

JIN 2016/121

JIN 2016/121, Hoge Raad, 08-04-2016, ECLI:NL:HR:2016:604, 14/04880, (annotatie)

INHOUDSINDICATIE

Opzegverbod, Ondernemingsraadslid, OR-lidmaatschap, Kennelijk onredelijk ontslag, Vergoeding, Ex tunc

GA DIRECT NAAR

[Samenvatting](#)

[Uitspraak](#)

[Noot](#)

GEGEVENS

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	08-04-2016
Publicatie	JIN 2016/121 (Sdu Jurisprudentie in Nederland), aflevering 6, 2016
Annotator	J.L. Luiten
ECLI	ECLI:NL:HR:2016:604
Zaaknummer	14/04880
Overige publicaties	Rechtspraak.nl (ECLI:NL:HR:2016:604) AR-Updates.nl 2016-0381 JAR 2016/114 met annotatie van mr. C. Nekeman
Rechtsgebied	
Rubriek	Arbeidsrecht
Rechters	mr. Numann mr. Heisterkamp mr. Snijders mr. Polak mr. Tanja-van den Broek
Partijen	Bouwbedrijf Regiobouw Haarlemmermeer B.V., gevestigd te Rijsenhout, gemeente Haarlemmermeer, eiseres tot cassatie, verweerster in het incidenteel cassatieberoep, advocaat: mr. K. Teuben, tegen [verweerder], wonende te [woonplaats], verweerder in cassatie, eiser in het incidenteel cassatieberoep, advocaat: mr. S.F. Sagel. Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Regiobouw en [verweerder].
Regelgeving	WOR - 12 BW Boek 7 - 670 BW Boek 7 - 670a

SAMENVATTING

Opzegverbod wegens OR-lidmaatschap geldt ook indien feitelijk is gehandeld als ware er een OR, maar niet is voldaan aan de eisen van de WOR. Toetsing kennelijk onredelijk ex tunc.

Werknemer (geboren 1950) is op 19 juni 1989 in dienst getreden van Regiobouw. In november 2000 is werknemer lid geworden van de ondernemingsraad (hierna: OR). Regiobouw heeft in maart 2009 aan de (voormalige) leden van de OR advies gevraagd over het voorgenomen besluit tot reorganisatie en ontslag van twintig werknemers. Werknemer heeft als (voormalig) OR-voorzitter gesprekken met het bestuur van Regiobouw en de bonden gevoerd. Met toestemming van het UWV is de arbeidsovereenkomst van werknemer tegen 4 december 2009 opgezegd. Werknemer heeft de opzegging vernietigd met een beroep op art. 7:670 jo. 7:670a BW. Regiobouw betaalt vanaf 4 december geen loon meer aan werknemer. De arbeidsovereenkomst is uiteindelijk met toestemming van de kantonrechter en het UWV per 30 juli 2010 voorwaardelijk opgezegd. De kantonrechter heeft geoordeeld dat werknemer de bescherming van art. 7:670a BW toekomt en derhalve de arbeidsovereenkomst pas op 30 juli 2010 is geëindigd. Het hof oordeelde dat na 2003 Regiobouw de OR is blijven erkennen en behandelen als zijnde een OR en dat werknemer daarin een rol is blijven spelen. Onder deze omstandigheden kan in redelijkheid werknemer niet worden tegengeworpen dat art. 7:670a BW toepassing mist omdat op grond van art. 12 WOR de OR niet langer bestaat. Het oordeel van de kantonrechter ter zake is, aldus het hof, juist. Bovendien oordeelde het hof de opzegging kennelijk onredelijk, omdat de passende arbeid van werknemer nieuw bedongen arbeid was geworden waardoor het afspiegelingsbeginsel verkeerd was toegepast. Aan werknemer is een vergoeding van tien maandsalarissen toegekend. De Hoge Raad oordeelt als volgt. Regiobouw klaagt dat het hof heeft miskend dat de ontslagbescherming ingevolge de art. 7:670 lid 4 en 7:670a lid 1 (oud) BW alleen toekomt aan personen die overeenkomstig de bij of krachtens de WOR gestelde regels deel uitmaken van een ondernemingsraad in de zin van die wet. Het hof had derhalve niet in het midden mogen laten of bij Regiobouw nog sprake was van een ondernemingsraad in de zin van de WOR en of werknemer daarvan nog lid was, dan wel korter dan twee jaar voor de opzegging op 6 juli 2009 lid is geweest. Art. 7:670 lid 4 en 7:670a lid 1 (oud) BW kennen ontslagbescherming toe aan (onder meer) een werknemer die lid is van een ondernemingsraad, respectievelijk een werknemer die is geplaatst op een kandidatenlijst voor een ondernemingsraad of korter dan twee jaar geleden lid is geweest van een ondernemingsraad. De ratio van deze ontslagbescherming is gelegen in de bescherming van de betrokken werknemers tegen benadeling als gevolg van hun activiteiten in het kader van de medezeggenschap en in het waarborgen van hun onafhankelijke positie die voor de uitoefening van die taken nodig is (zie de conclusie van de advocaat-generaal onder 3.5). In het oordeel van het hof ligt het uitgangspunt besloten dat art. 7:670 lid 4 en 7:670a lid 1 (oud) BW onder omstandigheden ook toepassing kunnen vinden in een geval dat de desbetreffende ondernemingsraad niet in alle opzichten voldoet aan de eisen die de WOR daaraan stelt, zoals door het achterwege blijven van de voorgeschreven periodieke verkiezingen van de leden van die ondernemingsraad. Dit uitgangspunt is juist, gelet op de hiervoor genoemde ratio van deze bepalingen. Het oordeel van het hof, dat erop neerkomt dat art. 7:670 lid 4 en 7:670a lid 1 (oud) BW in de door het hof vastgestelde omstandigheden van het onderhavige geval kunnen worden toegepast, is verweven met waarderingen van feitelijke aard. Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.

In incidenteel cassatieberoep klaagt werknemer dat het hof de hoogte van de schadevergoeding ex art. 7:681 (oud) BW heeft begroot op basis van de omstandigheid dat na het ontslag van werknemer nog een aantal ontslagrondes hebben plaatsgevonden en de laatste ontslagronde per 2003 was (en werknemer dus uiterlijk dan zou zijn ontslagen). Volgens vaste rechtspraak dient de rechter bij de bepaling van het bedrag aan schadevergoeding dat op grond van gebleken kennelijke onredelijkheid van het ontslag als bedoeld in art. 7:681 (oud) BW billijk is te achten, alle omstandigheden van het geval ten tijde van het einde van de dienstbetrekking in onderlinge samenhang in aanmerking te nemen. Omstandigheden die na het einde van de dienstbetrekking intreden, dient de rechter daarentegen buiten beschouwing te laten, behoudens voor zover daaruit aanwijzingen zijn te putten voor hetgeen uiterlijk op het tijdstip van ingang van het ontslag kon worden verwacht met betrekking tot de gevolgen van het ontslag voor de werknemer (vgl. HR 17 oktober 1997, [ECLI:NL:HR:1997:AG7282](#), NJ 1999/266; HR 3 december 2004, [ECLI:NL:HR:2004:AR1717](#), NJ 2005/119). In dit verband dient de rechter kenbaar aandacht te besteden aan de vraag of de omstandigheden die na het einde van de dienstbetrekking zijn ingetreden, aanwijzingen opleveren voor wat uiterlijk op de ontslagdatum kon worden verwacht (vgl. HR 8 april 2011, [ECLI:NL:HR:2011:BP4804](#), NJ 2011/168). Het vorenstaande geldt ongeacht op welke (al dan niet in art. 7:681 lid 2 (oud) BW genoemde) omstandigheden – naar het oordeel van de rechter – de kennelijke onredelijkheid van het ontslag berust. Bij zijn bepaling van het bedrag aan schadevergoeding dat werknemer wegens kennelijk onredelijk ontslag toekomt, heeft het hof niet kenbaar aandacht besteed aan de vraag of de hiervoor genoemde omstandigheden, die na het ontslag van werknemer zijn ingetreden, aanwijzingen opleveren voor wat uiterlijk op de datum van zijn ontslag kon worden verwacht. Aldus heeft het hof hetzij de hiervoor vermelde rechtspraak miskend, hetzij zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd.

UITSpraak

Hoge Raad:

1 Het geding in feitelijke instanties

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

a. de vonnissen in de zaak 527924/CV EXPL 11-12485 en 527919/CV EXPL 11-12480 van de kantonrechter te Haarlem van 2 november 2011, 16 mei 2012 en 27 februari 2013;

b. het arrest in de zaak 200.128.219/01 van het gerechtshof Amsterdam van 17 juni 2014.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft Regiobouw beroep in cassatie ingesteld. [verweerder] heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor [verweerder] mede door mr. R. van 't Wout.

De conclusie van de Advocaat-Generaal G.R.B. van Peursestrekt in het principale beroep tot verwerping en in het incidentele beroep tot vernietiging en verwijzing.

De advocaat van Regiobouw heeft bij brief van 12 februari 2016 op die conclusie gereageerd.

3 Uitgangspunten in cassatie

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [verweerder], geboren op [geboortedatum] 1950, is op 19 juni 1989 bij (de rechtsvoorganger van) Regiobouw in dienst getreden. In november 2000 is [verweerder] lid geworden van de ondernemingsraad van Regiobouw (hierna: OR). In 2007 is [verweerder] arbeidsongeschikt geworden.

(ii) Omstreeks februari 2009 heeft Regiobouw meegedeeld dat zij moest reorganiseren omdat het slecht ging, en dat er meer dan 20 medewerkers zouden worden ontslagen. Regiobouw heeft over de voorgenomen reorganisatie advies gevraagd aan de (voormalige) leden van de OR, die op 10 maart 2009 positief hebben geadviseerd. [verweerder] heeft in dit kader als (voormalig) OR-voorzitter met het bestuur van Regiobouw en de bonden besprekingen gevoerd.

(iii) Regiobouw heeft bij het UWV een ontslagvergunning voor [verweerder] aangevraagd en deze – ondanks bezwaren van de kant van [verweerder] – op 3 juli 2009 verkregen, waarna Regiobouw bij brief van 6 juli 2009 de arbeidsovereenkomst met [verweerder] heeft opgezegd tegen 4 december 2009. [verweerder] heeft deze opzegging bij brief van 13 juli 2009 vernietigd.

(iv) Tussen partijen is discussie ontstaan over de vraag of [verweerder] moest worden aangemerkt als OR-lid dan wel lid van een personeelsvertegenwoordiging, een en ander als bedoeld in de art. 7:670 en 7:670a (oud) BW. Regiobouw heeft een voorwaardelijk verzoek tot toestemming op de voet van art. 7:670a (oud) BW ingediend bij de kantonrechter te Leiden. Ter zitting heeft de kantonrechter meegedeeld van oordeel te zijn dat [verweerder] kan worden aangemerkt als lid van een personeelsvertegenwoordiging en terzake bescherming verdient. Regiobouw heeft het verzoek vervolgens ter zitting ingetrokken.

(v) Op 21 augustus 2009 heeft Regiobouw een soortgelijk verzoek ingediend bij de rechtbank Haarlem.

(vi) Het UWV heeft Regiobouw op 23 september 2009 wederom toestemming verleend het dienstverband met [verweerder] op te zeggen. Deze toestemming was geldig tot 18 november 2009. Regiobouw heeft hiervan geen gebruik gemaakt.

(vii) Bij beschikking van 20 januari 2010 heeft de kantonrechter te Haarlem Regiobouw toestemming verleend de arbeidsovereenkomst met [verweerder] op te zeggen.

(viii) Op 24 februari 2010 heeft het UWV voor de derde maal toestemming verleend de arbeidsovereenkomst met [verweerder] op te zeggen.

(ix) Regiobouw heeft de arbeidsovereenkomst bij brief van 26 februari 2010, met toestemming van het UWV, tegen 30 juli 2010 opgezegd in verband met een reorganisatie vanwege bedrijfseconomische omstandigheden.

3.2 [verweerder] heeft twee afzonderlijke vorderingen tegen Regiobouw ingesteld: een vordering tot doorbetaling van loon en een vordering tot schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag. De kantonrechter heeft deze zaken gevoegd.

De kantonrechter heeft [verweerder] 's loonvordering gedeeltelijk toegewezen. In dat verband heeft hij geoordeeld dat [verweerder] bescherming toekomt uit hoofde van art. 7:670a lid 1 (oud) BW, nu vaststaat dat [verweerder] samen met andere werknemers Regiobouw heeft geadviseerd over een reorganisatie, en dat beide partijen daarbij in de veronderstelling verkeerden dat [verweerder] optrad als OR-lid. Volgens de kantonrechter voert dit tot de conclusie dat de opzegging van het dienstverband tegen 4 december 2009 geen stand houdt en dat het dienstverband pas is geëindigd op 30 juli 2010.

De kantonrechter heeft [verweerder] 's vordering uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag afgewezen.

3.3.1 Het hof heeft het bestreden vonnis bekrachtigd, met dien verstande dat het hof – voor zover in cassatie van belang – de afwijzing van [verweerder]’s vordering uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag heeft vernietigd. In zoverre opnieuw recht doende heeft het hof voor recht verklaard dat Regiobouw de arbeidsovereenkomst met [verweerder] kennelijk onredelijk heeft opgezegd en Regiobouw veroordeeld om aan [verweerder] een bedrag van € 52.000,= als schadevergoeding te betalen. Daartoe heeft het hof overwogen als hierna in 3.3.2-3.3.3 weergegeven.

3.3.2 In het incidentele hoger beroep heeft Regiobouw betoogd dat [verweerder] geen ontslagbescherming uit hoofde van art. 7:670a (oud) BW toekomt, omdat er sinds 2003 geen sprake meer is van een ondernemingsraad. Volgens Regiobouw brengt dit mee dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst op 6 juli 2009 tegen 4 december 2009 rechtsgeldig is, zodat aan [verweerder] geen loon toekomt over de periode na laatstgenoemde datum en [verweerder]’s vordering uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag is verjaard.

Het hof heeft dit betoog van Regiobouw verworpen, en daartoe als volgt overwogen:

“3.8. (...) [verweerder] is in 2000 verkozen tot lid van de ondernemingsraad. [verweerder] is daarna gekozen tot voorzitter van de ondernemingsraad. In 2003 heeft de ondernemingsraad verkiezingen georganiseerd die wegens gebrek aan belangstelling geen doorgang vonden. In de nieuwsbrief van 30 juni 2003 meldde de ondernemingsraad: ‘De OR blijft dan ook in zijn huidige samenstelling doorgaan’. In het reglement ondernemingsraad is bepaald: ‘De zittingsduur van de leden van de ondernemingsraad is 4 jaar. Om de twee jaar treedt de helft van de leden van de ondernemingsraad af volgens een door de raad van te voren opgesteld rooster van aftreden.’

In een door Regiobouw overgelegd verslag van de ondernemingsraad gedateerd juli 2006 is onder meer het volgende vermeld: ‘De meeste punten tussen de directie en de O.r. zijn op de rit gezet. Wij hebben nog steeds een meningsverschil over de scholingsdagen en zijn hier volop mee bezig. (...) Ook is de O.R bezig met het inventariseren van de aanvullende verzekering voor het pensioen gat. Er zijn meldingen binnen gekomen dat de premies hiervoor giga vormen aan nemen. We zullen kijken wat de mogelijkheden zijn om dit collectief aan te pakken. Verder draait de O.R. nu in een samenstelling die niet volgens de regels is. Dit is veroorzaakt door het vertrek van (...) en (...). We zullen dus verkiezingen gaan houden.’

In november 2006 meldt de ondernemingsraad in ‘Nieuws van de Ondernemingsraad’ onder meer dat zich voor de verkiezingen slechts twee mensen hebben opgegeven en dat de ondernemingsraad weer compleet is. Ook doet de ondernemingsraad melding van een geschil met de directie over scholing. Op 30 september 2007 is [verweerder] arbeidsongeschikt geworden. Op 29 oktober 2007 meldt [betrokkene 1], lid van de ondernemingsraad van Regiobouw, aan [betrokkene 2], directeur van Regiobouw: ‘Ik wil je bij deze op de hoogte brengen dat er niemand is die de OR wil voortzetten. (...)’ Op 10 maart 2009 brengt de ondernemingsraad van Regiobouw, onder voorzitterschap van [verweerder], over ‘het voorgenomen besluit van 18 februari 2009 tot belangrijke inkrimping van de onderneming als genoemd in artikel 25 lid 1 onder d van de WOR.’ – op briefpapier van de ondernemingsraad van Regiobouw – advies uit.

3.9. Vaststaat dat de directie van Regiobouw op de hoogte was van de mededelingen en adviezen als hiervoor vermeld en geciteerd en dat zij bij die gelegenheden niet heeft laten weten de raad niet als ondernemingsraad te beschouwen. Integendeel, Regiobouw heeft de ondernemingsraad ook na de verstreken zittingstermijnen en onafhankelijk van de wijze waarop de leden werden verkozen als ondernemingsraad behandeld en ingeschakeld en met hem overlegd over onderwerpen die tot het domein van een ondernemingsraad behoren, zoals bijvoorbeeld het recht op scholing. Tevens heeft Regiobouw blijkens het advies van 10 maart 2009 aan de ondernemingsraad advies gevraagd over een belangrijke wijziging van de organisatie. Onder deze omstandigheden kan naar het oordeel van het hof Regiobouw in redelijkheid [verweerder] niet tegenwerpen dat van een ondernemingsraad in de zin van de WOR geen sprake meer was en [verweerder] geen bescherming toekomt op grond van het bepaalde in artikel 7:670a BW, ongeacht of die raad voldoet aan de eisen die de wet daaraan stelt. Gelet hierop behoeft het betoog van Regiobouw, dat na 2003 dan wel 2004 van een ondernemingsraad geen sprake was, geen verdere bespreking. Het vorenoverwogene betekent dat de kantonrechter terecht tot het oordeel is gekomen dat [verweerder] bescherming toekomt en dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst door Regiobouw van 6 juli 2009 tegen 4 december 2009 geen stand houdt. Dit brengt mee dat het dienstverband eerst op 30 juli 2010 is geëindigd. (...)”

3.3.3 In het principale hoger beroep heeft [verweerder] aangevoerd – voor zover in cassatie van belang – dat de kantonrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst niet kennelijk onredelijk is. Het hof heeft dit betoog van [verweerder] gegrond bevonden en daartoe als volgt overwogen:

“3.13. (...) Tussen partijen staat vast dat begin 2008 bij [verweerder] een gesprek heeft plaatsgevonden naar aanleiding van de arbeidsongeschiktheid die bij [verweerder] eind 2007 was ingetreden. Onbetwist is gebleven dat tijdens dat gesprek Regiobouw, bij monde van haar directeur, met [verweerder] heeft afgesproken dat [verweerder] andere, lichtere, werkzaamheden zou gaan verrichten. Eveneens is niet bestreden de stelling van [verweerder] dat in verband met deze nieuwe werkzaamheden in feite voor hem een nieuwe functie is gecreëerd – door [verweerder] bouwinspecteur genoemd – en dat als gevolg daarvan de re-integratieinspanningen door Regiobouw zijn gestaakt en [verweerder] gedurende twee jaar – tot 4 december 2009 – die nieuwe functie heeft vervuld. Nu [verweerder] genoegzaam heeft aangetoond dat de door hem – na diens periode van arbeidsongeschiktheid – verrichte werkzaamheden in belangrijke mate afwijken van de werkzaamheden die zijn verbonden aan die van de functie van uitvoerder, moet met [verweerder] worden geoordeeld dat de door hem verrichte werkzaamheden tot 4 december 2009 de bedongen arbeid zijn geworden en dat [verweerder] bij de afspiegeling ten onrechte is aangemerkt als uitvoerder. De enkele omstandigheid dat de nieuwe functie niet voorkomt in de cao en dat op de loonstroken van [verweerder]

nog steeds uitvoerder stond vermeld, doet aan het voorgaande niet al. (...)

3.14. Gelet op het vorenoverwogene acht het hof de opzegging van de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk. Aangenomen moet worden dat bij een juiste voorstelling van zaken de ontslagvergunning niet zou zijn verleend. [verweerder] komt in verband daarmee een schadevergoeding toe. Ter zitting heeft Regiobouw onweersproken aangevoerd dat na de opzegging binnen Regiobouw nog diverse ontslagrondes hebben plaatsgevonden en dat in maart 2013 de laatste medewerkers zijn ontslagen. Voor de vaststelling van de schadevergoeding gaat het hof uit van de te verwachten duur van de arbeidsovereenkomst als de functie van [verweerder] juist zou zijn afgespiegeld en komt daarbij schattenderwijs uit op een periode van minder dan een jaar, te weten 10 loonbetalingsperioden. Het hof gaat voorbij aan de stelling van [verweerder] dat de directeur van Regiobouw hem heeft toegezegd dat hij de voor hem gecreëerde functie tot zijn pensioen zal kunnen verrichten. Zo deze stelling al juist mocht zijn, hetgeen Regiobouw betwist, heeft [verweerder] in de gegeven omstandigheden in redelijkheid niet kunnen of mogen begrijpen dat hem daarmee zonder meer een onvoorwaardelijke baangarantie werd gegeven tot aan zijn pensioen, ongeacht de economische omstandigheden waarin Regiobouw verkeerde of in de toekomst zou kunnen komen te verkeren. Het ter zake door [verweerder] gedane bewijsaanbod dient derhalve als niet ter zake dienend te worden gepasseerd. Als door [verweerder] gesteld en door Regiobouw niet weersproken staat vast dat het salaris van [verweerder] (...) € 4129,60 bruto per vier weken bedroeg. (...) Rekening houdend met emolumenten die voornoemd bedrag doen toenemen tot ongeveer € 5200,= per vier weken, zal het hof de schade die [verweerder] heeft geleden door de kennelijke onredelijke opzegging berekenen op een bedrag van € 52.000,= bruto. De gevorderde verklaring voor recht alsmede de vordering tot schadevergoeding tot voornoemd bedrag zullen derhalve worden toegewezen. De gevorderde wettelijke rente is eveneens toewijsbaar vanaf de dag van de opzegging, te weten 30 juli 2010.”

4 Beoordeling van het middel in het principale beroep

4.1 Onderdeel 1 komt op tegen het hiervoor in 3.3.2 weergegeven oordeel van het hof in de rov. 3.8-3.9 van het bestreden arrest met betrekking tot het beroep van [verweerder] op de ontslagbescherming uit hoofde van art. 7:670a (oud) BW.

Volgens onderdeel 1a heeft het hof miskend dat de ontslagbescherming ingevolge de art. 7:670 lid 4 en 7:670a lid 1 (oud) BW alleen toekomt aan personen die overeenkomstig de bij of krachtens de WOR gestelde regels deel uitmaken van een ondernemingsraad in de zin van die wet. Het hof had derhalve niet in het midden mogen laten of bij Regiobouw nog sprake was van een ondernemingsraad in de zin van de WOR en of [verweerder] daarvan nog lid was, dan wel korter dan twee jaar voor de opzegging op 6 juli 2009 lid is geweest.

Onderdeel 1b klaagt dat het vereiste dat de werknemer lid is, dan wel korter dan twee jaar voor de opzegging lid is geweest, van een ondernemingsraad in de zin van de WOR, slechts buiten toepassing kan worden gelaten indien toepassing van dit vereiste in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:2 lid 2 en 6:248 lid 2 BW). Door niet, althans niet kenbaar, te onderzoeken of aan dit criterium is voldaan, heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting dan wel zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd, aldus de klacht.

4.2.1 Blijkens hetgeen het hof heeft overwogen in de rov. 3.8 en 3.9 wordt het onderhavige geval gekenmerkt door de volgende feiten en omstandigheden:

- (i) In 2000 is [verweerder] verkozen tot lid van de OR; vervolgens is hij gekozen tot voorzitter van de OR.
- (ii) De door de OR in 2003 georganiseerde verkiezingen hebben geen doorgang gevonden wegens gebrek aan belangstelling. Vervolgens heeft de OR zijn werkzaamheden voortgezet, hetgeen de OR heeft meegedeeld in zijn nieuwsbrief van juni 2003.
- (iii) Uit een schriftelijk verslag van juli 2006 blijkt dat de OR overleg heeft gevoerd met de directie van Regiobouw, onder meer over scholing. Voorts blijkt uit dat verslag dat de OR niet volgens de regels was samengesteld, maar dat er verkiezingen zouden worden gehouden.
- (iv) In november 2006 heeft de OR in zijn nieuwsbrief gemeld dat zich voor de verkiezingen slechts twee personen kandidaat hadden gesteld en dat de OR weer compleet was. In die nieuwsbrief is tevens melding gemaakt van een geschil met de directie over scholing.
- (v) In september 2007 is [verweerder] arbeidsongeschikt geworden.
- (vi) In oktober 2007 heeft een lid van de OR aan de directie van Regiobouw meegedeeld dat er niemand was die de OR wilde voortzetten.
- (vii) Hoewel voor Regiobouw kenbaar was dat de OR vanaf 2003 dan wel 2004, door het achterwege blijven van de voorgeschreven periodieke verkiezingen van de leden van de OR, niet meer voldeed aan de vereisten van de WOR, heeft zij tot 2009 met de (voormalige leden van de) OR – onder voorzitterschap van [verweerder] – overleg gevoerd over onderwerpen die tot het domein van een ondernemingsraad behoren, en heeft zij aan de OR advies gevraagd over het voorgenomen reorganisatiebesluit van 18 februari 2009, welk advies door de OR in maart 2009 is uitgebracht.

4.2.2 In rov. 3.9 heeft het hof geoordeeld dat – in het licht van de hiervoor in 4.2.1 vermelde feiten en omstandigheden – Regiobouw aan [verweerder] in redelijkheid niet kan tegenwerpen dat van een ondernemingsraad in de zin van de WOR geen sprake was en [verweerder] geen bescherming toekomt op grond van het bepaalde in art. 7:670a (oud) BW, ongeacht of die raad voldoet aan de eisen die de wet daaraan stelt.

4.3 De art. 7:670 lid 4 en 7:670a lid 1 (oud) BW kennen ontslagbescherming toe aan (onder meer) een werknemer die lid is van

een ondernemingsraad, respectievelijk een werknemer die is geplaatst op een kandidatenlijst voor een ondernemingsraad of korter dan twee jaar geleden lid is geweest van een ondernemingsraad. De ratio van deze ontslagbescherming is gelegen in de bescherming van de betrokken werknemers tegen benadeling als gevolg van hun activiteiten in het kader van de medezeggenschap en in het waarborgen van hun onafhankelijke positie die voor de uitoefening van die taken nodig is (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.5).

In het oordeel van het hof ligt het uitgangspunt besloten dat de art. 7:670 lid 4 en 7:670a lid 1 (oud) BW onder omstandigheden ook toepassing kunnen vinden in een geval dat de desbetreffende ondernemingsraad niet in alle opzichten voldoet aan de eisen die de WOR daaraan stelt, zoals door het achterwege blijven van de voorgeschreven periodieke verkiezingen van de leden van die ondernemingsraad. Dit uitgangspunt is juist, gelet op de hiervoor genoemde ratio van deze bepalingen.

Het oordeel van het hof, dat erop neerkomt dat de art. 7:670 lid 4 en 7:670a lid 1 (oud) BW in de door het hof vastgestelde – en hiervoor in 4.2.1 weergegeven – omstandigheden van het onderhavige geval kunnen worden toegepast, is verweven met waarderings van feitelijke aard. Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.

4.4 De klachten van de onderdelen 1a en 1b stuiten op het vorenstaande af.

4.5 De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

5 Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

5.1 Het middel in het incidentele beroep klaagt over het hiervoor in 3.3.3 weergegeven oordeel van het hof in rov. 3.14 van het bestreden arrest voor zover dat oordeel ziet op de hoogte van de aan [verweerder] toekomende schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag.

Daartoe wijst het middel erop dat het hof de begroting van de aan [verweerder] toe te kennen schadevergoeding in belangrijke mate heeft doen steunen op de vaststelling dat – naar Regiobouw ter zitting van het hof onweersproken heeft aangevoerd – (i) na de opzegging van [verweerder] “nog diverse ontslagrondes” hebben plaatsgevonden, en (ii) “in maart 2013 de laatste medewerkers zijn ontslagen”.

Onder 6 klaagt het middel dat het hof aldus heeft miskend dat – volgens vaste rechtspraak – na het einde van de dienstbetrekking intredende omstandigheden buiten beschouwing dienen te worden gelaten, behoudens voor zover daaruit aanwijzingen zijn te putten voor hetgeen uiterlijk op het tijdstip van ingang van het ontslag kon worden verwacht.

Onder 7 betoogt het middel dat de verwijzing door het hof naar het ontslag van de laatste medewerkers “in maart 2013” onbegrijpelijk is in het licht van het betoog van Regiobouw dat de laatste werknemers tegen 1 maart 2014 zijn opgezegd.

5.2 Volgens vaste rechtspraak dient de rechter bij de bepaling van het bedrag aan schadevergoeding dat op grond van gebleken kennelijke onredelijkheid van het ontslag als bedoeld in art. 7:681 (oud) BW billijk is te achten, alle omstandigheden van het geval ten tijde van het einde van de dienstbetrekking in onderlinge samenhang in aanmerking te nemen. Omstandigheden die na het einde van de dienstbetrekking intreden, dient de rechter daarentegen buiten beschouwing te laten, behoudens voor zover daaruit aanwijzingen zijn te putten voor hetgeen uiterlijk op het tijdstip van ingang van het ontslag kon worden verwacht met betrekking tot de gevolgen van het ontslag voor de werknemer (vgl. HR 17 oktober 1997, [ECLI:NL:HR:1997:AG7282](#), NJ 1999/266; HR 3 december 2004, [ECLI:NL:HR:2004:AR1717](#), NJ 2005/119).

In dit verband dient de rechter kenbaar aandacht te besteden aan de vraag of de omstandigheden die na het einde van de dienstbetrekking zijn ingetreden, aanwijzingen opleveren voor wat uiterlijk op de ontslagdatum kon worden verwacht (vgl. HR 8 april 2011, [ECLI:NL:HR:2011:BP4804](#), NJ 2011/168).

Het vorenstaande geldt ongeacht op welke (al dan niet in art. 7:681 lid 2 (oud) BW genoemde) omstandigheden – naar het oordeel van de rechter – de kennelijke onredelijkheid van het ontslag berust.

5.3 Bij zijn bepaling van het bedrag aan schadevergoeding dat [verweerder] wegens kennelijk onredelijk ontslag toekomt, heeft het hof niet kenbaar aandacht besteed aan de vraag of de hiervoor in 5.1 genoemde omstandigheden, die na het ontslag van [verweerder] zijn ingetreden, aanwijzingen opleveren voor wat uiterlijk op de datum van zijn ontslag kon worden verwacht. Aldus heeft het hof hetzij de hiervoor in 5.2 vermelde rechtspraak miskend, hetzij zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd. De klacht onder 6 van het middel is derhalve gegrond.

5.4 Ook de klacht onder 7 is gegrond. De in die klacht genoemde passages in de processtukken van het hoger beroep laten geen andere conclusie toe dan dat de laatste werknemers van Regiobouw zijn ontslagen in maart 2014, en niet in maart 2013, zoals het hof kennelijk abusievelijk heeft overwogen.

6 Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Regiobouw in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerder] begroot op € 841,34 aan verschotten en € 2200,= voor salaris;

in het incidentele beroep:

vernietigt het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 17 juni 2014;

verwijst het geding naar het gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Regiobouw in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerder] begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2600,= voor salaris.

NOOT

1. Twee vragen staan in deze zaak centraal. Ten eerste: mag de rechter bij het bepalen van een schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag acht slaan op het feit dat na het ontslag nog verschillende reorganisaties hebben plaatsgevonden waarbij werknemer mogelijksterwijs alsnog zijn positie zou zijn kwijtgeraakt? Ten tweede: geniet een werknemer de ontslagbescherming van een OR-lid, wanneer de Ondernemingsraad waar hij deel van uitmaakt niet voldoet aan de vereisten van de WOR?

2. Deze uiteenlopende vragen hebben het procedurele verloop van de zaak tamelijk ingewikkeld gemaakt. De arbeidsovereenkomst van de werknemer werd wegens bedrijfseconomische redenen met toestemming van het UWV opgezegd tegen 4 december 2009 door werkgever, Bouwbedrijf Regiobouw Haarlemmermeer B.V. ('Regiobouw'). Werknemer vernietigde deze opzegging, omdat hij meende dat hem als OR-lid de bescherming van art. 7:670 en 7:670a BW (oud) toekwam. Na een gestrande poging tot het verkrijgen van toestemming voor opzegging op grond van art. 7:670a BW (oud) bij de Kantonrechter Leiden en een tweede verstrekke maar niet-gebruikte vergunning van het UWV, zegt Regiobouw de arbeidsovereenkomst uiteindelijk met instemming van de Kantonrechter Haarlem op tegen 30 juli 2010, op basis van een (derde) ontslagvergunning van het UWV in verband met een reorganisatie vanwege bedrijfseconomische omstandigheden. De werknemer stelde hierop twee vorderingen in bij de kantonrechter. Ten eerste vorderde hij, kort gezegd, loon voor de periode tussen 4 december 2009 en 30 juli 2010, op basis van het feit dat de eerste opzegging geen stand kon houden wegens strijd met art. 7:670a lid 1 BW (oud). Ten tweede vorderde de werknemer schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag. De werknemer meende namelijk dat het afspiegelingsbeginsel onjuist was toegepast, omdat na een periode van arbeidsongeschiktheid voor hem een nieuwe functie was gecreëerd die de bedongen arbeid was geworden – Regiobouw had hem bij de afspiegeling echter in zijn oude functiegroep geplaatst. De eerste vordering van de werknemer werd toegewezen, het loon over de genoemde periode moest worden voldaan, maar de tweede niet.

3. De werknemer tekende hoger beroep aan tegen de beslissing op de vordering uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag, waarna de werkgever in incidenteel appel betoogde dat de kantonrechter ten onrechte de loonvordering had toegewezen. Ook het principaal appel krijgt in cassatie nog een staartje, maar deze noot richt zich op het oordeel omtrent het beschermingsbereik van art. 7:670 en 7:670a BW (oud). Regiobouw stelde in het incidenteel appel dat de werknemer deze bescherming niet toekomt, nu sinds 2003 geen sprake meer was van een OR. Werknemer was in 2000 tot de OR toegetreden en daarna gekozen tot voorzitter. Sinds zijn aantreden waren er evenwel geen verkiezingen meer geweest, terwijl art. 12 WOR bepaalt dat leden van de OR om de drie jaar aftreden. Het hof meende desalniettemin dat de werknemer in kwestie onder de beschermende paraplu van art. 7:670 BW (oud) moest worden gebracht en wees daarvoor op een flink aantal omstandigheden, die er in de kern op neerkwamen dat Regiobouw de OR altijd als OR was blijven behandelen en zich nooit eerder op het standpunt had gesteld dat van een OR geen sprake meer zou zijn omdat niet voldaan werd aan de vereisten van de WOR. Zo had Regiobouw in 2006 nog overleg gevoerd met de OR over een scholingsgeskil. Ook had de OR zich binnen de onderneming consistent als zodanig gepresenteerd en daarbij ook bericht over het feit dat de samenstelling formeel niet voldeed. In maart 2009 bracht de OR advies uit over een voorgenomen inkrimping van de onderneming. Regiobouw had hierbij niet laten weten de raad niet als OR te beschouwen, aldus het hof: "integendeel, Regiobouw heeft de ondernemingsraad ook na de verstreken zittingstermijnen en onafhankelijk van de wijze waarop de leden werden verkozen als ondernemingsraad behandeld en ingeschakeld." Het hof oordeelde dat Regiobouw onder deze omstandigheden "in redelijkheid de werknemer niet kan tegenwerpen dat van een ondernemingsraad in de zin van de WOR geen sprake meer was en de werknemer geen bescherming toekomt op grond van het bepaalde in artikel 7:670a BW."

4. De beslissing van het hof is in lijn met enkele uitspraken van andere feitenrechtters waarin de bescherming van art. 7:670 en 7:670a BW (oud) ruim wordt toegepast. De Kantonrechter Amsterdam oordeelde in 2010 dat een werknemer aanvullende ontslagbescherming toekwam, hoewel de OR waar hij lid van was een slapend bestaan leed en de voorzitter en vicevoorzitter hun functie hadden neergelegd.¹ De Kantonrechter Enschede oordeelde datzelfde jaar in gelijke zin: de OR had ingestemd met een plan zichzelf op te heffen, maar dit plan nooit uitgevoerd en de werkgever had sindsdien nog instemmingsplichtige besluiten aan de OR-voorzitter voorgelegd.²

5. Belangrijk verschil met de onderhavige zaak was echter dat beide kantonrechtters tot het heldere oordeel kwamen dat de OR nog bestond, alle gebreken ten spijt, waardoor de werknemers onder het bereik van art. 7:670 BW (oud) vielen. Het oordeel van het Hof Amsterdam ontbeert deze helderheid. Het hof oordeelt dat de werkgever de werknemer "in redelijkheid niet kan tegenwerpen dat van een ondernemingsraad in de zin van de WOR geen sprake was". Deze formulering suggereert dat het hof meende dat de OR niet meer bestond, maar dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid er onder de

omstandigheden aan in de weg stond dat Regiobouw zich op dat feit beriep. Overigens neemt het hof de woorden ‘redelijkheid en billijkheid’ zelf niet in de mond.

6. Regiobouw heeft in cassatie geklaagd dat het hof niet in het midden had mogen laten of er nog een OR bestond. Daarnaast betoogde het middel dat het hof onterecht en onvoldoende gemotiveerd had geoordeeld dat toepassing van het vereiste van OR-lidmaatschap voor toepassing van de bescherming van art. 7:670 en 7:670a BW (oud) in de gegeven omstandigheden naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Voor deze klachten valt het een ander te zeggen. Het hof heeft weliswaar een veelheid aan omstandigheden aan zijn oordeel ten grondslag gelegd – die er alle kortweg op neerkwamen dat de werkgever de OR altijd als zodanig heeft behandeld – maar welke consequentie het hof daaraan verbond, bleef in het arrest enigszins nevelig. Zo kan men zich afvragen waarop de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid hier nu precies wordt toegepast – als dat inderdaad is wat het hof heeft bedoeld te doen. In haar cassatieklachten is Regiobouw er klaarblijkelijk van uitgegaan dat het hof het wettelijk vereiste van lidmaatschap van de OR van art. 7:670 en 7:670a BW buiten toepassing heeft gelaten. Daarmee zou het hof in dit individuele geval de bepalingen van art. 7:670 en 7:670a BW (oud) in feite van hun essentie hebben beroofd, want zonder het vereiste van OR-lidmaatschap komt immers iedere werknemer deze extra ontslagbescherming toe. Het is de vraag of het hof dit heeft bedoeld. Het overwoog immers dat “Regiobouw in redelijkheid de werknemer niet [kan] tegenwerpen” dat van een OR in de zin van de WOR geen sprake is. Deze formulering wringt, omdat niet Regiobouw, maar juist de werknemer zich in eerste instantie ergens op beroept, te weten de aanvullende ontslagbescherming van art. 7:670 en 7:670a BW (oud). Wellicht kan de overweging van het hof ook op een andere manier worden gelezen dan in het middel is bepleit, namelijk als een oordeel dat het naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht dat Regiobouw zich jegens de werknemer op art. 12 van de WOR – dat bepaalt dat OR-leden om de drie jaar aftreden – kan beroepen om diens bescherming onder art. 7:670 en 7:670a BW (oud) te ondermijnen. A-G Van Peurseem bepleit weer een andere lezing van het oordeel van het hof, namelijk als een “toepassing van de *aanvullende* werking van redelijkheid en billijkheid.”³ Deze lezing ligt wellicht wat minder voor de hand nu het hof zich juist bediende van een negatieve formulering: Regiobouw kon zich jegens werknemer *niet beroepen* op het feit dat van een OR in de zin van de WOR geen sprake was.

7. De Hoge Raad geeft over de exacte redenering van het hof geen uitsluitsel. Hij overweegt dat de ratio van art. 7:670 lid 4 en 7:670a lid 1 BW (oud) is gelegen in de “bescherming van de betrokken werknemers tegen benadeling als gevolg van hun activiteiten in het kader van de medezeggenschap en in het waarborgen van hun onafhankelijke positie.” Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat in het oordeel van het hof het uitgangspunt besloten ligt dat art. 7:670 lid 4 en 7:670a lid 1 BW (oud) onder omstandigheden ook toepassing kunnen vinden wanneer de OR niet in alle opzichten voldoet aan de eisen van de WOR. Daarmee lijkt de Hoge Raad de enigszins onduidelijke redenering van het hof met de mantel der liefde te bedekken. De Hoge Raad overweegt immers dat in het oordeel van het hof een ruime opvatting van art. 7:670 en 7:670a BW (oud) besloten ligt, maar het hof had er nu juist niet voor gekozen het *bereik* van die artikelen te verruimen. In plaats daarvan koos het ervoor de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid te gebruiken (of de aanvullende werking in de interpretatie van Van Peurseem) om dezelfde uitkomst te bereiken. Dat lijkt toch een fundamenteel andere aanpak.

8. De route van de Hoge Raad lijkt zuiverder dan die van het hof en de A-G. De tekst en wetsgeschiedenis van art. 7:670 en 7:670a BW (oud) en ook het huidige art. 7:670 lid 4 BW verzetten zich in beginsel niet tegen deze ruime lezing, waarbij de formele vereisten van de WOR niet doorslaggevend zijn voor hun toepasbaarheid. Daar staat tegenover dat het opzegverbod voor 1999 in de WOR zelf geregeld was.⁴ Het hof en de Hoge Raad hebben in ieder geval niet kenbaar aandacht besteed aan de vraag of het de bedoeling van de wetgever is geweest het toepassingsbereik van het opzegverbod direct te koppelen aan het begrip ‘Ondernemingsraad’ uit de WOR en de vereisten die daarbij horen. De ratio achter de bepalingen is voor de Hoge Raad voldoende om toepassing in gevallen waarin niet aan alle vereisten van de WOR is voldaan te rechtvaardigen. Dat lijkt mij in ieder geval in zulke evidente gevallen als het onderhavige, waarin de werkgever de OR ondanks bekende onvolkomenheden consequent als OR heeft behandeld, gerechtvaardigd.

9. Het arrest laat voor minder evidente gevallen nog voldoende vragen over: het oordeel van het hof dat de artikelen in de gegeven omstandigheden van toepassing zijn is van feitelijke aard en de Hoge Raad waagt zich niet aan een handreiking in de vorm van gezichtspunten. Daardoor blijft tot op zekere hoogte onzeker onder welke omstandigheden een werknemer die lid is van een niet WOR-conforme ‘Ondernemingsraad’ toch aanvullende ontslagbescherming toekomt. Is het voldoende dat de werkgever niet heeft geprotesteerd toen de OR zich als zodanig presenteerde? Of is ook vereist dat de werkgever de OR actief als zodanig heeft bejegend en bijvoorbeeld heeft geraadpleegd over advies- of instemmingsplichtige besluiten? Kunnen er eisen worden gesteld aan het individuele pretense OR-lidmaatschap, zoals een bepaalde mate van actieve deelname? Deze vragen blijven ook onder de WWZ relevant, ondanks de wijzigingen van art. 7:670 en 7:670a BW, hoewel – toegegeven – rechters slechts spaarzaam met deze problematiek zullen worden geconfronteerd.⁵

J.L. Luiten, BarentsKrans N.V.

VOEINOTEN

- 1) Ktr. Amsterdam 7 juni 2010, [«JAR» 2010/168](#).
- 2) Ktr. Enschede 30 augustus 2010, [«JAR» 2010/259](#).
- 3) Conclusie A-G G.R.B. van Peurse 29 januari 2016, [ECLI:NL:PHR:2016:20](#).
- 4) Art. 21 lid 2 WOR (oud) was anders ingericht dan de latere vervatting in Titel 10 van Boek 7, zie hierover o.a. C.J.G. Van den Berk, 'Ontslagbescherming van artikel 21 Wet op de Ondernemingsraden', *SMA* 1990/6.
- 5) Zie voor een bespreking van de wijzigingen als gevolg van de WWZ de noot van L.C.J. Sprengers onder Ktr. Den Haag 15 december 2014, *TRA* 2015/29.