

Transitie- en billijke vergoeding

F.J.L. PENNING

5.1 Inleiding

De transitievergoeding en billijke vergoeding behoren tot onderdelen van de Wet werk en zekerheid (Wwz), zoals aangepast door de Wet arbeidsmarkt in balans (WAB), die van de verschillende aspecten van het ontslagrecht wellicht wel de meeste aandacht hebben getrokken. Zij verbinden immers een prijskaartje aan het ontslag. De transitie- en billijke vergoeding zijn in de plaats gekomen van de ontslagvergoeding, die in 1953 in het BW opgenomen werd (laatstelijk art. 7:685 BW (oud)). De kantonrechter kon deze ontslagvergoeding toekennen, 'zo hem dat met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkwam' als hij een arbeidsovereenkomst ontbond wegens verandering van omstandigheden.

In vergelijking met de ontslagvergoeding heeft de transitievergoeding als bijzonderheid, dat ze wordt toegekend aan iedere werknemer van wie de arbeidsovereenkomst beëindigd wordt (de precieze voorwaarden en uitzonderingen worden besproken in par. 5.2.2). Bij de ontslagvergoeding had de kantonrechter de bevoegdheid, maar geen verplichting, om deze toe te kennen. Werknemers van wie de overeenkomst opgezegd werd nadat een ontslagvergunning van het UWV was verkregen hadden geen recht op een ontslagvergoeding.

Aangezien de transitievergoeding wordt betaald zonder rekening te houden met eventuele bijzondere omstandigheden, zoals gedrag van de werkgever en werknemer, heeft de wetgever niet volstaan met alleen deze uitkering, maar ook de billijke vergoeding ingevoerd. Deze kan worden toegekend, als er sprake is van ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever of van een in de wet genoemde situatie waarin de regels van het ontslagrecht niet goed gevolgd zijn. Ze wordt in par. 5.3 besproken.

Met de WAB werden een aantal veranderingen aangebracht in de regeling van de transitievergoeding; de belangrijkste zijn dat er vanaf dag één recht bestaat op de transitievergoeding in plaats van na 24 maanden en een opbouw van 1/3 maandsalaris per dienstjaar ook voor dienstverbanden langer dan tien jaar (dit was een 1/2 maandsalaris per dienstjaar). Ook zijn er een aantal belangrijke uitspraken van de Hoge Raad geweest over de transitievergoeding en billijke vergoeding.

5.2 De transitievergoeding

5.2.1 Grondslag van de transitievergoeding

Voorgeschiedenis

De wetgever had de grondslag van de oude ontslagvergoeding niet gedefinieerd.¹ Het was geheel aan de kantonrechter overgelaten om te bepalen wanneer en tegen welke hoogte deze vergoeding werd toegekend. Uit de argumentatie die kantonrechters hanteerden voor toekenning en berekening van de hoogte ervan werd afgeleid dat de ontslagvergoeding primair het verlies van de baan moest compenseren. Ze noemden immers de duur van de arbeidsovereenkomst en het eerder verdiende inkomen als factoren die van belang waren voor de berekening van de hoogte van de vergoeding. Het was echter onduidelijk wat precies moest worden gecompenseerd: vergoeding voor materiële schade, zoals bijzondere investeringen gedaan in de baan (opleiding, verhuizing, hulpmiddelen), of (ook) immateriële schade, onder andere als compensatie voor trouwe dienst. Of ging het om compensatie voor het verlies van inkomen in de toekomst? Bij de berekening van de hoogte van de vergoeding speelde ook de leeftijd van de ontslagen werknemer een rol. 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.

Een hoofdpunt van kritiek op deze regeling was dat een werkgever slechts verplicht kon worden een ontslagvergoeding te betalen als de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbond; het UWV kon bij het afgeven van een ontslagvergunning geen vergoeding opleggen. Een tweede kritiekpunt was dat de wet niet de hoogte van de ontslagvergoeding omschreef; daardoor konden de vergoedingen aanmerkelijk van elkaar verschillen. Om de kritiek op dit laatste punt te ondervangen stelde de Kring van Kantonrechters in 1996 een zogeheten kantonrechtersformule vast; met deze formule werd beoogd enige uniformiteit in de ontslagvergoedingen aan te brengen.² In de formule was de ontslagvergoeding niet alleen afhankelijk van de lengte van het dienstverband, maar ook van de leeftijd. De formule kon met name bij langere dienstverbanden en oudere werknemers tot ontslagvergoedingen leiden die werkgevers vaak hoog noemden.

Een voorstel voor een andere opzet van de ontslagvergoedingen werd in 2008 gedaan door de Commissie-Bakker.³ 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 om hun werk beter te kunnen doen. 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.⁴ Ook stelde de commissie voor de WW-uitkering sterk terug te snoeien. Dit 'wisselgeld' was een belangrijke reden dat het voorstel niet veel steun kreeg.

1 Zie over de grondslag van de ontslagvergoeding o.a. A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, Deventer: Kluwer 2009, p. 103 e.v.

2 Gepubliceerd in een bijlage van *ArbeidsRecht* 1996/11. Zie ook 'Kantonrechtersformule aangepast', *NJB* 2008, p. 1961.

3 Commissie-Bakker, *Naar een toekomst die werkt*, Den Haag, 2008, www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2008/06/16/naar-een-toekomst-die-werkt-advies-commissie-arbeidsparticipatie. Zie o.a. F. Pennings, 'Sociale partners en uitvoering sociale zekerheid: terug naar af of nieuwe mogelijkheden?', *TRA* 2013/100, p. 5-11.

4 Commissie-Bakker, p. 78.

De introductie van de transitievergoeding

De Wwz beoogde het ontslagrecht eenvoudiger en minder kostbaar voor werkgevers te maken. Een andere belangrijke doelstelling was de rechtsgelijkheid te bevorderen en minder aanleiding te geven tot procedures. Ook moest het nieuwe ontslagrecht de werking van de arbeidsmarkt bevorderen.⁵

De transitievergoeding speelde bij de realisering van deze doelstellingen een belangrijke rol. Om het ontslag te vereenvoudigen, rechtsgelijkheid te bevorderen en minder aanleiding te geven tot procedures leggen wettelijke bepalingen precies vast wanneer transitievergoeding verschuldigd is. Ook de berekening van de hoogte is vastgelegd in de wet. Bovendien ontvangt elke werknemer een transitievergoeding als zijn arbeidsovereenkomst beëindigd wordt, ongeacht of dat via de kantonrechter of het UWV geschiedt (gelijkheid). Daardoor is er veel minder aanleiding tot procederen over de vraag of er wel recht is op de vergoeding en hoe hoog die moet zijn. Ook bij de onderhandelingen over een beëindigingsovereenkomst is de transitievergoeding als referentiekader duidelijk, zodat het niet nodig is een procedure te volgen alleen over de hoogte van de vergoeding. Daarnaast zijn de transitievergoedingen aanmerkelijk minder hoog dan de ontslagvergoedingen op basis van de kantonrechtersformule (minder kostbaar ontslagrecht). De toekenning van de transitievergoeding ongeacht de procedure leverde weliswaar extra kosten op voor werkgevers, maar door de vergoedingen lager te laten zijn dan de oude ontslagvergoeding werd beoogd een balans te vinden tussen goedkoper en eerlijker ontslagrecht.

De grondslag voor de transitievergoeding

In de memorie van toelichting van de Wwz werd als doelstelling van de transitievergoeding genoemd: '(De) transitievergoeding is bedoeld ter compensatie van ontslag en om de werknemer in staat te stellen de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken'.⁶ De regering noemde dus als eerste doelstelling van de transitievergoeding de compensatie voor het verlies van de baan.

Volgens de wet wordt de transitievergoeding betaald 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, aangezien van tevoren immers al bekend is dat de baan beperkt in tijd is. De regering beargumenteerde de gelijke behandeling van werknemers die ontslagen worden en van wie de overeenkomst afloopt met het argument 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 inkomensverlies geen voorwaarde is voor een transitievergoeding (ook als men onmiddellijk een andere baan heeft bij een andere werkgever bestaat er immers recht op), is het wel relevant als onderdeel van het compensatiekarakter van de transitievergoeding.

5 *Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 7, p. 69.*

6 *Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 34.*

De compensatie verlangt echter niet dat men schade als gevolg van het verlies van de baan kan aantonen; deze wordt verondersteld.

De term 'transitievergoeding' en de genoemde doelstelling om met de transitievergoeding de overgang naar een andere baan te vergemakkelijken doen denken aan het voorstel van de Commissie-Bakker. De memorie van toelichting vermeldt dat rapport en de daarin ontvouwen redenering echter niet.⁷ 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 de kosten daarvoor mogen onder bepaalde voorwaarden van de transitievergoeding worden afgetrokken.

Zou dat de volledige regeling zijn, dan zou deze het werknemers onaantrekkelijk maken om aan scholing deel te nemen. Als ze scholing volgen zou dat immers kunnen leiden tot een lagere transitievergoeding. Om dit probleem gedeeltelijk te ondervangen is, zoals we zullen zien in par. 5.2.9, geregeld dat de mogelijkheden om scholingskosten af te trekken van de transitievergoeding beperkt zijn.

In de wet is niet uitgewerkt hoe de *employability* door de transitievergoeding vergroot wordt. Natuurlijk, de werknemer doet er verstandig aan zich te blijven scholen en als hij dat niet doet, dan is de kans groter dat hij langer werkloos blijft. Maar meer dan deze wijsheid werd door de wetgever niet aangevoerd om het transitiekarakter van de transitievergoeding te rechtvaardigen. Ook de Raad van State achtte in zijn advies over het wetsontwerp-Wwv de koppeling van de transitievergoeding aan het einde van de arbeidsovereenkomst onvoldoende om de *employability* van werknemers te kunnen vergroten.⁸ 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 werknemers zich tijdens het dienstverband inspannen om hun 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. De vergoeding is immers niet gekoppeld 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.

7 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.

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

Ook tijdens de parlementaire behandeling van de Wwz werden vragen gesteld over de grondslag van de transitievergoeding.⁹ 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. De regering erkende dat dit tweeledige doel de transitievergoeding een eigen, hybride, karakter geeft.¹⁰ Parlementsleden kaartten ook enkele ongerijmdheden aan tussen de regeling van de transitievergoeding en de doelstelling om de transitie naar een andere baan te bevorderen.¹¹ Ze stelden de retorische vraag of de kosten voor het vergemakkelijken van de transitie naar een andere baan hoger zijn naarmate de arbeidsovereenkomst langer heeft geduurd. Ook vroegen ze 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. De regering antwoordde hierop 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 transitievergoeding aanmerkelijk lager is dan de ontslagvergoeding op basis van de kantonrechtersformule 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.

De Wet arbeidsmarkt in balans creëerde een nieuwe ongerijmdheid tussen opzet van de transitievergoeding en de grondslag, nu niet langer een referteperiode voor het recht op een transitievergoeding geldt. In de Wwz was de referteperiode van ten minste 24 maanden beargumenteerd door verwijzing naar de zorgplicht van de werkgever voor zijn werknemer, ook bij ontslag.¹² Die zorgplicht reikte naar de mening van de regering niet zover dat de werkgever verantwoordelijk was voor het betalen van een vergoeding bij dienstverbanden van korter dan 24 maanden. In de memorie van toelichting bij de Wet arbeidsmarkt in balans wordt opgemerkt dat deze regeling tot knelpunten heeft geleid.¹³ De referteperiode bleek voor veel werkgevers reden om na afloop van het contract voor bepaalde tijd van minder dan twee jaar geen contract voor onbepaalde tijd aan te bieden. De regering vond dit een ongewenste prikkel; ze wilde flexibele arbeid niet op oneigenlijke gronden aantrekkelijker

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

10 Zie I. Borghouts-van de Pas, M. Bosmans, J. Verschoor en T. Wilthagen, *Overstappen op de arbeidsmarkt – een onderzoek naar Van Werk Naar Werk-beleid en -trajecten*, Weert 2019, p. 29, waaruit blijkt dat slechts 26% van de werknemers in het door hen verrichte onderzoek hun transitievergoeding in hebben gezet of in willen zetten voor transitie naar andere werk. 45,9% gebruikt het om te sparen, 45,8% om vaste lasten mee te betalen, 19,2% om iets leuks mee te doen, en 9,7% weet het nog niet. Omdat meerdere antwoorden mogelijk zijn komt het totaal boven de 100%. Daarmee is nog weinig duidelijk over de inzet voor transitie, maar kennelijk is de behoefte om geld te reserveren voor de komende onzekere periode groter dan om het te besteden aan transitie-activiteiten.

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

12 Dit was overigens een van de weinige afwijkingen in de Wwz van het Sociaal akkoord, waarin die drempel niet was opgenomen.

13 *Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 60-74.*

laten zijn dan permanente contracten.¹⁴ Vandaar de afschaffing van de referteperiode. Onder de nieuwe regeling is zonder referteperiode, dus ook bij bijvoorbeeld ontslag in de proeftijd,¹⁵ een transitievergoeding verschuldigd. Recht op transitievergoeding bij ontslag in de proeftijd toont hoe lastig de regeling van deze vergoeding te verenigen is met haar doelstellingen. Waarom zou er bij ontslag in de proeftijd (steeds) een reden zijn om het verlies van de baan te compenseren, een baan die men amper heeft gehad? Daarnaast is de transitievergoeding in zo'n situatie van zo'n beperkte omvang, dat deze de werknemer niet in staat zal stellen om een scholingstraject te volgen.

De regering gaf wel toe dat deze bezwaren bestonden tegen het schrappen van de referte-eis, maar beargumenteerde dat er geen verschil meer moest zijn tussen werknemers op basis van de duur van hun dienstbetrekking. De mogelijke verschuldigdheid van een transitievergoeding was immers een oneigenlijk argument om werknemers geen langer contract aan te bieden. Alle werknemers moeten gelijk behandeld worden, ongeacht de aard en duur van de arbeidsovereenkomst. Hier zien we een voorbeeld waar de algemene doelstellingen van de Wwz, Wet arbeidsmarkt in balans en het arbeidsmarktbeleid in brede zin zwaarder wegen dan de grondslag van de transitievergoeding.

We kunnen concluderen dat de transitievergoeding een hybride doelstelling heeft: compenseren van het verlies van de baan en het bevorderen van de transitie naar ander werk. Dit zijn echter als zodanig geen voorwaarden voor een transitievergoeding; men kan dus ook een transitievergoeding krijgen als er geen transitiekosten zijn of als men geen inkomensverlies lijdt. De transitievergoeding is bovendien vormgegeven om ook andere doelstellingen te realiseren, zoals meer gelijkheid en meer rechtszekerheid. Ook bevordering van de werking van de arbeidsmarkt, en het bijdragen aan een goedkoper en voorspelbaarder ontslagrecht en minder procedures zijn van belang. Bij de verschillende onderdelen waar de transitievergoeding aan de orde is zullen we in de volgende paragrafen zien dat aan deze factoren een wisselende betekenis wordt toegekend.

5.2.2 Voorwaarden voor de transitievergoeding

De wettelijke gronden

Bij de inwerkingtreding van de Wwz was een hoofdvoorwaarde voor een transitievergoeding dat de arbeidsovereenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd. Bij de Wet arbeidsmarkt in balans is deze voorwaarde vervallen. Onder de huidige regelgeving ontstaat recht op transitievergoeding (art. 7:673 BW):

(a) in de situatie dat het initiatief tot beëindiging bij de werkgever ligt:

- als de werkgever de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd (art. 7:673, lid 1a, 1° BW);
- als de kantonrechter de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever heeft ontbonden (art. 7:673, lid 1a, 2° BW);
- 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

¹⁴ Daarvoor werden ook andere maatregelen getroffen, zoals premiedifferentiatie naar gelang het type contract.

¹⁵ *Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 64.*

en ingaat na een tussenpoos van ten hoogste zes maanden (art. 7:673, lid 1a, 3^o BW). Als de werknemer een opvolgend contract weigert, dan bestaat er derhalve geen recht op een transitievergoeding.

Art. 7:673, lid 1a, 3^o BW biedt dus ook recht op een transitievergoeding na afloop van een tijdelijke overeenkomst. Dit is anders dan in de situatie van vóór de invoering van de Wwz, want vóór de Wwz vielen werknemers op tijdelijke contracten buiten de boot bij ontslagvergoedingen.

Onder de Wwz geldt dat ook als een uitzendovereenkomst beëindigd wordt een transitievergoeding verschuldigd is, een uitzendovereenkomst is immers een arbeidsovereenkomst. Dat geldt ook als de uitzendovereenkomst eindigt door het invoeren van het uitzendbeding. Als het uitzendbureau de uitzendkracht aansluitend naar een andere inlener uitzendt dan wordt de arbeidsovereenkomst voortgezet na het eind van rechtswege en is geen transitievergoeding verschuldigd.

Ook wanneer aan het eind van het seizoen de arbeidsovereenkomst van een seizoenarbeider van rechtswege eindigt, is een transitievergoeding verschuldigd. De werkgever kan echter gebruik maken van art. 7:673, lid 1a, 3^o BW, dat inhoudt dat de werkgever die met de werknemer voor het einde van de arbeidsovereenkomst aansluitend een nieuwe tussentijds opzegbare arbeidsovereenkomst is aangegaan die ingaat met een tussenpoos van ten hoogste een half jaar, geen transitievergoeding verschuldigd is. De werknemer heeft dan immers de zekerheid van een nieuwe arbeidsovereenkomst die binnen zes maanden ingaat. De opvolgende arbeidsovereenkomsten tellen overigens wel mee voor de berekening van de transitievergoeding op een later moment (zie par. 5.2.8).

Art. 7:673, lid 1, BW stelt niet de voorwaarde dat de werknemer niet heeft ingestemd met de opzegging. De werknemer hoeft zich dus niet te verzetten tegen een opzegging van de arbeidsovereenkomst. Alleen bij een beëindigingsovereenkomst bestaat geen recht op transitievergoeding. Een werknemer zal in zo'n geval in de regel wel onderhandelen met zijn werkgever over een ontslagvergoeding (zie hfdst. 2), maar de uitkomst daarvan is geen transitievergoeding in de zin van de wet.

De transitievergoeding wordt ook betaald:

(b) in de situatie waarin het initiatief tot beëindiging bij de werknemer ligt, namelijk als de arbeidsovereenkomst als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever:

- door de werknemer wordt opgezegd (art. 7:673, lid 1b, 1^o BW);
- op verzoek van de werknemer wordt ontbonden (art. 7:673, lid 1b, 2^o BW);
- van rechtswege eindigt en op initiatief van de werknemer niet aansluitend is voortgezet (art. 7:673, lid 1b, 3^o BW).

Zoals we in par. 5.2.3 zullen zien legt de rechter de lat hoog om ernstig verwijtbaar handelen aan te nemen. Een voorbeeld waarin een beroep hierop wel succesvol was, was dat waarin de werkgever loonbetaling bij ziekte weigerde zelfs nadat de kantonrechter de werkgever

hiertoe veroordeeld had. Toen de werknemer om ontbinding vroeg, werd de werkgever veroordeeld tot betaling van de transitievergoeding.¹⁶

De transitievergoeding is ook verschuldigd indien de werknemer reeds een andere baan heeft gevonden. Zoals we zagen bij de grondslagen beoogt de transitievergoeding het verlies van de baan te compenseren en van zo'n verlies is ook sprake als men een andere baan gevonden heeft.

Urenvermindering en transitievergoeding

Een vraag die al in een vroeg stadium na inwerkingtreding van de Wwz rees was of ook bij deeltijdontslag een transitievergoeding mogelijk is.¹⁷ Deze mogelijkheid wordt niet in art. 7:673 BW genoemd en ook de wet geeft geen aanwijzingen hoe de transitievergoeding in zo'n geval berekend moet worden. De Hoge Raad heeft hierover uitspraak gedaan in de *Kolom*-beschikking.¹⁸ Het ging in deze zaak om een docent die arbeidsongeschikt geworden was. Na twee jaar ziekte ontving ze een WIA-uitkering met een arbeidsongeschiktheidspercentage van 43,83%. Nadat de periode van ontslagbescherming was verstreken, werd haar aanstelling beëindigd door een Akte van ontslag, en kreeg ze een nieuwe aanstelling voor 0,55 fte door een Akte van benoeming. Daarop vroeg de werknemster een transitievergoeding. De kantonrechter kende een gedeeltelijke transitievergoeding toe, maar het hof vernietigde die beschikking. Het hof was van oordeel dat er geen sprake was van een opzegging, maar van een vervanging van de oude door de nieuwe dienstbetrekking met een lagere deeltijdfactor, een aangepaste voortzetting derhalve, en daarom bestond geen recht op transitievergoeding.

De Hoge Raad overwoog dat in dit geval de voortzetting van de bestaande overeenkomst in een aangepaste vorm erop neerkomt dat de bestaande arbeidsovereenkomst in feite gedeeltelijk is beëindigd. Daarom is naar evenredigheid van de omvang van de beëindiging een transitievergoeding verschuldigd, aldus de Raad (r.o. 3.4.3). De Hoge Raad erkende dat de wettelijke regeling niet voorziet in gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst en dat de regeling van de transitievergoeding bij dit wettelijk stelsel aansluit. Desalniettemin, aldus de Hoge Raad, moet de mogelijkheid van gedeeltelijk ontslag met daaraan gekoppeld de aanspraak op een gedeeltelijke transitievergoeding wel worden aanvaard voor het bijzondere geval dat de werkgever, door omstandigheden gedwongen, overgaat tot een substantiële en structurele vermindering van de arbeidstijd van de werknemer. Hierbij valt te denken, aldus de Hoge Raad, aan het noodzakelijkerwijs gedeeltelijk vervallen van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden en aan blijvende gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van de werknemer.

De Hoge Raad onderbouwde dit oordeel door te overwegen dat de transitievergoeding enerzijds is bedoeld als compensatie voor (de gevolgen van) het ontslag en anderzijds om de werknemer met behulp van de hiermee gemoeide financiële middelen in staat te stellen

¹⁶ Rb. Noord-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:756.

¹⁷ C.S.M. Allegra, 'Deeltijdontslag en transitievergoeding: is bij deeltijdontslag de gehele transitievergoeding verschuldigd?', *ArbeidsRecht* 2016/13.

¹⁸ HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617, NJ 2019/323 m.nt. W. Bouwens. Zie hierover o.a. D. Bij de Vaate & D. Pinedo, 'De pro rato transitievergoeding bij gedeeltelijk ontslag: de Hoge Raad gaat "off-road"', *TvO* 2019/1, p. 15; B. Barentsen & S. Sagel, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJB* 2018/35, p. 2715.

de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken. Hier zien we hoe de grondslag van de transitievergoeding van belang is voor de rechterlijke interpretatie van de regeling.

De Hoge Raad noemde als situaties waar een transitievergoeding mogelijk is bij een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst: (i) een gedeeltelijke beëindiging; (ii) een algeheel ontslag gevolgd door een nieuwe, aangepaste arbeidsovereenkomst; en (iii) aanpassing van de arbeidsovereenkomst (r.o. 3.5.5). “De Hoge Raad heeft hiermee duidelijk gekozen voor een materiële benadering, waarin gekeken wordt naar de *feitelijke* gevolgen voor de werknemer, en het niet uitmaakt hoe het deeltijdontslag juridisch is ingekleed”, aldus de interpretatie van de advocaat-generaal van deze beschikking in de conclusie in de *Victoria*-zaak.¹⁹

Indien de transitievergoeding bij gedeeltelijk ontslag niet zou worden aanvaard, aldus de Hoge Raad, zou de werknemer door een *substantiële en structurele vermindering van de arbeidstijd* een deel van de transitievergoeding mislopen waarop hij bij een algehele beëindiging van de arbeidsovereenkomst op dat moment aanspraak zou hebben. Blijkens het wettelijk stelsel dienen de omstandigheden, zoals vermindering van de arbeidstijd wegens blijvende gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid, niet voor rekening van de werknemer te komen. De Raad introduceert vervolgens regels om het begrip substantiële en structurele vermindering te bepalen: bij substantiële vermindering gaat het om een vermindering van de arbeidstijd met ten minste 20%; bij een structurele vermindering van de arbeidstijd om een vermindering die naar redelijke verwachting blijvend zal zijn. Er bestond voorafgaand aan de *Kolom*-beschikking discussie over wat het recht op transitievergoeding bij gedeeltelijke beëindiging in zou houden; eiser had in deze zaak primair om een volledige transitievergoeding gevraagd. De Hoge Raad oordeelde dat in deze situatie een gedeeltelijke transitievergoeding moet worden toegekend, die berekend dient te worden naar evenredigheid van de vermindering van de arbeidstijd en uit moest gaan van het loon waarop voorheen aanspraak bestond.

Het criterium van structurele vermindering van de arbeidstijd is in deze beschikking bepalend voor het aannemen van een gedeeltelijke transitievergoeding. Het Hof Amsterdam stelde prejudiciële vragen aan de Hoge Raad of ook een vermindering van het salaris als gevolg van een functiewijziging recht geeft op een (gedeeltelijke) transitievergoeding. De Hoge Raad beantwoordde die vraag ontkennend.²⁰ Hij benadrukte dat de transitievergoeding het karakter van een ontslagvergoeding heeft. Herplaatsing in een andere passende functie (zonder urenverlies) is geen vorm van beëindiging als bedoeld in art. 7:673 BW, aldus de Hoge Raad. Integendeel, een dergelijke herplaatsing wordt in het wettelijk stelsel nu juist gezien als een manier om ontslag te voorkomen. De transitievergoeding compenseert het verlies van werk, niet het verlies van inkomen om andere redenen.

In de literatuur is discussie geweest over de vraag of ook bij ontslag op een andere grond dan bedrijfseconomische redenen of langdurige arbeidsongeschiktheid, de a- of b-grond,

19 Aldus A-G De Bock in ECLI:NL:PHR:2019:955, nr. 4.19.

20 HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:749 (*SIPOR*). Zie ook A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2020:202; K. Hakvoort, ‘Hoeveel rek zit er nog in artikel 7:673 BW na Kolom?’, *AR Updates arbeidsrecht* 2019/1097; F. Dekker, ‘Kolom-perikelen’, *TRA* 2019/110.

aanspraak bestaat op partiële transitievergoeding.²¹ In de *Victoria*-beschikking²² noemde de Hoge Raad de criteria van de *Kolom*-beschikking zonder deze beperking, en bovendien was in deze zaak geen sprake van arbeidsongeschiktheid of bedrijfseconomisch ontslag. Hieruit kunnen we afleiden dat er geen beperking tot deze twee situaties is. Hij hanteert wel de formulering dat het gaat over de situatie dat de werkgever 'in het bijzondere geval, door omstandigheden gedwongen' overgaat tot vermindering van de arbeidstijd.

De literatuur bespreekt vooral de transitievergoeding voor de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer. Dit is de situatie die het meest gecompliceerd is. Complicaties doen zich met name voor als iemand arbeidsongeschikt wordt en vervolgens weer aangepaste werkzaamheden gaat verrichten. Het kan zijn dat de werknemer in dit geval passende arbeid verricht (voor minder uren en eventueel tegen lager loon) en dat de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst in stand blijft; dan is er op dat moment geen recht op transitievergoeding. Het kan echter ook zo zijn dat de aangepaste werkzaamheden als de nieuwe bedongen arbeid worden beschouwd, waardoor er sprake is, al naargelang de afspraken, van een nieuwe of gewijzigde arbeidsovereenkomst. In dit tweede geval is de *Kolom*-jurisprudentie van belang, als er sprake is van een urenvermindering. In de praktijk bestaat soms onduidelijkheid of en welke afspraken over aangepaste arbeid zijn gemaakt, zodat het niet duidelijk is of en vanaf welk moment er sprake is van nieuwe bedongen arbeid. Het kan immers onduidelijk zijn (geweest) of een werknemer kan herstellen, of hij het aangepaste werk zal volhouden en of er nog ander werk beschikbaar komt dat hij kan doen. En wellicht wil de werknemer nog niet erkennen dat hij definitief aangewezen is op het aangepaste werk, dat vaak lager zal betalen en minder aantrekkelijk is dan het oude. De vraag of er sprake is van bedongen of aangepast werk was vóór procedures over de transitievergoeding al van belang voor het recht op loondoorbetaling als de werknemer uitviel uit dit aangepaste werk.²³ In verband met de transitievergoeding hangt er nu nog meer af van dit onderscheid. Als er geen sprake is van nieuwe bedongen arbeid, dan wordt, bij een latere beëindiging van de arbeidsovereenkomst, uitgegaan van het oorspronkelijke loon. Als er wel sprake is geweest van aanpassing van de arbeidsovereenkomst en daarmee nieuwe bedongen arbeid waaruit betrokkene uitgevallen is, dan betreft de transitievergoeding het lagere loon van de aangepaste arbeid.

De werknemer moet hier alert op zijn; hij of zij kan niet achteraf transitievergoeding claimen met betrekking tot een eerdere aanpassing, aangezien er een vervaltermijn van drie maanden geldt voor het recht op transitievergoeding (art. 7:686a, lid 4, onder b, BW).²⁴

In dit verband is ook van belang dat de werkgever een compensatie kan ontvangen bij een (pro rata) transitievergoeding in geval van arbeidsongeschiktheid, zie par. 5.2.4. Ook in die situatie geldt een vervaltermijn, dit keer zes maanden. Daarom moet ook de werkgever bedacht zijn op afspraken die al of niet inhouden dat er sprake is van nieuwe bedongen

21 Bijv. K. Hakvoort, 'De gedeeltelijke transitievergoeding volgens de Hoge Raad', *ArbeidsRecht* 2018/51; zie ook B. Barentsen en S. Sagel, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJB* 2018/1876.

22 HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283.

23 HR 30 september 2011, *Kummeling Oskam BV*, ECLI:NL:HR:2011:BQ8134. Bij uitval uit passende arbeid nadat eerder een termijn van loondoorbetaling is volgemaakt hebben werknemers geen recht op een nieuwe termijn, tenzij de aangepaste arbeid aangemerkt kan worden als de nieuwe bedongen arbeid.

24 Zie ook J. van Zijl in *AR Updates*, AR 2018 1037.

arbeid; als hij aan het einde van het dienstverband de transitievergoeding betaalt over het oude loon in de veronderstelling dat er sprake is van passende arbeid, dan loopt hij het risico dat het UWV alleen het deel vergoedt over het loon van de nieuwe bedongen arbeid. Bedenk wel dat we het hier steeds hebben over al of niet nieuwe bedongen arbeid in combinatie met urenvermindering; zonder urenvermindering is er geen recht op transitievergoeding.

Het ligt, zeker in het licht van deze vervaltermijnen, voor de hand dat alleen nieuwe bedongen arbeid wordt aangenomen indien dit expliciet overeengekomen is. Anders verliest de werknemer recht op een (gedeeltelijke) vergoeding en heeft hij enkel recht op een lagere vergoeding bij de laatste eindiging van de arbeidsovereenkomst. De benadering dat alleen nieuwe bedongen arbeid wordt aangenomen indien dit expliciet overeengekomen is, kan ook gunstig zijn voor het recht op loondoorbetaling als een werknemer voor de tweede keer uitvalt (na eerder een termijn van 104 weken ziekte te hebben volgemaakt).

Wijziging of niet-wijziging van de arbeidsovereenkomst is dus voor de werknemer van steeds groter belang geworden, evenals de vraag hoe deze vorm krijgt.²⁵ Er valt veel voor te zeggen dat een goed werkgever in zo'n situatie de werknemer erop attendeert dat hij of zij zich van deskundig advies moet voorzien.²⁶

Ook de werknemer kan het initiatief nemen tot een wijziging van zijn of haar arbeidsovereenkomst en dit kan aanleiding geven tot recht op een transitievergoeding. In de *Victoria*-beschikking²⁷ noemde de Hoge Raad deze mogelijkheid expliciet onder het kopje 'Voorstel tot wijziging arbeidsovereenkomst door werknemer'. Een arbeidsovereenkomst kan, aldus de Hoge Raad, onder meer gedeeltelijk worden beëindigd doordat de werkgever op grond van goed werkgeverschap in de zin van art. 7:611 BW gehouden is in te stemmen met een voorstel van de werknemer tot wijziging van de arbeidsovereenkomst, dat neerkomt op een gedeeltelijke beëindiging daarvan. Dit voorstel kan ook door de werknemer worden gedaan als tegenvoorstel nadat de werkgever een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst heeft gedaan.

Of de werkgever op grond van goed werkgeverschap in de zin van art. 7:611 BW gehouden is in te stemmen met het wijzigingsvoorstel van de werknemer, dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard en inhoud van de overeengekomen werkzaamheden, de aan het voorstel van de werknemer ten grondslag liggende omstandigheden en de omstandigheden binnen het bedrijf van de werkgever, aldus de Hoge Raad.

Beëindiging op verzoek van de werknemer: ernstig verwijtbaar handelen door de werkgever
Bij beëindiging op verzoek van de werknemer moet de werkgever ernstig verwijtbaar gehandeld hebben wil de werknemer aanspraak kunnen maken op een transitievergoeding. De rechter legt de lat hoog om ernstig verwijtbaar handelen aan te nemen. Ter illustratie noem ik twee zaken waarin deze lat bereikt werd. In de ene was de werknemer volledig

25 De twintig-procentsgrens maakt het voor werkgevers interessant om bij het aanbieden van een nieuwe arbeidsovereenkomst er bewust voor te kiezen daar (net) onder te blijven, zo is wel opgemerkt door praktijkjuristen. Is dat het geval, dan wordt een stevige hap uit een (in de toekomst) verschuldigde transitievergoeding genomen.

26 Zie ook R. Houweling, *AR Updates* 2019/1182 (bij *Xella*-beschikking), die een dergelijke actieve informatieplicht op grond van goedwerkgeverschap suggereert bij verzoeken om beëindiging van slapende dienstverbanden.

27 HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283.

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 loondoorbetaling, 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 de kantonrechter aan als een ernstig verwijtbaar nalaten van de werkgever; deze werd, toen de werknemer om ontbinding vroeg, veroordeeld tot betaling van de transitievergoeding.²⁸ In de andere zaak ging het om een werknemer, die na negentien jaar zijn standplaats (tevens woonplaats) in België had gehad, opeens zijn werk in Zaltbommel moest uitvoeren.²⁹ 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 toen de werknemer om ontbinding vroeg.³⁰

Ontbinding vanwege wanprestatie en als een ontbindende voorwaarde ingetreden is

Een arbeidsovereenkomst kan ook eindigen vanwege wanprestatie en als aan een ontbindende voorwaarde is voldaan. Dit zijn natuurlijk verschillende gronden, maar ze worden hier tezamen behandeld omdat ze gemeen hebben dat art. 7:673 BW niet bepaalt dat in deze gevallen een transitievergoeding verschuldigd is.

Een ontkennend antwoord op de vraag of in deze gevallen een transitievergoeding is verschuldigd is volgt uit een letterlijke interpretatie van deze bepaling. In de *Kolom*-jurisprudentie is echter te zien dat de Hoge Raad art. 7:673 BW niet letterlijk interpreteert. De Hoge Raad erkende dat de wet bij urenvermindering niet voorziet in een transitievergoeding, maar dat in dit geval de voortzetting van de bestaande arbeidsovereenkomst in aangepaste vorm erop neerkomt dat de bestaande arbeidsovereenkomst in feite gedeeltelijk is beëindigd en dat daarom naar evenredigheid van de omvang van die beëindiging een transitievergoeding is verschuldigd. Dit zou aldus kunnen worden geïnterpreteerd als dat de Hoge Raad van oordeel is dat uit het systeem van de wet volgt dat de werknemer bij beëindiging van de overeenkomst, ook al is daarvan formeel geen sprake, niet met lege handen mag komen te staan.

Hoe zit het nu bij ontbinding vanwege wanprestatie? In de *Victoria*-beschikking beschrijft de Hoge Raad een aantal manieren waarop een arbeidsovereenkomst gedeeltelijk kan worden beëindigd.³¹ Een daarvan is dat de arbeidsovereenkomst gedeeltelijk wordt ontbonden op grond van een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst (art. 7:686 BW in samenhang met art. 6:265 BW en art. 6:270 BW). In dit geval kan, aldus de Hoge Raad,

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

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

30 De kantonrechter was voorts van oordeel dat werkgever wegens haar handelwijze een billijke vergoeding verschuldigd is, zie par. 5.3.

31 HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283.

echter geen recht bestaan op een transitievergoeding ex art. 7:673 BW. De Hoge Raad lichtte dit niet verder toe.

Een vordering tot ontbinding op grond van wanprestatie is slechts toewijsbaar in gevallen van ernstige wanprestatie, namelijk een wanprestatie van zodanige aard dat zij het ingrijpende gevolg van een ontbinding van de overeenkomst, in beginsel met terugwerkende kracht tot de dag van de wanprestatie, kan rechtvaardigen.³² Bij dit uitgangspunt is deze ontbinding veeleer op een lijn te stellen met een beëindiging van de dienstbetrekking wegens een dringende reden.³³ Op basis van dit artikel kan schadevergoeding opgelegd worden. Wellicht is dit de reden dat de Hoge Raad hier geen recht op transitievergoeding aanneemt. Aangezien er een schadevergoeding kan worden opgelegd, mag verwacht worden dat rechters art. 7:686 BW geen sluiproute laten worden voor werkgevers om aan een transitievergoeding te ontkomen als daar via een reguliere opzegging of ontbinding aanleiding voor zou zijn geweest.

De wet zwijgt over transitievergoeding bij een ontbindende voorwaarde; dat is niet heel vreemd, omdat het wettelijk ontslagstelsel zelf de ontbindende voorwaarde niet noemt.³⁴ 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 ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Gelet op de benadering in de *Victoria*-beschikking bij de ontbinding wegens wanprestatie zou men kunnen tegenwerpen dat de Hoge Raad niet buiten de gronden vermeld in art. 7:673 BW zal willen gaan.³⁵ Of dit zo is, zal nog moeten blijken.

De kwestie van de ontbindende voorwaarde zal wellicht weer vaker aan de orde komen nu de referte-eis voor de transitievergoeding geschrapt is, waardoor bij leerwerkovereenkomsten de vraag aan de orde kan zijn of transitievergoeding moet worden betaald. Deze duren namelijk in de regel minder dan 24 maanden. Leerwerkovereenkomsten kennen vaak een ontbindende voorwaarde.

32 Zie ook par. 4.7.

33 HR 20 april 1990, NJ 1990/702, volgens Hof Den Haag 28 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2467 is deze jurisprudentie ook onder de Wwz nog van belang; zie ook J. de Laat, 'De ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens wanprestatie', *TRA* 2017/11.

34 Zie M. van Eck, 'Over de (on)mogelijkheid van de ontbindende voorwaarde onder de Wwz', *TvO* 2017, p. 4; J. van Slooten, 'Is er onder de Wwz nog plaats voor de ontbindende voorwaarde?', *TvO* 2017, p. 2 en D.J.B. de Wolff, 'De arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde en de Wet werk en zekerheid', *TRA* 2017, p. 12 over de bij de introductie van de Wwz hierover bestaande gedachten.

35 Rb. Midden-Nederland (11 april 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3216) oordeelde dat er bij een einde van de arbeidsovereenkomst wegens het inroepen van een ontbindende voorwaarde geen recht is op een transitievergoeding. Het ging om een beveiligger bij een geldtransporteur die zijn toestemming van de politie om als zodanig werkzaam te zijn verloor. Hij was namelijk aangehouden als verdachte. De rechtbank oordeelde dat nu niet kon worden gezegd dat de arbeidsovereenkomst door de werkgever is beëindigd, niet is voldaan aan de voorwaarden waaronder een transitievergoeding kan worden toegekend.

Moet transitievergoeding worden terugbetaald bij vernietiging van de opzegging en bij herstel van de arbeidsovereenkomst?

De minister merkte in de memorie van toelichting bij de Wwz op dat wanneer de werknemer een transitievergoeding heeft ontvangen, maar vervolgens de rechter zijn verzoek om vernietiging van de opzegging toewijst, de werknemer de transitievergoeding moet terugbetalen, aangezien de opzegging dan met terugwerkende kracht geacht wordt nooit te hebben bestaan. Bij herstel van de arbeidsovereenkomst zal dat ook het geval zijn bij een herstel met ingang van de ontbindingsdatum, en in overige situaties afhangen van de omstandigheden van het geval, aldus de memorie van toelichting.³⁶

Uit de *Amsta*-beschikking van de Hoge Raad blijkt dat deze de laatste opvatting niet deelt: als een dienstbetrekking hersteld wordt, betekent dat niet dat de grond aan de transitievergoeding komt te vervallen.³⁷ In deze zaak had de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbonden wegens ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid met ingang van 1 januari 2017. Aan de werknemer was een transitievergoeding toegekend. Het hof vernietigde de beschikking van de kantonrechter en veroordeelde *Amsta* tot herstel van de arbeidsovereenkomst per 1 november 2017. Voor een herstel met terugwerkende kracht en voor het treffen van de verzochte voorzieningen (doorbetaling van het salaris over de periode van onderbreking in de tussenliggende periode) zag het hof geen aanleiding. Het hof verwees naar de handelwijze van de werknemer in het incident dat aanleiding had gegeven tot het ontslag en het feit dat de werknemer een WW-uitkering ontving. Het hof sloot de beschikking af met de opmerking dat het ervan uitging dat de werknemer het aan hem uitbetaalde bedrag aan transitievergoeding aan de werkgever zal terugbetalen.

De Hoge Raad overwoog dat in geval van een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst de rechter het tijdstip daarvan bepaalt (art. 7:683, lid 4, jo 682, lid 6, BW). Dit kan zijn de datum van ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter of een ander tijdstip in het verleden, maar ook een tijdstip in de toekomst. Bij het nemen van een beslissing hierover heeft de rechter – binnen de grenzen van hetgeen de werknemer heeft verzocht – vrijheid. In geval van een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst, treft de rechter voorzieningen omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst. Ook bij de beslissing of, en zo ja welke, voorzieningen nodig zijn, heeft de rechter vrijheid. De wet bepaalt niet, aldus de Hoge Raad, dat de werknemer een door hem ontvangen transitievergoeding moet terugbetalen indien de arbeidsovereenkomst wordt hersteld.³⁸

De Hoge Raad merkte vervolgens op dat wanneer de rechter in hoger beroep van oordeel is dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ten onrechte heeft ontbonden, de rechter de werkgever kan veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen. De ontbinding zelf kan in hoger beroep niet ongedaan worden gemaakt. Dat betekent dat, anders dan bij

36 *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, nr. 3, p. 39. Dit werd aangehaald door het Hof Arnhem-Leeuwarden 19 april 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3495.

37 HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80, *NJ 2019/139* m.nt. E. Verhulp; *TRA 2019/39* m.nt. M. Vegter.

38 Zie ook *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, nr. 3, p. 119.

vernietiging van de opzegging, de rechtsgrond niet aan betaling van de transitievergoeding komt te ontvallen. Van een verplichting van de werknemer tot terugbetaling van de transitievergoeding is daarom pas sprake als hij hiertoe door de rechter wordt veroordeeld.

Een veroordeling van de werknemer tot terugbetaling van de transitievergoeding moet worden aangemerkt, aldus de Hoge Raad, als een voorziening omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst, als bedoeld in art. 7:682, lid 6, BW. De vraag of, en zo ja, in hoeverre deze voorziening moet worden getroffen, dient te worden beantwoord in samenhang met eventuele andere te treffen voorzieningen, bijvoorbeeld die met betrekking tot compensatie voor inkomensschade of pensioenschade. Het geheel van voorzieningen als bedoeld in art. 7:682, lid 6, BW heeft tot doel dat de werknemer wordt gecompenseerd voor het nadeel veroorzaakt door de onderbreking van de arbeidsovereenkomst. Ook de vraag of, en zo ja, in hoeverre de transitievergoeding moet worden terugbetaald, moet tegen deze achtergrond worden beantwoord.

Indien tussen de beëindigingsdatum en het tijdstip met ingang waarvan de arbeidsovereenkomst moet worden hersteld, een periode van meer dan zes maanden ligt, heeft dat tot gevolg dat de ontbonden arbeidsovereenkomst volgens de wet niet meer meetelt bij de berekening van de transitievergoeding in geval van (toekomstige) beëindiging van de herstelde arbeidsovereenkomst (zie art. 7:673, lid 4, aanhef en onder b, BW), zo vervolgde de Hoge Raad. Bij zijn oordeelsvorming ten aanzien van het tijdstip met ingang waarvan de arbeidsovereenkomst moet worden hersteld, dient de rechter rekening te houden met dit mogelijke nadeel voor de werknemer. Indien derhalve de rechter aanleiding ziet het tijdstip van het herstel te bepalen op meer dan zes maanden na de ontbindingsdatum, kan hij het nadeel voor de berekening van de toekomstige transitievergoeding wegnemen door te bepalen dat de ontbonden arbeidsovereenkomst meetelt bij de berekening van de transitievergoeding na beëindiging van de herstelde arbeidsovereenkomst. Deze voorziening kan slechts worden getroffen in combinatie met een veroordeling van de werknemer tot terugbetaling van de door de werkgever betaalde transitievergoeding.

Van belang hierbij is dat de rechter, aldus de Hoge Raad, ook voorzieningen kan treffen die niet door een partij zijn verzocht. In dat geval dient hij partijen wel voldoende in de gelegenheid te stellen zich uit te laten over de wenselijkheid van die voorzieningen. Hij vernietigde de beschikking van het hof en een ander hof moest de zaak verder afhandelen.

5.2.3 Specifieke groepen die uitgezonderd zijn

Art. 7:673, lid 7, BW geeft een drietal uitzonderingen op de verplichting een transitievergoeding te betalen. De uitzonderingen betreffen drie categorieën: jonge werknemers, oudere werknemers en werknemers die ernstig verwijtbaar gehandeld 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 voert ter rechtvaardiging van deze uitzondering aan dat iedereen tot het achttiende jaar in beginsel gebonden is aan de leer- of kwalificatieplicht.

Arbeid is daarom voor het overgrote deel van deze groep noodzakelijkerwijs van niet meer dan bijkomstige aard en voor hen heeft, aldus de regering, de transitievergoeding geen betekenis.³⁹

Strikt genomen is dit een geval van onderscheid op grond van leeftijd. Dit onderscheid kan echter objectief gerechtvaardigd worden. Die rechtvaardiging kan erin liggen dat aangezien de uitzondering beperkt is tot maximaal twaalf uur per week arbeid, het zal 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 urenaantal lijkt me dat daarmee aan de eis van legitiem doel, geschiktheid en evenredigheid is voldaan.⁴⁰

Een andere vraag betreft de doorwerking van deze uitsluiting na de leeftijd van 18 jaar, bij de berekening van de transitievergoeding, zie par. 5.2.8.

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), art. 7:673, lid 7, sub b, BW. 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 werknemers die ontslagen worden vanwege het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd nu deze werknemers niet langer voor hun inkomen zijn aangewezen op het verrichten van arbeid.⁴¹ Als overigens een transitievergoeding verschuldigd is kort voor de AOW-leeftijd, dan kan deze hoger zijn dan het verschuldigde loon tot de pensioengerechtigde leeftijd. In de wet is echter geen pensioenplafond ingebouwd; de Hoge Raad oordeelde dat niet afgeweken kon worden van de wettelijke regeling.⁴²

De uitsluiting van personen die de AOW-leeftijd bereiken riep de vraag op of er sprake is van leeftijdsdiscriminatie. Over deze kwestie stelde de Rechtbank Midden-Nederland prejudiciële vragen aan de Hoge Raad.⁴³ De zaak betrof een werknemer wiens arbeidsovereenkomst was geëindigd toen hij de AOW-gerechtigde leeftijd bereikte en wie transitievergoeding werd geweigerd op grond van art. 7:673, lid 7, BW. De vraag was of dit in strijd was met Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

In zijn beschikking overwoog de Hoge Raad uitdrukkelijk dat zijn uitspraak uitsluitend betrekking heeft op situaties waarin het recht op een transitievergoeding uitgesloten is voor werknemers die bij het eindigen van de arbeidsovereenkomst de AOW-leeftijd hebben

³⁹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 15.

⁴⁰ Zie ook W.L. Roozendaal, 'Objectieve rechtvaardiging van tijdelijke arbeidsovereenkomsten 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.

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

⁴² HR 5 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1845.

⁴³ Rb. Midden-Nederland 30 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3249.

bereikt (r.o. 3.3.2).⁴⁴ Daarmee heeft de uitspraak geen betrekking op personen voor wie ingevolge wet of overeenkomst een lagere ontslagleeftijd geldt.

De Hoge Raad stelde allereerst vast dat bij de weigering van de transitievergoeding op deze grond er sprake is van een direct op leeftijd gegrond verschil in behandeling. Volgens art. 6, lid 1, Richtlijn vormen verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen verboden discriminatie indien zij in het kader van de nationale wetgeving worden gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.⁴⁵ De Hoge Raad citeerde vervolgens uit de Kamerstukken zes kerndoelstellingen voor de transitievergoeding (zie voor deze doelstellingen ook par. 5.2.1) en leidde uit de citaten af, dat de transitievergoeding bedoeld is voor werknemers die zijn aangewezen op het verrichten van arbeid om in hun levensonderhoud te voorzien. Daarop wijst in de eerste plaats dat met de transitievergoeding wordt beoogd om de werknemer met de hiermee gemoeide financiële middelen in staat te stellen de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken. Ook de doelstelling om de werknemer door middel van de transitievergoeding compensatie te bieden voor het ontslag moet gezien worden in verband met de omstandigheid dat hij nog is aangewezen op het verrichten van arbeid om in zijn levensonderhoud te voorzien; de transitievergoeding compenseert aldus (in zekere mate) het wegvallen van het voor zijn levensonderhoud benodigde inkomen uit arbeid. Daarmee strookt dat de verplichting om een transitievergoeding te betalen wordt gezien als een invulling van de zorgplicht die de werkgever heeft ten opzichte van een werknemer die wordt ontslagen of van wie het tijdelijke contract niet wordt verlengd. Deze zorgplicht strekt zich volgens de regering niet uit tot gevallen waarin de werknemer wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd in beginsel niet langer voor het voorzien in zijn inkomen is aangewezen op het verrichten van arbeid. Mede tegen de achtergrond van het algemene doel van de Wwz dat het ontslag voor werkgevers minder kostbaar moet zijn, vond de Hoge Raad dit doel legitiem in de zin van art. 6, lid 1, Richtlijn.

We zien hier dat de grenzen aan de zorgplicht van de werkgever ook de grenzen van de transitievergoeding bepalen. Op zich is dit consistent. Wel blijft de vraag waarom de zorgplicht van de werkgever eindigt bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Hiervoor wordt geen nadere toelichting gegeven. Wel wordt het recht op pensioen als factor genoemd, maar dat argument is niet consistent met het systeem waarin het ontvangen van een WW- of Iva-uitkering of het hebben van een nieuwe baan niet relevant zijn voor de transitievergoeding. De stelling dat bij het bereiken van de wettelijke pensioenleeftijd de verantwoordelijkheid van de werkgever ophoudt is daarmee een op zichzelf staande stelling: 'er moet een natuurlijk moment blijven waarop een arbeidsovereenkomst op latere leeftijd van de werknemer zonder inhoudelijke toets en zonder kosten voor de werkgever kan eindigen.'⁴⁶

44 HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:651.

45 Er is hier een hele reeks arresten van het HvJ over, zie o.a. A.G. Veldman, 'Ontzegging van een transitievergoeding aan pensioengerechtigden vormt geen leeftijdsdiscriminatie: een uitgemaakte zaak na de Hoge Raad-beschikking van 20 april 2018?', *TRA* 10 (9/10), p. 4-8, en de conclusie van de A-G. De Hoge Raad zelf verwijst naar HvJ 26 februari 2015, zaak C-515/13, *Landin*, ECLI:EU:C:2015:115. Zie ook E.L.H. van der Vos, 'Uitsluiten transitievergoeding vóór AOW-leeftijd: Europeesrechtelijk gezien geen sinecure', *ArbeidsRecht* 2018/35.

46 *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 96.

De Hoge Raad vervolgde met te overwegen dat de uitsluiting van een transitievergoeding voor werknemers die de AOW-leeftijd hebben bereikt tot doel heeft te voorkomen dat personen die in de regel niet langer zijn aangewezen op het verrichten van arbeid om in hun levensonderhoud te voorzien, toch recht hebben op een transitievergoeding. Anders gezegd: de regel voorkomt dat de transitievergoeding toekomt aan een categorie van personen voor wie de vergoeding niet is bedoeld. Mede tegen de achtergrond van het algemene doel van de Wwz het ontslag voor werkgevers minder kostbaar te maken, moet, aldus de Hoge Raad, dit doel legitiem worden geacht in de zin van art. 6, lid 1, Richtlijn. Hier wordt dus de nevendoelestelling van de Wwz om het ontslagrecht goedkoper te maken aangehaald ter onderbouwing van de interpretatie.

Het feit dat sommige werknemers geen volledige AOW-uitkering hebben opgebouwd, brengt niet mee dat op de legitieme belangen van deze werknemers op excessieve wijze inbreuk wordt gemaakt, aldus de Hoge Raad. We komen nu op een cruciaal punt: kun je wel zeggen dat er geen zorgplicht meer is, als de werknemer een niet-volledige AOW-uitkering heeft? De Hoge Raad antwoordde hierop dat de aanspraak op en de hoogte van de AOW-uitkering geen verband houdt met het verricht hebben van arbeid. Voor werknemers die geen volledige AOW-uitkering hebben opgebouwd, geldt dat zij, onder voorwaarden, een beroep kunnen doen op de vangnetvoorziening van de Aanvullende Inkomensvoorziening Ouderen (zie art. 47a Participatiewet).⁴⁷ Er kan daarom niet worden gezegd dat de legitieme belangen van werknemers die bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst de AOW-leeftijd hebben bereikt buitensporig worden aangetast doordat zij zijn uitgesloten van het recht op een transitievergoeding. De uitsluiting van transitievergoeding bij leeftijdsontslag is daarom volgens de Hoge Raad niet in strijd met Richtlijn 2000/78/EG.

Met de opmerkingen over de onvolledige opbouw ging de Hoge Raad in op het sterkste argument om wel transitievergoeding te betalen aan AOW-ers, althans categorieën van hen. Het gaat om mensen met een onvolledige AOW-opbouw (omdat ze op latere leeftijd in Nederland verzekerd zijn geraakt), want in dat geval is de noodzaak voor compensatie van het baanverlies en hulp om door te werken immers niet weggenomen. In de jurisprudentie van het Hof van Justitie zien we hier een wisselende benadering. In sommige zaken, vooral overigens bij ontslag vóór de wettelijke pensioenleeftijd op basis van een cao, waarin ontslagvergoeding geweigerd wordt, maar wel een VUT-uitkering bestaat, vindt het hof dat per situatie moet worden nagegaan of de ontzegging van een ontslagvergoeding proportioneel is;⁴⁸ in andere zaken vindt het hof een individuele toets te bewerkelijk.⁴⁹

De Hoge Raad ging vrij snel voorbij aan dit vraagstuk, door verwijzing naar de nevendoelestelling dat de wetgever met de invoering van de Wwz beoogd heeft het ontslagrecht eenvoudiger, sneller en minder kostbaar te maken. Met deze doelstelling en met het abstracte

47 Die kwestie van onvolledige opbouw speelde in eerder door het Hof 's-Hertogenbosch 9 maart 2017, (ECLI:NL:GHSHE:2017:954) gestelde vragen (die later ingetrokken werden).

48 HvJ 12 oktober 2010, zaak C-499/08, *Andersen*, ECLI:EU:C:2010:600: "Bepanking van de speciale ontslagvergoeding tot alleen die werknemers die op het tijdstip van hun ontslag niet in aanmerking zullen komen voor een ouderdomspensioen waaraan hun werkgever heeft bijgedragen, is niet onredelijk in het licht van het door de wetgever nagestreefde doel, namelijk een betere bescherming te bieden aan de werknemers van wie de overgang naar een nieuwe dienstbetrekking wegens hun anciënniteit in de onderneming moeilijk blijkt te zijn. Deze maatregel mag echter niet verder gaan dan nodig is om het door de wetgever nagestreefde doel te bereiken."

49 HvJ 26 september 2013, zaak C 546/11, *Toftgaard*, ECLI:EU:C:2013:603, NJ 2014/19.

en gestandaardiseerde karakter van de regeling van de transitievergoeding verdraagt zich niet, aldus de Hoge Raad, dat de werkgever, dan wel de rechter, in individuele gevallen zou moeten toetsen of, in afwijking van deze regels, toch (geheel of gedeeltelijk) recht op een transitievergoeding bestaat op de grond dat de werknemer wiens arbeidsovereenkomst op of na het bereiken van de AOW-leeftijd wordt beëindigd, geen volledige AOW-uitkering heeft opgebouwd en in zodanige financiële omstandigheden verkeert dat hij aangewezen blijft op inkomen uit arbeid.

In de commentaren op deze beschikking wordt vooral de vraag gesteld hoe de Hoge Raad deze kwestie zal benaderen als er sprake is van een verplicht pensioenontslag op een lagere leeftijd dan de AOW-leeftijd.⁵⁰ In dat geval moet opnieuw getoetst worden of er een legitiem doel is, en vooral ook of het uitsluiten van transitievergoeding 'op een andere leeftijd waarop voor de werknemer recht op pensioen ontstaat' proportioneel is, als voor betrokkene, op bijvoorbeeld zijn 55^e, nog een serieuze arbeidsmarktdeelnamen denkbaar is. Het Hof van Justitie heeft in het verleden onderscheid gemaakt tussen een wettelijk pensioenontslag (*Toftgaard*⁵¹, *Landin*⁵², *Rasmussen*⁵³) en contractuele ontslagen (*Andersen*⁵⁴) en heeft ook wisselend geoordeeld of er wel een individuele toets moet zijn bij het proportionaliteitsvereiste (*Andersen*, *Toftgaard*, *Rasmussen*) of niet (*Landin*). Het is daarom wenselijk dat als deze kwestie aan de rechter wordt voorgelegd, aan het Hof van Justitie prejudiciële vragen worden gesteld.

Werknemers die ernstig verwijtbaar gehandeld 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 7 sub c, BW). De regering noemde 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.⁵⁵

50 Zie ook A.G. Veldman, 'Ontzegging van een transitievergoeding aan pensioengerechtigden vormt geen leeftijdsdiscriminatie: een uitgemaakte zaak na de Hoge Raad-beschikking van 20 april 2018?', *TRA* 10 (9/10), p. 4-8.

51 HvJ 26 september 2013, zaak C 546/11, *Toftgaard*, ECLI:EU:C:2013:603.

52 HvJ 26 februari 2015, C-515/13, ECLI:EU:C:2015:115.

53 HvJ 19 april 2016, C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278.

54 HvJ 12 oktober 2010, C-499/08, ECLI:EU:C:2010:600.

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

In de jurisprudentie waarin dit artikel aan de orde is blijkt een flink aantal zaken te gaan over zieke werknemers die onvoldoende meewerkten aan hun re-integratie (zie ook uitvoerig hfdst. 9 in dit boek). Afhankelijk van de omstandigheden van de zaak was dit gebrek reden om wel⁵⁶ of niet⁵⁷ ernstige verwijtbaarheid aan te nemen. Het Hof 's-Hertogenbosch oordeelde dat voor de vraag of sprake is van ernstige verwijtbaarheid in de zin van art. 7:673, lid 7, sub c, BW een hoge maatstaf moet worden aangelegd.⁵⁸ 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 werden 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, sub c, BW. Zelfs als de hier aan de orde zijnde verwijten het gevolg zijn van onwil of moedwil, dan achtte 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.⁵⁹ In een andere zaak oordeelde het hof dat het heimelijk opnemen van exitgesprekken door een leidinggevende verwijtbaar was, maar niet ernstig verwijtbaar.⁶⁰

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.⁶¹ 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.⁶² Zie voor ontslag op de e-grond ook par. 4.3.3.

De Hoge Raad heeft zich over de ernstige verwijtbaarheid uitgelaten in de *Woonzorg*-beschikking.⁶³ Hij overwoog dat uit de parlementaire geschiedenis van de Wwz blijkt dat deze uitzonderingsgrond een beperkte reikwijdte heeft en terughoudend moet worden

56 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.

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

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

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

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

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

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

63 HR 8 februari 2019, *Woonzorg*, ECLI:NL:HR:2019:203, *NJ* 2019/308 m.nt. E. Verhulp.

toegepast. De werknemer kan zijn recht op een transitievergoeding alleen kwijtraken in uitzonderlijke gevallen, waarin evident is dat het tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst leidende handelen of nalaten van de werknemer niet slechts als verwijtbaar, maar als ernstig verwijtbaar moet worden aangemerkt (r.o. 3.4.3). Bij de beoordeling of de uitzonderingsgrond van toepassing is, zijn de omstandigheden van het geval – waaronder de persoonlijke omstandigheden van de werknemer – slechts van belang voor zover deze van invloed zijn op de verwijtbaarheid van het handelen of nalaten van de werknemer dat tot het ontslag heeft geleid. Er kunnen bijvoorbeeld persoonlijke omstandigheden zijn die maken dat de gedraging van de werknemer als minder verwijtbaar wordt beschouwd. Maar omstandigheden die geen verband houden met de gedragingen van de werknemer die tot het ontslag hebben geleid, noch met de verwijtbaarheid van die gedragingen, zijn in dit verband niet van betekenis. Dergelijke omstandigheden zien immers op de gevolgen van het ontslag voor de werknemer en behoren wél te worden meegenomen bij de vraag of sprake is van een dringende reden, maar spelen geen rol bij de vraag of sprake is van ernstige verwijtbaarheid.

Het luizengaatje

Voor de in art. 7:673, lid 7, sub c, BW opgenomen uitzondering dat geen transitievergoeding is verschuldigd bij ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer, is in lid 8 van dit artikel een hardheidsclausule opgenomen. Lid 8 bepaalt namelijk dat de kantonrechter de transitievergoeding, in afwijking van lid 7, sub c, BW, toch geheel of gedeeltelijk kan toekennen, indien het niet toekennen daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Deze toets komt overeen met die in art. 6:2 en 6:248, lid 2, BW. Dat betekent dat de rechter terughoudend dient te zijn bij de toepassing ervan.

Volgens de memorie van toelichting valt te denken aan een relatief kleine misstap na een heel lang dienstverband.⁶⁴ De uitzondering van lid 8 wordt ook wel aangeduid als 'het luizengaatje', waarmee bedoeld wordt dat sprake is van een heel klein gaatje. Over het luizengaatje is nog weinig duidelijkheid.⁶⁵ Ook over de hoogte is nog niet veel duidelijk, meestal krijgt de werknemer een gekorte transitievergoeding.⁶⁶

Bij beantwoording van de vraag of het niet toekennen van de transitievergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is als bedoeld in art. 7:673, lid 8, BW, kunnen alle omstandigheden van het geval van belang zijn, dus ook omstandigheden die bij de toepassing van art. 7:673, lid 7, sub c, BW (zoals hierboven vermeld) niet van betekenis zijn, aldus de Hoge Raad in de *Woonzorg*-beschikking (r.o. 3.4.4).⁶⁷

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

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

65 B. Barentsen, M. Erkens en M. Bulk, 'Kroniek rechtspraak Wwz', *TRA* 2019/17, p. 17.

66 M. Schneider & E. Wies, 'Verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer ('e'-grond): de lijnen in de rechtspraak uitgekristalliseerd?', *ArbeidsRecht* 2018/30. Zie voor een geslaagd beroep op het luizengaatje Hof Arnhem-Leeuwarden 18 januari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:447.

67 HR 8 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:203, NJ 2019/308 m.nt. E. Verhulp.

BW.⁶⁸ Soms kan er sprake zijn van ernstig verwijtbaar handelen, maar toch geen reden voor ontslag om een dringende reden; soms is een ontslag om een dringende reden mogelijk zonder ernstig verwijtbaar handelen. Dat is van belang voor de vraag of een werknemer bij een ontslag op staande voet recht kan hebben op een transitievergoeding.

De Hoge Raad heeft deze redenering bevestigd in de *Dräger*-beschikking.⁶⁹ Het is dus niet uitgesloten dat een werknemer die rechtsgeldig op staande voet is ontslagen, recht heeft op een transitievergoeding. Zie verder hoofdstuk 6, dat dit onderwerp uitvoerig behandelt.

5.2.4 *Langdurig arbeidsongeschikte werknemers*

Algemeen

Ook een werknemer wiens arbeidsovereenkomst wordt opgezegd omdat hij 24 maanden onafgebroken arbeidsongeschikt is geweest, heeft recht op een transitievergoeding. In de situatie vóór de Wwz werd bij langdurige arbeidsongeschiktheid in beginsel geen ontslagvergoeding toegekend als de arbeidsovereenkomst ontbonden werd, tenzij de werkgever zijn re-integratieverplichtingen had geschonden of de werknemer door of vanwege het werk arbeidsongeschikt was geworden. Voor de langdurig zieke werknemers is de nieuwe regeling derhalve een aanmerkelijke verbetering.

De regeling is wel opmerkelijk als we deze vergelijken met de uitsluiting van de AOW-ers van de transitievergoeding, zeker als het gaat om mensen die volledig en duurzaam arbeidsongeschikt zijn, en daarom een Iva-uitkering ontvangen. De regering merkte hierover op dat gelet op het doel van de transitievergoeding, dat tweeledig is (compensatie voor ontslag en bevordering transitie van-werk-naar-werk), geen rechtvaardiging bestaat om onderscheid te maken tussen arbeidsongeschikte werknemers met een Iva-uitkering en andere werknemers. Het onderscheid tussen AOW-ers en Iva-gerechtigden baseerde de regering echter op het hierboven al aangehaalde argument dat er een natuurlijk moment moet blijven waarop een arbeidsovereenkomst op latere leeftijd van de werknemer zonder inhoudelijke toets en zonder kosten voor de werkgever kan eindigen. Deze rechtvaardigingsgrond doet geen opgeld bij werknemers met een Iva-uitkering, aldus de regering. De regering wees er vervolgens op dat de mogelijkheid niet geheel uitgesloten is dat de arbeidsongeschiktheidssituatie van een Iva-uitkeringsgerechtigde verbetert.

Cruciaal in het onderscheid tussen AOW-ers en Iva-gerechtigden is in deze opvatting het 'natuurlijk' moment waarop men geacht wordt niet langer op de arbeidsmarkt aangewezen te zijn. De regering koppelt dit aan de pensioenleeftijd. Voor degenen die de pensioenleeftijd nog niet hebben bereikt geeft de gelijke behandeling met werkenden de doorslag om toch

68 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 en hem hiervan een verwijt te maken valt of als hij – kort gezegd – zelf ontslag neemt.

69 HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:484, NJ 2018/353 m.nt. W. Bouwens.

recht te hebben op een transitievergoeding. Bij die gelijke behandeling is dan, anders dan bij de AOW-er, niet van belang dat de Iva-gerechtigden een inkomensvoorziening hebben.

Slapende dienstverbanden en transitievergoeding

Voor werkgevers is de verplichting een transitievergoeding te betalen aan langdurig arbeidsongeschikten van wie de arbeidsovereenkomst beëindigd wordt bezwaarlijk, want ze moeten een vaak fors bedrag betalen, terwijl ze al twee jaar het loon zonder tegenprestatie hebben doorbetaald. Ook hebben ze vaak voor re-integratieactiviteiten betaald. Om de transitievergoeding te ontlopen lieten werkgevers daarom vaak de arbeidsovereenkomst met langdurig zieken in stand; na twee jaar arbeidsongeschiktheid hoeven ze immers toch geen loon meer te betalen. Op Kamervragen wat hij vond van deze constructie antwoordde toenmalig Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Asscher dat dit van onfatsoenlijk werkgeverschap kan getuigen, maar hij vond nadere maatregelen niet nodig.⁷⁰

Werknemers poogden vervolgens bij de rechter een transitievergoeding af te dwingen door te stellen dat de werkgever tekort is geschoten in zijn verplichting om zich als goed werkgever te gedragen door een inhoudsloos dienstverband in stand te houden. In de eerste rechtspraak hierover bleken rechters van oordeel dat er op basis van goed werkgeverschap geen verplichting bestaat om de arbeidsovereenkomst te eindigen. Indien de werknemer een transitievergoeding wenst te ontvangen, zal hij op grond van art. 7:673, lid 1, sub b BW om een ontbinding moeten vragen vanwege ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.⁷¹ Uit latere rechtspraak bleek evenwel dat deze mogelijkheid niet tot succes leidde.⁷²

Vervolgens heeft de Hoge Raad zich hierover uitgelaten naar aanleiding van prejudiciële vragen van de Rechtbank Limburg.⁷³ Alvorens deze beschikking te bespreken moet worden opgemerkt dat inmiddels de Wet houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid⁷⁴ (hierna: compensatieregeling) aangenomen is om de problematiek van het slapend houden van dienstverbanden te ondervangen. Op basis hiervan worden aan werkgevers de in deze situatie gemaakte transitiekosten vergoed (zie de volgende subparagraaf). Deze wet speelde een grote rol in de beantwoording door de Hoge Raad.

De Hoge Raad overwoog dat de compensatieregeling en de daarvoor gegeven redenen meebrengen dat als norm voor goed werkgeverschap geldt dat een slapend dienstverband in beginsel behoort te worden geëindigd als de werknemer dat wenst. Voor toepasselijkheid van deze norm geldt dus dat er een voorstel is van de werknemer. De Hoge Raad voegde

⁷⁰ *Kamerstukken II* 2014/15, Aanhangsel nr. 3304 van 7 september 2015.

⁷¹ Bijv. Rb. Den Haag 21 oktober 2015, AR 2015/1095; Rb. Rotterdam 6 november 2015, AR 2015/1181; Rb. Limburg 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:7608, AR 2016/2558; Hof Arnhem-Leeuwarden 27 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6140; Hof Den Haag 14 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3036. Zie voor een overzicht ook P. Besselink, 'Slapende dienstverbanden wakker geschud door de compensatieregeling?', *TAP* 2019, p. 18-25. Na de wet compensatie werden er onderling tegengestelde uitspraken geweest, Vsr. Den Haag 28 maart 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:3109 en Ktr. Zwolle 21 maart 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1021.

⁷² Rb. Midden-Nederland 2 december 2015, ECLI:RBMNE:2015:8495 (*Werkneemster/Stichting Leger des Heils*), *JAR* 2016/5. Zie ook M. Otto, 'Slapend dienstverband of slapende werknemers: goed werkgeverschap als doorbraak van de impasse?', *TRA* 2016, p. 19.

⁷³ HR 8 november 2019, *Xella*, ECLI:NL:HR:2019:1734.

⁷⁴ Wet van 11 juli 2018, *Stb.* 2018, 234. *Kamerstukken II* 2016/17, 34699. De wet is in werking getreden per 1 januari 2020, de compensatieregeling (art. 673e BW) per 1 april 2020.

hieraan toe dat op dit uitgangspunt een uitzondering moet worden aanvaard als – op grond van door de werkgever te stellen en zo nodig te bewijzen omstandigheden – de werkgever een gerechtvaardigd belang heeft bij instandhouding van de arbeidsovereenkomst. Zo'n belang kan bijvoorbeeld gelegen zijn in reële re-integratiemogelijkheden voor de werknemer. Zo'n belang kan echter niet gelegen zijn in de omstandigheid dat de werknemer op het moment dat hij zijn beëindigingsvoorstel doet, de pensioengerechtigde leeftijd bijna heeft bereikt.

De Hoge Raad voegde hieraan toe dat voor de hoogte van die vergoeding niet hoeft te worden aangesloten bij de hoogte van het bedrag dat de werkgever ingevolge de compensatieregeling op het UWV kan verhalen. Volgens de Hoge Raad dient steeds de wettelijke transitievergoeding als uitgangspunt voor de vergoeding en niet het maximaal te compenseren bedrag van het UWV. Daarbij geldt dat die vergoeding niet meer behoeft te bedragen dan hetgeen aan transitievergoeding verschuldigd zou zijn bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst op de dag na die waarop de werkgever wegens arbeidsongeschiktheid van de werknemer de arbeidsovereenkomst zou kunnen (doen) beëindigen.

Compensatieregeling voor transitievergoeding bij ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid

De Wet houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid kwam tot stand aangezien de regering van oordeel was dat het feit dat de werkgever bij langdurige ziekte geconfronteerd werd met een cumulatie van financiële verplichtingen (eerst loondoorbetaling, kosten voor re-integratie en dan transitievergoeding) niet de totstandkoming van bestendige arbeidsrelaties bevordert.

De compensatie op basis van deze wet wordt betaald bij zowel opzegging, ontbinding, als bij het niet-voortzetten van een arbeidsovereenkomst. Om te voorkomen dat werkgever en werknemer een arbeidsovereenkomst alleen voortzetten om een hogere vergoeding te krijgen, wordt het einde van de loondoorbetalingsverplichting 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 recht op transitievergoeding bestaat.⁷⁵

Recht op de compensatie bestaat indien, na de periode genoemd in art. 7:670, lid 1, BW, dat wil zeggen na twee jaar ziekte, eventueel verlengd volgens de regels van lid 11, de arbeidsovereenkomst is beëindigd omdat de werknemer wegens ziekte niet meer de bedongen arbeid kan verrichten of de arbeidsovereenkomst van rechtswege is geëindigd en de werknemer op het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd wegens ziekte of gebreken niet in staat was de bedongen arbeid te verrichten. Anders dan volgens de regels voor de transitievergoeding die gelden sinds de inwerkingtreding van de WAB volgens welke geen referteperiode meer geldt, bestaat er hier dus wel (de facto) een referteperiode van twee jaar (in sommige gevallen langer).⁷⁶

⁷⁵ *Kamerstukken II* 2016/17, 34699. Deze maatregelen zullen terugwerkende kracht tot 1 juli 2015 gaan krijgen.

⁷⁶ Zie ook P.S. Fluit & M.J. Smit, 'Nadere overwegingen over de compensatieregeling', *TRA* 2019/57.

Voorwaarde voor de vergoeding van de transitievergoeding is dat de periode voor het opzegverbod wegens ziekte verstreken is na 1 juli 2015. Vóór die datum was de Wwz immers nog niet in werking getreden en was er geen recht op transitievergoeding. Als beperking geldt dat het door het UWV te betalen gedrag nooit hoger is dan het bedrag dat de werkgever aan de werknemer verschuldigd was aan transitievergoeding na twee jaar arbeidsongeschiktheid, eventueel verhoogd met de kosten die de werkgever op grond van art. 7:673, lid 6, BW van de transitievergoeding mag aftrekken. De compensatie betreft dus het bedrag van de transitievergoeding en de daarop in mindering gebrachte kosten voor inzetbaarheid en transitie (de werkgever wordt dus niet 'gestraft' als hij de laatstbedoelde kosten heeft gemaakt). De compensatie wordt door het UWV betaald uit het Arbeidsongeschiktheidsfonds (Aof).⁷⁷ Voorts geldt dat het bedrag dat het UWV betaalt nooit hoger is dan het loon dat de werkgever betaalt gedurende de twee jaar van arbeidsongeschiktheid.⁷⁸ Werkgevers worden hiermee gestimuleerd om de dienstverbanden niet onnodig lang slapend te houden. En ten slotte is het bedrag dat het UWV betaalt nooit hoger dan de feitelijk door de werkgever betaalde vergoeding.

Op basis van art. 7:673e, lid 7, BW heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een regeling gemaakt met betrekking tot aanvraag voor de compensatie.⁷⁹ Deze bepaalt dat de werkgever binnen zes maanden na betaling van de transitievergoeding een verzoek tot vergoeding moet hebben ingediend, tenzij de betaling aan de werknemer voor 1 april 2020 is gedaan. In dat geval moet de werkgever binnen zes maanden na invoering van art. 7:673e BW (dus voor 1 oktober 2020) de aanvraag hebben ingediend.⁸⁰

De toelichting van de regeling verduidelijkt, naar aanleiding van de *Kolom*-beschikking (zie par. 5.2.2), dat een compensatie ook kan worden verstrekt als de werkgever een transitievergoeding betaalt bij een gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Als de vermindering van de arbeidsduur vóór 1 juli 2015 heeft plaatsgevonden, was voor die eerdere beëindiging overigens geen transitievergoeding verschuldigd en dus ook geen compensatievergoeding. Dat kan van belang zijn bij een arbeidsongeschikte werknemer die in het verleden aangepaste arbeid als nieuwe bedongen arbeid heeft aanvaard. Verhulp is van oordeel dat 'mede gezien het bepaalde in art. 7:629, lid 12, BW bij een plaatsing in een

77 Ingevolge Wfsv, art. 115. Aanvankelijk was dit ten laste van het Algemeen werkloosheidsfonds (AWf). De Wet normalisering rechtspositie ambtenaren heeft tot gevolg dat ook overheidswerkgevers transitievergoedingen verschuldigd zijn; zij dragen echter niet aan het AWf bij, vandaar de switch naar het Aof.

78 Zie voor de vraag of vervroegde Iva-uitkering, noriskpolis of loonkostensubsidie van belang zijn voor de berekening de brief van de Minister van SZW van 13 december 2019 (deze kwestie zal hij nog laten uitzoeken).

79 *Stcrt.* 2019, 10547.

80 De kosten van het compenseren van de transitievergoeding bij ontslag na langdurige ziekte in het eerste jaar na inwerkingtreding van deze regeling (vanaf 1 april 2020) bedragen naar verwachting van de regering ongeveer een miljard euro. Dit komt omdat tijdens het eerste jaar na inwerkingtreding van de compensatieregeling ook compensatie zal worden verstrekt over de betaalde (transitie)vergoedingen vanaf 1 juli 2015 tot aan het moment van invoering van deze regeling. De structurele jaarlijkse kosten zijn geraamd op € 190 mln (*Kamerstukken I* 2018/19, 35074, D, p. 69).

passende functie een ondubbelzinnige afspraak nodig (zal) zijn voordat tot een wijziging die recht geeft op een transitievergoeding kan worden geconcludeerd.⁸¹

5.2.5 *Bedrijfseconomisch ontslag*

Bij de inwerkingtreding van de Wwz was in art. 7:673b BW bepaald dat de bepalingen omtrent de transitievergoeding niet van toepassing zijn, indien in een cao voor werknemers een gelijkwaardige voorziening was opgenomen.⁸² De Wet houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid⁸³ heeft deze bepaling gewijzigd. Sindsdien geldt deze uitzondering op het recht op transitievergoeding niet bij ontslag op elke grond, maar alleen bij het vervallen van arbeidsplaatsen vanwege bedrijfseconomische omstandigheden. Bovendien verlangt de bepaling geen gelijkwaardige voorziening meer.

Het huidige artikel luidt dat bij cao kan worden bepaald dat de transitievergoeding niet is verschuldigd, indien de arbeidsovereenkomst is geëindigd of niet is voortgezet wegens omstandigheden als bedoeld in art. 7:669, lid 3, sub a, BW⁸⁴ ('bedrijfseconomisch ontslag') én op grond van de cao recht bestaat op een voorziening die bijdraagt aan het beperken van werkloosheid, op een redelijke financiële vergoeding, of op een combinatie daarvan. Een van de transitievergoeding afwijkende cao-regeling kan dus alleen betrekking hebben op ontslagen wegens bedrijfseconomische redenen. De reden hiervoor is dat bij ontslagen om persoonlijke redenen de transitievergoeding mede bedoeld is als compensatie voor eventuele verwijtbaarheid aan het ontslag van de zijde van de werkgever en daarmee tevens als stimulans voor een individuele werkgever om zorgvuldig met zijn personeel om te gaan.⁸⁵

De cao zelf moet duidelijk maken dat de gelijkwaardige voorziening in de plaats komt van de transitievergoeding; men kan dus niet alleen op basis van een scholingsregeling in een cao tot de conclusie komen dat deze de transitievergoeding vervangt.⁸⁶ Het moet gaan om een cao afgesloten met een of meer vakbonden die als zodanig in de betrokken

81 E. Verhulp, 'Slapende dienstverbanden? Laten slapen of wakker kussen?' *TRA* 2019/37. Hij verwijst ook naar HR 30 september 2011, *Kummeling/Oskam*, ECLI:NL:HR:2011:BQ134, NK 2013/187. Zie ook P. Fluit, 'Compensatieregeling bij langdurige arbeidsongeschiktheid', *TRA* 2019/25, die een paar mogelijkheden van misbruik van de regeling noemt, zoals dat ook gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst, met verzoek om compensatie, wordt geformaliseerd, terwijl herstel nog te verwachten valt, of dat een werknemer die binnen de twee jaar van arbeidsongeschiktheid herstelt toch arbeidsongeschikt te laten zijn. Het valt te bezien of en in welke mate deze effecten zullen optreden.

82 Zie over de oude regeling HR 29 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:449. Zie ook M. Bonsel & N. Cancian-van Ballegooien, 'Gelijkwaardigheid. Feit of fictie? De eigenaardige gelijkwaardige voorziening ex art. 7:673b BW', *TAP* 2016/173; N. Jansen, 'De gelijkwaardige voorziening: geen gezeik iedereen rijk?', *TvO* 2017, nr. 3, p. 148-154 en E.C. van Fennema & R. Schepers, 'De gelijkwaardigheid in de (on)gelijkwaardige voorziening?', *ArbeidsRecht* 2017/48.

83 *Stb.* 2018, 234. *Kamerstukken II* 2016/17, 34699, nr. 3. Deze wet is evenals de WAB in werking getreden op 1 januari 2020.

84 "Het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of het, over een toekomstige periode van ten minste 26 weken bezien, noodzakelijkerwijs vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van het wegens bedrijfseconomische omstandigheden treffen van maatregelen voor een doelmatige bedrijfsvoering".

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

86 Dit is verduidelijkt naar aanleiding van een advies van de Raad van State, *Kamerstukken II* 2016/7, 34699, nr. 4, p. 8-11.

onderneming of bedrijfstak werkzaam zijn en ten minste twee jaar in het bezit zijn van volledige rechtsbevoegdheid.

Indien er een opvolgend werkgever is dan wordt de voorziening op grond van art. 7:673b, lid 1, BW in mindering gebracht op de transitievergoeding die die opvolgend werkgever moet betalen bij ontslag. Er wordt dan, anders dan onder de regeling vóór de WAB, niet uitgegaan van de transitievergoeding die de eerdere werkgever had moeten betalen.

De vergoeding die in plaats komt van de transitievergoeding kan lager zijn dan de laatstbedoelde vergoeding. Ter rechtvaardiging hiervan voerde de regering aan dat onder omstandigheden de verplichting voor werkgevers om een transitievergoeding bij bedrijfsbeëindiging te bepalen een te zware belasting kan zijn. Het verschuldigd zijn van een transitievergoeding bij bedrijfsbeëindiging kan tot gevolg hebben dat de hiermee gemoeide middelen moeten worden aangewend voor transitievergoedingen, waardoor de oorspronkelijke door de werkgever hiervoor beoogde bestemming van deze middelen als pensioenvoorziening niet kan worden gerealiseerd.

Bij bedrijfsbeëindiging bestaat overigens een compensatieregeling voor de transitievergoeding bij kleine bedrijven, zie hierna par. 5.2.6. De regeling van art. 7:673b BW kan ertoe bijdragen dat de kosten voor deze regeling verlaagd worden.

Als uitsluitend recht bestaat op een financiële vergoeding, en er in de cao dus geen andere voorzieningen zijn overeengekomen voor de werknemers, dan spreekt het voor zich, aldus de regering, dat in ieder geval onder een redelijke financiële vergoeding wordt verstaan een vergoeding die gelijk is aan de wettelijke transitievergoeding, nu deze door de wetgever wordt gezien als een redelijke vergoeding bij ontslag. Onder omstandigheden kan echter ook een lagere financiële 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. Dat kan ook het geval zijn als door cao-partijen een deel van de beschikbare middelen is aangewend voor de financiering van andere voorzieningen, zoals een mobiliteitscentrum of scholingstrajecten voor werknemers. 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. Het is in eerste instantie aan cao-partijen om hierover te oordelen en uiteindelijk aan de rechter te beslissen als in een individueel geval hierover een geschil ontstaat. 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. Cao-partijen kunnen gebruik maken van de hiermee geboden mogelijkheid om de kosten bij ontslag om bedrijfseconomische redenen (bedrijfsbeëindiging inbegrepen) voor individuele werkgevers te verlagen, aldus de memorie van toelichting.

De Raad van State had erop gewezen dat een cao werknemers alleen het recht op de wettelijke transitievergoeding kan ontnemen indien ze gebonden zijn door die cao. Bij artikel 14-werknemers kan dat niet (behalve bij algemeen verbindend verklaarde cao's of als de cao door een incorporatiebeding op hen van toepassing is). De regering erkende

dat dit het geval is, maar wilde hierover geen andere regeling maken. Het behoort tot de verantwoordelijkheid van de werkgever om de cao ook van toepassing te laten zijn op ongebonden werknemers door een incorporatiebeding op te nemen in de arbeidsovereenkomst, aldus de regering.

Over artikel 14-werknemers en afwijking van driekwartdwingend recht valt veel te zeggen, maar dat zou het bestek van dit hoofdstuk te buiten gaan. Nu de regering zich zo duidelijk heeft uitgesproken, is aannemelijk dat alleen artikel 14-werknemers geacht worden aan de betreffende vervangende regeling gebonden te zijn. Dat betekent dat afwijking van de transitievergoeding niet zinvol is in een cao met een niet-representatieve bond, aangezien de leden van de andere bonden en de niet-georganiseerden er niet onder vallen. En representatieve bonden zullen niet snel zo'n cao sluiten, want daar maken ze zich niet populair mee, omdat voor de niet-leden de nadelige bepalingen niet gelden. Het is dan ook de vraag of deze bepaling veel opvolging zal krijgen.

5.2.6 *Bedrijfsbeëindiging wegens pensionering, ziekte of overlijden*

Indien werkgevers van kleine ondernemingen bij beëindiging van hun bedrijf, bijvoorbeeld omdat ze met pensioen willen, aan al hun werknemers een transitievergoeding moeten betalen dan kan dat een flinke aanslag zijn op hun als pensioenvoorziening bedoeld kapitaal.⁸⁷ Als een kleine werkgever met pensioen gaat of ziek wordt, zal hij, aldus de regering, in eerste instantie de onderneming willen verkopen. Wanneer dit niet lukt, zal hij zijn bedrijf moeten beëindigen en hij is dan een aanzienlijk bedrag aan transitievergoedingen verschuldigd, terwijl hij de opbrengst van het bedrijf eerder had gezien als pensioenvoorziening. De regering vond dit reden om ook voor deze situatie een compensatieregeling te maken. Deze is opgenomen in de al eerdergenoemde Wet houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid. Ingevolge art. 7:673e BW wordt een vergoeding verstrekt voor een transitievergoeding die wordt betaald als een arbeidsovereenkomst is geëindigd omdat de werkzaamheden van de onderneming zijn beëindigd. Dit geldt alleen als de werkgever minder dan een bij algemene maatregel van bestuur te bepalen aantal werknemers in dienst had; volgens het ontwerpbesluit betreft dit maximaal 25 werknemers.⁸⁸ Bovendien moet het gaan om een werkgever die de AOW-leeftijd heeft bereikt, of die als gevolg van ziekte zijn onderneming redelijkerwijs moest beëindigen of is overleden. Art. 7:673, lid 3, BW bepaalt dat ook indien de arbeidsovereenkomst ten einde is gekomen met wederzijds goedvinden, maar transitievergoeding zou zijn verschuldigd als de overeenkomst zou zijn opgezegd of ontbonden, de door de werkgever aan de werknemer betaalde vergoeding (conform bovenstaande regels) voor compensatie in aanmerking komt.⁸⁹

87 Zie voor kritisch commentaar dat op de stelling dat deze situatie niet tot het normale bedrijfsrisico hoort en daarom gecompenseerd moet worden, B. Barentsen, 'Transitievergoeding', *TRA* 2019/83.

88 Ontwerp-Besluit compensatie transitievergoeding bij beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming.

89 Bij het afsluiten van de kopij van dit boek was nog niet bekend wanneer deze bepaling in werking treedt; de beoogde inwerkingtredingsdatum is 1 januari 2021. De regeling kent geen terugwerkende kracht.

5.2.7 *Faillissement, surseance van betaling en betaling in termijnen*

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.⁹⁰ De verplichting herleeft niet op het moment dat de surseance wordt opgeheven. Het UWV neemt in deze gevallen niet de betalingsverplichting van de werkgever op grond van hoofdstuk IV WW over. De regering verklaarde het niet tot haar verantwoordelijkheid te rekenen om hiervoor een voorziening te treffen.⁹¹ Dit standpunt zou eigenlijk wel een nadere toelichting behoeven. Waarom wel een voorziening bij bedrijfsbeëindiging of overlijden van de werkgever en niet bij faillissement? Natuurlijk is het risico bij faillissement dat een werkgever door het faillissement aan zijn verplichtingen aan transitievergoedingen kan proberen te ontkomen, maar dat probleem bestaat ongeacht of de vergoedingen gecompenseerd worden of niet, dus waarom deze werknemers wel in de kou laten staan?

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.⁹² Volgens de genoemde wettelijke bepaling kan het te betalen bedrag met een bepaald percentage worden verhoogd. In de Ontslagregeling is daarvan afgezien; de regering vindt de verhoging met wettelijke rente genoeg.⁹³ In art. 25 Ontslagregeling wordt de betalingsregeling gemaximeerd tot zes maanden na de dag waarop de wettelijke rente verschuldigd is over de transitievergoeding. 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.

5.2.8 *Hoogte van de transitievergoeding*

Algemeen

De transitievergoeding bedraagt een derde maandsalaris per heel dienstjaar. Bij de inwerkingtreding van de Wwz was de hoogte van de transitievergoeding over de eerste 120 maanden van de arbeidsovereenkomst een zesde van het maandloon voor elke periode

90 Zie ook H.H. Kreikamp, 'Transitievergoeding werknemer vervalt bij faillissement en surseance: een nieuwe ontsnappingsroute voor werkgevers?', *Tijdschrift financiering, zekerheden en insolventiepraktijk*, 2015(4), p. 3437.

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

92 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 en het zou leiden tot te veel gerechtelijke procedures (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7, p. 84).

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

van zes maanden die de arbeidsovereenkomst heeft geduurd. Met de WAB is de verwijzing naar 'elke periode van zes maanden' geschrapt. De regering achtte dit wenselijk, omdat anders, als een arbeidsovereenkomst korter duurde dan een eenheid van zes maanden, er geen transitievergoeding zou zijn. Een dergelijk effect werd onwenselijk geacht omdat het kostenverschil tussen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde en onbepaalde tijd bij beëindiging zo klein mogelijk moest worden. Daarom wordt de transitievergoeding berekend over de feitelijke duur van de arbeidsovereenkomst, en niet meer over af te ronden gewerkte halve jaren.⁹⁴

Na de WAB: niet langer verhoging transitievergoeding bij langdurige dienstverbanden

Bij de inwerkingtreding van de Wwz was er een verschil in het bedrag dat werd opgebouwd gedurende de eerste 120 maanden en de periode erna: na 120 maanden werd een kwart van het loon per maand voor elke daaropvolgende periode van zes maanden opgebouwd. Werknemers met een langer dienstverband (meer dan tien jaar) bouwden dus meer rechten op. De ratio hiervoor was dat volgens de regering personen die langer in een dienstverband werkzaam waren geweest vaak meer moeite hadden om een nieuwe baan te vinden en dus meer steun nodig hadden bij de transitie. Door de WAB werd een uniforme regeling ingevoerd: een derde van het loon per maand. De regering voerde tegen de oude regeling van de verhoging aan dat deze leidde tot hogere ontslagkosten bij arbeidsovereenkomsten die langer dan tien jaar hadden geduurd. Het verschil dat bestond tussen kortdurende en langdurende overeenkomst kon een drempel vormen om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan te gaan. Vandaar de uniforme regeling: een derde maandsalaris per heel dienstjaar.

Box 1. De berekening van de hoogte

Voorbeeld: Een werknemer die 15 jaar in dienst is geweest en een brutomaandsalaris heeft van € 3000, heeft recht op een transitievergoeding van € 15.000: een derde maandsalaris per jaar, betekent $15/3 = 5$ maandsalarissen à € 3000: 15.000. Onder de oude regeling had hij een derde maandsalaris per jaar gedurende de eerste 10 jaar ($10/3$ maal € 3000), dus € 10.000. Over de volgende 5 jaar had hij $5/2$ maal € 3000, dat is € 7500. Totaal dus € 17.500.⁹⁵

De leden van de fractie 50Plus vroegen of een hogere transitievergoeding voor oudere werknemers toch niet billijker was, met verwijzing, kort gezegd, naar de argumenten die bij de Wwz werden aangevoerd voor de hogere vergoeding.⁹⁶ De regering herhaalde dat ze met de maatregelen de verschillen tussen langdurige en kortdurende contracten wil verkleinen. Dit moet de drempel om werknemers een contract voor bepaalde tijd te geven verlagen. Ook oudere werknemers hebben hier baat bij, aldus de regering.

Erg overtuigend is deze redenering niet. De hogere transitievergoeding was immers niet gekoppeld aan de leeftijd, maar aan duur van het dienstverband. Het is dan ook de vraag of een werknemer van, laten we zeggen, 50 jaar eerder aangenomen wordt als na zijn eventueel ontslag na zijn zestigste jaar een lagere transitievergoeding geldt dan onder de oude regeling.

⁹⁴ Voor de berekening van de transitievergoeding zijn op internet rekentools te vinden; de door het Ministerie van SZW aangeboden tool is te vinden op werkgever.mijnwerkenzekerheid.nl/transitievergoeding/een.

⁹⁵ *Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 62.*

⁹⁶ *Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 9 (NVII), p. 81-89.*

De regering erkent dit manco in de redenering in de nota naar aanleiding van het verslag,⁹⁷ waarin ze verwijst naar een studie van het CPB, waarin is geconcludeerd dat aanpassing van de opbouw van de transitievergoeding geen duidelijk positief of negatief effect op het niveau van de werkgelegenheid of de werkloosheid heeft.⁹⁸ Wel zullen werknemers met een hoge opbouw aan transitievergoeding minder geneigd zijn om vrijwillig van baan te veranderen, aangezien zij daarmee hun opgebouwde rechten verliezen.

Op zich is die redenering juist, maar of deze ook bijdraagt aan een betere arbeidsmarktpositie valt te betwijfelen. Indien de werknemer ontslag neemt voor een nieuwe baan zal hij dat doen omdat hij verwacht in de nieuwe baan zijn pensioen te halen, en dan zullen de nieuwe berekeningsregels niet uitmaken voor zijn beslissing. En als hij onzeker is of de nieuwe baan bestendig is, zal hij zijn vaste baan niet verlaten.

Voor werkgevers wordt het wel goedkoper om oudere werknemers te ontslaan. Dit kan voordelen hebben voor de werkgevers, die eenvoudiger van niet goed functionerende en/of duurdere werknemers afkunnen. Of die werknemers dan weer aan het werk komen is onzeker. Strikt genomen vormt de hogere transitievergoeding voor ouderen, althans werknemers met een langer arbeidsverleden, juist een bescherming tegen ontslag, zoals ook de minister erkende tijdens de mondelinge behandeling.⁹⁹ Aan de minister werd ook gevraagd waarom er geen pensioenplafond is ingebouwd in de transitievergoeding, waarmee de transitievergoeding zou worden beperkt tot de verwachte inkomstenderving tot aan de pensioenleeftijd. De minister antwoordde dat hij vreesde dat werknemers dan kort voor de pensioenleeftijd ontslagen worden en ten laste van de WW zouden komen.

De berekening van de hoogte bij perioden korter dan een dienstjaar

Voor de berekening van de transitievergoeding over kortere eenheden dan een heel dienstjaar geldt de formule: (brutosalaris ontvangen over de duur arbeidsovereenkomst over een periode korter dan een heel jaar/brutomaandsalaris) x (1/3 brutomaandsalaris/12). Deze formule wordt ook gebruikt voor het berekenen van de transitievergoeding als de arbeidsovereenkomst korter dan een jaar heeft geduurd.

Box 2. De berekening van de hoogte bij perioden korter dan een dienstjaar

Voorbeeld: De arbeidsovereenkomst duurde 9 jaar en 5 dagen. Het brutomaandsalaris was € 3000 en het bruto dagloon € 160. Eerst wordt de vergoeding berekend over het aantal volledig gewerkte jaren: 9 jaar x (1/3 van € 3000) = € 9000. Daarna wordt de vergoeding berekend over de laatste 5 dagen. Het totale salaris over de laatste 5 dagen is: 5 x € 160: € 800. Ingevuld in de formule: (800/3000) x (1000/12) = 22,22. Het totaal aan transitievergoeding derhalve € 9022,22.¹⁰⁰

Maximering van de transitievergoeding

Het bedrag van de transitievergoeding is gemaximeerd. Art. 7:673, lid 3, BW bepaalt 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. Per 1 januari 2020 is het

97 Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 9, p. 111.

98 CPB, *Kansrijk arbeidsmarktbeleid*, Den Haag 2015.

99 *Handelingen I* 2018/18, 29, item 5, p. 20-22.

100 Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 66.

maximumbedrag € 83.000, of een bedrag gelijk aan ten hoogste het jaarsalaris van de werknemer als dat hoger is dan € 83.000.

De belangrijkste reden die de regering geeft voor het maximaliseren van de transitievergoeding is dat ze wilde voorkomen dat ontslagvergoedingen worden betaald zoals die tot de Wwz golden. Ook was ze van oordeel 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 hoger zijn dan hun jaarsalaris. Overigens laat deze wettelijke regeling onverlet dat bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst een ruimere ontslagvergoeding wordt afgesproken. Als een lagere vergoeding is afgesproken dan de wettelijke regeling, dan geldt echter de wettelijke regeling.

Uit het hierboven in box 1 gegeven voorbeeld van een werknemer 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.¹⁰¹ Met de verlaging van de opbouw na 120 maanden wordt het nog moeilijker om een transitievergoeding ter hoogte van één jaarsalaris te bereiken.¹⁰²

Hogere vergoeding als op basis van de i-grond ontbonden wordt

Omdat in de praktijk als probleem werd ervaren dat indien niet aan alle vereisten van een van de ontslaggronden werd voldaan (de zogenaamde 'onvoldragen grond'), de rechter niet overging tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst, introduceerde de WAB de 'i-grond'. Deze zogeheten cumulatiegrond houdt in dat een werkgever van de c- t/m h-gronden er twee of meer kan combineren als elk op zich niet-voldragen is, op basis waarvan de rechter kan ontbinden.¹⁰³

Bij ontslag op basis van de i-grond kan de kantonrechter een vergoeding toekennen van maximaal 50% van de transitievergoeding (art. 671b, lid 8, BW); deze komt bovenop de transitievergoeding van art. 7:673, lid 2, BW. De verwijzing naar art. 7:673, lid 2, BW betekent dat geen rekening gehouden hoeft te worden met bedragen die in mindering gebracht kunnen worden op de transitievergoeding.¹⁰⁴ Over de i-grond zie verder hoofdstuk 4.

De extra vergoeding dient als compensatie voor ontslag op grond van de cumulatiegrond, aldus de regering. De rechter zal moeten motiveren waarom hij al dan niet tot toekenning van deze extra vergoeding overgaat, evenals de hoogte van de vergoeding (het is immers maximaal 150%).¹⁰⁵ Wat hiervoor de criteria zijn laat de regering over aan de jurisprudentie; van belang hierbij is met name, zo schrijft ze, de mate van onvoldragenheid van de gronden.¹⁰⁶ Wel maakt de regering duidelijk dat de gevolgen van het ontslag voor de werknemer geen

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

102 Tot de inwerkingtreding van de Wet arbeidsmarkt in balans gold een overgangsregeling voor oudere werknemers, waardoor een snellere opbouw plaatsvindt.

103 Zie ook par. 4.3.7.

104 *Kamerstukken II 2018/19*, 35074, nr. 3, p. 137.

105 *Kamerstukken II 2018/19*, 35074, nr. 3, p. 57.

106 *Kamerstukken II 2018/19*, 35074, nr. 9, p. 57.

rol spelen bij vaststelling van de hoogte van de extra vergoeding en ook eventuele ernstige verwijtbaarheid van de werkgever speelt hierbij geen rol.¹⁰⁷

De transitievergoeding krijgt hier dus een extra grondslag, namelijk compensatie van ontslag dat niet gebaseerd is op een voldragen grond. In de parlementaire behandeling zijn er wel vragen gesteld over de ratio van de hoogte van maximaal 150%, maar een exact antwoord van de regering hierop is uitgebleven. Ze antwoordde dat er met de i-grond een alternatief bestaat voor een beëindiging op wederzijds goedvinden die voor de WAB beproefd moest worden als er geen voldragen grond was. Aangezien er bij onderhandelingen over een dergelijke beëindiging geen plafond voor vergoedingen bestaat, heeft de nieuwe regeling mede tot doel in dit soort situaties de ontslagkosten te beperken.¹⁰⁸ Uiteindelijk gaat het enerzijds om compensatie voor versoepeling ten behoeve van de werknemer, maar ook verlaging van de kosten voor de werkgever.

Het mee te tellen loon

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.¹⁰⁹ In het hierop gebaseerde Besluit loonbegrip 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.¹¹⁰ Indien de duur korter was dan twaalf maanden, dan wordt de duur van de arbeidsovereenkomst als eenheid genomen. Indien het loon geheel of gedeeltelijk bestaat uit provisie of afhankelijk is van de uitkomsten van de verrichte arbeid dan wordt onder loon tevens verstaan het brutoloon verschuldigd in de twaalf maanden voorafgaand aan het moment waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, voor zover dit bestond uit provisie of afhankelijk was van de uitkomsten van de verrichte arbeid, gedeeld door twaalf. Indien de duur van de arbeidsovereenkomst korter was dan twaalf maanden dan wordt het getal waardoor het bedrag bedoeld in de vorige zin wordt gedeeld naar rato aangepast.

Dit loon wordt vermeerderd met de vakantiebijslag en de vaste eindejaarsuitkering en de vaste looncomponenten (overwerkvergoedingen en ploegentoeslagen) waar de werknemer binnen twaalf maanden aanspraak zou hebben bij voortzetting van de arbeidsovereenkomst, gedeeld door twaalf. Het wordt ook vermeerderd met de overeengekomen variabele looncomponenten (bonussen, winstuitkeringen en eindejaarsuitkeringen) verschuldigd in

107 Daarnaast blijft het mogelijk om een billijke vergoeding toe te kennen wanneer er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.

108 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 9, p. 57.

109 Zie het Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding, Besluit van 11 december 2014, *Stb.* 2014, 538, gewijzigd bij besluit van 30 augustus 2019, *Stb.* 2019, 298; en Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 12 december 2014, 2014-0000184977, tot vaststelling van regels over de berekening van de arbeidsduur en aanwijzing van vaste en variabele looncomponenten op grond van het Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding (Regeling looncomponenten en arbeidsduur), *Stcrt.* 2014, 36823.

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

de drie kalenderjaren¹¹¹ voorafgaand aan het jaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt, gedeeld door zesendertig. Het getal waardoor het bedrag van deze verschuldigde looncomponenten wordt gedeeld wordt naar rato aangepast indien de duur van de overeenkomst korter was dan 12 of 36 maanden. Het werkgeversaandeel pensioenpremie, de auto van de zaak, onkostenvergoedingen, werkgeversbijdrage zorgverzekeringspremie maken dus geen deel uit van het loonbegrip.

Indien de duur van de arbeidsovereenkomst korter was dan een maand wordt onder loon verstaan: het bedrag aan brutoloon en looncomponenten als bedoeld in art. 3, lid 1, Besluit loonbegrip dat voor de duur van de arbeidsovereenkomst aan de werknemer verschuldigd was.

In de Regeling looncomponenten en arbeidsduur zijn bepalingen opgenomen die de berekening van het loon nader bepalen.¹¹² Zo luidt art. 2 dat indien geen of een wisselende arbeidsduur is overeengekomen bij de berekening van de gemiddelde arbeidsduur perioden waarin de werknemer verlof genoot of provisie of stukloon ontving (art. 3), wegens een staking geen arbeid verrichtte, of niet in staat was arbeid te verrichten in verband met ongeschiktheid ten gevolge van ziekte, niet in aanmerking worden genomen. Als zodoende een periode van 30 dagen in totaal niet in aanmerking is genomen, dan wordt voor de berekening een kalendermaand genomen waarin geen van de omstandigheden, zoals in de vorige zin bedoeld, zich voordeed, en die direct voorafgaat aan de periode waarover de gemiddelde arbeidsduur wordt berekend.¹¹³

Niet-meetellen jaren beneden het achttiende levensjaar

Art. 7:673, lid 4a, 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. In par. 5.2.3 hebben we gezien dat 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. In de betreffende paragraaf is geaccepteerd dat hier een legitieme rechtvaardiging voor aanwezig is. Bij het niet berekenen van de periode voor het achttiende levensjaar ook bij een later ontslag kunnen echter veel meer vraagtekens worden gezet. Stel, iemand is op zijn 16^e gaan werken en wordt op zijn 30^e ontslagen bij deze werkgever. Ik zie in dit voorbeeld geen relevant verschil met het *Küçükdeveci*-arrest,¹¹⁴ waarin het Hof van Justitie verklaarde dat het EU-recht, met name

111 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."

112 Regeling looncomponenten en arbeidsduur van 12 december 2014, *Stcrt.* 36823.

113 De Hoge Raad (19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:632) overwoog dat, gelet op de doelstelling van de Wvz om met de introductie van de transitievergoeding het ontslagrecht te vereenvoudigen door het vergroten van de rechtszekerheid, moet worden aangenomen dat het de rechter niet vrijstaat af te wijken van de referteperiode zoals die uit de wettelijke regelingen volgt, tenzij onverkorte toepassing daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

114 HvJ EU 19 januari 2010, ECLI:EU:C:2010:21.

Richtlijn 2000/78/EG, zich verzet tegen een nationale regeling die bepaalt dat tijdvakken van arbeid die een werknemer vóór het bereiken van de leeftijd van 25 jaar heeft vervuld, niet in aanmerking worden genomen bij de berekening van de duur van de opzegtermijn.

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 hierbij relevante vraag is welke criteria gelden voor het opvolgend werkgeverschap. Vóór de inwerkingtreding van de Wwz gold het criterium van het *Van Tuinen/Wolters*-arrest:¹¹⁵ er is sprake van opvolgend werkgever '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 *zodanige banden*-criterium wordt niet meer gehanteerd na invoering Wwz bij de ketenregeling: de ketenregeling geldt immers 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). Geldt dit verruimde criterium pas vanaf de inwerkingtreding van de Wwz, of heeft het onmiddellijke werking?

De Hoge Raad heeft de eerste interpretatie gevolgd.¹¹⁶ De Wwz heeft weliswaar directe werking, maar als een bepaling rekening moet houden met een juridisch gekwalificeerd feit (i.c. de kwalificatie van een werkgeverswisseling die heeft plaatsgevonden vóór 1 juli 2015), dan is daarvoor het voordien geldende recht van belang. Een werkgeverswisseling die heeft plaatsgevonden vóór 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 voordat 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 flexibiliteit en zekerheid is deze vraag aan de orde geweest: alleen de periode als uitzendkracht bij Y en het dienstverband bij Y zijn relevant.¹¹⁷ Dit antwoord geldt hoogstwaarschijnlijk ook na

115 HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9603.

116 HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2905, NJ 2018/126 m.nt. E. Verhulp. Zie hierover ook E. de Groot, 'Opvolgend werkgeverschap en overgangsrecht, hoe zit het nou? De Hoge Raad geeft uitsluit!', TRA 2018/18.

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

invoering van de Wwz; uiteindelijk geldt ook onder die wet nog steeds het criterium dat werkgevers 'redelijkerwijs geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn'.

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.

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.¹¹⁸ 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,¹¹⁹ maar dit artikel is, volgens de kantonrechter, niet bedoeld om een knip aan te brengen in opvolgend werkgeverschap van vóór en na het faillissement als het gaat om de arbeidsduur die meetelt voor de transitievergoeding. De Hoge Raad ging hier impliciet ook vanuit toen hij de vraag moest beantwoorden hoe de transitievergoeding moet worden berekend indien een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd gevolgd werd door een nieuwe overeenkomst voor onbepaalde tijd. In dit geval was de eerste ten gevolge van faillissement van de onderneming geëindigd en was de werknemer bij een andere in dienst getreden, terwijl de nieuwe beschouwd kon worden als rechtsoptolger van de oude. Ofschoon art. 7:673 BW (oud) die deze samentelling regelde verviel door de inwerkingtreding van de Wet flexibiliteit en zekerheid, en het nieuwe art. 7:668a BW alleen betrekking lijkt te hebben op een overeenkomsten voor bepaalde tijd, leidde de Hoge Raad uit de wetsgeschiedenis af dat ook bij overeenkomsten voor onbepaalde tijd bij werkgevers die elkaars rechtsoptolger zijn vanaf de eerste overeenkomst geteld moet worden.¹²⁰

Overgangsbepalingen

De regeling op het gebied van transitievergoeding in de WAB heeft onmiddellijke werking. De nieuwe rekenmethode is derhalve per 1 januari 2020 in werking getreden.

De hoogte van de transitievergoeding wordt bepaald op het moment dat deze verschuldigd is. Hierop gelden enkele uitzonderingen, waarvoor overgangsrecht is gemaakt. Het gaat daarbij om situaties waarin vóór het tijdstip van inwerkingtreding al een procedure is gestart bij het UWV of de kantonrechter. Het moment waarop de rechter de ontbinding uitspreekt of de toestemming van het UWV ontvangen is, is bepalend voor het toepasselijke recht. Het overgangsrecht gaat in deze situaties uit van de datum van de start van de procedure of de dag van opzegging; als deze aanvang voor 1 januari 2020 ligt, dan geldt

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

119 *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.

120 HR 30 november 2018, *European Sport Services*, ECLI:NL:HR:2018:2222, NJ 2019/344 m.nt. B. Barentsen.

het oude recht (art. XII WAB). Bij andere eindigingsvormen geldt het nieuwe recht altijd na 1 januari 2020.¹²¹

5.2.9 Aftrek van employability-kosten van de transitievergoeding

Algemeen

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).¹²² Bij de behandeling van de WAB is een voorstel ter wijziging van het besluit gepresenteerd, dat betrekking heeft op onderdeel b. Ten tijde van afronding van deze kopij was het nog voorwerp van behandeling.

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 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

In het Besluit van 2015 was bepaald dat inzetbaarheidskosten in mindering mogen 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*. Het voorgestelde Besluit neemt deze beperking weg. Het nieuwe art. 3a luidt:

¹²¹ Met de Wet arbeidsmarkt in balans is de tijdelijk hogere transitievergoeding voor oudere werknemers (art. 7:673a BW) vervallen; dit geldt ook voor de Tijdelijke regeling niet-meetellen maanden voor mei 2013 bij kleine werkgevers (art. 7:673d BW). Bij deze regeling geldt het overgangsrecht zoals in de hoofdttekst besproken (gedetailleerder uitgelegd in *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 60-74), namelijk art. XV Wet arbeidsmarkt in balans.

¹²² *Stb.* 2015, 171.

“Inzetbaarheidskosten kunnen in mindering worden gebracht op de transitievergoeding, indien deze kosten:

- a. zijn gemaakt voor activiteiten ter bevordering van de inzetbaarheid van de werknemer binnen dan wel buiten de organisatie van de werkgever, tenzij:
 - 1°. de verworven kennis en vaardigheden zijn aangewend om de functie die de werknemer ten tijde van de activiteiten verrichte uit te oefenen; of
 - 2°. zij verband houden met re-integratieverplichtingen (art. 658a, lid 3, BW), dan wel herplaatsing (art. 669, lid 1) BW.”

Volgens de toelichting bij het Besluit zijn de meeste cursussen die bedrijven aanbieden functiegericht. De regering wil met deze maatregel de bredere inzetbaarheid van de werknemer bevorderen, dat wil zeggen in een andere functie binnen of buiten de organisatie of sector van de werkgever. Door die inzetbaarheidskosten in mindering te laten brengen op de transitievergoeding wil ze werkgevers stimuleren meer aan bredere inzetbaarheid te doen.

Er gelden twee uitzonderingen. De eerste is dat de verworven kennis en vaardigheden zijn aangewend om een functie bij de werkgever uit te oefenen. De kosten die gemaakt worden in de eigen functie zijn immers niet uitsluitend gericht op het bevorderen van de brede inzetbaarheid van de werknemer, maar met name op de inzetbaarheid in de eigen functie. Met de formulering van deze uitzondering wordt een discussie over het onderscheid tussen beide voorkomen. Bovendien moet de werkgever ingevolge het goedwerkgeverschap de werknemer al in staat stellen om scholing te volgen die noodzakelijk is voor het uitoefenen van de eigen functie, aldus de toelichting van het Besluit, dus is er geen aanleiding om deze van de transitievergoeding af te trekken.

De tweede uitzondering is dat de inzetbaarheidskosten niet in mindering worden gebracht wanneer zij verband houden met verplichtingen van de werkgever in het kader van re-integratie of herplaatsing van de werknemer. Deze kosten vloeien immers voort uit de wettelijke verplichtingen van de werkgever. Het is dus ook mogelijk dat de kosten voor hetzelfde scholingstraject voor twee verschillende werknemers bij de ene werknemer wel van de transitievergoeding kunnen worden afgetrokken en bij de andere niet.

Onder de kosten van de opleiding worden verstaan alle kosten die de werkgever daarvoor heeft gemaakt tijdens de gehele periode waarin de werknemer 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 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.

De compensatie van de transitievergoeding ingevolge art. 7:673 BW vergoedt de transitievergoeding zonder aftrek van de inzetbaarheidskosten; daarmee wordt niet de stimulans voor werkgevers weggenomen om maatregelen voor brede inzetbaarheid te nemen.

Tijdens de behandeling van de WAB werd gevraagd of deze regeling werknemers niet kan afremmen om zich breder te scholen.¹²³ De regering beargumenteerde enkel dat de bredere inzetbaarheid ook in het belang van de werknemer is, die daarmee zijn kansen op de arbeidsmarkt vergroot. De voorwaarde dat de werknemer instemt met het in mindering brengen van de kosten op de transitiekosten geeft hem wel onderhandelingsruimte, aldus de regering.

De regering lichtte ook toe dat de termijn van vijf jaar waarbinnen de werkgever de mogelijkheid heeft om de gemaakte kosten in mindering te brengen op de transitievergoeding voldoende is om misbruik te voorkomen. De termijn van vijf jaar is gekozen met het oog op de relevantie van de scholing voor de bredere inzetbaarheid van de werknemer.

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. Dit moet gebeuren voordat die kosten gemaakt worden.¹²⁴ Ze kunnen ook afspreken slechts een deel van de kosten in mindering te brengen, bijvoorbeeld omdat de opleiding alweer langer geleden gevolgd is.

Soms worden in een sociaal plan afspraken 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.¹²⁵

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

123 *Kamerstukken II 2018/19*, 35074, nr. 9, p. 91-93.

124 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.

125 Het gaat hier niet om collectieve afspraken als bedoeld in art. 7:673b BW, die in de plaats kunnen komen van een transitievergoeding (zie hierover par. 5.2.5).

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 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.¹²⁶

5.3 De billijke vergoeding

5.3.1 Inleiding

De transitievergoeding is een neutrale vergoeding, in die zin dat hierin niet eventuele verwijtbaarheid aan de kant van de werkgever wordt meegewogen, behalve in zoverre die verwijtbaarheid van belang is voor een werknemer die ontslag neemt of niet ingaat op een aanbod tot verlenging.¹²⁷ In het ontslagrecht van vóór de Wwz compenseerde de ontslagvergoeding ingevolge art. 7:685 (oud) BW ook de verwijtbaarheid, indien aanwezig, van het gedrag van de werkgever; daarnaast was er een vergoeding in geval de werkgever zich niet had gehouden aan de toepasselijke ontslagregels (art. 7:681 (oud) BW), zoals het in acht nemen van de opzegtermijn.

De wetgever was van mening dat ook onder de Wwz niet volstaan kan worden met de uniforme vergoeding van de transitievergoeding, maar dat er een compensatie nodig is voor ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever en in bepaalde situaties waarin het ontslagrecht niet juist was toegepast. Dat is de billijke vergoeding geworden.

De Wwz heeft, anders dan bij de transitievergoeding, geen nadere regeling gegeven voor de berekening van de hoogte van de billijke vergoeding. Voor deze vergoeding geldt derhalve niet een uniforme regeling om daarmee gelijkheid en rechtszekerheid te waarborgen. Wel moet er sprake zijn van ernstig verwijtbaar handelen (tenzij het gaat om de gevallen van het niet-naleven van het ontslagrecht); met deze eis werd de lat hoger gelegd dan bij de oude ontslagvergoeding. Vanwege deze hoge lat werd de omstandigheid waarin recht bestaat op billijke vergoeding ook wel het 'muizengaatje' genoemd.¹²⁸

Zoals gezegd zijn er twee hoofdcategorieën van gronden voor een billijke vergoeding. De ene is die waarin de werkgever een ernstig verwijt kan worden gemaakt; de andere waarin de ernstige verwijtbaarheid besloten ligt in de in de wet omschreven situaties.

¹²⁶ Toelichting bij het besluit, p. 8.

¹²⁷ 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 (11) 1; D.M.A. Bij de Vaate & D.B.M. Pinedo, 'Jurisprudentie over de billijke vergoeding: labyrint of duidelijke lijn?', *TRA* 2016/84.

¹²⁸ 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.

De memorie van toelichting bij de Wwz gaf een aantal voorbeelden van situaties waarin de billijke vergoeding kan worden toegekend indien de werkgever een ernstig verwijt kan worden gemaakt:¹²⁹

- 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.

De situaties waarin een billijke vergoeding kan worden toegekend omdat het ontslagrecht niet juist is toegepast zijn in de wet limitatief opgesomd (zie par. 5.3.2). Een voorbeeld is dat de werkgever ten onrechte een werknemer op staande voet ontslaat. De werknemer kan in een dergelijk geval herstel van dienstbetrekking vragen, maar als hij dat niet wil, dan kan hij in plaats daarvan een billijke vergoeding vragen.

5.3.2 Grondslag van de billijke vergoeding

De Hoge Raad heeft zich in de *New Hairstyle*-beschikking expliciet uitgelaten over het karakter van de billijke vergoeding. De kern van de billijke vergoeding is, aldus de Raad, de compensatie voor het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever (r.o. 3.4.5). Vervolgens overwoog de Hoge Raad dat de billijke vergoeding, anders dan sommige rechters eerder meenden (zoals het hof in *New Hairstyle*), geen punitief doel heeft. De hoogte van de billijke vergoeding mag dus niet gemotiveerd worden door te zeggen dat deze als straf bedoeld is voor het handelen of nalaten van de werkgever.

Wel mag in de hoogte een compensatie voor de ernst van het gedrag worden opgenomen. Ook mag de hoogte beargumenteerd worden door te verwijzen naar het preventieve doel van deze vergoeding, namelijk dat de billijke vergoeding wil voorkomen dat het voor de werkgever aantrekkelijk wordt om het ontslagrecht te ontwijken als een billijke vergoeding laag zou zijn.¹³⁰ Dus compensatie voor het ernstig verwijtbare gedrag en preventie van dergelijk gedrag of van ontwijken van ontslagrecht zijn de grondslagen.

In de memorie van toelichting had de regering opgemerkt dat 'rechters de mogelijkheid hebben om de hoogte van de vergoeding te bepalen op een wijze die en op het niveau dat aansluit bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval. Dit betekent dat criteria

¹²⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 34.

¹³⁰ Zie ook D. van Gerven, 'De billijke vergoeding: *guidance* van de Hoge Raad in een nieuw overzicht', TAP 2018, p. 10 e.v.

als loon en lengte van het dienstverband die nu onderdeel uitmaken van de kantonrechtersformule hierbij geen rol hoeven te spelen. Voorts kan in deze additionele vergoeding niet tot uitdrukking komen of het ontslag redelijk is mede in het licht van de gevolgen van het ontslag voor de werknemer en de door de werkgever getroffen voorzieningen om deze gevolgen te ondervangen (ook wel aangeduid als 'het gevolgcriterium'), omdat dit reeds is verdisconteerd in de transitievergoeding.¹³¹ In *New Hairstyle* besprak de Hoge Raad deze overweging, omdat het hof had geoordeeld dat de gevolgen van het ontslag geen rol mogen spelen bij de berekening van de vergoeding. De Hoge Raad erkende dat de gevolgen inderdaad niet van belang zijn voor toekenning van de vergoeding. Als de werkgever geen ernstig verwijt kan worden gemaakt, maar betrokkene wel aanzienlijke schade lijdt omdat hij slechte kansen heeft op de arbeidsmarkt en pas na een aanzienlijk jaren pensioen krijgt, dan is er derhalve toch geen recht op de billijke vergoeding.

Als er echter wél recht is op een billijke vergoeding en deze moet worden *berekend*, dan zijn, aldus de Hoge Raad, de gevolgen wel van belang, voor zover die gevolgen zijn toe te rekenen aan het aan de werkgever te maken verwijt (r.o. 3.4). Er moet dus een relatie zijn tussen het te maken verwijt en de gevolgen.

5.3.3 Schema billijke vergoeding

| | | | |
|---|---|--|---|
| Ernstig 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 9c en 10b 7:671c, lid 2b en 3b | Werkgever heeft opgezegd zonder instemming werknemer; in strijd met opzeg- of discriminatieverbod; of heeft wederindiensttreddings-voorwaarde 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 |

¹³¹ Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 33.

| | | | |
|--|--------------------|---|--|
| Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever moet worden aange- toond | | Er geldt geen eis van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten (deze wordt al aangenomen door de inbreuk op de wettelijke regels) | |
| 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 dienstbe- trekking: 7:682, lid 1a) | 7:682, lid 1b en c | | |
| Bij ontbinding in hoger beroep of cassatie | 7:683, lid 5 | | |

Hierboven zijn alleen de bepalingen van het BW opgenomen op basis waarvan een billijke vergoeding kan worden toegekend. Daarnaast komt ook in art. 7 Wet melding collectief ontslag een vermelding van de billijke vergoeding voor: de kantonrechter kan de opzegging door de werkgever vernietigen indien het UWV of de ontslagcommissie geen toestemming heeft verleend; in plaats van de opzegging door de werkgever te vernietigen, kan de kantonrechter op verzoek van de werknemer aan hem ten laste van de werkgever een billijke vergoeding toekennen.

5.3.4 Billijke vergoeding bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever

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) het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever (art. 7:671b, lid 9, onder c, BW);
- Als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die niet tussentijds kan worden opgezegd door de kantonrechter wordt ontbonden, als de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever (art. 7:671b, lid 10, onder b, 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 vanwege een omstandigheid waarbij sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever (art. 7:682, lid 1, onder b, BW);

- 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 hierbij 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 omdat de werknemer nog geen 18 is), zie art. 7:673, lid 9, BW.

De rechter is niet verplicht om bij ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever een billijke vergoeding toe te kennen. Ook is het mogelijk dat ernstig verwijtbaar handelen wordt aangenomen voor het toekennen van een transitievergoeding, maar niet voor een billijke vergoeding.

5.3.5 *Billijke vergoeding als er geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever*

In een aantal situaties wordt niet de eis gesteld dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever:

- Indien beëindiging van het dienstverband niet had behoren plaats te vinden, omdat de benodigde instemming van de werknemer ontbrak, zonder dat hierop de wettelijke uitzonderingen van toepassing zijn (zoals de toestemming van het UWV),¹³² in strijd was met een opzeg- of discriminatieverbod, of als de wederindiensttredingsvoorwaarde niet nagekomen is (art. 7:681 BW). De werknemer kan de kantonrechter in zo'n geval verzoeken de opzegging van de arbeidsovereenkomst niet te vernietigen, maar ten laste van de werkgever een billijke vergoeding toe te kennen. In de beschikking *werknemer T./werkgever*¹³³ oordeelde de Hoge Raad dat de rechter de bevoegdheid heeft in deze situaties de dienstbetrekking te herstellen of een billijke vergoeding toe te kennen, maar dat hij ook geen van beide kan doen. De rechter dient wel inzicht te geven in de omstandigheden die tot de beslissing over (de hoogte van) de vergoeding hebben geleid.
- 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), dan kan het hof een billijke vergoeding toekennen.

¹³² Dit kan bijv. aan de orde zijn bij een ontslag op staande voet, waaraan een gebrek kleeft, zie par. 6.4.

¹³³ HR 8 juni 2018, NJ 2019/171.

5.3.6 Hoogte van de billijke vergoeding

De New Hairstyle-gezichtspunten

Volgens de memorie van toelichting van de Wwz is het aan de rechter 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 daarmee de mogelijkheid om de hoogte van de vergoeding te bepalen op een wijze en niveau die aansluiten bij de omstandigheden van het geval. De rechter kan wel rekening houden met de financiële situatie van de werkgever, mocht daartoe aanleiding zijn, bijvoorbeeld omdat de werkgever daarom verzoekt.¹³⁴ De afwezigheid van nadere regels heeft tot heel verschillende uitspraken geleid. Zo oriënteerden een aantal rechters zich op de hoogte van de transitievergoeding.

In de al genoemde *New Hairstyle*-zaak¹³⁵ moest de Hoge Raad zich buigen over de vraag welke factoren meewegen bij de berekening van de billijke vergoeding.

Ten eerste merkte de Hoge Raad op dat het stelsel van de wet er zich niet tegen verzet dat met de gevolgen van het ontslag rekening wordt gehouden bij het bepalen van de omvang van de billijke vergoeding als (a) de werkgever van het ontslag als zodanig een ernstig verwijt kan worden gemaakt (b) voor zover die gevolgen zijn toe te rekenen aan het de werkgever te maken verwijt.

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. Hij voegde hieraan toe, zoals al vermeld, 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.

De Hoge Raad noemde vervolgens een aantal gezichtspunten (r.o. 3.4.5):

- a) *Het inkomen dat de werknemer zou hebben genoten als de opzegging zou zijn vernietigd*
Of met het inkomen rekening wordt gehouden dat de werknemer zou hebben genoten als de opzegging zou zijn vernietigd hangt af van de omstandigheden van het geval. Het is van belang of de arbeidsovereenkomst ook rechtmatig had kunnen worden beëindigd en op welke termijn dit had gekund. Die omstandigheden van het geval die hierbij ook van belang zijn, aldus de Hoge Raad, betreffen onder andere of de werkgever van de grond voor de vernietigbaarheid van de opzegging een verwijt valt te maken. Ook is van belang of – als het gaat om in de toekomst te derven loon – of de redenen die de werknemer heeft om af te zien van vernietiging van de opzegging aan de werkgever zijn toe te rekenen.
- b) *De vraag of de werknemer ander betaald werk heeft gevonden*
Bij de vaststelling van de billijke vergoeding kan er ook mee rekening worden gehouden of de werknemer inmiddels ander werk heeft gevonden, en met de inkomsten die hij daaruit geniet, en met de (andere) inkomsten die hij in redelijkheid in de toekomst

¹³⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 33.

¹³⁵ HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187, NJ 2017/298 m.nt. E. Verhulp.

kan verwerven. Bij een vergelijking van de situatie zonder vernietigbare opzegging met de situatie waarin de werknemer zich bevindt, dient ook de eventueel aan de werknemer toekomstige transitievergoeding te worden betrokken. De Hoge Raad toetste deze elementen dus ex nunc: hoe is de situatie nu? Dit doet het meest recht aan een benadering die de werkelijke schade beoogt te vergoeden.¹³⁶

c) *De berekening van het schadegeedeelte van de billijke vergoeding*

Voor zover elementen van de vaststelling van de billijke vergoeding zien op de vergoeding van schade van de werknemer, lenen de wettelijke regels van art. 6:95 e.v. BW zich voor overeenkomstige toepassing, aldus de Hoge Raad. Van belang is onder andere dat voor vergoeding slechts schade in aanmerking komt die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.

d) *De billijke vergoeding dient ter compensatie van het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever*

De billijke vergoeding is niet beperkt tot de hiervoor genoemde schadeberekening. Uiteindelijk gaat het erom, aldus de Hoge Raad, dat de werknemer wordt gecompenseerd voor het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Hierbij kan ook rekening worden gehouden met de gevolgen van het ontslag. Daarmee kan ook worden tegengegaan dat het voor werkgevers voordelig is te kiezen voor een vernietigbare opzegging.

De *New Hairstyle*-gezichtspunten kunnen zowel worden toegepast als de werkgever ontbinding vraagt,¹³⁷ als wanneer de werknemer ontbinding vraagt (*Zinzia*).¹³⁸ Ook in de tweede situatie is van belang dat de werknemer wordt gecompenseerd voor het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Dit geldt ook als hij door dit handelen geen schade lijdt; de vergoeding beoogt immers het handelen van de werkgever te compenseren.

Berekeningscriteria bij toekenning in hoger beroep (art. 7:683, lid 3, BW).

Zoals we zagen is een billijke vergoeding ook mogelijk als in hoger beroep de dienstbetrekking niet hersteld wordt, 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. Kunnen de gezichtspunten ontwikkeld in *New Hairstyle* ook in deze situatie worden gebruikt? In deze situatie hoeft er immers geen sprake te zijn van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever.

In de beschikking *werknemer T./werkgever*¹³⁹ overwoog de Hoge Raad dat de billijke vergoeding in deze situatie een alternatief is voor herstel van de arbeidsovereenkomst. Het ligt daarom in de rede dat de appelrechter bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding de gevolgen voor de werknemer van het verlies van de arbeidsovereenkomst betreft. Daarnaast dient de rechter ook de overige omstandigheden van het geval in aanmerking te nemen, waaronder de (mate van) eventuele verwijtbaarheid van het handelen

¹³⁶ Zie voor een uitgebreidere beschouwing over ex tunc en ex nunc-toetsen in ontslagzaken ook hoofdstuk 7.

¹³⁷ HR 30 november 2018, *ServiceNow*, ECLI:NL:HR:2018:2218.

¹³⁸ HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:878, *NJ 2019/170*, *TRA 2018/79*.

¹³⁹ HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:857, ook in *NJ 2019/171*.

of nalaten van de werkgever of het ontbreken daarvan. Ten slotte kunnen ook de overige gezichtspunten genoemd in *New Hairstyle* gebruikt worden, aldus de Hoge Raad. De criteria in deze situatie zijn dus inderdaad dezelfde als in *New Hairstyle*.¹⁴⁰

Motivering voor de hoogte van de billijke vergoeding

De *New Hairstyle*-gezichtspunten maken duidelijk welke factoren allemaal mogen worden meegewogen, maar bepalen niet welke in een bepaalde situatie van belang zijn en welk prijskaartje daaraan hangt.¹⁴¹ In de *Zinzia*-beschikking,¹⁴² hierboven al genoemd, overwoog de Hoge Raad dat de rechter in de motivering van zijn oordeel inzicht dient te geven in de omstandigheden die tot de beslissing over de billijke vergoeding hebben geleid. De Hoge Raad gaf wel toe dat de omvang van de billijke vergoeding zich naar zijn aard moeilijk laat motiveren. In deze zaak had de kantonrechter € 75.000 toegekend, waar het hof er € 25.000 van maakte. Volgens de Hoge Raad hoeft het hof het verschil niet toe te lichten, maar kan de rechter volstaan met het vaststellen van het passend geachte bedrag op grond van de daartoe in zijn beschikking genoemde omstandigheden. In deze zaak had het hof overwogen dat de werknemster bijzonder onheus is behandeld; daarmee had het hof, aldus de Hoge Raad, bij de vaststelling van de hoogte van de billijke vergoeding het ernstig verwijtbare karakter van het handelen van *Zinzia* in aanmerking genomen. Uit de omstandigheid dat zij elders werk heeft gevonden en geen informatie heeft verschaft over de inkomsten die zij uit haar nieuwe baan geniet en ook niets heeft aangevoerd over andere materiële schade, heeft het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk afgeleid, aldus de Hoge Raad, dat zij geen materiële schade heeft geleden als gevolg van het ernstig verwijtbaar handelen van *Zinzia*. Ook had het hof overwogen dat de billijke vergoeding in dit geval enerzijds dient als compensatie voor de immateriële schade van de werknemster en anderzijds als middel om *Zinzia* te wijzen op de noodzaak haar gedrag in eventuele volgende gevallen aan te passen (preventieve werking). Hiermee heeft het hof, aldus de Hoge Raad, in de motivering van zijn oordeel voldoende inzicht gegeven in de omstandigheden die tot zijn beslissing over de hoogte van de billijke vergoeding hebben geleid.

In de *ServiceNow*-beschikking¹⁴³ voegde de Hoge Raad hieraan toe dat indien het partijdebat daartoe aanleiding geeft, de rechter de gevolgen voor de werknemer van het verlies van de arbeidsovereenkomst, voor zover deze zijn toe te rekenen aan het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever, kenbaar dient te betrekken bij het bepalen van de omvang van de billijke vergoeding (r.o. 3.4.2). De rechter moet dus de argumenten die door de partijen zijn aangevoerd betrekken in zijn motivering.

¹⁴⁰ Zie ook annotator Verhulp, *NJ* 2019/173.

¹⁴¹ In de beschikking na verwijzing van de *New Hairstyle*-zaak komt het Hof 's-Hertogenbosch (14 februari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:516) tot het oordeel dat de werknemster geen ander bedrag moet worden toegekend dan in de oorspronkelijke beschikking van het Hof Arnhem-Leeuwarden (€ 4000), waarbij de werknemster ook nog in de proceskosten van ca. € 8000 wordt veroordeeld). Dit met name omdat het onaannemelijk is dat de arbeidsovereenkomst nog geruime tijd zou hebben geduurd als de werknemster de opzegging had vernietigd, omdat de arbeidsverhouding al ernstig verstoord was. Het is ernstig de vraag of deze uitkomst voldoende rekening houdt met het optreden van de werkgeefster en de gevolgen voor de werknemster; zie voor een gedetailleerde kritische bespreking C. Frikkee in *TRA* 2019/48. Het hof lijkt eerder rekening te houden met de gevolgen voor de werkgeefster, een gezichtspunt dat de Hoge Raad niet noemde (de regering wel, zij het kort (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 33)), dan voor de werknemster.

¹⁴² HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:878, *NJ* 2019/170, *TRA* 2018/79.

¹⁴³ HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2218, *NJ* 2019/173 m.nt. Verhulp.

In *werknemer T./werkgever* had het hof bepaald dat in deze zaak ten onrechte de arbeidsovereenkomst was ontbonden omdat de werknemer zich niet schuldig heeft gemaakt aan (ongegronde) werkweigering. Het hof had evenwel geen aanleiding gezien voor herstel van de arbeidsovereenkomst, omdat naar zijn oordeel onvoldoende was gebleken dat de werknemer werkelijk in staat is de arbeid te hervatten. Ook de billijke vergoeding op grond van art. 7:683, lid 3, BW werd niet toegekend. Deze vergoeding is bedoeld om een compensatie te bieden voor het niet herstellen van de arbeidsovereenkomst, aldus het hof. Het gaat hier om 'de waarde' van de arbeidsovereenkomst, en dat betreft in de regel het loon vanaf het moment dat de arbeidsovereenkomst zou zijn hersteld, dus vanaf de ontbindingsdatum. Omdat niet was gebleken dat de werknemer zich weer beschikbaar had gesteld voor de arbeid zag het hof niet in dat er een 'waarde' is die vergoed zou moeten worden. De Hoge Raad accordeerde deze benadering. Art. 7:683, lid 3, BW geeft, aldus de Raad, geen verplichting voor de rechter om een billijke vergoeding toe te kennen, maar dient in de motivering van zijn oordeel wel inzicht te geven in de omstandigheden die tot de beslissing over (de hoogte van) de vergoeding hebben geleid. Voorts wees de Hoge Raad erop dat de billijke vergoeding dient als een alternatief voor herstel van de arbeidsovereenkomst. De gevolgen voor de werknemer van het verlies van de arbeidsovereenkomst (wat het hof de 'waarde' van de arbeidsovereenkomst voor de werknemer noemt); de mate van verwijtbaarheid en de overige gezichtspunten van *New Hairstyle* zijn hierbij van belang.

Wet normering topinkomens

Onduidelijk is of de Wet normering topinkomens (WNT) van belang is voor de billijke vergoeding. De WNT verbiedt ontslagvergoedingen van meer dan € 75.000 in de publieke sector (art. 2.10 WNT), maar de rechter is niet gebonden aan dit maximum (art. 16, lid 2, WNT). Rechter verschillen van mening of van dit maximum reflexwerking uitgaat.¹⁴⁴ Er valt m.i. veel voor te zeggen om de rechter de vrijheid te geven om alle gezichtspunten zoals vermeld in *New Hairstyle* mee te laten wegen, zodat er geen beperking hoeft te zijn tot € 75.000. Immers, art. 2.10 heeft betrekking op de situatie dat partijen een bepaalde ontslagvergoeding overeenkomen. De billijke vergoeding heeft echter betrekking op de situatie van ernstig verwijtbaar handelen, waarbij de rechter beoordeelt wat een hierbij passend bedrag is. Omdat dit een compensatie is voor de schade ligt het niet voor de hand om een bedrag dat in het kader van inkomenspolitiek is vastgesteld ook te hanteren voor schadeberekening.¹⁴⁵

Overzicht criteria voor de berekening

De gezichtspunten laten veel ruimte voor de rechter om te komen tot een billijkheidsoordeel. Daarmee is de uitkomst vooraf moeilijk te voorspellen. Wel is duidelijk dat de volgende gezichtspunten een rol kunnen spelen. Het is aan de procespartijen om argumenten aan te voeren waarom een bepaald gezichtspunt al of geen rol moet spelen en welke feiten daartoe bijdragen.

¹⁴⁴ Zie tegengestelde opvattingen in Rb. Midden-Nederland 20 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5467; Rb. Gelderland 30 januari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018353. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 20 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5304.

¹⁴⁵ Zie ook B. Barentsen e.a., 'Kroniek rechtspraak Wwz februari – april 2019', *TRA* 2019/69.

I. de schade

- gemist loon en verwachte duur van de arbeidsovereenkomst.

Deze zal vaak slechts schattenderwijs te berekenen zijn. Indien het gaat om de situatie dat de ontslagregels niet goed nagevolgd zijn (bijv. een ontslag op staande voet is ten onrechte gegeven), is eenvoudiger te bepalen wanneer de overeenkomst zou zijn geëindigd als de procedure rechtmatig was gevolgd vanaf de datum waarop ontslag op staande voet was gegeven. Indien de beëindiging samenhangt met het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever is de schatting van de verwachte duur van de arbeidsovereenkomst veel lastiger.

Indien de werknemer ook een verwijt kan worden gemaakt dat zijn of haar gedrag heeft bijgedragen aan de situatie, dan kan dat invloed hebben op de schatting van hoe lang de arbeidsovereenkomst nog zou hebben geduurd.

- vermindering door WW-uitkering en nieuwe inkomsten

Elementen die een neerwaarts effect op de hoogte kunnen hebben vormen een WW-uitkering, inkomsten uit een nieuwe baan, de redelijkerwijs te verwachten inkomsten als een nieuwe baan gevonden wordt. Als de werknemer geen informatie wil geven over de negatieve inkomsten, dan kan dat negatief uitwerken (*Zinzia*). Andere elementen zijn dat de werknemer geen goede redenen heeft om een billijke vergoeding te verlangen.

- effect van de transitievergoeding

Welke rol de transitievergoeding precies speelt heeft de Hoge Raad in het midden gelaten. Het is aannemelijk, gelet op het karakter van de billijke vergoeding, en ook de verhouding met gemist loon, dat er sprake is van communicerende vaten: een lage transitievergoeding kan aanleiding zijn de billijke vergoeding hoger vast te stellen. Een hogere transitievergoeding kan het omgekeerde effect hebben, zij het dat de rechter er ook rekening mee kan houden dat bij een later ontslag een hogere transitievergoeding zou worden betaald. Dit is uiteraard geen automatisch proces, er kunnen bijvoorbeeld ook bij een hoge transitievergoeding redenen zijn een hoge billijke vergoeding te geven omdat rekening wordt gehouden met de gevolgen voor de werknemer.

- materiële schade

Wat hier precies onder valt is nog niet duidelijk. De Hoge Raad heeft in *New Hairstyle* uitgemaakt dat kosten voor rechtsbijstand hier niet onder vallen, die kunnen wel gebaseerd worden op schending van het goedwerkgeverschap in relatie met art. 6:96 BW. Voor het overige gelden de regels van het vermogensrecht. Van belang is dus o.a. of er een relatie is tussen het schadetoebrengend handelen en de schade.

- immateriële schade

Ook hier gelden de algemene regels van het vermogensrecht.

- de financiële positie van de werkgever

Hierover zei de Hoge Raad in *New Hairstyle* niets specifiek. Gelet op het feit dat de rechter alle omstandigheden van het geval moet meewegen is het ook niet uitgesloten. Men zal dan vooral moeten denken aan de situatie dat een werkgever financiële problemen heeft om zijn bedrijf overeind te houden. Of dit ook betekent dat relevant is dat 'New Hairstyle heel wat klanten zal moeten behandelen voor dit bedrag (naast de transitievergoeding) zonder dat zij daarvoor arbeid heeft ontvangen van [appellante], terwijl het heel kort samengevat in dit geval 'slechts' gaat om een situatie waarin geen rechterlijke toets heeft plaatsgevonden van een alleszins te rechtvaardigen eindigen van een arbeidsovereenkomst', aldus Hof 's-Hertogenbosch, is de vraag.¹⁴⁶

II. De compensatie voor het verlies van de baan

Hierbij gaat het om het verwijt dat de werkgever kan worden gemaakt (compenserende werking). Het kan hier ook gaan om een prikkel om te voorkomen dat de werkgever in de toekomst wederom de fout in gaat (preventieve werking) en ook bij dit laatste is van belang of de werkgever een verwijt kan worden gemaakt.

De Hoge Raad noemde de compensatie als laatste gezichtspunt, terwijl het voor de toekenning van de billijke vergoeding juist essentieel is. Aangezien compensatie op zich niet een te berekenen bedrag oplevert, worden eerst de schade-elementen behandeld, waarop vervolgens een correctiefactor om de compensatie te vergoeden kan worden losgelaten. Dit kan ook relevant zijn als mogelijke correctie van een laag uitvallend schadebedrag, zoals het Hof 's-Hertogenbosch bijvoorbeeld in *New Hairstyle deed*.

5.4 Conclusie

Al vrij kort na de invoering van de Wwz werd, zonder een evaluatie af te wachten, met de WAB de regeling van de transitievergoeding veranderd. Opvallend in de ontwikkelingen sinds de inwerkingtreding van de Wwz is dat op de grondslagen van de transitievergoeding regelmatig teruggegrepen is om te komen tot argumentatie voor bepaalde wijzigingen van de regelgeving of interpretatie van bepalingen. Aangezien niet aan beide grondslagen – compensatie voor verlies baan en transitiefunctie – hoeft te worden voldaan, is de betekenis ervan niet steeds goed voorspelbaar. Bovendien is de betekenis van de grondslagen niet scherp gedefinieerd. Zo is een transitievergoeding ook mogelijk als een werknemer direct een nieuwe baan heeft en noch schade lijdt, noch steun bij transitie nodig heeft.

Ontslag krijgen of niet-verlenging van een arbeidsovereenkomst is bijna altijd (op zijn minst) heel vervelend, waardoor compensatie hiervoor de constante factor is in alle gevallen waarin transitievergoeding aan de orde is. Wat daarvan ook zij, opmerkelijk is dat

¹⁴⁶ Hof 's-Hertogenbosch 14 februari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:516, r.o. 5.32.

het transitiegedeelte, bevordering van werk naar werk, een belangrijk, algemeen gesteund beleidsdoel, in het geheel niet uitgewerkt is in de regelgeving. Er is geen enkele positieve prikkel om vorm te geven aan het transitiegedeelte van de transitievergoeding. Eerder een negatieve, want het zal voor de werknemer onaantrekkelijk lijken ermee akkoord te gaan dat (een gedeelte van) de transitievergoeding tijdens het dienstverband bestemd wordt voor transitie-activiteiten want hij krijgt dan een lagere vergoeding bij ontslag.

Ook in de wijzigingsvoorstellen van de WAB werd verwezen naar de grondslagen van de transitievergoeding, maar overtuigend werd het niet. In *Parlementaire geschiedenis van de Wet arbeidsmarkt in balans*,¹⁴⁷ waarin de teksten over de behandeling van elk artikel in de achtereenvolgende stadia overzichtelijk bij elkaar geplaatst zijn, is heel duidelijk te zien dat steeds dezelfde vraag gesteld wordt, en dat steeds hetzelfde, korte antwoord gegeven wordt, maar van discussie is heel weinig te zien. Waarom wordt de verhoogde transitievergoeding na 120 maanden afgeschaft? Het argument in de Wwz dat oudere werknemers meer moeite hebben een nieuwe baan te vinden gaat toch nog steeds op. Het nieuwe argument, dat afschaffing gunstig is voor de arbeidsmarktpositie, wordt op geen enkele manier uitgewerkt. Een hogere transitievergoeding zal eerder reden zijn om werknemers niet te ontslaan. En als ze wel ontslagen worden, dan moeten ze ook in het oude stelsel weer opnieuw rechten opbouwen en zijn dan niet duurder dan jongeren. Of werknemers niet van baan veranderen omdat ze dan de hogere rechten verliezen valt ook te betwijfelen. Dat kan alleen een rol spelen als ze verwachten of vrezen in de nieuwe baan werkloos te worden, maar zou die vrees op zich er niet al toe leiden om niet van baan te veranderen? Elke discussie hierover ontbreekt in de parlementaire behandeling.

Uit de toelichting bij het voorstel blijkt dat de lagere opbouw voor werkgevers € 518 miljoen bespaart, terwijl de extra kosten voor de transitievergoeding vanaf de eerste dag € 350 miljoen bedragen. € 168 miljoen in het voordeel van de werkgevers dus.¹⁴⁸ Daarmee lijkt de afschaffing van de verhoging bij langdurige dienstverbanden vooral bedoeld als wisselgeld voor de extra kosten voor de vergoedingen bij korte dienstverbanden. De aangevoerde reden om ook bij eindiging van korte dienstverbanden een transitievergoeding toe te kennen is dat de kosten gemoeid met de transitievergoeding geen reden moeten zijn om een flexibel of kort dienstverband te geven in plaats van een vast dienstverband. Dat is een legitiem doel, maar het ware veel beter geweest om dit dan ook als zodanig te benoemen bij de wijziging van de berekening van de transitievergoeding bij de lange dienstverbanden en dan de eventuele negatieve gevolgen voor de oudere werknemers te ondervangen, in plaats van te stellen dat de wijziging als zodanig al leidt tot een betere arbeidsmarktpositie. Met andere woorden, het transitiedoel wordt wel genoemd als grondslag voor de maatregel, maar de uitwerking hoe transitie hier moet worden bevorderd blijft uit.

Ook bij kortlopende dienstverbanden en zelfs ontslag in de proeftijd wordt het transitiedoel genoemd, terwijl onduidelijk is hoe dit kan worden bevorderd gelet op de hoogte van het bedrag. Er valt overigens wel wat voor te zeggen dat de transitievergoeding ook hier betaald moet worden omdat het ontbreken van recht hierop ongewenste gedragseffecten

147 G. Boot, A. Houweling en M. Keulaerds, *Parlementaire geschiedenis van de Wet arbeidsmarkt in balans*, Den Haag 2019.

148 *Kamerstukken II 2018/19*, 35074, nr. 3, p. 95-97.

kan hebben. Het verband met de doelstellingen van de transitievergoeding ontbreekt dan echter, zoals ook in de parlementaire behandeling is opgemerkt en dat zou scherper beargumenteerd hebben moeten worden.

De doelstellingen van de transitievergoeding spelen ook een rol in de jurisprudentie. De Hoge Raad noemde deze bijvoorbeeld in zijn antwoord op de prejudiciële vraag of pensioenontslag bij het bereiken van de AOW-leeftijd geoorloofd is. De compensatiedoelstelling van de transitievergoeding heeft betrekking op compensatie voor het ontslag, niet voor het gederfde inkomen. Men heeft immers ook recht op transitievergoeding als men meteen een andere baan vindt. Het is goed te rechtvaardigen dat de transitievergoeding niet meer betaald hoeft te worden als een AOW-uitkering wordt betaald. Maar indien iemand steun wil hebben om werk te vinden omdat hij of zij door wil werken na het bereiken van de AOW-leeftijd, dan doet betrokkene beroep op de transitiefunctie. Wat is de reden om dat niet te honoreren? Wellicht dat men geneigd is om op het bovenstaande met een 'common sense'-argument te reageren: als iemand per se na zijn AOW-leeftijd wil doorwerken, dan hoeft de werkgever daaraan niet meer mee te betalen nu betrokkene al een arbeidsleven achter de rug heeft en een pensioeninkomen heeft. En bovendien zou dit een grote kostenpost kunnen opleveren als bij elk pensioenontslag een transitievergoeding moet worden betaald omdat betrokkene door wil werken. Als we dit echter vergelijken met de transitievergoeding voor mensen die ontslagen worden na twee jaar ziekte en een WIA-uitkering, of zelfs een Iva-uitkering krijgen, dan rijst toch de vraag wat de verschillen zijn. Ook zij, in ieder geval de Iva-gerechtigden, hebben een adequate inkomensvervanging. Het is niet ondenkbaar dat ze weer aan het werk kunnen of willen, maar dat zal niet zo vaak voorkomen, en bovendien heeft de werkgever in principe al aan hun transitiecapaciteit bijgedragen tijdens de twee jaar ziekte. En juist als er nog perspectieven zijn dat iemand aan het werk gaat, dan hoeft de werkgever het dienstverband niet te eindigen, aldus de Hoge Raad. Kortom, de vergelijking met het bereiken van de pensioenleeftijd zou tot hetzelfde resultaat kunnen leiden.

De regeling dat ook bij ontslag na twee jaar ziekte een transitievergoeding wordt betaald wordt in feite mogelijk gemaakt door de werkgever te compenseren. Daarmee is eenmalig zo'n € 1 miljard, en daarna per jaar € 190 miljoen gemoeid. Ofschoon het wel wat sympathieks heeft om ook arbeidsongeschikten een ontslagvergoeding te geven, had er veel diepgaander gediscussieerd moeten worden of dit de beste besteding is van publieke middelen of dat er andere dingen mee hadden kunnen worden gedaan om van werk naar werk of re-integratie van arbeidsongeschikten te bevorderen. En waarom moeten werknemers in geval van faillissement wél in de kou blijven staan?

De transitiedoelstelling komt, zoals gezegd, slecht uit de verf in de wetgeving. Menig werknemer zal een inzetbaarheids- of transitiemaatregel alleen zien als een post die van zijn vergoeding afgetrokken wordt. Dat zien we ook terug in de mogelijke afwijking bij cao van de transitievergoeding in geval van bedrijfseconomisch ontslag. Ofschoon er best wat voor te zeggen valt dat sociale partners in zo'n situatie creatieve oplossingen moeten kunnen bedenken om mensen zo snel mogelijk weer aan het werk te krijgen, zal een regeling waarin alleen personen die gebonden zijn aan een cao die van de wettelijke regeling afwijkt daaraan bijdragen weinig enthousiasme ontmoeten. Het lijkt dan ook vooral een theoretische mogelijkheid.

Er valt daarom veel voor te zeggen om inzetbaarheids-aspecten veel structureler in te bouwen in de arbeidsrelatie en deze aantrekkelijk te maken voor de werknemers in plaats van deze in competitie te laten staan met de ontslagvergoeding.¹⁴⁹ Het zou goed zijn de suggesties die afgelopen jaren over het bevorderen van werk zijn gedaan te verwerken in de regeling.¹⁵⁰

Opvallend is dat gelijke behandeling zo'n grote rol is gaan spelen in de regeling en discussie over de transitievergoeding, zeker als we die vergelijken met de ontslagvergoeding van vóór de Wwz. In de vorige druk wees ik al op de vérgaande wijze van gelijke behandeling van aard van de beëindiging en berekening van de hoogte van de vergoeding. In de berekening van de transitievergoeding zit geen element dat samenhangt met het gedrag van de werkgever, de situatie van de werknemer en de wijze van eindiging van het dienstverband. De gelijke behandeling is nog vergroot met de WAB, door niet meer de referteperiode van twee jaar te hanteren en door de berekening van de hoogte niet meer van de duur van het dienstverband te laten afhangen.

Opgemerkt moet wel worden dat deze gelijke behandeling niet in de eerste plaats betrekking heeft op de (juridische) noodzaak om personen in een gelijke positie gelijk te behandelen. Het is immers maar de vraag of allen die op deze wijze gelijk behandeld worden ook in een gelijke positie verkeren en of er geen rechtvaardigingsgrond zou zijn als er wél verschillend zou zijn behandeld. Uiteindelijk is de arbeidsmarktpositie van de oudere vaak slechter dan van de jongere werknemer. De gelijke behandeling bij de transitievergoeding is echter in sterke mate gebaseerd op de wens om op macroniveau bepaalde effecten te voorkomen, zoals dat flexibele arbeid aantrekkelijker is dan vaste contracten. In die zin is ook het onderscheid op basis van leeftijd en het niet maken van onderscheid bij arbeidsongeschiktheid te verklaren uit beleidsoverwegingen. Deze kunnen heel legitiem zijn, maar hadden wel expliciet beargumenteerd moeten worden.

De billijke vergoeding is een onderwerp dat veel minder uitgekristalliseerd is dan de transitievergoeding. De Hoge Raad heeft een aantal criteria gegeven, waaronder de gevolgen van het ontslag voor de berekening van de hoogte van de vergoeding. Dat is een belangrijke correctie, omdat werknemers onder de regeling van de Wwz in de kou konden blijven staan. De Hoge Raad heeft terecht bij dit onderwerp niet de uitgangspunten van vermindering van de kosten, eenvoudiger procedures en gelijke behandeling gehanteerd, aangezien het gaat om compensatie voor werknemers, waarbij er belangrijke verschillen kunnen bestaan tussen billijke vergoedingen. Of de huidige verschillen steeds te rechtvaardigen zijn valt overigens nog te bezien, maar dit is typisch een onderwerp dat door jurisprudentie moet worden uitgewerkt. Het valt zeer te waarderen dat de Hoge Raad zich van deze taak gekweten heeft door uitgebreid en met gezichtspunten criteria te formuleren.

149 Zie bijv. I. Borghouts-van de Pas, M. Bosmans, J. Verschoor en T. Wilthagen, *Overstappen op de arbeidsmarkt – een onderzoek naar Van Werk Naar Werk-beleid en -trajecten*, Weert 2019, p. 64, waarin opgemerkt wordt dat sommige landen, anders dan Nederland, wel systematische ondersteuning van mobiliteit bieden.

150 Denk aan de Commissie-Bakker, al genoemd, maar ook het rapport van de Commissie Deregulering van werk (Commissie-Borstlap).

