArbeidsRecht 2017/16

Op 31 oktober 2016 oordeelde de Kantonrechter Zwolle dat het opzettelijk onregelmatig opzeggen van een arbeidsovereenkomst in de toen beoordeelde zaak niet leidde tot misbruik van recht of slecht werkgeverschap.² Deze uitspraak bevestigt het vermoeden dat het sinds de invoering van de Wwz voor de werkgever financieel gunstig kan uitpakken om onregelmatig op te zeggen, en niet alleen in deze situatie.

Met opzet en wellicht zelfs louter voor eigen financieel gewin de wettelijke of contractuele opzegtermijn schenden, is natuurlijk niet erg netjes. De wettelijke sanctie hierop van art. 7:672 lid 10 BW (gefixeerde schadevergoeding) is echter mild. Bovendien zijn de nadelen en risico's die vóór invoering van de Wwz aan de onregelmatige opzegging kleefden, inmiddels uit de wet verdwenen. Tot slot is er sinds de zomer van 2015 nog een aantal voordelen bijgekomen. Deze combinatie van factoren kan deze snelle opzegvariant voor werkgevers aantrekkelijk maken.

1. De achtergronden van de onregelmatige opzegging

Een onregelmatige opzegging is de opzegging waarbij de opzegtermijn niet in acht wordt genomen, of de opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder tussentijds opzegbeding. Aangezien deze laatste opzegging een hele andere dynamiek kent, waarbij weer andere overwegingen spelen, beperken wij ons in dit artikel tot de eerste variant.

Kenmerkend aan de onregelmatige opzegging is de schadelichtheid die het veroorzaakt bij de opzeggende partij. Net zo zeer kenmerkend is dat de onregelmatigheid van de opzegging niets afdoet aan de geldigheid ervan. Een onregelmatige opzegging kan – zolang deze voldoet aan de voorwaarden die de wet eraan stelt – niet ongedaan gemaakt worden door bijvoorbeeld een vernietiging van de opzegging door de wederpartij of door de rechter.

Er schuilt aanzienlijk financieel voordeel in een onregelmatige opzegging. Dit voordeel is met name gelegen in de loonkosten die worden bespaard als een werknemer eerder uit dienst treedt. Het gaat hier bijvoorbeeld om premies voor de werknemersverzekeringen, voor pensioen en de bijdrage ZVW. Aangezien dit geen loon is, kunnen deze bedragen niet

als gefixeerde schadevergoeding door de werknemer worden gevorderd. Gemiddeld bedragen de loonkosten ruim 30% van de loonsom van de werknemer, waardoor het financieel voordeel groot kan zijn.³ Ook de vakantiedagen die een werknemer mist doordat de arbeidsovereenkomst eerder eindigt, kwalificeren niet als loon, waardoor de werkgever deze 'gemiste' dagen niet in de (berekening van de) gefixeerde schadevergoeding hoeft te betrekken.⁴ Uitgaande van 24 vakantiedagen per jaar zou een werkgever twee vakantiedagen per maand (bij een fulltime dienstverband) kunnen 'besparen' door de arbeidsovereenkomst onregelmatig op te zeggen. Dit zal de werkgever een aanvullende 'besparing' opleveren van circa 10% van het maandsalaris. Zo bedraagt de besparing ten opzichte van een reguliere opzegging dus opgeteld al circa 40%. Daarnaast kunnen voordelen voor de werkgever zijn gelegen in een eerder ingeleverde leaseauto, laptop en mobiele telefoon. In deze 'besparingen' is door de Wwz niets veranderd.

Om de achtergronden van onregelmatige opzegging van een arbeidsovereenkomst te kunnen achterhalen, is het goed om eerst een blik terug te werpen op het pré Wwz-tijdperk. Hoe zat het ook alweer? Er bestonden voor werkgevers drie bezwaren voor onregelmatige opzegging.

2. Onregelmatige opzegging vóór invoering van de Wwz

Ten eerste had de werknemer vóór invoering van de Wwz de keuze tussen een gefixeerde schadevergoeding en een volledige schadevergoeding (art. 7:677 lid 4 jo. 7:680 BW (oud)). Met de volledige schadevergoeding kon een werknemer de volledige schade vorderen die hij of zij had geleden door de onregelmatige opzegging, zoals pensioenschade en het mislopen van jubileumgratificaties. De stelplicht en de bewijslast maakten deze vorm van schadevergoeding echter minder aantrekkelijk. De werknemer liep het risico dat de vordering werd afgewezen, bijvoorbeeld omdat een causaal verband met de onregelmatige opzegging niet duidelijk aanwezig was. Voor de werkgever vormde de mogelijkheid van de werknemer om te kiezen voor een volledige schadevergoeding een onzekere factor en daardoor een bezwaar om te kiezen voor onregelmatige opzegging.

De veelgebruikte gefixeerde schadevergoeding ex art. 7:680 BW (oud) was een vergoeding die onafhankelijk was van de daadwerkelijk geleden schade. De gefixeerde schadevergoeding was gelijk aan het bedrag aan loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging zou hebben voortgeduurd. Als basis voor deze gefixeerde schadevergoeding werd het brutoloon als uitgangspunt geno-

1 Mr. M.H. Stekelenburg en mr. J.J.J. Janse de Jonge zijn advocaat bij DingemansVanderKind te Amsterdam.

2 Rb. Overijssel 31 oktober 2016, JAR 2016/294. De onregelmatige opzegging leidde niet tot misbruik van recht of slecht werkgeverschap, omdat de werkgever niet onregelmatig had opgezegd met het enkele doel goedkoper uit te zijn door de werknemer het recht op transitievergoeding te onthouden. Zo was een andere reden voor de onregelmatige opzegging de gelijke behandeling van de medewerkers die in de eerste en tweede tranche van de reorganisatie ontslagen werden.

3 Zie hiervoor de cijfers van het CBS: <http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?DM=SLNL&PA=82845NED>. Hierin wordt aangegeven dat 76,6% van de arbeidskosten bestaan uit loonbetalingen en 23,4% aan loonkosten. $23,4/76,6 = 30,6\%$.

4 Zie onder meer Ktr. Gouda 10 juni 2004, JAR 2004/174.

men, inclusief vakantiebijslag en andere vaste toeslagen.⁵ Over de vraag of winstuitkeringen en bonussen ook onder het loonbegrip van de gefixeerde schadevergoeding vielen, bestond verdeeldheid.⁶ Aangezien art. 7:680 BW duidelijk sprak van 'in geld vastgesteld loon' was duidelijk dat loonkosten en het werkgeversdeel van de pensioenpremie in ieder geval niet onder dit loonbegrip vielen.

Ten tweede kon vóór de Wwz onregelmatig ontslag een rol spelen in de beoordeling over de vraag of sprake was van kennelijk onredelijk ontslag en in dat verband tot een aanvullende schadevergoeding leiden.⁷

Een derde en belangrijk bezwaar was dat werkgevers geen rechten konden ontlenen aan een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst als zij de overeenkomst onregelmatig hadden opgezegd (art. 7:653 lid 3 BW (oud)).

3. Onregelmatig opzeggen onder de Wwz: alle bezwaren weggenomen?

De invoering van de Wwz in 2015 had een aantal ingrijpende gevolgen voor het wettelijk systeem rondom de onregelmatige opzegging.

De eerste wijziging betreft het vervallen van de mogelijkheid om een volledige schadevergoeding te vorderen.⁸ Het huidige art. 7:672 lid 10 BW biedt enkel nog de mogelijkheid voor de gefixeerde schadevergoeding na onregelmatige opzegging.⁹ Zowel voor werkgevers als werknemers betekent deze wijziging dat zij vooraf precies weten met welke bedragen zij geconfronteerd kunnen worden als zij de arbeidsovereenkomst onregelmatig opzeggen. Dat hierin een financieel voordeel schuilt voor de werkgever is evident, zoals hiervoor reeds berekend.

Daarnaast is met de Wwz het leerstuk van de kennelijk onredelijke opzegging uit het BW geschrapt. Daarmee is ook het risico voor de werkgever om een (hogere) schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag te moeten betalen na een onregelmatige opzegging van de baan.

Tot slot is ook art. 7:653 lid 3 BW (oud) bij de invoering van de Wwz uit het BW verwijderd. De wetgever heeft de term 'schadeplichtigheid' in art. 7:653 BW vervangen door 'ernstige verwijtbaarheid'.¹⁰ Hierdoor leidt een onregelmatige opzegging niet meer tot verval van een concurrentiebeding en speelt dit voor werkgevers geen rol meer in de afweging om de arbeidsovereenkomst al dan niet onregelmatig op te zeggen.

⁵ HR 25 januari 1991, NJ 1991/597.

⁶ Zie hiervoor onder meer: Van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 418 en W.L. Roozendaal & D.J.B. de Wolff, *Arbeidsovereenkomst* (A.M. Luttmer-Kat), art. 7:680 BW, Deventer: Kluwer 1998 (losbl.), p. 11 en 12.

⁷ Zie onder meer HR 21 juni 2013, JAR 2013/180.

⁸ De mogelijkheid om een volledige schadevergoeding te vorderen is na invoering van de Wwz wél blijven bestaan voor functies in bedrijfstakken die op grond van art. 7:677 lid 6 BW door de Minister van SZW zijn aangewezen, zoals professionele voetballers en presentatoren bij RTL Nederland (zie Regeling ketenbepaling bijzondere functies en hogere vergoeding kantonrechter).

⁹ Art. 7:672 lid 10 BW noemt weliswaar niet expliciet de term 'gefixeerde schadevergoeding', maar hanteert wel dezelfde bewoordingen als art. 7:680 lid 1 BW (oud).

¹⁰ *Kamerstukken II 2014/14*, 33818, 3, p. 122.

Met de invoering van de Wwz zijn aldus de drie belangrijke bezwaren voor een werkgever om onregelmatig op te zeggen verdwenen.

4. Bijkomende voordelen voor werkgevers?

Naast het wegvallen van alle nadelige gevolgen van de onregelmatige opzegging onder de Wwz, creëert deze nieuwe wet nog enkele aanvullende voordelen voor een werkgever. Zo zijn de korte vervaltermijnen van art. 7:686a lid 4 sub a en b BW (onder meer verzoek tot vernietiging en transitievergoeding) gerelateerd aan het einde van de arbeidsovereenkomst. Een snel einde door onregelmatige opzegging, zal dus ook deze korte termijn snel doen aanvangen. Hierdoor krijgt een werkgever eerder zekerheid over de eventuele (procedurele) gevolgen van de opzegging. Voorts neemt de praktische kans op het ongebruikt verstrijken van een vervaltermijn door de onregelmatige opzegging daardoor toe.

Een werkgever kan door de onregelmatige opzegging van de arbeidsovereenkomst een financieel voordeel behalen met betrekking tot de verschuldigde transitievergoeding. Dit voordeel zal het grootst zijn op het moment dat de onregelmatige opzegging tot gevolg heeft dat de arbeidsovereenkomst minder dan twee jaar heeft geduurd, waardoor helemaal geen transitievergoeding is verschuldigd. Maar ook als de arbeidsovereenkomst meer dan twee jaar heeft geduurd, wordt de verschuldigde transitievergoeding iedere zes maanden hoger. Dit betekent dat er twee keer per jaar een omslagpunt is, waarop een volgende periode van zes maanden wordt meegenomen bij de berekening van de transitievergoeding. Als door de onregelmatige opzegging de arbeidsovereenkomst eindigt vóór een dergelijk omslagpunt, terwijl bij regelmatige opzegging de arbeidsovereenkomst was geëindigd na zo'n omslagpunt, behaalt de werkgever een financieel voordeel van 1/6 tot 1/2 maandsalaris.¹¹ Ook de kans op financieel nadelige gevolgen van een werknemer die ziek uit dienst gaat of ziek wordt binnen vier weken na einde dienstverband, is kleiner door een "snelle" opzegging.¹²

5. Recente uitspraken

In twee recente uitspraken is de onregelmatige opzegging inhoudelijk door een rechter beoordeeld.

In de eerder aangehaalde uitspraak van de Kantonrechter Zwolle van 31 oktober 2016 had de werkgever, na toestemming te hebben gekregen van het UWV, de arbeidsovereenkomst van de werknemer opgezegd met ingang van 1 juni 2016, terwijl bij regelmatige opzegging de arbeidsovereen-

¹¹ 1/6 of 1/4 deel van een maandsalaris indien de gebruikelijke berekeningswijze van de transitievergoeding wordt toegepast als bedoeld in art. 7:673 lid 2 BW en ½ deel van een maandsalaris als er sprake is van de overgangsregeling ex art. 7:673a BW.

¹² Art. 46 ZW. Deze nadelige gevolgen zijn gelegen in de premiedifferentiatie voor de ZW-flex en WGA-flex.

komst zou zijn geëindigd per 1 augustus 2016.¹³ De werkgever had de arbeidsovereenkomst onregelmatig opgezegd om daarmee de in de cao opgenomen wachtgeldregeling aan de werknemer te kunnen betalen, in plaats van de transitievergoeding. Dit was mogelijk op basis van het overgangsrecht tot 1 juli 2016.¹⁴ De werkgever had de werknemer overigens wél vrijwillig een gefixeerde schadevergoeding betaald. In de procedure vorderde de werknemer primair alsnog toekenning van de transitievergoeding en subsidiair een schadevergoeding van het bedrag van de transitievergoeding op basis van art. 7:611 BW.

De primaire vordering van de werknemer werd afgewezen, omdat, zo redeneerde de rechter, de gefixeerde schadevergoeding van art. 7:672 lid 10 BW de enige door de wetgever toegelaten sanctie is op onregelmatige opzegging. Dit betekent dat de transitievergoeding niet kan worden toegekend op de grondslag dat de arbeidsovereenkomst onregelmatig is opgezegd. Ook de stelling van de werknemer dat er sprake is van misbruik van recht volgde de rechter niet, aangezien niet is komen vast te staan dat de werkgever onregelmatig heeft opgezegd met het uitsluitende doel om goedkoper uit te zijn door de werknemer het recht op transitievergoeding te onthouden.

De subsidiaire vordering werd eveneens afgewezen. Hier toe overwoog de rechter dat de enkele onregelmatige opzegging niet kan leiden tot schadeplichtigheid op grond van art. 7:611 BW, omdat de schade die voortkomt uit de onregelmatige opzegging al wordt vergoed in de gefixeerde schadevergoeding. Voor een aanvullende schadevergoeding op grond van art. 7:611 BW is daarom geen plaats.

De tweede uitspraak werd gedaan door de Kantonrechter Breda op 30 juni 2016.¹⁵ In deze zaak had de werkgever op 3 februari 2016 de arbeidsovereenkomst opgezegd tegen 3 maart 2016. Hoewel de geldende opzegtermijn één maand was, was opzegging enkel toegestaan tegen het einde van de maand. Bij regelmatige opzegging zou de arbeidsovereenkomst tegen 1 april 2016 zijn geëindigd. Door de onregelmatige opzegging was de werknemer niet ten minste 24 maanden in dienst, waardoor ex art. 7:673 BW geen recht op transitievergoeding bestond. Anders dan in de zaak van de Kantonrechter Zwolle, had de werkgever in deze zaak ook niet vrijwillig de gefixeerde schadevergoeding betaald. Naast de gefixeerde schadevergoeding vorderde de werknemer toekenning van de transitievergoeding. De kantonrechter oordeelde dat de onregelmatige opzegging in dit geval in strijd was met de bedoeling die de wetgever had bij het vaststellen van de termijn van 24 maanden, te weten de uit goed werkgeverschap voortvloeiende zorgplicht van de werkgever na beëindiging van een langdurige arbeidsrelatie (van 24 maanden of meer) en wijst de transitievergoeding toe.

13 Rb. Overijssel 31 oktober 2016, *JAR* 2016/294. De onregelmatige opzegging leidde niet tot misbruik van recht of slecht werkgeverschap, omdat de werkgever niet onregelmatig had opgezegd met het enkele doel goedkoper uit te zijn door de werknemer het recht op transitievergoeding te onthouden. Zo was een andere reden voor de onregelmatige opzegging de gelijke behandeling van de medewerkers die in de eerste en tweede tranche van de reorganisatie ontslagen werden.

14 Art. 2 Besluit overgangsrecht transitievergoeding.

15 Rb. Zeeland-West-Brabant 30 juni 2016, *JAR* 2016/189.

6. Mogelijke risico's van onregelmatige opzegging

Kort en goed lijkt de onregelmatige opzegging voor werkgevers veel voordelen met zich te brengen. Als de uitspraak van de Kantonrechter Breda navolging krijgt, lijkt één van deze voordelen te worden beperkt. Hoe moet het oordeel van deze rechter juridisch worden beoordeeld en zijn er nog andere risico's waarmee werkgevers rekening moeten houden als zij een arbeidsovereenkomst onregelmatig opzeggen?

Zoals eerder opgemerkt dekt de gefixeerde schadevergoeding in veel gevallen niet de volledige schade die een werknemer lijdt als gevolg van een onregelmatige opzegging. Naast de eerdergenoemde misgelopen pensioenopbouw en jubileumgratificaties kan ook worden gedacht aan gemiste opbouw van vakantiedagen en WW-rechten. Doordat deze schadeposten niet onder het loon van de werknemer vallen, worden deze niet meegenomen in de berekening van de gefixeerde schadevergoeding.

De Kantonrechter Breda wijst de verzochte transitievergoeding toe, maar geeft slechts een summiere (juridische) onderbouwing voor deze beslissing. Opvallend is dat de kantonrechter met deze beslissing voorbij gaat aan de wettelijke termijn van 24 maanden. Art. 7:673 BW geeft de rechter geen ruimte om een transitievergoeding toe te wijzen aan een werknemer die minder dan 24 maanden in dienst is geweest.¹⁶ Ook de uitzondering van art. 7:673 lid 8 BW, waarin is bepaald dat ondanks het ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer toch een transitievergoeding kan worden toegekend, biedt geen bevoegdheid voor de rechter om een transitievergoeding toe te kennen aan een werknemer die minder dan 24 maanden in dienst is geweest. Het oordeel van de rechter in deze zaak is opmerkelijk en het is dan ook zeer de vraag of andere rechters tot eenzelfde oordeel zouden (kunnen) komen.

Naast de ruime interpretatie van art. 7:673 BW van de Kantonrechter Breda lijkt er een aantal andere mogelijkheden voor werknemers te bestaan om – naast de gefixeerde schadevergoeding – een aanvullende (schade)vergoeding te vorderen. Zo poogde de werknemer in de zaak voor de Kantonrechter Zwolle op basis van misbruik van recht alsnog betaling van de transitievergoeding te bewerkstelligen. De rechter oordeelde dat voor misbruik van recht meer nodig is dan de enkele onregelmatige opzegging, bijvoorbeeld dat deze uitsluitend is toegepast om de werknemer het recht op de transitievergoeding te onthouden. Hiervan was geen sprake, omdat de werkgever ook andere redenen aanvoerde voor de onregelmatige opzegging, zoals de gelijke behandeling van de werknemers die in de eerste en tweede tranche van de reorganisatie werden ontslagen. Beide groepen werknemers zouden door de onregelmatige opzegging geen transitievergoeding krijgen, maar wél aanspraak kunnen maken op een wachtgeldregeling. Ook een afweging van het

16 Enkel in geval van opvolgend werkgeverschap ex art. 7:673 lid 4 sub b BW zou dit mogelijk kunnen zijn, maar hiervan was geen sprake in de zaak die diende bij de Rechtbank Zeeland-West-Brabant.

belang van de werknemer op een transitievergoeding ten opzichte van het belang van de werkgever om de arbeidsovereenkomst onregelmatig op te zeggen leidden niet tot een zodanige onevenredigheid dat sprake kan zijn van misbruik van recht.

Ook vorderde de werknemer een aanvullende schadevergoeding (ter hoogte van de transitievergoeding) op basis van slecht werkgeverschap. De rechter oordeelde dat een onregelmatige opzegging niet tot schadeplichtigheid op grond van slecht werkgeverschap kan leiden, omdat de gefixeerde schadevergoeding al voorziet in de vergoeding van de geleden schade. Dit oordeel van Rechtbank Overijssel lijkt ons juist, nu de wetgever bij de introductie van de Wwz er expliciet voor heeft gekozen om na onregelmatig ontslag enkel de mogelijkheid tot het vorderen van gefixeerde schadevergoeding te bieden. Het lijkt erop dat de wetgever met de gefixeerde schadevergoeding heeft gekozen voor een uitputtende regeling na een onregelmatige opzegging, waardoor er geen ruimte meer bestaat voor een aanvullende schadevergoeding.¹⁷

Naast misbruik van recht en een vordering uit goed werkgeverschap ex art. 7:611 BW, zou een aanvullende schadevergoeding na onregelmatige opzegging eventueel ook gebaseerd kunnen worden op art. 7:686 BW (wanprestatie in de arbeidsovereenkomst). Op basis van dit artikel kan ook een schadevergoeding worden gevorderd zonder dat sprake is van ontbinding.¹⁸ Toch lijkt met de enkele onregelmatige opzegging ook hier niet de strenge voorwaarde van 'ernstige wanprestatie' te kunnen worden vervuld, waardoor een schadevergoeding op basis van art. 7:686 BW niet waarschijnlijk lijkt.¹⁹ Ook zou een schadevordering op basis van art. 7:686 BW kunnen worden afgewezen met de overwegingen van de Rechtbank Overijssel: de gefixeerde schadevergoeding voorziet in de vergoeding van de schade na onregelmatig ontslag, waardoor er geen ruimte is voor een aanvullende schadevergoeding.

Het lijkt ons onwaarschijnlijk dat een rechter bij een enkele onregelmatige opzegging – naast de gefixeerde schadevergoeding – een aanvullende schadevergoeding zal toewijzen op basis van bijvoorbeeld art. 7:611 of 7:686 BW. Dit neemt niet weg dat bijkomende omstandigheden – eventueel in combinatie met een onregelmatige opzegging – wél tot een aanvullende schadevergoeding op grond van deze artikelen zouden kunnen leiden. Dit geldt wat ons betreft ook bij een beroep op misbruik van recht. Hoewel een onregelmatige opzegging leidt tot schadeplichtigheid, is en blijft de onregelmatige opzegging een geldige opzegging. Dit betekent dat het enkele feit dat een arbeidsovereenkomst onregelmatig is opgezegd, zonder bijkomende omstandigheden niet kan leiden tot misbruik van recht.

7. De calculerende werkgever

Met de invoering van de Wwz is onregelmatig opzeggen voor werkgevers (financieel) aantrekkelijker en minder risicovol geworden. Met name het vervallen van de mogelijkheid om een volledige schadevergoeding te vorderen schept veel duidelijkheid over de financiële gevolgen van een onregelmatige opzegging in een concreet geval. Het grootste voordeel voor werkgevers is gelegen in het uitsparen van de loonkosten, dat al snel kan oplopen tot 40%, doordat de arbeidsovereenkomst eerder tot een einde komt dan bij een regelmatige opzegging het geval zou zijn. Daarbij komen nog de voordelen van eventueel een lagere of zelfs geen transitievergoeding, minder kans op ziekte tijdens de opzegtermijn en binnen vier weken na einde dienstverband en het eerder ingaan van de korte vervaltermijnen. Daartegenover staan slechts de (zeer) geringe risico's op aanvullende schadevergoedingen, bijvoorbeeld op grond van slecht werkgeverschap.

Als een werkgever in een concreet geval onregelmatige opzegging overweegt, is het belangrijk de afweging te maken tussen enerzijds de (financiële) voordelen en anderzijds het wegvallen van de arbeid die de werknemer gedurende de opzegtermijn zou kunnen verrichten als de arbeidsovereenkomst had voortgeduurd. Voor een calculerende werkgever lijkt de onregelmatige opzegging bij de huidige stand van zaken een financieel aantrekkelijke mogelijkheid, waarop de juridisch adviseur bij zijn advisering aan de werkgever bedacht moet zijn.

¹⁷ Tot een soortgelijk oordeel kwam de Hoge Raad in het arrest HR 30 september 2011, JAR 2011/277.

¹⁸ HR 16 april 1999, JAR 1999, 103.

¹⁹ HR 20 april 1990, NJ 1990/702.