

Ontslagvergoedingen

F.J.L. PENNING

4.1 Inleiding

Sinds 1953 bevatte art. 1639w BW (oud) de bepaling dat de kantonrechter een ontslagvergoeding kon toekennen, ingeval hij een arbeidsovereenkomst ontbond wegens verandering van omstandigheden.¹ Bij de nieuw-BW-herziening in de jaren negentig werd art. 7:685 BW (oud) ingevoerd, dat bepaalde dat de kantonrechter bij een ontbinding wegens verandering in de omstandigheden, zo hem dat met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkwam, aan een van de partijen ten laste van de wederpartij een vergoeding toe kon kennen.

Over ontslagvergoedingen is in de loop der tijd veel geschreven.² Het zou veel te voeren om hier diepgaand op in te gaan; hier komen slechts enkele knelpunten aan de orde die van belang zijn voor een goed begrip van de opvolgers, de transitievergoeding en de billijke vergoeding.

Eén hoofdpunt van kritiek was dat een werkgever slechts verplicht kon worden een ontslagvergoeding te betalen als de arbeidsovereenkomst ontbonden werd; het UWV kon bij het afgeven van een ontslagvergunning geen vergoeding opleggen. Als de werkgever de weg van de opzegging van de overeenkomst volgde in plaats van een verzoek tot ontbinding te doen (hij was daarin onder het toenmalige ontslagrecht vrij), dan werd dus geen ontslagvergoeding toegekend. Het hing dus van de weg die de werkgever volgde af of een vergoeding werd betaald; dit kon leiden tot ongelijke uitkomsten in vergelijkbare omstandigheden, zonder dat daar een goede rechtvaardiging voor was. Dit werd in brede kring als onbevredigend ervaren.

Een tweede hoofdkritiekpunt was dat er geen nadere aanduiding in de wet stond voor de hoogte van de vergoeding; daardoor konden de vergoedingen die kantonrechters oplegden aanmerkelijk van elkaar verschillen. Om de kritiek hierop te ondervangen stelde de Kring van Kantonrechters in 1996 een zogeheten kantonrechtersformule vast, op basis waarvan kantonrechters de vergoedingen konden berekenen. Ze mochten er wel van afwijken.³ Deze formule luidde eenvoudigweg: $A \times B \times C$. De A stond voor het aantal dienstjaren bij een werkgever, waarbij het aantal met anderhalf werd vermenigvuldigd voor de jaren dat een werknemer in dienst was bij een werkgever nadat hij de leeftijd van

1 Tussen 1907 en 1953 bevatte dit artikel geen mogelijkheid tot het toekennen van een vergoeding, zie ook A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 39 e.v.

2 Bijv. A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009; zie ook de daarin genoemde literatuur.

3 Gepubliceerd in een bijlage van *ArbeidsRecht* 1996, 11.

40 jaar had bereikt en met twee bij werknemers boven de 50. De B stond voor brutoloon en de C voor correctiefactor. Met de correctiefactor kon de vergoeding worden verlaagd als de werknemer een verwijt kon worden gemaakt en verhoogd als de werkgever verwijtbaar had gehandeld. In 2009 werd de formule versoberd door meer leeftijdscategorieën in te bouwen, en de vermenigvuldigingsfactoren werden verlaagd voor zover ze betrekking hadden op de leeftijd.⁴

In de kantonrechtformule was de ontslagvergoeding niet alleen afhankelijk van de lengte van het dienstverband, maar ook van de leeftijd (door de vermenigvuldigingsfactor werd het principe van 'gewogen dienstjaren' toegepast). De achterliggende gedachte hierbij was dat oudere werknemers kwetsbaarder waren op de arbeidsmarkt en uit dien hoofde een hogere vergoeding zouden moeten krijgen bij ontslag.⁵ De formule kon met name bij langere dienstverbanden en oudere werknemers tot ontslagvergoedingen leiden die door werkgevers vaak hoog werden genoemd.

In de MvT bij de Wwz schrijft de regering dat ze de directe leeftijdsafhankelijkheid van ontslagvergoedingen als een tekortkoming van de oude regeling zag. Werkgevers zouden als gevolg van die leeftijdsafhankelijkheid soms terughoudend zijn oudere werknemers in dienst te nemen. En op hun beurt zouden oudere werknemers niet van baan durven te veranderen, omdat ze daarmee hun opgebouwde rechten op een vergoeding zouden verspelen. Als dit het geval was dan werkten ontslagvergoedingen als gouden ketenen.⁶ Overigens was de leeftijdsafhankelijkheid niet direct, maar indirect, want de hoogte hing primair af van het aantal jaren dat gewerkt is. Zoals we hierna zullen zien is de transitievergoeding momenteel ook indirect afhankelijk van de leeftijd, al is de hoogte van de vergoeding veel lager.

In het nieuwe stelsel zijn voor de ontslagvergoedingen transitievergoedingen in de plaats gekomen, die gerelateerd zijn aan de duur van het dienstverband, en die neutraal zijn ten opzichte van eventuele tekortkomingen van de werkgever. Daarnaast kan een billijke vergoeding worden toegekend, als er sprake is van ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever; het is de bedoeling van de wetgever dat deze alleen in ernstige gevallen wordt toegekend, en daarmee veel minder vaak dan onder de oude regeling van de ontslagvergoedingen. De vergoedingen komen in par. 4.2 en 4.3 achtereenvolgens aan de orde.

In het Regeerakkoord *Vertrouwen in de toekomst* (oktober 2017) worden een aantal aanpassingen van de transitievergoeding voorgesteld. Deze zijn nog verre van uitgewerkt, zodat ze slechts globaal aan de orde kunnen komen in de volgende paragrafen.

4 'Kantonrechtformule aangepast', *NJB* 2008, p. 1961.

5 Het is in het kader van dit boek niet nodig om uitgebreid op de formule en de toepassing ervan in te gaan; er is over dit onderwerp erg veel geschreven. Zie bijv. A. Van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009.

6 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 24.

4.2 De transitievergoeding

4.2.1 Grondslag van de transitievergoeding

Over de precieze grondslag voor de oude ontslagvergoeding was discussie mogelijk, aangezien die nergens was vastgelegd.⁷ Eén grondslag zou kunnen zijn dat het verlies van de baan moest worden gecompenseerd. Maar wat moest precies worden gecompenseerd? Is het vergoeding voor materiële schade, zoals bijzondere investeringen gedaan in de baan (opleiding, verhuizing, hulpmiddelen)? Of gaat het om immateriële schade, en daarom om compensatie voor trouwe dienst? Of compensatie voor het verlies van inkomen in de toekomst?

Naast de duur van het dienstverband speelde ook leeftijd een (indirecte) rol in de berekening van de hoogte van de vergoeding. Als argument daarvoor werd aangevoerd dat ouderen meer problemen hebben om nieuw werk te vinden dan anderen, en daarom langer met een inkomensachteruitgang te maken hebben. Helemaal overtuigend was dit argument niet, onder andere omdat voor oudere werknemers met een kort dienstverband met de huidige werkgever slechts een lage vergoeding hoefde te worden toegekend, zodat de slechte arbeidsmarktpositie hier niet gecompenseerd werd.

Een voorstel voor een andere opzet van de ontslagvergoedingen werd in 2008 gedaan door de commissie-Bakker.⁸ Deze commissie stelde een zogeheten werkbudget voor alle werknemers voor. Dit werkbudget zouden ze kunnen gebruiken om te investeren in vaardigheden en om talenten te ontwikkelen tijdens hun werk en voor scholing en inkomensaanvulling in geval van ontslag. In de visie van de commissie zou het werkbudget in de plaats van de toenmalige ontslagvergoeding komen; het zou de baanmobiliteit niet afremmen, maar ruimte laten voor verschillende keuzen. 'Daarbij gaat het dus om een verschuiving van inzet van middelen voor nazorg naar inzet ten behoeve van voorzorg', aldus de commissie.⁹

De transitievergoeding werd als volgt geïntroduceerd in de memorie van toelichting van de Wwz: 'In beginsel (krijgt) iedereen met een dienstverband dat ten minste twee jaar heeft bestaan recht op een transitievergoeding, die onafhankelijk is van de leeftijd van de werknemer en die ingezet kan worden voor van-werk-naar-werk-trajecten. De kansen op vast werk van met name oudere werknemers worden hierdoor versterkt.'¹⁰ Op p. 34 van de memorie wordt de doelstelling van de transitievergoeding verduidelijkt: '(De) transitievergoeding is bedoeld ter compensatie van ontslag en om de werknemer in staat te stellen de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken'.

Bij de transitievergoeding wordt niet langer meegewogen of het ontslag redelijk is in het licht van de gevolgen van het ontslag voor de werknemer en de door de werkgever getroffen voorzieningen om deze gevolgen te verzachten; ook het gedrag van de werkgever

7 Zie ook A. Van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 103 e.v.

8 Commissie-Bakker, *Naar een toekomst die werkt*, Den Haag, 2008, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2008/06/16/naar-een-toekomst-die-werkt-advies-commissie-arbeidsparticipatie>.

9 Commissie-Bakker, p. 78.

10 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 5.

wordt niet meegewogen. Wel kan de zogeheten billijke vergoeding dienen ter compensatie voor het gedrag van de werkgever, maar deze speelt in de Wwz een veel kleinere rol dan de oude ontslagvergoeding, zie par. 4.3.

De compensatie voor het verlies van de baan wordt nadrukkelijk genoemd als doelstelling van de transitievergoeding en wel als eerste. In vergelijking met de oude ontslagvergoeding valt ten eerste op dat de transitievergoeding betaald wordt aan alle werknemers, ongeacht de wijze van beëindiging van het dienstverband. Ook bij dienstverbanden die van rechtswege aflopen is de transitievergoeding verplicht. Bij het laatstgenoemde type contracten is compensatie van het verlies van baan strikt genomen niet aan de orde; immers, van tevoren is al bekend dat de baan beperkt in tijd is. De regering beargumenteerde de gelijkstelling door te stellen dat voorkomen moet worden dat tijdelijke contracten om oneigenlijke redenen aantrekkelijker zijn dan vaste contracten; juist werknemers op tijdelijke contracten hebben vaak steun nodig om inkomensverlies te ondervangen, aangezien hun WW-uitkeringen vaak slechts kort duren.

Ofschoon de term 'transitievergoeding' en de genoemde doelstelling om daarmee de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken doen denken aan het voorstel van de commissie-Bakker, vermeldt de memorie van toelichting dat rapport en de daarin ontvouwen redenering niet.¹¹ In de memorie van toelichting wordt ook niet uitgewerkt hoe door de transitievergoeding de transitie naar een andere baan wordt vergemakkelijkt. Anders dan in het voorstel van de commissie-Bakker, waarin het werkbudget kon worden besteed aan scholing of andere zaken ter vergroting van de *employability* op door werknemer en werkgever te kiezen momenten tijdens het dienstverband, wordt de transitievergoeding pas aan het eind van het dienstverband uitbetaald. Ook heeft de werknemer zelf geen zeggenschap over de aanwending van zijn budget tijdens het dienstverband; het is aan de werkgever om scholing aan te bieden en kosten daarvoor mogen onder bepaalde voorwaarden van de transitievergoeding worden afgetrokken.

Zou dat de volledige regeling zijn, dan zou ze werknemers niet bepaald enthousiast voor scholing maken. Volgen van scholing zou immers kunnen leiden tot een lagere ontslagvergoeding. Zoals we zullen zien in par. 4.2.7 is evenwel nader geregeld dat de mogelijkheden om scholingskosten af te trekken van de transitievergoeding beperkt zijn. Zowel qua regeling als qua (verwachte) praktijk is de transitievergoeding daarom voornamelijk een ontslagvergoeding en zal ze zelf weinig bijdragen tot vergroting van de *employability*.

Ook de Raad van State achtte in zijn advies over het wetsontwerp Wwz de koppeling van de transitievergoeding aan het einde van de arbeidsovereenkomst onvoldoende om de *employability* van werknemers te kunnen vergroten.¹² Wanneer pas aan transitie wordt gewerkt als ontslag dreigt, is dat in veel gevallen te laat, in ieder geval voor werknemers in vaste dienst. Voor *employability* is immers nodig dat de werknemer zich tijdens het dienstverband inspant om zijn blijvende inzetbaarheid en daarmee werkzekerheid op de arbeidsmarkt te vergroten. Voor vergroting van de *employability* heeft de transitievergoeding, aldus de Raad, een te vrijblijvend karakter, nu deze vergoeding niet is gekoppeld

11 Opmerkelijk is dat in de MvT eenmaal de term 'transitiebudget' in plaats van 'transitievergoeding' wordt gebruikt (*Kamerstukken II 2013/14*, 33818, nr 3, p. 39), wellicht nog een invloed van het werkbudget van de commissie-Bakker.

12 *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, nr 4, p. 10.

aan het doel waarvoor deze mede bestemd is, te weten een van-werk-naar-werktraject of scholing en opleiding. Ze zal in de praktijk in feite de voortzetting vormen van de oude onbestemde of ongerichte ontslagvergoeding, en is daarom louter een verlaging van de ontslagvergoeding. Daarmee komt het voorstel tegemoet aan de wens om te hoge ontslagkosten te voorkomen, maar niet aan het doel om de omslag van baan- naar-werkzekerheid te bevorderen, aldus de Raad. Hij voegde eraan toe dat het de vraag is of de vergoeding in alle gevallen voldoende is voor scholing en opleiding; de kosten daarvoor hangen immers niet samen met de duur van de arbeidsovereenkomst.

Ook tijdens de parlementaire behandeling zijn vragen gesteld over het rechtskarakter van de transitievergoeding.¹³ De regering antwoordde hierop dat de transitievergoeding is bedoeld als compensatie voor (de gevolgen van) het ontslag en dient om de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken. Dit tweeledige doel geeft de transitievergoeding dan ook een eigen, hybride, karakter, aldus de regering.

Dat hybride karakter verklaart enkele ongerijmdheden die aan de orde kwamen in vragen van parlementsleden:¹⁴ kan de regering aannemelijk maken dat de kosten voor het vergemakkelijken van de transitie naar een andere baan hoger zijn naarmate de arbeidsovereenkomst langer heeft geduurd; waarom is de vergoeding per gewerkt jaar hoger na een arbeidsduur van tien jaar? Daardoor kan immers nog steeds sprake zijn van gouden ketenen voor oudere werknemers. Ook vroegen parlementsleden wat de relatie is tussen het vergemakkelijken van de transitie naar een andere baan en de hoogte van het loon van de werknemer. In het licht van de stelling van de regering dat werknemers met een hoger inkomen over het algemeen beschikken over een betere arbeidsmarktpositie, vaak sneller ander werk vinden en de inkomensderving als gevolg van ontslag eerder zelf kunnen opvangen, vroegen zij waarom werd voorgesteld de transitievergoeding mede afhankelijk te laten zijn van het loon.

In antwoord hierop verklaarde de regering dat het vinden van een andere baan moeilijker is naarmate de werknemer langer niet van baan is veranderd. Daarom is de opbouw van de transitievergoeding gekoppeld aan de duur van de arbeidsovereenkomst. Nu de nieuwe ontslagvergoeding aanmerkelijk lager is dan de oude was de regering van mening dat in het wetsvoorstel een juiste balans was gevonden tussen enerzijds een opbouw die aansluit bij de positie van de werknemer op de arbeidsmarkt, en anderzijds een opbouw die niet te veel prikkels geeft om zo lang mogelijk in dezelfde baan werkzaam te zijn.

4.2.2 Regeerakkoord van Kabinet Rutte III

In het Regeerakkoord *Vertrouwen in de toekomst* wordt voorgesteld om voor de transitievergoeding niet langer een drempel van twee jaar aan te houden. Een toelichting hierbij ontbreekt. In het Sociaal akkoord 2013, dat ten grondslag lag aan de Wwz, was de eis van twee jaar overigens beperkt tot een transitievergoeding bij tijdelijke contracten.¹⁵ We kunnen vermoeden dat het voordeel van het verdwijnen van deze drempel is dat er geen prikkel meer is om een werknemer voor (net iets) korter dan twee jaar aan te nemen.

13 *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, nr 7, p. 68-85.

14 *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, nr 7, p. 78.

15 *Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020. Verantwoordelijkheid nemen én dragen, kansen creëren én benutten*, Den Haag 2013.

Tevens gaat het Regeerakkoord in op het in de praktijk geconstateerde probleem¹⁶ dat in sommige gevallen een werknemer niet goed functioneert, maar dat de feiten niet zwaar genoeg zijn om ontslag op een van de wettelijke gronden te rechtvaardigen. Het Regeerakkoord kondigt een wijziging van de Wwz aan die de mogelijkheid biedt de rechter te laten oordelen dat ontslag gerechtvaardigd is op basis van de cumulatie van omstandigheden genoemd in de verschillende ontslaggronden. Als compensatie voor deze nieuwe mogelijkheid kan de rechter de transitievergoeding verhogen (met maximaal de helft van de transitievergoeding bovenop de normaal geldende). De motivering hiervoor is nog niet bekend, maar het lijkt erop dat de rechtsgrond voor de transitievergoeding wordt verruimd: niet alleen compensatie voor het verlies van de baan, maar ook voor het feit dat ontslag gemakkelijker wordt als de gronden onvoldragen zijn. Momenteel zal in dit soort gevallen vaak geprobeerd worden door middel van een vaststellingsovereenkomst met een afkoopsom overeenstemming over het ontslag te verkrijgen; de nieuwe regeling is voor een aantal van die gevallen nu wettelijk maximum voor de rechter. Het is goed denkbaar (maar onbekend) dat dit lager is dan de vergoedingen die momenteel overeengekomen worden.

Een derde verandering die van belang is voor de omschrijving van de rechtsgrond is dat er geen verhoging meer is voor personen die langer dan tien jaar gewerkt hebben bij een werkgever. Daarmee worden de 'gouden ketenen' minder zwaar, maar is ook de compensatie lager voor oudere werknemers, ook al hebben ze minder goede kansen om een baan te vinden. Aangezien die grond in de tot dusver geldende regeling niet consequent uitgewerkt was – oudere werknemers met een kort dienstverband kregen immers een lage vergoeding – is de redenering die ten grondslag van de vergoedingen ligt consistentier geworden. Blijft echter staan dat de arbeidsmarktpositie van oudere werknemers hiermee nog niet beter wordt. Overigens blijft de overgangsregeling voor transitievergoedingen voor 50-plussers wel bestaan, maar dit is een tijdelijke regeling (zie par 4.2.6).

4.2.3 Voorwaarden voor de transitievergoeding

De wettelijke gronden

De hoofdvoorwaarde voor een transitievergoeding is dat de arbeidsovereenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd en dat aan de arbeidsovereenkomst een einde is gekomen door toedoen van de werkgever (art. 7:673 BW).

Volgens art. 7:673, lid 4a, BW worden maanden waarin de gemiddelde omvang van de door de werknemer verrichte arbeid ten hoogste twaalf uur per week heeft bedragen, tot het bereiken van de 18-jarige leeftijd buiten beschouwing gelaten. De uitsluiting van deze jaren werkt dus door ook na de leeftijd van 18 jaar.

De voorwaarde van 24 maanden werd als volgt door de wetgever beargumenteerd: 'In het kader van goed werkgeverschap heeft de werkgever een zorgplicht voor de werknemer, ook bij ontslag. Die zorgplicht reikt naar de mening van de regering echter niet zover dat de werkgever verantwoordelijk is voor het betalen van een vergoeding bij dienstverbanden van korter dan twee jaar. De termijn van twee jaar brengt dan ook tot uitdrukking dat een werkgever alleen bij langer durende arbeidsrelaties gehouden is tot het betalen van een vergoeding en sluit aan – als het gaat om tijdelijke werknemers – bij de (nieuwe) termijn

¹⁶ Zie hfdst. 3.

voor de ketenbepaling waarna een vast dienstverband ontstaat (na twee in plaats van na drie jaar).'

Zodra de termijn van 24 maanden is bereikt, bestaat er bij einde van de arbeidsovereenkomst recht op een transitievergoeding, dus niet pas na 24 maanden en ten minste één dag.¹⁷

Zoals we zagen in par. 4.2.2 is in het Regeerakkoord aangekondigd dat deze voorwaarde gaat vervallen. Vanaf het begin van de arbeidsovereenkomst krijgen de werknemers dus recht op transitievergoeding. Hoe dat wordt uitgewerkt is nog onzeker, maar aangenomen mag worden dat de huidige regeling, die inhoudt dat men met elke zes maanden een zesde van het maansalaris opbouwt, blijft bestaan. Dat zou betekenen dat pas na zes maanden recht op een transitievergoeding zal bestaan.

Hierna ga ik nader in op de huidige regeling. Bij de volgende wijzen van beëindiging van de arbeidsovereenkomst ontstaat volgens art. 7:673 BW recht op transitievergoeding.

- (a) De eerste is dat het initiatief tot beëindiging bij de werkgever ligt.
- Dit is aan de orde als de werkgever de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd.
 - Dit geldt ook als de kantonrechter de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever heeft ontbonden.
 - Ten slotte bestaat recht op transitievergoeding als de arbeidsovereenkomst na een einde van rechtswege op initiatief van de werkgever niet aansluitend voortgezet is en voor het eindigen van de arbeidsovereenkomst geen opvolgende arbeidsovereenkomst is aangegaan die tussentijds kan worden opgezegd en ingaat na een tussenpoos van ten hoogste zes maanden. Als de werknemer een gelijkwaardig of beter contract weigert, dan bestaat er derhalve geen recht op een transitievergoeding. Deze derde mogelijkheid biedt dus ook recht op een transitievergoeding na afloop van een tijdelijke overeenkomst. Dit is een novum, want voorheen vielen werknemers op tijdelijke contracten buiten de boot bij ontslagvergoedingen.
- (b) Recht op transitievergoeding bestaat ook als het initiatief tot beëindiging bij de werknemer ligt.
- Hiervoor geldt wel als voorwaarde dat de werknemer de arbeidsovereenkomst als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever opzegt.
 - Een alternatief is dat de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werknemer door de rechter is ontbonden in verband met ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.
 - En dit geldt ook als een arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt en op initiatief van de werknemer niet aansluitend is voortgezet als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.

De ontbindende voorwaarde en de transitievergoeding

Indien de arbeidsovereenkomst beëindigd is met wederzijds goedvinden, bestaat geen recht op een transitievergoeding. In de beëindigingsovereenkomst kunnen uiteraard wel afspraken over een beëindigingsvergoeding worden opgenomen¹⁸ en de regeling van de

¹⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 38. Bevestigd in Rb. Limburg 9 maart 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:2220, AR 2017/1344.

¹⁸ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr 3, p. 39.

transitievergoeding zal waarschijnlijk wel reflexwerking hebben op de inhoud van de beëindigingsovereenkomst.

De wet zwijgt over transitievergoeding bij een ontbindende voorwaarde; dat is niet heel vreemd, omdat het wettelijk ontslagstelsel zelf ook de ontbindende voorwaarde niet noemt.¹⁹ Of bij eindiging van de arbeidsovereenkomst door het intreden van een ontbindende voorwaarde recht op een transitievergoeding bestaat is dus onzeker. Vanuit de systematiek van de transitievergoeding ligt een bevestigend antwoord op deze vraag voor de hand. Immers, de wetgever heeft als uitgangspunt geformuleerd dat een werknemer die zijn baan verliest niet met lege handen mag komen te staan, zelfs niet bij een tijdelijk contract, tenzij hij zonder goede reden ontslag heeft genomen of zich misdragen heeft.

Men zou kunnen tegenwerpen dat art. 7:673 BW limitatieve gronden bevat voor het recht op een transitievergoeding. Dat is echter geen overtuigend argument, nu eindiging van de arbeidsovereenkomst door een ontbindende voorwaarde ook buiten de in de wet genoemde gevallen is geaccepteerd. Er is dus niet zonder meer sprake van een gesloten stelsel.

Van Eck is van mening dat de ontbindende voorwaarde niet meer mogelijk is onder de Wwz. Als dat toch zo is, dan is, vanwege wat zij kennelijk als limitatieve opsomming in art. 7:673 BW ziet, geen transitievergoeding mogelijk.²⁰ Van Sloten denkt dat er wel recht op transitievergoeding kan bestaan in dit geval; hij haakt aan bij de grond dat de overeenkomst van rechtswege eindigt en op initiatief van de werkgever niet wordt voortgezet (art. 7:673, lid 1, BW). Soms zal daarvan sprake kunnen zijn bij een einde als gevolg van een ontbindende voorwaarde, aldus Van Sloten, bijvoorbeeld indien de werknemer nog in aangepaste arbeid door zou kunnen en willen, maar de werkgever dat niet wenst.²¹ Zijn redenering houdt in dat bij een ontbindende voorwaarde slechts in een beperkt aantal gevallen recht bestaat op transitievergoeding.

Volgens De Wolff kan in het geval de werkgever zich op de ontbindende voorwaarde beroept, gesteld worden dat de overeenkomst op diens initiatief niet wordt voortgezet. Indien het niet-voortzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, dan bestaat geen recht op transitievergoeding.²²

Art. 7:673 BW spreekt evenwel over respectievelijk opzegging door de werkgever en ontbinding op verzoek van de werkgever, zodat het voorstel om het invoeren van een ontbindende voorwaarde hieronder te laten vallen slechts bij wijze van analoge interpretatie kan. Materieel komt deze benadering overeen met mijn interpretatie dat de vraag of er in dit geval recht is op transitievergoeding vanuit de doelstelling ervan moet worden gezien, namelijk dat de werknemer niet met lege handen moet komen te staan, behalve in de situatie dat hij zelf ontslag neemt of zich heeft misdragen.

Inmiddels is er wel al lagere rechtspraak die de ontbindende voorwaarde onder de Wwz toestaat, maar daarin is nog geen uitspraak gedaan over de transitievergoeding.²³

19 Zie over de ontbindende voorwaarde vóór de Wwz, M. van Eck, 'Over de (on)mogelijkheid van de ontbindende voorwaarde onder de Wwz', *TvO* 2017, p. 4.

20 Idem.

21 J. van Slooten, 'Is er onder de Wwz nog plaats voor de ontbindende voorwaarde?', *TvO* 2017, p. 2.

22 D.J.B. de Wolff, 'De arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde en de Wet werk en zekerheid', *TRA* 2017, p. 12.

23 De werknemer had deze ook niet gevraagd, maar wel een billijke vergoeding; deze werd echter geweigerd, Rb. Noord-Holland 19 april 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2892.

Slapende dienstverbanden en transitievergoeding

Ook aan langdurig arbeidsongeschikte werknemers is een transitievergoeding verschuldigd als de werkgever de arbeidsovereenkomst opzegt. Dit is een verbetering ten opzichte van de oude regeling, onder welke bij langdurige arbeidsongeschiktheid in beginsel geen vergoeding bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst toegekend werd, tenzij de werkgever zijn re-integratieverplichtingen had geschonden of de werknemer door of vanwege het werk arbeidsongeschikt was geworden. Aangezien na twee jaar ziekte de loondoorbetalingsverplichting op grond van art. 7:629 BW niet meer bestaat, kiezen werkgevers er soms voor het dienstverband met hun zieke werknemer te laten voortduren. Ze zijn dan de transitievergoeding niet verschuldigd. Kan de werknemer nu toch een transitievergoeding afdwingen door te stellen dat het in strijd is met goed werkgeverschap om een slapend dienstverband in stand te houden? Zowel de kantonrechter Gouda²⁴ als de kantonrechter Rotterdam²⁵ oordeelden dat op de werkgever geen verplichting rust om een arbeidsovereenkomst te beëindigen. De kantonrechter Gouda overwoog dat, indien de werknemer een transitievergoeding wenst te ontvangen, hij op grond van art. 7:673, lid 1, onder b BW om een ontbinding zal moeten vragen vanwege ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. De kantonrechter Rotterdam noemde dat in deze situatie de mogelijkheid van een verzoek tot ontbinding op grond van art. 7:671c BW en een billijke vergoeding op grond van slecht werkgeverschap opties zijn.

Uit latere rechtspraak blijkt dat deze mogelijkheden niet steeds succesvol zijn: het in stand houden van een arbeidsovereenkomst met een langdurig zieke werknemer zal niet zomaar als ernstig verwijtbaar gedrag worden bestempeld of als gedrag dat in strijd is met het goed werkgeverschap, zo blijkt in een uitspraak van Rechtbank Midden-Nederland.²⁶ De kantonrechter ontbond op verzoek van de zieke werkneemster de arbeidsovereenkomst, maar wees het verzoek om een transitievergoeding af. De rechter overwoog dat voor toekenning van deze vergoedingen sprake dient te zijn van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Aan het ernstig verwijtbaar handelen had verzoekster drie omstandigheden ten grondslag gelegd. Volgens haar had de werkgever verzuimd zorg te dragen voor goede arbeidsomstandigheden, had hij de re-integratieverplichting grovelijk veronachtzaamd en had hij het dienstverband slapend gehouden. De kantonrechter was van mening dat ze onvoldoende had onderbouwd dat de werkbelasting te zwaar was. Ook het verwijt van onvoldoende re-integratie-inspanningen, waarvoor het UWV een loonsanctie had opgelegd, betekende niet dat er sprake was van ernstig verwijtbaar gedrag, nu de werkneemster zelf meende niet tot re-integratie in staat te zijn. Het slapend houden van de arbeidsovereenkomst om betaling van de transitievergoeding te vermijden vond de kantonrechter niet ernstig verwijtbaar. De kantonrechter verwees ter ondersteuning van dit oordeel naar het antwoord van minister Asscher (toenmalig Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid) op 7 september 2015 op Kamervragen of hij de mening deelde dat het onbetaald in dienst houden van werknemers (na twee jaar arbeidsongeschiktheid) getuigt van onfatsoenlijk werkgeverschap; de minister antwoordde dat dit wel van onfatsoenlijk werkgeverschap kan getuigen, maar hij vond nadere maatregelen niet nodig.²⁷ Ook in een

24 Rb. Den Haag 21 oktober 2015, AR 2015/1095.

25 Rb. Rotterdam 6 november 2015, AR 2015/1181.

26 Rb. Midden-Nederland 2 december 2015, ECLI:RBMNE:2015:8495 (*Werkneemster/Stichting Leger des Heils*), JAR 2016/5.

27 *Kamerstukken II 2014/15, Aanhangsel nr. 3304.*

zaak voor Rechtbank Limburg²⁸ deed een arbeidsongeschikte werknemer een beroep op de bepaling van ernstig verwijtbaar handelen om recht op een transitievergoeding toegekend te krijgen, en ook dit werd afgewezen. Inmiddels is deze jurisprudentie bevestigd door gerechtshoven.²⁹

De minister heeft ondertussen wél maatregelen getroffen om deze problematiek te ondervangen, namelijk door een wetsvoorstel in te dienen om een door de werkgever betaalde transitievergoeding bij langdurige arbeidsongeschiktheid te compenseren.³⁰ De minister is van mening dat de cumulatie van financiële verplichtingen voor een werkgever bij langdurige ziekte (eerst loonbetaling, kosten voor re-integratie en dan transitievergoeding) niet de totstandkoming van bestendige arbeidsrelaties bevordert, vandaar de compensatie. De compensatie betreft het bedrag van de transitievergoeding en de daarop in mindering gebrachte kosten voor inzetbaarheid en transitie (de werkgever wordt dus niet 'gestraft' als hij die kosten heeft gemaakt). De compensatie wordt door het UWV betaald uit het Algemeen werkloosheidsfonds.

De compensatie wordt betaald bij zowel opzegging, ontbinding als niet-voortzetten van een overeenkomst. Om te voorkomen dat de arbeidsovereenkomst wordt voortgezet alleen om een hogere vergoeding te krijgen, wordt het einde van de loonbetalingverplichting van twee jaar aangehouden als tijdstip om de hoogte van de vergoeding te bepalen. De periode van de eventuele loonsanctie telt derhalve niet mee. Als de arbeidsovereenkomst eindigt met wederzijds goedvinden, dan wordt geen compensatie toegekend als op grond van de wet geen transitievergoeding bestaat.³¹ In het Regeerakkoord (p. 23) wordt aangekondigd dat dit wetsvoorstel gehandhaafd blijft.

Beëindiging op verzoek van de werknemer: ernstig verwijtbaar handelen door de werkgever
In de bespreking van de transitievergoeding bij langdurige ziekte in de vorige alinea werden pogingen vermeld van werknemers om een transitievergoeding te krijgen, terwijl zijzelf het initiatief tot ontbinding of opzegging hadden genomen. Voorwaarde voor een succesvol beroep op een transitievergoeding is echter dat de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld.

De rechter legt de lat om ernstig verwijtbaar handelen aan te nemen hoog; in de boven besproken gevallen werd de lat niet gehaald. Dat was wel het geval in de volgende zaak, die diende bij Rechtbank Noord-Nederland.³² De werknemer was volledig arbeidsongeschikt totdat hij in 2010 in dienst trad bij een bedrijf. Nadat hij een jaar of vijf gewerkt had, meldde hij zich in 2015 ziek, waarop de werkgever de loonbetaling staakte. Zelfs nadat de kantonrechter de werkgever veroordeelde tot loonbetaling, ging deze niet over tot het betalen van loon. Het gedurende een aanzienlijk aantal maanden niet-betalen van loon, ook niet nadat de werkgever daartoe in kort geding was veroordeeld, merkte

28 Rb. Limburg 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:7608, AR 2016/2558.

29 Hof Arnhem-Leeuwarden 27 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6140; Hof Den Haag 14 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3036.

30 *Kamerstukken II* 2016/17, 34699.

31 *Kamerstukken II* 2016/17, 34699. Deze maatregelen zullen terugwerkende kracht tot 1 juli 2015 gaan krijgen; de beoogde invoeringsdatum is 1 juli 2019.

32 Rb. Noord-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:756.

de kantonrechter aan als een ernstig verwijtbaar nalaten van de werkgever; deze werd veroordeeld tot betaling van de transitievergoeding.³³

In een andere zaak ging het eens niet, ook niet indirect, om ziekte en transitievergoeding.³⁴ Het ging om een werknemer, die na negentien jaar zijn standplaats (tevens woonplaats) in België had gehad, opeens zijn werk in Zaltbommel moest uitvoeren. De kantonrechter was van oordeel dat de werkgever met het aanbod van de gewijzigde/nieuwe functie aan de werknemer niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen als goed werkgever. De functie was niet duidelijk omschreven, over de invulling ervan had geen overleg plaatsgevonden, geen voorziening was getroffen in verband met de toegenomen reistijd en de werknemer was geen dag tijd gegund om zich op deze wijziging voor te bereiden. Ook had de werkgever erkend dat hij geen gevolg had gegeven aan het door hem ingewonnen re-integratieadvies. Het voorgaande bracht mee dat de werkgever een transitievergoeding verschuldigd was (art. 7:673, lid 1, aanhef en onder b2, BW).³⁵

Vernietiging opzegging/herstel arbeidsovereenkomst

Wanneer de werknemer een transitievergoeding heeft ontvangen, maar vervolgens de rechter zijn verzoek om vernietiging van de opzegging toewijst, moet de werknemer de transitievergoeding terugbetalen.³⁶ Dat geldt ook als de arbeidsovereenkomst hersteld is; dan moet de bij ingang van de ontbindingsdatum betaalde transitievergoeding worden terugbetaald.³⁷

4.2.4 Uitzonderingen op de verplichting een transitievergoeding te betalen

Art. 7: 673, lid 7, BW geeft een drietal uitzonderingen op de verplichting een transitievergoeding te betalen. Dit zijn limitatieve uitzonderingen; indien deze niet van toepassing zijn, is de transitievergoeding dus altijd verschuldigd als aan de hierboven vermelde wettelijke voorwaarden is voldaan.

De uitzonderingen betreffen drie categorieën: jonge werknemers, oudere werknemers en werknemers die zich misdragen hebben.

Jongere werknemers

De eerste uitzondering is dat de transitievergoeding niet verschuldigd is, indien het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst geschiedt vóór de dag waarop de werknemer de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt en de gemiddelde omvang van de door hem verrichte arbeid ten hoogste twaalf uur per week heeft bedragen.

De memorie van toelichting verwijst voor een rechtvaardiging van deze uitzondering naar wat hierover is gezegd bij art. 7:668a BW (de ketenbepaling voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd): tot het achttiende jaar is in beginsel iedereen gebonden aan de leer- of kwalificatieplicht. De arbeid is daarom voor het overgrote deel van deze

33 De kantonrechter zag evenwel geen aanleiding om aan de werknemer daarnaast een billijke vergoeding toe te kennen, zie verder par. 4.2.

34 Rb. Gelderland 29 juli 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4380.

35 De kantonrechter is voorts van oordeel dat werkgever wegens haar handelwijze een billijke vergoeding verschuldigd is, zie par. 4.3.

36 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr 3, p. 39.

37 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 april 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3495.

groep noodzakelijkerwijs niet meer dan van bijkomstige aard. Voor deze groep heeft, aldus de regering, de transitievergoeding geen betekenis.³⁸

Strikt genomen is dit een geval van onderscheid op grond van leeftijd. Dit onderscheid kan echter objectief gerechtvaardigd worden. Aangezien de uitzondering beperkt is tot maximaal twaalf uur per week arbeid, zal het inderdaad gaan om mensen die scholing volgen naast hun werk en daarom geen *employability*-inspanningen van de werkgever nodig hebben. Daarnaast gaat het, gelet op de urenomvang, om een nevenbaan, zodat de noodzaak van compensatie van het verlies ervan zich niet opdringt. Gelet op de lage leeftijdsgrens en het lage uren aantal lijkt me dat ook aan de evenredigheidseis is voldaan.³⁹

Een andere zaak is de doorwerking van deze uitsluiting na de leeftijd van 18 jaar. Een dergelijke uitsluiting kan problematisch zijn, zie het *Küçükdeveci*-arrest.⁴⁰ Voor de vraag of dit onderscheid gerechtvaardigd is, is de doelstelling van de transitievergoeding essentieel; we zagen dat de vergoeding een hybride karakter heeft en dat zal het moeilijker maken om de uitsluiting te rechtvaardigen.

Oudere werknemers

De tweede uitzondering betreft personen van wie de arbeidsovereenkomst geëindigd is in verband met of na het bereiken van een bij of krachtens wet vastgestelde of tussen partijen overeengekomen leeftijd (bij ontbreken daarvan, de leeftijd waarop ze AOW-gerechtigd worden).

De regering verantwoordde deze uitzondering door te verwijzen naar de zorgplicht van een werkgever bij ontslag of niet-verlenging; deze zorgplicht bestaat naar het oordeel van de regering niet bij ontslag bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd nu deze werknemers niet langer voor hun inkomen zijn aangewezen op het verrichten van arbeid.⁴¹

Deze bepaling roept de vraag op of er sprake is van leeftijdsdiscriminatie, over welke kwestie prejudiciële vragen zijn gesteld door het Hof Den Bosch aan de Hoge Raad.⁴² Het ging in deze zaak om iemand die geen recht had op een volledige AOW-uitkering omdat hij een tijd in Duitsland heeft gewerkt en toen niet verzekerd is geweest. Hij bleef daarom doorwerken na zijn AOW-leeftijd, omdat hij een laag inkomen had, totdat hij ontslagen werd.

Het hof memoreerde dat uit art. 6, lid 1, Richtlijn 2000/78 volgt dat het verschil in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormt, indien dat objectief en redelijk wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Volgens deze werknemer had de regering kunnen kiezen voor minder nadelige maatregelen om het beoogde doel te bereiken. Zo was het bijvoorbeeld mogelijk geweest om onder voorwaarden de transitievergoeding op een lager bedrag te stellen, óf door de dienstjaren vanaf de AOW-gerechtigde leeftijd niet te

38 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr 3, p. 15.

39 Zie voor een bespreking van deze kwestie in verband met de ketenregeling ook par. 7.3.1, waarin tevens verwezen wordt naar literatuur die meent dat de regeling niet conform Richtlijn 1999/70 en 2000/78 is, namelijk (W.L. Roozendaal, 'Objectieve rechtvaardiging van tijdelijke arbeids-overeenkomsten volgens het Hof van Justitie: is de WWZ richtlijnconform?' *AR* 2014/0252; W.H.A.C.M. Bouwens, 'Wet werk en zekerheid. Uitzonderingen voor jongeren in strijd met Europees recht', *NJB* 2014/1677).

40 HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07, *JAR* 2010/53.

41 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7, p. 80.

42 Hof 's-Hertogenbosch 2 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:345.

laten meetellen voor de hoogte daarvan óf door deze te koppelen aan een inkomenstoets of eventueel een vermogenstoets.

Het hof constateerde dat de regering bij herhaling erop heeft gewezen dat de transitievergoeding een tweeledige doelstelling heeft, te weten: 1) compensatie voor (de gevolgen van) het ontslag; 2) de werknemer in staat stellen om met behulp van hiermee gemoeide financiële middelen de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken.

Het hof vroeg zich af of de uitsluiting van alle AOW-gerechtigden zich wel verdraagt met de eerstgenoemde doelstelling van de transitievergoeding. Door de hier aan de orde zijnde uitsluiting ontvangen AOW-gerechtigden geen compensatie voor hun ontslag, terwijl dat wel een van de doelstellingen is van de transitievergoeding. Als er wel een legitieme doelstelling aan de uitsluiting ten grondslag ligt, dan dient nog te worden beoordeeld of het daartoe ingezette middel passend en noodzakelijk is om het doel te bereiken. De vragen aan de Hoge Raad werden echter ingetrokken nadat partijen een minnelijke schikking hadden bereikt.⁴³

Inmiddels zijn door de kantonrechter Utrecht vergelijkbare vragen gesteld aan de Hoge Raad.⁴⁴

Werknemers die zich misdragen hebben

De derde uitsluitingscategorie betreft werknemers die ernstig verwijtbaar hebben gehandeld of nagelaten hetgeen heeft geleid tot het eindigen of niet voorzetten van de arbeidsovereenkomst (art. 7:673, lid 7c, BW). De wetgever noemt een aantal voorbeelden:

- a) de situatie waarin de werknemer zich schuldig maakt aan diefstal, verduistering, bedrog of andere misdrijven, waardoor hij het vertrouwen van de werkgever onwaardig wordt;
- b) de situatie waarin de werknemer in strijd met eigen in de praktijk toegepaste en voor de werknemer kenbare gedragsregels van de organisatie van de werkgever geld leent uit de bedrijfskas en zulks leidt tot een vertrouwensbreuk;
- c) de situatie waarin de werknemer controlevoorschriften bij ziekte herhaaldelijk, ook na toepassing van loonopschorting, niet naleeft en hiervoor geen gegronde reden bestaat;
- d) de situatie waarin de werknemer veelvuldig en zonder gegronde reden te laat op zijn werk verschijnt, hierdoor de bedrijfsvoering wordt belemmerd en de werkgever de werknemer hier al tevergeefs op heeft aangesproken;
- e) de situatie waarin de werknemer op oneigenlijke wijze heeft geprobeerd zijn productiecijfers gunstiger voor te stellen en hij hierdoor het vertrouwen van de werkgever ernstig heeft beschaamd.⁴⁵

De kantonrechter heeft echter de bevoegdheid de transitievergoeding geheel of gedeeltelijk aan de werknemer toekennen, indien het niet toekennen ervan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Volgens de memorie van toelichting valt te denken aan een relatief kleine misstap na een heel lang dienstverband.⁴⁶

In de jurisprudentie blijken een flink aantal zaken te gaan over zieke werknemers die onvoldoende meewerkten aan hun re-integratie. Afhankelijk van de omstandigheden van

43 Hof 's-Hertogenbosch 9 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:954.

44 Rb. Midden-Nederland 30 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3249.

45 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr 3, p. 40.

46 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr 3, p.110 e.v.

de zaak was dit gebrek reden om wel⁴⁷ of niet⁴⁸ ernstige verwijtbaarheid aan te nemen. Zie hierover ook par. 8.6.

Het Hof Den Bosch oordeelde dat voor de vraag of sprake is van ernstige verwijtbaarheid in de zin van 7:673, lid 7, aanhef en onder c, BW een hoge maatstaf moet worden aangelegd, zoals dat ook geldt voor de vraag of bepaald gedrag aan de kant van de werkgever reden is een billijke vergoeding op te leggen.⁴⁹ In een andere zaak voor dit hof werd de werknemer verweten dat hij zichzelf buiten de organisatie had geplaatst door interne richtlijnen en instructies van het notariskantoor stelselmatig te negeren, een nonchalante, eigengereide houding te hebben (voor 'zonnekoning' te spelen), onzorgvuldig te zijn, afspraken keer op keer niet na te komen en geen of verkeerde informatie te verstrekken. Het hof verwees naar de (hierboven geciteerde) voorbeelden die in de memorie van toelichting worden gegeven van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. Gelet op deze voorbeelden was het hof van oordeel dat dit handelen van de werknemer, ook in onderlinge samenhang bezien, niet ernstig verwijtbaar was in de zin van art. 7:673, lid 7, onder c, BW. Zelfs als de hier aan de orde zijnde verwijten het gevolg zijn van onwil of moedwil, dan acht het hof die verwijten niet zodanig ernstig dat deze op één lijn kunnen worden gesteld met de genoemde voorbeelden. De werknemer werd ook verweten dat hij een procedure op naam van een van de notarissen had aangespannen, zonder haar daarover te informeren. Tegen de achtergrond van de gegeven voorbeelden zou dit handelen, waarbij de werknemer het vertrouwen van het notariskantoor in ernstige mate zou hebben geschonden, als ernstig verwijtbaar moeten worden aangemerkt, aldus het hof. Het notariskantoor had echter geen bewijs geleverd. Vandaar dat toch recht bestond op een transitievergoeding.⁵⁰

Het hof oordeelde dat het heimelijk opnemen van exitgesprekken door een leidinggevende verwijtbaar was, maar niet ernstig verwijtbaar.⁵¹

Uit een uitspraak van de kantonrechter Den Haag volgt dat de werkgever moet aantonen dat een werknemer *welbewust* disfunctioneert, wil er van verwijtbaarheid sprake zijn. Daarvoor is onvoldoende dat een chauffeur niet goed kan uitleggen waarom hij zo lang doet over zijn ritten.⁵² Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde over een werknemer die door zijn strafrechtelijke gedragingen zijn verklaring omtrent het gedrag kwijtraakte. De werknemer mocht zijn functie daardoor niet meer verrichten. Dit gedrag werd gekwalificeerd als ernstig verwijtbaar.⁵³ Zie voor de relatie met ontslag op de e-grond ook par. 3.2.3.

Transitievergoeding bij ontslag op staande voet?

Het criterium ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer is niet hetzelfde als een reden voor een ontslag om een dringende reden als bedoeld in art. 7:677 en 7:678

47 Rb. Noord-Holland 28 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:8197; Rb. Midden-Nederland 6 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1748; Rb. Noord-Holland 26 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:10552; Rb. Limburg 9 november 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:9653.

48 Rb Midden-Nederland 13 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2115; Hof Den Haag 24 augustus 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2722.

49 Hof 's-Hertogenbosch 23 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2514.

50 Hof 's-Hertogenbosch 21 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1538.

51 Hof 's-Hertogenbosch 26 mei 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2103.

52 Hof Arnhem-Leeuwarden 14 april 2016, *AR-updates* 2016-0443.

53 Hof Arnhem-Leeuwarden 10 juni, ECLI:NL:GHARL:2016:4621.

BW.⁵⁴ Soms kan er sprake zijn van ernstig verwijtbaar handelen en geen reden voor ontslag om een dringende reden, en soms wordt bij een ontslag om een dringende reden geen ernstig verwijtbaar handelen aangenomen.

In par. 5.5 wordt deze kwestie uitvoerig besproken; het gaat derhalve over de vraag of een werknemer bij een ontslag op staande voet recht kan hebben op een transitievergoeding. De auteurs betogen dat de formulering waarin de uitzondering op het recht op transitievergoeding wordt geformuleerd, namelijk dat het recht op transitievergoeding vervalt bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, inhoudt dat er geen algemene uitsluiting van de transitievergoeding is bij een ontslag op staande voet. Een dringende reden die voldoende is voor een ontslag op staande voet hoeft immers niet ernstig verwijtbaar te zijn. Zie verder de in par. 5.5 besproken literatuur, jurisprudentie en de ten tijde van afronding van dit manuscript verschenen conclusie van A-G de Bock.

4.2.5 Geen transitievergoeding bij een gelijkwaardige voorziening geregeld in een cao

Volgens art. 7:673b BW zijn de bepalingen omtrent de transitievergoeding niet van toepassing, indien in een cao voor werknemers een gelijkwaardige voorziening is opgenomen gericht op het voorkomen van werkloosheid of het bekorten van de periode van werkloosheid. Het moet gaan om een cao afgesloten met een of meer vakbonden die als zodanig in de betrokken onderneming of bedrijfstak werkzaam zijn en ten minste twee jaar in het bezit zijn van volledige rechtsbevoegdheid. Onder een 'gelijkwaardige voorziening' moet worden verstaan een voorziening in geld of in natura (of een combinatie daarvan) die het equivalent vormt van hetgeen waarop een werknemer aanspraak kan maken op grond van de wettelijke regeling inzake de transitievergoeding.⁵⁵

Over de vraag wanneer een cao-bepaling aan te merken valt als een gelijkwaardige voorziening in de zin van art. 7:673b, lid 1, BW is discussie mogelijk, aangezien de wetgever dit begrip niet gedefinieerd heeft.⁵⁶ De meeste kantonrechters lijken tot dusver te verlangen dat er sprake is van gelijkwaardigheid voor de *individuele werknemer*. Het gaat niet om 'globale' gelijkwaardigheid, zoals in dit soort zaken door werkgevers wordt bepleit.⁵⁷

Inmiddels is een wetsvoorstel ingediend om minder hoge eisen te stellen aan de gelijkwaardigheid van de voorziening geregeld bij cao.⁵⁸ Volgens het Regeerakkoord (p. 27) wordt dit voorstel door het kabinet-Rutte III gehandhaafd.

54 Dat betekent in relatie tot art. 24, lid 2, onderdeel a, WW dat, als een werknemer om de genoemde reden geen aanspraak heeft op een transitievergoeding, dat niet betekent dat er ook geen recht zal bestaan op een WW-uitkering vanwege verwijtbare werkloosheid. Een werknemer is immers slechts verwijtbaar werkloos als aan de werkloosheid een dringende reden ten grondslag ligt in de zin van art. 7:678 BW of als hij – kort gezegd – zelf ontslag neemt.

55 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 42.

56 Zie voor een overzicht van de discussie en jurisprudentie ook E.C. van Fenema en R. Schepers, 'De gelijkwaardigheid in de (on)gelijkwaardige voorziening?', *ArbeidsRecht* 2017/48; M. Bonsen-Lemmers en N. Cancian-van Ballegooijen, 'Gelijkwaardigheid. Feit of fictie? De eigenaardige gelijkwaardige voorziening ex art. 7:673b BW', *TAP* 2016/173.

57 Zie Van Fenema en Schepers, vorige noot. Volgens deze hoofdlijn o.a. Rb. Gelderland 8 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1079. Anders Rb. Groningen 4 januari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:884, *JAR* 2017/79.

58 *Kamerstukken II* 2016/17, 34699, nr. 3.

Achtergrond hiervan is dat bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen de verplichting om een transitievergoeding te betalen een voor werkgevers een (te) zware belasting kan zijn. Aangezien de betreffende werknemers op zoek moeten naar een andere baan hebben zij de transitievergoeding vaak wel nodig. De indieners van het wetsvoorstel stelden daarom niet voor om in geval van bedrijfsbeëindiging werknemers uit te sluiten van het recht op een transitievergoeding. Wel wordt bedrijven tegemoet gekomen door art. 7:673b BW te versoepelen. In plaats van de eis dat de gekapitaliseerde waarde van de voorzieningen gelijkwaardig is aan hetgeen een werknemer aan transitievergoeding zou ontvangen, kan bij cao worden bepaald dat geen transitievergoeding verschuldigd is bij ontslag om bedrijfseconomische redenen, indien de werknemer op grond van die cao recht heeft op voorzieningen die bestaan uit maatregelen om werkloosheid te voorkomen of in duur te beperken, of uit een redelijke financiële vergoeding. Een combinatie van beide is ook mogelijk. Anders dan nu het geval is, hoeft de (gekapitaliseerde) waarde van dergelijke voorzieningen niet gelijkwaardig te zijn aan de transitievergoeding waar een individuele werknemer recht op zou hebben gehad. Wel moeten voorzieningen om werkloosheid te beperken daadwerkelijk kunnen bijdragen aan het voorkomen van werkloosheid of het bekorten van de duur van werkloosheid, en daarmee gericht zijn op duurzame wederinschakeling in betaalde arbeid. Als uitsluitend recht bestaat op een financiële vergoeding spreekt het voor zich, aldus de memorie van toelichting, dat in ieder geval onder een redelijke financiële vergoeding wordt verstaan een vergoeding die gelijk is aan de wettelijke transitievergoeding. Onder omstandigheden kan echter ook een lagere vergoeding redelijk zijn, namelijk wanneer naar het oordeel van cao-partijen de financieel-economische situatie zodanig is dat het omwille van de continuïteit van een bedrijf of van bedrijven in een sector niet verantwoord is om vergoedingen van het niveau van de transitievergoeding te verstrekken; een reden kan ook zijn dat een deel ervan gebruikt is voor andere voorzieningen, zoals mobiliteitscentra. Het is aan partijen om, rekening houdend met het voorgaande, te bepalen wat de specifieke inhoud en omvang van de rechten op grond van een cao zullen zijn. Voor zover daarbij onderscheid wordt gemaakt tussen werknemers zal een dergelijk onderscheid in overeenstemming moeten zijn met het beginsel van gelijke behandeling. Ten slotte is het ook aan cao-partijen om te bepalen door wie voorzieningen verschuldigd zijn. Dat hoeft niet de individuele werkgever te zijn, maar kan bijvoorbeeld ook een fonds zijn waar werkgevers een (jaarlijkse) bijdrage aan leveren, aldus het wetsontwerp. Dit komt met name tegemoet aan kleine werkgevers.⁵⁹

4.2.6 Hoogte van de transitievergoeding

Art. 7:673, lid 2, BW bepaalt dat de hoogte van de transitievergoeding over de eerste 120 maanden van de arbeidsovereenkomst een zesde van het maandloon is voor elke periode van zes maanden die de arbeidsovereenkomst heeft geduurd. Ze is gelijk aan een kwart van het loon per maand voor elke daarop volgende periode van zes maanden.

Ofwel, als men dat gemakkelijker rekenen vindt:

- a) een derde van het maandsalaris per dienstjaar gedurende de eerste tien jaren; en
- b) een half maandsalaris per dienstjaar na het tiende dienstjaar.

⁵⁹ Kamerstukken II 2016/17, 34699, nr. 3, p. 9.

Zoals gezegd kondigde het Regeerakkoord een wetswijziging aan waardoor de hoogte van de opbouw van de transitievergoeding gelijk blijft na de eerste tien jaar. We bespreken hier de regeling die momenteel geldt.

Het bedrag van de transitievergoeding is gemaximeerd; art. 7:673, lid 3, BW schrijft indexatie van het maximumbedrag van de transitievergoeding voor. Indexatie houdt in dat het maximumbedrag per 1 januari van elk jaar door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid gewijzigd wordt overeenkomstig de ontwikkeling van de contractlonen zoals geraamd in de Macro-Economische Verkenningen. Het bedrag wordt daarbij afgerond op het naaste veelvoud van 1.000 euro. Die wijziging geschiedt bij ministeriële regeling en wordt gepubliceerd in de *Staatscourant*.

Per 1 januari 2018 is het maximumbedrag 79.000 euro, of een bedrag gelijk aan ten hoogste het jaarsalaris van de werknemer als dat hoger is dan 79.000 euro.

Voorbeeld: als iemand na tien jaar ontslagen wordt, dan heeft hij twintig perioden van zes maanden gewerkt, dus de transitievergoeding is 20/6 maal het maandloon. Iemand die 3.000 euro per maand verdient, ontvangt dus een transitievergoeding van 10.000 euro. Iemand die vijftien jaar in dienst is geweest ontvangt 20/6 van het maandloon (voor de eerste 12 maanden) plus 10/4 (voor de periode erna) van het maandloon, dus in totaal 17.500 euro.

Uit dit voorbeeld met een behoorlijk lang arbeidsverleden blijkt dat niet snel sprake zal zijn van een transitievergoeding die het gestelde maximum haalt; ook de regering heeft dit erkend.⁶⁰ Pas na 28 jaar werken heeft men een transitievergoeding ter hoogte van één jaarsalaris bereikt.⁶¹

Art. 7:673, lid 10, BW luidt dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur wordt bepaald wat voor de toepassing van lid 2 wordt verstaan onder loon.⁶² Hierin is vastgelegd dat onder 'maandsalaris' wordt verstaan het bruto-uurloon, vermenigvuldigd met het overeengekomen of gemiddeld aantal gewerkte uren per maand gedurende de laatste twaalf maanden voorafgaand aan het moment waarop de arbeidsovereenkomst eindigt.⁶³ Dit loon wordt vermeerderd met vaste overeengekomen looncomponenten (overwerkvergoeding en ploegentoeslag) verschuldigd in de laatste twaalf maanden gedeeld door twaalf; de vakantietoeslag en de vaste eindejaarsuitkering gedeeld door twaalf; en overeengekomen variabele loonelementen verschuldigd in de drie kalenderjaren⁶⁴ voorafgaand aan het jaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt gedeeld door zesendertig (bonus, winstuitkering,

60 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 4, p. 60.

61 Momenteel geldt nog een overgangsregeling voor oudere werknemers (zie hierna), waardoor een snellere opbouw plaatsvindt.

62 Zie het Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding, Besluit van 11 december 2014, *Stb.* 2014, 538.

63 Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding, art. 2.

64 Let op, het gaat hier dus om de kalenderjaren voorafgaand aan het jaar van de eindiging. Uit de toelichting bij het besluit, p. 8: 'Dit sluit aan bij de praktijk waarin bijvoorbeeld een winstuitkering veelal per kalenderjaar wordt uitgekeerd en hierbij logischerwijs niet het lopende kalenderjaar kan worden betrokken, omdat de hoogte van de daaraan toe te rekenen winstuitkering pas op een later moment bekend wordt. De hoogte van deze looncomponenten is gekoppeld aan het functioneren van de werknemer of het resultaat van de onderneming dan wel aan een combinatie van beide.'

niet-vaste eindejaarsuitkeringen).⁶⁵ Het werkgeversaandeel pensioenpremie, de auto van de zaak, onkostenvergoedingen, werkgeversbijdrage zorgverzekeringspremie maken dus geen deel uit van het loonbegrip.

De belangrijkste reden die de wetgever geeft voor het maximaleren van de transitievergoeding is dat ze de tot de Wwz geldende ontslagkosten voor werkgevers wil voorkomen en dat werknemers met een hoger inkomen over het algemeen beschikken over een betere arbeidsmarktpositie. Een transitievergoeding van maximaal een jaarsalaris wordt voor hen afdoende geacht omdat zij vaak sneller werk vinden en eerder de inkomensderving als gevolg van ontslag kunnen opvangen. Voor werknemers met lagere inkomens is een jaarsalaris wellicht niet toereikend. Voor hen kan de transitievergoeding daarom oplopen tot (in 2018) maximaal 79.000 euro als hun jaarsalaris lager is dan dat bedrag. Overigens laat deze wettelijke regeling onverlet dat bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst een ruimere vergoeding wordt afgesproken.⁶⁶ Als een lagere vergoeding is afgesproken dan de wettelijke regeling, dan geldt echter de wettelijke regeling.

Niet-meetellen jaren beneden het achttiende levensjaar

Artikel 7:673, lid 4, BW bepaalt dat maanden waarin de gemiddelde omvang van de door de werknemer verrichte arbeid ten hoogste twaalf uur per week heeft bedragen, tot het bereiken van de 18-jarige leeftijd, buiten beschouwing worden gelaten voor de berekening van de arbeidsduur (zie ook par. 4.2.4).

Samentellen arbeidsovereenkomsten en opvolgend werkgeverschap (en overgangsrecht)

Eén of meer voorafgaande arbeidsovereenkomsten tussen dezelfde partijen die elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden hebben opgevolgd worden samengeteld om de arbeidsduur te berekenen. Dit geldt ook indien de werknemer achtereenvolgens in dienst is geweest bij verschillende werkgevers die, ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn. Indien men echter bij een voorafgaande arbeidsovereenkomst die in deze samentelling is betrokken al een transitievergoeding of een gelijkwaardige vergoeding heeft gekregen, dan wordt deze in mindering gebracht op de transitievergoeding bij het laatste ontslag.

Een vraag die speelde ten tijde van afronding van dit hoofdstuk was welke criteria gelden voor het opvolgend werkgeverschap. Vóór de inwerkingtreding van de Wwz gold immers het criterium van de Hoge Raad van 11 mei 2012 (*Van Tuinen/Wolters*):⁶⁷ 'Aan de eis dat de nieuwe werkgever redelijkerwijs geacht moet worden ten aanzien van de verrichte arbeid de opvolger van de vorige werkgever te zijn, is in de regel voldaan indien enerzijds de nieuwe overeenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige overeenkomst, en anderzijds tussen de nieuwe werkgever en de vorige werkgever zodanige banden bestaan dat het door de laatste op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.' Dit zogenoemde

65 Zie ook Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding, Besluit van 11 december 2014, *Stb.* 2014, 538.

66 De Wet normering topinkomens kan hier overigens beperkingen aan stellen; hier gaan we niet nader op in.

67 ECLI:NL:HR:2012:BV9603.

zodanige banden-criterium wordt niet meer gehanteerd in de Wwz bij de ketenregeling: de ketenregeling geldt ook bij op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers, die, ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn (art. 7:668a, lid 2, BW).

Sommige hoven oordeelden dat dit verruimde criterium pas geldt vanaf de inwerking-treding van de Wwz, zodat werknemers die een reeks van arbeidsovereenkomsten hebben gehad die niet voldoen aan het *Van Tuinen/Wolters*-criterium die eerdere overeenkomsten niet mee mochten laten tellen voor de berekening van de transitievergoeding.⁶⁸ Het Hof Amsterdam ging wel uit van onmiddellijke werking van de Wwz-regeling, zodat de eerdere overeenkomsten meetelden, ook al voldeden ze niet aan het *Van Tuinen/Wolters*-criterium.⁶⁹

De Hoge Raad heeft in november 2017 de eerste interpretatie gevolgd.⁷⁰ De Wwz heeft weliswaar directe werking. Als een bepaling echter rekening moet houden met een juridisch gekwalificeerd feit (i.c. de kwalificatie van een werkgeverswisseling die heeft plaatsgevonden voor 1 juli 2015) dan is daarvoor het voordien geldende recht van belang. Een werkgeverswisseling die heeft plaatsgevonden voor 1 juli 2015 moet dus nog worden beoordeeld naar de maatstaf van het arrest *Van Tuinen/Wolters*, aldus de Hoge Raad.

Een andere vraag is die van een uitzendkracht die een reeks van inleners heeft gehad, totdat hij voor werkgever Y als uitzendkracht ging werken. Op gegeven moment neemt Y de werknemer in dienst. Als dat dienstverband opgezegd wordt, hoe moet dan de duur van de dienstbetrekkingen worden berekend: alle uitzendingen, of alleen die bij Y plus het dienstverband met Y? In de parlementaire geschiedenis van de wet Flex en zekerheid is deze vraag aan de orde geweest: alleen de periode als uitzendkracht bij Y en het dienstverband bij Y.⁷¹ Dit antwoord geldt hoogstwaarschijnlijk ook onder de Wwz; uiteindelijk geldt ook onder die wet nog steeds het criterium dat werkgevers 'redelijkerwijs geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn'.

De kantonrechter Utrecht moest de vraag beantwoorden of bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding het voorgaande dienstverband moest worden meege-nomen dat was beëindigd als gevolg van faillissement.⁷² De kantonrechter beantwoordde de vraag bevestigend. De werknemer had zowel bij de oude als zijn nieuwe werkgever de functie van bedrijfsleider en de werknemer verrichtte bij beide werkgevers dezelfde werkzaamheden op dezelfde locatie en in hetzelfde pand, met dezelfde activa en grotendeels met dezelfde collega's. Onder deze omstandigheden werd de werkgever redelijkerwijze geacht de opvolger van de failliete onderneming te zijn en de duur van het dienstverband bij eerdere onderneming moest daarom worden meegeteld.

Art. 7:673c, lid 1, BW bepaalt weliswaar dat de op de datum van faillissement reeds verschuldigde transitievergoedingen niet langer betaald hoeven te worden,⁷³ maar dit artikel is, volgens de kantonrechter, niet bedoeld om een knip aan te brengen in opvolgend

68 Hof Arnhem-Leeuwarden 14 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4977; Hof 's-Hertogenbosch 2 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:859.

69 Hof Amsterdam 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3064.

70 HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2905. Zie hierover ook E. de Groot, 'Opvolgend werkge-verschap en overgangsrecht, hoe zit het nou? De Hoge Raad geeft uitsluitsel!', *TRA* 2018/18.

71 *Kamerstukken I* 1998/99, 26257, nr. 110b, p. 5 en 6.

72 Rb Midden-Nederland 21 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4242.

73 *Kamerstukken II* 2013/14, nr. 3, p. 114; zie ook E. Loesberg, 'De Wet werk en zekerheid en insolventie van de werkgever', *TAP* 2015/366.

werkgeverschap van vóór en na het faillissement als het gaat om de arbeidsduur die meetelt voor de transitievergoeding.

Als er sprake is van overgang van onderneming gaan de rechten en plichten verbonden aan de arbeidsovereenkomst over op de verkrijger. De rechten die bij de overdragen onderneming zijn opgebouwd tellen mee voor de berekening van de transitievergoeding.

Tijdelijk hogere transitievergoeding

Art. 7:673a BW bepaalt dat indien de werknemer bij het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst 50 jaar of ouder is en de arbeidsovereenkomst ten minste 120 maanden heeft geduurd, de transitievergoeding over elke periode van zes maanden dat de werknemer na het bereiken van de leeftijd van 50 jaar bij de werkgever in dienst is geweest, gelijk is aan de helft van het in geld vastgestelde loon per maand. Deze regeling geldt niet bij een werkgever die in de tweede helft van het kalenderjaar voorafgaand aan het kalenderjaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt of niet wordt voortgezet gemiddeld minder dan 25 werknemers in dienst had. Dit is een tijdelijke regeling, die vervalt met ingang van 1 januari 2020.

In de toelichting bij de Ontslagregeling wordt verklaard dat bij deze werknemers al gedurende langere tijd geen transitie van werk naar werk buiten deze werkgever heeft plaatsgevonden.⁷⁴ Dit kan het vinden van een andere baan bemoeilijken. Door een hogere transitievergoeding wordt het gevolg van de minder gunstige arbeidsmarktpositie van deze groep werknemers niet enkel door de werknemer gedragen en draagt de werkgever bij aan de bevordering van werk naar werk van deze werknemer.

Voor kleine werkgevers (werkgevers met 25 werknemers of minder) wordt op de tijdelijk hogere transitievergoeding een uitzondering gemaakt, omdat voor hen de tijdelijke financiële verplichting te zwaar kan zijn, terwijl, aldus de toelichting, ontslag eerder noodzakelijk kan zijn wegens het ontbreken van mogelijkheden tot herplaatsing. Ook maakten onder het oude recht kleine werkgevers relatief vaak gebruik van de gemiddeld goedkopere route om een ontslagvergunning te vragen, waaraan geen ontslagvergoeding was verbonden, zodat de nieuwe regeling met de tijdelijke verhoogde transitievergoeding hen wel heel erg zwaar op hun dak zou vallen. Bij ministeriële regeling is nader bepaald wat in dit verband onder kleine werkgever wordt verstaan.⁷⁵

Tijdelijke regeling niet-meetellen maanden voor mei 2013 bij kleine werkgevers

Art. 7:673d BW bepaalt dat volgens de Ontslagregeling te bepalen voorwaarden voor de berekening van de duur van de arbeidsovereenkomst maanden die gelegen zijn voor 1 mei 2013 buiten beschouwing kunnen worden gelaten, indien de arbeidsovereenkomst is geëindigd of niet-voortgezet wegens omstandigheden als bedoeld in art. 669, lid 3, onderdeel a, BW, die het gevolg zijn van de slechte financiële situatie van de werkgever. Deze regeling geldt alleen als de werknemer in dienst was bij een werkgever die in de tweede helft van het kalenderjaar voorafgaand aan het kalenderjaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt

⁷⁴ Ontslagregeling, art. 24.

⁷⁵ Ontslagregeling, art. 24.

gemiddeld minder dan 25 werknemers in dienst had. Dit artikel vervalt met ingang van 1 januari 2020. Dit is uitgewerkt in art. 24 Ontslagregeling:

- a) het netto resultaat van de onderneming van de werkgever over de drie boekjaren voorafgaand aan het boekjaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt of niet wordt voortgezet is kleiner geweest dan nul;
- b) de waarde van het eigen vermogen van de onderneming van de werkgever, als bedoeld in het Besluit modellen jaarrekening, was negatief aan het einde van het boekjaar voorafgaand aan het boekjaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt of niet wordt voortgezet; en
- c) binnen de onderneming van de werkgever aan het einde van het boekjaar dat eindigt voorafgaand aan het boekjaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt of niet wordt voortgezet, is de waarde van de vlottende activa kleiner dan de schulden met een resterende looptijd van ten hoogste een jaar.

Deze bepaling is een aantal keren ingeroepen, maar tot dusver voldeed geen van de gepubliceerde zaken aan de criteria van de overbruggingsregeling.⁷⁶ Rechtbank Rotterdam oordeelde bijvoorbeeld dat nu het vervallen van de arbeidsplaats enkel de bedrijfsvestiging in Rotterdam betrof, rekening moest worden gehouden met de financiële resultaten van het gehele concern, dat in ieder geval over de boekjaren 2014 en 2015 een positief bedrijfsresultaat had gehaald. Daarmee was niet voldaan aan de eerste van de in art. 24 Ontslagregeling genoemde cumulatieve voorwaarden.

4.2.7 Aftrek van employability-kosten van de transitievergoeding

Art. 7:673, lid 6, BW bepaalt dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur te bepalen voorwaarden op de transitievergoeding in mindering kunnen worden gebracht:

- a) kosten van maatregelen in verband met het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst, gericht op het voorkomen van werkloosheid of het bekorten van de periode van werkloosheid van de werknemer (transitiekosten).
- b) kosten verband houdende met het bevorderen van de bredere inzetbaarheid van de werknemer die tijdens de arbeidsovereenkomst zijn gemaakt (inzetbaarheidskosten).

Dit is uitgewerkt in het Besluit van 23 april 2015, houdende regels met betrekking tot de voorwaarden waaronder kosten in mindering gebracht mogen worden op de transitievergoeding (hierna: het besluit).⁷⁷

a. Transitiekosten

Hierbij gaat het om kosten die worden gemaakt in verband met het einde van de arbeidsovereenkomst, met andere woorden kosten die gemaakt worden voor activiteiten en inspanningen bij – dreigend – ontslag. In het besluit worden deze kosten ‘transitiekosten’ genoemd. De kosten moeten zijn gemaakt voor maatregelen die zijn gericht op het voorkomen van werkloosheid of het bekorten van de periode daarvan. Ze moeten dus zijn gericht op het van werk naar werk helpen van de werknemer. Het gaat bijvoorbeeld om kosten

⁷⁶ Hof 's-Hertogenbosch 2 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:858; Rb. Limburg 16 maart 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:2400; Rb. Rotterdam 14 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1931.

⁷⁷ *Stb.* 2015, 171.

voor (om)scholing; kosten voor outplacement; kosten voor het in acht nemen van een langere dan de wettelijke of eerder overeengekomen opzegtermijn waarbij de werknemer gedurende de verlenging is vrijgesteld van het verrichten van arbeid, zodat hij langer in de gelegenheid is om vanuit zijn baan naar een andere baan te zoeken.

b. Inzetbaarheidskosten

Inzetbaarheidskosten mogen in mindering worden gebracht op de transitievergoeding, als zij zijn gemaakt voor activiteiten die tot doel hebben de bevordering van de inzetbaarheid van de werknemer *buiten de organisatie van de werkgever*. De beperking tot buiten de organisatie is neergelegd in art. 3 besluit. Deze kosten buiten de organisatie van de werkgever kunnen in mindering worden gebracht op de transitievergoeding, tenzij de verworven kennis en vaardigheden zijn aangewend om een functie bij de werkgever uit te oefenen. Met deze beperking van de aftrek wordt het bezwaar ondervangen dat in par. 4.2.2 werd genoemd, namelijk dat een werknemer vaak niet positief zal staan tegenover scholing als de kosten ervan van zijn transitievergoeding worden afgetrokken. Nadeel van deze beperking is wel dat deze de werkgever niet stimuleert om de *employability* van zijn werknemers binnen het eigen bedrijf te vergroten.

In het Regeerakkoord is aangekondigd dat deze bepaling wordt gewijzigd: ook scholing binnen de eigen organisatie gericht op een andere functie zal in mindering kunnen worden gebracht op de transitievergoeding.

Inzetbaarheidskosten zijn wel aftrekbaar, zo licht de toelichting bij het besluit toe, als het bijvoorbeeld gaat om een werknemer die als timmerman werkzaam is en in de avonduren een mbo-opleiding tot lasser volgt met als doel zijn inzetbaarheid buiten de organisatie van de werkgever te bevorderen; een accountant die een cursus coachingsvaardigheden wil volgen, terwijl zijn huidige functie daartoe geen aanleiding geeft; een baliemedewerker die, met oog op zijn inzetbaarheid buiten de organisatie van de werkgever, graag een cursus wil doen om te werken aan zijn persoonlijke profilering.⁷⁸

Onder het aanwenden van de verworven kennis en vaardigheden om een functie bij de werkgever uit te oefenen valt niet het incidenteel hiervan gebruik maken, bijvoorbeeld het incidenteel en kortstondig vervangen van een onverwacht ziek geworden werknemer. In dat geval blijft het mogelijk om de gemaakte kosten in mindering te brengen op de transitievergoeding. Zodra er echter meer dan incidenteel of langdurig gebruik wordt gemaakt van de opgedane kennis en vaardigheden, bijvoorbeeld in het kader van vervanging van zieke werknemers, kunnen de kosten niet meer in mindering worden gebracht.⁷⁹

Onder de kosten van de opleiding worden verstaan alle kosten die de werkgever daarvoor heeft gemaakt tijdens de gehele periode waarin iemand de opleiding volgt. De kosten kunnen alleen in mindering worden gebracht op de aan de periode van opleiding toe te rekenen transitievergoeding. Voorbeelden zijn collegegeld, kosten van begeleiding van de werknemer en kosten voor kleding en materialen. Loonkosten van de werknemer kunnen niet in mindering worden gebracht.

Volgens het besluit dienen de kosten te zijn gemaakt in de periode van vijf jaar voorafgaand aan de dag waarop de transitievergoeding is verschuldigd, tenzij werkgever en werknemer schriftelijk anders zijn overeengekomen. Inzetbaarheidskosten in verband met

⁷⁸ Toelichting bij het besluit, p. 5.

⁷⁹ Toelichting bij het besluit, p. 5-6.

een opleiding kunnen alleen in mindering worden gebracht op de transitievergoeding, indien de arbeidsovereenkomst is aangegaan om de werknemer in de gelegenheid te stellen die opleiding te volgen, en na afronding van die opleiding, of na tussentijdse beëindiging daarvan, niet, of met een tussenpoos van meer dan zes maanden, wordt voortgezet (art. 4). Daarmee kunnen de kosten bedoeld om de werknemer *employable* te houden, in lijn met de gedachten van de commissie-Bakker, dus niet worden afgetrokken van de transitievergoeding; het gaat alleen om kosten die gemaakt zijn in een arbeidsovereenkomst aangegaan om de werknemer een opleiding te laten volgen, of een arbeidsovereenkomst die niet is voortgezet bij dezelfde werkgever. Voordeel hiervan is dat werknemers er niet van weerhouden worden om aan *employability*-activiteiten mee te doen.

Voorwaarden voor in mindering brengen kosten

Van belang is dat werkgever en werknemer weten welke kosten in mindering kunnen worden gebracht op de transitievergoeding. Dit bevordert de rechtszekerheid en voorkomt discussies en mogelijke daarmee samenhangende procedures. Daarom bepaalt het besluit dat zowel transitie- als inzetbaarheidskosten alleen in mindering kunnen worden gebracht als zij gespecificeerd zijn, en als werkgever en werknemer over het in mindering brengen schriftelijk overeenstemming hebben bereikt, en dit moet gebeuren voordat die kosten gemaakt worden.⁸⁰ Soms worden in een sociaal plan afspraken worden gemaakt over voorzieningen waarvan met ontslag bedreigde werknemers gebruik kunnen maken. Er kan bijvoorbeeld worden overeengekomen dat deze werknemers een outplacementtraject wordt aangeboden. Wanneer de werknemer gebruik maakt van deze voorziening, hoeft hij niet alsnog separaat zijn instemming te geven voor het in mindering brengen van de kosten ervan op zijn transitievergoeding (aldus art. 2, lid 2, besluit). Dat geldt ook voor afspraken die door een werkgever worden gemaakt met een vereniging van werknemers (vakbond, ondernemingsraad of een personeelsvertegenwoordiging); ook dan gaat het immers om afspraken tussen een werkgever en werknemers waar de werkgever aan gebonden is.⁸¹

Voor aftrek van zowel transitie- als inzetbaarheidskosten geldt dat zij moeten zijn gemaakt door de werkgever die ook de transitievergoeding verschuldigd is. Als sprake is van opvolgend werkgeverschap kunnen transitie- en inzetbaarheidskosten die een vorige werkgever heeft gemaakt derhalve niet in mindering worden gebracht op de door de opvolgende werkgever verschuldigde transitievergoeding. Bij opvolgende arbeidsovereenkomsten bij dezelfde werkgever kunnen de door die werkgever tijdens eerdere arbeidsovereenkomsten gemaakte kosten wel in mindering worden gebracht, indien hij dat eerder nog niet gedaan heeft, aangezien ook de eerdere arbeidsovereenkomsten bij dezelfde werkgever meetellen bij de berekening van de transitievergoeding.

De transitie- en inzetbaarheidskosten moeten zijn gemaakt ten behoeve van de werknemer aan wie de transitievergoeding verschuldigd is. Kosten in verband met maatregelen waarvan de werknemer in kwestie geen gebruik heeft gemaakt mogen dus niet in mindering

80 Het instemmingsvereiste is niet van toepassing als het gaat om het in mindering brengen van kosten van duale opleidingen. Dat geldt ook voor de voorwaarde dat kosten vooraf gespecificeerd dienen te worden. De werknemer gaat de arbeidsovereenkomst immers uitsluitend aan omwille van het kunnen volgen van die opleiding.

81 Het gaat hier overigens niet om collectieve afspraken als bedoeld in art. 7:673b BW, die in de plaats kunnen komen van een transitievergoeding wanneer zij een gelijkwaardige voorziening bieden (zie hierover par. 4.2.4).

worden gebracht. Als bijvoorbeeld in een sociaal plan afspraken zijn gemaakt over het volgen van een outplacementtraject kunnen de kosten die met deze maatregel gemoeid zijn alleen in mindering worden gebracht als de werknemer in kwestie daadwerkelijk gebruik heeft gemaakt van dit outplacementtraject.⁸²

4.2.8 Slechte financiële situatie van de werkgever

Art. 7:673c, lid 1, BW bepaalt dat de transitievergoeding niet langer verschuldigd is, indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard, aan hem surseance van betaling is verleend of op hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is. Die verplichting herleeft niet op het moment dat de surseance wordt opgeheven. In dit geval neemt het UWV de betalingsverplichting van de werkgever niet over op grond van hfdst. IV WW. De regering verklaarde het niet tot haar verantwoordelijkheid te rekenen om hiervoor een voorziening te treffen.⁸³

Indien de betaling van de transitievergoeding leidt tot onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering van de werkgever kan de transitievergoeding in termijnen worden betaald (art. 7:673c, lid 2, BW); de Ontslagregeling geeft hiervoor de voorwaarden.⁸⁴ Volgens de wettelijke bepaling kan het te betalen bedrag met een bepaald percentage worden verhoogd, maar in de ontslagregeling is daarvan afgezien; de regering vindt de verhoging met wettelijke rente genoeg.⁸⁵

In art. 25 Ontslagregeling wordt de betalingsregeling gemaximeerd tot zes maanden na de dag waarop de wettelijke rente verschuldigd is over de transitievergoeding (art. 25). De bepaling stelt de werkgever die in problemen verkeert in staat enige tijd te winnen. Het risico bestaat echter dat uiteindelijk de werkgever toch surseance van betaling vraagt en dat de werknemer daarmee het recht op transitievergoeding verliest. De werknemer kan een betalingsregeling aanvechten bij de rechter, de rechter moet zich dan uitspreken over de vraag of het in één keer moeten betalen van de transitievergoeding tot onaanvaardbare gevolgen leidt voor de bedrijfsvoering. In geval van ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan de rechter hier meteen uitspraak over doen als daarom wordt verzocht.

4.3 De billijke vergoeding

4.3.1 Achtergrond van de billijke vergoeding

Een transitievergoeding is een neutrale vergoeding, in die zin dat hierin niet eventuele verwijtbaarheid aan de kant van de werkgever wordt meegewogen, behalve in zoverre

82 Toelichting bij het besluit, p. 8.

83 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7, p. 85.

84 In het Sociaal akkoord 2013 was opgenomen dat de verplichting tot betaling van een transitievergoeding kan worden verminderd, dan wel op nul gesteld, indien de betaling van de volledige vergoeding ertoe zou leiden dat de continuïteit van het bedrijf in gevaar komt. De wet kent een veel beperktere 'hardheidsregeling'; de regering vond het criterium van het Sociaal akkoord te weinig eenduidig is en het zou leiden tot te veel gerechtelijke procedures (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7, p. 84).

85 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7, p. 84.

die verwijtbaarheid van belang is voor een werknemer die ontslag neemt of niet ingaat op een aanbod tot verlenging.⁸⁶

Als de werkgever ernstig verwijtbaar gehandeld heeft, kan wel een *billijke vergoeding* worden toegekend. De billijke vergoeding kan naast de transitievergoeding worden betaald.

De memorie van toelichting bij de Wwz geeft een aantal voorbeelden van situaties waarin de billijke vergoeding kan worden toegekend:⁸⁷

- a) als er als gevolg van laakbaar gedrag van de werkgever een verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan (bijvoorbeeld omdat de werknemer niet in wil gaan op zijn avances) en de rechter concludeert dat er geen andere optie is dan ontslag;
- b) als een werkgever discrimineert, de werknemer hiertegen bezwaar maakt, er een onwerkbaar situatie ontstaat en niets anders rest dan ontslag;
- c) als een werkgever grovelijk de verplichtingen niet nakomt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en er als gevolg daarvan een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat. Te denken is hierbij aan de situatie waarin de werkgever zijn re-integratieverplichtingen bij ziekte ernstig heeft veronachtzaamd;
- d) de situatie waarin de werkgever een valse grond voor ontslag aanvoert met als enig oogmerk een onwerkbaar situatie te creëren en ontslag langs die weg te realiseren;
- e) de situatie waarin een werknemer arbeidsongeschikt is geworden (en uiteindelijk wordt ontslagen) als gevolg van verwijtbaar onvoldoende zorg van de werkgever voor de arbeidsomstandigheden.

Tijdens de parlementaire behandeling van de Wwz is de billijke vergoeding wel 'muizengaatje' genoemd door de regering, omdat het de bedoeling was dat in slechts zeer uitzonderlijke gevallen de mogelijkheid bestaat deze vergoeding te ontvangen.⁸⁸

Situaties waarin een billijke vergoeding kan worden opgelegd

1. In de volgende situaties kan een billijke vergoeding worden opgelegd als er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.
 - Als de ontbinding van de arbeidsovereenkomst (voor onbepaalde tijd of voor bepaalde tijd als die tussentijds kan worden opgezegd) geschiedt op verzoek van de werkgever, maar het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van die werkgever (art. 7:671, lid 8, onder c, BW).
 - Als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die niet tussentijds kan worden opgezegd door de kantonrechter wordt ontbonden. De kantonrechter kan de werknemer een vergoeding toekennen vanwege de onregelmatige beëindiging, maar daarnaast ook een billijke vergoeding als de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever (art. 7:671, lid 9b BW).
 - Als een arbeidsovereenkomst wordt opgezegd zonder redelijke grond en/of zonder dat de herplaatsingsmogelijkheid onderzocht is (in strijd met art. 7:669, lid 1 of 3, onder a, BW) en herstel van de arbeidsovereenkomst in redelijkheid niet mogelijk is; indien sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de

86 Zie over de billijke vergoeding ook D.M.A. Bij de Vaate en P. Kruit, 'Billijke vergoeding: over karakter, begroting en artikel 6 EVRM', *ArA* 2017/1.

87 *Kamerstukken II* 2013/14, 33.818, nr. 3, p. 34.

88 Zie ook B. Schouten, 'Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten: over de omvang van een muizengaatje', *TAP* 2014, p. 60; S. Sagel, 'Het muizengaatje verdient de hoofdprijs', *TRA* 2014/96.

werkgever kan de kantonrechter de werkgever opleggen een billijke vergoeding te betalen (art. 7:682, lid 1, onder b, BW). De kantonrechter kan de billijke vergoeding ook toekennen als opzegging geschiedt met toestemming van het UWV aan een langdurig arbeidsongeschikte werknemer, terwijl er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever (art. 7:682, lid 1, onder c, BW).

- Ook als de werknemer zelf opzegt of een verzoek tot ontbinding indient kan een billijke vergoeding worden toegekend, namelijk indien de opzegging of het verzoek van de werknemer het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever (art. 671c, lid 2b en 3b, BW).
 - Indien de rechter in hoger beroep of na verwijzing in cassatie oordeelt dat het verzoek van de werkgever of werknemer om ontbinding van de arbeidsovereenkomst ten onrechte is afgewezen, bepaalt hij wanneer de arbeidsovereenkomst eindigt (art. 7:683, lid 5, BW. Art. 7:671b en 7:671c BW zijn van overeenkomstige toepassing, zodat ook hier bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten een billijke vergoeding kan worden toegekend).
 - Een billijke vergoeding kan ook worden toegekend wanneer een overeenkomst voor bepaalde tijd niet wordt voortgezet als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever (ook ingeval er geen recht op transitievergoeding bestaat, bijvoorbeeld omdat de werknemer te kort in dienst was of nog geen 18 is), zie art. 7:673, lid 9, BW.
2. In een aantal situaties wordt niet de eis gesteld dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.
- Dit is aan de orde als de kantonrechter op verzoek van de werknemer de opzegging van de arbeidsovereenkomst niet vernietigt, maar ten laste van de werkgever een billijke vergoeding toekent omdat beëindiging van het dienstverband niet had behoren plaats te vinden, omdat de benodigde instemming ontbrak zonder dat hierop de wettelijke uitzonderingen van toepassing zijn (zoals de toestemming van het UWV),⁸⁹ of in strijd was met opzeg- of discriminatieverbod, of de wederindiensttrekingsvoorwaarde niet nagekomen is (art. 7:681 BW).
 - Dat geldt ook als in hoger beroep herstel van de dienstbetrekking niet geschiedt, terwijl het verzoek tot ontbinding niet had mogen worden toegewezen of het verzoek van de werknemer om vernietiging van de opzegging ten onrechte is afgewezen (art. 7:683, lid 3, BW).

Hierboven zijn enkel de bepalingen van het BW genoemd op basis waarvan een billijke vergoeding kan worden toegekend. Art. 7 Wet melding collectief ontslag bepaalt bijvoorbeeld dat de kantonrechter de opzegging door de werkgever kan vernietigen indien het UWV of de ontslagcommissie geen toestemming heeft verleend; in plaats van de opzegging door de werkgever, kan de kantonrechter op verzoek van de werknemer aan hem ten laste van de werkgever een billijke vergoeding toekennen. In het schema hierna zijn alleen de BW-bepalingen opgenomen.

⁸⁹ Dit kan bijv. aan de orde zijn bij een ontslag op staande voet, waaraan een gebrek kleeft, zie par. 5.4.

Schema billijke vergoeding

Ernstige verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever moet worden aangetoond		Er geldt geen eis van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten (deze wordt al aangenomen door de inbreuk op de wettelijke regels)	
Bij ontbindingsverzoek werkgever of werknemer	7:671b, lid 8c en 9b 7:671c, lid 2b en 3b	Werkgever heeft opgezegd zonder instemming werknemer; in strijd met opzeg- of discriminatieverbod; of heeft wederindiensttrekingsvoorwaarde niet nageleefd	7:681, lid 1 a-d; 7:682, lid 4 en 5b
Bij beëindiging van rechtswege	7:673, lid 9	In hoger beroep of cassatie wordt geoordeeld dat de arbeidsovereenkomst ten onrechte is geëindigd (en herstel arbeidsovereenkomst is niet mogelijk)	7:683, lid 3
Bij rechtsgeldige opzegging na toestemming UWV bij opzegging zonder dat er een redelijke grond was in de zin van art. 7:669 (in plaats van herstel dienstbetrekking: 7:682, lid 1a)	7:682, lid 1b en c		
Bij ontbinding in hoger beroep of cassatie	7:683, lid 5		

4.3.2 *Jurisprudentie*

Langdurige arbeidsongeschiktheid

Zoals we in par. 4.2.3 hebben gezien, willen werkgevers soms de transitievergoeding bij langdurig arbeidsongeschikten ontlopen door het dienstverband slapend te houden. Rechtbank Midden-Nederland⁹⁰ oordeelde dat het niet ernstig verwijtbaar is dat de werkgeefster de arbeidsovereenkomst niet opzegt of ontbindt om zo de transitievergoeding te ontwijken en dat er ook geen aanleiding was om een billijke vergoeding toe te kennen.

In deze paragraaf werd ook de zaak genoemd van de werkgever die weigerde het loon door te betalen bij ziekte.⁹¹ De kantonrechter kwalificeerde dit als een ernstig verwijtbaar nalaten van de werkgeefster en wees het verzoek om een transitievergoeding toe, maar niet de billijke vergoeding. Er was wel sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, maar andere omstandigheden spelen ook een rol. De werknemer was indertijd als oudere vanuit een arbeidsongeschiktheidssituatie aangenomen, terwijl de werkgever voor een goedkopere jongere had kunnen kiezen. Voorts ging het met de onderneming zodanig slecht dat ze inmiddels niet of nauwelijks in staat was om nog iets te betalen. Bovendien was kennelijk sprake van een (zeer) kleine werkgever. Aan deze argumenten kon naar het oordeel van de kantonrechter in de te maken afweging niet voorbij worden gegaan.

Beëindiging op verzoek van de werknemer: ernstig verwijtbaar handelen door de werkgever

In par. 4.2.3 werd ook de zaak behandeld van de werknemer die na negentien jaar zijn standplaats (tevens woonplaats) in België had gehad en opeens het werk in Zaltbommel moest uitvoeren.⁹² Omdat de functie niet duidelijk was omschreven, over de invulling ervan geen overleg had plaatsgevonden, geen voorziening was getroffen in verband met de toegenomen reistijd en hem geen dag tijd was gegund om zich op deze wijziging voor te bereiden werd een transitievergoeding toegekend. De kantonrechter was ook van oordeel dat werkgever wegens haar handelwijze een billijke vergoeding verschuldigd was. In par. 3.6 wordt nog andere jurisprudentie besproken over situaties waarin de werkgever al of niet een billijke vergoeding moet betalen. In par. 8.7 worden een aantal zaken besproken waarin de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld door een onvoldoende re-integratie-activiteiten te ondernemen.

4.3.3 *Hoogte*

De memorie van toelichting van de Wwz schrijft dat het aan de rechter is om de hoogte van de billijke vergoeding te bepalen. De hoogte daarvan staat – naar haar aard – in relatie tot het ernstig verwijtbare handelen of nalaten van de werkgever. Rechters hebben de mogelijkheid om de hoogte van de vergoeding te bepalen op een wijze die en op het niveau dat aansluit bij de omstandigheden van het geval. Dit betekent dat criteria als loon en lengte van het dienstverband hierbij geen rol hoeven te spelen. Voorts kan in de billijke vergoeding niet tot uitdrukking komen of het ontslag redelijk is, mede in het licht van de gevolgen

90 Rb. Midden-Nederland 2 december 2015, ECLI:RBMNE:2015:8495 (*Werkneemster/Stichting Leger des Heils*), JAR 2016/5.

91 Rb. Noord-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:756.

92 Rb. Gelderland 29 juli 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4380.

van het ontslag voor de werknemer en de door de werkgever getroffen voorzieningen om deze gevolgen te ondervangen (ook wel aangeduid als 'het gevolgen criterium'), omdat dit reeds is verdisconteerd in de transitievergoeding, aldus de regering.⁹³ De rechter kan wel rekening houden met de financiële situatie van de werkgever, mocht daartoe aanleiding zijn.

Het gebrek aan nadere regels heeft tot dusver tot heel verschillende uitspraken geleid. Zo oriënteerden een aantal rechters zich op de hoogte van de transitievergoeding. Dat gebeurde bij de kantonrechter 's-Hertogenbosch;⁹⁴ de kantonrechter Amersfoort kende een billijke vergoeding toe van meer dan tweemaal de transitievergoeding; in dit geval was de transitievergoeding vrij laag (1596 euro), terwijl de billijke vergoeding volgens de kantonrechter, nu de werkgever zeer verwijtbaar had gehandeld, een punitief/afschrikwekkend karakter dient te hebben.⁹⁵ De kantonrechter Alkmaar kende een billijke vergoeding toe van de helft van de transitievergoeding, wegens een onterechte non-actiefstelling.⁹⁶ Rotterdam kende een billijke vergoeding toe van driemaal de transitievergoeding, een bedrag van 50.000 euro, vanwege het feit de werknemer zich door de opstelling van werkgever gedwongen zag de arbeidsovereenkomst te beëindigen in het zicht van pensioen.⁹⁷

De kantonrechter Roermond oordeelde dat een werkgever door een ongeldig ontslag op staande voet te geven niet 'extra' ernstig verwijtbaar handelt. De werknemer is voldoende gecompenseerd voor de gevolgen van het ontslag door de transitievergoeding en vergoeding wegens onregelmatige opzegging.⁹⁸

De kantonrechter Groningen stelde de billijke vergoeding vast op twee maandsalarissen, omdat de relatief kleine (Duitse) werkgever zich niet had gerealiseerd dat voor een opzegging in Nederland toestemming van het UWV nodig is.⁹⁹ Ook het schenden van een wederdienststredingsvoorwaarde kan leiden tot een billijke vergoeding.¹⁰⁰

De New Hairstyle-beschikking: toch het 'gevolgen criterium' meewegen bij berekening van de hoogte van de billijke vergoeding

In de *New Hairstyle*-zaak¹⁰¹ moest de Hoge Raad zich buigen over de vraag of in de billijke vergoeding de gevolgen van het ontslag voor de werknemer mogen worden meegewogen. In deze zaak was tussen partijen een geschil ontstaan over de weken waarin de werkneemster in de zomer van 2015 vakantieverlof mocht opnemen. De werkneemster verscheen in de weken waarop zij op vakantie wilde gaan, maar daarvoor geen toestemming kreeg, niet op het werk. De werkgeefster zegde vervolgens de arbeidsovereenkomst met werkneemster in strijd met de daarvoor geldende regels op.

De Hoge Raad stelde voorop dat het bij de begroting van de billijke vergoeding aankomt op alle omstandigheden van het geval. Zoals in de inleiding van deze paragraaf is aangehaald, staat in de memorie van toelichting bij de Wwz dat de hoogte van de billijke vergoeding niet in de relatie staat tot de gevolgen van het ontslag. De Hoge Raad ging echter zijn eigen weg en overwoog dat dit niet betekent dat de gevolgen van het ontslag bij het vaststellen

93 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 33.

94 Rb. Oost-Brabant 1 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5186.

95 Rb. Midden-Nederland 15 oktober 2015, ECLI:NL:RMNE:2015:7538.

96 Rb. Noord-Holland 4 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9668.

97 Rb. Rotterdam 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7677.

98 Rb. Limburg 12 juli 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:6179.

99 Rb. Noord-Nederland 14 juli 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:3628.

100 Rb. Gelderland 29 september 2016, *AR-Updates* 2016-1115.

101 HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187.

van de billijke vergoeding geen rol mogen spelen. Het stelsel van de wet verzet zich niet ertegen dat met de gevolgen van het ontslag rekening wordt gehouden bij het bepalen van de omvang van de billijke vergoeding, voor zover die gevolgen zijn toe te rekenen aan het de werkgever te maken verwijt, aldus de Hoge Raad.

In deze zaak was art. 7:681 BW aan de orde, dat de kantonrechter de bevoegdheid geeft de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever te vernietigen als de werkgever een van de in dit artikel genoemde bepalingen heeft overtreden; hij kan ook een billijke vergoeding toekennen. De Hoge Raad overwoog dat in een dergelijk geval de gevolgen van het ontslag niet geacht kunnen worden in alle gevallen reeds volledig te zijn gecompenseerd door een eventuele transitievergoeding. Bij het vaststellen van de billijke vergoeding kan daarom mede worden gelet op het bedrag dat de werknemer aan loon zou hebben genoten als de opzegging zou zijn vernietigd.

Het hangt van de omstandigheden van het geval af welke verdere duur van de arbeidsovereenkomst daarbij in aanmerking moet worden genomen. Daarbij is mede van belang of de arbeidsovereenkomst ook op rechtmatige wijze beëindigd had kunnen worden, en op welke termijn dit dan had mogen gebeuren en vermoedelijk zou zijn gebeurd. Ook kan acht worden geslagen op de mogelijkheid de loonvordering te matigen, aldus de Hoge Raad.

De Hoge Raad overwoog dat uit de wetsgeschiedenis niet blijkt dat de wetgever aan de billijke vergoeding een specifiek punitief karakter heeft willen toekennen. Daarom behoort bij het vaststellen van de billijke vergoeding daarmee geen rekening te worden gehouden.¹⁰² We zagen hiervoor dat sommige kantonrechters hierover anders oordeelden.

Hiermee heeft de HR een aantal aanknopingspunten gegeven voor de vaststelling van de billijke vergoeding.

- a) relevant is of de gevolgen van het ontslag niet geacht kunnen worden volledig te zijn gecompenseerd door de transitievergoeding;
- b) in beginsel dient een vergelijking gemaakt te worden tussen de actuele situatie (met onrechtmatig ontslag) en de situatie waarin het ontslag niet zou hebben plaatsgevonden. Hoe dat moet worden beoordeeld is overigens nog onzeker;
- c) de billijke vergoeding heeft geen specifiek punitief karakter. De Hoge Raad gaat niet in op de vraag of de vergoeding hoger moet zijn naarmate de verwijtbaarheid ernstiger is.

Inmiddels zijn er wel al uitspraken geweest na de *New Hairstyle*-beschikking over de billijke vergoeding, maar is nog niet duidelijk hoe de jurisprudentie zich ontwikkelt. Er komen allerlei verschillende varianten in voor; het gaat het bestek van dit hoofdstuk te buiten om alle casuïstiek te behandelen en een dergelijke bespreking is snel verouderd.¹⁰³

Immateriële schade

Uit lagere jurisprudentie blijkt dat ook immateriële schadevergoeding wordt toegekend, zoals door de kantonrechter Groningen.¹⁰⁴ De werknemer kreeg naast een bedrag corresponderend met een aantal maanden dat zijn contract zou hebben kunnen voortduren een vergoeding voor immateriële schade van € 7.500 vanwege de bepaald grove wijze waarop

¹⁰² Zie ook P. Kruit, *TAP* 2017, nr. 6, A. van Zanten-Baris, noot onder *JAR* 2017/188, en J.J.M. de Laat, *Praktijkids* 2017.

¹⁰³ Zie ook het rapport van J.H. Bennaars, R.D. Rietveld en E. Verhulp, *Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten in de Wwz*, Amsterdam: HSI, 2017.

¹⁰⁴ Rb. Noord-Nederland 13 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2700, *JAR* 2017/212.

de werkgever hem had ontslagen (namelijk door middel van een briefje met de tekst: 'morgen is je laatste werkdag').¹⁰⁵

4.4 Conclusie

De transitievergoeding heeft geen uitwerking gekregen die *employability* of terugkeer naar werk van werknemers bevordert. Ze kent een slechts zwakke aanzet om werkgevers aan te zetten tot het organiseren van scholing. Het is hoofdzakelijk een ontslagvergoeding gebleven, met een aantal aspecten die het verlies van de baan compenseren. Opmerkelijk is de vérgaande wijze van gelijke behandeling van aard van de beëindiging en berekening van de hoogte van de vergoeding, een gelijke behandeling die zelfs nog versterkt wordt als het voornemen in het Regeerakkoord over de berekening van de hoogte wordt uitgevoerd.

In de compensatie zit geen element dat samenhangt met het gedrag van de werkgever of de situatie van de werknemer. Al bij al levert dit een aanmerkelijk lagere vergoeding op dan de oude ontbindingsvergoeding. Wel is positief dat de vergoeding ook betaald wordt aan flexibele werknemers en in de toekomst zelfs na een nog korter dienstverband dan nu.

De billijke vergoeding is een onderwerp dat nog veel minder uitgekristalliseerd is dan de transitievergoeding. De Hoge Raad heeft een aantal criteria gegeven, door ook de gevolgen van het ontslag te laten meewegen in de berekening van de hoogte van de vergoeding. Dat is een belangrijke correctie, omdat werknemers onder de nieuwe regeling in de kou konden blijven staan. Naar verwachting zullen in een volgende druk van dit boek nog meer criteria voor toekenning en hoogte van de billijke vergoeding beschreven kunnen worden.

¹⁰⁵ Ook de Rb. Limburg (ECLI:NL:RBLIM:2017:8348) zag ruimte voor toekenning van een vergoeding voor immateriële schade, vanwege het verspreiden door de werkgever van negatieve informatie over de werknemer in diens woonplaats en omgeving. Zie ook M. Vegter in *TRA* 2017/92.

