



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Kroniek rechtspraak Wwz

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

Citation

Barentsen, B., Erkens, M. Y. H. G., Bulk, M. D., & Lasschuit, M. A. (2019). Kroniek rechtspraak Wwz. *Tijdschrift Recht En Arbeid*, 2019(8/9), 22-27. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/82610>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/82610>

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

Kroniek rechtspraak Wwz februari - april 2019

Prof. mr. B. Barentsen, mr. dr. M.Y.H.G. Erkens, M.D. Bulk & M.A. Lasschuit, datum 01-07-2019

Datum

01-07-2019

Auteur

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

Auteursprofiel

[B. Barentsen](#)

M.Y.H.G. Erkens

M.A. Lasschuit

Folio weergave

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

JCDI

JCDI:ADS68103:1

Vakgebied(en)

Arbeidsrecht / Europees arbeidsrecht

Arbeidsrecht / Algemeen

Ondernemingsrecht / Algemeen

Arbeidsrecht (V)

Arbeidsrecht / Arbeidsovereenkomstenrecht

Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht

Arbeidsrecht / Bijzondere onderwerpen arbeidsrecht

Personen- en familierecht (V)

Arbeidsrecht / Einde arbeidsovereenkomst

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

Deze kroniek betreft de Wwz-rechtspraak in de periode februari-april 2019.

1. De stand van zaken

1.1 Wwz-ontbindingsverzoeken

1.1.1 a-grond

Een werkgever heeft de arbeidsovereenkomst met toestemming van het UWV opgezegd wegens bedrijfseconomische omstandigheden, terwijl werkneemster op dat moment zwanger was. Werkgever beweert dat het opzegverbod wegens zwangerschap niet van toepassing is, omdat de werkzaamheden van de werkneemster inmiddels zijn beëindigd. Nu een deel van de werkzaamheden is blijven bestaan, oordeelt de kantonrechter echter dat het opzegverbod onverminderd van kracht is. Werkgever heeft in strijd met het opzegverbod de arbeidsovereenkomst opgezegd. De kantonrechter acht de financiële situatie van de werkgever onvoldoende reden om geen billijke vergoeding toe te kennen aan de werkneemster.^[2]

Een werkgever heeft werknemer in dienst genomen als verkoopmedewerker tegen een hoger salaris dan waar werknemer eigenlijk recht op had. De kantonrechter acht dit een unieke situatie. Na verval van de functie heeft werkgever getracht een passende functie te vinden voor werknemer. Werknemer weigerde die functie vanwege het lagere salaris. Toch heeft de werkgever aan zijn herplaatsingsplicht voldaan, omdat het oorspronkelijke hogere salaris enkel en alleen te danken was aan de tijdelijke, unieke functie die de werknemer vervulde.^[3]

Een werkneemster is gedetacheerd bij een dochtermaatschappij van werkgever. Na beëindiging van de detachering heeft werkneemster geen andere passende functie kunnen vinden bij werkgever. Sterker nog: werkneemster heeft er geen vertrouwen meer in dat zij ooit nog in een passende functie zal worden geplaatst bij werkgever. Werkgever heeft verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden op de h-grond, omdat er sprake zou zijn van een inhoudsloze arbeidsovereenkomst. De enkele vaststelling dat de arbeidsovereenkomst een lege huls is, is volgens de Kantonrechter Rotterdam echter niet voldoende om deze op de h-grond te ontbinden. De omstandigheden die hebben geleid tot het inhoudsloos worden van de

arbeidsovereenkomst moeten voldoende verschillen van de in art. 7:669 lid 3 onder a tot met g BW genoemde omstandigheden. Er moet worden getoetst aan de a-grond.^[4]

1.1.2 d-grond

De Rechtbank Amsterdam oordeelt dat uit de wet noch de wetsgeschiedenis volgt dat bij de toets of een redelijke grond voor ontslag bestaat bij een statutair bestuurder minder zware eisen zouden mogen worden gesteld. De opzegging van de arbeidsovereenkomst is gedaan zonder valide grond. Dit zorgt ervoor dat werknemer recht heeft op een billijke vergoeding van € 183.126.^[5]

1.1.3 e-grond

Een werkgever heeft een ontbindingsverzoek gedaan op grond van ernstig verwijtbaar handelen. Werknemer heeft jarenlang tijdens werktijd structureel activiteiten verricht voor zijn eigen bedrijf. Daarnaast heeft hij illegale bestanden gedownload en daarmee de integriteit van de server van de werkgever in gevaar gebracht. De kantonrechter oordeelt dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen en ontbindt de arbeidsovereenkomst. In beginsel heeft werknemer volgens de kantonrechter geen recht op een transitievergoeding, tenzij dit naar maatstaven van redelijkheid onaanvaardbaar is. Werknemer heeft lange tijd goed gefunctioneerd binnen het bedrijf en heeft vermoedelijk vanwege zijn leeftijd een lastige positie op de arbeidsmarkt. De kantonrechter oordeelt dat werknemer daarom toch aanspraak kan maken op een gedeeltelijke transitievergoeding, te weten € 39.000.^[6]

Een werknemer van een coöperatie is ontslagen op staande voet na het melden van een vermoeden van een misstand. Werknemer beroept zich op klokkenluidersbescherming. Deze bescherming gaat echter niet op voor werknemer, omdat hij zijn vermoeden op een onbehoorlijke, ongepaste en dwingende (aan chantage grenzende) wijze heeft gemeld en in strijd met zijn geheimhoudingsplicht gegevens heeft toegestuurd aan een lid van de coöperatie. Desondanks oordeelt de kantonrechter dat dit onvoldoende reden is om het ontslag op staande voet te rechtvaardigen. Daarbij wordt meegewogen dat het vermoeden van werknemer op redelijke gronden was gebaseerd. De kantonrechter vernietigt het ontslag op staande voet, maar wijst de ontbinding wegens verwijtbaar handelen toe, vanwege de wijze waarop werknemer melding heeft gemaakt van zijn vermoeden.^[7]

Een tramconductor heeft volgens de werkgever agressief gedrag vertoond jegens tramreizigers. De kantonrechter oordeelt dat er niet vast is komen te staan dat er daadwerkelijk sprake was van agressief gedrag. Werknemer heeft aangegeven moeilijk om te kunnen gaan met de veelvoorkomende agressie bij tramreizigers. Werknemer heeft om begeleiding hierbij gevraagd. Dit heeft de werkgever niet geboden. Er is geen sprake van verwijtbaar handelen van werknemer. Het verzoek tot ontbinding is toch afgewezen.^[8]

1.1.4 g-grond

Ontbinding op basis van de g-grond vanwege een onoplosbaar arbeidsconflict kan ook als de werknemer ziek is. Diverse gesprekken, e-mails en mediation hebben niet geresulteerd in een oplossing van het conflict. Vanwege ziekte van werknemer is sprake van een opzegverbod. Dit opzegverbod staat echter niet in de weg aan ontbinding, omdat het verzoek van werkgever is gebaseerd op een verstoorde arbeidsverhouding en die verstoring geen verband houdt met de ziekte. De kantonrechter Alkmaar ziet geen aanleiding om aan werknemer een billijke vergoeding toe te kennen. Werkgever is wel een transitievergoeding van € 118.467 verschuldigd.^[9] In het volgende geval is het ontbindingsverzoek gebaseerd op een verstoorte arbeidsverhouding door 'mismatch' tussen partijen. Nu werkgeefster de werknemer zelf actief heeft benaderd om in dienst te treden en vervolgens 'zomaar' de overeenkomst heeft willen beëindigen, wordt een billijke vergoeding toegekend aan werknemer.^[10]

Werkgever verzoekt om ontbinding. De kantonrechter wijst het verzoek toe, nu gebleken is dat er sprake is van een duurzaam verstoorte arbeidsrelatie. Werknemer zit al acht maanden thuis en heeft aangegeven niet terug te willen of te kunnen naar werkgever. Werknemer heeft tweemaal met een burn-out te maken gekregen, waardoor bij werkgever de twijfel groeide of werknemer de functie wel aan kan. Ook vond werkgever het risico op uitval te groot, omdat werknemer een belangrijke functie bekleedt. De werkgever heeft niet gehandeld zoals van een goed werkgever verwacht mag worden. Werkgever heeft moedwillig aangestuurd op een verstoorte arbeidsverhouding. De kantonrechter oordeelt dat werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld jegens werknemer. Werknemer heeft inkomensschade becijferd op een bedrag van € 958.944, waarbij hij is uitgegaan van een periode van 96 maanden waarin hij nog in dienst had kunnen blijven bij werkgever. De kantonrechter gaat hier niet in mee en stelt de billijke vergoeding vast op € 200.000, met inachtneming van een vermoedelijke inkomensdaling en de mogelijkheid dat werknemer zelf op enig moment een andere functie had gevonden.^[11]

De werknemer is in dienst als Creative Director bij Talpa. Deze laatste verzoekt om ontbinding. De kantonrechter wijst het verzoek toe, nu gebleken is dat er sprake is van een duurzaam verstoorte arbeidsrelatie. Er wordt ontbonden met toekenning van de transitievergoeding ad € 39.972,00. Bovendien heeft de werknemer recht op een billijke vergoeding.

Waar werkgever in het voorjaar van 2017, toen de eerste kritiek geuit werd, werknemer een adequaat verbetertraject had moeten aanbieden, heeft zij werknemer geschorst, met alle gevolgen van dien. Onder meer kon werknemer zijn 'voorwaardelijke 'bonus'', de zogeheten MMP-uitkering, niet te gelde maken. Werknemer is verder niet de kans geboden om zich te rehabiliteren. Dit dient naar het oordeel van de kantonrechter gekwalificeerd te worden als ernstig verwijtbaar. Er is onzekerheid over het causaal verband tussen het verwijtbare gedrag van de werkgever en de schade – de gemiste MMP-uitkering ad € 2.052.898,16. Daarom zoekt de kantonrechter voor de hoogte van de vergoeding aansluiting bij de regel uit *Nefalit/Karamus* (NJ 2011/250) betreffende proportionele aansprakelijkheid. De kantonrechter schat de kans van slagen van een verbetertraject op 50% en de kans dat niet de normoverschrijding van werkgever de oorzaak ervan is dat werknemer de MMP-uitkering niet te gelde kon maken maar het disfunctioneren van werkgever eveneens op 50%. De kantonrechter kent een billijke vergoeding van € 1.026.449,08 toe.^[12]

Een werkgever heeft werknemer tweemaal op staande voet ontslagen. Werkgever is vervolgens in staat gesteld het vermeende ernstig verwijtbare handelen van werknemer te bewijzen. De kantonrechter oordeelt dat werkgever niet voldoet aan haar bewijsopdracht en dat niet vast is komen te staan dat werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. De kantonrechter wijst het verzoek van werkgever af en ontbindt het dienstverband wegens een duurzaam verstoorde arbeidsverhouding. De kantonrechter stelt vast dat er sprake is van een onherstelbare vertrouwensbreuk. Dat werkgever werknemer tweemaal ten onrechte op staande voet heeft ontslagen is ernstig verwijtbaar. De kantonrechter kent daarom een billijke vergoeding toe van € 50.000.^[13]

1.1.5 h-grond

Zie voor een beperkte uitleg van de h-grond door de Rotterdamse kantonrechter bij een inhoudsloos dienstverband onder 1.1.1.^[14]

Een werknemer is veroordeeld tot 40 maanden detentie wegens diefstal met geweldpleging en bedreiging met geweld. Wegens de lange gevangenisstraf stelt werkgever dat van hem niet gevergd kan worden het dienstverband te laten voortduren. Werknemer beweert dat werkgever van hem af wil wegens arbeidsongeschiktheid en dat er daarom sprake is van een opzegverbod. De kantonrechter verwerpt dit betoog, omdat de grond voor beëindiging is gelegen in de detentie van werknemer (art. 7:671b lid 6 sub a BW). De kantonrechter oordeelt dat van werkgever niet kan worden gevergd het dienstverband te laten voortduren, omdat werknemer langdurig niet aan zijn verplichtingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst kan voldoen. Ook oordeelt de kantonrechter dat werknemer geen aanspraak kan maken op een transitievergoeding, omdat hij het risico op een lange gevangenisstraf – en daarmee het niet kunnen voldoen aan zijn uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen – op de koop toe heeft genomen door criminele activiteiten te gaan verrichten.^[15]

1.2 Opzegging, inclusief ontslag op staande voet

Een werkneemster is op staande voet ontslagen nadat zij tijdens een personeelsfeest cocaïne heeft aangeboden aan collega's en samen met één van deze collega's cocaïne heeft gebruikt. De kantonrechter Den Haag oordeelt dat het feit dat werkneemster zelf cocaïne gebruikt en een kleine hoeveelheid aanbiedt aan een collega enerzijds wellicht onwenselijk of zelfs strafbaar is. Anderzijds is recreatief drugsgebruik echter een maatschappelijke realiteit, die niet als uitzonderlijk moet worden gezien. Het gebruik vond plaats buiten werktijd en op een locatie ver verwijderd van de plaats waar de gebruikelijke werkzaamheden worden verricht. Daarnaast vond het gebruik plaats tijdens een personeelsuitje, georganiseerd door de personeelsvereniging. Van rechtstreekse betrokkenheid van werkgeefster bij de activiteiten van de personeelsvereniging is niet gebleken. Ten slotte vond het gebruik plaats in de beslotenheid van een kampeerboerderij. Daarom is het gebruik van cocaïne te ver verwijderd van het dienstverband en rechtvaardigt dit niet het ontslag op staande voet.^[16]

Een werkgeefster is spastisch en volledig afhankelijk van haar werknemers voor zorg. De arbeid vindt plaats in de privé-omgeving van werkgeefster en heeft betrekking op persoonlijke zorg. Wegens een defecte auto is werknemer niet op het werk verschenen, zij heeft vervolgens nagelaten vervanging te regelen. Zij weigerde met het openbaar vervoer te komen, omdat dit zou betekenen dat haar hond te lang alleen zou zijn. Ook zou haar financiële situatie dit niet toelaten. Beide redenen liggen volgens de kantonrechter in de risicosfeer van werknemer. Werknemer heeft geen initiatief genomen om vervanging te regelen. Tevens heeft zij niet geïnformeerd of het werkgeefster is gelukt om adequate vervanging te vinden. Daarmee heeft werknemer één van haar belangrijkste verplichtingen ernstig veronachtzaamd en het vertrouwen van werkgeefster beschaamd. Ontslag op staande voet is gerechtvaardigd.^[17]

Het vermelden van onjuistheden over opleiding, werkervaring en referenties op het curriculum vitae geeft een dringende reden voor ontslag op staande voet. Dat geldt hier in het bijzonder, omdat werkgever in zowel de vacature als tijdens de sollicitatieprocedure heeft aangegeven dat de aangegeven opleiding en werkervaring harde eisen betreffen. Aangezien het curriculum vitae een kerndocument is, mag werkgever vertrouwen op de inhoud hiervan. Het hof oordeelt dat het ontslag op staande voet gerechtvaardigd is gegeven en dat de kantonrechter ten onrechte de opzegging heeft vernietigd.^[18]

Werknemer is op staande voet ontslagen wegens het niet nakomen van zijn re-integratiewerkzaamheden. De bedrijfsarts

heeft meerdere malen vastgesteld dat werknemer in staat is re-integratiewerkzaamheden te verrichten. Dat heeft werknemer herhaaldelijk geweigerd. De kantonrechter oordeelt dat werknemer terecht is ontslagen op staande voet. In beginsel heeft werknemer geen recht op een transitievergoeding omdat hij ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Wegens de persoonlijke omstandigheden van werknemer en gezien het feit dat hij elf jaar lang goed heeft gefunctioneerd, kent de kantonrechter een gedeeltelijke transitievergoeding toe van € 5.405,50 bruto, dat is de helft van de wettelijke vergoeding.^[19]

1.3 Transitievergoeding

De Hoge Raad overweegt dat het de rechter niet vrij staat om af te wijken van de referteperiode zoals die uit de wettelijke regelingen volgt, tenzij onverkorte toepassing daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Werknemer heeft zich in juni 2013 ziek gemeld. Hierdoor loopt de referteperiode in beginsel van juni 2012 tot en met mei 2013. Het hof heeft echter gekozen voor een andere referteperiode, zonder vast te stellen waarom de referteperiode die uit de wet volgt naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De Hoge Raad vernietigt en verwijst.^[20]

De Hoge Raad oordeelt in de Woondroomzorg-beschikking dat bij de invulling van art. 673 lid 7 aanhef en sub c Boek 7 BW – verval recht op transitievergoeding bij ernstige verwijtbaarheid - slechts de omstandigheden van het geval van belang zijn voor zover deze van invloed zijn op de mate van verwijtbaarheid van het handelen/nalaten van de werknemer dat tot het ontslag heeft geleid.^[21] De overige (persoonlijke) omstandigheden komen wel in beeld bij de vraag of niet-toekenning van de vergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

1.4 Billijke vergoeding

Een werknemer wordt op staande voet ontslagen wegens het niet volgen van regels en interne procedures. Volgens werkgever is door toedoen van werknemer geld verdwenen bij de verkoop van containers en zou werknemer onvoldoende hebben meegewerkt aan het onderzoek wat hierop volgde. Het hof oordeelt echter dat werkgever niet in de bewijslevering is geslaagd. Daarnaast is de verwijzing van werkgever naar het verzoekschrift waaruit zou blijken dat werknemer zelf heeft erkend dat hij niet heeft meegewerkt aan het onderzoek uit zijn verband getrokken. De verwijten moeten worden bezien in het licht van alle omstandigheden, waaronder het feit dat werknemer al vele jaren goed functioneerde. Het ontslag op staande voet is een te zwaar middel en kan daarom niet worden gerechtvaardigd. Wegens het ernstig verwijtbaar handelen van werkgever moet de billijke vergoeding minimaal overeenkomen met de vertrekvergoeding die werknemer had kunnen bedingen, die wordt geschat op € 100.000. Met die fictieve vertrekvergoeding wordt echter onvoldoende rekening gehouden met het verwijt dat werkgever kan worden gemaakt. Er is immers in ernstige mate schade toegebracht aan de reputatie van werknemer. Het hof stelt de billijke vergoeding vast op € 125.000.^[22]

Niet onvermeld mag blijven dat in de *New Hairstyle*-zaak, na verwijzing, hetzelfde bedrag aan billijke vergoeding uit de bus is gekomen.^[23]

1.5 Concurrentiebeding

De werknemer is op 10 februari 2014 in dienst getreden bij werkgever. Partijen hebben bij indiensttreding een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gesloten die op 9 februari 2015 van rechtswege zou eindigen. Daarin is onder meer een concurrentie- en relatiebeding opgenomen. In 2015 en 2016 is de arbeidsovereenkomst met 12 maanden verlengd. Op 20 november 2018 heeft werknemer de arbeidsovereenkomst opgezegd. Hij wil in dienst treden bij een nieuwe werkgever. De oude werkgever beroept zich op het concurrentiebeding.

Het motiveringsvereiste in art. 7:653 lid 2 BW gold nog niet ten tijde van het ondertekenen van de eerste schriftelijke arbeidsovereenkomst (7 februari 2014). De vraag is of werkgever bij de verlenging van de arbeidsovereenkomst op 9 februari 2015, dus na de wijziging van art. 7:653 BW, alsnog aan het motiveringsvereiste had moeten voldoen. Op grond van het overgangsrecht geldt het motiveringsvereiste alleen voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd die na 1 januari 2015 tot stand zijn gekomen. De kantonrechter Arnhem is van oordeel dat sprake is van een tweede arbeidsovereenkomst. Arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd eindigen immers van rechtswege op grond van art. 7:667 lid 1 BW. De verlenging van de arbeidsovereenkomst onder dezelfde arbeidsvoorwaarden moet worden aangemerkt als een nieuwe arbeidsovereenkomst. Dit brengt mee dat de noodzaak van het relatie- en concurrentiebeding gemotiveerd had moeten worden in de tweede arbeidsovereenkomst. Dit is niet gedaan. Hierdoor moet geoordeeld worden dat het relatie- en concurrentiebeding niet rechtsgeldig overeengekomen is, waardoor werknemer niet gebonden is aan het relatie- of concurrentiebeding.^[24]

1.6 Beëindigingsovereenkomst

Werknemer laat via WhatsApp aan werkgeefster weten akkoord te zijn met de beëindigingsovereenkomst. Hiermee is een duidelijke en ondubbelzinnige instemming met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst gegeven, zo oordeelt de kantonrechter Zwolle. Aan de rechtszekerheid, waartoe het schriftelijkheidsvereiste dient, is ook voldaan, nu de instemming

voor beide partijen raadpleegbaar is. De beëindigingsovereenkomst is rechtsgeldig tot stand gekomen.^[25]

2. De rechterlijke lijn: billijke vergoeding en Wnt

Over de billijke vergoeding bestaat ondanks en misschien wel dankzij *New Hairstyle*^[26] de nodige discussie. Die is met de beschikking van het Bossche Hof van 14 februari 2019 nog lang niet verstomd.^[27]

Ook over de verhouding tussen de Wet normering topinkomens (Wnt) en de billijke vergoeding bestaat verschil van mening. De Wnt verbiedt ontslagvergoedingen van boven de € 75.000 voor topfunctionarissen in de publieke sector (art. 2.10 Wnt). Daarvan zijn vergoedingen die rechtstreeks voortvloeien uit de wet of cao uitgezonderd.^[28] De rechter is bij het bepalen van de een ontslagvergoeding niet gebonden aan het Wnt-maximum, art. 1.6 lid 2 Wnt. Als de rechter een hogere vergoeding passend acht, dan staat de Wnt daaraan niet in de weg.

Onder het oude recht werd aan de Wnt bij het bepalen van de ontbindingsvergoeding (art. 7:685 BW oud) doorgaans wel reflexwerking toegekend. Dat het om een topfunctionaris ging wiens vergoeding uit publieke middelen moest worden betaald, had een matigende werking op die vergoeding.^[29]

Inmiddels is er ook enige rechtspraak voorhanden over de Wnt en de billijke vergoeding. Soms wordt er wel reflexwerking aan de Wnt toegekend, soms niet. In twee opmerkelijk vergelijkbare gevallen nemen de kantonrechters Utrecht^[30] en Arnhem^[31] een tegengesteld standpunt in. In beide zaken gaat het om zorginstellingen die onder toezicht zijn gesteld door de Inspectie voor de Gezondheidszorg. Deze werken hun bestuurder vervolgens op een zeer onzorgvuldige manier weg. Te snel de publiciteit zoeken, geen hoor- en wederhoor, geen verbeterkans en dergelijke fouten leiden beide kantonrechters tot die conclusie. De Utrechtse kantonrechter wijst de verzochte billijke vergoeding van € 150.000 af, en kent mede gelet op de Wnt 'slechts' € 50.000 toe. In Arnhem wordt echter wel het verzochte bedrag (bijna € 140.000) toegekend, nu deze werknemer moet worden gecompenseerd voor de schadelijke gevolgen van het foute ontslag. Daar komen dan nog een transitievergoeding, een contractuele vergoeding en een vergoeding voor proceskosten bovenop. (Ook in Utrecht werd de transitievergoeding toegekend, overigens.)

Recenter heeft het Hof 's-Hertogenbosch geoordeeld dat de Wnt een factor is die mee mag wegen bij de vaststelling van de hoogte van de billijke vergoeding, nu uit *New Hairstyle* volgt dat alle omstandigheden van het geval relevant zijn.^[32]

Het komt ons wat merkwaardig voor dat een werkgever die zich uiterst onzorgvuldig gedraagt ervan zou mogen profiteren dat zijn slachtoffer onder de Wnt valt. De billijke vergoeding onder de Wwz heeft een ander karakter dan de oude 685-vergoeding. Ook al is die dan niet punitief van karakter, zij moet wel dienen om de gevolgen van het ontslag op te vangen. Als de werkgever die rekening moet betalen, kan daarvan ook een preventieve werking uitgaan. Niet direct valt in te zien dat dat niet of in mindere mate zou gelden voor topbestuurders. Wellicht hebben zij betere arbeidsmarktkansen, en zijn ze ook meer in de positie om een fraaie gouden handdruk voor zichzelf te regelen dan doorsnee-werknemers.^[33] Ook is het goed voorstelbaar dat topbestuurders meer jobhoppen en dus ook zonder het onrechtmatige ontslag niet al te lange tijd bij deze werkgever zouden zijn gebleven. Dat soort factoren hoort wel mee te wegen in de schadebegroting, maar de Wnt als zodanig hoort daar niet bij. De schade en het leed van wat we nu maar aanduiden als een schandelijk ontslag zijn er toch geen cent minder om als iemand als topbestuurder heeft gewerkt? Of zou er naar het spreekwoord 'hoge bomen vangen veel wind' sprake zijn van risico-aanvaarding?

Op dit moment is er van een vaste lijn in de rechtspraak nog geen sprake, zoals die zich wel onder het oude recht had ontwikkeld. Een andere lijn dan toen is goed pleitbaar, gezien de verschillen in het karakter tussen de oude ontbindingsvergoeding en de billijke vergoeding.

3. De verdieping: kleine Diko in fasen

Op 13 juli 2018 deed de Hoge Raad uitspraak in de *Fantasia*- of *Wilco*-zaak.^[34] Centraal staat de vraag of een werknemer die volgens de kantonrechter ten onrechte op staande voet is ontslagen recht heeft op loon als het ontslag in hoger beroep alsnog terecht wordt geacht. Het hof kan de vernietiging van het ontslag door de kantonrechter niet terugdraaien.^[35] Het kan wél de arbeidsovereenkomst met ingang van een toekomstige datum ontbinden wegens die dringende reden, maar dat neemt niet weg dat er tussen partijen tot aan die datum een arbeidsovereenkomst is blijven bestaan. En daar hoort in beginsel een loondoorbetalingsverplichting bij.

Onder het oude recht speelde deze vraag niet, omdat er toen geen sprake was van een gemankeerd hoger beroep. Daarin kon het hof het ontslag op staande voet en de beslissing van de kantonrechter ten volle toetsen. Daarom kon het oordeel van de kantonrechter dat het ontslag moest worden vernietigd zelf ook worden vernietigd in hoger beroep, zodat het ontslag op staande voet alsnog geldig raakte. Dat was dus uiteindelijk van kracht met ingang van de oorspronkelijk door de werkgever gehanteerde datum. Arbeidsovereenkomst en loondoorbetalingsplicht waren uiteindelijk ook verdwenen per die datum. Een heel bekend voorbeeld van zo'n ontslag-pingpong tussen kantonrechter en hof is de *Bijenkorf*-zaak uit 2012.^[36]

Volgens de regering zou handhaving van de oude praktijk neerkomen op het toelaten van ontbinding met terugwerkende kracht, en dat zou in strijd zijn met de rechtszekerheid.^[37] Op die redenering valt wel wat af te dingen, maar tekst van en toelichting op de nieuwe Wwz-bepaling over hoger beroep waren heel duidelijk: het hof mag geen ontslag in het verleden geven.

Het als gezegd toch wat gemankeerde hoger beroep leidde tot worstelingen bij de hoven. De zaak van *kleine Dico* is daar een treffende illustratie van. Het ging hier om een peuter die tijdens een uitje van zijn kinderdagverblijf door één van de begeleiders was vergeten. Het arme kind bleef geruime tijd achter in een snikhete auto. De vergeetachtige begeleider werd ontslagen. Geen geldig ontslag op staande voet volgens de kantonrechter, maar volgens het gerechtshof wél. Met enig kunst- en vliegwerk sloot het hof aan bij de door de kantonrechter gehanteerde voorwaardelijke ontbindingsdatum.^[38] Die lag na de datum van het ontslag op staande voet, maar voor die van de uitspraak van het hof. Iets minder moeite hebben de hoven met het ten gunste van de werknemer corrigeren van een in het verleden gelegen ontslagdatum.^[39]

Al die discussie loste de loonkwestie echter niet op. Die werd verder vertroebeld door de vaste rechtspraak dat niet werken als gevolg van een vernietigbaar ontslag voor rekening van de werkgever komt.^[40] De werknemer heeft daarom op grond van art. 7:628 BW recht op loon. Verder volgt uit het arrest *Van der Gulik/Vissers* dat een geschorste werknemer, ook als die schorsing volstrekt terecht is, recht heeft op loon.^[41] De conclusie dat een werknemer die na een ontslag op staande voet niet werkt toch recht heeft op loon als de kantonrechter hem de arbeidsovereenkomst teruggeeft, spreekt misschien niet tot de verbeelding, maar ligt wel voor de hand. Al met al heeft de Wwz in combinatie met die rechtspraak de werkgever én de gerechtshoven lelijk in een hoekje geschilderd.^[42] In de *Fantasia*-zaak gooit de Hoge Raad het over een andere boeg. Kort gezegd acht de Raad het niet aanvaardbaar dat de werkgever loon moet betalen over de periode dat het hoger beroep dient, als hij daarin in het gelijk wordt gesteld. Nu uit de wetsgeschiedenis niet blijkt dat die consequentie – recht op loon gedurende appel - van art. 7:683 lid 6 BW is voorzien, laat staan gewild, oordeelt de Raad dat de achteraf bezien terecht op staande voet ontslagen werknemer geen recht heeft op loon.

Formeel blijft de Raad af van het verbod van ontslag met terugwerkende kracht. Ook volgens de Hoge Raad eindigt de arbeidsovereenkomst pas nadat het hof uitspraak heeft gedaan. In de periode tussen de oorspronkelijke ontslagdatum en de door het hof bepaalde datum heeft een terecht op staande voet ontslagen werknemer echter geen recht op loon als hij geen werkzaamheden verricht. De Hoge Raad onderscheidt daarbij schorsing uitdrukkelijk van niet mogen werken wegens een ontslag op staande voet. Voor dat bijzondere geval geldt een eigen uitleg van art. 7:628, die inhoudt dat het niet-werken voor risico van de werknemer blijft.^[43] Kennelijk is de Hoge Raad van oordeel dat een ontslag op staande voet dat uiteindelijk in hoogste feitelijke instantie in orde wordt bevonden van een andere orde is dan een schorsing. Daarvoor gelden immers nauwelijks, laat staan duidelijke regels. Voor een ontslag op staande voet moet juist aan zeer strenge voorwaarden zijn voldaan, en de Hoge Raad wijst daar ook op in zijn beslissing. Een aardige vraag daarbij is ook nog hoe deze verdeling moet worden toegepast in een geval waarin een werknemer vooruitlopend op een ontslag is geschorst, of waarin de werknemer de toegang tot het werk wordt ontzegd na de beslissing van de kantonrechter. Prevaleert de schorsing (en het recht op loon) dan, en zo ja tot welk moment? Daar kan verschillend over worden gedacht, maar het lijkt ons dat de bijzondere regels voor ontslag gelden vanaf het moment dat het is gegeven. Dat daarvoor of daarbovenop ook nog is geschorst, maakt dat niet anders. Houweling benadrukt in zijn commentaar op de uitspraak van 13 juli 2018 dat het onderscheid tussen en de samenloop van schorsing en ontslag op staande voet heel veel vragen oproepen.^[44]

Bij de nieuwe invulling van art. 7:628 BW bij een uiteindelijk terecht ontslag moeten twee periodes worden onderscheiden. Niet werken tussen de ontslagdatum en de vernietiging van het ontslag komt hoe dan ook voor rekening van de werknemer. In de tweede fase, die van het hoger beroep, in beginsel ook, maar er zijn uitzonderingen mogelijk. De Hoge Raad noemt als voorbeeld het procesgedrag van de werkgever. Onduidelijk is welk gedrag tot een andere risicoverdeling kan leiden. Te denken valt aan het geval dat de kantonrechter welhaast gedwongen was om het ontslag ten onrechte te vernietigen, omdat de werkgever geen of volstrekt ontoereikend verweer voert. Dan zou gezegd kunnen worden dat de werkgever een hogerberoepsprocedure over zichzelf heeft afgeroepen en dat hij het loon dan maar moet betalen gedurende de tijd dat de overeenkomst ten onrechte blijft voortbestaan. Een ander voorbeeld is een aan de werkgever toe te rekenen vertraging van de procedure in hoger beroep. Dergelijke, op zichzelf begrijpelijke, uitzonderingen kunnen wel een meta-discussie oproepen over het procesgedrag van de werkgever. Wanneer procedeert een werkgever nu zo slecht of traag dat de risicoverdeling omslaat ten gunste van de werknemer? Hoewel de Hoge Raad dat niet met zoveel woorden zegt, lijkt het ons dat er pas bij evidente fouten van de werkgever tot een andere risicoverdeling moet worden besloten. Voorop staat immers dat de werknemer ernstig over de schreef is gegaan door de werkgever een dringende reden te geven en dat daar geen loonbetalingsverplichting bij past. Dat lijkt ons de kern van de uitspraak van de Hoge Raad. Dat foute gedrag wordt niet zonder meer weggepoetst als de werkgever in eerste aanleg of zelfs in hoger beroep niet helemaal lekker procedeert. Die uitleg knaagt wel wat aan de fundamenten van *Van der Gulik/Vissers*, waarin juist buiten beschouwing wordt gelaten dat de werknemer 'niet deugt'.^[45]

Er zijn dus veel vragen, waarop we hierboven antwoordindicaties hebben gegeven. Opmerkelijk is dat in de rechtspraak van

de hoven tussen periode juli 2018 en juni 2019^[46], deze vragen zich nog niet hebben voorgedaan naar aanleiding van een door de kantonrechter vernietigd maar door het hof terecht geacht ontslag op staande voet. Er is de uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 20 maart 2018, maar daarin kan het hof art. 7:628 BW echter redelijk rechttoe rechtaan toepassen. De werknemer had daar niets gesteld dat afwijking van de Fantasia-leer (geen recht op loon in fase 1 en 2) zou kunnen rechtvaardigen.^[47]

Voetnoten

[\[1\]](#)

Barend Barentsen, Yvonne Erkens, Dion Bulk en Maxime Lasschuit zijn respectievelijk als hoogleraar, universitair hoofddocent en student-assistenten verbonden aan de Afdeling Sociaal recht van de Universiteit Leiden.

[\[2\]](#)

Ktr. Rotterdam 2 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:3299.

[\[3\]](#)

Ktr. Amersfoort 26 april 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2011.

[\[4\]](#)

Ktr. Rotterdam 25 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:3298.

[\[5\]](#)

Rb. Amsterdam 14 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:2115.

[\[6\]](#)

Ktr. Gouda 12 maart 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:2659.

[\[7\]](#)

Ktr. Alkmaar 16 april 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:3965.

[\[8\]](#)

Ktr. Amsterdam 24 april 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3066.

[\[9\]](#)

Ktr. Alkmaar 19 maart 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:3109.

[\[10\]](#)

Ktr. Maastricht 20 maart 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:2585.

[\[11\]](#)

Ktr. Rotterdam 4 maart 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:2145.

[\[12\]](#)

Ktr. Almere 14 maart 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1106.

[\[13\]](#)

Ktr. Amsterdam 29 maart, ECLI:NL:RBAMS:2019:2533.

[\[14\]](#)

Ktr. Rotterdam 2 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:3299.

[\[15\]](#)

Ktr. Amsterdam 8 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3262.

[\[16\]](#)

Ktr. Den Haag 1 februari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:1473.

[\[17\]](#)

Ktr. Rotterdam 24 april 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:3199.

[\[18\]](#)

Hof Arnhem-Leeuwarden 20 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3196.

[\[19\]](#)

Ktr. Amsterdam 27 februari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:1468.

[\[20\]](#)

HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:632.

[\[21\]](#)

HR 8 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:203.

[\[22\]](#)

Hof 's-Hertogenbosch 28 februari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:718.

[\[23\]](#)

Hof 's-Hertogenbosch 14 februari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:516, *JAR* 2019/72, *TRA* 2019/48.

[\[24\]](#)

Ktr. Arnhem 5 april 2019, zaaknummer: 7532529 \ VV EXPI. 19-22 \ 25115 \ 40141.

[\[25\]](#)

Ktr. Zwolle 12 maart 2019, zaaknummer: 7484256 \ EJ VERZ 19-27.

[\[26\]](#)

HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:878, *NJ* 2019/170, m.nt. Verhulp.

[\[27\]](#)

ECLI:NL:GHSHE:2019:516, *JAR* 2019/72, *TRA* 2019/48.

[\[28\]](#)

Art. 1.1 onder i Wnt.

[\[29\]](#)

H.E. Meerman & D. Schuurman, 'Vier jaar Wnt: wat leverde het op?', *ArbeidsRecht* 2017/12, par. 5.1-3.

[\[30\]](#)

Ktr. Utrecht 20 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5467.

[\[31\]](#)

Ktr. Arnhem 30 januari 2018 ECLI:NL:RBGEL:2018:353.

[\[32\]](#)

Hof 's-Hertogenbosch 20 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5304, *JAR* 2019/34.

[\[33\]](#)

Zij het dat de Wnt die onderhandelingsruimte maximeert op € 75.000.

[\[34\]](#)

HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:109, *NJ* 2019/54, m.nt. Bouwens, *JAR* 2018/203 m.nt. Koole. Zie daarover ook B. Barentsen & S.F. Sagel, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJB* 2018/1876, onder 6, waaraan een deel van dit stuk is ontleend.

[\[35\]](#)

Vgl. art. 683 lid 6 Boek 7 BW en MvT Wwz, [Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3](#), p. 119-120.

[\[36\]](#)

HR 20 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9532.

[\[37\]](#)

MvT Wwz, [Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3](#), p. 119-120.

[\[38\]](#)

Hof Den Haag 23 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:435.

[\[39\]](#)

Bijv. Hof 's-Hertogenbosch 20 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4702.

[\[40\]](#)

Zie Barentsen, Arbeidsovereenkomst, commentaar op art. 7:628, aant. 2.

[\[41\]](#)

HR 21 maart 2003, *JAR* 2003/91.

[\[42\]](#)

Zie voor kritiek o.a. B. Barentsen & R.A.A. Duk, 'Het ontslagrecht van de WWZ. De honden blaffen, maar de karavaan trekt verder'; *TRA* 2015/67, onder 9 en A.R. Houweling, 'Rechtspreken wat krom is: een "Kleine Diko"-ontslag op staande voet', *ArbeidsRecht* 2018/7.

[\[43\]](#)

Kritisch zijn o.a. Bouwens (*NJ* 2019/54) en Dekker, *TRA* 2018/88.

[\[44\]](#)

A.R. Houweling, 'Loon bij ontslag op staande voet na Wilco: rechtgesproken wat nog steeds krom is?', *ArbeidsRecht* 2019/10, onder 4.

[45]

Vgl. Houweling, t.a.p.

[46]

[Rechtspraak.nl](#) is doorzocht over die periode.

[47]

Hof Arnhem-Leeuwarden 20 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:3196.