

25

Houding werkneemster heeft drukkend effect op de billijke vergoeding

Kantonrechter Rechtbank Noord-Holland zp
Haarlem

6 november 2020, nr. 8712720\AO VERZ
20-129, ECLI:NL:RBNHO:2020:9219

(mr. Erkens)

Noot mr. W.A. Lenders

Ontslag op staande voet niet rechtsgeldig. Vermindering billijke vergoeding vanwege opstelling werknemer.

[BW art. 7:672 lid 11, 7:673, 7:677, 7:678,
7:681]

De werkneemster is op 16 september 2003 bij de werkgever in dienst getreden in de functie van personeelszaken/office assistent. Op 2 juli 2020 heeft de werkgever aan de werkneemster meegedeeld dat haar dienstverband zou worden beëindigd en dat hij contact heeft gehad met een ander bedrijf dat bereid is haar in dienst te nemen. De werkneemster heeft hierop emotioneel gereageerd en heeft het bedrijfspand verlaten. De werkgever heeft vervolgens een beëindigingsvoorstel gedaan, waarop de werkneemster heeft laten weten een veel hogere vergoeding te willen. Op 9 juli 2020 heeft de werkgever de werkneemster op staande voet ontslagen omdat zij niet meer aan het werk is gegaan. In deze procedure maakt de werkneemster aanspraak op de transitievergoeding, een vergoeding wegens onregelmatige opzegging en een billijke vergoeding.

De kantonrechter acht het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig. De werkgever heeft tegelijk met het sturen van het beëindigingsvoorstel aan de werkneemster voorgesteld om de week daarop verder contact te hebben over de werkzaamheden die er nog zouden zijn en de overdracht daarvan. Gelet daarop mocht de werkneemster ervan uitgaan dat de werkgever nog contact met haar zou opnemen en was er geen grond voor ontslag wegens werkweigering. De werkneemster heeft daarom recht op de vergoeding inzake onregelmatig ontslag en op de transitievergoeding. Ook

komt haar een billijke vergoeding toe vanwege het onterechte ontslag. Bij de begroting daarvan moet volgens de kantonrechter extra gewicht worden toegekend aan de omstandigheden van het geval. Begrijpelijk is dat de werkgever, die zich in overlevingsstand bevindt vanwege de coronacrisis, vanuit emotie heeft gehandeld. Gelet hierop had van de werkneemster mogen worden verwacht dat zij rekening had gehouden met de situatie van de werkgever, mee had gedacht over een passende oplossing en contact had opgenomen met de door de werkgever voorgestelde nieuwe werkgever. Haar houding heeft daarom een drukkend effect op de vergoeding. Deze wordt begroot op € 3.500 bruto, waarbij aansluiting is gezocht bij de hoogte van een maandsalaris inclusief emolumenten. Het is ook waarschijnlijk dat de arbeidsovereenkomst hoe dan ook op korte termijn geëindigd zou zijn wegens bedrijfseconomische redenen.

NB. Op grond van New Hairstyle («JAR» 2017/188, m.nt. Van Zanten-Baris) is voor de begroting van de billijke vergoeding van art. 7:681 BW met name van belang hoe lang de arbeidsovereenkomst nog geduurd zou hebben zonder het onrechtmatige ontslag. Verwijtbaarheid van de werknemer kan daarbij één van de mee te wegen elementen zijn. In deze zaak wordt de houding van de werkneemster wel erg zwaar benadrukt, vooral nu van ernstige verwijtbaarheid van haar kant geen sprake is.

[Werkneemster] te [woonplaats],
verzoekende partij,
verder te noemen: [werkneemster],
gemachtigde: mr. N. Reinalda,
tegen
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [werkgever] te [plaats],
verwerende partij,
verder te noemen: [werkgever],
gemachtigde: mr. F. Teuben-Oass.

1. Het procesverloop
(...)

2. De feiten

2.1. [werkneemster], geboren [in 1980], is op 16 september 2003 in dienst getreden bij [werkgever] in de functie van Personeelszaken/Office assistent, tegen een salaris van € 2.980,66 bruto per

maand exclusief vakantiegeld en overige emolumenten.

2.2. In de ochtend van 2 juli 2020 heeft [werkgever] aan [werkneemster] medegedeeld dat haar dienstverband zou worden beëindigd, maar dat hij contact heeft gehad met MPS Textiles en dat aan [werkneemster] aldaar een dienstverband kan worden aangeboden. Hierop heeft [werkneemster] zeer emotioneel gereageerd en zij heeft vervolgens het bedrijfspand verlaten en is naar huis gegaan.

2.3. Bij e-mail van 2 juli 2020 om 19:14 uur heeft [HR manager], HR manager (hierna: [HR manager]), namens [werkgever] aan [werkneemster] een voorstel voor een beëindigingsovereenkomst gestuurd, waarin – kort samengevat – wordt voorgesteld om de arbeidsovereenkomst te beëindigen per 1 december 2020, zonder vrijstelling van werkzaamheden en zonder toekenning van een vergoeding. In de begeleidende e-mail schrijft [HR manager]: ‘(...) Hierbij bevestigen we de beëindiging van je dienstverband (...) zoals [werkgever] deze vanmorgen je helaas heeft moeten mededelen. We begrijpen dat dit hard is aangekomen en hebben ook begrip voor je reactie. In de bijlage vind je het voorstel voor de beëindigingsovereenkomst. (...)’

Er is een uitzicht op een nieuwe baan in een gelijkwaardige functie en salaris. We willen je vragen deze optie te overwegen en in gesprek te gaan met de werkgever over de mogelijkheden.

Wat betreft werkzaamheden en afronding: gezien de opzegtermijn en tevens de terugloop in werkzaamheden, lijkt het me goed hierover met elkaar in overleg te gaan. Waarbij de werkzaamheden die er in de komende periode nog zijn, opgepakt worden en er een overdracht kan plaatsvinden.

Ik stel voor volgende week hierover verder contact te hebben. (...)’

2.4. Op voornoemd voorstel heeft [werkneemster] bij e-mail van 8 juli 2020 gereageerd: ‘(...) Ik heb juridisch advies ingewonnen; jullie kunnen als werkgever niet zomaar eenzijdig het dienstverband met mij beëindigen. Jullie hebben daarvoor een ontslagvergunning nodig van het UWV. Die is er niet en het is ook maar de vraag of die er op basis van de huidige situatie zou komen.

Ik heb dan ook gewoon recht op het behoud van mijn baan en geen interesse in een andere baan. Ik vind het echt heel erg dat jullie mij na 17 jaar dienstverband op deze manier – zonder oog te heb-

ben voor mijn rechten – aan de kant proberen te zetten.

Ik ben eventueel bereid om een VSO te sluiten, maar dan wel onder substantieel andere voorwaarden dan zoals nu omschreven in de concept VSO (...), namelijk

– Einddatum 1 april 2021

– Vrijstelling van werk per 1 september 2020

– Beëindigingsvergoeding van EUR 45.000,- bruto

– Bij de eindafrekening uitbetaling van overuren en uitbetaling van opgebouwde vakantiedagen die op de einddatum nog niet zijn genoten.

– Als ik eerder dan de einddatum een nieuwe baan heb gevonden, zal ik voor de maanden dat mijn arbeidsovereenkomst eerder eindigt, per maand bovenop de beëindigingsvergoeding een half bruto maandsalaris ontvangen. (...)’

2.5. [werkgever] heeft op het tegenvoorstel van [werkneemster] bij e-mail van 9 juli 2020 om 13:44 uur gereageerd: ‘(...) Ons bedrijf is hard geraakt door de Corona Pandemie. We moeten er alles aan doen om te blijven bestaan na 40 jaar hard werken en dit had ik graag ook anders gezien.

Je zult begrijpen dat de maatregelen om te overleven mij erg zwaar vallen. Ik begrijp hoe naar dit voor je is.

Je kan zelf constateren dat veel van je werkzaamheden zijn weg gevallen. Ik heb mijn stinkende best gedaan om te zorgen dat je niet werkloos wordt en elders aan de slag kan, dit om de pijn voor je te verzachten.

Zou zeker de kans aangrijpen om met [betrokkene] te gaan praten. Je salaris blijft gelijk, ben wel je auto vergeten.

Waar je nu mee komt geeft mij het gevoel dat je van de situatie wilt profiteren. Wil je graag helpen, maar deze weg lijkt mij niet verstandig. (...)’

2.6. In navolging van voornoemde e-mail heeft [werkgever] bij e-mail van 9 juli 2020 om 19:07 uur aan [werkneemster] geschreven: ‘(...) Onderstaande mail heb ik gestuurd naar je werkmail in de veronderstelling dat je aanwezig bent op het werk. Maar ik begrijp dat je vandaag nog steeds niet op kantoor bent verschenen en je bent niet aan het werk zonder geldige afmelding. Ik neem dat zeer zwaar op.

Je maakt je schuldig aan ongeoorloofde afwezigheid en werkweigering en dat vormt voor mij een reden je op staande voet te ontslaan.

Ik doe dat bij deze en ontsla je daarom per heden op staande voet wegens ongeoorloofde afwezigheid en werkweigering, zowel op grond van elk van ge-

noemde omstandigheden afzonderlijk, (...), als op grond van deze omstandigheden tezamen genomen. (...)

2.7. Bij e-mail van 17 augustus 2020 heeft [werkgever] aan [werkneemster] geschreven: '(...) Ze zoeken nog personeel [naam] voor op kantoor. (...) Je mag solliciteren aangezien ze je kennen. (...)

3. Het verzoek

3.1. [werkneemster] verzoekt de kantonrechter primair – na wijziging van het verzoek – om voor recht te verklaren dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is gegeven en om [werkgever] te veroordelen tot betaling aan [werkneemster] van:
I. € 18.040,98 bruto aan transitievergoeding;
II. € 14.123,21 bruto aan vergoeding wegens onregelmatige opzegging, te vermeerderen met 8% vakantietoeslag en overige emolumenten;
III. € 25.752,90 bruto aan billijke vergoeding;
IV. € 7.302,31 netto aan reële juridische kosten;
V. de wettelijke rente over I t/m III;
VI. de proces- en nakosten.

3.2. Aan dit verzoek legt [werkneemster] ten grondslag – kort weergegeven – dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is, omdat een dringende reden ontbreekt. Van ongeoorloofde afwezigheid of werkweigering is geen sprake geweest. [werkneemster] is sinds 2 juli 2020 afwezig geweest, maar zij heeft zich afgemeld en is naar huis gegaan. Zij ging er – naar aanleiding van de e-mail van [HR manager] van 2 juli 2020 – vanuit dat contact met haar zou worden opgenomen. Dat is niet gebeurd. In plaats daarvan is [werkneemster], na zeventien jaar goed te hebben gefunctioneerd, op staande voet ontslagen.

3.3. Subsidiair, voor het geval de arbeidsovereenkomst wel is beëindigd door het ontslag op staande voet, verzoekt [werkneemster] de kantonrechter om [werkgever] te veroordelen tot betaling van de transitievergoeding van € 18.040,98 bruto, te vermeerderen met de wettelijke rente, onder veroordeling van [werkgever] in de proces- en nakosten. Daaraan legt [werkneemster] ten grondslag dat geen sprake is van ernstige verwijtbaarheid aan haar kant.

4. Het verweer

4.1. [werkgever] verweert zich en verzoekt de kantonrechter om de verzoeken van [werkneemster] af te wijzen, dan wel te matigen, met dien verstande dat de openstaande schuld van [werkneemster] aan [werkgever] ter hoogte van

€ 5.988,65 netto hierop in mindering mag worden gebracht. Daartoe is – samengevat – het volgende aangevoerd.

4.2. [werkgever] is hard getroffen door de Covid-19 maatregelen, omdat de onderneming is gericht op de entertainmentbranche. [werkgever] maakt gebruik van de NOW-regeling, omdat 83% van de omzet is weggevallen. [werkgever] moet reorganiseren, omdat het bedrijf anders failliet zal gaan. [werkgever] heeft met de werknemers geprobeerd tot een oplossing te komen en hen waar mogelijk geprobeerd te herplaatsen.

Met [werkneemster] is op 2 juli 2020 besproken dat, gezien het wegvallen van de meeste van haar werkzaamheden, haar functie zal komen te vervallen. Aan haar is medegedeeld dat zij bij MPS Textiles onder dezelfde arbeidsvoorwaarden kan gaan werken.

Het tegenvoorstel van [werkneemster] op de aangeboden vaststellingsovereenkomst voelde voor [werkgever] als een mes in zijn rug. Achteraf is hem daarbij gebleken dat [werkneemster] ongeoorloofd niet op het werk was verschenen sinds 2 juli 2020. Het vertrouwen van [werkgever] in [werkneemster] is daardoor nihil geworden. Het ontslag op staande voet is dan ook rechtsgeldig gegeven.

De dringende redenen die aan het ontslag op staande voet ten grondslag liggen vormen eveneens ernstig verwijt handelen aan de kant van [werkneemster]. Ook kan haar een ernstig verwijt worden gemaakt dat zij niet eens in gesprek heeft willen treden met een nieuwe werkgever.

4.3. Voor zover [werkgever] zal worden veroordeeld tot betaling van de verzochte vergoedingen, verzoekt [werkgever] de kantonrechter om deze in twaalf termijnen te mogen voldoen. Daarnaast verzoekt [werkgever] om een eventueel toe te wijzen bedrag te verrekenen met de schuld van [werkneemster] aan [werkgever] ter hoogte van € 5.988,65. Deze schuld ziet op de huur van een container voor privégebruik, waarop [werkneemster] maandelijks een bedrag van € 200,00 afloste vanuit haar loon.

5. De beoordeling

5.1. Het gaat in deze zaak – kort gezegd – om de vraag of aan [werkneemster] een billijke vergoeding, de transitievergoeding en een vergoeding wegens onregelmatige opzegging moet worden toegekend.

5.2. De kantonrechter stelt voorop dat duidelijk is dat Covid-19 en de daarmee samenhangende maatregelen grote impact hebben op de entertainmentbranche, waarop [werkgever] zich richt. De kantonrechter acht daarbij begrijpelijk dat zowel bij [werkgever] als bij [werkneemster] in de gegeven situatie sprake was van sterke emoties en dat zij ieder vanuit hun eigen positie hebben gehandeld zoals zij hebben gedaan. Ter zitting is gebleken dat [werkgever] niet alleen heeft gedacht aan het collectief belang – het redden van zijn bedrijf – maar, op zijn manier, ook heeft geprobeerd zo goed mogelijk te zorgen voor zijn werknemers, door met ze in gesprek te gaan over een oplossing en door (waar mogelijk) mee te denken over hun toekomst. [werkneemster] probeert, ondanks de precaire situatie waarin het zich bevindt, zijn bedrijf waar hij veertig jaar hard voor heeft gewerkt, in stand te houden. Ondanks dat gelden echter op individueel niveau, ontslagregels, die de ontslagsituatie van de individuele werknemers normeren. Vanuit die gedachte overweegt de kantonrechter als volgt.

5.3. Ter beantwoording van de vraag of [werkneemster] recht heeft op betaling door [werkgever] van de verzochte vergoedingen ligt allereerst de vraag voor of het ontslag op staande voet rechtsgeldig is. Volgens artikel 7:677 lid 1 BW moet een ontslag op staande voet onverwijld worden gegeven, onder gelijktijdige mededeling van de dringende reden voor dat ontslag.

5.4. Niet in geschil is dat aan het onverwijldheidsvereiste is voldaan. Tussen partijen bestaat discussie omtrent de vraag of sprake is van een dringende reden. Als dringende reden in de zin van artikel 7:677 lid 1 BW worden op grond van het bepaalde in artikel 7:678 lid 1 BW beschouwd zodanige daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer, die ten gevolge hebben dat van de werkgever redelijkerwijs niet verlangd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Bij de beoordeling van de vraag of van een dringende reden sprake is, moeten alle omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking worden genomen. Daarbij behoren in de eerste plaats te worden betrokken de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt, en verder onder meer de aard en duur van de dienstbetrekking, de wijze waarop de werknemer deze heeft vervuld, alsmede de persoonlijke omstandigheden van de

werknemer, zoals de leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet zou hebben.

5.5. [werkgever] heeft aan het ontslag ongeoorloofde afwezigheid en werkweigeren van [werkneemster] ten grondslag gelegd. Daarvan is naar het oordeel van de kantonrechter geen sprake. [werkneemster] heeft na de mededeling van [werkgever] op 2 juli 2020 het bedrijfspannend in zeer emotionele staat verlaten. Zij was erg ontdaan door de – voor haar onverwachte – mededeling dat haar dienstverband na zeventien jaar zou eindigen. Vervolgens is zij naar huis gegaan. Namens [werkgever] is bij e-mail van 2 juli 2020 aan [werkneemster] kenbaar gemaakt dat men begrip heeft voor haar reactie op de mededeling, is aan haar een concept vaststellingsovereenkomst gestuurd en is voorgesteld om volgende week verder contact te hebben over de werkzaamheden die er de komende periode nog zouden zijn en de overdracht daarvan. Alhoewel niet is gebleken dat aan [werkneemster] vrijstelling van werkzaamheden was verleend, mocht [werkneemster] er gelet op de mededeling van [HR manager] in de e-mail van 2 juli 2020 vanuit gaan dat – in het kader van het voorstel tot beëindiging – contact met haar zou worden opgenomen over de afronding van de werkzaamheden. Gelet hierop volgt de kantonrechter het standpunt van [werkneemster] dat van ongeoorloofde afwezigheid en werkweigeren geen sprake is geweest. Daarbij komt dat [werkgever] ter zitting ook heeft verklaard dat hij het ontslag op staande voet mede heeft verleend als reactie op het tegenvoorstel van [werkneemster] op de haar voorgelegde vaststellingsovereenkomst. Dat de door haar gevraagde vergoeding exorbitant was, heeft [werkneemster] ter zitting ook erkend. Zij vond het onbegrijpelijk dat haar arbeids-overeenkomst na zeventien jaar hard werken zonder vergoeding zou worden beëindigd en hoopte met het tegenvoorstel te bereiken dat partijen ergens in het midden zouden uitkomen. Het tegenvoorstel is bij [werkgever] echter in het verkeerde keelgat geschoten en toen hij erachter kwam dat [werkneemster] sinds 2 juli 2020 – in zijn ogen ongeoorloofd – afwezig was geweest, heeft hij haar op staande voet ontslagen.

5.6. Voor zover overigens vanaf 2 juli 2020 al sprake zou zijn geweest van ongeoorloofde afwezigheid en werkweigeren aan de kant van [werkneemster], had van [werkgever] – mede gelet op het arbeidsverleden van [werkneemster] bij [werkgever] – in de onderhavige situatie verwacht

mogen worden dat een minder verstrekkende maatregel zou zijn opgelegd, zoals een officiële waarschuwing of een loonsanctie, in plaats van de als ultimatum remedium geldende maatregel van ontslag op staande voet. [werkgever] heeft de kantonrechter daarbij ook niet kunnen uitleggen waarom geen contact met [werkneemster] is opgenomen op het moment dat [werkgever] erachter kwam dat zij sinds 2 juli 2020 niet aanwezig was geweest, maar in plaats daarvan direct over is gegaan tot ontslag op staande voet.

5.7. De conclusie is dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is, omdat een dringende reden ontbreekt. De door [werkneemster] verzochte verklaring voor recht zal worden toegewezen.

5.8. Omdat hiervoor is geoordeeld dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is, moet het verzoek van [werkneemster] om toekenning van een billijke vergoeding worden toegewezen. Daarbij wordt opgemerkt dat het geven van een ongeldig ontslag op staande voet als ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever moet worden aangemerkt (zie: *Kamerstukken I*, 2013-2014, 33 818, nr. C, pag. 99 en 113).

5.9. Voor het vaststellen van de hoogte van de toe te kennen billijke vergoeding zijn in de rechtspraak uitgangspunten geformuleerd (zie de uitspraak van de Hoge Raad van 30 juni 2017, gepubliceerd op www.rechtspraak.nl, onder nummer ECLI:NL:HR:2017:1187 (*New Hairstyle*)). De kantonrechter moet bij het bepalen van de billijke vergoeding rekening houden met alle (uitzonderlijke) omstandigheden van het geval en die vergoeding moet daarbij aansluiten. Ook met de gevolgen van het ontslag kan rekening worden gehouden, voor zover die gevolgen zijn toe te rekenen aan het verwijt dat de werkgever kan worden gemaakt. Het gaat er uiteindelijk om dat de werknemer wordt gecompenseerd voor het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.

5.10. Dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen aan de kant van [werkgever] staat vast, gelet op het onterecht gegeven ontslag op staande voet. In de onvoorzijene situatie waarin [werkgever] terecht is gekomen door Covid-19, moet naar het oordeel van de kantonrechter bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding extra gewicht worden toegekend aan de omstandigheden van het geval. Daarbij wordt in de eerste plaats in aanmerking genomen – zoals hiervoor reeds is over-

wogen – dat het begrijpelijk is dat [werkgever], die zich in overlevingsstand bevindt, vanuit emotie heeft gehandeld. Zoals ook in het voorgaande is overwogen, betekent dat niet dat het ontslag op staande voet rechtsgeldig is verleend, maar de kantonrechter is wel van oordeel dat in de gegeven omstandigheden van [werkneemster] verwacht had mogen worden dat zij rekening hield met de situatie van [werkgever]. Natuurlijk heeft [werkneemster] als werkneemster een individueel belang. Dat het voor haar aangrijpend was toen haar werd medegedeeld dat haar dienstverband na zeventien jaar zou worden beëindigd, wordt – ook door [werkgever] – niet ontkend. Het lag ondanks dat in de gegeven situatie op de weg van [werkneemster] om mee te werken aan, althans tenminste mee te denken over, een passende oplossing. [werkgever] heeft met MPS Textiles gesproken en heeft aan [werkneemster] medegedeeld dat daar een dienstverband aan haar kon worden aangeboden. Daarop is [werkneemster] in het geheel niet ingegaan. Alhoewel de kantonrechter begrijpt dat [werkneemster] de mededeling dat haar dienstverband zou worden beëindigd moest laten bezinken, had van haar wel verwacht mogen worden dat zij na enige tijd contact zou hebben opgenomen met MPS Textiles. Daarbij komt dat [werkgever] zelfs na het ontslag op staande voet, op 17 augustus 2020 nog een e-mail aan [werkneemster] heeft gestuurd waarin een andere potentieel nieuwe werkgever voor haar wordt genoemd. Als [werkneemster] was ingegaan op de door [werkgever] aangeboden opties, had zij waarschijnlijk niet in de maandenlange werkloosheidssituatie gezeten waarin zij zich thans reeds sinds 9 juli 2020 bevindt.

5.11. Dat de mededeling van 2 juli 2020 volkomen onverwacht kwam, zoals [werkneemster] stelt, achter de kantonrechter niet aannemelijk. [werkneemster] heeft moeten merken dat [werkgever] hard werd getroffen door de Covid-19 maatregelen. Niet in geschil is dat [werkgever] van de ene op de andere dag het werk voor het grootste gedeelte is kwijtgeraakt door de getroffen maatregelen. Daarbij was [werkneemster] betrokken bij de aanvraag van de NOW-regeling voor [werkgever]. De reden dat [werkneemster] wel verwachtte dat er werknemers zouden worden ontslagen, maar dat zij dacht dat dit niet voor haar zou gelden, heeft zij de kantonrechter niet duidelijk kunnen maken. Dat doet overigens niet af aan het onweersproken standpunt dat [werkneem-

ster] altijd goed heeft gefunctioneerd bij [werkgever], een spin in het web was en een waardevolle werknemer was. Ter zitting heeft [werkgever] dit ook uitdrukkelijk erkend.

5.12. Gezien het voorgaande is de kantonrechter van oordeel dat de houding van [werknemer] in deze situatie een drukkend effect moet hebben op de hoogte van billijke vergoeding. Daarom zal een billijke vergoeding worden toegekend van € 3.500,00 bruto, waarbij aansluiting is gezocht bij de hoogte van een maandsalaris, inclusief vakantiegeld en overige emolumenten. De kantonrechter meent dat [werknemer] hiermee in voldoende mate wordt gecompenseerd voor het ernstig verwijtbaar handelen van [werkgever], zeker nu het waarschijnlijk is dat haar arbeidsovereenkomst hoe dan ook op korte termijn geëindigd zou zijn wegens bedrijfs- economische redenen. De verzochte wettelijke rente over de billijke vergoeding zal worden toegewezen vanaf 14 dagen na betekening van de beschikking.

5.13. Ook de gevorderde vergoeding wegens onregelmatige opzegging zal worden toegewezen, omdat is opgezegd tegen een eerdere dag dan die tussen partijen geldt. De vergoeding is gelijk aan het bedrag van het loon over de opzegtermijn, te weten € 14.123,21 bruto, te vermeerderen met 8% vakantietoeslag. De door [werknemer] verzochte vermeerdering van dit bedrag met overige emolumenten wordt afgewezen, nu zij niet heeft onderbouwd wat hiermee precies wordt bedoeld. De verzochte wettelijke rente over deze vergoeding wordt toegewezen, te rekenen vanaf de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd, dus vanaf 9 juli 2020.

5.14. Het verzoek om [werkgever] te veroordelen tot betaling van een transitievergoeding wordt eveneens toegewezen. De kantonrechter heeft hiervoor geoordeeld dat het ontslag op staande voet niet terecht is gegeven, omdat daarvoor geen dringende reden aanwezig was. Een dringende reden valt niet zonder meer samen met ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer. Maar bij gebreke van een dringende reden en gelet op de hiervoor vastgestelde feiten en omstandigheden is er geen grond om te oordelen dat het eindigen van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van [werknemer]. Dat betekent dat [werkgever] de transitievergoeding verschuldigd is en zal worden veroordeeld tot betaling van die vergoeding tot een bedrag van € 18.040,98 bruto. De

verzochte wettelijke rente over de transitievergoeding zal worden toegewezen te rekenen vanaf een maand na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd, dus vanaf 9 augustus 2020.

5.15. Het verzoek van [werknemer] om [werkgever] te veroordelen tot betaling van de – volgens [werknemer] – reële juridische kosten zal worden afgewezen, nu niet is gesteld of gebleken dat zijdens [werkgever] sprake is van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen.

5.16. [werkgever] heeft verzocht om de billijke vergoeding, de vergoeding wegens onregelmatige opzegging en de transitievergoeding in twaalf termijnen te mogen voldoen. Daaromtrent overweegt de kantonrechter als volgt.

5.17. Op grond van artikel 7:673c lid 2 BW in samenhang met artikel 25 van de Ministeriële Ontslagregeling bestaat de mogelijkheid om de transitievergoeding verspreid te betalen over ten hoogste zes maanden, indien de betaling van de transitievergoeding leidt tot onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering van de werkgever. Alhoewel [werkgever] aanvoert dat hij in zwaar weer verkeert en dat 83% van de omzet is weggevallen, heeft hij zich niet op het standpunt gesteld dat betaling van de transitievergoeding aan [werknemer] leidt tot onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering.

5.18. Daarbij heeft [werkgever] ter onderbouwing van de stelling dat de financiële situatie van het bedrijf slecht is, verwezen naar winst- en verliesrekeningen, zonder deugdelijk te onderbouwen wat de kantonrechter daaruit zou moeten afleiden. De eisen van een behoorlijke rechtspleging brengen mee dat een partij die een beroep wil doen op uit bepaalde producties blijvende feiten en omstandigheden, dit op een zodanige wijze moet doen dat voor de kantonrechter duidelijk is welke stellingen hem of haar ter beoordeling worden voorgelegd en dat voor de wederpartij duidelijk is waartegen zij zich dient te verweren. De kantonrechter heeft slechts te letten op de feiten waarop een partij ter ondersteuning van haar standpunt een beroep heeft gedaan, en de enkele omstandigheid dat uit door een partij overgelegde stukken een bepaald feit blijkt, impliceert niet dat zij zich ter ondersteuning van haar standpunt op dat feit beroept (ECLI:NL:HR:2017:404). Voorts heeft [werkgever] verklaard dat hij gebruik maakt van de volledige NOW-regeling. Het is de kantonrechter niet gebleken dat [werkgever] hiermee in zijn standpunt rekening heeft gehouden.

5.19. Gezien het voorgaande wordt het verzoek van [werkgever] om de transitievergoeding in twaalf termijnen te mogen betalen, afgewezen.

5.20. Het verzoek van [werkgever] om de billijke vergoeding en de vergoeding wegens onregelmatige opzegging in twaalf termijnen te mogen betalen, is niet onderbouwd en voor dergelijke verzoeken bestaat geen wettelijke grondslag, zodat dit wordt verworpen.

5.21. Voor een eventuele betalingsregeling zal [werkgever] zich moeten wenden tot (de gemachtigde van) [werkneemster]; de wet geeft de kantonrechter niet de mogelijkheid om een betalingsregeling op te leggen.

5.22. Ten aanzien van het verzoek van [werkgever] om een bedrag van € 5.988,65 netto te verrekenen met de toe te wijzen bedragen, oordeelt de kantonrechter als volgt. [werkneemster] heeft ter zitting verklaard dat [werkgever] geen vordering op [werkneemster] heeft, maar op [bedrijf], het bedrijf van de partner van [werkneemster]. Dit heeft [werkgever] erkend, maar hij meent dat [werkneemster] deze schuld heeft overgenomen. Ter onderbouwing van dat standpunt heeft [werkgever] verwezen naar de loonstroken van [werkneemster] waaruit blijkt dat zij middels haar maandelijks loon bij [werkgever] afloste op de schuld. Dat standpunt van [werkgever] volgt de kantonrechter niet. Uit artikel 6:30 lid 1 BW volgt dat een verbintenis door een ander dan de schuldenaar kan worden nagekomen. Dat [werkneemster] kennelijk de betalingsverplichting op zich heeft genomen, betekent niet dat zij daarmee de schuld van haar partner heeft overgenomen. Verrekening kan daarom op grond van artikel 6:127 lid 3 BW niet plaatsvinden. Ook dit verzoek van [werkgever] wordt aldus afgewezen.

5.23. De proceskosten komen voor rekening van [werkgever], omdat hij grotendeels ongelijk krijgt. Daarbij wordt [werkgever] ook veroordeeld tot betaling van € 120,00 aan nasalaris, voor zover daadwerkelijk nakosten door [werkneemster] worden gemaakt.

6. De beslissing

De kantonrechter:

6.1. verklaart voor recht dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is gegeven;

6.2. veroordeelt [werkgever] om aan [werkneemster] een billijke vergoeding te betalen van € 3.500,00 bruto, te vermeerderen met de wettelij-

ke rente vanaf 14 dagen na betekening van de beschikking;

6.3. veroordeelt [werkgever] om aan [werkneemster] de vergoeding wegens onregelmatige opzegging te betalen van € 14.123,21 bruto, te vermeerderen met 8% vakantietoeslag en met de wettelijke rente vanaf 9 juli 2020 tot aan de dag van de gehele betaling;

6.4. veroordeelt [werkgever] om aan [werkneemster] een transitievergoeding te betalen van € 18.040,98 bruto, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 9 augustus 2020 tot aan de dag van de gehele betaling;

6.5. veroordeelt [werkgever] tot betaling van de proceskosten, die de kantonrechter aan de kant van [werkneemster] tot en met vandaag vaststelt op € 956,00, te weten:

griffierecht € 236,00

salaris gemachtigde € 720,00;

6.6. veroordeelt [werkgever] tot betaling van € 120,00 aan nasalaris, voor zover daadwerkelijk nakosten door [achternaam partij of verkorte bedrijfsnaam eiser] [werkneemster] worden gemaakt;

6.7. verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad;

6.8. wijst het meer of anders verzochte af.

NOOT

Na een onterecht ontslag op staande voet, waarbij de werknemer zich neerlegt bij het einde van de arbeidsovereenkomst, kan een billijke vergoeding worden toegekend. Deze noot gaat over de in deze zaak meegewogen omstandigheden bij de begroting van deze vergoeding.

De hoogte van de billijke vergoeding wordt bepaald op een wijze die aansluit bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval. Bij de vaststelling van de hoogte wordt een gevalsvergelijking gemaakt waarbij de feitelijke situatie wordt afgezet tegen de situatie waarin de werknemer zou hebben verkeerd als voor vernietiging van de opzegging was gekozen, en de arbeidsovereenkomst (dus) had voortgeduurd. Het hangt af van de omstandigheden of en in hoeverre rekening wordt gehouden met het inkomen dat de werknemer zou hebben genoten in geval van vernietiging van de opzegging. Bij het vaststellen van de billijke vergoeding gaat het er uiteindelijk om dat de werknemer wordt gecompens-

seerd voor het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever (zie «JAR» 2017/188, m.nt. Van Zanten-Baris (*New Hairstyle*)).

In deze zaak neemt de kantonrechter niet de gevalsvergelijking tot uitgangspunt. Dit is niet in lijn met het door de Hoge Raad overwogene in *New Hairstyle*. Uit de *New Hairstyle*-beschikking volgt dat eerst een gevalsvergelijking wordt gemaakt en de mate waarin rekening wordt gehouden met het hypothetische inkomen van de werknemer *vervolgens* afhangt van de verdere omstandigheden van het geval.

Volgens de kantonrechter moet in deze zaak 'extra gewicht worden toegekend aan de omstandigheden van het geval'. Kennelijk wordt bedoeld dat veel gewicht toekomt aan de door COVID-19 ontstane situatie van de werkgever. De rechter neemt daarbij *in de eerste plaats* in aanmerking 'dat het begrijpelijk is dat de werkgever, die zich in overlevingsstand bevindt, vanuit emotie heeft gehandeld'. Ik leid hieruit af dat de werkgever geen groot verwijt wordt gemaakt van het onterecht verleende ontslag op staande voet. Niet de financiële, zoals in de kwesties bij de rechtbank Amsterdam, «JAR» 2020/238, en Noord-Holland, «JAR» 2020/299, maar de emotionele toestand van de werkgever is hiervoor de reden. Het bevreemt mij dat de emoties van een werkgever zo zwaar meewegen. Het zorgvuldig omgaan met (de rechten van) werknemers zou hiervoor mijns inziens niet mogen wijken, ook niet in tijden van crisis. Zoals eerder door A-G De Bock opgemerkt, is het daarnaast de vraag of de verwijtbaarheid zodanig kan 'meevallen', dat hiervan een drukkend effect op de vergoeding uitgaat («JAR» 2020/199, r.o. 5.19 van haar conclusie bij *New Hairstyle II*). De rechter in de onderhavige zaak lijkt deze vraag met 'ja' te beantwoorden en een dergelijk drukkend effect toe te passen.

De kantonrechter vervolgt dat de werkneemster rekening moet houden met de situatie van de werkgever. Die situatie lijkt dus én de verwijtbaarheid van de werkgever te verminderen, én een verantwoordelijkheid bij de werkneemster neer te leggen. Een dergelijke verantwoordelijkheid ligt niet voor de hand, gezien de economisch zwakkere positie van de werknemer ten opzichte van de werkgever en in het licht van het uitgangspunt dat de situatie waarin werkgevers door de coronacrisis verkeren niet voor rekening van werknemers komt. Zie wat betreft dit laatste

bijvoorbeeld «JAR» 2020/156, m.nt. Van Slooten, ECLI:NL:RBROT:2020:7335, ECLI:NL:RBLIM:2020:4436, en, genuanceerder, «JAR» 2020/256, m.nt. Van Hoogveen. Daarnaast maakt de werkgever gebruik van de NOW-regelingen en is kennelijk niet voldoende onderbouwd dat de financiële situatie van het bedrijf slecht is, zo blijkt uit de overwegingen met betrekking tot het verzoek tot een betalingsregeling. De omstandigheden aan de zijde van de werkneemster die hier tegenover staan, kort gezegd: dat haar dienstverband na zeventien jaar en goed functioneren zou eindigen, wegen gevoelsmatig een stuk minder zwaar bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding. Daarnaast wordt meegewogen dat de werkneemster had moeten meewerken aan een passende oplossing zoals door de werkgever geboden. Het meewegen van de mate van verwijtbaarheid aan de zijde van de werknemer bij de begroting van de billijke vergoeding wordt in het algemeen mogelijk gevonden. Of het hier gemaakte verwijt terecht is, hangt af van de (redelijkheid van de) geboden oplossing. De rechter lijkt hierbij alleen acht te slaan op de mogelijkheid in dienst te treden bij een andere werkgever. De oplossing is echter tweeledig: er wordt ook een beëindigingsovereenkomst voorgelegd. De aangeboden beëindigingsovereenkomst bevat geen vergoeding, terwijl de transitievergoeding ruim € 18.000 bedraagt. Ik kan me voorstellen dat de werkneemster eerst overeenstemming wenst te bereiken over de beëindigingsvoorwaarden, vóór zij het aanbod van een dienstverband elders overweegt. En kan het een werknemer überhaupt worden aangerekend dat hij niet op een dergelijk aanbod ingaat? Gelet op het gesloten ontslagstelsel, waarin het aanbieden van een andere baan bij een ander bedrijf geen redelijke grond is voor beëindiging, en het recht op vrije keuze van arbeid, valt dit te betwijfelen. Ook is hier geen sprake van een redelijk voorstel van de werkgever tot wijziging van de arbeidsovereenkomst, omdat het om een gehele beëindiging gaat (anders dan in «JAR» 2020/73, m.nt. Van Eck en Ruijsenaars (*Victoria*)) waarbij de werkneemster bovendien haar aanspraak op een transitievergoeding zou prijsgeven. Het is logischer om het bestaan van andere mogelijke inkomstenbronnen alleen mee te wegen in de begroting als door de werkneemster in de toekomst redelijkerwijs te verwerven inkomsten.

Pas ná het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding merkt de rechter op dat de arbeids-overeenkomst waarschijnlijk op korte termijn zou zijn geëindigd wegens bedrijfseconomische omstandigheden. Opmerkelijk is dat in het kader van de betaling van de transitievergoeding wordt overwogen dat de slechte financiële situatie van het bedrijf niet deugdelijk is onderbouwd. De constatering dat het waarschijnlijk is dat om die reden het dienstverband op korte termijn zou eindigen, lijkt voorbarig. Tot slot is het de vraag of de kantonrechter hiermee de gevolgen voor de werknemer van het einde van de arbeids-overeenkomst voldoende kenbaar heeft betrokken bij het bepalen van de omvang van de billijke vergoeding (zie «JAR» 2019/15, m.nt. Vegter (*ServiceNow*)).

Concluderend zijn in dit geval bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding de omstandigheden op een opmerkelijke manier ten gunste van de werkgever gewogen.

mr. W.A. Lenders
WAL Legal

26

Geen uitdrukkelijke of stilzwijgende keuze voor Nederlands recht

Kantonrechter Rechtbank Noord-Holland zp
Haarlem
16 november 2020, nr. 8627006 AO VERZ
20-101, ECLI:NL:RBNHO:2020:10671
(mr. Aardenburg)

Arbeidsovereenkomst of overeenkomst van opdracht? Toepasselijk recht. Geen kennelijk nauwere band met Nederland.

[Rome I art. 3 lid 1, 4 lid 1, 8 lid 2 en lid 4]

Op 17 juni 2018 sluiten de werkende en de werkverschaffer een service agreement voor bepaalde tijd. De overeenkomst wordt driemaal verlengd en eindigt op 30 april 2020. De werkzaamheden worden eerst in Moldavië uitgevoerd en vanaf juni 2019 in Roemenië. Op 9 april 2020 informeert de werkverschaffer de werkende dat de service agreement niet zal worden verlengd. De

werkende stelt zich op het standpunt dat de overeenkomst een arbeidsovereenkomst is die beheerst wordt door Nederlands recht. Volgens hem is de opzegging daarom ongedig en maakt hij aanspraak op een transitievergoeding en een billijke vergoeding. De werkverschaffer stelt dat partijen een rechtskeuze hebben gemaakt voor Russisch recht. Als komt vast te staan dat partijen geen rechtskeuze hebben gemaakt, dan is het Nederlands recht niet op grond van Rome I van toepassing. Mocht de overeenkomst toch beheerst worden door Nederlands recht, dan is geen sprake van een arbeidsovereenkomst maar van een overeenkomst van opdracht.

De kantonrechter stelt vast dat partijen niet uitdrukkelijk of stilzwijgend hebben gekozen voor toepassing van Nederlands recht. Partijen hebben met een forumkeuzebeding gekozen voor de Nederlandse rechter. De verwijzing naar Nederlands recht is alleen gemaakt in het kader van dat forumkeuzebeding. Andere bepalingen van de overeenkomst bevatten geen duidelijke keuze voor Nederlands recht. Bovendien heeft de rechtsverhouding tussen partijen op geen enkele manier een band met Nederlands recht, afgezien van de vestigingsplaats van de werkverschaffer. Van een partiële rechtskeuze is ook geen sprake. Wil een dergelijke rechtskeuze geldig zijn, dan moet het afgesplitste onderdeel van de overeenkomst duidelijk zijn afgebakend. Tot slot is Nederlands recht ook niet op grond van de objectieve verwijzingsregels van Rome I van toepassing. De prestatie (art. 4 lid 1 Rome I) dan wel de arbeid (art. 8 lid 2 Rome I) wordt namelijk gewoonlijk verricht vanuit Roemenië. Een kennelijk nauwere band met Nederland kan niet worden aangenomen (art. 8 lid 4 Rome I).

NB. Een rechtskeuze, dat wil zeggen een keuze voor het toepasselijke recht, kan expliciet worden gemaakt of kan worden afgeleid uit de omstandigheden van het geval. Zie onder meer HR, «JAR» 2010/146. Als geen rechtskeuze is gemaakt of als voor buitenlands recht is gekozen, kan het Nederlandse recht nog steeds van toepassing zijn, namelijk als de arbeid gewoonlijk in Nederland wordt verricht. Dan moet echter wel sprake zijn van een arbeidsovereenkomst. Zolang dit niet vaststaat en Nederlands recht ook niet op een andere grond van toepassing is, gelden alleen de dwingendrechtelijke Nederlandse bepalingen. Vgl. «JAR» 2013/159.