

Senioriteit/anciënniteit is ook bepalend voor ontslag bij inkringing. De subsidiaire vordering van de vrachtvliegers was wel specifiek hierop gericht: ze vorderen behoud van senioriteit bij boventalligheid. Deze vordering heeft het hof echter niet afzonderlijk besproken en dat had wel moeten. De Hoge Raad oordeelt terecht dat het hof Den Haag niet kenbaar heeft onderzocht of deze ontslagvolgorde moet worden beschouwd als een recht van financiële aard van de vrachtvliegers waarvoor de senioriteit medebepalend is en verwijst het geding naar het hof Arnhem-Leeuwarden.

Ook hiervoor geldt dat het dus nog geen uitgemaakte zaak is of de ontslagvolgorde bij boventalligheid een financieel recht is dat mee overgaat. Hoewel het begrip 'financieel recht' ruim moet worden opgevat, geldt ook hier dat de ontslagvolgorde an sich geen recht geeft op een bepaald bedrag. Hoe langer je als werknemer in dienst bent, hoe kleiner de kans dat je voor ontslag in aanmerking komt. Hoe langer je in dienst blijft, hoe meer loon je ontvangt. Dus uiteindelijk is aan de ontslagvolgorde ook wel degelijk een financiële component verbonden.

In de Nederlandse literatuur bestaat hierover ook nog altijd discussie. Sommigen gingen ervan uit dat het behoud van anciënniteit kon worden afgeleid uit art. 15 lid 2 Ontslagregeling,<sup>8</sup> waar anderen meenden dat dit niet mogelijk was maar het behoud volgde uit de oude Beleidsregels Ontslagtaak UWV.<sup>9</sup> In deze kwestie deed deze discussie niet ter zake, aangezien in de cao werd afgeweken van deze regels met betrekking tot het verval van arbeidsplaatsen.

Anders dan bij de promotiekansen geldt mijns inziens bij de ontslagvolgorde niet het argument dat de vrachtvliegers na overgang van onderneming per definitie in een betere positie komen te verkeren indien rekening wordt gehouden met de senioriteit in het kader van ontslag. Door bij de afspiegeling in het kader van een reorganisatie geen rekening te houden met de anciënniteit die de vrachtvliegers hebben opgebouwd bij Martinair, komen ze bij KLM in elk geval wel in een slechtere positie terecht. Dat druist mijns inziens in tegen het doel van de Richtlijn.

Ik hoop derhalve dat het hof Arnhem-Leeuwarden de beschermingsgedachte van de Richtlijn tot uitgangspunt neemt en concludeert dat de anciënniteit in het kader van de ontslagvolgorde behouden blijft bij overgang van onderneming.

mr. drs. J.A. Tersteeg  
DT Advocaten

8 M. Jovović & J.P.H. Zwemmer, 'Opvolgend werkgeverschap in de Ontslagregeling en de banden met het BW', *Arbeidsrecht* 2018/18.

9 Vgl. A.R. Houweling (red.), *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke Thematia I*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 546 (voetnoot 122).

## 60

**Motivering begroting billijke vergoeding na onterecht ontslag op staande voet**

Hoge Raad  
3 februari 2023, nr. 22/00637, ECLI:NL:HR:2023:138  
(mr. Polak, mr. Tanja-van den Broek, mr. Makkink)  
(Concl. A-G Van Peurseem; niet opgenomen)  
Noot mr. R. de Vos en mr. A. van der Vis

**Billijke vergoeding. New Hairstyle. Blue Circle. Motivering. Ontslag op staande voet.**

[BW art. 7:677, 7:681]

*Essentie: Motivering billijke vergoeding moet begrijpelijk zijn. Rechter hoeft niet op alle argumenten afzonderlijk te responderen.*

*Samenvatting: Werknemer is sinds 13 juni 1999 in dienst van werkgever. In januari 2015 is er in de zaak van werkgever een incident geweest met de toenmalige vriendin van werknemer, waarna haar een verbod is opgelegd het café te betreden. In het café hangen verschillende camera's, waarvan X op zijn mobiele telefoon beelden ontvangt. Bij brief van 8 augustus 2017 is werknemer op non-actief gesteld omdat volgens X op camerabeelden was geconstateerd dat werknemer harddrugs voorhanden had en deze wellicht ook verhandelde. Verder was volgens werkgever sprake van overmatig alcoholgebruik door werknemer in zijn vrije tijd, wat invloed had op zijn functioneren. In januari 2018 heeft werkgever een huishoudelijk reglement opgesteld, waarin onder andere bepalingen zijn opgenomen over alcohol, harddrugsgebruik en gokken. Werkgever is vanwege corona van 16 maart tot 1 juni 2020 gesloten geweest. Bij brief d.d. 8 juli 2020 heeft X aan werknemer geschreven dat hij alweer meerdere overtredingen van het huishoudelijk reglement heeft geconstateerd. Bovendien zou werknemer zijn vriendin hebben toegelaten tot het café. Werknemer is uitgenodigd voor een gesprek in het kader van hoor en wederhoor. Tijdens dat gesprek op 14 juli is werknemer op staande voet ontslagen, hetgeen per e-mail van 15 juli 2020 is bevestigd. Werknemer heeft verzocht om betaling van een billijke vergoeding en een transitievergoeding. De kantonrechter heeft geoordeeld dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is (want niet onverwijld) en heeft de vorderingen (gedeeltelijk) toegewezen.*

*Bij de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding is het hof van oordeel dat er gronden zouden zijn geweest de arbeidsovereenkomst te ontbinden wanneer werkgever daarom ten tijde van het verleende ontslag op staande voet zou hebben verzocht. Het hof sluit aan bij het oordeel van de rechter dat de arbeidsovereenkomst nog ongeveer vijfenhalve maand zou hebben voortgeduurd. Het hof ziet echter aanleiding om de vergoeding te matigen, omdat aannemelijk is dat werkgever heeft geleden onder de coronacrisis. Er wordt een vergoeding van € 7.500 toegekend. Ook de vergoeding wegens onregelmatige opzegging en de transitievergoeding worden toegekend.*

*In cassatie klaagt werknemer onder meer dat niet op alle argumenten inzake de begroting van de billijke vergoeding is ingegaan door de rechter. Richtinggevend voor de beoorde-*

ling is dat in *New Hairstyle I* is uitgemaakt dat de rechter in de motivering van zijn oordeel inzicht dient te geven in de omstandigheden die tot de beslissing over de hoogte van de vergoeding hebben geleid. In *Blue Circle* is daaraan toegevoegd dat het oordeel over de hoogte van de vergoeding begrijpelijk moet zijn, mede in het licht van het debat dat partijen over de vergoeding hebben gevoerd. Verder volgt uit *New Hairstyle II* dat bij de vraag hoelang de arbeidsovereenkomst zou hebben voortgeduurd zonder de gewraakte beëindiging wel het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever moet worden weggedacht, maar niet de overige omstandigheden van het geval. Anders dan werknemer betoogt, is de strekking van *Blue Circle* niet dat de rechter op alle argumenten van partijen moet ingaan wil zijn beslissing deugdelijk gemotiveerd zijn. Een rechter moet immers op voor zijn beslissing relevante stellingen en verweren responderen en kan bepaalde standpunten ook impliciet verwerpen. Hij hoeft niet één voor één alle argumenten van partijen te bespreken om zijn oordeel begrijpelijk te motiveren. Hoever de motiveringsplicht reikt, is afhankelijk van hetgeen ter processe vaststaat, hetgeen partijen over en weer hebben aangevoerd en het belang van de aangevoerde stellingen voor de uitkomst van de procedure.

Voor wat betreft het betrekken van de feiten en omstandigheden uit 2020 die tot het ontslag op staande voet hebben geleid in de beoordeling of de arbeidsrelatie duurzaam verstoord was, leert *New Hairstyle I* dat bij het bepalen van de billijke vergoeding mede moet worden betrokken hoelang de arbeidsovereenkomst naar verwachting zou hebben voortgeduurd indien de werkgever niet door ernstig verwijtbaar handelen de verstoring van de arbeidsverhouding zou hebben veroorzaakt. De te maken gevalsvergelijking betreft enerzijds de feitelijke situatie waarin de werknemer is komen te verkeren door de opzegging en anderzijds de hypothetische situatie waarin de werknemer zou hebben verkeerd als de onrechtmatige opzegging achterwege zou zijn gebleven. Aan werknemer kan worden toegegeven dat een 'feitelijke gevalsvergelijking' moet worden toegepast waarbij in het kader van de bedoelde hypothetische situatie alleen de onrechtmatige opzegging moet worden 'weggedacht', maar de aan die onrechtmatige opzegging voorafgegane feiten en omstandigheden niet. Toch kan dit volgens de A-G bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden. Het hof was immers al, zo is hiervoor besproken, tot het bepaald niet onbegrijpelijke oordeel gekomen dat de arbeidsrelatie vóór die incidenten in 2020 al duurzaam was verstoord en op die grond op een termijn van ongeveer vijf-enhalve maand zou kunnen zijn beëindigd. Daar zouden de feitelikheden uit 2020 niet aan hebben toe- of afgedaan in de ogen van de A-G. Deze zouden hooguit een verdere illustratie zijn geweest dat van duurzame verstoring sprake was.

Nog daargelaten of in het kader van de billijke vergoeding van art. 7:681 lid 1 onder a BW door de rechter beoordeeld zou moeten worden of de werknemer in een hypothetische ontbindingsprocedure aanspraak zou hebben kunnen maken op een billijke vergoeding wegens ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever, heeft werknemer in feitelijke instanties niet aangevoerd dat werkgever (*Café The Pint*) ernstig verwijtbaar heeft gehandeld door geen poging te doen om de arbeidsrelatie te herstellen via bijvoorbeeld een mediationtraject. In hoger beroep heeft werknemer weliswaar aangevoerd dat werkgever niets heeft gedaan om tot een oplossing te komen, bijvoorbeeld door gesprekken of mediation, maar dit in het kader van zijn betoog dat er geen sprake is van een ernstige en duurzame verstoring zodat er geen sprake is van een vol-

dragen ontslaggrond. Aan zijn standpunt dat *The Pint* ernstig verwijtbaar gehandeld heeft, heeft werknemer alleen ten grondslag gelegd dat *The Pint* de verstoorde verhoudingen heeft veroorzaakt door werknemer te ontslaan op basis van vage en valse beschuldigingen. Het hof is hier in r.o. 3.15 op ingegaan door te overwegen dat *The Pint* – buiten het ontslag op staande voet – geen ernstig verwijt treft, omdat niet is gebleken dat zij de verwijten aan werknemer heeft geconstrueerd om een arbeidsconflict te creëren om de arbeidsovereenkomst (wegens de coronacrisis) te kunnen beëindigen. Nu werknemer niet heeft betoogd dat *The Pint* ernstig verwijtbaar heeft gehandeld door geen poging te doen om de arbeidsrelatie te herstellen, is het oordeel van het hof dat *The Pint* buiten het ontslag op staande voet geen ernstig verwijt kan worden gemaakt, niet onbegrijpelijk.

Hoewel werknemer een bedrag van € 40.000 heeft gevorderd, is het niet onbegrijpelijk dat het hof in navolging van de rechtbank tot het lagere bedrag van € 7.500 is gekomen. Werknemer is bij zijn berekening van de billijke vergoeding immers uitgegaan van een te verwachten duur van de arbeidsovereenkomst tot aan zijn pensioendatum van 19,5 maand, terwijl het hof net als de kantonrechter gemotiveerd uitgaat van ongeveer vijfenhalve maand. Gezien dit verschil en gelet op de overige genoemde omstandigheden die het hof in zijn beoordeling heeft betrokken, is het oordeel over de hoogte van de billijke vergoeding niet onbegrijpelijk.

De Hoge Raad heeft de klachten over de beschikking van het hof beoordeeld. De uitkomst hiervan is dat deze klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van die beschikking. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 van de Wet op de rechterlijke organisatie).

[Eiser], wonende te [woonplaats],  
verzoeker tot cassatie,  
hierna: [eiser],  
advocaat: M.J. van Basten Batenburg,  
tegen  
*Café The Pint B.V.*, gevestigd te Amsterdam,  
verweerster in cassatie,  
hierna: *The Pint*,  
advocaat: J.H.M. van Swaaij.

### 1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- de beschikking in de zaak 8750352 EA VERZ 20-671 van de rechtbank Amsterdam van 26 november 2020;
- de beschikking in de zaak 200.290.494/01 van het gerechtshof Amsterdam van 7 december 2021.

[eiser] heeft tegen de beschikking van het hof beroep in cassatie ingesteld.

*The Pint* heeft verzocht het beroep te verwerpen.

De conclusie van de Advocaat-Generaal G.R.B. van Peurseem strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De advocaat van [eiser] heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

### 2. Beoordeling van het middel

De Hoge Raad heeft de klachten over de beschikking van het hof beoordeeld. De uitkomst hiervan is dat deze klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van die beschikking. De Hoge

Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie artikel 81 lid 1 van de Wet op de rechterlijke organisatie).

### 3. *Beslissing*

De Hoge Raad:

– verworpt het beroep;  
– veroordeelt [eiser] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van The Pint begroot op € 857,- aan verschotten en € 1.800,- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [eiser] deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

## NOOT

### *Inleiding*

1. De motivering van de billijke vergoeding: een labyrint zonder uitgang?

2. De werknemer in deze kwestie is sinds 1999 in het café van de werkgever werkzaam. De werkgever heeft de werknemer na dit jarenlange dienstverband, waarin werkgever en werknemer meerdere conflicten hebben gehad, bij brief van 15 juli 2020 op staande voet ontslagen met als reden: ‘Het herhaaldelijk gebruik maken van de gokmachines ondanks vele waarschuwingen door de jaren heen en het toelaten van jouw vriendin die mede onderdeel van zeer hoog opgelopen conflicten in het verleden en het meenemen van café eigendommen buiten het gebouw en zonder mijn toestemming zijn reden voor ontslag op staande voet.’

In eerste aanleg heeft de kantonrechter geoordeeld dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is omdat het ontslag niet onverwijld is gegeven.<sup>1</sup> Aan de werknemer is daarom onder meer een billijke vergoeding van € 7.500 bruto toegekend. De kantonrechter achtte voor de hoogte van de billijke vergoeding van belang hoelang de arbeidsovereenkomst naar verwachting nog zou hebben voortgeduurd als de werknemer niet in het ontslag op staande voet zou hebben berust. De kantonrechter oordeelde dat de redenen die ten grondslag lagen aan het ontslag op staande voet niet zouden hebben geleid tot een onmiddellijke beëindiging, maar dat ter zitting wel is gebleken dat de verhouding tussen partijen zodanig en duurzaam is verstoord dat daarin naar verwachting grond is gelegen om tot ontbinding op de ‘g-grond’ te komen. De kantonrechter oordeelde dat de arbeidsovereenkomst met inachtneming van de opzegtermijn nog ongeveer 5,5 maand zou hebben voortgeduurd. De kantonrechter heeft ook rekening gehouden met het feit dat geen van partijen een ernstig verwijt treft, dat werknemer foien en pensioenopbouw misloopt en met de gevolgen van de coronacrisis voor de werkgever.

Het hof oordeelt in hoger beroep dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is omdat geen sprake is van een dringende reden die het ontslag op staande voet kan rechtvaardigen.<sup>2</sup> Voor de hoogte van de billijke vergoeding en de motivering hiervan sluit het hof zich aan bij de motivering van de kantonrechter.

3. De werknemer is vervolgens in cassatie gegaan. De Hoge Raad verworpt dit cassatieberoep, na conclusie hiertoe van de A-G.<sup>3</sup> In deze annotatie wordt de focus gelegd op twee onderdelen van het cassatiemiddel, namelijk i) de wijze waarop het hof de gevalsvergelijking ter bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding heeft toegepast en ii) de wijze waarop het hof de billijke vergoeding heeft gematigd en hoe de A-G in de conclusie over deze onderdelen oordeelt. Ook worden nog enkele punten genoemd die de werknemer in zijn motivering van de billijke vergoeding mogelijk had kunnen meenemen.

### *De toepassing van de gevalsvergelijking*

4. De werknemer in deze kwestie klaagt in cassatie onder andere dat het hof de feitelijke gevalsvergelijking ter bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding niet juist heeft toegepast.

5. Op grond van het arrest *New Hairstyle I* van de Hoge Raad is een van de gezichtspunten voor bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding hoelang de arbeidsovereenkomst naar verwachting zou hebben voortgeduurd als het ontslag op staande voet zou zijn vernietigd, met andere woorden: ‘de te verwachten duur van de arbeidsovereenkomst’.<sup>4</sup> Het zal van de omstandigheden van het geval afhangen welke verdere duur van de arbeidsovereenkomst daarbij in aanmerking moet worden genomen. Daarbij is mede van belang of de werkgever de arbeidsovereenkomst ook op rechtmatige wijze zou hebben kunnen beëindigen, en op welke termijn dit dan had mogen gebeuren en vermoedelijk zou zijn gebeurd. Omdat de arbeidsovereenkomst al is geëindigd zodra de rechter over de hoogte van de billijke vergoeding nadenkt, dient de rechter een gevalsvergelijking te maken tussen de situatie zonder vernietigbare opzegging (de zogenoemde hypothetische situatie) en de huidige situatie.<sup>5</sup>

6. In de conclusie van de A-G bij *New Hairstyle II* wordt met betrekking tot de gevalsvergelijking onderscheid gemaakt tussen de normatieve en de feitelijke gevalsvergelijking.<sup>6</sup> Bij de *normatieve* gevalsvergelijking wordt in de hypothetische situatie alles wat betrekking heeft op – althans heeft geleid tot – de ernstig verwijtbare gedraging weggedacht. Bij de *feitelijke* gevalsvergelijking wordt in de hypothetische situatie alleen de ernstig verwijtbare gedraging weggedacht, maar niet de aan die ernstig verwijtbare gedraging voorafgegane feiten en omstandigheden. De A-G meent dat de *feitelijke* gevalsvergelijking de juiste is. Hoewel de Hoge Raad de zaak heeft afgedaan op grond van art. 81 RO,<sup>7</sup> en dus voorzichtig moet worden omgegaan met de conclusie van de A-G, wordt in de literatuur ook aangenomen dat de feitelijke gevalsvergelijking moet worden toegepast.<sup>8</sup>

3 HR 3 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:138; Parket bij de Hoge Raad 14 oktober 2022, ECLI:NL:PHR:2022:948.

4 HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187 (*New Hairstyle I*), r.o. 3.4.4.

5 HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187 (*New Hairstyle I*), r.o. 3.4.5.

6 Parket bij de Hoge Raad 3 april 2020, ECLI:NL:PHR:2020:360, r.o. 5.13-5.26.

7 HR 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1312 (*New Hairstyle II*).

8 ECLI:NL:HR:2023:138, «JAR» 2023/74; A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke thema's II*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 151-152; D. van Gerven & D.A.D. Mees, *De billijke vergoeding anno 2020: guidance van de Hoge Raad, maar partijen zijn nu echt zelf aan zet*, *TAP* 2020/8, p. 8-11; C.J. Frikkee & M.E.

1 Rb. Amsterdam 26 november 2020, zaaknummer 8750352 EA VERZ 20-671 (niet gepubliceerd).

2 Hof Amsterdam 7 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3872.

7. Indien de feitelijke gevalsvergelijking wordt toegepast op de situatie zoals bedoeld in art. 7:681 lid 1 sub a BW wordt de vernietigbare opzegging zelf dus weggedacht, maar worden de feiten die aan die vernietigbare opzegging ten grondslag lagen wel meegewogen.
8. Uit r.o. 4.14 en 4.15 van de conclusie van de A-G in onderhavige kwestie volgt ook dat aan de werknemer kan worden toegegeven dat een feitelijke gevalsvergelijking door het hof had moeten worden toegepast. De A-G meent echter dat de feitelijke gevalsvergelijking in dit geval niet tot cassatie kan leiden omdat het hof al tot het oordeel was gekomen dat de arbeidsrelatie voor de incidenten in 2020, die ten grondslag liggen aan het ontslag op staande voet, al duurzaam was verstoord. Een feitelijke gevalsvergelijking zou hier volgens de A-G niet aan hebben toe- of afgedaan.
9. Voorafgaand aan beantwoording van de vraag of een feitelijke gevalsvergelijking hier wel of niet aan zou hebben toe- of afgedaan, is het de vraag of het hof voor bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding zomaar mee had moeten gaan met de motivering van de kantonrechter.
10. D. van Gerwen en D.A.D. Mees menen dat afhankelijk van de vraag of het ontslag op staande voet op materiële gronden of formele gronden vernietigbaar wordt geacht, de rechter kan vaststellen of de omstandigheden van het geval aanleiding geven te veronderstellen dat de arbeidsovereenkomst in de hypothetische situatie op korte termijn tot een einde zou komen.<sup>9</sup>
11. In deze kwestie werd in eerste aanleg geoordeeld dat het ontslag niet onverwijld was gegeven, zodat het ontslag op staande voet in eerste aanleg op *formele* gronden geen stand houdt. Echter, in hoger beroep werd geoordeeld dat geen sprake was van een dringende reden, zodat het ontslag op staande voet in hoger beroep op *materiële* gronden geen stand houdt. Op grond hiervan is het dus de vraag of het hof de motivering zo een-op-een had kunnen overnemen van de kantonrechter. Indien het ontslag op staande voet namelijk alleen op formele gronden geen stand houdt, maar er dus wel sprake is van een dringende reden, zal de arbeidsovereenkomst waarschijnlijk op korte termijn ontbonden worden, terwijl als het ontslag op staande voet op materiële gronden geen stand houdt, en er dus geen sprake is van een dringende reden, de arbeidsovereenkomst waarschijnlijk minder snel ontbonden had kunnen worden. Het hof had in onderhavige kwestie daarom de motivering van de billijke vergoeding mogelijk anders moeten insteken omdat het hof op andere gronden dan de kantonrechter heeft geoordeeld dat het ontslag op staande voet geen stand houdt. Juist omdat het hof oordeelde dat de aan het ontslag op staande voet ten grondslag gelegde omstandigheden niet kunnen worden aangemerkt als dringende reden, zodat de opzegging op materiële gronden geen stand houdt, had het hof deze omstandigheden wel moeten meenemen in de feitelijke gevalsvergelijking.
12. Hoewel er dus wat valt te zeggen voor het standpunt dat het hof de hoogte van de billijke vergoeding op grond van

het voorgaande anders had kunnen motiveren en dus niet zo een-op-een had moeten overnemen van de kantonrechter, menen wij dat de feitelijke rechters en de A-G gelijk hebben dat de arbeidsrelatie in dit geval al zodanig was verstoord vóór de vernietigbare opzegging dat duidelijk was dat deze op korte termijn op de g-grond zou eindigen. Dat een te verwachten ontbinding op de g-grond in de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding kan worden meegenomen, volgt ook uit de verwijzingsuitspraak na *New Hairstyle I* waarin door het hof Den Bosch werd geconcludeerd dat in het hypothetische geval dat er geen onterecht ontslag op staande voet had plaatsgevonden, wél een 'reguliere' ontbinding op de g-grond zou volgen.<sup>10</sup> De A-G heeft in de conclusie dit oordeel in stand gelaten (en de Hoge Raad heeft de zaak afgedaan op art. 81 RO).<sup>11</sup>

13. Maar met de motivering van de feitelijke rechters voor de duur van de arbeidsovereenkomst tot de ontbinding op de g-grond zijn wij het niet eens. De kantonrechter en het hof gaan ervan uit dat gezien de opzegtermijn, die vier maanden is in het geval van de werknemer, de arbeidsovereenkomst waarschijnlijk nog ongeveer vijfenvijfde maand had voortgeduurd. Zij zijn er daarbij van uitgegaan dat het ontbindingsverzoek op de g-grond op het moment van het ontslag op staande voet zou zijn ingediend.

14. Echter, er kan onderscheid gemaakt worden tussen de gevalsvergelijking waarin op het moment van het ontslag op staande voet (tijdstip X) een ontbindingsverzoek wordt ingediend op de g-grond en de gevalsvergelijking waarin op het moment van de uitspraak van de rechter (tijdstip Y) een ontbindingsverzoek wordt ingediend op de g-grond.<sup>12</sup> Indien het ontbindingsverzoek wordt ingediend op tijdstip Y is er enige tijd verstreken sinds tijdstip X, wat betekent dat voor de hoogte van de billijke vergoeding ook moet worden uitgegaan van een langere tijd zonder loon en dus een hogere vergoeding. Dit zou zelfs nog meer kunnen oplopen indien de procedure in hoger beroep wordt beslecht (tijdstip Z).

15. Uit de tekst van *New Hairstyle I* en een uitspraak van het gerechtshof lijkt te volgen dat tijdstip X doorslaggevend is.<sup>13</sup> Echter, A.R. Houweling e.a. menen dat deze uitkomst merkwaardig is omdat het punt juist is dat de werkgever geen ontbindingsverzoek heeft gedaan maar ontslag op staande voet heeft verleend. Volgens hen zou daarom tijdstip Z leidend moeten zijn.<sup>14</sup>

16. Wij menen dat daar in onderhavige kwestie zeker wat voor te zeggen is. Kijkend naar alle incidenten die zich in de loop der jaren hebben voorgedaan tussen de werkgever en de werknemer, had de werkgever misschien al veel eerder een ontbindingsverzoek kunnen indienen. Dat heeft de werkgever niet gedaan. De werkgever heeft er dus bewust voor gekozen om na vele jaren van incidenten de werknemer op staande voet te ontslaan. Dit ontslag op staande voet voldeed niet aan de wettelijke vereisten en is vernietigd. Het lijkt in deze situatie dus niet juist om voor de gevalsvergelijking

Smorenburg, 'De billijke vergoedingen, lessen van de Hoge Raad', *ArbeidsRecht* 2021/27, p. 7-8. Zie anders: noot van E. Verhulst bij ECLI:NL:GHSHE:2022:2496, «JAR» 2022/263; in deze uitspraak was sprake van een billijke vergoeding op een andere wettelijke grondslag, namelijk art. 7:671b lid 9 sub c BW.

9 D. van Gerven & D.A.D. Mees, 'De billijke vergoeding anno 2020: guidance van de Hoge Raad, maar partijen zijn nu echt zelf aan zet', *TAP* 2020/8, p. 10.

10 Hof's-Hertogenbosch 14 februari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:516, r.o. 5.1-5.32.

11 Parket bij de Hoge Raad 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1312.

12 A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 146.

13 HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187 (*New Hairstyle I*), r.o. 3.4.4; hof Den Haag 20 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2024, r.o. 23.

14 A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 146.

uit te gaan van de situatie dat de werkgever op de datum van het ontslag op staande voet een ontbindingsverzoek had ingediend omdat de werkgever bewust niet voor een ontbinding op de g-grond lijkt te hebben gekozen. Naar onze mening zou dus aangesloten moeten worden bij de gevalsvergelijking waarin op het moment van de uitspraak van de rechter (in eerste aanleg dan wel in hoger beroep) een ontbindingsverzoek wordt ingediend op de g-grond. Op grond hiervan zou de billijke vergoeding van de werknemer waarschijnlijk hoger uitvallen.

#### *Matiging versus verlagende werking*

17. Zowel de kantonrechter als het hof zien in onderhavige kwestie reden om bij de hoogte van de billijke vergoeding rekening te houden met de gevolgen van de coronacrisis voor de werkgever. Het hof oordeelt in r.o. 3.18 dat het reden ziet de billijke vergoeding enigszins te matigen nu aannemelijk is dat de werkgever heeft geleden onder de coronacrisis. De werknemer heeft een klacht gericht tegen het oordeel dat er reden is de billijke vergoeding te matigen.

18. Het woord ‘matigen’ impliceert een wettelijke matiging. In beginsel is een billijke vergoeding niet voor matiging vatbaar omdat een billijke vergoeding geen wettelijke schadevergoeding is en dus, gelet op de eisen van art. 6:109 BW, niet kan worden gematigd. Zonder nadere toelichting van het hof kan daarom niet begrepen worden waarom de billijke vergoeding gematigd wordt.

19. De A-G erkent ook in de conclusie dat er geen wettelijke grondslag is voor het matigen van een billijke vergoeding, maar verwijst naar *New Hairstyle I* waarin door de Hoge Raad is aangegeven dat voor zover elementen van de vaststelling van de billijke vergoeding zien op de vergoeding van schade van de werknemer, de wettelijke regels van art. 6:95 e.v. BW zich lenen voor overeenkomstige toepassing. De A-G meent in r.o. 4.51 van de conclusie dat het element hoelang de arbeidsovereenkomst nog zou hebben voortgeduurd, schade betreft van de werknemer door de vernietigbare opzegging waarop de wettelijke regels van art. 6:95 e.v. BW van overeenkomstige toepassing zijn en er dus kan worden gematigd op grond van art. 6:109 BW.

20. Het is echter de vraag of in dit geval sprake is van vergoeding van schade van de werknemer, op grond waarvan art. 6:95 e.v. BW van toepassing zouden zijn. Wij menen dat dit niet het geval is omdat de Hoge Raad expliciet heeft aangegeven dat ‘elementen’ van de billijke vergoeding kunnen worden aangemerkt als schade van de werknemer. De A-G meent dat het element hoelang de arbeidsovereenkomst nog zou hebben voortgeduurd, kan worden aangemerkt als schade van de werknemer door de vernietigbare opzegging. Wij zijn van mening dat de matiging door het hof niet ziet op het element hoelang de arbeidsovereenkomst nog zou hebben voortgeduurd, maar op de *gehele* billijke vergoeding. De gehele billijke vergoeding, gebaseerd op meerdere gezichtspunten, wordt gematigd in verband met de gevolgen van de coronacrisis voor de werkgever. En deze gehele billijke vergoeding kan naar onze mening niet worden aangemerkt als schadevergoeding voor de werknemer als bedoeld door de Hoge Raad in *New Hairstyle I*.

21. De A-G probeert een onjuiste woordkeuze van het hof recht te trekken, maar naar onze mening had dit veel simpler gekund. Uit de wetsgeschiedenis volgt namelijk dat de rechter bij de hoogte van de billijke vergoeding rekening kan houden met de financiële situatie van de werkgever, mocht daartoe aanleiding zijn, bijvoorbeeld omdat de werkgever

daarom verzoekt.<sup>15</sup> In de literatuur is ook aangegeven dat het aannemelijk is dat de slechte financiële situatie een omstandigheid is die relevant kan zijn bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding en dat de coronacrisis hier nog weleens een rol in kan gaan spelen bij de vaststelling van de billijke vergoeding.<sup>16</sup>

22. Dat er bij de hoogte van de billijke vergoeding rekening kan worden gehouden met een dergelijke situatie, blijkt dus uit de wetsgeschiedenis en de literatuur. Als het hof een andere woordkeuze had toegepast, en weg was gebleven van het woord ‘matigen’, was er mogelijk geen discussie geweest over het feit dat het hof de gevolgen van de coronacrisis voor de werkgever mee heeft gewogen voor de hoogte van de billijke vergoeding. Het hof had bijvoorbeeld kunnen zeggen dat de gevolgen van de coronacrisis voor de werkgever een ‘verlagende werking’ hebben met betrekking tot de hoogte van de billijke vergoeding.

#### *Aanvullende punten werknemer*

23. Wij zijn ten slotte van mening dat de werknemer zijn motivering met betrekking tot de hoogte van de billijke vergoeding ook anders had kunnen insteken. Uit de literatuur volgt dat de leeftijd van de werknemer en de duur van het dienstverband tot de vernietigbare opzegging relevante onderdelen zijn van het gezichtspunt van de te verwachten arbeidsduur van de arbeidsovereenkomst.<sup>17</sup>

24. Er wordt door de A-G vrij gemakkelijk voorbijgegaan aan de leeftijd van de werknemer. De A-G meent dat het een feit van algemene bekendheid is dat er personeelstekorten zijn in de horeca, maar dat betekent niet automatisch dat iemand met de leeftijd van 60 jaar makkelijk werk kan krijgen in de horecasector. De werknemer heeft ook aangevoerd dat hij heeft geprobeerd werk te vinden, maar dat dat niet lukt vanwege zijn leeftijd. Mogelijk had hij dit nog nader kunnen onderbouwen. Wij kunnen ons voorstellen dat zeker in de horecasector waarin het werk fysiek zwaar is, een werkzoekende van 60 jaar niet makkelijk werk kan vinden, ondanks het feit dat er personeelstekorten zijn.

25. In het arrest *Blue Circle* noemt de Hoge Raad de duur van het dienstverband een relevant gezichtspunt, welk gezichtspunt door de feitenrechter moet worden betrokken in diens afweging hoe tot een bepaalde billijke vergoeding is gekomen.<sup>18</sup> Hoewel hier door de feitenrechters vrijwel nooit aan wordt gerefereerd in het kader van de hoogte van de billijke vergoeding, zou het volgens C.G. Boot en M.C. Elbers vreemd zijn als de ‘trouwe dienst’ niet wordt beloofd omdat dit op allerlei plaatsen in het arbeidsrecht een rol speelt.<sup>19</sup> De werknemer in onderhavige kwestie was ruim 20 jaar in dienst voordat hij ten onrechte op staande voet werd ontslagen. Uit de uitspraken van de feitelijke rechters en de conclusie van de A-G volgt niet dat de werknemer dit heeft genoemd bij zijn motivering van de billijke vergoeding. Dat is

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

16 D. van Gerven & D.A.D. Mees, ‘De billijke vergoeding anno 2020: guidance van de Hoge Raad, maar partijen zijn nu echt zelf aan zet’, *TAP* 2020/8, p. 13; C.J. Frikkee & M.E. Smorenburg, ‘De billijke vergoedingen, lessen van de Hoge Raad’, *Arbeidsrecht* 2021/27, p. 7.

17 D. van Gerven & D.A.D. Mees, ‘De billijke vergoeding anno 2020: guidance van de Hoge Raad, maar partijen zijn nu echt zelf aan zet’, *TAP* 2020/8, p. 12.

18 HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:955 (*Blue Circle*), r.o. 4.2.2.

19 G.C. Boot & M.C. Elbers, ‘Toepassing van New Hairstyle criteria door de gerechtshoven’, *Arbeidsrecht* 2021/28, p. 13.

mogelijk een gemiste kans, omdat het niet ondenkbaar is dat wanneer de feitelijke rechter een dergelijk lang dienstverband van 20 jaar had meegenomen als gezichtspunt bij de bepaling van de billijke vergoeding, de billijke vergoeding mogelijk (iets) hoger was uitgevallen.

#### Conclusie

26. Op grond van het voorgaande zijn wij van mening dat het hof in zijn motivering van de hoogte van de billijke vergoeding op bepaalde punten is tekortgeschoten, zoals met betrekking tot de hiervoor genoemde feitelijke gevalsvergelijking en het 'matigen' van de billijke vergoeding. De A-G heeft dit in zijn conclusie geprobeerd te repareren omdat een andere motivering volgens de A-G toch niet tot een ander oordeel zou leiden. Los van de vraag of een andere motivering van de billijke vergoeding tot een ander oordeel had geleid, menen wij dat in het kader van de inzichtelijkheid en begrijpelijkheid van de hoogte van de billijke vergoeding, het hof zijn oordeel anders had moeten motiveren.

27. Hoewel de Hoge Raad zich al in meerdere arresten over de hoogte van de billijke vergoeding heeft uitgelaten en hier toe ook meerdere gezichtspunten heeft aangereikt, blijkt uit onderhavige kwestie dat er blijkbaar toch nog steeds veel onduidelijkheid is over de manier waarop de hoogte van de billijke vergoeding moet worden gemotiveerd.

mr. R. de Vos en mr. A. van der Vis  
Stamoulis Advocaten

ingevuld. In 2014 heeft werknemer in het COI-formulier over zijn nevenwerkzaamheden ingevuld dat sprake was van ver-  
taalwerkzaamheden voor het familiebedrijf X van zijn partner, een 'airport ground handling company'. In 2016 heeft werknemer in het COI-formulier ingevuld dat er voor wat betreft zijn nevenactiviteiten niets is veranderd sinds 2014. Op 14 juli 2021 heeft werkgeefster een aantal facturen ontvangen die zijn gericht aan bedrijf X met werknemer als contactpersoon. Werkgeefster heeft vervolgens een uittreksel opgevraagd van het Duitse handelsregister. Daaruit blijkt dat werknemer onder meer general manager is en statutair directeur van bedrijf X. Ook is werkgeefster toen gebleken dat het bedrijf een jaarlijkse omzet genereerde van 1,39 miljoen USD en dat deze onderneming in 2019 € 116.554 winst gemaakt heeft. Op 14 september 2021 heeft werkgeefster in een zoomgesprek werknemer om uitleg gevraagd over zijn rol binnen het bedrijf. Bij dat gesprek heeft werknemer (onder meer) verklaard dat er niets is veranderd sinds zijn melding in 2014. Dit heeft hij vervolgens ook schriftelijk verklaard. Werkgeefster is van mening dat werknemer niet integer en transparant is geweest over het melden van de nevenwerkzaamheden. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst per 31 mei 2022 ontbonden op de e-grond met toekenning van een transitievergoeding en geen billijke vergoeding. Werknemer stelt hoger beroep in.

Vaststaat dat er geen algeheel nevenwerkzaamhedenverbod gold, maar dat werknemer wel verplicht was nevenwerkzaamheden te melden, zodat werkgeefster kon beoordelen of daarmee al dan niet een belangenverstremming ontstond. Werkgeefster heeft toegelicht en werknemer heeft niet (voldoende) betwist dat werknemers zoals werknemer bij werkgeefster zeer zelfstandig hun werk verrichten, zodat de informatieverplichting rond mogelijke belangenconflicten voor werkgeefster extra van belang is. Om die reden volgde werknemer jaarlijks een integriteitscursus en moest hij jaarlijks het COI-formulier invullen. Op grond hiervan was werknemer gehouden om aan werkgeefster alle informatie te verschaffen die werkgeefster nodig had om te kunnen beoordelen of er mogelijk sprake was van een belangenconflict. Daarom rustte op hem naar het oordeel van het hof de verplichting om de vragen uit de COI-formulieren zo volledig mogelijk en ten minste voldoende duidelijk naar waarheid in te vullen, opdat werkgeefster zich hierover vervolgens zelf een oordeel kon vormen. Het hof is van oordeel dat werknemer niet aan deze op hem rustende informatieverplichting heeft voldaan bij het invullen van de COI-formulieren over de jaren 2014 tot en met 2020. Door niet te melden dat hij general manager was en bovendien ook voor de helft eigenaar was van het bedrijf, heeft werknemer het COI-formulier in 2014 onvolledig en niet naar waarheid ingevuld. In 2015 is werknemer vervolgens general manager geworden en statutair bestuurder. Ook dit had aanleiding moeten vormen voor werknemer om de omschrijving van zijn werkzaamheden voor bedrijf X als omschreven in 2014 te corrigeren. Van een bedrijf van zijn partner was op dat moment immers helemaal geen sprake meer. Het was nu volledig zijn eigen bedrijf. Werknemer heeft in het formulier van 2016 (en de daarop volgende formulieren tot en met 2019) echter ingevuld dat er ten opzichte van de situatie zoals weergegeven in het formulier uit 2014 niets was gewijzigd. Het jarenlang herhaaldelijk schenden van de verplichting de COI-formulieren juist en volledig in te vullen en vervolgens, na het ontdekken daarvan, het onvoldoende verstrekken van informatie om een belangenverstremming te kunnen laten beoordelen, acht het hof evenals de kantonrechter dermate verwijtbaar dat van werkgeefster niet kon worden ge-

## 61

### Niet melden nevenwerkzaamheden leidt tot ontbinding op de e-grond

Gerechtshof 's-Hertogenbosch  
1 december 2022, nr. 200.313.751\_01,  
ECLI:NL:GHSHE:2022:4153  
(mr. Bervoets, mr. Zweers-van Vollenhoven,  
mr. Van der Schoor)  
Noot mr. W. al Jaboury

#### Nevenwerk. Informatieplicht. e-grond. Verwijtbaar.

[BW art. 7:611, 7:669 lid 3 sub e, 7:671b, 7:683]

*Essentie: Ontbinding arbeidsovereenkomst op de e-grond houdt stand wegens schending van de informatieverplichting door werknemer over de nevenwerkzaamheden.*

*Samenvatting: Werkgeefster is een onderneming gericht op het leveren van diverse producten en diensten in de vliegtuig-industrie voor militaire en commerciële klanten. Werknemer is op 27 september 2010 in dienst van werkgeefster getreden op grond van een schriftelijke arbeidsovereenkomst. Het betrof een zeer zelfstandige functie waarin hij veel moest reizen. Werknemer beheerst de Russische taal. De arbeidsovereenkomst bevat een beding over nevenwerkzaamheden. Bij aanvang van zijn dienstverband heeft werknemer geen nevenactiviteiten opgegeven bij werkgeefster. De werknemers van werkgeefster dienen jaarlijks een Conflict Of Interest-formulier (COI-formulier) in te vullen. Werknemer heeft jaarlijks een training ethiek gevolgd en jaarlijks online het COI-formulier*