

De billijke vergoeding onder de Wet werk en zekerheid

Auteurs: Joanne Cijntje, Mark Kooger, Bas Rijnbeek, Mariska van Zandijk

Na de introductie van de Wet werk en zekerheid (hierna: 'Wwz') is een veelgehoorde vraag binnen de arbeidsrechtpraktijk wanneer, in het kader van beëindiging van de arbeidsovereenkomst, een additionele billijke vergoeding (hierna: 'billijke vergoeding') moet worden toegekend. Aan deze vraag wordt in deze bijdrage aandacht besteed middels een bespreking van de meest relevante jurisprudentie. Dit artikel is tot stand gekomen door een samenwerking tussen de vier bovengenoemde studenten van de studie HBO-rechten aan Hogeschool Leiden. Alle vier hebben zij hun afstudeerscriptie dit voorjaar (voor verschillende opdrachtgevers) geschreven over de billijke vergoeding. Onder begeleiding van docent Arbeidsrecht mr. V.A. (Vincent) Jongste hebben zij nadien hun bevindingen gedeeld; hetgeen heeft geresulteerd in deze publicatie.

1 Aanleiding

Het ontslagrecht is door de gefaseerde inwerkingtreding van de Wwz in 2015 en 2016 drastisch gewijzigd. Zo ook het vergoedingstelsel. Onder het nieuwe ontslagstelsel kan naast een vaste transitievergoeding ook een billijke vergoeding worden verstrekt aan de werknemer. Die billijke vergoeding kan toegekend worden indien de werkgever of de werknemer verzoekt de arbeidsovereenkomst te ontbinden (respectievelijk art. 7:671b BW en art. 7:671c BW), maar ook indien de arbeidsovereenkomst eindigt van rechtswege (artikel 7:673 lid 9 BW), als sprake is van een vernietigbare opzegging (artikel 7:681 BW) of indien sprake is van opzegging door de werkgever na toestemming van het UWV (artikel 7:682 BW).

Voor toekenning van de billijke vergoeding is steeds vereist dat de arbeidsovereenkomst ten gevolge van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever ten einde is gekomen. De Wwz verschaft echter weinig duidelijkheid over de vragen wanneer er dan een grond bestaat voor toekenning van een billijke vergoeding en hoe de hoogte daarvan wordt berekend. In dit onderzoek zullen dan ook, op basis van jurisprudentie, de belangrijkste gronden voor toekenning van een billijke vergoeding enerzijds en de overwegingen voor het berekenen van de hoogte ervan anderzijds worden besproken. Ter introductie zal daaraan voorafgaand allereerst worden ingegaan op de motieven achter de billijke vergoeding en het stelsel van ontslagvergoedingen onder de Wwz).

2 Transitievergoeding versus billijke vergoeding

Een werknemer die geconfronteerd wordt met een einde van diens arbeidsovereenkomst heeft naast de hierna te bespreken eventuele billijke vergoeding, recht op een vaste vergoeding: de transitievergoeding.

Transitievergoeding

Als hoofdregel geldt dat de werkgever een transitievergoeding verschuldigd is aan de werknemer (wiens arbeidsovereenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd) indien de werkgever het initiatief neemt om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Dit volgt uit artikel 7:673 lid 1, sub a BW. Voor het berekenen van de hoogte van de transitievergoeding heeft de wetgever in artikel 7:673 lid 2 BW vaste berekeningsmaatstaven opgenomen. Over de motieven achter de transitievergoeding is de Memorie van Toelichting (hierna: 'MvT') duidelijk. Zij is *“enerzijds bedoeld als vergoeding voor de nadelen die verbonden zijn aan het ontslag”* en anderzijds *“om de werknemer met behulp van de hiermee gemoeide financiële middelen in staat te stellen de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken.”*¹

Billijke vergoeding

Naast de transitievergoeding kan aan de werknemer bij het einde van de arbeidsovereenkomst een billijke vergoeding worden toegekend. De billijke vergoeding is, volgens de wetgever, een additionele vergoeding aan de werknemer, die slechts in uitzonderlijke gevallen kan worden toegekend.² Of, zoals de Raad van State aangeeft: de billijke vergoeding is bedoeld voor *“duidelijke en uitzonderlijke gevallen van onrechtmatige gedragingen die te kwalificeren zijn als duidelijk strijdig met goed werkgeverschap.”*³ De billijke vergoeding wordt in verschillende Kamerstukken ook wel aangeduid als een muizengaatje.⁴ Deze suggestieve uitdrukking zegt veel over de (beperkte) reikwijdte die de wetgever aan de billijke vergoeding heeft willen toekennen.⁵

De billijke vergoeding moet de werknemer compenseren voor het ernstig verwijtbare handelen of nalaten van de werkgever.⁶ De compensatie van de werknemer middels de additionele billijke vergoeding dient er bovendien toe *“om dergelijk handelen van de werkgever te voorkomen.”*⁷ Bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding speelt dus niet alleen compensatie (voor geleden schade) een rol; 'preventie' en 'bestrafing' zijn volgens de wetsgeschiedenis ook twee belangrijke functies van de billijke vergoeding⁸, onverminderd de mogelijkheid van de rechter om bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding, mocht daar aanleiding toe zijn, rekening te houden met de financiële situatie van de werkgever.⁹

¹ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 38.

² Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 34.

³ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 4, p. 12-13 en 15.

⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 4, p. 12-13 en 15.

⁵ B. Schouten, 'Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten: over de omvang van een muizengaatje', Tijdschrift Arbeidsrecht Praktijk (TAP) 2014, p. 61.

⁶ Peters, 'Billijke vergoedingen hausse in 2016: ontaardt het door de wetgever geregisseerde strakke ballet in een losbandige lambada?', VAAN AR Updates 2016, p. 2.

⁷ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 32.

⁸ Peters, 'Billijke vergoedingen hausse in 2016: ontaardt het door de wetgever geregisseerde strakke ballet in een losbandige lambada?', VAAN AR Updates 2016, p. 2.

⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 34.

3 ‘Ernstige verwijtbaarheid’ en de hoogte van de billijke vergoeding

De aard van de billijke vergoeding is hiervoor geschetst. De vraag dringt zich vervolgens op: wanneer is er sprake van een ‘uitzonderlijke situatie’ die toekenning van een billijke vergoeding rechtvaardigt? Welke factoren bepalen nou óf een rechter overgaat tot toekenning van de vergoeding? En, hoe wordt de hoogte van de billijke vergoeding dan bepaald?

Ernstige verwijtbare werkgever

De wetgever heeft in de MvT niet heel veel woorden gewijd aan de definitie wat dan precies ‘ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever’ is. Voorbeelden die in de MvT naar voren komen zijn situaties waarin ‘een onwerkbaar situatie is ontstaan als gevolg van laakbaar gedrag van de werkgever’, ‘grove veronachtzaming van re-integratieverplichtingen’ en ‘discriminatie’.¹⁰

Hoogte van de billijke vergoeding

Ook over de wijze waarop de vergoeding dient te worden berekend geeft de wetshistorie niet heel veel concrete handvatten. Uit de MvT volgt dat de hoogte van de additionele billijke vergoeding in relatie moet staan tot het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.¹¹ Om die reden hebben rechters de mogelijkheid om de hoogte van de additionele billijke vergoeding te bepalen op een wijze die aansluit bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval. Dit betekent dat criteria als loon en lengte van het dienstverband (die vóór invoering van de Wwz onderdeel uitmaakten van de kantonrechtersformule) hierbij geen rol *hoeven* te spelen.¹² In elk geval kan, volgens de wetshistorie, in de billijke vergoeding niet tot uitdrukking komen of het ontslag redelijk is mede in het licht van de gevolgen van het ontslag voor de werknemer en de door de werkgever getroffen voorzieningen om deze gevolgen te ondervangen. Dit is namelijk reeds verdisconteerd in de transitievergoeding.¹³

4 Jurisprudentieanalyse: de billijke vergoeding in de rechtspraak

Op basis van het voorgaande is duidelijk geworden wat de billijke vergoeding inhoudt en welke overwegingen een rol moeten spelen bij het bepalen van de hoogte ervan. Juist gelet op het feit dat de wetgever gebruik heeft gemaakt van relatief open normen is er een belangrijke rol weggelegd voor de rechtspraak. In de MvT wordt ook letterlijk aangegeven dat het aan de rechtspraak is om de materie nader te verduidelijken.

Voor een antwoord op de vraag wanneer grond kan bestaan voor toekenning van een billijke vergoeding wordt hieronder de meest relevante jurisprudentie besproken. De analyse van de

¹⁰ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, 3 p. 34.

¹¹ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, 4, p. 61.

¹² Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 32-33.

¹³ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 33.

jurisprudentie heeft ertoe geleid dat de auteurs twee overkoepelende categorieën onderscheiden ter zake de vraag of al dan niet sprake is van een recht op een billijke vergoeding. Het gaat hierbij om ‘het ontbreken van goed werkgeverschap’ enerzijds en ‘het ontbreken van ernstige verwijtbaarheid zijdens de werkgever anderzijds’. Uit de jurisprudentieanalyse is niet alleen naar voren gekomen wanneer sprake is van ernstige verwijtbaarheid van de werkgever, maar ook wanneer hiervan *geen* sprake is. Hoewel de focus van dit artikel ligt op de vraag wanneer sprake is van ernstige verwijtbaarheid van de werkgever en welke omstandigheden bepalend zijn bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding, is het voor de arbeidsrechtpraktijk interessant een aantal relevante voorbeelden in deze categorie te benoemen.

I. Ontbreken goed werkgeverschap

De eerste categorie betreft ‘het ontbreken van goed werkgeverschap’, die weer kan worden onderverdeeld in vier (sub)categorieën. Zij hebben met elkaar gemeen dat volgens de rechtspraak sprake is van het ontbreken van goed werkgeverschap, hetgeen tot ernstige verwijtbaarheid leidt. Het gaat hierbij allereerst om ‘het veronachtzamen van de verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst’. Vervolgens komen aan de orde: ‘onterecht ingezette middelen door de werkgever’, de situatie waarin ‘de werkgever nalaat om de verstoorde arbeidsrelatie met de werknemer te herstellen’ en ten slotte de situatie waarin ‘de werkgever geen reële kans heeft geboden aan de werknemer om zijn functioneren te verbeteren’.

a) Veronachtzamen van verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst

Deze categorie doet zich in de jurisprudentie in verschillende hoedanigheden voor. Zo kan het niet nakomen door de werkgever van re-integratieverplichtingen bij ziekte leiden tot het oordeel dat sprake is van ernstige verwijtbaarheid. Hiervan was onder meer sprake in het geval dat de werkgever de arbeidsovereenkomst met de werknemer had beëindigd wegens ziekte van de werknemer zonder de bedrijfsarts in te schakelen, waarbij de werkgever de arbeidsongeschiktheid van de werknemer in twijfel trok.¹⁴ Het onterecht miskennen van de loon-/urenaanspraak van de werknemer door werkgever, terwijl hij deze had moeten respecteren, kan eenzelfde oordeel opleveren.¹⁵ Ook het feit dat sprake is van slechte arbeidsomstandigheden waardoor de werknemer arbeidsongeschikt is geraakt kan ernstig verwijtbaar handelen opleveren¹⁶, maar dit hoeft niet het geval te zijn.¹⁷

b) Onterecht ingezette middelen door de werkgever

Een volgende categorie betreft de rechtspraak ter zake het onterecht inzetten van bepaalde middelen door de werkgever. Dat kan - al dan niet in samenhang met andere feiten of omstandigheden - grond

¹⁴ Rb. 's-Hertogenbosch (ktr.) 22 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5552.

¹⁵ Rb. Amsterdam (ktr.) 15 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9244.

¹⁶ Rb. Rotterdam (ktr.) 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7677.

¹⁷ Rb. Amsterdam (ktr.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1048 en Rb. Almere (ktr.) 2 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8495.

opleveren voor het oordeel dat sprake is van ernstige verwijtbaarheid. Het gaat hierbij om demoties¹⁸, schorsingen¹⁹ - eventueel in combinatie met een loonstop²⁰ -, loonstoppen²¹ en non-actiestellingen.²² Werkgevers dienen derhalve niet te snel naar dergelijke middelen te grijpen, want als geoordeeld wordt dat zij onterecht zijn ingezet, is de kans op toekenning van een billijke vergoeding aan de werknemer reëel.

c) Werkgever laat na om de verstoorde relatie met de werknemer te herstellen

Ook de situatie dat de werkgever geen (of onvoldoende) inspanningen heeft verricht om de relatie met de werknemer te herstellen of om tot een oplossing te komen in geval van een conflict, kan ernstige verwijtbaarheid opleveren. Deze situatie kan zich in verschillende hoedanigheden voordoen. Allereerst gaat het om het niet (direct) inzetten van mediation door de werkgever.²³ Ook de situaties dat de werkgever zich niet bereid heeft getoond om aan de door de werknemer geuite bezwaren (ten aanzien van de minder ingeroosterde werkuren en het te weinig uitbetaalde salaris) tegemoet te komen, waardoor het conflict is geëscaleerd²⁴ en de omstandigheid dat de werkgever niets heeft ondernomen om de onrust die was ontstaan (ten aanzien van camera's die in strijd met de daarvoor geldende wetgeving waren geplaatst) te doen verdwijnen²⁵ kunnen een dergelijk oordeel opleveren.

d) Geen reële kans op verbetering van functioneren

De laatste categorie van het ontbreken van goed werkgeverschap die onderscheiden wordt in de jurisprudentie betreft de situatie dat de werknemer (ingeval van, vermeend, disfunctioneren) geen reële gelegenheid krijgt aangeboden door de werkgever om zijn functioneren te verbeteren. Dit is, op basis van het door de auteurs verrichte jurisprudentieonderzoek, de meest voorkomende categorie voor toekenning van een billijke vergoeding. Het gaat hierbij om gevallen waarbij de werknemer niet tijdig en duidelijk is aangesproken op het disfunctioneren²⁶ of dat niet tijdig een *deugdelijk* verbetertraject aangeboden is.²⁷ Een bijzondere situatie kan zich voordoen indien primair wordt aangevoerd dat sprake is van disfunctioneren van de werknemer en subsidiair wordt aangevoerd dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding. In het geval de primaire grond door de rechter wordt afgewezen, omdat de werkgever bijvoorbeeld nooit een reëel verbetertraject heeft ingezet, terwijl de subsidiaire grond

¹⁸ Rb. Amsterdam (ktr.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752.

¹⁹ Rb. Amsterdam (ktr.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752, Rb. Amsterdam (ktr.) 15 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9244, Rb. Leeuwarden (ktr.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:715, Rb. Leeuwarden (ktr.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:713 en Rb. Leeuwarden (ktr.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:714.

²⁰ Rb. Amsterdam (ktr.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752.

²¹ Rb. Alkmaar (ktr.) 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11461 en Rb. Almelo (ktr.) 14 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882.

²² Rb. Alkmaar (ktr.) 4 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9668, Rb. Amsterdam (ktr.) 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7278, Rb. Leeuwarden (ktr.) 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423, Rb. Rotterdam (ktr.) 16 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9316, Rb. Rotterdam (ktr.) 11 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9963 en Rb. Almelo (ktr.) 14 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882.

²³ Rb. Lelystad (ktr.) 12 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:986.

²⁴ Rb. Amsterdam (ktr.) 15 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9244.

²⁵ Rb. Leeuwarden (ktr.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:715, Rb. Leeuwarden (ktr.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:713 en Rb. Leeuwarden (ktr.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:714.

²⁶ Rb. Noord-Nederland (ktr.) 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423.

²⁷ Rb. Amsterdam (ktr.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752.

door de rechter wordt toegewezen, kan de rechter een billijke vergoeding toekennen aan de werknemer. Dit betreft de zogenoemde *Asscher-escape*.²⁸

2) Geen ernstige verwijtbaarheid zijdens werkgever

Zoals hiervoor is aangegeven ligt de focus van dit artikel op de vraag wanneer sprake is van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever en welke omstandigheden bepalend zijn bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding. Niettemin wordt een aantal relevante voorbeelden uit de jurisprudentie gegeven waarin *geen* sprake was van ernstige verwijtbaarheid. Het gaat hierbij om de gevallen waarin de handelwijze van de werkgever ófwel niet kan worden aangemerkt als ernstig verwijtbaar ófwel dat de ernstige verwijtbaarheid niet is komen vast te staan.

Allereerst de omstandigheid dat de werkneemster een heftige (afwijkende) reactie ervaart bij normale en/of lichte aanrakingen door mannen, gezien haar traumatische verleden waarin zij seksueel is misbruikt. Dit leidt niet zonder meer tot ernstige verwijtbaarheid van de werkgever.²⁹ Ook het feit dat de werknemer zelf de aanleiding vormde voor het (verwijtbaar) handelen van de werkgever leidt niet tot ernstige verwijtbaarheid. Een dergelijk oordeel werd gegeven in het geval dat de werknemer de vriendin van een collega op Facebook het bericht “succes met die nazi van je” had gestuurd, nadat deze hem had ‘verklikt’ ter zake het gooien van een prop papier.³⁰ Hetzelfde geldt voor de uitspraak waarin de werkneemster die werkzaam was als woningconsulente bij een woningbouwvereniging zelf de registraties als woningzoekende van haar en haar echtgenoot in het systeem had doorgevoerd, terwijl voorzienbaar was dat zij daarmee de schijn van misbruik van haar positie kon wekken.³¹

5 Relevante factoren bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding

Hiervoor is uiteengezet wat al dan niet kan leiden tot de kwalificatie ‘ernstige verwijtbaarheid’ aan de zijde van de werkgever. Nu resteert de vraag: hoe begroot de rechter de hoogte van de billijke vergoeding? Blijkens jurisprudentie zijn er verschillende factoren waarmee de rechter rekening kan c.q. dient te houden bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding. Achtereenvolgens komen de volgende factoren aan de orde: ‘omstandigheden van de werkgever’, ‘civielrechtelijke sanctie’, ‘omstandigheden van de werknemer’ en ‘ernst van de verwijtbaarheid van het handelen van de werkgever’.

I. Omstandigheden aan de zijde van de werkgever

De rechter kan bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding rekening houden met omstandigheden van de werkgever. Dit betekent dat de rechter een toe te kennen billijke vergoeding

²⁸ Op deze wijze kan een onvoldragen ontslagdossier tegen een hogere ontslagvergoeding alsnog worden ‘afgekocht’, hetgeen duidt op een voortzetting van de oude ontslagpraktijk.

²⁹ Rb. Rotterdam (ktr.) 30 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7045.

³⁰ Rb. Rotterdam (ktr.) 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT: 2015:7564.

³¹ Rb. Tilburg (ktr.) 22 februari 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1067.

kan matigen op grond van bepaalde omstandigheden. Dit is mogelijk indien de werkgever met stukken onderbouwd heeft dat zijn financiële situatie slecht is³², maar ook indien er sprake is van onbekendheid c.q. onervarenheid van de werkgever met betrekking tot de strenge regelgeving die geldt ten aanzien van een disfunctionerende werknemer.³³ Ook kan de omstandigheid dat er sprake is van een kleine werkgever³⁴ grond voor matiging van de billijke vergoeding opleveren.³⁵ Het feit dat de vennoten van de werkgever hun bedrijf recent, met behulp van het UWV vanuit een arbeidsongeschiktheidssituatie, zijn begonnen, leidde tot eenzelfde oordeel.³⁶ Ten slotte kan matiging plaatsvinden indien de werkgever veroordeeld is geweest tot doorbetaling van het salaris van de werknemer zonder dat daar een arbeidsprestatie tegenover heeft gestaan.³⁷

II. Omstandigheden aan de zijde van de werknemer

Ook de omstandigheden aan de zijde van de werknemer kunnen in ogenschouw worden genomen bij het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding.³⁸ Zo is in verschillende uitspraken rekening gehouden met de gevolgen die het ontslag voor de werknemer heeft gehad.³⁹ Deze beslissing is opmerkelijk, aangezien de gevolgen van het ontslag voor de werknemer, zoals hiervoor is aangegeven, reeds tot uitdrukking komen in de transitievergoeding en, als regel, buiten beschouwing dienen te worden gelaten bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding. Verder hield de rechter in meerdere zaken rekening met de kansen die de werknemer na zijn ontslag op de arbeidsmarkt had (gelet op de leeftijd en gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van de werknemer)⁴⁰, de inkomens-⁴¹ en pensioenschade⁴² die de werknemer zou leiden door de ontbinding van de arbeidsovereenkomst en de emotionele gevolgen die de handelwijze van de werkgever heeft gehad voor de werknemer.⁴³ Hierbij kan de rechter rekening houden met de duur van het dienstverband⁴⁴ en de hoogte van het loon⁴⁵, maar ook de eventuele aanspraak die de werknemer heeft op een transitievergoeding.⁴⁶

III. Civielrechtelijke sanctie

De derde factor die een rol kan spelen bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding betreft de mogelijkheid die de rechter heeft om haar te vermeerderen op grond van de civielrechtelijke

³² Rb. Alkmaar (ktr.) 4 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:9668 en Rb. 's-Hertogenbosch (ktr.) 22 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5552.

³³ Rb. Leeuwarden (ktr.) 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:5423.

³⁴ Rb. Amsterdam (ktr.) 15 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:9244.

³⁵ Rb. Leeuwarden (ktr.) 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:5423.

³⁶ Rb. Amsterdam (ktr.) 15 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:9244.

³⁷ Rb. Rotterdam (ktr.) 16 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9316.

³⁸ Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715, Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:320, Rb. Almelo (ktr.) 14 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882 en Rb. Leeuwarden (ktr.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:713.

³⁹ Rb. Amsterdam (ktr.) 29 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:400.

⁴⁰ Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715.

⁴¹ Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715, Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:320.

⁴² Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715.

⁴³ Rb. Leeuwarden (ktr.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:715, Rb. Leeuwarden (ktr.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:713 en Rb. Leeuwarden (ktr.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:714.

⁴⁴ Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715, Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:320, Rb. Almelo (ktr.) 14 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882, Rb. Leeuwarden (ktr.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:713 en Rb. Amersfoort (ktr.) 15 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7538.

⁴⁵ Rb. Almelo (ktr.) 14 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882 en Rb. Amersfoort (ktr.) 15 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7538.

⁴⁶ Rb. Midden-Nederland (ktr.) 15 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7538.

sanctie. De billijke vergoeding moet namelijk van zekere omvang zijn, omdat tegen het gedrag van de werkgever streng moet worden opgetreden.⁴⁷ Immers, een relatief lage vergoeding zou in feite een vrijbrief vormen voor de werkgever om ernstig verwijtbaar te handelen.⁴⁸ Een dergelijke handelwijze mag voor de werkgever niet zonder gevolgen blijven⁴⁹ en moet niet worden beloond.⁵⁰

IV. Ernst van de verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever

Ten slotte volgt uit de wetsgeschiedenis dat de hoogte van de billijke vergoeding naar haar aard in relatie dient te staan tot het ernstig verwijtbare handelen of nalaten van de werkgever.⁵¹ Deze passage is in een groot aantal zaken door de rechter gememoreerd.⁵² Dit betekent dat in deze uitspraken de feiten en omstandigheden die het handelen van de werkgever ernstig verwijtbaar maken de basis vormen voor het *prijkaartje* van de billijke vergoeding. Het is echter onmogelijk om aan te geven welke gedragingen van werkgevers als meer of minder *ernstig* worden beschouwd door de rechter, aangezien de feiten en omstandigheden en de interpretatie ervan door hen per zaak verschillen.

8 Conclusie

In deze bijdrage is de billijke vergoeding die na beëindiging van de arbeidsovereenkomst aan de werknemer kan worden toegekend omschreven. Hiertoe is vereist dat sprake is van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever. Uit de rechtspraak volgt wanneer een dergelijke situatie zich voor kan doen. Een beschouwing hiervan leidt tot de conclusie dat het ontbreken van goed werkgeverschap kan leiden tot toekenning van een billijke vergoeding. Daartegenover staat echter dat indien de handelwijze van de werkgever niet kan worden aangemerkt als ernstig verwijtbaar of dat niet gebleken is van ernstige verwijtbaarheid, geen grond zal bestaan voor toekenning van een billijke vergoeding.

Over de hoogte van de billijke vergoeding heeft de wetgever bepaald dat zij moet afhangen van de ernst van het verwijtbare handelen of nalaten van de werkgever. Uit de rechtspraak volgen verschillende aanknopingspunten waarmee de rechter rekening kan houden bij het bepalen van de hoogte ervan. Zo kan rekening worden gehouden met omstandigheden aan de zijde van de werkgever of de werknemer. De hoogte van de billijke vergoeding kan bijvoorbeeld gematigd worden. Ten slotte kan de billijke vergoeding vermeerderd worden op grond van de civielrechtelijke sanctie. Hieruit volgt dat de billijke vergoeding een bepaalde hoogte moet hebben, zodat zij afschrikkend werkt.

9 Epiloog: kritieken op de Wwz

⁴⁷ Rb. Enschede (ktr.) 26 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:675.

⁴⁸ Rb. Amsterdam (ktr.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752.

⁴⁹ Rb. Leeuwarden (ktr.) 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423.

⁵⁰ Rb. Utrecht (ktr.) 18 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:854.

⁵¹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 4, p. 61.

⁵² *Onder meer*: Rb. Noord-Holland (ktr.) 4 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9668 en Oost-Brabant (ktr.) 22 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5552.

Hiervoor is duidelijk geworden wanneer volgens jurisprudentie een grond kan bestaan voor toekenning van een billijke vergoeding en hoe de hoogte ervan moet worden berekend. Nu wordt - als epiloog van deze bijdrage – bezien of de door de wetgever beoogde doelen achter de billijke vergoeding daadwerkelijk in de praktijk worden gerealiseerd. Met de introductie van de Wwz is onder beoogd rechtsgelijkheid en -zekerheid te bevorderen. Het is echter de vraag of de wetgever met de totstandkoming van de Wwz geslaagd is in het bereiken van deze doelstelling. Na een grootschalige analyse van jurisprudentie die tot stand is gekomen na introductie van de billijke vergoeding kunnen hierbij verschillende kanttekeningen worden geplaatst.

De wetgever heeft ervoor gekozen te volstaan met een meervoudig interpretabele en verre van eenduidige grond voor toekenning van een billijke vergoeding. Wellicht als gevolg daarvan kunnen bij de rechtspraak verschillende kanttekeningen worden geplaatst. Zo biedt de rechtspraak in veel gevallen weinig duidelijkheid. Dit blijkt uit het feit dat in een groot aantal uitspraken bij het al dan niet toekennen van een billijke vergoeding wordt volstaan met een verwijzing naar de wetsgeschiedenis, waarna opgetekend wordt *“dat een dergelijke situatie zich hier niet voordoet”* (of dergelijke bewoordingen)⁵³ In andere uitspraken heeft de rechter zich beperkt tot de motivering dat *“geen grond bestaat voor toekenning van een billijke vergoeding”*⁵⁴ of dat, zonder dit te motiveren, een billijke vergoeding wordt toegekend.⁵⁵

Ten aanzien van de hoogte van de billijke vergoeding bestaan nog minder handvatten, omdat de wetgever vooraf geen vaste berekeningsmaatstaven en/of -modellen heeft gegeven. De wetgever heeft, door aan te geven dat de hoogte van de billijke vergoeding afhankelijk moet zijn van de ernst van het verwijtbare handelen of nalaten, veel ruimte gelaten aan de rechter om de hoogte ervan te bepalen. De verschillende rechters hebben echter, naar onze mening, nagelaten deze ruimte in te vullen met eenduidige maatstaven. Dit blijkt alleen al uit het feit dat verschillende rechters diverse factoren een rol laten spelen bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding. Dit leidt ertoe dat geen eenduidig antwoord gegeven kan worden op de vraag hoe hoog een billijke vergoeding in een bepaalde situatie moet zijn. Hoewel de auteurs van mening zijn dat de billijke vergoeding recht moet doen aan de omstandigheden van het geval, komt het de (door de wetgever beoogde) rechtsgelijkheid en rechtszekerheid niet ten goede.

Tevens is het opvallend dat de hoogte van de billijke vergoeding in veel uitspraken zeer beperkt gemotiveerd wordt. Zo wordt in verschillende uitspraken volstaan met het herhalen van de

⁵³ Rb. Rotterdam (ktr.) 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7564, Rb. Noord-Nederland (ktr.) 22 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3638, Rb. Limburg (ktr.) 30 oktober 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:9182, Rb. Noord-Holland (ktr.) 20 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:728, Den Haag (ktr.) 27 augustus 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10145 en en Rotterdam (ktr.) 15 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7335.

⁵⁴ *Onder meer*: Rb. Amsterdam (ktr.) 30 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5208.

⁵⁵ *Onder meer*: Rb. Den Haag (ktr.) 24 augustus 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:9849.

wetsgeschiedenis omtrent de hoogte van de billijke vergoeding.⁵⁶ De feiten en omstandigheden die het handelen van de werkgever ernstig verwijtbaar maken vormen, zoals gezegd, de basis voor het *prijkaartje* van de billijke vergoeding. Echter, door niet te motiveren welke gedragingen van werkgevers als meer of minder *ernstig* worden beschouwd, wordt onvoldoende duidelijk hoe de hoogte van een billijke vergoeding wordt begroot. Ook wordt in een aantal van de hiervoor genoemde uitspraken bij het begroten van de billijke vergoeding volstaan met motiveringen als “uitgaande van het voorgaande zal de kantonrechter de billijke vergoeding vaststellen op een bedrag van € ...” (of vergelijkbare bewoordingen). Hiermee verschaft de rechter geen enkel inzicht in de factoren die voor hem of haar leidend zijn bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding. Eerder heeft Sagel op deze praktijk al scherpe kritiek geuit.⁵⁷

Voorts is opvallend dat het gevolgencriterium in verschillende uitspraken heeft meegewogen bij de berekening van de billijke vergoeding, terwijl de wetgever uitdrukkelijk heeft aangegeven dat zij geen rol moet spelen bij de berekening van de billijke vergoeding. Ten slotte is het de vraag in hoeverre de billijke vergoeding kan worden aangeduid als ‘muizengaatje’, dat slechts in uitzonderlijke gevallen wordt toegekend, zoals zij in de wetsgeschiedenis is gedefinieerd. Dit blijkt uit het feit dat in een groot aantal van de door de auteurs onderzochte uitspraken een billijke vergoeding is toegekend. Zo uitzonderlijk als de wetgever de billijke vergoeding heeft willen voorstellen, is zij in de praktijk niet. De vraag is hoe de wetgever zal reageren op de ontwikkelingen binnen de rechtspraak. Wordt geaccepteerd dat het muizengaatje geen kleine, maar een behoorlijke uitweg vormt? Zo zou de ‘zekerheid’ die op basis van de jurisprudentie is ontstaan intact blijven. Of gaat de billijke vergoeding op de schop? Dit laatste zal grote gevolgen hebben voor de arbeidsrechtpraktijk, die dan opnieuw in onzekerheid verkeert. In hoeverre deze situatie gewenst is, valt te bezien.

Hoewel op basis van de jurisprudentieanalyse duidelijk is geworden in welke gevallen een grond voor toekenning van een billijke vergoeding kan bestaan, is door de beperkt gemotiveerde uitspraken en onderlinge verschillen tussen de uitspraken vaak onduidelijk wat de hoogte van de billijke vergoeding moet zijn. De toekomst zal uitwijzen of de rechtspraak meer eenduidigheid zal ontwikkelen of dat de wetgever toch zal gaan optreden.

⁵⁶ Rb. Enschede (ktr.) 21 januari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:212, Rb. 's-Hertogenbosch (ktr.) 22 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5552, Rb. Alkmaar (ktr.) 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11461, Rb. Lelystad (ktr.) 12 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:986, Rb. Alkmaar (ktr.) 25 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2401 en Rb. Den Haag (ktr.) 24 augustus 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:9849.

⁵⁷ S.F. Sagel, ‘Wwz: pas toe en leg uit!’, TRA 2016/1 (column) p. 1-3.