

Voorwoord

Met gepaste trots presenteer ik u het adviesrapport betreffende de billijke vergoeding ex artikel 671b lid 8 sub c van het zevende Burgerlijk Wetboek, in het licht van het principe van de punitive damage. Het rapport is opgesteld in opdracht van het advocatenkantoor Advocaten van Nu, gevestigd te 's-Hertogenbosch. Deze scriptie vormt het sluitstuk van de afstudeerperiode en tevens de vierjarige opleiding, hbo Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys.

De afstudeerperiode heb ik als plezierig en leerzaam ervaren. Door de toegankelijke sfeer binnen het kantoor voelde ik mij op mijn gemak. Mij werd de mogelijkheid geboden om mezelf optimaal op mijn scriptie te focussen. Deze factoren hebben bijgedragen aan de kwaliteit van het rapport dat voor u ligt.

Graag maak ik gebruik van de gelegenheid om een specifiek woord van dank te richten aan verschillende personen, voor hun ontferming en advies.

Allereerst wil ik mr. Suzan de Lange bedanken, voor haar enthousiasme, inhoudelijke begeleiding en constructieve feedback.

Tevens dank ik mr. David Lagarrigue, mr. Saskia Klingeman en Sabine Schenkels, dat zij mij in verschillende opzichten betrokken hebben bij de uitvoering van hun werkzaamheden.

Daarnaast gaat mijn dank uit naar de respondenten, voor de tijd die zij hebben vrijgemaakt voor de medewerking aan mijn onderzoek. Tijdens het afnemen van de interviews hebben zij vanuit hun professie op een heldere en waardevolle wijze hun visie met mij gedeeld.

Ook bedank ik mr. Frank Klaassen en mr. Mark Kooij voor hun meedenkende doch kritische rol.

Veel plezier toegewenst tijdens het lezen van deze scriptie.

Sabine Lucassen

's-Hertogenbosch, 9 januari 2017

Inhoudsopgave

Samenvatting

Lijst van afkortingen

<u>Hoofdstuk 1</u>	<u>Inleiding</u>	<u>8</u>
	1.1 Aanleiding en probleembeschrijving	8
	1.2 Centrale vraag en deelvragen	11
	1.3 Doelstelling	12
	1.4 Afbakening	12
	1.5 Verantwoording	12
	1.6 Leeswijzer	14
<u>Hoofdstuk 2</u>	<u>De billijke vergoeding</u>	<u>15</u>
	2.1 De billijke vergoeding in de wet	15
	2.2 De billijke vergoeding in de parlementaire geschiedenis	16
	2.3 Evaluatie van de billijke vergoeding	19
	2.4 Tussenconclusie	
<u>Hoofdstuk 3</u>	<u>Het principe van de punitive damage</u>	<u>21</u>
	3.1 Punitive damage	21
	3.1.1 Doelen van een punitive damage	22
	3.2 Historie van het principe van de punitive damage	23
	3.2.1 Historie vanuit Engeland	23
	3.2.2 Historie vanuit de Verenigde Staten van Amerika	25
	3.3 Kritieke punten van het principe van de punitive damage	26
	3.4 Tussenconclusie	27
<u>Hoofdstuk 4</u>	<u>Punitive damage binnen het Nederlands privaatrecht</u>	<u>29</u>
	4.1 De schadecomponent	29
	4.1.1 Het aansprakelijkheidsrecht	29
	4.2.1.1 De onrechtmatige daad	30
	4.1.2 Het schadevergoedingsrecht	31
	4.1.3 De schadecomponent van de billijke vergoeding	32
	4.2 De punitieve component	33
	4.2.1 Boetebeding binnen het algemene privaatrecht	33
	4.2.2 Boetebeding binnen het arbeidsrecht	34
	4.2.3 De punitieve component van de billijke vergoeding	35
	4.3 Tussenconclusie	36
<u>Hoofdstuk 5</u>	<u>De billijke vergoeding in de rechtspraak</u>	<u>38</u>
	5.1 Visie vanuit de rechterlijke macht	38
	5.1.1 Interview deel 1: de billijke vergoeding	39
	5.1.2 Interview deel 2: het principe van de punitive damage	40
	5.1.2.1 Interview deel 2.1: de schadecomponent	40
	5.1.2.2 Interview deel 2.2: de punitieve component	41
	5.2 Toepassing in de rechtspraak	42
	5.2.1 Jurisprudentieanalyse 1: immateriële schade	42
	5.2.2 Jurisprudentieanalyse 2: materiële schade	43
	5.2.3 Jurisprudentieanalyse 3: afschrikking en bestraffing	45
	5.3 Tussenconclusie	46

Hoofdstuk 6	Conclusies en aanbevelingen	49
	6.1 Conclusies	49
	6.2 Aanbevelingen	51

Nawoord

Literatuurlijst

Bijlagenbundel

Samenvatting

Vanaf 1 juli 2015 trad de Wet werk en zekerheid in werking. Een van de nieuwe ontslagvergoedingen binnen deze wet is onder andere de additionele billijke vergoeding, uit hoofde van artikel 671b lid 8 sub c van het zevende Burgerlijk Wetboek. Het recht op deze vergoeding ontstaat wanneer de ontbinding van de arbeidsovereenkomst, op verzoek van de werkgever, het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. In de memorie van toelichting van de Wwz heeft de wetgever de nadruk gelegd op het beperkte karakter dat de vergoeding draagt. De billijke vergoeding mag enkel in uitzonderlijke situaties van werkelijk onrecht worden toegekend. De hoogte van de vergoeding moet naar haar aard in relatie staan tot het ernstige verwijtbare gedrag van de werkgever. Hierbij behoren de gevolgen van het ontslag buiten beschouwing te worden gelaten.

In de annotatie, die de aanleiding vormt voor dit onderzoek, wordt een verband gelegd tussen de billijke vergoeding en het principe van de punitive damage. Een punitive damage is een oneigenlijke schadevergoeding bestaande uit een schadevergoedingscomponent en een punitief component. Deze componenten komen terug in de karakteristieken van de billijke vergoeding. De billijke vergoeding dient enerzijds ter vergoeding van de schade die de werknemer heeft geleden, ten gevolge van het ernstige verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Anderzijds moet de hoogte van de vergoeding dit ernstige verwijtbare gedrag in de toekomst voorkomen. Dit kan worden verstaan als een preventieve en bestraffende werking. In deze scriptie is onderzoek gedaan naar de inkleding van de billijke vergoeding volgens het principe van de punitive damage, waarbij aansluiting is gezocht bij de beginselen uit het Nederlands privaatrecht.

De beginselen uit Boek 6 waarborgen het principe dat de schade die is ontstaan door toedoen van een ander dient te worden vergoed. De werkgever is aansprakelijk voor de schade die werknemer heeft geleden. Vanuit de beginselen van Boek 6 kan de geleden schade worden onderverdeeld in materiële schade en immateriële schade. Bij het bepalen van de schadeposten kan het afspiegelingsbeginsel worden toegepast. Hierbij wordt de huidige situatie vergeleken met de situatie zoals die zou zijn geweest zonder dat de arbeidsovereenkomst zou zijn ontbonden, ten gevolge van het ernstige verwijtbare gedrag van de werkgever. Dit kan leiden tot concreet berekenbare schadeposten, zoals het gemiste loon, pensioenschade en de gemiste waarde van de transitievergoeding. Het leed van de werknemer behoort tot een immateriële, abstract te berekenen schadepost.

Binnen het privaatrecht draagt een boetebeding een straffend karakter. Deze bepalingen geven vanwege de schriftelijkheidseis, de eis dat een boetebeding bedongen moet zijn in de arbeidsovereenkomst, geen handvatten voor de inkleding van de punitieve component van de billijke vergoeding. Eveneens biedt de rechtspraak geen houvast. De punitieve werking van de billijke vergoeding wordt in de rechtspraak nauwelijks aanvaard, dan wel toegepast. Enkel in een paar uitspraken wordt het karakter benoemd, maar niet onderbouwd hoe dit karakter tot uiting komt in de hoogte van de vergoeding. De vraag rijst of de billijke vergoeding überhaupt een punitief karakter behoort te dragen.

De advocatuur kan middels het goed onderbouwen van vorderingen een leidende rol innemen in de ontwikkeling van de billijke vergoeding in de rechtspraak. De rechter zal oordelen over de onderbouwing van de vordering, waardoor rechtspraak ontstaat. Deze rechtspraak kan handvatten bieden bij het adviseren van cliënten en het innemen van een sterke positie in een procedure. De beginselen van Boek 6 kunnen voor de inkleding van de schadecomponent richting geven aan de bepaling van de hoogte van de additionele billijke vergoeding. Echter, zowel het privaatrecht als de rechtspraak bieden weinig aanknopingspunten voor de onderbouwing van de punitieve component van de billijke vergoeding. Hierdoor kan met inachtneming van de omstandigheden van het geval op een eigen, reële wijze invulling worden gegeven aan deze component.

Lijst van afkortingen

BW	Burgerlijk Wetboek
Wwz	Wet werk en zekerheid
Zzp'er	Zelfstandige zonder personeel

Hoofdstuk 1 Inleiding

Hoofdstuk 1 is het inleidende hoofdstuk van deze scriptie. In paragraaf 1.1 wordt de aanleiding tot het schrijven van het rapport beschreven, alsook het probleem wat aan de scriptie ten grondslag ligt. Uit de probleembeschrijving zijn een centrale vraag en deelvragen voortgekomen, opgenomen in paragraaf 1.2. Het doel van de scriptie is beschreven in paragraaf 1.3. Het doel wordt middels beantwoording van de deelvragen nagestreefd. In paragraaf 1.4 wordt toegelicht hoe de weg richting het behalen van het doel is afgebakend. Tevens wordt verantwoord welke keuzes zijn gemaakt tijdens het schrijven van de scriptie in paragraaf 1.5. Tot slot is in paragraaf 1.6 een leeswijzer opgenomen.

1.1 Aanleiding en probleembeschrijving

Dit rapport is opgesteld in opdracht van het advocatenkantoor Advocaten van Nu. De drie jonge advocaten binnen het kleine kantoor zijn specialisten in het arbeidsrecht. Het kantoor richt zich op werkgevers, werknemers, zzp'ers en ondernemers. De advocaten behandelen juridische problemen binnen het arbeidsrecht, ambtenarenrecht en ondernemerschap. Problemen van cliënten worden opgelost door het uitbrengen van advies, onderhandelen en het starten van een procedure. Het kantoor hecht waarde aan toegankelijkheid en vertrouwen.

Een nieuwe tijd is aangebroken voor arbeidsrechtbeoefenaars. Oorzaak hiervan is de invoering van de Wet werk en zekerheid (hierna: Wwz) vanaf 1 juli 2015. Het kabinet constateerde dat de arbeidsmarkt niet voldeed aan de eisen van nu, ten gevolge van de veranderende arbeidsverhoudingen. Middels de invoering van de Wwz worden structurele veranderingen nagestreefd binnen de arbeidsmarkt.¹ Het uitgangspunt hiervoor is dat een goed werkende arbeidsmarkt van belang is voor de groei van de economie. De Wwz heeft wetswijzigingen teweeg gebracht in de Werkloosheidswet, de flexbranche en binnen het ontslagrecht. Het doel van de wet is onder andere om werkgevers te stimuleren méér vaste contracten aan te bieden en werklozen sneller aan het werk te krijgen. Daarnaast behoort de wet de rechtsposities van flexwerkers te versterken.² Aangaande de veranderingen binnen het ontslagrecht is het doel om de ontslagprocedures rechtvaardiger, eenvoudiger en goedkoper te maken.³

Vóór 1 juli 2015 bestonden twee ontslagprocedures. De werkgever had de keuze om het ontslag in te dienen bij het UWV of een procedure aanhangig te maken bij de kantonrechter.⁴ Als het ontslag werd ingediend bij het UWV, kon door goedkeuring van het UWV de arbeidsovereenkomst worden ontbonden. In beginsel werd in deze procedure geen ontslagvergoeding toegekend. Als de werknemer het oneens was met de verleende ontslagvergunning door het UWV, kon de werknemer een beroep doen op de kennelijke onredelijkheid van het ontslag.⁵ Bij aanname van de kennelijke onredelijkheid door het UWV, werd de werknemer de keuze geboden tussen herleving van de arbeidsovereenkomst of een schadevergoeding naar billijkheid. In de procedure die aanhangig werd gemaakt bij de kantonrechter kon de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbinden. In deze procedure bestond de kans op toekenning van een ontslagvergoeding, berekend middels de kantonrechtersformule. De kantonrechtersformule had geen wettelijke grondslag, waardoor daar geen recht aan kon worden ontleend. De formule was opgesteld in samenspraak tussen kantonrechters. Het was een richtlijn die in de praktijk veelvuldig werd gehanteerd. De

¹ 'Wet Werk en Zekerheid', *Rijksoverheid* 15 september 2016, Rijksoverheid.nl.

² 'Aanpassingen Wet Werk en Zekerheid', *Rijksoverheid* 15 september 2016, Rijksoverheid.nl.

³ *Plan van aanpak monitor en evaluatie Wet werk en zekerheid*, bijlage bij brief van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 27 november 2015, 20150000298490.

⁴ P.M.H.J. van Grinsven, H.C. Geugjes & H.N.M. Soemers, *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, p. 329-330.

⁵ E.M. Hoogeveen, 'Begroting van de schadevergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag', *AR* 2009-0901.

formule bestond uit factoren die betrekking hadden op het oude dienstverband, aangaande de dienstjaren en het loon.⁶ Daarnaast bevatte de formule een correctiefactor. De correctiefactor zag toe op de mate van verwijtbaarheid van de werknemer en werkgever en in wiens risicosfeer de beëindiging van de arbeidsovereenkomst lag. Zowel de kennelijke onredelijke ontslagvergoeding als de vergoeding uit hoofde van de kantonrechtersformule vielen vaak hoog uit.⁷ Tevens stond niet vast op basis van welke omstandigheden de hoogtes van de vergoedingen werden berekend. De regering streefde naar meer rechtszekerheid. Daarnaast moesten de hoge bedragen worden getemperd. Op grond hiervan zijn de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding en de vergoeding uit hoofde van de kantonrechtersformule in de nieuwe Wwz vervallen.

Vanaf de invoering van de Wwz heeft de werkgever geen keuze meer tussen de procedure bij het UWV of via de kantonrechter. De procedures zijn gekoppeld aan de grond waarop het ontslag berust. De Wwz heeft twee nieuwe ontslagvergoedingen in het leven geroepen, namelijk de transitievergoeding en de billijke vergoeding.⁸ Iedere werknemer heeft bij beëindigd dienstverband op initiatief van de werkgever, recht op een transitievergoeding. De voorwaarden voor een transitievergoeding zijn opgenomen in artikel 673 van het zevende Burgerlijk Wetboek (hierna genoteerd als: artikel 7:672 BW). Voor het recht op een transitievergoeding is het irrelevant of de procedure bij het UWV of bij een kantonrecht aanhangig is. De transitievergoeding wordt via een vaste formule berekend. De vergoeding moet het van-baan-naar-baan traject bevorderen. Daarnaast dient de vergoeding als financiële compensatie voor de schade die de werknemer lijdt door baanverlies.⁹ Naast de transitievergoeding kent de Wwz andere ontslagvergoedingen. Hiertoe behoort de billijke vergoeding. De billijke vergoeding wordt toegekend indien het ontslag het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. De hoogte van de vergoeding wordt door de kantonrechter naar redelijkheid vastgesteld. De vergoeding komt in verschillende hoedanigheden voor, optioneel of additioneel. In verschillende situaties kan aanspraak worden gemaakt op een billijke vergoeding. Aangaande een optionele billijke vergoeding, heeft de werknemer de keuze tussen vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst of het aannemen van een billijke vergoeding. Bij aanneming van de vergoeding, blijft de opzegging in stand.¹⁰ Een werknemer kan aanspraak maken op de additionele billijke vergoeding wanneer de ontbinding van de arbeidsovereenkomst, op initiatief van de werkgever, het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever.¹¹

De wetgever heeft tegenstrijdigheden gecreëerd in het nieuwe ontslagrecht. Hierdoor zijn gestelde doelen nog niet behaald. Verschillende nieuwe of aangepaste wetsbepalingen blijken in praktijk moeilijk toepasbaar. Dit heeft geleid tot discussies binnen het juridische werkveld. Een van de wetsbepalingen die discussies oproept, is de additionele billijke vergoeding ex artikel 7:671b lid 8 sub c BW. Advocaten van Nu vindt dit een lastige bepaling binnen het vernieuwde ontslagrecht. De wetgever heeft weinig handvatten gegeven ten aanzien van de billijke vergoeding. Hierdoor is het moeilijk om advies te formuleren voor cliënten en een vordering op te stellen in een procedure.

⁶ C.H.J. van Leeuwen e.a., Memo Plus Arbeidsovereenkomst en ontslag 2013, Alphen aan den Rijn: Vakmedianet 2013, p. 374-376.

⁷ E.M. Hoogeveen, 'Begroting van de schadevergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag', AR 2009-0901.

⁸ J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, Handboek Nieuw ontslagrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2015 (paragraaf 8.1). 5 Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 65.

⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 4, p. 61.

¹⁰ Art. 7:681 lid 1 sub a, b, c, d, e BW

Art. 7:682 lid 1, 2, 3, 4, 5 BW

Art. 7:683 BW

¹¹ Art. 7:673 lid 9 sub a of b BW

Art. 7:671b lid 8 sub c en lid 9 sub b BW

Art. 7:671c lid 2 sub b en lid 3 sub b BW

De vergoeding wordt toegekend indien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. De vergoeding mag enkel worden toegekend in uitzonderlijke gevallen, namelijk wanneer sprake is van werkelijk onrecht.¹² Om dit karakter te benadrukken heeft minister Asscher van Sociale zaken en Werkgelegenheid de vergoeding aangeduid als “het muizengaatje”. Bij toekenning van de billijke vergoeding moet de werkgever dusdanig ernstig verwijtbaar zijn geweest, dat de werkgever door dat muizengaatje kruipt. Bij bepaling van de hoogte van de vergoeding heeft de wetgever te kennen gegeven dat géén gebruik mag worden gemaakt van de kantonrechtersformule of een variant hier op.¹³

Doordat de wetgever weinig richtlijnen heeft gegeven, hebben rechters veel vrijheid in de beoordeling van de billijke vergoeding. Dit leidt tot verscheidenheid in de rechtspraak. Rechters kennen de vergoeding toe op verschillende gronden en de hoogtes van de opgelegde vergoedingen variëren. In sommige uitspraken is alsnog de oude kantonrechtersformule toegepast of is gekeken naar het gevolg voor de werknemer, hoewel dit verdisconteerd is in de transitievergoeding. Geen lijn lijkt te ontdekken in de factoren die van belang zijn bij toekenning, dan wel bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding. Hierdoor kunnen Advocaten van Nu geen duidelijk advies geven aan hun cliënten over de oplegging van de billijke vergoeding.

Door de onwetendheid en onzekerheid in het juridische werkveld is de billijke vergoeding een populair onderwerp. Aangaande de invulling van de vergoeding zijn verschillende artikelen en annotaties verschenen, waarin de schrijvers eigen meningen laten horen of een theorie introduceren. De aanleiding van deze scriptie is een annotatie van de heer P. Kruit, advocaat en universitair docent arbeidsrecht.¹⁴ Hierin brengt hij een enerverende theorie naar voren. Uit kamerstukken blijkt dat de wetgever voor ogen had dat de billijke vergoeding het ernstige verwijtbare gedrag van de werkgever moet compenseren. Daarnaast dient de vergoeding soortgelijk gedrag in de toekomst te voorkomen.¹⁵ Hieruit kan worden afgeleid dat de billijke vergoeding een punitief en preventief karakter draagt. In het arbeidsrecht wordt voornamelijk vanuit de bril van de werknemer gekeken, zo schrijft Kruit. Wellicht moet bij de billijke vergoeding juist worden gekeken naar de werkgever. Het gaat er dan niet om hoe ernstig verwijtbaar de werknemer is behandeld, maar hoe ernstig de werkgever heeft gehandeld of nagelaten. Vanuit punitief oogpunt moet vergoeding worden afgemeten op de werkgever.

Gericht op de hoogte van de vergoeding, betreft Kruit in zijn annotatie een artikel geschreven door mevrouw Peters.¹⁶ Mevrouw Peters onderbouwt in haar artikel het standpunt dat de billijke vergoeding berekend kan worden volgens de schadeberekenningsbeginselen uit het zesde Burgerlijk Wetboek. Kruit vond dit een gewaagde uitspraak, gezien het feit de wetgever heeft benadrukt dat de schade die ontstaat door baanverlies is verdisconteerd in de transitievergoeding, ook wel het gevolgcriterium. Daarnaast vindt Kruit dat dit uitgangspunt het punitieve karakter miskent, omdat de werknemer centraal staat in een schadevergoeding.

¹² *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 61.

¹³ *Handelingen II* 2013/14, 54, item 9, p. 28.

¹⁴ P. Kruit, 'Billijke vergoeding: introductie van de punitive damage in het arbeidsrecht?', *AR* 2016-0742.

¹⁵ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 32.

¹⁶ S.S.M. Peters, 'Billijke vergoedingen hausse in 2016: ontaardt het door de wetgever geregisseerde strakke ballet in een losbandige lambada?', *AR* 2015-0865.

Kruit haalt een uitspraak aan waarin een kantonrechter een middenweg vindt tussen de uitgangspunten van hem en Peters.¹⁷ Kruit noemt dit de introductie van de Angelsaksische vorm van schadevergoeding in het arbeidsrecht, het principe van de “punitive damage”. Dit principe bezit naast de compensatie van de schade een bestraffend element, waardoor enerzijds het punitieve karakter tot uiting komt en anderzijds de geleden schade wordt vergoed. Kruit kan zich vinden in dit principe, indien slechts de schade wordt meegewogen die is ontstaan door het ernstige verwijtbare gedrag. Overige schadeposten, zoals baanverlies, behoren alsnog buiten beeld te blijven. Inkleding van de billijke vergoeding volgens deze schadevergoedingsvorm brengt tevens met zich mee dat de kantonrechtersformule niet meer gebruikt hoeft te worden in de beoordeling. Zo komt volgens Kruit de billijke vergoeding het best tot zijn recht, in lijn met de bedoelingen van de wetgever.

In dit rapport is onderzocht of de billijke vergoeding kan worden ingekleed volgens het principe van de punitive damage. Daarbij is gekeken of vanuit deze theorie handvatten zijn te herleiden, die houvast geven bij het onderbouwen van een beroep op de billijke vergoeding. Door de specialisatie in het arbeidsrecht komen de advocaten van Advocaten van Nu regelmatig in aanraking met de billijke vergoeding. Het kantoor is gebaat bij handvatten, die verwerkt zijn in een praktisch hanteerbaar middel. Dit middel krijgt de vorm van een rekentool. Hiermee kan richting worden gegeven aan de hoogte van de billijke vergoeding. Dit leidt tot betere adviezen aan cliënten en een sterkere positie tijdens procedures.

1.2 Centrale vraag en deelvragen

Uit de probleembeschrijving vloeit een centrale vraag voort. Om tot beantwoording van de centrale vraag te komen zijn deelvragen geformuleerd. De deelvragen worden afzonderlijk beantwoord in de hoofdstukken.

Centrale vraag

Is er vanuit de benadering dat de billijke vergoeding ex artikel 671b lid 8 sub c van het zevende Burgerlijk Wetboek kan worden ingekleed volgens het principe van de punitive damage, gelet op reeds gevormde rechtspraak op dit punt, parlementaire geschiedenis en ervaringen uit de praktijk, een tool op te stellen, die Advocaten van Nu kunnen ondersteunen bij de inkleding van een beroep op de billijke vergoeding, bij ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever?

Hoofdstuk 2 De billijke vergoeding

Wat is de aard van de billijke vergoeding, gelet op de parlementaire geschiedenis?

Hoofdstuk 3 Het principe van de punitive damage

Wat houdt het principe van de punitive damage in, gelet op de ontstaansgeschiedenis van het principe in Engeland en de Verenigde Staten van Amerika?

Hoofdstuk 4 Punitive damage binnen het privaatrecht in Nederland

Hoe kunnen de beginselen uit het Nederlands privaatrecht vorm geven aan de twee componenten van het principe van de punitive damage, inhoudende een schadecomponent en een bestraffend component?

Hoofdstuk 5 De billijke vergoeding in de rechtspraak

Hoe komen de componenten van een punitive damage tot uiting in de rechtspraak omtrent de billijke vergoeding, in de periode 1 juli 2015 tot 1 november 2016?

¹⁷ Rb. Noord-Holland 28 juli 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:6519.

1.3 Doelstelling

De doelstelling beschrijft welk doel wordt nagestreefd middels het schrijven van dit onderzoek. De onderzoeksresultaten zijn aan Advocaten van Nu voorgelegd in de vorm van een scriptie en een presentatie.

Het doel is om op 10 januari 2017, een onderzoeksrapport te presenteren aan Advocaten van Nu, waaruit handvatten voortvloeien die zijn verwerkt in een tool, gebaseerd op de inkleding van de billijke vergoeding ex artikel 7:671b lid 8 sub c van BW, vanuit het principe van de punitive damage, waarmee de advocaten beter advies kunnen formuleren voor cliënten en een sterkere positie kunnen innemen in procedures.

1.4 Afbakening

Kort wordt toegelicht hoe het onderwerp van deze scriptie, de billijke vergoeding ex artikel 7:671b lid 8 sub c BW, is gekaderd.

In deze scriptie ligt de focus op de additionele billijke vergoeding uit hoofde van artikel 7:671b lid 8 sub c BW. Deze vergoeding kan aan een werknemer worden toegekend als de ontbinding van de arbeidsovereenkomst, op initiatief van de werkgever, het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten vanuit de werkgever. Het onderzoek spitst zich toe op ontbindingsverzoeken vanuit werkgeverskant. Gericht op de billijke vergoeding is onderzocht wat de bedoeling was van de wetgever, waarbij in de parlementaire geschiedenis is gedoken. De wetgever heeft weinig richtlijnen gegeven ten aanzien van de vergoeding. Vanuit dit oogpunt is in de scriptie ingegaan op het principe van de punitive damage, wat deze rechtsvorm inhoudt en hoe het principe van de punitive damage kan bijdragen aan de inkleding van de billijke vergoeding.

In de scriptie is geen aandacht besteedt aan de factoren die ernstige verwijtbaarheid opleveren, maar is enkel gericht op de inkleding van de vordering, indien de ernstige verwijtbaarheid is vastgesteld. Daarnaast is in deze scriptie geen aandacht besteedt aan de totstandkoming van de Wwz. Het huidige ontslagrecht buiten de additionele billijke vergoeding om, is evenmin toegelicht. Tevens is afstand genomen van het oude recht, dat gold vóór de invoering van de Wwz.

1.5 Verantwoording

De bronnen en methoden waarmee onderzoeksresultaten in de scriptie zijn verzameld, worden verantwoord, om na te gaan of de bronnen en methoden betrouwbaar zijn. Hierdoor kunnen de onderzoeksresultaten als valide worden aangenomen. De scriptie moet een juiste balans bevatten tussen een juridisch deel en een praktijkgericht deel, om tot een goed praktijkgericht juridisch onderzoek te komen.

In dit onderzoek is een casestudie uitgevoerd naar de billijke vergoeding ex artikel 7:671b lid 8 sub c BW. De billijke vergoeding is onderzocht in verhouding tot haar omgeving, theoretisch gezien en praktijkgericht. De scriptie bestaat uit een juridisch kader en een praktijkgericht deel, waarin verschillende methoden zijn toegepast om de juiste onderzoeksresultaten te verzamelen. Het juridisch kader bevindt zich in hoofdstuk 2 tot en met hoofdstuk 4. Om in de hoofdstukken tot de beantwoording van de deelvraag te komen zijn de methoden literatuuronderzoek, rechtsbronnenonderzoek en inhoudsanalyse toegepast. Hierbij dienen de wet en de wetsgeschiedenis als primaire bronnen, derhalve zijn deze bronnen betrouwbaar. Eveneens zijn artikelen uit de vakliteratuur en universitaire onderzoeken gehanteerd. Deze bronnen zijn betrouwbaar, omdat zij door professionals zijn geschreven en deels actueel zijn verschenen. Het onderzoek kan als kwalitatief worden aangemerkt.

Het praktijkgerichte deel van het onderzoek is verweven in hoofdstuk 5. Hierbij zijn de methoden jurisprudentieanalyse en interview toegepast. Middels het afnemen van interviews zijn data verzameld. Voor de interviews zijn experts uit het juridische werkveld geselecteerd, waaronder drie kantonrechters en één raadsheer. De invoering van de Wvz heeft geleid tot de mogelijkheid om ten aanzien van een opzegging van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep en cassatie te gaan. In eerste aanleg wijst de kantonrechter een ontbindingsverzoek toe of af, met de daarbij behorende ontslagvergoedingen. Een partij die het niet eens is met de toe- of afwijzing, kan tegen deze beslissing in hoger beroep. In hoger beroep wordt beoordeeld of de arbeidsovereenkomst onterecht is ontbonden, een ontbindingsverzoek onterecht is afgewezen of in het geval van een ontbindingsverzoek vanuit werknemerskant, de hoogte van de toegekende vergoeding terecht is. Nu deze mogelijkheid open staat, zijn kantonrechters en een raadsheer van het gerechtshof geselecteerd als respondenten, om de validiteit van dit onderzoek te waarborgen.

De respondenten hebben met hun beslissingsbevoegdheid de uiteindelijke zeggenschap over de inkleding van de billijke vergoeding. Hierdoor is deze beroepsgroep geschikt geacht om respondenten uit te verwerven. Door hun professie en vakkundigheid ten aanzien van het geldende recht, is de interpretatie die voortvloeit uit de interviews valide. De respondenten zijn allen werkzaam als kantonrechter of raadsheer vóór de invoering van de Wvz en na de invoering van de Wvz.

In de interviews is gevraagd naar ervaringen aangaande de toepassing van de billijke vergoeding in de praktijk, tot nu toe. Daarnaast zijn conclusies voorgelegd die uit het rapport voortvloeien. Tevens is via de interviews in beeld gebracht wat de visie is vanuit de rechtspraak, gericht op de inkleding van de billijke vergoeding vanuit het principe van de punitive damage. De interviews zijn voorbereid doormiddel van een interview leidraad. Deze leidraad vormde de basis voor de onderwerpen en vraagstellingen in de interviews. Desondanks had het een half gestructureerd karakter. Per interview verschilde de volgorde van de onderwerpen en de vraagstellingen, om optimaal aansluiting te zoeken bij de respondenten. De respondenten kregen de ruimte om hun visie zo volledig mogelijk weer te geven.

De respondenten hebben middels ondertekening van een toestemmingsverklaringsformulier goedkeuring gegeven voor de verwerking van de gegevens in de scriptie, die voortvloeien uit de interviews. Hierin is overeengekomen dat naast de rechtbanken en het gerechtshof waar respondenten werkzaam zijn, geen persoonlijke informatie wordt vrij gegeven. Daarnaast hebben de respondenten ingestemd met het opnemen van de interviews. Deze opnames

dienden enkel voor het uitschrijven van de interviewverslagen en als naslagwerk voor de beoordelaars van dit onderzoek. De toestemmingsverklaringsformulieren zijn opgenomen in bijlagen 2 tot en met 5. De interviews zijn geanonimiseerd uitgewerkt in interviewverslagen, vindbaar in bijlagen 6 tot en met 9.

De vaardigheden voor het afnemen van interviews zijn ontwikkeld tijdens het volgen van de cursus interviewtechnieken, aangeboden door de Juridische Hogeschool Avans-Fontys. Een slagingsbewijs is opgenomen in de in bijlage 1 van de bijlagenbundel.

Op basis van de onderzoeksresultaten en de resultaten die voortvloeien uit de interviews is jurisprudentie geselecteerd. Deze selectie vindt plaats binnen een periode van vanaf de invoering van de Wvz op 1 juli 2015 tot heden. In de selectie is aansluiting gezocht bij de onderzoeksresultaten. Een zestal bleek geschikt voor de invulling van de casestudie.

1.6 Leeswijzer

In de leeswijzer wordt kort de indeling van de scriptie beschreven.

Het eerste hoofdstuk is de inleiding van de scriptie. Hierop volgen 4 inhoudelijke hoofdstukken. In het afsluitende hoofdstuk zijn de conclusies en aanbevelingen opgenomen.

In hoofdstuk 2 is onderzoek gedaan naar de karakteristieken van de billijke vergoeding. Daarbij zijn de bedoelingen van de wetgever in beeld gebracht, met behulp van de parlementaire geschiedenis. Het hoofdstuk is een onderdeel van het juridisch kader.

Het principe van de punitive damage staat centraal in hoofdstuk 3. In dit hoofdstuk is onderzocht wat het principe inhoudt en welke doelen het principe nastreeft. Daarnaast is gekeken naar de ontstaansgeschiedenis van het principe in Engeland en de Verenigde Staten van Amerika.

In hoofdstuk 4 is bij het principe van de punitive damage aansluiting gezocht in het privaatrecht binnen Nederland. Uit hoofde van dit principe is onderzocht hoe de schadecomponent en de punitieve component, gericht op de billijke vergoeding, kunnen worden ingekleed vanuit de beginselen van het Nederlands privaatrecht.

Het praktijkgerichte deel van het onderzoek komt tot uiting in hoofdstuk 5. Voor de beantwoording van de deelvraag in dit hoofdstuk zijn interviews afgenomen. In de interviews is stilgestaan bij de ervaringen van de respondenten met de billijke vergoeding in de praktijk en hun visies op de inkleding van de billijke vergoeding volgens het principe van de punitive damage. Aanvullend hierop is relevante jurisprudentie geanalyseerd in de periode van 1 juli 2015 tot op heden. In de analyse is aansluiting gezocht bij de onderzoeksresultaten.

In het afrondende hoofdstuk van deze scriptie zijn de conclusies en aanbevelingen opgenomen. De conclusies vormen een overzicht van de bevindingen uit de hoofdstukken. De aanbevelingen voor Advocaten van Nu vloeien voort uit de conclusies en vormen het antwoord op de centrale vraag.

Tot slot is de scriptie voorzien van een nawoord waarin het onderzoek wordt geëvalueerd. Tevens wordt uitgeweid over de mogelijkheid tot een vervolgonderzoek. Daarnaast is een literatuurlijst opgenomen, opgesteld volgens de regels uit de Leidraad 2016.¹⁸ De bijlagen zijn in een aparte bijlagenbundel bijgevoegd.

¹⁸ Leidraad voor juridische auteurs 2016, Deventer: Wolters Kluwer.

Hoofdstuk 2 De billijke vergoeding

De billijke vergoeding ex artikel 7:671b lid 8 sub c BW staat centraal in hoofdstuk 2. In dit hoofdstuk is onderzocht hoe de billijke vergoeding tot uiting komt in de wet. Tevens zijn de bedoelingen van de wetgever, gericht op de billijke vergoeding, onderzocht in de memorie van toelichting van de Wwz.

In paragraaf 2.1 komt de wettekst van de billijke vergoeding aan bod. Daarnaast wordt in paragraaf 2.2 de memorie van toelichting van de Wwz bekeken. De tussentijdse evaluatie van de Wwz staat centraal in paragraaf 2.3. Het hoofdstuk wordt afgesloten met de conclusies die voortvloeien uit dit hoofdstuk, opgenomen in paragraaf 2.4.

2.1 De billijke vergoeding in de wet

De additionele billijke vergoeding ex artikel 7:671b lid 8 sub c BW binnen het ontslagrecht, is opgenomen in het zevende Burgerlijk Wetboek. Dit Wetboek omvat de bijzondere overeenkomsten, waaronder de arbeidsovereenkomst. Regelingen omtrent de arbeidsovereenkomst zijn vindbaar in de tiende titel van het zevende Burgerlijk Wetboek. Afdeling 9 binnen Boek 7 ziet toe op het einde van een arbeidsovereenkomst.

Een arbeidsovereenkomst kan op verschillende wijzen eindigen. Een arbeidscontract kan van rechtswege eindigen, na het verstrijken van een periode van bepaalde tijd. Daarnaast kan de arbeidsovereenkomst worden opgezegd, op initiatief van de werknemer of de werkgever. Indien het initiatief vanuit de werkgever komt, moet in beginsel de werknemer instemmen, alvorens het arbeidscontract kan worden beëindigd. Zonder instemming van de werknemer kan de arbeidsovereenkomst niet zomaar door een werkgever worden opgezegd. Dit is de ontslagbescherming die de wet werknemers biedt. Indien de werkgever toch een einde wil maken aan de arbeidsovereenkomst, ondanks de werknemer niet heeft ingestemd, moet hiervoor toestemming worden verleend. Afhankelijk van de grond waar de opzegging op berust, kan het UWV een opzegvergunning verlenen of kan de kantonrechter worden verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden.

Artikel 7:671b BW ligt in het verlengde van artikel 699 uit afdeling 9 van Boek 7. Artikel 7:671b BW geeft de kantonrechter de bevoegdheid om te arbeidsovereenkomst te ontbinden, op initiatief van de werkgever. Vóór de invoering van de Wwz kon ontbinding gebaseerd worden op verandering van omstandigheden. Dit was een ruime formulering. De Wwz heeft hier structuur in aangebracht, door de invoering van een limitatief grondenstelsel. Deze limitatieve ontslaggronden zijn opgenomen in artikel 7:669 BW, afwijking van deze gronden is niet mogelijk. Beëindiging van de arbeidsovereenkomst kan alleen volgen, indien één ontslaggrond voldragen is.¹⁹ Voor een beroep op de gronden a en b, inhoudende bedrijfseconomische redenen en langdurige ziekte, moet de werkgever een opzegvergunning aanvragen bij het UWV. Het UWV verleent vervolgens wél of géén opzegvergunning. Indien het UWV geen vergunning verleent, heeft de werkgever de mogelijkheid om een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst bij de kantonrechter in te dienen, op grond van artikel 7:671b BW.

Een beroep op de a- en b-grond kan zonder tussenkomst van het UWV direct worden voorgelegd aan de kantonrechter, indien sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die niet tussentijds opgezegd kan worden. Een beroep op de gronden c tot en met h uit artikel 7:669 lid 3 BW moet eveneens bij de kantonrechter worden ingediend. De c-grond ziet toe op frequent ziekteverzuim. De d-grond omvat disfunctioneren. Vervolgens is in de e-grond ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer opgenomen. De f-grond ziet toe op het weigeren van de bedongen arbeid door de werknemer. Een ernstig verstoorde arbeidsverhouding is opgenomen in de g-grond. Tot slot, de h-grond omvat de

¹⁹ J.H. Bennaars, *Evaluatie ontslaggronden WWZ*, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2016, p. 4.

omstandigheden die niet in de voorgaande gronden zijn verdisconteerd en geldt als een restgrond.²⁰ Naast dat er sprake moet zijn van één redelijke grond uit sub c tot en met h, moet de werknemer niet meer herplaatst kunnen worden.²¹ Sinds de invoering van de Wwz heeft deze herplaatsingsplicht een wettelijke basis gekregen binnen het arbeidsrecht. Deze verplichting ontstaat wanneer een redelijke grond ontstaat voor opzegging. De werkgever moet de mogelijkheden onderzoeken om de werknemer ergens anders in het bedrijf te herplaatsen, alvorens over te gaan op ontslag. De herplaatsing moet in de rede liggen. Herplaatsing ligt niet in de rede wanneer er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen vanuit de werknemer of de arbeidsverhouding ernstig is verstoord.²²

Indien de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbindt, kan de werknemer recht hebben op verschillende ontslagvergoedingen. In beginsel heeft de werknemer recht op de transitievergoeding als de arbeidsovereenkomst langer dan 24 maanden heeft geduurd.²³ Deze vergoeding moet het van-baan-naar-baan traject verbeteren en dient ter compensatie van de gevolgen van het ontslag. De werknemer wordt werkloos, waardoor een inkomstenbron wegvalt. De transitievergoeding is een opvulling voor deze leemte. De hoogte van de vergoeding wordt bepaald via een wettelijke formule, gebaseerd op de duur van het dienstverband en het verdiende loon.

Daarnaast kan voor de werknemer het recht bestaan op toekenning van een extra ontslagvergoeding, indien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op initiatief van de werkgever, het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Dit is de additionele billijke vergoeding, opgenomen in artikel 7:671b lid 8 sub c BW. Tevens kan de additionele vergoeding worden toegekend op grond van lid 9 sub b van hetzelfde artikel. Dit lid omvat opzegging van een arbeidscontract voor bepaalde tijd, dat niet tussentijds opgezegd kan worden. Het woord “additioneel” impliceert “toegevoegd”, aangezien de vergoeding bovenop de transitievergoeding wordt toegekend. Toekenning van een billijke vergoeding moet middels een verzoekschrift bij de kantonrechter worden verzocht.²⁴

Andersom kan ook sprake zijn van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten vanuit de werknemer. Indien de kantonrechter vaststelt dat de werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten, kan de kantonrecht oordelen dat de plicht tot betaling van de transitievergoeding door de werkgever komt te vervallen of dat de arbeidsovereenkomst eerder eindigt dan de wettelijke opzegtermijn.

2.2 De billijke vergoeding in de parlementaire geschiedenis

De Raad van State is een onafhankelijk orgaan en bekleedt een adviserende functie ten aanzien van wetgeving en bestuur.²⁵ Het wetsvoorstel van de Wwz werd voorafgaand aan de invoering aan de Raad van State voorgelegd. Een werknemer heeft recht op een billijke vergoeding, indien ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Hierbij is vormt het wettelijk criterium voor toekenning van de additionele vergoeding “ernstig verwijtbaar handelen of nalaten”. In de toelichting op het wetsvoorstel van de Wwz legt minister Asscher het criterium als volgt uit: “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.”²⁶ De Raad van State had een opmerkingen over het deel “geheel of grotendeels te wijten”. Dit deel impliceert een lichtere mate van verwijtbaarheid. Bij een onvrijwillig ontslag zal in meer of mindere mate altijd sprake zijn van verwijtbaarheid van een partij. Middels de formulering “ernstige verwijtbaarheid” heeft minister Asscher beoogd een

²⁰ Art. 7:669 lid 3 BW

²¹ Art. 7:669 lid 1 BW

²² Dop, *JAR* 2016, afl. 6, p. 1.

²³ Art. 7:673 lid 1 BW

²⁴ Art. 7:686a lid 2 BW

²⁵ Raadvanstate.nl

²⁶ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 12-13.

muizengaatje te creëren. Het muizengaatje duidt op de beperkte gevallen, waarin de additionele billijke vergoeding mag worden toegekend. Aanspraak op de billijke vergoeding ontstaat in gevallen waarin de arbeidsrelatie is geëindigd, als gevolg van het ernstige verwijtbare gedrag van de werkgever. De werkgever moet dusdanig strijdig zijn geweest met het beginsel van goed werkgeverschap²⁷, dat de gedraging te kwalificeren is als onrechtmatig.²⁸ De werknemer is werkelijk onrecht aangedaan. Het criterium moet dit werkelijke onrecht waarborgen en geen aanzuigende werking creëren.²⁹ Een aanzuigende werking houdt in dat aan het criterium makkelijk wordt voldaan, waardoor het aantrekkelijk is om hier een beroep te doen. De Raad van State was van mening dat dit beoogde beperkte karakter van de billijke vergoeding middels de zinsnede “geheel of grotendeels te wijten” niet werd gewaarborgd. De aanzuigende werking die vermeden wilde worden, werd door deze ruime formulering juist gecreëerd. Met deze tweede component werd namelijk de mogelijkheid geboden om de additionele billijke vergoeding uit te hollen in de rechtspraak. Op basis van dit advies heeft de minister het tweede gedeelte uit de toelichting op het criterium weggehaald. De uitzonderlijkheid van de toekenning van de billijke vergoeding draagt volgens de minister bij aan de rechtszekerheid van werkgevers en werknemers.

Daarnaast waarborgt de minister het beperkte karakter van de billijke vergoeding door een scheiding te maken tussen het karakter van de transitievergoeding en het karakter van de billijke vergoeding. Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling om de onredelijkheid van het ontslag te toetsen in het licht van de gevolgen die voor de werknemer door het ontslag ontstaan. Naar haar aard staat de hoogte van de vergoeding in relatie tot het ernstige verwijtbare gedrag van de werkgever en niet tot de gevolgen van het ontslag voor de werknemer. Dit “gevolgencriterium” ligt besloten in de transitievergoeding.³⁰ Het gevolgencriterium impliceert de schade die een werknemer lijdt, ten gevolge van het ontslag.

De memorie van toelichting zegt voorts: *“Als de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, dan dient de werknemer hiervoor te worden gecompenseerd, ook om dergelijk handelen of nalaten van de werkgever te voorkomen”*.³¹ Uit dit citaat van minister Asscher kan worden afgeleid, dat oplegging van de billijke vergoeding een compenserend karakter heeft. In deze context mag het compenserende karakter worden uitgelegd als “iets ongunstigs aanvullen met iets goeds”. De Van Dale duidt compenseren aan als vergoeden.³² De werknemer is iets ongunstigs aangedaan, wat middels een geldsom wordt vereffend. In eerste instantie is het ongunstig dat de arbeidsovereenkomst van de werknemer is beëindigd, waardoor de werknemer geen baan meer heeft. Echter, deze ongunstigheid wordt hier niet geïmpliceerd. Het gevolgencriterium is niet verweven in de billijke vergoeding, maar in de transitievergoeding. Een ontkoppeling moet worden gemaakt tussen de ontbinding van de arbeidsovereenkomst en het ernstige verwijtbare gedrag van de werkgever. De ongunstigheid zou moeten toezien op het ernstige verwijtbare gedrag van de werkgever. Om iets te meten, wordt onder andere naar de gevolgen gekeken. Zo kan het ernstige verwijtbare gedrag an sich ook tot gevolgen hebben geleid. Denk hierbij aan een grote mate van stress, wat zou kunnen hebben geleid tot slaapepbrek. Ernstiger kan zijn, dat een werknemer zo ontdaan was door het gedrag van de werkgever, dat er gesprekken hebben plaatsgevonden met een psycholoog. Anderzijds kan de werkgever spullen van de werknemer hebben vernield. Deze schadeposten kunnen vorm geven aan de mate van ongunstigheid van wat de werknemer is overkomen. In hoofdstuk 5 wordt ingezoomd op de schadeposten die terug te zien zijn in de praktijk.

²⁷ Art. 7:611 BW

²⁸ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 12-13.

²⁹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 34.

³⁰ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 33.

³¹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 32-33.

³² *Vandale.nl*

Naast de compenserende functie van de vergoeding, dient de billijke vergoeding te voorkomen dat een werkgever wederom ernstig verwijtbaar handelt of nalaat. Hier komt een preventief element uit voort. De heer Kruit, schrijver van de annotatie die de aanleiding vormt voor dit onderzoek, leest in de bewoordingen van de wetgever tevens een punitief element. Indien middels een vergoeding ernstig verwijtbaar handelen of nalaten in de toekomst voorkomen dient te worden, zal deze vergoeding dermate hoog uit moeten vallen dat er een afschrikwekkende werking wordt gecreëerd. Geld is voor velen een dierbaar goed. Het moeten betalen van een hoog bedrag is bestraffend en werkt afschrikwekkend. Door toekenning van een hoge billijke vergoeding wordt de werkgever gestraft voor het vertonen van ernstig verwijtbaar gedrag. Enerzijds is de billijke vergoeding dus te beschouwen als een bestraffing voor de werkgever. Anderzijds geeft de billijke vergoeding door dit bestraffende element een signaal af. Werkgevers zullen zich eerder weerhouden van het vertonen van dergelijk ernstig verwijtbaar gedrag, om aanspraak op een billijke vergoeding te voorkomen.

De beoordeling van de billijke vergoeding ligt in handen van de rechters. Minister Asscher heeft weinig maatstaven gegeven omtrent de beoordeling, omdat iedere situatie die in aanmerking komt voor de billijke vergoeding specifiek is. De minister heeft voorbeelden genoemd van situaties waarin de additionele billijke vergoeding opgelegd zou kunnen worden. Deze luiden als volgt:

1. Door laakbaar gedrag van de werkgever ontstaat er een ernstig verstoorde arbeidsrelatie. De rechter kan niet anders concluderen dan dat de werknemer ontslagen moet worden.
 - *Voorbeeld: als de werknemer niet in wilde gaan op avances van de werkgever.*
2. De werkgever discrimineert, waartegen de werknemer bezwaar heeft gemaakt. Hierdoor is een onwerkbare situatie ontstaan en rest er niets anders dan ontslag.
3. De werkgever heeft grovelijk verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst niet nagekomen. Ten gevolge hiervan is een ernstig verstoorde arbeidsverhouding ontstaan.
 - *Voorbeeld: een werkgever heeft zijn re-integratieverplichtingen ten aanzien van een zieke werknemer ernstig veronachtzaamd.*
4. De werkgever voert een valse grond voor ontslag aan. Hierbij heeft de werkgever het oogmerk ontslag te realiseren, door een onwerkbare situatie te creëren.
5. De werkgever heeft onvoldoende zorg besteed aan de arbeidsomstandigheden, waardoor een werknemer arbeidsongeschikt is geworden. Gevolg is dat de werknemer wordt ontslagen.

De rechter moet de hoogte van de vergoeding kunnen bepalen op een wijze die aansluit op het niveau van de uitzonderlijke omstandigheden van het geval. De billijke vergoeding kent geen maximum bedrag. Het is aan de rechterlijke macht om te bepalen wat in een specifieke situatie billijk wordt geacht. Zonder de vrijheid van kantonrechters te beperken, heeft minister Asscher aangegeven dat het niet de bedoeling is om een formule te ontwikkelen voor de berekening van de billijke vergoeding.³³ Dit vanuit de gedachtegang dat de billijke vergoeding enkel in uitzonderlijke gevallen mag worden toegekend. De vergoeding moet op individuele omstandigheden worden toegespitst. Hierdoor hoeven criteria die onderdeel uitmaakten van de kantonrechtersformule, geen rol te spelen bij de berekening. Denk hierbij aan factoren zoals het verdiende loon en de lengte van het dienstverband. Daarnaast kan de rechter “rekening houden met de financiële situatie van de werkgever, mocht daartoe aanleiding zijn bijvoorbeeld omdat de werkgever daarom verzoekt”, zo schrijft Asscher.³⁴

³³ *Handelingen II 2013/14*, 33 818, 54-9, p. 28.

³⁴ *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, nr. 3, p. 34.

Blijkens de toelichting op het wetsvoorstel, heeft minister Asscher er vertrouwen in dat het beperkte karakter van de billijke vergoeding in de praktijk ook zal blijken. Andere partijen hebben hier zo hun bedenkingen bij. Een wetsevaluatie zal pas in 2020 geschieden.³⁵ Wat als de rechtspraak wordt overspoeld door billijke vergoedingen? De minister heeft toegezegd de ontwikkelingen nauwgezet in de gaten te houden.

2.3 Evaluatie van de billijke vergoeding

In een tweede voortgangsbrief gedateerd van 30 juni 2016, heeft minister Asscher zijn bevindingen geuit over de werking van de Wwz tot op heden. In deze voortgangsbrief komt motie Backer aan bod. Deze motie is aangenomen tijdens de parlementaire behandeling van de Wwz.³⁶ De regering is verzocht te informeren over de werking van de redelijke gronden die in de Wwz zijn opgenomen, op basis waarvan de rechter de arbeidsovereenkomst kan ontbinden. Deze evaluatie moest uiterlijk één jaar na inwerkingtreding van de Wwz geschieden. Naar aanleiding hiervan is ten aanzien van deze ontslaggronden onder andere onderzoek gedaan naar ervaringen van rechters.³⁷ Deze ervaringen zijn inzichtelijk gemaakt door het uitzetten van enquêtes.³⁸ In het onderzoek is enige nuance gevraagd voor de uitkomsten van het onderzoek, gezien het feit dat het onderzoek erg snel na inwerkingtreding is uitgevoerd. De rechtspraak moet genoeg ruimte krijgen om een weg te vinden in de toepassing van de nieuwe wet.

Gericht op de additionele billijke vergoeding blijkt uit het onderzoek dat rechters terughoudend zijn in de toekenning van de vergoeding. Het merendeel van de rechters geeft aan dat aan het criterium “ernstige verwijtbaarheid” niet snel wordt voldaan.³⁹ Dit waarborgt het beperkte karakter van de billijke vergoeding, hetgeen de minister heeft beoogd. De vergoeding wordt veelal toegekend in zaken waarin sprake is van ontbinding als gevolg van een ernstig verstoorde arbeidsverhouding, nadat een beroep op andere grond niet slaagde. Door de feiten en omstandigheden waren de verhoudingen ernstig verstoord, mede dankzij het ernstige verwijtbare gedrag van de werkgever, dat de rechter de arbeidsovereenkomst niet in stand kon houden. Dit sluit volgens de minister eveneens aan op het uitzonderlijke karakter van de vergoeding, omdat in gevallen waarin geen sprake is van ernstige verwijtbaarheid wordt volstaan met ontbinding waarbij aanspraak bestaat op een transitievergoeding.⁴⁰ Daarnaast heeft minister Asscher opgemerkt dat in sommige uitspraken de gevolgen van het ontslag voor de werknemer zijn meegewogen. Nogmaals benadrukt hij, dat de gevolgen in de transitievergoeding zijn verdisconteerd. De gevolgen van het ontslag staan dus los van de billijke vergoeding.

Uit de rechtspraak blijkt dat de hoogtes van de toegekende billijke vergoedingen enorm variëren. Een voorbeeld van een laag toegekende vergoeding is € 8000.⁴¹ Hier tegenover staat een voorbeeld van een hoge vergoeding van € 80.000,00.⁴² In beide zaken is de kantonrechter tot de conclusie gekomen dat met alle omstandigheden meegewogen, sprake is van een situatie waarbij de werkgever verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst grovelijk heeft veronachtzaamd. Als gevolg daarvan is een ernstig verstoorde arbeidsverhouding ontstaan en heeft de werkgever een valse ontslaggrond aangevoerd, met als oogmerk een onwerkbaar situatie te creëren. In de zaak waarin de hoge vergoeding werd toegekend ging het om een werknemer die door de werkgever als donderslag bij heldere hemel werd verrast met verwijten gericht op disfunctioneren. Dit leidde tot een langdurige non-actiefstelling en verschillende looninhoudingen. Dit alles

³⁵ Brief van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 27 november 2015, 2015-0000298490.

³⁶ *Kamerstukken I 2013/14*, 33818.

³⁷ J.H. Bennaars, *Evaluatie ontslaggronden WWZ*, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2016, p. 4.

³⁸ J.H. Bennaars, *Evaluatie ontslaggronden WWZ*, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2016, p. 6.

³⁹ Brief van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 30 juni 2016, 2016-0000155722.

⁴⁰ Brief van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 30 juni 2016, 2016-0000155722.

⁴¹ Rb. Amsterdam (ktr.) 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7278.

⁴² Rb. Overijssel (ktr.) 13 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882.

zonder dat de werknemer in kwestie enige mogelijkheid is geboden om zichzelf te verbeteren. Ook in de zaak met de laag toegekende vergoeding werd de werknemer geconfronteerd met ernstige beschuldigingen en is geen ruimte geboden voor verbetering.

2.4 Tussenconclusie

In hoofdstuk 2 stond de volgende deelvraag centraal: “Wat is de aard van de billijke vergoeding, gelet op de parlementaire geschiedenis?”.

De additionele billijke vergoeding ex artikel 7:671b lid 8 sub c BW kan worden toegekend, indien ontbinding van de arbeidsovereenkomst van een werknemer, op initiatief van de werkgever, het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. De ontbinding moet gebaseerd zijn op één van de gronden van c tot en met h uit artikel 7:669 lid 3 BW. De billijke vergoeding komt bovenop de transitievergoeding, indien de werknemer voor de transitievergoeding in aanmerking komt.

De billijke vergoeding mag enkel in uitzonderlijke gevallen worden toegekend, wanneer sprake is van onrechtmatige gedragingen, die duidelijk strijdig zijn met het beginsel van goed werkgeverschap. De hoogte van de vergoeding staat naar haar aard in verhouding tot het ernstige verwijtbare gedrag. De gevolgen van het ontslag voor de werknemer behoren hier niet in te worden meegewogen. Uit de praktijk blijkt dat het bijzondere karakter van de vergoeding wordt gewaarborgd. Rechters oordelen dat aan het criterium ernstig verwijtbaar handelen of nalaten niet snel wordt voldaan.

Uit de bewoordingen van de wetgever kan worden verstaan dat de vergoeding een compenserende, punitieve en preventieve werking heeft. De schade die de werknemer leidt door het ernstige verwijtbare gedrag van de werkgever moet worden vergoed. Daarnaast moet de werkgever worden gestraft, waardoor herhaling van ernstig verwijtbaar gedrag in de toekomst wordt vermeden. Tevens geeft de oplegging van een billijke vergoeding een signaal af aan andere werkgevers, zodat zij zich onthouden van het vertonen van dergelijk ernstig verwijtbaar gedrag in de toekomst.

Beoordeling van de billijke vergoeding ligt geheel in handen van de rechters. Rechters zijn niet onderworpen aan richtlijnen, hierdoor wordt de vrijheid te behouden om de hoogte van de vergoeding af te meten op de specifieke omstandigheden van het geval. Deze vrijheid mag niet worden gekaderd door het creëren van een vaste berekeningsformule.

Hoofdstuk 3 Het principe van de punitive damage

In hoofdstuk 3 staat het principe van de punitive damage centraal. In de annotatie die de aanleiding vormt voor dit onderzoek wordt een vergelijking gemaakt tussen de karakteristieken van de billijke vergoeding en de uitgangspunten van het principe van de punitive damage. In dit hoofdstuk wordt onderzocht wat dit principe inhoudt.

In paragraaf 4.1 wordt toegelicht wat een punitive damage is. Paragraaf 4.2 gaat in op de ontstaansgeschiedenis van het principe van de punitive damage. Paragraaf 4.3 beschrijft de tegengeluiden die binnen Europa klinken ten aanzien van het principe. De conclusies van dit hoofdstuk zijn opgenomen in paragraaf 4.4.

3.1 Punitive damage

Indien iemand onrechtmatig, schadeveroorzakend gedrag heeft vertoond, kan op grond daarvan in een civiele procedure een vordering tot schadevergoeding worden ingesteld.⁴³ Punitive damage als begrip kan worden uitgelegd als een oneigenlijke schadevergoeding. Het woord “oneigenlijk” betekent “iets anders dan waarvoor het bedoeld is”.⁴⁴ Enerzijds is een punitive damage een schadevergoeding voor de schade die de benadeelde heeft geleden, ten gevolge van het schadeveroorzakende gedrag. Anderzijds is het een bestraffing voor de schadeveroorzaker. Een punitive damage bestaat uit twee componenten. De eerste component is de integrale schadevergoeding, die strekt tot vergoeding van de geleden schade. De tweede component is een extra vergoeding die bovenop de schadevergoeding wordt toegekend. Door de toevoeging van dit extra bedrag wordt het bedrag die de eigenlijke schade vergoedt, overstegen. De schadeveroorzaker moet dus méér vergoeden dan alleen de omvang van de schade. Hierdoor bezit de vergoeding een punitief element.⁴⁵ Normaliter moeten boetes en straffen in strafrechtelijke procedures aan de staat worden betaald. Echter, in een civiele procedure komt de uitbetaling van het punitieve element van een punitive damage toe aan de benadeelde. Op basis hiervan kan een punitive damage worden aangemerkt als: “Het opleggen van een schadevergoeding binnen bepaalde grenzen, die meer omvat dan alleen een vergoeding van de schade, ten voordele van de benadeelde.”.

⁴³ A.T. Bolt & J.A.W. Lensing, ‘Privaatrechtelijke boete’, Nederlandse vereniging voor Rechtsvergelijking nr. 48, Deventer: Kluwer 1993, p. 5.

⁴⁴ Encyclo.nl

⁴⁵ I. Vrancken, *Punitive damages*, Antwerpen: Universiteit Antwerpen 2013, p. 3.

3.1.1 Doelen van een punitive damage

Een punitive damage heeft, met enerzijds de schadecomponent en anderzijds het punitieve karakter, verschillende doelen.⁴⁶ De doelen worden kort uiteengezet.

Vergoeding of compensatie

Door de onrechtmatige gedraging van de schadeveroorzaker wordt schade toegebracht aan de benadeelde. Een punitive damage ziet toe op vergoeding van deze schade.⁴⁷

Bestrafing

Onrechtmatig gedrag waardoor schade ontstaat, moet worden bestraft. De bestraffing moet de schadeveroorzaker persoonlijk raken, waardoor hij tot inzicht wordt gebracht. Geld is voor velen erg belangrijk. Door het opleggen van een omvangrijke schadevergoeding kan dit doel worden bereikt. Met deze achtergrond heeft het opleggen van de boete een individueel (jegens het slachtoffer) en sociaal (jegens anderen in de maatschappij) belang.⁴⁸

Preventie

Het feit dat onrechtmatig gedrag tot financiële gevolgen kan leiden creëert bewustwording in de maatschappij. Potentiële schadeveroorzakers denken twee keer na, alvorens wangedrag te vertonen. Een punitive damage kan de schadeveroorzaker tot inzicht brengen. Daarnaast is het voor benadeelden aantrekkelijker om een vordering in te stellen, aangezien middels een punitive damage de kans bestaat op een hogere schadevergoeding. Meer vorderingen leidt tot meer rechterlijke oordelen. Dit draagt bij aan rechtshandhaving en creëert eveneens een preventieve werking. Daarnaast wordt rechtshandhaving in de hand gewerkt door beloning van de benadeelde. Dit is geen doel, enkel een noodzakelijk gevolg.⁴⁹

Afschrikking en ontrading

Hierin vindt zich een onderscheid tussen algemene en bijzondere ontrading. Bijzondere ontrading zorgt ervoor dat een schadeveroorzaker die een punitive damage opgelegd heeft gekregen, niet nogmaals een dergelijke schadevergoeding opgelegd wil krijgen. De schadeveroorzaker zal hier zijn gedrag op afstemmen. Daarnaast werkt algemene ontrading tegenover andere potentiële schadeveroorzakers, in plaats van de schadeveroorzaker zelf. Doordat de schadeveroorzaker bestraft wordt, zullen zij twee keer nadenken voordat zij gelijkwaardig gedrag gaan vertonen. De omvang van de schadevergoeding moet als voorbeeld dienen voor het gevolg van het vertonen van onrechtmatig gedrag in een specifiek geval. Dit doel heeft overeenkomsten met het preventieve doel. Het verschil is dat ontrading werking heeft in gelijkwaardige zaken. Preventie ziet toe op afschrikking in het algemeen.⁵⁰

Afkeuring en opvoeding

Het gedrag van de maatschappij komt in het licht te staan. Door bestraffing van dit gedrag leert de schadeveroorzaker dat de maatschappij dergelijk gedrag afkeurt. Andersom leert de maatschappij het belang en de kracht van het recht kennen.⁵¹

⁴⁶ I. Vrancken, *Punitive damages*, Antwerpen: Universiteit Antwerpen 2013, p. 3.

⁴⁷ I. Vrancken, *Punitive damages*, Antwerpen: Universiteit Antwerpen 2013, p. 3.

⁴⁸ I. Vrancken, *Punitive damages*, Antwerpen: Universiteit Antwerpen 2013, p. 3.

⁴⁹ I. Vrancken, *Punitive damages*, Antwerpen: Universiteit Antwerpen 2013, p. 4.

⁵⁰ I. Vrancken, *Punitive damages*, Antwerpen: Universiteit Antwerpen 2013, p. 4.

⁵¹ I. Vrancken, *Punitive damages*, Antwerpen: Universiteit Antwerpen 2013, p. 4.

3.2 Historie

Het Nederlandse rechtstelsel kent het principe van de punitive damage niet. De oorsprong van het principe punitive damage bevindt zich in Angelsaksische landen, waar het rechtssysteem van de Common Law geldt.⁵² Dit verschilt van het Civil Law dat Nederland kent, ook wel het privaatrecht van het Europese continent. De grondslag van het Common Law ligt in het gewoonterecht, de grondslag voor het Civil Law in het Romeinse recht.⁵³ In het Common Law was het niet mogelijk om een immateriële schadevergoeding te vorderen. Het principe van de punitive damage zorgde voor een opvulling van deze leemte. Door veelvuldige toepassing in de praktijk heeft de punitive damage vorm gekregen in rechtstelsels.⁵⁴

In de vervolgparagrafen wordt ingegaan op de twee landen waarin dit principe het meest wordt toegepast, zijnde Engeland en de Verenigde Staten van Amerika. Andere landen worden buiten beschouwing gelaten.

3.2.1 Historie vanuit Engeland

De ontwikkeling van de punitive damage vond plaats in Engeland, in de achttiende eeuw.⁵⁵ Hoogstwaarschijnlijk was de zaak *Wilkes v. Wood*⁵⁶ de eerste Engelse rechtszaak waarin een hogere vergoeding werd toegekend dan nodig was, ter compensatie van de geleden schade. Een lasterlijk artikel verscheen waarin beschuldigingen werden geuit jegens twee ministers en de koning, aangaande een vredesverdrag met Frankrijk. Wilkes werd als verdachte aangemerkt, waarna een algemene last tot doorzoeking van zijn huis werd afgegeven. Wilkes betwistte de legaliteit van deze doorzoeking en legde dit voor aan de rechter. Wilkes kreeg een schadevergoeding toegewezen, welke de aard had van een punitive damage. De rechter overwoog het volgende: "I have formerly delivered it as My Opinion on another occasion, and I still continue of the same mind, that a jury have it in their power to give damages for more than the injury received. Damages are designed not only as a satisfaction to the injured person, but likewise as a punishment to the guilty, to deter from any such proceeding for the future, and as a proof of the detestation of the jury to the action itself." In dit citaat omschrijft de rechter wat een punitive damage is, namelijk een vergoeding die hoger is dan enkel een vergoeding voor de geleden schade. De functies van dit verhoogde bedrag zijn genoegdoening voor de benadeelde en bestraffing van de schadeveroorzaker. Daarnaast heeft het een preventieve werking. Deze zaak introduceerde de punitive damage, maar schiep geen duidelijkheid over de toewijzing van een dergelijke vergoeding. In de periode na deze rechtszaak werden punitive damages voornamelijk toegekend in "tort cases". Dit zijn zaken die draaien om mishandeling, smaad en wederrechtelijke vrijheidsberoving. Punitive damages werden nooit toegekend in zaken aangaande contractbreuken.⁵⁷

⁵² A.T. Bolt & J.A.W. Lensing, 'Privaatrechtelijke boete' in: Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking no. 48, Deventer: Kluwer 1993, p. 8.

⁵³ I. Vrancken, *Punitive damages*, Antwerpen: Universiteit Antwerpen 2013, p. 29.

⁵⁴ E. Torrico, *Punitive Damages in Nederland: een waardevolle aanvulling op het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht!*, Tilburg: Universiteit van Tilburg 2009, p. 15.

⁵⁵ A.T. Bolt & J.A.W. Lensing, 'Privaatrechtelijke boete' in: Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking no. 48, Deventer: Kluwer 1993, p. 5.

⁵⁶ *Wilkes v. Wood*, 98 Eng. Rep. 489 (1763).

⁵⁷ J.Y. Gotanda, "Punitive Damages: A Comparative Analysis", Villanova University School of Law, School of Law Working Paper Series, hosted by: The Berkeley Electronic Press (bepress) 2003, p. 398.

In 1964 schiep het Engelse House of Lords duidelijkheid over punitive damages, in de zaak *Rookes v. Barnard*.⁵⁸ Hierin werd bepaald dat de Engelse rechter bevoegd is om “exemplary damages” op te leggen. Dit begrip werd vanaf deze zaak aan het principe van de punitive damage gekoppeld. Daarnaast had de House of Lords kritiek op het principe van de punitive damage. Verwarring werd gezien tussen civiele functies en strafrechtelijke functies.⁵⁹ Om dit te kaderen heeft de House of Lords categorieën gecreëerd waarin een exemplary damage kan dienen als wetsversterking.⁶⁰ De eerste categorie betrof onderdrukkend, willekeurig of ongrondwettelijk handelen van overheidsdienaren. De tweede categorie omvatte de onrechtmatige daad die tot een door de schadeveroorzaker ingecalculerde winst leidt, die hoger is dan de eventuele compenserende schadevergoeding, zodat de schadeveroorzaker leert dat onrechtmatig gedrag niet lonend is. Tot de derde categorie behoorden gevallen waarin dat door de wet werd toegestaan.⁶¹

In een latere uitspraak in 1993, aangaande de zaak *A.B. v. South West Water Services Ltd.* (1993), werden deze categorieën beperkt. Uit deze zaak vloeide de “cause of action-test” voort. Deze test hield in dat exemplary damages slechts mochten worden toegekend in overeenkomstige situaties als in de zaak *Rookes v. Barnard*.⁶² Dit zijn situaties waarin kwaadwillige vervolging of een onterechte gevangenisstraf heeft plaatsgevonden. Daarnaast komen gevallen waarin sprake is van letsel, laster, inbreuk op een eigendomsrecht, private overlast of een zakelijke onrechtmatige inmenging, in aanmerking voor exemplary damage. Deze uitspraak beperkte de oplegging van een exemplary damage.⁶³

In 2001 werd de cause of action-test afgedaan. Het House of Lords heeft in deze zaak de categorieën uit de zaak *Rookes v. Barnard* uitgebreid.⁶⁴ Bij de beoordeling aangaande de toewijzing van een punitive damage, dient de focus te liggen op de omstandigheden waarin de onrechtmatige daad is gepleegd en niet op de oorzaak van de actie. Hierdoor werden de situaties uitgebreid waarin punitive damage mocht worden opgelegd. De uitbreiding zag onder andere toe op discriminatie op basis van geslacht, ras en handicap en nalatigheid.⁶⁵ Kortom, punitive damages zijn toegestaan in het Engelse recht, maar oplegging hiervan is aan beperkingen onderworpen.⁶⁶

⁵⁸ *Rookes v. Barnard*, A.C. 1129 (1964).

⁵⁹ I. Vrancken, *Punitive damages*, Antwerpen: Universiteit Antwerpen 2013, p. 30.

⁶⁰ R. Troelstra, *Punitive damages in Nederland*, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2015, p. 15.

⁶¹ I. Vrancken, *Punitive damages*, Antwerpen: Universiteit Antwerpen 2013, p. 31.

⁶² I. Vrancken, *Punitive damages*, Antwerpen: Universiteit Antwerpen 2013, p. 31.

⁶³ I. Vrancken, *Punitive damages*, Antwerpen: Universiteit Antwerpen 2013, p. 31.

⁶⁴ *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, (2001) 2 WLR.

⁶⁵ J.Y. Gotanda 2003, p. 402.

⁶⁶ I. Vrancken, *Punitive damages*, Antwerpen: Universiteit Antwerpen 2013, p. 32.

3.2.2 Historie vanuit de Verenigde Staten van Amerika

Het principe van de punitive damage werd al snel opgenomen in het Amerikaanse schadevergoedingsrecht. Punitive damages worden niet in alle staten op dezelfde manier toegepast, dan wel aanvaard.

In een uitspraak in 1784 werd in de Verenigde Staten het principe van de punitive damage geïntroduceerd. Het betrof de zaak *Genay v. Norris*, waarin eiser ziek werd van het drinken van een glas wijn waarin een grote hoeveelheid lustopwekkend middel werd gevonden.⁶⁷ Dit was door gedaagde in het glas gedaan, met humoristische bedoelingen. Door de grote hoeveelheid kreeg het middel een andere uitwerking dan werd beoogd, eiser werd ernstig ziek. De eiser kreeg een hoge vergoeding toegekend, waarmee de rechter een punitieve werking beoogde te creëren.

Inzake *Gertz v. Robert Welch* in 1974 heeft het Amerikaanse federale hooggerechtshof geformuleerd dat vergelding en afschrikking de hoofddoelstellingen zijn van punitive damages.⁶⁸ Daarbij wordt ervan uitgegaan dat een individu rationele afwegingen maakt bij het nemen van een beslissing.⁶⁹ Op basis daarvan mag erop vertrouwd worden dat een individu zich zal onthouden van onjuist gedrag, wetende dat hier een straf voor staat en wat de omvang van deze straf is.

Uitdrukkelijke erkenning van het principe van de punitive damage vloeit voort uit de zaak *Day v. Woodworth* in 1851.⁷⁰ Gedaagde had zich onder andere schuldig gemaakt aan huisvredebreuk, omdat hij een dam zelf had verlaagd die was aangebracht door eiser. Verderop zou de werking van een molen door deze dam worden beïnvloed. De rechter snapte de overweging van gedaagde, maar vond dat gedaagde door zelfstandige verlaging van de dam te ver was gegaan. In de zaak overwoog de rechter: "It is a well established principle of the common law, that in actions of trespass and all actions on the case of torts, a jury may inflict what are called exemplary, punitive or vindictive damages upon a defendant, having in view the enormity of his offence rather than the measure of compensation to the plaintiff." De rechter benadrukt dat het accent in een punitive damage ligt op bestraffing van de schadeveroorzaker, gericht op de omvang van de onrechtmatige gedraging. Dit rijkt verder dan enkel het vergoeden van de schade van de benadeelde.

Na de erkenning van het principe van de punitive damage bestond nog veel onduidelijkheid over de toepassing van een punitive damage. De voorwaarden zijn in latere uitspraken niet gespecificeerd. In beginsel zag een punitive damage in de Verenigde Staten van Amerika toe op bestraffing, later ook op ontrading en afschrikking. In de Verenigde Staten zijn ze niet gebonden aan de categorieën voortvloeiende uit de Engelse zaak *Rookes v. Barnard*. De keerzijde hiervan was dat sprake kon zijn van "Amerikaanse praktijken", ook wel buitensporig hoge vergoedingen. Om dit te begrenzen wordt de "single digit-ratio" gehanteerd. Dit houdt in dat het extra bedrag niet groter mag zijn dan tien maal de integrale schadevergoeding.⁷¹ De vergoedingen mogen niet disproportioneel zijn ten opzichte van de toegebrachte schade. De schadeveroorzaker moet de mogelijkheid krijgen om de vergoeding te betalen, anders worden de doelstellingen niet behaald. Zo is door het Supreme Court ook bepaald dat vergoeding van de schade niet strekt tot schade van derden. Verder is te zien dat het per staat verschilt welke factoren van belang zijn, bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding.

⁶⁷ *Genay v. Norris*, 1 S.C.L. (1 Bay) 6 (1794).

⁶⁸ *Gertz v. Robert Welch, inc.* 418 U.S. 323 (1974).

⁶⁹ K. de Jong, *Handhaving in het privaatrecht*, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2013, p. 8.

⁷⁰ *Day v. Woodworth*, 54 US (13 How.) 363, 371 (1852).

⁷¹ I. Vrancken, *Punitive damages*, Antwerpen: Universiteit Antwerpen 2013, p. 34.

3.3 Kritieke punten van een punitive damage

In beginsel zijn de geluiden vanuit de Europese Unie negatief ten aanzien van het principe van een punitive damage, waarbij een burgerlijke rechter naast een compensatoire schadevergoeding een extra vergoeding kan toekennen. Traditionele redenen zijn hiervoor de oorzaak, zoals de functies van het aansprakelijkheidsrecht en de scheiding tussen strafrecht en privaatrecht.⁷² Het aansprakelijkheidsrecht is gericht op het vergoeden van de schade, niet op het creëren van een punitieve werking. Dit duidt eveneens op de scheiding tussen het privaatrecht en het strafrecht. Het punitieve karakter dat gebaseerd is op strafrechtelijke doelen mag niet verweven worden in het privaatrecht.⁷³ Volgend hierop bestaat het bezwaar gebaseerd op het “ne bis idem beginsel”, dat gericht op een punitive damage inhoudt dat iemand niet via zowel het privaatrecht als het strafrecht mag worden bestraft, voor dezelfde daad.⁷⁴ Hieraan ligt de redenering ten grondslag dat iedere straf voor een afzonderlijk juridisch onrecht geldt, waarbij de strafrechtelijke straf voor het publieke onrecht tegen de maatschappij geldt en de civiele straf voor het private onrecht tegen de eiser geldt.⁷⁵ Dit bezwaar leeft naast de praktische knelpunten die ontstaan, zoals uit welke normschending aanspraak op een punitive damage voortvloeit en hoe de omvang van de schade moet worden vastgesteld. Tevens bestaat de angst voor Amerikaanse praktijken.⁷⁶ Het feit dat het principe van de punitive damage niet in de gehele Verenigde Staten wordt erkend is de wijten aan de angst voor het ontstaan van een claimcultuur, zoals die in de VS bekend staat. Een claimcultuur houdt in dat er een tendens ontstaat binnen een samenleving, waarbij burgers elkaar veelvuldig aanklagen voor vergoeding van geleden schade.⁷⁷ De schadevergoedingen kunnen uitermate hoog uitvallen. Deze angst sijpelde door naar Nederland en is één van de redenen waarom er nog geen punitive damage bestaat in het Nederlands privaatrecht.⁷⁸

Al deze bezwaren lijken zwaarwegend, maar kunnen worden weerlegd, zo blijkt uit verschillende rechtsvergelijkende onderzoeken.⁷⁹ Een groot deel van de negativiteit berust op de angst voor het ontstaan van een claimcultuur, door invoering van een punitive damage. Echter, de verschillen die voortvloeien uit rechtsvergelijkend onderzoek tussen de Verenigde Staten en Nederland, wijzen uit dat de Nederlandse wet weinig ruimte biedt voor de ontwikkeling van een dergelijke cultuur. Het Nederlands sociale zekerheidsstelsel zit goed in elkaar. In de VS is dit stelsel minder stevig, waardoor burgers rechtszekerheid willen afdwingen middels het starten van een procedure. Daar komt bij dat in de VS het systeem bestaat van “no cure no pay”, wat inhoudt dat een advocaat een marge ontvangt over de toegewezen vergoeding. Hoe hoger de vergoeding, des te hoger het loon.⁸⁰ Nederland kent dit systeem niet, waardoor de drempel om naar de rechter de stappen hoger ligt dan in de VS.⁸¹ Ten aanzien van bepaling van de hoogte van de schadevergoeding, ligt deze

⁷² R.C. Meurkens, ‘Punitive damages’, Deventer: Wolters Kluwer 2014, 2014, p. 389.

⁷³ S. Lindenbergh & M.A.B. Chao-Duivis, ‘Smartengeld, geen straf, de (on)mogelijkheden van punitive damages in het schadevergoedingsrecht’, *Nemesis* nr.5 sept/okt, 1995, p. 127.

⁷⁴ J. Kortmann & C. Sieburgh, *Handhaving door Nederlands privaatrecht*, in: A. Scheltema, M. Scheltema, K. Deketelaere, B. Delveaux, S. Tormans, F. Krips, A. Winants, J. Kortmann, C. Sieburgh, C. Cauffman en B. Weyts, *Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009, p. 249-302.

⁷⁵ T.B. Colby, ‘Clearing the smoke from Philip Morris v. Williams: the past, present and future of punitive damages’, p. 25.

⁷⁶ R.C. Meurkens, ‘Punitive damages’, Deventer: Wolters Kluwer 2014, p. 389.

⁷⁷ M. Faure & T. Hartlief, ‘Het kabinet en de claimcultuur : over de (onbezonnen) Hollandse vrees voor Amerikaanse toestanden of het Hollands medicijn voor Amerikaanse ziektes’, *Nederlands Juristenblad*, afl. 43, 1999.

⁷⁸ Brief van de Minister van Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 's-Gravenhage, 20 januari 2000, Kamerstuk 26 994, *Haags Bevoegdheids- en Executieverdrag*, nr. 1.

⁷⁹ Auteurs van een deel van de gehanteerde bronnen voor dit hoofdstuk: Vrancken, Torrico, Troelstra, De Jong en Meurkens.

⁸⁰ Faure & Hartlief 1999.

⁸¹ E. Torrico, *Punitive Damages in Nederland: een waardevolle aanvulling op het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht!*, Tilburg: Universiteit van Tilburg 2009, p. 30.

bevoegdheid in Nederland bij de rechter en in de VS bij de jury. De Nederlandse rechter wijst gematigde immateriële schadevergoedingen toe, in vergelijking met landen zoals de VS, Duitsland en Engeland.⁸² De bevoegdheid van de rechter om de hoogte van schadevergoeding te matigen⁸³, komt voort uit het feit dat de rechter met alle omstandigheden van het geval rekening dient te houden, waaronder de economische omstandigheden van partijen.⁸⁴ Het argument gericht op het verwikelen van privaatrechtelijke doelen en strafrechtelijke doelen, is eveneens weerlegbaar, gezien het feit dat het privaatrecht en het bestuursrecht reeds sancties kennen, zoals boetebedingen. Buiten het strafrecht is de overheid actief om maatschappelijk onwenselijk gedrag aan te pakken, waardoor een verschuiving merkbaar is van het zwaartepunt van publiekrechtelijke handhaving naar privaatrechtelijke handhaving.⁸⁵ Daarnaast begint de belangstelling voor civiele sancties op Europees niveau toe te nemen. Dit is terug te zien in de handhaving van het mededingingsrecht, waarin gesproken is over het toepassen van een punitive damage.⁸⁶

3.4 Tussenconclusie

Het derde hoofdstuk is gericht op de deelvraag: “Wat houdt het principe van de punitive damage in, gelet op de ontstaansgeschiedenis van het principe in Engeland en de Verenigde Staten?”.

Een punitive damage wordt toegekend in zaken waarin onrechtmatig gedrag is vertoond, waardoor schade is ontstaan. Op grond hiervan kan in een civiele procedure een vordering tot schadevergoeding worden ingesteld. Een punitive damage is een oneigenlijke schadevergoeding, bestaande uit een integrale schadevergoeding en een extra bedrag. Het extra bedrag overstijgt de vergoeding die dient ter compensatie van de geleden schade, waardoor een punitieve werking ontstaat. De schadeveroorzaker moet enerzijds de veroorzaakte schade vergoeden, anderzijds moet de schadeveroorzaker een extra bedrag betalen, waardoor de schadeveroorzaker wordt gestraft voor het schadeveroorzakende gedrag. Een punitive damage heeft zo verschillende hoofddoelen: compensatie, bestraffing en preventie.

Het principe van de punitive damage is in het Nederlandse rechtstelsel niet bekend. De rechtsvorm is afkomstig uit het Angelsaksische recht. De ontwikkeling vond plaats in Engeland, in de achttiende eeuw. Naar mate het principe van de punitive damage werd toegekend in verschillende uitspraken, begon het principe van de punitive damage zich te ontwikkelen. De ontwikkeling ging met name over de vraag in wat voor zaken een punitive damage mag worden toegekend. Daarnaast bleef een concreet antwoord op de vraag hoe de een punitive damage moest worden toegepast, uit. Een punitive damage wordt toegekend in zaken waarin sprake is van (i) discriminatie op basis van geslacht, ras en handicap en nalatigheid, (ii) onderdrukkend, willekeurig of ongrondwettelijk handelen van overheidsdienaren, (iii) een onrechtmatige daad die tot een door de schadeveroorzaker ingecalculeerde winst leidt, die hoger is dan de eventuele compenserende schadevergoeding, zodat de schadeveroorzaker leert dat onrechtmatig gedrag niet lonend is en (iiii) gevallen waarin de wet toestaat dat een punitive damage mag worden toegekend.

⁸² *Kamerstukken II* 1999/00, 26630, nr. 2, p. 8.

⁸³ Art. 6:106 BW

Art. 6:109 BW

⁸⁴ A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht.4 Deel I. Verbintenissen in het algemeen, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 438.

⁸⁵ E. Torrico, *Punitive Damages in Nederland: een waardevolle aanvulling op het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht!*, Tilburg: Universiteit van Tilburg 2009, p. 29.

⁸⁶ R.C. Meurkens, 'Punitive damages', Deventer: Wolters Kluwer 2014, 2014, p. 383.

Het principe van de punitive damage werd eveneens opgenomen in verschillende staten van de Verenigde Staten van Amerika. In de VS is de rechter niet gebonden aan de verschillende categorieën waarin in Engeland een punitive damage mag worden toegekend. Om buitensporige vorderingen te voorkomen bestaat een limiet voor de hoogte van een punitive damage, deze mag niet hoger zijn dan tien maal de integrale schadevergoeding,

Naast dat het principe van de punitive damage in deze buitenlandse rechtsstelsels aanvaard is, ontvangt de Europese Unie het principe nog niet met open armen. Een punitive damage brengt privaatrechtelijke doelen en strafrechtelijke doelen bij elkaar. Door deze samensmelting krijgt de rechter de mogelijkheid om hoge vergoedingen toe te kennen. De angst heerst dat hierdoor een Amerikaanse claimcultuur ontstaat, waarbij burgers veel en hoge vorderingen indienen. Desondanks wijzen verschillende onderzoeken uit dat deze argumenten weerlegbaar zijn en begint de interesse voor het principe van de punitive damage binnen Europa te groeien.

Hoofdstuk 4 Punitive damage binnen het Nederlands privaatrecht

In het vierde hoofdstuk wordt onderzocht hoe de afzonderlijke componenten van een punitive damage kunnen worden ingekleed door de beginselen uit het Nederlands privaatrecht. Het principe van de punitive damage bestaat uit een schadecomponent en een punitief component. In dit hoofdstuk wordt ten aanzien van de inkleding van de twee componenten eenzelfde structuur toegepast. Eerst worden de algemene beginselen uit het privaatrecht toegelicht, gericht op de betreffende component. Vervolgens worden de beginselen toegepast op de billijke vergoeding.

In paragraaf 4.1 staat de schadecomponent binnen het privaatrecht in Nederland centraal. Paragraaf 4.2 omvat de punitieve component. Tot slot zijn in paragraaf 4.3 de conclusies opgenomen.

4.1 De schadecomponent

In de annotatie, die de aanleiding vormt voor dit onderzoek, concludeert Kruit dat het een uitkomst zou kunnen bieden als er een balans gevonden wordt tussen de door hem onderbouwde punitieve component en schadecomponent. Voor de schadecomponent verwijst Kruit naar een annotatie van mevrouw Peters. Zij schrijft in deze annotatie dat de schade die de werknemer lijdt berekend zou kunnen worden op basis van de beginselen uit Boek 6, omdat het bieden van compensatie voor de geleden schade van de werknemer aansluit bij de ongelijkheidscompensatie binnen het arbeidsrecht en de schadebegrotingsregels uit Boek 6.⁸⁷ Het Nederlands recht heeft als uitgangspunt dat ieder zijn eigen schade draagt. Dit is anders indien de schade is ontstaan door toedoen van een ander. Indien de schade is ontstaan door toedoen van een ander, ontstaat het recht op vergoeding van die schade. Er is eerst sprake van een schadeveroorzakende gedraging waar iemand aansprakelijk voor is, op basis waarvan voor de schadeveroorzaker de verplichting ontstaat om de schade te vergoeden.

4.1.1 Het aansprakelijkheidsrecht in Nederland

Indien partijen zich binden middels een verbintenis, dienen de partijen zich aan deze verbintenis te houden. Doet een der partijen dit niet juist of helemaal niet, kan die partij aansprakelijk zijn voor de eventuele gevolgen die daardoor worden veroorzaakt. Aansprakelijkheid houdt in dat ter voldoening van de verbintenis, wordt verhaald op het vermogen van de partij die zich niet aan de verbintenis houdt. Dit civiele aansprakelijkheidsrecht, geldend tussen burgers onderling, heeft als doel herstel of compensatie van de geleden schade. Tevens heeft het een preventieve werking en strekt het tot genoegdoening.⁸⁸

Het Nederlands aansprakelijkheidsrecht is opgenomen in Burgerlijk Wetboek 6. Het aansprakelijkheidsrecht kent verschillende bronnen: aansprakelijkheid op grond van de wet of aansprakelijkheid op grond van een contract. Contractuele aansprakelijkheid vloeit voort uit het niet nakomen van een overeenkomst. Het niet nakomen van contractuele verplichtingen levert wanprestatie op. Wettelijke aansprakelijkheid vloeit voort uit de wet, op basis van de onrechtmatige daad.

⁸⁷ S.S.M. Peters, 'Billijke vergoedingen hausse in 2016: ontaardt het door de wetgever geregisseerde strakke ballet in een losbandige lambada?', *AR* 2015-0865.

⁸⁸ "Aansprakelijkheidsrecht", *Het Wetsbureau* 5 oktober 2016, [Hetwetsbureau.nl](http://hetwetsbureau.nl).

De wet maakt onderscheid tussen schuldaansprakelijkheid en risicoaansprakelijkheid. Indien iemand schuld heeft aan een onrechtmatige handeling en door deze handeling is schade ontstaan, spreek je van schuldaansprakelijkheid. Op basis van risicoaansprakelijkheid ben je aansprakelijk voor de schade die een ander lijdt, zonder dat hier sprake is van schuld. Risicoaansprakelijkheid vloeit voort uit bepaalde risico's die je draagt door een bepaalde rol, hoedanigheid of kwaliteit. Denk hierbij aan de verhouding tussen een werkgever en een werknemer.⁸⁹

4.1.1.1 De onrechtmatige daad

Een onrechtmatige daad wordt aangenomen als sprake is van een *doen of nalaten*. Daarnaast moet voldaan worden aan een vijftal vereisten.⁹⁰ Ten eerste moet de daad *onrechtmatig* zijn.⁹¹ De wet bepaalt drie soorten handelingen die leiden tot onrechtmatigheid van een daad: inbreuk op een recht, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer, lees samenleving, betaamt.⁹² Een inbreuk op een recht betreft een inbreuk op een subjectief recht. Het subjectieve recht bestaat uit twee categorieën, waaronder de persoonslijksrechten zoals de eer en goede naam, lichamelijke integriteit en de absolute vermogensrechten. Denk bij dit laatste aan het auteursrecht en eigendom.⁹³ Tevens moet de onrechtmatige daad *toerekenbaar* zijn.⁹⁴ Een daad kan iemand worden toegerekend, wanneer de daad te wijten is aan schuld, een oorzaak die voor rekening van de schadeveroorzaker komt krachtens de wet of een oorzaak die voor rekening van de schadeveroorzaker komt op grond van de in het verkeer geldende opvattingen. Schuld betekent dat iets vermijdbaar was, dus is verwijtbaar gehandeld; de schadeveroorzaker had anders kunnen handelen.⁹⁵ De onrechtmatige, toerekenbare gedraging, moet hebben geleid tot *schade*.⁹⁶ Het schadevergoedingsrecht volgt op het aansprakelijkheidsrecht. In paragraaf 4.2.2. wordt aandacht besteed aan de verschillende schadevormen in de wet. Daarnaast moet er een *causaal verband* bestaan tussen de gedraging en de ontstane schade, ook wel het "conditio sine qua non" verband⁹⁷.⁹⁸ Een causaal verband impliceert een oorzakelijk verband. De benadeelde dient aannemelijk te maken dat de gedraging de oorzaak is van de ontstane schade. Tot slot moet de daad getoetst worden aan het *relativiteitsvereiste*.⁹⁹ Het relativiteitsvereiste houdt in dat de norm die wordt overtreden moet strekken tot bescherming van de belangen van de benadeelde, die in dat specifieke geval zijn geschonden.¹⁰⁰

⁸⁹ Art. 6:170 BW

⁹⁰ Art. 6:162 lid 1 BW

⁹¹ Art. 6:162 lid 2 BW

⁹² HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776.

⁹³ K. de Jong, *Handhaving in het privaatrecht*, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2013, p. 17.

⁹⁴ Art. 6:162 lid 3 BW

⁹⁵ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 99.

⁹⁶ Art. 6:162 lid 1 BW

⁹⁷ Spier e.a. 2009, nr. 214.

⁹⁸ Art. 6:162 lid 1 BW

⁹⁹ Art. 6:163 BW

¹⁰⁰ HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051.

4.1.2 Het schadevergoedingsrecht

De wettelijke regeling omtrent schadevergoedingen is terug te vinden in afdeling 6.1.10 van het zesde Burgerlijk Wetboek. Het algemene schadebegrip is niet in de wet opgenomen, enkel de verschillende soorten. De wet beschrijft twee soorten schade, namelijk vermogensschade en ander nadeel.¹⁰¹ Vermogensschade duidt op geleden verlies en gederfde winst, wat inhoudt dat zowel vermogensdaling als vermogensstijging die het slachtoffer ontgaat, voor vergoeding in aanmerking komt.¹⁰² Onder vermogensschade valt personenschade (letsel- en overlijdensschade), zaakschade en zuivere vermogensschade. Zuivere vermogensschade impliceert schade die niet tot personenschade of schade aan een zaak behoort. Dit zijn materiële schadeposten. Ander nadeel is ook wel te merken als immateriële schade.¹⁰³ De vergoeding uit hoofde van ander nadeel biedt compensatie voor schade die niet aan het vermogen van de benadeelde toekomt.¹⁰⁴ In artikel 6:106 BW is een limitatieve opsomming opgenomen met gevallen waarin aanspraak kan worden gemaakt op een schadevergoeding. Hiertoe behoren opzettelijk toegebrachte ideële schade, aantasting in de persoon van de benadeelde en aantasting van de nagedachtenis van een overledene. Ander nadeel wordt naar billijkheid vergoed.

De rechter is verantwoordelijk voor begroting van de schade. Begroting van deze schade moet op een wijze die met de aard daarvan in overeenstemming is.¹⁰⁵ De rechter moet in beginsel de schade zo concreet mogelijk berekenen. Bij een concrete schadeberekening wordt gekeken wat de benadeelde daadwerkelijk aan schade heeft geleden.¹⁰⁶ Een belangrijke rol voor de benadeelde is het becijferen van de schade, bijvoorbeeld door middel van facturen en bonnetjes. Om op concrete wijze de omvang van de schade te berekenen, wordt de benadeelde zoveel mogelijk in de toestand gebracht voor de schadeveroorzakende gebeurtenis was ingetreden. De omvang van de schade wordt bepaald door een vergelijking te maken tussen de werkelijke toestand en de toestand zoals die vermoedelijk zou zijn als de schadeveroorzakende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden.¹⁰⁷ De benadeelde dient de schade zo inzichtelijk mogelijk te maken en zo concreet mogelijk te onderbouwen. Bij abstracte schadeberekening wordt een bedrag vastgesteld die het meest redelijk wordt geacht voor compensatie van de geleden schade. Hierbij wordt gekeken naar de algemene omvang van de schade bij iemand die in dezelfde situatie verkeert als de benadeelde. In beginsel wordt de schade zo concreet mogelijk berekend. De omvang van schade die niet op concrete wijze kan worden vastgesteld, wordt abstract berekend. In beginsel wordt de schadevergoeding voldaan in geld, tenzij de benadeelde de rechter vraagt om in een andere vorm te voldoen aan de schadevergoeding.¹⁰⁸

¹⁰¹ Art. 6:95 BW

¹⁰² Art. 6:96 BW

¹⁰³ Art. 6:106 BW

¹⁰⁴ Spier e.a. 2009, nr. 247.

¹⁰⁵ Art. 6:97 BW

¹⁰⁶ "Concrete schadeberekening: misgelopen contracten tellen niet mee", *Dirkzwager Aansprakelijkheid, schade & verzekering* 9 juli 2015, Dirkzwagerasv.nl.

¹⁰⁷ HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9830.

¹⁰⁸ Art. 6:103 BW

4.1.3 De schadecomponent van de billijke vergoeding

Voor schade die is ontstaan door toedoen van een ander, is de schadeveroorzaker aansprakelijk. Een werkgever die ernstig verwijtbaar handelt of nalaat, brengt schade toe aan de werknemer. De werkgever is aansprakelijk, waardoor de werknemer het recht op een schadevergoeding toekomt.

Gericht op de billijke vergoeding ex artikel 7:671b lid 8 sub c BW kan de werkgever aansprakelijk worden gesteld, indien hij ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten. Als het ernstige verwijtbare gedrag geplaast wordt binnen de beginselen uit Boek 6, valt het binnen de reikwijdte van schuldaansprakelijkheid. Het criterium “ernstige verwijtbaarheid” impliceert een mate van schuld, waarbij het gaat om het eigen handelen van de werkgever. Daarnaast staat in de memorie van toelichting dat het recht op schadevergoeding bestaat in duidelijke en uitzonderlijke gevallen van onrechtmatig handelen.

Uit hoofde van schuldaansprakelijkheid, vloeit het recht op een schadevergoeding voort uit een onrechtmatige daad. Bij een onrechtmatige daad gaat het om een doen of nalaten. Gericht op de billijke vergoeding kan de onrechtmatigheid volgen uit het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten vanuit de werkgever. Zoals in de memorie van toelichting is opgenomen, ontstaat het recht op een billijke vergoeding indien vanuit werkgeverskant sprake is van onrechtmatig gedrag, wat dusdanig in strijd is met het beginsel van goed werkgeverschap uit artikel 7:611 BW. De onrechtmatigheid zou kunnen worden vastgesteld op basis van de schending van deze wettelijke plicht. Het dusdanig in strijd handelen met het beginsel van goed werkgeverschap, moet tot schade hebben geleid aan werknemerskant. De geschonden norm van artikel 7:611 BW strekt tot bescherming van de belangen van de werknemer, die in het geval van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten worden geschonden.

Indien de onrechtmatige daad vaststaat, ontstaat het recht op een vergoeding voor de schade. Vanuit de beginselen uit Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek kan de schade worden onderverdeeld in materiële schade en immateriële schade. Uit de parlementaire geschiedenis en de evaluatie van de Wwz, besproken in hoofdstuk 2, blijkt dat de billijke vergoeding een vergoeding is voor de gevolgen die door het ernstige verwijtbare gedrag zijn ontstaan. Een ontbinding van de arbeidsovereenkomst is vaak een beladen, ingrijpende situatie. Als de ontbinding ook nog het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werkgever, is het voor te stellen dat de belading des te groter is. Deze belading kan bijvoorbeeld grote mate van stress als gevolg hebben. Veel stress kan leiden tot ziekte, zoals een burn-out. Als het causale verband tussen een ziekte en het ernstige verwijtbare gedrag aangetoond kan worden, behoren eventuele ziektekosten tot schadeposten. Denk hierbij aan kosten voor medicatie of behandelingen van specialisten. Vanuit de beginselen van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek vallen deze posten onder letselschade, behorend tot personenschade. Materiële schadeposten dienen concreet berekend te worden. Voor een concrete schadeberekening vergelijkt de rechter de huidige situatie, met de situatie die er zou zijn geweest zonder dat de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn ingetreden. De werknemer dient de schade zo inzichtelijk mogelijk te maken, bijvoorbeeld door het aanleveren van rekeningen van een zorgverzekeraar.

Hier tegenover staat schade die niet concreet berekenbaar is. Zoals de ontbinding van de arbeidsovereenkomst tot concrete schadeposten kan leiden, leidt dit eveneens tot abstracte schadeposten. Het leed van de benadeelde, dat niet concreet om te zetten is in een bedrag doordat het niet inzichtelijk kan worden gemaakt, behoort tot immateriële schade. Bij de berekening van immateriële schade vergelijkt de rechter de situatie van de benadeelde, met de schade van iemand in eenzelfde situatie. Binnen het privaatrecht komt immateriële schade voornamelijk voor binnen het letselschaderecht. In het letselschaderecht wordt, bij de beoordeling van een schadeclaim, aansluiting gezocht bij vergelijkbare gevallen. De rechter kijkt naar de hoogte van een toegewezen bedrag in een vergelijkbaar geval.

Met de omstandigheden van het geval in overweging genomen, stelt de rechter het bedrag vast naar redelijkheid.¹⁰⁹ Gericht op de billijke vergoeding kan bij de bepaling van de hoogte van de immateriële schade van de werknemer aansluiting worden gezocht bij andere zaken waarin de billijke vergoeding is toegewezen. In de jurisprudentieanalyse in hoofdstuk 5 komt dit aspect aan bod.

4.2 De punitieve component

Een punitive damage bestaat enerzijds uit een bedrag waarmee de basale schade wordt vergoed, anderzijds uit een overstijgend bedrag waarmee een punitieve werking wordt gecreëerd. Vanuit het principe van de punitive damage moet de billijke vergoeding ex artikel 7:671b lid 8 sub c BW dienen ter compensatie van de geleden schade door de werknemer, ten gevolge van het ernstige verwijtbare gedrag van de werkgever. Daarnaast moet de werkgever worden gestraft, waardoor dergelijk handelen of nalaten in de toekomst wordt voorkomen. Dit straffende karakter komt binnen het privaatrecht enkel terug in boetebepalingen.

4.2.1 Boetebeding binnen het algemene privaatrecht

Boetebepalingen zijn schriftelijke, contractueel bedongen bepalingen. Hierin wordt opgenomen dat bij het al dan niet plaatsvinden van een bepaalde gebeurtenis, de ene partij een boete verschuldigd is aan de andere partij. Een boetebeding schaft partijen op voorhand wetenschap over de handelwijze, indien wanprestatie intreedt. Door middel van een boetebeding wordt de schuldenaar aangespoord tot naleving van de overeenkomst en is de schuldeiser verzekerd van aanspraak op een vergoeding.

In het zesde Burgerlijk Wetboek is de volgende bepaling vindbaar¹¹⁰: “Als boetebeding wordt aangemerkt, ieder beding waarbij is bepaald dat de schuldenaar, indien hij in de nakoming van zijn verbintenis tekortschiet, gehouden is een geldsom of een andere prestatie te voldoen, ongeacht of zulks strekt tot vergoeding van schade of enkel tot aansporing om tot nakoming over te gaan.” Aanspraak op een boetebeding ontstaat wanneer een aan de schuldenaar te wijten tekortkoming bestaat in de nakoming van een verbintenis, ook wel wanprestatie.¹¹¹ Wanprestatie wordt vastgesteld middels het in gebreke stellen van de schuldenaar, zodat vastgesteld kan worden dat de schuldenaar in verzuim is.¹¹² Verzuim kan in bepaalde gevallen ook van rechtswege intreden, onder andere als sprake is van een onrechtmatige daad.¹¹³

Indien sprake is van wanprestatie, bepaalt de wet dat een schuldeiser de keuze heeft tussen het vorderen van nakoming van de overeenkomst of het eisen van een geldbedrag op grond van het boetebeding. Hier kan contractueel van worden afgeweken, zodat zowel de overeenkomst moet worden nageleefd als dat betaling van de boete moet plaatsvinden.

Tevens beschrijft de wet, dat hetgeen volgens een boetebeding verschuldigd is, in de plaats treedt van een wettelijke schadevergoeding.¹¹⁴ Echter, deze bepaling wordt uitgezonderd in een volgend artikel, waarin de rechter de mogelijkheid wordt geboden om de naast de bedongen boete een aanvullende schadevergoeding toe te kennen als de billijkheid dit klaarblijkelijk eist. De rechter mag deze uitzondering niet ambtshalve toepassen, enkel indien de schuldeiser zich hierop beroept.¹¹⁵ Het criterium “indien billijkheid dit klaarblijkelijk eist”

¹⁰⁹ S.D. Lindenbergh, ‘Smartengeld anno 2016’, *Smartengeld.nl* 28 december 2016.

¹¹⁰ Art. 6:91 BW

¹¹¹ Art. 6:92 lid 3 BW jo art. 6:74 BW

¹¹² Art. 6:93 BW

¹¹³ Art. 6:83 onder b BW

¹¹⁴ Art. 6:92 lid 2 BW

¹¹⁵ Art. 6:94 lid 2 BW

impliceert dat de rechter enige terughoudendheid moet betrachten bij het toekennen van een aanvullende schadevergoeding.

Naast dat de schuldeiser recht heeft om een aanvullende schadevergoeding te vorderen, kan de schuldenaar de rechter verzoeken tot matiging van de boete, zoals eerder werd benoemd in paragraaf 4.1.2.3.¹¹⁶ De rechter dient ten aanzien van de matiging van een boete hetzelfde, terughoudende criterium te hanteren. In beginsel is uitdrukkelijk bepalend wat overeengekomen is. Partijen hebben een boete bedongen, daarom moet de rechter terughoudend zijn met de bevoegdheid om te matigen. Ten aanzien van dit criterium overwoog de Hoge Raad dat indien de boete buitensporig is in verhouding tot de geleden schade, als gevolg van de overtreding van het voorschrift, de rechter de boete mag matigen.¹¹⁷

4.2.2 Boetebeding binnen het arbeidsrecht

Het arbeidsrecht is zo ingericht, dat de werknemer veel bescherming geniet. De werkgever kan in de arbeidsovereenkomst voor zichzelf bescherming inbouwen, via contractuele wijze. Deze ingebouwde bescherming krijgt de vorm van voorschriften, waar de werknemer aan gehouden is na ondertekening van de arbeidsovereenkomst.

Een belangrijk, veelvoorkomend voorschrift binnen het arbeidsrecht, is een concurrentiebeding. Een concurrentiebeding is een bepaling in de arbeidsovereenkomst die waarborgt dat de kennis en wetenschap die jij opdoet bij je werkgever, niet uitlekt naar concurrenten. Een concurrentiebeding treedt in werking na het einde van het dienstverband. Het concurrentiebeding probeert te voorkomen dat een ex-werknemer bij een concurrent in dienst treedt. Hierbij maakt het niet uit of de arbeidsovereenkomst is beëindigd op initiatief van de werkgever of de werknemer. Deze situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen als een werknemer, na beëindiging van de arbeidsovereenkomst, in dienst treedt bij een directe concurrent van de ex-werkgever. Een concurrentiebeding bevat veelal beperkingen gericht op de soort werkzaamheden die uitgevoerd mogen worden, bij welke werkgevers in dienst getreden mag worden, de plaats waar de nieuwe werkzaamheden mogen worden verricht en het tijdsbestek waarbinnen de (ex-)werknemer gehouden is zich aan het concurrentiebeding te houden. Eveneens kan naast of in plaats van een concurrentiebeding, een relatiebeding in de arbeidsovereenkomst worden opgenomen. Een relatiebeding ziet toe op het klantenbestand van de ex-werkgever. Dit beding waarborgt dat een ex-werknemer die in dienst treedt bij een ander bedrijf, geen relaties van de ex-werkgever mag benaderen of deze relaties mag meenemen naar een nieuwe werkgever.

Een arbeidsrechtelijk boetebeding is een beding in de overeenkomst waarin het gevolg is opgenomen als een werknemer zich niet houdt aan bepaalde voorschriften uit de arbeidsovereenkomst.¹¹⁸ Daarnaast kan een boetebeding dienen ter aansporing van de naleving van een overeengekomen verplichting.¹¹⁹ De schending van een voorschrift of verplichting wordt gekoppeld aan een bedrag. Ten aanzien van een boetebeding in een arbeidsovereenkomst stelt de wet drie schriftelijkheidseisen. De overeenkomst waarin een boete is bedongen moet schriftelijk zijn aangegaan.¹²⁰ De werkgever moet duidelijk in de arbeidsovereenkomst opnemen, op overtreding van welke voorschriften een boete staat. Door het disciplinaire karakter van een boetebeding, is uit het strafrecht het beginsel overgenomen dat een straf enkel mag worden opgelegd indien de regels vooraf kenbaar waren.¹²¹ Daarnaast moet de hoogte van de boete zijn bedongen.¹²² Tevens moet de bestemming van de boete uit de overeenkomst blijken. In beginsel mag de werkgever niet de

¹¹⁶ Art. 6:94 lid 1

¹¹⁷ HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6638.

¹¹⁸ Art. 7:650 BW

¹¹⁹ J.M. van Slooten e.a., *Arbeidsrecht tekst & commentaar* 2014, Deventer: Wolters Kluwer, p. 118.

¹²⁰ Art. 7:650 lid 2 BW

¹²¹ J.M. van Slooten e.a., *Arbeidsrecht tekst & commentaar* 2014, Deventer: Wolters Kluwer, p. 119.

¹²² Art. 7:650 lid 1 BW

bestemming zijn, waar uitbetaling uit hoofde van het boetebeding aan zal plaatsvinden.¹²³ In de praktijk wordt veelal een vereniging of stichting als bestemming opgenomen, waar de boete aan moet worden voldaan. Dit laatste is ten opzichte van de voorgaande twee schriftelijkheidseisen, semi-dwingend recht.¹²⁴ Hiervan mag worden afgeweken, wat inhoudt dat partijen overeen kunnen komen dat de vergoeding aan de werkgever ten goede komt. Uitzonderingen op deze regel zijn werknemers met loon op of onder het minimumloon. Voor hen geldt wél dat het bedrag niet aan de werkgever ten goede mag komen. Ter bescherming van deze werknemers is tevens opgenomen dat de boete niet méér mag bedragen dan een halve dag loon per week. Het betreffende artikel dat toeziet op een boetebeding in een overeenkomst tussen werkgever en werknemer, wordt afgesloten met een lid waarin de artikelen 91 tot en met 94 uit Boek 6 van overeenkomstige toepassing worden verklaard, onder de uitdrukkelijke voorwaarde dat de specifieke voorschriften uit artikel 7:650 eveneens van toepassing blijven.¹²⁵ Hoewel Boek 6 een escape kent, kent Boek 7 geen uitzondering op de regel dat een werkgever geen aanspraak mag maken op schadevergoeding, naast dat er aanspraak wordt gemaakt op een boetebeding.¹²⁶ Echter, uit de toelichting op dit artikel is te herleiden dat enkel de werkgever een keuze moet maken, de werknemer staat hier los van.¹²⁷ Ten aanzien van een bedongen boetebeding ten gunste van de werknemer, gelden voor de werknemer de algemene regels overeenkomstig artikel 6:92 BW. In principe staat de weg voor een werknemer open voor een combinatie van een boete en een schadevergoeding.¹²⁸

4.2.3 De punitieve component van de billijke vergoeding

Het punitieve karakter in het Nederlands privaatrecht vloeit voort uit boetebedingen. Overeenkomstig de vereisten die Boek 6 en Boek 7 stellen, ten aanzien van het boetebeding, moet een beding schriftelijk worden overeengekomen. Om vanuit deze regelgeving een punitief element toe te voegen aan de billijke vergoeding ex artikel 7:671b lid 8 sub c BW, betekent dat er een beding in de arbeidsovereenkomst opgenomen zou moeten worden. In een voorschrift zou het ernstig verwijtbare gedrag van de werkgever moeten gelden, waarvan niet overtreding van dit voorschrift middels een boetebeding wordt nagestreefd.

Middels een boetebeding kan een concreet bedrag gekoppeld worden aan het bedongen voorschrift, waarin is opgenomen dat de werkgever niet ernstig verwijtbaar mag handelen of nalaten. Een dergelijk beding zou ook gericht kunnen zijn op ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer, maar het onderzoek spitst zich hier niet op toe. Bij niet naleving van het voorschrift, is de werkgever een bedrag verschuldigd aan de werknemer. De bestemming van het bedrag dient te blijken uit de arbeidsovereenkomst, waarbij bedongen kan worden dat dit ten gunste komt van de werknemer. Aangezien ten aanzien van de werknemer artikel 6:91 BW geldt, bestaat de mogelijkheid om naast betaling uit hoofde van het boetebeding, een beroep te doen op een aanvullende schadevergoeding. In deze koppeling zouden de schadecomponent en de punitieve component van een punitive damage terug te zien zijn.

Toch lijkt deze constructie praktisch niet haalbaar. Het schriftelijkheidsvereiste is een heikel punt. Het ligt namelijk niet voor de hand dat een werkgever een beding opneemt, waarin ernstig verwijtbaar handelen vanuit werkgeverskant wordt beboet. Enerzijds lijkt het onlogisch, toch kan het anderzijds de werkgever ruimte bieden om zekerheid te creëren en zichzelf in te dekken. Het oordeel van de rechter is namelijk onzekerder. Daarnaast is het de vraag of een rechter zich aan een dergelijk beding gebonden zou achten. Het criterium ernstige verwijtbaarheid kunnen immers niet uitgekristalliseerd worden

¹²³ Art. 7:650 lid 3 BW

¹²⁴ Art. 7:650 lid 6 BW

¹²⁵ Art. 7:650 lid 8 BW

¹²⁶ Art. 7:651 BW

¹²⁷ J.M. van Slooten e.a., *Arbeidsrecht tekst & commentaar* 2014, Deventer: Wolters Kluwer, p. 119.

¹²⁸ J.M. van Slooten e.a., *Arbeidsrecht tekst & commentaar* 2014, Deventer: Wolters Kluwer, p. 120.

in de arbeidsovereenkomst, zoals te zien is in het leerstuk van de dringende reden. Een beding waarin de toetsing van de dwingende reden toekomt aan de werkgever, is nietig.¹²⁹ De inkleuring van het begrip ernstige verwijtbaarheid zal daarom aan de rechter overgelaten moeten worden, indien hier tussen werkgever en werknemer betwisting over bestaat. Echter, uit het voorschrift dat aan een boetebeding is gekoppeld moet duidelijk blijken wanneer deze overtreden wordt. Door het ruime begrip “ernstige verwijtbaarheid”, kan deze zekerheid niet worden geboden. Het opnemen van het begrip ernstige verwijtbaarheid in een voorschrift, strookt in dat opzicht niet met de karakteristieken van een boetebeding. Tevens, de rechter heeft in zijn beoordeling altijd een mogelijkheid om af te wijken van hetgeen is overeengekomen, op grond van artikel 6:248 lid 2 BW. De gevolgen die voortvloeien uit een beding, die naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn, kan de rechter buiten beschouwing laten.¹³⁰ Dit artikel kan enkel in uitzonderlijke gevallen worden toegepast. Ernstige verwijtbaarheid wordt tevens in uitzonderlijke gevallen aangenomen. Dit betekent dat er in een procedure altijd onzekerheid zal bestaan over de gebondenheid van de rechter aan een dergelijk beding, waardoor de zekerheid die een beding aan de werkgever zou moeten bieden, vervalt.

Tot slot rijst de vraag of een bepaling zoals artikel 7:671b lid 8 sub c nog nodig is, indien partijen een beding zijn overeengekomen waarin ernstige verwijtbaarheid is opgenomen. De wettekst geeft geen duidelijkheid over het begrip ernstige verwijtbaarheid, dus kan het wettelijke artikel geen aanvulling vormen op een dergelijk beding. Mocht de rechter komen tot toetsing van het beding, dan wordt het contractenrecht gehanteerd, waarbij zal worden gekeken naar de bedoelingen van partijen.¹³¹

4.3 Tussenconclusie

Het vierde hoofdstuk gaat in op de deelvraag: “Hoe kunnen de beginselen uit het Nederlands privaatrecht vorm geven aan de twee componenten van het principe van de punitive damage, inhoudende een schadecomponent en een bestraffend component?”.

Een punitive damage wordt toegekend in situaties waarin iemand onrechtmatig gedrag heeft vertoond, waardoor schade is ontstaan. Een punitive damage is een schadevergoeding, bestaande uit een schadevergoedingscomponent en een bestraffend component.

De schadecomponent vindt binnen het Nederlands privaatrecht aansluiting bij het aansprakelijkheidsrecht en schadevergoedingsrecht. Het Nederlands aansprakelijkheidsrecht waarborgt dat ieder verantwoordelijk is voor het dragen van zijn eigen schade, tenzij de schade is ontstaan door toedoen van een ander. Iemand die schade veroorzaakt bij een ander, is aansprakelijk voor de geleden schade. Indien een arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, als gevolg van het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werkgever, brengt de werkgever schade toe aan de werknemer. De werkgever is aansprakelijk uit hoofde van schuld aansprakelijkheid, aangezien het criterium ernstige verwijtbaarheid een mate van schuld impliceert. Het recht op een schadevergoeding vloeit voort uit een onrechtmatige daad. De toerekenbare onrechtmatigheid kan worden vastgesteld, doordat het handelen of nalaten in strijd is met de wettelijke plicht van goed werkgeverschap. De schade die door de onrechtmatige gedraging is ontstaan, dient te worden vergoed. De hoogte van de billijke vergoeding moet worden bepaald, gericht op de ernstige verwijtbaarheid van de werkgever. De schadeposten die hieruit voortvloeien, kunnen behoren tot vermogensschade en ander nadeel. De rechter dient de schadevergoeding zo concreet mogelijk te berekenen. Hiervoor moet de benadeelde de schadeposten zo inzichtelijk mogelijk maken. Voor zover dit niet gaat mag de rechter de schade abstract berekenen, waarbij een schatting wordt gemaakt.

¹²⁹ Art. 7:678 lid 3 BW

¹³⁰ Herleid uit interviewverslag respondent 3, opgenomen in bijlage 8.

¹³¹ Herleid uit het interviewverslag respondent 4, opgenomen in bijlage 9.

Gericht op de inkleding van de billijke vergoeding volgens het principe van de punitive damage, kunnen de beginselen uit het Nederlands privaatrecht invulling geven aan de schadecomponent. De aansprakelijkheid uit hoofde van de onrechtmatige daad, kan worden herleid uit het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. De werkgever is schadeplichtig jegens de werknemer. De schade die ontstaat als gevolg van het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, kan worden verdeeld in materiële en immateriële schade. De materiële, concreet berekenbare schade wordt berekend door de huidige situatie te vergelijken met hoe de situatie was geweest zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis. Bij de bepaling van de hoogte van de immateriële schade zal aansluiting moeten worden gezocht bij vergelijkbare gevallen waarin de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld.

Een straffend karakter binnen privaatrechtelijke regelingen komt tot uiting in boetebedingen. Een boetebeding moet contractueel overeengekomen zijn. In dit beding wordt het al dan niet intreden van een bepaalde gebeurtenis bestraft, door hier de verplichting tot het betalen van een geldsom tegenover te zetten. In een arbeidsovereenkomst kunnen ook boetebepalingen worden opgenomen. Aanspraak op een boetebeding bestaat wanneer sprake is van wanprestatie. Wanprestatie treedt in, wanneer de schadeveroorzaker in verzuim is. Verzuim treedt van rechtswege in als sprake is van een onrechtmatige daad. In beginsel heeft de benadeelde de keuze tussen nakoming van de overeenkomst of betaling uit hoofde van het boetebeding. Echter, indien billijkheid dit klaarblijkelijk eist, mag de rechter naast de boete een aanvullende schadevergoeding toekennen. Deze mogelijkheid bestaat alleen ten aanzien van een boetebeding op basis van de beginselen uit het algemene privaatrecht, niet ten aanzien van een arbeidsrechtelijk boetebeding. Weliswaar verbiedt artikel 7:651 BW de combinatie van een boete en een schadevergoeding, maar dit verbod geldt voor boetebedingen ten gunste van de werkgever. Boetebedingen ten gunste van de werknemer worden beheerst door het algemene privaatrecht. Gericht op de werknemer is de combinatie in principe wel mogelijk, op grond van artikel 6:94 lid 2 BW. Betaling van een arbeidsrechtelijk boetebeding mag niet ten goede komen van de werkgever, tenzij anders is overeengekomen.

Het privaatrecht lijkt geen praktisch toepasbare bepalingen te bieden voor de inkleding van de punitieve component van het principe van de punitive damage ten aanzien van de billijke vergoeding. Een boetebeding moet schriftelijk worden overeengekomen en wordt gekoppeld aan een voorschrift. Het begrip ernstige verwijtbaarheid is te ruim om als voorschrift te dienen. Betaling uit hoofde van een boetebeding kan enkel wanneer duidelijk is welke regel wordt overtreden. Naast dat het karakter van de billijke vergoeding zich niet leent voor een boetebeding, ligt het niet voor de hand dat een werkgever zijn eigen ernstige verwijtbare gedrag beboet in een arbeidsovereenkomst. Daarnaast zal een boetebeding gericht op de ernstige verwijtbaarheid worden beoordeeld volgens de beginselen van het contractenrecht, waardoor de rol van artikel 7:671b lid 8 sub c uit de wet verdwijnt. In hoofdstuk 5 wordt onderzocht hoe invulling wordt gegeven aan de punitieve component van de billijke vergoeding in de praktijk.

Hoofdstuk 5 Billijke vergoeding in de rechtspraak

Het praktijkgerichte deel van de scriptie is verweven in hoofdstuk 5. In dit hoofdstuk is onderzocht hoe de componenten van het principe van de punitive damage, ten aanzien van de billijke vergoeding, tot uiting komen in de praktijk. Voor de inkleding van dit hoofdstuk zijn interviews afgenomen met experts binnen de rechtsvorming, waaronder drie kantonrechters en één raadsheer. Daarnaast is een jurisprudentieanalyse toegepast.

In paragraaf 5.1 zijn de uitkomsten verwerkt die voortkomen uit de interviews. De resultaten die voortvloeien uit de jurisprudentieanalyse zijn weergegeven in paragraaf 5.2.

In paragraaf 5.3 zijn conclusies opgenomen.

5.1 Visie vanuit de rechterlijke macht

Menig professie is in de materie van de billijke vergoeding gedoken, de karakteristieken van de vergoeding en de werking ervan. Duidelijkheid over de toepassing van de vergoeding komt voort uit rechterlijke beslissingen. Deze beslissingsbevoegdheid ligt bij de rechterlijke macht. In eerste aanleg is de kantonrechter bevoegd. De invoering van de Wwz heeft het mogelijk gemaakt om in hoger beroep en cassatie te gaan, indien een partij het niet eens is met de beoordeling van de kantonrechter. In hoger beroep beoordelen de raadsheren over de toegewezen ontbinding, het afgewezen ontbindingsverzoek of de hoogte van de toegewezen vergoeding, als het verzoek vanuit werknemerskant is gekomen.

Tot op heden bestaat van de periode vanaf inwerkingtreding van de Wwz een bescheiden bundel van uitspraken. De Hoge Raad heeft nog geen uitspraak gedaan in een zaak omtrent de billijke vergoeding. De verantwoordelijkheid die de rechterlijke macht draagt in de rechtsvorming omtrent de billijke vergoeding, maakt dat het een geschikte beroepsgroep is om respondenten uit te selecteren voor interviews in dit onderzoek. De respondenten zijn aan te merken als experts.

In totaal zijn vier interviews afgenomen. Hiervan zijn drie respondenten kantonrechters, de vierde respondent is raadsheer. De kantonrechters afzonderlijk zijn werkzaam bij van de rechtbank Gelderland locatie Apeldoorn, de rechtbank Rotterdam locatie Rotterdam en de rechtbank Midden-Nederland locatie Utrecht. De raadsheer is werkzaam bij het Gerechtshof in Den Haag. Verdere gegevens van de respondenten zijn niet noodzakelijk voor de analyse en blijven derhalve anoniem. De uitgewerkte interviewverslagen zijn vindbaar in bijlage 6 tot en met 9.

Het interview was verdeeld in twee delen. Het eerste deel was gericht op de ervaring van de respondenten tot nu toe met de toekenning van de billijke vergoeding. Hierin is de nadruk gelegd op de rol die de advocatuur inneemt en zou moeten innemen in zaken waarin de billijke vergoeding aan bod komt. Het tweede deel is ingegaan op de onderzoeksresultaten van deze scriptie, waarin het principe van de punitive damage centraal staat. Het uiteindelijke doel van de interviews was het verzamelen van visies vanuit de rechtspraak, gericht op de inkleding van de billijke vergoeding ex artikel 7:671b lid 8 sub c BW, vanuit het principe van de punitive damage. Om de visies helder te krijgen is stilgestaan bij het principe van de punitive damage an sich, als ook bij de afzonderlijke componenten van een punitive damage.

Nota bene, de visies die voortvloeien uit de interviews zijn persoonsgebonden. De visie van een rechter die werkzaam is bij een bepaalde rechtbank, is niet per definitie de algehele visie die binnen die rechtbank wordt aangehouden. Dit heeft te maken met het feit dat de Wwz pas anderhalf jaar werking heeft, een relatief korte periode. Zoals benoemd in hoofdstuk 2 moet de rechterlijke macht de ruimte krijgen om een weg te vinden in de toepassing van de

Wwz. De visies van de rechters zijn daarom niet bepalend voor de algehele rechtspraak, maar gelden enkel als indicatie voor de visies die binnen de rechtspraak bestaan.

5.1.1 Interview deel 1: de billijke vergoeding

Van de drie kantonrechters die zijn geïnterviewd, heeft één respondent de billijke vergoeding ex artikel 7:671b lid 8 sub c BW toegekend. Een andere kantonrechter heeft enkel een billijke vergoeding ex artikel 7:681 BW toegekend, de optionele billijke vergoeding. De andere kantonrechter heeft nog geen billijke vergoeding toegekend. Deze respondent kwam niet toe aan de oplegging, omdat hij nog geen zaak heeft meegemaakt waarin sprake was van een uit het oog springende situatie van ernstig onrecht. De raadsheer heeft om dezelfde reden nog geen zaken gehad waarin een additionele of optionele billijke vergoeding is toegekend. Zo blijkt dat 75% van de respondenten nog geen billijke vergoeding ex artikel 7:671b lid 8 sub c BW heeft toegekend, door de hoge maatstaf die de rechters hanteren ten aanzien van het criterium ernstige verwijtbaarheid.

Uit de interviews blijkt dat de respondenten in ontbindingszaken vrijwel altijd een beroep op de billijke vergoeding voorbij zien komen. Het verzoek komt expliciet aan bod in de vorm van een tegenverzoek, of impliciet tijdens de zitting. De drie kantonrechters gaven aan dat ten aanzien van de beoordeling van de billijke vergoeding een bepaald stappenplan wordt gehanteerd. Dit is overeenkomstig het stappenplan dat mevrouw Frikkee in beeld bracht in een door haar geschreven artikel.¹³² Het stappenplan is als volgt:

- Stap 1: vaststelling dat er sprake is van een voldragen grond voor de ontbinding van de arbeidsovereenkomst.
- Stap 2: beoordeling of er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.
- Stap 3: al dan niet toekenning van de vergoeding en de bepaling van de hoogte van het bedrag.

Ondanks dat 50% van de respondenten nog geen additionele of optionele billijke vergoeding heeft toegekend, hebben zij wel zaken gehad waarin ze de overweging hebben moeten maken om de vergoeding al dan niet toe te kennen. Daarbij gaven ze aan dat de vaststelling van de ernstige verwijtbaarheid van de werkgever uit de feiten en omstandigheden vaak goed af te leiden is en daarom goed te motiveren. Als de ernstige verwijtbaarheid vaststaat, bevindt het moeilijke aspect zich in het maken van de vertaalslag van de ernstige verwijtbaarheid naar een bedrag, zo gaven alle respondenten aan. In de rechtspraak zijn weinig uitspraken te vinden waarin de hoogte van de toegekende billijke vergoeding goed is gemotiveerd. Dit komt grotendeels door het feit dat wetgever beoogd heeft de gevolgen van het ontslag te verdisconteren in de transitievergoeding. Rechters zijn geneigd om deze gevolgen toch mee te wegen. In deel 2 van het interview, opgenomen in paragraaf 5.1.2, wordt ingegaan op de schadeposten waarmee de respondenten rekening houden, in een zaak omtrent de billijke vergoeding.

Tijdens de interviews is de respondenten een stelling voorgelegd. Deze stelling hield in dat de advocatuur een leidende rol zou moeten innemen in de ontwikkeling van de billijke vergoeding in de rechtspraak. Deze stelling impliceerde dat advocaten sturend kunnen zijn in de ontwikkeling van rechtspraak ten aanzien van de billijke vergoeding, door middel van een goed onderbouwde vordering. Een goed onderbouwde vordering is een vordering waarin het gevorderde bedrag inzichtelijk wordt gemaakt. Van de respondenten was 75% het eens met deze stelling. Een rechter zal uitspraak moeten doen over hetgeen in de procedure naar voren wordt gebracht, hij mag geen feiten ambtshalve verzinnen. Aanvullend hierop gaven twee kantonrechters aan dat het belangrijk is om een realistische vordering in te dienen. Enerzijds moet het bedrag niet buitensporig hoog zijn, anders snijdt je onderbouwde vordering geen hout. Anderzijds moet de vordering niet te laag zijn, omdat het enkel in

¹³² C.J. Frikkee en M.E. Smorenburg, *ArbeidsRecht* 2016, afl. 3, p. 4.

uitzonderlijke gevallen voorkomt dat een kantonrechter boven het gevorderde bedrag gaat zitten.

Een van de respondenten verwachtte niet veel van de advocatuur. De respondent vond dat de aard van de billijke vergoeding zich niet leent voor het ontwikkelen van vuistregels. De omstandigheden uit iedere zaak zijn uniek.

5.1.2 Interview deel 2: het principe van de punitive damage

Tijdens het interview werd kort toegelicht wat een punitive damage is. Het is een oneigenlijke schadevergoeding waarbij de geleden schade wordt vergoed. Bovenop deze schadevergoeding wordt een extra bedrag toegekend, waardoor de vergoeding een punitief karakter krijgt. Een punitive damage is te onderscheiden in twee componenten, een schadecomponent en een punitief component. In dit onderzoek is het principe van een punitive damage in verband gebracht met de billijke vergoeding. In de annotatie die de aanleiding vormt voor dit onderzoek wordt uit de bewoordingen van de wetgever verstaan, dat de billijke vergoeding enerzijds een compensatie is voor de geleden schade en anderzijds een punitief karakter draagt. De componenten uit een punitive damage zijn vanuit deze benadering terug te zien in de karakteristieken van een billijke vergoeding. Dit verband is tijdens het interview aan de respondenten voorgelegd. Van de vier respondenten gaf één respondent aan het eens te zijn met deze splitsing. Twee konden de splitsing nog niet volmondig beaamen. De vierde respondent was het duidelijk oneens met de splitsing. Om de visies van de respondenten helder te krijgen ten aanzien van de inkleding van de billijke vergoeding volgens het principe van de punitive damage, is ingegaan op de componenten afzonderlijk. De resultaten die uit de interviews voortvloeien gericht op de afzonderlijke componenten zijn in de volgende twee sub paragrafen opgenomen.

5.1.2.1 Interview deel 2.1: de schadecomponent

In de annotatie die de aanleiding vormt voor deze scriptie wordt een ander artikel aangehaald, waarin de schrijfster tot de conclusie komt dat het schadecomponent van de billijke vergoeding kan worden berekend volgens de beginselen uit Boek 6. Daarbij is in het interview de nadruk gelegd op de gevolgen door het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, losgezien van de gevolgen van het ontslag. Een voorbeeld van een schadepost was een behandeling van een psycholoog, doordat de werknemer door het ernstige verwijtbare gedrag van de werkgever dermate veel stress heeft ervaren. Twee van de kantonrechters maakten een bruggetje naar de kennelijke onredelijke ontslagvergoeding. Deze vergoeding bestond vóór de invoering van de Wvz en werd op basis van de beginselen van Boek 6 berekend. Daarbij waren Rutten/Breed en Gijp/Stam belangrijke arresten. Hieruit vloeide voort dat de rechter zo nauwkeurig mogelijk inzicht dient te geven in de manier waarop de schade wordt berekend, althans in redelijkheid. Voor zover dit niet mogelijk was, mocht een schatting worden gemaakt. Deze vergoeding is afgeschaft, omdat het voor de praktijk niet goed werkte dat de abstracte schade werd geschat. Een van de twee respondenten die dit verband maakte, denkt dat het karakter van de billijke vergoeding anders is dan die van de kennelijke onredelijke ontslagvergoeding. De billijke vergoeding is een vergoeding naar billijkheid, anders dan een schadevergoeding die zo concreet mogelijk uiteengezet moet worden. De twee kantonrechters die het bruggetje maakten naar de kennelijke onredelijke praktijk, tezamen met de derde kantonrechter, delen de mening dat de berekening van de billijke vergoeding op basis van de beginselen van Burgerlijk Wetboek 6 voornamelijk binnen het gebied van het smartengeld zal vallen. Smartengeld is een vergoeding voor de immateriële schade zoals pijn, schaamte en verdriet. Dit is uitgelegd in paragraaf 4.1.3 van hoofdstuk 4. Daarbij gaven de respondenten aan immateriële schadeposten nauwelijks terug te zien zijn in de praktijk jurisprudentie. De vierde respondent, de raadsheer, had een andere visie. Zij ziet de billijke vergoeding als een vergoeding voor de gevolgen van het ontslag. Daarbij is zij het maar deels eens met de benadering van de wetgever dat de transitievergoeding een compensatie zou moeten bieden voor deze gevolgen. Zij is van mening dat de transitievergoeding een vergoeding is die door

de wetgever is bedacht, waarbij ervan uit wordt gegaan dat het doorgaans genoeg is om de gevolgen van het ontslag te omvatten. Gericht op de billijke vergoeding, kan de werkelijke schade meer bedragen dan de omvang van de transitievergoeding, indien sprake is er ernstig verwijtbaar gedrag. Volgens haar moet je in dergelijke situaties de transitievergoeding opzij schuiven en kijken naar de werkelijke schade. Deze benadering vindt zij passen binnen het stelsel van het burgerlijk recht, wat erop is gericht om schadevergoedingen te verstrekken. Ze vindt dat de schade moet worden berekend. Hiermee is de raadsheer het eens met de stelling om de billijke vergoeding te berekenen volgens de beginselen van Burgerlijk Wetboek 6.

De rechter moet vanuit de beginselen van Boek 6 de schade zo concreet mogelijk berekenen, voor zover dit niet lukt mag de schade worden geschat. Als de wetgever bedoelde dat de billijke vergoeding enkel een vergoeding is voor de gevolgen die zijn ontstaan door het ernstige verwijtbare gedrag, geven alle respondenten aan dat het lastig is om deze berekening te maken, voor zover de schade niet concreet berekenbaar is. Dan moet gekeken worden naar de omstandigheden van het geval. De respondenten die ervaring hebben met de toekenning van de billijke vergoeding, gaven aan dat zij met het oog op deze omstandigheden toch rekening hebben gehouden met schadeposten zoals loonschade en pensioenschade. Daarbij is door twee respondenten een artikel van de heer Sagel aangehaald, waarin Sagel de spiegelbenadering uiteenzet.¹³³ In het artikel beschrijft Sagel meerdere stromingen, die te herkennen zijn in rechtspraak rondom de billijke vergoeding. Enige nuance is dat dit artikel gericht is op de optionele billijke vergoeding uit hoofde van artikel 7:681 BW, waarvan sprake is bij vernietiging van de arbeidsovereenkomst. Een discussie bestaat over het de vraag de billijke vergoeding uit artikel 7:681 BW hetzelfde karakter draagt als de billijke vergoeding in artikel 7:671b lid 8 sub c. Binnenkort zal de Hoge Raad voor het eerst uitspraak doen over de billijke vergoeding, wellicht dat in de motivering ook aandacht wordt besteed aan het al dan niet bestaande verschil tussen deze vergoedingen.

De respondenten gaven aan in het interview dat zij zich in de praktijk kunnen vinden in de derde stroming die Sagel bespreekt, inhoudende de economisch waarde van het dienstverband. Hierbij worden de gevolgen van het ontslag juist als uitgangspunt genomen. Bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding wordt gekeken naar de waarde die het dienstverband voor de werknemer zou hebben gehad, als de opzegging vernietigd zou zijn. Sagel benadrukt dat deze stroming niet moet worden misverstaan als een concrete schadeberekening.

5.1.2.2 Interview deel 2.1: de punitieve component

Vervolgens is in het interview ingegaan op het punitieve karakter. Eveneens zijn hier de meningen over verdeeld. Twee kantonrechters interpreteren de bewoording van de wetgever zo, dat indien een reden bestaat om een billijke vergoeding toe te kennen, dit tot uiting komen in de hoogte van het bedrag. Het bedrag moet een zekere opvoedende en afschrikkende werking hebben. Een van deze kantonrechters heeft dit element toegevoegd in een uitspraak. Echter, hierbij ging het om een vergoeding uit hoofde van artikel 7:681 BW. De kantonrechter gaf aan dat hij het punitieve element heeft toegevoegd op basis van gevoelsmatigheid. Daarnaast heeft hij rekening gehouden met de omstandigheden van het geval, zoals de grootte van het bedrijf en de omvang van het dienstverband. In hoger beroep is dit punitieve element vastgesteld. Aangezien nog niet vast staat of de karakteristieken van de optionele en additionele billijke vergoedingen overeenkomsten hebben, worden deze uitspraken niet in de jurisprudentieanalyse betrokken.

Een respondent trekt vanwege deze discussie het punitieve element in twijfel. Hij vraagt zich af of je kunt spreken van een punitief component binnen artikel 7:671b lid 8 sub c BW. Wel

¹³³ S.F. Sagel, 'De Wwz, het ontslag op staande voet en de rechter', TRA 2016/85, 27 september 2016, p. 9.

denkt hij dat artikel 7:671b lid 8 sub c BW in verhouding tot artikel 7:681 BW punitiever werkt, aangezien hij artikel 7:681 BW meer ziet als een compensatie.

De raadsheer was het eveneens oneens met het punitieve element. Zij denkt dat de bewoording van de wetgever, waaruit het punitieve element kan worden begrepen, zo niet bedoelt is. Zij vindt dat er geen plaats is voor een punitief karakter binnen het privaatrecht. Het is in strijd met artikel 5 EVRM om een strafrechtelijke functie toe te brengen aan het privaatrecht. Duidelijk moet zijn wat de straf is, evenals de delictsomschrijving. Invulling van het criterium ernstige verwijtbaarheid verschilt per situatie, waardoor hier niet aan voldaan kan worden. Haar standpunt komt overeen met de argumenten die worden gegeven binnen de Europese discussie die bestaat over de punitive damage, namelijk of dit principe past binnen de Europese rechtstelsels.

5.2 Toepassing in de rechtspraak

Op basis van de onderzoeksresultaten en de bevindingen die zijn voortgekomen uit de interviews, is relevante jurisprudentie geselecteerd. De geselecteerde jurisprudentie sluit aan op de onderzoeksresultaten uit deze scriptie. Voor deze analyse is bewust gekozen voor een compact aantal uitspraken, zodat de analyse kan worden gekaderd. In dit hoofdstuk is een zestal uitspraken uitgewerkt. De analyse is in 3 delen opgebouwd, verdeeld in de sub paragrafen. In paragraaf 5.2.1 is een uitspraak geanalyseerd die aansluit bij de immateriële schade. In paragraaf 5.2.2 staat de materiële schade centraal. Tot slot zien de uitspraken in paragraaf 5.2.3 toe op het afschrikwekkende en bestraffende karakter van de billijke vergoeding in de rechtspraak.

5.2.1 Jurisprudentieanalyse 1: immateriële schade

De jurisprudentie die in deze paragraaf wordt besproken zijn twee verschillende zaken. In beiden geschillen gaat het om de beoordeling van een kantonrechter.

In deze zaak betrof het een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst vanuit werkgever, ook wel verzoeker. De verzoeker had 100 medewerkers in dienst, binnen 9 vestigingen. Werknemer was iets minder dan 8 jaar in dienst. Verzoeker had verborgen camera's geplaatst, nadat verscheidende keren geld uit de kassa was verdwenen. Losstaand van het feit dat het een overtreding is om verborgen camera's te plaatsen, verwijt de kantonrechter de werkgever de wijze waarop de werkgever is omgegaan met de onrust die is ontstaan vanwege deze camera's onder de werknemers. De verzoeker zag niet in dat het fout was om verborgen camera's te plaatsen. Daarnaast had de werkgever met grote vasthoudendheid frustraties geuit over werknemers, in het bijzonder de werknemer in kwestie, aangezien deze werknemer onder andere werd aangezien als aanstichter van deze onrust. Vervolgens werd de werknemer in kwestie geschorst en met escorte de deur gewezen vanaf de werkvloer. De werkgever had zich uitgelaten over het feit dat hij opzoek zou gaan naar andere eventuele onrechtmatige gedragingen. De kantonrechter oordeelde dat deze gedragingen van verzoeker aan te merken waren als ernstig verwijtbaar. De werkgever had de arbeidsverhouding nodeloos opgeklopt en laten escaleren. Daarbij had de werkgever niet nagedacht over de gevolgen van haar handelen, noch nagedacht over het feit om op minder vergaande wijzen ergernissen kenbaar te maken. Ter zitting had de werkgever eveneens geen inzicht in de situatie laten blijken. De vertaalslag die de rechter in deze zaak maakte van het criterium ernstige verwijtbaarheid naar een bedrag, is opvallend. De kantonrechter benadrukte dat de gedragingen tot nodige emotionele gevolgen hadden geleid en dat deze gevolgen nog steeds van invloed waren op de werknemer. De werknemer had na de schorsing medicatie gebruikt in verband met slaapproblemen. Al deze omstandigheden meegewogen, kwam de kantonrechter tot een ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:671b lid 8 sub b BW. Naast dat de werknemer recht had op een transitievergoeding, had de rechter op grond van artikel 7:671b lid 8 sub c een additionele billijke vergoeding toegekend van € 15.000,-. De kantonrechter had overeenkomstig de letterlijke bewoordingen van de wetgever gehandeld. Een formule had de

kantonrechter van de hand gewezen. Daarnaast had de kantonrechter de hoogte van de billijke vergoeding naar haar aard bepaald, in relatie tot het ernstig verwijtbare handelen of nalaten van de werkgever.¹³⁴

In een andere zaak benadrukte de kantonrechter eveneens dat de billijke vergoeding genoegdoening moet geven voor het immateriële leed dat de werknemer had ervaren. De werkgever in kwestie had het ontslag out of the blue en zonder noemenswaardige aanleiding aan de werknemer aangezegd. De werknemer kwam hierdoor in een onzekere positie op de arbeidsmarkt terecht en ging een riant inkomenspost missen. Daarnaast had de werknemer vanwege het korte dienstverband geen recht op een transitievergoeding, waardoor de werknemer geen opvang had voor de tamelijke inkomstenterugval.¹³⁵

Naast deze uitspraken is geen relevante jurisprudentie aangetroffen waarin een immateriële schadepost wordt aangenomen door de rechter. Dit werd door twee respondenten aangegeven bij het afnemen van de interviews. Voor de berekening van een immateriële schadepost wordt vanuit de beginselen van Boek 6 aansluiting worden gezocht bij vergelijkbare gevallen. Aangezien deze schadepost nauwelijks terugkomt in de praktijk, is geen sprake van vergelijkbare gevallen.

5.2.2 Jurisprudentie analyse 2: materiële schade

De uitspraken die worden besproken in deze paragraaf staan met elkaar in verband. De eerste zaak ziet toe op het geschil dat aanhangig was bij de kantonrechter. In deze zaak is werkneemster in hoger beroep gegaan. De tweede zaak die wordt besproken is de procedure bij het gerechtshof.

In deze zaak betrof het een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst vanuit werknemerskant, op grond van artikel 7:671c BW. Werknemer, verzoeker in dezen, was gedurende 22 jaar in dienst bij verweerder. Verzoeker was nog 3 jaar en negen maanden verwijderd van de pensioengerechtigde leeftijd, een factor die in deze zaak zwaar weegt. De werknemer werd verbaal vaak onjuist bejegend door de werkgever. Hier had verzoeker de werkgever op aangesproken. Echter, dit was succesvol voor een korte periode, met als gevolg dat de werknemer zich ziek had gemeld. Als laatste redmiddel is getracht een mediationtraject te starten, op advies van de arbo-arts. Dit traject werd door de werkgever nooit ingezet. De kantonrechter kwam tot de conclusie dat de arbeidsovereenkomst ontbonden moest worden op grond van artikel 7:671c lid 1 BW. Daarbij had de werknemer recht op een transitievergoeding.

Tevens kende de kantonrechter een billijke vergoeding toe, op grond van artikel 7:671c lid 2 sub b BW. Dit is andere billijke vergoeding dan centraal staat in dit onderzoek. Het onderzoek is gericht op een ontbindingsverzoek vanuit werkgeverskant, om het onderzoek te kaderen. In deze zaak betrof het een ontbindingsverzoek vanuit werknemerskant. Desondanks gaat het om eenzelfde additionele billijke vergoeding, ongeacht vanuit welke kant het ontbindingsverzoek komt. Derhalve is de beoordeling in deze zaak relevant voor dit onderzoek.

De kantonrechter stelde het ernstige verwijtbare gedrag van de werkgever vast op grond van de voorbeelden die zijn genoemd in de memorie van toelichting van de Wvz. De rechter benoemde laakbaar gedrag, grovelijk onachtzame van de verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst met als gevolg dat een ernstig verstoorde arbeidsverhouding ontstaat en de situatie waarin de werkgever zijn re-integratieverplichtingen bij ziekte heeft veronachtzaamd. Dit bracht de rechter in verband met het kwetsende gedrag van de werkgever en het nalaten van het oplossen van het geschil, zelfs nadat dit door de arbo-arts werd verzocht. Opvallend aan deze zaak is dat de rechter in zijn oordeel schreef dat aansluiting is gezocht bij de berekeningswijze van de hoogte van de billijke vergoeding van de werknemersadvocaat. De werknemersadvocaat had de vordering uitgesplitst in

¹³⁴ Rb. Noord-Nederland (ktr.), 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:715.

¹³⁵ Rb. Overijssel (ktr.) 14 december 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4984.

verschillende posten, waaronder misgelopen pensioengelden en inkomsten. Bij de berekening ging de werknemersadvocaat ervan uit dat de verzoeker de resterende 3 jaar en 9 maanden, tot het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van 66 jaar, nog bij de werkgever in dienst zou zijn. De advocaat had over deze 3 jaar en 9 maanden de pensioengelden berekend die de werknemer, als de arbeidsverhouding in stand was gebleven, zou opbouwen. Ditzelfde geldt voor het salaris dat de werknemer zou opbouwen. Tevens heeft advocaat gekeken naar de transitievergoeding. Deze vergoeding wordt berekend op basis van arbeidsduur en inkomen. Indien de verzoeker de 3 jaar en 9 maanden nog in dienst was gebleven, was de uiteindelijke transitievergoeding ook hoger uitgevallen. Dit misgelopen verschil telde de advocaat op bij het misgelopen salaris. De misgelopen inkomsten kwamen uit op een bedrag van € 27.889,27 en de misgelopen pensioengelden op een bedrag van € 47.616,23. De rechter kwam uiteindelijk tot een billijke vergoeding van € 50.000,-. Hierbij hield de rechter rekening met de lengte van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer en de gevolgen van de niet-voortzetting van de arbeidsovereenkomst, gericht op het pensioen.

Opmerkelijk is dat in veel uitspraken de passage wordt aangehaald uit de wetsgeschiedenis, waarin staat dat de gevolgen van het ontslag verdisconteerd zijn in de transitievergoeding. In deze uitspraak heeft de rechter deze passage niet herhaald. Dit is terug te zien in de uiteindelijke totstandkoming van de hoogte van de billijke vergoeding, want misgelopen inkomsten en pensioengelden staan in verband met de gevolgen van een ontslag.¹³⁶ Dit arrest is tijdens de jurisprudentieanalyse erg belangrijk gebleken. Dit is bevestigd door de respondenten, aangezien het arrest in twee interviews is aangehaald. Het arrest sluit aan bij de rol die een advocaat kan innemen in een zaak omtrent de billijke vergoeding

De werkgever ging tegen deze beslissing in hoger beroep. Het gerechtshof bekrachtigde de beoordeling van de kantonrechter, waarbij werd vastgesteld dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg was van ernstig verwijtbaar handelen en nalaten vanuit werkgeverskant. Vervolgens weidde het hof uit over de totstandkoming van het bedrag, gezien appellant in dezen, de werkgever, in hoger beroep de hoogte van de billijke vergoeding had bestreden. Overeenkomstig de wetsgeschiedenis behoren de financiële gevolgen van het ontslag niet meegewogen te worden in de hoogte van de transitievergoeding. Het hof oordeelde als volgt. In beginsel zijn de financiële gevolgen van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst verdisconteerd in de transitievergoeding. In beginsel worden deze gevolgen bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding buiten beschouwing worden gelaten. Toch kan in sommige bijzondere gevallen de transitievergoeding niet als enige compensatie gelden voor de financiële gevolgen. Uit de wetsgeschiedenis kan niet worden afgeleid dat de wetgever rekening heeft gehouden met dergelijke situaties, waarbij de ernstige verwijtbaarheid vanuit de werkgever zich juist openbaart in de gevolgen van het ontslag. Bij de berekening van de transitievergoeding wordt geen rekening gehouden met de omstandigheden waaronder de arbeidsovereenkomst is geëindigd. De transitievergoeding wordt enkel berekend volgens wettelijke standaard. De bijzondere omstandigheden in deze zaak zagen erop toe dat door het ernstige verwijtbare gedrag van de werkgever, de werknemer genoodzaakt was om op 63 jarige leeftijd een verzoek tot ontbinding te moeten indienen. Dit bezien op het feit dat ze dicht tegen de pensioengerechtigde leeftijd aan zat, een lang dienstverband achter de rug had en gedeeltelijk arbeidsongeschikt was. Derhalve waren de kansen op de arbeidsmarkt nihil. Deze gedachtegang is in overeenstemming met de visie van de raadsheer, die uit het interview voortvloeit. Vervolgens ging het hof mee in de concrete berekeningswijze van de hoogte van de billijke vergoeding door de werknemersadvocaat. Daarbij werd concreet berekend voor welk arbeidsongeschikte gedeelte zij een uitkering ontving, om te berekenen hoeveel loon zij had misgelopen. De uitkering werd op het volledige arbeidsgeschikte loon in mindering gebracht. Het totale bedrag gemiste loon becijferde het hof op € 34.405,91. Ten aanzien van de pensioengelden, is het hof uitgegaan van de werkelijke, actuariale te bepalen

¹³⁶ Rb. Rotterdam (ktr.) 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7677.

kosten van pensioenopbouw. De werkgever had laten berekenen wat voor koopsom benodigd was voor een uitdiensttreding met een gelijkblijvend pensioen. Dit bedrag kwam uit op € 55.000,-. Hierbij werd geen rekening gehouden met de indexering van 2%. Gezien de inkomensschade en uitgaande van de koopsom aangedragen voor de werkgever, minus aftrek van een transitievergoeding, kwam het hof tot een financiële schade van € 73.000,00. Het hof bekrachtigde de bestreden beschikking van de kantonrechter, waardoor de hoogte van de billijke vergoeding bleef staan op een bedrag van € 50.000,-.¹³⁷

Ondanks dat de spiegelbenadering die Sagel uiteenzet in zijn artikel gericht is op de optionele billijke vergoeding, is deze benadering ook terug te zien in bovenstaande zaken, waarbij het een verzoek op een additionele vergoeding betreft. De spiegelbenadering houdt in dat bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding wordt gekeken naar de waarde die het dienstverband voor de werknemer zou hebben gehad, als het dienstverband niet beëindigd zou zijn. De gevolgen van het ontslag worden als uitgangspunt genomen, ondanks de wetgever niet heeft beoogd. In deze spiegelbenadering is een concrete schadeberekening vanuit de beginselen van Boek 6 te herkennen. De schadeposten zoals het gemiste loon, het gemiste deel van de transitievergoeding en de pensioenschade zijn concreet berekenbaar. Ondanks Sagel benadrukt dat het vanuit de spiegelbenadering niet moet gaan om een concrete schadeberekening, kan een concrete schadeberekening wel richting geven aan de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding.

5.2.3 Jurisprudentieanalyse 3: afschrikking en bestraffing

Uit de jurisprudentieanalyse gericht op het punitieve karakter van de billijke vergoeding blijkt dat dit karakter nauwelijks terugkomt in de rechtspraak. In de database van Rechtspraak.nl is een zestal uitspraken aangetroffen, waarin het punitieve karakter van de additionele billijke vergoeding wordt benoemd. Vier van deze uitspraken zijn gewezen vanuit een kantonrecht, één vanuit het gerechtshof.¹³⁸ Een vijftal uitspraken is erg weinig, binnen een database waarin alle gepubliceerde uitspraken zijn opgenomen. De tendens binnen deze uitspraken is dat het punitieve karakter van de billijke vergoeding wordt benoemd, maar niet wordt onderbouwd hoe dit karakter zich verhoudt tot de hoogte van het bedrag. Derhalve is een tweetal uitspraken voldoende om casuïstisch te bespreken. De uitspraken zien toe op verschillende vorderingen en liggen niet in elkaars verlengde.

In de eerste zaak betrof het een werknemer die vanaf 1988 in dienst was. Nadat werknemer zich kritisch had uitgelaten over een collega, is de samenwerking verslechterd. Werkneemster in kwestie is vervolgens na haar zwangerschap verlof niet teruggekeerd, wegens ziekte. Re-integratie van de werknemer in kwestie lukte niet, ondanks verschillende coachingsgesprekken hebben plaatsgevonden. Hierdoor had de werkgever tijdens de ziekte van werknemer verschillende keren ingezet op beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter ontbond het arbeidscontract op de g-grond, inhoudende een ernstig verstoorde arbeidsverhouding. In deze zaak ging de werknemer in hoger beroep. Appellant vorderde subsidiair een additionele billijke vergoeding. Het hof stelde vast dat de verhoudingen tussen partijen ernstig en onherstelbaar waren verstoord. Werkgever heeft werknemer gedurende de ziekteperiode meerdere malen belast met het voorstel tot beëindiging van de arbeidsverhouding, terwijl werknemer in kwestie kwetsbaar was. Hierdoor oordeelde het hof dat de werkgever grovelijk haar verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst niet is nagekomen. Tevens had de werkgever re-integratieverplichtingen ernstig veronachtzaamd. Op basis hiervan stelde het hof vast dat sprake was een ernstig verwijtbare tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen van een werkgever jegens zijn werknemer. De ernstige verwijtbaarheid werd vastgesteld. Het hof oordeelde dat de hoogte van de billijke vergoeding zodanig substantieel moet zijn, dat hiermee dergelijk handelen van

¹³⁷ Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715.

¹³⁸ Rb. Noord-Holland (ktr.) 28 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5443.
Rb. Overijssel (ktr.) 7 oktober 2016, ECLI:NL:ROVE:2016:3870.

deze werkgever in de toekomst wordt voorkomen. De vergoeding moet in dat verband tevens een punitief en afschrikwekkend karakter hebben. Een werkgever mag in een dergelijke situatie geen beëindiging van de arbeidsovereenkomst nastreven, zonder dat de werkgever een behoorlijke additionele vergoeding moet betalen. Het hof gaf in deze zaak aan geen rekening te hebben houden met de gevolgen van het ontslag, bij bepaling van de hoogte van de vergoeding. Het gerechtshof wees een billijke vergoeding toe van € 15.000.¹³⁹

Tevens is het punitieve karakter van de billijke vergoeding benadrukt door een kantonrechter, in een zaak waarin de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever werd ontbonden. De werknemer kon niet meer voldoen aan het verrichten van de werkzaamheden. De kantonrechter oordeelde dat de werkgever ernstig verwijtbaar had gehandeld, doordat de werkgever zijn scholingsverplichtingen grovelijk had geschonden. De werkgever is gehouden om zijn werknemers in staat te stellen scholing te volgen, indien dat noodzakelijk is voor de uitoefening van de functie of voor het voortzetten van de arbeidsovereenkomst, indien de functie van de werknemer komt te vervallen of die werknemer deze werkzaamheden niet langer kan uitvoeren. Op basis hiervan stelde de kantonrechter ernstig verwijtbaar handelen vast. Bij de beoordeling van de hoogte van de vergoeding, herleidde de kantonrechter uit de bewoordingen van de wetgever dat de billijke vergoeding een punitief karakter heeft, omdat de billijke vergoeding de werknemer dient te compenseren en dergelijk handelen of nalaten van die werkgever in de toekomst dient te voorkomen. Bij de vaststelling van de hoogte van de billijke vergoeding “moet mede in aanmerking worden genomen dat de billijke vergoeding bedoeld is om een werkgever ervan te weerhouden zich opnieuw aan ernstig verwijtbaar handelen of nalaten schuldig te maken”, zoals staat beschreven in het oordeel. Naast het punitieve karakter, hield de kantonrechter ook rekening met alle bijzondere omstandigheden van het geval, zoals de gevolgen van het ontslag. De kantonrechter voelde zich in onderhavige zaak niet gedwongen door de Wwz om de gevolgen van het ontslag buiten beschouwing te laten. Daarbij benadrukte de kantonrechter dat de billijke vergoeding geen concrete schadeberekening behoort te zijn. De kantonrechter kwam tot een billijke vergoeding van € 21.000,00, inhoudende 13 maandsalarissen.¹⁴⁰

De laatste uitspraak sluit aan bij de annotatie die de aanleiding vormt voor dit onderzoek, omdat deze uitspraak in de annotatie heeft gediend als richtlijn. Deze kantonrechter pakt het punitieve component en het schadecomponent samen. De schadecomponent is te herleiden uit het meewegen van de gevolgen van het ontslag, wat leidt tot concreet berekenbare schadeposten. Ondanks de kantonrechter benadrukt dat de billijke vergoeding geen concrete schadeberekening behoort te zijn, koppelt de kantonrechter daarentegen wel een indicatie van 13 maandsalarissen aan de hoogte van het bedrag. Duidt dit niet alsnog op een concrete berekening?

5.3 Tussenconclusie

In hoofdstuk 5 is een antwoord geformuleerd op de deelvraag: “Hoe komen de componenten van een punitive damage tot uiting in de rechtspraak omtrent de billijke vergoeding, in de periode 1 juli 2015 tot 1 november 2016?”

Uit het eerste deel van de interviews vloeit voort dat de respondenten beamen dat aan het criterium ernstige verwijtbaarheid enkel in uitzonderlijke gevallen wordt voldaan. Hieruit is af te leiden dat het beoogde beperkte karakter van de billijke vergoeding tot uiting komt in de praktijk. De respondenten geven aan dat een beroep op de billijke vergoeding goed onderbouwd dient te worden. Uit de omstandigheden van de zaak moet blijken dat sprake is van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever. Hierbij is de bewijslast groot. Ten aanzien van de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding, zien de respondenten

¹³⁹ Hof Arnhem-Leeuwarden 25 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6882.

¹⁴⁰ Rb. Noord-Holland (ktr.) 28 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5444.

weinig onderbouwde vorderingen. Een goede onderbouwing betekent dat het gevorderde bedrag inzichtelijk moet worden gemaakt. De rechter moet oordelen over hetgeen wordt aangedragen door partijen in een procedure. Daarbij moet de advocaat bewaken dat de vordering realistisch is, maar ook niet te laag is. De partijen zetten de lijnen uit binnen een procedure, daar mag een kantonrechter niet buiten treden. Op basis hiervan kan worden geconcludeerd dat een advocaat middels het onderbouwen van de vordering een leidende rol kan innemen in de ontwikkeling van de billijke vergoeding in de rechtspraak.

Het tweede deel van het interview was gericht op de inkleding van de schadecomponent van de billijke vergoeding op basis van de beginselen uit Boek 6. In beginsel kunnen niet alle respondenten zich vinden in deze gedachtegang. De respondenten schaalden de billijke vergoeding vanuit de beginselen uit Boek 6 voornamelijk onder immateriële schade. Deze post is moeilijk berekenbaar, derhalve werkt dit ongelukkig voor de praktijk, zoals het geval was bij de oude kennelijke onredelijke ontslagvergoedingen. Toch verschilt het karakter van de billijke vergoeding van een kennelijke onredelijke ontslagvergoeding. De billijke vergoeding is een vergoeding naar redelijkheid en geen schadeberekening.

Twee kantonrechters gaven aan zich te vinden in de spiegelbenadering van Sagel, waarbij een vergelijking wordt gemaakt tussen de huidige situatie en de situatie zoals die zou zijn geweest zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis.

De respondenten kunnen uit omstandigheden vaak goed vaststellen en onderbouwen of er al dan niet sprake is van ernstige verwijtbaarheid. Echter, de moeilijkheid zit in de vertaalslag van de ernstige verwijtbaarheid naar de hoogte van het bedrag. De respondenten gaven toe dat als zij tot een bedrag komen, de onderbouwing van dit bedrag vaak mist.

Daarnaast blijkt dat de meningen verdeeld zijn over het punitieve karakter van de billijke vergoeding. Enkel een klein deel van de respondenten erkende het punitieve karakter. De respondenten die het punitieve karakter aanvaardden kunnen moeilijk toelichten hoe het punitieve karakter verwerkt wordt in de hoogte van het bedrag. Uit het voorgaande is de af te leiden dat ten aanzien van de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding veel onwetendheid, dus vrijheid bestaat.

Uit de jurisprudentieanalyse blijkt dat het onderbouwen van een vordering succesvol is. Uit de praktijk is in de succesvolle onderbouwde vorderingen de spiegelbenadering te herkennen. Hierbij wordt rekening gehouden met schadeposten zoals gemist loon, gemiste waarde van de transitievergoeding en pensioenschade. Dit zijn posten die concreet berekenbaar zijn. Ondanks een deel van de respondenten aangaf zich niet helemaal te kunnen vinden in een berekening van de schade op basis van de beginselen van Boek 6, blijkt uit de praktijk dat er wel degelijk overeenkomsten zijn. Deze berekeningswijze is zelfs door het hof aanvaard. Opmerkelijk, omdat deze schadeposten invloed hebben op de gevolgen die het ontslag met zich meebrengt. Zoals het hof stelde, kunnen sommige omstandigheden in een zaak ervoor zorgen dat de gevolgen van de ernstige verwijtbaarheid zich juist uiten in de gevolgen van het ontslag. In deze zaken strekt de transitievergoeding niet ver genoeg ter compensatie van de gevolgen van het ontslag. Daarnaast blijkt uit de analyse dat immateriële schadeposten, gericht op bijvoorbeeld het leed dat een werknemer heeft ervaren, ook als schadepost aangenomen wordt in de praktijk. Deze schadeposten zijn meer in overeenstemming met de bewoordingen van de wetgever. Echter, het komt nauwelijks voor dat een rechter een immateriële schadepost betreft in de hoogte van de vergoeding. Hieruit valt af te leiden dat de aard van de billijke vergoeding zich niet leent om te vergelijken met andere gevallen, gericht op immateriële schade.

Geconcludeerd kan worden dat de beginselen van Boek 6 toepasbaar zijn op de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding. Ondanks de billijke vergoeding een vergoeding is naar billijkheid en dus niet de gehele schade hoeft te vergoeden, kan een schadeberekening een goede basis zijn voor de bepaling van de hoogte van de vergoeding.

Daarnaast bevestigt de analyse dat de partijen de lijnen uitzetten in de procedure. Een kantonrechter mag geen hoger bedrag toekennen dan in de procedure wordt gevorderd.

Zoals de respondenten vraagtekens plaatsen bij het al dan niet punitieve karakter van de billijke vergoeding, is deze twijfel ook terug te zien in de rechtspraak. Enkel in een schaars aantal uitspraken wordt het punitieve karakter van de billijke vergoeding benoemd. Hoe dit karakter verweven is in de hoogte van de vergoeding, kan niet duidelijk herleid worden uit de jurisprudentie. Derhalve blijft de inkleding van de punitieve component van de billijke vergoeding in de praktijk vaag. Ondanks een schaars aantal uitspraken is gevonden, wordt het karakter wel aanvaard door sommige rechters en is derhalve het punitieve element niet onbekend.

Hoofdstuk 6 Conclusies en aanbevelingen

Het zesde hoofdstuk is het afsluitende hoofdstuk van deze scriptie. Hierin zijn de conclusies en aanbevelingen opgenomen. De conclusies vormen antwoorden op de deelvragen. De aanbevelingen formuleren een antwoord op de hoofdvraag.

In paragraaf 6.1 zijn de conclusies onder elkaar gezet die zijn afgeleid uit alle inhoudelijke hoofdstukken. In paragraaf 6.2 zijn de aanbevelingen opgenomen. De aanbevelingen hebben geleid tot een rekentool, welke is opgenomen in bijlage 10 van de bijlagenbundel.

6.1 Conclusies

De billijke vergoeding ex artikel 7:671b lid 8 sub c staat centraal in deze scriptie. De werknemer heeft recht op deze vergoeding als de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever wordt ontbonden en deze ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Het is een additionele vergoeding, die bovenop de transitievergoeding wordt toegekend. Het criterium “ernstige verwijtbaarheid”, zoals deze in de wettekst is opgenomen, is erg vaag. Uit de memorie van toelichting zijn eveneens geen richtlijnen te herleiden, die helpen bij de beoordeling omtrent de billijke vergoeding. De wetgever heeft enkel bepaalde karakteristieken van de vergoeding omschreven. De belangrijkste aspecten van de vergoeding zijn het beperkte karakter en de wijze waarop de hoogte van het bedrag tot stand dient te komen. De vergoeding mag enkel in uitzonderlijke gevallen, waarin sprake is van ernstig onrecht, worden toegekend. De werkgever moet dusdanig in strijd gehandeld hebben met het beginsel van goed werkgeverschap, dat de werkgever hiermee door het beoogde “muizengaatje” kruipt. De vergoeding moet naar haar aard in verhouding staan tot de ernst van de verwijtbaarheid. De gevolgen van het ontslag hebben op de billijke vergoeding behoren geen invloed te hebben op de bepaling van de hoogte van de vergoeding, aangezien deze gevolgen verdisconteerd zijn in de transitievergoeding. De vergoeding dient enerzijds de werknemer te compenseren voor de gevolgen van het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten, anderzijds moet dergelijk ernstig verwijtbaar gedrag in de toekomst worden voorkomen. Uit de bewoordingen van de wetgever kan worden verstaan, dat de billijke vergoeding naast het compenserende karakter, een punitief karakter draagt.

De karakteristieken van de billijke vergoeding komen overeen met de componenten van het principe van een punitive damage. Een punitive damage is een oneigenlijke schadevergoeding, bestaande uit een schadecomponent en een punitief component. Een punitive damage kan in een civiele procedure worden toegekend, indien sprake is van een onrechtmatige gebeurtenis, waardoor schade is ontstaan. De schadecomponent van een punitive damage ziet toe op vergoeding van de geleden schade. De punitieve component komt tot uiting in een extra bedrag dat bovenop de schadevergoeding wordt toegekend. Geld is voor velen een dierbaar goed. Het moeten betalen van een vergoeding die verder strekt dan vergoeding van de schade, creëert een bestraffende werking. Dit principe kent haar oorsprong in Engeland, in de achttiende eeuw. Het principe is tevens doorgesijpeld in verschillende staten van de Verenigde Staten van Amerika. Binnen Nederland is dit principe nog niet bekend.

Theoretisch gezien komen de componenten van het principe van de punitive damage terug in de billijke vergoeding. Vanuit de benadering dat het principe van de punitive damage handvatten kan bieden bij de inkleding van de billijke vergoeding, is ten aanzien van de schadecomponent en punitieve component aansluiting gezocht bij de beginselen uit het Nederlands privaatrecht. Gericht op de schadecomponent, waarborgen de beginselen uit Boek 6 dat de schade die ontstaat door toedoen van een ander dient te worden vergoed. De werkgever brengt door het ernstige verwijtbare gedrag schade toe aan de werknemer. De ontstane schade is vanuit de beginselen van Boek 6 onder te verdelen in verschillende

posten. Het grootste onderscheid kan worden gemaakt tussen materiële schade en immateriële schade. Materiële schade wordt concreet berekend. Gericht op de billijke vergoeding komt deze berekening tot stand door de huidige situatie te vergelijken met de situatie zoals die zou zijn geweest, zonder dat de arbeidsovereenkomst zou zijn ontbonden ten gevolge van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Bij de berekening van de immateriële schade wordt aansluiting gezocht bij vergelijkbare gevallen. Gericht op het punitieve component biedt het privaatrecht geen handvatten. Een punitief karakter binnen het privaatrecht is enkel te herkennen in boetebedingen. Een boetebeding kan geen invulling geven aan de punitieve component van de billijke vergoeding door de schriftelijkheidseis. Het criterium "ernstige verwijtbaarheid" kan niet dienen als een voorschrift waar een boete aan wordt gekoppeld. Uitbetaling uit hoofde van een boetebeding is alleen gerechtvaardigd als duidelijk blijkt welke regel is overtreden en wat de consequentie is van deze overtreding. De aard van de billijke vergoeding leent zich hier niet voor, omdat alle situaties waarin het recht op een billijke vergoeding bestaat te specifiek zijn.

Uit theoretisch oogpunt biedt het principe van de punitive damage uitkomsten voor de inkleding van de billijke vergoeding, aangezien de karakteristieken van het principe overeenkomen met de bewoordingen van de wetgever. Echter, de benadering om de billijke vergoeding te splitsen in een schadecomponent en een punitief component blijkt praktisch moeilijk toepasbaar. Dit is met name te wijten aan de punitieve component, aangezien het privaatrecht geen beginselen kent waarmee dit component kan worden ingekleed. Ook de rechtspraak biedt geen aanknopingspunten voor de inkleding van dit component. Toch is het punitieve karakter van de billijke vergoeding in een gering aantal uitspraken vastgesteld. Nu geen aanknopingspunten te vinden zijn, kan geconcludeerd worden dat de inkleding van dit component vrij te bepalen is.

Gericht op de schadecomponent bieden de beginselen uit Boek 6 wel gedeeltelijke houvast voor de inkleding van dit component. Het afspiegelingsbeginsel heeft veel overeenkomsten met de wijze waarop schade concreet berekend wordt. Het afspiegelingsbeginsel wordt in verschillende uitspraken toegepast. Middels het afspiegelingsbeginsel worden schadeposten in acht genomen zoals loonschade, pensioenschade en het gemiste deel van de transitievergoeding. Deze posten zijn concreet berekenbaar. Ondanks uit de rechtspraak kan worden herleid dat de billijke vergoeding geen concrete schadeberekening behoort te zijn, kan een concrete schaderekening wel vorm geven aan de hoogte van de billijke vergoeding. Dit druist in tegen de bedoeling van de wetgever dat de gevolgen van het ontslag niet meegewogen behoren te worden bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding. Meer in overeenstemming met de bewoordingen van de wetgever zijn immateriële schadeposten, zoals het leed wat de werknemer heeft ervaren. Deze schadepost komt, net zoals het punitieve karakter, nauwelijks terug in de rechtspraak. Daarbij wordt voor de berekening van immateriële schade aansluiting gezocht bij vergelijkbare gevallen. Dit is praktisch niet mogelijk, nu het karakter van de billijke vergoeding zich hiervoor niet leent. Zoals eerder beschreven zijn de situaties waarin het recht op een billijke vergoeding bestaat te specifiek.

6.2 Aanbevelingen

Het onderzoek heeft geleid tot verschillende aanbevelingen gericht op de inkleding van een beroep op een billijke vergoeding uit hoofde van artikel 7:671b lid 8 sub c BW. De aanbevelingen zijn bedoeld om de vordering meer kracht bij te zetten, zodat hiermee een sterke positie kan worden ingenomen in een procedure. Tevens kunnen de aanbevelingen bijdragen aan het formuleren van betere adviezen voor cliënten.

Advies 1: ernstige verwijtbaarheid

Ondanks dit onderzoek niet toeziet op de factoren die een rol spelen bij de vaststelling van de ernstige verwijtbaarheid, is het wel van belang om de nadruk te leggen op het beperkte karakter dat de billijke vergoeding draagt. Zoals de wetgever beoogd heeft, wordt de billijke vergoeding enkel toegekend in situaties waarbij sprake is van ernstig onrecht. Het criterium van de billijke vergoeding, “ernstige verwijtbaarheid”, wordt niet snel aangenomen. Het advies is om hier rekening mee te houden, indien een beroep wordt gedaan op de additionele billijke vergoeding. Aantoonbaar moet zijn waarom het gedrag van de werkgever ernstig verwijtbaar is. Betrek hierbij niet alleen de omstandigheden van het geval op de werkvloer, maar ook alle relevante persoonlijke omstandigheden van de werknemer. Daarbij kan aansluiting worden gezocht bij de voorbeelden die de wetgever heeft benoemd in de parlementaire geschiedenis, ten aanzien van het criterium “ernstige verwijtbaarheid”. Kan niet goed worden onderbouwd waarom sprake is van ernstige verwijtbaarheid, doe dan geen beroep op de additionele billijke vergoeding. Zo wordt geen afbreuk gedaan aan de geloofwaardigheid in de rest van de zaak.

Advies 2: onderbouw de vordering

Uit het onderzoek is gebleken dat de rechters veel vrijheid hebben omtrent de beoordeling van de billijke vergoeding, omdat de wetgever weinig richtlijnen heeft gegeven. Deze vrijheid komt voornamelijk voort uit onwetendheid. Hier kan op een slimme manier gebruik van worden gemaakt, want in zekere zin geldt deze vrijheid ook voor de advocatuur. Het advies is om de rechter meer houvast te bieden in de beoordeling, door een goed onderbouwde vordering in te dienen. Indien de advocatuur een onderbouwde vordering voorlegt, moet de rechter hierover beslissen. Een onderbouwde vordering die houdt snijdt, nodigt de rechter uit om mee te gaan in die onderbouwing. Het rechterlijk oordeel wordt opgenomen in een uitspraak en deze uitspraak vormt een onderdeel van de bestaande jurisprudentie op het gebied van de billijke vergoeding. Hierdoor kan de advocatuur een leidende, en dus sturende, rol innemen in de ontwikkeling van de billijke vergoeding in de rechtspraak. Hierdoor wordt het creëren van handvatten in de hand gehouden.

Advies 3: inkleding van de schadecomponent

De schadecomponent binnen de billijke vergoeding ziet toe op compensatie van de schade die de werknemer heeft geleden, ten gevolge van het ernstige verwijtbare gedrag van de werkgever. De praktijk wijst uit dat een vordering goed onderbouwd is, indien alle aanwezige schadeposten afzonderlijk van elkaar worden berekend. Het advies is om hierbij de berekeningswijzen te hanteren die voortvloeien uit Boek 6. Pas voor de berekening van de materiële schade het afspiegelingsbeginsel toe. Hierbij wordt de situatie na de ontbinding van de arbeidsovereenkomst vergeleken met de situatie hoe die zou zijn geweest zonder dat de arbeidsovereenkomst zou zijn ontbonden, ten gevolge van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Aangezien in de rechtspraak de immateriële schadepost nauwelijks is aangenomen, kan geen aansluiting worden gezocht bij vergelijkbare gevallen. Het advies voor de berekening van de materiële schade is om dit in overleg te bepalen met cliënt. De cliënt is degene die het leed heeft ervaren. Daarbij wordt deze post nauwelijks aangenomen, omdat zeer goed moet worden aangetoond dat het leed het gevolg is van het ernstige verwijtbare gedrag van de werkgever. Houd er rekening mee dat het belangrijk is bewijs te leveren, door bijvoorbeeld doktersvoorschriften. De cliënt kan er ook op gewezen worden, indien zij immateriële schade hebben, een doktersafspraak maken. Uit de praktijk

blijkt dat materiële schadeposten voornamelijk schadeposten zijn die toezien op de gevolgen van het ontslag zijn. Enerzijds heeft de wetgever beoogd dat deze gevolgen niet meegewogen mogen worden in de berekening van de hoogte van de vergoeding. Anderzijds oordeelt het hof dat in bepaalde specifieke situaties de gevolgen van het juist bij de berekening van de billijke vergoeding moeten worden meegewogen. Beschouw deze tegenstrijdigheid als iets positiefs en maak gebruik van de ruimte om een concrete schadeberekening in te dienen. Een rekentool is opgenomen in bijlage 10 van de bijlagenbundel.

Advies 4: inkleding van de punitieve component

Ondanks het onderzoek geen handvatten biedt geen voor de inkleding van dit component, is het advies om volledigheidshalve het punitieve karakter van de billijke vergoeding te benoemen bij de onderbouwing van de vordering. De punitieve component is niet vaak vastgesteld in de rechtspraak, maar vaststelling van dit component komt voor. De inkleding van dit component is vrij. Probeer hier zelf, gericht op de omstandigheden van het geval, een invulling aan te geven. Benoeming van de rechtspraak waarin de punitieve component is vastgesteld kan hierbij helpen, vindbaar in hoofdstuk 5. Daarnaast bestaat de mogelijkheid om de bepaling van de punitieve component over te laten aan de rechter. Door de punitieve component los te koppelen van de schadecomponent, behoudt de schadecomponent kans van slagen, indien de rechter de punitieve component afwijst.

Advies 5: hoogte van de vordering

Houd in het achterhoofd dat de vordering realistisch moet zijn. Hoe realistischer de vordering, hoe geloofwaardiger de onderbouwing. Daarbij het advies om een realistische, maar nooit te lage vordering in te dienen. De partijen zetten de lijnen uit in de procedure, de kantonrechter behoort hier niet boven te gaan zitten. Zo kan de vordering die wordt ingesteld beter iets te hoog zijn, dan te laag. Probeer zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij de concrete berekening van de schade, om de vordering zo realistisch mogelijk te houden.

Advies 6: vergoeding naar billijkheid

Uit de rechtspraak vloeit voort dat de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding geen concrete schadeberekening behoort te zijn. De billijke vergoeding is geen schadevergoeding, het is een vergoeding naar billijkheid. Indien de rechter meegaat met de onderbouwde vordering, is het advies om er op bedacht te zijn dat de rechter niet het volledige bedrag zal toekennen. Maak de cliënt bekend met het feit dat de berekening dient als richtlijn.

Advies 7: ontwikkelingen

De billijke vergoeding blijft een bewogen onderwerp. Het advies is om de ontwikkelingen op het gebied van de billijke vergoeding goed in de gaten te houden. Hierbij moet de focus met name liggen op uitspraken van de Hoge Raad. Uitspraken van de Hoge Raad zullen definitief richting geven aan de inkleding van de billijke vergoeding. Het advies is om de tactiek die wordt toegepast bij het onderbouwen van een vordering hierop aan te passen.

Nawoord

Kort wordt teruggeblikt op het onderzoeksproces, waarbij een sterk aspect en een zwak aspect binnen de uitvoering van het onderzoek worden geëvalueerd. Daarnaast wordt stilgestaan bij de behaalde onderzoeksresultaten. Eveneens wordt aandacht besteed aan de mogelijkheden tot het uitvoeren van een vervolgonderzoek.

Onderzoeksproces

Het centrale onderwerp van de scriptie stond snel vast. Het afgelopen jaar zijn meerdere scripties verschenen waarin de billijke vergoeding centraal staat. Hierdoor is met gedrevenheid gezocht naar een vernieuwende wijze waarop het onderwerp kon worden ingekleed. Het artikel van de heer Kruit, verschenen op de dag van de aanvang van de afstudeerperiode, heeft hiervoor handvatten geboden. Met dit artikel in de basis is nader onderzoek verricht, om de inkleding van het onderzoek zowel structureel als inhoudelijk helder te krijgen. Vanuit dit punt is het onderzoeksplan tot stand gekomen, voorzien van een probleembeschrijving. In het onderzoeksplan is nauwkeurig nagedacht over de formulering van de centrale vraag en de deelvragen.

De onderzoekstructuur, zoals die in beginsel in het onderzoeksplan was vastgesteld, is gedurende het onderzoek enkele keren gewijzigd. Deze wijzigingen maakten de opbouw van het onderzoek logischer en zorgde voor een duidelijkere afbakening. Het onderwerp van de scriptie leende zich voor een brede benadering. Hierdoor neigde het onderzoek te veel uit te wijden over irrelevante onderwerpen, waardoor aanpassingen genoodzaakt waren. Op het einde van het onderzoek is de centrale vraag scherper geformuleerd, waarbij het niet langer gaat om de vraag wanneer sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten en hoe de hoogte van de billijke vergoeding kan worden berekend, maar hoe een vordering van een billijke vergoeding zo sterk mogelijk kan worden ingekleed. Het is een verbeterpunt om sneller een definitieve structuur aan te brengen in een volgend onderzoek, zodat het eerder inzichtelijk wordt hoe de beantwoording van de hoofdstukken aangepakt moeten worden.

Voor de beantwoording van de deelvragen in de afzonderlijke hoofdstukken, zijn verschillende bronnen gehanteerd. De vooraf geselecteerde bronnen in het onderzoeksplan bleken niet afdoende genoeg om volledige antwoorden te formuleren op de deelvragen. Gedurende het onderzoek zijn de vooraf geselecteerde bronnen aangevuld. Een positief aspect binnen het onderzoek is de verscheidenheid aan gehanteerde methoden en bronnen. Vanuit verschillende perspectieven is naar de probleemstelling gekeken.

Onderzoeksresultaten

De onderzoeksresultaten komen deels overeen met de verwachtingen voorafgaand aan het onderzoek. De verwachting was dat het gehele principe van de punitive damage uitkomst zou bieden voor de inkleding van de billijke vergoeding. Dit principe blijkt theoretisch toepasbaarder dan in de praktijk. Het punitieve component vanuit het principe van de punitive damage, gericht op de billijke vergoeding, wordt in de praktijk nauwelijks erkend en toegepast. Deze conclusie heeft geleid tot een bepaalde openheid binnen de aanbevelingen. In beginsel bestond de wens om zoveel mogelijk concrete aanbevelingen te kunnen geven, aangezien verschillende conclusies uit voorgaande scripties grote mate van openheid bevatten. Met openheid wordt bedoeld dat nog geen duidelijke lijn te herkennen is in de materie omtrent de billijke vergoeding. Desalniettemin is het gelukt om nuttige aanbevelingen te formuleren voor de praktijkgang van Advocaten van Nu. Voornamelijk het schadecomponent heeft bijgedragen aan het concretiseren van de aanbevelingen. De punitieve component en de schadecomponent zijn samengevoegd in een praktisch bruikbare tool.

Vervolgonderzoek

De billijke vergoeding blijft een interessant, discussieerbaar onderwerp. De wetgever heeft tegenstrijdigheden gecreëerd in de parlementaire geschiedenis, wat leidt tot verschillende rechtsopvattingen. Het is noodzaak om de ontwikkelingen omtrent deze vergoeding nauwlettend in de gaten te houden. Hierbij zal de eerste uitspraak van de Hoge Raad betreffende de billijke vergoeding, optioneel dan wel additioneel, leidend zijn.

Uit dit onderzoek vloeit de vraag voort of de billijke vergoeding ex artikel 7:671b lid 8 sub c BW een punitief karakter draagt, gezien het feit dit karakter niet door iedereen wordt erkend. Voor zover dit onderzoek reikt, biedt het privaatrecht geen handvatten voor de inkleding van het punitieve element. Mocht vast komen te staan dat de billijke vergoeding een punitief karakter draagt, is een vervolgonderzoek gericht op de inkleding van dit element zeer nuttig. Indien komt vast te staan dat de billijke vergoeding geen punitieve werking heeft, krijgt het compenserende karakter van de vergoeding een grotere rol. Ook deze conclusie leidt tot aanknopingspunten voor een vervolgonderzoek.

Literatuurlijst

B

- **Bennaars, 2016**
J.H. Bennaars, *Evaluatie ontslaggronden WWZ*, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2016, p. 4.
- **Bolt & Lensing, *Privaatrechtelijke boete* 1993, p. 5**
A.T. Bolt & J.A.W. Lensing, 'Privaatrechtelijke boete', Nederlandse vereniging voor Rechtsvergelijking nr. 48, Deventer: Kluwer 1993, p. 5.

C

- **Colby, 2008**
T.B. Colby, 'Clearing the smoke from Philip Morris v. Williams: the past, present and future of punitive damages', Yale 2008, p. 25.

E

- **Hoogeveen, 2009**
E.M. Hoogeveen, 'Begroting van de schadevergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag', *AR* 2009-0901.

F

- **Faure & Hartlief, afl. 43, p. 3**
M. Faure & T. Hartlief, 'Het kabinet en de claimcultuur: over de (onbezonnen) Hollandse vrees voor Amerikaanse toestanden of het Hollands medicijn voor Amerikaanse ziektes', *Nederlands Juristenblad*, afl. 43, 1999.
- **Frikkee & Smorenburg, *ArbeidsRecht* 2016/11, afl. 3, p. 3-7**
C.J. Fikkee & M.E. Smorenburg, 'Berekening van een billijke vergoeding', *ArbeidsRecht* 2016/11, afl. 3, p. 3-7.

G

- **Grinsven, van, Geugjes & Soemers 2013**
P.M.H.J. van Grinsven, H.C. Geugjes & H.N.M. Soemers, *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013.
- **Gotanda, 2003**
G.Y. Gotanda, "Punitive Damages: A Comparative Analysis", Villanova University School of Law, School of Law Working Paper Series, hosted by: The Berkeley Electronic Press (bepress) 2003, p. 398.

H

- **Hartkamp & Asser, 2000**
A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht.4 Deel I. Verbintenissen in het algemeen, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 438.

J

- **Jong, de, 2013**
K. de Jong, *Handhaving in het privaatrecht*, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2013, p. 8.

K

- **Kruit, 2016**
P. Kruit, 'Billijke vergoeding: introductie van de punitive damage in het arbeidsrecht?', *AR* 2016-0742.

- **Kortmann & Sieburgh, 2009**

J. Kortmann & C. Sieburgh, Handhaving door Nederlands privaatrecht, in: A. Scheltema, M. Scheltema, K. Deketelaere, B. Delveaux, S. Tormans, F. Krips, A. Winants, J. Kortmann, C. Sieburgh, C. Cauffman en B. Weyts, Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009, p. 249-302.

L

- **Leeuwen, van, e.a. 2013**

C.H.J. van Leeuwen e.a., Memo Plus Arbeidsovereenkomst en ontslag 2013, Alphen aan den Rijn: Vakmedianet 2013.

- **Lindenberg & Chao-Duivis, 1995**

S. Lindenberg & M.A.B. Chao-Duivis, 'Smartengeld, geen straf, de (on)mogelijkheden van punitive damages in het schadevergoedingsrecht', *Nemesis* nr.5 sept/okt, 1995, p. 127.

M

- **Meurkens, 2014**

R.C. Meurkens, 'Punitive damages', Deventer: Wolters Kluwer 2014, 2014, p. 389.

P

- **Peters, 2016**

S.S.M. Peters, 'Billijke vergoedingen hausse in 2016: ontaardt het door de wetgever geregisseerde strakke ballet in een losbandige lambada?', *AR* 2015-0865.

R

- **Troelstra, 2015**

R. Troelstra, *Punitive damages in Nederland*, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2015, p. 15.

S

- **Sagel, TRA 2016/85, afl. 10, p. 9**

S.F. Sagel, 'De Wwz, het ontslag op staande voet en de rechter', *TRA* 2016/85, afl. 10, p. 9.

- **Slooten, e.a. 2014**

J.M. van Slooten e.a., *Arbeidsrecht tekst & commentaar* 2014, Deventer: Wolters Kluwer, p. 118.

- **Slooten, van, Zaal & Zwemmer 2015**

J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

T

- **Torrico, 2009**

E. Torrico, *Punitive Damages in Nederland: een waardevolle aanvulling op het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht!*, Tilburg: Universiteit van Tilburg 2009, p. 15.

V

- **Vrancken, 2013**

I. Vrancken, *Punitive damages*, Antwerpen: Universiteit Antwerpen 2013, p. 3