

> NIEUWE KLASSIEKERS VAN HET ONTSLAGRECHT <

Auteurs: Sander Theunissen

30 mei 2022

Inhoud

Inleiding	4
Hoofdstuk 1: De redelijke gronden – stellen en bewijzen	5
Inleiding	5
Formele aspecten	5
Materiële aspecten	5
Afronding	7
Hoofdstuk 2: Herplaatsing	8
Inleiding	8
‘Binnen een redelijke termijn’	8
‘Al dan niet met behulp van scholing’	8
‘In een andere passende functie’	9
‘Beschikbaar’	9
‘Niet mogelijk is of niet in de rede ligt’	10
‘Aanbod en aanvaarding’	10
Afronding	10
Hoofdstuk 3: De transitievergoeding	11
De uniforme en forfaitaire transitievergoeding	11
Toch niet zo uniform: de gedeeltelijke transitievergoeding	12
Afronding	14
Hoofdstuk 4: Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door werknemer	15
Drie uitzonderingen op het recht op een transitievergoeding	15
Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door werknemer	15
Afronding	18
Hoofdstuk 5: De billijke vergoeding	19
Eén billijke vergoeding, vijf wettelijke grondslagen	19
Ernstige verwijtbaarheid of herstel ligt niet meer in de rede	20
De billijke vergoeding volgens de New Hairstyle-gezichtspunten	21
Dezelfde gezichtspunten bij de overige grondslagen?	22
Afronding	24
Hoofdstuk 6: Arbeidsprocesrechtelijke perikelen	25
Vervaltermijnen	25
Voorwaardelijk ontbindingsverzoek na ontslag op staande voet?	25
Loon na onterechte vernietiging van ontslag op staande voet?	26
Ontbindingstermijn, herstel en voorzieningen	27
Ex tunc of ex nunc?	28
Afronding	29
Hoofdstuk 7: Slapende dienstverbanden	30
Ontstaan van slapende dienstverbanden	30
Wet compensatie transitievergoeding	30

De Xella-beslissing	30
De reikwijdte van Xella	31
Afronding.....	32
Slot	33

➤ INLEIDING

In dit whitepaper 'Nieuwe klassiekers van het ontslagrecht' bespreek ik de belangrijkste uitspraken van de Hoge Raad sinds de invoering van de Wet werk en zekerheid (**Wwz**) in 2015. Dit whitepaper is ten opzichte van de al gepubliceerde blogreeks 'Nieuwe klassiekers van het ontslagrecht' geactualiseerd, dus ook de meest recente uitspraken van de Hoge Raad staan erin. Ik behandel in dit whitepaper ongeveer 60 uitspraken van de Hoge Raad over het nieuwe ontslagrecht, verdeeld in zeven onderwerpen:

- Hoofdstuk 1:** De redelijke gronden – stellen en bewijzen
- Hoofdstuk 2:** Het herplaatsingsvereiste
- Hoofdstuk 3:** De transitievergoeding
- Hoofdstuk 4:** Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door werknemer
- Hoofdstuk 5:** De billijke vergoeding
- Hoofdstuk 6:** Arbeidsprocesrechtelijke perikelen
- Hoofdstuk 7:** Slapende dienstverbanden

Dit whitepaper is bedoeld voor ondernemers, HR professionals en legal counsels met basiskennis van het ontslagrecht. De hoofdstukken van dit whitepaper bieden een overzicht van de huidige stand van zaken op een bepaald arbeidsrechtelijk onderwerp. Welke lessen kunnen wij trekken uit de beslissingen van de Hoge Raad?



➤ HOOFDSTUK 1: DE REDELIJKE GRONDEN – STELLEN EN BEWIJZEN

Inleiding

Voor een ontbinding van de arbeidsovereenkomst heeft de werkgever een redelijke grond voor ontslag nodig en moet zijn voldaan aan het herplaatsingsvereiste. In dit hoofdstuk staan de redelijke gronden – genoemd in artikel 7:669 lid 3 BW – centraal. Ik behandel eerst de formele aspecten (hoe hoog is de juridische lat van de redelijke grond?) en daarna de materiële aspecten (hoe zijn de redelijke gronden 'ingekleurd?').

Formele aspecten

Sinds de Mediant-beslissing¹ staat vast dat het bewijsrecht ook van toepassing is op ontbindingsprocedures. In de beschikking Bossers & Cnossen² heeft de Hoge Raad – onder verwijzing naar de Decor-beschikking³ – vervolgens overwogen dat de toepasselijkheid van de wettelijke bewijsregels meebrengt *"dat de werkgever de aan zijn ontbindingsverzoek ten grondslag liggende feiten en omstandigheden zal moeten stellen en, bij voldoende gemotiveerde betwisting door de werknemer, zal moeten bewijzen. Daarbij verdient opmerking dat voor bewijs in het burgerlijk procesrecht niet steeds is vereist dat de te bewijzen feiten en omstandigheden onomstotelijk komen vast*

te staan, maar kan volstaan dat deze voldoende aannemelijk worden." Stellingen – bijvoorbeeld verwijten, zoals speelde in de beschikking Koninkrijk Marokko⁴ – moeten afzonderlijk worden geconcretiseerd: vage stellingen worden niet concreter door een opeenstapeling daarvan. Stellingen kunnen door het horen van getuigen worden bewezen, aangezien een voldoende specifiek en ter zake dienend (tegen)bewijsaanbod niet mag worden gepasseerd.⁵

Kortom, de werkgever heeft een zekere mate van beoordelingsvrijheid of voldaan is aan een redelijke grond, maar zal zijn stellingen wel voldoende aannemelijk moeten maken. Het aanbieden van getuigenbewijs kan daarbij doorslaggevend zijn.

Materiële aspecten

De Hoge Raad heeft zich inmiddels over een aantal redelijke gronden ook inhoudelijk gebogen.

Zo overwoog de Hoge Raad – in gunstige zin voor werkgevers – over de a-grond (bedrijfseconomische omstandigheden) dat de financiële situatie van het betrokken bedrijfsonderdeel uitgangspunt mag zijn. De rechter is niet verplicht om, in plaats daarvan, uit te gaan van de financiële situatie van de gehele rechtspersoon als deze verschillende van zulke onderdelen in

¹ HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998 (Mediant).

² HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220 (Bossers & Cnossen).

³ HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182 (Decor).

⁴ HR 10 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:684 (Koninkrijk Marokko).

⁵ HR 29 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1045 (Certe), HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1846 (Veka).

stand houdt.⁶ Voorts heeft de Hoge Raad zich in twee beschikkingen uitgelaten over (1) de vraag welke functie de werknemer bekleedt en (2) de vraag welke functies als uitwisselbaar kwalificeren. In beginsel zijn niet de feitelijke werkzaamheden, maar de functieomschrijvingen doorslaggevend voor het bepalen van de functie van een werknemer. Naast de functiebeschrijving kunnen – bij het bepalen van de uitwisselbaarheid van functies – alle omstandigheden genoemd in artikel 13 Ontslagregeling een licht werpen op de kwestie.⁷

In de Plano-beschikking⁸ ging het met name om de vraag of werkgever werknemer voldoende in kennis had gesteld van het disfunctioneren, hetgeen een vereiste is van de d-grond (disfunctioneren). De werknemer mag enerzijds niet worden 'overvallen', maar anderzijds blijkt niet uit de wet, rechtspraak of literatuur dat werkgever werknemer schriftelijk in kennis moet stellen van zijn disfunctioneren, aldus de A-G. De Hoge Raad deed dit af met toepassing van artikel 81 RO. Lezenswaardig is ook de Ecofys-beschikking⁹, waarin de Hoge Raad handvatten geeft voor toepassing van verbetertrajecten. Ons hoogste rechtscollege overweegt dat de hulp, verbetering en ondersteuning die werkgever moet bieden bij verbetering van het

functioneren afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Een rol kunnen spelen "de aard, de inhoud en het niveau van de functie, de bij de werknemer aanwezige opleiding en ervaring, de aard en mate van de ongeschiktheid van de werknemer, de duur van het onvoldoende functioneren vanaf het moment dat de werknemer daarvan op de hoogte is gesteld, de duur van het dienstverband, wat er in het verleden reeds is ondernomen ter verbetering van het functioneren, de mate waarin de werknemer openstaat voor kritiek en zich inzet voor verbetering, en de aard en omvang van het bedrijf van de werkgever."

In ServiceNow¹⁰ bevestigde de Hoge Raad de zogenoemde Asscher-escape: een onvoldragen d-grond resulteerde in een ontslag op de g-grond (verstoorde arbeidsverhouding). In de hiervoor genoemde zaak Bossers & Cnossen heeft de Hoge Raad een antwoord gegeven op de vraag of verwijtbaarheid aan één of beide partijen vereist is voor ontbinding wegens een verstoorde arbeidsverhouding. Verwijtbaarheid is geen vereiste, al kan de mate waarin de verstoorde arbeidsverhouding aan een partij (of aan beide partijen) verwijtbaar is, wel gewicht in de schaal leggen bij de beoordeling of is voldaan aan de g-grond. Daarnaast riskeert de werkgever een billijke

⁶ HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1212 (ANWB).

⁷ HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1345 (tanteLouise), HR 15 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:229 (KLM).

⁸ HR 16 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2105 (Plano).

⁹ HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:933 (Ecofys). Zie ook de conclusie voor HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:206 (Era Contour), welke met toepassing van artikel 81 RO is afgedaan.

¹⁰ HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2218 (ServiceNow).

vergoeding als zijn verwijtbaar gedrag kwalificeert als ernstig verwijtbaar (waarover in hoofdstuk 5 meer). Mediation is weliswaar een vaak toegepaste methode om te trachten de arbeidsverhouding te normaliseren, maar het is geen vereiste.¹¹

Afronding

Al met al heeft de Hoge Raad veel duidelijkheid gegeven over de juridische lat die van toepassing is op de redelijke gronden. Werkgevers hoeven betwiste stellingen niet onomstotelijk te bewijzen, maar voldoende aannemelijk te maken. Op materieel vlak valt op dat de Hoge Raad inmiddels wel enige richting heeft gegeven voor wat betreft de a-grond, d-grond en g-grond, maar dat bijvoorbeeld de e-grond nog niet is behandeld. Over de vraag of het disfunctioneren in hoger beroep *ex tunc* of *ex nunc* moet worden bekeken en of de opzegtermijn in hoger beroep ook in acht moet worden genomen, kom ik in hoofdstuk 6 terug.



¹¹ HR 27 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1443 (Tata Steel), welke met toepassing van artikel 81 RO is afgedaan.

➤ HOOFDSTUK 2: HERPLAATSING

Inleiding

Artikel 7:669 lid 1 BW bepaalt dat de werkgever de arbeidsovereenkomst kan opzeggen, indien sprake is van een redelijke grond *"en herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt"*. Deze wettelijke bepaling laat ruimte voor interpretatie die deels is ingevuld door de artikelen 9 en 10 van de Ontslagregeling. Wat is een redelijke termijn? Wanneer is sprake van een andere passende functie? En wanneer is herplaatsing niet mogelijk noch ligt dit in de rede? Deze en andere vragen worden hierna beantwoord.

'Binnen een redelijke termijn'

Allereerst volgt uit artikel 10 van de Ontslagregeling dat de 'redelijke termijn', waarbinnen herplaatsing daadwerkelijk moet kunnen plaatsvinden, is gelijk gesteld aan de voor de werkgever geldende wettelijke opzegtermijn.¹² Dus als een werkgever een contractuele opzegtermijn van zes maanden moet toepassen, geldt voor de herplaatsing dus nog steeds de wettelijke opzegtermijn.

De redelijk termijn vangt aan op de dag dat UWV de opzegvergunning heeft verleend of de kantonrechter de ontbinding heeft

uitgesproken. In de tanteLouise-beschikking was de arbeidsovereenkomst van een chef-kok wegens een reorganisatie opgezegd met ingang van 1 november 2016. Op 7 december 2016 maakte een collega met een uitwisselbare functie gebruik van een vrijwillig vertrekregeling. Volgens de Hoge Raad leidde het vrijwillig vertrek van de collega, nadat de arbeidsovereenkomst met een boventallige werknemer was geëindigd, niet tot schending van het herplaatsingsvereiste.¹³

'Al dan niet met behulp van scholing'

In de toelichting bij artikel 9 van de Ontslagregeling is geschreven dat scholing niet verplicht is als die scholing niet kan leiden tot herplaatsing. Ook is toegelicht dat de duur (in relatie tot de redelijke termijn) en de kosten (waarbij de financiële positie van de werkgever relevant is) bepalend zijn voor het scholingsaanbod.¹⁴ Met andere woorden: naarmate de scholing langer duurt en duurder is, neemt de verplichting af om deze scholing aan te bieden. In de ANWB-beschikking heeft de Hoge Raad twee algemene uitgangspunten voor het al dan niet aanbieden van scholing verwoord. De Hoge Raad heeft allereerst aanvaard dat interne kandidaten, die geschikt zijn of geschikt te maken zijn, voorrang hebben boven externe kandidaten. Ten tweede mag een werkgever bij herplaatsing voorrang geven aan een reeds geschikte werknemer (voor wie dus geen scholing is vereist) ten opzichte van een werknemer die met

¹² Voor arbeidsgehandicapten geldt een termijn van 26 weken.

¹³ HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1349 (tanteLouise).

¹⁴ Stcrt. 2015, 12685, p. 15.

scholing nog geschikt moet worden gemaakt.¹⁵

'In een andere passende functie'

Er is sprake van een passende functie indien een functie aansluit bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van de werknemer, aldus artikel 9 lid 4 van de Ontslagregeling. Opvallend is dat het loon niet als relevante factor wordt genoemd bij het bepalen van de passendheid van de functie, terwijl dat wel in de vervallen Beleidsregels wél als factor werd genoemd. Mijn inschatting is dat de Hoge Raad – die zich hierover nog niet heeft uitgelaten – zal overwegen dat aan de hand van alle omstandigheden van het geval, dus ook het loon, zal moeten worden bepaald of een functie als passende functie kwalificeert. In de hierna te bespreking SIEP-beschikking wordt namelijk overwogen dat – ook voor wat betreft het herplaatsingsvereiste – geen breuk met het vóór invoering van de Wwz geldende recht is beoogd.

'Beschikbaar'

Uiteraard dient de passende functie 'beschikbaar' te zijn. Dit klinkt simpel, maar het is complex. Allereerst is sprake van een beschikbare functie wanneer de werkgever een vacature heeft, of binnen de redelijke termijn – zoals hiervoor besproken – een vacature zal ontstaan. Dit is nog eenvoudig. Daarnaast is een functie beschikbaar, indien

er functies worden vervuld door bepaaldetijders, inleenkrachten (anders dan payrollwerknemers), oproepkrachten, AOW'ers en schijnzelfstandigen, die werkzaamheden van structurele aard verrichten voor maximaal 26 weken. Deze flexkrachten moeten dus wijken, zodat een werknemer met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd deze passende functie kan vervullen. Dit is al iets complexer, want onduidelijk is wanneer sprake is van werkzaamheden van structurele aard.

Het wordt nog complexer, omdat artikel 9 lid 2 van de Ontslagregeling bepaalt dat herplaatsing, indien van toepassing, binnen de groep¹⁶ waartoe de werkgever behoort dient te worden onderzocht. In de SIEP-beschikking van de Hoge Raad ging het om een expat die wereldwijd werkzaam was voor Shell. Het hof overwoog dat het beginsel dat interne kandidaten voorrang hebben boven externe kandidaten, zoals volgt uit de ANWB-beschikking, niet geldt voor de buitenlandse vennootschappen van Shell, omdat – ik vertaal het vrij – het Nederlandse arbeidsrecht niet in het buitenland kan worden afgedwongen. De Hoge Raad overwoog vervolgens dat het herplaatsingsvereiste geen resultaats- maar inspanningsverplichting is, waarbij ook redelijkheidsargumenten een rol kunnen spelen. Hieruit leid ik af dat de Hoge Raad niet zo ver wil gaan dat herplaatsing in het

¹⁵ HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1212 (ANWB).

¹⁶ Een uitleg van de definitie 'groep' is gegeven in HR 18 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2860: het bezit van een meerderheidsbelang leidt niet noodzakelijkerwijs tot een groepsrelatie tussen een moedermaatschappij en een dochtermaatschappij, maar een redelijke verdeling van de bewijslast brengt mee dat de partij die zich erop beroept dat ondanks de aanwezigheid van een meerderheidsbelang een groepsrelatie ontbreekt de daarvoor relevante feiten en omstandigheden stelt en zo nodig aannemelijk maakt.

buitenland kan worden afgedwongen wanneer een buitenlandse vennootschap van de groep zich daartegen verzet.¹⁷

‘Niet mogelijk is of niet in de rede ligt’

Aan het herplaatsingsvereiste is voldaan als herplaatsing niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Als een werknemer wegens verwijtbaar handelen of nalaten wordt ontslagen, ligt herplaatsing in elk geval niet in de rede, aldus artikel 7:669 lid 1 BW. Bij beantwoording van de vraag of herplaatsing niet mogelijk is of niet in de rede ligt, heeft de werkgever een zekere beoordelingsruimte.

‘Aanbod en aanvaarding’

Tot slot wordt opgemerkt dat herplaatsing uitsluitend kan plaatsvinden door een aanbod van werkgever en aanvaarding daarvan door werknemer. In het Bogra-arrest was de functie van een werknemer vervallen en werd hij in een lagere functie, met bijbehorende lagere arbeidsvoorwaarden, herplaatst. De werknemer heeft deze functie vervolgens ‘onder protest’ uitgeoefend en is een procedure gestart om zijn ‘oude’ loon te vorderen. De Hoge Raad overwoog dat een werkgever er pas op mag vertrouwen dat een werknemer een functie heeft aanvaard die voor die werknemer een verslechtering van zijn arbeidsvoorwaarden meebrengt, indien op grond van verklaringen of gedragingen van de werknemer mag

worden aangenomen dat deze welbewust met die nieuwe functie heeft ingestemd. Het enkele uitoefenen van die functie is onvoldoende voor een welbewuste instemming.¹⁸

Afronding

Net als de redelijke grond – zie hoofdstuk 1 – is herplaatsing een complex geheel van elementen. De Hoge Raad hanteert een strakke termijn voor de ‘redelijke termijn’ voor herplaatsing. Ook is de Hoge Raad duidelijk over de impliciete of stilzwijgende aanvaarding van een passende functie. Dit is onvoldoende om tot een verslechtering van arbeidsvoorwaarden over te gaan. Voor de overige elementen van het herplaatsingsvereiste lijken alle omstandigheden van het geval en de redelijkheid doorslaggevend te zijn. Hoewel dat begrijpelijk is, wordt de rechtspraak daardoor casuïstisch en soms moeilijk te voorspellen.

¹⁷ HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64 (SIEP).

¹⁸ HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2172 (Bogra).



HOOFDSTUK 3: DE TRANSITIEVERGOEDING

De uniforme en forfaitaire transitievergoeding

Bij opzegging, ontbinding of niet-verlenging op initiatief van de werkgever van de arbeidsovereenkomst heeft de werknemer in beginsel recht op de transitievergoeding, aldus artikel 7:673 lid 1 BW.¹⁹ De wijze van berekening van de transitievergoeding is vastgelegd in artikel 7:673 lid 2-6 BW. Met de introductie van de transitievergoeding werd beoogd een uniforme en forfaitaire ontslagvergoeding in het leven te roepen. Is de transitievergoeding ook daadwerkelijk zo simpel vast te stellen?

Discussies bij de Hoge Raad over welke looncomponenten moeten worden meegenomen in de berekening van de transitievergoeding lijken uit te blijven. Dit is verklaarbaar, omdat de looncomponenten limitatief zijn opgesomd in de Regeling looncomponenten en arbeidsduur. Enige debat is nog mogelijk in geval een aan een werknemer betaald looncomponent niet exacte dezelfde naam heeft zoals in de Regeling looncomponenten, maar zich materieel wel als zodanig kenmerkt. Over de duur van het dienstverband voor de berekening van de transitievergoeding is door de Hoge Raad al richting gegeven.²⁰

Drie uitspraken van de Hoge Raad duiden op een grote mate van uniformiteit. In de eerste zaak bevestigde de Hoge Raad dat de werknemer, zodra hij de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt, geen recht meer heeft op de transitievergoeding.²¹ In de tweede uitspraak moest de Hoge Raad oordelen of een werknemer recht behield op de *volledige* transitievergoeding bij ontslag kort vóór de AOW-gerechtigde leeftijd, ondanks dat deze werknemer een IVA-uitkering ontving en nauwelijks inkomensschade had. De Hoge Raad overwoog dat de wetgever heeft gekozen voor een abstract en gestandaardiseerd stelsel en maakte daarom korte metten met het standpunt van de werkgever dat de transitievergoeding kon worden afgetopt tot de inkomensderving.²² In zijn *Tibco*-beschikking ging het om de vraag of de rechter vrijheid heeft bij het bepalen van de referteperiode voor de berekening van een variabel looncomponent. Volgens de Hoge Raad moet, mede gelet op het vergroten van de rechtszekerheid, worden aangenomen dat het de rechter niet vrijstaat af te wijken van de referteperiode zoals die uit de wettelijke regelingen volgt, tenzij onverkorte toepassing daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven

¹⁹ De werknemer heeft ook recht op een transitievergoeding als op zijn initiatief de arbeidsovereenkomst is opgezegd, ontbonden of niet verlengd, als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever.

²⁰ In HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2905 (Constar Plastics) ging het om (het overgangsrecht bij) opvolgend werkgeverschap en dus de duur van de arbeidsovereenkomst bij berekening van de transitievergoeding.

²¹ HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:651 (Diakonessenhuis).

²² HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1845 (Katholieke Scholengroep). Zie over aftopping van de transitievergoeding in een als cao aangemeld sociaal plan en leeftijdsdiscriminatie HR 24 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:114 (ABN Amro).

van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.²³

Bijzonder is de Nayak Aircraft-Beschikking²⁴, omdat de wettelijke regels over de Transitievergoeding in die zaak – ondanks de hierboven beschreven strenge lijn – werden opgerekt. In die zaak werd een arbeidsovereenkomst bewust in strijd met de opzegtermijn opgezegd, zodat de werknemer in kwestie, een 50-plusser, net niet tien jaar in dienst was en als gevolg daarvan net geen recht had op de (per 1 januari 2020 vervallen) hogere transitievergoeding voor oudere werknemers (artikel 7:673a (oud) BW). De Hoge Raad oordeelde dat het recht op en de hoogte van de wettelijke transitievergoeding moeten worden bepaald aan de hand van het tijdstip waarop die arbeidsovereenkomst zou zijn geëindigd als de werkgever deze regelmatig zou hebben opgezegd. Het feitelijk einde van de arbeidsovereenkomst is dus niet beslissend. Deze uitspraak blijft ten eerste relevant, omdat de transitievergoeding sinds 1 januari 2020 – als gevolg van de inwerkingtreding van de Wet Arbeidsmarkt in Balans – pro rata, dus voor elke dag dat het dienstverband voortduurt, wordt opgebouwd. Wanneer een werkgever dus onregelmatig opzegt, dient een fictieve einddatum van de arbeidsovereenkomst te worden gehanteerd voor de berekening van de transitievergoeding. Dit speelt bijvoorbeeld altijd bij een onterecht

gegeven ontslag op staande voet, waarbij de werknemer niet om vernietiging van het ontslag, maar om betaling van de transitievergoeding, een vergoeding wegens onregelmatige opzegging en een billijke vergoeding verzoekt. Voorts speelt dit bij tussentijdse beëindiging van niet-tussentijds opzegbare arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Ten tweede kan deze uitspraak mogelijk worden gebruikt voor bijvoorbeeld het verzoek om betaling van bonussen of het vesten van opties en aandelen. Regelmatig is in bonus- en optieregelingen immers bepaald dat een werknemer het gehele kalenderjaar of op een bepaalde datum in dienst moet zijn om aanspraak te maken op een variabele beloning.

Kortom, de Hoge Raad geeft weinig bewegingsruimte voor het vaststellen van de omvang van de transitievergoeding, maar biedt met de Nayak Aircraft-beschikking toch weer een kleine opening.

Toch niet zo uniform: de gedeeltelijke transitievergoeding

Van de zwart/wit-benadering van de transitievergoeding wordt afgeweken voor wat betreft het gedeeltelijk beëindigen van de arbeidsovereenkomst. In de Kolom-beschikking heeft de Hoge Raad de mogelijkheid erkend van een gedeeltelijk ontslag met daaraan gekoppeld de aanspraak op een gedeeltelijke transitievergoeding. Dit geldt alleen in het

²³ HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:632 (Tibco).

²⁴ HR 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1286 (Nayak Aircraft).

bijzondere geval dat, door omstandigheden gedwongen, wordt overgegaan tot een substantiële en structurele vermindering van de arbeidstijd van de werknemer. Dit is het geval bij gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid. Bij een substantiële vermindering van de arbeidstijd gaat het om een vermindering van de arbeidstijd met ten minste 20%. Bij een structurele vermindering van de arbeidstijd betreft het de vermindering die naar redelijke verwachting blijvend zal zijn, aldus de Hoge Raad.²⁵ Deze uitspraak zorgt, in tegenstelling tot de hiervoor besproken uitspraken, juist voor veel bewegingsruimte. Immers, de criteria 'door omstandigheden gedwongen' en 'structurele vermindering van arbeidstijd' zijn verre van uitgekristalliseerd.

Dàt Kolom leidt tot onduidelijkheid, blijkt ook uit de beschikking Schoonmaakbedrijf Victoria.²⁶ In deze zaak ging het om een schoonmaakster die op twee locaties werkte, voor elk 10 uur per week. Door gedragsproblemen is de schoonmaakster van een van de twee locaties herplaatst naar een andere locatie. Daar is zij niet verschenen, omdat zij deze locatie niet kon bereiken. Op de andere locatie bleef zij wel werken. In cassatie stelde de schoonmaakster dat de rechter de arbeidsovereenkomst gedeeltelijk had moeten ontbinden. De Hoge Raad oordeelt dat een rechter de arbeidsovereenkomst niet gedeeltelijk kan ontbinden op grond

van artikel 7:671b BW. De Hoge Raad noemt vervolgens vijf mogelijkheden om wèl tot een gedeeltelijke beëindiging te komen: "*Partijen kunnen (i) schriftelijk overeenkomen de arbeidsovereenkomst gedeeltelijk te beëindigen (art. 7:670b BW). Niet uitgesloten is (ii) dat een algeheel ontslag wordt gevolgd door een nieuwe, aangepaste arbeidsovereenkomst en (iii) dat de arbeidsovereenkomst gedeeltelijk wordt ontbonden op grond van een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst (art. 7:686 BW in samenhang met art. 6:265 BW en art. 6:270 BW). Daarnaast (iv) kan de werknemer op grond van de in het arrest Stoof/Mammoet geformuleerde maatstaf gehouden zijn in te stemmen met een voorstel van de werkgever tot wijziging van de arbeidsovereenkomst, dat in resultaat neerkomt op een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Bovendien kan (v) de werkgever op grond van de Wet flexibel werken of op grond van goed werkgeverschap in de zin van art. 7:611 BW gehouden zijn met een daartoe strekkend voorstel van de kant van de werknemer in te stemmen.*" Daarbij geldt dat de werkgever – conform de in hoofdstuk 7 te bespreken Xella-beslissing²⁷ – onder omstandigheden als goed werkgever is gehouden in te stemmen met een (gedeeltelijk) beëindigingsvoorstel. In de gevallen (ii), (iv) en (v) kan een wettelijke aanspraak ontstaan op een gedeeltelijke transitievergoeding, mits is

²⁵ HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617 (Kolom)

²⁶ HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283 (Schoonmaakbedrijf Victoria).

²⁷ HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734 (Xella).

voldaan aan artikel 7:673 BW en de voorwaarden van de Kolom-beschikking, aldus de Hoge Raad. Kortom, er kan een aanspraak ontstaan op een gedeeltelijke transitievergoeding, maar de rechter kan de arbeidsovereenkomst niet op verzoek van de werkgever gedeeltelijk ontbinden.

Zeer recent is een tweede uitspraak die voortbouwt op de Kolom-beschikking. In de SIPOR-zaak lag de vraag voor of een werknemer, die door langdurige arbeidsongeschiktheid 20% arbeidstijd verliest, maar door aanvaarding van een passende functie met een bijbehorend 50% lager salaris, recht heeft op 20% of 50% van de transitievergoeding. De Hoge Raad verduidelijkt allereerst dat er géén recht is op een gedeeltelijke transitievergoeding wanneer de werknemer geen arbeidsuren verliest. Stel dus dat een disfunctionerende werknemer na een mislukt verbetertraject in een lagere functie met lager loon wordt herplaatst, is er geen recht op de transitievergoeding. Immers, er is geen gedeeltelijke *beëindiging* van de arbeidsovereenkomst. In de SIPOR-zaak krijgt de werknemer dus 20% van de transitievergoeding.²⁸

Hoewel voornoemde rechtspraak enige duidelijkheid geeft over het recht op een gedeeltelijke transitievergoeding, moeten de volgende vragen nog worden beantwoord:

1. Wanneer start de vervalttermijn van drie maanden voor claimen gedeeltelijke transitievergoeding?

2. Kan Kolom ook worden toegepast op bijvoorbeeld de d-, e- en g-grond?
3. Hoe verhoudt de nieuwe i-grond zich tot de gedeeltelijke transitievergoeding? Kan de werknemer bijvoorbeeld stellen dat hij door een combinatie van omstandigheden is gedwongen een voorstel te doen tot vermindering van de arbeidsovereenkomst, onder toekenning van een gedeeltelijke transitievergoeding vermeerderd met 50% (ex artikel 7:671b lid 8 BW)?
4. Kan de werknemer ook een redelijk voorstel doen tot gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst onder toekenning van een gedeeltelijke transitievergoeding en een billijke vergoeding wegens ernstig verwijtbaar handelen van werkgever?

Afronding

De Hoge Raad geeft de transitievergoeding twee gezichten. Allereerst benadrukt de Hoge Raad het uniforme karakter van de transitievergoeding. De lagere rechters krijgen weinig interpretatieruimte en moeten de regels strikt toepassen. Bij de gedeeltelijke transitievergoeding lijkt er meer speelruimte te zijn, omdat het gedeeltelijk beëindigen van de arbeidsovereenkomst in allerlei varianten voorkomt. Met de uitspraken Kolom, Schoonmaakbedrijf Victoria en SIPOR zijn de eerste kaders daarvan bekend.

²⁸ HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:749 (SIPOR).

➤ **HOOFDSTUK 4: ERNSTIG VERWIJTBAAAR HANDELEN OF NALATEN DOOR WERKNEMER**

Drie uitzonderingen op het recht op een transitievergoeding

In artikel 7:673 lid 7 BW staan drie uitzonderingen op het recht op de transitievergoeding, te weten (a) voor minderjarige werknemers met een parttime baan, (b) voor werknemers die de pensioengerechtigde leeftijd hebben bereikt en (c) wanneer de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. In afwijking van sub c kan de rechter alsnog een gehele of gedeeltelijke transitievergoeding toekennen, indien het niet toekennen daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (artikel 7:673 lid 8 BW).

Sub a is in de rechtspraak nauwelijks relevant en sub b is in hoofdstuk 3 besproken. Daarom gaat dit hoofdstuk over ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.

Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door werknemer

Het verschil tussen verwijtbaar handelen en ernstig verwijtbaar handelen is groot. Immers, 'gewone' verwijtbaarheid is weliswaar een redelijke grond voor ontslag, maar in dat geval behoudt de werknemer zijn recht op de transitievergoeding. Bij ernstige verwijtbaarheid daarentegen

verliest de werknemer niet alleen zijn recht op de transitievergoeding, maar kan de arbeidsovereenkomst daarnaast op verkorte termijn worden ontbonden (artikel 7:671b lid 9 BW). Wanneer is dan sprake van ernstige verwijtbaarheid?

Allereerst is in de Dräger I-beschikking²⁹ bevestigd dat de dringende reden voor ontslag op staande voet en ernstige verwijtbaarheid niet hetzelfde zijn. In bijzondere gevallen kan sprake zijn van een dringende reden voor ontslag die hem niet ernstig kan worden verweten, zodat de werknemer – ondanks het ontslag op staande voet – zijn recht op de transitievergoeding behoudt.

Welke maatstaf rechters moeten toepassen bij de beoordeling van ernstige verwijtbaarheid kwam voor aan bod in de beschikking Woondroomzorg.³⁰ In deze zaak ging het om een woonbegeleider, die woonde en werkte in een woongroep met personen met een beperking. Volgens werkgever Woondroomzorg vermengde de woonbegeleider werk en privé. Zij werd hierop meermaals aangesproken en gewaarschuwd. In strijd met de bij de werknemer bekende gedragsregels heeft de woonbegeleider toch een etentje gehad met één van de bewoners van de woongroep. Daarop diende Woondroomzorg een ontbindingsverzoek in, dat in eerste aanleg werd afgewezen. In hoger beroep wordt de arbeidsovereenkomst alsnog beëindigd

²⁹ HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:484 (Dräger I). Zie ook de conclusie voor HR 13 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2626 (AVT).

³⁰ HR 8 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:203 (Woondroomzorg).

wegens een verstoorde arbeidsverhouding. Daarbij overwoog het hof sprake was van ernstig verwijtbaar handelen van de woonbegeleider, zodat zij geen recht had op de transitievergoeding. In cassatie klaagde de werknemer dat het hof alle omstandigheden van het geval, waaronder haar persoonlijke omstandigheden, in het oordeel had moeten betrekken. Dat wordt immers ook gedaan bij het beoordelen van de dringende reden.³¹

In antwoord hierop overweegt de Hoge Raad eerst dat het verlies van het recht op de transitievergoeding beperkt moet worden uitgelegd en terughoudend moet worden toegepast. Het moet volgens de Hoge Raad evident zijn dat het handelen of nalaten ernstig verwijtbaar is. Vervolgens overweegt ons hoogste rechtscollege dat *"de omstandigheden van het geval – waaronder de persoonlijke omstandigheden van de werknemer – slechts van belang voor zover deze van invloed zijn op de verwijtbaarheid van het handelen of nalaten van de werknemer dat tot het ontslag heeft geleid. De overige omstandigheden van het geval (dus omstandigheden die geen verband houden met de gedragingen van de werknemer die tot het ontslag hebben geleid, noch met de verwijtbaarheid van die gedragingen) zijn in dit verband niet van betekenis."* Hiermee is een substantieel verschil gecreëerd tussen de dringende reden (alle omstandigheden van het geval-beoordeling) en ernstige verwijtbaarheid (betrokken omstandigheden van het geval-

beoordeling). Leeftijd speelt dus wel een rol bij de dringende reden-toets, maar niet bij de ernstige verwijtbaarheid-toets (tenzij de leeftijd in causaal verband staat tot het verwijtbare gedrag). Een oudere werknemer met een vlekkeloos en langdurig dienstverband, die leeft op de armoedegrens, kan dus – wanneer hij betrapt wordt op diefstal – makkelijker zonder ontslagvergoeding worden ontslagen via de ontbindingsprocedure.

Vindt u dit al vreemd? In dezelfde beschikking overweegt de Hoge Raad dat bij de toepassing van de *escape* op de uitzondering, dus dat het recht op de transitievergoeding (gedeeltelijk) 'herleeft' omdat het verlies van de transitievergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, alle omstandigheden moeten worden meegewogen. Kortom, dan kunnen leeftijd, lengte dienstverband en het leven op de armoedegrens plots weer wel een rol spelen. Het is merkwaardig dat de Hoge Raad van werkgevers, werknemers en rechters een dergelijke schizofreen gedachtenspel verwacht om te bepalen of een werknemer nog een (gedeeltelijke) transitievergoeding krijgt.

Het lijkt erop dat de Hoge Raad niet veel meer richting zal geven bij het beoordelen van de ernstige verwijtbaarheid van werknemers. Het gaat immers vaak om een waardering van feiten en omstandigheden,

³¹ Bijvoorbeeld HR 12 februari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2849 (Schrijver/Van Essen).

die zich grotendeels onttrekt aan de toetsing in cassatie.

Dit blijkt uit vier uitspraken van de Hoge Raad, die allen met toepassing van artikel 81 RO worden afgedaan.

In de Veerman-beschikking³² ging het om een veerman die regelmatig kasverschillen had. Voldoende kwam vast te staan dat deze kasverschillen niet door slordigheid c.q. uit nonchalance zijn ontstaan, maar (minimaal) door de onwil van de veerman om deugdelijk af te rekenen. Dit leverde verwijtbaar handelen op. Van ernstige verwijtbaarheid was evenwel geen sprake, omdat niet aannemelijk werd dat hij geld achterover drukte. De Hoge Raad liet dit oordeel in stand zonder nadere motivering.

In de beschikking Roto Frank³³ ging het om een werknemer die een brief had geantedateerd en mogelijk valsheid in geschrifte had gepleegd. De werknemer wist dit evenwel voldoende te betwisten, zodat volgens het hof geen sprake was van ernstig verwijtbaar handelen. De werknemer behield aldus zijn recht op de transitievergoeding. De cassatieklachten rondom de motivering van de ernstige verwijtbaarheid werden door de Hoge Raad afgedaan met toepassing van artikel 81 RO.

Ook in de beschikking R.J. Security³⁴ werden de cassatieklachten afgedaan op

grond van artikel 81 RO. Een particulier beveiligiger werd op verdenking van moord c.q. doodslag in voorlopige hechtenis genomen en is nadien gedetineerd. Hierdoor verloor de werkgever toestemming om hem onder de Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus (Wpbr) werkzaamheden te laten verrichten. Deze toestemming was als ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst opgenomen, zodat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigde. In eerste aanleg en in hoger beroep verzocht de werknemer zonder succes om de transitievergoeding. In cassatie stelde hij dat hij, op het moment van het van rechtswege eindigen van zijn arbeidsovereenkomst, slechts verdachte was en dat het hof niet de nodige terughoudendheid had toegepast bij de uitzondering van het recht op de transitievergoeding wegens ernstige verwijtbaarheid. De Hoge Raad maakt aan deze klacht geen woorden vuil, kennelijk omdat evident sprake was van ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer.

Voorts blijkt uit de Euregio Recycling-beschikking³⁵, die ook met artikel 81 RO is afgedaan, dat het onvoldoende meewerken aan re-integratie door de werknemer niet per definitie als ernstig verwijtbaar handelen of nalaten kwalificeert. Dit sluit ook aan bij de Cicero-beschikking, waarin

³² HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:687 (Veerman).

³³ HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:633 (Roto Frank).

³⁴ HR 7 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:214 (R.J. Security).

³⁵ HR 25 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1501 (Euregio Recycling).

over een spiegelbeeldige situatie werd geoordeeld (zie hoofdstuk 5).

De Hoge Raad kan nog wel toetsen of de uitspraak van het hof begrijpelijk is gemotiveerd. In een #metoo zaak over een docent bewegingsleer, die een biltik aan een student had gegeven en massagelessen gaf die geen didactisch doel hadden, overwoog de Hoge Raad dat het hof om onbegrijpelijke redenen had geoordeeld dat dit gedrag niet ernstig verwijtbaar was. Seksueel grensoverschrijdend gedrag in een afhankelijkheidssituatie, zoals een docent en student of leidinggevende en ondergeschikte, lijkt steeds ernstige verwijtbaarheid op te leveren, zo lijkt de Hoge Raad de dicteren.³⁶

Afronding

Een werknemer verliest niet snel zijn recht op de transitievergoeding, aangezien de lat voor ernstig verwijtbaar handelen of nalaten hoog is gelegd. De Hoge Raad heeft daarbij terecht een onderscheid gemaakt tussen de dringende reden en ernstige verwijtbaarheid, aangezien bij de dringende reden – in zeer uitzonderlijke omstandigheden – geen enkele verwijtbaarheid aanwezig hoeft te zijn.

Door vervolgens een onderscheid te maken in de te betrekken omstandigheden bij de beoordeling van de dringende reden (*alle* omstandigheden van het geval-beoordeling) of de ernstige verwijtbaarheid (*betrokken* omstandigheden van het geval-

beoordeling), heeft de Hoge Raad een mogelijkheid van strategisch procederen gecreëerd. Dit onderscheid is mijns inziens niet te rechtvaardigen. Gelet op de vier uitspraken zonder motivering van de Hoge Raad, lijkt dit boek echter gesloten.



³⁶ HR 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1307 (Docent Bewegingsleer).

➤ HOOFDSTUK 5: DE BILLIJKE VERGOEDING

Eén billijke vergoeding, vijf wettelijke grondslagen

Een werknemer kan, naast de transitievergoeding, soms ook aanspraak maken op een billijke vergoeding. De stelplicht en bewijslast van de feiten en omstandigheden die aan een verzoek tot een billijke vergoeding ten grondslag liggen, rusten op grond van artikel 150 Rv. bij de werknemer, zo volgt uit de FBD-beschikking.³⁷ Anders dan de transitievergoeding kent de billijke vergoeding doelbewust geen berekeningsformule. Daardoor is onduidelijk hoe de billijke vergoeding zou moeten worden vastgesteld. De billijke vergoeding is een containerbegrip. Het kent namelijk vijf wettelijke grondslagen.

1. De bekendste billijke vergoeding is de vergoeding die wordt toegekend bij ontbinding op verzoek van werkgever of werknemer van de arbeidsovereenkomst wegens ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever (artikelen 7:671b lid 9 BW en 7:671c lid 2 en lid 3 BW).
2. Een billijke vergoeding kan ook worden toegekend als de van rechtswege geëindigde arbeidsovereenkomst niet wordt voortgezet als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever (artikel 7:673 lid 9 BW).
3. De werknemer heeft voorts, als alternatief op vernietiging van de opzegging, recht op een billijke vergoeding wanneer de arbeidsovereenkomst door de werkgever is opgezegd (1) zonder onder meer toestemming van het UWV, (2) in strijd met opzegverboden of een discriminatieverbod, of (3) wegens schending van de wederindiensttredingsvoorwaarde (artikel 7:681 BW).
4. De vierde grond voor toekenning van een billijke vergoeding, als alternatief voor herstel van de arbeidsovereenkomst, is (1) wanneer de arbeidsovereenkomst is opgezegd met toestemming van het UWV, terwijl de kantonrechter meent dat die toestemming ten onrechte is verleend of de opzegging het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten of (2) wanneer de arbeidsovereenkomst is ontbonden, terwijl de wederindiensttredingsvoorwaarde is geschonden (artikel 7:682 BW).
5. De laatste grond voor toekenning van een billijke vergoeding is wanneer een hof oordeelt dat (1) de kantonrechter de arbeidsovereenkomst niet had mogen ontbinden of (2) de kantonrechter ten onrechte een verzoek van de werknemer tot vernietiging van de opzegging of herstel van de arbeidsovereenkomst heeft afgewezen, maar herstel van de

³⁷ HR 4 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1946 (FBD).

arbeidsovereenkomst niet langer in de rede ligt (artikel 7:683 lid 3 BW).

Ernstige verwijtbaarheid of herstel ligt niet meer in de rede

Er is slechts aanspraak op een billijke vergoeding in geval van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever (grondslag 1 tot en met 4) of wanneer de arbeidsovereenkomst ten onrechte is geëindigd maar herstel van die arbeidsovereenkomst niet meer in de rede ligt (grondslag 5).

Wanneer is sprake van *ernstig* verwijtbaar handelen of nalaten door werkgever? De Hoge Raad heeft zich hierover nog niet duidelijk uitgesproken. Ik vermoed dat het moet gaan om handelen of nalaten dat *evident* ernstig verwijtbaar is, zoals in de Woondroomzorg-beschikking is overwogen in het kader van ernstige verwijtbaarheid van de werknemer (zie hoofdstuk 4). In twee uitspraken kwam de ernstige verwijtbaarheid in beperkte mate aan bod.

In de eerste uitspraak ging het om het niet-voortzetten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (grondslag 2). Het hof oordeelde dat dit niet door ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever kwam. In cassatie klaagde de werknemer dat het hof ten onrechte de periode na de aanzegging niet had meegewogen in de beoordeling van de

ernstige verwijtbaarheid. Volgens de Hoge Raad had het hof dit wel gedaan en dus werd het beroep verworpen.³⁸ Hieruit valt op te maken dat werkgever zich ook na de aanzegging tot niet-verlening niet ernstig verwijtbaar mag gaan dragen.

In de tweede uitspraak kreeg werkgever Cicero een loonsanctie voor het derde ziektejaar opgelegd van UWV wegens het zonder deugdelijke grond verrichten van onvoldoende re-integratie-inspanningen. Na drie jaar werd de arbeidsovereenkomst opgezegd. De werknemer meende dat het niet of onvoldoende verrichten van re-integratie-inspanningen door werkgever kwalificeerde als ernstig verwijtbaar handelen of nalaten (grondslag 4). De werknemer verzocht daarom om een billijke vergoeding. De kantonrechter en het hof wezen dit verzoek af. In cassatie werd dit afgedaan onder toepassing van artikel 81 RO.³⁹ Het niet voldoen aan re-integratieverplichtingen is dus niet per definitie ernstig verwijtbaar.

Naar mijn mening ligt herstel met name niet meer in de rede wanneer een langere periode is verstreken sinds de (achteraf onterechte) uitdiensttreding van de werknemer. Mogelijk kan voor deze toets aansluiting worden gezocht bij de SIEP-beschikking (zie hoofdstuk 2). Daarin overwoog de Hoge Raad in het kader van herplaatsing dat met 'in de rede' wordt bedoeld dat alle redelijkheidsargumenten

³⁸ HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1979 (Colliers).

³⁹ HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1720 (Cicero Zorggroep).

een rol kunnen spelen en dat de werkgever een zekere beoordelingsruimte heeft.

De billijke vergoeding volgens de New Hairstyle-gezichtspunten

De vraag welke factoren van belang zijn voor het vaststellen van de billijke vergoeding is voor het eerst door de Hoge Raad beantwoord in New Hairstyle.⁴⁰ In deze zaak ging het om een kapster met wie gaandeweg een verstoorde arbeidsverhouding ontstond en uiteindelijk op staande voet werd ontslagen. De kapster wilde het ontslag op staande voet niet vernietigen, maar verzocht in plaats daarvan om een billijke vergoeding (grondslag 3). In cassatie lag onder meer de vraag voor of de billijke vergoeding een 'punitief karakter' heeft en of de gevolgen van het ontslag kunnen worden meegewogen in de billijke vergoeding (dan wel dat die gevolgen reeds zijn verdisconteerd in de transitievergoeding).

De Hoge Raad start door de overwegen dat de rechter de billijke vergoeding dient te bepalen op een wijze die, en op het niveau dat, aansluit bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval. Daarbij kunnen de gevolgen van het ontslag wel worden meegenomen bij het begroten van de billijke vergoeding "*voor zover die gevolgen zijn toe te rekenen aan het de werkgever te maken verwijt*". Er moet dus een causaal verband zijn tussen de gevolgen van het ontslag en het ernstig verwijtbare handelen of nalaten van de

werkgever. Dit betekent dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen de gewone gevolgen van het ontslag en de specifieke gevolgen van het ernstig verwijtbare gedrag.

Vervolgens heeft de Hoge Raad een aantal – niet-limitatief omschreven – gezichtspunten geformuleerd waarmee de billijke vergoeding moet worden vastgesteld. Het gaat om:

1. de mate waarin de werkgever van de grond voor de vernietigbaarheid van de opzegging een verwijt valt te maken;
2. de redenen van de werknemer om af te zien van vernietiging van de opzegging en in hoeverre die aan de werkgever zijn toe te rekenen;
3. de materiële schade van de werknemer (zoals het gemiste loon en pensioenschade, waarbij de resterende duur van de arbeidsovereenkomst moet worden ingeschat);
4. een eventuele nieuwe baan en de inkomsten die de werknemer daaruit geniet;
5. eventuele andere inkomsten die de werknemer in redelijkheid in de toekomst kan verwerven;
6. de immateriële schade van de werknemer (zoals vergoeding van psychisch leed); en
7. de eventuele aanspraak op en omvang van de transitievergoeding.

⁴⁰ HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187 (New Hairstyle).

Rechters moeten dus telkens deze (en andere) gezichtspunten betrekken in hun overwegingen tot het vaststellen van de billijke vergoeding in geval van een onterechte opzegging. Uit deze gezichtspunten volgt een *ex nunc* toetsing. De rechter toetst – anders dan bij de oude kennelijk onredelijk ontslagvergoeding – ook omstandigheden die hebben plaatsgevonden na het ontslag.

Verder heeft de Hoge Raad overwogen dat de elementen van de billijke vergoeding die zien op vergoeding van schade van de werknemer kunnen worden begroot op basis van de algemene bepalingen omtrent schadevergoeding (artikel 6:95 e.v. BW). Uitdrukkelijk overwoog de Hoge Raad ook dat de billijke vergoeding geen punitief karakter kent.

In de New Hairstyle II-beschikking⁴¹ ging het onder meer over de vraag hoe de rechters bij de bepaling van de billijke vergoeding een gevalsvergelijking moeten maken. Gaat het om vergelijking van enerzijds de feitelijke situatie waarin de werknemer is komen te verkeren door de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met anderzijds (1) de hypothetische situatie dat alleen de onrechtmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst wordt weggedacht of (2) de hypothetische situatie dat alle aan de onrechtmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst voorafgaande feiten en omstandigheden moeten worden weggedacht? A-G De Bock meent dat

uitsluitend het onrechtmatig beëindigen van de arbeidsovereenkomst moet worden weggedacht. De Hoge Raad deed deze zaak vervolgens af met toepassing van artikel 81 RO.

Dezelfde gezichtspunten bij de overige grondslagen?

New Hairstyle ging over grondslag 3.

Kunnen de New Hairstyle-gezichtspunten ook worden toegepast op de andere grondslagen?

In een eerste zaak over grondslag 1 verzocht de werknemer zelf om ontbinding van de arbeidsovereenkomst, omdat zij door werkgever Zinzia zonder hoor en wederhoor en wegens valselijke beschuldigingen op non-actief werd gesteld. Daarbij had Zinzia direct het vertrouwen in haar opgezegd. De kantonrechter ontbond onder toekenning van een billijke vergoeding van € 70.000 bruto. In hoger beroep kende het hof een billijke vergoeding toe van € 25.000 bruto. Dit bedrag was relatief laag, omdat de werknemer inmiddels elders een baan had gevonden en weigerde te vermelden welk inkomen zij daarmee verdiende. In cassatie klaagde de werknemer dat het hof de billijke vergoeding onbegrijpelijk had gemotiveerd (en te laag had vastgesteld). De Hoge Raad overwoog vervolgens dat de niet-limitatieve gezichtspunten die hij in New Hairstyle formuleerde zich ook lenen voor dit geval.

⁴¹ HR 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1312 (New Hairstyle II).

Het gaat er uiteindelijk om dat de werknemer wordt gecompenseerd voor het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Dat had het hof niet onbegrijpelijk gemotiveerd, aldus de Hoge Raad.⁴² In de Zinzia-beschikking is dus bevestigd dat omstandigheden die zich voordoen na het ontslag – zoals het vinden van ander werk – van invloed kunnen zijn op de hoogte van de billijke vergoeding.

In een tweede uitspraak over grondslag 1 verzocht werkgever ServiceNow om ontbinding wegens disfunctioneren of een verstoorde arbeidsverhouding. Aangezien de verstoorde verhouding in grote mate te wijten was aan werkgever, werd een billijke vergoeding toegekend van € 15.000 bruto. Volgens de werknemer was ten onrechte nagelaten in te schatten hoe lang de arbeidsovereenkomst had voortgeduurd indien het ernstige verwijtbare gedrag van de werkgever zou worden 'weggedacht'. Dit vond de Hoge Raad een terecht argument. De rechter moet in zijn oordeel betrekken hoe lang de arbeidsovereenkomst naar verwachting zou hebben voortgeduurd indien de werkgever niet door ernstig verwijtbaar handelen de arbeidsverhouding had verstoord.⁴³

Bij grondslag 5 betrof het een werknemer wiens arbeidsovereenkomst door de kantonrechter werd ontbonden wegens het weigeren mee te werken aan re-integratie.

In hoger beroep oordeelde het hof dat geen sprake was van ongeoorloofde werkweigering. Dit leidde volgens het hof niet tot toekenning van een billijke vergoeding, want de werkgever had niet ernstig verwijtbaar gehandeld of nagelaten noch had de arbeidsovereenkomst – gelet op de langdurige arbeidsongeschiktheid – enige 'restwaarde'. In cassatie overwoog de Hoge Raad allereerst dat er geen *verplichting* is tot toekenning van een billijke vergoeding. Vervolgens overwoog de Hoge Raad dat de grondslag van deze billijke vergoeding, anders dan de andere grondslagen (grondslagen 1 tot en met 4), afwijkt omdat er geen ernstige verwijtbaarheid is vereist. De billijke vergoeding is een alternatief voor herstel van de arbeidsovereenkomst. Desalniettemin kunnen de gezichtspunten van New Hairstyle worden toegepast bij het vaststellen van de billijke vergoeding, aldus ons hoogste rechtscollege.⁴⁴ Met deze uitspraak is het vrijwel zeker dat de gezichtspunten van New Hairstyle op alle soorten billijke vergoeding moeten worden toegepast.

Over grondslag 5 ging ook de Blue Circle HRM-beschikking. In die zaak werd een werknemer op staande voet ontslagen vanwege – samengevat – een negatieve en oncoöperatieve houding gedurende een re-integratietraject. De kantonrechter achtte het ontslag op staande voet terecht. Het hof

⁴² HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:878 (Zinzia)

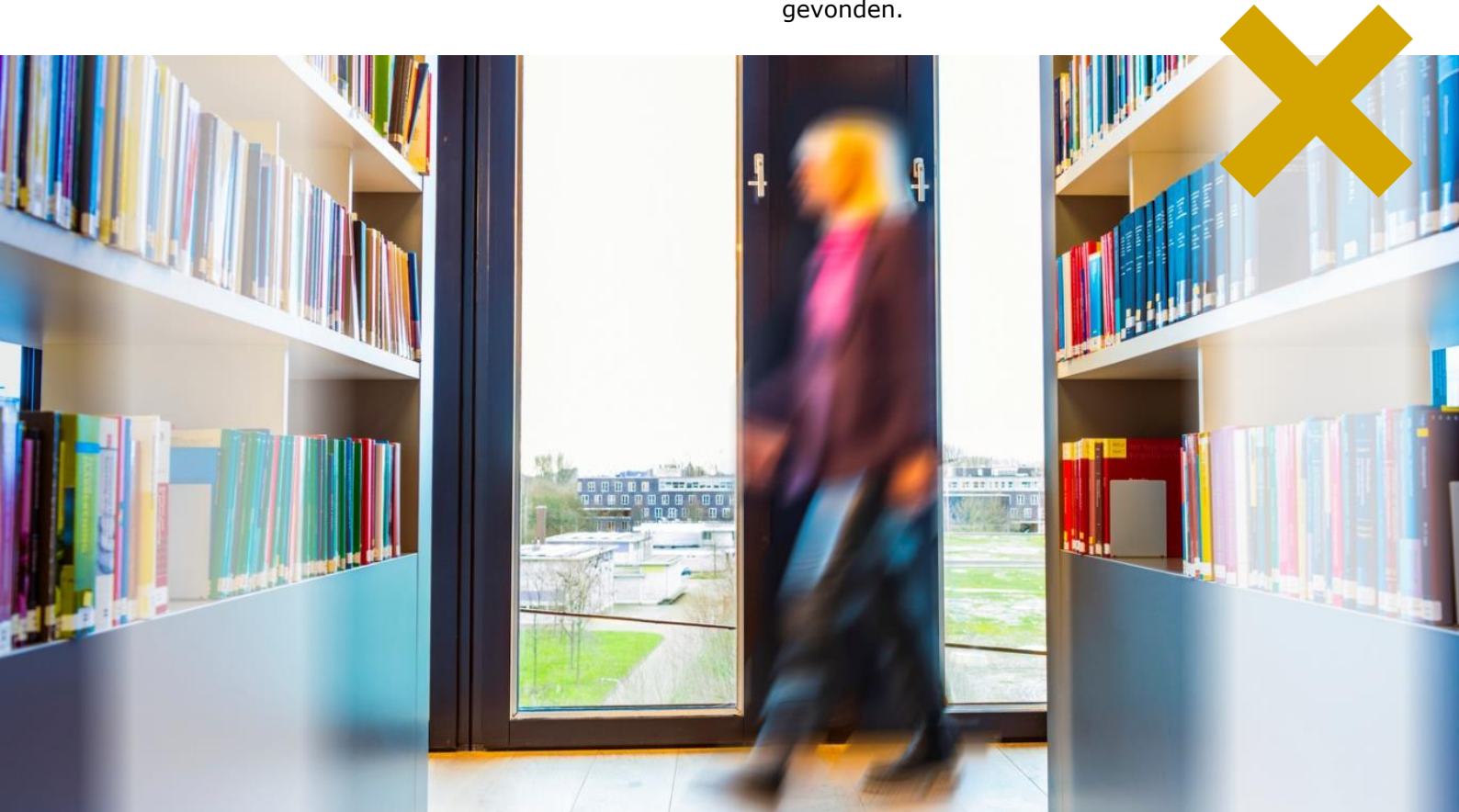
⁴³ HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2218 (ServiceNow). Zie ook HR 27 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1443 (Tata Steel), welke met toepassing van artikel 81 RO is afgedaan.

⁴⁴ HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:857 (Tihani).

vond van niet. Herstel van de arbeidsovereenkomst lag echter niet meer in de rede, zodat het hof een billijke vergoeding van € 15.000 bruto aan de werknemer toekende. De werknemer ging in cassatie, omdat hij € 35.000 bruto loon had gederfd en pensioenschade had geleden. Ook de werkgever tekende cassatieberoep aan, omdat de lengte van het relatieve korte dienstverband niet was meegewogen. Volgens de Hoge Raad waren beide punten terecht.⁴⁵

Afronding

Het succesvol claimen van een billijke vergoeding is voor werknemers niet eenvoudig. Eerst moet de relatief hoge lat van ernstige verwijtbaarheid worden genomen of moet herstel van de arbeidsovereenkomst niet meer in de rede liggen. Daarna moet aan de hand van de New Hairstyle-gezichtspunten – die naar mijn mening kan worden toegepast op alle soorten billijke vergoeding – betoogd worden hoe de billijke vergoeding moet worden vastgesteld. Dit wordt door rechters ex nunc getoetst. Hierdoor kan het voor werkgevers zinvol zijn in hoger beroep te gaan tegen de omvang van de billijke vergoeding, aangezien de ex-werknemer mogelijk elders een baan kan hebben gevonden.



⁴⁵ HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:955 (Blue Circle HRM).

HOOFDSTUK 6: ARBEIDSPROCESRECHTELIJKE PERIKELEN

Vervaltermijnen

Artikel 7:686a lid 4 BW bevat een aantal zeer korte vervaltermijnen. Anders dan een verjaringstermijn, zijn deze vervaltermijnen niet te stuiten. Bij bijvoorbeeld een ontslag op staande voet moet de werknemer binnen twee maanden een verzoek tot vernietiging van het ontslag bij de kantonrechter indienen.

In de Botobe-beschikking⁴⁶ werd de arbeidsovereenkomst met een werknemer opgezegd, waarop de werknemer bij de kantonrechter om de transitievergoeding verzocht. In het verweerschrift deed werkgever Botobe een beroep op de – per 1 januari 2020 vervallen – overbruggingsregeling van artikel 7:673d BW (oud). Een succesvol beroep zou leiden tot een significant lagere transitievergoeding. De vervaltermijn was evenwel verstreken. Toch oordeelde de Hoge Raad dat de werkgever een beroep kon doen op de overbruggingsregeling. De Hoge Raad overwoog – samengevat – dat strikte handhaving van de vervaltermijn ertoe zou leiden dat de werkgever telkens zekerheidshalve een procedure zou moeten starten, terwijl dit niet was beoogd door de wetgever. Mogelijk kunnen werkgevers óók een beroep op de Botobe-beschikking doen in de volgende situatie. Een op staande voet ontslagen werknemer verzoekt één

dag voor het verstrijken van de vervaltermijn om vernietiging van het ontslag. In het verweerschrift kan de werkgever vervolgens een onvoorwaardelijk tegenverzoek doen, te weten betaling van de gefixeerde schadevergoeding. Voor het verzoek om betaling van de gefixeerde schadevergoeding geldt een vervaltermijn van twee maanden. Algemeen wordt aangenomen dat een verzoek tot betaling van de gefixeerde schadevergoeding niet bij verweerschrift buiten de vervaltermijn kan worden gedaan, maar mijns inziens geldt Botobe ook voor deze situatie.

Voorwaardelijk ontbindingsverzoek na ontslag op staande voet?

Sinds de invoering van de Wwz kan een ontslag op staande voet door de werknemer niet meer buitengerechtelijk worden vernietigd. Een op staande voet ontslagen werknemer dient daarom binnen twee maanden na het ontslag bij de kantonrechter om vernietiging van dit ontslag te verzoeken (artikel 7:681 juncto 7:686a lid 4 BW). In de Mediant-beslissing⁴⁷ heeft de Hoge Raad bevestigd dat het onder de Wwz mogelijk blijft een verzoek te doen tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst, bijvoorbeeld op de e-grond, voor het geval het ontslag op staande voet wordt vernietigd. De Hoge Raad geeft daarbij een aanbeveling om het werknemersverzoek tot vernietiging van het ontslag en het voorwaardelijke werkgeversverzoek tot ontbinding zoveel mogelijk gevoegd te

⁴⁶ HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2305 (Botobe).

⁴⁷ HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998 (Mediant).

behandelen. Volgens de Hoge Raad mag een werkgever niet verzoeken om ontbinding van de arbeidsovereenkomst, indien en voor zover een hof in hoger beroep het ontslag op staande voet zal teniet doen, omdat de kantonrechter dan 'voor de voeten' van het hof gaat lopen.

In de Vlisco-beschikking⁴⁸ heeft de Hoge Raad vervolgens overwogen dat ook het hof bevoegd is de voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst uit te spreken. Dit geldt dus voor het geval de kantonrechter het werknemersverzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet heeft afgewezen en de werknemer vervolgens in hoger beroep gelijk krijgt. Als de werkgever in eerste aanleg een voorwaardelijk verzoek tot ontbinding heeft gedaan, moet het hof dit verzoek alsnog behandelen.

Loon na onterechte vernietiging van ontslag op staande voet?

Stel dat een werkgever een werknemer op staande voet ontslaat. De werknemer verzoekt vervolgens succesvol bij de kantonrechter vernietiging van dit ontslag. De werkgever gaat in hoger beroep. Wat gebeurt er als het hof vindt dat het ontslag op staande voet wel terecht was? De door de kantonrechter uitgesproken vernietiging van het ontslag op staande voet kan in hoger beroep niet ongedaan worden gemaakt. Uit artikel 7:683 lid 5 BW volgt voorts dat het hof alsnog een tijdstip dient

te bepalen waarop de arbeidsovereenkomst eindigt. Dit kan niet met terugwerkende kracht.⁴⁹ Kortom, de werkgever lijkt aan het kortste eind te trekken, ondanks dat het hof uiteindelijk heeft geoordeeld dat de werkgever niets mis heeft gedaan. Niet alleen is dit onrechtvaardig, bovendien zit in het wettelijke stelsel een onevenwichtigheid, omdat in de spiegelbeeldige situatie waarin de werknemer in hoger beroep alsnog in het gelijk wordt gesteld, herstel van de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht mogelijk is. De Hoge Raad heeft dit probleem 'opgelost' via de loonaanspraak op grond van artikel 7:628 BW. In de Wilco-beschikking⁵⁰ is geoordeeld dat de werknemer vanaf het ontslag op staande voet geen recht heeft op loon wanneer het ontslag op staande voet ten onrechte door de kantonrechter is vernietigd.

Ook in de zaak waarbij een psychotherapeut had gelogen over het hebben van bepaalde kwalificaties, op grond waarvan de werkgever de arbeidsovereenkomst buitengerechtelijk vernietigde wegens bedrog, ligt de weg vrij voor het verwijzingshof om te oordelen dat de werknemer geen recht heeft op loon vanaf de buitengerechtelijke vernietiging. Interessant hierbij is dat de psychotherapeut, anders dan de werknemer in de Wilco-zaak, wel heeft gewerkt na het einde van de arbeidsovereenkomst. Ook oordeelde de Hoge Raad dat voor een

⁴⁸ HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:571 (Vlisco)

⁴⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 120.

⁵⁰ HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1209 (Wilco).

rechtsgeldig beroep op een wilsgebrek geen vereiste is dat de arbeidsovereenkomst volledig inhoudsloos is geworden.⁵¹

Het is mijns inziens goed te beargumenteren dat voornoemde uitspraken ook kunnen worden toegepast wanneer de kantonrechter ten onrechte een ontbindingsverzoek wegens (ernstig) verwijtbaar gedrag heeft afgewezen en het hof de arbeidsovereenkomst alsnog beëindigt.

Ontbindingstermijn, herstel en voorzieningen

Wanneer een kantonrechter de arbeidsovereenkomst op verzoek van een werkgever ontbindt, moet de kantonrechter een bepaalde ontbindingstermijn in acht nemen. Die termijn is gelijk aan de tussen partijen geldende opzegtermijn met aftrek van de duur van de procedure, met dien verstande dat een termijn van ten minste een maand resteert (artikel 7:671b lid 9 BW). Wanneer het hof oordeelt dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ten onrechte niet heeft ontbonden en het hof de arbeidsovereenkomst alsnog beëindigt (artikel 7:683 lid 5), heeft de Hoge Raad in Decor⁵² geoordeeld dat deze ontbindingstermijn in hoger beroep niet in acht hoeft te worden genomen.

Een 'omgekeerde Decor' kan ook plaatsvinden. Stel nu dat de kantonrechter

de arbeidsovereenkomst ontbindt en het hof oordeelt dat deze beslissing onjuist is. In dat geval kan de werkgever in hoger beroep worden veroordeeld de arbeidsovereenkomst te herstellen of kan het hof aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen. Herstel van de arbeidsovereenkomst kan met terugwerkende kracht, per heden of in de toekomst. Daarbij kan het hof de werknemer verplichten tot terugbetaling van de transitievergoeding, maar dat hoeft niet, zo volgt uit Amsta.⁵³ Als het herstel leidt tot een onderbreking van de arbeidsovereenkomst, is er – zo is bepaald in de Meriant-beschikking⁵⁴ – geen verplichting maar een mogelijkheid om voorzieningen te treffen. Het is aan de rechter om te beoordelen welke voorziening in welk geval nodig is. De appelrechter kan de arbeidsovereenkomst zelf herstellen. Indien de rechter ervoor kiest om niet zelf de arbeidsovereenkomst te herstellen, maar om de werkgever te veroordelen tot herstel van de arbeidsovereenkomst, kan hij, indien de werknemer daarom verzoekt, in dezelfde uitspraak de werkgever veroordelen tot betaling van het na herstel verschuldigde loon (alsmede tot betaling van vakantietoeslag, overige toeslagen en emolumenten, de wettelijke verhoging en wettelijke rente) vanaf de datum met ingang waarvan de arbeidsovereenkomst moet worden hersteld.⁵⁵

⁵¹ HR 7 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:213 (Bedriegende psychotherapeut).

⁵² HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182 (Decor).

⁵³ HR 15 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (Amsta).

⁵⁴ HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3241 (Meriant).

⁵⁵ HR 13 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:418 (Dräger II).

Ex tunc of ex nunc?

Tot slot is zeer relevant het antwoord op de vraag hoe een zaak in hoger beroep moet worden beoordeeld. Moet het hof de zaak beoordelen op basis van de stand van zaken zoals deze in eerste aanleg was (ex tunc) of mogen ook de feiten en omstandigheden van na de beschikking in eerste aanleg een rol spelen bij de (her)beoordeling (ex nunc)? Dit is van belang bij bijvoorbeeld de redelijke ontslaggrond, de opzegtermijn, de herplaatsingstoets, de opzegverboden en de billijke vergoeding.

In twee uitspraken van 21 februari 2020 heeft de Hoge Raad duidelijkheid gegeven. In de zaak van het Schoonmaakbedrijf Victoria⁵⁶ werd het ontbindingsverzoek met betrekking tot een schoonmaakster in eerste aanleg afgewezen. In de zaak van de Manager financiële en juridische zaken⁵⁷ had de kantonrechter het ontbindingsverzoek van de werkgever juist toegewezen. In hoger beroep in de schoonmaakzaak beëindigde het hof de arbeidsovereenkomst alsnog op de e-grond. In het hoger beroep van de manager werd zijn verzoek tot herstel van de arbeidsovereenkomst of een billijke vergoeding afgewezen. Beide hoven toetsten ex nunc. De Hoge Raad schetst de vervolgens in cassatie de volgende vuistregels voor het toetsingsmoment van ontbindingsbeschikkingen, het recht op en

de omvang van de transitievergoeding en billijke vergoeding in hoger beroep:

- Hoofddregel in het civiele procesrecht is dat de rechter in hoger beroep oordeelt naar de toestand zoals die zich voordoet ten tijde van zijn beslissing (ex nunc). Deze hoofddregel geldt ook als de kantonrechter het ontbindingsverzoek heeft afgewezen en de werkgever in hoger beroep alsnog om beëindiging van de arbeidsovereenkomst vraagt. Dit betekent bijvoorbeeld enerzijds dat een verstoorde relatie in hoger beroep kan verergeren door de procedure, maar anderzijds dat het ontslag van de manager met wie de arbeidsrelatie was verstoord juist kan leiden tot een vermindering van die verstoring.
- Wanneer het hof oordeelt dat een ontbindingsverzoek door de kantonrechter ten onrechte is toegewezen, kan het hof de arbeidsovereenkomst herstellen en een voorziening treffen. Het beoordeling van de voorziening gebeurt ex nunc.
- Echter, wanneer het ontbindingsverzoek in eerste aanleg is toegewezen dient het hof de vraag of de ontbinding door de kantonrechter terecht is toegewezen te worden beoordeeld naar de toestand ten tijde van de beslissing van de kantonrechter (ex tunc).
- Het eventuele recht op en de omvang van de transitievergoeding en een billijke vergoeding wordt in hoger

⁵⁶ HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283 (Schoonmaakbedrijf Victoria).

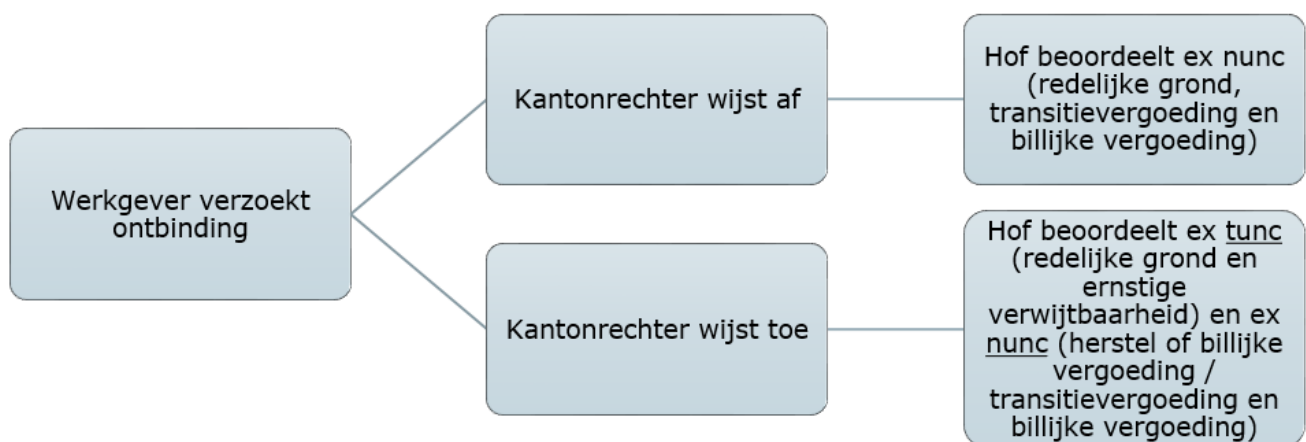
⁵⁷ HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:284 (Manager financiële en juridische zaken).

beroep ex nunc beoordeeld. Het vinden van een nieuwe baan na het ontslag kan dus leiden tot een lagere billijke vergoeding.⁵⁸

- Echter, als de kantonrechter de arbeidsovereenkomst heeft ontbonden, wordt in hoger beroep ex tunc
- beoordeeld of de werknemer zijn aanspraak op de transitievergoeding heeft verloren wegens ernstig

kantonrechter. Zo kan een werknemer bijvoorbeeld voor het eerst in hoger beroep een beroep doen op een – vóór indiening van het ontbindingsverzoek bestaand – opzegverbod.⁵⁹

Schematisch ziet dit er als volgt uit:



verwijtbaar gedrag, of de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en of de werknemer aldus recht heeft op een billijke vergoeding.

- Bij de beoordeling 'ex tunc' staat het partijen vrij andere feiten en omstandigheden naar voren te brengen dan in eerste aanleg zijn aangevoerd, maar mag de rechter in hoger beroep alleen acht slaan op door partijen aangevoerde feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan vóór de ontbindingsbeschikking van de

Over de vraag of herplaatsing en de opzegverboden ex tunc of ex nunc moeten worden beoordeeld, moet de Hoge Raad zich nog uitlaten.

Afronding

De Wwz beoogde onder meer het ontslagrecht eenvoudiger te maken. Uit het voorgaande blijkt dat deze doelstelling niet is behaald. Procederen in ontslagzaken is – zeker in hoger beroep – een mijnenveld, waarin expertise vereist is!

⁵⁸ HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:878 (Zinzia).

⁵⁹ HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1234 (Achmea).

➤ HOOFDSTUK 7: SLAPENDE DIENSTVERBANDEN

Ontstaan van slapende dienstverbanden

Om te begrijpen hoe het fenomeen slapende dienstverbanden is ontstaan, moet worden teruggekeken naar het recht vóór inwerkingtreding van het ontslagrecht van de Wwz. Vóór 1 juli 2015 kon een werkgever de arbeidsovereenkomst opzeggen zonder toekenning van enige ontslagvergoeding. De werknemer kon dan een kennelijk onredelijk ontslagprocedure starten (ex artikel 7:681 (oud) BW), maar in het Wüstlich/Chromalloy-arrest⁶⁰ was bepaald dat de enkele omstandigheid dat de werknemer na een langdurig dienstverband wegens arbeidsongeschiktheid is ontslagen, op zichzelf beschouwd geen grond oplevert voor toekenning van een vergoeding.

Met de komst van de Wwz had de werknemer wiens dienstverband na 104 weken arbeidsongeschiktheid ten gevolge van ziekte werd opgezegd recht op de transitievergoeding (ex artikel 7:673 BW). Door werkgever werd deze extra financiële last als onrechtvaardig bevonden. Hierdoor ontstond de idee om de langdurig arbeidsongeschikte werknemer niet te ontslaan, als gevolg waarvan ook geen transitievergoeding was verschuldigd. Zo ontstond een grote hoeveelheid slapende dienstverbanden. De 'slapers' die toch

verzochten om de transitievergoeding, kregen aanvankelijk nul op het rekest.

Wet compensatie transitievergoeding

Aangezien de regering de slapende dienstverbanden onwenselijk vond en de werkgevers tegemoet wilde komen ten aanzien van de hoge kosten die zij moesten maken in verband met langdurig arbeidsongeschikte werknemers, werd de Wet compensatie transitievergoeding (**Wct**) geïntroduceerd en op 20 juli 2018 in het Staatsblad gepubliceerd. De Wct biedt werkgevers – samengevat – een (gedeeltelijke) compensatie voor de aan de werknemer betaalde transitievergoeding in geval van ontslag wegens langdurig ziekteverzuim. In de Wct was evenwel geen expliciete plicht voor werkgevers vastgelegd om de arbeidsovereenkomst met langdurig. Hierdoor waren lang niet alle werkgevers bereid ook daadwerkelijk over te gaan tot ontslag.

De Xella-beslissing

In de Xella-beslissing⁶¹ heeft de Hoge Raad overwogen dat de Wct een einde beoogt te maken aan slapende dienstverbanden, zodat de norm van het goed werkgeverschap met zich brengt dat een werkgever het slapende dienstverband in beginsel dient te beëindigen als de werknemer dat wenst. Deze plicht om mee te werken aan het beëindigen van een

⁶⁰ HR 15 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2006 (Wüstlich/Chromalloy).

⁶¹ HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734 (Xella).

slapend dienstverband geldt niet wanneer de werkgever een gerechtvaardigd belang heeft bij instandhouding van het dienstverband. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn als er reële re-integratiemogelijkheden zijn.

De Hoge Raad benadrukt dat de aan de werknemer te betalen vergoeding niet meer hoeft te bedragen dan hetgeen aan transitievergoeding verschuldigd zou zijn bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst op de dag na die waarop de werkgever wegens arbeidsongeschiktheid van de werknemer de arbeidsovereenkomst zou kunnen (doen) beëindigen. De ontslagvergoeding voor slapers wordt dus in beginsel gefixeerd op de 104-weeken termijn.

Indien een loonsanctie aan werkgever is opgelegd, wordt de aan werknemer te betalen ontslagvergoeding berekend vanaf het moment dat de loonsanctie is geëindigd. De werkgever krijgt dan slechts een gedeeltelijke compensatie onder de Wct, aangezien de ontslagvergoeding over de periode van de loonsanctie niet wordt gecompenseerd.

Met de Xella-beslissing is duidelijkheid gekomen over de plicht tot beëindiging van slapende dienstverbanden. Er zijn echter nog wat openstaande vragen, die hieronder worden besproken.

De reikwijdte van Xella

Allereerst kan worden opgemerkt dat Xella ook kan worden toegepast op gedeeltelijk slapende dienstverbanden, dus in het geval dat een langdurig gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer verzoekt om beëindiging van het slapende deel van zijn dienstverband. Bij het beëindigen hiervan is de werkgever de *pro rata* transitievergoeding verschuldigd, zo volgt uit de uitspraken Kolom⁶² en SIPOR⁶³ (zie hierover hoofdstuk 3).

De vraag is voorts wanneer sprake is van reële re-integratiemogelijkheden. Ten eerste zijn er volgens mij reële re-integratiemogelijkheden wanneer de langdurig arbeidsongeschikte werknemer binnen 26 weken de bedongen arbeid in aangepaste vorm kan verrichten (artikel 7:669 lid 3 sub b BW). Als er binnen deze termijn mogelijkheden zijn om de bedongen arbeid in aangepaste vorm te verrichten, zal UWV geen ontslagvergunning verlenen. In dat geval zal er ook geen recht op compensatie zijn (ook niet als de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd met een vaststellingsovereenkomst), omdat niet is voldaan aan het vereiste dat de arbeidsovereenkomst is beëindigd omdat de werknemer wegens ziekte of gebreken niet meer in staat was de bedongen arbeid te verrichten (artikel 7:673e lid 1 sub a1 BW). Ten tweede zijn er reële re-integratiemogelijkheden als de langdurig

⁶² HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617 (Kolom).

⁶³ HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:749 (SIPOR).

arbeidsongeschikte werknemer op termijn passende arbeid als bedoeld in artikel 7:658a lid 4 BW zou kunnen verrichten.

Een derde discussiepunt is of werkgevers verplicht zijn werknemers actief te informeren over hun mogelijkheid een verzoek te doen tot beëindiging van het slapende dienstverband. Xella zegt daarover niets. Ik meen dat werkgevers onder omstandigheden een actieve informatieplicht hebben. Als de werkgever de gehele aan de werknemer te betalen ontslagvergoeding bij UWV gecompenseerd kan krijgen, acht ik de werkgever verplicht op grond van het goed werkgeverschap de werknemer te wijzen op zijn Xella-recht, zeker als de werknemer bijvoorbeeld bijna de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt. Een dergelijke actieve informatieplicht jegens werknemers is bijvoorbeeld ook aangenomen in geval van overgang van onderneming⁶⁴ en het vervallen van opgebouwde vakantiedagen wanneer deze niet binnen een bepaalde termijn worden opgenomen.⁶⁵ De informatieplicht over de inhoud en gevolgen van Xella is mijns inziens niet volledig, maar de werkgever zal wel duidelijk moeten maken naar welke zaken de werknemer zelf onderzoek zal moeten verrichten. Dit sluit aan bij de informatieplicht van werkgevers bij het sluiten van een vaststellingsovereenkomst.⁶⁶

Verder wordt het interessant of een werkgever, die in strijd met de Xella-beslissing heeft gehandeld en een schadevergoeding aan de werknemer heeft moeten betalen, recht heeft op compensatie conform de Wct. Mijns inziens zou het etiket van de vergoeding niet mogen uitmaken en dient UWV ook de schadevergoeding ter hoogte van de transitievergoeding te compenseren. Over deze estuursrechtelijke aangelegenheid zal de CRvB zich moeten uitlaten.

Afronding

Met de Xella-beslissing heeft de Hoge Raad veel duidelijkheid gecreëerd over het beëindigen van slapende dienstverbanden. Op een aantal onderwerpen zal verder moeten worden geprocedeerd om meer duidelijkheid te krijgen, zoals het begrip 'reële re-integratiemogelijkheden', de vraag of werkgevers een actieve informatieplicht hebben wanneer een dienstverband slapend wordt en of de schadevergoeding wegens het schenden van Xella ook door UWV wordt gecompenseerd.

Over de vraag of herplaatsing en de opzegverboden ex tunc of ex nunc moeten worden beoordeeld, moet de Hoge Raad zich nog uitlaten.

⁶⁴ HR 26 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4492 (Rabobank Hage-Beek) en HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4043 (Bos/Pax).

⁶⁵ HvJ EU 6 november 2018, ECLI:EU:C:2018:874 (Max-Planck).

⁶⁶ HR 19 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0829 (Marks/Albert Schweitzer).

SLOT

Heeft u vragen of opmerkingen over dit whitepaper? Stuur mij dan een bericht op s.theunissen@lexence.com of meldt u via marketing@lexence.com

Sander Theunissen

Advocaat, Partner



M: +31 20 5736 846

E: s.theunissen@lexence.com

W: www.lexence.com



Lexence

Amstelveenseweg 500
1081 KL Amsterdam
Postbus 75999
1070 AZ Amsterdam

T: +31 20 573 6736
E: info@lexence.com