

## 125

**Beroep directeur op wachtgeldregeling onaanvaardbaar**

Gerechthof Arnhem-Leeuwarden zp  
Leeuwarden  
2 april 2019, nr. 200.193.021/01,  
ECLI:NL:GHARL:2019:2952  
(mr. De Witte, mr. Kuiper, mr. Gimbrère)  
Noot mr. A.M. Helstone

**Werknemer verzwijgt recht op wachtgeld bij schikking. Beroep op wachtgeldregeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.**

[BW art. 6:248, 7:685 lid 1 jo. lid 8 (oud); WNT art. 1.1 sub a, 2.10 lid 1, 7.3 lid 6; Uitvoeringsregels WNT art. 4 lid 1]

*De werknemer is sinds 2003 werkzaam als "Directeur Zorg" voor € 7.036,89 bruto per maand. In de arbeidsovereenkomst is de CAO voor de Verpleegen Verzorgingshuizen van toepassing verklaard. De cao kent een wachtgeldregeling. Medio 2013 vraagt de werknemer ontbinding. Tijdens de zitting in deze procedure komen partijen tot een schikking en vragen zij de kantonrechter deze op te nemen in een beschikking. De kantonrechter overweegt in die beschikking dat de WNT van toepassing is, maar dat de omstandigheden meebrengen dat een vergoeding van € 150.000,= passend is. Nadien maakt de werknemer aanspraak op wachtgeld. De kantonrechter wijst de vordering af.*

*Op het hoger beroep van de werknemer overweegt het hof dat, nu partijen de rechter hebben gevraagd de schikking in een beschikking neer te leggen, de arbeidsovereenkomst door een rechterlijke uitspraak geëindigd. Daarbij is de grond van de beëindiging opgenomen. Daarmee wordt voldaan aan de voorwaarden voor wachtgeld. Bij de hoogte van het wachtgeld hoeft geen rekening te worden gehouden met de ontbindingsvergoeding. Vaststaat dat de WNT geldt, maar ook dat daarin is opgenomen dat een voor inwerkingtreding van de WNT overeengekomen beding vier jaar zijn geldigheid behoudt, hetgeen hier tot ui-*

*terlijk 1 januari 2017 is. De WNT staat niet in de weg aan toepassing van de wachtgeldregeling. De werkgever slaagt niet in zijn bewijslast dat finale kwijting is overeengekomen. Het hof acht het echter naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat de werknemer zich op de wachtgeldregeling beroept. Uit de beschikking blijkt niet dat de kantonrechter wist dat de werknemer aanspraak kon maken op wachtgeld. Gebleken is dat de werknemer opzettelijk de aanspraak op wachtgeld heeft verzwegen en zich realiseerde dat de kans bestond dat de werkgever zich de aanspraak niet realiseerde. In de onderhandelingen is de werkgever de werknemer vergaand tegemoetgekomen met de ontbindingsvergoeding. Onder deze omstandigheden is het onaanvaardbaar dat de werknemer thans aanspraak op wachtgeld maakt. De uitspraak van de kantonrechter wordt bekrachtigd.*

*NB. Het recht op wachtgeld vloeit voort uit afspraak die in de arbeidsovereenkomst is gemaakt over toepassing van de cao. Deze afspraak is gemaakt vóór inwerkingtreding van de WNT, vandaar dat deze niet van toepassing is. Zie in dit opzicht ook «JAR» 2017/158. Het niet noemen van mogelijk relevante omstandigheden bij onderhandelingen over ontslag wordt niet altijd onaanvaardbaar geacht. In «JAR» 2018/127 bijvoorbeeld bleef een finale kwijtingsclausule wel in stand ondanks dat later bleek dat de werknemer (beperkte) nevenwerkzaamheden had verricht.*

*De werknemer te (...),  
appellant in principaal appel en verweerder in  
voorwaardelijk incidenteel appel,  
in eerste aanleg: eiser,  
hierna: de werknemer,  
advocaat: mr. S.T.W. Verhaagh, kantoorhoudend  
te Nijmegen,  
tegen  
Stichting Driezorg, Wonen Welzijn & Zorg te  
Zwolle,  
geïntimeerde in principaal appel en appellante in  
voorwaardelijk incidenteel appel,  
in eerste aanleg: gedaagde,  
hierna: Driezorg,  
advocaat: mr. F.J. Landstra, kantoorhoudend te  
Groningen.*

1. *Het verdere verloop van het geding in hoger beroep*  
(...; red.)

## 2. De feiten

2.1. De kantonrechter heeft onder de randnummers 1.1 t/m 1.8 van het tussenvonnissen de feiten vastgesteld. Tegen die feitenvaststelling is geen grief gericht of overigens van bezwaren gebleken. Aangevuld met wat in hoger beroep is komen vast te staan, luiden de feiten als volgt.

2.2. De werknemer (geboren op (...) 1957) is op (...) 2003 als “Directeur Zorg” in dienst getreden van de stichting “Stichting Woon- en Zorgcentrum De Wissel”. In artikel 14 van de arbeidsovereenkomst is opgenomen:

“De cao voor de Verpleeg- en Verzorgingshuizen, zoals deze luidt of zal komen te luiden en de krachtens die cao vastgestelde arbeidsvoorwaarden, vormen met deze arbeidsovereenkomst één geheel.”

2.3. Per 1 april 2006 is de werknemer aangesteld in de functie van “Bestuurder” bij de stichting “Stichting Berkumstede” (hierna: Berkumstede). In de op 8 augustus 2006 ondertekende arbeidsovereenkomst is in artikel 14 opgenomen:

“De cao voor de Verpleeg- en Verzorgingshuizen, zoals deze luidt of zal komen te luiden en de krachtens die cao vastgestelde arbeidsvoorwaarden, vormt samen met de personeelsgids en de arbeidsovereenkomst één geheel.”

Aan het slot van de arbeidsovereenkomst is opgenomen dat de Stichting Berkumstede voor wat betreft de anciënniteit van het dienstverband rekening houdt met het arbeidsverleden van de werknemer, zodat de oorspronkelijke datum van indiensttreding wordt gesteld op 1 juni 2003.

2.4. De cao voor de Verpleeg-, Verzorgingshuizen en Thuiszorg, Kraam- en Jeugdgezondheidszorg 2013-2014 (hierna: de cao) kent een wachtgeldregeling en bevat, voor zover van belang, de volgende bepalingen:

“Artikel 1.1 Definities

In deze cao voor de Verpleeg-, Verzorgingshuizen en Thuiszorg (VVT) wordt verstaan onder:

(...)

2. werknemer: Als je (m/v) op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam bent bij je werkgever. In deze cao wordt de werknemer, voor zover mogelijk, aangesproken met ‘je’.

Je bent geen werknemer op grond van de cao, als:

a. je directeur en eindverantwoordelijke bent belast met de beleidsvoorbereiding en het beheer van de organisatie en daarvoor rechtstreeks verantwoording verschuldigd is aan het bestuur of de raad van toezicht;

(...)

Artikel 9.7 Wachtgeld

1. Je krijgt vanaf de dag dat je arbeidsovereenkomst is geëindigd wachtgeld toegekend als je voldoet aan de voorwaarden genoemd onder a t/m c:

a. Je arbeidsovereenkomst niet op je eigen verzoek eindigt, maar vanwege:

(...)

– ontslag na toestemming van de kantonrechter of (...)

– een uitspraak van de gewone rechter.

b. En deze beëindiging plaatsvindt vanwege:

– gehele of gedeeltelijke opheffing van je functie of

– een reorganisatie waardoor je werkzaamheden geheel of gedeeltelijk overbodig zijn geworden of

– een fusie, liquidatie of gehele of gedeeltelijke sluiting van de instelling of

– onbekwaamheid die niet aan jou is toe te rekenen en je 50 jaar of ouder bent en minimaal 15 jaar bij je werkgever of zijn rechtsvoorganger(s) in dienst bent.

c. En je door de beëindiging van je arbeidsovereenkomst een WW-uitkering is toegekend en je alles doet wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van uitkeringen zoals in lid 3 sub a. weergegeven.

(...)

3. Onder wachtgeld wordt verstaan de som van a., b. en c.

a. De uitkeringen waarop je recht hebt op basis van:

– de Werkloosheidswet (WW);

(...)

De inkomsten uit arbeid of eigen bedrijf (...).

De aanvulling van je werkgever op a. en b.

(...)

5. Het recht op wachtgeld kan in overleg tussen jou en je werkgever geheel of gedeeltelijk vervangen worden door een afkoopsom.

(...)

Artikel 14.5 Duur, wijziging en opzegging van de cao

1. Deze cao heeft een looptijd van 1 september 2013 tot en met 31 augustus 2014.”

2.5. De werknemer verdiende laatstelijk € 7.036,89 bruto per maand, exclusief toeslagen en emolumenten.

2.6. Op (...) 2012 heeft de werknemer zich ziek gemeld.

2.7. Berkumstede heeft op 29 juli 2013 bij de kantonrechter ingediend een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst onder toekenning van een billijke vergoeding aan de werknemer van € 75.000,=. De werknemer heeft verweer gevoerd en verzocht primair het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst af te wijzen en subsidiair voor het geval de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden een vergoeding van € 260.000,= bruto toe te kennen. De mondelinge behandeling van het verzoek heeft op 3 september 2013 plaatsgevonden. In het proces-verbaal van de zitting is opgenomen dat partijen, nadat zij hun standpunten hadden toegelicht, een minnelijke regeling hebben getroffen die het volgende inhoudt:

“– De werknemer zal zich (in overleg met de bedrijfsarts) op korte termijn hersteld melden;

– Berkumstede stelt de werknemer vrij van het verrichten van werk;

– Berkumstede zal de werknemer het salaris over de periode vanaf 1 juni 2013 volledig doorbetalen;

– De reeds opgebouwde en tot 1 januari 2014 nog op te bouwen verlofuren worden geacht te zijn opgenomen;

– De door de kantonrechter te bepalen ontbindingsvergoeding wordt in januari 2014 aan de werknemer uitbetaald;

– Eventuele kosten voor een loopbaanbegeleidingstraject of een door de werknemer te volgen studie worden door de werknemer zelf bekostigd, maar mogen door hem wel in mindering worden gebracht op de in januari 2014 uit te betalen bruto-vergoeding, mits de hoogte van voormelde kosten vóór januari 2014 bij Berkumstede bekend zijn.”

In de beschikking van 17 september 2013 heeft de kantonrechter overwogen dat sprake is van een verandering van omstandigheden die ontbinding van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigt. Die verandering van omstandigheden is door de kantonrechter als volgt omschreven. Door wijzigingen in de ouderenzorg is Berkumstede op zoek gegaan naar een partner. Berkumstede heeft die partner gevonden in Driezorg en heeft met Driezorg een intentieovereenkomst gesloten, waarin staat vermeld dat de fusie formeel vóór 31 december 2013 zal worden afgerond. Ten gevolge van de

fusie zal de functie van de werknemer als bestuurder per 1 januari 2014 komen te vervallen. Voorts hebben het managementteam en de Raad van Toezicht het vertrouwen in de werknemer als toekomstig bestuurder verloren, hetgeen een terugkeer naar de werkplek voor de werknemer bemoeilijkt.

Volgens de kantonrechter liggen deze omstandigheden hoofdzakelijk in de risicosfeer van Berkumstede, zodat aan de werknemer een vergoeding moet worden toegekend. De kantonrechter heeft over de hoogte van de vergoeding het volgende overwogen:

“7. Bij het vaststellen van de hoogte van de vergoeding speelt mee dat de werknemer een topfunctionaris in de zin van de WNT is. Weliswaar is de kantonrechter niet gebonden aan de WNT, gelet op de doelstelling van de wet – het normeren van beloningen in organisaties in de (semi)publieke sector die zoals Berkumstede geheel of gedeeltelijk worden gefinancierd met overheids-geld – is de WNT echter wel een factor die van belang wordt geacht en zal worden meegewogen bij het bepalen van de vergoeding.

7.1. In dit concrete geval acht de kantonrechter de door Berkumstede conform het bepaalde in de WNT aangeboden vergoeding van € 75.000,= echter niet billijk. Daarbij neemt de kantonrechter naast de omstandigheid dat, zoals hierboven is overwogen, de ontbindingsgrond hoofdzakelijk in de risicosfeer van Berkumstede ligt, in aanmerking dat de werknemer de leeftijd van 56 jaren heeft bereikt. Hij heeft daarmee beperkte kansen op de arbeidsmarkt. Voorts neemt de kantonrechter in aanmerking dat de werknemer langdurig probleemloos heeft gefunctioneerd. Wat ook dient mee te wegen is dat de werknemer thans (nog) arbeidsongeschikt is en dat Berkumstede, naar het zich gezien het deskundigenoordeel van het UWV d.d. 19 juli 2013 laat aanzien, in het re-integratietraject steken heeft laten vallen. Gelet op dit alles acht de kantonrechter een vergoeding van € 150.000,= passend.”

De kantonrechter heeft vervolgens de arbeidsovereenkomst per 1 januari 2014 ontbonden onder toekenning van een billijke vergoeding van € 150.000,= bruto.

2.8. De werknemer heeft bij brief van 19 december 2013, met een beroep op de regeling in de cao, aanspraak gemaakt op wachtgeld vanaf 1 januari 2014.

2.9. B, voorzitter van de Raad van Toezicht van Berkumstede, heeft bij brief van 30 december 2013 aan de werknemer gemeld dat aan hem geen wachtgeld toekomt doordat ter zitting bij de kantonrechter een regeling is getroffen waarbij tevens finale kwijting is afgesproken. Voorts wordt er in de brief op gewezen dat de werknemer als bestuurder geen werknemer is in de zin van de cao.

2.10. Berkumstede is met ingang van 30 december 2013 gefuseerd met Driezorg.

2.11. Ingaande 1 januari 2014 is aan de werknemer een WW-uitkering toegekend. Deze WW-uitkering is op 1 maart 2017 geëindigd.

### 3. De vorderingen en beoordeling in eerste aanleg

3.1. De werknemer heeft samengevat gevorderd Driezorg te veroordelen tot betaling van

– € 142.820,99 bruto aan wachtgeld over de periode januari 2014 tot en met september 2016, vermeerderd met de wettelijke verhoging en de wettelijke rente,

– € 1.087,23 netto wegens buitengerechtelijke kosten en

– de proceskosten.

3.2. Op de comparitie na antwoord van 11 februari 2015 heeft de kantonrechter mondeling een tussenvonnis gewezen, waarbij Driezorg is toegelaten tot het leveren van bewijs van haar stelling dat partijen elkaar, behoudens de toen nog na te komen afspraken, op 3 september 2013 finale kwijting hebben verleend. Na getuigenverhoor heeft de kantonrechter in het tussenvonnis geoordeeld dat Driezorg in de bewijslevering niet is geslaagd. Vervolgens heeft de kantonrechter partijen in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de vraag of de werknemer op grond van de arbeidsovereenkomst recht op wachtgeld heeft. In het eindvonnis heeft de kantonrechter geoordeeld dat de wachtgeldregeling is neergelegd in de cao en de werknemer geen werknemer in de zin van de cao is, waarna de kantonrechter de vordering heeft afgewezen en de werknemer in de proceskosten heeft veroordeeld.

### 4. De beoordeling in hoger beroep

#### *Ontvankelijkheid*

4.1. In het onderhavige geval gaat het in de kern om de vragen of aan de werknemer door het incorporatiebeding in de arbeidsovereenkomst een beroep kan doen op de wachtgeldregeling in de cao en zo ja, of de afspraken die partijen in het

kader van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst hebben gemaakt eraan in de weg staan dat de werknemer nakoming van die wachtgeldregeling kan verlangen.

4.2. Tussen partijen is niet in geschil, hetgeen het hof ook juist voorkomt, dat de werknemer in een afzonderlijke procedure nakoming van de wachtgeldregeling kan vorderen (vgl. ECLI:NL:HR:2004:AR4062). In zoverre kan de werknemer in zijn vordering worden ontvangen.

#### *Eiswijziging*

4.3. De werknemer heeft in hoger beroep zijn eis verminderd en gewijzigd. Tegen deze eiswijziging heeft Driezorg geen bezwaar gemaakt en komt het hof ook overigens niet in strijd met de goede procesorde voor, zodat op de gewijzigde eis zal worden beslist.

#### *Grievens*

4.4. In het principaal appel heeft de werknemer tegen de bestreden vonnissen 9 grieven ontwikkeld. Met de grieven 1 tot en met 6 bestrijdt de werknemer het oordeel van de kantonrechter dat voor de beantwoording van de vraag of de wachtgeldregeling in de cao op hem van toepassing is, dient te worden nagegaan of hij werknemer is in de zin van de cao en dat de werknemer heeft nagelaten op die vraag in te gaan. De werknemer bestrijdt met de grieven 7, 8 en 9 dat voor de beantwoording van de vraag of de werknemer recht op wachtgeld heeft ook dient te worden onderzocht of de gronden voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst aan toewijzing van wachtgeld in de weg staan of dat een aanspraak wellicht in strijd is met de WNT of dat een beroep op wachtgeld naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

4.5. De kantonrechter heeft in randnummer 3.8 van het tussenvonnis onder a, b, c. en d de vier vragen geformuleerd, welke door de werknemer met de grieven 1, 7, 8 en 9 zijn bestreden. Op zichzelf zijn deze vragen gelet op het verweer van Driezorg terecht geformuleerd, zodat in zoverre deze grieven falen.

Grief 1 hangt nauw samen met de grieven 2 t/m 6 zodat het hof die grieven gezamenlijk zal behandelen.

Op de vragen in randnummer 3.8 onder b, c en d heeft de kantonrechter geen inhoudelijke beslissing gegeven, maar de vordering van de werknemer op een andere grond afgewezen. Kennelijk

strekken de grieven 7, 8 en 9 ertoe te bepleiten dat het antwoord op die vragen niet tot afwijzing van de vordering van de werknemer kan leiden. In het licht van de devolutieve werking van het hoger beroep zou het hof op het standpunt van de werknemer ten aanzien van die vragen bij gegrondheid van de grieven 1 t/m 6 al acht hebben te slaan, zodat in zoverre die grieven nodeloos zijn voorgesteld.

4.6. In het voorwaardelijk incidenteel appel heeft Driezorg één grief ontwikkeld waarin zij bestrijdt dat zij niet geslaagd is in het bewijs dat bij de afspraken met de werknemer over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de ontbindingsvergoeding finale kwijting is overeengekomen.

In geval gegrondheid van het principaal appel tot toewijzing van de vordering zou leiden, had het hof in het kader van de devolutieve werking van het hoger beroep op het door de kantonrechter afgewezen verweer van Driezorg dat finale kwijting is overeengekomen acht te slaan, zodat het voorwaardelijk incidenteel appel nodeloos is ingesteld.

#### *Incorporatiebeding*

4.7. De werknemer vordert nakoming van de wachtgeldregeling neergelegd in de cao. De kantonrechter heeft de vordering afgewezen, omdat de werknemer onvoldoende heeft betwist dat hij geen werknemer in de zin van de cao is en daardoor geen recht op wachtgeld heeft. Met de *grieven 1 t/m 6 in het principaal appel* komt de werknemer tegen dat oordeel op.

4.8. Ter onderbouwing van zijn vordering heeft de werknemer gewezen op artikel 14 van de arbeidsovereenkomst dat een dynamisch incorporatiebeding bevat. Ter zitting heeft de werknemer verder toegelicht dat bij de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst in 2003 gesproken is over de vraag of in de arbeidsovereenkomst zou worden aangesloten bij de cao of bij de bezoldigingsrichtlijnen van de Vereniging Directies Zorgsector (VDZ), in 2008 opgegaan in de Nederlandse vereniging van Commissarissen en Directeuren (NCD). Volgens de werknemer kenden de VDZ bezoldigingsrichtlijnen royalere beloningen, zodat de kleinere zorginstellingen veelal aansloten bij de cao. Dat is in zijn geval ook gebeurd. Die keuze houdt in dat wordt afgeweken van de definitiebepaling in de cao waarin de directeur van de werking van de cao wordt uitgezonderd. Het resterende deel van de cao, waaronder de wachtgeld-

regeling, is door die contractuele afspraak op hem van toepassing. In 2006 is in de toen gesloten arbeidsovereenkomst aan de in 2003 gemaakte afspraak een vervolg gegeven. De werknemer heeft aangeboden de door hem gestelde afspraak te be-wijzen.

4.9. Driezorg betwist dat de door de werknemer gestelde afspraak is gemaakt en voert verder aan dat de cao een zogeheten standaard cao is waarvan partijen niet – ook niet van de definitiebepaling – kunnen afwijken. Artikel 14 van de arbeidsovereenkomst, waarin de standaard cao op een directeur van toepassing wordt verklaard terwijl die directeur niet onder het bereik van de cao valt, is volgens Driezorg nietig.

4.10. Het hof stelt voorop dat de van toepassing zijnde cao ten tijde van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet algemeen verbindend was verklaard. Evenmin is gesteld of gebleken dat partijen op andere wijze dan neergelegd in artikel 14 van de arbeidsovereenkomst aan de cao zijn gebonden.

In dit geval is daardoor sprake van een situatie waarin twee partijen – Berkumstede en de werknemer – in hun arbeidsovereenkomst zijn overeengekomen de bepalingen in een niet algemeen verbindend verklaarde cao in hun rechtsverhouding te laten gelden. De werknemer stelt dat partijen daarmee tevens zijn overeengekomen dat van de definitiebepaling in artikel 1.1 sub 18 van de cao werd afgeweken. Dat is in een contractuele rechtsverhouding op zichzelf toegestaan.

De werknemer heeft bewijs van de door Driezorg betwiste afspraak aangeboden. Alvorens te beslissen of de werknemer tot het leveren van bewijs zal worden toegelaten, zal het hof uit doelmatigheidsoverwegingen eerst de overige (in eerste aanleg gevoerde en in hoger beroep gehandhaafde) verweren van Driezorg bespreken.

#### *Voorwaarden wachtgeldregeling in cao: wijze en grond van beëindiging*

4.11. Driezorg heeft aangevoerd dat, als de wachtgeldregeling in de cao op de arbeidsverhouding met de werknemer van toepassing is, de werknemer niet aan de voorwaarden voldoet waaronder aanspraak op wachtgeld kan worden gemaakt. Ten eerste zijn partijen minnelijk overeengekomen de arbeidsovereenkomst te beëindigen en ten tweede is de arbeidsovereenkomst ontbonden wegens een verstoorde arbeidsverhouding. Met deze wijze en grond van beëindiging van de ar-

beidsovereenkomst is volgens Driezorg niet aan de vereisten neergelegd in artikel 9.7.1 sub a en b van de cao voldaan.

4.12. Het hof stelt vast dat in de minnelijke regeling neergelegd in het proces-verbaal niet is opgenomen dat de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden en op welke grond. Partijen zijn overeengekomen de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de rechter te laten uitspreken waarmee partijen (onder meer) hebben beoogd het maximum voor de ontbindingsvergoeding in de Wet Normering Topinkomens ter zijde te stellen.

De kantonrechter heeft in de beschikking over de ontbindingsgrond een zelfstandig oordeel gegeven en daarbij overwogen dat Berkumstede voornemens is per 1 januari 2013 te fuseren met Driezorg, de functie van de werknemer daardoor komt te vervallen en dat het managementteam en de Raad van Toezicht het vertrouwen in de werknemer als toekomstig bestuurder in de nieuwe gefuseerde onderneming hebben verloren. De kantonrechter heeft daaraan toegevoegd dat deze gewijzigde omstandigheden in de risicosfeer van Berkumstede liggen.

Dit leidt naar het oordeel van het hof ertoe dat de arbeidsovereenkomst door een rechterlijke uitspraak is geëindigd, waarmee is voldaan aan artikel 9.7.1 sub a van de cao. Voorts is de grond van de beëindiging de (voorgenomen) fusie per 1 januari 2014 waarmee aan de voorwaarde onder artikel 9.7.1 sub b. van de cao is voldaan. Dit verweer van Driezorg faalt.

#### *Hoogte wachtgeld*

4.13. Ter zitting in hoger beroep heeft de werknemer het gevorderde bedrag aan wachtgeld verminderd tot het bedrag van € 134.687,09. De werknemer heeft toegelicht dat hij in zijn berekening uitgaat van 38 maanden inclusief vakantiegeld en eindejaarsuitkering. Dat leidt tot een totaalbedrag van € 250.788,35 bruto. Hierop is de WW-uitkering van € 116.101,26 in mindering gebracht, zodat het in hoger beroep gevorderde bedrag van € 134.687,09 resteert.

4.14. Driezorg heeft er terecht op gewezen dat in artikel 9.8.1 de duur van het wachtgeld wordt bepaald aan de hand van de duur van het dienstverband, waarbij de maximale termijn is gekoppeld aan de duur van de WW-uitkering. De duur van het wachtgeld is drie maanden plus drie maanden voor elk vol jaar dat de werknemer in dienst is

geweest van de werkgever. Tussen partijen is niet in geschil dat op basis van die maatstaf de werknemer aanspraak kan maken op maximaal 33 maanden wachtgeld. Die termijn is korter dan de duur van de WW-uitkering, zodat voor de berekening van het bedrag aan wachtgeld van 33 maanden dient te worden uitgegaan.

4.15. Driezorg heeft voorts aangevoerd dat de aan de werknemer uitgekeerde ontbindingsvergoeding inkomsten uit arbeid is, waarmee op grond van artikel 9.12 van de cao voor het bepalen van de hoogte van het wachtgeld rekening dient te worden gehouden. Volgens Driezorg leidt dat er in dit geval toe dat alsdan geen bedrag aan (aanvullend) wachtgeld resteert.

Gesteld noch gebleken is dat de wachtgeldaanspraken bij het totstandkomen van de arbeidsovereenkomst is besproken. Dit leidt ertoe dat voor het beantwoorden van de vraag of de aan de werknemer toegekende ontbindingsvergoeding bij de berekening van het (aanvullend) wachtgeld moet worden betrokken de relevante cao-bepaling moet worden uitgelegd. Volgens vaste rechtspraak geldt voor de uitleg van een bepaling van een cao de zogeheten cao-norm. Deze houdt in dat aan een bepaling van een cao een uitleg naar objectieve maatstaven moet worden gegeven, waarbij in beginsel de bewoordingen van die bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van de cao, van doorslaggevende betekenis zijn, zodat het niet aankomt op de bedoelingen van de partijen die de cao tot stand hebben gebracht, voor zover deze niet uit de daarin opgenomen bepalingen kenbaar zijn, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de cao is gesteld. Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de cao gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden. (ECLI:NL:HR:2016:2687).

Volgens de bewoordingen van artikel 9.12.1 van de cao wordt op het wachtgeld in mindering gebracht de inkomsten uit arbeid of uit eigen bedrijf met ingang van of na de dag waarop het wachtgeld is ingegaan. De ontbindingsvergoeding ex artikel 7:685 lid 1 juncto lid 8 BW (oud) is op zichzelf geen inkomsten uit arbeid, maar een billijke vergoeding voor (de gevolgen van) het beëindigen van het dienstband. In die billijke vergoeding zijn allerlei elementen verdisconteerd, waarvan de verminderde inkomsten na ontslag

een van de omstandigheden is. In de tekst van de cao is niet expliciet opgenomen dat die ontbindingsvergoeding geheel of gedeeltelijk op het wachtgeld in mindering moet worden gebracht. Driezorg heeft ook geen concrete feiten en omstandigheden gesteld waaruit kan worden afgeleid dat uit de toelichting bij die cao blijkt dat is beoogd dat de ontbindingsvergoeding als inkomsten uit arbeid heeft te gelden en daardoor op het wachtgeld in mindering moet worden gebracht. Tot slot weegt het hof mee dat in de praktijk bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding ex artikel 7:685 lid 8 BW (oud) juist rekening werd gehouden of een werknemer al dan niet aanspraak kon maken op wachtgeld en als dan enig bedrag aan ontbindingsvergoeding werd toegekend die vergoeding niet in mindering strekte op het (eventuele) wachtgeld. Dit leidt ertoe dat de uitleg van de cao bepaling geen steun biedt voor de stelling van Driezorg. Dit alles leidt ertoe dat ook dit verweer van Driezorg faalt.

#### *Wet Normering Topinkomens*

4.16. Driezorg voert verder aan dat (de uitvoering van) artikel 14 van de arbeidsovereenkomst, voor zover daarin de wachtgeldregeling in de cao van toepassing wordt verklaard, strijdig is met de op 1 januari 2013 in werking getreden Wet Normering Topinkomens (WNT).

4.17. Het hof stelt voorop dat in artikel 2.10 lid 1 WNT kort gezegd is opgenomen dat uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband tot ten hoogste € 75.000,= kunnen worden overeengekomen. Ingevolge artikel 1.1 sub i WNT wordt onder “uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband” verstaan de som van uitkeringen bij beëindiging van het dienstverband en beloningen betaalbaar op termijn die betrekking hebben op de beëindiging van het dienstverband. Aan deze definitie is nog een uitzondering toegevoegd die in dit geval niet van toepassing is, omdat de werknemer niet een direct beroep doet op een cao, maar op een bepaling in een arbeidsovereenkomst waarin een regeling in een cao van overeenkomstige toepassing wordt verklaard.

In de overgangs- en slotbepalingen is in artikel 7.3 lid 6 WNT bepaald dat in het geval een beding is overeengekomen voorafgaand aan de inwerking-treding van de WNT het beding voor ten hoogste vier jaar na inwerking van deze wet is toegestaan.

4.18. Het hof stelt voorop dat tussen partijen niet in geschil is dat Driezorg een verantwoordelijke in de zin van artikel 1.1 sub a WNT en de werknemer een topfunctionaris in de zin van artikel 1.1 sub b WNT is. Voorts is wachtgeld een bedrag in termijnen ter aanvulling op een uitkering na beëindiging van het dienstverband. De kantonrechter heeft al een ontbindingsvergoeding van € 150.000,= toegekend. Het wachtgeld is – naast de ontbindingsvergoeding – een uitkering wegens beëindiging van het dienstverband, zodat bij betaling van ook het wachtgeld het maximum van € 75.000,= in artikel 2.10 WNT (ver) wordt overschreven.

Veronderstellenderwijs aangenomen dat de werknemer op grond van artikel 14 van de arbeidsovereenkomst aanspraak kan maken op het wachtgeld in de cao is die contractuele afspraak voorafgaand aan de inwerking-treding van de WNT gemaakt. Op grond van artikel 7.3 lid 6 WNT behoudt dat beding zijn geldigheid tot uiterlijk 1 januari 2017. Het wachtgeld waarop de werknemer aanspraak maakt eindigt evenwel in september 2016, zijnde 33 maanden na 1 januari 2014. Hierdoor staat in dit geval de WNT aan toepassing van de wachtgeldregeling in de cao overeenkomstig artikel 14 van de arbeidsovereenkomst niet in de weg en is (de uitvoering van) die bepaling daardoor ook niet wegens strijd met de WNT nietig.

Voorts heeft Driezorg nog een beroep gedaan op artikel 4 lid 1 Uitvoeringsregels WNT. Dit beroep faalt. Die bepaling in een ministeriële regeling zet artikel 7.3 lid 6 WNT niet opzij, zodat die uitvoeringsregels met inachtneming van 7.3 lid 6 WNT moeten worden uitgelegd.

Dit betekent dat ook dit verweer van Driezorg niet slaagt.

#### *Finale kwijting*

4.19. De kantonrechter heeft in het tussenvonniss geoordeeld dat partijen bij de afspraak over de beëindiging van het dienstverband geen finale kwijting zijn overeengekomen. In het voorwaardelijk incidenteel appel komt Driezorg tegen deze beslissing op.

4.20. Tussen partijen is niet in geschil dat de afspraken over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst zijn gemaakt tijdens de schorsing van de mondelinge behandeling ten overstaan van de kantonrechter van het verzoek van Berkumstede tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met

de werknemer. Na die schorsing zijn de afspraken (deels) vastgelegd in het proces-verbaal. Partijen verschillen van mening of zij toen finale kwijting zijn overeengekomen. Als finale kwijting is overeengekomen staat dat aan het beroep van de werknemer op de wachtgeldregeling in de weg.

4.21. Voor het beantwoorden van de vraag of partijen finale kwijting zijn overeengekomen, heeft het hof de overeenkomst tussen partijen, zoals neergelegd in het proces-verbaal, uit te leggen. Daarbij komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de schriftelijke bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van partijen kan worden verwacht. Ook komt betekenis toe aan de context van de desbetreffende bepaling, de totstandkomingsgeschiedenis ervan, de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van de ene of andere uitleg, de aard van de overeenkomst, en de gedragingen van partijen na het sluiten van de overeenkomst.

4.22. Nu Driezorg zich erop beroept dat finale kwijting is overeengekomen rust de bewijslast op Driezorg. De kantonrechter heeft dat terecht aangenomen en is in hoger beroep ook niet in geschil. Driezorg heeft in eerste aanleg drie getuigen laten horen, te weten C (voormalig lid Raad van Toezicht Berkumstede), B (voormalig voorzitter Raad van Toezicht Berkumstede) en mr. D (toenmalige advocaat van Driezorg). In de contra-enquête zijn de werknemer en zijn toenmalige advocaat mr. L.W. Houten gehoord.

Uit de getuigenverklaringen blijkt dat de onderhandelingen tijdens de schorsing van de mondelinge behandeling als volgt zijn verlopen. Partijen hebben eerst afzonderlijk met hun advocaat gesproken. Vervolgens hebben de advocaten buiten gehoorafstand van hun cliënten onderhandeld, waarna zij de uitkomst aan hun cliënten hebben gemeld. Na de hervatting van de zitting is de tussen de advocaten bereikte overeenstemming in het proces-verbaal neergelegd.

In de tekst van het proces-verbaal is niet opgenomen dat partijen na uitvoering van de overeenkomst elkaar over en weer finale kwijting verleenden. Voorts blijkt uit de getuigenverklaringen dat partijen tijdens de onderhandelingen niet met elkaar hebben gesproken over een (mogelijk) aan de werknemer toekomend wachtgeld.

Uit de getuigenverklaringen van C en B blijkt dat zij aan het einde van de onderhandelingen aan hun advocaat D hebben verteld dat – in de bewoordingen van C – “dit is wat het is, we sluiten het dossier en we zijn overal vanaf” en dat Berkumstede/Driezorg “met de gemaakte afspraken volledig hebben afgerekend”. B heeft in lijn daarmee verklaard “(...) op enig moment is tegen mevrouw D gezegd: ‘Dit moet het dan zijn, hiermee zijn wij overal vanaf, er moet een streep onder gezet worden en er zijn geen andere aanspraken van de werknemer meer.’” D heeft vervolgens bevestigd dat C en B haar hebben gezegd dat met de ontbindingsvergoeding van € 150.000,- “het daarmee wel klaar moest zijn”. D heeft voorts verklaard dat zij tegen mr. Houten, de advocaat van de werknemer, heeft gezegd “dat er finale kwijting over en weer diende te worden verleend. (...) Houten is daarmee akkoord gegaan, want anders hadden wij geen volledige overeenstemming bereikt.” D heeft daar vervolgens aan toegevoegd: “Ik kan mij niet herinneren of in de zittingszaal tegen de kantonrechter is gezegd dat finale kwijting is afgesproken.”

In de contra-enquête is mr. Houten als getuige gehoord. Mr. Houten verklaart dat “het woord finale kwijting is niet gevallen.” Hij heeft daaraan toegevoegd: “Indien mevrouw D het woord finale kwijting of woorden van gelijke strekking in de mond had genomen, dan had ik die wachtgelddanspraak met haar besproken. Dat was nu echter niet nodig.” De werknemer heeft als getuige in lijn daarmee verklaard “het woord finale kwijting is tijdens de onderhandelingen niet door hem [hof: Houten] gebezigd. Na afloop van de zitting was Houten is zijn nopjes, omdat er geen finale kwijting was afgesproken en ik dus een wachtgeldclaim kon indienen.”

Uit deze getuigenverklaringen blijkt dat de onderhandelingen zijn gevoerd tussen de advocaten van beide partijen en dat mr. Houten ontkent dat mr. D tegenover hem heeft verklaard dat de gemaakte afspraken ter finale kwijting waren. Uit de verklaringen van mr. Houten en de werknemer blijkt dat zij daarop gespitst waren omdat zij anders de wachtgeldclaim in de onderhandelingen hadden gebracht hetgeen zij nu vanwege het ontbreken van een finale kwijting achterwege hebben gelaten. Voorts is niet gebleken dat na de schorsing tegenover de kantonrechter is verklaard dat de gemaakte afspraken ter finale kwijting waren en



is, zoals gemeld, daarover ook geen passage in het proces-verbaal opgenomen.

Hoewel het op zichzelf gebruikelijk is bij een overeenkomst, waarin de beëindiging van een rechtsrelatie tussen partijen wordt geregeld, een finale kwijting overeen te komen teneinde een algehele regeling te treffen en toekomstige geschillen te voorkomen, brengt deze gebruikelijke gang van zaken op zichzelf niet mee dat partijen finale kwijting zijn overeengekomen. De enkele verklaring van mr. D dat zij met mr. Houten over finale kwijting heeft gesproken en volgens haar is overeengekomen, biedt gelet op de gemotiveerde weerspreking onvoldoende bewijs. Onder deze omstandigheden heeft de kantonrechter terecht aangenomen dat Driezorg in de bewijsopdracht niet is geslaagd. De grief in het voorwaardelijk incidenteel appel faalt.

#### *Beperkende werking redelijkheid en billijkheid*

4.23. Voor de beantwoording van de vraag of het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de werknemer zich op de wachtgeldregeling beroept, stelt het hof het navolgende voorop. Indien de rechter in de ontbindingsprocedure – zonder bekend te zijn met een tussen partijen overeengekomen afvloeiingsregeling – een vergoeding naar billijkheid heeft toegekend, dient de rechter die in een latere procedure heeft te oordelen over de vordering tot nakoming van die afvloeiingsregeling, de toegekende ontbindingsvergoeding in zijn beschouwingen te betrekken, indien het debat van partijen daartoe aanleiding geeft. Uitgangspunt daarbij is dat de afvloeiingsregeling moet worden nagekomen. Indien de werkgever zich op het standpunt stelt dat in verband met de toegekende ontbindingsvergoeding nakoming van de afvloeiingsregeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, dient de rechter op grond van zijn uitleg van de overeenkomst vast te stellen of partijen bij het aangaan daarvan rekening hebben gehouden met de mogelijkheid dat naast een afvloeiingsregeling door de rechter een ontbindingsvergoeding wordt vastgesteld. Indien dat het geval is, zal in het algemeen geen sprake zijn van onaanvaardbaarheid in de zin van artikel 6:248 lid 2 BW. Indien dat niet het geval is, kan daarvan sprake zijn, maar in verband met de terughoudendheid die bij de toepassing van deze maatstaf geboden is, slechts bij hoge uitzondering (vgl. HR

2 april 2004, NJ 2006, 212 en HR 25 juni 2004, NJ 2006, 213).

4.24. In dit geval is niet gesteld of gebleken dat partijen bij het totstandkomen van de arbeidsovereenkomst in 2006 rekening hebben gehouden met de mogelijkheid dat naast de wachtgeldregeling door de rechter een ontbindingsvergoeding wordt vastgesteld. Hierdoor kan er sprake van zijn dat het beroep op de wachtgeldregeling in strijd is met artikel 6:248 lid 2 BW.

4.25. Het hof stelt verder voorop dat naar het ten tijde van de beschikking, waarbij de arbeidsovereenkomst met de werknemer werd ontbonden, geldende recht de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:685 lid 1 juncto lid 8 BW (oud) op verzoek van de werkgever wegens veranderingen in de omstandigheden kon worden ontbonden onder toekenning van een billijke vergoeding aan de werknemer. Volgens vaste rechtspraak diende in de hoogte van de billijke vergoeding het resultaat van de rechterlijke toetsing aan de eisen van redelijkheid en billijkheid in beginsel ten volle tot uitdrukking te komen, waarbij acht werd geslagen op de omstandigheden van het geval, zodat het gewenst was dat de rechter bij het vaststellen van de door hem toe te kennen vergoeding alle voor zijn billijkheidsoordeel relevante factoren meewoog (vgl. ECLI:NL:HR:2000:AA9053).

Eén van de relevante factoren was de voor de werknemer financiële gevolgen van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Deze financiële gevolgen werden voor de werknemer beperkt indien die werknemer aanspraak kon maken op een in een cao of anderszins neergelegde (bovenwettelijke) wachtgeldregeling. Op het moment dat de (kanton)rechter de billijke vergoeding vaststelde was nog niet duidelijk of de werknemer op dat wachtgeld aanspraak ging maken, zo ja of de werknemer alsdan aan de voorwaarden voor het toekennen van wachtgeld voldeed en hoe lang het wachtgeld zou worden uitgekeerd. Dit leidde er in de praktijk veelal toe dat de (kanton)rechter bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst twee billijke vergoedingen vaststelde, te weten een billijke vergoeding waarin de aanspraak op wachtgeld was verdisconteerd en waarbij de werknemer daarnaast geen aanspraak meer op wachtgeld kon maken en een (lagere) billijke vergoeding waarin bij de hoogte van het bedrag rekening werd gehouden dat de werknemer naast die billijke vergoeding ook nog aanspraak kon maken op wachtgeld. Vervolgens had de werknemer een keuze uit

beide mogelijkheden te maken. Een dergelijk geval is onder meer kenbaar uit het arrest ECLI:NL:HR:2017:1135.

4.26. Uit de getuigenverklaringen leidt het hof af, dat partijen ten overstaan van de kantonrechter een ontbindingsvergoeding van € 150.000,= bruto zijn overeengekomen. Gelet op de motivering in de beschikking tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst heeft de kantonrechter zich kennelijk met dat bedrag kunnen verenigen. Uit de beschikking blijkt niet dat partijen de kantonrechter hebben voorghouden dat de werknemer aanspraak kan maken op wachtgeld, zodat de kantonrechter dat element ook niet heeft meegewogen in de beoordeling van het bedrag. Voorts leidt het hof uit met name de getuigenverklaringen van C en B af dat Berkumstede zich ten tijde van de onderhandelingen over de ontbindingsvergoeding zich niet bewust is geweest van de (mogelijke) aanspraak van de werknemer op wachtgeld, zodat ook Berkumstede dat element niet heeft meegewogen in haar beslissing met dat bedrag aan ontbindingsvergoeding van € 150.000,= in te stemmen. Uit de getuigenverklaringen volgt veeleer dat Berkumstede ervan uitging dat met de afspraken die met de werknemer waren gemaakt, waaronder de hoogte van de ontbindingsvergoeding, er geen verdere (financiële) aanspraken – en dus ook geen aanspraak op wachtgeld – van de werknemer meer waren. Uit met name de getuigenverklaring van de werknemer blijkt dat de werknemer en zijn advocaat mr. Houten zich tijdens de onderhandelingen met Berkumstede ervan bewust waren dat er een gerede kans bestond dat Berkumstede zich de wachtgeldaanspraak niet realiseerde. Zij hebben de aanspraak die de werknemer op wachtgeld wilde maken bewust niet – bij Berkumstede en/of de kantonrechter – ter sprake gebracht. De omstandigheid dat van Berkumstede als werkgever mag worden verwacht dat zij wist van een (mogelijke) aanspraak van de werknemer op het wachtgeld weegt weliswaar mee maar neemt dit aan de werknemer te maken verwijt van bewust zwijgen niet weg.

Ten tijde dat de arbeidsovereenkomst met de werknemer werd ontbonden en partijen over de hoogte van de ontbindingsvergoeding onderhandelden, was de WNT reeds in werking getreden. Het was partijen toen bekend dat zij op minnelijke wijze geen hogere beëindigingsvergoeding dan € 75.000,= bruto konden overeenkomen. In de onderhandelingen is Berkumstede de werknemer

vergaand tegemoet gekomen door in te stemmen met het dubbele bedrag aan ontbindingsvergoeding dat zij aanvankelijk had aangeboden en dit bedrag van € 150.000,= door de kantonrechter te laten vaststellen waardoor de begrenzing in de WNT niet gold. De kantonrechter achtte dat bedrag een billijke vergoeding zonder dat de kantonrechter er mee bekend was dat de werknemer daarboven op nog aanspraak zou maken op wachtgeld dat volgens de eigen berekening van de werknemer circa € 135.000,= bedraagt. Daarmee is de totale vergoeding (ontbindingsvergoeding en wachtgeld) in het kader van de beëindiging van het dienstverband bijna 300% boven het in de WNT opgenomen maximum. Het hof weegt voorts mee dat de werknemer geen concrete feiten en omstandigheden heeft gesteld op grond waarvan kan worden aangenomen dat naar de toen geldende opvattingen – waaronder de gewijzigde opvattingen zoals die zijn neergelegd in de WNT – de ontbindingsvergoeding van € 150.000,= met een aanspraak op wachtgeld een billijke vergoeding ex artikel 7:685 lid 8 BW is. Weliswaar heeft de werknemer gewezen op de door Driezorg betaalde vergoeding aan Rave, maar Driezorg heeft gemotiveerd toegelicht dat Rave een dienstverband had van 30 jaar en geen aanspraak op wachtgeld had, zodat de situatie van Rave niet gelijk (waardig) is aan die van de werknemer. De door de werknemer gestelde omstandigheid dat hij tot volle tevredenheid functioneerde, wat daar gelet op de betwisting door Driezorg verder ook van zij, en de mogelijke tekortkomingen van Berkumstede met betrekking tot de re-integratie zijn in ieder geval ook onvoldoende om te rechtvaardigen dat de ontbindingsvergoeding van € 150.000,= met een aanspraak op wachtgeld van circa € 130.000,= in zijn geval een billijke vergoeding is. Uit de motivering van de kantonrechter bij de hoogte van de ontbindingsvergoeding blijkt dat de kantonrechter heeft meegewogen de leeftijd van de werknemer en zijn geringe kansen op de arbeidsmarkt en het verlies aan inkomen dat daardoor het gevolg zou zijn. In dat opzicht heeft de ontbindingsvergoeding ook een element van suppletie van het verlies aan inkomen, hetgeen ook het karakter van wachtgeld is.

Onder deze omstandigheden is het naar het oordeel van het hof onaanvaardbaar dat de werknemer zijn in de onderhandelingen met Berkumstede opzettelijk verzwegen aanspraak op wachtgeld

thans geldend maakt. Dit betekent dat dit verweer van Driezorg slaagt.

### 5. Slotsom

5.1. In het kader van de devolutieve werking van het hoger beroep slaagt het verweer van Driezorg dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de werknemer zich beroept op de door hem gestelde contractuele aanspraak op wachtgeld. Hierdoor behoeft niet nader onderzoek te worden gedaan of partijen bij het totstandkomen van de arbeidsovereenkomst zijn afgeweken van de definitie van werknemer in de cao. Het hof komt daardoor aan een verdere beoordeling van de grieven 1 t/m 6 van het principaal appel niet toe.

De grieven 7, 8 en 9 in het principaal appel zijn nodeloos ingesteld doordat met die grieven slechts de te beantwoorden vragen worden betreden die de kantonrechter (terecht) uit het verweer van Driezorg had afgeleid. Aan het beantwoorden van die vragen kwam het hof niet toe doordat de vordering van de werknemer door de kantonrechter op een andere grond werd afgewezen.

5.2. Het hof zal onder verbetering van gronden de bestreden vonnissen bekrachtigen. De werknemer wordt als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten in het principaal appel veroordeeld, waarbij het salaris wordt vastgesteld op 3 punten, tarief V.

5.3. Het voorwaardelijk incidenteel appel is nodeloos ingesteld. Een proceskostenveroordeling blijft daardoor achterwege.

### De beslissing

Het hof, rechtdoende in hoger beroep: bekrachtigt onder verbetering van gronden het tussenvonnissen en het eindvonnis, veroordeelt de werknemer in de kosten van het principaal appel in hoger beroep tot aan deze uitspraak vastgesteld op € 5.213,= voor verschotten en op € 9.483,= voor salaris van de advocaat overeenkomstig het liquidatietarief, verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

### NOOT

Deze uitspraak illustreert duidelijk wat de gevolgen kunnen zijn indien een werknemer een mogelijke aanspraak op een wachtgeldregeling ver-

zwijgt tijdens de onderhandelingen over een vergoeding. Volgens het Hof Arnhem-Leeuwarden zal in dat geval een beroep op wachtgeld naast een afgesproken vergoeding onaanvaardbaar zijn in de zin van art. 6:248 lid 2 BW. Het belang van deze uitspraak moet niet worden onderschat: in de praktijk komt het regelmatig voor dat werknemers en hun gemachtigden tijdens de ontbindingsprocedure een aanspraak op wachtgeld bewust verzwijgen (zie bijv. recentelijk Hof Arnhem-Leeuwarden 13 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9842). De onderhavige uitspraak onderstreept tevens het belang om bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst duidelijke afspraken te maken over finale kwijting, ook indien de afspraken tijdens de ontbindingsprocedure tot stand komen.

Deze zaak speelt in het pré-Wwz tijdperk: de hoogte van de ontbindingsvergoeding werd in die tijd naar billijkheid berekend op grond van art. 7:685 lid 8 BW en mede bepaald door de mogelijke aanspraak op wachtgeld. Omdat niet altijd vooraf duidelijk was of, en zo ja, voor hoe lang een werknemer aanspraak zou kunnen maken op wachtgeld, werd er door (kanton)rechters ook wel voor gekozen om twee vergoedingen naar billijkheid vast te stellen, i.e. (a) een (hogere) vergoeding waarin de aanspraak op wachtgeld was verdisconteerd en waarbij de werknemer dus geen aanspraak meer zou kunnen maken op wachtgeld en (b) een (lagere) vergoeding voor het geval naast de vergoeding ook nog een zelfstandige aanspraak op wachtgeld te gelde zou kunnen worden gemaakt (zie hiervoor ook HR 23 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1135). De gezichtspunten van de onderhavige uitspraak blijven echter onverminderd van belang in het Wwz-tijdperk. Wat de onderhavige casus en overwegingen van het hof in dit geval bijzonder maken is dat (i) niet duidelijk was of er een finale kwijting was overeengekomen als onderdeel van de in de ontbindingsprocedure tot stand gekomen schikking en dat (ii) de onderzoeksplicht van de werkgever ten aanzien van het bestaan van mogelijke aanspraken op een wachtgeldregeling door het hof sterk wordt gerelativeerd en kennelijk niet opweegt tegen de mededelingsplicht van de betrokken directeur (r.o. 4.26).

Hoewel de uiteindelijke beslissing ten aanzien van de onaanvaardbaarheid van het beroep op wachtgeld ex art. 6:248 lid 2 BW mijns inziens gerechtvaardigd is, besteedt het hof in zijn over-

wegingen naar mijn mening ten onrechte geen wezenlijke aandacht aan de onderzoeksplicht die van een werkgever in dergelijke gevallen mag worden verwacht ten aanzien van de mogelijke aanspraken op een wachtgeldregeling (afgezien van slechts een enkele overweging in r.o. 4.26). Hier zou een uitvoerigere motivering van het hof op zijn plaats zijn geweest. Daarbij ligt voor de hand dat het belang van de mededelingsplicht van de betrokken directeur zorgvuldig wordt afgezet tegen de onderzoeksplicht van de werkgever. Dat klemt in dit geval te meer vanwege de toepasselijkheid van de WNT: zorgvuldigheid was voor de werkgever, als WNT-plichtige zorginstelling, absoluut geboden. Aangezien de vergoeding die was overeengekomen als onderdeel van de schikking tijdens de ontbindingsprocedure maar liefst het dubbele (€ 150.000) bedroeg van het WNT-maximum (€ 75.000) mag van een werkgever die verantwoordelijk is voor de naleving van de WNT (zie hiervoor ook art. 1.1 sub a WNT) worden verwacht dat hij onderzoek doet naar een mogelijke aanspraak op wachtgeld. Juist tegen deze achtergrond is onbegrijpelijk dat de werkgever tijdens de ontbindingsprocedure niet ondubbelzinnig en schriftelijk heeft laten vastleggen in het proces-verbaal van de schikking dat finale kwijting was afgesproken. Immers, indien een allesomvattende regeling met finale kwijting was overeengekomen, dan zou geen sprake meer kunnen zijn van een gerechtvaardigde verwachting bij de betrokken directeur dat naast de afgesproken vergoeding ook nog aanspraak zou kunnen worden gemaakt op de wachtgeldregeling (zie hiervoor ook de eerder reeds aangehaalde uitspraak ECLI:NL:GHARL:2018:9842, waarin het Hof Arnhem-Leeuwarden ten favore van de werkgever besliste vanwege de finale kwijting. De werkgever had in die zaak redelijkerwijs mogen vertrouwen op het alomvattende karakter van de vertrekregeling). Toch is de onderhavige uitspraak wel te billijken in het licht van de bestaande jurisprudentie. Volgens de Hoge Raad is de beoordelingsmaatstaf of partijen ten tijde van de totstandkoming van de afspraak over de vergoeding daarmee (a) een regeling hebben willen treffen waarin ook de mogelijkheid van wachtgeld was verdisconteerd dan wel (b) een regeling waar de aanspraak op wachtgeld nog steeds zelfstandig naast de vergoeding bleef bestaan (HR 28 maart 1997, «JAR» 1997/174). Kort en goed: het komt aan op de be-

tekenis die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de afspraak over de vergoeding mochten toekennen en wat zij redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (zie voor een beschouwing over de toepassing van deze maatstaf van de Hoge Raad bijv.:

L.B. de Graaf & W.A. Zondag, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, 2019, 70, art. 6:228 BW, C.4, p. 1651).

Vaststaat dat de werkgever bij de indiening van het ontbindingsverzoek ex art. 7:685 BW (oud) slechts een bedrag van € 75.000 (conform het WNT-maximum) had aangeboden en pas in de onderhandelingen tijdens de ontbindingsprocedure had ingestemd met het dubbele van dit bedrag, wat resulteerde in een door de rechter vastgestelde ontbindingsvergoeding van € 150.000 (deze overschrijding van het WNT-maximum is toegestaan: op grond van art. 1.6 lid 2 WNT valt een vergoeding immers buiten de reikwijdte van het maximum indien de vergoeding door de rechter wordt toegekend). Onder deze omstandigheden valt niet in te zien op basis waarvan de directeur redelijkerwijs had mogen aannemen dat hij naast deze vergoeding een zelfstandige aanspraak zou kunnen behouden op de wachtgeldregeling.

Tot slot zou ik aan bovenstaande overwegingen willen toevoegen dat de toepasselijkheid van de WNT ook aan de directeur mag worden tegengeworpen: evenals van een WNT-plichtige instelling mag ook van een directeur die voor toepassing van de WNT als topfunctionaris is aangemerkt worden verwacht dat hij zich in beginsel conformeert aan een volledige naleving van de WNT. Het opzettelijk verzwijgen van een (mogelijke) aanspraak op wachtgeld (circa € 135.000) die tezamen met de toegekende vergoeding (€ 150.000) leidt tot een (in dit geval) overschrijding van bijna 300% van het WNT-maximum mag deze directeur daarom wel worden aangerekend.

mr. A.M. Helstone  
advocaat en partner bij Stibbe