



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Kroniek rechtspraak Wwz

Barentsen, B.; Erkens, M.Y.H.G.; Bulk, M.D.

Citation

Barentsen, B., Erkens, M. Y. H. G., & Bulk, M. D. (2019). Kroniek rechtspraak Wwz. *Tijdschrift Recht En Arbeid*, 2019(5), 18-22. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/82609>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/82609>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Kroniek rechtspraak Wwz

Prof. mr. B. Barentsen, mr. M.Y.H.G. Erkens & M.D. Bulk, datum 15-04-2019

Datum

15-04-2019

Auteur

Prof. mr. B. Barentsen, mr. M.Y.H.G. Erkens & M.D. Bulk^[1]

Auteursprofiel

[B. Barentsen](#)

M.Y.H.G. Erkens

M.D. Bulk

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS47747:1

Vakgebied(en)

Arbeidsrecht / Algemeen

Prof. mr. B. Barentsen, mr. M.Y.H.G. Erkens & M.D. Bulk^[1]

Deze kroniek betreft de Wwz-rechtspraak in de periode november 2018-januari 2019.

1. De stand van zaken

1.1 Wwz-ontbindingsverzoeken

1.1.1 a-grond

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch wijst een ontbindingsverzoek op de a-grond af, omdat niet is voldaan aan het herplaatsingsvereiste. De herplaatsingsplicht strekt zich uit over de gehele groep waartoe de werkgever behoort en is derhalve niet beperkt tot alleen Nederland. De werkgever had zelf moeten nagaan of werknemer bereid was om naar het buitenland te gaan. Dit is niet gebeurd, omdat werkgever *zich niet kon voorstellen* dat herplaatsing verder weg reëel zou zijn voor werknemer.^[2]

De Hoge Raad oordeelt dat er moet worden aangenomen dat met het begrippenpaar 'niet mogelijk is of niet in de rede ligt' uit art. 7:669 BW niet is beoogd een resultaatsverplichting van de werkgever tot herplaatsing in het leven te roepen, maar dat het daarbij gaat om hetgeen in de gegeven omstandigheden in redelijkheid van de werkgever kan worden gevergd. Bij de beoordeling van de herplaatsingsinspanningen geldt een redelijkheidstoets met een zekere beoordelingsruimte voor de werkgever.^[3] Deze zaak bespreken wij hierna onder 'De rechterlijke lijn'.

1.1.2. d-grond

De Kantonrechter Maastricht is ervan overtuigd geraakt dat werknemer, sinds 1999 in dienst bij werkgever, ongeschikt is tot het verrichten van zijn werk. Vervolgens dient te worden beoordeeld of werknemer voldoende in de gelegenheid is gesteld zijn functioneren te verbeteren en dat daarvoor ook voldoende tijd is ingeruimd. Beide vragen worden met een ja beantwoord. Er zijn wekelijks evaluaties met werknemer geweest, die schriftelijk zijn vastgelegd en de verbeterpunten zijn heel concreet benoemd. Er heeft een tussentijdse evaluatie plaatsgevonden, zodat werknemer ook op dat moment had moeten beseffen dat zijn functioneren ondermaats bleef. De lengte van het uiteindelijke verbetertraject – een kleine negen maanden – is, afgezet tegen de duur van het dienstverband, naar het oordeel van de kantonrechter aan de korte kant, maar wel voldoende. Daarnaast is werknemer expliciet gewezen op leerprojecten en heeft werknemer veel begeleiding van de leidinggevende gekregen. Zodoende wordt er ontbonden op de d-grond.^[4]

De door werknemer gerealiseerde omzet komt geen enkele maand in de buurt van de doelstellingen van werkgever. De werkgever heeft werknemer ruimschoots de tijd geboden een omzetverbetering te bewerkstelligen en op het aanbod van werkgever om een verkooptraining te volgen, is werknemer niet ingegaan. Hiermee heeft werknemer onvoldoende laten blijken te willen meewerken aan het verbeteren van zijn functioneren. Nu er geen herplaatsingsmogelijkheden binnen een redelijke termijn zijn, ontbindt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren.^[5]

1.1.3 e-grond

Werknemer heeft zich in de periode december 2014 tot in elk geval april 2016 seksueel intimiderend en ongepast gedragen tegenover een ondergeschikte. Op 28 augustus 2017, het moment dat werkgever op de hoogte raakte van het gedrag, heeft een gesprek tussen werkgever en werknemer plaatsgevonden. Aan werknemer is meegedeeld dat hij met onmiddellijke ingang werd vrijgesteld van zijn werkzaamheden. Later die dag heeft werknemer zich bij e-mail ziek gemeld. Inmiddels is bij werknemer de diagnose sarcoïdose gesteld, waardoor het niet aannemelijk is geworden dat werknemer is 'gevlucht' in ziekte. Bij het ziektebeeld van sarcoïdose horen manische psychoses, waardoor niet kan worden uitgesloten dat er tussen het gedrag van werknemer en zijn ziekte enig verband is. Duidelijk is echter wel dat het gedrag van werknemer niet door de beugel kan en dat herplaatsing van werknemer binnen het relatief kleine bedrijf niet mogelijk is. De e- dan wel g-grond waren na 28 augustus 2017 in beginsel dan ook voldragen. Ten tijde van de ontbindingsprocedure bevindt werknemer zich in het tweede ziektejaar. Partijen onderzoeken of hij bij een andere werkgever herplaatst kan worden. Niet valt in te zien waarom werkgever op de datum van het indienen van het ontbindingsverzoek zodanig zwaarwegend belang heeft bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst dat niet meer gewacht kan worden totdat de arbeidsongeschiktheid van werknemer wegens ziekte ten minste twee jaar heeft geduurd. In dit geval weegt de ontslagbescherming van werknemer zwaarder dan de belangen van werkgever bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst.^[6]

Een werknemer vertoont al sinds 2011 onaangepast en onbehoorlijk gedrag tegenover werkgever, zijn collega's en opdrachtgevers bij wie hij voor werkgever werkzaam is. De ontslagaanvraag in 2014 is voor werknemer aanleiding geweest om een kritischere houding aan te nemen ten opzichte van werkgever ten aanzien van de naleving van de cao. De kantonrechter overweegt dat een werknemer weliswaar veel rechten heeft, al dan niet op basis van een cao, maar dat werknemer niet het recht heeft om zijn werkgever het leven zuur te maken. Nu uit het functioneringsgesprek van 2011 al blijkt dat werknemer op zijn destructieve gedrag is aangesproken, is het onvoldoende aannemelijk dat de ontslagaanvraag uit 2014 de reden van het gedrag van werknemer is. De Kantonrechter Utrecht ontbindt op de e-grond. Er is zelfs sprake van ernstige verwijtbaarheid. Aangezien ook de werkgever erkent dat werknemer een goed vakman is en bijna 30 jaar goed heeft gefunctioneerd, acht de kantonrechter het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat werknemer in het geheel geen transitievergoeding zou ontvangen. Daarom wordt de helft van de wettelijke transitievergoeding toegekend.^[7] Zie over de beoordeling van (ernstige) verwijtbaarheid en de correctie van art. 7:673 lid 8 BW ook Hoge Raad 8 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:203 (*WoonDroomZorg*).^[8]

1.2 Opzegging, inclusief ontslag op staande voet

Na vernietiging en verwijzing moest het Amsterdamse Hof oordelen in de *Dräger*-zaak. De Hoge Raad had geoordeeld dat een ontslag op staande voet niet per se ernstig verwijtbaar hoeft te zijn, daarmee laat de Hoge Raad de mogelijkheid open dat het ontslag op staande voet rechtsgeldig zou kunnen zijn. Hij had de beschikking van het Haagse Hof namelijk op een ander punt vernietigd en hoefde zich helemaal niet over deze vraag uit te laten.^[9]

Het Amsterdamse Hof geeft er een andere wellicht onverwachte draai aan, door nog een keer in te zoomen op de feiten. Bij werkgeefster is sinds 1 juni 2015 een alcohol- en drugsbeleid van kracht. Daarin is bepaald dat een werknemer hulp moet worden aangeboden als er 'naar het oordeel van de werkgever' sprake is van structurele alcoholproblematiek. Op 19 augustus 2015 valt werknemer, ruikend naar alcohol, bij de fietsenstalling van werkgeefster. Naar aanleiding van dit voorval wordt hem een waarschuwing gegeven. Op 17 maart 2016 verschijnt werknemer wéér onder invloed van alcohol op werk. Vervolgens wordt werknemer op staande voet ontslagen. Werkgeefster voert aan dat zij niet eerder dan 17 mei 2016 op de hoogte was van het alcoholprobleem van werknemer. Deze stelling kan haar niet baten, nu voor de beoordeling van de dringende reden alle omstandigheden van het geval van belang zijn zonder dat daarvoor de wetenschap van werkgever voor nodig is. Nu werknemer een structureel alcoholprobleem had, had werkgeefster op basis van haar geldende alcohol- en drugsbeleid een hulpplan moeten aanbieden. Dit heeft werkgeefster niet gedaan. Na het eerste incident is werknemer wel naar de bedrijfsarts verwezen, maar die is toen niet tot de conclusie gekomen dat werknemer met een alcoholprobleem kampte. Hoewel in het beleid van werkgeefster het aan het oordeel van werkgeefster is overgelaten of van een structureel alcoholprobleem sprake is, kan werkgeefster zich er niet op beroepen dat zij niet eerder dan 17 mei 2016 wist dat werknemer kampte met een structureel alcoholprobleem. Indien het feit dat werknemer bij aankomst op zijn werk met een fles wodka in zijn fietstas en een alcoholpromillage van 3,52 voor werkgeefster al geen aanleiding vormde om te vermoeden dat van een structureel alcoholprobleem sprake was, dan had dat wel reden moeten zijn om daar onderzoek naar te doen. Zeker gezien de culturele achtergrond van de werknemer, die het moeilijk maakt over dit soort problemen te praten. Daarnaast acht het hof van belang dat geen sprake is geweest van hoor en wederhoor voor het ontslag op staande voet. Als laatste is van belang dat werkgeefster niet ontevreden was over werknemer tijdens zijn lange dienstverband. Het ontslag op staande voet is daarom niet rechtsgeldig en de arbeidsovereenkomst wordt hersteld.^[10]

Het ontslag op staande voet van werknemer wegens het maken van camerabeelden van een minderjarige tijdens zijn werkzaamheden is terecht, zo oordeelt de Kantonrechter Rotterdam. De privacy van deze persoon wordt niet alleen ernstig geschonden, maar de integriteit van werkgever ook. Klanten van werkgever mogen verwachten dat medewerkers, die

worden toegelaten tot privéwoningen om daar hun werkzaamheden te kunnen uitvoeren, van onbesproken gedrag zijn. Omdat sprake is van een bewust gemaakte opname en werknemer geen enkele notie lijkt te hebben van de ontoelaatbaarheid van de aard van de opname, zijn de gedragingen van werknemer ernstig verwijtbaar. Het verzoek tot betaling van de wettelijke transitievergoeding wordt dan ook afgewezen.^[11]

Werknemer, werkzaam bij een uitvaartcentrum, stelt dat de coördinator van het uitvaartcentrum verklaard heeft dat werknemer daar afscheid kon nemen van zijn overleden vriend, zonder dat gesproken is over overleg met de familie. De coördinator heeft verklaard dat werknemer zelf heeft aangekondigd naar het uitvaartcentrum te willen gaan, maar dat zij toen gezegd heeft dat werknemer eerst moest overleggen met de familie van de overledene. Nu deze twee verklaringen lijnrecht tegenover elkaar staan, moet beoordeeld worden of aan een van de verklaringen doorslaggevende gewicht kan worden toegekend. Aan de verklaring van een betrouwbare en geloofwaardige getuige komt aanmerkelijke betekenis toe ter ondersteuning van de verklaring van werknemer. Werknemer en de getuige hebben in gelijke zin de controlevragen van de rechter-commissaris beantwoord. Het Hof 's-Hertogenbosch acht de verklaringen van werknemer en getuige van voldoende gewicht tegenover de verklaring van de coördinator. Hieruit volgt dat het uitvaartcentrum het aan haar opgedragen bewijs niet heeft geleverd, waarmee komt vast te staan dat het ontslag op staande voet onrechtmatig is gegeven.^[12]

Op 30 november 2018 oordeelde de Hoge Raad over de opzegtermijn die geldt bij elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd.^[13] Dient die per overeenkomst te worden berekend, of telt de duur van de eerste overeenkomst mee bij de berekening van de opzegtermijn van de tweede? De Hoge Raad kiest voor de laatste optie. Hoewel de tekst van de wet die uitleg niet steunt, was het wel onmiskenbaar de bedoeling van de wetgever om bij de berekening van de opzegtermijn uit te gaan van het aanvangstijdstip van de eerste overeenkomst. Over deze uitspraak nader onder de Verdieping.

1.3 Transitievergoeding

De Hoge Raad oordeelde op 25 januari 2019 dat een transitievergoeding verschuldigd blijft bij herstel van de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht, tenzij de rechter een voorziening treft die tot (gedeeltelijke) terugbetaling verplicht.^[14] Herstel is nu eenmaal wat anders dan vernietiging van het ontslag.

Werkgever kan zich in een door de werknemer begonnen procedure tot toekenning van een transitievergoeding, ook na het verstrijken van de vervalltermijn van art. 7:686a lid 4 aanhef en onder b BW, nog op de uitzonderingen van art. 7:673a tot en met 7:673d BW beroepen.^[15]

1.4 Billijke vergoeding

Werkgever handelt ernstig verwijtbaar door bewust in strijd met de waarheid aan werknemer het verwijt van seksuele intimidatie te maken, werknemer niet in de gelegenheid te stellen om met zijn advocaat de toegezonden vaststellingsovereenkomst te bestuderen en werknemer feitelijk niet in staat te stellen tot het voeren van verweer in de klachtprocedure. Het Hof Arnhem-Leeuwarden wijst een billijke vergoeding van € 40.000 toe.^[16]

Werkneemster is werkzaam als bestuurder van werkgeefster. Zij heeft in een vergadering van de raad van toezicht mededelingen gedaan over de problemen die zij ervaart in haar werkrelatie met de voorzitter van de raad van toezicht. Hierna heeft de Raad besloten om een beëindiging van het dienstverband met werkneemster na te streven. Werkgeefster heeft een ontbindingsverzoek ingediend. Dit is echter afgewezen, met als dat werkneemster haar werkzaamheden heeft hervat. Uiteindelijk dient werkneemster zelf een verzoekschrift tot ontbinding in. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch vindt dat de weg die werkneemster heeft gekozen om de stoeve samenwerking met de voormalig voorzitter tijdens de vergadering aan te kaarten niet de schoonheidsprijs verdient. Het hof is echter niet gebleken dat werkneemster daarmee iets anders heeft beoogd dan de verstoorde relatie bespreekbaar te maken. Het hof acht de reactie van de werkgever dan ook disproportioneel. Werkgeefster heeft werkneemster in het bijzijn van medewerkers naar huis gestuurd en het e-mailaccount afgesloten. Zo is ten onrechte het beeld gecreëerd dat werkneemster zich als bestuurder onbetamelijk heeft gedragen. Aan werkneemster dient een billijke vergoeding van € 170.000 betaald te worden. Daarnaast ziet het hof in doel en strekking van de Wet Normering Topinkomens geen beletsel om naast de billijke vergoeding ook een transitievergoeding toe te kennen.^[17]

2. De rechterlijke lijn

Herplaatsing is niet meteen dagelijkse kost op Rechtspraak.nl, maar de uitspraak van de Hoge Raad van 18 januari 2019 biedt een handvat voor de herplaatsingsplicht van art. 7:669 lid 1 BW. In zoverre is het dan ook lastig om van een lijn in de rechtspraak te spreken. De Hoge Raad heeft op dit punt echter duidelijk gemaakt wat de lijn moet zijn.^[18]

Art. 7:669 lid 1 BW houdt in dat de werkgever voorafgaand aan het beëindigen van de arbeidsrelatie de plicht heeft de werknemer zo mogelijk te herplaatsen in een passende functie binnen de daarvoor gestelde termijn (gelijk aan de voor de werkgever geldende wettelijke opzegtermijn). De herplaatsingsplicht geldt op grond van art. 9 lid 2 Ontslagregeling ook voor

ondernemingen binnen de groep. ‘Groep’ wordt hier verstaan als de groep zoals omschreven in Boek 2 BW. Daar zou spanning kunnen ontstaan: hoe kan een werkgever die buiten de eigen vennootschap weinig of geen beïnvloedingsmogelijkheden heeft in andere onderdelen van het concern bewerkstelligen dat een werknemer daar wordt herplaatst? In het op 18 januari 2019 door de Hoge Raad besliste geschil ging het om herplaatsing in concernverband, maar de in het arrest geformuleerde regel voor herplaatsing geldt niet enkel voor die situatie.

In de literatuur is betoogd, dat met de invoering van de Wwz de redelijkheidsnorm zoals die onder oud recht aan de hand van een op de omstandigheden van het geval toegespitste redelijkheidsnorm werd verricht, is verdwenen uit de herplaatsingstoets. Als ‘niet in de rede liggen’ van herplaatsing moet worden verstaan als dat in een dergelijk geval herplaatsing niet hoeft te worden nagegaan, dan kan die uitzondering niet worden gebruikt als overkoepelende redelijkheidsnorm in situaties waarin de herplaatsingstoets niet is uitgesloten en in situaties waarin herplaatsing wel ‘mogelijk’ zou zijn, maar niet redelijk is.^[19] Op die gedachte is ook een van de cassatiemiddelen gestoeld, waarin wordt aangevoerd dat herplaatsing slechts dan ‘niet in de rede ligt’ in de zin van art. 7:669 lid 1 BW wanneer de herplaatsingsvraag in het geheel niet behoeft te worden gesteld. Met andere woorden:

‘gevallen waarin herplaatsing (in het geheel) ‘niet logisch’ is’.^[20]

Verwijzend naar de conclusie van de plaatsvervangend procureur-generaal herhaalt de Hoge Raad dat met de op art. 7:669 lid 1 BW gestoelde Ontslagregeling geen breuk is beoogd met het vóór de invoering van de Wwz geldende recht. Dat heeft de Raad al eerder met zoveel woorden gezegd in zijn *Decor*-uitspraak.^[21] Daarom moet volgens de Hoge Raad worden aangenomen dat met het gebruik van het begrippenpaar ‘niet mogelijk is of niet in de rede ligt’ niet is beoogd een resultaatsverplichting van de werkgever tot herplaatsing in het leven te roepen. Beslissend is of herplaatsing in de gegeven omstandigheden in redelijkheid van de werkgever kan worden gevergd. Daaruit volgt dat het bij de beantwoording van de vraag of herplaatsing niet in de rede ligt, niet enkel gaat om omstandigheden die niet-herplaatsing vanzelfsprekend doen zijn, maar dat daarbij ook redelijkheidsargumenten een rol kunnen spelen. Daarbij wordt, aldus de Hoge Raad, de werkgever een zekere beoordelingsruimte gelaten (r.o. 3.4.2).

Dat is klare taal, die het cryptische ‘niet in de rede liggen’ van de Wwz-wetgever uitlegt op een wijze die wel erg dicht tegen ‘naar redelijkheid’ aanligt. Rechtsvorming door de Hoge Raad, waardoor we weten waar de redelijkheid bij herplaatsing is gebleven. Meer over rechtsvorming in de Verdieping.

3. Verdieping: overigens ben ik van mening

Het afgelopen jaar aan cassatierechtspraak over de Wwz overziend, valt op dat de Hoge Raad ‘op collegetour’ is. Ook als een rechtsvraag in cassatie niet speelt, bijvoorbeeld omdat de klachten op cassatietechnische gronden falen, voelt de Hoge Raad zich toch vrij om uit te leggen hoe het Wwz-recht in elkaar zit. De cassatierechter heeft zich zijn rechtsvormende taak stevig aangetrokken en wil dat ook doen wanneer dat in de voorliggende procedure niet had hoeven, omdat de zaak na verwijzing nog verder moet worden uitgezocht of omdat bepaalde – foute – oordelen als onbestreden in cassatie vaststaan. Gegeven de op zijn zachtst gezegd wat rommelige wetsgeschiedenis van de haastig ingevoerde Wwz valt het toe te juichen dat de Raad zich die taak heeft aangemeten. In de zojuist besproken herplaatsingsbeschikking geeft de Hoge Raad ook duidelijkheid, maar blijft daarbij nog wel binnen de lijnen van de cassatiemiddelen. In een flink aantal gevallen ziet de Raad echter aanleiding om een rechtsoordeel te vellen, hoewel dat in het voorliggende geschil niet had hoeven.

Een eerste voorbeeld is de hiervoor al genoemde *Dräger*-uitspraak over het recht op transitievergoeding bij een ontslag op staande voet.^[22] De Raad vernietigde daarin de beschikking van het Hof Den Haag omdat daar een procedurefout was gemaakt. Dat betekent dat het verwijzingshof de zaak helemaal over moest gaan doen. Toch gaf de Hoge Raad alvast een vingerwijzing, door te overwegen dat een ontslag op staande voet niet per se verwijtbaar hoeft te zijn, laat staan ernstig. Er zou dan ook recht op transitievergoeding kunnen bestaan. Het verwijzingshof doet vervolgens niets met de vingerwijzing, omdat het ontslag op staande voet alsnog onderuitgaat.

Een nog duidelijker voorbeeld is de *Kolom*-beschikking.^[23] Daarin beantwoordt de Hoge Raad een andere vraag dan hem strikt genomen is voorgelegd, zodat zijn oordeel een veel ruimere betekenis krijgt dan wanneer hij zich beperkt had tot het voorliggende geschilpunt. Dat was namelijk of een functiewijziging in het onderwijs, die verloopt via een akte van ontslag uit de oude functie en een van benoeming in de nieuwe, een opzegging is of een wijzigingsovereenkomst. In het eerste geval zou er recht op transitievergoeding bestaan, in het tweede niet. In feite zegt de Hoge Raad dat die vraag niet interessant is. Het doet er niet toe hoe een functiewijziging, die leidt tot een structurele urenvermindering, wordt gerealiseerd. Dat kan via ontslag en herbenoeming, eenzijdige functiewijziging door de werkgever of via een wijzigingsovereenkomst. Er is dan hoe dan ook recht op een gedeeltelijke transitievergoeding. Wel moet de wijziging zijn afgedwongen door bijzondere omstandigheden, waarbij de Hoge Raad stipuleert dat het om de in deze procedure spelende langdurige arbeidsongeschiktheid kan gaan, maar ook om een reorganisatie op bedrijfseconomische gronden. Ook in deze zaak doet de Hoge Raad dus veel meer dan het voorliggende geschil beslechten.

Interessant is ook de *ESL*-beschikking van 30 november 2018. ^[24] In deze zaak ging het om de berekening van de opzegtermijn bij elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. De Hoge Raad stelt vast dat de cassatieklachten falen. Hij volgt het hof in de visie dat er geen grieven zijn gericht tegen het oordeel van de kantonrechter over deze vraag, maar alleen tegen een ander oordeel van de kantonrechter. Toch gaat de Raad na het verwerpen van de cassatieklachten op deze kwestie in. De Raad oordeelt dat de opzegtermijn bij een opvolgende arbeidsovereenkomst ook over de voorgaande overeenkomst(en) moet worden berekend. Bovendien wijdt hij ook nog enige overwegingen aan de Ragetlie-regel, die in deze zaak al helemaal niet aan de orde was maar natuurlijk wel nauw verwant is aan deze materie.

Een laatste voorbeeld is HR 8 februari 2019, *JAR* 2019/73 (*WoonDroomZorg*). Daarin was de vraag welke omstandigheden meewegen bij de beoordeling of de werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en daarom geen recht op transitievergoeding heeft (art. 7:673 lid 7 BW). Dat zijn slechts die omstandigheden die iets kunnen zeggen over de mate van verwijtbaarheid, dus niet alle persoonlijke omstandigheden. Daar voegt de Raad aan toe, en dat was strikt genomen niet de vraag, dat bij de toets aan art. 7:673 lid 8 BW wél alle omstandigheden meedoen. Nu zou je kunnen zeggen dat deze toevoeging ook wat duidelijker maakt hoe art. 7:673 lid 7 BW moet worden toegepast, maar de uitspraak past toch ook wel in de hierboven gesignaleerde trend.

Deze trend is nog redelijk nieuw, en daarom is nog wel wat onduidelijk in welke zaken de Raad extra stappen wil zetten en in welke zaken hij zich inhoudt. Dat een wat actievare cassatierechter nodig is, nu tekst en toelichting van de Wwz soms zo onduidelijk zijn, lijkt ons echter wel duidelijk. Wel moet ervoor gewaakt worden voor a contrario redeneringen. Uit stilzwijgen van de Hoge Raad over een bepaalde door een hof beslechte kwestie mag niet zo maar worden afgeleid dat de Raad dat oordeel onderschrijft. Zelfs niet nu de Raad zich wat sneller uit zijn cassatiehok laat lokken. Daarbij moet in gedachten worden gehouden dat verkorte afdoening van een cassatiezaak op basis van art. 81 RO ook niet zonder meer zegt dat het oordeel van de feitenrechter door de Hoge Raad wordt onderschreven, laat staan ten volle.

Uiteraard roept deze trend de vraag op waarom de Raad in het ene geval wel en in te andere niet ten overvloede wil overwegen. Daarmee komt ook de vraag naar een verlostelsel, waarin de cassatierechter alleen uitspraak doet in zaken 'die ertoe doen' ook weer voorzichtig in beeld. Op dit moment is dat nog toekomstmuziek, al zal ook de WAB met haar niet 100% duidelijke i-grond binnenkort ook wel weer aanleiding kunnen zijn voor een cassatierechter die veel ten overvloede moet gaan overwegen om het recht duidelijk te maken. Als gezegd, het lijkt ons goed dat de Raad meer duidelijkheid over het ontslagrecht geeft als hij daar de kans toeziet en zich dan niet laat hinderen door de cassatietechniek. Die is er niet voor niets, maar aan de andere kant moet er ook wat worden gedaan aan de door de Wwz gecreëerde rechtsonzekerheid. Het is afwachten of deze trend zich doorzet, of dat de Raad alleen zo ver wil gaan in transitieperiodes, waarin de praktijk en nieuwe regels nog aan elkaar moeten wennen.

Voetnoten

[1]

Barend Barentsen, Yvonne Erkens en Dion Bulk zijn als hoogleraar, universitair hoofddocent en student-assistent verbonden aan de afdeling Sociaal Recht van de Universiteit Leiden.

[2]

Hof 's-Hertogenbosch 6 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5118.

[3]

Hoge Raad 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64.

[4]

Ktr. Maastricht 22 november 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:11192.

[5]

Ktr. Zwolle 5 december 2018, zaaknummer: 7277441 \ HA VERZ 18-109.

[6]

Ktr. Den Haag 14 december 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:15437.

[7]

Ktr. Utrecht 27 november 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5965.

[8]

Gepubliceerd in *JAR* 2019/73, m.nt. S. Said.

[9]

HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:440, *TRA* 2018/61, m.nt. F.M. Dekker.

[10]

Hof Amsterdam 11 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4571.

[\[11\]](#)

Ktr. Rotterdam 11 januari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:256.

[\[12\]](#)

Hof 's-Hertogenbosch 1 november 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4536.

[\[13\]](#)

HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2222, *TRA* 2019/29, m.nt. F.M. Dekker (*ESP/Schutt*).

[\[14\]](#)

Hoge Raad 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80.

[\[15\]](#)

Hoge Raad 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2305.

[\[16\]](#)

Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:11149.

[\[17\]](#)

Hof 's-Hertogenbosch 20 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5304.

[\[18\]](#)

Hoge Raad 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:64.

[\[19\]](#)

L.B. de Graaf, 'Herplaatsing: waar is de redelijkheid gebleven', *TRA* 2016/82, p. 16 e.v.

[\[20\]](#)

Vgl. r.o. 3.4.1 van de beschikking van 18 januari, ECLI:NL:HR:2019:64.

[\[21\]](#)

Hoge Raad 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182.

[\[22\]](#)

HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:440, *TRA* 2018/61, m.nt. F.M. Dekker.

[\[23\]](#)

HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617, *TRA* 2018/110, m.nt. D.J. Buijs.

[\[24\]](#)

HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2222, *TRA* 2019/29, m.nt. F.M. Dekker (*ESP/Schutt*).