

ANNOTATIE

Wel of geen recht op een gefixeerde schadevergoeding in geval van onregelmatige opzegging van een ‘lege-huls-overeenkomst’?

mr. dr. G.W. van der Voet

De feiten

Een installatiemonteur in dienst bij Van Dorp Installaties Rotterdam B.V. (hierna: ‘Van Dorp’) viel in 2006 uit wegens arbeidsongeschiktheid. Van januari 2008 tot 4 september 2008 verrichtte deze werknemer re-integratiewerkzaamheden ‘in het tweede spoor’ bij Schaap IJzerhandel (hierna: ‘Schaap’). Daarop aansluitend trad hij bij Schaap in dienst. Het dienstverband met Van Dorp had hij echter niet officieel beëindigd, zodat dit nog door was blijven lopen. Inmiddels was die arbeidsovereenkomst wel een ‘lege huls’ geworden, want de werknemer verrichtte geen werk meer voor Van Dorp (hij kon zijn bedongen arbeid blijvend niet verrichten en Van Dorp had evenmin andere passende arbeid voor hem), terwijl Van Dorp was gestopt met de loonbetaling aan deze werknemer (de loondoorbetalingsverplichting uit artikel 7:629 BW was inmiddels geëindigd).

Kennelijk hield Van Dorp niet van zulke ‘losse eindjes’, want in september 2008 vroeg hij de (toenmalige) CWI om toestemming voor de opzegging van deze ‘papieren’ arbeidsovereenkomst. Nadat de toestemming was verleend werd de arbeidsovereenkomst door Van Dorp bij brief van 13 januari 2009 opgezegd tegen 13 februari 2009. Volgens de geldende opzegtermijn had echter moeten worden opgezegd tegen 1 mei 2009. Stellende dat Van Dorp zijn arbeidsovereenkomst had opgezegd in strijd met artikel 7:672 BW, vorderde de werknemer vervolgens betaling van een bedrag van € 6.572,08 bruto aan gefixeerde schadevergoeding op grond van artikel 7:677 lid 2 en 4 BW. Hij wees het aanbod van de werkgever om de opzegging te vervangen door een nieuwe, regelmatige opzegging daarbij van de hand. De kantonrechter wees de vordering van de werknemer af, omdat hij het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar achtte dat een werknemer in deze omstandigheden een gefixeerde schadevergoeding zou toekomen. Het Hof Den Haag oordeelde echter anders.

Oordeel Hof Den Haag

In hoger beroep stelde Van Dorp in de eerste plaats, dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen door de indiensttreding van werknemer bij Schaap was opgehouden te bestaan. Het hof verwierp deze stelling. De arbeidsovereenkomst was volgens het hof door de indiensttreding bij Schaap niet automatisch komen te vervallen, of wel vrijwillig door de werknemer beëindigd. Uit het aanvaarden door de werknemer van de baan bij Schaap kon volgens het hof namelijk geen ondubbelzinnige op het beëindigen van de arbeidsovereenkomst met Van Dorp gerichte wilsverklaring worden afgeleid. Ook het feit dat het verzoek om toestemming aan de CWI niet voorwaardelijk door de werkgever was gedaan, wees er volgens het hof op dat partijen niet waren overeengekomen de tussen hen bestaande arbeidsrelatie te beëindigen. De arbeidsovereenkomst was dus blijven bestaan, zij het dat deze een 'lege huls' was geworden.

Bovengenoemd oordeel lijkt mij aanvechtbaar. In de lagere jurisprudentie hebben zich namelijk wel situaties voorgedaan waarin het dienstverband met de oude werkgever stilzwijgend was geëindigd, doordat de werknemer al dan niet stilzwijgend een dienstverband met een nieuwe werkgever was aangegaan (zie voor deze uitspraken onder meer H.C. Bijleveld, 'Wie is de werkgever binnen het concern?', *ArbeidsRecht* 2005, nr. 22). Nu evident was dat de werknemer in de onderhavige zaak geen enkel belang had bij de handhaving van de arbeidsovereenkomst met zijn oude werkgever, had een dergelijk oordeel – het aannemen van stilzwijgende opzegging door de werknemer door de indiensttreding bij een andere werkgever – mijns inziens in deze zaak meer voor de hand gelegen. Dat de werkgever in deze zaak het zekere voor het onzekere heeft genomen en de arbeidsovereenkomst desondanks zelf ook heeft opgezegd en er daarbij niet aan heeft gedacht dit voorwaardelijk te doen, had hem naar mijn mening niet mogen worden tegengeworpen.

Hoe dit ook zij, het vervolg van het arrest is nog interessanter. Het hof oordeelt namelijk vervolgens dat de – nog altijd bestaande – arbeidsovereenkomst onregelmatig is opgezegd, ten gevolge waarvan Van Dorp jegens de werknemer schadeplichtig is geworden op grond van artikel 7:677 lid 2 BW. De werknemer had daarom volgens het hof op grond van lid 4 van artikel 7:677 BW recht op een gefixeerde schadevergoeding. Dat de werknemer door de onregelmatige opzegging geen schade heeft geleden en dat er ten tijde van de opzegging geen daadwerkelijke aanspraak op loon meer bestond, doet daar volgens het hof volgens vaste jurisprudentie niet aan af. Op de resterende vraag, of het beroep op artikel 7:677 lid 4 jo. 7:677 lid 1 BW in de onderhavige zaak dan niet naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar geacht moest worden, overwoog het hof dat aan zo'n beslissing vanwege het beschermende, dwingendrechtelijke karakter van deze bepalingen zware motiveringseisen worden gesteld. Het wettelijk stelsel is namelijk gefundeerd op het automatisme van de verschuldigdheid van de schadeloosstelling en op het forfaitaire karakter van dat bedrag. Alleen bij wijze van deugdelijk gemotiveerde uitzondering zal de rechter daarom een billijkheidsgrond mogen hanteren die met dat automatisme en met dat forfaitaire karakter op gespannen voet staat (waarbij het hof verwees naar de conclusie van A-G Koopmans in zijn conclusie bij HR 30 juni 1995, LJN ZC1777). Naar het oordeel van het hof kan het ontbreken van schade daarom op zichzelf niet als billijkheidsgrond gehanteerd worden om de verschuldigdheid van de

gefixeerde schadevergoeding af te wijzen. De in tijd ruim aan de opzegging voorafgaande succesvolle re-integratie in het tweede spoor maakt dat volgens het hof niet anders.

Onderhavige uitspraak knaagt aan het rechtsgevoel en doet de vraag rijzen of de uitspraak wel juist is. Reden om mij eens te verdiepen in de ratio achter de gefixeerde schadevergoeding.

Ratio van de gefixeerde schadevergoeding ex artikel 7:680 BW volgens de Hoge Raad

Het Hof Den Haag baseerde de onderhavige uitspraak op vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, te weten op de arresten *Jes/Bettman* (HR 21 oktober 1983, *NJ* 1984, 255) en *De Waal/Van Rijn* (30 juni 1995, *NJ* 1996, 52). In beide zaken was de arbeidsovereenkomst van de werknemer tijdens diens arbeidsongeschiktheid na afloop van de loondoorbetalings- en suppletieverplichting van de werkgever op onregelmatige wijze opgezegd en vorderde de werknemer een gefixeerde schadevergoeding (toen nog aangeduid als: 'wettelijke schadeloosstelling').

In de zaak *Jes/Bettman* oordeelde de rechtbank (in hoger beroep) dat weliswaar sprake was van onregelmatig ontslag, maar dat de gefixeerde schadevergoeding nihil bedroeg. De hoogte van deze vergoeding was namelijk afhankelijk van de hoogte van het bedongen bruto geldloon ten tijde van de opzegging (zie HR 17 november 1978, *NJ* 1979, 149), terwijl de werknemer in casu ten tijde van de opzegging geen recht meer had op loon. De Hoge Raad vernietigde dit vonnis met een beroep op de wetsgeschiedenis en de ratio van de gefixeerde schadevergoeding:

'Zowel uit het bepaalde in het vierde lid van art. 1639o "thans: art. 7:677 lid 4 BW, GWvdV", als uit de wetsgeschiedenis van art. 1639r "thans: artikel 7:680 BW, GWvdV" volgt dat voor toewijzing van de in laatstgenoemde bepaling geregelde wettelijke schadeloosstelling onverschillig is of de wederpartij van de schadeplichtige al of niet daadwerkelijk schade heeft geleden. Daarvan is, blijkens de in de conclusie van het OM aangehaalde passages, ook uitgegaan bij de belangrijke wijzigingen die in 1953 en in 1976 zijn aangebracht in de bepalingen omtrent de wijzen waarop de dienstbetrekking eindigt. Overeenkomstig dit karakter van de wettelijke schadeloosstelling is voor de berekening van de schadeloosstelling enkel van belang het loon, zoals vastgesteld bij of krachtens de arbeidsovereenkomst zoals deze ten tijde van de beëindiging der arbeidsovereenkomst tussen pp. gold, onverschillig of op uitbetaling van dat loon toen daadwerkelijk aanspraak bestond.' (R.o. 3, laatste deel.)

A-G Biegman-Hartogh gaat in haar conclusie bij dit arrest nog wat uitgebreider in op de wetsgeschiedenis van de gefixeerde schadevergoeding. Deze regeling is ingevoerd ten tijde van het stand komen van de wet van 13 juli 1907, *Stb.* 193 tot wijziging en aanvulling van de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek omtrent huur van dienstboden en werklieden en is gebaseerd op het uitgangspunt dat zowel de werkgever als de werknemer, ook zonder gegronde reden, de dienstbetrekking kan beëindigen. 'Het is immers slecht jagen met onwillige honden of bazen', zo stelt zij (r.o. 4). Men noemt dit volgens haar 'het beginsel van ontslag = ontslag'. De partij die de arbeidsovereenkomst beëindigde in strijd met een of meer dwingende bepalingen van het ontslagrecht, handelde echter onrechtmatig en dus

schadeplichtig. De wederpartij van de schadeplichtige mocht in dat geval kiezen tussen volledige schadevergoeding of schadeloosstelling. Laatstgenoemde vergoeding is in de wet opgenomen om eenvoudigheid en zekerheid te verschaffen: wie zonder dringende reden de dienstbetrekking eigenmachtig verbreekt, weet daardoor zeker dat hij in ieder geval de door de wet bepaalde geldsom zal moeten betalen. Om deze te kunnen invorderen behoeft men geen bewijs van schade te kunnen leveren. Zelfs het tegenbewijs – dat geen schade is ondervonden – komt er niet aan te pas. (Zie Bles IV, p. 169 en 170.)

De sanctie van de schadeloosstelling was aanvankelijk ook gesteld op een opzegging in strijd met een opzegverbod: de hoogte van het bedrag werd dan berekend over het gehele tijdvak waarin geen ontslag mocht worden gegeven, vermeerderd met de normale opzegtermijn. Bij wet van 6 mei 1976, *Stb.* 295 is deze sanctie op overtreding van voornoemd opzegverbod vervangen door de nietigheidssanctie, omdat die sanctie beter zou aansluiten bij de strekking van het opzegverbod. Denkbaar bleef volgens de wetgever echter de situatie waarin de arbeidsovereenkomst zowel wordt opgezegd in strijd met een opzegverbod, als in afwijking van de geldende opzegtermijn. In laatstgenoemd geval bleef een beroep op de schadeplichtigheid tot de mogelijkheden behoren (zie *Kamerstukken II* 12 403, nr. 6, p. 5). A-G Biegman-Hartogh stelt in haar conclusie vervolgens dat, noch in 1953, noch in 1976 bij haar weten is afgeweken van het – aan de gefixeerde schadevergoeding ten grondslag liggende – beginsel, dat het voor de toewijzing daarvan niet relevant is of de werknemer door het ontslag nu wel of geen daadwerkelijke schade heeft geleden (r.o. 9). De tijden waren sinds 1907 naar de mening van de A-G bovendien niet dusdanig veranderd dat de Hoge Raad de onwetende werkgever thans in bescherming zou moeten nemen tegen de terzake deskundige werknemer. Men diende daarbij te bedenken dat de opzegebepalingen de strekking hebben om – met name in het belang van de werknemer – te waarborgen dat de dienstbetrekking nog gedurende een bepaalde termijn in stand blijft en dat de schadeloosstelling is bedoeld als sanctie op een handelen in strijd met deze dwingende arbeidsrechtelijke bepalingen (r.o. 12).

In de vergelijkbare zaak *De Waal/Van Rijn*, oordeelde de rechtbank (in hoger beroep) dat de werknemer geen rechtens te respecteren belang had bij zijn vordering. De werknemer had inmiddels namelijk geen recht meer op loon(suppletie) en de werkgever, die zich kennelijk had vergist, had de werknemer bovendien aangeboden om alsnog de juiste opzegtermijn in acht te nemen. De werknemer had dit aanbod volgens de rechtbank ten onrechte afgewezen. Dit vonnis hield echter geen stand in cassatie. Opnieuw volgt de Hoge Raad een sterk dogmatische koers. Onder verwijzing naar het eerdere arrest in de zaak *Jes/Bettman* oordeelt de Hoge Raad dat het voor de toewijzing van de vordering niet relevant is of de werknemer door de te vroege opzegging schade heeft geleden of niet. Om die reden viel volgens de Hoge Raad evenmin in te zien waarom de werknemer zou hebben moeten instemmen met de omzetting van het ontslag in een regelmatige opzegging.

A-G Koopmans merkt in zijn conclusie bij dit arrest op, dat een beroep op het recht op een gefixeerde schadevergoeding onder omstandigheden naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. Die omstandigheden dienen dan wel zodanig bijzonder te zijn, dat die het loslaten van het wettelijke stelsel – dat is gebaseerd op het automatisme van de

verschuldigheid van de schadeloosstelling en op het forfaitaire karakter daarvan – rechtvaardigen. ‘Het is immers de zekerheid van ener veroordeling die de werkgever moet afhouden van voortijdige verbreking van de arbeidsovereenkomst’ (Bles IV, p. 170). Naarmate de redelijkheid en billijkheid geacht kunnen worden in de regeling te zijn verdisconteerd, zal men bij het aannemen van zulke omstandigheden bovendien terughoudender dienen te zijn. Daaruit valt volgens de A-G af te leiden, dat het ontbreken van schade en de weigering door de werknemer in te stemmen met een (nieuwe) regelmatige opzegging onvoldoende grond opleveren voor een afwijzing van de vordering van gefixeerde schadevergoeding (r.o. 4).

Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat het arrest van het Hof Den Haag in de onderhavige zaak past binnen de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad. De vraag is echter of de door de Hoge Raad in 1983 uitgezette koers wel juist is. De wetgever heeft in 1976 weliswaar aangegeven dat de werknemer in de situatie waarin zijn werkgever zijn arbeidsovereenkomst opzegt tijdens een opzegverbod zonder inachtneming van de geldige opzegtermijn, zowel kan kiezen uit een beroep op de vernietigbaarheid van de opzegging als op de onregelmatigheid daarvan, maar ging daarbij niet expliciet in op de situatie van opzegging tijdens ziekte waarbij de loonbetalingsverplichting van de werkgever reeds is geëindigd (evenals overigens het opzegverbod zelf). Duidelijk moge zijn dat de gefixeerde schadevergoeding heeft te gelden als een sanctie op het te vroeg doen eindigen van de arbeidsovereenkomst. De werknemer kan daardoor namelijk schade lijden, omdat deze ten gevolge daarvan geen of minder tijd heeft om elders emplooi te vinden. Het zou niet redelijk zijn en inderdaad ten koste van de preventieve werking van dit sanctiemiddel gaan, indien de werkgever ervan zou mogen profiteren als de werknemer er desondanks in slaagt deze schade te beperken of zelfs te voorkomen.

De situatie is mijns inziens echter geheel anders indien er ten tijde van de onregelmatige opzegging helemaal geen recht op loonbetaling meer bestond en op dat moment tevens duidelijk was dat de werknemer door het eerder eindigen van de arbeidsovereenkomst op geen enkele wijze door de werkgever kon worden benadeeld (in casu was duidelijk dat de werknemer geen werkzaamheden meer bij zijn oude werkgever zou kunnen verrichten, zodat hij geen enkel belang had bij de continuering van het dienstverband). De werkgever heeft in dat geval ook geen voordeel bij het te vroeg doen eindigen van het dienstverband, zodat hij daartoe hooguit per abuis zal overgaan. In feite heeft de opzegtermijn in deze situatie zijn nut volledig verloren, zodat de werknemer geen redelijk belang meer heeft bij een recht op een gefixeerde schadevergoeding ter waarborging van de naleving daarvan. De situatie was daarmee naar mijn mening bijzonder genoeg om een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW te rechtvaardigen, zodat de kantonrechter het in deze zaak bij het rechte eind had.