

gerechtshof geen gebruik van de geboden opening om tot een bevredigende uitspraak te komen.

Ook de Hoge Raad ziet geen aanleiding om uitdrukkelijk een correctie te overwegen op grond van art. 6:248 BW. Het blijkt niet nodig. De Hoge Raad wijst op hetgeen hij heeft geoordeeld in het *DSM/Fox*-arrest, over de verhouding tussen de Haviltex-norm en de cao-norm. Beide uitlegmaatstaven hebben de gemeenschappelijke grondslag dat bij de uitleg van een schriftelijk contract telkens van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven redelijkheid en billijkheid meebrengen. Een van de cao-norm afwijkende uitleg is dus denkbaar voor de onderhavige situatie. Het gerechtshof heeft miskend dat de feiten en omstandigheden van het geval meebrengen dat bij uitleg van het sociaal plan mede betekenis toekomt aan de voor derden niet kenbare bedoelingen van de opstellers van het sociaal plan. Daarbij gaat het onder meer om de garantstelling van Condor voor het nakomen van de verplichtingen uit het sociaal plan; de lange looptijd van het sociaal plan (tot ver na de reorganisatie); de gang van zaken tijdens de onderhandelingen tussen de contractspartijen bij het sociaal plan en de instemming van de ondernemingsraad met de reorganisatie, waarbij hij is uitgegaan van de informatie dat het sociaal plan ook bij faillissement zou worden gehanteerd voor de Achterblijvers.

De Hoge Raad oordeelt dat de (rigide en begrensde) toepassing van de cao-norm in onderhavig geval niet gerechtvaardigd is in het licht van de ratio voor de norm. Er is geen plek voor de gedachte dat de Achterblijvers in bescherming moeten worden genomen tegen een door Condor gehanteerde uitleg, door niet objectief kenbare partijbedoelingen (die juist in het belang van de Achterblijvers zijn) buiten beschouwing te laten. De enige partij die daarbij gebaat is, is Condor. Het beschermingselement van de cao-norm is uiteraard niet – juist niet – bedoeld om tot profijt van een contractspartij te dienen. Ook het andere element van de ratio achter de cao-norm, het nastreven van rechtszekerheid door middel van een eenvormige uitleg, is in onderhavige geval niet in geding. Ossfloor is inmiddels failliet en alle Achterblijvers procederen (samen met FNV) tegen Condor. Iedere tekstinterpretatie, ongeacht haar inhoud, zal derhalve van uniforme toepassing zijn.

De Hoge Raad heeft met zijn arrest geen nieuwe uitleg gegeven aan de cao-norm waarmee wordt afgeweken van de (voorheen) heersende leer. Veeleer is thans een concrete casus gekwalificeerd als voorbeeld van een situatie waarin de omstandigheden van het geval beslissend zijn – conform het *DSM/Fox*-arrest – voor het afwijken van de norm. In de praktijk zal de cao-norm overwegend van toepassing blijven op contractsbepalingen die naar hun aard bestemd zijn de rechtspositie van derden te beïnvloeden. Het zal niet zo zijn dat de interpretatie van ieder willekeurig sociaal plan vanaf heden gelegenheid en aanleiding biedt voor afwijking. Echter, als de aanspraak van de derde is gericht tegen een contractspartij, het in belang van betreffende derde is om niet kenbare partijbedoelingen mee te wegen en de belangen van overige derden partijen eenvormig blijven behartigd althans niet worden benadeeld, dan is er geen reden om gedwongen 'loyaal' te blijven aan de cao-norm vanwege de daarmee gediende derdenbescherming en rechtszekerheid. In voorkomend geval spelen beide elementen geen rol.

Al met al een wat mij betreft bevredigende uitkomst, zij het onder het voorbehoud dat het Gerechtshof 's-Hertogenbosch op basis van de verwijzing van de Hoge Raad (en de instructies in zijn arrest) tot een uitspraak komt die beter recht doet aan de situatie.

I.D. Hoekerd
Baker & McKenzie Amsterdam N.V.

3
Gerechtshof Den Haag 14 september 2016, nr. 200.190.955/01 ECLI:NL:GHDHA:2016:2676 (mr. Frikkee, mr. Van de Ven, mr. Joustra) Noot S. Palm
Einde van rechtswege. Voortzetting arbeids-overeenkomst. Ragetlie. Arbeidsongeschied-heid.
Arbeidsovereenkomst, aangegaan voor WWZ, eindigt niet van rechtswege. Onder 'voortgezet' in de zin van art. 7:667 lid 4 (oud) BW is mede te verstaan de situatie waarin een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer in passende arbeid bij de eigen werkgever wordt herplaatst.
[BW art. 7:667 lid 4 (nieuw en oud)]

Werknemer is op 1 november 2001 bij Tebodin in dienst getreden in de functie van Consultant voor 41,5 uren per week. In januari 2012 is werknemer uitgevallen wegens ziekte. Het UWV heeft aan Tebodin bij brief van 14 november 2013 een loonsanctie opgelegd omdat de tweede spoor-re-integratie volgens het UWV te laat was ingezet.

Met ingang van januari/februari 2014 is werknemer gedurende twintig uur per week werkzaamheden gaan verrichten behorend bij de (later geformaliseerde) functie van QOHSE Coördinator. In augustus 2014 heeft werknemer een vaststellingsovereenkomst getekend waardoor de arbeidsovereenkomst van 1 november 2001 op 22 augustus 2014 met wederzijds goedvinden is beëindigd. Per diezelfde datum – 22 augustus 2014 – zijn Tebodin en werknemer een arbeidsovereenkomst aangegaan voor bepaalde tijd (tot 31 december 2015) voor de functie van QOHSE Coördinator West. Bij brief van 9 november 2015 heeft Tebodin aan werknemer bericht: "Hiermee bevestigen wij u dat uw dienstverband wordt beëindigd met ingang van 1 januari 2016." Werknemer heeft de kantonrechter verzocht – zakelijk weergegeven – Tebodin te veroordelen de arbeidsovereenkomst met werknemer te herstellen, hem weer toe te laten tot zijn functie van QOHSE Coördinator West en het achterstallige salaris te voldoen. De kantonrechter heeft de verzoeken van werknemer toegewezen, met uitzondering van het verzoek om de arbeidsovereenkomst te herstellen (omdat de kantonrechter van oordeel was dat de arbeidsovereenkomst niet was geëindigd). Tebodin is in hoger beroep gekomen en heeft vier grieven gericht tegen de beschikking van de kantonrechter. Het verweer van werknemer strekt tot afwijzing van het hoger beroep.

Grief 1 richt zich tegen de navolgende overweging van de kantonrechter bij de vaststelling van de feiten onder 2.1: "(...) in december 2013 was er een interne vacature voor de functie van QOHSE Coördinator West. In januari 2014 is werknemer in die functie begonnen voor 20 uren per week en is de re-integratie tweede spoor stopgezet (...)." Anders dan Tebodin in haar toelichting op deze grief heeft betoogd, blijkt uit niets dat Tebodin de functie van QOHSE-coördinator als passende functie voor werknemer heeft gecreëerd. Dat sprake was van een tijdelijke functie, zoals Tebodin eveneens heeft betoogd ter toelichting op deze grief en volgens Tebodin door de kantonrechter bij de vaststaande feiten had moeten worden vermeld, is door werknemer betwist en kan derhalve niet als vaststaand feit worden aangemerkt. Grief 1 faalt derhalve. Grief 2 en 3 – zakelijk weergegeven – richten zich tegen het oordeel van de kantonrechter dat de onderhavige kwestie dient te worden beoordeeld naar nieuw recht, dus art. 7:667 lid 4 BW zoals dat luidt

vanaf 1 juli 2015. Het hof oordeelt als volgt. Op het moment dat een nieuwe arbeidsovereenkomst wordt gesloten tussen dezelfde partijen, is voldaan aan het criterium “opgevolgd” van art. 7:667 lid 4 (nieuw) BW. Of de opvolgende arbeidsovereenkomsten voor wat betreft aard en vaardigheden (en de identiteit van de overeenkomst) niet al te zeer van elkaar verschillen, was wel van belang bij het criterium “voortgezet” – daarover zijn partijen het eens en zo volgt ook uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad inzake de Ragetlie-regel – maar is niet van belang bij het criterium “opgevolgd”. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever met de gewijzigde term “opgevolgd” heeft willen aansluiten bij de formulering van de ketenregeling van art. 7:668a lid 1 onderdeel a BW (Kamerstukken II 2013/14, 33988, 3, p. 11). Het hof is met de kantonrechter van oordeel dat er geen aanknopingspunten in de wetsgeschiedenis zijn om aan te nemen dat het overgangsrecht op dit punt een leemte inhoudt die meebrengt dat het oude recht van toepassing is. Het hof is bovendien van oordeel dat toepassing van de nieuwe bepaling in dit geval niet tot een andere uitkomst leidt dan toepassing van de oude bepaling. Onder het criterium “voortgezet” ex art. 7:667 lid 4 (oud) BW is mede te verstaan de situatie waarin een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer in het kader van diens re-integratie een andere passende functie bij de eigen werkgever is gaan vervullen. In de situatie waarin de werkgever aldus invulling geeft aan zijn re-integratieverplichting ex art. 7:658a BW is niet van belang of de nieuwe functie wezenlijk verschilt van de oude functie. Dit houdt immers verband met de arbeidsmogelijkheden van de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer, die in passende arbeid wordt herplaatst bij zijn eigen werkgever. De conclusie is dat ook de grieven 2 en 3 falen. Het hof bekrachtigt de bestreden beschikking van de Kantonrechter Den Haag van 21 april 2016.

Tebodin Netherlands B.V.,
gevestigd te Den Haag,
verzoekster (in hoger beroep),
hierna te noemen: Tebodin,
advocaat: mr. P.H. Mahieu te Den Haag,
tegen
[geïntimeerde],
wonende te Voorschoten,
verweerder (in hoger beroep),
hierna te noemen: [geïntimeerde],
advocaat: mr. J.P.L.C. Dijkgraaf te Den Haag.

Hof:

Het geding

Bij beroepschrift, ingekomen bij het hof op 9 mei 2016, is Tebodin in hoger beroep gekomen van de tussen partijen gegeven beschikking van de rechtbank Den Haag, team kanton Den Haag (hierna: de kantonrechter), van 21 april 2016 (ECLI:NL:RBDHA:2016:5600). [geïntimeerde] heeft een verweerschrift ingediend. Op 4 juli 2016 heeft de mondelinge behandeling plaatsgevonden ten overstaan van de raadsheer-commissaris en de griffier, waarbij partijen de zaak hebben doen bepleiten door hun voornoemde advocaten, mr. Mahieu aan de hand van pleitaantekeningen. Van de mondelinge behandeling is proces-verbaal opgemaakt, waarin abusievelijk is opgemerkt dat ook mr. Dijkgraaf pleitaantekeningen heeft overgelegd. Volgens is een datum voor de uitspraak bepaald.

Beoordeling van het hoger beroep

1. De kantonrechter heeft in de bestreden beschikking onder 2.1 tot en met 2.6 een aantal feiten vastgesteld. Over die feiten bestaat in hoger beroep geen geschil, met uitzondering van een

passage onder 2.1 waartegen grief 1 zich richt en waarop hierna bij de beoordeling van deze grief zal worden geoordeeld.

2. 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. [geïntimeerde] is geboren op [geboortedatum]. Hij is op 1 november 2001 bij Tebodin in dienst getreden in de functie van Consultant voor 41,5 uren per week.

2.2. In januari 2012 is [geïntimeerde] uitgevallen wegens ziekte. Hij heeft als gevolg van deze ziekte niet aangeboren hersenletsel opgelopen. Na een lange periode van (gedeeltelijke) arbeidsongeschiktheid is uit arbeidsdeskundig advies gebleken dat de functie van Consultant niet meer geschikt is voor [geïntimeerde]. Re-integratie tweede spoor is toen ingezet.

2.3. Het UWV heeft aan Tebodin bij brief van 14 november 2013 een loonsanctie opgelegd omdat de tweede spoor re-integratie volgens het UWV te laat was ingezet. Als gevolg van de opgelegde loonsanctie is de loondoorbetalingsverplichting met een jaar verlengd tot 6 januari 2015.

2.4. In een memo van 2 december 2013 met als onderwerp “Organizational Changes – Tebodin West” wordt een aantal wijzigingen binnen de organisatie van Tebodin (West) aangekondigd. In een organogram getiteld “Tebodin Netherlands West” staat vermeld: “QOHSE Vacancy”.

2.5. In een e-mail van 13 december 2013 schrijft [geïntimeerde] aan [betrokkene]:

“Met interesse heb ik kennis genomen van de organisatorische wijzigingen die plaats gaan vinden bij Tebodin West. Op Share Portal las ik de aankondigingen die jij eerder mondeling aan ons had overgebracht. Het bijgevoegde organisatiediagram laat een vacante positie zien op QOSHE. Hoewel ik nog geen formele vacature heb gezien, zou ik graag met jou van gedachten wisselen over de inhoud van deze functie, aangezien deze noodloos lijkt aan te sluiten bij mijn kennis, ervaring, mogelijkheden en ambitie (...)”

2.6. In een e-mailbericht van 16 januari 2014 schrijft [betrokkene] aan [HR adviseur]:

“(...) Bijgaand het profiel van een QOSHE coordinator. Detail zijn te vinden in de TQS en QHSE manuals (...)”

2.7. In een verslag getiteld “2e evaluatie Wet poortwachter 2e spoor” van N.A.H. Reïntegratie van 21 januari 2014 staat voor zover van belang:

“Cliënt heeft gereageerd op een vacature binnen Tebodin, QOHSE Coördinator Tebodin West. Afgelopen maandag heeft cliënt een gesprek gevoerd (...) Tebodin wil graag, naast de reguliere QOHSE coördinatie, gedurende een periode van twee jaar, het niveau van QOHSE in Tebodin West verbeteren. (...) Alle partijen zijn het erover eens dat de kennis en ervaring van cliënt goed aansluit bij deze functie. (...) Gert Jan [HR adviseur] neemt contact op met de arbeidsdeskundige Dorothee Mulders voor overleg. Ook neemt Gert Jan contact op het met UWV om het een en ander te overleggen cq af te stemmen. Afsproken is dat, indien de functie daadwerkelijk aangeboden wordt (...)”

2.8. Met ingang van januari/februari 2014 is [geïntimeerde] gedurende 20 uur per week werkzaamheden gaan verrichten behorend bij de (later geformaliseerde) functie van QOHSE Coördinator.

2.9. In een emailbericht van 6 februari 2014 schrijft [HR adviseur], HR adviseur (hierna: [HR adviseur]) aan [geïntimeerde]:

“(...) Hierbij de bevestiging dat jij vanaf 17 feb de rol van QOHSE coordinator West gaat vervullen. (...) zetten we in op 17 feb als formele startdatum. Uiteraard kunnen parallel al werkzaamheden voor QOHSE West worden opgepakt (...) Vooralsnog betreft dit een tijdelijke rol voor naar verwachting 2 jaar (...)”

2.10. Bij e-mailbericht van 5 mei 2014 schrijft [HR adviseur] aan [geïntimeerde]:

“(…) Functie als coordinator QOHSE West. (...) Bij een positieve evalueerbaarheid en overeenstemming over bovenstaande willen wij medio maart weer richting UWV (...) Wij geven aan welke functie en voorwaarden wij jou bieden. Verzoek tot stopzetten loondoorbetalingsplicht en alsnog overgaan tot wia beoordeling. Naar verwachting zal UWV dan eea honoreren en overgaan tot een uitspraak over jouw arbeidsongeschiktheid. Zodra wij deze bevestiging hebben zullen wij jouw huidige arbeidsovereenkomst beëindigen via een vaststellingsovereenkomst obv 2 jaar ziekte, per direct en zonder vergoeding. Per diezelfde datum nieuwe arbeidsovereenkomst onder bovengenoemde voorwaarden. (...)”

2.11. Bij beslissing van 25 juli 2014 heeft het UWV aan Tebodin meegedeeld dat zij haar tekortkoming(en) in de re-integratieverplichtingen jegens [geïntimeerde] heeft hersteld en is de periode waarin Tebodin uit hoofde van de opgelegde loonsanctie het loon aan [geïntimeerde] moet doorbetalen verkort tot 22 augustus 2014.

2.12. In augustus 2014 heeft [geïntimeerde] een vaststellingsovereenkomst getekend waardoor de arbeidsovereenkomst van 1 november 2001 op 22 augustus 2014 met wederzijds goedvinden is beëindigd.

2.13. Per diezelfde datum – 22 augustus 2014 – is tussen Tebodin en [geïntimeerde] een arbeidsovereenkomst aangegaan voor bepaalde tijd voor de functie van QOHSE Coördinator West tegen een salaris van € 2150,05 bruto per maand, exclusief 8% vakantietoeslag. Deze arbeidsovereenkomst liep tot 31 december 2015.

2.14. Bij brief van 9 november 2015 heeft Tebodin aan [geïntimeerde] onder meer het volgende bericht:

“Hiermee bevestigen wij u dat uw dienstverband wordt beëindigd met ingang van 1 januari 2016. Op grond van artikel 7:673 BW zal aan u een transitievergoeding ter hoogte van € 12.384,= bruto worden uitgekeerd. (...)”

2.15. Bij brief van 7 december 2015 heeft de gemachtigde van [geïntimeerde] aan Tebodin bericht dat [geïntimeerde] in verband met de toepasselijkheid van de Ragetlie-regel een arbeidsovereenkomst heeft voor onbepaalde tijd en de arbeidsovereenkomst dus niet eindigt per 1 januari 2016. Voorts is in deze brief verzocht om een bevestiging dat [geïntimeerde] ook na 1 januari 2016 zijn werkzaamheden kan voortzetten en dat zijn loon wordt doorbetaald.

2.16. Bij e-mailbericht van 17 december 2015 heeft Tebodin aan de gemachtigde van [geïntimeerde] bericht dat zij van mening is dat de Ragetlie-regel niet van toepassing is omdat daarvoor vereist is dat de functie onveranderd blijft, hetgeen hier niet het geval is.

2.17. [geïntimeerde] is met ingang van 1 januari 2016 niet meer toegelaten tot het werk.

3. [geïntimeerde] heeft de kantonrechter verzocht – zakelijk weergegeven – Tebodin te veroordelen de arbeidsovereenkomst met [geïntimeerde] te herstellen, hem weer toe te laten tot zijn functie van QOHSE Coördinator West en het achterstallige salaris over de maanden januari tot en met maart 2016 te voldoen. Daarbij heeft [geïntimeerde] zich beroepen op art. 7:667 lid 4 BW, waarin is bepaald dat indien een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd binnen zes maanden wordt opgevolgd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, deze laatste arbeidsovereenkomst niet van rechtswege eindigt maar dient te worden opgezegd (met toestemming UWV). De kantonrechter heeft de verzoeken van [geïntimeerde] toegewezen, met uitzondering van het verzoek om de arbeidsovereenkomst te her-

stellen (omdat de kantonrechter van oordeel was dat de arbeidsovereenkomst niet was geëindigd).

4. Tebodin is in hoger beroep gekomen en heeft vier grieven gericht tegen de beschikking van de kantonrechter. Het verweer van [geïntimeerde] strekt tot afwijzing van het hoger beroep.

5. Grief 1 richt zich tegen de navolgende overweging van de kantonrechter bij de vaststelling van de feiten onder 2.1: “(...) in december 2013 was er een interne vacature voor de functie van QOHSE Coördinator West. In januari 2014 is werknemer in die functie begonnen voor 20 uren per week en is de re-integratie tweede spoor stopgezet (...)”.

Anders dan Tebodin in haar toelichting op deze grief heeft betoogd, blijkt uit niets dat Tebodin de functie van QOHSE coördinator als passende functie voor [geïntimeerde] heeft gecreëerd. Uit de overgelegde stukken (zoals genoemd onder 2.4 t/m 2.7) en de ter zitting bij het hof door [HR adviseur] gegeven toelichting, volgt naar het oordeel van het hof dat Tebodin besloten had om tijdelijk ‘een extra impuls’ te geven aan het QOHSE werk, in verband waarmee op het organogram (zie 2.4) een vacature (‘vacancy’) voor de functie van QOHSE Coördinator was vermeld. [geïntimeerde] heeft vervolgens zelf contact gezocht om zijn interesse kenbaar te maken, zoals [HR adviseur] ter zitting ook heeft bevestigd. Daarna zijn partijen in overleg getreden over de vervulling van de functie door [geïntimeerde]. Dat de vacature formeel nog niet was ‘opengesteld’, zoals Tebodin heeft gesteld, doet aan het voorgaande niet af. Dat sprake was van een tijdelijke functie, zoals Tebodin eveneens heeft betoogd ter toelichting op deze grief en volgens Tebodin door de kantonrechter bij de vaststaande feiten had moeten worden vermeld, is door [geïntimeerde] betwist en kan derhalve niet als vaststaand feit worden aangemerkt. Grief 1 faalt derhalve.

6. Grief 2 en 3 – zakelijk weergegeven – richten zich tegen het oordeel van de kantonrechter dat de onderhavige kwestie dient te worden beoordeeld naar nieuw recht, dus artikel 7:667 lid 4 BW zoals dat luidt vanaf 1 juli 2015. Uit de tekst van artikel 7:667 lid 4 BW (nieuw) volgt dat indien een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is *opgevolgd* door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, de arbeidsovereenkomst niet van rechtswege eindigt. Tebodin heeft betoogd dat omdat de Wwz op 22 augustus 2014, toen de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd werd gesloten, nog niet van toepassing was, het einde van deze arbeidsovereenkomst naar oud recht dient te worden beoordeeld, zodat het criterium niet *opgevolgd* moet zijn, maar *voortgezet*, zoals artikel 7:677 (oud) BW bepaalt. In dit verband stelt Tebodin zich op het standpunt dat de nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wezenlijk verschilt van de oude arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en daarom niet aan het criterium ‘voortgezet’ is voldaan.

7. Het hof oordeelt als volgt. In art. 7:667 lid 4 BW (oud) was bepaald dat indien een voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst, die anders dan door rechtsgeldige opzegging of ontbinding door de rechter is geëindigd, wordt *voortgezet* door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met een tussenpoos van niet meer dan drie maanden, voor de beëindiging van de laatste arbeidsovereenkomst voorafgaande opzegging nodig is. Per 1 juli 2015 is voornoemd artikel gewijzigd, in die zin dat het woord *voortgezet* is vervangen door het woord *opgevolgd* (en de tussenpoos is verruimd van drie naar zes maanden). Op het moment dat een nieuwe arbeidsovereenkomst wordt gesloten tussen *dezelfde partijen*, is voldaan aan het criterium ‘opgevolgd’ van artikel 7:667 lid 4 BW (nieuw). Of de opvolgende arbeidsovereenkomsten voor wat betreft aard en vaardigheden (en de identiteit van de overeenkomst) niet al te zeer van elkaar verschillen, was wel van belang bij het criterium ‘voortgezet’ – daarover zijn partijen het eens en zo volgt ook uit vaste recht-

spraak van de Hoge Raad inzake de Ragetlie-regel – maar is niet van belang bij het criterium ‘opgevolgd’.

8. Het hof stelt voorop dat voor deze wijziging geen specifiek overgangsrecht is voorzien, zodat conform algemene beginselen van overgangsrecht – vergelijk art. 68 e.v. Overgangswet NBW – uitgangspunt is dat de nieuwe bepaling onmiddellijke werking heeft. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever met de gewijzigde term ‘opgevolgd’ heeft willen aansluiten bij de formulering van de ketenregeling van art. 7:668a lid 1 onder a BW (Kamerstukken II 2013/14, 33 988, 3, p.11). Het hof is met de kantonrechter van oordeel dat er geen aanknopingspunten in de wetsgeschiedenis zijn om aan te nemen dat het overgangsrecht op dit punt een leemte inhoudt die meebrengt dat het oude recht van toepassing is. Evenmin valt in te zien, zoals Tebodin heeft betoogd, dat de bedoeling van de wetgever is geweest dat artikel 7:667 lid 4 BW met de nieuwe formulering geen andere of ruimere strekking zou krijgen dan voorheen, omdat dit niet zou blijken uit de wetsgeschiedenis. De passages in de wetsgeschiedenis waarnaar Tebodin verwijst inzake “opvolgend werkgeverschap” zijn niet relevant, aangezien deze betrekking hebben op arbeidsovereenkomsten bij opvolgende (andere) werkgevers en niet op art. 7:667 lid 4 BW, waar het gaat om dezelfde werkgever.

9. Het hof verwerpt voorts de stelling van Tebodin dat toepassing van de nieuwe bepaling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, omdat “het niet zo kan zijn dat (...) een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, door invoering van nieuw recht verkleurt” waardoor opzegging nodig wordt. Het komt in beginsel voor risico van een werkgever dat hij zich niet (tijdig) heeft gerealiseerd dat een (voor de inwerkingtreding van de Wwz gesloten) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd na 1 juli 2015 niet meer van rechtswege eindigt, maar als gevolg de wetswijziging opgezegd dient te worden. Het hof is bovendien van oordeel dat toepassing van de nieuwe bepaling in dit geval niet tot een andere uitkomst leidt dan toepassing van de oude bepaling. Onder het criterium ‘voortgezet’ ex art. 7:667 lid 4 (oud) BW is mede te verstaan de situatie waarin een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer in het kader van diens re-integratie een andere passende functie bij de eigen werkgever is gaan vervullen. In de situatie waarin de werkgever aldus invulling geeft aan zijn re-integratieverplichting ex art. 7:658a BW is niet van belang of de nieuwe functie wezenlijk verschilt van de oude functie. Dit houdt immers verband met de arbeidsmogelijkheden van de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer, die in passende arbeid wordt herplaatst bij zijn eigen werkgever. Toepassing van het oude criterium van art. 7:667 lid 4 BW (‘voortgezet’) zou in de gegeven situatie dan ook niet tot een andere uitkomst leiden dan het nieuwe criterium (‘opgevolgd’). Ook onder het regime van het oude recht was derhalve sprake van een arbeidsovereenkomst die niet van rechtswege zou eindigen. Dat Tebodin in augustus 2014 nog niet had kunnen voorzien dat zij de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te zijner tijd diende op te zeggen (na toestemming UWV), is gelet op het voorgaande dan ook niet juist.

10. Ten overvloede overweegt het hof nog het navolgende. Op Tebodin als werkgever rust een re-integratieverplichting ex art. 7:658a BW jegens haar gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer. [geïntimeerde] heeft er terecht op gewezen dat Tebodin bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd weliswaar een bepaald rechtsgevolg voor ogen had, te weten een einde van de arbeidsovereenkomst van rechtswege, maar dat dit voor hem niet het geval was. Hij stond ‘met zijn rug tegen de muur’ en wilde graag de voor hem passend bevonden functie van QOHSE coördinator blijven vervullen. Tebodin stelde daaraan de eis dat [geïntimeerde] zou instemmen met beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd

via een vaststellingsovereenkomst en een aansluitende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Dat [geïntimeerde] enig belang had bij een dergelijke constructie, is het hof niet gebleken. Dat partijen in augustus 2014 het stadium hadden bereikt dat de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid van [geïntimeerde] al ‘zo goed als ging worden beëindigd’, zoals Tebodin nog ter zitting heeft gesteld, is niet juist. Immers, de ontslagbescherming van [geïntimeerde] wegens langdurige arbeidsongeschiktheid was door de opgelegde loonsanctie ingevolge art. 7:670 lid 1 sub a jo 11 sub c BW met een jaar verlengd tot 6 januari 2015. Overigens verleent het UWV ook na ommekeer van de arbeidsovereenkomst voor voornoemde periode slechts toestemming voor opzegging wegens langdurige arbeidsongeschiktheid als de werkgever aannemelijk kan maken dat de werknemer niet binnen een redelijke termijn herplaatsbaar is in een andere passende functie binnen de organisatie van de werkgever (al dan niet met behulp van scholing). In de gegeven situatie, waarin Tebodin begin 2014 zelf te kennen heeft gegeven dat de functie van QOHSE coördinator naar verwachting voor twee jaar beschikbaar zou zijn (e-mail van 6 februari 2014 van [HR adviseur]) en deze functie voor [geïntimeerde] passend bevonden was, valt niet in te zien dat het UWV aan Tebodin toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst van [geïntimeerde] zou hebben verleend omstreeks het moment dat deze de vaststellingsovereenkomst en de nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd ondertekende (22 augustus 2014). Dat volgens Tebodin sprake was van een tijdelijke functie doet aan het voorgaande niet af.

11. De conclusie is dat ook de grieven 2 en 3 falen. Nu Tebodin geen inhoudelijke bezwaren tegen de veroordeling tot doorbetaling van het loon van [geïntimeerde] heeft aangevoerd – anders dan dat zij zich op het standpunt stelt dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege is geëindigd per 31 december 2015 – zal dit onderdeel van de beschikking van de kantonrechter worden bekrachtigd. Tegen de veroordeling tot tewerkstelling heeft Tebodin geen grief gericht, zodat dit oordeel eveneens zal worden bekrachtigd. De gevorderde terugbetaling van hetgeen reeds is betaald op basis van de bestreden beschikking kan niet worden toegewezen.

12. Het eerste deel van grief 4 is een algemene veeggrief die niet verder is onderbouwd en zelfstandige betekenis mist, zodat dit deel van de grief geen bespreking behoeft.

13. Het tweede deel van grief 4, dat zich richt tegen de proceskostenveroordeling in eerste aanleg, faalt aangezien Tebodin terecht in het ongelijk is gesteld. Tebodin zal ook in hoger beroep als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten: griffierecht € 314,= en salaris advocaat € 1788,= (tarief II, 2 punten).

Beslissing

Het hof:

– bekrachtigt de bestreden beschikking van de kantonrechter Den Haag van 21 april 2016;

– veroordeelt Tebodin in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van [geïntimeerde] tot op heden begroot op € 314,= aan griffierecht en € 1788,= aan salaris advocaat;

– wijst af het meer of anders verzochte.

NOOT

1. Op grond van art. 7:667 lid 1 BW eindigt een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege. Art. 7:667 lid 4 BW – bekend als de Ragetlie-regel – bevat daarop een uitzondering. Voor de beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is een voorafgaande

opzegging nodig, indien aan de navolgende criteria is voldaan. Criterium (i): aan de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd ging een arbeidsovereenkomst voor *onbepaalde tijd* tussen dezelfde partijen vooraf. Criterium (ii): beide arbeidsovereenkomsten volgen elkaar op met een tussenpoos van ten hoogste zes maanden. Criterium (iii): de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is niet geëindigd (a) door opzegging als bedoeld in art. 7:671 lid 1 onder a tot en met h BW of art. 40 Faillissementswet, kort gezegd: opzegging door werkgever of curator, (b) door ontbinding door de rechter of (c) wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer op grond van een daartoe strekkend beding.¹ In zijn arrest van 14 september 2016 moest Hof Den Haag oordelen of nog een vierde criterium geldt, te weten: de opvolgende arbeidsovereenkomsten mogen qua inhoud niet wezenlijk van elkaar verschillen. Volgens het hof geldt dit laatste criterium niet meer sinds de wijziging van het ontslagrecht per 1 juli 2015. Rechtbank Den Haag toetste in eerste aanleg nog wel de inhoud, maar concludeerde dat “de opvolgende arbeidsovereenkomsten voor wat betreft aard en vaardigheden dusdanig in elkaars verlengde liggen dat deze moeten worden gekwalificeerd als ‘opvolgend’ in de zin van artikel 7:667 lid 4 BW”.² Waarop baseren deze rechters hun standpunt dat de inhoud van de opvolgende arbeidsovereenkomsten voor de toepassing van art. 7:667 lid 4 BW wel (Rechtbank Den Haag) respectievelijk niet (Hof Den Haag) relevant zou moeten zijn?³

2. De oorsprong van Ragetlie-regel ligt in de herziening van het ontslagrecht bij wet van 17 december 1953.⁴ Het toen ingevoerde art. 1639f lid 3-4 Oud BW bepaalde dat indien een werkgever een voor bepaalde tijd overeengekomen arbeidsovereenkomst vervolgens voor bepaalde tijd voortzette, deze voortgezette arbeidsovereenkomst slechts kon eindigen door voorafgaande opzegging. In de toelichting op de wet schrijft de regering dat art. 1639f lid 3 Oud BW ook van toepassing is indien “de arbeidsovereenkomst uitdrukkelijk, al of niet op dezelfde voorwaarden, is vernieuwd”.⁵ Met het woord “voortzetting” lijkt de regering slechts de opvolging in tijd te bedoelen. De tekst van art. 1639f lid 4 Oud BW ondersteunt die conclusie. Art. 1639f lid 4 Oud BW luidde: “Voor de toepassing van het bepaalde in het vorige lid worden dienstbetrekkingen tussen dezelfde partijen, welke elkander met tussenpozen van niet meer dan 31 dagen zijn opgevolgd, geacht een voortgezette dienstbetrekking te vormen (...)” Het woord ‘voortzetting’ lijkt in deze bepaling aldus synoniem aan opvolging. De Hoge Raad zag dat in het arrest *Ragetlie/SLM* uit 1986 anders.

3. In het arrest *Ragetlie/SLM* oordeelt de Hoge Raad dat voorafgaande opzegging en de daarmee samenhangende

ontslagbescherming als bedoeld in art. 1639f lid 3-4 Oud BW eveneens vereist zijn indien partijen een arbeidsovereenkomst voor *onbepaalde tijd* vervolgens voortzetten voor *bepaalde tijd*. Volgens de rechtbank was echter geen sprake van ‘voortzetting’ aangezien de voorgaande arbeidsovereenkomst “te zeer, immers niet alleen voor wat betreft de tijdsduur, maar ook voor wat betreft de salaris- en secundaire arbeidsvoorwaarden verschilde” van arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Dit oordeel gaf volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste opvatting. Het beroep van de werknemer op een voortgezette dienstbetrekking strandde vanwege het verschil in salaris en secundaire arbeidsvoorwaarden.⁶

4. De per 1 januari 1999 in werking getreden Reparatiwet – behorende bij de Wet flexibiliteit en zekerheid – heeft het arrest *Ragetlie/SLM* gecodificeerd in art. 7:667 lid 4 BW.⁷ Tijdens parlementaire behandeling komt de uitleg van de voortgezette dienstbetrekking ook aan bod. Van voortzetting is volgens de regering alleen sprake “indien de opvolgende arbeidsovereenkomst, anders dan qua rechtskarakter, niet wezenlijk verschilt van de voorafgaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd”. De identiteit van de arbeidsovereenkomsten mag niet te zeer verschillen, aldus de regering. Een te groot verschil “kan bijvoorbeeld het geval zijn voor wat betreft de overeengekomen arbeid of de salaris- en andere arbeidsvoorwaarden”.⁸ In een reactie op vragen van de SP-fractie schrijft de regering nadien echter dat bij “een wijziging van de salarisvoorwaarden” nog geen wezenlijk verschil bestaat tussen beide arbeidsovereenkomsten, tenzij ook de aard van de te verrichten arbeid wijzigt.⁹ Bij een wijziging van de arbeidsvoorwaarden kan dus nog steeds sprake zijn van een voortzetting. Helemaal zeker van haar gewijzigde zienswijze is de regering niet, want tijdens een wetgevingsoverleg lijkt de minister weer te bevestigen dat geen sprake is van voortzetting indien partijen de nieuwe arbeidsovereenkomst niet aangaan voor dezelfde arbeid *en* hetzelfde salaris.¹⁰

5. Noch de wetsgeschiedenis noch de rechtspraak bieden een gedegen onderbouwing voor het antwoord op de vraag *waarom* alleen sprake is van een voortgezette arbeidsovereenkomst indien de inhoud – qua salaris, overige arbeidsvoorwaarden, urenomvang en/of werkzaamheden – grotendeels ongewijzigd

1 De Ragetlie-regel is op grond van art. 7:667 lid 5 BW eveneens van toepassing “indien eenzelfde werknemer achtereenvolgens in dienst is geweest bij verschillende werkgevers die, ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, redelijkerwijze geacht moeten worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkaars opvolger te zijn”. Voor de toepassing van art. 7:667 lid 5 BW – opvolgend werkgeverschap – wijst de wetsgeschiedenis erop dat de aard van de werkzaamheden wel relevant is (S. Palm, ‘Opvolgend werkgeverschap vanaf 1 juli 2015: een overzicht’, *TAP* 2015/117, paragraaf 4.2).

2 Rb. Den Haag 21 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:5600, «JAR» 2016/151.

3 De Ragetlie-regel is uitvoerig behandeld in: R.M. Beltzer, ‘De uitleg van de Ragetlie-regel door de Hoge Raad: better safe than sorry of Klukklukiaans?’, *ArA* 2014-2, p. 50-62; S. Palm, ‘De noodzaak tot afschaffing van de Ragetlieregelen en het inperken van de reikwijdte van de ketenregeling’, *TAP* 2012-2, p. 56-61.

4 Wet van 17 december 1953, *Stb.* 1953, 619.

5 *Kamerstukken II* 1947/48, 881, 3, p. 7 (MvT).

6 HR 4 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AB8727, *NJ* 1987/678 (*Ragetlie/SLM*).

7 Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 300 (Wet flexibiliteit en zekerheid) en wet van 24 december 1998, *Stb.* 1998, 741 (Reparatiwet).

8 *Kamerstukken II* 1998/99, 26257, 3, p. 4 (MvT).

9 *Kamerstukken II* 1998/99, 26257, 7, p. 7 (NV).

10 *Kamerstukken II* 1998/99, 26257, 12, p. 19 (verslag van een wetgevings-overleg). Ook in de gepubliceerde lagere rechtspraak komen verschillende interpretaties terug. Zo woog Hof Arnhem bij de toepassing van Ragetlie-regel in twee zaken de inhoud van de werkzaamheden, het salaris, de werkplek en werktijden mee (Hof Arnhem 11 maart 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AF6330, «JAR» 2003/104 en Hof Arnhem 7 september 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN7436, «JAR» 2010/288) en was volgens hetzelfde hof in een andere zaak geen sprake van een voortzetting vanwege een verschil in salaris en urenomvang (Hof Arnhem 15 april 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AO1842, «JAR» 2003/197). Kantonrechter Apeldoorn oordeelde – overigens voorafgaande aan de codificering van de Ragetlie-regel – minder strikt. Volgens de rechter was in casu sprake van een voortgezette arbeidsovereenkomst. De werkzaamheden waren weliswaar veranderd, maar het salaris bleef gelijk en daarmee was sprake gelijkwaardige arbeid (Ktr. Apeldoorn 20 september 1994, ECLI:NL:KTGAPD:1994:AI9234, *Prg.* 1995/4398). Volgens Rb. Zwolle 6 december 1995, ECLI:NL:RBZWO:1995:AI9325, *Prg.* 1996/4512, brengt een grammaticale uitleg van ‘voortzetting’ mee dat elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd dezelfde grondslag moeten hebben, bijvoorbeeld vervanging tijdens ziekte.

blijft. Een grammaticale interpretatie dwingt niet tot deze uitleg. Een opmerking als “partijen zetten de arbeidsovereenkomst onder geheel andere voorwaarden voort” lijkt taalkundig immers niet onjuist. Integendeel, de wetgever neemt in art. 7:668 lid 1 BW – inzake de aanzegverplichting – tot uitgangspunt dat van een voortzetting ook sprake kan zijn als de voorwaarden wijzigen. De werkgever moet op grond van die bepaling bij een voortzetting de werknemer informeren “over de voorwaarden waaronder hij de arbeidsovereenkomst wil voortzetten”.

6. Op 1 juli 2015 verving de Verzamelwet SZW 2015 de woorden “voortgezet” en “voortgezette” in art. 7:667 lid 4 BW voor “opgevolgd” en “opvolgende”. De wetgever wenst daarmee aan te sluiten bij de bewoording in art. 7:668a BW (de ketenregeling). Voor de toepassing van de ketenregeling is een wijziging van de inhoud van de arbeidsovereenkomst niet relevant, althans niet in relatie tot art. 7:668a lid 1 BW. De vraag is of de wetgever daarmee ook heeft bedoeld het toepassingsbereik van art. 7:667 lid 4 BW te willen verruimen. De toelichting van de regering op de tekstuele wijziging van art. 7:667 lid 4-5 BW bevat geen uitdrukkelijke bevestiging voor een inhoudelijke wijziging.¹¹ Door de inwerkingtreding van de Verzamelwet SZW 2015 is derhalve niet zeker of de gelijkenissen tussen de opvolgende arbeidsovereenkomsten nog een relevant criterium zou moeten zijn.

7. De ratio achter de – huidige – systematiek van art. 7:667 lid 4 BW ondersteunt in ieder geval het argument dat de gelijkenissen tussen de opvolgende arbeidsovereenkomsten niet relevant zijn. In het arrest *De Witte/Pekel* uit 2013 concludeert de Hoge Raad – op basis van de wetsgeschiedenis – dat de wetgever de eis van voorafgaande opzegging heeft gehandhaafd voor situaties waarin het ontslag niet is getoetst door het UWV of de rechter. Daarom is voorafgaande opzegging ook vereist indien de werknemer de voorliggende arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd opzegt, aldus de Hoge Raad.¹² Het arrest *De Witte/Pekel* is met de Wet werk en zekerheid gecodificeerd.¹³ Vanuit die gedachte – behoud van voorafgaande toets van het ontslag door UWV of rechter – zou een verschil in inhoud tussen beide arbeidsovereenkomsten bij de toepassing van de Ragetlie-regel niet relevant moeten zijn.¹⁴ De relevantie van een voorafgaande toets van het ontslag wordt immers niet minder indien de aard van de arbeid of de arbeidsvoorwaarden wijzigen. Verdedigbaar is dat ook in situaties waarin de inhoud van de arbeidsovereenkomst wijzigt de werknemer in een positie kan verkeren waarin hij zich gedwongen voelt om met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd genoegen te nemen.¹⁵ Ook in de onderhavige zaak overweegt Hof Den Haag – weliswaar ten overvloede – dat de arbeidsongeschikte werknemer “met zijn rug tegen de muur” stond en de passende functie graag wilde vervullen. (Tegen de achtergrond van de door de Hoge Raad en Wet werk en zekerheid gegeven betekenis aan art. 7:667 lid 4 BW is overigens

wel opmerkelijk dat een werkgever op grond van art. 7:652 lid 8 aanhef en onder d BW na een langdurig dienstverband wel opnieuw een proeftijd mag bedingen, mits duidelijk andere vaardigheden en verantwoordelijkheden van een werknemer worden vereist.¹⁶)

8. Hof Den Haag is bovendien van oordeel dat de oude formulering in de onderhavige zaak niet tot een andere uitkomst zou hebben geleid. Onder een “voortgezette” arbeidsovereenkomst, zoals uitgelegd tot 1 juli 2015, moet volgens het hof eveneens worden verstaan de herplaatsing van een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer in een andere passende functie bij dezelfde werkgever. Die gedachtegang past in een eerder arrest van hetzelfde hof. In dat eerdere arrest overwoog het hof dat bij een herplaatsing van een arbeidsongeschikte werknemer – via ‘akte van ontslag’ en een gelijktijdige ‘akte van benoeming’ in de nieuwe functie – geen sprake is van een beëindiging in de zin van art. 7:673 lid 1 BW.¹⁷

9. Een tijdelijke herplaatsing van een arbeidsongeschikte werknemer via een nieuwe arbeidsovereenkomst voor *bepaalde* tijd, kan in de toekomst wellicht ook een (aanzienlijk) financieel nadeel voor een werkgever meebrengen. De regering heeft namelijk een nieuw wetsvoorstel aangekondigd, genaamd: “Voorstel van wet, houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid”.¹⁸ Het concept bevat onder meer art. 7:673e BW als nieuwe bepaling. Op grond van deze bepaling verstrekt het UWV aan de werkgever een compensatie voor de vergoeding die de werkgever aan de werknemer betaalt indien “de arbeidsovereenkomst is geëindigd of niet is voortgezet omdat de werknemer wegens ziekte of gebreken niet meer in staat is de bedongen arbeid te verrichten”. In de toelichting op het concept merkt de regering op dat de regeling ook betrekking heeft op een vergoeding bij een beëindiging met wederzijds goedvinden. “Wel dient de reden van de beëindiging of niet voortzetting van de arbeidsovereenkomst gelegen te zijn in het feit dat de werknemer wegens ziekte of gebreken niet meer in staat is de bedongen arbeid te verrichten”, aldus de regering. De werkgever heeft een belang bij een betaling van de transitievergoeding voorafgaande aan de herplaatsing indien het UWV die vergoeding vervolgens compenseert. Bij een eventueel einde van de opvolgende arbeidsovereenkomst kan de werkgever op grond van art. 7:673 lid 5 BW namelijk de eerder betaalde transitievergoeding weer in mindering brengen.¹⁹ De vraag is echter of die eerder betaalde ontslagvergoeding in geval van herplaatsing ook wordt

16

11 Volgens A.R. Houweling (red.), *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke thema's*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, paragraaf 15.2.5, is goed verdedigbaar dat de aard van de werkzaamheden geen criterium meer is.

12 HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2127, «JAR» 2014/34, «JIN» 2014/1 (*De Witte/Pekel*).

13 Wet van 14 juni 2014, *Stb.* 2014, 216.

14 HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2757, *RvdW* 2016/1238 (*Leerorkest*) – het hoger beroep van Hof Amsterdam 7 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1287 – bevestigt dat tot 1 juli 2015 voor de toepassing van art. 7:667 lid 5 BW (opvolgend werkgeverschap) ook de maatstaf uit *Van Tuinen/Wolters* gold (HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9603, «JAR» 2012/150 (*Van Tuinen/Wolters*)). De Hoge Raad liet zich echter niet over art. 7:667 lid 4 BW (dezelfde werkgevers).

15 Denk ook aan een promotie naar een beter betaalde functie of een herplaatsing vanwege boventaligheid (S. Palm, «JIN» 2014/1).

16 S. Palm, ‘Opvolgend werkgeverschap en anciënniteit’, *ArA* 2015-3, p. 35-36.

17 Hof Den Haag 6 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2590, «JAR» 2016/265, «JIN» 2016/214 (hoger beroep van Rb. Rotterdam 5 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2465, «JAR» 2016/144). Aldus ook Rb. Den Haag 9 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:10561.

18 Een concept is raadpleegbaar via [www.vaan.ar-updates.nl](https://assets.budh.nl/updates/wetgeving/concept-wetsvoorstel-transitievergoeding-wwz.pdf), onder het kopje ‘wetgeving’ <https://assets.budh.nl/updates/wetgeving/concept-wetsvoorstel-transitievergoeding-wwz.pdf>). Ten tijde van het schrijven van deze annotatie ligt het voorstel volgens de wetgeverskalender bij de Raad van State.

19 Indien de eerder betaalde transitievergoeding overigens volledig in mindering wordt gebracht bij het tweede ontslag, wordt de werknemer wel financieel benadeeld ingeval zijn salaris bij de opvolgende arbeidsovereenkomst lager is (S. Palm, ‘De transitievergoeding en aanbestedingsprocedures: een eerlijke verdeling van de schulden?’, *TAP* 2016/362; S. Palm, «JIN» 2016/214). Art. 7:673 lid 5 BW spreekt overigens van een transitievergoeding. Bij een beëindiging met wederzijds goedvinden is strikt genomen geen transitievergoeding in de zin van art. 7:673 BW verschuldigd. Verdedigbaar is echter dat – mede gezien het concept van het nieuwe wetsvoorstel – ook een bij een beëindiging met wederzijds goedvinden uitbetaalde vergoeding onder lid 5 valt, voor zover deze vergoeding niet

gecompenseerd. Het concept van het wetsvoorstel rept slechts over een beëindiging van de arbeidsovereenkomst omdat de werknemer de “bedongen arbeid” niet meer kan verrichten en bevat geen nadere aanwijzingen. Ook in de onderhavige zaak bij Hof Den Haag was sprake van een beëindiging van de eerste arbeidsovereenkomst omdat de werknemer de bedongen arbeid niet meer kon uitvoeren. Echter, het UWV verleent alleen toestemming voor opzegging indien de werknemer niet kan worden herplaatst in een andere passende functie als bedoeld in art. 7:669 lid 1 BW. Daarom is niet uitgesloten dat deze bepaling uiteindelijk zo zal worden uitgelegd, dat bij een herplaatsing van een arbeidsongeschikte werknemer in een andere passende functie geen recht bestaat op een compensatie voor een ‘tussentijds’ uitbetaalde ontslagvergoeding. Bij een tijdelijke herplaatsing van een arbeidsongeschikte werknemer zou de werkgever dus mogelijk zijn compensatie vanuit het UWV riskeren, namelijk ingeval hij in verband met die herplaatsing een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd sluit.

10. Tegelijkertijd zou een werknemer juist een belang kunnen hebben bij ‘tussentijdse’ uitbetaling van de transitievergoeding, indien herplaatsing uitsluitend mogelijk is in een (aanzienlijk) lager betaalde functie. Is een tussentijdse uitbetaling – wellicht pro rata – in een dergelijk geval dan toch gerechtvaardigd? Die vraag dwingt tot een vergelijking met art. 7:673 lid 1 aanhef en sub a onder 3 BW. Op grond van die bepaling is een werkgever “aan de werknemer een transitievergoeding verschuldigd indien de arbeidsovereenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd (...) na een einde van rechtswege op initiatief van de werkgever niet aansluitend is voortgezet en voor het eindigen van de arbeidsovereenkomst geen opvolgende arbeidsovereenkomst is aangegaan”.²⁰ Indien die opvolgende arbeidsovereenkomst echter niet “gelijkwaardig of beter” is, heeft de werknemer wel recht op een transitievergoeding, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis.²¹ Met een verwijzing naar deze wetsgeschiedenis is verdedigbaar dat een arbeidsongeschikte werknemer ook een aanspraak heeft op een transitievergoeding – wellicht slechts pro rata – bij een beëindiging van de arbeidsovereenkomst indien een opvolgende arbeidsovereenkomst bij dezelfde werkgever slechts tegen een aanzienlijk lager salaris mogelijk is.

11. Concluderend, de ratio achter de (huidige) Ragetlie-regel bevat geen aanwijzingen waarom de inhoud van de elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten (nog steeds) een relevant criterium zou moeten zijn. Ook een grammaticale interpretatie van de tot 1 juli 2015 gebruikte benaming “voortgezette arbeidsovereenkomst” wijst niet op een beperking tot gevallen waarin de inhoud van beide arbeidsovereenkomsten geen wezenlijke verschillen vertoont. De werknemer behoudt bij een herplaatsing in een andere – tijdelijke – functie derhalve zijn ontslagbescherming. Een belangrijk aandachtspunt is de aangekondigde wetswijziging omtrent de compensatie van de transitievergoeding die bij langdurige arbeidsongeschiktheid wordt doorgevoerd. Na invoering van die wet riskeert de werkgever bij een tijdelijke herplaatsing op grond van een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd mogelijk zelfs zijn compensatie.

S. Palm
Ploum Lodder Princen

meer bedraagt dan de vergoeding die werkgever bij opzegging of ontbinding door de rechter verschuldigd zou zijn.

20 Indien wel een opvolgende arbeidsovereenkomst is aangegaan moet deze ook tussentijds kunnen worden opgezegd en ingaan na een tussenpoos van ten hoogste zes maanden.

21 *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 39 (MvT).*

4
<p>Rechtbank Limburg (Kantonrechter) 21 oktober 2016, nrs. 5267143 AZ VERZ 16-159, 5409894 AZ VERZ 16-194 ECLI:NL:RBLIM:2016:9148 (mr. Erkens) Noot K. Janssens en M.G.A.P Rademakers</p>
<p>Ontbinding. Bepaalde tijd. Verwijtbaar handelen. Ziekte.</p>
<p>Ontbinding arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Werknemer reageert niet op verzoeken van werkgever om contact op te nemen en zegt afspraken af. Geen vergoeding.</p>
<p>[BW art. 7:669 lid 3 onderdeel e, 7:671b]</p>

Werknemer is op 4 april 2016 voor bepaalde tijd (namelijk: tot 4 april 2017) bij Balanz in dienst getreden als schoonmaker. Balanz verzoekt ontbinding op grond van art. 7:671b lid 1 onderdeel a in verbinding met art. 7:669 lid 1 en 3 onderdeel e BW. Daaraan ligt ten grondslag dat werknemer op 25 mei 2016 – met toestemming van de objectleider – het object waar hij werkzaam was verlaten heeft om zijn huisarts te bezoeken. Nadien heeft hij zich niet meer gemeld bij dit werkobject. Er is verscheidene keren geprobeerd contact met werknemer op te nemen. Nadat een afspraak is gemaakt, heeft werknemer deze geannuleerd. Daarna is werknemer nog herhaaldelijk verzocht contact op te nemen.

Werknemer voert verweer en verzoekt, indien het ontbindingsverzoek wordt afgewezen, om loondoorbetaling. De kantonrechter oordeelt als volgt. Balanz heeft – zoals ook van haar als goed werkgever van werknemers met een afstand tot de arbeidsmarkt mocht worden verwacht – voldoende inspanningen verricht om ook na 25 mei 2016 met werknemer in contact te komen. Werknemer heeft, ondanks huisbezoeken en brieven, nergens op gereageerd. Voorts heeft hij, nadat hij op 9 juni 2016 door de personeelsconsulent thuis werd aangetroffen, de aanvankelijk geplande afspraak op 13 juni 2016 geannuleerd en is hij zonder bericht van verhindering niet op de afspraak van 15 juni 2016 verschenen. Het niet ziek melden zonder recht of titel en de gedragingen van werknemer in de periode nadien, zijn – zelfs in het geval van een kwetsbare werknemer als werknemer – als verwijtbaar handelen en/of nalaten in de zin van art. 7:669 lid 3 onderdeel e BW aan te merken. Alhoewel werknemer stelt dat hij thans arbeidsongeschikt is, heeft hij zijn werkgever – door zich niet ziek te melden – niet in staat gesteld te laten beoordelen of hij niet in staat is om de bedongen arbeid te verrichten. Mocht er al sprake zijn van een opzegverbod wegens ziekte, dan nog kan de kantonrechter onder verwijzing naar het bepaalde in art. 7:671b lid 6 onderdeel a BW de arbeidsovereenkomst ontbinden indien het verzoek géén verband houdt met de ziekte van de werknemer. Dat het onderhavige verzoek verband houdt met de gestelde arbeidsongeschiktheid van werknemer is niet gebleken. Zelfs indien de gedragingen en uitlatingen van werknemer op 25 mei 2016 als een ziekmelding door de werkgever hadden moeten worden begrepen, dan geldt dat hij door het herhaaldelijk niet naleven van de re-integratieverplichtingen, verwijtbaar heeft gehandeld. Dit had mitsdien eveneens een redelijke grond voor ontbinding opgeleverd (e-grond). Nu Balanz daaromtrent niets heeft gesteld moet ervan uitgegaan worden dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet tussentijds kan worden opgezegd. Op grond van het bepaalde in art. 7:671b lid 9 BW bepaalt de kantonrechter die het verzoek tot ontbinding van