

Onder Professoren VAAN

5 oktober 2017
Evert Verhulp
verhulp@uva.nl

WWZ: een rustig bezit?

- Kabinetsformatie:
 - - pensioen (persoonlijk pensioen met collectief risico)
 - - loondoorbetaling bij ziekte (inmiddels gelect)
 - - zzp/werknemer (onderscheid naar inkomen, zie Boot)
 - - flexibiliteit (ketenregeling verlengen)
 - - herziening ontslagrecht (uitbreiding gronden)

HR 30 juni 2017, ECLI:HR:2017:1187

- De gevolgen van het ontslag kunnen naar huidig recht dus geen grond meer zijn voor het toekennen van een vergoeding anders dan de transitievergoeding. Het stelsel van de Wwz verzet zich echter niet ertegen dat met de gevolgen van het ontslag rekening wordt gehouden bij het bepalen van de omvang van de billijke vergoeding waarop de wet een werknemer aanspraak geeft omdat de werkgever van het ontslag als zodanig een ernstig verwijt kan worden gemaakt, voor zover die gevolgen zijn toe te rekenen aan het de werkgever te maken verwijt.

- Zowel uit deze opmerking als uit de keuzemogelijkheid die art. 7:681 BW de werknemer biedt, volgt dat bij het vaststellen van de billijke vergoeding op grond van deze bepaling mede kan worden gelet op hetgeen de werknemer aan loon zou hebben genoten als de opzegging zou zijn vernietigd. Het zal van de omstandigheden van het geval afhangen welke verdere duur van de arbeidsovereenkomst daarbij in aanmerking moet worden genomen. Daarbij is mede van belang of de werkgever de arbeidsovereenkomst ook op rechtmatige wijze zou hebben kunnen beëindigen, en op welke termijn dit dan had mogen gebeuren en vermoedelijk zou zijn gebeurd. Waar relevant, kan ook acht worden geslagen op de mogelijkheid de loonvordering te matigen op grond van art. 7:680a BW.

- Bij de vaststelling van de billijke vergoeding kan ook ermee rekening worden gehouden of de werknemer inmiddels ander werk heeft gevonden, en met de inkomsten die hij daaruit dan geniet (vgl. Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 7, p. 90), en met de (andere) inkomsten die hij in redelijkheid in de toekomst kan verwerven. Bij de vergelijking tussen de situatie zonder de vernietigbare opzegging en de situatie waarin de werknemer zich thans bevindt, dient bovendien de eventueel aan de werknemer toekomende transitievergoeding te worden betrokken.
- Voor zover elementen van de vaststelling van de billijke vergoeding zien op de vergoeding van schade van de werknemer, lenen de wettelijke regels van art. 6:95 e.v. BW zich voor overeenkomstige toepassing.

- Bij het vaststellen van de billijke vergoeding als bedoeld in art. 7:681 lid 1, aanhef en onder a, BW, gaat het uiteindelijk erom dat de werknemer wordt gecompenseerd voor het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Doordat, zoals hiervoor overwogen in 3.4.4, bij het vaststellen van de billijke vergoeding rekening kan worden gehouden met de gevolgen van het ontslag, kan met die vergoeding ook worden tegengegaan dat werkgevers voor een vernietigbare opzegging kiezen omdat dit voor hen voordeliger is dan het op de juiste wijze beëindigen van de arbeidsovereenkomst of het in stand houden daarvan (wat strookt met de strekking van die vergoeding die is vermeld in de hiervoor in 3.4.2 aangehaalde passage in de memorie van toelichting). Uit de tekst van en de parlementaire toelichting op de Wwz blijkt niet dat de wetgever aan de billijke vergoeding een specifiek punitief karakter heeft willen toekennen (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.50-3.55). Daarom behoort bij het vaststellen van de billijke vergoeding daarmee geen rekening te worden gehouden.

Dus:

- Gevolgen geven geen recht op bill vergoeding, maar wel betrekken bij bepalen hoogte, voor zover die gevolgen zijn toe te rekenen aan het de werkgever te maken verwijt
- het verwijt is dat ten onrechte is opgezegd, hoewel de werknemer ziek is? Ziekte speelt dan geen rol bij bepaling hoogte?
- Werknemer 33 jaar in dienst, 58 jaar,

Rb Noord-Nederland 13 juli 2017 (2017:2700) Feiten

- Met de werknemer zijn nooit functioneringsgesprekken gevoerd en er zijn geen beoordelingsverslagen opgesteld.
- 2.5. In januari 2012 is bij de werknemer de diagnose alvleesklierkanker geconstateerd. Eind april 2012 is hij geopereerd en heeft hij in verband daarmee slechts gedeeltelijk zijn werkzaamheden verricht. In juni 2014 heeft de werknemer zijn werkzaamheden volledig hervat.
- 2.6. In januari 2015 is bij de werknemer de diagnose non-hodgkin vastgesteld. De werknemer heeft ondanks deze diagnose steeds doorgewerkt.
- 2.7. Sinds 25 januari 2017 hebben de werkgever en de werknemer niet meer met elkaar gesproken. De communicatie tussen hen verliep door middel van briefjes.
- 2.8. Op 30 januari 2017 heeft de werkgever aan de werknemer een briefje geschreven met de volgende tekst:
 - *J,*
 - *Morgen is je laatste werkdag hier.*
 - *Vergeet niet de sleutel achter te laten.*
 - *Veel succes!*
 - *P*
- 2.9. De werknemer heeft daarop zijn spullen gepakt. Hij heeft bij vertrek nog wel aan de werkgever gemeld de gang van zaken niet te aanvaarden. De werkgever heeft daarop niets gezegd.

- Naar het oordeel van de kantonrechter moet de billijke vergoeding dan ook in elk geval een inkomensschade van zes maanden omvatten, zijnde de termijn waarbinnen een gemiddeld functioneringstraject kan worden doorlopen. De kantonrechter acht deze inkomensschade, een bedrag van -afgerond- € 17.500,00 bruto belopend, als onderdeel van de billijke vergoeding, toewijsbaar.
- Voor zover [werknemer] heeft aangevoerd dat de kans dat hij gezien zijn leeftijd (inmiddels 58 jaar) en ziektehistorie een nieuwe baan zal vinden zeer gering is, acht de kantonrechter dit gevolg van het ontslag reeds verdisconteerd in de aan de werknemer toekomende (aanzienlijke) transitievergoeding.
- Het voorgaande neemt niet weg dat de wijze waarop de werkgever het 33-jarig dienstverband met de werknemer heeft beëindigd, laatstgenoemde onnodig psychisch leed heeft berokkend, hetgeen de toekenning van een immateriële schadevergoeding naar billijkheid van € 7.500,00 (bruto) rechtvaardigt.

Wat wordt vergeten?

- Dus functioneringstraject zes maanden en dat is de vergoeding?
- Vergeten:
- De kans dat een verbetertraject tot verbetering leidt! dat moet meegenomen worden de berekening van de verwachte levensduur

Geen verwachte levensduur vast te stellen

- Ktr. Amersfoort 24 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3808 (verkeersregelaar, gewezen militair, “De kantonrechter zal [verweersters] dus veroordelen om in totaal een jaar salaris als vergoeding te betalen. De transitievergoeding van € 2.307,- is in het toe te wijzen bedrag begrepen”) en Rb. Noord-Holland 14 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:6593 (osv vertegenwoordiger: € 12.500, geen tv).
- Osv zes dagen voor einde ao door eigen opzegging en dan geen billijke vergoeding? Ktr. Tilburg 22 augustus 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:5629.

- Mr. [naam] reageerde vrijwel direct:
- *“Ik heb je vanmiddag gebeld en een bericht ingesproken met het verzoek contact met mij op te nemen. Dat heb je niet gedaan. Ik heb vervolgens nog een app gestuurd met het verzoek mij te bellen. Ook dat is niet gebeurd.*
- *Ik wijs je erop, dat jouw dienstverband nog niet geëindigd is, ondanks het feit dat je dit al wel diverse malen hebt geschreven. Jij bent nog altijd in dienst.*
- *Daarnaast geef je aan dat je wilt genieten van jouw welverdiende en goedgekeurde vakantiedagen, doch ook dat is niet juist. Ik heb aangegeven dat ik er geen bezwaar tegen heb als jij jouw vakantiedagen opneemt, behoudens bijzondere omstandigheden en deze bijzondere omstandigheden doen zich voor.*
- *Ik verzoek je dan ook morgen om 11.30 uur op kantoor te zijn teneinde een aantal zaken te bespreken.*
- *Ten eerste de kwestie [K] (afkorting kantonrechter). Jij bent aansprakelijk gesteld op diverse onderdelen. In het korte gesprek donderdagmiddag deed jij het voorkomen alsof het uitsluitend om een bruto/netto verhaal ging. Jij hebt zelf aangeboden om de dossiers mee te nemen en een reactie op te stellen. Ik heb je later nog gebeld en expliciet aangegeven, dat de aansprakelijkstelling veel meer omvat en dat ik daarvan niet bepaald vrolijk word. Ik heb je aangegeven een uitgebreide reactie op te stellen ingaande op alle punten. (...)*
- *Nu ligt er een overzichtje van aantekeningen dat grote vraagtekens oproept en nergens onderbouwd wordt.*
- *Dat wil ik graag met jou bespreken.*
- *Daarnaast ben je vandaag wederom aansprakelijk gesteld door een andere cliënt, een vergelijkbare en niet mis te verstane claim.*
- *Voorts heb ik moeten constateren, dat je met allerlei cliënten op woensdag/donderdag betalingsregelingen hebt getroffen van 50 of 25 euro per maand terwijl er bedragen van 7, 8 en 9 duizend euro open staan. Een en ander zonder dat aan mij te melden of te bespreken.*
- *Bovendien constateer ik dat er ook in andere dossiers sprake is van ernstige nalatigheid. Heel veel tijd spenderen, geen enkele daadkracht, verkeerde eigen bijdragen in rekening brengen, een rekening sturen van 1 uur terwijl er 8 uur in het dossier zit of 23 uur als er 41 uur aan tijd inzit*
- **Dus ontslag op staande voet...** *In de uitgebreide ontslagbrief heeft [verweersters] aangevoerd dat diverse, in die brief nader omschreven “gedragingen” van [verzoeksters 1] “in onderling verband, maar ook ieder voor zich en/of in combinatie met elkaar kunnen worden aangemerkt als dringende reden.” Enkele van die ‘gedragingen’ betroffen de wijze waarop [verzoeksters 1] gedurende het dienstverband haar werkzaamheden heeft uitgevoerd.*

Matiging transitievergoeding?

- Stellende dat in het geval het ontslag op staande voet als onregelmatig wordt aangemerkt, de dienstbetrekking per 1 april 2017 door opzegging zijdens [verzoeksters 1] zou zijn geëindigd, heeft [verweersters] nog een beroep gedaan op matiging van de transitie-vergoeding. Daarvoor heeft zij verwezen naar artikel 7:677 lid 5 BW maar deze bepaling ziet op een geheel andere vergoeding dan de transitievergoeding. De wet voorziet niet in de mogelijkheid dat de transitievergoeding wordt gematigd, ook niet nu in de omstandigheden van het geval

Verdere duur vk en rechtspraak

- Hof Amsterdam 18 juli 2017 (2017:2955)
 - oosv: 16 februari 2016 (onterecht)
 - Fictie: geen oosv maar een ontbindingsverzoek
 - Ontbinding op e-grond zonder verwijtbaarheid wg. Hoewel werknemer ernstig verwijtbaar zou hebben gehandeld zou plaats zijn voor een gedeelte van de transitievergoeding. Dat gedeelte (25%) krijgt wn als billijke.

verhouding 683/681

- Hof Amsterdam 18 juli 2017 (ECLI:2017:2955)
- *Net als in artikel 7:681 lid 1 BW kent ook artikel 7:683 lid 3 BW in de figuur van een ‘billijke vergoeding’ een alternatieve mogelijkheid voor het ongedaan maken van het ontslag op staande voet (in eerste aanleg door vernietiging, in hoger beroep door genoemd herstel). Daarmee dient artikel 7:683 lid 3 BW dus als de variant in hoger beroep van de billijke vergoeding van artikel 7:681 lid 1 BW uit de eerste aanleg te worden beschouwd. Voor een dubbele billijke vergoeding op basis van beide genoemde artikelen biedt de wet derhalve geen ruimte.*
- Zijpad: Kan de werknemer in appel tegen de hoogte van de billijke vergoeding? Op grond waarvan?

de verhouding?

- Gefix. Sv in mindering op bill verg?

Ja: Rb Limburg 27 juli 2017 (2017:7257)

Nee: Rb. Amsterdam 7 juli 2017 (2017:4883)

- Bv 683 gaat uit van herstel, maar dat kan niet meer, bv wordt berekend aan de hand van de verwachte levensduur, past daarnaast de gefixeerde schadevergoeding ?
- Verschillende vorderingen?
- Transitievergoeding in mindering? Niet zonder meer, hangt af van verwacht einde?

Billijke vergoeding

- Is het toekennen van de billijke vergoeding discretionaire bevoegdheid? Dus rechter kan geen hogere vergoeding dan verzocht toekennen?

Hof Arnhem-Leeuwarden 23 november 2016, JAR
2017/11:

Partijen bepalen de omvang van de rechtsstrijd. Klopt dat wel? Art. 7:681, de kantonrechter ‘kan’ ...

Onterecht ontslag is per definitie ernstig verwijtbaar? Hof Den Bosch JAR 2016/301, ovv wetsgeschiedenis, maar wat dan nog? Dan ook recht op bill vergoeding?

New Hairstyle (r.o. 3.5.2.)

- Het onderdeel gaat evenwel uit van een onjuiste rechtsopvatting voor zover het betoogt dat het hof de advocaatkosten had moeten betrekken bij het vaststellen van de billijke vergoeding. Die kosten houden immers geen verband met de vernietigbare opzegging van de arbeidsovereenkomst. Een aanspraak op vergoeding van deze kosten zou wel kunnen worden ontleend aan schending door de werkgever van diens verplichting om zich als een goed werkgever te gedragen, in samenhang met art. 6:96 BW. Art. 7:686a lid 3 BW opent de mogelijkheid ook op die basis in deze procedure vergoeding van de kosten te verzoeken. Na verwijzing zal het verzoek tot vergoeding op laatstgenoemde grondslag alsnog kunnen worden beoordeeld.

En daarnaast schadevergoeding?

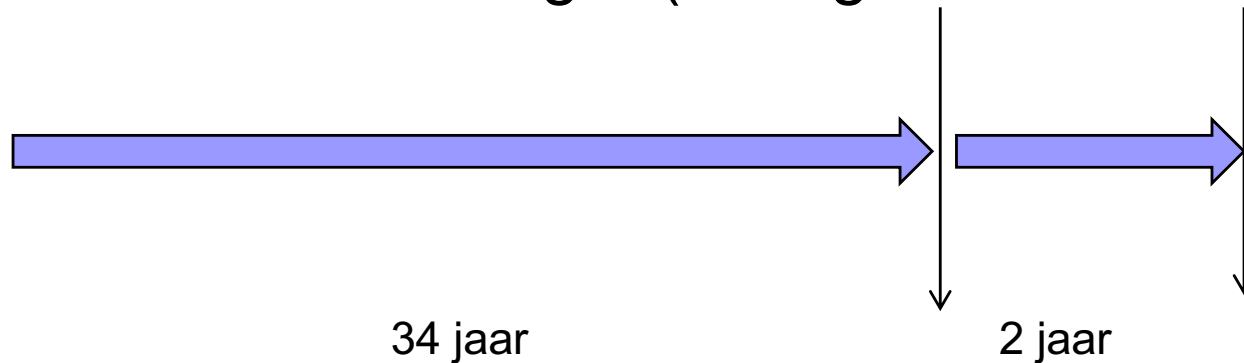
- Hof Arnhem/L JAR 2017/135
- WWZ-Baijingsleer:
- De billijke vergoeding van art. 7:683 BW komt in de plaats van veroordeling herstel, is geen vergoeding van schade als gevolg van toerekenbaar tekortschieten werkgever.
- HR 30 juni 2017 : die schade kan wel worden betrokken bij billijke vergoeding? Maar dat moet niet (wel bij 685 oud), toch expliciteren, want anders verrekening?
- Zie Rb Limburg, JAR 2017/230 r.o. 4.20

Intrekken verzoek

- Geldt alleen voor billijke vergoeding, art. 7:686a leden 6 en 7 BW, maar ook voor tv?
- Rechter kan arbeidsovereenkomst voorwaardelijk ontbinden, onder de voorwaarde dat de werkgever het verzoek niet intrekt,
- Zie: Hof 's-Hertogenbosch 20 juni 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:7910 (= 3376

Opvolgend werkgeverschap, Hof Den Haag 18 oktober 2016, JAR 2016/298

Faillissement 22 oktober 2013 en doorstart met oude directeur als manager (toen gold Van Tuinen)



nu geldt art. 7:673 lid 4 ontslag. Geen
Tv of op TV op basis van 36
jaar?

Opvolgend werkgeverschap

- Voor ketenregeling
- Voor berekening tv art. 7:673 lid 4

de ´post Van Tuinen-regel´ geldt, zoals vastgelegd in art. 7:668a lid 2. Dat die ten tijde van de overgang van de arbeidsovereenkomst niet gold maakt dat niet anders: de regel heeft directe werking en dat betekent dat vanaf de invoering van die regel die ook toepassing verdient voor het verleden.

Zie anders: JAR 2017/46

Gelijkwaardige voorziening

- De artikelen 673 en 673a zijn niet van toepassing, indien in een cao [...] voor werknemers als bedoeld in artikel 673, lid 1 en artikel 673a een gelijkwaardige voorziening is opgenomen.
- Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p 42 -> voorzien wordt in de mogelijkheid om bij cao af te wijken van de wettelijke regeling voor de tv. Dit is een expliciete wens van sociale partners zodat zij zelf regels kunnen treffen voor het bevorderen van-werk-naar-werk transities.