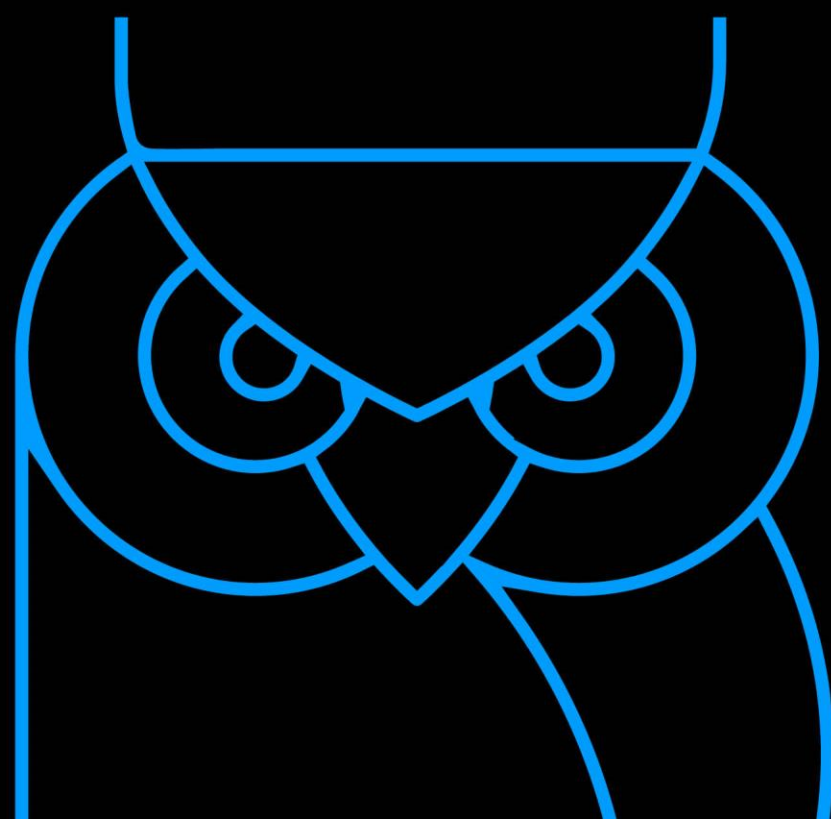
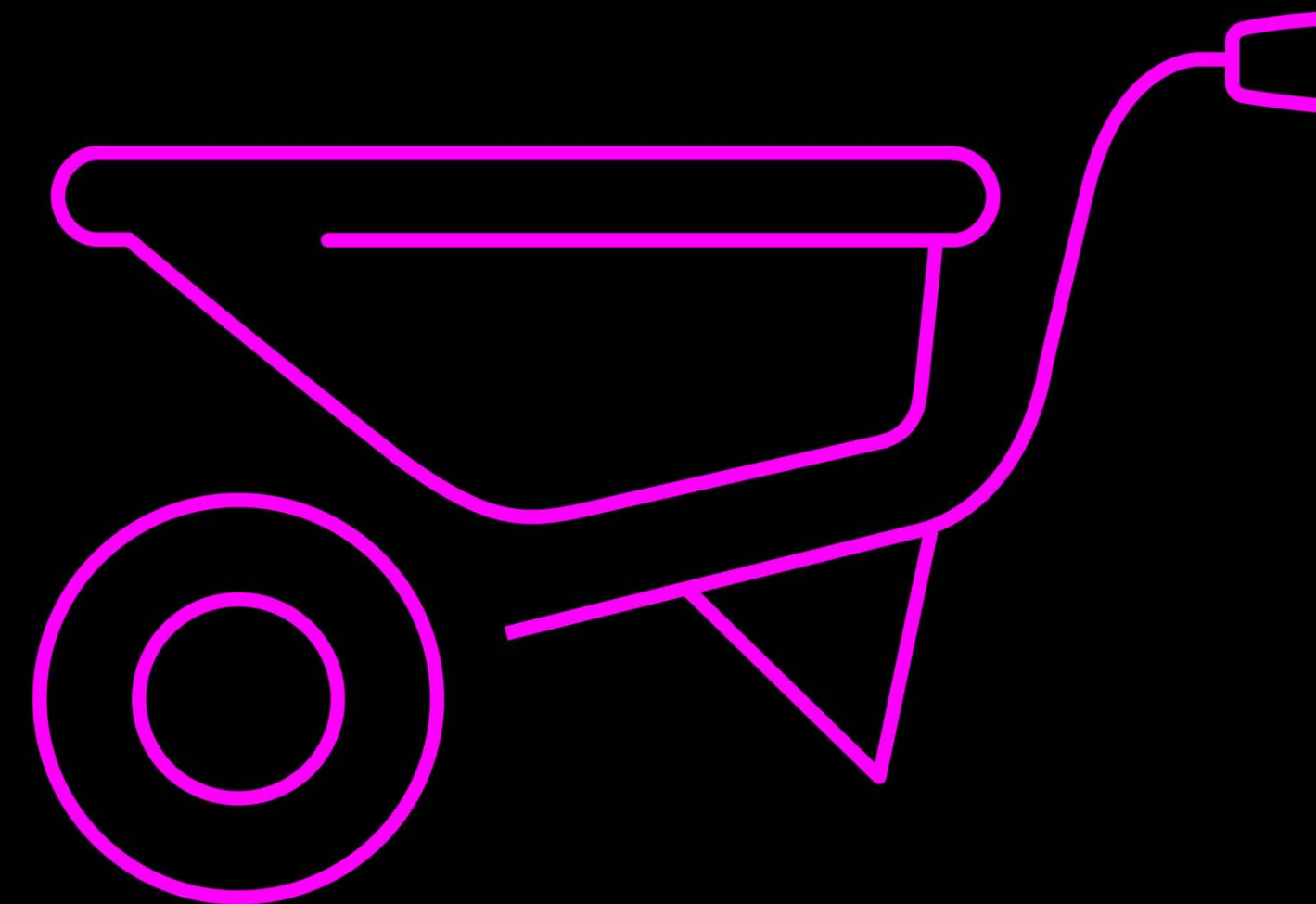
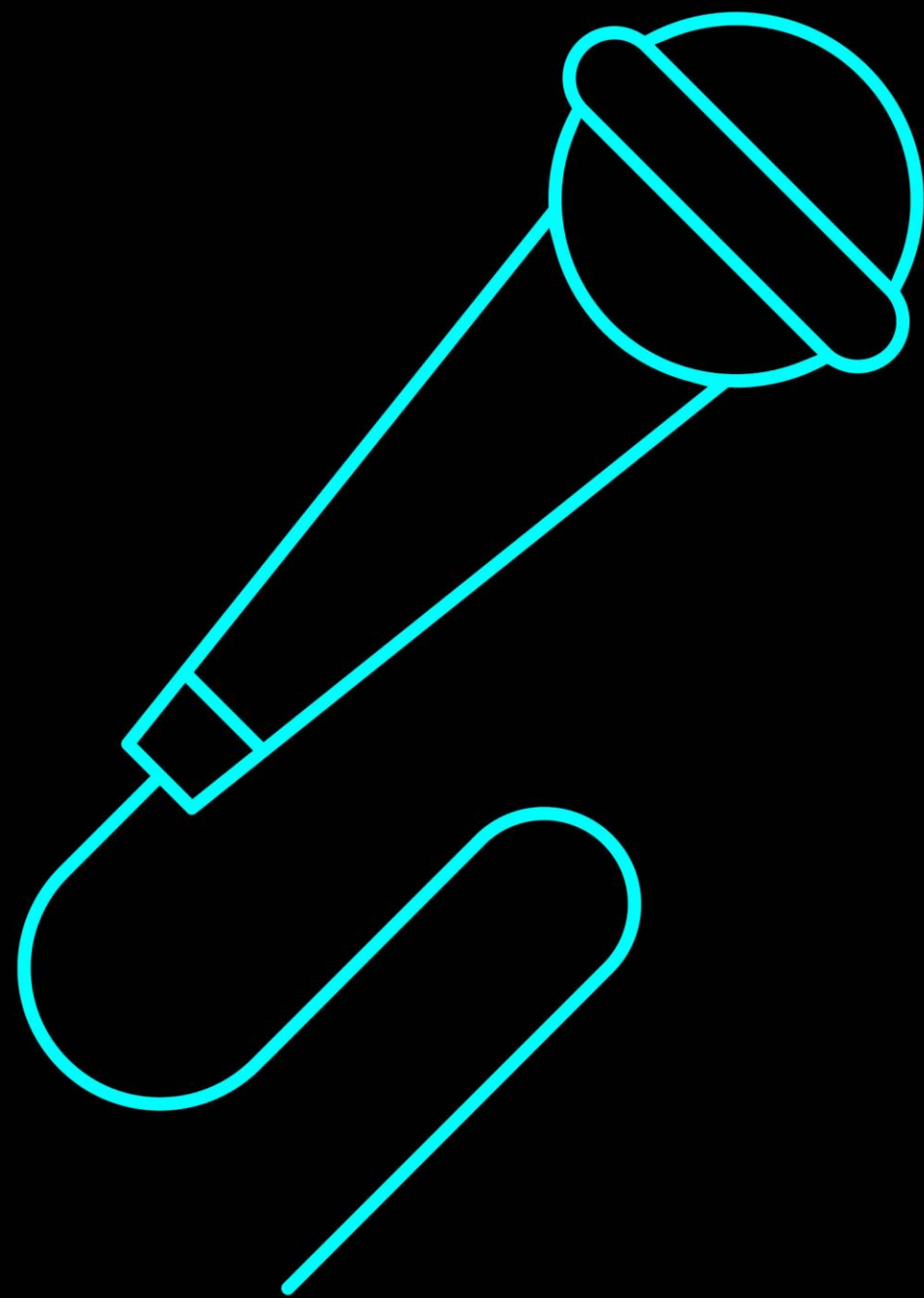


21 nov 2019
DeFabrique

Labour Lawlands



De Hoge Raad en de WWZ

Prof. mr. R.H. de Bock
Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad

De Hoge Raad en de WWZ

1. Inleiding
2. Vijf richtsnoeren

De Hoge Raad en de WWZ

- I. *Laten we het niet moeilijker maken dan het al is....*

De Hoge Raad en de WWZ

II. *Maak een duidelijke keuze*

De Hoge Raad en de WWZ

III. *Aan de bedoeling van de wetgever hebben we meestal niet zo veel*

De Hoge Raad en de WWZ

IV. *De feitenrechter moet beoordelingsruimte hebben*

De Hoge Raad en de WWZ

V. De onderliggende beginselen van het arbeidsrecht zijn richtinggevend

Wat doet de HR met de *hard and fast rules* van de WWZ?

Prof. mr. S.F Sagel

De WWZ

1. Achtergrond wwz: ontslag is onvoorspelbaar, onevenwichtige uitkomsten in vergelijkbare gevallen; te veel lawyers paradise
2. Om die reden: hard and fast rules!
3. Zowel ten aanzien van de redenen voor ontslag als de daarbij behorende vergoedingen
4. Standaard TV, alleen in heel uitzonderlijke gevallen billijke vergoeding
5. Rechterlijk "freies Ermessen" zo veel mogelijke ingeperkt om voorspelbaarheid te vergroten en rechtsonzekerheid te beperken

Kritiek op Wwz

- Haastwerk; niet goed doordacht
- Veel punten over het hoofd gezien
- Algemene kritiek: "hard and fast rules" zijn onwenselijk in arbeidsrecht
- In HR's taalgebruik....

"Rechtsverhoudingen tussen partijen en derden doen zich in oneindig veel variaties voor en wie daarvoor harde regels wil geven, geeft of onrechtzekerheid of schijnrechtzekerheid".

Du Perron, NJ 2005, 493

Wat doet de HR?

Die zoekt maximaal de ruimte op voor individuele rechtvaardigheid binnen het gebrekkige wetgevingsproduct dat de WWZ is!

Voorbeeld 1. Meriant; HR 22 December 2017, JAR 2018/16

1. Ontbinding e-grond in eerste aanleg, appel: ontbinding niet terecht, herstel bevolen.
2. Art. 7:682 lid 6 BW (via schakelbepaling art. 7:683 BW) – de rechter treft voorzieningen.
3. Oud recht: "*kan* voorzieningen treffen..."
4. Hof: geen aanleiding voor voorzieningen, want mevrouw was al met onbetaald verlof.

De vage richtingaanwijzers van de wetsgeschiedenis

MvT:

"Herstel van de arbeidsovereenkomst kan hij uitsluitend gelasten als de werknemer daarom in appel heeft verzocht. Doet hij dit, dan zal hij tevens voorzieningen moeten treffen voor een eventuele tussenliggende periode, aansluitend bij het specifieke geval."

MvA I:

"De rechter bepaalt dan hoe omgegaan wordt met de rechtsgevolgen van de onderbreking. De rechter kan hierbij een voorziening voor de tussengelegen periode treffen. Daarbij kan de rechter een vergoeding vanwege inkomstenderving treffen."

HR:

Volgens art. 7:682 lid 6 BW bepaalt de rechter met ingang van welk tijdstip de arbeidsovereenkomst wordt hersteld en treft hij voorzieningen omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst. De parlementaire geschiedenis van deze bepaling bevat zowel passages waarin wordt opgemerkt dat de rechter die de arbeidsovereenkomst herstelt voor een eventuele tussenliggende periode “voorzieningen [zal] moeten treffen” (bijv. Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 119-120) als passages waarin staat dat de rechter een dergelijke voorziening “kan (...) treffen” (bijv. Kamerstukken I 2013-2014, 33 818, E, p. 17). Wanneer echter de parlementaire stukken in samenhang worden gezien, blijkt dat de wetgever het aan de rechter heeft willen overlaten om te beoordelen welke voorziening in welk geval nodig is, en dat daarbij geen afwijking is beoogd van het voorheen geldende recht, waarin in art. 7:682 lid 2 (oud) BW was bepaald dat de rechter bij een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst voorzieningen “kan (...) treffen” (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.9-3.15). Steun aan die lezing biedt dat de uitdrukking ‘voorzieningen treffen’ inhoudelijk onbepaald is, en dat ook het bepalen dat over de periode van onderbreking geen, of slechts een minimale, betaling behoeft te worden verricht, kan worden beschouwd als een beslissing omtrent het treffen van een voorziening.

Voorbeeld 2 HR 8 juni 2018, JAR 2018/695; 7:683 lid 3 BW – vrijheid of verplichting

"In het derde lid wordt voorgesteld welke **twee** mogelijkheden er zijn als de appel- of cassatierechter tot het oordeel komt dat een ontbindingsverzoek van de werkgever ten onrechte is toegewezen of een verzoek tot vernietiging van de opzegging of tot herstel van de arbeidsovereenkomst van de werknemer ten onrechte is afgewezen. Hij kan – de **eerste mogelijkheid** – de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen. De rechter is daarbij vrij om te bepalen met ingang van welke datum hij de overeenkomst herstelt. Herstel van de arbeidsovereenkomst kan hij uitsluitend gelasten als de werknemer daarom in appel heeft verzocht. (...) Ligt

herstel van de arbeidsovereenkomst als bedoeld in het derde lid, bijvoorbeeld gelet op het tijdsverloop tussen het einde van de arbeidsovereenkomst en de beslissing van de appel- of cassatierechter, niet in de rede of heeft de werknemer in appel niet om herstel verzocht, dan kan de rechter – de **tweede mogelijkheid** – aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen. Dat kan hij derhalve doen zowel na een daartoe strekkend verzoek van de werknemer, als ambtshalve."

Kamerstukken II, 2013/2014, 33 818, nr. 3, p. 119

HR wederom: rechterlijke vrijheid

3.3.2 Deze klacht faalt. Art. 7:683 lid 3 BW bepaalt dat de rechter de werkgever kan veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen of aan de werknemer een billijke vergoeding kan toekennen. Volgens de wettekst bestaat dus geen verplichting voor de rechter op dit punt. Ook in de toelichting op de bepaling – die is weergegeven in 3.9 van de conclusie van de Advocaat-Generaal – wordt in dit verband veelal gesproken in termen van ‘kunnen’ en ‘mogelijkheden’; van een verplichting wordt niet gerept. De toelichting bevat geen duidelijke aanwijzingen dat die verplichting desalniettemin wel is beoogd. Er zijn dan ook onvoldoende aanknopingspunten om, zoals het onderdeel inhoudt, het bestaan van die verplichting aan te nemen.

3.3.3 In het licht van het voorgaande moet art. 7:683 lid 3 BW aldus worden uitgelegd dat de appelrechter die tot het oordeel komt dat de arbeidsovereenkomst in eerste aanleg ten onrechte is ontbonden en dat herstel van de arbeidsovereenkomst niet is aangewezen, moet beslissen of aan de werknemer een billijke vergoeding moet worden toegekend en, zo ja, tot welk bedrag. Daarmee heeft de rechter dus ook de bevoegdheid om in voorkomend geval geen billijke vergoeding toe te kennen. De rechter dient in de motivering van zijn oordeel inzicht te geven in de omstandigheden die tot de beslissing over (de hoogte van) de vergoeding hebben geleid

NEW HAIRSTYLE

Hof Arnhem-Leeuwarden:

- billijke vergoeding ex art. 7:681 BW: gevolgen, leeftijd en lengte dienstverband spelen geen rol, want forfaitair verdisconteerd in transitievergoeding
- punitief en preventief karakter
- Vergoeding EUR 4000,- bruto als tik op de vingers

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

HR: bij de beoordeling van de billijke vergoeding ex art. 7:681 BW gaat het erom wat billijk is met het oog op de werknemer, gelet op ernstig verwijtbaar gedrag, hoogte bepaald door alle uitzonderlijke omstandigheden van het geval.

Rechter moet de omstandigheden in zijn motivering tot uitdrukking brengen (geen dikke duim benadering, of vaste formules, maar onderbouwd maatwerk)

Gevolgen kunnen geen reden meer zijn voor billijke vergoeding, maar voor zover gevolgen zijn toe te rekenen aan ernstig verwijtbaar gedrag kunnen die gevolgen ten volle worden meegenomen, evenals lengte dienstverband, leeftijd, etc.

Maatwerk in plaats van hard and fast rules, groot aantal gezichtspunten geformuleerd.

- was terugkeer mogelijk?
- wat zijn de kansen op ander werk / schadebeperking?
- begroting schadecomponenten conform boek 6 BW

HR 8 juni 2018: ECLI:NL:HR:2018:878 (Zinzia)

Art. 7:671c BW: ontbinding op verzoek werknemer; billijke vergoeding als ontbindingsgrond is ontstaan door ernstig verwijtbaar gedrag werkgever.

Dus: geen ingebakken ernstige verwijtbaarheid, maar expliciete ernstige verwijtbaarheidstoets

Gezichtspunten-catalogus New Hairstyle van overeenkomstige toepassing.

Opnieuw dus:.... maatwerk

HR 8 juni 2018, JAR 2018/168 (Van der Wekke)

Billijke vergoeding 7:683 lid 3 BW

New Hairstyle van overeenkomstige toepassing

Rechterlijke vrijheid & rechterlijk maatwerk

X/Dräger – ontslag op staande voet en tv; ECLI:NL:PHR:2018:46

- Feiten
- Subsidiair: TV-verzocht (voor geval oosv terecht is)
- Hof Den Haag; oosv terecht, geen woord over TV
- Werknemer in cassatie: TV en rechtsgeldig oosv kunnen samengaan

Argumenten pro samenloop

- OOSV is opzegging, dus in beginsel aanspraak op grond van 7:673 lid 1 sub a onder 1
- 7:673 lid 7 BW: aanspraak vervalt bij ernstige verwijtbaarheid; niet bij dringende reden
- Dringende reden = ernstig verwijtbaar?
- Van D/Nutricia - NJ 2001, 409

Maar.... MvT:

"De mogelijkheid tot verhoging van de vergoeding aan de werkgever ten laste van de werknemer bij een ontslag op staande voet ontbreekt. Dit wordt verklaard door het feit dat ook in het geval van een normale opzegging die (al dan niet ernstig) aan de werknemer is te verwijten, de werknemer geen vergoeding verschuldigd is aan de werkgever. **Wel vervalt bij ernstige verwijtbaarheid van de werknemer – en dus ook bij een ontslag op staande voet – de aanspraak van deze werknemer op de transitievergoeding .”**

Nota nav verslag

Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 7, p. 131:

“Wat betreft de vraag over een dringende reden in combinatie met geen verwijtbaarheid van de werknemer en het wel/niet verschuldigd zijn van de transitievergoeding, luidt het antwoord dat in die situatie uiteraard een transitievergoeding verschuldigd is.”

HR: 1 + 1 = 2

4.3.5 Uit de tekst van de wet volgt niet dat geen transitievergoeding verschuldigd kan zijn bij het bestaan van een dringende reden voor onverwijld ontslag. Ook uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Wwz blijkt niet dat de wetgever een transitievergoeding bij ontslag op staande voet heeft willen uitsluiten. In de memorie van toelichting valt weliswaar te lezen: “Wel vervalt bij ernstige verwijtbaarheid van de werknemer – en dus ook bij een ontslag op staande voet – de aanspraak van deze werknemer op de transitievergoeding.” (Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 50). Die passage berust evenwel klaarblijkelijk op de veronderstelling dat ontslag op staande voet altijd gepaard gaat met ernstige verwijtbaarheid. Die veronderstelling is echter, zoals blijkt uit het later bij de parlementaire behandeling opgemerkte, niet juist (zie hiervoor in 4.3.4). Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Wwz als geheel gelezen, kan worden afgeleid dat de wetgever de verschuldigdheid van een transitievergoeding heeft willen laten afhangen van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werknemer, en dat de wetgever – indien ernstige verwijtbaarheid ontbreekt – ook bij een rechtsgeldig ontslag op staande voet toekenning van een transitievergoeding mogelijk heeft geacht. Dit blijkt in het bijzonder uit de Nota naar aanleiding van het verslag (Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 7), waarin op p. 131 het volgende is vermeld: “Wat betreft de vraag over een dringende reden in combinatie met geen verwijtbaarheid van de werknemer en het wel/niet verschuldigd zijn van de transitievergoeding, luidt het antwoord dat in die situatie uiteraard een transitievergoeding verschuldigd is.”

Bij oosv *meer* maatwerk mogelijk juist *door* hard en fast rules!

4.3.6 Uit het voorgaande volgt dat niet is uitgesloten dat een werknemer die rechtsgeldig op staande voet is ontslagen, recht heeft op een transitievergoeding.

De rechter zal daarom, indien hij van oordeel is dat sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet, de aanspraak van de werknemer op een transitievergoeding afzonderlijk moeten beoordelen. De klachten van onderdeel 4 zijn dan ook terecht voorgesteld.

Voorheen bij oosv twee smaken: (i) terecht oosv zonder enige vergoeding en (ii) vernietigbaar oosv met vergoeding (of loonclaim), nu: additionele derde weg: terecht oosv met TV

Hier gebruikt HR rigide wettelijke kader juist voor verzachting van harde regels uit het verleden, om meer nuance in het oosv te brengen

Nog een voorbeeld: Mediant

- Voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz?
- Veel vragen in de literatuur...
- Een wetsgeschiedenis die nietszeggend was.
- De letter van de wet verbiedt het niet, dus.... het kan (voor zover de systematiek van de wet het enigszins toelaat)
- Te weten: voor het geval de kantonrechter heel lang doet over de bodemzaak
- Wederom: een poging om rechterlijk maatwerk voor hard cases mogelijk te maken, scherpe randjes van het systeem te vijlen.

HR 13 juli 2018, JAR 2018/203 (fantasia)

- Loondoorbetaling na vernietiging door kantonrechter en beëindiging door het Hof
- Hof: geen aanspraak op loon, want oorzaak in risicosfeer van werknemer op grond van 7:628 BW
- Cassatiemiddel: onjuist, want
 - * vernietigbaar ontslag is oorzaak voor niet verrichten arbeid in risicosfeer van werkgever
 - * schorsing ook (Vd Gulik/Vissers)
- Ongerijmd resultaat volgens de Hoge Raad, verdraagt zich niet met eisen oosv
- Onevenwichtigheid in het systeem: als Hof ongunstig resultaat in prima ten voordele van werknemer overruled wel herstel met terugwerkende kracht, waarom dan niet in omgekeerde geval ook?
- Dus: HR: in geval van rechtsgeldig ontslag valt loonaanspraak in beginsel in risicosfeer van werknemer, maar: **omstandigheden van het geval** kunnen anders meebrengen.

HR 25 januari 2019, JAR JAR 2019/57 (Amsta)

- Uit de tekst van de wettelijke bepalingen over herstel van een arbeidsovereenkomst (zie art. 7:682 BW en art. 7:683 BW) volgt dat de rechter de werkgever veroordeelt om de arbeidsovereenkomst te herstellen. Blijkens de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.22-3.25 weergegeven passages uit de parlementaire geschiedenis van de Wwz, is dit overeenkomstig de bedoeling van de wetgever. Uit de parlementaire geschiedenis van de Wwz blijkt echter niet **waarom** de mogelijkheid van herstel door de rechter uitgesloten zou moeten worden. Herstel door de rechter heeft in elk geval als voordeel dat direct in de procedure, en onder rechterlijk toezicht, komt vast te staan in welke vorm en met ingang van welk tijdstip de arbeidsovereenkomst is of wordt hersteld. Daarmee kan tevens worden gewaarborgd dat het herstel aansluit bij de door de rechter getroffen voorzieningen. Mede gelet op het algemeen geldende art. 3:300 BW moet dan ook worden geoordeeld dat het stelsel van de Wwz zich niet ertegen verzet dat de rechter zelf de arbeidsovereenkomst herstelt indien hierom is verzocht. Ook de aard van de te verrichten rechtshandeling verzet zich hiertegen niet. Indien in het dictum van een uitspraak de arbeidsovereenkomst wordt hersteld, wordt daardoor met ingang van de hersteldatum een arbeidsovereenkomst van kracht waarvan – **tenzij de rechter anders bepaalt** – de inhoud gelijk is aan die van de opgezegde of ontbonden arbeidsovereenkomst.

De overtreffende trap van KOLOM: HR 14 September 2018, JAR 2018/257

- Partiële beëindiging met partiële transitievergoeding?
- De Hoge Raad gaat "los"
- Los van de hard and fast rules – door partiële transitievergoeding (zonder wettelijke grondslag) te accepteren ongeacht de wijze van beëindiging (ook wederzijds goedvinden)
- Omdat "geen rechtvaardiging is te geven" voor partieel verlies aanspraken bij partiële beëindiging.
- Ultiem voorbeeld van suum cuique!