De billijke vergoeding

Een onderzoek naar de omvang van een muizengaatje



Kylian van Wel

s1073935

SVA: RE441c

In opdracht van SRK-Rechtsbijstand

Mw. mr. Van der Heijde

Mr. Kraan

Hbo-Rechten - Hogeschool Leiden

Mw. mr. I.J.S. van Mierlo-Groot

Mr. F. van Steenbergen

**21-06-2016**



***Onderzoeksrapport***

**Toetsing van:**

**Afstudeeronderzoek**

**RE 441c**

**Hogeschool Leiden Opleiding HBO-Rechten**

Kylian van Wel – s1073935 Ingrid van Mierlo

Frank van Steenbergen

21/06/2016

Reguliere kans

Klas Law 4 Collegejaar 2015/’16

**Voorwoord**

Dit product is het resultaat van het onderzoek dat ik ter afronding van mijn HBO-Rechten studie aan de Hogeschool Leiden in opdracht van SRK-Rechtsbijstand heb verricht. Nadat ik mij in 2014-2015 gedurende de 10 maanden lange stageperiode bij SRK-Rechtsbijstand heb kunnen verdiepen in het arbeidsrecht, schrijf ik ook deze scriptie in het kader van ditzelfde rechtsgebied. Het invullen van abstracte terminologie en de daarmee gepaard gaande verheldering die wordt gebracht in een onduidelijke, veel besproken en in dit ideale geval nieuwe situatie is een voldoening gevende bezigheid. Ik hoop dat de conclusie uit het onderzoek dat ik heb verricht een goede ondersteuning kan bieden voor de juristen en advocaten van SRK-Rechtsbijstand.

Het schrijven van deze scriptie heeft mij binnen mijn huidige opleiding een laatste kans geboden om mij verder te ontwikkelen binnen het arbeidsrecht. Met name het ontslagrecht heeft mijn interesse gewekt, doordat hier de basis waarin een persoon zich in het levensonderhoud kan voorzien in het geding is. De goede samenloop van omstandigheden heeft mij dan ook een bijzonder mooie kans geboden om binnen het gewenste rechtsgebied een normatief standpunt te formuleren over hoe er met de in de Wet Werk en Zekerheid geïntroduceerde bepalingen zou moeten worden omgegaan. Deze eigen interpretatie heb ik direct kunnen reflecteren aan de rechtsopvatting die in de rechtspraak binnen het eerste levensjaar van de Wet Werk en Zekerheid is geformuleerd.

Bij de totstandkoming van dit product wil ik SRK-Rechtsbijstand als organisatie en met name mw. mr. Van der Heijde en mr. Kraan bedanken voor het in mij gestelde vertrouwen bij het bieden van deze opdracht. Daarnaast wil mw. mr. Van Mierlo en mr. Van Steenbergen bedanken voor de goede begeleiding vanuit de Hogeschool Leiden.

Tot slot wil ik in het bijzonder mijn familie en naasten bedanken voor de ondersteuning en motivatie in de afgelopen tijd. Expliciet bedank ik voor het vormen van een onuitputtelijke bron van inspiratie.

Ik wens u veel leesplezier.

Kylian van Wel

Hazerswoude-Dorp, 21 juni 2016

**Samenvatting**

Ter afronding van mijn opleiding HBO-Rechten heb ik voor SRK-Rechtsbijstand een onderzoek uitgevoerd in het kader van de billijke vergoeding. Meer concreet bestaat deze scriptie uit een onderzoek naar de invulling die wordt gegeven aan het criterium 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever' en de hoogte van de billijke vergoeding. Het belang bij dit onderzoek voor SRK-Rechtsbijstand ligt in de onduidelijkheid omtrent de toekenning en de hoogte van de billijke vergoeding. Deze onduidelijkheid werkt door in het adviseren van en procederen voor cliënten. Het doel van dit onderzoek is dan ook het formuleren van een advies aan SRK-Rechtsbijstand omtrent de toekenning en de hoogte van de billijke vergoeding. De oorzaak van de onduidelijkheid omtrent de billijke vergoeding en tevens mede de aanleiding voor het onderzoek is de inwerkingtreding van de Wet Werk en Zekerheid die per 1 juli 2015 volledig van kracht is gegaan. Deze nieuwe wet heeft gezorgd voor veel vernieuwing binnen het ontslagrecht. Zo is er bij de inwerkingtreding van de Wet Werk en Zekerheid per 1 juli 2015 een nieuw ontslagsvergoedingsystemathiek geïntroduceerd, waarbij afscheid wordt genomen van de kantonrechtersformule. Onder het nieuwe systeem heeft een werknemer met een dienstverband van langer dan 24 maanden in beginsel recht op een transitievergoeding bij onvrijwillige beëindiging van het dienstverband. Anders dan de kantonrechtersformule, kent de transitievergoeding geen mogelijkheid om de verwijtbaarheid van één der partijen aan de beëindiging van het dienstverband te vertalen in een vergoeding. Daarom heeft de wetgever de billijke vergoeding geïntroduceerd. De billijke vergoeding is een additionele vergoeding die kan worden toegekend wanneer de beëindiging van het dienstverband het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Doordat het gehanteerde criterium vatbaar is voor interpretatie is het onduidelijk wanneer een billijke vergoeding in concrete gevallen dient te worden toegekend. Tevens is het onduidelijk welke hoogte kan worden verwacht van een reeds toegekende billijke vergoeding. De wetgever benadrukt wel dat het criterium van ernstige verwijtbaarheid terughoudend moet worden toegepast en dat een billijke vergoeding slechts in uitzonderlijke gevallen moet worden toegekend. Wat betreft de hoogte van de billijke vergoeding bepaald de wetgever dat deze moet worden vastgesteld naar het niveau van ernstige verwijtbaarheid. Hierbij dient acht te worden geslagen op de bijzondere omstandigheden van het geval. Vanwege de beschreven wijze van toepassing van de billijke vergoeding karakteriseert de wetgever het als een "muizengaatje". Hoe de billijke vergoeding echter in de praktijk zal worden toegepast blijft na het lezen van de uitleg van de wetgever nog steeds onduidelijk. De centrale vraag waarop dit onderzoek gebaseerd is luidt dan ook: 'hoe kan SRK-Rechtsbijstand haar cliënten adviseren in het kader van de toekenning en de hoogte van de billijke vergoeding na beëindiging van het dienstverband, op basis van de invulling van de terminologie 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever' en de hoogte van de billijke vergoeding blijkens wet- en regelgeving, literatuur- en jurisprudentieonderzoek?'. Om deze vraag te kunnen beantwoorden dient in eerste instantie middels literatuuronderzoek te worden bevonden wat de billijke vergoeding daadwerkelijk inhoudt. Voorts dient in de literatuur te worden onderzocht wanneer er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever en wat de literatuur vermeldt over de hoogte of de berekening van de billijke vergoeding. Deze bevindingen zullen naast hetgeen dat kan worden afgeleid uit de wetsgeschiedenis, hoofdzakelijk bestaan uit interpretaties vanuit de praktijk. De feitelijke toepassing dient te worden onderzocht middels een jurisprudentieonderzoek. Er zal worden onderzocht onder welke feiten en omstandigheden de rechter acht dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Daarnaast wordt in relatie tot die omstandigheden onderzocht welke hoogte de rechter toekent aan de billijke vergoeding. Deze vragen zullen worden beantwoord door een analyse uit te voeren in 59 uitspraken van de Nederlandse rechtbanken tussen 1 juli 2015 en 31 maart 2016, waarin zij oordelen omtrent de toekenning of afwijzing van een billijke vergoeding, met als criterium het ernstige verwijtbaarheid van de werkgever. Aangezien dit alle relevante uitspraken zijn sinds de inwerkingtreding van de WWZ wordt er een validiteit van 100% gehandhaafd. De analyse zal bestaan uit de "topics": feiten en omstandigheden, argumenten van de werknemer, argumenten van de werkgever, overweging van de rechter, de uitspraak en de hoogte van de billijke vergoeding. Op basis van deze analyse zullen conclusies worden getrokken waarop uiteindelijk een advies wordt gebaseerd voor SRK-Rechtsbijstand. Op basis van het literatuuronderzoek ben ik van mening dat een te strenge afbakening van de terminologie "ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever" ten koste gaat van het maatwerk van de rechters en de rechtsgelijkheid, voorts is een dergelijke uitleg niet conform de uitgangspunten van het arbeidsrecht. De terminologie zal in de praktijk derhalve minder streng moeten worden uitgelegd. Deze ruimte ligt in de abstracte begrippen die de wetgever in (de uitleg van) de terminologie hanteert. De bekende factoren van het kennelijk onredelijk ontslag kunnen als maatstaf worden gebruikt om bepaald handelen of nalaten van de werkgever aan te merken als ernstig verwijtbaar. Tevens staat vast dat, indien er wordt geoordeeld dat het dienstverband is opgezegd in strijd met de voor opzegging gelende voorschriften, er in beginsel sprake is van ernstige verwijtbaarheid van de werkgever. Wat betreft de vraag hoe de hoogte c.q. de berekening van de billijke vergoeding dient te geschieden, zal het antwoord moeten worden gezocht in de jurisprudentie. Een uniforme rekenmethode ligt in ieder geval niet voor de hand, gezien het beschreven karakter van de billijke vergoeding. Tevens strookt een uniforme rekenmethode ook niet met de intentie van de wetgever. Op basis van het algemeen verbintenissenrecht zouden de rechters alle omstandigheden van het geval mee moeten wegen bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding, hierbij zou gebruik kunnen worden gemaakt van de maatstaven voor de bepaling van een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag. De wetgever heeft echter expliciet aangegeven dat de gevolgen van het ontslag geen rol mogen spelen bij de hoogte van de billijke vergoeding. Wat betreft het matigen van de hoogte van de billijke vergoeding wegens de financiële situatie van de werkgever ben ik van mening dat hier terughoudend mee om moet worden gegaan. Een dergelijke belangenafweging strookt naar mijn mening niet met het beginsel van ongelijkheidcompensatie, waar het arbeidsrecht vanuit gaat. Gezien het spanningsveld tussen enerzijds de uitgangspunten van het arbeidsrecht en de bepalingen van het algemeen verbintenissenrecht en anderzijds de intentie van de wetgever, ben ik van mening dat de rechter binnen de kaders die de wetgever middels het gebruik van abstracte begrippen schept, het criterium van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever en de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding zo ruim mogelijk dient uit te leggen. Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt dat de rechter deze toepassing ook in de praktijk hanteert bij de toekenning van de billijke vergoeding. Van de negenenvijftig gevallen waarin werd geoordeeld omtrent het, al dan niet, ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werkgever, is er in drieëntwintig gevallen geoordeeld dat er sprake is van ernstige verwijtbaarheid. Hierbij verdient het de opmerking dat in nagenoeg alle zaken waarin een billijke vergoeding is toegekend, de rechter hiertoe heeft overwogen nadat hij de arbeidovereenkomst heeft ontbonden wegens een verstoorde arbeidsverhouding. In de regel is er dan ook sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever indien het verstoren van de arbeidsverhouding aan de werkgever te wijten is. Uit deze jurisprudentie is een rode lijn te herkennen waaruit kan worden opgemaakt welk handelen of nalaten in ieder geval dient te worden aangemerkt als ernstig verwijtbaar. Deze rode lijn schrijft voor de werkgever in gevallen van conflicten, (dreigend) verstoorde arbeidsverhoudingen of vermeend disfunctioneren een oplossingsgerichte houding voor, die in geval van nalaten daarvan leidt tot ernstige verwijtbaarheid. Deze houding van de werkgever dient in ieder geval te blijken uit het houden van voldoende functioneringsgesprekken, het tijdig op de hoogte stellen van (de ernst van) het vermeend disfunctioneren of de verstoorde arbeidsverhouding, het aanbieden van een deugdelijk verbetertraject, het verrichten van oplossingsgerichte, de-escalerende of arbeidsverhoudingherstellende inspanning zoals het houden van gesprekken of het instellen van mediation en zoals ook logischerwijs uit deze houding voortvloeit dient de werkgever niet aan te sturen op beëindiging van het dienstverband, zonder dat aan de werknemer een reële kans is geboden om het functioneren te verbeteren. Tevens vloeien er meer concrete handelingen of nalatigheden uit de jurisprudentie voort die dienen te worden aangemerkt als ernstig verwijtbaar. Voor het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding is er geen dergelijke rode lijn te constateren. Wel kan er middels onderbouwing vanuit de rechtspraak worden gesteld dat de hoogte van de billijke vergoeding van substantiële betekenis moet zijn. Hiermee gaat dan ook het advies gepaard om onderbouwd met rechtspraak steeds hoge vergoedingen te verzoeken, aangezien er ook voor de rechters geen algemene regel geldt die voorschrijft hoe zij met de billijke vergoeding om dienen te gaan. SRK-Rechtbijstand kan de bevinden uit het jurisprudentieonderzoek gebruiken bij het adviseren van haar cliënten of tijdens het procederen om een verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding. Voorts verdient het de aanbeveling om de rechtspraak omtrent de billijke vergoeding in de gaten te houden, aangezien deze nog zeer dynamisch is. Ook zal de jurisprudentie over het criterium van ernstige verwijtbaarheid uiterlijk in 2017 worden geëvalueerd door het kabinet en de Stichting van de Arbeid. De hieruit voortvloeiende conclusies kunnen van belang zijn voor de toepassing van de billijke vergoeding in de toekomst.

**Inhoudsopgave Pagina**

**Samenvatting**  3

**Afkortingen** 8

**Hoofdstuk 1.** Inleiding 9

*1.1. Aanleiding en probleemanalyse* 9

*1.2. Juridische Achtergrond* 10

*1.3. Doelstelling*  10

*1.4. Centrale vraag en deelvragen*  11

*- 1.4.1. Centrale vraag* 11

*- 1.4.2. Deelvragen* 11

*1.5.Verantwoording van de onderzoeksmethoden*  11

*- 1.5.1. Wat houdt de billijke vergoeding in?* 11

*- 1.5.2. Wanneer is er sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten* 12

*van de werkgever volgens de literatuur?*

- *1.5.3. Wat zeggen de wetgeving en de literatuur over de hoogte c.q.*  13

*de berekening van de billijke vergoeding?*

- *1.5.4. Onder welke feiten en omstandigheden is er volgens de rechter*  13

*sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever?*

*- 1.5.5. Welke hoogte kent de rechter toe aan de billijke vergoeding* 14

*in relatie tot de omstandigheden van het geval?*

**Afdeling 1. De billijke vergoeding in theorie**

**Hoofdstuk 2.** De billijke vergoeding algemeen 15

*2.1. Wet Werk en Zekerheid* 15

*2.2. Aanleiding voor een verzoek om een billijke vergoeding* 16

*- 2.2.1. Billijke vergoeding na ontbinding van de arbeidsovereenkomst* 16

*- 2.2.2. Billijke vergoeding na opzegging van de arbeidsovereenkomst* 16

*- 2.2.3. Billijke vergoeding na einde van rechtswege*  17

*2.3. De billijke vergoeding als "Muizengaatje"* 17

*2.4. Tussenconclusie; Wat houdt de billijke vergoeding in?* 18

**Hoofdstuk 3.** Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever 19

*3.1. Intentie van de wetgever* 19

*3.2. Interpretatie van terminologie: ernstig verwijtbaar handelen of nalaten*  20

*van de werkgever*

*- 3.2.1. 'Ernstig verwijtbaar' of 'verwijtbaar' handelen of nalaten*  20

*van de werkgever*

*- 3.2.2. Nieuwe terminologie en reeds bestaande terminologie.* 21

*- 3.2.3. Ernstig verwijtbaar en kennelijk onredelijk*  22

*3.3. Tussenconclusie; Wanneer is er sprake van ernstig verwijtbaar handelen of* 23

*nalaten van de werkgever volgens de literatuur?*

**Pagina**

**Hoofdstuk 4.** Hoogte van de billijke vergoeding 25

*4.1. Intentie van de wetgever*  25

*4.2. Uniforme rekenmethode* 25

*4.3. Factoren voor de hoogte van de vergoeding* 26

*4.4 Billijke vergoeding en kennelijk onredelijk ontslagvergoeding* 26

*4.5 Tussenconclusie; Wat zegt de wetgeving en literatuur over de* 28

*hoogte c.q. de berekening van de billijke vergoeding?*

**Afdeling 2. De billijke vergoeding in de praktijk**

**Hoofdstuk 5.** Invulling van de terminologie 'ernstig verwijtbaar 30

handelen of nalaten van de werkgever' en de hoogte van de billijke

vergoeding door de rechterlijke macht

*5.1. Jurisprudentieonderzoek naar de invulling van de terminologie* 30

*'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever'*

*en de hoogte van de billijke vergoeding.*

*5.2. Tussenconclusie; Onder welke feiten en omstandigheden is*  31

*er volgens de rechter sprake van ernstig verwijtbaar handelen*

*of nalaten van de werkgever?*

*- 5.2.1. De rode lijn* 32

*- 5.2.2. Concrete gevallen van ernstige verwijtbaarheid* 33

*5.3 Tussenconclusie; Welke hoogte kent de rechter toe aan de* 35

*billijke vergoeding in relatie tot de omstandigheden van het geval?*

*- 5.3.1. Motivatie voor hoge billijke vergoeding* 35

*- 5.3.2. Motivatie voor matigen van de billijke vergoeding* 36

**Afdeling 3. Conclusie en aanbevelingen**

**Hoofdstuk 6. Eindconclusie;** Hoe kan SRK-Rechtsbijstand haar cliënten 38

adviseren in het kader van de toekenning en de hoogte van de billijke

vergoeding na beëindiging van het dienstverband, op basis van de invulling

van de terminologie 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever'

en de hoogte van de billijke vergoeding blijkens wet- en regelgeving, literatuur-

en jurisprudentieonderzoek?

*6.1.* ***Uiteenzetting bevindingen;*** *Hoe dient er te worden gekeken naar de* 38

*toekenning en de hoogte van de billijke vergoeding na beëindiging van*

*het dienstverband, op basis van de invulling van de terminologie*

*'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever' en de*

*hoogte van de billijke vergoeding blijkens wet- en regelgeving,*

*literatuur- en jurisprudentieonderzoek?*

*6.2.* ***Conclusie;*** *Hoe kan SRK-Rechtsbijstand haar cliënten adviseren* 43

*omtrent de toekenning en de hoogte van de billijke vergoeding?*

**Pagina**

**Hoofdstuk 7. Aanbevelingen** 45

**Bronnenlijst** 46

*Literatuurlijst* 46

*Lijst van gebruikte kamerstukken* 46

*Relevante wet- en regelgeving* 46

*Jurisprudentielijst* 47

**Afkortingen**

Voor de leesbaarheid van het onderzoek heb ik bewust gekozen om zo min mogelijk gebruik te maken van afkortingen. Hieronder treft u een beperkte lijst aan van de afkortingen die desondanks voorkomen in het stuk.

Art. - Artikel

BW - Burgerlijk Wetboek

HR - Hoge Raad

MvA - Memorie van Antwoord

MvT - Memorie van Toelichting

Rb. - Rechtbank

VSO - Vaststellingsovereenkomst

WWZ - Wet Werk en Zekerheid

**Hoofdstuk 1. Inleiding**

***1.1 Aanleiding en probleemanalyse***

Ten behoeve van de afronding van mijn opleiding HBO-Rechten voer ik dit praktijkonderzoek uit, met SRK-Rechtsbijstand als opdrachtgever. Één van de rechtsgebieden waarbinnen SRK-Rechtsbijstand cliënten bijstaat is het arbeidsrecht. Binnen het arbeidsrecht hebben er recentelijk veel veranderingen plaatsgevonden. Per 1 januari 2015 is de Wet Werk en Zekerheid voor een groot deel van kracht gegaan, het overige deel is per 1 juli 2015 in werking getreden. Deze nieuwe wet heeft onder andere veranderingen aangebracht in het ontslagrecht. Na een onvrijwillig einde van het dienstverband heeft de werknemer nu in beginsel recht op een transitievergoeding, die kan worden aangevuld met een billijke vergoeding.[[1]](#footnote-2) De wetgever heeft in de Memorie van Toelichting aangegeven dat het de bedoeling van de wetgever is dat er uitsluitend een billijke vergoeding wordt toegekend wanneer het ontslag toe te rekenen is aan het 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever', dit aspect is ook verwerkt in de betreffende artikelen. De wetgever benadrukt dat een billijke vergoeding slechts dient te worden toegewezen in uitzonderlijke gevallen.[[2]](#footnote-3) De billijke vergoeding wordt door deze wijze van terughoudende toepassing benoemd als een 'muizengaatje'.[[3]](#footnote-4) Echter, is het zeer onduidelijk wanneer een verzoek om een billijke vergoeding zal worden toegewezen, aangezien de term "ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever" zeer subjectief is en ruimte voor interpretatie over laat aan de rechter. De rechter zou door het gebruik van abstracte begrippen door de wetgever de mogelijkheid hebben om met beoordelingsruimte allerlei situaties als ernstig verwijtbaar te kwalificeren.[[4]](#footnote-5) De tegenstrijdige terminologie veroorzaakt onduidelijkheid omtrent de invulling en toepassing van de billijke vergoeding. Deze onduidelijkheid werkt door bij SRK-Rechtsbijstand, waardoor deze problemen ervaart bij de advisering van en het procederen voor haar cliënten.

Met de komst van deze nieuwe ontslagvergoeding, komt er tevens direct een einde aan het oude systeem, waarin de kantonrechter een ontslagvergoeding berekende aan de hand van de kantonrechtersformule. Deze grootschalige verandering betekent voor de afdeling arbeid van SRK-Rechtsbijstand nieuwe situaties waarop zij voorbereid moeten zijn tijdens het adviseren of procederen. Zoals er bij de toepassing van de kantonrechtersformule een berekening voor de ontslagvergoeding bestond, bestaat er ook bij de transitievergoeding een formule om de hoogte van de ontslagvergoeding te berekenen. Deze transitievergoeding kan vervolgens worden aangevuld door middel van een billijke vergoeding. Het is voor SRK-Rechtsbijstand, naast de onduidelijkheid omtrent de concrete grondslagen voor de toekenning van een billijke vergoeding, tevens onduidelijk welke invulling er in de praktijk zal worden toegekend aan de hoogte van de billijke vergoeding. De wetgever heeft de hoogte van de billijke vergoeding noch geminimaliseerd, noch gemaximaliseerd. Voorts geeft zij aan dat de hoogte dient te worden bepaald door de rechter.[[5]](#footnote-6) Hoe de billijke vergoeding in de praktijk wordt toegepast is dus door twee factoren zeer onduidelijk. Door de tegenstrijdige terminologie is het onduidelijk wanneer een billijke vergoeding zal worden toegekend en doordat de beslissing omtrent de hoogte van de billijke vergoeding volledig aan de rechter wordt overgelaten is het onduidelijk welke hoogte men kan verwachten bij een billijke vergoeding. Wanneer een cliënt van SRK-Rechtsbijstand advies vraagt in het kader van de billijke vergoeding, kan dit probleem voor SRK-Rechtsbijstand belemmeren in het concreet adviseren.

Door bovenstaande problematiek is SRK-Rechtsbijstand gebaat bij een advies omtrent de invulling in de praktijk van de terminologie 'ernstig verwijtbaat handelen of nalaten van de werkgever'. Zal de billijke vergoeding in de praktijk daadwerkelijk slechts fungeren als een muizengaatje of maakt de rechter gebruik van de ruimte die de wetgever hem in zijn oordeelsvorming geeft door de gekozen terminologie? Aangezien de hoogte van de billijke vergoeding in relatie staat tot het niveau van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever[[6]](#footnote-7), dient SRK-Rechtsbijstand ook te worden geadviseerd omtrent de hoogte van de billijke vergoeding in de concrete gevallen. Om een advies te kunnen formuleren omtrent de invulling in de praktijk van zowel de term 'ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever', als van de hoogte van de billijke vergoeding in een concreet geval, is het noodzakelijk om kennis te verwerven omtrent de oordeelsvorming van de rechters. Er zal dus dienen te worden onderzocht welke invulling de rechters in hun oordeelsvorming geven aan de terminologie 'ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever' en tevens dient daarbij te worden onderzocht welke hoogte de rechters in deze concrete gevallen toekennen aan de billijke vergoeding.

***1.2. Juridische achtergrond***

De billijke vergoeding vloeit voort uit De Wet Werk en Zekerheid die met haar inwerkingtreding veel veranderingen heeft aangebracht binnen het ontslagrecht. Het ontslagrecht is geregeld in titel 10, afdeling 9 van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Alle gedingen die zijn gebaseerd op de bepalingen rond het ontslagrecht moeten met een verzoekschrift worden ingeleid.[[7]](#footnote-8) De werknemer dient derhalve in een verzoekschrift te verzoeken om een billijke vergoeding, waarin hij in beginsel het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever dient te stellen en te bewijzen. Naast een verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding in eerste aanleg, kan een werknemer ook in hoger beroep en na verwijzing na cassatie om een billijke vergoeding verzoeken. Artikel 7:683 lid 3 BW bepaalt dat de rechter ook in hoger beroep of na verwijzing na cassatie een billijke vergoeding kan toekennen. Hierbij dient sprake te zijn van een situatie waarin een verzoek van de werkgever om ontbinding van de arbeidsovereenkomst ten onrechte is toegewezen, of bij een verzoek van de werknemer om vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever, of wanneer het herstel van de arbeidsovereenkomst ten onrechte is afgewezen. In hoger beroep of na verwijzing na cassatie bestaat er anders dan in eerste aanleg geen criterium dat er sprake moet zijn van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.[[8]](#footnote-9) Het criterium blijft wel aanwezig indien er in hoger beroep of na verwijzing in cassatie wordt geoordeeld dat het verzoek van de werkgever of werknemer om de arbeidsovereenkomst te ontbinden ten onrechte is afgewezen.[[9]](#footnote-10) Wat betreft de toekenning en de hoogte van de billijke vergoeding in hoger beroep of na verwijzing na cassatie is het aan de rechter om criteria te ontwikkelen door toepassing in de praktijk.[[10]](#footnote-11) Doordat het criterium van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever in beginsel geen rol speelt in hoger beroep en tevens door het gebrek aan uitspraken in hoger beroep, zal dit aspect achterwege worden gelaten in dit onderzoek.

De wetgever zal de jurisprudentie omtrent het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten monitoren, om na te gaan of de wet in dit aspect haar doel bereikt. Uiterlijk in 2017 zal er worden geëvalueerd, waarop het kabinet en de Stichting van de Arbeid conclusies zullen trekken die vervolgens aan de Tweede Kamer worden voorgelegd.[[11]](#footnote-12)

***1.3. Doelstelling***

Het doel van dit onderzoek is om een advies uit te brengen aan SRK-Rechtsbijstand over het adviseren van haar cliënten in het kader van de toekenning en de hoogte van de billijke vergoeding, door te onderzoeken welke invulling de rechters in hun oordeelsvorming geven aan de terminologie 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever' en tevens welke hoogte de rechter in deze concrete gevallen toekent aan de billijke vergoeding.

***1.4. Centrale vraag en deelvragen***

*1.4.1. Centrale vraag*

De centrale vraag is de kern van dit praktijkonderzoek. De uiteindelijke resultaten dienen ter beantwoording van de centrale vraag, daardoor is het ook de centrale vraag die bepalend is voor de uiteindelijk te behalen resultaten. Een goede formulering van de centrale vraag is derhalve essentieel voor een bruikbaar praktijkonderzoek. De centrale vraag waarmee ik zal trachten aan de gestelde doelstelling te voldoen, is als volgt geformuleerd:

'Hoe kan SRK-Rechtsbijstand haar cliënten adviseren in het kader van de toekenning en de hoogte van de billijke vergoeding na beëindiging van het dienstverband, op basis van de invulling van de terminologie 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever' en de hoogte van de billijke vergoeding blijkens wet- en regelgeving, literatuur- en jurisprudentieonderzoek?'

*1.4.2. Deelvragen*

Om de beantwoording van de centrale vraag te realiseren, dienen er voorafgaand een vijftal deelvragen te worden gesteld. Uit de cumulatie van de informatieve (theoretische) kennis en de praktische kennis, die beiden uit de beantwoording van de deelvragen zullen voortvloeien, zal een antwoord op de centrale vraag worden geformuleerd. De volgende deelvragen zullen deze kennis verschaffen:

1. Wat houdt de billijke vergoeding in?

2. Wanneer is er sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever volgens wetgeving en literatuur?

3. Wat vermelden de wetgeving en de literatuur over de hoogte c.q. de berekening van de billijke vergoeding?

4. Onder welke feiten en omstandigheden is er volgens de rechter sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever?

5. Welke hoogte kent de rechter toe aan de billijke vergoeding in relatie tot de omstandigheden van het geval?

***1.5. Verantwoording van onderzoeksmethoden***

Zoals aangegeven zal de kennis die wordt verworven bij de beantwoording van de deelvragen leiden tot een antwoord op de centrale vraag. Hiervoor wordt er allereerst onderscheid gemaakt tussen theoretische en praktische deelvragen. Deelvragen 1, 2 en 3 behoren tot het theoretisch-juridisch onderzoeksgedeelte, wat zal bestaan uit wetsanalyse en literatuuronderzoek. Deelvragen 4 en 5 behoren tot het praktijkonderzoekgedeelte, wat vorm krijgt door middel van een jurisprudentieonderzoek.

*1.5.1. Wat houdt de billijke vergoeding in?*

Deze eerste deelvraag is een algemene vraag, die tevens noodzakelijk is om de duidelijkheid en begrijpbaarheid van het onderzoek te waarborgen. De beantwoording van de vraag wat de billijke vergoeding nu daadwerkelijk is, dient te worden gezocht in de wetgeving en literatuur. Deze deelvraag behoort derhalve tot het theoretisch onderzoeksgedeelte Allereerst zullen de Kamerstukken die gerelateerd zijn aan de Wet Werk en Zekerheid worden onderzocht. De uitleg van de billijke vergoeding door de wetgever zal worden gezocht in de Memorie van Toelichting.[[12]](#footnote-13) Verdere wetsanalyse en literatuuronderzoek zullen plaatsvinden door onderzoek te verrichten in wetgeving, boeken, naslagwerken en vakbladen. De nodige informatie om deze deelvraag te beantwoorden zal ik onder andere zoeken in 'Individueel Arbeidsrecht 3, Ontslagrecht'.[[13]](#footnote-14) Dit boek wijdt een volledig hoofdstuk aan de billijke vergoeding en de transitievergoeding. Deze bron zal derhalve ook in andere deelvragen een belangrijke rol spelen. Voorts zal een naslagwerk van W.H.A.C.M. Bouwens[[14]](#footnote-15) worden benut als belangrijke bron bij de beantwoording van de eerste deelvraag. Ook deze bron zal in meerdere deelvragen een belangrijke rol spelen. Voor deze deelvraag is hoofdzakelijk de paragraaf 'de billijke vergoeding: algemeen' relevant. Tot slot zal ik een tweetal artikelen uit arbeidsrechtrelevante vakbladen gebruiken bij de beantwoording van de eerste deelvraag, te weten: een artikel van Laura Zuydgeest (GMV Advocaten) genaamd 'De billijke vergoeding onder de Wet Werk en Zekerheid per 1 juli 2015' [[15]](#footnote-16) en een artikel van Prof. Mr. S.F. Sagel, genaamd 'Het muizengaatje verdient de hoofdprijs'.[[16]](#footnote-17)

*1.5.2. Wanneer is er sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever volgens de literatuur?*

Zoals de vraagstelling al duidelijk maakt, ligt de beantwoording van deze deelvraag in het uitvoeren van wetsanalyse en literatuuronderzoek. Deze deelvraag behoort ook tot het theoretisch onderzoeksgedeelte. Verder behelst deze deelvraag een literatuuronderzoek ter beantwoording van de vraag wanneer er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. De belangrijkste "auteur" is hier naar mijn idee de wetgever. De wetgever heeft de terminologie 'ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever' behandeld in de Kamerstukken. Ik zal ter beantwoording van de tweede deelvraag de Memorie van Toelichting, het Advies van de Raad van State en de reactie van de wetgever daarop in haar Nader Rapport[[17]](#footnote-18) onderwerpen aan een literatuuronderzoek. Hieruit zal hoofdzakelijk de intentie van de wetgever duidelijk worden. Voor verder literatuuronderzoek zal ik een tweetal boeken, een naslagwerk en artikelen uit vakbladen behandelen. Ook ter beantwoording van deze deelvraag onderzoek ik het boek 'Individueel arbeidsrecht 3, Ontslagrecht'. Daarnaast zal het boek 'WWZ in Praktijk'[[18]](#footnote-19) een belangrijk onderdeel zijn van het literatuuronderzoek. WWZ in Praktijk bevat verslagen van debatten tussen de advocatuur en rechterlijke macht, waarin ook de invulling van de terminologie 'ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever' groot discussiepunt is. Ook zal ik ter beantwoording van de tweede deelvraag het naslagwerk van W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk raadplegen. Hierbij zal ik tevens informatie onttrekken aan de aan het zelfde onderwerp toegewijde presentatie van Bouwens aan de Vrij Universiteit van Amsterdam. Voor zover voor deze deelvraag relevant, wijdt Bouwens een paragraaf aan het 'ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever'[[19]](#footnote-20). Verdere informatie over wat er in de literatuur wordt gezegd over de terminologie 'ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever' is te vinden in vakbladen. Vanuit analyse van de artikelen uit deze vakbladen kan men goed aflezen hoe er in de praktijk door verschillende auteurs wordt gekeken naar het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. In het maandblad ArbeidsRecht is een uitgebreid artikel gewijd aan de billijke vergoeding [[20]](#footnote-21). De auteur beschrijft hier verschillende aspecten van het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever die kunnen bijdragen aan de beantwoording van de tweede deelvraag. Ook het maandblad 'Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk', waarin B. Schouten een uitgebreid artikel wijdt aan het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten[[21]](#footnote-22), zal in het kader van deze deelvraag geraadpleegd worden. Het eerder behandelde artikel van Sagel zal ook bij deze deelvraag relevant zijn in het kader van de uitwerking van de terminologie met de blik op de intentie van de wetgever.

*1.5.3. Wat zeggen de wetgeving en de literatuur over de hoogte c.q. de berekening van de billijke vergoeding?*

Daar waar de tweede deelvraag zich richt op de criteria omtrent de toekenning van de billijke vergoeding, richt deze derde deelvraag zich op de hoogte die een inmiddels toegekende billijke vergoeding dient te krijgen. Deze deelvraag behoort uiteraard ook tot het theoretisch onderzoeksgedeelte. Dit literatuuronderzoek is gefundeerd op verschillende bronnen. Allereerst zal ik de Kamerstukken bestuderen. Hieruit zal ik herleiden wat de wetgever heeft beoogd omtrent de hoogte van de billijke vergoeding. Deze informatie zal ik hoofdzakelijk zoeken in de Memorie van Toelichting. Ook bij de beantwoording van deze deelvraag zal ik beide aangehaalde boeken benutten. Met name WWZ in de Praktijk besteedt in de discussies veel aandacht aan een eventuele rekenmethode en de hoogte van de billijke vergoeding. Daarnaast zal ik ook Individueel Arbeidsrecht 3 wederom raadplegen, wat zich eveneens uit over de hoogte van de billijke vergoeding. Het in de vorige twee deelvragen gebruikte naslagwerk 'Arbeidsovereenkomstenrecht' van Bouwens en Duk is wederom relevant. Zij besteden aandacht aan de hoogte van de billijke vergoeding in de gelijkgenaamde paragraaf 'De hoogte van de billijke vergoeding'.[[22]](#footnote-23) Dit naslagwerk besteedt ook aandacht aan de wetsgeschiedenis omtrent de hoogte van de billijke vergoeding en biedt derhalve een goede aanvulling op mijn eigen analyse van de Kamerstukken. In het tijdschrift ArbeidsRecht[[23]](#footnote-24) beschrijft Van Zanten-Baris de aspecten van een eventuele vergoedingssystematiek bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding. Dit artikel zal bijdragen aan het onderzoek ter beantwoording van deze derde deelvraag. Wederom zal het artikel van Sagel hier relevant zijn, aangezien hij, zoals hij zich bij de vorige deelvraag bemoeit met het ernstig verwijtbaar handelen, zich met name uitlaat over de omvang van de billijke vergoeding.

*1.5.4. Onder welke feiten en omstandigheden is er volgens de rechter sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever?*

Deze deelvraag dient te worden beantwoord aan de hand van de uitkomsten van een jurisprudentieonderzoek. Ik zal hier zoeken naar een rode lijn binnen rechterlijke uitspraken waarin de rechter heeft geoordeeld omtrent de toekenning, dan wel afwijzing van een billijke vergoeding. Om tot een selectie te komen van bruikbare uitspraken waaruit kan worden herleid onder welke feiten en omstandigheden de rechter acht dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, heb ik allereerst gezocht naar het totaalaanbod. Op www.rechtspraak.nl treft men binnen de civielrechtelijke uitspraken tussen 1 juli 2015 en 31 maart 2016 217 "hits" aan bij de zoekopdracht "billijke vergoeding". Dit aantal heb ik allereerst gefilterd op onbruikbaarheid. Ik achtte in ieder geval de volgende gevallen als gegeven voor onbruikbaarheid: eiser/verzoeker is niet ontvankelijk waardoor er niet inhoudelijk wordt geoordeeld over de toekenning van de billijke vergoeding, de rechter komt niet toe aan inhoudelijke behandeling van het verzoek om een billijke vergoeding doordat het een voorwaardelijk verzoek betreft waarbij uiteindelijk de voorwaarde niet wordt vervuld en daardoor het verzoek vervalt, de uitspraak is afkomstig van een arrondissement van Aruba of Sint Maarten, die voor SRK-Rechtsbijstand niet relevant zijn aangezien zij hier niet procederen. Tot slot heb ik ook de zaken in hoger beroep achterwege gelaten, omdat het criterium van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever in beginsel niet bestaat in hoger beroep.[[24]](#footnote-25) Na deze filtering blijven er ruim 80 uitspraken over waarin inhoudelijk wordt geoordeeld over de toekenning of afwijzing van een billijke vergoeding. Gezien de vraagstelling van deze deelvraag zijn slechts de uitspraken relevant waarin de rechter daadwerkelijk oordeelt of er, al dan niet sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Derhalve zal ik ook de uitspraken waarin wordt geoordeeld omtrent een billijke vergoeding ex artikel 7:681 BW uitsluiten van mijn onderzoek, aangezien hiervoor niet expliciet het criterium van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten is gesteld.[[25]](#footnote-26) Na al de voorgaande filteringen ontstaat er een selectie van 59 uitspraken van de Nederlandse rechtbanken tussen 1 juli 2015 en 31 maart 2016, waarin zij oordelen over de toekenning of afwijzing van een billijke vergoeding, met als criterium het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Door alle relevante uitspraken te gebruiken sinds de inwerkingtreding van de WWZ, handhaaf ik een validiteit van 100%.

*1.5.5. Welke hoogte kent de rechter toe aan de billijke vergoeding in relatie tot de omstandigheden van het geval?*

In deze deelvraag zal ik onderzoek doen naar de hoogte van de billijke vergoeding. In de vierde deelvraag onderzoek ik het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Om de koppeling te kunnen maken tussen de hoogte van de billijke vergoeding en de mate van ernstige verwijtbaarheid zal ik de gegevens die voortvloeien uit de resultaten van de beantwoording van de vierde deelvraag ook in deze deelvraag gebruiken. Nu bij het onderzoek binnen de vierde deelvraag duidelijk wordt welke feiten en omstandigheden de rechter als ernstig verwijtbaar handelen of nalaten beschouwd, kan ik onderzoeken welke hoogte de rechter toekent aan de billijke vergoeding gemeten aan deze ernstige verwijtbaarheid. Het zal uiteraard slechts mogelijk zijn om onderzoek te verrichten in de uitspraken waar een billijke vergoeding is toegekend.

*Analyse van de uitspraken*

Ik zal de uitspraken analyseren aan de hand van het volgende schema:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| Uitspraken → | (1) ECLI:NL:RBNHO:2016:2698 | (2)  ECLI:NL:RBDHA:2016:761 | (3)  ECLI:NL:RBLIM:2016:661 | Etc. Etc. t/m nr.59. |
| Feiten & omstandigheden |  |  |  |  |
| Argumenten werknemer |  |  |  |  |
| Argumenten werkgever |  |  |  |  |
| Overweging rechter |  |  |  |  |
| Uitspraak: toekenning/afwijzing billijke vergoeding |  |  |  |  |
| Hoogte billijke vergoeding |  |  |  |  |

**Afdeling 1. De billijke vergoeding in theorie**

***Hoofdstuk 2 De billijke vergoeding algemeen***

*2.1. Wet Werk en Zekerheid*

Met de inwerkingtreding van de Wet Werk en Zekerheid (hierna:WWZ) in 2015 heeft de wetgever grootse veranderingen aangebracht binnen het arbeidsrecht. Dit achtte de wetgever noodzakelijk, aangezien er sprake was van "groot achterstallig onderhoud". Met name het ontslagrecht, wat voorafgaand aan de WWZ in essentie sinds de Tweede Wereldoorlog onveranderd is gebleven, is groots aangepakt. Door middel van de WWZ werkt de wetgever aan een nieuw balans tussen flexibiliteit en zekerheid op de arbeidsmarkt.[[26]](#footnote-27) De WWZ is als een tweetrapsraket inwerking getreden. Het eerste gedeelte van de WWZ is per 1 januari 2015 van kracht gegaan, hierin werden hoofdzakelijk de nieuwe bepalingen rondom het concurrentiebeding, de aanzegverplichting en de nieuwe bepalingen rondom het proeftijdbeding geïntroduceerd. Het is echter het tweede deel, tevens het grootste deel, dat per 1 juli 2015 van kracht is gegaan en daarmee het ontslagrecht aanzienlijk heeft veranderd. Het doel van de WWZ is om het ontslagrecht eenvoudiger, sneller, eerlijker en minder kostbaar voor werkgevers te maken. Tevens is het voor de werknemer meer gericht op het vinden van een nieuwe baan.[[27]](#footnote-28) Deze aspecten zijn duidelijk uitgewerkt in een nieuw vergoedingsystematiek. Allereerst worden eenvoud en eerlijkheid bewerkstelligd door een aspect weg te nemen uit het ontslagrecht dat voor veel willekeur heeft gezorgd. Onder het oude ontslagrecht kon de werkgever namelijk zelf beslissen via welke route hij zijn werknemer ontsloeg. Deze beslissing is bepalend voor de vraag of de werknemer kans maakt op een ontslagvergoeding, aangezien een ontslagvergoeding slechts wordt toegekend bij een ontslag via de kantonrechter. In plaats van dat de werkgever zelf kan beslissen via welke ontslagroute hij zijn werknemer ontslaat, staan de ontslagroutes nu wettelijk gekoppeld aan de betreffende variant van ontslag. Ontslag om bedrijfseconomische redenen gaat voortaan via de UWV-route en ontslag om persoonlijke redenen gaat voortaan via route van de kantonrechter. Daarbij heeft de wetgever in de WWZ gekozen voor een wettelijk geregelde ontslagvergoedingssystematiek die de ontslagvergoeding op basis van de kantonrechtersformule zal vervangen, genaamd de transitievergoeding. Iedere werknemer die een dienstverband heeft gehad van minstens twee jaar heeft nu in beginsel recht op een transitievergoeding.[[28]](#footnote-29) De transitievergoeding is (refererend aan de doelstellingen van de wet) gericht op lagere ontslagvergoedingen en tevens op een ontkoppeling van de ontslagvergoeding van de ontslagroute. Daarmee zijn de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid gewaarborgd.[[29]](#footnote-30) Anders dan de kantonrechtersformule, biedt de transitievergoeding in de berekening van de ontslagvergoeding geen mogelijkheid om eventuele verwijtbaarheid van de beëindiging van het dienstverband aan één der partijen mee te laten wegen in de hoogte van de vergoeding. De transitievergoeding heeft als doel het ontslag te compenseren en de transitie naar een volgende baan te vergemakkelijken. Derhalve wordt er bij de formule voor de transitievergoeding geen correctiefactor gehanteerd, de berekening geschiedt thans als volgt: de hoogte van de vergoeding betreft voor de eerste 10 dienstjaren een derde van het maandsalaris per dienstjaar, en voor ieder opvolgend dienstjaar een half maandsalaris per dienstjaar. De transitievergoeding is daarbij gemaximaliseerd op een bedrag van €75.000,- of één jaarloon indien dat bedrag hoger uitkomt dan €75.000,-.[[30]](#footnote-31) Om alsnog de mogelijkheid te bieden om de verwijtbaarheid aan het einde van het dienstverband van een der partijen te vertalen in een vergoeding, introduceert de wetgever de billijke vergoeding als additionele vergoeding. De billijke vergoeding dient er tevens voor het ontslag te compenseren en om ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werkgever te voorkomen.[[31]](#footnote-32)

*2.2. Aanleiding voor een verzoek om een billijke vergoeding*

De wet voorziet grofweg in drie situaties in een mogelijkheid voor een werknemer om de kantonrechter te verzoeken om een billijke vergoeding toe te kennen na beëindiging van het dienstverband. Een billijke vergoeding kan worden toegekend na ontbinding van de arbeidsovereenkomst[[32]](#footnote-33), na opzegging van de arbeidsovereenkomst[[33]](#footnote-34) of na einde van de arbeidsovereenkomst van rechtswege[[34]](#footnote-35). Het criterium voor de toekenning van een billijke vergoeding is (zoals ook duidelijk in de betreffende artikelen is opgenomen) het door de werknemer te stellen en te bewijzen ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. De billijke vergoeding is derhalve bedoeld om ernstige verwijtbaarheid aan het ontslag van werkgeverszijde te vertalen in een geldbedrag, als het ware als een compensatie voor onrecht. De wetgever benadrukt dan ook dat de billijke vergoeding zich anders karakteriseert dan de transitievergoeding, die in beginsel wordt toegekend en dient ter compensatie van het ontslag. Tevens fungeert zij als hulp bij de transitie naar een andere baan.[[35]](#footnote-36)

*2.2.1. Billijke vergoeding na ontbinding van de arbeidsovereenkomst*

Als eerste aangehaalde situatie waarin een werknemer een verzoek om toekenning van een billijke vergoeding zou kunnen indienen, neem ik de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door ontbinding. Op grond van artikel 7:671b lid 9 BW kan de rechter die een ontbindingsverzoek wegens persoonsgebonden gronden van de werkgever toekent, aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen indien hij van oordeel is dat de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Daarnaast kan de kantonrechter op grond van artikel 7:671c lid 1 BW op verzoek van de werknemer de arbeidsovereenkomst ontbinden wanneer de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve direct of op korte termijn behoort te eindigen. Wanneer deze ontbinding het *gevolg* is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever kan de kantonrechter op basis van artikel 7:671c lid 2 sub b BW een billijke vergoeding toekennen aan de werknemer. De rechter is niet bevoegd om direct een billijke vergoeding te koppelen aan de ontbinding die hij uitspreekt. Wanneer de rechter voornemens is om een vergoeding te verbinden aan de ontbinding van de arbeidsovereenkomst dient hij partijen hieromtrent in kennis te stellen en de verzoeker van de ontbinding in gelegenheid te stellen om, binnen een door de rechter te stellen redelijke termijn, zijn verzoek in te trekken. [[36]](#footnote-37) Gezien het doel van deze bepaling, namelijk het bieden van een mogelijkheid tot afweging van het verzoek, dient de rechter hierbij ook de hoogte van de voorgenomen vergoeding mee te delen.[[37]](#footnote-38)

*2.2.2. Billijke vergoeding na opzegging van de arbeidsovereenkomst*

Ook na beëindiging van het dienstverband door middel van een vernietigbare opzegging, maar wanneer er voor deze opzegging niet om vernietiging wordt verzocht, kan de rechter op grond van artikel 7:681 lid 1 BW op verzoek van de werknemer een billijke vergoeding toekennen indien de werkgever de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd in strijd met artikel 7:671 BW (zonder instemming van werknemer), één van de opzeg verboden, het verbod op onderscheid (gelijkheidsvoorschriften) of artikel 7:690 BW. Een verdere mogelijkheid voor een werknemer om de rechter te verzoeken om een billijke vergoeding toe te kennen, kan zich voor doen na een opzegging van de arbeidsovereenkomst na toestemming van het UWV (of de cao commissie). Artikel 7:682 lid 1 sub b BW stelt dat, wanneer de opzegging in strijd is met de voorwaarden uit artikel 7:669 lid 3 sub a en de arbeidsovereenkomst volgens de rechter door een omstandigheid die te wijten is aan ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, in redelijkheid niet kan worden hersteld, de rechter een billijke vergoeding kan toekennen. Volgens artikel 7:682 lid 1 sub c BW komt de rechter de zelfde bevoegdheid toe wanneer de opzegging an sich het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Gelet op de aanhef van lid 1 van het artikel kan een billijke vergoeding op grond van artikel 7:682 BW slechts worden toegekend op verzoek van de werknemer . Ook lid 2 en 3 van artikel 7:682 BW bieden de rechter de bevoegdheid om aan bepaalde werknemers op hun verzoek een billijke vergoeding toe te kennen. Het gaat hier respectievelijk om werknemers zoals bedoeld in artikel 7:671 lid 1 sub d en h[[38]](#footnote-39) BW en om werknemers als bedoeld in artikel 7:671 lid 1 sub e en f BW[[39]](#footnote-40). Voor beiden geldt hier ook het criterium van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Voor de laatst genoemde groep werknemers kan een billijke vergoeding ook worden toegekend wanneer de opzegging is gedaan zonder redelijke grond of zonder te voldoen aan het herplaatsing-criterium zoals is gesteld in artikel 7:669 BW.

*2.2.3. Billijke vergoeding na einde van rechtswege*

Ook na het verstrijken van de tijdsduur van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan, indien het dienstverband niet wordt voortgezet, aan de werknemer een billijke vergoeding worden toegekend. Artikel 7:673 lid 9 BW biedt de kantonrechter hier de mogelijkheid toe, indien het niet voortzetten van het dienstverband het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Voor de toewijzing van het verzoek is niet van belang op wiens initiatief het dienstverband niet wordt voortgezet.[[40]](#footnote-41) Artikel 7:673 lid 9 sub b BW geeft ook de werknemer die geen recht heeft op een transitievergoeding doordat zijn dienstverband minder dan 24 maanden heeft geduurd, of doordat hij de leeftijd van 18 jaar nog niet heeft bereikt[[41]](#footnote-42), het recht op een billijke vergoeding indien het niet voortzetten van het dienstverband het gevolg is van het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.

*2.3. De billijke vergoeding als "Muizengaatje"*

De wetgever legt sterk de nadruk op het terughoudende karakter van de billijke vergoeding. Toekenning van een billijke vergoeding dient dan ook slechts in uitzonderlijke gevallen te geschieden[[42]](#footnote-43). Door deze intentie ten aanzien van de wijze van toepassing van de billijke vergoeding karakteriseert de wetgever de billijke vergoeding als het "muizengaatje".[[43]](#footnote-44) Echter, door het gebruiken van enigszins 'ruime' begrippen in de wettekst en in de Memorie van Toelichting bestaat er in de praktijk veel kritiek en scepticisme op de daadwerkelijke toepassing van dit "muizengaatje".[[44]](#footnote-45)

*2.4. Tussenconclusie; Wat houdt de billijke vergoeding in?*

De billijke vergoeding is een additionele vergoeding, die de ernstige verwijtbaarheid van een werkgever aan een gegeven ontslag vertaalt in een vergoeding. De billijke vergoeding is geïntroduceerd in de WWZ, doordat de wetgever afscheid heeft genomen van de ontslagvergoeding op basis van de kantonrechtersformule en heeft gekozen voor een wettelijk geregelde ontslagvergoedingssystemathiek, genaamd de transitievergoeding. De transitievergoeding voorziet niet in een compensatie van de verwijtbaarheid van een der partijen aan het ontslag, zoals de kantonrechtersformule dat kende door middel van factor C. Om deze mogelijkheid alsnog te bieden is de billijke vergoeding in het leven geroepen. De billijke vergoeding kan worden toegekend bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst na zowel een werkgevers- als een werknemersverzoek om ontbinding. Ook kan de billijke vergoeding worden toegekend na een (vernietigbare) opzegging van het dienstverband. Tot slot kan de rechter een billijke vergoeding toekennen na een beëindiging van het dienstverband van rechtswege. Over het algemeen kan worden gesteld dat voor toekenning van een billijke vergoeding het criterium van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever wordt gehanteerd. Hoewel daar in de praktijk kritiek over bestaat, geeft de wetgever aan dat het criterium van ernstige verwijtbaarheid zeer terughoudend moet worden getoetst en dat er slechts in uitzonderlijke gevallen sprake mag zijn van toekenning van een billijke vergoeding.

***Hoofdstuk 3. Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever***

*3.1. Intentie van de wetgever*

Inmiddels is duidelijk dat voor een verzoek om toekenning van een billijke vergoeding het criterium 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever' wordt gehanteerd. De wetgever benadrukt hierbij dat er zeer terughoudend moet worden omgegaan met de billijke vergoeding en dat deze slechts is bedoeld voor uitzonderlijke situaties. Uit het advies van de Raad van State blijkt dat er ook vanuit de wetgever onzekerheid bestond over de toepasbaarheid en juiste formulering van de terminologie. De wetgever had in eerste instantie de intentie om het criterium als volgt te stellen: "ernstige verwijtbaarheid dan wel situaties die te kenschetsen zijn als een situatie waarin het feit dat de arbeidsrelatie beëindigd moet worden geheel of grotendeels te wijten is aan de ene of andere partij"[[45]](#footnote-46). Uiteindelijk zijn zij toch gekomen tot de (strengere) formulering zoals het criterium nu bestaat. De Raad van State adviseerde hieromtrent dat de gekozen formulering geschikt is om de billijke vergoeding beperkt te houden tot 'duidelijke en uitzonderlijke gevallen van onrechtmatige gedragingen die te kwalificeren zijn als duidelijk strijdig met goed werkgeverschap (of goed werknemerschap in het spiegelbeeldige geval waarin het gaat om het verlies van de transitievergoeding)'.[[46]](#footnote-47)

Zoals eerder kort is aangehaald is er veel aandacht voor het debat over dit aspect van de billijke vergoeding. Doordat de wetgever enerzijds wijst op het terughoudende karakter van de billijke vergoeding, maar anderzijds kiest voor een terminologie die ruimte voor interpretatie overlaat, ontstaat binnen de rechtspraktijk veel onzekerheid over de vraag hoe de billijke vergoeding moet worden toegepast. In een poging om het criterium 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever' nader te specificeren heeft de wetgever in de Memorie van Toelichting een niet limitatief aantal voorbeelden genoemd waarbij in ieder geval moet worden gedacht aan het toekennen van een billijke vergoeding. De wetgever geeft aan dat een billijke vergoeding aan de orde is wanneer:

- er als gevolg van laakbaar gedrag van de werkgever een verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan (bijvoorbeeld als gevolg van het niet willen ingaan op avances zijnerzijds) en de rechter concludeert dat er geen andere optie is dan ontslag;

- een werkgever discrimineert, de werknemer hiertegen bezwaar maakt, er een onwerkbare situatie ontstaat en niets anders rest dan ontslag;

- een werkgever grovelijk de verplichtingen niet nakomt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en er als gevolg daarvan een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat. Te denken is hierbij aan de situatie waarin de werkgever zijn re-integratieverplichtingen bij ziekte ernstig heeft veronachtzaamd;

- de werkgever een valse grond voor ontslag aanvoert met als enig oogmerk een onwerkbare situatie te creëren en ontslag langs die weg te realiseren;

- een werknemer arbeidsongeschikt is geworden (en uiteindelijk wordt ontslagen) als gevolg van verwijtbaar onvoldoende zorg van de werkgever voor de arbeidsomstandigheden;

Na de nadere uitleg van de wetgever van wat hij verstaat onder ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, blijft er door de gekozen bewoordingen alsnog ruimte voor interpretatie. Termen als 'laakbaar gedrag', 'discrimineert', 'onwerkbare situatie' en 'verwijtbaar onvoldoende zorg' zijn hier de oorzaak van, het is immers ook bij deze terminologie aan de rechter overgelaten om er een invulling aan te geven. Wat betreft de intentie van de wetgever bij een verzoek om een billijke vergoeding op grond van artikel 7:681 lid 1 BW is de wetgever duidelijk en concreet. Opzegging in strijd met de voor opzegging geldende voorschriften is in beginsel dermate verwijtbaar dat de ernstige verwijtbaarheid hier een gegeven is en de werkgever hier dan ook per definitie een billijke vergoeding dient uit te keren.[[47]](#footnote-48)

*3.2. Interpretatie van terminologie: ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever*

In de rechtspraktijk zijn in verscheidene debatten, vergaderingen en bijdrages een aantal "stromingen" waar te nemen wat betreft de interpretatie van de terminologie die bepalend is voor de toekenning van een billijke vergoeding. Binnen de praktijk bestaan er dus verschillende interpretaties van de terminologie 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever' en over hoe er met de billijke vergoeding om moet worden gegaan c.q. om zou moeten worden gegaan.

*3.2.1. 'Ernstig verwijtbaar' of 'verwijtbaar' handelen of nalaten van de werkgever*

De wetgever heeft bij haar woordkeuze ter afbakening van het criterium voor de toekenning van een billijke vergoeding gebruik gemaakt van een terminologie die aan brede interpretatie onderhevig is. De term verwijtbaar is an sich al een term die weinig omkadering schept. Wanneer een bepaald handelen of nalaten verwijtbaar is, is subjectief doordat dit afhankelijk is van een individuele moraliteit. De wetgever heeft deze term vervolgens strenger afgebakend, door de eis te stellen dat "gewone" verwijtbaarheid onvoldoende is, maar dat er sprake moet zijn van ernstige verwijtbaarheid. Deze terminologie brengt een extra factor van subjectiviteit met zich mee, namelijk het normatieve oordeel wanneer handelen of nalaten dat wordt beoordeeld als verwijtbaar, tevens ernstig verwijtbaar is. Het verschil tussen verwijtbaar of ernstig verwijtbaar draagt grote gevolgen, er kan immers slechts bij ernstige verwijtbaarheid een billijke vergoeding worden toegekend. De toevoeging van het woord 'ernstig' betekent dus een strenge afbakening die aan de rechter, die voornamelijk aan zijn normbesef wordt overgelaten, slechts een keuze tussen extremen (alles of niets situatie) biedt. [[48]](#footnote-49) Begrippen als 'enigszins verwijtbaar' of 'in grote mate verwijtbaar' zijn hier niet relevant, slechts (het uitzonderlijke geval van) ernstige verwijtbaarheid biedt een mogelijkheid tot toekenning van een billijke vergoeding. Bouwens bepleit dat deze harde afscheiding zeer onwenselijk uit zal pakken in de praktijk. Doordat de keuze ligt tussen wel of geen 'ernstige' verwijtbaarheid zal er veel ongelijkheid zijn in vergelijkbare zaken waarbij sprake is van grensgevallen. Het gebrek aan tussenwegen zal betekenen dat in vergelijkbare zaken in het ene geval een billijke vergoeding zal worden afgewezen en in het andere geval een billijke vergoeding zal worden toegekend. Doordat slechts bij 'ernstige' verwijtbaarheid een billijke vergoeding zal worden toegekend, waarbij de wetgever benadrukt dat hier slechts in uitzonderlijke gevallen sprake van mag zijn, neemt Bouwens aan dat de hoogte die zal worden toegekend aan de vergoeding direct hoger zal uitvallen, hetgeen de ongelijkheid tussen grensgevallen des te meer bevordert.[[49]](#footnote-50) Naast ongelijkheid brengt het streng afbakenen van het criterium voor een billijke vergoeding een tweede probleem met zich mee. Zo benadrukt P. Kruit dat de toevoeging van het woord "ernstig" aan de verwijtbaarheid die noodzakelijk is voor toekenning van een billijke vergoeding, het maatwerk van de rechters sterk nadelig zal beïnvloeden. Kruit verdedigt derhalve de stelling dat 'het ontslagrecht enkel praktisch werkbaar kan worden gehouden indien het criterium ernstige verwijtbaarheid door de kantonrechters wordt uitgelegd als verwijtbaarheid, vergelijkbaar met hoe kennelijk onredelijk ontslag in de rechtspraak is verworden tot onredelijk ontslag'.[[50]](#footnote-51) Deze stelling is naar mijn idee in absolute zin niet haalbaar. De wetgever heeft niet voor niets uitdrukkelijk gekozen voor de term "ernstig verwijtbaar" en daarnaast kan er geen andere indruk zijn gewekt dan dat de wetgever de intentie heeft dat er zeer terughoudend met de toekenning van een billijke vergoeding moet worden omgegaan. Dit neemt echter niet weg dat een strenge afbakening van het criterium, zonder verdere tussenwegen, een onwenselijke doorwerking heeft in de bevoegdheid van de rechters. Door enerzijds in beginsel een transitievergoeding toe te kennen wanneer de werkgever zich "gewoon" naar goed werkgeverschap opstelt en anderzijds slechts bij ernstige verwijtbaarheid de mogelijkheid te bieden een additionele vergoeding toe te kennen, impliceert de wetgever dat er geen situaties bestaan die zich voordoen tussen het goed werkgeverschap en ernstige verwijtbaarheid in, althans zij biedt de rechters geen mogelijkheid om met die situaties om te gaan.[[51]](#footnote-52) Een manier om van deze legistische opvatting af te wijken, ligt in de invulling van de voorbeelden die de wetgever geeft ter verduidelijking van wat zij verstaat onder ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. In deze abstracte begrippen[[52]](#footnote-53) ligt de ruimte voor de rechter om invulling te geven aan ernstige verwijtbaarheid.

*3.2.2. Nieuwe terminologie en reeds bestaande terminologie.*

Onder andere Van Zanten-Baris[[53]](#footnote-54) en Bouwens[[54]](#footnote-55) hebben het punt aangehaald dat er elders in de wet al langer gebruik wordt gemaakt van de term "ernstige verwijtbaarheid". Hierbij kan de vraag worden gesteld of de ernstige verwijtbaarheid in de zin van het criterium t.b.v. de toekenning van de billijke vergoeding, op dezelfde wijze kan worden geïnterpreteerd als bij gebruik van de term "ernstige verwijtbaarheid" in andere delen van de wet. Onder verwijzing naar arresten van de Hoge Raad, haalt Bouwens aan dat een interpretatie van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever kan worden gezocht in het gebruik van de term "een ernstig verwijt" zoals dat werd gevoerd ter aansprakelijkstelling voor schade die is toegebracht door een werknemer. In deze toepassing zou 'ernstig verwijt' inhoudelijk gelijk zijn aan "opzet en bewuste roekeloosheid".[[55]](#footnote-56) Aanknoping aan reeds bekende terminologie is bepleitbaar, maar naar mijn mening niet doorslaggevend door de speciale bewoordingen die de wetgever heeft gekozen teneinde te bewerkstelligen dat een billijke vergoeding slechts in exclusieve gevallen kan worden toegekend. De wetgever heeft (kennelijk bewust) zelf ook geen aanknopingspunten gezocht aan reeds bekende terminologie en daarentegen door de gekozen bewoordingen de ruimte aan de rechter overgelaten om de toepassing in de praktijk concreet te maken. Dit is naar mijn mening ook af te leiden uit het feit dat in de Memorie van Toelichting uitdrukkelijk is aangegeven dat de jurisprudentie zal worden geëvalueerd, om te controleren of het criterium haar doel bereikt.[[56]](#footnote-57) Anders dan het idee om direct interpretatie te kunnen afleiden uit reeds bekende terminologie, vind ik het idee om de toepassing van de billijke vergoeding te herleiden uit de toepassing van andere criteria voor toekenning van een (schade)vergoeding elders in de wet aannemelijker. Zo stelt het criterium voor een schadevergoeding wegens wanprestatie (6:74 BW) dat er sprake moet zijn van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de verbintenis. Dit criterium bevat een vrij algemene uitleg, waar weinig afbakening plaats vindt. Een tekortkoming in de zin van dit criterium zijn "alle gevallen waarin de schuldenaar in enig opzicht achterblijft bij hetgeen uit de verbintenis voortvloeit".[[57]](#footnote-58) Wanneer er sprake is van overmacht is de tekortkoming niet toerekenbaar op grond van artikel 6:75 BW. De eis van toerekenbare tekortkoming is derhalve een veel lichtere eis dan die van het criterium van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Deze verhouding is tegenstrijdig met de algemene beginselen van het arbeidsrecht en met het algemeen verbintenissenrecht, aangezien het arbeidsrecht juist uitgaat van ongelijkheidcompensatie in het voordeel van de "zwakkere werknemer" versus de "sterkere" werkgever en het algemeen verbintenissenrecht juist uitgaat van gelijkwaardigheid.[[58]](#footnote-59) De strenge invulling die wordt toebedeeld aan het criterium van ernstige verwijtbaarheid strookt naar mijn mening derhalve niet met de uitgangspunten van het arbeidsrecht. Het criterium voor toekenning van een billijke vergoeding dient ruim mogelijk, dat wil zeggen voor zover mogelijk is binnen de kaders die de wetgever schept, te worden uitgelegd. Een lagere drempel die een rechter moet nemen om een werknemer een billijke vergoeding toe te kennen strookt dan ook beter met het uitgangspunt van gelijkheidscompensatie.

*3.2.3. Ernstig verwijtbaar en kennelijk onredelijk*

Met de introductie van de billijke vergoeding, is tevens een einde gekomen aan het kennelijk onredelijk ontslag (artikel 7:681 BW oud). Kennelijk onredelijk ontslag impliceert een gedrag dat door een weldenkend mens als onredelijk (en eventueel vertaald naar WWZ terminologie als 'ernstig') kan worden beschouwd.[[59]](#footnote-60) De vraag of het ontslag redelijk is, mede in het licht van de gevolgen van het ontslag voor de werknemer en de voorzieningen die de werkgever heeft getroffen om deze gevolgen op te vangen, is volgens de wetgever niet relevant voor de toekenning van een billijke vergoeding. De gevolgen van het ontslag worden immers al gecompenseerd door de transitievergoeding die onder de WWZ in beginsel wordt toegekend. De vergoeding op grond van het zogenoemde gevolgencriterium ex artikel 7:681 BW oud dient derhalve te zijn geforfaiteerd in de transitievergoeding.[[60]](#footnote-61) Dit aspect van de billijke vergoeding is veelvuldig onderwerp van debat en discussie en wordt dan ook door veel auteurs bekritiseerd. De stelling dat de mogelijkheid tot toetsing van de redelijkheid van het ontslag volledig komt te vervallen, doordat de transitievergoeding de gevolgen van het ontslag compenseert, is naar mijn mening te kort door de bocht. Het antwoord op de vraag of het ontslag kennelijk onredelijk is, is immers van meer factoren afhankelijk dan enkel van de gevolgen voor de werknemer en de opvangvoorzieningen die de werkgever heeft aangeboden. Eén van de situaties die artikel 7:681 BW benoemde als grond waarop de rechter kon oordelen dat een opzegging kennelijk onredelijk is, is het opzeggen onder aanvoering van een voorgewende of valse reden. Het is dan ook zeer opmerkelijk dat de wetgever in de Memorie van Toelichting als verduidelijking van wat zij verstaat onder ernstig verwijtbaar handelen of nalaten, de situatie aanhaalt waarin de werkgever een valse grond voor ontslag aanvoert met als enig oogmerk een onwerkbare situatie te creëren en ontslag langs die weg te realiseren.[[61]](#footnote-62) Het lijkt mij dan ook zeer bepleitbaar dat hoewel de wetgever aangeeft dat de redelijkheid van het ontslag niet relevant is voor de toekenning van de billijke vergoeding, er alsnog kan worden gekeken naar kennelijk onredelijkheid van een ontslag ter beantwoording van de vraag of er sprake is van ernstige verwijtbaarheid, doordat er naast het gevolgencriterium ook andere criteria bestaan voor een vergoeding wegens kennelijk onredelijkheid van het ontslag die niet zijn geforfaiteerd in de transitievergoeding.[[62]](#footnote-63)

*3.3. Tussenconclusie; Wanneer is er sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever volgens de literatuur?*

Als criterium voor de toekenning van een billijke vergoeding wordt dus 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever' gehanteerd. Wanneer er in een concreet geval echter sprake is van deze ernstige verwijtbaarheid is voor interpretatie vatbaar. Om duidelijkheid te verschaffen omtrent de vraag hoe de terminologie "ernstige verwijtbaarheid" onder de WWZ dient te worden geïnterpreteerd, oftewel wanneer er sprake is van ernstige verwijtbaarheid, dient men zowel te kijken naar de intentie van de wetgever bij de formulering van deze terminologie als naar de interpretatie van juristen in het beroepenveld. Allereerst is inmiddels duidelijk dat er volgens de wetgever slechts in uitzonderlijke gevallen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen. De wetgever geeft in de Memorie van Toelichting ter verduidelijking een niet limitatieve opsomming van voorbeelden waarbij in ieder geval moet worden gedacht aan ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, hiervoor verwijs ik terug naar paragraaf 1 van dit hoofdstuk. Ook in deze voorbeelden maakt de wetgever gebruik van abstracte termen die alsnog ruimte voor interpretatie over laten. Wat betreft de toekenning van een billijke vergoeding bij opzegging in strijd met de voor opzegging geldende voorschriften (vernietigbare opzegging), maakt de wetgever duidelijk dat deze gevallen in beginsel dermate verwijtbaar zijn, dat het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever gegeven is.

Binnen de discussie over de terminologie "ernstig verwijtbaar handelen of nalaten" wordt ook wel bepleit dat de strenge afbakening waarin de toevoeging van het woord "ernstig" voorziet, ten koste gaat van de mogelijkheid voor de rechters om maatwerk te leveren. Ook kan een dergelijke strenge scheidingslijn leiden tot rechtsongelijkheid binnen de rechtspraak. Ik deel deze mening, aangezien de rechter door de gekozen terminologie des te meer aan zijn eigen normbesef wordt overgelaten en een gebrek aan mogelijkheid tot maatwerk (alles of niets) derhalve zal leiden tot grote verschillen in vergelijkbare zaken. Mijn mening is echter dat een andere vertaling van de terminologie, zoals het weglaten van het woord "ernstig" niet in de rede ligt. De wetgever heeft niet voor niets gekozen voor de betreffende terminologie, voorts is zij duidelijk wat betreft haar intentie ten aanzien van de interpretatie daarvan. De ruimte om 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten' nader in te vullen ligt naar mijn mening dan ook binnen de kaders (van de uitleg) die de wetgever, met gebruik van abstracte begrippen, aan de terminologie heeft gegeven.

Ook ben ik van mening dat de vraag wanneer er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werkgever niet (volledig) kan worden beantwoord door te kijken naar vergelijkbare terminologie elders in de wet. Wederom beroep ik mij op de mening dat de wetgever niet voor niets bij de vormgeving van de terminologie voor de gekozen bewoordingen heeft gekozen. Ook heeft zij (kennelijk bewust) zelf niet gekozen voor aanknopingspunten uit andere delen van de wet. Hoewel ik meen dat reeds bekende terminologie niet zozeer verheldering brengt, ben ik wel van mening dat bij de toepassing van de billijke vergoeding en daarmee ook bij de uitleg van de terminologie, acht moet worden geslagen op de uitgangspunten van het arbeidsrecht in verhouding tot andere delen van de wet. Het arbeidsrecht is immers gebaseerd op ongelijkheidcompensatie in het voordeel van de werknemer. Mijn mening is dat een strenge afbakening van de begrippen en daarmee een terughoudende toepassing van de billijke vergoeding, mede in het licht van de verhouding met criteria voor vergoedingen elders in de wet, niet strookt met de uitgangspunten van het arbeidsrecht.

Bij de introductie van de billijke vergoeding is de mogelijkheid tot toekennen van een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag komen te vervallen. De vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag was gebaseerd op de redelijkheid van het ontslag, mede in het licht van de gevolgen daarvan. De wetgever geeft aan dat de redelijkheid en de gevolgen van het ontslag geen rol mogen spelen bij de billijke vergoeding, aangezien deze factoren zijn geforfaiteerd in de transitievergoeding. De bepalingen omtrent het kennelijk onredelijk ontslag kennen echter meerdere factoren dan enkel de gevolgen van het ontslag, die, anders dan het gevolgencriterium, niet zijn geforfaiteerd in de transitievergoeding. Door het vervallen van het kennelijk onredelijk ontslag dienen deze factoren nu onderdeel uit te maken van de billijke vergoeding en dient "kennelijk onredelijk", in mijn optiek, te worden vertaald naar "ernstig verwijtbaar". Deze mening wordt ondersteund door het feit dat de wetgever factoren die voorheen resulteerden in kennelijk onredelijkheid van het ontslag in de Memorie van Toelichting van de WWZ aanhaalt als factoren die resulteren in ernstige verwijtbaarheid van de werkgever.

Concluderend, ben ik, uitgaande van het gedane literatuuronderzoek, van mening dat een te strenge afbakening van de terminologie "ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever", zoals de wetgever lijkt te beogen, ten koste gaat van het maatwerk van de rechters en de rechtsgelijkheid. Voorts is een dergelijke uitleg niet conform de uitgangspunten van het arbeidsrecht. De terminologie zal in de praktijk derhalve minder streng moeten worden uitgelegd. Deze ruimte om een ruimere uitleg te hanteren ligt in de abstracte begrippen die de wetgever in (de uitleg van) de terminologie hanteert. Wanneer er nu exact sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever zal, zoals de wetgever kennelijk door het gebruik van de abstracte begrippen beoogt, blijken uit de jurisprudentie. In mijn optiek vallen in ieder geval, voor zover niet in de transitievergoeding geforfaiteerd, de bekende factoren van het kennelijk onredelijk ontslag aan te merken als ernstig verwijtbaar. Tevens staat vast dat, indien er wordt geoordeeld dat het dienstverband is opgezegd in strijd met de voor opzegging geldende voorschriften, er in beginsel sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.

***Hoofdstuk 4. Hoogte van de billijke vergoeding***

*4.1. Intentie van de wetgever*

De wetgever heeft in de Memorie van Toelichting niet gekozen voor een concrete aanwijzing hoe de billijke vergoeding dient te worden berekend. Het is dan ook aan de rechter om de hoogte van de vergoeding te bepalen. De hoogte van de billijke vergoeding dient in verband te staan met de mate van ernstige verwijtbaarheid en te worden bepaald naar de bijzondere omstandigheden van het geval. Factoren als loon en lengte van het dienstverband, die wél onderdeel uitmaakten van de kantonrechtersformule, hoeven geen rol te spelen bij de billijke vergoeding.[[63]](#footnote-64) Tevens geeft de wetgever uitdrukkelijk aan dat de hoogte van de billijke vergoeding niet in verband staat met de redelijkheid van het ontslag, zoals de gevolgen die het ontslag met zich meebrengt en de inzet die de werkgever heeft getoond om deze gevolgen te beperken (het zogenaamde gevolgencriterium), omdat dit al is vertaald in de transitievergoeding. Wel kan de rechter op verzoek van de werkgever rekening houden met de financiële situatie van de werkgever. Zo kan een vergoeding worden gematigd na het verweer van de werkgever dat hij de billijke vergoeding niet kan betalen, het zogenoemde 'habe-nichts-verweer'.[[64]](#footnote-65) Specifieke instructies aan de rechters over hoe zij om moeten gaan met de hoogte van de billijke vergoeding blijven echter achterwege. Naar mijn mening moet er terughoudend worden omgegaan met het matigen van een billijke vergoeding. Een matiging van de hoogte van de vergoeding wegens de financiële situatie van de werkgever zou impliceren dat het belang van de financiële situatie van de werkgever prevaleert boven het belang van de werknemer om gecompenseerd te worden voor het ernstig verwijtbare handelen jegens hem. In mijn optie strookt dit niet met het beginsel van ongelijkheidcompensatie, waar het arbeidsrecht immers vanuit gaat. De wetgever geeft aan dat het gebruik van een vaste rekenmethode in ieder geval niet strookt met de intentie van de wetgever bij de billijke vergoeding.[[65]](#footnote-66) De rechters dienen derhalve zonder verdere richtsnoer de billijke vergoeding per concreet geval vast te stellen naar het niveau van ernstige verwijtbaarheid. Ook het ontlenen van houvast aan de kantonrechtersformule lijkt niet voor de hand te liggen bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding. Dit is te herleiden uit de Memorie van Toelichting, waarin de wetgever duidelijk maakt dat de bedoeling van het nieuwe vergoedingssystematiek juist het beperken van te hoge ontslagvergoedingen is.[[66]](#footnote-67) Het is dan ook evident dat deze ontslagvergoedingen te hoog uitvielen door de toepassing van de kantonrechtersformule. Toepassing van deze formule onder de WWZ ligt thans niet in de rede.

*4.2. Uniforme rekenmethode*

Anders dan bij de kantonrechtersformule bestaat er voor de berekening van de billijke vergoeding geen voorgeschreven rekenmethode. De kantonrechtersformule is in 1997 door de Kring van Kantonrechters geformuleerd om een einde te maken aan de rechtsongelijkheid bij de toekenning van ontslagvergoedingen. De uniformiteit die werd beoogd bij de vaststelling van deze formule is dermate geslaagd, dat ook bij beëindiging door middel van een vaststellingsovereenkomst in de regel uit wordt gegaan van een ontslagvergoeding conform de kantonrechtersformule. P. Kruit (advocaat) stelt dan ook dat de Kring van Kantonrechters ook ten behoeve van de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding aanbevelingen op dienen te stellen ter voorkoming van de rechtsongelijkheid.[[67]](#footnote-68) Van Buitenen (kantonrechter) reageert op deze stelling. Zij stelt dat een berekeningswijze voor de hoogte van de billijke vergoeding niet noodzakelijk is. Allereerst zal de billijke vergoeding in een zeer beperkt aantal gevallen worden toegekend. Een uniforme berekeningswijze strookt in haar visie derhalve niet met het (terughoudende) karakter van de billijke vergoeding, dat zich slechts leent voor uitzonderlijke gevallen. Deze opvatting komt ook overeen met de opvatting van de wetgever. Daarnaast geeft zij aan dat een belangrijke factor voor de formulering van de kantonrechtersformule, besloten lag in het feit dat er geen mogelijkheid was voor hoger beroep. Een uniforme berekenwijze was des te belangrijker, aangezien een oneerlijke uitkomst niet kon worden rechtgezet. Nu in de WWZ de mogelijkheid voor hoger beroep is opengesteld, is zij van mening dat de noodzaak voor uniformiteit niet meer zo hoog is als in 1997. Het is gezien deze mogelijkheid tot hoger beroep dan ook aan de gerechtshoven om, indien een bepaalde richtlijn over hoe er moet worden omgegaan met de hoogte van de billijke vergoeding wenselijk is, zich hierover te ontfermen.[[68]](#footnote-69) In grote lijnen deel ik de mening van Van Buitenen. Naast de frequentie waarmee een billijke vergoeding zal worden toegekend strookt naar mijn idee hoofdzakelijk het gegeven dat de rechters de hoogte van de vergoeding bepalen met inachtneming van de bijzondere omstandigheden van het geval. Deze wijze van begroting is niet te vertalen in een uniforme regel. Ik deel echter ook de zorgen van Kruit omtrent het gevaar van rechtsongelijkheid. Bepaalde handvaten dienen er derhalve te worden geboden. Deze zullen moeten voortvloeien uit de jurisprudentie.

*4.3. Factoren voor de hoogte van de vergoeding*

In de rechtspraktijk bestaat discussie over welke factoren nu wel of niet mee dienen te wegen in de oordeelsvorming van de rechter bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding. Zoals besproken heeft de wetgever het gevolgencriterium uitgesloten bij de bepaling of een billijke vergoeding op zijn plaats is. Dat houdt alsmede in dat ook bij de hoogte van de vergoeding niet dient te worden gekeken naar de gevolgen van het ontslag.[[69]](#footnote-70) Binnen de rechtspraktijk wordt deze opvatting niet volledig gesteund. S. van Gessel (advocate) is het niet eens met deze opvatting van de wetgever. Zij stelt dat juist wanneer een dienstverband eindigt wegens ernstige verwijtbaarheid van de werkgever alle omstandigheden van het geval, en dus ook de gevolgen van het ontslag, mee dienen te wegen bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding.[[70]](#footnote-71) Wanneer dit niet het geval zou zijn, zou het ontslagrecht te erg verharden doordat de werknemer vaak zal worden afgescheept met een (relatief lage) transitievergoeding. De werknemer zal onder deze wetgeving onvoldoende worden gecompenseerd voor zijn schade. Enerzijds zou men dit discussiepunt snel kunnen afkappen, doordat de wetgever in de Memorie van Toelichting ondubbelzinnig heeft aangegeven dat het niet de bedoeling is dat de redelijkheid en dus ook de gevolgen van het ontslag meewegen bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding. Anderzijds kan men zich afvragen of het uitsluiten van de gevolgen van het ontslag bij vasttelling van de hoogte van de billijke vergoeding wel geoorloofd is op basis van de uitgangspunten van het algemeen verbintenissenrecht, die ook binnen het arbeidsrecht dienen te worden gevolgd. Op grond van het algemeen verbintenissenrecht dient alle toerekenbare schade te worden vergoed.[[71]](#footnote-72) De toerekenbare schade zal binnen het ontslagrecht voornamelijk bestaan uit de (financiële) gevolgen van het ontslag, deze gevolgen dienen te worden vertaald in een schadevergoeding om de zwakkere partij in bescherming te nemen.[[72]](#footnote-73) Of een en ander echter een afwijking van de uitdrukkelijke intentie van de wetgever kan verantwoorden is naar mijn mening maar de vraag, welke uiteindelijk door de rechter dient te worden ingevuld.

*4.4 Billijke vergoeding en kennelijk onredelijk ontslagvergoeding*

Vanuit de wetgever worden weinig tot geen handvaten geboden waaruit men kan herleiden hoe de hoogte van de billijke vergoeding dient te worden bepaald. Om te voorkomen dat de toepassing van de billijke vergoeding tot oneerlijke uitkomsten leidt, zou men zich kunnen afvragen of de vergoeding op grond van kennelijk onredelijk ontslag die de wet tot de inwerkingtreding van de WWZ kende bij de bepaling van de omvang van de billijke vergoeding een richtsnoer zou kunnen zijn. Van Zanten-Baris bepleit dat hiertoe mogelijkheid is, doordat de termen 'kennelijk' en 'onredelijk' vrij makkelijk te vertalen zijn naar de termen respectievelijk 'ernstig' en 'verwijtbaar'.[[73]](#footnote-74) Ook de voorbeelden die de wetgever aanhaalt in de Memorie van Toelichting zijn veelal situaties die onder oud recht zouden leiden tot een vergoeding op grond van kennelijk onredelijk ontslag. De gebruikte terminologie en de aard van beide vergoedingen komt dus in grote mate overeen. Ook de toepassing van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding zou te gebruiken zijn bij de billijke vergoeding. Zo vloeit uit vaste jurisprudentie omtrent het kennelijk onredelijk ontslag voort dat, net zoals de wetgever beoogt bij de billijke vergoeding, de vergoeding niet mag worden bepaald aan de hand van een algemene formule.[[74]](#footnote-75) Voor een overeenkomstige toepassing en wanneer wij uitgaan van de vertaling van 'kennelijk' naar 'ernstig' en van 'onredelijk' naar 'verwijtbaar' zou bij de billijke vergoeding conform de voor het kennelijk onredelijk ontslag geldende jurisprudentie[[75]](#footnote-76) eerst moeten worden getoetst of er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten en indien deze vraag positief wordt beantwoord, komt de rechter toe aan de begrotingsvraag. Deze manier van beoordeling weerspiegelt naar mijn idee ook de visie van de wetgever, welke zegt dat de hoogte van de vergoeding in verband moet staan met het niveau van ernstige verwijtbaarheid.[[76]](#footnote-77). In het arrest Rutten/Breed[[77]](#footnote-78) heeft de Hoge Raad bepaald dat bepalingen omtrent schadeberekening binnen het algemeen verbintenissenrecht ook van kracht zijn binnen het arbeidsrecht. Dat wil zeggen dat, net zoals bij het kennelijk onredelijk ontslag, onder deugdelijke schadebegroting de (toerekenbare) schade van het ernstig verwijtbare ontslag dienen te worden vergoed. Ondanks de intentie van de wetgever om ook de hoogte van de billijke vergoeding beperkt te houden, vloeit uit het algemeen verbintenissenrecht voort dat een vergoeding alsnog hoog kan uitvallen, indien door middel van een deugdelijke schadebegroting tot dit bedrag is gekomen. Naar mijn mening kan de rechter bij de bepaling omtrent de hoogte van billijke vergoeding, aansluiting zoeken bij de bekende procedure van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding, voor zover dit voortvloeit uit het algemeen verbintenissenrecht. Er zal uit de jurisprudentie moeten blijken hoe de rechter om gaat met het spanningsveld tussen enerzijds de bepalingen omtrent schadebegroting uit het algemeen verbintenissenrecht en anderzijds de intentie van de wetgever om de vergoedingen beperkt te houden.

*4.5 Tussenconclusie; Wat zeggen de wetgeving en de literatuur over de hoogte c.q. de berekening van de billijke vergoeding?*

De bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding heeft de wetgever uitdrukkelijk overgelaten aan de rechters. Wel maak ik uit wetsgeschiedenis op dat het de intentie van de wetgever is om de hoogte van de ontslagvergoedingen beperkt te houden. De rechters dienen de hoogte van de billijke vergoeding vast te stellen in verband met de mate van ernstige verwijtbaarheid en de bijzondere omstandigheden van het geval. Factoren als loon en lengte van het dienstverband hoeven hierbij geen rol te spelen. De redelijkheid en de gevolgen van het ontslag zijn geforfaiteerd in de transitievergoeding en maken derhalve volgens de wetgever ook geen deel uit van de billijke vergoeding. De rechter kan de billijke vergoeding matigen wegens de financiële situatie van de werkgever. Het ligt volgens de wetgever niet voor de hand om een rekenmethode te hanteren ter begroting van de hoogte van de vergoeding. Enige houvast ontlenen aan de kantonrechtersformule ligt ook niet voor de hand. Op het eerste gezicht lijkt het afstappen van een uniforme rekenmethode een gevaar te vormen voor de rechtsgelijkheid, zeker aangezien eerder juist wegens bestaande rechtsongelijkheid is gekozen voor een uniforme rekenmethode, namelijk de kantonrechtersformule. Dit argument zwakt naar mijn mening echter snel af wanneer men de functie en toepassing van de kantonrechtersformule en de billijke vergoeding vergelijkt. De billijke vergoeding is immers, anders dan de kantonrechtersformule, geen uniforme vergoeding die vaak voor zal komen, maar wordt juist karakteriseert door een terughoudende toepassing en dient slechts te worden voor te komen in uitzonderlijke gevallen. Zelfs wanneer de terminologie ruimer wordt uitgelegd dan de wetgever beoogt, staat vast dat de billijke vergoeding niet een soortgelijk uniform karakter draagt als de kantonrechtersformule. Tevens dient de billijke vergoeding te worden bepaald naar de bijzondere omstandigheden van het geval. Deze wijze van begroting is niet te verwerken in een algemene formule. Ook is de toekenning van een billijke vergoeding minder definitief dan bij de kantonrechtersformule, aangezien tegen de toekenning van een billijke vergoeding hoger beroep open staat, waarin fouten van de kantonrechters recht kunnen worden gezet. Indien er een richtlijn wenselijk is over hoe er globaal met de hoogte van de billijke vergoeding moet worden omgegaan, zal dit zich ontwikkelen in de jurisprudentie.

Naast de vraag op welke wijze de billijke vergoeding moet worden berekend, is het voor de bepaling van de hoogte ook relevant welke factoren mee moeten worden gewogen. Het discussiepunt is hier hoofdzakelijk dat de wetgever heeft aangegeven dat de redelijkheid en gevolgen van het ontslag geen rol mogen spelen bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding. Enerzijds lijkt het uitsluiten van de gevolgen van het ontslag bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding, en de daarmee gepaarde verharding van het ontslagrecht, niet te stroken met de bepalingen van het algemeen verbintenissenrecht, die tevens doorwerken op het arbeidsrecht. Volgens deze bepalingen dient immers alle toerekenbare schade te worden vergoed. Met betrekking tot het ontslagrecht zouden dus ook de (financiële) gevolgen van het aan de werkgever te wijten ontslag moeten worden vergoed. Hiertegenover staat echter de opvatting dat de rechter simpelweg de ruimte niet wordt geboden om deze aspecten mee te wegen, doordat de wetgever expliciet heeft aangegeven dat deze zijn geforfaiteerd in de transitievergoeding.

Voor de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding kan voor overige factoren voor een groot deel worden gekeken naar de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding. De terminologie, de aard en de toepassing van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding komen in grote mate overeen met die van de billijke vergoeding. Doordat de wetgever de rechters vrijwel geheel vrij laat in de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding zouden de rechters dus aansluiting kunnen zoeken bij de reeds bekende procedure van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding. Dit wordt ook ondersteund door de beginselen van het algemeen verbintenissenrecht, waarin ook voor het kennelijk onredelijk ontslag werd bepaald dat onder deugdelijke schadebegroting de toerekenbare schade moet worden vergoed. Zoals eerder behandeld zouden deze bepalingen overeenkomstige toepassing op de billijke vergoeding moeten hebben. Wel zullen de rechters naar mijn idee rekening moeten houden met de intentie van de wetgever om de hoogte van de vergoedingen beperkt te houden.

Wat betreft de vraag hoe de hoogte c.q. de berekening van de billijke vergoeding dient te geschieden kan slechts worden geconcludeerd dat hier uiteindelijk vanuit de jurisprudentie invulling aan dient te worden gegeven, dit is immers ook de intentie van de wetgever. In mijn optiek strookt een uniforme rekenmethode niet met het karakter van de billijke vergoeding, aangezien de billijke vergoeding juist dient te worden bepaald aan de hand van de bijzondere omstandigheden van het geval. Op basis van het algemeen verbintenissenrecht zouden de rechters alle omstandigheden van het geval mee moeten wegen bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding. Deze ruimte wordt de rechters echter niet geboden door de wetgever. De wetgever heeft immers expliciet aangegeven dat de gevolgen van het ontslag geen rol mogen spelen bij de hoogte van de billijke vergoeding. De rechters zouden aanknopingspunten kunnen zoeken bij de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding. Dit zou tevens beter stroken met de uitgangspunten van het arbeidsrecht en de beginselen van het algemeen verbintenissenrecht. Ook hieromtrent zullen de rechters binnen de kaders moeten blijven die de wetgever heeft geschapen en zullen zij acht moeten slaan op de intentie van de wetgever om de hoogte van de billijke vergoeding beperkt te houden. Wat betreft het matigen van de hoogte van de billijke vergoeding wegens de financiële situatie van de werkgever ben ik van mening dat hier terughoudend mee moet worden omgegaan. Een dergelijke belangenafweging, waarin het belang van de werkgever prevaleert boven het belang van de werknemer, strookt naar mijn mening niet met het beginsel van ongelijkheidcompensatie, waar het arbeidsrecht vanuit gaat.

**Afdeling 2. De billijke vergoeding in de praktijk**

***Hoofdstuk 5. Invulling van de terminologie 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever' en de hoogte van de billijke vergoeding door de rechterlijke macht en***

Door het gebruik van abstracte begrippen in de formulering van het criterium voor toekenning van een billijke vergoeding laat de wetgever ruimte ter interpretatie over aan de rechterlijke macht. Zoals eerder besproken heeft de wetgever het criterium 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever' in de Memorie van Toelichting nader toegelicht middels voorbeelden waarbij in ieder geval kan worden geacht dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. Door ook in deze nadere toelichting gebruik te maken van abstracte begrippen als "laakbaar gedrag", "discrimineert", "onwerkbare situatie" en "verwijtbaar onvoldoende zorg", benadrukt de wetgever in mijn opinie dat zij beoogt dat de rechterlijke macht, door deze abstracte begrippen in de rechtspraak te concretiseren, invulling dient te geven aan het criterium 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever'. Ook wat betreft de hoogte van de billijke vergoeding geeft de wetgever duidelijk aan dat de rechters moeten bepalen wat de hoogte van de vergoeding zal zijn.[[78]](#footnote-79) Doormiddel van het uitvoeren van een jurisprudentieonderzoek zullen de abstracte begrippen die de wetgever hanteert worden ingevuld.

*5.1. Jurisprudentieonderzoek naar de invulling van de terminologie 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever' en de hoogte van de billijke vergoeding.*

Om te onderzoeken hoe de rechters invulling geven aan het criterium 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever' heb ik de geselecteerde uitspraken van de rechters per geval geanalyseerd. Per zaak wordt gefocust op de feiten en omstandigheden, argumenten van de werknemer, argumenten van de werkgever, de overwegingen van de rechter, de uitspraak en in geval van toekenning, de hoogte van de billijke vergoeding. Het betrekken van de hoogte van de billijke vergoeding bij de invulling van de terminologie is van belang, aangezien de hoogte van de vergoeding volgens de wetgever in relatie staat tot het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. De rechters kunnen bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding rekening houden met de bijzondere omstandigheden van het geval. Tevens heb ik de uitspraken per arrondissement gecategoriseerd. Op die wijze komen ook de eventuele verschillen tussen de uitspraken van verschillende rechtbanken naar voren.

In het jurisprudentieonderzoek wordt hoofdzakelijk gezocht naar een rode lijn, die weergeeft wat de rechters in ieder geval verstaan onder 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Voorts wordt in het jurisprudentieonderzoek onderzocht hoe de rechters de hoogte van de billijke vergoeding bepalen, of tenminste welke factoren een rol spelen bij de hoogte van de billijke vergoeding. Voor de schematische analyse waarin iedere uitspraak van de rechtbank afzonderlijk is behandeld verwijs ik u naar de bijlage. In de volgende paragraven van dit hoofdstuk treft u de conclusies aan die op basis van deze analyse zijn getrokken.

*5.2. Tussenconclusie; Onder welke feiten en omstandigheden is er volgens de rechter sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever?*

Zoals reeds eerder aangehaald dient de billijke vergoeding volgens de wetgever te worden gekarakteriseerd als een 'muizengaatje'. De intentie van de wetgever was immers dat de billijke vergoeding slechts in uitzonderlijke omstandigheden zou worden toegekend. Uit het jurisprudentieonderzoek dat ik heb verricht kan echter worden geconcludeerd dat in drieëntwintig van de negenenvijftig zaken waarin werd geoordeeld omtrent het, al dan niet ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, de rechter van mening was dat er sprake is geweest van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Naar mijn mening draagt deze verhouding niet het karakter van een 'muizengaatje'. Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt echter wel dat de voorbeelden die de wetgever als nadere toelichting van de terminologie in de Memorie van Toelichting heeft gegeven, een groot deel van de lading dekken. De rechters refereren in hun overwegingen vaak aan de voorbeelden uit de wetsgeschiedenis. Vervolgens oordelen zij of er in casu sprake is van een dergelijke situatie. Daaruit kan worden opgemaakt dat de overwegingen die de rechters maken, gelden als invulling van de abstracte termen van het voorbeeld die de rechter in het betreffende geval aanhaalt.

In twintig van de drieëntwintig gevallen waarin een billijke vergoeding wordt toegekend betreffen het zaken waarin de arbeidsovereenkomst is ontbonden wegens of verband houdend met een verstoorde arbeidsverhouding. Naast een toegewezen ontbinding op basis van een primair verzoek om ontbinding, wordt er ook regelmatig ontbonden op basis van een subsidiair verzoek om ontbinding. In dat geval achtte de rechter het primair gevorderde niet toewijsbaar, maar is ontbinding toch mogelijk op grond van het subsidiair gevorderde. In deze laatste gevallen blijkt in de behandelde uitspraken vaak sprake te zijn van een primair verzoek om ontbinding wegens een andere grond (dan de g-grond) die is afgewezen, maar kon een verzoek om ontbinding wegens verstoorde arbeidsverhouding alsnog stand houden.

In de regel oordeelt de rechter dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever wanneer de verstoring van de arbeidsverhouding, die tot gevolg heeft dat de arbeidsovereenkomst dient te worden beëindigd, (grotendeels) te wijten is aan de werkgever. Hierin zijn naar mijn bevindingen drie situaties te onderscheiden waarin de rechter acht dat het verstoren van de arbeidsverhouding te wijten is aan de werkgever, hetgeen resulteert in ernstige verwijtbaarheid:

1. Het verstoren van de arbeidsverhouding waardoor de arbeidsovereenkomst dient te worden beëindigd is het directe gevolg van het handelen of nalaten van de werkgever.

2. Er is reeds sprake van een discussie of verstoorde arbeidsverhouding. De escalatie of de situatie dat de verstoorde arbeidsverhouding zodanig is dat de arbeidsovereenkomst niet kan worden voortgezet is echter te wijten aan het handelen of nalaten van de werkgever.

3. Het resultaat van een aantal handelingen of nalatigheden van de werkgever hebben tezamen genomen de beëindiging van de arbeidsovereenkomst (oftewel verstoring van de arbeidsverhouding) onvermijdelijk gemaakt, terwijl de werknemer in het geheel van de gebeurtenissen weinig of niets te verwijten valt.[[79]](#footnote-80)

Om dus duidelijkheid te verschaffen omtrent de vraag wanneer er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, is het relevant om te weten welk handelen of nalaten van de werkgever de rechter als verwijtbaar ziet voor het (definitief) verstoren van de arbeidsverhouding.

Uit de jurisprudentie over de billijke vergoeding blijkt duidelijk dat de ernstige verwijtbaarheid zowel in het handelen, als in het nalaten, en in een combinatie daarvan kan liggen. Hoewel de gevallen die leiden tot ernstige verwijtbaarheid erg casuïstisch kunnen zijn, is er tevens uit de jurisprudentie een rode lijn de herkennen waaruit blijkt welk handelen of nalaten of een combinatie daarvan in ieder geval steeds als ernstig verwijtbaar dient te worden aangemerkt. Daarnaast zijn er handelingen of nalatigheden die in concrete gevallen dermate debet zijn aan het verstoren van de arbeidsrelatie dat deze, al dan niet in combinatie met andere handelingen of nalatigheden, als ernstig verwijtbaar dienen te worden aangemerkt.

*5.2.1. De rode lijn*

*Oplossingsgerichte houding*

De rechters hebben dus vastgesteld dat een werkgever in ieder geval ernstig verwijtbaar is, wanneer een arbeidsovereenkomst wordt ontbonden wegens een verstoorde arbeidsverhouding en die verstoorde verhouding te wijten is aan het handelen of nalaten van de werkgever.

Uit de jurisprudentie is een duidelijke rode lijn te herkennen die weergeeft welke houding en verplichting van een werkgever mogen worden verwacht wat betreft zijn handelen of nalaten. Zo vloeit uit de jurisprudentie in algemene zin de verplichting voor de werkgever voort om zich in gevallen van conflicten, (dreigend) verstoorde arbeidsverhoudingen of vermeend disfunctioneren oplossingsgericht op te stellen. Deze houding van de werkgever dient in ieder geval te blijken uit het houden van voldoende functioneringsgesprekken, het tijdig op de hoogte stellen van (de ernst van) het vermeend disfunctioneren of de verstoorde arbeidsverhouding, het aanbieden van een deugdelijk verbetertraject, het verrichten van oplossingsgerichte, de-escalerende of arbeidsverhoudingherstellende inspanning zoals het houden van gesprekken of het instellen van mediation. Zoals ook logischerwijs uit deze houding voortvloeit dient de werkgever niet aan te sturen op beëindiging van het dienstverband, zonder dat aan de werknemer een reële kans is geboden om het functioneren te verbeteren.[[80]](#footnote-81) Niet alleen blijkt uit de jurisprudentie dat het nalaten van deze oplossingsgerichte houding resulteert in ernstige verwijtbaarheid, maar tevens blijkt uit het gros van de uitspraken waarin een billijke vergoeding wordt afgewezen, dat de rechter hiertoe overweegt omdat de werkgever de met deze houding gepaarde oplossingsgerichte inspanningen wel heeft verricht.

*Verband tussen onvoldragen d-grond en ernstig verwijtbaar handelen of nalaten*

Zoals reeds eerder aangegeven blijkt dat veel ontbindingsverzoeken worden toegewezen op basis van een subsidiair verzoek om ontbinding wegens een verstoorde arbeidsverhouding, nadat het primaire verzoek om ontbinding wegens één van de andere gronden is afgewezen. Opvallend hieraan is dat in mijn optiek een afwijzing van een primair ontbindingsverzoek wegens een onvoldragen d-grond (disfunctioneren), verband houdt met het toekennen van een billijke vergoeding na een toegewezen ontbinding wegens een subsidiair ontbindingsverzoek op basis van een verstoorde arbeidsverhouding. Het is in die gevallen dan ook steeds het niet voldoen aan de voorwaarden die voortvloeien uit art. 7:669 lid 3 sub d BW, te weten het tijdig in kennis stellen van het disfunctioneren, voldoende gelegenheid bieden om het functioneren te verbeteren en voldoende zorg dragen voor scholing of goede arbeidsomstandigheden, dit resulteert in de afwijzing van een ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren, wat door de rechter in geval van ontbinding wegens een verstoorde arbeidsverhouding juist als een nalatigheid wordt beschouwt welke ernstig verwijtbaar wordt geacht.[[81]](#footnote-82)

De kans is dan ook groot dat, indien een rechter een ontbindingsverzoek afwijst wegens een onvoldragen d-grond, diezelfde overwegingen van de rechter zullen leiden tot de toekenning van een billijke vergoeding, indien de rechter wel de ontbinding wegens een verstoorde arbeidsverhouding uitspreekt.

*Feitelijke ernstig verwijtbare handelingen of nalatigheden*

Naast de zojuist beschreven houding en verplichting van de werkgever, die in geval van schending resulteren in ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, vloeien uit de jurisprudentie ook meer feitelijke handelingen of nalatigheden voort die door de rechters steeds als ernstig verwijtbaar worden aangemerkt, of die tenminste bijdragen aan de ernstige verwijtbaarheid van de werkgever. Zo wordt zeer regelmatig het onterecht op non-actief stellen van de werknemer aangemerkt als ernstig verwijtbaar.[[82]](#footnote-83) Ook het onterecht staken van de loonbetaling of het miskennen van salarisaanspraken dragen volgens de rechter bij aan het verstoren van de arbeidsverhouding en zijn derhalve ernstig verwijtbaar of dragen ten minste bij aan de ernstige verwijtbaarheid van de werkgever.[[83]](#footnote-84) Tot slot vloeit uit meerdere uitspraken voort dat het baseren van een ontbindingsverzoek op onterechte verwijten, evenals het baseren van een opzegging op onterechte verwijten, te kwalificeren is als ernstig verwijtbaar. De rechter overweegt wat dat betreft tevens dat het nemen van arbeidsrechtelijke maatregelen zoals een ontbindingsverzoek overtrokken is indien voor de daaraan ten grondslaggelegde verwijten nog geen officiële waarschuwing is gegeven.[[84]](#footnote-85)

*5.2.2. Concrete gevallen van ernstige verwijtbaarheid*

Naast de uitgangspunten die herhaaldelijk naar voren komen vanuit de rechtspraak, zijn er ook meer concrete gevallen die zich enkele keren hebben voorgedaan. Ook deze concrete gevallen helpen bij het scheppen van een beeld omtrent hoe de rechter oordeelt over het criterium ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Tevens kunnen aan deze concrete gevallen handvaten worden ontleend indien een cliënt zich in een soortgelijke situatie bevindt.

*Onterecht cameratoezicht*

Werkgever heeft in casu gebruik gemaakt van verborgen camerabewaking, zonder aan de hieraan te stellen vereisten te voldoen en zonder zijn werknemers voorafgaand te informeren. Hierin maakt de werkgever een ernstig verwijt. Ook de defensieve houding van werkgever, nadat werknemers hun zorgen kenbaar hebben gemaakt omtrent de camerabewaking, is de werkgever des te meer aan te rekenen als een ernstig verwijt, aangezien de werkgever hierdoor bijdraagt aan de escalatie van het conflict, in plaats van zich in te zetten voor normalisatie van de arbeidsverhoudingen. Dit geval illustreert goed de samenloop van concrete gevallen waarin de werkgever ernstig verwijtbaar handelt of nalaat en het nalaten van de in 5.2.1. beschreven oplossingsgerichte of de-escalerende houding van de werkgever.[[85]](#footnote-86)

*Ontbindingsverzoek verbandhoudende met ziekmelding*

De werkgever heeft na een vernietigde opzegging wegens een onterecht beroep op het proeftijdbeding om ontbinding verzocht wegens een verstoorde arbeidsverhouding. Werkgever geeft als een van de grondslagen van dit ontbindingsverzoek aan dat hij de ziekmelding van werknemer in twijfel trekt. De rechter oordeelt dat de werkgever hierin ernstig verwijtbaar handelt, aangezien een werkgever de beoordeling van de gezondheidssituatie van een werknemer dient over te laten aan een bedrijfsarts. De verstoorde arbeidsverhouding is dan ook te wijten aan de werkgever.[[86]](#footnote-87)

*Het niet respecteren van reeds bestaande arbeidsvoorwaarden na overgang van onderneming*

In deze casus wordt verzocht om ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens een verstoorde arbeidsverhouding. Het verstoren van de arbeidsverhouding is echter ontstaan doordat de werkgever de tussen werknemer en rechtsvoorganger geldende arbeidsvoorwaarden niet heeft overgenomen of ten minste heeft gecompenseerd, hetgeen wel een verplichting is van een werkgever bij het in diensttreden van een werknemer middels overgang van onderneming. Ook uit deze casus is duidelijk de samenloop te herkennen van enerzijds een concreet verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever en anderzijds het nalaten van de in 5.2.1. beschreven te verwachten houding van de werkgever. In deze casus heeft de werknemer immers niets ondernomen om de verstoorde arbeidsverhouding te herstellen. Weliswaar is er een voornemen geweest om middels mediation een oplossing te zoeken voor het conflict, de mediation heeft echter niet plaats gevonden doordat werkgever hiervan heeft afgezien nadat werknemer kenbaar heeft gemaakt niet in de kosten van de mediation te willen delen. De rechter oordeelt hieromtrent dat, gezien de financiële gevolgen voor de werknemer van het niet respecteren van de arbeidsvoorwaarden, van de werkgever mag worden verwacht dat hij de kosten voor de mediation dekt. Hieruit blijkt wederom de inspanningsplicht die een werkgever heeft om het conflict tussen de partijen op te lossen.[[87]](#footnote-88)

*In stand houden "slapend dienstverband" niet ernstig verwijtbaar*

In de jurisprudentie is de vraag behandeld of het in stand houden van een slapend dienstverband, om zo een transitievergoeding te ontwijken, aan te merken is als ernstig verwijtbaar. De rechter schaart zich wat de beantwoording van deze vraag achter het antwoord van Minister Asscher, die zich tevens over deze vraag heeft uitgelaten. Het in standhouden van een dienstverband, teneinde een transitievergoeding te ontwijken, getuigt niet van goed werkgeverschap en is wellicht onfatsoenlijk, maar niet ernstig verwijtbaar. Ook zijn er redenen voor een werkgever om een slapend dienstverband in stand te houden, indien hij bijvoorbeeld in de toekomst mogelijkheid ziet voor werkhervatting of zich in de toekomst verder wil inzetten voor re-integratie.[[88]](#footnote-89)

*5.3 Tussenconclusie; Welke hoogte kent de rechter toe aan de billijke vergoeding in relatie tot de omstandigheden van het geval?*

Wat betreft de hoogte van de billijke vergoeding is er, in tegenstelling tot bij de toekenning van de billijke vergoeding, geen duidelijke rode lijn te herkennen in de rechtspraak. Het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding lijkt, gezien de enorme verschillen tussen de reeds toegekende vergoedingen, gevoelsmatig te geschieden en is daarmee vanzelfsprekend (mede) onderhevig aan het persoonlijk normbesef van de rechters. Daarnaast is, zoals ook volgens de intentie van de wetgever, de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding zeer casuïstisch, aangezien de hoogte dient te worden bepaald naar de bijzondere omstandigheden van het geval. De variatie van de hoogte van verschillende toegekende billijke vergoedingen ligt tussen €0,- en €80.000,-. Deze grote variatie is naar mijn idee een uitwerking van het gebrek aan handvaten dat de rechters is toegereikt wat betreft de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding. In algemene zin is het nauwelijks te traceren welk handelen of nalaten de rechter nu juist zodanig verwijtbaar acht dat dit effect heeft op de hoogte van de vergoeding. Wel hebben een aantal rechters aangegeven welke factoren zij meewegen waardoor zij tot de bepaalde hoogte van de billijke vergoeding zijn gekomen. Het gaat hier hoofdzakelijk om expliciete motivatie voor een hoge vergoeding of juist een matiging van de vergoeding wegens omstandigheden die verzachtend dienen te werken voor de werkgever.

*5.3.1. Motivatie voor hoge billijke vergoeding*

*Berekening billijke vergoeding volgens maatstaven kennelijk onredelijk ontslagvergoeding*

De rechtbank Amsterdam heeft in één zaak bepaald dat wat betreft de berekening van de billijke vergoeding de maatstaven die zijn ontwikkeld om vergoedingen te berekenen ten behoeve van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding tevens bruikbaar zijn voor de berekening van de billijke vergoeding. De mate waarin de werkgever verantwoordelijk is voor de inkomenssituatie van de werknemer komt volgens de rechter dan ook niet voldoende tot uitdrukking in de transitievergoeding. Doormiddel van de berekening zoals ook de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag werd berekend, stelt de rechter de billijke vergoeding vast op €40.445,04.[[89]](#footnote-90)

*Punitieve en preventieve functie*

Uit de jurisprudentie kan op grond van de uitspraken van een aantal rechters worden herleid dat de billijke vergoeding, naast een compenserende werking, ook een punitieve en preventieve werking heeft. Dit leidt er toe dat de billijke vergoeding een substantiële hoogte moet hebben.

Zo bepaalt de rechtbank Amsterdam in een zaak dat een billijke vergoeding mede te beschouwen is als een civielrechtelijke sanctie op ernstig verwijtbaar gedrag van een werkgever. De billijke vergoeding dient volgens de rechter een zekere omvang te hebben, zodat er voor de werkgever geen vrijbrief ontstaat voor het veroorzaken van een verstoorde arbeidsverhouding om zo het einde van een dienstverband te realiseren. De rechter stelt de billijke vergoeding in deze zaak vast op €40.000,-[[90]](#footnote-91) De rechtbank Midden-Nederland deelt de mening dat een billijke vergoeding een zekere omvang moet hebben, zodat duidelijk is dat ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever niet wordt beloond. Echter, wegens verzachtende omstandigheden voor de werkgever stelt de rechter de billijke vergoeding in deze zaak vast op €15.000,-.[[91]](#footnote-92) Ook de rechtbank Overijssel steunt de beredenering dat de billijke vergoeding een punitieve werking heeft. De rechtbank is van mening dat tegen het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten dat bestaat uit het niet bieden van een reële verbeterkans en het aansturen op beëindiging van het dienstverband, streng moet worden opgetreden. De rechter stelt de billijke vergoeding hier vast op €20.000,-.[[92]](#footnote-93)

*Substantiële hoogte na drempel ernstige verwijtbaarheid; Meewegen loon en lengte dienstverband*

De rechtbank Overijssel heeft tevens een andere interessante uitspraak gedaan met betrekking tot de hoogte van de billijke vergoeding. De rechtbank kent de hoogste billijke vergoeding toe die tot nog toe is toegewezen, te weten een billijke vergoeding van €80.000,-. De rechtbank overweegt hiertoe dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat er niet snel moet worden geoordeeld dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Dit terughoudende karakter van de billijke vergoeding creëert volgens de rechter een drempel. Wanneer deze drempel dan ook genomen wordt en de rechter dus van mening is dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten, dient de hoogte van de billijke vergoeding ook van substantiële betekenis te zijn. Daarnaast maakt de rechter de overweging dat de opmerking van de wetgever, dat loon en lengte van het dienstverband geen rol hoeven te spelen bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding, niet betekent dat loon en lengte van het dienstverband geen rol mogen spelen bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding. De rechter weegt derhalve beide factoren mee bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding, aangezien het een werknemer met een lang dienstverband betrof.[[93]](#footnote-94) De rechtbank Noord Nederland lijkt deze beredenering te onderschrijven. Dit blijkt uit een zaak waarin de rechtbank een gezamenlijke behandeling van zaken heeft gedaan, waarin de arbeidsovereenkomst van drie werknemers onder dezelfde werkgever is ontbonden wegens het onterecht voeren van camerabewaking, hetgeen heeft geresulteerd in een verstoorde arbeidsverhouding. De werkgever maakte hierin een ernstig verwijt, waardoor hij een billijke vergoeding verschuldigd was aan de drie werknemers. De rechter kent in twee van de drie gevallen een gelijke vergoeding toe van €15.000,- wegens gelijke monniken gelijke kappen. Echter, in de derde zaak, waarin de situatie van deze werknemer zich onderscheid van de andere werknemers doordat deze werknemer een vlekkeloos dienstverband van 20 jaar achter de rug heeft en de werkgever onterechte verwijten jegens de werknemer heeft geuit, wordt een billijke vergoeding van €48.558,45 toegekend, hetgeen ook door de werknemer is verzocht. In mijn optiek kan men in deze zaak constateren dat de rechter de lengte van het dienstverband heeft meegewogen bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding.

*5.3.2. Motivatie voor matigen van de billijke vergoeding*

De wetgever heeft de ruimte geboden om een billijke vergoeding te matigen wegens de financiële situatie van de werkgever. De rechters maken regelmatig gebruik van deze mogelijkheid. Van de drieëntwintig gevallen waarin een billijke vergoeding dient te worden toegekend, is er in vijf gevallen rekening gehouden met de financiële situatie van de werkgever. In de jurisprudentie komen een aantal factoren voor die door een rechter als omstandigheid kunnen worden aangemerkt waarop een billijke vergoeding dient te worden gematigd. In een aantal van deze gevallen waarin de rechter de mogelijkheid tot matiging van de hoogte van de vergoeding toepast, wordt er een ruime uitvoering gegeven aan deze mogelijkheid.

De rechtbank Amsterdam matigt de billijke vergoeding in een zaak waarin de werkgever zowel de uren als het salaris onterecht heeft verminderd en vervolgens, in plaats van zich in te zetten voor een oplossing van het conflict, juist aanstuurt op beëindiging van het dienstverband. De billijke vergoeding wordt in deze zaak gematigd naar €3000,- wegens de financiële situatie van de werkgever.[[94]](#footnote-95)

De rechtbank Noord Nederland bepaalt dat in een zaak waarin de rechter oordeelt dat de werkgever ernstig verwijtbaar is wegens het onterecht inhouden van loon, er alsnog geen billijke vergoeding hoeft te worden uitgekeerd wegens de financiële situatie van de werkgever. De rechter overweegt in deze zaak dat het feit dat werkgever de werknemer als zijnde een oudere en komende vanuit een arbeidsongeschiktheidssituatie heeft aangenomen als verlichtende omstandigheid dient te gelden. Tevens weegt ook de omstandigheid mee dat werkgever in een dergelijke financiële staat verkeert dat hij nauwelijks in staat is nog betalingen te verrichten. Daarnaast betreft de organisatie van werkgever een zeer kleine organisatie. Deze omstandigheden, samen met de feiten dat werkgever zal worden veroordeeld tot betaling van een transitievergoeding en reeds is veroordeeld tot betaling van achterstallig salaris met een verhoging van 20%, rechtvaardigen volgens de rechter de beslissing dat de toekenning van een billijke vergoeding dient te worden afgewezen, terwijl er wel sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.[[95]](#footnote-96)

Dat naast de bestaande financiële situatie van de werkgever ook de impact van hetgeen wat buiten de billijke vergoeding om in het vonnis wordt bepaald een reden kan zijn voor matiging van de billijke vergoeding, onderschrijft ook de rechtbank Rotterdam. De rechtbank matigt de hoogte van de billijke vergoeding, omdat de werkgever tevens is veroordeeld tot het betalen van achterstallig loon, waar geen arbeidsprestatie tegenover heeft gestaan. De billijke vergoeding wordt in deze zaak uiteindelijk vastgesteld op €7.500,-.[[96]](#footnote-97)

De rechtbank Midden Nederland heeft in een zaak geoordeeld dat, hoewel de rechter van mening is dat een billijke vergoeding een substantiële hoogte moet hebben zodat ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever niet wordt beloond, er alsnog ruimte is om de billijke vergoeding te matigen. In casu heeft de werkgever zijn werknemer gedurende een lange periode op onvrijwillige basis vrijgesteld van werkzaamheden, waarbij werknemer zijn loon heeft behouden. Deze omstandigheid wordt door de rechter als een tegemoetkoming aan de werknemer beschouwd en resulteert dan ook in een matiging van de billijke vergoeding. Uiteindelijk kent de rechter een billijke vergoeding van €15.000,- toe.[[97]](#footnote-98)

Een laatste matiging van de billijke vergoeding doet zich voor in een uitspraak van de rechtbank Noord Nederland. In deze zaak is de arbeidsovereenkomst ontbonden wegens een verstoorde arbeidsverhouding. De rechter oordeelt hierbij dat de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten, doordat hij nooit functioneringsgesprekken heeft gevoerd, geen verbeterplan heeft opgesteld, werknemer niet op de hoogte heeft gesteld van het vermeende disfunctioneren en tevens is werknemer onnodig op non-actief gesteld. De rechter matigt de billijke vergoeding in deze zaak, wegens het ontbreken van opzet en wegens de kleinschaligheid van de organisatie. De vergoeding wordt uiteindelijk vastgesteld op €2.500,-.[[98]](#footnote-99) De rechter bepaalt in deze zaak dus dat het ontbreken van opzet een grondslag is voor het matigen van de billijke vergoeding.

**Afdeling 3. Conclusie en aanbevelingen**

***Hoofdstuk 6. Eindconclusie; Hoe kan SRK-Rechtsbijstand haar cliënten adviseren in het kader van de toekenning en de hoogte van de billijke vergoeding na beëindiging van het dienstverband, op basis van de invulling van de terminologie 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever' en de hoogte van de billijke vergoeding blijkens wet- en regelgeving, literatuur- en jurisprudentieonderzoek?***

Om een helder antwoord op de centrale vraag te kunnen formuleren, zal ik eerst aan de hand van de bevindingen uit zowel het theoriedeel als het praktijkdeel een concrete eindconclusie schrijven, waarin ik uiteenzet hoe er moet worden gekeken naar de toekenning en de hoogte van de billijke vergoeding na beëindiging van het dienstverband, op basis van de invulling van de terminologie 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever' en de hoogte van de billijke vergoeding blijkens wet- en regelgeving, literatuur- en jurisprudentieonderzoek. Op basis van deze informatie zal ik vervolgens een advies formuleren aan SRK-Rechtsbijstand, waarin ik SRK-Rechtsbijstand adviseer over hoe zij haar cliënten kan adviseren in het kader van de toekenning en de hoogte van de billijke vergoeding.

*6.1. Uiteenzetting bevindingen; Hoe dient er te worden gekeken naar de toekenning en de hoogte van de billijke vergoeding na beëindiging van het dienstverband, op basis van de invulling van de terminologie 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever' en de hoogte van de billijke vergoeding blijkens wet- en regelgeving, literatuur- en jurisprudentieonderzoek?*

De beantwoording van de vraag hoe er dient te worden gekeken naar de toekenning en de hoogte van de billijke vergoeding na beëindiging van het dienstverband, bevat tevens een reflectie op hoe de billijke vergoeding daadwerkelijk wordt toegepast in de rechtspraak ten opzichte van de intentie van de wetgever en de interpretatie vanuit de literatuur met betrekking tot hoe de billijke vergoeding zou moeten worden toegepast. Tussen de intentie van de wetgever en de toepassing door de rechters in bevindt zich de interpretatie vanuit de literatuur, die tevens van invloed kan zijn op de toepassing door de rechters.

*Intentie van de wetgever*

De billijke vergoeding is door de wetgever ingesteld als additionele vergoeding, die de ernstige verwijtbaarheid van de werkgever aan het beëindigen van het dienstverband compenseert door de ernstige verwijtbaarheid te vertalen in een geldbedrag. Tevens dient de billijke vergoeding ervoor om ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever te voorkomen. De billijke vergoeding kan onder andere worden toegekend bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Deze mogelijkheid bestaat zowel bij een werkgevers- als een werknemersverzoek om ontbinding. Ook kan de billijke vergoeding worden toegekend na een (vernietigbare) opzegging van het dienstverband. Tevens kan de rechter een billijke vergoeding toekennen na een beëindiging van het dienstverband van rechtswege. Voor de toekenning van een billijke vergoeding wordt het criterium van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever gehanteerd. De wetgever heeft hierbij benadrukt dat dit criterium terughoudend moet worden getoetst en dat een billijke vergoeding slechts in uitzonderlijke gevallen dient te worden toegekend. Tevens dienen de redelijkheid van het ontslag, mede in het licht van de gevolgen daarvan, geen onderdeel uit te maken van de billijke vergoeding, aangezien deze factoren zijn geforfaiteerd in de transitievergoeding. Door de keuze voor de terminologie 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de wetgever' zijn er discussies ontstaan over wanneer een billijke vergoeding dient te worden toegekend. De terminologie is immers voor interpretatie vatbaar. Om enige verheldering te scheppen heeft de wetgever het criterium nader toegelicht middels voorbeelden van situaties waarbij er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.

Volgens de wetgever is een billijke vergoeding in ieder geval aan de orde wanneer:

- er als gevolg van laakbaar gedrag van de werkgever een verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan (bijvoorbeeld als gevolg van het niet willen ingaan op avances zijnerzijds) en de rechter concludeert dat er geen andere optie is dan ontslag;

- een werkgever discrimineert, de werknemer hiertegen bezwaar maakt, er een onwerkbare situatie ontstaat en niets anders rest dan ontslag;

- een werkgever grovelijk de verplichtingen niet nakomt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en er als gevolg daarvan een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat. Te denken is hierbij aan de situatie waarin de werkgever zijn re-integratieverplichtingen bij ziekte ernstig heeft veronachtzaamd;

- de werkgever een valse grond voor ontslag aanvoert met als enig oogmerk een onwerkbare situatie te creëren en ontslag langs die weg te realiseren;

- een werknemer arbeidsongeschikt is geworden (en uiteindelijk wordt ontslagen) als gevolg van verwijtbaar onvoldoende zorg van de werkgever voor de arbeidsomstandigheden;

Voorts maakt de wetgever duidelijk dat wat betreft de toekenning van een billijke vergoeding bij opzegging in strijd met de voor opzegging geldende voorschriften (vernietigbare opzegging), de wijze van opzegging in beginsel dermate verwijtbaar is, dat het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever gegeven is.

*Interpretatie vanuit de literatuur*

Bovenstaande nadere toelichting van de wetgever is door het gebruik van abstracte begrippen tevens voor interpretatie vatbaar. Daarentegen is de wetgever duidelijk wat betreft haar intentie met betrekking tot de toekenning van de billijke vergoeding, namelijk een terughoudende toepassing en toekenning van de billijke vergoeding in uitzonderlijke gevallen. Een te strenge invulling van de terminologie is naar mijn mening onwenselijk en niet conform de uitgangspunten van het arbeidsrecht, dat immers uitgaat van ongelijkheidcompensatie in het voordeel van de werknemer. De toevoeging van het woord "ernstig" in het criterium "ernstig verwijtbaar" is feitelijk al een te strenge afbakening, aangezien het een extra factor van subjectiviteit met zich mee zal brengen. Tevens zal door een dergelijk strenge afbakening van het criterium een alles of niets situatie ontstaan. Verwijtbaar of in grote mate verwijtbaar is immers niet voldoende voor toekenning van een billijke vergoeding. Dit zal ten koste gaan van het maatwerk van de rechters en de rechtsgelijkheid. De wetgever heeft echter niet voor niets gekozen voor de gekozen bewoordingen ter formulering van het criterium. Tevens heeft de wetgever kennelijk ook bewust niet gekozen voor aanknopingspunten aan terminologie elders in de wet. Ik ben derhalve van mening dat de ruimte voor de rechters om het criterium 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever ' in te vullen binnen de kaders ligt die de wetgever doormiddel van haar woordkeuze en de uitleg daarvan middels het gebruik van abstracte begrippen heeft geschept. Bij het invullen van het criterium 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever' zouden de rechters aansluiting kunnen zoeken bij de reeds bekende kennelijk onredelijk ontslagvergoeding. Gezien de overeenkomsten, vergelijkbare terminologie en de aard van beide vergoedingen zouden de factoren die voorheen als kennelijk onredelijk werden geacht, voor zover niet geforfaiteerd in de transitievergoeding, onder de WWZ tevens als ernstig verwijtbaar kunnen worden aangemerkt. Deze theorie wordt tevens ondersteund door het feit dat de wetgever in de aangehaalde voorbeelden situaties als ernstig verwijtbaar aanmerkt, die onder oud recht zouden resulteren in een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag. Ook wat betreft de hoogte van de billijke vergoeding zouden de rechters aansluiting kunnen zoeken bij de maatstaven die zijn ontwikkeld ten behoeve van het begroten van een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag. Deze wijze van schadebegroting is immers ook conform de bepalingen van het algemeen verbintenissenrecht. Op grond van de bepalingen van het algemeen verbintenissenrecht omtrent de schadebegroting, die tevens van toepassing zijn op het arbeidsrecht, dient alle toerekenbare schade te worden vergoed. In het geval van een ontslag dat te wijten is aan het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, zal een groot deel van die schade bestaan uit de financiële gevolgen van het ontslag. De gevolgen van het ontslag zijn volgens de wetgever echter geforfaiteerd in de transitievergoeding en maken derhalve geen deel uit van de hoogte van de billijke vergoeding. Dit laatste veroorzaakt naar mijn mening een ongewenste verharding van het ontslagrecht. Desondanks kan er aansluiting worden gezocht bij de schadebegroting zoals dat geschiedde bij de vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag, met dien verstande dat de gevolgen van het ontslag bij deze begroting achterwege dient te blijven. Het zal moeten blijken hoe de rechters hier mee om gaan. Het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding is expliciet aan de rechters overgelaten. Hierbij moet wel acht worden geslagen op de intentie van de wetgever om de hoogte van de vergoedingen beperkt te houden. Er worden vanuit de wetgever verder weinig handvaten geboden waaruit voor de rechters blijkt hoe zij de hoogte van de billijke vergoeding vast dienen te stellen. Het gebruiken van een uniforme rekenmethode strookt naar mijn mening in ieder geval niet met de terughoudende aard van de billijke vergoeding. Tevens blijkt uit de wetsgeschiedenis dat het ook de intentie van de wetgever is om juist af te stappen van een uniforme rekenmethode. Ook de wijze van begroting van de billijke vergoeding sluit niet aan bij een algemene regel waarop de hoogte van de vergoeding zou moeten worden gebaseerd. De rechters dienen de hoogte van de billijke vergoeding te bepalen naar de mate van ernstige verwijtbaarheid en kunnen hierbij acht slaan op de bijzondere omstandigheden van het geval. Deze bijzondere omstandigheden van het geval kunnen niet worden verwerkt in een algemene formule. Wel zouden de rechters randvoorwaarden of aanbevelingen kunnen stellen om een kader te scheppen zodat rechtsongelijkheid wordt tegen gegaan. Wat betreft de factoren die mee dienen te wegen bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding geeft de wetgever aan dat loon en lengte van het dienstverband geen rol hoeven te spelen bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding. Zoals eerder aangehaald is deze intentie aanmerking van de wetgever niet in lijn met de bepalingen voor schadebegroting uit het algemeen verbintenissenrecht. Hieruit vloeit immers voort dat alle toerekenbare schade dient te worden vergoed, ook loon en lengte van het dienstverband. Wederom zou uit de jurisprudentie moeten blijken in hoeverre de rechters deze beginselen handhaven. Ook kunnen de rechters rekening houden met de financiële situatie van de werkgever. Met dit laatste moet in mijn optiek terughoudend worden omgegaan. In te grote mate rekening houden met de financiële situatie van de werkgever impliceert een belangenafweging waarin het belang van de werkgever prevaleert boven het belang van de werknemer, dit strookt naar mijn mening niet met het beginsel van ongelijkheidcompensatie, waar het arbeidsrecht vanuit gaat.

*Toepassing van de billijke vergoeding in de rechtspraak*

Uit het verrichtte jurisprudentieonderzoek kan worden geconstateerd dat in drieëntwintig van de negenenvijftig zaken waarin is geoordeeld omtrent de toekenning van een billijke vergoeding, de rechter acht dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, op grond waarvan een billijke vergoeding op zijn plaats zou zijn. Deze verhoudingen komen naar mijn idee niet overeen met de intentie van de wetgever dat de billijke vergoeding terughoudend moet worden toegepast en slechts kan worden toegekend in uitzonderlijke gevallen. Wat betreft de toekenning draagt de billijke vergoeding in de praktijk in mijn optiek dan ook niet het karakter van het zogenoemde "muizengaatje" zoals de wetgever heeft beoogt. Wel blijkt uit het gros van de uitspraken duidelijk dat de rechters bij de invulling van het criterium 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever' refereren aan de voorbeelden van de wetgever. De invulling van het criterium geschied derhalve hoofdzakelijk middels interpretatie van de rechters binnen de kaders die de wetgever in haar uitleg van het criterium middels abstracte begrippen heeft gegeven. Twintig van de drieëntwintig gevallen waarin een billijke vergoedingen wordt toegekend betreffen zaken waarin de arbeidsovereenkomst is ontbonden wegens of verband houdend met een verstoorde arbeidsverhouding. In de regel acht de rechter dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever wanneer de verstoring van de arbeidsverhouding, die tot gevolg heeft dat de arbeidsovereenkomst dient te worden beëindigd, (grotendeels) te wijten is aan de werkgever. Deze redenatie treft men ook twee maal aan in de voorbeelden die de wetgever heeft gegeven ter nadere invulling van het criterium van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. De wetgever spreekt hier van een verstoorde arbeidsverhouding wegens laakbaar gedrag van de werkgever, of wegens het grovelijk niet nakomen van de verplichtingen voortvloeiende uit de arbeidsovereenkomst. Uit de jurisprudentie blijkt dat van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever sprake kan zijn indien het verstoren van de arbeidsrelatie direct het gevolg is van handelen of nalaten van de werkgever, wanneer slechts de escalatie of de situatie dat de verstoorde arbeidsverhouding zodanig is dat de arbeidsovereenkomst niet kan worden voortgezet te wijten is aan de werkgever of wanneer het resultaat van een aantal handelingen of nalatigheden van de werkgever tezamen genomen de beëindiging van de arbeidsovereenkomst (oftewel verstoring van de arbeidsverhouding) onvermijdelijk hebben gemaakt, terwijl de werknemer in het geheel van de gebeurtenissen weinig of niets te verwijten valt. De invulling van het criterium 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever' bestaat, voor zover uit de bestaande jurisprudentie kan worden afgeleid, uit de handelingen of nalatigheden die zorgen voor (definitieve) verstoring van de arbeidsverhouding. Uit de jurisprudentie kan een duidelijke rode draad worden geconstateerd die in algemene zin de verplichting voor de werkgever voorschrijft om zich in gevallen van conflicten, (dreigend) verstoorde arbeidsverhoudingen of vermeend disfunctioneren oplossingsgericht op te stellen. Deze houding van de werkgever dient in ieder geval te blijken uit het houden van voldoende functioneringsgesprekken, het tijdig op de hoogte stellen van (de ernst van) het vermeend disfunctioneren of de verstoorde verhouding, het aanbieden van een deugdelijk verbetertraject, het verrichten van oplossingsgerichte, de-escalerende of arbeidsverhoudingherstellende inspanning zoals het houden van gesprekken of het instellen van mediation en zoals ook logischerwijs uit deze houding voortvloeit dient de werkgever niet aan te sturen op beëindiging van het dienstverband, zonder dat aan de werknemer een reële kans is geboden om het functioneren te verbeteren. Opvallend aan deze rode lijn is dat in mijn optiek een afwijzing van een primair ontbindingsverzoek wegens een onvoldragen d-grond (disfunctioneren), verband houdt met het toekennen van een billijke vergoeding na een toegewezen ontbinding wegens een subsidiair ontbindingsverzoek op basis van een verstoorde arbeidsverhouding. Het niet voldoen aan de vereisten van een primair ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren wordt bij een subsidiair ontbindingsverzoek wegens een verstoorde arbeidsverhouding als factor van nalatigheid aangemerkt die de rechter ernstig verwijtbaar acht. Tevens blijkt uit de jurisprudentie dat als vaste factoren die leiden tot ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever het onterecht op non-actief stellen van de werknemer, het onterecht staken van de loonbetaling of het miskennen van salarisaanspraken en het baseren van een ontbindingsverzoek op onterechte verwijten, evenals het baseren van een opzegging op onterechte verwijten worden aangemerkt. Naast deze rode draad binnen de jurisprudentie worden in een aantal concrete gevallen handelingen of nalatigheden genoemd die als ernstig verwijtbaar moeten worden aangemerkt. De rechtbanken hebben in de betreffende zaken in het onterecht voeren van (verborgen)camerabewaking, het baseren van een ontbindingsverzoek op een ziekmelding van de werknemer en het niet respecteren van de reeds geldende arbeidsvoorwaarden van een middels overgang van onderneming in dienst getreden werknemer aangemerkt als ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.

In de rechtspraak wordt de billijke vergoeding duidelijk als een tweetrapsraket gehanteerd. Eerst wordt er bepaald of er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Nadat is geoordeeld dat er sprake is van ernstige verwijtbaarheid wordt de hoogte van de billijke vergoeding vast gesteld. Wat betreft de hoogte van de billijke vergoeding is er echter geen rode lijn te traceren waaruit een algemene regel zou kunnen worden opgemaakt hoe de hoogte van de billijke vergoeding moet worden bepaald. De bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding lijkt in de meeste gevallen gevoelsmatig te geschieden. Zoals ook de intentie van de wetgever is geweest, is de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding erg casuïstisch. Doordat de wetgever geen handvaten heeft geboden waarop de rechter de hoogte van de billijke vergoeding kan baseren is er op dit gebied geen enkele vorm van eenduidigheid te vinden binnen de rechtspraak. De variatie van de hoogtes van de reeds toegekende billijke vergoedingen ligt tussen €0,- en €80.000,-. Wel hebben een aantal rechters gemotiveerd op grond waarvan zij tot een expliciet hoge vergoeding of juist een matiging van de billijke vergoeding hebben overwogen. Allereerst wordt door meerdere rechtbanken benadrukt dat de hoogte van de billijke vergoeding van substantiële betekenis moet zijn. Zij overwegen dat de billijke vergoeding naast een compenserende werking, tevens een punitieve en preventieve werking heeft. Deze beredenering vindt tevens steun in de wetsgeschiedenis. De wetgever heeft in de Memorie van Toelichting immers aangegeven dat naast compensatie, de billijke vergoeding tevens ervoor dient om ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever te voorkomen. De rechtbank Amsterdam heeft bepaald dat voor de vaststelling van de hoogte van de billijke vergoeding de maatstaven kunnen worden gehanteerd die zijn ontwikkeld voor de vaststelling van de vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag. Deze overtuiging heb ik ook middels het literatuuronderzoek onderbouwd. Ongeacht de vraag of het gevolgencriterium dient te zijn geforfaiteerd in de transitievergoeding, ben ik van mening dat voor de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding voor de overige factoren aansluiting zou kunnen worden gezocht bij de maatstaven van de vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag. De rechtbank Overijssel constateert dat, gezien de strenge afbakening van het criterium van ernstige verwijtbaarheid, er als het ware een drempel is gecreëerd alvorens er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Wanneer deze drempel daadwerkelijk genomen is, resulteert dat dan ook in een billijke vergoeding die van substantiële betekenis moet zijn. Tevens acht de rechtbank dat uit de stelling van de wetgever dat loon en lengte van het dienstverband geen rol hoeven te spelen bij de hoogte van de billijke vergoeding, niet kan worden herleid dat loon en lengte van het dienstverband geen rol mogen spelen bij de hoogte van de billijke vergoeding. De rechtbank weegt derhalve beide factoren mee. Deze redenering omtrent het meewegen van loon en lengte van het dienstverband wordt tevens onderschreven door de rechtbank Noord Nederland. Op basis van de beginselen van het algemeen verbintenissenrecht, de aansluiting aan de maatstaven omtrent de vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag en de voorgaande uitspraken, dienen loon en lengte van het dienstverband inderdaad mee te wegen in de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding.

In de rechtspraak omtrent de billijke vergoeding hebben de rechters 5 keer gebruik gemaakt van de mogelijkheid om de billijke vergoeding te matigen wegens de financiële situatie van de werkgever. Er zijn in de rechtspraak een aantal factoren aangemerkt die als verzachtend moeten gelden voor de werkgever en op grond waarvan de billijke vergoeding kan worden gematigd. Naast de feitelijke situatie van de werkgever, kan tevens de impact van hetgeen dat buiten de billijke vergoeding om is bepaald in de uitspraak worden aangemerkt als verzachtende omstandigheid. Hierbij valt de denken aan het betalen van achterstallig loon zonder dat hiertegenover een arbeidsprestatie heeft gestaan. In een zaak achtte de rechtbank Noord Nederland de omstandigheden zodanig dat, hoewel er in casus sprake was van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, er wegens de omstandigheden waaronder werknemer is dienst is getreden en de situatie waarin de werkgever zich verkeerd, volgens de rechter geen billijke vergoeding moest worden toegekend.

*6.2. Conclusie; Hoe kan SRK-Rechtsbijstand haar cliënten adviseren omtrent de toekenning en de hoogte van de billijke vergoeding?*

SRK-Rechtsbijstand kan de bevindingen met betrekking tot de invulling van het criterium 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever' en de hoogte van de billijke vergoeding verwerken in de adviezen die zij geven aan hun cliënten. Tevens kunnen de bevindingen worden gebruikt in het procederen bij een verzoek om toekenning van een billijke vergoeding.

Ik adviseer dat SRK-Rechtsbijstand in haar adviezen rekening houdt met de factoren die volgens de jurisprudentie in ieder geval leiden tot ernstige verwijtbaarheid van de werkgever. Voorts zou er aan de hand van de meer concrete gevallen kunnen worden vergeleken of een toekenning van een billijke vergoeding in de rede ligt. Hierbij dient SRK-Rechtsbijstand er acht op te slaan dat er in geval van een opzegging in strijd met de voor opzegging geldende voorschriften in beginsel sprake is van ernstige verwijtbaarheid van de werkgever. In het geval dat het dienstverband van de cliënt is beëindigd door middel van ontbinding kan de werknemer zowel na een werkgevers- als een werknemersverzoek aanspraak maken op een billijke vergoeding. Voor de kansen wat betreft de toekenning van een billijke vergoeding dient allereerst na te worden gegaan op welke grondslag de arbeidsovereenkomst is ontbonden c.q. welke ontbindingsgrond aan het ontbindingsverzoek ten grondslag zal worden gelegd. Uit het empirisch onderzoek blijkt dat vrijwel uitsluitend bij ontbinding wegens een verstoorde arbeidsverhouding een billijke vergoeding wordt toegekend. Dit is mede te verklaren uit het feit dat de rechters het niet voldoen aan de voorwaarden van een andere ontslaggrond als ernstig verwijtbaar kunnen zien in geval van een subsidiair toegewezen ontbinding wegens een verstoorde arbeidsverhouding. Zo blijkt uit de onderzochte rechtspraak dat in het geval van een afwijzing van een ontbinding wegens disfunctioneren omdat de werkgever niet heeft voldaan aan haar verplichtingen voortvloeiende uit art. 7:669 lid 3 sub d BW, deze zelfde verplichtingen als factoren moeten worden gezien die resulteren in de toekenning van een billijke vergoeding, indien de arbeidsovereenkomst wel wordt ontbonden wegens een verstoorde arbeidsverhouding. Wat betreft de inschatting van de kans op de toekenning van een billijke vergoeding wanneer de arbeidsovereenkomst is ontbonden wegens een verstoorde arbeidsverhouding, dient het handelen of nalaten van de werkgever allereerst te worden getoetst aan de uit de jurisprudentie voortvloeiende oplossingsgerichte houding. Deze houding van de werkgever dient in ieder geval te blijken uit het houden van voldoende functioneringsgesprekken, het tijdig op de hoogte stellen van (de ernst van) het vermeend disfunctioneren of de verstoorde arbeidsverhouding, het aanbieden van een deugdelijk verbetertraject, het verrichten van oplossingsgerichte, de-escalerende of arbeidsverhoudingherstellende inspanningen zoals het houden van gesprekken of het instellen van mediation en zoals ook logischerwijs uit deze houding voortvloeit dient de werkgever niet aan te sturen op beëindiging van het dienstverband zonder dat aan de werknemer een reële kans is geboden om het functioneren te verbeteren. Indien er kan worden geconstateerd dat de handelswijze van de werkgever niet past binnen deze beschrijving zal de rechter een billijke vergoeding toekennen. Indien de werkgever op basis van de uit de jurisprudentie voortvloeiende oplossingsgerichte houding niet ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nalatig is geweest, kan er alsnog ruimte zijn voor een billijke vergoeding, indien kan worden aangetoond dat de werkgever in enig ander handelen of nalaten ernstig verwijtbaar is geweest. Handelen of nalaten wat in de jurisprudentie in de regel als ernstig verwijtbaar wordt aangemerkt is in ieder geval het onterecht op non-actief stellen, het onterecht staken van de loonbetaling of het miskennen van salarisaanspraken en het baseren van een ontbindingsverzoek op onterechte verwijten, evenals het baseren van een opzegging op onterechte verwijten. Indien geen van de voorgaande ernstig verwijtbare handeling of nalatigheden zich in de situatie van de cliënt voordoen, kan om de kansen in de situatie van de cliënt in te schatten vergelijking of aansluiting worden gezocht bij de in de jurisprudentie bekende concrete gevallen. Tevens kan in zulks geval worden geprocedeerd om de rechter te doen beslissen over de vraag of de werkgever in de situatie van de cliënt ernstig verwijtbaar is. Ter onderbouwing van het verzoek om een billijke vergoeding kan dan aansluiting worden gezocht bij de factoren die tevens in de procedure van het kennelijk onredelijk ontslag tot een vergoeding resulteren. Ook kan de situatie vanzelfsprekend naar eigen interpretatie worden getoetst aan de voorbeelden van ernstige verwijtbaarheid die de wetgever in de Memorie van Toelichting heeft gegeven. Als algemene argumentatie voor het ruim uitleggen van het criterium 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever' kan dan worden gesteld dat wanneer de rechter een te strenge beperking van het criterium hanteert, zijn rechtspraak niet conform de uitgangspunten van het arbeidsrecht is. Naast de vraag of er in de situatie van de cliënt een billijke vergoeding kan worden verzocht, is zowel voor het adviseren als in het procederen de te verwachten hoogte van de billijke vergoeding van belang. Uit de rechtspraak is geen concrete regel of richtlijn af te leiden waaruit kan worden opgemaakt hoe hoog een billijke vergoeding in een concreet geval zal uitvallen. Tevens zijn de hoogtes van de reeds toegekende billijke vergoedingen zeer gevarieerd. Ook door de rechters wordt immers geen algemene regel of richtlijn gehanteerd voor de begroting van de billijke vergoeding. Wij moeten er derhalve vanuit gaan dat het merendeel van de rechters de hoogte bepaalt naar gevoelsmatigheid. Ik adviseer SRK-Rechtsbijstand dan ook om aan de rechtbank steeds een hoge vergoeding te verzoeken. Mocht dit verzoek niet worden toegewezen, kan de rechter immers alsnog een lager bedrag toewijzen. De motivering voor een expliciet hoog bedrag kan worden gebaseerd op de berekening die tevens gold voor de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding, hetgeen recht zou doen aan de beginselen van schadebegroting uit het algemeen verbintenissenrecht. Loon en lengte van het dienstverband zouden tevens kunnen worden meegewogen bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding. Deze redenering vindt ook steun in de rechtspraak. De rechter kan echter wat betreft de gevolgen van het ontslag en het meewegen van loon en lengte van het dienstverband oordelen dat deze niet mogen worden betrokken bij de hoogte van de billijke vergoeding. Mocht dat het geval zijn doet dat echter alsnog niets af aan de overige factoren die het kennelijk onredelijk ontslag kent. Voorts zou men een hoge vergoeding kunnen motiveren door te stellen dat de billijke vergoeding naast een compenserende werking, tevens een punitieve en preventieve werking heeft. Voor een goede werking hiervan dient de billijke vergoeding derhalve van substantiële hoogte te zijn. Deze stelling kan worden onderbouwd doormiddel van jurisprudentie en wetsgeschiedenis. Als algemene redenering voor hoge vergoedingen kan onder verwijzing naar jurisprudentie worden gesteld dat de billijke vergoeding naar haar aard hoog dient uit te vallen. De toekenning van een billijke vergoeding geschiedt immers pas na het bewezen "ernstig" verwijtbaar handelen. Wanneer de "drempel" die het woord 'ernstig' veroorzaakt daadwerkelijk wordt genomen, past hier volgens de rechtbank naar de aard van de bewoordingen geen lage vergoeding bij.

***Hoofdstuk 7. Aanbevelingen***

Op basis van de bevindingen en het advies dat ik in deze scriptie heb geformuleerd, doe ik SRK-Rechtsbijstand de volgende aanbevelingen:

* Het in deze scriptie geformuleerde advies kan worden gebruikt om cliënten concreet te adviseren omtrent de toekenning van de billijke vergoeding. Hoofdzakelijk kan hetgeen dat in de rechtspraak steeds als ernstig verwijtbaar wordt aangemerkt, worden gebruikt om snel in te schatten of een cliënt kans maakt op een billijke vergoeding. In ieder geval is een werkgever ernstig verwijtbaar na opzegging in strijd met de voor opzegging geldende voorschriften, het niet hanteren van een oplossingsgerichte houding, het onterecht op non-actief stellen, het onterecht staken van de loonbetaling of het miskennen van salarisaanspraken en het baseren van een ontbindingsverzoek op onterechte verwijten, evenals het baseren van een opzegging op onterechte verwijten.
* Indien alsnog onduidelijk is of de cliënt kans maakt op een billijke vergoeding of indien de situatie van de cliënt niet resulteert in een billijke vergoeding op basis van de hierboven omschreven rode lijn, kan de situatie van de cliënt worden vergeleken met de gevallen die niet voortvloeien uit de rode lijn. De ernstige verwijtbaarheid van de werkgever kan dan alsnog worden herleid uit de concrete gevallen die in de jurisprudentie reeds als ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever zijn aangemerkt. Concrete handelingen of nalatigheden die reeds als ernstig verwijtbaar zijn aangemerkt zijn het onterecht voeren van verborgen camerabewaking, het baseren van een ontbindingsverzoek op een ziekmelding van de werknemer en het niet respecteren van de reeds geldende arbeidsvoorwaarden van een middels overgang van onderneming in dienst getreden werknemer aangemerkt als ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.
* Het geformuleerde advies en de bevindingen kunnen tevens als solide argumentatie worden gebruikt in het procederen om een verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding. Naast de uit het jurisprudentieonderzoek voortvloeiende argumentatie kan ter onderbouwing van het verzoek om toekenning van een billijke vergoeding stelling worden genomen op basis van de uit het literatuuronderzoek onderbouwde argumentatie. Voor concrete onderbouwing van stellingen en meer uitgebreide behandeling van de materie kunnen de bevindingen uit het literatuuronderzoek nader worden bestudeerd.
* Wat betreft de te verwachten hoogte van een billijke vergoeding kan op basis van de jurisprudentie geen concreet advies worden geformuleerd. Wel kan er op basis van de jurisprudentie worden beargumenteerd dat de hoogte van een billijke vergoeding van substantiële betekenis moet zijn. Deze stelling is hoofdzakelijk van belang in het procederen.
* Het verdient de aanbeveling voor SRK-Rechtsbijstand om de rechtspraak omtrent de billijke vergoeding regelmatig bij te houden. Aangezien de Wet Werk en Zekerheid pas op 1 juli 2015 volledig inwerking is getreden, is de relevante rechtspraak nog zeer dynamisch. Tevens heeft zich in de rechtspraak nog geen toekenning van een billijke vergoeding na einde van rechtswege voorgedaan. Eventuele nadere conclusies zullen hieromtrent in de toekomst uit de rechtspraak kunnen worden onttrokken. In het bijzonder zal de rechtspraak omtrent de hoogte van de billijke vergoeding zich verder kunnen ontwikkelen, het is dan ook in het verlengde van deze scriptie voor SRK-Rechtsbijstand van belang om deze ontwikkelingen bij te houden.
* Uiterlijk in 2017 zal de jurisprudentie omtrent de billijke vergoeding worden geëvalueerd. Het kabinet zal in samenspraak met de Stichting van de Arbeid conclusies trekken met betrekking tot de vraag of door middel van het criterium 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever' de wetgever haar doel bereikt. Deze conclusies zullen worden voorgelegd aan de Tweede Kamer.[[99]](#footnote-100) Het verdient dan ook de aanbeveling voor SRK-Rechtsbijstand om op de hoogte te blijven van deze evaluatie en de daarop volgende conclusies.

**Bronnenlijst**

***Literatuurlijst***

**Bouwens en Duk 2015**

W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, Arbeidsovereenkomstenrecht 2015

'Kantonrechtersformule: hoe werkt het', http://www.kantonrechtersformule.nl/wat-is-de-kantonrechtersformule.html

**Sagel 2014**

S.F. Sagel, 'Het muizengaatje verdient de hoofdprijs', Tijdschrift Recht en Arbeid 2014 aflevering 12

**Schouten 2014**

B. Schouten, 'Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten: over de omvang van een muizengaatje', Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk, SDU uitgevers 2014

**Van den Brink e.a. 2016**

P.F van den Brink, A.P.J. Cordang, E. Van Dijk, M.J.M.T Keuleards, I.J. de Laat, WWZ in praktijk, Een open debat tussen advocatuur en rechterlijke macht, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2016

**Van Drongelen & Jellinghaus 2015**

J. van Drongelen, W.J.P.M. Fase, S.F.H. Jellinghaus, Individueel Arbeidsrecht 3, Ontslagrecht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015

**Van Zanten-Baris 2014**

A. van Zanten-Baris, 'De billijke vergoeding in volle omvang', ArbeidsRecht 2014/55

**Zuydgeest 2015**

Laura Zuydgeest, 'De billijke vergoeding onder de Wet Werk en Zekerheid per 1 juli 2015', www.gmv.nl, 2015

***Lijst van gebruikte kamerstukken***

**Kamerstukken I, 33 818, C**

Memorie van Antwoord

**Kamerstukken II 2013-14, 33 818, nr. 3**

Memorie van Toelichting

**Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 4**

Advies Afdeling advisering Raad van State en reactie kabinet in nader rapport

***Relevante wet- en regelgeving***

Art. 7:671 BW

Art. 7:671b BW

Art.7:671c BW

Art. 7:673 BW

Art. 7:681 BW

Art. 7:682 BW

Art. 7:683 BW

Art. 7:686a BW

Art. 7:690 BW

**Jurisprudentielijst**

*Aangehaalde jurisprudentie*

HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4472, NJ2010/494 (Rutten/Breed)

HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6596, NJ2010/493.

*Geanalyseerde jurisprudentie*

1. Rb. Amsterdam, 24-02-2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1048
2. Rb. Amsterdam, 29-01-2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:400
3. Rb. Amsterdam, 15-12-2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9244
4. Rb. Amsterdam, 08-12-2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8949
5. Rb. Amsterdam, 07-12-2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752
6. Rb. Amsterdam, 13-11-2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8027
7. Rb. Amsterdam, 06-10-2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7278
8. Rb. Den Haag, 23-03-2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3532
9. Rb. Den Haag, 17-03-2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3404
10. Rb. Den Haag, 02-03-2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3384
11. Rb. Den Haag, 03-02-2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:761
12. Rb. Den Haag, 04-01-2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:71
13. Rb. Gelderland, 23-09-2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6344
14. Rb. Gelderland, 17-09-2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5909
15. Rb. Limburg, 07-12-2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:10158
16. Rb. Limburg, 12-11-2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:9998
17. Rb. Limburg, 30-10-2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:9182
18. Rb. Midden-Nederland, 17-03-2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1374
19. Rb. Midden-Nederland, 16-03-2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1365
20. Rb. Midden-Nederland, 04-03-2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1297
21. Rb. Midden-Nederland, 18-02-2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:854
22. Rb. Midden-Nederland, 12-01-2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:986
23. Rb. Midden-Nederland, 02-12-2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8495
24. Rb. Noord-Holland, 30-03-2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2698
25. Rb. Noord-Holland, 25-03-2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2401
26. Rb. Noord-Holland, 08-02-2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:879
27. Rb. Noord-Holland, 29-01-2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:996
28. Rb. Noord-Holland, 22-01-2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:553
29. Rb. Noord-Holland, 20-01-2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:728
30. Rb. Noord-Holland, 18-12-2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11461
31. Rb. Noord-Holland, 26-11-2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:10552
32. Rb. Noord-Holland, 04-11-2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9668
33. Rb. Noord-Holland, 21-09-2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:7994
34. Rb. Noord-Nederland, 16-03-2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:1126
35. Rb. Noord-Nederland, 29-02-2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:864
36. Rb. Noord-Nederland, 24-02-2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:713
37. Rb. Noord-Nederland, 24-02-2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:714
38. Rb. Noord-Nederland, 24-02-2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:715
39. Rb. Noord-Nederland, 24-02-2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:756
40. Rb. Noord-Nederland, 25-11-2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423
41. Rb. Noord-Nederland, 20-11-2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5493
42. Rb. Noord-Nederland, 29-10-2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5130
43. Rb. Noord-Nederland, 22-07-2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3611
44. Rb. Oost-Brabant, 22-09-2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5552
45. Rb. Oost-Brabant, 28-08-2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5275
46. Rb. Overijssel, 14-03-2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882
47. Rb. Overijssel, 26-02-2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:675
48. Rb. Overijssel, 21-01-2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:212
49. Rb. Overijssel, 27-11-2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5275
50. Rb. Overijssel, 20-08-2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3899
51. Rb. Rotterdam, 16-02-2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1185
52. Rb. Rotterdam, 16-10-2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7564
53. Rb. Rotterdam, 15-10-2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7335
54. Rb. Rotterdam, 16-02-2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9316
55. Rb. Zeeland West-Brabant, 30-03-2016,ECLI:NL:RBZWB:2016:1838
56. Rb. Zeeland West-Brabant, 11-03-2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1637
57. Rb. Zeeland West-Brabant, 22-02-2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1067
58. Rb. Zeeland West-Brabant, 02-02-2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1004
59. Rb. Zeeland West-Brabant, 25-11-2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:8520

1. art. 7:673 BW [↑](#footnote-ref-2)
2. Kamerstukken II 2013-14, 33 818, nr. 3, p. 34. [↑](#footnote-ref-3)
3. J. van Drongelen, W.J.P.M. Fase, S.F.H. Jellinghaus, Individueel Arbeidsrecht 3, Ontslagrecht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 244. [↑](#footnote-ref-4)
4. Aldus P. Kruit in: P.F van den Brink, A.P.J. Cordang, E. Van Dijk, M.J.M.T Keuleards, I.J. de Laat, WWZ in praktijk, Een open debat tussen advocatuur en rechterlijke macht, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2016, p. 70. [↑](#footnote-ref-5)
5. Kamerstukken II 2013-14, 33 818, nr. 3, p. 34. [↑](#footnote-ref-6)
6. Kamerstukken II 2013-14, 33 818, nr. 3, p. 33. [↑](#footnote-ref-7)
7. Art. 7:686a lid 2 BW [↑](#footnote-ref-8)
8. J. van Drongelen, W.J.P.M. Fase, S.F.H. Jellinghaus, Individueel Arbeidsrecht 3, Ontslagrecht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 247. [↑](#footnote-ref-9)
9. art. 7:683 lid 5 BW. [↑](#footnote-ref-10)
10. J. van Drongelen, W.J.P.M. Fase, S.F.H. Jellinghaus, Individueel Arbeidsrecht 3, Ontslagrecht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 247. [↑](#footnote-ref-11)
11. Kamerstukken II 20

    13-14, 33 818, nr. 3, p. 34. [↑](#footnote-ref-12)
12. Kamerstukken II 2013-14, 33 818, nr.3. [↑](#footnote-ref-13)
13. J. van Drongelen, W.J.P.M. Fase, S.F.H. Jellinghaus, Individueel Arbeidsrecht 3, Ontslagrecht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015 [↑](#footnote-ref-14)
14. W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, Arbeidsovereenkomstenrecht 2015/§33.6, 'De billijke vergoeding: algemeen' [↑](#footnote-ref-15)
15. Laura Zuydgeest, 'De billijke vergoeding onder de Wet Werk en Zekerheid per 1 juli 2015', www.gmv.nl, 2015. [↑](#footnote-ref-16)
16. S.F. Sagel, 'Het muizengaatje verdient de hoofdprijs', Tijdschrift recht en Arbeid, 2014 aflevering 12 [↑](#footnote-ref-17)
17. Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 4, (Advies Afdeling advisering Raad van State en reactie kabinet in nader rapport) [↑](#footnote-ref-18)
18. P.F van den Brink, A.P.J. Cordang, E. Van Dijk, M.J.M.T Keuleards, I.J. de Laat, WWZ in praktijk, Een open debat tussen advocatuur en rechterlijke macht, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2016 [↑](#footnote-ref-19)
19. W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, Arbeidsovereenkomstenrecht 2015/§33.7, 'Ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever'. En http://www.vaan-arbeidsrecht.nl/images/Presentatie%20Bouwens.pdf [↑](#footnote-ref-20)
20. A. van Zanten-Baris, 'De billijke vergoeding in volle omvang', ArbeidsRecht 2014/55. [↑](#footnote-ref-21)
21. B. Schouten, 'Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten: over de omvang van een muizengaatje', Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk, SDU uitgevers 2014. [↑](#footnote-ref-22)
22. W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, Arbeidsovereenkomstenrecht 2015/§33.8, 'De hoogte van de billijke vergoeding'. [↑](#footnote-ref-23)
23. A. van Zanten-Baris, 'De billijke vergoeding in volle omvang', ArbeidsRecht 2014/55. [↑](#footnote-ref-24)
24. Zie juridisch achtergrond [↑](#footnote-ref-25)
25. Zie wettekst artikel 7:681 BW [↑](#footnote-ref-26)
26. Kamerstukken II, 2013-14, 33 818, nr.3, p. 2. [↑](#footnote-ref-27)
27. Kamerstukken II, 2013-14, 33 818, nr.3, p. 5. [↑](#footnote-ref-28)
28. Kamerstukken II, 2013-14, 33 818, nr.3, p. 5. [↑](#footnote-ref-29)
29. Kamerstukken II, 2013-14, 33 818, nr.3, p. 24. [↑](#footnote-ref-30)
30. Kamerstukken II 2013-14, 33 818, nr. 3, p. 38. [↑](#footnote-ref-31)
31. Kamerstukken II 2014-14, 33 818, nr. 3, p. 32. [↑](#footnote-ref-32)
32. Ingevolge artikel 7:671b lid 9 sub b BW, 7:671c lid 2 sub b BW [↑](#footnote-ref-33)
33. ingevolge artikel 7:681 lid 1 BW, 7:682 lid 1 sub b BW, 7:682 lid 1 sub c BW, 7:682 lid 2 en 3 BW [↑](#footnote-ref-34)
34. Ingevolge artikel 7:673 lid 9 BW [↑](#footnote-ref-35)
35. Kamerstukken II 2013-14, 33 818, nr. 3, p. 34. [↑](#footnote-ref-36)
36. Artikel 7:686a lid 6 BW [↑](#footnote-ref-37)
37. W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, Arbeidsovereenkomstenrecht 2015/§33.6, 'De billijke vergoeding: algemeen' [↑](#footnote-ref-38)
38. Het betreft hier huishoudelijk personeel dat minder dan vier dagen per week werkzaam is voor een particuliere werkgever en om werknemers binnen het bijzonder onderwijs wiens arbeidsovereenkomst wordt opgezegd wegens handelen in strijd met de grondslag van de school. [↑](#footnote-ref-39)
39. Het betreft hier een werknemer die respectievelijk het ambt van een bestuurder of een geestelijke vervult. [↑](#footnote-ref-40)
40. W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, Arbeidsovereenkomstenrecht 2015/§33.6, 'De billijke vergoeding: algemeen' [↑](#footnote-ref-41)
41. Met als extra voorwaarde dat de werknemer niet meer dan 12 uur per week heeft gewerkt. [↑](#footnote-ref-42)
42. Kamerstukken II 2013-14, 33 818, nr. 3, p. 34. [↑](#footnote-ref-43)
43. J. van Drongelen, W.J.P.M. Fase, S.F.H. Jellinghaus, Individueel Arbeidsrecht 3, Ontslagrecht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 244. [↑](#footnote-ref-44)
44. Zie o.a. Laura Zuydgeest, 'De billijke vergoeding onder de Wet Werk en Zekerheid per 1 juli 2015', www.gmv.nl, 2015. en S.F. Sagel, 'Het muizengaatje verdient de hoofdprijs', Tijdschrift recht en Arbeid 2014 aflevering 12. [↑](#footnote-ref-45)
45. Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 4, p. 12. [↑](#footnote-ref-46)
46. Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 4, p. 12-13. [↑](#footnote-ref-47)
47. Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 4, (Advies Afdeling advisering Raad van State en reactie kabinet in nader rapport), p. 61. [↑](#footnote-ref-48)
48. B. Schouten, 'Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten: over de omvang van een muizengaatje', Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk, SDU uitgevers 2014, p. 63. [↑](#footnote-ref-49)
49. B. Schouten, 'Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten: over de omvang van een muizengaatje', Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk, SDU uitgevers 2014, p. 63. [↑](#footnote-ref-50)
50. P.F van den Brink, A.P.J. Cordang, E. Van Dijk, M.J.M.T Keuleards, I.J. de Laat, WWZ in praktijk, Een open debat tussen advocatuur en rechterlijke macht, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2016, p. 67. [↑](#footnote-ref-51)
51. Zo bepleit ook P. Kuit in: P.F van den Brink, A.P.J. Cordang, E. Van Dijk, M.J.M.T Keuleards, I.J. de Laat, WWZ in praktijk, Een open debat tussen advocatuur en rechterlijke macht, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2016, p. 69. [↑](#footnote-ref-52)
52. Zoals eerder beschreven: "laakbaar gedrag", "discrimineert", "onwerkbare situatie" en "verwijtbaar onvoldoende zorg". [↑](#footnote-ref-53)
53. A. van Zanten-Baris, 'De billijke vergoeding in volle omvang', ArbeidsRecht 2014/55. [↑](#footnote-ref-54)
54. B. Schouten, 'Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten: over de omvang van een muizengaatje', Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk, SDU uitgevers 2014, p. 60 - 71. [↑](#footnote-ref-55)
55. B. Schouten, 'Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten: over de omvang van een muizengaatje', Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk, SDU uitgevers 2014, p. 64. [↑](#footnote-ref-56)
56. Kamerstukken II 2013-14, 33 818, nr. 3, p. 34. [↑](#footnote-ref-57)
57. J. van Drongelen, W.J.P.M. Fase, S.F.H. Jellinghaus, Individueel Arbeidsrecht 3, Ontslagrecht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 245. [↑](#footnote-ref-58)
58. J. van Drongelen, W.J.P.M. Fase, S.F.H. Jellinghaus, Individueel Arbeidsrecht 3, Ontslagrecht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 245. [↑](#footnote-ref-59)
59. J. van Drongelen, W.J.P.M. Fase, S.F.H. Jellinghaus, Individueel Arbeidsrecht 3, Ontslagrecht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 244. [↑](#footnote-ref-60)
60. Kamerstukken II 2013-14, 33 818, nr. 3, p. 34. [↑](#footnote-ref-61)
61. Kamerstukken II 2013-14, 33 818, nr. 3, p. 34. [↑](#footnote-ref-62)
62. A. van Zanten-Baris, 'De billijke vergoeding in volle omvang', ArbeidsRecht 2014/55, p. 41. [↑](#footnote-ref-63)
63. Kamerstukken II 2013-14, 33 818, nr. 3, p. 33. [↑](#footnote-ref-64)
64. Kamerstukken II 2013-14, 33 818, nr. 3, p. 33, 34. [↑](#footnote-ref-65)
65. Kamerstukken II 2013-14, 33 818, nr. 4, p. 61 Kamerstukken I, 33 818, C, p. 65-66. (MvA) [↑](#footnote-ref-66)
66. Kamerstukken II 2013-14, 33 818, nr. 3, p. 24. [↑](#footnote-ref-67)
67. P.F van den Brink, A.P.J. Cordang, E. Van Dijk, M.J.M.T Keuleards, I.J. de Laat, WWZ in praktijk, Een open debat tussen advocatuur en rechterlijke macht, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2016, p. 72. [↑](#footnote-ref-68)
68. P.F van den Brink, A.P.J. Cordang, E. Van Dijk, M.J.M.T Keuleards, I.J. de Laat, WWZ in praktijk, Een open debat tussen advocatuur en rechterlijke macht, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2016, p. 72-73. [↑](#footnote-ref-69)
69. Kamerstukken II 2013-14, 33 818, nr. 3, p. 34. [↑](#footnote-ref-70)
70. P.F van den Brink, A.P.J. Cordang, E. Van Dijk, M.J.M.T Keuleards, I.J. de Laat, WWZ in praktijk, Een open debat tussen advocatuur en rechterlijke macht, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2016, p. 186. [↑](#footnote-ref-71)
71. J. van Drongelen, W.J.P.M. Fase, S.F.H. Jellinghaus, Individueel Arbeidsrecht 3, Ontslagrecht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 246. [↑](#footnote-ref-72)
72. Zie ook: P.F van den Brink, A.P.J. Cordang, E. Van Dijk, M.J.M.T Keuleards, I.J. de Laat, WWZ in praktijk, Een open debat tussen advocatuur en rechterlijke macht, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2016, p. 188. [↑](#footnote-ref-73)
73. A. van Zanten-Baris, 'De billijke vergoeding in volle omvang', ArbeidsRecht 2014/55, p. 41. [↑](#footnote-ref-74)
74. Rutten/Breed: HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4472, NJ2010/494. [↑](#footnote-ref-75)
75. HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6596, NJ2010/493. [↑](#footnote-ref-76)
76. Kamerstukken II 2013-14, 33 818, nr. 3, p. 33. [↑](#footnote-ref-77)
77. HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4472, NJ2010/494. [↑](#footnote-ref-78)
78. Kamerstukken II 2013-14, 33 818, nr. 3, p. 34. [↑](#footnote-ref-79)
79. Dit heeft de rechter in één uitspraak expliciet bepaald. Zie hiervoor: Rb. Amsterdam, 29-01-2016, [ECLI:NL:RBAMS:2016:400](http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBAMS:2016:400&keyword=%22billijke%2bvergoeding%22). [↑](#footnote-ref-80)
80. Dat de rechters het niet hanteren van een dergelijke houding door de werkgever aanmerken als ernstig verwijtbaar handelen of nalaten blijkt uit de uitspraken: Rb. Midden-Nederland, 12-01-2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:986, Rb. Midden-Nederland, 18-02-2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:854, Rb. Noord-Nederland, 30-03-2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2698, Rb. Noord-Holland, 18-12-2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11461, Rb. Noord-Holland, 25-03-2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2401, Rb. Noord-Holland, 04-11-2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9668 & Rb. Noord-Holland, 22-01-2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:553, Rb. Noord-Nederland, 25-11-2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423, Rb. Overijssel, 21-01-2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:212, Rb. Overijssel, 27-11-2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5275, Rb. Overijssel, 14-03-2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882, Rb. Overijssel, 26-02-2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:675, Rb. Zeeland-West-Brabant, 25-11-2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:8520. [↑](#footnote-ref-81)
81. Zie hiervoor: Rb. Den Haag, 17-03-2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3404, Rb. Noord-Holland, 30-03-2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2698, Rb- Noord-Holland, 18-12-2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11461, Rb. Noord-Nederland, 25-11-2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423, Rb. Overijssel, 14-03-2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882. [↑](#footnote-ref-82)
82. Zie onder andere: Rb. Amsterdam, 06-10-2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7278, Rb. Den Haag, 17-03-2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3404, Rb. Midden-Nederland, 18-02-2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:854, Rb. Noord-Holland, 30-3-2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2698, Rb. Noord-Holland, 04-11-2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9668 & Rb. Noord-Holland, 22-01-2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:553, Rb. Noord-Nederland, 24-02-2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:715, Rb. Noord-Nederland, 24-02-2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:714, Rb. Noord-Nederland, 24-02-2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:713, Rb. Noord-Nederland, 25-11-2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423, Rb. Overijssel, 14-03-2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882. [↑](#footnote-ref-83)
83. Rb. Noord-Holland, 18-12-2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11461, Rb. Overijssel, 14-03-2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882, Rb. Zeeland-West-Brabant, 25-11-2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:8520. [↑](#footnote-ref-84)
84. Rb. Amsterdam, 06-10-2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7278, Rb. Noord-Nederland, 24-02-2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:713, Rb. Overijssel, 27-11-2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5275, Rb. Rotterdam, 16-12-2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9316. [↑](#footnote-ref-85)
85. Rb. Noord-Nederland, 24-02-2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:715; Rb. Noord-Nederland, 24-02-2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:714; Rb. Noord-Nederland, 24-02-2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:713. [↑](#footnote-ref-86)
86. Rb. Oost-Brabant, 22-09-2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5552 [↑](#footnote-ref-87)
87. Rb. Zeeland-West-Brabant, 25-11-2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:8520 [↑](#footnote-ref-88)
88. Rb. Midden-Nederland, 02-12-2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8495, Rb. Zeeland-West-Brabant, 11-03-2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1637 [↑](#footnote-ref-89)
89. Rb. Amsterdam, 29-01-2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:400 [↑](#footnote-ref-90)
90. Rb. Amsterdam, 07-12-2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752 [↑](#footnote-ref-91)
91. Rb. Midden-Nederland, 18-02-2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:854 [↑](#footnote-ref-92)
92. Rb. Overijssel, 26-02-2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:675 [↑](#footnote-ref-93)
93. Rb. Overijssel, 14-03-2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882 [↑](#footnote-ref-94)
94. Rb. Amsterdam, 15-12-2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9244 [↑](#footnote-ref-95)
95. Rb. Noord-Nederland, 24-02-2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:756 [↑](#footnote-ref-96)
96. Rb. Rotterdam, 16-12-2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9316 [↑](#footnote-ref-97)
97. Rb. Midden-Nederland, 18-02-2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:854 [↑](#footnote-ref-98)
98. Rb Noord Nederland, 2511-2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423 [↑](#footnote-ref-99)
99. Kamerstukken II 2013-14, 33 818, nr. 3, p. 34. [↑](#footnote-ref-100)