

JAR 2018/275, Hoge Raad, 05-10-2018, ECLI:NL:HR:2018:1845,  
 ECLI:NL:PHR:2018:698, 17/04833 (annotatie)

Instantie: Hoge Raad
Datum uitspraak: 05-10-2018, 08-06-2018
Publicatie: JAR 2018/275 (Sdu Jurisprudentie Arbeidsrecht), aflevering 15, 2018
Annotator: mr. H.H.M.A. Foesenek
ECLI: <a href="#">ECLI:NL:HR:2018:1845</a> , <a href="#">ECLI:NL:PHR:2018:698</a>
Zaaknummer: 17/04833, 17/04833
Overige publicaties: <a href="#">ECLI:NL:HR:2018:1845</a> AR-Updates.nl 2018-1145 PS-Updates.nl 2018-0811 NJB 2018/1888 NJ 2018/401 RvdW 2018/1093 <a href="#">ECLI:NL:PHR:2018:698</a>
Rechtsgebied: Arbeidsrecht
Rechters: mr. Numann mr. Du Perron mr. Kroeze mr. Sieburgh mr. Wattendorff
Partijen: Stichting Katholieke Scholengroep voor Voortgezet Onderwijs (...) te (...), verzoekster tot cassatie, advocaat: mr. N.T. Dempsey, tegen de werknemer te (...), verweerder in cassatie, advocaat: mr. S.F. Sagel. Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als de Stichting en de werknemer.
Regelgeving: <a href="#">BW Boek 6 - 2 lid 2</a> <a href="#">BW Boek 6 - 248 lid 2</a> <a href="#">BW Boek 7 - 673</a>

#### Inhoudsindicatie

Toekenning volledige transitievergoeding aan bijna AOW-gerechtigde arbeidsongeschikte werknemer niet  
 onaanvaardbaar

Ga direct naar

[Samenvatting](#)

[Uitspraak](#)

Beslissing/besluitNoot

## Samenvatting

De werkgever heeft de arbeidsovereenkomst van de werknemer – geboren in 1952, in dienst sinds 1978 – opgezegd tegen 23 augustus 2016 wegens langdurige arbeidsongeschiktheid. Aan de werknemer is per 10 juni 2014 een IVA-uitkering toegekend. De werknemer heeft aanspraak gemaakt op de transitievergoeding ad € 73.541,42 bruto. Zijn inkomensverlies tot aan de pensioendatum zal ongeveer € 6.000,= bedragen. De kantonrechter heeft een bedrag van € 25.000,= toegekend, omdat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn om hem een volledige transitievergoeding toe te kennen, nu hij bijna AOW-gerechtigd is. In hoger beroep heeft het hof deze beschikking vernietigd. Het hof heeft daartoe overwogen dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om ook werknemers die een IVA-uitkering krijgen recht te geven op de transitievergoeding en om uit te gaan van een forfaitaire vergoeding, die ook verschuldigd is als er geen of een beperkt inkomensverlies is. De werkgever stelt cassatie in tegen deze beschikking. De A-G concludeert tot verwerping van het cassatieberoep.

De Hoge Raad volgt de conclusie van de A-G. Bij de beoordeling of toepassing van een wettelijke regel in een bepaald geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:2 lid 2 BW of art. 6:248 lid 2 BW), moet de rechter terughoudendheid betrachten, temeer indien het gaat om een regel van dwingend recht, zoals die van art. 7:673 BW. De wetgever heeft gekozen voor een stelsel waarin geen rekening wordt gehouden met andere dan de in art. 7:673-7:673d BW vermelde omstandigheden. Daarbij heeft de wetgever onder ogen gezien dat de wettelijke regeling ertoe kan leiden dat een werknemer die kort voor het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd wordt ontslagen, recht heeft op een transitievergoeding die hoger is dan het loon dat hij zou hebben ontvangen wanneer hij in dienst zou zijn gebleven. Het hof heeft niet geoordeeld dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in gevallen als dit geheel is uitgesloten. Het heeft zwaar laten wegen dat de wetgever de door de werkgever bepleite uitzondering klaarblijkelijk niet heeft gewenst, maar heeft ook de andere relevante omstandigheden van het geval in zijn oordeel betrokken. Het oordeel van het hof geeft aldus geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

NB. Zie «JAR» [2017/176](#) voor de uitspraak van de kantonrechter en «JAR» [2017/218](#) voor de uitspraak van het hof. De beschikking van de Hoge Raad zal er waarschijnlijk toe leiden dat werkgevers terughoudend zullen worden met het beëindigen van dienstverbanden kort voor de pensioengerechtigde leeftijd. Gaat het om arbeidsongeschikte werknemers, dan kan dit vanaf april 2010 anders liggen, omdat werkgevers dan compensatie zullen kunnen aanvragen voor de transitievergoeding.

## Uitspraak

*Conclusie Advocaat-Generaal*

(mr. De Bock)

*1. Feiten*

In deze zaak kan worden uitgegaan van de volgende feiten, grotendeels ontleend aan de beschikking van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 13 juli 2017.<sup>1</sup>

1.1. De werknemer is geboren in 1952. Op 1 augustus 1978 is hij als leraar in dienst getreden van (de rechtsvoorgangster) van de Stichting Katholieke Scholengroep voor Voortgezet Onderwijs (...) (verder: de School). De werknemer was werkzaam als docent Frans. Op de werknemer was de CAO Voortgezet Onderwijs (verder: de CAO-VO) van toepassing.

1.2. Van 14 november 2011 tot 11 november 2013 was de werknemer ziek. Vanaf 11 november 2013 is hem een WGA-uitkering (Werkhervatting Gedeeltelijke Arbeidsongeschikten) toegekend voor 36,64%. Bij akte van benoeming van 11 november 2013 is hij voor de resterende verdien capaciteit van 0,6336 van zijn oorspronkelijke arbeidsduur in dezelfde functie herplaatst.

1.3. Met ingang van 10 juni 2014 heeft de werknemer zich opnieuw ziek gemeld. Na herkeuring in april 2015 is hij met ingang van 10 juni 2014 volledig arbeidsongeschikt verklaard en is hem met terugwerkende kracht vanaf die datum een IVA-uitkering toegekend (Inkomensvoorziening Volledig Arbeidsongeschikten). De School ontving de door het UWV aan de werknemer toegekende IVA-uitkering en heeft het volledige salaris aan de werknemer doorbetaald.<sup>2</sup>

1.4. Op 17 mei 2016 heeft de School een ontslagvergunning voor de werknemer aangevraagd bij het UWV wegens duurzame arbeidsongeschiktheid. Bij beslissing van 25 mei 2016 heeft het UWV deze toestemming verleend. Bij brief van 31 mei 2016 heeft de School de arbeidsovereenkomst met de werknemer opgezegd tegen 23 augustus 2016.

1.5. Bij brief van 3 oktober 2016 heeft de gemachtigde van de werknemer de School verzocht om betaling van de transitievergoeding van

€ 73.541,42.<sup>3</sup> Tevens stelt de gemachtigde dat is opgezegd in strijd met het opzegverbod tijdens ziekte, omdat de werknemer op 31 mei 2016 nog geen twee jaar arbeidsongeschikt was. Aangezien de opzegtermijn drie maanden bedraagt en de opzegging op grond van art. 7:672 lid 1 BW dient te geschieden tegen het einde van de maand, kon op zijn vroegst met ingang van 1 oktober 2016 worden opgezegd. De werknemer maakt aanspraak op een vergoeding wegens onregelmatige opzegging, bestaande uit het loon over de periode van 23 augustus 2016 tot 1 oktober 2016, dat is een bedrag van € 4.029,67.

1.6. Bij brief van 12 oktober 2016 heeft de School geantwoord dat de werknemer niet voor een transitievergoeding in aanmerking komt, omdat art. 4.2 lid 2 van de CAO-VO een "gelijkwaardige voorziening" bevat zoals bedoeld in art. 7:673b BW.<sup>4</sup> Voorts heeft de school aangeboden om de opzegging om te zetten in een "slappend dienstverband".<sup>5</sup> de werknemer is niet op dit aanbod ingegaan.

1.7. Op 30 april 2018 heeft de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt, dat is 19 maanden na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Met ingang van die datum is hij tevens pensioengerechtigd.<sup>6</sup>

## 2. Procesverloop

2.1. De werknemer heeft in eerste aanleg verzocht hem een transitievergoeding toe te kennen van

€ 73.541,42 bruto, te vermeerderen met de wettelijke rente. Daarnaast heeft hij verzocht om een vergoeding wegens onregelmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst (art. 7:672 lid 9 BW) en om toekenning van een billijke vergoeding op grond van art. 7:681 lid 1, onder b, BW wegens opzegging in strijd met het opzegverbod tijdens ziekte.

2.2. De School heeft verweer gevoerd en onder meer aangevoerd dat de transitievergoeding niet verschuldigd is, omdat de CAO-VO een gelijkwaardige voorziening bevat. Tevens wijst de School erop dat zij van het ministerie van OCW geen compensatie ontvangt voor de betaling van de transitievergoeding.

2.3. De kantonrechter in de rechtbank Oost-Brabant, locatie Eindhoven, heeft bij beschikking van 13 december 2016 geoordeeld dat de school op grond van art. 7:673 BW wel een transitievergoeding verschuldigd is. De kantonrechter overweegt daarbij dat de doelstelling van de transitievergoeding niet alleen het compenseren is van de gevolgen van het ontslag maar ook het vergemakkelijken van de transitie naar een andere baan (rov. 5.1). Nu echter in redelijkheid mag worden aangenomen dat de werknemer, gezien zijn leeftijd, voordat hij AOW-gerechtigd wordt niet meer een andere baan zal krijgen, is zijn situatie – voor wat betreft de transitie naar een andere baan – vrijwel gelijk aan die van de werknemer die wordt ontslagen wegens het bereiken van de AOW-leeftijd en die geen transitievergoeding ontvangt (rov. 5.2 en 5.3). Op grond daarvan is de kantonrechter van oordeel dat toekenning van de volledige transitievergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is en matigt hij deze tot een bedrag van € 25.000,=<sup>7</sup> Tevens veroordeelt de kantonrechter de School tot betaling van € 3.916,49 bruto ter zake van de onregelmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De verzochte billijke vergoeding op grond van art. 7:681 BW is afgewezen.

2.4. De werknemer heeft tegen deze beschikking hoger beroep ingesteld en zich, voor zover in cassatie nog van belang, op het standpunt gesteld dat hij recht heeft op de volledige transitievergoeding. Volgens hem heeft de rechter niet de bevoegdheid deze op grond van de omstandigheden van het geval te matigen, behoudens indien toekenning van de transitievergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Dat doet zich hier niet voor.

2.5. Volgens de School bestaat er in dit geval aanleiding om de transitievergoeding te matigen, omdat er een wanverhouding bestaat tussen de hoogte van de verschuldigde transitievergoeding en de schade die de werknemer door het ontslag lijdt. Die schade bedraagt volgens de school slechts € 6.000,=. Indien de werknemer tot de AOW-gerechtigde leeftijd zou hebben gewerkt, zou hij € 46.000,= aan salaris hebben ontvangen.<sup>9</sup> Verder wijst de school erop dat de werknemer gedurende zijn arbeidsongeschiktheid suppletie tot 100% van zijn salaris heeft ontvangen.

2.6. Bij beschikking van 13 juli 2017 heeft het hof de beschikking van de kantonrechter vernietigd.<sup>9</sup> Het hof overweegt dat de werknemer aanspraak heeft op de volledige transitievergoeding omdat er geen grond is, ook niet als alle door de School aangevoerde feiten en omstandigheden in samenhang worden beschouwd, om toekenning van de volledige transitievergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te achten en de vergoeding op die grond te matigen (rov. 3.5.4). Het hof veroordeelt de School dan ook tot betaling aan de werknemer van de transitievergoeding van € 73.514,42, vermeerderd met wettelijke rente vanaf 23 augustus 2016.

2.7. De School heeft tegen de beschikking cassatieberoep ingesteld. De werknemer heeft een verweerschrift ingediend.

### 3. *Het juridische kader*

3.1. Het gaat in deze zaak om de vraag of het hof terecht heeft beslist dat geen grond bestaat voor het oordeel dat toekenning van de volledige transitievergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. In het *eerste onderdeel* wordt geklaagd dat het hof is uitgegaan van een te beperkt toepassingsbereik van art. 6:248 lid 2 BW dan wel van art. 6:2 lid 2 BW. Het *tweede onderdeel* bevat een motiveringsklacht. Voordat de klachten nader worden besproken, schets ik eerst het juridische kader.

#### *De derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid*

3.2. Volgens art. 6:2 lid 2 BW is een tussen partijen krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Dit wordt de beperkende of derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid genoemd, omdat de redelijkheid en billijkheid de rechtsgevolgen van wet, gewoonte of rechtshandeling beperken. Via de schakelbepaling van art. 6:216 BW is dit artikel tevens van toepassing op alle meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen. Specifiek voor overeenkomsten bevat art. 6:248 lid 2 BW eenzelfde bepaling: een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

3.3. Uit de tekst van art. 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW volgt dat de rechter terughoudend moet zijn met de toepassing ervan. De toepassing van de regel moet immers naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* zijn. Dat betekent dat het er niet om gaat of de bepaling in strijd is met de redelijkheid en billijkheid of dat een bepaald gevolg "niet redelijk" is; er moet sprake zijn van onaanvaardbare gevolgen.<sup>10</sup> Uit de term "onaanvaardbaar" kan bovendien worden afgeleid dat de gevolgen objectief gezien onaanvaardbaar moeten zijn, in die zin dat "geen redelijk mens er anders over kan denken".<sup>11</sup>

3.4. De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan ook een wettelijke bepaling corrigeren. In de parlementaire geschiedenis NBW is daarover het volgende te lezen:<sup>12</sup>

"De commissie zegt nog steeds moeite te hebben met het aanvaarden van de mogelijkheid dat dwingend recht, bijvoorbeeld het arbeidsrecht, opzijgezet wordt door redelijkheid en billijkheid. (...)

De regeringscommissaris antwoordt dat in het gegeven voorbeeld van het arbeidsrecht een grote terughoudendheid past. Dit is begrijpelijk: het gaat hier om een terrein dat de voortdurende aandacht van de wetgever heeft, en het arbeidsrecht is het resultaat van een maatschappelijke afweging. Naarmate de redelijkheid en billijkheid geacht kunnen worden in de regeling te zijn verdisconteerd, zal men terughoudender moeten zijn; in zeer extreme omstandigheden zal echter wel een beroep op de redelijkheid en billijkheid gedaan kunnen worden, waarbij te denken valt aan gevallen van rechtsverwerking.”

In lijn met de hier verwoorde gedachte heeft de Hoge Raad verschillende malen geoordeeld dat afwijking van een dwingende wetsbepaling omdat de toepassing daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, weliswaar mogelijk is, maar dat hieraan wel zware eisen gesteld moeten worden.<sup>13</sup> Reeds in het algemeen moet de rechter terughoudend zijn bij de toepassing van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid, maar als het gaat om afwijking van een regel van dwingend recht, bestaat voor honorering van een zodanig beroep nog minder ruimte.<sup>14</sup> Verder moet de motivering van een dergelijk oordeel aan hoge eisen voldoen.<sup>15</sup>

3.5. Bij de beantwoording van de vraag of het beroep op een bepaalde regel onaanvaardbaar is, moet de aard van de regel worden meegewogen, schrijven Hartkamp & Sieburgh.<sup>16</sup> Daarbij is ook de aard van het door de wetsbepaling beschermde belang van belang.<sup>17</sup> Uit de aangehaalde passage uit de wetsgeschiedenis is verder af te leiden dat hoe meer in de regel al een (belangen)afweging besloten ligt, des te minder aanleiding is er voor afwijking van die regel op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

3.6. Uit het voorgaande volgt dat het op zichzelf mogelijk is dat de wettelijke bepalingen over de transitievergoeding buiten toepassing kunnen worden gelaten omdat een beroep op die bepalingen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De rechter zal daarbij echter een terughoudendheid moeten betrachten die nog groter is dan de terughoudendheid die in het algemeen al geldt voor de beoordeling van het beroep op de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid. Verder zal mede acht moeten worden geslagen op de aard van de betreffende bepalingen. Mede daarom zal ik kort ingaan op de aard van de transitievergoeding en de plaats die de transitievergoeding heeft in het nieuwe ontslagrecht.

#### *De transitievergoeding*

3.7. Art. 7:673 lid 1 BW bepaalt dat indien de werkgever een arbeidsovereenkomst beëindigt van een werknemer van wie de arbeidsovereenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd, de transitievergoeding verschuldigd is. Het verschuldigd zijn van de transitievergoeding geeft invulling aan de zorgplicht die de werkgever heeft ten opzichte van de werknemer die wordt ontslagen of waarvan het contract niet wordt verlengd.<sup>18</sup> Uit lid 1, onder a, van art. 7:673 BW volgt dat de transitievergoeding verschuldigd is in alle gevallen waarin de arbeidsovereenkomst *op initiatief van de werkgever* eindigt. In het geval de arbeidsovereenkomst *op initiatief van de werknemer* eindigt kan een transitievergoeding verschuldigd zijn indien de werkgever *ernstig verwijtbaar* heeft gehandeld, zo volgt uit art. 7:673 lid 1, onder b, BW.

3.8. De wijze waarop de hoogte van de transitievergoeding moet worden berekend, is wettelijk vastgelegd (art. 7:673 lid 2-6 BW). Bovendien is de transitievergoeding in de wet gemaximeerd (art. 7:673 lid 2 BW). Met de invoering van de transitievergoeding is het voor de ontbindingsvergoeding onder het oude ontslagrecht geldende “gevolgencriterium” komen te vervallen. De gevolgen van het ontslag worden geacht te zijn gecompenseerd in de transitievergoeding.<sup>19</sup> Door in de wet neer te leggen in welke gevallen aanspraak bestaat op een transitievergoeding en hoe deze moet worden berekend, is beoogd om een inzichtelijk en eenduidig systeem te creëren. Volgens de regering worden de rechtsgelijkheid en de rechtszekerheid hierdoor bevorderd en geeft het partijen duidelijke handvatten voor het kunnen beëindigen van de arbeidsverhouding met wederzijds goedvinden.<sup>20</sup> De invoering van de transitievergoeding, berekend volgens een in de wet neergelegd systeem, is daarmee te zien als een bewuste keuze van de wetgever voor meer voorspelbaarheid van de ontslagvergoeding.<sup>21</sup> Er is immers geen rechterlijke beoordelingsruimte, zoals die bestond onder het oude ontslagrecht.

3.9. Voor wat betreft de hoogte van de transitievergoeding en de maximering daarvan<sup>22</sup> is op te merken dat beoogd is dat de transitievergoeding voor lagere werkgeverskosten zorgt dan de oude ontslagvergoeding.<sup>23</sup> Dat de transitievergoeding voor de werknemer lager uitpakt dan de oude ontslagvergoeding, blijkt ook uit de hierna

(onder 3.16) opgenomen grafieken. Het verlagen van ontslagvergoedingen is dus eveneens een bewuste keuze van de wetgever. De gedachte was dat door het verlagen van de ontslagkosten voor de werkgever, het aangaan van vaste contracten wordt bevorderd en de verschillen tussen vaste en tijdelijke werknemers worden verkleind. Bovendien zou de mobiliteit van met name oudere werknemers hierdoor worden vergroot.<sup>24</sup> Om die reden is de leeftijd van de werknemer, anders dan onder het oude ontslagrecht, geen factor meer die van invloed is op de hoogte van de transitievergoeding.<sup>25</sup>

“Een ontslagvergoeding waarvan de hoogte mede afhankelijk is van leeftijd verdraagt zich niet met het streven de arbeidsmarktpositie van ouderen te normaliseren.”

De in de Wvz gemaakte keuze voor een vaste en gemaximeerde transitievergoeding en de daarmee beoogde doelen, vloeit rechtstreeks voort uit het Sociaal Akkoord van april 2013.<sup>26</sup> Dit vormde, zoals bekend, de basis voor de hoofdlijnen van de Wvz.<sup>27</sup> In lijn met het Sociaal Akkoord is de regeling van de transitievergoeding in enkele opzichten gemitigeerd. Zo is ten gunste van werknemers met een dienstverband van tien jaar of langer, die op 1 januari 2015 50 jaar of ouder waren, een overgangsregeling ingesteld (art. 7:673a BW). Verder is ten gunste van kleine werkgevers een hardheidsclausule (art. 7:673c lid 2 BW) en een overgangsregeling opgenomen (art. 7:673d BW). Ten slotte is, eveneens in lijn met het Sociaal Akkoord, bepaald dat de transitievergoeding niet is verschuldigd indien in een collectieve arbeidsovereenkomst of regeling een “gelijkwaardige voorziening” is opgenomen (art. 7:673b BW).

3.10. In art. 7:673 lid 7 BW wordt een limitatieve opsomming gegeven van de uitzonderingen op de verschuldigheid van de transitievergoeding. De transitievergoeding is niet verschuldigd in het geval:

- a. de werknemer minderjarig is;
- b. de werknemer aansluitend de pensioengerechtigde leeftijd bereikt; dat met deze uitzondering geen ongeoorloofd onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt is door de Hoge Raad inmiddels in antwoord op prejudiciële vragen beslist;<sup>28</sup>
- c. het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst een gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.

Op de onder c genoemde uitzondering, geen transitievergoeding bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, wordt vervolgens een uitzondering gemaakt in lid 8 van art. 7:673 BW. Dat bepaalt dat de kantonrechter in afwijking van lid 7 onderdeel c, de transitievergoeding geheel of gedeeltelijk kan toekennen *indien het niet toekennen daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is*. De uitzondering van lid 8 is in de arbeidsrechtelijke literatuur aangeduid als “het luizengaatje”. Daarmee wordt bedoeld dat sprake is van een nog beperktere uitzondering dan bij het “muizengaatje” van de billijke vergoeding.<sup>29</sup> Als voorbeeld van een geval waarin toepassing van de hardheidsclausule op zijn plaats is, is in de memorie van toelichting genoemd het geval dat de werknemer een relatief kleine misstap heeft begaan na een langdurig dienstverband.<sup>30</sup> De toets dat het niet toekennen van de transitievergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, komt overeen met de maatstaf van art. 6:2 lid 2 BW en 6:248 lid 2 BW. Daarmee ligt het in de rede dat, net als bij de toepassing van deze artikelen, de rechter terughoudend zal moeten zijn bij de toepassing van art. 7:673 lid 8 BW.<sup>31</sup>

3.11. In de memorie van toelichting bij de Wvz is vermeld 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 de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken.<sup>32</sup> Dit tweeledige doel geeft de transitievergoeding volgens de regering een eigen, hybride karakter.<sup>33</sup> De vergoeding kan, maar hoeft niet, te worden gebruikt voor scholing of begeleiding naar ander werk.<sup>34</sup> De transitievergoeding is ook verschuldigd indien de werknemer reeds een andere baan heeft gevonden.<sup>35</sup>

“In reactie op de vragen van de leden van de D66-fractie merkt de regering op dat de transitievergoeding niet beschouwd dient te worden als een aanvullende inkomensvoorziening bij werkloosheid. Dit blijkt enkel al uit het feit dat de transitievergoeding verschuldigd is door de werkgever ongeacht het antwoord op de vraag of de

werknemer na het eindigen van de arbeidsovereenkomst aansluitend werkloos is of aansluitend een andere arbeidsovereenkomst aan gaat. In beide genoemde situaties is de werkgever de transitievergoeding verschuldigd.”

De verschuldigdheid van de transitievergoeding staat daarmee los van de vraag of de werknemer daadwerkelijk schade heeft ondervonden door het ontslag. Het gevolg daarvan is dat ook een werknemer die geen enkele schade lijdt omdat hij aansluitend een nieuwe baan heeft gevonden, een volledige transitievergoeding ontvangt. Dit is de consequentie van het systeem van het nieuwe ontslagrecht, waarin het recht op een transitievergoeding gekoppeld is aan vaste regels en niet aan de individuele omstandigheden van de werknemer. Het past bovendien bij de bedoeling van de wetgever om een inzichtelijk en eenduidig systeem te bieden, waarin partijen duidelijke handvatten worden geboden voor het beëindigen van de arbeidsovereenkomst buiten de rechter om (dejuridiseren). In zo'n systeem is – als het gaat om de transitievergoeding – weinig tot geen ruimte voor maatwerk.<sup>36</sup> Ook dit berust op een keuze die is te herleiden tot het Sociaal Akkoord: beoogd is een systeem te ontwerpen met een grotere voorspelbaarheid, waarin het beroep op de rechter (met bijbehorende kosten) wordt geminimaliseerd.<sup>37</sup>

3.12. Ook een werknemer waarvan de arbeidsovereenkomst op grond van gedurende 24 maanden onafgebroken arbeidsongeschiktheid wordt opgezegd (art. 7:669 lid 3 onder b, BW), heeft recht op de transitievergoeding, ook al komt deze werknemer voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering in aanmerking. Door de Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN) is tijdens de parlementaire behandeling van de Wvz gevraagd naar de redenen hiervan, mede gelet op het feit dat een pensioengerechtigde werknemer géén aanspraak heeft op een transitievergoeding (art. 7:673 lid 7 onder b, BW).<sup>38</sup> De regering heeft daarop het volgende geantwoord:<sup>39</sup>

“De VAAN vraagt wat de rechtvaardiging is voor de standaard toekenning van een transitievergoeding in de situatie waarin een werknemer na twee jaar (volledig) arbeidsongeschikt te zijn geweest een uitkering op grond van de Regeling inkomensvoorziening volledige en duurzaam arbeidsongeschikten (IVA) ontvangt.

Gelet op het doel van de transitievergoeding, dat tweeledig is (compensatie voor ontslag en bevordering transitie van-werk-naar-werk) bestaat geen rechtvaardiging om onderscheid te maken tussen arbeidsongeschikte werknemers (met een IVA-uitkering) en andere werknemers.

De VAAN vraagt waarom een pensioengerechtigde werknemer geen recht heeft op een transitievergoeding ook al wenst hij langer door te werken en hij mogelijk nog vaak zal transigeren, terwijl een IVA-gerechtigde werknemer wel recht heeft op een transitievergoeding (terwijl hij volgens de VAAN geen schade lijdt, noch zal transigeren).

De regering is van mening 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. Dit sluit ook aan bij het feit dat werknemers vanwege het bereiken van de leeftijd waarop zij een AOW-uitkering ontvangen in beginsel niet langer aangewezen zijn op het verrichten van arbeid voor het voorzien in hun inkomen. Deze rechtvaardigingsgronden voor het niet verschuldigd zijn van een transitievergoeding bij ontslag in verband met of na het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd doen geen opgeld bij werknemers met een IVA-uitkering. Er bestaat geen rechtvaardiging om deze laatste groep werknemers anders te behandelen op grond van het enkele feit dat zij arbeidsongeschikt zijn en een IVA-uitkering ontvangen, mede gelet op het tweeledige doel van de transitievergoeding. De regering merkt hierbij nog op dat de mogelijkheid tot het optreden van verbetering van de arbeidsongeschiktheidssituatie van een IVA-uitkeringsgerechtigde niet geheel uitgesloten is.”

3.13. Dus ondanks het feit dat een langdurig arbeidsongeschikte werknemer in veel gevallen niet naar een andere baan zal zoeken, heeft hij bij opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens arbeidsongeschiktheid toch recht op de transitievergoeding. De reden daarvoor is dat de transitievergoeding niet alleen tot doel heeft om de werknemer in staat te stellen de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken, maar ook strekt ter compensatie voor het ontslag. Dat (en: of) de werknemer een arbeidsongeschiktheidsuitkering ontvangt, maakt dit niet anders; de transitievergoeding is immers niet te beschouwen als een aanvullende inkomstenvoorziening (zie onder 3.11).

3.14. De wet maakt daarbij geen onderscheid tussen de werknemer die de AOW-gerechtigde leeftijd nadert en de werknemer voor wie dat nog niet het geval is. Dit heeft tot gevolg dat de werknemer van wie de arbeidsovereenkomst kort voor de AOW-gerechtigde leeftijd wordt beëindigd, voor de volledige transitievergoeding

in aanmerking komt, terwijl deze werknemer géén transitievergoeding zou hebben ontvangen als de arbeidsovereenkomst in verband met het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd zou zijn beëindigd (art. 7:673 lid 7 onder b, BW, zie onder 3.10).

3.15. In het tot 1 juli 2015 geldende ontslagrecht kon door de kantonrechter in geval van ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:685 BW (oud) een ontbindingsvergoeding worden toegekend. De hoogte hiervan werd doorgaans berekend aan de hand van de zogenoemde kantonrechtersformule.<sup>40</sup> Volgens de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters kon bij het vaststelling van de hoogte van de vergoeding ook rekening worden gehouden met het moment waarop de pensioengerechtigde leeftijd door de werknemer werd bereikt. Aanbeveling 3.5 bepaalde namelijk het volgende:<sup>41</sup>

“Aanbeveling 3.5:

Indien de verwachte inkomstenderving tot aan de redelijkerwijs te verwachten pensioneringsdatum van de werknemer lager is dan de uitkomst van de formule, dan wordt de vergoeding berekend aan de hand van die inkomstenderving, tenzij verwijtbaarheid, risicosfeer en de overige bijzondere omstandigheden als bedoeld in aanbeveling 3.4.4 billijkheidshalve aanleiding geven tot een andere vergoeding.”

Op de aanbeveling werd de volgende toelichting gegeven:

“Toelichting bij Aanbeveling 3.5

Uitgangspunt is dat de ontbindingsvergoeding voor werknemers wier pensioendatum in zicht komt, in beginsel niet hoger is dan het inkomen dat zij bij het voortduren van de arbeidsovereenkomst tot hun pensioendatum zouden hebben genoten. Bij de bepaling van de vergoeding dient rekening te worden gehouden met de mogelijkheid dat een werknemer vrij is zijn pensioendatum op een voor of na zijn 65ste gelegen datum te bepalen. Per individuele zaak zal moeten worden nagegaan of de door de werknemer genoemde pensioendatum aannemelijk kan worden geacht. Daarbij kan hetgeen in de branche, binnen een groep van bedrijven of binnen een bedrijf gebruikelijk is, een rol spelen. Vanzelfsprekend zijn ook de overige factoren, die in de tekst van de aanbevelingen 3.2 t/m 3.4 of in de toelichting op deze aanbevelingen tot uitdrukking worden gebracht, van belang.”

De ontbindingsvergoeding waarop de werknemer op grond van de kantonrechtersformule recht had, kon onder het oude ontslagrecht derhalve zodanig naar beneden worden bijgesteld, dat de vergoeding niet hoger was dan wat de werknemer aan loon zou hebben ontvangen als hij tot de pensioengerechtigde leeftijd zou hebben doorgewerkt. Dit paste in het tot 1 juli 2015 geldende systeem, waarin de hoogte van de vergoeding was gerelateerd aan de individuele omstandigheden van de werknemer. Met de correctiefactor (de C-factor) had de kantonrechter de mogelijkheid om de vergoeding op basis van de specifieke omstandigheden bij te stellen en aldus maatwerk te leveren. Onder de Wwz bestaat die mogelijkheid niet meer omdat wordt uitgegaan van geforfaiteerde bedragen, waarop slechts een correctie kan plaatsvinden op grond van art. 7:673 lid 8 BW (het “luizengaatje”, zie 3.10).

3.16. In de wijze waarop in de wet de transitievergoeding wordt berekend, is geen rekening gehouden met een correctie, zoals deze in Aanbeveling 3.5 was opgenomen voor de ontbindingsvergoeding. De transitievergoeding wordt dus niet verlaagd als de inkomstenderving tot de AOW-leeftijd minder is dan de op grond van de wet verschuldigde transitievergoeding. In de parlementaire geschiedenis is hierop niet expliciet ingegaan. Wel kan uit de Nota naar aanleiding van het verslag worden afgeleid (ook het hof verwijst hier naar, zie rov. 3.5.2 van zijn beschikking) dat de regering onder ogen heeft gezien dat in de wijze waarop de transitievergoeding volgens het wettelijke systeem wordt berekend, besloten ligt dat deze, anders dan de ontbindingsvergoeding (op grond van Aanbeveling 3.5), niet afvlakt bij het naderen van de AOW-gerechtigde leeftijd. De Nota naar aanleiding van het verslag bevat namelijk de volgende grafieken waarin enerzijds het verloop van de ontbindingsvergoeding op basis van de kantonrechtersformule is weergegeven en anderzijds het verloop van de transitievergoeding:<sup>42</sup>

*Aantal maandsalarissen ontslagvergoeding volgens kantonrechtersformule*

[voor de afbeelding 1 zie: Rechtspraak.nl]



### *Aantal maandsalarissen volgens transitievergoeding*

[voor de afbeelding 2 zie: Rechtspraak.nl]

Uit bovenstaande grafieken blijkt duidelijk dat de ontbindingsvergoeding, berekend volgens de kantonrechtersformule, afvlakt bij het naderen van de pensioengerechtigde leeftijd. Bij de transitievergoeding is dat niet het geval. Hieruit kan worden afgeleid dat de regering bewust heeft aanvaard dat bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding geen afvlakking van de transitievergoeding plaatsvindt als de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd nadert, en dat dit een verschil is met de ontbindingsvergoeding onder het oude ontslagrecht. Dat geen afvlakking plaatsvindt, past ook in het systeem van de transitievergoeding: daarin wordt immers geabstraheerd van de werkelijke schade die de werknemer door het ontslag lijdt (zie 3.11).<sup>43</sup> En, zoals gezegd, sowieso speelt de leeftijd van de werknemer, anders dan onder het oude ontslagrecht,<sup>44</sup> geen rol bij de hoogte van de transitievergoeding.

### *Slapende dienstverbanden*

3.17. De verplichting van de werkgever om na opzegging van een dienstverband na twee jaar arbeidsongeschiktheid een transitievergoeding te betalen, blijkt in de praktijk soms tot gevolg te hebben dat werkgevers ervoor kiezen om het dienstverband *niet* op te zeggen. In plaats daarvan wordt de werknemer in dienst gehouden, waarmee het dienstverband “slapend” wordt. De werkgever is geen loon verschuldigd, omdat na twee jaar ziekte de loonbetalingsverplichting is komen te vervallen (art. 7:629 BW). En doordat de werkgever niet tot beëindiging van het dienstverband overgaat, ontstaat er ook geen recht op de transitievergoeding. Ook in de onderhavige zaak heeft de School aangeboden om het dienstverband “slapend” te houden (zie 1.6).

3.18. Het “slapend” houden van dienstverbanden heeft tot Kamervragen geleid.<sup>45</sup> Toenmalig minister Asscher heeft op deze vragen op 8 september 2015 geantwoord dat het onbetaald in dienst houden van een werknemer, met als enige reden het ontlopen van de verplichting een transitievergoeding te betalen, “niet getuigt van fatsoenlijk werkgeverschap”.<sup>46</sup> Asscher wijst erop dat de werknemer de kantonrechter kan verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden en dat de rechter, als deze oordeelt dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever, een billijke vergoeding kan toekennen. Ook heeft de werknemer op grond van art. 7:673 lid 1, onder b, BW recht op de transitievergoeding, aldus Asscher.

3.19. In de feitenrechtspraak is na dergelijke werknemersverzoeken echter verschillende malen geoordeeld dat het recht van de werkgever om de arbeidsovereenkomst op te zeggen, niet impliceert dat de werkgever de arbeidsovereenkomst ook *moet* opzeggen. Het slapend houden van het dienstverband – ook als dat slechts gebeurt om de transitievergoeding te ontlopen – is in deze uitspraken dan ook niet als ernstig verwijtbaar handelen aangemerkt.<sup>47</sup> Daardoor is niet voldaan aan de wettelijke eis voor toekenning van de transitievergoeding na een ontbindingsverzoek van de werknemer, dat sprake moet zijn van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever (art. 7:673 lid 1, onder b, 2 BW). Naar aanleiding van deze rechterlijke uitspraken zijn opnieuw Kamervragen gesteld.<sup>48</sup> Toenmalig minister Asscher heeft geantwoord, kort samengevat, dat de overige verplichtingen van de werkgever (met name de re-integratieverplichting) wel doorlopen bij een slapend dienstverband, en dat het aan de rechter is om, met inachtneming van alle feiten en omstandigheden van het geval, te beoordelen of sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.<sup>49</sup>

3.20. In het kader van de evaluatie van de Wwz heeft minister Asscher in een brief van 21 april 2016 opnieuw aandacht besteed aan deze kwestie. In de brief wordt signaleerd dat er – onder

meer – zorgen zijn over de cumulatie van financiële verplichtingen voor een werkgever bij langdurige ziekte van een werknemer. In verband daarmee schrijft Asscher het volgende (mijn onderstreping (gecursiveerd; *red.*)):<sup>50</sup>

“In de derde plaats is het kabinet voornemens te komen tot een regeling op grond waarvan werkgevers worden gecompenseerd voor de kosten van een bij ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid verschuldigde transitievergoeding. Die compensatie kan plaatsvinden vanuit het Algemeen werkloosheidsfonds (Awf) waar

uiteraard een verhoging van de (uniforme) premie tegenover zal staan. Het kabinet acht dit gerechtvaardigd gelet op de kosten die werkgevers al moeten maken als het gaat om langdurig zieke werknemers. *Als gevolg van dit voorstel zal er voor werkgevers geen aanleiding meer zijn om een arbeidsovereenkomst van een langdurig arbeidsongeschikte werknemer uitsluitend in stand te laten om de transitievergoeding niet te hoeven betalen (de zogenaamde slapende dienstverband problematiek) zodat er ook geen maatregelen hoeven te worden getroffen om dit tegen te gaan.* Mede in dit verband zal worden bezien of het mogelijk is om de voorgestelde wijziging met terugwerkende kracht in te laten gaan.”

3.21. Vervolgens heeft de regering op 24 maart 2017 een wetsvoorstel ingediend, waarin maatregelen zijn voorgesteld met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid.<sup>51</sup> Doel daarvan is dat de kosten die gemoeid zijn met de transitievergoeding bij het einde van het dienstverband na langdurige arbeidsongeschiktheid worden vermindert, zonder dat de rechten van werknemers worden aangetast.<sup>52</sup> Voorgesteld wordt onder meer dat de werkgever voor een betaalde transitievergoeding wordt gecompenseerd door het UWV vanuit het Algemeen werkloosheidsfonds (Awf). Daar zal een verhoging van de (uniforme) premie tegenover staan.<sup>53</sup> De voorstellen houden echter niet in dat de verplichting van de werkgever om een transitievergoeding te betalen bij ontslag na langdurige arbeidsongeschiktheid komt te vervallen, ondanks een verzoek van werkgevers met die strekking.<sup>54</sup> De regering schrijft daarover in de memorie van toelichting het volgende:<sup>55</sup>

“(…) Het verschuldigd zijn van een transitievergoeding na een ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid wordt vaak als onrechtvaardig ervaren. Onrechtvaardig omdat de werkgever voorafgaand daaraan (veelal) gedurende twee jaar het loon tijdens ziekte heeft betaald en kosten heeft gemaakt gericht op de re-integratie van de werknemer in zijn bedrijf of bij een andere werkgever.

#### *Overwogen opties*

Bepleit is wel om de verplichting voor de werkgever om een transitievergoeding te betalen bij ontslag na langdurige arbeidsongeschiktheid te laten vervallen. Naast het feit dat dit niet wenselijk wordt geacht, wordt hiermee miskend dat dit zou leiden tot strijd met het beginsel van gelijke behandeling. Hier is dan ook niet toe besloten.

Gelet op het doel van de transitievergoeding, namelijk compensatie voor (de gevolgen van) ontslag waarbij de hiermee gemoeide middelen ingezet kunnen worden voor het vinden van een andere baan, is er geen grond voor het maken van een uitzondering op de verplichting voor de werkgever om een transitievergoeding te betalen bij een ontslag om genoemde reden. Ook voor werknemers die langdurig arbeidsongeschikt zijn, kunnen deze voorzieningen immers van belang zijn voor het zoeken van ander werk. Dat geldt zowel voor gedeeltelijk arbeidsongeschikten<sup>56</sup> als voor de categorie volledig arbeidsongeschikten. Het is immers niet uitgesloten dat de situatie van een volledig arbeidsongeschikte, bijvoorbeeld een IVA-uitkeringsgerechtigde, verbetert. Maar ook als geen verbetering optreedt, is het onwenselijk om deze laatste groep werknemers anders te behandelen. Ook voor hen geldt, net als voor andere (al dan niet gedeeltelijk arbeidsongeschikte) werknemers, dat de vergoeding dient als compensatie voor (de gevolgen van) ontslag en bijvoorbeeld ook kan worden aangewend voor (tijdelijke) compensatie van verlies aan inkomen dat met ontslag gepaard kan gaan.”

Uit deze toelichting blijkt dat onverkort wordt vastgehouden aan het uitgangspunt van de Wwz, dat ook arbeidsongeschikte werknemers recht hebben op de transitievergoeding bij opzegging van hun dienstverband. De oplossing voor het gesignaleerde knelpunt is dan ook gezocht in het compenseren van de werkgever van de kosten van de transitievergoeding, en *niet* in het (geheel of gedeeltelijk) ontzeggen van de transitievergoeding. In het wetsvoorstel wordt evenmin een uitzondering gemaakt voor de arbeidsongeschikte werknemer die de AOW-gerechtigde leeftijd nadert.

3.22. In het cassatieverzoekschrift wordt aangevoerd dat het hier slechts gaat om een wetsvoorstel, waarop door de Raad van State kritiek is geuit (zie noot 54). De betekenis van het wetsvoorstel voor de in deze zaak voorliggende vraag over de derogerende werking ten aanzien van de wettelijke bepalingen over de transitievergoeding, zou daarom sterk gerelativeerd moeten worden.<sup>57</sup> Inderdaad staat niet vast dat het wetsvoorstel zoals het nu voorligt, in wetgeving zal worden omgezet. Dat doet er echter niet aan af dat uit het

wetsvoorstel wel blijkt dat de regering vasthoudt aan het in de Wwz neergelegde uitgangspunt, dat ook bij opzegging wegens langdurige arbeidsongeschiktheid de (volledige) transitievergoeding is verschuldigd. Kennelijk is er geen aanleiding gezien tot aanpassing van de aanspraak van de langdurig arbeidsongeschikte werknemer op de transitievergoeding. Dit is wel degelijk een factor die van belang is bij de vraag of er aanleiding is op grond van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid de dwingendrechtelijke bepalingen over de transitievergoeding buiten toepassing te laten. Er kan immers uit worden afgeleid dat onverkort wordt vastgehouden aan de strekking van de regeling van de transitievergoeding.

3.23. Ook in het concept-wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans (Wab),<sup>58</sup> dat een aantal wijzigingsvoorstellen bevat ten aanzien van onder meer de transitievergoeding, is geen wijziging opgenomen ten aanzien van het recht van de langdurig arbeidsongeschikte werknemer die kort voor de AOW-gerechtigde leeftijd wordt ontslagen.<sup>59</sup> Ook daaruit blijkt de consistente visie van de regering op deze regeling.

#### *Opzegging van werknemers in het bijzonder onderwijs*

3.24. De school waar de werknemer werkzaam was, is een instelling voor bijzonder onderwijs. Op werknemers in het bijzonder onderwijs is

– anders dan op werknemers in het openbaar onderwijs – het reguliere arbeidsrecht van toepassing, waardoor zij werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst.<sup>60</sup> Voorts gelden een aantal bijzondere arbeidsvoorwaarden op basis van de toepasselijke CAO's. Voor deze zaak heeft de omstandigheid dat sprake is van een werknemer in het bijzonder onderwijs echter geen bijzondere consequenties, in die zin dat het probleem dat hier aan de orde is zich ten aanzien van elke arbeidsovereenkomst kan voordoen. Ik ga dan ook niet nader in op de rechtspositie van werknemers in het bijzonder onderwijs.<sup>61</sup>

#### *Conclusie*

3.25. Het voorgaande kan als volgt worden samengevat. De regeling van de transitievergoeding zoals neergelegd in art. 7:673 BW, daaronder begrepen de wettelijk voorgeschreven hoogte van die vergoeding, is van dwingendrechtelijke aard. Op zichzelf is het mogelijk dat op grond van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid een dwingendrechtelijke wetsbepaling buiten toepassing wordt gelaten. Daaraan moeten echter zware eisen gesteld worden. De rechter zal daarmee dan ook zeer terughoudend moeten zijn, nog meer dan in het algemeen al het geval is bij toepassing van de derogerende werking. Voor terughoudendheid is temeer aanleiding, nu het wettelijk verankeren van de hoogte van de transitievergoeding – en het daarmee minimaliseren van rechterlijke bemoeienis met de hoogte van die vergoeding – berust op een bewuste keuze van de wetgever. De basis voor die keuze is gelegd in het Sociaal Akkoord 2013, waarin een compromis is bereikt over een herziening van het ontslagrecht. Tegen deze achtergrond kan de wettelijke regeling van de transitievergoeding worden gezien als een regeling die in vergaande mate het resultaat is van een afweging van de verschillende belangen van werkgevers en werknemers, zulks ten behoeve van een evenwichtige ontslagbescherming.<sup>62</sup> Dit betekent dat er nóg minder aanleiding zal zijn voor de rechter om de regeling op grond van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid buiten toepassing te laten (vergelijk onder punt 3.4).

3.26. Verder is te constateren dat de aanspraak van de langdurig arbeidsongeschikte werknemer op de transitievergoeding bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst, veelvuldig onderwerp is geweest van politiek debat, zowel vóór als na de invoering van de Wwz. Dit heeft echter niet geleid tot (enig voorstel tot) aanpassing van het huidige systeem, waarin de langdurig arbeidsongeschikte werknemer onverkort aanspraak heeft op de transitievergoeding, ook als hij niet op zoek gaat (kan gaan of hoeft te gaan) naar ander werk. Tenslotte is op te merken dat het niet afvlakken van de transitievergoeding voor de werknemer die de AOW-gerechtigde leeftijd nadert, niet een over het hoofd gezien gevolg is van de wettelijke regeling van de transitievergoeding, maar juist bewust onder ogen is gezien. Het niet afvlakken van de transitievergoeding past bij het systeem van de transitievergoeding, waarin de hoogte van de vergoeding bij ontslag losstaat van de leeftijd van de werknemer. Daarmee ligt het bepaald niet voor de hand om bij de beoordeling van de vraag of de toepassing van de wettelijke regeling van de transitievergoeding in een concreet geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, veel gewicht toe te kennen aan de omstandigheid dat (a) het gaat om ontbinding van

de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid, of (b) de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd nadert.

#### 4. Bespreking van het cassatiemiddel

4.1. Het cassatiemiddel bestaat uit twee onderdelen. Volgens het *eerste onderdeel* is het hof uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien het toepassingsbereik van de artikelen 6:2 lid 2 en 248 lid 2 BW. Volgens het onderdeel toetst het hof slechts aan de aard van de regeling en de bedoeling van de wetgever en miskent het dat de beoordeling van de vraag of toekenning van een volledige transitievergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, afhangt van *alle* omstandigheden van het geval. Daarbij wordt gewezen op een aantal specifieke omstandigheden die in feitelijke instantie zijn aangevoerd en waarvan het hof niet heeft beoordeeld of deze in combinatie met elkaar grond opleveren voor matiging van de transitievergoeding:

a. de arbeidsovereenkomst met de werknemer is opgezegd na een lange periode van toenemende en uiteindelijk volledige en blijvende arbeidsongeschiktheid, waarbij de werknemer recht heeft op een IVA-uitkering, en tot uitgangspunt kan worden genomen dat de werknemer (tot en na de Aow-gerechtigde leeftijd) niet beschikbaar is of zal worden voor het verrichten van arbeid zodat geen sprake kan zijn van een transitie van werk-naar-werk;<sup>63</sup>

mede gelet op aanbeveling 3.5 van de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters behoort een werknemer in beginsel geen hogere vergoeding te ontvangen dan hij aan inkomsten tot aan de AOW-gerechtigde leeftijd zou derven;<sup>64</sup>

mede gelet op de door de werknemer ontvangen IVA-uitkering en overige voorzieningen is zijn inkomensverlies door beëindiging van de arbeidsovereenkomst tot de AOW-gerechtigde leeftijd beperkt (ca. € 6.000,= bruto) en zou toekenning van de volledige transitievergoeding

(ruim € 73.000,= bruto) ertoe leiden dat hij aanzienlijk meer ontvangt dan wanneer hij tot de AOW-gerechtigde leeftijd had doorgewerkt dan wel een collega die tot de AOW-gerechtigde leeftijd zou hebben doorgewerkt;<sup>65</sup>

de School ontvangt geen financiële bijdrage (besteding) vanuit het ministerie van OCW ter dekking van een aan de werknemer te betalen transitievergoeding (wat leidt tot de vraag van rechtmatigheid van besteding wanneer een door OCW verstrekte onderwijsbesteding daarvoor moet worden gebruikt);<sup>66</sup>

de School zal geen aanspraak kunnen maken op de in wetsvoorstel 34 699 voorgestelde compensatie aan werkgevers voor aan langdurig arbeidsongeschikte werknemers betaalde transitievergoedingen;<sup>67</sup> en

de School heeft de werknemer op grond van de CAO-VO additionele vergoedingen verstrekt (bij ontslag) na en wegens langdurige arbeidsongeschiktheid.<sup>68</sup>

4.2. De klacht mist feitelijke grondslag. Het hof heeft in rov. 3.4.2 vooropgesteld dat de vraag of toekenning van een volledige transitievergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is *niet alleen afhangt van alle omstandigheden van het geval*, maar ook van de aard en de strekking van de transitievergoeding en in dat kader ook van de bedoeling van de wetgever. Dit uitgangspunt is juist (zie onder 3.4 en 3.5).

4.3. Vervolgens is het hof specifiek ingegaan op alle door de School aangevoerde feiten en omstandigheden:

– in rov. 3.5.1 bespreekt het hof aan de hand van de wetsgeschiedenis omstandigheid (a), waarbij het hof – terecht – tot het oordeel komt dat het niet de bedoeling van de wetgever is geweest om de werknemer die een IVA-uitkering ontvangt een lagere transitievergoeding toe te kennen;

– in rov. 3.5.2 bespreekt het hof omstandigheid (b), de onder het oude ontslagrecht ontwikkelde Aanbeveling 3.5 van de Kring van Kantonrechters;

– in rov. 3.5.3 gaat het hof in op de onder (c) aangevoerde omstandigheid, en overweegt het dat inderdaad sprake is van disproportionaliteit tussen het inkomensverlies dat de werknemer lijdt en de hoogte van de

transitievergoeding, maar dat dit gelet op de bedoeling van de wetgever niet tot het oordeel kan leiden dat sprake is van een onaanvaardbaar gevolg;

– de onder (d), (e) en (f) aangevoerde omstandigheden hebben betrekking op de financiële gevolgen voor de school en zijn door het hof beoordeeld in de tweede alinea van rov. 3.5.4;

– tot slot overweegt het hof in rov. 3.5.4 dat de aangevoerde omstandigheden *ook in onderlinge samenhang bezien* niet tot het oordeel kunnen leiden dat toepassing moet worden gegeven aan de artikelen 6:2 en 6:248 lid 2 BW.

Geen van de door de School aangevoerde feiten en omstandigheden heeft het hof dus onbesproken gelaten. Het hof heeft bovendien ook uitdrukkelijk beoordeeld of de aangevoerde omstandigheden *in combinatie* tot het oordeel zouden kunnen leiden dat de transitievergoeding niet volledig verschuldigd is.

4.4. In het cassatieverzoekschrift wordt verder aangevoerd dat “dit cassatieberoep [...] de principiële vraag aan de orde [stelt] of er bepaalde omstandigheden zijn op grond waarvan de rechter *niet* tot matiging van de transitievergoeding op de voet van art. 6:2(40) lid 2 BW zou mogen overgaan” (onder punt 4). Vervolgens wordt in het verzoekschrift gesteld dat de “beweerdelijke bedoeling van de wetgever” geen rechtvaardiging kan zijn voor “het categorisch uitsluiten” van de onder a t/m c vermelde omstandigheden (onder punt 5).

4.5. Beide klachten berusten op een onjuiste lezing van de bestreden beschikking. Zoals blijkt uit rov. 3.4.2 is het hof juist ervan uitgegaan dat op zichzelf wél denkbaar is dat de transitievergoeding op een lager bedrag wordt gesteld (ik zou het woord matigen willen vermijden) op grond van art. 6:2 lid 2 BW of art. 6:248 lid 2 BW. In de gegeven omstandigheden heeft het hof daarvoor echter geen aanleiding gezien. Bij zijn beoordeling heeft het hof terecht de aard en strekking van de wettelijke regeling van de transitievergoeding betrokken (zie onder 3.5), waarbij het ook acht heeft geslagen op de bedoeling van deze regeling. Dat betekent echter niet dat het hof daarmee van oordeel zou zijn dat “de beweerdelijke bedoeling van de wetgever” *altijd* in de weg zou staan aan het op een lager bedrag stellen van de transitievergoeding op grond van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid. Geoordeeld is slechts – met inachtneming van de maatstaf van terughoudendheid die past bij het buiten toepassing laten van dwingendrechtelijke wetsbepalingen wegens de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid – dat daarvoor in de onderhavige zaak onvoldoende grond bestaat.

4.6. In het *tweede onderdeel* wordt aangevoerd dat, voor zover het hof heeft geoordeeld dat de combinatie van de aangevoerde omstandigheden evenmin tot het oordeel leiden dat toekenning van de volledige transitievergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, sprake is van een onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd oordeel. Het enige contra-argument van het hof is dat het niet de bedoeling van de wetgever zou zijn geweest dat een lagere transitievergoeding wordt toegekend – wat een niet-valide argument is –, terwijl het hof bovendien niet alle omstandigheden in combinatie heeft beoordeeld, aldus het onderdeel.

4.7. Ook dit onderdeel kan niet slagen. Zoals hiervoor reeds is opgemerkt heeft het hof alle aangevoerde omstandigheden bij zijn beoordeling betrokken, maar is het van oordeel dat deze – ook in onderlinge samenhang bezien – niet leiden tot het oordeel dat toekenning van een volledige transitievergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Terecht heeft het hof daarbij ook aard en strekking van de wettelijke regeling van de transitievergoeding betrokken. Gelet op de zeer grote terughoudendheid die de rechter hier in acht dient te nemen en de onder 3.25-3.26 gesignaleerde “contra-indicaties” voor het oordeel dat toepassing van de regeling van de transitievergoeding in een geval als het onderhavige naar maatstaven van redelijkheid en onaanvaardbaar is, is dit oordeel noch onjuist noch onbegrijpelijk.

4.8. Nu beide onderdelen falen, concludeer ik tot verwerping van het cassatieberoep.

## 5. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

*Hoge Raad*

### 1. Het geding in feitelijke instanties

(...; red.)

### 2. Het geding in cassatie

(...; red.)

### 3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten en omstandigheden vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 1.1-1.7. Kort samengevat zijn deze als volgt.

(i) De werknemer is geboren in 1952. Hij is op 1 augustus 1978 als docent in dienst getreden van (de rechtsvoorgangster van) de Stichting.

(ii) Aan de werknemer is, na een ziekteperiode van 14 november 2011 tot 11 november 2013, per 11 november 2013 een WGA-uitkering toegekend voor 36,64%. Hij is vervolgens voor de resterende verdien capaciteit van 0,6336 van zijn oorspronkelijke arbeidsduur in dezelfde functie herplaatst.

(iii) De werknemer heeft zich per 10 juni 2014 opnieuw ziekgemeld. Hem is met ingang van die datum een IVA-uitkering toegekend.

(iv) Op 17 mei 2016 heeft de Stichting bij het UWV een ontslagvergunning aangevraagd wegens langdurige arbeidsongeschiktheid. Bij beslissing van 25 mei 2016 heeft het UWV deze toestemming verleend. Bij brief van 31 mei 2016 heeft de Stichting de arbeidsovereenkomst opgezegd per 23 augustus 2016.

(v) Op 30 april 2018 heeft de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt.

3.2.1. In dit geding heeft de werknemer verzocht, voor zover in cassatie van belang, om toekenning van een transitievergoeding van € 73.541,42. De kantonrechter heeft een transitievergoeding van € 25.000,= toegekend. Daartoe heeft de kantonrechter onder meer overwogen dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn als de werknemer in zijn omstandigheden de volledige transitievergoeding zou krijgen, maar dat het, omdat sprake is van enige inkomensderving, wel redelijk is dat de werknemer de transitievergoeding gedeeltelijk krijgt. (rov. 5.1-6.2)

3.2.2. Het hof heeft de beschikking van de kantonrechter ten aanzien van de transitievergoeding vernietigd en, opnieuw rechtdoende, een transitievergoeding van € 73.514,42 bruto toegekend. De in cassatie relevante overwegingen van het hof houden – kort weergegeven – het volgende in.

De werknemer heeft zich op het standpunt gesteld dat hij overeenkomstig art. 7:673 lid 1 BW recht heeft op een volledige transitievergoeding en dat de rechter hierbij geen discretionaire bevoegdheid heeft. (rov. 3.4.1)

De wetgever heeft met de Wet werk en zekerheid niet beoogd de toepasselijkheid van art. 6:2 lid 2 BW en art. 6:248 lid 2 BW uit te sluiten. Of toekenning van een volledige vergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in een gegeven situatie onaanvaardbaar is, hangt niet alleen af van alle omstandigheden van het geval, maar ook van de aard en strekking van de transitievergoeding en in dat kader ook van de bedoeling van de wetgever. (rov. 3.4.2)

In het licht van de memorie van toelichting bij het Voorstel van wet houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid (Kamerstukken II, 2016/17, 34699, nr. 3) is het feit dat de werknemer een IVA-uitkering krijgt, geen aanleiding hem een lagere transitievergoeding toe te kennen. (rov. 3.5.1)

Niet kan worden aangesloten bij de voorheen onder de kantonrechttersformule toegepaste Aanbeveling 3.5 van de Kring van Kantonrechtters, volgens welke bij ontslag kort voor de pensioendatum de vergoeding in beginsel verminderd werd tot de inkomensderving. De wetgever was met die Aanbeveling bekend en heeft kennelijk geen

aanleiding gezien een soortgelijke wettelijke regeling te treffen. Het feit dat de werknemer op 30 april 2018 de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt, is onvoldoende aanleiding om hem een lagere transitievergoeding toe te kennen. (rov. 3.5.2)

Van onaanvaardbare disproportionaliteit tussen het inkomensverlies van de werknemer en de verlangde transitievergoeding is geen sprake. De transitievergoeding is een forfaitaire vergoeding die ook verschuldigd is indien niet of nauwelijks sprake is van schade of inkomensverlies. (rov. 3.5.3)

Er bestaat geen grond, ook niet als alle omstandigheden van het geval in samenhang worden beschouwd, om toekenning van een volledige transitievergoeding onaanvaardbaar te achten en op die grond te matigen.

(rov. 3.5.4)

3.3. Het cassatiemiddel is gericht tegen rov. 3.4.2-3.5.4 van de beschikking van het hof. Het voert aan dat het hof is uitgegaan van een te beperkt toepassingsbereik van art. 6:2 lid 2 BW en art. 6:248 lid 2 BW. Het hof heeft miskend dat, wat ook zij van de bedoeling van de wetgever, de beoordeling of toekenning van een volledige transitievergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, afhangt van alle omstandigheden van het geval. Indien het hof dat niet heeft miskend, is zijn oordeel onbegrijpelijk in het licht van de door de Stichting aangevoerde omstandigheden, aldus het middel.

3.4.1. Bij de behandeling van deze klacht wordt het volgende vooropgesteld.

3.4.2. De rechter dient bij de beoordeling of de toepassing van een wettelijke regel in een bepaald geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:2 lid 2 BW of art. 6:248 lid 2 BW), terughoudendheid te betrachten. Dit geldt te meer indien het gaat om een regel van dwingend recht (zie onder meer HR 28 januari 2011, [ECLI:NL:HR:2011:BO7122](#), NJ 2011/167, rov. 3.8 en HR 22 juni 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BW5695](#), NJ 2012/396, rov. 4.2.1). Als in de wettelijke regel al een afweging van belangen door de wetgever besloten ligt, zal een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ten aanzien van die belangen alleen in uitzonderlijke gevallen kunnen slagen (vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 73 en HR 18 mei 2018, [ECLI:NL:HR:2018:729](#), rov. 3.8.1).

3.4.3. De regeling van de transitievergoeding in art. 7:673 BW is dwingendrechtelijk van aard. De wetgever heeft gekozen voor een abstract en gestandaardiseerd stelsel, waarin de voorwaarden voor het recht op een transitievergoeding en de regels voor de berekening van de hoogte daarvan, nauwkeurig in de wet zijn omschreven. In dat stelsel wordt geen rekening gehouden met andere dan de in art. 7:673-673d BW vermelde omstandigheden (vgl. HR 20 april 2018, [ECLI:NL:HR:2018:651](#), rov. 3.3.8). Het abstracte en gestandaardiseerde karakter van de regeling van de transitievergoeding komt onder meer hierin tot uiting, dat voor de aanspraak niet van belang is of de werknemer na het eindigen van de arbeidsovereenkomst werkloos is, dan wel aansluitend een andere baan heeft gevonden (Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 7, p. 70). Ook werknemers van wie de arbeidsovereenkomst wordt opgezegd wegens twee jaren van ziekte (art. 7:669 lid 3, aanhef en onder b, BW in verbinding met art. 7:670 lid 1, aanhef en onder a, BW), hebben recht op een transitievergoeding (Kamerstukken I, 2013/14, 33818, C, p. 96).

3.4.4. De wetgever heeft onder ogen gezien dat de wettelijke regeling van de transitievergoeding ertoe kan leiden dat een werknemer die kort voor het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd wordt ontslagen, recht heeft op een transitievergoeding die hoger is dan het loon dat hij zou hebben ontvangen wanneer hij in dienst zou zijn gebleven. Dit valt met name af te leiden uit de grafieken die zijn opgenomen in de Nota naar aanleiding van het verslag (Kamerstukken II, 2013/14, 33818, nr. 7, p. 70-71), waarin achtereenvolgens zijn weergegeven de opbouw van de ontbindingsvergoeding volgens de kantonrechttersformule (de oude situatie) en de opbouw van de transitievergoeding (de nieuwe situatie). Uit de grafieken volgt dat de transitievergoeding tot aan het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd onverkort blijft toenemen, terwijl de lijn van de hoogte van de voormalige ontbindingsvergoeding in de jaren voor de pensioengerechtigde leeftijd scherp naar beneden afbuigt. Dit laatste is in lijn met de destijds geldende Aanbeveling 3.5 van de Kring van Kantonrechtters, die erin voorzag dat de ontbindingsvergoeding in beginsel niet hoger zou zijn dan de inkomstenderving tot aan de pensioneringsdatum. Een dergelijke afbouwregeling heeft de wetgever voor de transitievergoeding klaarblijkelijk niet gewenst.

3.5. In het licht van het voorgaande zijn de klachten ongegrond.

Het hof heeft (in rov. 3.4.2) terecht vooropgesteld dat art. 6:2 lid 2 BW of art. 6:248 lid 2 BW ook toepassing kunnen vinden in gevallen als het onderhavige, waarin het gaat om de vraag of toekenning van een (volledige) transitievergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het heeft vervolgens evenzeer terecht overwogen dat deze beoordeling afhankelijk is van de omstandigheden van het geval en dat daarbij onder meer betekenis toekomt aan de aard van de wettelijke regeling van de transitievergoeding en aan de bedoeling van de wetgever. In rov. 3.5.4 heeft het hof geoordeeld dat, gelet op de omstandigheden van het geval, geen grond bestaat om toekenning van een volledige transitievergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te achten. Anders dan het middel kennelijk betoogt, heeft het hof niet geoordeeld dat, gelet op de wil van de wetgever, de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in gevallen als dit geheel is uitgesloten. Het hof heeft de omstandigheid dat de wetgever de door de Stichting bepleite uitzondering op de wettelijke regeling van de transitievergoeding klaarblijkelijk niet heeft gewenst, – terecht – zwaar laten wegen, maar heeft ook de andere relevante omstandigheden van het geval in zijn oordeel betrokken (vgl. de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.3). Het oordeel van het hof geeft dus geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting; het behoefde geen nadere motivering om begrijpelijk te zijn.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt de Stichting in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de werknemer begroot op € 851,07 aan verschotten en € 1.800,= voor salaris.

#### Noot

Voor de invoering van de Wwz werd de hoogte van de ontbindingsvergoeding (doorgaans) vastgesteld aan de hand van de kantonrechtersformule. Volgens de aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters gold daarbij als uitgangspunt dat rekening gehouden werd met de verwachte pensioendatum. Met andere woorden: de ontbindingsvergoeding werd afgetopt op de inkomstenderving tot aan de pensioendatum.

De wettelijke transitievergoeding kent een dergelijke *cap* niet. Enkel werknemers die bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst de AOW-leeftijd hebben bereikt, hebben geen recht op de transitievergoeding.

De uitspraak van de Hoge Raad is niet verrassend. Uit de parlementaire geschiedenis kan inderdaad de conclusie worden getrokken dat de wetgever wel onder ogen heeft gezien dat de transitievergoeding – in tegenstelling tot de kantonrechtersformule – geen afbouwregeling kent. Hoewel dit niet expliciet wordt benoemd, wijzen onder meer de grafieken in de Nota naar aanleiding van het verslag daar op (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7, p. 70-71). Dat desondanks geen afbouwregeling is opgenomen, kan dan ook als bewuste keuze worden gezien. Dat gezegd hebbende, is er maar heel weinig ruimte om het wettelijke stelsel via de redelijkheid en billijkheid te beperken – zeker nu sprake is van dwingend recht. Over de vraag of de uitkomst in deze zaak 'redelijk' is, zullen de meningen ongetwijfeld verschillen. Die vraag is alleen niet aan de orde. Bij een beroep op artikel 6:2 BW is de vraag of de uitkomst – naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid – *onaanvaardbaar* is. Dat moet zo worden begrepen dat 'geen redelijk denkend mens er anders over kan denken' aldus de A-G onder verwijzing naar H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid (Mon. BW, nr. A5)*, 2017, par. 33.2. Recht op een volledige transitievergoeding zonder aftopping tot aan de AOW-leeftijd is niet zó onaanvaardbaar. Dat maakt het arrest heel valide.

Dat deze uitspraak onder de gegeven omstandigheden de juiste is, betekent niet dat de uitkomst per definitie ook bevredigend is. Als een andere uitkomst wenselijk(er) is, dan ligt aanpassing van het wettelijke systeem voor de hand. Een wettelijk systeem dat wél voorziet in aftopping, sluit in mijn optiek beter aan bij de doelstellingen van de Wwz en de gedachte achter de transitievergoeding. Eén van die doelstellingen is namelijk het ontslagrecht minder kostbaar te maken (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 5 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33838, nr. 7, p. 71).



Nu het oude recht wel in aftopping voorzag en het huidige recht niet, is het ontslagrecht over de hele linie weliswaar goedkoper, maar in de periode kort voor de AOW-gerechtigde leeftijd veelal niet. Een mogelijke verklaring om niet meer af te toppen zou kunnen zijn dat leeftijd geen rol meer speelt bij de opbouw van de vergoeding. Bij de kantonrechtsformule was leeftijd nog een verhogende factor, waardoor vergoedingen kort voor de AOW-leeftijd relatief gezien hoog waren (en dus de noodzaak af te toppen ook). In de praktijk zal het echter vaak zo zijn dat werknemers die de AOW-leeftijd naderen een lang dienstverband achter de rug hebben, waardoor alsnog sprake is van een forse vergoeding. Aftopping van die vergoeding zou dan prima passen binnen de doelstelling het ontslagrecht goedkoper te maken. Een andere doelstelling is het ontslagrecht minder onvoorspelbaar te maken (*Kamerstukken II 2013/14*, 33818, nr. 3, p. 5). Aan die doelstelling wordt door aftopping geen afbreuk gedaan. Ook als in aftopping wordt voorzien, blijft sprake van een inzichtelijk en eenduidig systeem, waarbij op voorhand berekend kan worden wat de hoogte van de vergoeding is.

Specifieke doelstelling van de transitievergoeding is invulling geven aan de zorgplicht die een werkgever heeft ten opzichte van een werknemer die wordt ontslagen of van wie het contract niet wordt verlengd (*Kamerstukken II 2013/14*, 33818, nr. 7, p. 79). Die zorgplicht ziet op werknemers die zijn aangewezen op het verrichten van arbeid om in hun levensonderhoud te voorzien. Dat werknemers die de AOW-leeftijd bereiken hebben geen recht hebben op een transitievergoeding is volgens de regering en de HR (HR 20 april 2018, «JAR» 2018/129) gerechtvaardigd. Het (legitieme) doel daarvan is immers te voorkomen dat een transitievergoeding ten goede komt aan personen die niet langer zijn aangewezen op het verrichten van arbeid om in hun levensonderhoud te voorzien nu zij een vervangend inkomen in de vorm van ouderdomspensioen ontvangen (*Kamerstukken I 2013/14*, 33818, C, p. 97). De vraag rijst hoe dit zich verhoudt met het feit dat iemand kort voor het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd wél de volledige transitievergoeding ontvangt, die hoger is dan het loon tot aan de AOW-datum. In een dergelijke situatie is het aannemelijk dat een deel daarvan nog aanwezig is op het moment dat de werknemer ouderdomspensioen gaat ontvangen. De door te werkgever te betalen vergoeding is dan hoger dan de zorgplicht reikt. Een regeling die in aftopping voorziet zou ertoe kunnen leiden dat de vergoeding voorziet in de zorgplicht, maar niet meer dan dat. Gelet op voornoemde uitspraak van de Hoge Raad van 20 april 2018 zal aftopping mijns inziens (ook) geen verboden onderscheid naar leeftijd opleveren.

Als een aftoppingsregeling wenselijk wordt geacht, is de Wet Arbeidsmarkt in Balans (WAB) de gelegenheid om dit te regelen. Het voorstel de opbouw na tien jaar te verlagen van een half naar een derde maandsalaris per dienstjaar zal weliswaar tot lagere vergoedingen van (doorgaans) de oudere werknemer leiden, maar voorkomt niet dat de vergoeding soms hoger is dan het loon tot aan de AOW-leeftijd. Als geen aftoppingsregeling wordt geïntroduceerd, voorziet ik een nieuwe reden voor slapende dienstverbanden. Juist op het moment dat het knelpunt van het slapende dienstverband na twee jaar ziekte wordt aangepakt door de introductie van een compensatieregeling (*Stb.* 2018, 234), wordt in feite een nieuwe reden geïntroduceerd. Het slapend houden van het dienstverband omdat de kosten van de transitievergoeding hoger zijn dan de loonkosten tot aan de AOW-leeftijd kan tot onwenselijke situaties leiden. In geval van een verstoorde arbeidsverhouding bijvoorbeeld kunnen beide partijen gebaat zijn bij een beëindiging. Een beëindiging met afgetopte transitievergoeding is dan wenselijker dan een slapend dienstverband met verstoorde verhoudingen, waarbij de werknemer uiteindelijk – bij beëindiging vanwege het bereiken van de AOW-leeftijd – in het geheel geen vergoeding krijgt.

mr. H.H.M.A. Foesenek, advocaat bij Liber Dock Advocaten in Amsterdam

#### Voetnoten

1

Beschikking van hof 's-Hertogenbosch van 13 juli 2017, [ECLI:NL:GHSHE:2017:3263](#).

2

Verzoekschrift in eerste aanleg, onder 3. De suppletieverplichting vloeit voort uit art. 4 onder i Zavo (Ziekte- en arbeidsongeschiktheidsregeling voortgezet onderwijs).

3

Prod. 7 bij inleidend verzoekschrift.

4

Prod. 8 bij inleidend verzoekschrift.

5

Zie voor uitleg over een "slapend dienstverband" onder 3.17.

6

Proces-verbaal van de mondelinge behandeling in hoger beroep van 7 juni 2017, p. 3.

7

Rechtbank Oost-Brabant, locatie Eindhoven, 13 december 2016, [ECLI:NL:RBOBR:2016:7513](#), JAR 2017/176.

8

Proces-verbaal zitting in hoger beroep, p. 2, uittaling mr. Heusen. In de processtukken wordt hier overigens geen melding van gemaakt.

9

Hof 's-Hertogenbosch 13 juli 2017, [ECLI:NL:GHSHE:2017:3263](#), RAR 2017/151 m.wk, JAR 2017/218.

10

Zie onder meer HR 9 januari 1998, [ECLI:NL:HR:1998:ZC2540](#), NJ 1998/363 m.nt. A.R. Bloembergen (*Apeldoorn/Duisterhof*); HR 25 februari 2000, [ECLI:NL:HR:2000:AA4942](#), NJ 2000/471 (*FNV/Frans Maas*).

11

H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid (Mon. BW, nr. A5)*, 2017, par. 33.2.

12

Parl. Gesch. Boek 6, p. 73 (Eindverslag I).

13

Zie onder meer HR 20 januari 1989, [ECLI:NL:HR:1989:AD0580](#), NJ 1989/322 (*Wesselingh/Weisz*); HR 28 januari 2011, [ECLI:NL:HR:2011:BO7122](#), NJ 2011/167 (*Staalbankiers/Elko*). Zie verder Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/417; W.L. Valk, *T&C Burgerlijk Wetboek*, aant. 4 bij art. 6:2 BW; H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid (Mon. BW, nr. A5)*, 2017, par. 5.36.1.

14

HR 22 juni 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BW5695](#), RAR 2012/122 (*ABN AMRO/werknemer*).

15

HR 22 juni 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BW5695](#), RAR 2012/122 (*ABN AMRO/werknemer*); HR 28 januari 2011, [ECLI:NL:HR:2011:BO7122](#), NJ 2011/167 (*Staalbankiers/Elko*).

16

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/417.

17

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/417.

18

Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 7, p. 79 (nota naar aanleiding van het verslag).

19

Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 38 (MvT); Kamerstukken I, 2013-2014, 33 818, C, p.32 (MvA).

20

Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 7, p. 68 (nota naar aanleiding van het verslag).

21

Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 5 (MvT).

22

Per 1 januari 2018 is de maximale hoogte van de transitievergoeding € 79.000 bruto.

23

Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 5 (MvT).

24

Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 7, p. 71 (nota naar aanleiding van het verslag).

25

Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 7, p. 72 (nota naar aanleiding van het verslag).

26

Stichting van de Arbeid, *Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020*. Den Haag, 11 april 2013, p. 28-30.

27

Zie daarover C.J. Loonstra en P.Th. Sick, Het Wetsvoorstel werk en zekerheid (33818) in vogelvlucht: dekt de vlag de lading? In: *TAP* 2014/1, p. 4-13.

28HR 20 april 2018, [ECLI:NL:HR:2018:651](#).29

Het “muizengaatje” ziet op de situatie van ontbinding of opzegging van de arbeidsovereenkomst, waarin bij ernstig verwijtbaar handelen door de werkgever aan de werknemer een billijke vergoeding kan worden toegekend. Dit zal zich slechts in zeer uitzonderlijke gevallen voordoen, omdat in beginsel alleen aanspraak bestaat op de transitievergoeding. Zie over het muizengaatje nader mijn conclusie voor HR 26 juni 2017, [ECLI:NL:HR:2017:1187](#), *JAR 2017/188 (New Hairstyle)*, onder 3.19-3.20.

30

Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 113 (MvT).

31J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, 2015, par. 8.2.2.4.32

Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 38 (MvT).

33

Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 7, p. 69 (nota naar aanleiding van het verslag).

34

Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 7, p. 70 (nota naar aanleiding van het verslag); zie ook Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 110 (MvT).

35

Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 7, p. 70 (nota naar aanleiding van het verslag).

36Zie in dat verband: S.F. Sagel, *Ontslag doen in tijden van hard and fast rules* (oratie), 2014.37Stichting van de Arbeid, *Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020*. Den Haag, 11 april 2013, p. 28.38

Notitie Wetsvoorstel werk en zekerheid (33818), Vragen en opmerkingen ten behoeve van de behandeling in de Eerste Kamer, Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN) 24 maart 2014.

39

Kamerstukken I, 2013-2014, 33 818, C, p. 96 (MvA).

40

Bij de kantonrechtersformule ( $A \times B \times C$ ) waren het aantal (gewogen) dienstjaren en het loon bepalend voor de hoogte van de vergoeding. Daarop kon vervolgens een correctie plaatsvinden aan de hand van de C-factor. Indien de ontbindingsgrond geheel in de risicosfeer van de werkgever viel en verwijtbaarheid niet aan de orde was, werd de correctiefactor (C) bepaald op gelijk aan één, bijvoorbeeld bij ontslagen voortvloeiend uit reorganisaties. Indien de ontbindingsgrond geheel in de risicosfeer van de werknemer viel, zonder dat sprake was van enige verwijtbaarheid, was C gelijk aan nul (bijvoorbeeld in geval van een vrijwillige verandering van werkring of een verhuizing wegens privéredenen). Indien sprake was van verwijtbaarheid aan de zijde van één van partijen dan wel van verwijtbaarheid over en weer, dan werd de ernst van de verwijten via de C-factor tot uitdrukking gebracht. Zie Aanbevelingen Kring van Kantonrechters, laatstelijk gewijzigd op 30 oktober 2008 gewijzigd en geldend vanaf 1 januari 2009. Het aantal gewogen dienstjaren werd berekend aan de hand van de dienstjaren, de leeftijd bij aanvang van de arbeidsrelatie en de leeftijd bij beëindiging van de arbeidsrelatie; dit is de A-factor. Uitgegaan werd van het bruto maandsalaris, vermeerderd met vaste overeengekomen looncomponenten, zoals de vakantiebijslag, een vaste dertiende maand, een structurele overwerkvergoeding en een vaste ploegentoeslag; dit wordt de B-factor genoemd.

41Aanbevelingen Kring van Kantonrechters, laatstelijk gewijzigd op 30 oktober 2008 gewijzigd en geldend vanaf 1 januari 2009. De Aanbevelingen met toelichting zijn nog te vinden op de website [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).42

Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 7, p. 70-71 (nota naar aanleiding van het verslag).

43

Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 7, p. 71-72 (nota naar aanleiding van het verslag).

44

Zie noot 40.

45

Vragen van de leden Vermeij en Tanamal van 31 juli 2015, 2014-2015, vraagnummer 2015Z14478.

46

Aanhangsel Handelingen, vergaderjaar 2014-2015, nr. 3304.

47

Zie onder meer Rb. Den Haag, locatie Leiden, 21 oktober 2015, *JAR* 2015/302; Rb Midden-Nederland, locatie Almere, 2 december 2015, [ECLI:NL:RBMNE:2015:8495](#), *JAR* 2016/5 m.nt. C.G.M. Fruytier. Zie tevens Rb. Overijssel, locatie Almelo, 3 december 2015, [ECLI:NL:RBOVE:2015:5826](#), *JIN* 2016/53 m.nt. D.M. van Moerkerk; Rb. Zeeland-West Brabant, locatie Breda, 3 februari 2016, [JIN 2016/101](#) m.nt. M.L.C. Lugard-van Basten Batenburg, M. Koster en T.E.J. Bender. Deze nootschrijvers twijfelen overigens aan de verplichting tot betaling van een transitievergoeding bij opzegging na 24 maanden, omdat de loonaanspraak vanaf dat moment is komen te vervallen en dus gerekend moet worden met een salaris van € 0,=. Zie tevens Hof Arnhem-Leeuwarden 27 juli 2016, [ECLI:NL:GHARL:2016:6140](#) en Hof Den Haag 14 oktober 2016, [ECLI:NL:GHDHA:2016:3036](#).

48

Vragen van de leden Vermeij en Tanamal van 11 december 2015, 2014-2015, 2015Z24267.

49

Kamerstukken II, 2015-2016, Aanhangsel 1121.

50

Kamerstukken II, 2015-2016, 34 351, nr. 16, p. 4 (Brief van de Minister van SZW).

51

Kamerstukken II, 2016-2017, 34 699, nr. 2 (Voorstel van wet).

52

Kamerstukken II, 2016-2017, 34 699, nr. 3, p. 1 (MvT).

53

Kamerstukken II, 2016-2017, 34 699, nr. 3, p. 3-4 (MvT).

54

De Raad van State schrijft in zijn advies dat het voorstel de vraag oproept waarom er niet voor is gekozen "terug te keren naar de situatie zoals die tot 2015 heeft bestaan, waarin geen recht op transitievergoeding bestond voor deze groep werknemers". Zie Kamerstukken II, 2016-2017, 34 699, nr. 4, p. 3-4 (advies Raad van State).

55

Kamerstukken II, 2016-2017, 34 699, nr. 3, p. 2 (MvT).

56

Hier is in de memorie van toelichting de volgende noot geplaatst: "In 2015 had circa 70% van de WIA-aanvragers nog arbeidsmogelijkheden."

57

Cassatieverzoekschrift, onder 7.

58

Het concept-wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans is op 9 april 2018 in consultatie gebracht. Zie [www.internetconsultatie.nl/arbeidsmarkt\\_in\\_balans](http://www.internetconsultatie.nl/arbeidsmarkt_in_balans).

59

D.M.A. bij de Vaate en P. Vestering, VAAN – VvA – Wab – Transitievergoeding. In: *TAP* 2018/4, p. 37. Volgens het concept-wetsvoorstel Wab bestaat vanaf het begin van de arbeidsovereenkomst recht op de transitievergoeding en wordt de huidige "referte-periode" van twee jaar afgeschaft. Verder wordt de opbouw van de transitievergoeding verlaagd voor lange dienstverbanden. Daarnaast wordt de mogelijkheid geboden aan werkgevers die onevenredig zwaar getroffen worden door het betalen van de transitievergoeding, daarvoor compensatie te vragen.

60

Zie F.H.J.G. Brekelmans en E. van Vliet, in: G.W. van der Voet, *Arbeidsrechtelijke thema's – Bijzondere arbeidsverhoudingen*, 2017, p. 103 e.v. Leraren in het openbaar onderwijs hebben daarentegen de status van ambtenaar, zij worden aangesteld op basis van een eenzijdige rechtshandeling.

61

Zie daarover nader mijn conclusie in de zaak *Van der Kolk/Kolom* van 20 april 2018, [ECLI:NL:PHR:2018:416](#).

62

Stichting van de Arbeid, *Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020*. Den Haag, 11 april 2013, p. 28.

63

Verweerschrift in eerste aanleg, p. 4 sub a; verweerschrift in hoger beroep, p. 7, eerste alinea.

64

Proces-verbaal 29 november 2016, p. 2, eerste alinea; verweerschrift in hoger beroep, p. 8, laatste alinea; proces-verbaal 7 juni 2017, p. 3, zesde alinea.

65

Proces-verbaal 29 november 2016, p. 2, eerste alinea; verweerschrift in hoger beroep, p. 8, tweede en derde alinea; proces-verbaal 7 juni 2017, p. 2, en na laatste alinea en p. 3, eerste en tweede alinea.

66

Verweerschrift in eerste aanleg, p. 5-6.

67

Verweerschrift in hoger beroep, p. 3, eerste alinea.

68

Verweerschrift in eerste aanleg, p. 5 sub c; proces-verbaal 7 juni 2017, p. 2 laatste alinea.

