

214

Gerechtshof Den Haag  
6 september 2016, nr. 200.188.616/01  
ECLI:NL:GHDHA:2016:2590  
(mr. Frikkee, mr. Wattendorff, mr. Van Coevorden)  
Noot S. Palm

**Transitievergoeding. Herplaatsing. Docent. Onderwijs. Langdurige arbeidsongeschiktheid.**

**Partijen hadden met de ‘akte van ontslag’ en ‘akte van benoeming’ geen ander doel voor ogen dan herplaatsing van de arbeidsongeschikte leraar in de voor haar passend bevonden functie van onderwijsassistent. Geen recht op transitievergoeding.**

[ZAPO art. 20; BW art. 7:673]

Werkneemster is vanaf 4 januari 2002 tot 1 augustus 2015 op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als leraar werkzaam geweest bij STIPOR. Op 17 januari 2013 heeft zij zich ziek gemeld. Het UWV heeft met ingang van 11 juni 2015 een loongelateerde WGA-uitkering aan werkneemster toegekend. Op 13 juli 2015 is een akte van ontslag aan werkneemster verleend. Hierin staat dat werkneemster met ingang van 1 augustus 2015 ontslag wordt verleend. Op 13 juli 2015 is tevens een akte van benoeming aan werkneemster verleend. Vanaf 1 augustus 2015 is werkneemster voor onbepaalde tijd bij STIPOR benoemd tot onderwijsassistent. Op de arbeidsovereenkomst is de collectieve arbeidsovereenkomst voor het primair onderwijs (hierna: CAO PO) van toepassing. Werkneemster heeft om toekenning van de transitievergoeding verzocht. Zij stelt dat haar arbeidsovereenkomst is opgezegd door de akte van ontslag. STIPOR heeft verweer gevoerd en zich op het standpunt gesteld dat geen sprake is van een ontslag maar van een herbenoeming. De kantonrechter heeft het verzoek van werkneemster afgewezen. Daarbij heeft de kantonrechter onder andere overwogen dat de arbeidsovereenkomst feitelijk niet is beëindigd en opnieuw is aangegaan, maar ononderbroken is voortgezet, zij het onder gewijzigde voorwaarden (‘wezen gaat voor schijn’). Tegen dit oordeel keert werkneemster zich in hoger beroep. Het hof oordeelt als volgt. Niet gebleken is dat partijen met de ‘akte van ontslag’ en ‘akte van benoeming’ een ander doel voor ogen hadden dan herplaatsing van werkneemster bij de eigen werkgever in de voor haar passend bevonden functie van onderwijsassistent. Werkneemster kan niet worden gevolgd in haar standpunt dat slechts dan sprake is van een ‘herplaatsing zonder ontslag’ als er een duidelijke en ondubbelzinnige instemming van werkneemster voorhanden zou zijn. Dat werkneemster zich heeft verzet tegen de herplaatsing in de functie van onderwijsassistent is gesteld noch gebleken. Evenmin is betwist dat sprake was van een passende functie. Het hof is van oordeel dat de feitelijke situatie niet kan leiden tot een andere conclusie dan dat werkneemster door STIPOR is herplaatst in de passende functie van onderwijsassistent, welke functie werkneemster heeft aanvaard. Een redelijke uitleg van de toepasselijke regelgeving – met name art. 3.9 lid 2 onderdeel c en lid 7 van de CAO PO in combinatie met art. 20 lid 2 onderdeel c van de Zapo-regeling – leidt tot de conclusie dat de werkgever de arbeidsverhouding met een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkneemster slechts daadwerkelijk (dat wil zeggen zonder de verplichting tot herplaatsing) kan beëindigen als er geen reële herplaatsingsmogelijkheden zijn in passende arbeid. Van een

beëindiging van de arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:673 lid 1 BW (opzegging door de werkgever, ontbinding op verzoek van de werkgever dan wel einde van rechtswege op initiatief van de werkgever en geen voortzetting) is naar het oordeel van het hof in de gegeven omstandigheden dan ook geen sprake. Het feit dat de transitievergoeding ook is verschuldigd indien een arbeidsovereenkomst wordt beëindigd vanwege langdurige arbeidsongeschiktheid en er volgens de wetgever geen rechtvaardiging is om onderscheid te maken tussen (langdurig) arbeidsongeschikte en andere werknemers, kan niet leiden tot een ander oordeel.

Ten overvloede overweegt het hof dat de stelling van werkneemster dat zij inkomsten derft als gevolg van het ontslag (in welk verband werkneemster erop heeft gewezen dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat compensatie van inkomensgevolgen van het ontslag een van de doelstellingen van de transitievergoeding is), niet juist is. De inkomensachteruitgang is het gevolg van de omstandigheid dat werkneemster niet langer in staat is haar oude werk als leraar te verrichten. Niet gesteld of gebleken is immers dat als STIPOR werkneemster niet had kunnen herplaatsen en het dienstverband van werkneemster ‘slapend’ had voortgeduurd, er op STIPOR na ommekomst van twee ziektejaren nog een loondoorbetalingsverplichting had gerust. In dat geval zou evenzeer sprake zijn geweest van inkomstenderving. De bestreden beschikking van de kantonrechter wordt bekrachtigd.

[appellante],  
wonende te Rotterdam,  
verzoekster in hoger beroep,  
nader te noemen: [appellante],  
advocaat: mr. G. Wind te Utrecht,  
tegen  
Stichting Islamitisch Primair Onderwijs Rijnmond,  
gevestigd te Rotterdam,  
verweerster in hoger beroep,  
hierna te noemen: SIPOR,  
advocaat: mr. A. Yandere te Amsterdam.

#### Hof:

##### 1 Het geding

Bij beroepsschrift met bijlagen, ter griffie ingekomen op 4 april 2016, is [appellante] in hoger beroep gekomen van de beschikking van de kantonrechter in de Rechtbank Rotterdam, zitting houdende te Rotterdam (hierna ‘de kantonrechter’) van 5 januari 2016 (ECLI:NL:RBROT:2016:2465). SIPOR heeft een verweerschrift ingediend, dat is ontvangen ter griffie van het hof op 25 mei 2016.

Op 20 juni 2016 heeft de mondelinge behandeling in hoger beroep plaatsgevonden ten overstaan van de raadsheer-commissaris en de griffier, waarbij partijen de zaak hebben doen bepleiten door hun voornoemde advocaten, mr. Wind aan de hand van pleitaantekeningen. Van de mondelinge behandeling is proces-verbaal opgemaakt. Vervolgens is een datum van de uitspraak bepaald.

##### 2 Beoordeling van het hoger beroep

In hoger beroep is niet opgekomen tegen de juistheid van de vaststelling van de feiten door de kantonrechter. Met inachtneming van voornoemde feitenvaststelling door de kantonrechter en in aanvulling daarop kan in dit hoger beroep worden uitgegaan van de volgende feiten.

2.1. [appellante], geboren op 24 januari 1953, is vanaf 4 januari 2002 tot 1 augustus 2015 op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als leraar werkzaam geweest bij SIPOR

met werktijdfactor 1 en een salaris van € 3313,= bruto per maand exclusief emolumenten.

2.2. Op 17 januari 2013 heeft [appellante] zich ziek gemeld en op 23 oktober 2014 is er een uitkering op grond van de WIA aangevraagd. Het UWV heeft met ingang van 11 juni 2015 een loongereleerde WGA-uitkering aan [appellante] toegekend.

2.3. [appellante] is voor 48,49% arbeidsongeschikt bevonden door het UWV. Hierbij is ook geoordeeld dat [appellante] ongeschikt is voor het eigen werk en dat herstel hiervoor niet te verwachten is, maar dat er bij SIPOR wel herplaatsingsmogelijkheden zijn en deze zijn ook benut.

2.4. Op 13 juli 2015 is een akte van ontslag aan [appellante] verleend. Hierin staat dat [appellante] met ingang van 1 augustus 2015 ontslag wordt verleend. Aanvankelijk was als ontslaggrond in de akte vermeld 'wederzijds goedvinden'. Op verzoek van [appellante] is dit gewijzigd in 'langdurige arbeidsongeschiktheid'.

2.5. Op 13 juli 2015 is tevens een akte van benoeming aan [appellante] verleend. Vanaf 1 augustus 2015 is [appellante] voor onbepaalde tijd bij STIPOR benoemd tot onderwijsassistent. De werktijdfactor bij deze functie bedraagt 0,8 en het loon bedraagt € 1706,40 bruto per maand.

2.6 Tussen de oude functie van [appellante] van lerares en de functie van onderwijsassistent zit een niveauverschil van 5 salarisschalen.

2.6. Op de arbeidsovereenkomst is de collectieve arbeidsovereenkomst voor het primair onderwijs (hierna: "de cao") van toepassing.

2.7. Artikel 3.9 van de cao primair onderwijs luidt als volgt: "Opzegging arbeidsovereenkomst wegens ziekte of arbeidsongeschiktheid

1. Indien de werknemer die 35% of meer arbeidsongeschikt is, wordt ontslagen op grond van ziekte of arbeidsongeschiktheid als bedoeld in artikel 3.8, welke ziekte of arbeidsongeschiktheid 24 maanden onafgebroken heeft geduurd en waarbij herstel binnen 6 maanden na deze 24 maanden redelijkerwijs niet is te verwachten, zal de werkgever aansluitend een zelfde dan wel een gelijkwaardige arbeidsovereenkomst aangaan met de werknemer, in een betrekkingsovereenkomst die overeenkomt met zijn restvalditeit, tenzij dit op grond van door de werkgever te stellen en zo nodig te bewijzen omstandigheden redelijkerwijs van hem niet gevegd kan worden.

2. De werknemer die minder dan 35% arbeidsongeschikt is verklaard door UWV in het kader van de uitvoering van de WIA, wordt na afloop van de salarisdoorbetalingstermijn van 2 jaar, niet ontslagen uit zijn betrekking op grond van artikel 8, vijfde lid, tenzij sprake is van een zwaarwegend dienstbelang. Van een zwaarwegend dienstbelang is in elk geval sprake indien het in dienst houden van de werknemer leidt tot ernstige financiële problemen voor de werkgever. Bij voortzetting van het dienstverband maken werkgever en werknemer afspraken over de inhoud van de functie en de daarbij behorende beloning. De afspraken in het kader van een voortzetting van het dienstverband worden schriftelijk bevestigd aan de werknemer. Het eventuele verschil tussen het oude en het nieuwe salaris wordt gedurende een periode van 5 jaar voor 65% gecompenseerd. Op deze compensatie wordt een eventueel recht van de werknemer op een wettelijke of bovenwettelijke werkloosheidsuitkering, waarvan sprake kan zijn in verband met uren- of salarisverlies, in mindering gebracht.

3. Het dienstverband van de werknemer in het tweede lid, mag in meerdere functies met een verschil van 3 of minder salarisschalen worden voortgezet.

4. De voorgaande leden zijn van toepassing met inachtneming

van de regeling ziekte en arbeidsongeschiktheid primair onderwijs (ZAPO)."

2.8. Artikel 20 van de regeling Ziekte en Arbeidsongeschiktheid primair onderwijs (hierna: ZAPO-regeling), voor zover van belang, luidt als volgt:

Lid 2: "Indien blijkt dat de werknemer op grond van ziekten of gebreken is geraakt in een toestand van blijvende ongeschiktheid om aan de aan zijn functie gestelde vereisten te voldoen, kan hij worden ontslagen, mits:

a. deze blijvende ongeschiktheid onafgebroken 2 jaar heeft geduurd en;

b. herstel binnen een periode van 6 maanden na deze 2 jaar redelijkerwijs niet is te verwachten en;

c. er bij de werkgever voor de werknemer geen reële herplaatsingsmogelijkheden zijn."

Lid 7: "Ter beoordeling van de vraag of er sprake is van een situatie, als bedoeld in het tweede lid, onderdeel c, is vereist dat de werkgever door middel van een zorgvuldig onderzoek kan aantonen dat er voor de werknemer geen reële herplaatsingsmogelijkheden zijn. Hiertoe onderzoekt de werkgever eerst of de mogelijkheid bestaat van plaatsing in een functie met passende arbeid, en daarna, indien die mogelijkheid zich niet voordoet doch niet eerder dan na afloop van het eerste ziektejaar, in een functie met gangbare arbeid."

Lid 11: "Een werknemer die door UWV in het kader van de uitvoering van de Wet WIA voor 65% of meer arbeidsongeschikt is verklaard, wordt na afloop van de termijn bedoeld in het tweede lid, niet ontslagen uit zijn dienstbetrekking op grond van arbeidsongeschiktheid tenzij sprake is van een zwaarwegend dienstbelang. Van een zwaarwegend dienstbelang is in elk geval sprake indien het in dienst houden van de werknemer leidt tot ernstige financiële problemen voor de werkgever. Bij de voortzetting van het dienstverband maken de werkgever en de werknemer afspraken over de inhoud van de functie en de daarbij behorende beloning. De afspraken in het kader van een voortzetting van het dienstverband worden schriftelijk bevestigd aan de werknemer. Het eventuele verschil tussen de oude en de nieuwe bezoldiging wordt gedurende een periode van 5 jaar voor 65% gecompenseerd. Op deze compensatie wordt een recht van de werknemer op een wettelijke of bovenwettelijke werkloosheidsuitkering ter zake van werkloosheid uit de in de eerste volzin bedoelde betrekking, in mindering gebracht."

3. [appellante] heeft de kantonrechter verzocht om STIPOR te veroordelen om aan haar de transitievergoeding te voldoen van primair € 51.135,14 bruto en subsidiair € 10.227,03 bruto, vermeerderd met rente en kosten. Zij stelde daartoe dat zij recht heeft op de wettelijke transitievergoeding ex art. 7:673 lid 1 sub a BW omdat haar arbeidsovereenkomst is opgezegd door haar werkgever door de akte van ontslag en het dienstverband ten minste 24 maanden heeft geduurd. STIPOR heeft verweer gevoerd en zich op het standpunt gesteld dat geen sprake is van een ontslag maar van een herbenoeming. De akte van ontslag was slechts een formaliteit.

4. De kantonrechter heeft het verzoek van [appellante] afgewezen en [appellante] veroordeeld in de kosten van de procedure. Daarbij heeft de kantonrechter onder andere overwogen dat de arbeidsovereenkomst feitelijk niet is beëindigd en opnieuw is aangegaan, maar ononderbroken is voortgezet, zij het onder gewijzigde voorwaarden ('wezen gaat voor schijn').

5. In hoger beroep heeft [appellante] het hof verzocht om de beschikking van de kantonrechter te vernietigen en STIPOR alsnog te veroordelen tot betaling van primair een transitievergoeding van primair € 51.135,14 bruto en subsidiair van € 10.227,03 bruto, vermeerderd met rente en kosten.

6. [appellante] heeft in haar beroepschrift twee gronden geformuleerd, waartegen STIPOR gemotiveerd verweer heeft gevoerd.

7. In de eerste grond stelt [appellante] dat de kantonrechter heeft miskend dat de arbeidsverhouding wordt beheerst door de cao, ten onrechte geen acht heeft geslagen op artikel 3.9 van de cao, in het bijzonder lid 1 en 3, en een uitleg heeft gebezigd die in strijd is met de vaste uitlegjurisprudentie van de Hoge Raad. Aan de hand van de objectieve uitlegleer van de Hoge Raad is er in de gegeven omstandigheden sprake van een beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter heeft de akte van ontslag ten onrechte uitgelegd als een functiewijziging; de akte van ontslag kan niet anders worden opgevat dan als een eenzijdige rechtshandeling gericht op de beëindiging van de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst per 1 augustus 2015. De cao geeft niet de bevoegdheid om zonder ontslag het dienstverband met een werknemer die meer dan 35% arbeidsongeschikt is voort te zetten in een andere functie die minimaal 3 salarisschalen lager ligt; tussen de oude en de nieuwe functie van [appellante] liggen 5 salarisschalen.

8. In haar tweede grond stelt [appellante] dat de kantonrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat geen sprake is van transitie naar een andere baan en daarbij miskend heeft dat de transitievergoeding een tweeledig karakter heeft. De transitievergoeding is zowel bedoeld als compensatie voor de inkomensgevolgen van het ontslag als om een overgang naar een andere baan te faciliteren. De transitievergoeding is ook verschuldigd indien de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd na twee jaar arbeidsongeschiktheid; volgens de wetgever is er geen rechtvaardiging om onderscheid te maken tussen (langdurig) arbeidsongeschikte en andere werknemers. [appellante] ondervindt negatieve inkomensgevolgen door het ontslag. Tegenover het loonverlies staat weliswaar een inkomensvoorziening via de WGA-uitkering, maar deze uitkering tezamen met het Arbeidsongeschiktheidspensioen (AAOP) en de uitkering uit de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering (IPAP) vangen slechts deels het inkomensverlies op.

9. Aldus is volgens [appellante] sprake van een opzegging door de werkgever in de zin van art. 7:673 lid 1 onderdeel a sub 1 BW en bestaat recht op een transitievergoeding.

10. STIPOR heeft erop gewezen dat artikel 3.9 lid 1 van de cao weliswaar spreekt over ontslag en het aangaan van een gelijkwaardige arbeidsovereenkomst, maar dat in de toelichting op deze bepaling wordt aangegeven dat deze cao-bepaling is overgenomen uit de ZAPO-regeling. Artikel 20 lid 2 sub c van de ZAPO-regeling bepaalt dat een werknemer pas ontslagen kan worden als er bij de werkgever voor de werknemer geen herplaatsingsmogelijkheden zijn. Lid 7 bepaalt dat de werkgever door middel van een zorgvuldig onderzoek moet kunnen aantonen dat er geen reële herplaatsingsmogelijkheden zijn. Die was er wel in de functie van onderwijsassistent, in welke functie [appellante] ook is herplaatst. Om recht te hebben op de transitievergoeding dient sprake te zijn van opzegging conform art. 7:673 lid 1 onderdeel a sub 1 BW en daarvan is geen sprake. Objectief gezien is er geen ontslag tot stand gekomen maar een herplaatsing/functiewijziging. Aanvankelijk was op de – als formaliteit afgegeven – akte van ontslag als grond vermeld ‘wederzijds goedvinden’, aangezien [appellante] het eens was met de herplaatsing. Op verzoek van [appellante] is deze grond gewijzigd naar ‘langdurige arbeidsongeschiktheid’. Aan [appellante] is een nieuwe functie aangeboden met een werktijdfactor van 1, maar zij heeft zelf gekozen voor een werktijdfactor van 0,8, waardoor sprake is van een wijziging met wederzijds goedvinden.

11. De gronden lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Het

hof is van oordeel dat uit de feitelijke situatie zoals hiervoor omschreven niet blijkt dat partijen met de ‘akte van ontslag’ en ‘akte van benoeming’ een ander doel voor ogen hadden dan herplaatsing van [appellante] bij de eigen werkgever in de voor haar passend bevonden functie van onderwijsassistent. Gesteld noch gebleken is dat partijen de bedoeling hadden om een definitief einde aan de arbeidsrelatie te maken: uit alles blijkt duidelijk dat het tegendeel het geval is en geen einde van het dienstverband werd beoogd.

12. [appellante] kan niet worden gevolgd in haar standpunt dat slechts dan sprake is van een ‘herplaatsing zonder ontslag’ als er een duidelijke en ondubbelzinnige instemming van [appellante] voorhanden zou zijn. Dat [appellante] zich heeft verzet tegen de herplaatsing in de functie van onderwijsassistent is gesteld noch gebleken. Evenmin is betwist dat sprake was van een passende functie. [appellante] is ook daadwerkelijk gaan werken in de functie van onderwijsassistent en stelt in haar verzoekschrift in hoger beroep ook dat zij blij is dat zij behouden is voor het arbeidsproces binnen STIPOR. Het hof is van oordeel dat de feitelijke situatie niet kan leiden tot een andere conclusie dan dat [appellante] door STIPOR is herplaatst in de passende functie van onderwijsassistent, welke functie [appellante] heeft aanvaard.

13. Een redelijke uitleg van de toepasselijke regelgeving – met name artikel 3.9 lid 2 sub c en lid 7 van de cao in combinatie met artikel 20 lid 2 sub c van de ZAPO-regeling – leidt tot de conclusie dat de werkgever de arbeidsverhouding met een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer slechts daadwerkelijk (dat wil zeggen: zonder de verplichting tot herplaatsing) kan beëindigen als er geen reële herplaatsingsmogelijkheden zijn in passende arbeid. Van een beëindiging van de arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:673 lid 1 BW (opzegging door de werkgever, ontbinding op verzoek van de werkgever dan wel einde van rechtswege op initiatief van de werkgever en geen voortzetting) is naar het oordeel van het hof in de gegeven omstandigheden dan ook geen sprake.

14. Dat de transitievergoeding ook is verschuldigd indien een arbeidsovereenkomst wordt beëindigd vanwege langdurige arbeidsongeschiktheid en er volgens de wetgever geen rechtvaardiging is om onderscheid te maken tussen (langdurig) arbeidsongeschikte en andere werknemers, kan niet leiden tot een ander oordeel. Uit de wetsgeschiedenis kan niet worden afgeleid dat beoogd is dat dit recht ook bestaat in de situatie waarin sprake is van herplaatsing van een (langdurig) gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer in een passende functie bij de eigen werkgever. Het standpunt van [appellante] dat een dergelijke situatie ook valt onder de gevallen waarin een transitievergoeding is verschuldigd als bedoeld in artikel 7:673 BW, vindt noch steun in de wettekst noch in de wetsgeschiedenis. Het hof is dan ook van oordeel dat de kantonrechter terecht heeft geoordeeld dat [appellante] geen recht heeft op een transitievergoeding.

15. Ten overvloede overweegt het hof dat de stelling van [appellante] dat zij inkomsten derft als gevolg van het ontslag (in welk verband [appellante] erop heeft gewezen dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat compensatie van inkomensgevolgen van het ontslag een van de doelstellingen van de transitievergoeding is), niet juist is. De inkomensachteruitgang is het gevolg van de omstandigheid dat [appellante] niet langer in staat is haar oude werk als leraar te verrichten. Niet gesteld of gebleken is immers dat als STIPOR [appellante] niet had kunnen herplaatsen en het dienstverband van [appellante] ‘slapend’ had voortgeduurd, er op STIPOR na ommekomst van twee ziektejaren nog een loondoorbetalingsverplichting had gerust. In dat geval zou evenzeer sprake zijn geweest van inkomstendering.

16. De beschikking van de kantonrechter zal gelet op het voorgaande worden bekrachtigd. [appellante] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van de procedure van het hoger beroep, welke kosten aan de zijde van STIPOR worden vastgesteld op € 718,= aan griffierecht en € 3262,= aan salaris advocaat (volgens liquidatietarief 2 punten, tarief IV).

### Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt de bestreden beschikking van de rechtbank Rotterdam, locatie Rotterdam van 5 januari 2016;
- veroordeelt [appellante] in de kosten van de procedure in hoger beroep, aan de zijde van STIPOR vastgesteld op € 718,= aan griffierecht en € 3262,= aan salaris advocaat;
- verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;
- wijst af het meer of anders verzochte.

### NOOT

1. Art. 7:673 BW bevat geen uitzondering op de verplichting tot betaling van een transitievergoeding bij een beëindiging wegens langdurige arbeidsongeschiktheid. Maar geldt die verplichting ook indien de arbeidsongeschikte werknemer in aansluiting op de beëindiging is herplaatst in een andere – lager betaalde – functie? De uitspraken van Hof Den Haag (hoger beroep van Rechtbank Rotterdam) respectievelijk Rechtbank Den Haag gaan over arbeidsongeschikte werknemers die na een ‘akte van ontslag’ via een gelijktijdige ‘akte van benoeming’ worden geplaatst in een andere functie bij de eigen werkgever.<sup>1</sup> In die andere functie ontvangen de werknemers een aanzienlijk lager salaris. Hof Den Haag oordeelt dat bij een herplaatsing van een arbeidsongeschikte werknemer geen sprake is van een beëindiging in de zin van art. 7:673 lid 1 BW. In iets andere bewoordingen komt Rechtbank Den Haag een paar dagen later in een vergelijkbare zaak tot dezelfde uitkomst. Rechtbank Den Haag beschouwt een akte van ontslag en een daarop aansluitende benoeming als een wijziging van de arbeidsvoorwaarden. De arbeidsovereenkomst is dus niet opgezegd, maar gewijzigd.

2. In de zaak bij het hof beriep de werknemer zich op de bedoeling van de wetgever. Zo heeft de regering tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid inderdaad benadrukt dat een werknemer recht heeft op een transitievergoeding bij een ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid.<sup>2</sup> Het recht op een transitievergoeding bij een dergelijk ontslag is in de lagere rechtspraak nadien bevestigd.<sup>3</sup> Uit de door de werknemer aangehaalde wetsgeschiedenis kan volgens het hof evenwel niet worden

afgeleid dat een dergelijk recht ook ontstaat ingeval de werknemer bij de *eigen* werkgever is herplaatst. Dit onderscheid zou kunnen worden gerechtvaardigd doordat bij een herplaatsing bij de eigen werkgever geen financiële ondersteuning bij een transitie naar een andere baan nodig is. De transitievergoeding beoogt volgens de regering echter twee doelen: (i) de opvang van de negatieve gevolgen van ontslag en (ii) de ondersteuning in de transitie naar een andere baan. In relatie tot het eerste doel heeft de herplaatste werknemer nog steeds een belang bij de transitievergoeding. Een uitkering wegens arbeidsongeschiktheid of werkloosheid dekt immers niet de volledige inkomensderving.

3. In relatie tot dat eerste doel van de transitievergoeding – de compensatie voor inkomensderving – gaf Hof Den Haag nog een overweging ten overvloede. Het hof constateert dat inkomensderving bij een arbeidsongeschikte werknemer niet het gevolg is van ontslag. Na twee ziektejaren vervalt de loondoorbetalingsverplichting. Zonder herplaatsing zou dus evenzeer sprake zijn geweest van inkomensderving. Het hof kon waarschijnlijk niet anders dan deze redenering aan te merken als een overweging ten overvloede, want het directe verband tussen inkomensderving en ontslag ontbreekt ook bij het ontslag van een werknemer die na twee jaar arbeidsongeschiktheid niet kan worden herplaatst. In die laatstgenoemde situatie heeft de werknemer *wel* recht op een transitievergoeding, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis en rechtspraak.

4. Deze uitspraken leiden nog tot een andere opmerkelijke tweedeling. Een langdurig arbeidsongeschikte werknemer die wordt herplaatst in een lager betaalde functie bij de eigen werkgever ontvangt geen transitievergoeding. De werknemer die na langdurige arbeidsongeschiktheid een lager betaalde functie bij een derde accepteert heeft mogelijk wel aanspraak op een transitievergoeding, namelijk indien de eerste werkgever de arbeidsovereenkomst opzegt. Resulteert deze tweedeling in een ongelijke behandeling van gelijke gevallen?

5. Zowel bij een interne als een externe herplaatsing van een arbeidsongeschikte werknemer ontbreekt een direct verband tussen het ontslag en de onvrijwillige inkomensderving. De loondoorbetalingsverplichting eindigt in beide situaties op grond van art. 7:629 BW in beginsel na twee jaar.<sup>4</sup> Beide situaties zijn qua inkomensgevolg op het eerste oog dus gelijk. Bovendien heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aangekondigd dat “het kabinet voornemens [is] 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 dan bijvoorbeeld plaatsvinden uit het Algemeen Werkloosheidsfonds, zo schrijft de minister.<sup>5</sup> (Ten tijde van het schrijven van deze annotatie was slechts een concept van een wetsvoorstel hieromtrent online te raadplegen.<sup>6</sup>) Dit voornemen bevestigt nogmaals het recht op een transitievergoeding bij ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid; ook al is de

1387

1 Hof Den Haag 6 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2590 (hoger beroep van Rb. Rotterdam 5 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2465, «JAR» 2016/144) en Rb. Den Haag 9 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:10561.

2 *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 96 (MvA). Zie ook: S.S.M. Peters, ‘Transitievergoeding: niet lappen maar kappen’, *TRA* 2015/88; M. Opdam, ‘De gevolgen van de Wet werk en zekerheid voor de positie van de zieke werknemer’, *ArbeidsRecht* 2015/23.

3 Rb. Amsterdam 6 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5741; Rb. Den Haag 17 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:5248; Rb. Noord-Holland 20 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:4704. Voor de berekening van de transitievergoeding moet volgens Rb. Gelderland 23 juni 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:3511, r.o. 4.5, worden uitgegaan van het loon dat de werknemer zou hebben genoten als hij niet arbeidsongeschikt zou zijn geweest.

4 Uiteraard heeft een werknemer bij het verrichten van passende werkzaamheden na twee jaar arbeidsongeschiktheid nog wel recht op een passend loon (onder meer: HR 8 november 1985, ECLI:NL:HR:1985:AE1082, *NJ* 1986/309, m.nt. P.A. Stein; HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0175, «JAR» 2003/04, m.nt. M.S.A. Vegter; P.C. Vas Nunes, ‘Zo iemand niet wil werken, hij ook niet ete’, *SR* 2004/17).

5 *Kamerstukken II* 2015/16, 34351, 16, p. 3-4 (brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid).

6 Geraadpleegd via: <<http://www.estibbe.com/wetgevingsoverzicht/epi/Wetgevingsoverzicht-EPI.pdf>>. Bij de Tweede Kamer is – ten tijde van het schrijven van deze annotatie – derhalve (nog) geen wetsvoorstel ingediend. Ook op <[rijksoverheid.nl](http://rijksoverheid.nl)> was geen concept raadpleegbaar.



inkomensderving wellicht het primaire gevolg van het einde van de loondoorbetalingsverplichting en niet van het ontslag.

6. De ongelijke behandeling zou wellicht kunnen worden gerechtvaardigd door de idee dat een werknemer bij een overstap naar een andere werkgever niet alleen een financieel nadeel ondervindt als gevolg van het directe inkomensverlies. Ook de investeringen van de werknemer in specifieke – op de onderneming van vorige werkgever toegespitste – kennis en vaardigheden (ook wel: *firm-specific skills*) kunnen door de overstap hun waarde verliezen. Vanuit dat perspectief zijn de verschillen tussen een interne en een externe herplaatsing voor de toekenning van de transitievergoeding wellicht toch gerechtvaardigd. De verloren investeringen bij een externe herplaatsing moeten worden gecompenseerd, zo kan worden betoogd. Als de werknemer wordt herplaatst bij de eigen werkgever, dan is verdedigbaar dat de investeringen in *firm-specific skills* niet (volledig) verloren gaan.<sup>7</sup> Het verlies van verloren investeringen valt echter niet eenvoudig te rijmen met het (hybride) doel van de transitievergoeding. Betoogd zou kunnen worden dat de compensatie voor verloren investeringen aansluit bij het tweede doel van de transitievergoeding, namelijk de financiële ondersteuning bij de transitie naar een andere baan. De werknemer is echter al herplaatst bij een derde en heeft dus geen financiële ondersteuning bij die transitie meer nodig. En voor zover de transitievergoeding strekt tot compensatie van inkomensverlies is de ongelijke behandeling niet gemakkelijk te rechtvaardigen.

7. De wetgeschiedenis biedt bij een herplaatsing van een arbeidsongeschikte werknemer bij een derde wellicht toch nog enige ruimte geen transitievergoeding te betalen, althans in sommige gevallen. De regering heeft tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid opgemerkt dat – zeer verkort samengevat – een werknemer geen aanspraak heeft op een transitievergoeding indien hij zijn werkzaamheden kan voortzetten bij een opvolgende werkgever na een aanbestedingsprocedure, ook al zegt de verliezer van de aanbesteding de arbeidsovereenkomst op. Hetzelfde heeft de regering verkondigd in relatie tot een werknemer die na een uitzendperiode in dienst treedt bij de inlener en zijn werkzaamheden voortzet.<sup>8</sup> De wetgeschiedenis wijkt op dit punt dus af van de tekst van art. 7:673 BW. De uitzondering kan worden gezien als het ‘neveneffect’ van opvolgend werkgeverschap. Kort gezegd, bij een voortzetting van het ‘eigen

werk’ via een formeel andere werkgever bestaat geen aanspraak op een transitievergoeding tijdens de werkgeverswissel.

8. Stel dat de arbeidsongeschikte werknemer vanaf zijn tweede ziektejaar in het kader van de re-integratie is gedetacheerd bij een derde en na het einde van het tweede ziektejaar bij die derde in dienst treedt en dezelfde werkzaamheden voortzet. In lijn met de uitzonderingen in de wetgeschiedenis zou wellicht kunnen worden betoogd dat de arbeidsongeschikte werknemer zijn eigen werkzaamheden voortzet via een andere werkgever – en daarom geen aanspraak bestaat op een transitievergoeding vanwege het neveneffect van opvolgend werkgeverschap. Tegen die redenering pleit echter dat de passende arbeid tijdens re-integratie niet de bedongen arbeid wordt, zo blijkt uit art. 7:629 lid 12 BW. De passende arbeid is dus nog niet formeel het ‘eigen werk’ van de werknemer. Bovendien leidt de redenering tot willekeur: een werknemer ontvangt mogelijk geen transitievergoeding als hij bijvoorbeeld al enkele weken op detacheringbasis bij de toekomstige werkgever werkzaam is, maar wel als de herplaatsing direct aansluit op het ontslag bij de eerste werkgever. Daarnaast heeft Rechtbank Midden-Nederland in relatie tot een werkgeverswissel als gevolg van een aanbestedingsprocedure onlangs juist een uitzondering op de uitzondering gemaakt. Volgens de rechtbank heeft een werknemer – kort samengevat – wel recht op een transitievergoeding bij een werkgeverswissel, indien de werknemer bij een winnaar van een aanbesteding zijn werkzaamheden tegen een kleinere arbeidsomvang en lager salaris voortzet.<sup>9</sup> Ook een herplaatsing na arbeidsongeschiktheid leidt in veel gevallen tot een inkomensverlies. In een nog recentere uitspraak oordeelde Hof Den Bosch dat opvolgend werkgeverschap überhaupt niet in de weg staat aan de verplichting tot betaling van de transitievergoeding door de eerste werkgever tijdens de werkgeverswissel. Voor de aanspraak op een transitievergoeding is doorslaggevend op wiens initiatief de arbeidsovereenkomst is geëindigd, zo overweegt Hof Den Bosch. Opvolgend werkgeverschap kan een belangrijke aanwijzing zijn ter ondersteuning van de conclusie dat het initiatief bij de werknemer ligt, maar meer ook niet.<sup>10</sup>

9. De Haagse uitspraken sluiten aan bij de veelgehoorde kritiek dat een transitievergoeding na twee jaar arbeidsongeschiktheid tot te hoge lasten voor de werkgever leidt. Het wettelijke uitgangspunt blijft echter dat een werknemer bij een ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid recht heeft op een transitievergoeding. In voornoemde uitspraken werden de werknemers herplaatst in een andere functie bij de eigen werkgever; de rechters beschouwden de akte van ontslag daarom niet als opzegging althans beëindiging in de zin van art. 7:673 BW. Dit onderscheid leidt mogelijk tot een opmerkelijke tweedeling tussen een interne en een externe herplaatsing. Die problematiek overstijgt overigens de casuïstiek omtrent herplaatsing van arbeidsongeschikte werknemers en speelt ook een rol bij een herplaatsing wegens bedrijfseconomische omstandigheden of een zogeheten deeltijdontslag.<sup>11</sup>

10. De wetgever beoogt met de strikte systematiek van art. 7:673 BW discussies omtrent de verwijtbaarheid van het ontslag te minimaliseren en juridische procedures te voorkomen. Bij een

7 Zie over het verband tussen *firm-specific skills* en ontslag onder meer: J.M. Barendrecht, ‘Civielrechtelijke ontslagbescherming?’, *TVVS* 1994/14; J.M. Barendrecht, ‘Een verfijndere kantonrechtserformule: de beste basis voor ontslagbescherming’, *ArbeidsRecht* 2004/38; W. Njoya, ‘Employee Ownership and Efficiency: An Evolutionary Perspective’, *Industrial Law Journal* 2004-3, p. 211-241; D. Scheele, J.J.M. Theeuwes & G.J.M. de Vries (red.), *Arbeidsflexibiliteit en ontslagrecht*, Den Haag/Amsterdam: WRR/Amsterdam University Press 2007, p. 239-254 (ook online <www.wwr.nl>); M.M. Blair, ‘Firm-Specific Human Capital and Theories of the Firm’, in: M.M. Blair & M.J. Roe (red.), *Employee and Corporate Governance*, Washington DC: Brookings Institution Press 1999, p. 58-90; ‘Opvolgend werkgeverschap en anciënniteit’, *ArA* 2015-3, 24-27.

8 *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 14-15 (MvA); *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, E, p. 6-7 en 12 (NV); *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 73 (NV). Aldus ook: J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 210-212; R.M. Beltzer e.a., *Handboek Wet werk en zekerheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 39-40; F.G. Laagland & I. Lintsen, ‘Werkgeverschap in concernthoudingen’, *TRA* 2016/13; P. de Casparis, *Flexibele arbeidsrelaties*, C.40.8.2, laatst bijgewerkt op 8 september 2016; ‘Opvolgend werkgeverschap vanaf 1 juli 2015: een overzicht’, *TAP* 2015/117.

9 Rb. Midden-Nederland 25 mei 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2901, «JAR» 2016/153, m.nt. A.M. Helstone, *TRA* 2016/72, m.nt. J.N. Stamhuis, «JOR» 2016/254, m.nt. E. Loesberg.

10 Hof Den Bosch 27 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4808, r.o. 3.14-16.

11 Zie in relatie tot deeltijdontslag: C.S.M. Allegra, ‘Deeltijdontslag en transitievergoeding: is bij deeltijdontslag de gehele transitievergoeding verschuldigd?’, *ArbeidsRecht* 2016/13; Brochure van Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, *De transitievergoeding*, <www.rijksoverheid.nl>.

herplaatsing wegens arbeidsongeschiktheid (of bedrijfseconomische omstandigheden) speelt verwijtbaarheid echter lang niet altijd een rol. Wellicht zouden rechters in dergelijke – meer ‘neutrale’ – situaties in sommige gevallen toch een afwijking op de strikte toepassing van art. 7:673 BW kunnen toestaan, bijvoorbeeld in de vorm van een pro rata betaling van een transitievergoeding. Bij een opzegging of ontbinding (of een einde van rechtswege) volgt dan een pro rata betaling van de transitievergoeding, ingeval de werknemer na het einde van de arbeidsovereenkomst wordt herplaatst tegen een lager salaris bij dezelfde werkgever. (Bij een herplaatsing bij een andere werkgever ligt een pro rata betaling minder snel voor de hand, behalve wellicht in gevallen van opvolgend werkgeverschap.) De berekening van de pro rata betaling is dan vereenvoudigd weergegeven als volgt: pro rata transitievergoeding = dienstjaren tot aan ‘tussentijds’ ontslag x oude maandsalaris x nieuwe maandsalaris/oude maandsalaris.<sup>12</sup> Het pro rata betaalde deel moet dan bij een eventueel daarop volgend (‘tweede’) ontslag niet op grond van art. 7:673 lid 5 BW in mindering worden gebracht. Anders wordt de werknemer bij het volgende ontslag benadeeld. Indien de pro rata betaling het gevolg is van een beëindiging wegens arbeidsongeschiktheid (en aansluitende herplaatsing in een lager betaalde functie) zou, vanuit het oogpunt van een evenwichtige verdeling van de lasten, die werkgever eveneens voor deze kosten moeten worden gecompenseerd conform het hiervoor genoemde voornemen van de minister.

11. Afhankelijk van de concrete uitwerking van de door de minister voorgestelde compensatie vanuit het Algemeen werkloosheidsfonds, zou een werkgever zelfs een belang kunnen hebben bij een volledige uitbetaling (dus niet pro rata) van de transitievergoeding voorafgaande aan de herplaatsing van de arbeidsongeschikte werknemer in een lager betaalde functie bij dezelfde werkgever. Indien de transitievergoeding ook in die situatie volledig wordt gecompenseerd, bespaart de werkgever aanzienlijke kosten bij een ‘tweede’ ontslag in de toekomst. Bij een eventueel toekomstig ontslag vanuit de nieuwe functie, kan de werkgever de eerder betaalde – en door de overheid gecompenseerde – transitievergoeding op grond van art. 7:673 lid 5 BW in mindering brengen op de bij dat tweede ontslag te betalen transitievergoeding. Ingeval de werkgever de eerder betaalde transitievergoeding vervolgens volledig in mindering mag brengen op de tweede transitievergoeding en dus niet slechts een pro rata deel in mindering mag brengen, kan dat zelfs tot gevolg hebben dat de werknemer bij het tweede ontslag überhaupt geen transitievergoeding ontvangt. (De tweede transitievergoeding is namelijk berekend over een lager loon terwijl de vorige transitievergoeding was gebaseerd op een veel hoger salaris. De ‘extra’ dienstjaren na het eerste ontslag compenseren dat verschil niet volledig.) Voor de uitwerking van het nieuwe wetsvoorstel omtrent de compensatie voor de transitievergoeding is deze thematiek derhalve nog een belangrijk aandachtspunt.

S. Palm  
Ploum Lodder Princen

<sup>12</sup> Zie voor de beloningscomponenten die meewegen bij de berekening van de transitievergoeding: ‘Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding’, *Stb.* 2014, 538.

215

Gerechtshof 's-Hertogenbosch  
6 september 2016, nr. 200.195.036/01  
ECLI:NL:GHSHE:2016:4043  
(mr. Smeenk-van der Weijden, mr. Van Ham,  
mr. Henzen)  
Noot F. Panis

**Onrechtmatige daad. Duits bedrijf. Arbeidsongeschiktheid. Loondoorbetalingsverplichting. Informatieplicht. Tekortkoming. Geen causaal verband.**

**Geen onrechtmatige daad van (voormalig) werkgeefster bij overgang van onderneming. Werkgeefster heeft niet voldaan aan informatieverplichting. Geen causaal verband met schade. Nadelen werknemer zijn terug te voeren op het feit dat hij een nieuwe arbeidsovereenkomst is aangegaan met overnemende partij.**

[BW art. 6:162; BW art. 7:662, 7:663]

*Werknemer is sinds 2001 werkzaam geweest bij (de rechtsvoorganger van) werkgeefster, aanvankelijk als steigerbouwer en naderhand als steigerinspecteur. Op 29 mei 2015 is aan alle werknemers van werkgeefster die niet op een vaste locatie waren geplaatst meegedeeld dat de buitendienst waarin zij werkzaam zijn, is verkocht aan het Duitse bedrijf Gerüstbau Block GmbH (hierna: Block). De werknemers, waaronder werknemer, zijn per 1 juni 2015 in dienst getreden bij Block. Er is sprake van een overgang van onderneming. Werknemer is op 17 juni 2015 arbeidsongeschikt geraakt. Op grond van het Duitse recht heeft de werkgeefster tijdens de arbeidsongeschiktheid van de werknemer gedurende zes weken een loondoorbetalingsverplichting. Daarna neemt de Krankenkasse zeventig procent van de loondoorbetaling over gedurende maximaal 78 weken. Als de maximale uitkeringsduur is bereikt kan een in Nederland wonende werknemer met een Duitse werkgeefster in beginsel een zogeheten Erwerbsminderungsrente aanvragen. Werknemer is op 31 augustus 2015 weer arbeidsgeschikt verklaard en heeft zijn werkzaamheden hervat, maar is op 25 september 2015 opnieuw uitgevallen vanwege arbeidsongeschiktheid. Block heeft op 11 november 2015 de loonbetaling gestaakt. Volgens werknemer komt hij niet in aanmerking voor de Erwerbsminderungsrente nu hij nog geen vijf jaar verzekerd is in Duitsland. Volgens werknemer komt hij evenmin in aanmerking voor een WIA-uitkering, omdat de naar Nederlands recht geldende wachttijd van 104 weken nog niet verstreken is. Werknemer vordert dat werkgeefster wordt veroordeeld om het dienstverband met hem op de oude voorwaarden te herstellen. Aan de vordering heeft werknemer ten grondslag gelegd dat werkgeefster een onrechtmatige daad jegens hem heeft gepleegd doordat zij hem niet tijdig heeft geïnformeerd over de gevolgen die de overgang van onderneming voor hem zou hebben. Het hof oordeelt als volgt. Tussen partijen is niet in geschil dat sprake is van een overgang van onderneming, zodat werknemer op maandag 1 juni 2015 van rechtswege bij Block in dienst is gekomen met behoud van alle uit de arbeidsovereenkomst met werkgeefster behorende rechten en verplichtingen (art. 7:662 en 7:663 BW). Voorts staat tussen partijen vast dat werknemer daarvan op de hoogte is gesteld op vrijdag 29 mei 2015. Het hof is voorshands van oordeel dat werkgeefster daarmee niet aan haar informatieverplichting heeft voldaan. Immers, bij een overgang van onderneming dient de werkgever de werknemers voldoende openheid van zaken*