

De billijke vergoeding: sanctie of schadevergoeding?



Een onderzoek naar de uit de wet en jurisprudentie volgende criteria omtrent de toekenning, begroting en het karakter van de billijke vergoeding.

**Guus Lombarts
FNV Regiokantoor Weert
Tilburg, 8 januari 2018**

De billijke vergoeding: sanctie of schadevergoeding?

Een onderzoek naar de uit de wet en jurisprudentie volgende criteria omtrent de toekenning, begroting en het karakter van de billijke vergoeding.

Student: Guus Lombarts

Studentnummer: 2059307

Opleiding: hbo-rechten

Onderwijsinstelling: Juridische Hogeschool Avans-Fontys Tilburg

Afstudeerorganisatie: FNV regiokantoor Weert

Afstudeerperiode: september 2017 tot en met januari 2018

Afstudeermentor: mevr. mr. A.E. Roos

Eerste afstudeerdocent: dhr. mr. M.J.G. Kooij

Tweede afstudeerdocent: dhr. mr. J.P.G. Lousberg

Verschijningsdatum: 8 januari 2018

Classificatie: intern

Voorwoord

Deze scriptie betreffende de billijke vergoeding is het sluitstuk van mijn opleiding hbo-rechten aan de Juridische Hogeschool te Tilburg. Gedurende mijn opleiding bleek ik mezelf in het bijzonder te interesseren voor het rechtsgebied arbeidsrecht. Zodoende heb ik voor mijn afstudeerstage, de basis van dit onderzoek, specifiek gezocht naar arbeidsrechtelijke instanties.

Het FNV sprak voor mij in het bijzonder tot de verbeelding, daar ze veel in het nieuws zijn en immer de belangen van de werknemer behartigen. Allereerst wil ik het FNV te Weert bedanken voor het bieden van de kans om bij hen stage te lopen. Zonder hen had ik dit stuk niet kunnen schrijven. Daarnaast bleek de onderlinge sfeer goed en de behulpzaamheid groot.

Bovendien wil ik bij dezen Antoinette Roos, in haar hoedanigheid als afstudeermentor, bedanken voor haar uiterst nuttige feedback, steun en de tijd die ze reserveerde en investeerde. Ondanks haar drukke schema maakte ze immer tijd voor me vrij. Ook andere collega's, waaronder Rudi de Vries, Ellen Snijkers en Mandy Dielemans, bleken altijd bereid om te discussiëren of sparren. Last but not least wil ik mijn beide afstudeerdocenten, Mark Kooij en John Lousberg, bedanken voor hun waardevolle feedback en begeleiding gedurende het gehele afstudeertraject.

Guus Lombarts

Berkel-Enschot, 8 januari 2017

Inhoudsopgave

Afkortingenlijst	p. 6
Samenvatting	p. 7
Hoofdstuk 1 Inleiding	p. 8
1.1 Afstudeerorganisatie	p. 8
1.2 Probleembeschrijving	p. 8
1.3 Centrale vraag	p. 9
1.4 Deelvragen	p. 9
1.5 Doelstelling	p. 9
1.6 Methoden van onderzoek en haar verantwoording	p. 9
1.7 Leeswijzer	p. 10
Hoofdstuk 2 De billijke vergoeding in de wet(sgeschiedenis)	p. 11
2.1 De bedoeling van de wetgever achter de billijke vergoeding	p. 11
2.2 Alle in de wet voorkomende vormen van de billijke vergoeding	p. 11
2.3 Overeenkomsten tussen de in de wet voorkomende billijke vergoedingen	p. 12
2.4 Verschillen tussen de in de wet voorkomende billijke vergoedingen	p. 13
2.5 De toekenning	p. 14
2.5.1 Het criterium voor toekenning: ernstige verwijtbaarheid	p. 14
2.5.2 Het verschil tussen gewone en ernstige verwijtbaarheid	p. 16
2.5.3 De rol van het criterium ernstige verwijtbaarheid bij toekenning	p. 16
2.6 De begroting	p. 20
2.7 Tussenconclusie	p. 21
Hoofdstuk 3 De billijke vergoeding in de rechtspraak (en literatuur)	p. 22
3.1 Tijdvak I: vanaf de invoering van de WWZ tot het Hairstyle-arrest	p. 22
3.1.1 De begroting van de billijke vergoeding	p. 22
3.1.2 De hoogte van de vergoeding in tijdvak I	p. 25
3.1.3 De uitleg van de rechter versus de aanwijzingen van de wetgever (hoogte)	p. 27
3.2 Het karakter	p. 27
3.3 De toekenning: wat verstaat de rechter onder ernstig verwijtbaar handelen?	p. 28
3.3.1 Wel ernstig verwijtbaar	p. 28
3.3.2 Niet ernstig verwijtbaar	p. 30
3.4 Tussenconclusie tijdvak I	p. 31
3.5 Tijdvak II: het Hairstyle-arrest	p. 32
3.5.1 De feiten: een korte samenvatting	p. 32
3.5.2 Oordeel Hoge Raad	p. 32
3.5.2.1 Toekenning en begroting: individuele omstandigheden	p. 33
3.5.2.2 Het karakter	p. 34
3.5.2.3 De beslissing	p. 36
3.6 Tussenconclusie tijdvak II	p. 36
3.7 Tijdvak III: de rechtspraak na het Hairstyle-arrest	p. 36
3.7.1 De toekenning en begroting	p. 36
3.7.2 De reikwijdte: opzegging en ontbinding?	p. 39
3.8 Tussenconclusie tijdvak III	p. 41

Hoofdstuk 4 Het karakter van de billijke vergoeding in de literatuur	p. 42
4.1 Wel of niet punitief	p. 42
4.2 Mijn zienswijze	p. 44
4.3 Tussenconclusie	p. 44
Hoofdstuk 5 Deskundigen over de billijke vergoeding	p. 45
5.1 De reikwijdte van het Hairstyle-arrest	p. 45
5.2 De begroting	p. 45
5.3 Mogelijke subjectiviteit van de rechter	p. 45
5.4 De toekenning	p. 46
5.5 (Ernstige) verwijtbaarheid	p. 46
5.6 Het karakter	p. 46
5.7 Tussenconclusie	p. 46
Hoofdstuk 6 Conclusies en aanbevelingen	p. 47
6.1 Conclusies	p. 47
6.1.2 Het Hairstyle-arrest	p. 47
6.1.2.1 Het karakter van de billijke vergoeding volgens de Hoge Raad	p. 47
6.1.2.2 De begrotingscriteria uit het Hairstyle-arrest	p. 47
6.1.2.3 De toekenningscriteria uit het Hairstyle-arrest	p. 47
6.1.2.4 Motiveringsplicht	p. 48
6.1.3 De rechtspraak voorafgaand aan het Hairstyle-arrest en de wet(sgeschiedenis)	p. 48
6.1.3.1 De begroting	p. 48
6.1.3.2 De hoogte en motivering	p. 48
6.1.3.3 De toekenning	p. 48
6.1.4 De rechtspraak na het Hairstyle-arrest	p. 48
6.2 Aanbevelingen	p. 49
6.2.1 De toekenning	p. 49
6.2.2 De begroting	p. 50
Bronnenlijst	p. 52
Jurisprudentielijst	p. 55

Afkortingenlijst

A.G.	advocaat-generaal
art.	Artikel
artt.	Artikelen
BW	Burgerlijk Wetboek
cao	Collectieve arbeidsovereenkomst
CBB	Collectieve Belangenbehartiging
concl.	Conclusie
dhr.	de heer
FNV	Federatie Nederlandse Vakbeweging
HR	Hoge Raad
IBB	Individuele Belangenbehartiging
mevr.	mevrouw
mr.	meester in de rechten
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
prof.	professor
Rb.	rechtbank
r.o.	rechtsoverweging
RvS	Raad van State
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
VAAN	Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland
WW	Werkloosheidswet
WWZ	Wet Werk en Zekerheid

Samenvatting

Circa tweeëneenhalf jaar geleden is de WWZ (gedeeltelijk) in werking getreden. Hiermee deed een nieuw wettelijk vergoedingensysteem haar intrede. Onderdeel hiervan is de billijke vergoeding. Wat betreft de billijke vergoeding is de wetgever terughoudend geweest in haar uitleg, daar ze de invulling ervan nagenoeg geheel over wilde laten aan de rechterlijke macht. Voor zover de wetgever aanwijzingen heeft gegeven, lieten deze aan duidelijkheid te wensen over, hetgeen ook in de rechtspraak heeft geleid tot onduidelijkheden.

Op 30 juni jongstleden is met het Hairstyle-arrest een (groot) deel van die onduidelijkheden weggenomen. In dit onderzoek wordt gekeken naar het effect van dit arrest op de lagere rechtspraak om duidelijkheid te scheppen betreffende de belangrijke aspecten in het kader van een verzoek tot een billijke vergoeding.

Uit het jurisprudentieonderzoek is gebleken dat in de rechtspraak voorafgaand aan het Hairstyle-arrest, rechters de nadruk legden op verschillende aanwijzingen. Daarnaast bleek er een evident verschil in interpretatie, met name wat betreft het doel en karakter van de billijke vergoeding. Dit kwam tot uiting in de hoogte van de toegekende billijke vergoedingen. De hoogte werd verder voornamelijk beïnvloed door de omstandigheden van het geval. Opvallend is dat rechters de hoogte van de billijke vergoeding niet zelden onduidelijk motiveerden.

Zoals reeds aangegeven bracht het Hairstyle-arrest verheldering. De Hoge Raad heeft in dit arrest bepaald dat het bij de begroting van de billijke vergoeding aankomt op alle omstandigheden van het geval, waarbij de gevolgen van het ontslag een rol kunnen spelen in de vaststelling van de billijke vergoeding. Deze gevolgen moeten daarvoor wel toe te rekenen zijn aan het de werkgever te maken verwijt. De inkomensderving dient hierbij als uitgangspunt, waarbij een aantal aspecten kunnen dienen als correctiefactor. Daarnaast kent de billijke vergoeding geen specifiek punitief karakter, aldus de Hoge Raad. Zo bezien heeft de billijke vergoeding meer weg van een schadevergoeding dan van een sanctie. Ten slotte volgt uit het Hairstyle-arrest een verzwaarde motiveringsplicht voor de rechter.

In de lagere rechtspraak worden de aanwijzingen en criteria van de Hoge Raad opgevolgd en er wordt in nagenoeg alle uitspraken verwezen naar het Hairstyle-arrest. Het arrest is dus richtinggevend. Bovendien is hiermee de basis gelegd voor een eenduidige begrotingsmethodiek, overeenkomstig aan de door de wetgever gewenste bottom-upbenadering. Hoewel het Hairstyle-arrest een zaak was in het kader van een vernietigbare opzegging, blijken de uit dit arrest volgende aanwijzingen en criteria ook te worden toegepast in ontbindingsprocedures. Tot op heden lijkt er niets in de weg te staan aan deze universele toepassing en lijkt er dus ruimte te zijn voor reflexwerking van het Hairstyle-arrest in ontbindingsprocedures.

De opmerkingen van de wetgever bleken ook in de literatuur voer voor discussie. De verdeeldheid zag ook hier met name op het doel en karakter van de billijke vergoeding. De benaderingswijze leidde eveneens tot tweespalt; moet het worden benaderd vanuit werkgevers- of vanuit werknemersperspectief. Na het Hairstyle-arrest zijn tot op heden onvoldoende artikelen verschenen om te kunnen stellen dat de verdeeldheid is weggenomen. Het is echter wel duidelijk dat het voorheen aan de billijke vergoeding toegeschreven punitieve karakter niet geheel van de tafel is; het is slechts minder prominent aanwezig. Dit is tevens gebleken uit interviews met enkele deskundigen op het gebied van de billijke vergoeding. Ondanks hetgeen in het Hairstyle-arrest is bepaald, zijn zij van mening dat de billijke vergoeding een punitief aspect bevat.

Hoofdstuk 1 Inleiding

In dit inleidende hoofdstuk wordt allereerst de afstudeerorganisatie beknopt toegelicht. Vervolgens komt de probleembeschrijving aan bod, opgevolgd door de op basis van dat probleem geformuleerde centrale vraag en hieruit voortvloeiende deelvragen. Ten slotte volgen de doelstelling, verantwoording van onderzoeksmethoden en de leeswijzer.

§1.1 De afstudeerorganisatie

De Federatie Nederlandse Vakbeweging (kortweg FNV) is een vereniging bestaande uit dertien zelfstandige bonden, opererend in meerdere sectoren van de arbeidsmarkt alwaar het opkomt voor de materiële en immateriële belangen¹ van haar leden middels collectieve- en individuele ondersteuning. Het collectieve deel wordt zowel in- als extern aangeduid als CBB (collectieve belangenbehartiging) en het individuele gedeelte als IBB (Individuele belangenbehartiging).

De FNV bestond vroeger, dat wil zeggen vóór 1 januari 2015, uit Abkavabo FNV, FNV Bondgenoten, FNV Sport, FNV Bouw en de vakcentrale FNV. Sedert die datum is de fusie van zojuist genoemde vakbonden tezamen met een aantal zelfstandige bonden van kracht en vormen zij gezamenlijk, met een ledenaantal van ruim 1 miljoen, de grootste vakbond van Nederland.² Op 1 februari 2017 is tevens FNV Zelfstandigen gefuseerd met de FNV, en derhalve een direct onderdeel hiervan geworden.³

Het ledenbestand wordt gevormd door werknemers, werkzoekenden, gepensioneerden en uitkeringsgerechtigden. Door het IBB worden de leden bijgestaan in juridische geschillen op het gebied van arbeids- en sociale zekerheidsrecht. Het CBB houdt zich onder meer bezig met het afsluiten van collectieve arbeidsovereenkomsten (cao's). Op landelijk niveau onderhandelt de FNV met de overheid en andere bonden en voert het campagnes.

§1.2 Probleembeschrijving

Sinds de invoering van de Wet werk en zekerheid (hierna: WWZ) op 1 juli 2015, is er veel veranderd in het arbeidsrecht. Een van de doelstellingen van bovengenoemde wet is de stroomlijning van het ontslagproces en algehele vereenvoudiging van het ontslagrecht. Dat wil zeggen een eenvoudiger, sneller, eerlijker en voor de werkgever minder kostbaar proces.⁴ Dit dient de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid ten goede te komen. Hiertoe is ook het systeem betreffende ontslagvergoedingen op de schop gegaan. “De willekeur dat de ene werknemer heel veel geld meekrijgt bij ontslag en de andere juist heel weinig moet eruit”, aldus minister Asscher van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.⁵

De invoering van een nieuwe wet brengt altijd bepaalde vragen en onduidelijkheden met zich mee. In het geval van de WWZ betreft het met name de billijke vergoeding. In tegenstelling tot bijvoorbeeld de transitievergoeding, waarvoor de wet duidelijke criteria omtrent de berekening ervan bevat, heeft de wetgevende macht de nadere invulling van de billijke vergoeding toevertrouwd aan de rechtelijke macht. De wet biedt eveneens geen minimum of maximum voor de hoogte van de billijke vergoeding. Het gevolg hiervan in de rechtspraak is een divers palet van criteria op basis waarvan de billijke vergoeding

¹ Statuten FNV, p. 6.

² ‘Nieuw bestuur moet FNV uit het defensief halen’, *Financieel Dagblad* 14 september 2017, fd.nl (zoek op *nieuw bestuur FNV*).

³ ‘FNV Zelfstandigen onderdeel van FNV’, *Fnvzzp* 15 september 2017, fnvzzp.nl (zoek op *fusie verloop*).

⁴ *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 3, p. 5.

⁵ ‘Deskundigen oordelen dat Wet werk en zekerheid doel mist’, *Nu* 15 september 2017, nu.nl (zoek op *Wet werk en zekerheid*).

berekend wordt, terwijl duidelijke handvatten ontbreken. Zodoende is het voor FNV-procesjuristen werkzaam voor de IBB onvoldoende duidelijk op welke wijze de hoogte van de billijke vergoeding berekend wordt. Hoeveel kunnen zij reëel bezien verzoeken? Ze willen hun cliënt immers niet te kort doen, maar kunnen ook niet te veel vragen.

Deze onduidelijkheid leidt tot problemen met betrekking tot het verzoeken van een billijke vergoeding, hetgeen dan ook de grondslag vormt voor dit onderzoek.

§1.3 Centrale vraag

Wat is de invloed van het Hairstyle-arrest op de lagere rechtspraak omtrent de billijke vergoeding en tot welke aanbevelingen aan de FNV leidt dit, zodat zij haar leden hieromtrent beter kan bijstaan?

§1.4 Deelvragen

1. Wat is er in de wet geregeld met betrekking tot de billijke vergoeding?
2. Wat wordt er in de rechtspraak bepaald met betrekking tot het karakter, de toekenning en de begroting van de billijke vergoeding?
3. Heeft het Hairstyle-arrest ook invloed op de billijke vergoeding in situaties waarin er geen sprake is van vernietigbare opzegging maar van de ontbindingsprocedure, en in welke mate?
4. Wat wordt er tot op heden in de literatuur bepaald met betrekking tot het karakter van de billijke vergoeding?
5. Hoe kijken deskundigen aan tegen de toekenning, de begroting en het karakter van de billijke vergoeding?

§1.5 Doelstelling

In algemene zin is de intentie van dit onderzoek het leveren van (een bijdrage aan) een oplossing voor het handelingsprobleem van de FNV. De conclusie zal dan ook niet enkel een beschrijving van de stand van zaken of een verklaring van het verschijnsel geven. Er wordt gestreefd naar het geven van voorstel voor een bepaald handelen, in de vorm van een advies.

Concreet kan het oogmerk van dit onderzoek worden omschreven als het bieden van inzichten, aanbevelingen dan wel praktisch toepasbare oplossingen voor casussen waarin de billijke vergoeding een rol speelt, zodat de FNV haar leden hierbij beter kan bijstaan.

§1.6 De methoden van onderzoek en haar verantwoording

Dit onderzoek is te kwalificeren als een praktijkgericht juridisch onderzoek, hetgeen wil zeggen dat het, zoals in de doelstelling valt te lezen, een bijdrage tracht te leveren aan de oplossing van een juridisch praktische kwestie. In dit geval het vorderen van een billijke vergoeding. Zoals gebruikelijk bij een praktijkgericht juridisch onderzoek wordt ook dit onderzoek op basis van een tweetal onderzoekssporen uitgevoerd; onderzoek van het recht en onderzoek van de praktijk.

Het onderzoek van het recht gebeurt volgens de 'juridische methode', dat willen zeggen het onderzoeken van rechtsbronnen en literatuur.⁶ Onder literatuur wordt verstaan vaktijdschriften, boeken en eerder verrichte onderzoeken. Onder rechtsbronnen wordt verstaan de toepasselijke wetgeving en de bijbehorende wetsgeschiedenis; de Wet werk en zekerheid, het wetsvoorstel, Memorie van Toelichting (hierna: MvT), Memorie van Antwoord (hierna: MvA) en het advies van de Raad van State (hierna: RvS).

Daarnaast maakt ook jurisprudentie deel uit van de rechtsbronnen en zal daar uitvoerig onderzoek naar gedaan worden. Om een zo compleet mogelijk beeld hiervan te vormen,

⁶ G.A.F.M. van Schaaijk, *Praktijkgericht Juridisch onderzoek*, Den Haag: Boom 2011, p. 29.

en er een mogelijke tendens in te ontdekken, zal de jurisprudentie vanaf de invoering van de Wet werk en zekerheid tot en met de meest recente jurisprudentie worden meegenomen. Hetgeen in concrete zin wilt zeggen; de rechtspraak daterend van vóór het arrest van de Hoge Raad met betrekking tot het karakter van de billijke vergoeding⁷, dit bewuste arrest van de Hoge Raad zelf én de rechtspraak van ná dit bewuste arrest. Op basis van deze jurisprudentie-analyse zal de chronologische ontwikkeling van de billijke vergoeding worden onderzocht. Bovengenoemde bronnen worden beschouwd als gezaghebbend, zodoende staat de betrouwbaarheid hiervan buiten kijf en behoeft het gebruik hiervan geen verdere verantwoording inzake de betrouwbaarheid.⁸

Het praktijkgedeelte omvat het vergaren van informatie van deskundigen middels interviews. Te denken valt aan advocaten en FNV-procesjuristen. Deze hieruit voorkomende informatie is mijns inziens van belang daar zij deskundigen zijn op hun gebied en het onderwerp van dit onderzoek betrekking heeft op zaken die hun dagelijkse praktijk vormt.

Door deze verschillende methoden te combineren tracht ik een zo compleet mogelijk beeld te vormen. Uit gegevens van heden en verleden probeer ik een lijn te distilleren om het huidige handelingsprobleem te doen wegnemen. Dit doe ik volgens het casestudy-principe, waarbij de case, het fenomeen, in dit geval de billijke vergoeding betreft. Het study gedeelte staat voor het bestuderen van dit fenomeen in relatie tot zijn omgeving (de praktijk).

§1.7 Leeswijzer

In hoofdstuk 2 wordt de billijke vergoeding in de wetsgeschiedenis besproken. Hierbij wordt specifiek ingegaan op de bedoeling erachter, de verschillende vormen ervan, de overeenkomsten en verschillen tussen deze vormen, (het criterium voor) toekenning, de rol van het criterium en de begroting. Hoofdstuk 3 gaat over de invulling van de billijke vergoeding door de rechterlijke macht. Hierbij wordt ter aanvulling literatuur aangehaald. De begroting, hoogte, toekenning, het karakter en de chronologische ontwikkelingen staan centraal. Hoofdstuk 4 ziet op de discussie over het karakter van de billijke vergoeding in de literatuur. De twee hoofdstromingen (punitief en niet punitief) worden behandeld alvorens mijn eigen standpunt aan bod komt. In hoofdstuk 5 komt aan bod hoe enkele deskundigen in de praktijk omgaan met de billijke vergoeding en hoe zij aankijken tegen de aanwijzingen uit de WWZ en het Hairstyle-arrest. Er wordt onder andere ingegaan op de eventuele subjectiviteit van de rechter, de begroting, de toekenning, het karakter en de grens tussen verwijtbaarheid en ernstige verwijtbaarheid. In het laatste hoofdstuk wordt de hoofdvraag beantwoord middels de eindconclusie en worden er aanbevelingen gedaan aan de FNV.

⁷ HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187.

⁸ G.A.F.M. van Schaaijk, *Praktijkgericht Juridisch onderzoek*, Den Haag: Boom 2011, p. 36.

Hoofdstuk 2 De billijke vergoeding in de wet(sgeschiedenis)

In dit hoofdstuk staat de gedachte van de wetgever achter de billijke vergoeding centraal. Achtereenvolgens komen de bedoeling van de wetgever achter de billijke vergoeding, alle in de wet voorkomende vormen van de billijke vergoedingen, de overeenkomsten en verschillen daartussen, de toekenning en het criterium daarvoor, de rol van dit criterium en de begroting van de billijke vergoeding aan bod.

§2.1 De bedoeling van de wetgever achter de billijke vergoeding

Waar toe dient de billijke vergoeding? In tegenstelling tot een transitievergoeding, die ziet op het compenseren van het ontslag voor de werkgever en het vergemakkelijken van de overgang naar een nieuwe baan, dient de billijke vergoeding een ander doel. Het bieden van compensatie is evenals bij de transitievergoeding een oogmerk, echter ziet de compensatie in het geval van de billijke vergoeding niet toe op het ontslag aan sich maar op het compenseren van het ernstig verwijtbare gedrag van de werkgever.⁹ Daarnaast, zo blijkt uit de totstandkomingsgeschiedenis van de WWZ, is de billijke vergoeding gericht op het in de toekomst voorkomen van een dergelijk handelen door de werkgever.¹⁰ Aldus gaat er een compenserende en een preventieve werking vanuit.

Preventie is naast leedtoevoeging (middels vergelding) een van functies van een straf.¹¹ De beknopte uitleg van de wetgever omtrent het doel en karakter van de billijke vergoeding heeft in zowel de rechtspraak als de literatuur tot een discussie geleid die zich toespitste op de volgende vraag; *'heeft de billijke vergoeding een punitief karakter?'*. Oftewel: is het doel enkel preventie of tevens sanctionering van ernstig verwijtbaar gedrag. Dit komt aan bod in de hierop volgende hoofdstukken die betrekking hebben op de rechtspraak en literatuur inzake de billijke vergoeding.

§2.2 Alle in de wet voorkomende vormen van de billijke vergoeding

Er bestaat niet zoiets als dé billijke vergoeding. De wet bevat een grote diversiteit aan billijke vergoedingen, die in verschillende gevallen kunnen worden toegekend. Volgens de RvS komt deze verspreiding van verschillende soorten billijke vergoedingen over meerdere artikelen de overzichtelijkheid van het vergoedingstelsel niet ten goede.¹² Ter verduidelijking volgt hieronder een opsomming van de in de WWZ voorkomende billijke vergoedingen.

- **Art. 7:671b lid 8 sub c BW:** vergoeding bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met tussentijds opzegbeding of voor onbepaalde tijd, op verzoek van de werkgever als gevolg van diens ernstig verwijtbaar gedrag;
- **Art. 7:671b lid 9 sub b BW:** vergoeding bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zónder tussentijds opzegbeding, op verzoek van de werkgever als gevolg van diens ernstig verwijtbaar gedrag;
- **Art. 7:671c lid 2 sub b BW:** vergoeding bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd mét tussentijds opzegbeding of voor onbepaalde tijd, op verzoek van de werknemer als gevolg van ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever;
- **Art. 7:671c lid 3 sub b BW:** vergoeding bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zónder tussentijds opzegbeding, op verzoek van de werknemer als gevolg van ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever;

⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 32.

¹⁰ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 32.

¹¹ M.J. Kronenberg & B. de Wilde, *Grondtrekken van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2010, p. 41.

¹² Kamerstukken II 2013/14, 33818, 4, p. 46.

- **Art. 7:673 lid 9 sub a en b BW:** (sub a voor een additionele vergoeding en sub b voor een alternatieve vergoeding bij een contractduur van minder dan 2 jaar) na beëindiging van rechtswege wanneer het niet voortzetten van het arbeidscontract het gevolg is van ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever;
- **Art. 7:681 lid 1 sub a tot en met d BW:** vergoeding bij opzegging door de werkgever in strijd met art. 7:671 BW (opzegging zonder schriftelijke instemming), in strijd met art. 7:670 BW (opzegverbod ziekte), in strijd met art. 7:646 BW (discriminatie op basis van geslacht), 7:648 BW (discriminatie op basis van arbeidsduur), 7:649 BW (discriminatie op basis van duur arbeidsovereenkomst) of wanneer de werkgever binnen 26 weken na opzegging op bedrijfseconomische gronden, iemand anders dezelfde werkzaamheden laat uitvoeren als de ontslagen werknemer, zonder die ontslagen werknemer gelegenheid te hebben gegeven tot hervatting onder dezelfde voorwaarden;
- **Art. 7:682 lid 1 sub b BW:** vergoeding bij opzegging na toestemming UWV bij strijd met de redelijke grond uit art. 7:669 lid 3 sub a BW, wanneer herstel niet mogelijk is vanwege ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever (geldt niet voor hoger beroep art. 7:683 lid 3 BW);
- **Art. 7:682 lid 1 sub c BW:** vergoeding bij opzegging na toestemming UWV bij strijd met de redelijke grond uit art. 7:669 lid 3 sub b BW, wanneer de opzegging het gevolg is van ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever;
- **Art. 7:682 lid 2 sub b BW:** vergoeding bij opzegging in strijd met art. 7:669 BW in het geval van huishoudelijk dienstverlener met minder dan vier werkdagen per week of werknemer werkzaam in het bijzonder onderwijs;
- **Art. 7:682 lid 2 sub b BW:** vergoeding bij opzegging ten gevolge van ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever in het geval van huishoudelijk dienstverlener met minder dan vier werkdagen per week of werknemer werkzaam in het bijzonder onderwijs;
- **Art. 7:682 lid 3 sub a BW:** vergoeding voor statutair bestuurder of geestelijke in geval van opzegging in strijd met art. 7:669 BW;
- **Art. 7:682 lid 3 sub b BW:** vergoeding voor statutair bestuurder of geestelijke in geval van opzegging als gevolg van ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever
- **Art. 7:682 lid 4 en 5 BW:** vergoeding na ontbinding op bedrijfseconomische gronden bij strijd met wederindiensttredingsvoorwaarde;
- **Art. 7:683 lid 3 BW:** vergoeding in hoger beroep/cassatie na onterechte ontbinding op werkgeversverzoek of na ten onrechte afgewezen werknemersverzoek tot vernietiging van de opzegging dan wel herstel van de arbeidsovereenkomst;
- **Art. 7:683 lid 5 BW:** vergoeding als in hoger beroep of in cassatie blijkt dat een verzoek tot ontbinding ten onrechte blijkt is afgewezen, als er sprake is van ernstige verwijtbaarheid.

§2.3 Overeenkomsten tussen de in de wet voorkomende billijke vergoedingen

Alle in de wet voorkomende billijke vergoedingen bevatten uniforme kenmerken, hieronder volgt een opsomming.

Allereerst zijn alle vormen van de billijke vergoeding vergoedingen exclusief voorbehouden aan de werknemer. De werkgever kan hier derhalve nooit aanspraak op maken.¹³

Ten tweede kan de billijke vergoeding additioneel worden toegekend naast de transitievergoeding. Beide vergoedingen zijn voor de toekenning niet van elkaar afhankelijk. Dus ook wanneer een werknemer geen recht heeft op een transitievergoeding, kan hij in bepaalde gevallen wél recht hebben op een billijke

¹³ Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 81.

vergoeding. Bijvoorbeeld wanneer de werknemer nog geen 2 jaar in dienst is ex art. 7:673 lid 9 sub b BW.

Ten derde is elke billijke vergoeding wat betreft de hoogte afhankelijk van het oordeel van de rechter,¹⁴ die hierin grote vrijheid geniet. De wetgever stelt dat de hoogte afhankelijk is van de uitzonderlijke omstandigheden van het geval. Zodoende zijn er door de wetgever eveneens geen minimum- en maximumbedrag vastgesteld. Dit kan immers een beperking vormen om recht te doen aan de uitzonderlijke omstandigheden.¹⁵ Zie paragraaf 2.6.

Een vierde algemeen gedeeld kenmerk is dat bij geen enkele van de vergoedingen het salaris en de anciënniteit een rol hoeft te spelen bij de berekening ervan,¹⁶ noch dat de gevolgen van het ontslag moeten worden betrokken bij de toekenning en berekening. Althans zo lijkt de wetgever het te stellen. Dit zogeheten gevolgcriterium lijkt uitdrukkelijk uitgesloten omdat de transitievergoeding daar reeds in voorziet.¹⁷

§2.4 Verschillen tussen de in de wet voorkomende billijke vergoedingen

De billijke vergoeding is er in alternatieve- en additionele vorm. Alternatief staat in deze voor de billijke vergoeding als alternatief voor voortzetting van het dienstverband. Oftewel, alternatief voor herstel van de arbeidsovereenkomst na ontbinding dan wel als alternatief voor de vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst. Additioneel wil zeggen dat de rechter in uitzonderlijke gevallen, indien sprake is van ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever, een billijke vergoeding kan toekennen naast de transitievergoeding.

Zoals reeds aangegeven, is er dus niet zoiets als dé billijke vergoeding. Er bestaat onderling onderscheid. De wetgever onderschrijft dat de billijke vergoeding in velerlei situaties kan worden toegekend.¹⁸ Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de WWZ wordt niet helder hoe de billijke vergoeding dient te worden uitgelegd; wordt er een uniforme uitleg verlangd van de rechter? Ook de Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN) vroeg zich dit destijds af, en heeft dit aan de wetgever voorgelegd.¹⁹ De wetgever geeft hierop slechts aan dat het aan de rechter is om op basis van individuele omstandigheden van het geval te beoordelen of er recht op toekenning bestaat en wat de omvang van de vergoeding moet zijn.²⁰

Het enige opmerkelijke verschil behoudens het vormverschil (alternatief dan wel additioneel), is dat het criterium voor toekenning, ernstige verwijtbaarheid, soms expliciet en soms impliciet naar voren komt in de wet. Soms moet die verwijtbaarheid *'heel ernstig'* zijn (vandaar het begrip *'muizengaatje'*), in andere gevallen is ernstige verwijtbaarheid inherent aan de situatie waarvoor de bewuste wetsbepaling is geschreven.²¹ In zulke gevallen hoeft er geen sprake te zijn van *'echte'* of *'ernstige'* verwijtbaarheid van de wetgever in morele zin.²² Ondanks het in de wijze waarop het criterium naar voren komt, beoogde de wetgever kennelijk eenzelfde type billijke vergoeding.²³ In paragraaf 2.5.1, paragraaf 2.5.2 en paragraaf 2.5.3 wordt achtereenvolgens de betekenis, de begrenzing en de rol van het criterium ernstige verwijtbaarheid uiteengezet.

¹⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 81 en 90 en Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 32-33.

¹⁵ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 81.

¹⁶ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 4, p. 61.

¹⁷ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 4, p. 61.

¹⁸ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 4, p. 61.

¹⁹ Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 99.

²⁰ Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 99.

²¹ RAR 2017/121 onder 3.22.

²² RAR 2017/121 onder 3.22.

²³ Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 113.

§2.5 De toekenning

De toekenningsgrond van de billijke vergoeding ligt in het oorzakelijk verband tussen ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever enerzijds (een handelen of nalaten) en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst anderzijds. Feiten en omstandigheden die verband houden met andere ontslaggronden dan de gehanteerde, worden dus niet meegewogen in het oordeel. Ook wanneer er sprake is van ernstig verwijtbaar gedrag gedurende het dienstverband, speelt dit geen rol bij de toekenning voor zover er tussen dit gedrag en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst geen oorzaak-gevolgrelatie bestaat.

De vergoeding dient ter compensatie en is qua hoogte afhankelijk van de *'uitzonderlijke omstandigheden van het geval'*.²⁴ Dat er gesproken wordt over *'uitzonderlijke omstandigheden'* impliceert een beperkt bereik; de billijke vergoeding zal dus niet in veel gevallen toegekend worden. Gedrag dat verwijtbaar maar niet *'ernstig'* verwijtbaar is, komt dus niet in aanmerking voor vergoeding. Dit is vanuit het oogpunt van rechtszekerheid voor zowel de werkgever als werknemer. Bij de beoordeling of er al dan niet sprake is van ernstige verwijtbaarheid is een bepaalde mate van subjectiviteit niet te voorkomen, aldus de wetgever.²⁵

Waar in het geval van toekenning van bijvoorbeeld de transitievergoeding de duur van het dienstverband (minder dan 24 maanden) en de leeftijd van de werknemer (jonger dan 18 jaar) in combinatie met de omvang van de verrichte arbeid (ten hoogste twaalf uur per week), een grond voor uitsluiting van toekenning kunnen vormen, speelt dit in het geval van de billijke vergoeding geen rol. De billijke vergoeding wordt immers toegekend vanuit het oogpunt van billijkheid. Deze wordt enkel toegekend in de ontslagroute via de rechter, niet bij opzegging met toestemming van het UWV. Al kan de billijke vergoeding wel toegekend worden bij ten onrechte verleende toestemming van het UWV ex art. 7:682 BW of bij onterecht ontslag op staande voet ex art. 7:681 BW. Of het een tijdelijke arbeidsovereenkomst (voor bepaalde tijd) dan wel een vaste arbeidsovereenkomst (voor onbepaalde tijd) betreft, speelt eveneens geen rol.²⁶

Het criterium voor toekenning, ernstige verwijtbaarheid, speelt in de verscheidene artikelen met betrekking tot de vergoeding, een andere rol. Soms wordt het verondersteld aanwezig te zijn, in andere gevallen moet het bewezen (of ten minste aannemelijk gemaakt) worden en in een geval hoeft er zelfs helemaal geen sprake te zijn van ernstige verwijtbaarheid. Dit komt uitgebreid aan bod in paragraaf 2.5.3 en wordt in figuur 2.5 middels een schematisch overzicht verduidelijkt.

§2.5.1 Het criterium voor toekenning: ernstige verwijtbaarheid

Ernstige verwijtbaarheid is dus de juridische grondslag en het criterium voor het toekennen van een billijke vergoeding. Alleen hoe heeft de wetgever dit criterium beschreven? Ernstige verwijtbaarheid slaat in het geval van de billijke vergoeding immer op een handelen of een nalaten van de werkgever. De wetgever ziet in dat er bij de toekenning van een billijke vergoeding, en dus bij de invulling van het begrip ernstige verwijtbaarheid door de rechter, subjectiviteit (tot op zekere hoogte) een rol speelt.²⁷ Uit het wetgevingstraject blijkt dat ernstige verwijtbaarheid slechts in *'uitzonderlijke gevallen'* moet worden aangenomen.²⁸ Derhalve spreken ze van het *'muizengaatje'*.²⁹

²⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 33.

²⁵ Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 65.

²⁶ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 42.

²⁷ Kamerstukken I 2013/14, 33 818, C, p. 65.

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

²⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 4, p. 12.

Alleen *‘werkelijk onrecht’* moet gecompenseerd worden.³⁰ De RvS verwoordt dit onrecht als volgt: *‘duidelijke en uitzonderlijke gevallen van onrechtmatige gedragingen die te kwalificeren zijn als duidelijk strijdig met goed werkgeverschap’*.³¹

In de wetsgeschiedenis wordt meermaals gesproken over *‘uitzonderlijke gevallen’*, maar het criterium ernstige verwijtbaarheid is breder dan de dringende redenen voor ontslag ex art. 7:677 en art. 7:678 BW.³² In de MvT geeft de wetgever een niet-limitatieve opsomming van gevallen waarbij sprake is van ernstige verwijtbaarheid,³³ te weten:

- een verstoorde arbeidsrelatie ten gevolge van laakbaar gedrag van de werkgever waarbij ontslag de enige resolutie is;
- discriminatie van de werknemer door de werkgever wanneer dit leidt tot een onwerkbaar situatie;
- een werkgever die de verplichtingen volgend uit de arbeidsovereenkomst grovelijk niet nakomt zodat er een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat;
- het aanvoeren van een valse ontslaggrond die leidt tot een onwerkbaar situatie om zo het ontslag te verwezenlijken;
- het geval waarbij een werknemer arbeidsongeschikt wordt ten gevolge van verwijtbaar onvoldoende zorg van de werkgever voor arbeidsomstandigheden;
- het geval waarin een werkgever ten onrechte één van de ontslaggronden probeert te creëren ten gevolge waarvan een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat (de *‘Asscher-escape’*)³⁴

Zoals gesteld door de wetgever voldoen alle voorgaande voorbeelden aan het criterium ernstige verwijtbaarheid. Desalniettemin kan *‘laakbaar gedrag’* van de werkgever, nummer een in de opsomming, ruimer worden geïnterpreteerd. *‘Laakbaar’* staat namelijk synoniem voor *‘afkeurenswaardig’* dan wel *‘berisping verdienend’*, aldus de Dikke van Dale. Verwijtbaar gedrag hoeft immers niet *‘ernstig’* verwijtbaar te zijn om laakbaar te zijn. Dit is door de wetgever waarschijnlijk dan ook niet als zodanig bedoeld. Het lijkt eerder een geval van ongelukkige woordkeuze.³⁵ Gevallen waar de verwijtbaarheid minder ernstig is dan die in de opsomming in de MvT, zullen aldus geen grond zijn voor toekenning van een billijke vergoeding. Het is nadrukkelijk de bedoeling van de wetgever om bij mindere gradaties van verwijtbaarheid geen billijke vergoeding toe te kennen. Dit blijkt uit het feit dat ernstige verwijtbaarheid de enige grond voor een billijke vergoeding vormt in de uiteindelijke WWZ. Aanvankelijk waren er twee toekenningsgronden.

Gedurende het wetgevingstraject is op advies van de RvS de andere initiële grond voor toekenning van de billijke vergoeding geschrapt; ontslag dat *‘geheel of grotendeels te wijten is aan de werkgever’*. Deze grond correspondeert volgens de RvS niet met de intentie om de billijke vergoeding enkel toe te kennen in uitzonderlijke gevallen, oftewel het *‘muizengaatje’*.³⁶ *‘Geheel of grotendeels te wijten aan’* is namelijk zo een ruime formulering dat deze tot gevolg kan hebben dat de rechter ook in gevallen van mindere verwijtbaarheid een billijke vergoeding zou kunnen toekennen, hetgeen weer zou kunnen leiden tot een voor de werkgever onwenselijke, aanzuigende werking.³⁷

³⁰ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, 4, p. 12-13.

³¹ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, 4, p. 12-13.

³² Kamerstukken II 2013/14, 33 818, 3, p. 112.

³³ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 34.

³⁴ Handelingen I 2013/14, 33818, 32, p. 10.

³⁵ Peters, AR-updates 2016-0095, p. 1.

³⁶ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 4, p. 12.

³⁷ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 4, p. 15.

§2.5.2 Het verschil tussen gewone en ernstige verwijtbaarheid

Als de wetgever spreekt van '*ernstige verwijtbaarheid*' als grond voor toekenning van de billijke vergoeding, roept het de vraag op wat ze hiermee precies bedoelt. Verwijtbaarheid an sich is als begrip in verschillende rechtsgebieden door de rechtspraak redelijk uitgekristalliseerd. Desalniettemin is en blijft het een subjectief begrip dat qua invulling afhankelijk is van de normen van het oordelend individu (de rechter).³⁸

De wetgever laat de vraag wanneer een handelen of een nalaten '*gewoon*' verwijtbaar is en wanneer het '*ernstig*' verwijtbaar is, dan ook over aan de rechter. In de wetsgeschiedenis wordt het buiten dat het moet gaan om gedragingen die '*duidelijk strijdig zijn met goed werkgeverschap*',³⁹ en de niet-limitatieve opsomming nauwelijks toegelicht. Terwijl het van groot belang is. Het begrip '*ernstig*' is immers de beslissende factor betreffende het al dan niet toekennen van de vergoeding.

Doordat subjectiviteit een rol speelt, kunnen grensgevallen (die op details verschillen maar qua mate van verwijtbaarheid niet voor elkaar onderdoen) leiden tot uiteenlopende resultaten. Mogelijkerwijs heeft de ene werknemer namelijk wel recht op een billijke vergoeding en de andere juist niet, ondanks de hooguit minieme verschillen qua mate van verwijtbaarheid.⁴⁰ Met het onderscheid tussen gewone en ernstige verwijtbaarheid, waarvan de toekenning van de billijke vergoeding volledig afhankelijk is, creëert de wetgever een alles-of-niets-situatie.⁴¹ Dit kan de facto uitmonden in rechtsongelijkheid wanneer er bij verschillende werknemers sprake is van zeer gelijksoortige situaties. Terwijl rechtsongelijkheid de jure, blijkens de gedachte van de wetgever achter de WWZ, juist voorkomen moet worden. Deze gedachte, reeds aan bod gekomen in de probleembeschrijving, was onder andere het vereenvoudigen van het ontslagrecht en het bevorderen van de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, hetgeen ook doorwerkt in de billijke vergoeding.⁴²

§2.5.3 De rol van het criterium ernstige verwijtbaarheid bij toekenning

Het criterium voor toekenning, ernstige verwijtbaarheid, komt in de wetsartikelen inzake de billijke vergoeding op verschillende manieren naar voren: soms expliciet, soms impliciet en soms helemaal niet. Dit is van belang in het kader van de toekenning omdat het een verschillende aanpak vereist.

1. *Gevallen waar ernstige verwijtbaarheid moet worden aangetoond (ten minste aannemelijk gemaakt) voor toekenning;*

Voor de gevallen in deze categorie dient ernstige verwijtbaarheid te worden aangetoond of aannemelijk worden gemaakt om een billijke vergoeding te kunnen toekennen. Hierbij kan het gaan om gevallen waar de arbeidsovereenkomst is opgezegd met toestemming van het UWV, waarbij de redelijke grond voor opzegging het vervallen van arbeidsplaatsen⁴³ of langdurig ziekteverzuim⁴⁴ is, maar herstel redelijkerwijs niet mogelijk is vanwege ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever. Tevens kan het gaan om opzegging als gevolg van ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever, in het geval van een huishoudelijk werknemer⁴⁵ of een werknemer in het bijzonder onderwijs.⁴⁶

³⁸ Schouten, TAP 2014/9, p. 63.

³⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, 4, p. 12-13.

⁴⁰ Schouten, TAP 2014/9, p. 63.

⁴¹ Schouten, TAP 2014/9, p. 63.

⁴² Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 32.

⁴³ Art. 7:682 lid 1 sub b BW jo. art. 7:669 lid 3 sub a BW.

⁴⁴ Art. 7:682 lid 1 sub b BW jo. art. 7:669 lid 3 sub b BW.

⁴⁵ Art. 7:682 lid 2 sub b BW jo. art. 7:671 lid 1 sub d BW.

⁴⁶ Art. 7:682 lid 2 sub b BW jo. art. 7:671 lid 1 sub h BW.

Ook voor opzegging bij een bestuurder⁴⁷ of geestelijke⁴⁸ moet ernstige verwijtbaarheid worden aangetoond of aannemelijk gemaakt worden, tenzij er sprake is van opzegging in strijd met art. 7:669 BW.⁴⁹ In dat geval wordt ernstige verwijtbaarheid verondersteld en zodoende valt het onder categorie 2.

Indien het gaat om een werkgeversverzoek tot ontbinding van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zónder tussentijds opzegbeding⁵⁰ of om een werkgeversverzoek tot ontbinding van een arbeidsovereenkomst, voor bepaalde tijd mét tussentijds opzegbeding of voor onbepaalde tijd,⁵¹ moet voor toekenning van de billijke vergoeding ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever aangetoond worden.

Net zoals bij een werkgeversverzoek moet ook in het geval van een werknemersverzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ernstige verwijtbaarheid worden aangetoond dan wel aannemelijk worden gemaakt. Dit kan gaan om ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd mét tussentijds opzegbeding of om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd,⁵² maar ook om ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder tussentijds opzegbeding.⁵³

Ten slotte moet ernstige verwijtbaarheid worden aangetoond in het geval dat de rechter in hoger beroep dan wel in cassatie oordeelt dat een verzoek om ontbinding van de werknemer of werkgever ten onrechte is afgewezen.⁵⁴

2. Gevallen waar ernstige verwijtbaarheid wordt geacht aanwezig te zijn;

Ernstige verwijtbaarheid wordt verondersteld aanwezig te zijn in gevallen waarin is opgezegd in strijd met een opzegverbod,⁵⁵ zonder vereiste schriftelijke instemming⁵⁶ of in strijd met een verbod op onderscheid.⁵⁷ Ook wanneer de wederindienststredingsvoorwaarde na opzegging⁵⁸ of na ontbinding⁵⁹ is geschonden, wordt ernstige verwijtbaarheid geacht aanwezig te zijn. Ernstige verwijtbaarheid is inherent aan de omschreven en de naar verwezen gedragingen uit art. 7:681 BW.⁶⁰

Het criterium ernstige verwijtbaarheid komt niet voor in de wettekst van voorgaande artikelen, maar er moet wel aan voldaan zijn. In strafrechtelijke termen zou het dus geen bestanddeel vormen maar een element.⁶¹ Deze gedragingen zijn op zichzelf namelijk ernstig genoeg om de aanwezigheid van ernstige verwijtbaarheid te veronderstellen. In voorgaande gevallen geldt de billijke vergoeding overigens als alternatief voor het herstel van de overeenkomst of als alternatief voor de vernietiging van de opzegging.

⁴⁷ Art. 7:682 lid 3 sub b BW jo. art. 7:671 lid 1 sub e BW.

⁴⁸ Art. 7:682 lid 3 sub b BW jo. art. 7:671 lid 1 sub f BW.

⁴⁹ Art. 7:682 lid 3 sub a BW jo. art. 7:669 BW.

⁵⁰ Art. 7:671b lid 9 sub b BW.

⁵¹ Art. 7:671b lid 8 sub c BW.

⁵² Art. 7:671c lid 2 sub b BW.

⁵³ Art. 7:671c lid 3 sub b BW.

⁵⁴ Art. 7:683 lid 5 BW jo. artt. 7:671b en 7:671c BW.

⁵⁵ Art. 7:681 lid 1 sub a BW jo. art. 7:671 BW.

⁵⁶ Art. 7:681 lid 1 sub b BW jo. art. 7:670 BW.

⁵⁷ Art. 7:681 lid 1 sub c BW jo. artt. 7:646 BW, 7:648 BW of 7:649 BW.

⁵⁸ Art. 7:681 lid 1 sub d BW jo. art. 7:669 lid 3 sub a BW.

⁵⁹ Art. 7:682 lid 4 sub b en lid 5 sub b BW en *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 113.

⁶⁰ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 61.

⁶¹ M.J. Kronenberg & B. de Wilde, *Grondtrekken van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2010, p. 41.

Ook in het geval van opzegging zonder redelijke grond⁶² bij een bestuurder of geestelijke wordt ernstige verwijtbaarheid geacht aanwezig te zijn. Waarschijnlijk zit hem dit in de zwakkere ontslagbescherming die zij genieten; ze kunnen niet om herstel verzoeken.⁶³ Daarom wordt hierbij waarschijnlijk enkel verwezen naar de bestuurder⁶⁴ of geestelijke⁶⁵ en bijvoorbeeld niet naar huishoudelijk personeel.⁶⁶ Die kan namelijk wel om herstel verzoeken.

Kanttekening bij het voorgaande omtrent de bestuurder en de geestelijke is dat deze redenering niet expliciet noch impliciet uit de wetsgeschiedenis volgt.

3. *Het geval waar ernstige verwijtbaarheid niet vereist is voor toekenning.*

Dit is, gezien de gedachte achter de billijke vergoeding van de wetgever; het bieden van compensatie voor ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever, een aparte categorie. In deze categorie speelt het criterium ernstige verwijtbaarheid namelijk geen enkele rol, het is simpelweg niet vereist noch inherent aanwezig. Het gaat hier om de billijke vergoeding als alternatief voor herstel van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep of cassatie.⁶⁷ De rechter beoordeelt slechts of een verzoek tot ontbinding van de werkgever onterecht is toegewezen of dat een verzoek tot ontbinding van de werknemer ten onrechte is afgewezen. Volgens de wetsgeschiedenis is dit artikel geïntroduceerd voor gevallen waar een dermate lange proceduredit is verstreken dat herstel niet langer logisch is.⁶⁸ Bijvoorbeeld omdat de werknemer reeds een andere baan heeft of de werkgever al een andere werknemer heeft aangenomen.⁶⁹

⁶² Art. 7:682 lid 3 sub a BW jo. art. 7:669 BW.

⁶³ J. M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, *Handboek nieuw ontslagrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 237.

⁶⁴ Art. 7:671 lid 1 sub e BW.

⁶⁵ Art. 7:671 lid 1 sub f BW.

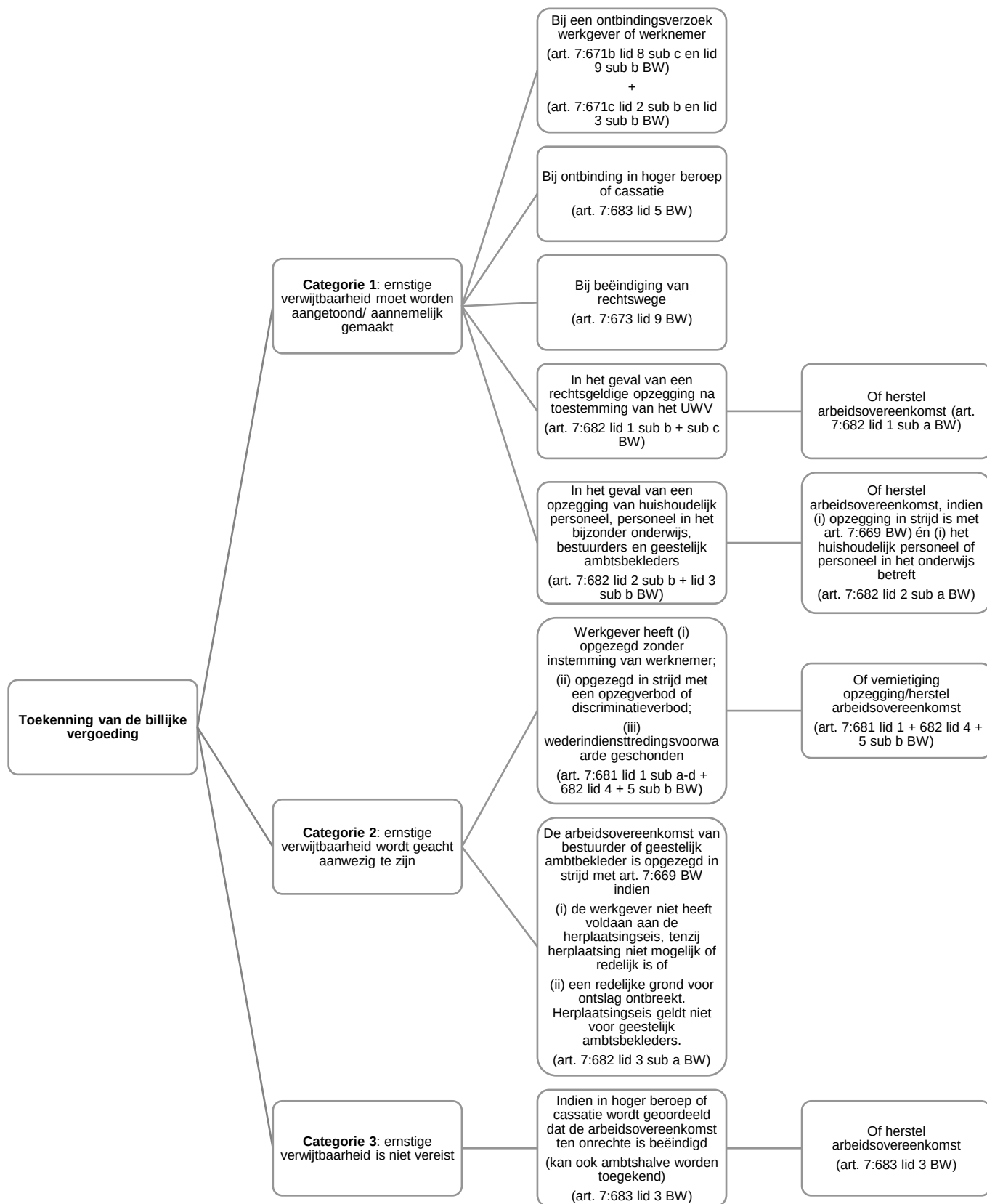
⁶⁶ Art. 7:671 lid 1 sub d BW.

⁶⁷ Art. 7:683 lid 3 BW.

⁶⁸ *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 114-115.

⁶⁹ *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 115.

Figuur 2.5: Een schematisch overzicht van de rol van het criterium 'ernstige verwijtbaarheid' bij de toekenning van een billijke vergoeding



(Naar een voorbeeld van Loyens & Loeff Advocaten)

§2.6 De begroting

Zoals reeds summier is vermeld, volgt uit de wet(s)geschiedenis) geen systeem met toepasselijke criteria aan de hand waarvan de hoogte van de billijke vergoeding dient te worden vastgesteld. De wetgever stelt slechts dat de hoogte van de billijke vergoeding *'naar haar aard'* in relatie staat tot het ernstig verwijtbaar handelen en afhangt van de *'uitzonderlijke omstandigheden van het geval'*.⁷⁰

De ernst van de verwijtbaarheid en de uitzonderlijke omstandigheden van het geval zijn dus bepalend voor de hoogte van de vergoeding. Uit de wet volgt niet welke aspecten meegewogen moeten worden, hoewel er in de wet(s)geschiedenis wel enkele aspecten genoemd worden die meegewogen kunnen worden. Zo *'hoeven'* het loon en de anciënniteit geen rol te spelen, daar het bij de berekening gaat om *'uitzonderlijke'* omstandigheden.⁷¹ Het woord *'hoeven'* duidt er mijns inziens op dat deze niet mee moeten spelen, maar het wel mogen. Wanneer er een reden voor is, kan de rechter ook de financiële situatie van de werkgever meenemen in de vaststelling van de hoogte.⁷² Bovendien kan er, in het geval van een billijke vergoeding op grond van art. 7:681 BW, worden meegewogen of de werknemer reeds een nieuwe baan heeft.⁷³

Het opmerkelijke aan het meewegen van de financiële situatie van de werkgever en een nieuwe baan van de werknemer, is dat beiden een verlagende invloed zouden hebben op de vergoeding. Hiermee wordt immers tegemoetgekomen aan de werkgever, niet aan de werknemer. Terwijl de werkgever de partij is die zich ernstig verwijtbaar heeft gedragen en de werknemer als partij *'werkelijk onrecht'*⁷⁴ is aangedaan.

Wat betreft het meenemen van de gevolgen van het ontslag bij de vaststelling van de hoogte, bespeur ik onduidelijkheid in de wet(s)geschiedenis. De gevolgen van het ontslag dienen, zo lijkt het, volgens de wetgever enerzijds niet te worden meegewogen aangezien deze reeds zijn ingecalculeerd in de transitievergoeding.⁷⁵ Anderzijds wordt in de nota naar aanleiding van het verslag⁷⁶ gesteld dat er rekening kan worden gehouden met het gegeven of de werknemer reeds een nieuwe baan heeft gevonden. Een nieuwe baan is naar mijn mening wel degelijk een (indirect) gevolg van het ontslag. Zonder ontslag zou de werknemer die nieuwe baan waarschijnlijk niet hebben. In strafrechtelijke termen zou het ontslag mijns inziens een *'conditio sine qua non'* zijn.⁷⁷

Tevens opmerkelijk is dat, gezien het feit dat de uitzonderlijke omstandigheden van het geval bepalend zijn voor de hoogte van de vergoeding, gevolgen van het ontslag hierbij geen rol zouden mogen spelen. Betekent dit dat de gevolgen van het ontslag nooit geschaard kunnen worden onder uitzonderlijke omstandigheden? Naar mijn mening kunnen ook de gevolgen van uitzonderlijke aard zijn en zouden deze dus wél meegenomen kunnen worden in de beoordeling. Interessant in deze is welke aspecten de rechtsprekende macht bij de vaststelling van de hoogte meeweegt. Dit komt aan bod in het volgende hoofdstuk.

⁷⁰ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 32-33.

⁷¹ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 33.

⁷² Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 34.

⁷³ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 90.

⁷⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, 4, p. 12.

⁷⁵ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 33.

⁷⁶ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 90.

⁷⁷ M.J. Kronenberg & B. de Wilde, *Grondtrekken van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2010, p. 49.

§2.7 Tussenconclusie

Resumerend en concluderend: in de wet(sgeschiedenis) is het volgende bepaald omtrent de billijke vergoeding; de billijke vergoeding dient ter compensatie van ernstig verwijtbaar gedrag en ter voorkoming van ernstig verwijtbaar gedrag in de toekomst. De toekenningsgrond is '*ernstig*' verwijtbaar handelen dan wel nalaten van de werkgever. Deze toekenningsgrond speelt in de verscheidene artikelen met betrekking tot de billijke vergoeding een andere rol; het wordt verondersteld aanwezig te zijn, het moet bewezen dan wel aannemelijk gemaakt worden of het speelt geen enkele rol.

Het is de nadrukkelijke bedoeling van de wetgever om bij mindere gradaties van verwijtbaarheid dan '*ernstige*' verwijtbaarheid geen billijke vergoeding toe te kennen. Anders zou er een voor de werkgever ongewenste aanzuigende werking vanuit kunnen gaan. Wanneer er sprake is van verwijtbaar gedrag of van '*ernstig*' verwijtbaar gedrag, heeft de wetgever overgelaten aan de beoordeling van de rechter. De wetgever geeft hierbij aan bij de invulling door de rechter, diens normen een rol kunnen spelen. Met het onderscheid tussen verwijtbaarheid en '*ernstige*' verwijtbaarheid, waarvan de toekenning volledig afhankelijk is, creëert de wetgever een alles-of-niets-situatie. Dit kan leiden tot uiteenlopende en ongewenste resultaten. Het kan namelijk resulteren in rechtsongelijkheid wanneer er bij verschillende werknemers sprake is van zeer gelijksoortige situaties. De uitwerking van de WWZ komt in zulke gevallen niet overeen met twee doelstellingen van de WWZ; het vergroten van de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.

De hoogte van de billijke vergoeding staat volgens de wetgever in relatie tot het ernstig verwijtbaar handelen en hangt tevens af van de '*uitzonderlijke omstandigheden van het geval*'. Door de wetgever is geen maximum bepaald omdat er recht gedaan moet kunnen worden aan de uitzonderlijke omstandigheden van het geval. De wetgever noemt enkele aspecten die meegewogen kunnen worden bij de hoogte: het loon, de anciënniteit, de financiële situatie van de werkgever en het feit of de werknemer een andere baan heeft. Opmerkelijk aan het meewegen van de financiële situatie van de werkgever en een nieuwe baan van de werknemer, is dat beiden mogelijk een verlagende invloed hebben op de hoogte. Opmerkelijk omdat hiermee wordt tegemoetgekomen aan de werkgever terwijl de werkgever degene is die zich ernstig verwijtbaar heeft gedragen. Daarnaast leiden de opmerkingen van de wetgever tot onduidelijkheid. Het wordt uit de wetgeschiedenis namelijk niet duidelijk of de gevolgen van het ernstig verwijtbare handelen of het ontslag mogen worden meegewogen in het kader van de hoogte.

Hoofdstuk 3 De billijke vergoeding in de rechtspraak (en literatuur)

Zoals blijkt uit het vorige hoofdstuk heeft de wetgever zich betreffende de invulling van de billijke vergoeding zeer terughoudend opgesteld. Behoudens enkele aanwijzingen laat ze de invulling grotendeels over aan de rechterlijke macht, opdat de rechter de ruimte krijgt om recht te kunnen doen aan elk afzonderlijk geval. Dit hoofdstuk ziet toe op de invulling van de billijke vergoeding door de rechterlijke macht, waarbij de begroting, hoogte, toekenning en het karakter van de vergoeding centraal staan. Hierbij wordt uitgegaan van een chronologische ontwikkeling verdeeld in drie tijdvakken, te weten: I. Het moment van invoering van de WWZ tot het Hairstyle-arrest, II. Het Hairstyle-arrest en III. Vanaf het Hairstyle-arrest tot op heden. Vanwege de lengte van het hoofdstuk en ten behoeve van de duidelijkheid volgt per tijdvak een tussenconclusie. Het aantal uitspraken is zeer groot, zodoende komen enkel uitspraken die van belang zijn voor het onderzoek aan bod.

§3.1 Tijdvak I: vanaf de invoering van de WWZ tot het Hairstyle-arrest

Zoals hierboven is aangegeven ziet deze paragraaf specifiek op de rechtspraak gewezen vanaf het moment van invoering van de WWZ tot het Hairstyle-arrest.

§3.1.1 De begroting van de billijke vergoeding

In deze subparagraaf komt de begroting van de billijke vergoeding in de rechtspraak aan bod. De wijze waarop de begroting wordt gemotiveerd verschilt aanzienlijk: van zeer uitvoering tot bijzonder summier.⁷⁸ In grote lijnen valt de rechtspraak (uit tijdvak I), qua wijze van begroten onder te verdelen in een drietal stromingen. Dit volgt uit de conclusie van de Advocaat-Generaal (hierna: A.G.) bij het Hairstyle-arrest, alwaar hij deze conclusie trekt op basis van een artikel van prof. mr. Sagel.⁷⁹ Ik baseer me in deze paragraaf op dat artikel.

Stroming I: de (niet tot nauwelijks gemotiveerde) begroting (en hoogte) van de vergoeding in relatie tot de mate van verwijtbaarheid

In uitspraken behorend tot deze stroming wordt een billijke vergoeding toegekend die volgens de rechter zou aansluiten bij de mate van verwijtbaarheid van het gedrag van de werkgever. In de hoogte van het bedrag zou de mate van verwijtbaarheid (in voldoende mate) tot uitdrukking komen, aldus de rechter. Dit blijkt echter geenszins uit diens motivering. Die is er namelijk niet of slechts in algemene bewoordingen, hetgeen aan duidelijkheid te wensen overlaat. De rechter 'plakt' er als het ware een bedrag op.⁸⁰

Een voorbeeld van een dergelijke overweging is die van de Kantonrechter Roermond,⁸¹ die stelt dat de hoogte van de billijke vergoeding *'moet worden bepaald op een wijze die en op het niveau dat aansluit bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval, waarbij criteria als loon en lengte van het dienstverband geen rol hoeven te spelen. Er kan wel rekening worden gehouden met de financiële situatie van de werkgever.'* Uitgaande van het voorgaande heeft de kantonrechter de billijke vergoeding vastgesteld op € 5.000,-. Het voorgaande is als het ware een opsomming van richtlijnen volgend uit de wetsgeschiedenis, zonder hierbij bijvoorbeeld concreet te maken om welke uitzonderlijke omstandigheden het gaat, of de financiële situatie van de werkgever erbij betrokken is of op welke wijze het bedrag volgt uit het voorgaande.

⁷⁸ Concl. A.G. R.H. de Bock, ECLI:NL:HR:2017:1187, bij HR 30 juni 2017.

⁷⁹ Concl. A.G. R.H. de Bock, ECLI:NL:HR:2017:1187, bij HR 30 juni 2017 en Sagel, TRA 2016/85, p. 44.

⁸⁰ Sagel, TRA 2016/85, p. 43.

⁸¹ Rb. Limburg (zittingsplaats Roermond) 5 november 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:9351.

Ook de Kantonrechter Arnhem⁸² heeft op gelijke algemene wijze de hoogte van de vergoeding gemotiveerd: *‘Een vergoeding van € 1.000,- netto acht de kantonrechter, gelet op het salaris van € 338,- netto per maand en naast de hiervoor bedoelde vergoeding wegens onregelmatige opzegging, billijk.’* Hier schijnt de kantonrechter een verband te trekken tussen de hoogte van het loon, een vergoeding wegens onregelmatige opzegging en de hoogte van de toegekende billijke vergoeding. ‘Schijnt’ omdat verder in het geheel niet gemotiveerd wordt waarom een vergoeding van € 1.000,- netto, billijk is op basis van dit loon en die andere toegekende vergoeding.

De Kantonrechter Maastricht kwam eveneens meermaals tot een uitspraak die qua motivering aan duidelijkheid te wensen overliet. In een uitspraak van 21 maart 2016⁸³ overweegt hij dat een bedrag van € 23.202,- bruto hem *‘niet onredelijk’* lijkt gezien de mate van verwijtbaarheid van de werkgever. Het verband tussen de hoogte van de vergoeding en de mate van verwijtbaarheid, wordt verder niet verduidelijkt. In een uitspraak van 13 december 2016 is dit ook het geval. Daarin stelt de rechter dat een billijke vergoeding van € 3000,- bruto *‘gerechtvaardigd’* wordt door *‘de betrekkelijk korte duur van het dienstverband’* en *‘het gegeven dat zonder dringende reden de arbeidsovereenkomst is opgezegd, hetgeen ernstig verwijtbaar handelen impliceert.’* Ook de Kantonrechter Den-Haag⁸⁴ beschouwt een vergoeding van € 17.500,- als *‘niet onredelijk’*, gezien de *‘wijze waarop’* de werknemer door de werkgever *‘is behandeld’*.

In het kader van de doelstellingen van de WWZ, namelijk de stroomlijning van het ontslagproces, waarbij hoort het vergroten van de voorspelbaarheid en rechtszekerheid,⁸⁵ is deze categorie niet wenselijk. Dergelijke uitspraken bieden immers geen enkele houvast. Volgens Sagel,⁸⁶ als juridisch auteur aangehaald in de conclusie van de A.G. bij het Hairstyle-arrest (en toevallig ook advocaat van een der partijen in het bewuste arrest), doen uitspraken als voornoemd denken aan de tijd van het kennelijk onredelijk ontslag. Ook toen werd ter onderbouwing van de hoogte veelal een korte verwijzing gehanteerd zoals *‘het voorgaande’* of *‘alle omstandigheden van het geval’*. Een marginale motivatie was destijds ook onwenselijk, zo volgt uit het arrest Rutten/Breed.⁸⁷ In dit arrest overwoog de Hoge Raad dat de voorspelbaarheid van beslissingen (tot toekenning van een vergoeding) toeneemt wanneer de rechter meer inzicht geeft in de redenering die ten grondslag ligt aan de beslissing. Hoewel dit arrest betrekking had op het destijds geldende ontslagrecht, concreet op het kennelijk redelijk ontslag ex. art. 7:681 (oud) BW, is de motivering met betrekking tot vergoedingen die daarin naar voren komt, in het huidige ontslagrecht naar mijn mening niet minder relevant.

Stroming II: het karakter van de vergoeding (punitief en preventief) als beslissende factor

Onder deze stroming vallen uitspraken die zien op het bestraffen van de werkgever en (mede) op het voorkomen van ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever in de toekomst. Deze aanpak komt voort uit enkele passages uit de wetsgeschiedenis. De wetgever stelt in de MvT namelijk dat de werknemer dient te worden gecompenseerd voor het gedrag van de werkgever, waarbij de hoogte van de billijke vergoeding zodanig moet zijn dat dergelijk handelen of nalaten van de werkgever wordt voorkomen.⁸⁸ Voorbeeld hiervan is onder meer de Kantonrechter Amsterdam,⁸⁹ die de billijke vergoeding ziet als

⁸² Rb. Gelderland (zittingsplaats Arnhem) 15 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:543.

⁸³ Rb. Limburg (zittingsplaats Maastricht) 21 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2432.

⁸⁴ Rb. Zuid-Holland (zittingsplaats Den Haag) 22 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1743.

⁸⁵ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 5. en Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 44.

⁸⁶ Sagel, TRA 2016/85.

⁸⁷ HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4472.

⁸⁸ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 32.

⁸⁹ Rb. Amsterdam 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752.

een 'civielrechtelijke sanctie'. Hierbij stelt zij dat een lage vergoeding het risico in zich heeft om door de werkgever te worden gezien als *'vrijbrief voor ernstig verwijtbaar handelen'* om zo *'een verstoorde arbeidsrelatie te construeren en zo op oneigenlijke wijze het einde van het dienstverband met de werknemer te realiseren.'* Ook het Hof Arnhem-Leeuwarden⁹⁰ en de Kantonrechter Amersfoort⁹¹ beslisten op dergelijke wijze, namelijk uitgaande van een punitief en preventief karakter. Dit uitgangspunt komt ook naar voren in meerdere uitspraken van de Rechtbank Gelderland, waarin bij het vaststellen van de hoogte wordt gesproken over het weerhouden van de werkgever zich *'opnieuw aan ernstig verwijtbaar handelen of nalaten schuldig te maken'*⁹² en over *'de doorslaggevende rol'*⁹³ van het punitieve en preventieve karakter. Bij deze twee laatstgenoemde uitspraken is de hoogte van de vergoeding louter bepaald door dit karakter, in tegenstelling tot bijvoorbeeld de uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland.⁹⁴ Daarin weegt dit karakter slechts mee in combinatie met andere factoren. De rechter bepaalt namelijk dat *'afhankelijk van de omstandigheden in bepaalde gevallen meer gewicht toe zal komen aan de relatie met het verwijtbare handelen van de werkgever en het 'punitieve' karakter van de billijke vergoeding, en in andere gevallen zal het weer meer in de rede liggen om bij de vaststelling van de hoogte rekening te houden met ten onrechte niet genoten loon.'*

De gedachte van de wetgever achter de begroting van de billijke vergoeding, namelijk dat deze qua hoogte *'naar haar aard'* in relatie staat tot het ernstig verwijtbaar handelen en afhangt van de *'uitzonderlijke omstandigheden van het geval'*,⁹⁵ lijkt in deze stroming mijns inziens niet op te gaan. Op deze wijze wordt er namelijk geen verband gelegd tussen de mate van verwijtbaarheid en de hoogte of tussen de uitzonderlijke omstandigheden en de hoogte. Er wordt juist uitgegaan van een andere aanwijzing van de wetgever, namelijk dat de billijke vergoeding dient ter voorkoming van een dergelijk handelen of nalaten.⁹⁶ Wil de hoogte van de vergoeding dienen ter preventie en/ of als sanctie (tegenover de bewuste werkgever), dan is de kans groot dat deze afhankelijk wordt van andere factoren zoals de omvang en de financiële draagkracht van de werkgever.⁹⁷ Immers; om de bakker op de hoek te straffen hoeft er een veel lagere vergoeding te worden toegekend dan voor een grote multinational.

Stroming III: de hoogte van de billijke vergoeding in relatie tot de financiële waarde van het dienstverband

De rechter neemt in bepaalde uitspraken de gevolgen van het ontslag als uitgangspunt voor de hoogte van de billijke vergoeding. Hierbij wordt de hoogte afgestemd op de financiële waarde die het dienstverband voor de werknemer zou hebben gehad, indien de opzegging zou zijn vernietigd. De facto komt de financiële waarde vaak neer op gemist loon. In deze gevallen dient de billijke vergoeding als alternatief voor tewerkstelling en herstel van de arbeidsrelatie. In het artikel van Sagel wordt deze benadering de *'spiegel-benadering'* genoemd.⁹⁸ *'Spiegel-benadering'* omdat de financiële waarde van een verzoek tot vernietiging gespiegeld wordt aan een verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding. Deze benadering sluit het meewegen van andere aspecten bij het begroten van de vergoeding uiteraard niet uit.⁹⁹

⁹⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden 31 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2601, AR-Updates 2016-0349.

⁹¹ Rb. Midden-Nederland (zittingsplaats Amersfoort) 15 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7538.

⁹² Rb. Gelderland (zittingsplaats Arnhem) 21 september 2016, AR-updates 2016-1099.

⁹³ Rb. Gelderland (zittingsplaats Arnhem) 29 september 2016, AR-updates 2016-1115.

⁹⁴ Rb. Noord-Holland (zittingsplaats Zaanstad) 28 juli 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:6519.

⁹⁵ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 32 en 33.

⁹⁶ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 32.

⁹⁷ Sagel, TRA 2016/85, p. 44.

⁹⁸ Sagel, TRA 2016/85, p. 45.

⁹⁹ Sagel, TRA 2016/85, p. 46.

In een uitspraak van de Kantonrechter Rotterdam¹⁰⁰ komt deze benadering duidelijk naar voren, daar hij motiveert dat *'de billijke vergoeding vooral gerelateerd moet worden aan de financiële tegenwaarde die herstel van de arbeidsovereenkomst voor de werknemer zou hebben gehad.'* Daarnaast menen onder meer een Amsterdamse,¹⁰¹ een Zwolse,¹⁰² een Tilburgse¹⁰³ en een Groningse¹⁰⁴ kantonrechter dat in gevallen waar de billijke vergoeding als alternatief dient voor vernietiging van de opzegging, de waarde hiervan moet afhangen van de financiële waarde die herstel van het dienstverband voor de werknemer zou hebben gehad. Niet enkel kantonrechters benaderen het begroten van de billijke vergoeding op deze wijze, een raadsheer van het Hof in Den-Bosch doet dit op soortgelijke wijze.¹⁰⁵ Deze stelt dat het uitgangspunt wat betreft de hoogte in beginsel de mate van het ernstig verwijtbaar handelen en nalaten van de werkgever is. Hierbij wordt opgemerkt dat de omstandigheden van het geval eveneens door het hof kunnen worden meegewogen bij de hoogte van de vergoeding. In onderhavige zaak wordt het misgelopen loon geschaard onder de omstandigheden van het geval.

§3.1.2 De hoogte van de vergoeding in tijdvak I

Zoals meermaals aangegeven heeft de wetgever de vaststelling van de hoogte van de billijke vergoeding, behoudens enkele aanwijzingen overgelaten aan de rechter. Het blijkt dat er grote verschillen zijn wat betreft de hoogte van de toegekende vergoeding. Dit kan worden verklaard uit het feit dat rechters veel vrijheid genieten bij het begroten van de billijke vergoeding, in combinatie met het gegeven dat zij de aanwijzingen van de wetgever op verschillende wijzen uitleggen.

Frikkee en Smorenburg hebben zestien uitspraken geanalyseerd uit de periode direct na invoering van de WWZ.¹⁰⁶ In deze periode varieerde de hoogte van € 200,-¹⁰⁷ tot maar liefst € 90.000,-.¹⁰⁸ In januari 2017 is aan een statutair bestuurder zelfs een vergoeding van € 141.500,- toegekend.¹⁰⁹ Ook tussen zaken die inhoudelijk erg op elkaar lijken, bestaan aanzienlijke verschillen qua hoogte van de vergoeding. Het gaat om twee werknemers die allebei in dienst zijn per januari 2015, met een vergelijkbaar loon (€ 8.000,- tegenover € 8.500,-) en allebei per direct op non-actief gesteld zijn nadat de werknemer het voornemen tot beëindiging van de overeenkomst had geuit. Werknemer 1 kreeg van het hof in Den Haag een vergoeding van € 2.000,- en werknemer 2 een vergoeding van € 65.000 van het hof Arnhem-Leeuwarden.¹¹⁰

Uit een onderzoek van VAAN blijkt dat in de periode van 1 juli 2015 (invoering WWZ) tot en met 1 juni 2016, de hoogte van de toegekende billijke vergoeding in ontbindingszaken in gepubliceerde rechtspraak gemiddeld € 25.364,-¹¹¹ bedraagt. Omgerekend 1,28 maandloon per gewerkt dienstjaar. Ook in het omgerekende loon per gewerkt dienstjaar is het brede spectrum terug te zien; het varieert van 0,13 tot en met 5,56. In niet-gepubliceerde rechtspraak bedraagt de hoogte van de toegekende billijke vergoeding in

¹⁰⁰ Rb. Rotterdam 22 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6495.

¹⁰¹ Rb. Amsterdam 17 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1690.

¹⁰² Rb. Overijssel (zittingsplaats Zwolle) 1 april 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1205.

¹⁰³ Rb. Zeeland-West-Brabant (zittingsplaats Tilburg) 13 juli 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:4337.

¹⁰⁴ Rb. Noord-Nederland (zittingsplaats Groningen) 14 juli 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:3628.

¹⁰⁵ Hof 's-Hertogenbosch 23 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2514.

¹⁰⁶ Frikkee & Smorenburg, *Arbeidsrecht* 2016/11, p. 4.

¹⁰⁷ Rb. Limburg (zittingsplaats Maastricht) 1 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:1789.

¹⁰⁸ Rb. Gelderland (zittingsplaats Arnhem) 25 februari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1534.

¹⁰⁹ 'De billijke vergoeding', *Workx Advocaten* 8 november 2017, workxadvocaten.nl (zoek op *Billijke vergoeding*).

¹¹⁰ 'De billijke vergoeding', *Workx Advocaten* 8 november 2017, workxadvocaten.nl (zoek op *Billijke vergoeding*).

¹¹¹ 'VAAN-VvA evaluatieonderzoek WWZ', p. 18.

deze periode gemiddeld € 30.105,-¹¹² oftewel 1,02 maandloon per dienstjaar. Minister Asscher, oud minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, verklaarde het aanmerkelijke verschil uit het feit dat de WWZ geen norm bevat voor de vaststelling van de hoogte.¹¹³ Bij het vaststellen van de hoogte van de vergoeding hebben de rechters in deze periode (onder andere) betrokken:¹¹⁴

Werknemersomstandigheden:

- de leeftijd van de werknemer en de anciënniteit;¹¹⁵
- de kansen van de werknemer op de arbeidsmarkt;¹¹⁶
- verwijtbaar gedrag van de werknemer;¹¹⁷
- de derving van inkomen en terugval op een WW- of pensioenuitkering;¹¹⁸
- de afwezigheid van aanspraak op een transitievergoeding ten gevolge van het niet voldoen aan het anciënniteitsvereiste;¹¹⁹
- emotionele/ psychische gevolgen voor de werknemer;¹²⁰
- het feit of de hoogte van de verzochte billijke vergoeding niet betwist wordt door de werkgever.¹²¹

Werkgeversomstandigheden:

- de ernst van het verwijtbare gedrag¹²²
- de financiële situatie van de werkgever;¹²³
- de bedrijfsomvang;¹²⁴
- de fase waarin de onderneming verkeert;¹²⁵
- het (opzettelijk) niet nakomen van verplichtingen door de werkgever;¹²⁶
- de doorbetaling van loon door de werkgever ondanks het niet verrichten van werkzaamheden door de werknemer.¹²⁷

Doordat er zoveel verscheidenheid bestaat qua hoogte van de toegekende billijke vergoedingen, valt er geen duidelijke lijn uit te distilleren. Vooral omdat de motivering meer dan eens aan duidelijkheid te wensen overlaat.

¹¹² 'VAAN-VvA evaluatieonderzoek WWZ', p. 24.

¹¹³ L.F. Asscher, 'Opzet evaluatie Wwz en eerste beeld invoering Wwz', Kamerbrief 27 november 2015, p. 9.

¹¹⁴ Frikkee & Smorenburg, *Arbeidsrecht* 2016/11, p. 4 en 5.

¹¹⁵ Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:320.

¹¹⁶ Rb. Oost-Brabant (zittingsplaats 's-Hertogenbosch) 1 oktober 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6107.

¹¹⁷ Rb. Amsterdam 12 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2127.

¹¹⁸ Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:320.

¹¹⁹ Frikkee & Smorenburg, *Arbeidsrecht* 2016/11, p. 4.

¹²⁰ Rb. Noord-Nederland (zittingsplaats Leeuwarden) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:714.

¹²¹ Rb. Noord-Nederland (zittingsplaats Leeuwarden) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:714.

¹²² Rb. Amsterdam 15 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9244; Rb. Noord-Nederland (zittingsplaats Leeuwarden) 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423; Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:320; Rb. Noord-Nederland (zittingsplaats Leeuwarden) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:714.

¹²³ Rb. Oost-Brabant (zittingsplaats 's-Hertogenbosch) 22 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5552 en Rb. Zeeland-West-Brabant (zittingsplaats Breda) 25 november 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:8520.

¹²⁴ Rb. Noord-Nederland (zittingsplaats Leeuwarden) 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423 en Rb. Amsterdam 15 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9244.

¹²⁵ Rb. Amsterdam 15 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9244.

¹²⁶ Rb. Noord-Nederland (zittingsplaats Leeuwarden) 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423.

¹²⁷ Rb. Midden-Nederland (zittingsplaats Utrecht) 18 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:854.

3.1.3 De uitleg van de rechter versus de aanwijzingen van de wetgever (hoogte)

In de hoogte van de billijke vergoeding kunnen zoals gezegd alle bovengenoemde omstandigheden meegenomen door de rechter. De vraag is of dit in lijn is met de aanwijzingen van de wetgever. Wat waren deze aanwijzingen ook alweer? Volgens de wetgever dient de vergoeding ter compensatie van het verwijtbare gedrag van de werkgever¹²⁸ en is deze gericht op het in de toekomst voorkomen van een dergelijk handelen.¹²⁹ Voor die preventieve werking moest de hoogte van de billijke vergoeding aansluiten op de *'uitzonderlijke omstandigheden van het geval'*¹³⁰ en de *'ernst van de verwijtbaarheid'*.¹³¹ De gevolgen van het ontslag mogen niet meewegen¹³² maar het misgelopen loon kan wel meewegen.¹³³ Evenals de financiële situatie van de werkgever en het gegeven of de werknemer reeds een nieuwe baan heeft.¹³⁴ Het loon en de anciënniteit 'hoeven' volgens de wetgever geen rol te spelen.¹³⁵

Uitgaande van de uit de rechtspraak volgende werknemers- en werkgeversomstandigheden die betrokken zijn bij het begroten van de vergoeding, kan mijns inziens geconcludeerd worden dat de aanwijzingen van de wetgever ten dele opgevolgd zijn. Ondanks dat de wetgever nadrukkelijk heeft beoogd de gevolgen van het ontslag buiten de begroting te houden, althans zo lijkt het, besloten rechters bepaalde gevolgen weldegelijk mee te wegen. Denk bijvoorbeeld aan de derving van inkomen en terugval op een WW- of pensioenuitkering, psychische gevolgen of kansen op de arbeidsmarkt. De Hoge Raad laat zich in het Hairstyle-arrest nadrukkelijk uit over het al dan niet meewegen van de gevolgen van het ontslag voor de werknemer bij de hoogte van de billijke vergoeding (zie paragraaf 3.5.2.1 en verder).

De rechterlijke macht volgt de aanwijzingen op wat betreft het meewegen van de financiële situatie van de werkgever, zoals naar voren komt in het meewegen van de omvang van een onderneming en de fase waarin een onderneming verkeert. En terwijl het niet *'hoeft'* volgens de wetgever, worden ook de leeftijd van de werknemer, de anciënniteit en de hoogte van het loon betrokken bij de begroting. Daarnaast wordt de hoogte van de vergoeding gekoppeld aan de mate van verwijtbaarheid (hoewel de motivering hiervan zo nu en dan te wensen overlaat).

In elk van de drie hiervoor behandelde stromingen in de rechtspraak met betrekking tot de begroting, komt nadrukkelijk een aanwijzing van de wetgever naar voren. Zo wordt door de rechters in stroming I vooral aansluiting gezocht bij de mate van verwijtbaarheid, in stroming II bij de uitspraak van de wetgever dat de vergoeding dient ter voorkoming (en ter bestraffing aldus deze rechters) en in stroming III bij de financiële waarde van het dienstverband, waaronder het misgelopen loon.

§3.2 Het karakter

De hoogte hangt samen met het door de rechter aan de billijke vergoeding toegedichte karakter. Alleen welk karakter is dit dan? Zoals blijkt in de 2^e stroming, interpreteerden rechters de uitspraak van de wetgever dat de billijke vergoeding dient ter compensatie van de werknemer¹³⁶ en ter voorkoming van ernstig verwijtbaar handelen door de

¹²⁸ *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 32.*

¹²⁹ *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 32.*

¹³⁰ *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 33.*

¹³¹ *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 32 en 33.*

¹³² *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 33.*

¹³³ *Kamerstukken II 2013/14, 33818, C, p. 92 en Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 55.*

¹³⁴ *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 34 en Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 90.*

¹³⁵ *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 33.*

¹³⁶ *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 32.*

werkgever¹³⁷ meer dan eens als een aanwijzing dat de billijke vergoeding punitief van aard dient te zijn. Het bedrag moet dermate hoog zijn dat het afschrikwekkend¹³⁸ werkt, aldus deze rechters. Het zou een civielrechtelijke sanctie op ernstig verwijtbaar gedrag zijn.¹³⁹ Een zogeheten *'tik op de vingers'* van de werkgever. Wanneer de vergoeding niet hoog is, zouden werkgevers dit eerder accepteren en dus zou de kans groter zijn dat zij opzettelijk een verstoorde arbeidsrelatie creëren om zo de arbeidsovereenkomst te kunnen beëindigen. Volgens deze rechters mag het niet zo zijn dat een werkgever een verstoorde arbeidsrelatie creëert, zonder dat hij daarbij een vergoeding van *'enige omvang'* verschuldigd is.¹⁴⁰ De vraag is echter of de opmerking van de wetgever een zuivere preventieve uitleg of een preventieve én punitieve uitleg beoogt. Ook over deze vraag buigt de Hoge Raad zich in het Hairstyle-arrest.

§3.3 De toekenning: wat verstaat de rechter onder ernstig verwijtbaar handelen?

§3.3.1 Wel ernstig verwijtbaar

Uit onderzoek van Frikkee en Smorenburg¹⁴¹ blijkt dat de toekenning van een billijke vergoeding op grond van ernstig verwijtbaar handelen in de rechtspraak geschiedt als het afvuren van een *'drietrapsraket'*. Allereerst wordt vastgesteld of er sprake is van een grond voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst, ten tweede of er sprake is van ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever en als aan beide voorgaande voorwaarden is voldaan, wordt er (ten derde) een billijke vergoeding toegekend. Na invoering van de WWZ is gebleken dat rechters ernstige verwijtbaarheid niet zomaar aannemen,¹⁴² het moet daadwerkelijk gaan om *'uitzonderlijke gevallen'* en er moet sprake zijn van gedrag dat onmiskenbaar *'strijdig'* is met *'goed werkgeverschap'*.¹⁴³ Zo bezien is dit in lijn met de visie van de wetgever.¹⁴⁴

In de periode van 1 juli 2015 tot en met 1 juni 2016 (dus in de eerste helft van tijdvak I) werd in de niet-gepubliceerde rechtspraak de billijke vergoeding maar in zes van de honderdnegen ontbindingsverzoeken toegekend.¹⁴⁵ Dat is gelijk aan een percentage van 5,5%. Dit in tegenstelling tot het toekenningspercentage in de gepubliceerde rechtspraak uit die periode, te weten 20%.¹⁴⁶

VAAN merkt op dat het verschil van 14,5%-punt niet representatief is voor de werkelijkheid, daar het percentage uit de gepubliceerde rechtspraak waarschijnlijk te hoog is ten gevolge van een *'onevenredige'* hoeveelheid gepubliceerde zaken waarin sprake is van ernstige verwijtbaarheid. Uit de cijfers is op te maken dat in veel gevallen ernstige verwijtbaarheid niet wordt aangenomen. Wanneer van ernstige verwijtbaarheid immers geen sprake is, wordt er ook geen billijke vergoeding toegekend (m.u.v. de billijke vergoeding ex. art. 7:683 lid 3 BW).

Interessanter dan de cijfers is naar mijn mening wat de rechterlijke macht beschouwt als een ernstig verwijtbare gedraging. De realiteit is immers vele malen veelzijdiger en

¹³⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 32.

¹³⁸ Rb. Midden-Nederland (zittingsplaats Amersfoort) 15 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7538 en Rb. Amsterdam 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752.

¹³⁹ Rb. Amsterdam 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752.

¹⁴⁰ Rb. Gelderland (zittingsplaats Arnhem) 25 februari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1534.

¹⁴¹ Frikkee & Smorenburg 2016, *Arbeidsrecht* 2016/11, p. 2 en 3.

¹⁴² Frikkee & Smorenburg 2016, *Arbeidsrecht* 2016/11, p. 10.

¹⁴³ Peters 2016a, *AR Updates* 2015/1009, p. 4.

¹⁴⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 4, p. 12 en 13.

¹⁴⁵ 'VAAN-VvA evaluatieonderzoek WWZ', p. 24.

¹⁴⁶ 'VAAN-VvA evaluatieonderzoek WWZ', p. 24.

gecompliceerder dan de wetgever kan vangen in een niet-limitatieve opsomming¹⁴⁷ van gevallen waar sprake is van ernstige verwijtbaarheid. De opsomming is niet voor niets niet-limitatief opgesteld.

In tegenstelling tot de hoogte van de vergoeding wordt het criterium ernstige verwijtbaarheid door de rechterlijke macht wel uitvoerig gemotiveerd.¹⁴⁸ Door Bij de Vaate en Pinedo¹⁴⁹ is de jurisprudentie tot 1 juli 2016 met betrekking tot de billijke vergoeding geanalyseerd. Deze analyse ziet specifiek op de billijke vergoeding ex. artt. 7:671b lid 8 sub c BW, 7:671c lid 2 sub b BW en 7:681 lid 1 BW. Voor de eerste twee artikelen dient ernstige verwijtbaarheid te worden aangetoond, voor het laatste artikel wordt ernstige verwijtbaarheid geacht aanwezig te zijn.¹⁵⁰ Uit de jurisprudentie hebben zij een aantal verschillende categorieën gedestilleerd die door de rechter veelal worden gekwalificeerd als ernstig verwijtbaar:

- het (weg)pesten van een werknemer;¹⁵¹
- een kwetsend en/ of grievend handelen van de werkgever;¹⁵²
- het schenden van de re-integratieplicht;
- het bewust en langdurig nalaten van het doen van loonbetalingen;¹⁵³
- het schenden van de scholingsverplichting;¹⁵⁴
- het aanvoeren van een valse ontslaggrond;¹⁵⁵
- het door de werkgever nalaten van herstelmaatregelen bij verstoorde arbeidsverhouding;¹⁵⁶
- het niet voldoende treffen van maatregelen ter voorkoming van een verstoorde arbeidsverhouding, het doen escaleren van een conflict of het nalaten maatregelen te treffen ter voorkoming van escalatie;¹⁵⁷
- Een combinatie van meerdere voornoemde gedragingen.¹⁵⁸

In het merendeel van de gevallen waar een billijke vergoeding werd toegekend, betrof de ontbindingsgrond een verstoorde arbeidsverhouding ex. art. 7:669 lid 3 sub g BW.¹⁵⁹ De oorzaak van deze verstoring lag meer dan eens in het door de werkgever aansturen op beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Dit gebeurde te vroeg, op valse gronden of op een andere verwijtbare wijze.¹⁶⁰ Een werkgever werd bij een verstoorde arbeidsverhouding vaak verweten zich onvoldoende in te zetten om de verhouding te verbeteren,¹⁶¹ bijvoorbeeld door het niet aanbieden van mediation of die wel aan te bieden maar op oneigenlijke wijze te gebruiken. In een aantal gevallen werd ernstige

¹⁴⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 34.

¹⁴⁸ Frikkee & Smorenburg 2016, *Arbeidsrecht* 2016/11, p. 2-3.

¹⁴⁹ Bij de Vaate & Pinedo 2016, *Tra* 2016/84.

¹⁵⁰ Zie paragraaf 2.2.8 en Bij de Vaate & Pinedo 2016, *Tra* 2016/84, p. 2.

¹⁵¹ Rb. Amsterdam 29 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:400.

¹⁵² Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715 en Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:320.

¹⁵³ Rb. Oost-Brabant (zittingsplaats 's-Hertogenbosch) 1 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5186.

¹⁵⁴ Rb. Noord-Holland (zittingsplaats Alkmaar) 28 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5443-5444.

¹⁵⁵ Rb. Noord-Nederland (zittingsplaats Leeuwarden) 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423.

¹⁵⁶ Rb. Amsterdam 12 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2127; Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715 en Bij de Vaate en Pinedo 2016, *Tra* 2016/84, p. 3.

¹⁵⁷ Rb. Noord-Nederland (zittingsplaats Leeuwarden) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:713; Rb. Gelderland (zittingsplaats Arnhem) 25 februari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1534 en Rb. Overijssel (zittingsplaats Enschede) 27 november 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5275.

¹⁵⁸ Rb. Rotterdam 11 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3578.

¹⁵⁹ Peters 2016a, *AR Updates* 2015/1009, p. 3 en Frikkee & Smorenburg 2016, *Arbeidsrecht* 2016/11, p. 2-3.

¹⁶⁰ Peters 2016a, *AR Updates* 2015/1009, p. 3 en Frikkee & Smorenburg 2016, *Arbeidsrecht* 2016/11, p. 2-3.

¹⁶¹ Rb. Rotterdam 6 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6858.

verwijtbaarheid aangenomen door het niet of niet voldoende gelegenheid bieden aan de werknemer om zijn of haar functioneren te verbeteren. Bijvoorbeeld door geen functioneringsgesprekken te houden of geen coaching aan te bieden. Het ‘*grovelijk*’ niet nakomen van verplichtingen door de werkgever is eveneens voldoende om ernstige verwijtbaarheid aan te nemen.¹⁶² Bij een dergelijke verplichting valt bijvoorbeeld te denken aan een scholingsplicht of de plicht tot loonbetaling. Ook een intimiderende dan wel chanterende handelswijze van de werkgever kan reden zijn voor het aannemen van ernstige verwijtbaarheid.¹⁶³

§3.3.2 Niet ernstig verwijtbaar

Er zijn factoren die ertoe kunnen leiden dat ernstige verwijtbaarheid niet wordt aangenomen, ondanks dat er sprake is van een of meer gedragingen die (in beginsel) gekwalificeerd kunnen worden als ernstig verwijtbaar. De gedragingen zijn het namelijk niet per definitie.

Zoals gezegd bleek uit het onderzoek van VAAN dat de billijke vergoeding veel vaker niet dan wel toegekend wordt.¹⁶⁴ Hieruit kan worden afgeleid dat het gedrag van de werkgever in de meeste gevallen als niet ernstig verwijtbaar wordt aangemerkt. Dit kan het gevolg zijn van meerdere factoren. Het kan bijvoorbeeld zo zijn dat de werkgever, ondanks verwijtbaar gedrag, in voldoende mate heeft gepoogd de arbeidsrelatie te herstellen of hij in voldoende mate oplossingsgericht was ten opzichte van problemen heersend tussen de partijen.¹⁶⁵ Bijvoorbeeld wanneer er op initiatief van de werkgever gebruik gemaakt is van mediation. Een andere reden voor het niet aannemen van ernstige verwijtbaarheid kan zijn dat beide partijen (de werkgever en de werknemer) een aandeel hebben in een verstoorde arbeidsrelatie.¹⁶⁶

Indien er sprake is van een slecht functionerende dan wel arbeidsongeschikte werknemer, is het voor het aannemen van ernstige verwijtbaarheid bepalend of de werkgever zich in voldoende mate heeft ingezet voor deze werknemer. Te denken valt aan het treffen van maatregelen zoals een verbetertraject of coaching. Of de door de werkgever getroffen maatregelen het gewenste resultaat hebben bereikt doet hierbij niet ter zake.¹⁶⁷ De rechter beschouwt het mijns inziens dus als een inspanningsplicht, niet als een resultaatplicht.

De aanwezigheid van ernstige verwijtbaarheid is en blijft afhankelijk van het oordeel van de rechter. Enige mate van subjectiviteit is hierbij niet uit te sluiten, aldus de wetgever.¹⁶⁸ In een zaak van het Hof in Den Bosch¹⁶⁹ komt dit duidelijk naar voren. In casu was sprake van manipulatie van een secretaresse door de werkgever middels ‘pikante’ e-mails. De rechter in hoger beroep¹⁷⁰ verschilt van mening met de rechter in eerste aanleg,¹⁷¹ hetgeen terugkomt in hun oordeel: de kantonrechter kwalificeert het gedrag van de werkgever als ‘*verwijtbaar*’, terwijl de hogerberoepsrechter het beoordeelt als ‘*ernstig verwijtbaar*’. Zodoende wordt in hoger beroep wel een billijke vergoeding toegekend en in eerste aanleg niet. Dat subjectiviteit niet enkel een rol kan spelen bij de beoordelaar maar

¹⁶² Frikkee & Smorenburg 2016, *Arbeidsrecht* 2016/11, p. 2 en 3.

¹⁶³ Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:320.

¹⁶⁴ ‘VAAN-VvA evaluatieonderzoek WWZ’, p. 24.

¹⁶⁵ Rb. Den Haag 3 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:761.

¹⁶⁶ Rb. Amsterdam 31 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2119.

¹⁶⁷ Hof 's-Hertogenbosch 21 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1538.

¹⁶⁸ *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 65.

¹⁶⁹ Peters 2016a, *AR Updates* 2015/1009, p.4 en Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:320.

¹⁷⁰ Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:320.

¹⁷¹ Rb. Oost-Brabant (zittingsplaats Den Bosch) 1 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5186.

ook bij de beoordeelde, wordt naar mijn mening geïllustreerd door het voorbeeld van kwetsend/ grievend handelen door de werkgever. De ene werknemer is eerder gekwetst dan de ander; sommigen kunnen simpelweg meer hebben. Subjectiviteit kan naar mijn mening ook naar voren komen in de beoordeling van het (weg)pesten van een werknemer; waar ligt de scheidslijn tussen pesten en plagen? Al zal de rechter in diens beoordeling natuurlijk uitgaan van de beleving van de gemiddelde Nederlander.

§3.4 Tussenconclusie tijdvak I

Wat betreft de begroting van de billijke vergoeding waren er in periode I een drietal stromingen te onderscheiden: de hoogte van de vergoeding in relatie tot de mate van verwijtbaarheid, het vermeende punitieve karakter van de vergoeding als bepalende factor en de hoogte van de billijke vergoeding in relatie tot de financiële waarde van het dienstverband. In elk van deze drie stromingen komt een aanwijzing van de wetgever naar voren. Zo wordt door de rechters in stroming I vooral aansluiting gezocht bij de mate van verwijtbaarheid, in stroming II bij de uitspraak van de wetgever dat de vergoeding dient ter voorkoming (en ter bestraffing aldus deze rechters) en in stroming III bij de financiële waarde van het dienstverband, waaronder het misgelopen loon.

Qua hoogte van de toegekende vergoedingen bestaan er in tijdvak I enorme verschillen. Door deze verscheidenheid bestaat valt er geen duidelijke lijn uit te distilleren. Tevens omdat de hoogte meer dan eens gebrekkig werd gemotiveerd door de rechter.

De toekenning van een billijke vergoeding geschiedt in de rechtspraak als het afvuren van een *'drietrapsraket'*: ten eerste wordt er vastgesteld of er sprake is van een grond voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst, ten tweede wordt er vastgesteld of er sprake is van ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever en ten derde wordt er een billijke vergoeding toegekend.

Gebleken is dat rechters ernstige verwijtbaarheid niet snel aannemen. In lijn met de visie van de wetgever betreft het *'uitzonderlijke gevallen'* en moet sprake zijn van gedrag dat onmiskenbaar *'strijdig'* is met *'goed werkgeverschap'*. Factoren die ertoe kunnen leiden dat ernstige verwijtbaarheid niet wordt aangenomen, ondanks dat er sprake is van een gedraging die in beginsel gekwalificeerd kan worden als ernstig verwijtbaar, zijn bijvoorbeeld dat beide partijen een aandeel hebben in de verstoorde arbeidsrelatie, de werkgever in voldoende mate heeft getracht de arbeidsrelatie te herstellen of dat hij in voldoende mate oplossingsgericht was ten opzichte van problemen die speelden tussen de partijen.

Wanneer in het kader van de toekenning gevallen van ernstig verwijtbaar gedrag uit de jurisprudentie naast de voorbeelden uit de wetsgeschiedenis (MvT) worden gelegd, kan de conclusie worden getrokken dat deze doorgaans met elkaar corresponderen. De opmerking van de wetgever dat subjectiviteit van de rechter een rol kan spelen in de beoordeling van gedrag als ernstig verwijtbaar, blijkt niet ongegrond.

§3.5 Tijdvak II: het Hairstyle-arrest¹⁷²

Hoewel ik in dit hoofdstuk spreek over drie tijdvakken, zijn het er in feite maar twee; ervoor en erna. Deze twee tijdvakken worden gescheiden door een bepaald moment. Een moment waarbij het verleden wordt betrokken in het oordeel, en de toekomst afhankelijk is van het oordeel (wegens de precedentwerking). Dit bewuste moment betreft het Hairstyle-arrest, gewezen door de Hoge Raad. In deze paragraaf staat hetgeen de Hoge Raad heeft bepaald met betrekking tot de toekenning (mogen persoonlijke omstandigheden meewegen?), de begroting en het karakter (punitief?) van de billijke vergoeding centraal. Alvorens hierop in te gaan komen de relevante feiten van de aan bod.

§3.5.1 De feiten: een korte samenvatting

Onderhavige zaak gaat over een kapster (werkneemster) die sinds 1989 in dienst was bij (de rechtsvoorganger van) kapperszaak en besloten vennootschap New Hairstyle te Bunschoten-Spakenburg (werkgever). De werkgever wilde al langere tijd van de werkneemster af. Zo heeft de werkgever al in januari 2014 een vaststellingsovereenkomst voorgelegd ter beëindiging van het dienstverband (zonder toekenning van een financiële regeling), waar de werkneemster niet mee heeft ingestemd. Een jaar later heeft de werkgever opnieuw getracht het dienstverband te beëindigen. Dit keer middels het aanvragen van een ontslagvergunning op bedrijfseconomische redenen bij het UWV. Deze is geweigerd omdat de werkgever de noodzaak tot reorganisatie niet aannemelijk gemaakt had.

Uiteindelijk ontstaat er in juli 2015 opnieuw onenigheid tussen de werkneemster en haar werkgever. Dit maal heeft het betrekking op de periode waarin zij vakantieverlof zou krijgen. De werkneemster is zonder toestemming van haar werkgever op vakantie gegaan. De werkgever vond dit niet getuigen van collegialiteit en beschouwde haar handelen als onacceptabel, hetgeen de werkgever heeft doen besluiten haar op non-actief te stellen en de arbeidsovereenkomst op te zeggen (in strijd met de daarvoor geldende regels; zonder schriftelijke instemming van de werknemer en geen sprake van een uitzondering ex. art. 7:671 lid 1 BW).

De werkneemster vond de opzegging niet terecht en heeft derhalve een geding aanhangig gemaakt bij de kantonrechter. Ze erkende dat er sprake was van een verstoorde arbeidsverhouding en dientengevolge wilde ze haar baan niet terug. Ze verzocht dan ook geen vernietiging van het ontslag maar een transitievergoeding en een billijke vergoeding ex. art. 7:681 lid 1 BW van € 57.699,07,- bruto dan wel een billijke vergoeding die de kantonrechter redelijk zou achten naar de omstandigheden van het geval.

§3.5.2 Oordeel Hoge Raad

De Hoge Raad is geen feitenrechter, in die zin dat het in de cassatieprocedure niet inhoudelijk ingaat op de zaak en dus niet opnieuw de feiten beoordeeld.¹⁷³ De Hoge Raad kijkt daarentegen of de wet op de correcte manier is geïnterpreteerd en gehanteerd en of de uitspraak adequaat is gemotiveerd. Het beantwoordt dus juridisch-technische vragen.¹⁷⁴ Hiermee kan het enige richting geven aan de rechtsontwikkeling, hetgeen de voorspelbaarheid en rechtszekerheid kan vergoten (waarmee het eveneens bijdraagt aan de verwezenlijking van twee doelstellingen van de WWZ).¹⁷⁵ In de kern ziet het Hairstyle-

¹⁷² HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187.

¹⁷³ J.P.H. Timmermans & N.H.P.G. Sommers, *Praktisch burgerlijk procesrecht*, Groningen/Houten: Noordhoff 2014, p. 216.

¹⁷⁴ J.P.H. Timmermans & N.H.P.G. Sommers, *Praktisch burgerlijk procesrecht*, Groningen/Houten: Noordhoff 2014, p. 216.

¹⁷⁵ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 5 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 44.

arrest op de beantwoording van een tweetal vragen, namelijk: 1. In hoeverre mogen individuele omstandigheden van de werknemer (zoals de anciënniteit en de gevolgen van het ontslag) meewegen bij de toekenning en begroting van een billijke vergoeding? En 2. Wat is het karakter van de billijke vergoeding.

§3.5.2.1 Toekenning en begroting: individuele omstandigheden

Alvorens specifiek in te gaan op de billijke vergoeding ex art. 7:681 lid 1 sub a BW, heeft de Hoge Raad een overweging gewijd aan vraag of de gevolgen van het ontslag mogen worden meegewogen bij de *vaststelling* van de billijke vergoeding (in het algemeen). Vaststellen, een term die onder meer synoniem staat voor 'bepalen', bestaat in het geval van de billijke vergoeding mijns inziens uit een tweetal aspecten: *toekenning* en *begroting*.

In het kader van de *toekenning* van een billijke vergoeding spelen gevolgen geen rol, aldus de Hoge Raad. De gevolgen van het ontslag kunnen namelijk niet resulteren in het aannemen van ernstige verwijtbaarheid en zodoende ook geen grond vormen voor toekenning van een billijke vergoeding.¹⁷⁶ De Hoge Raad merkt op dat de gevolgen van het ontslag enkel een grond vormen voor toekenning van een transitievergoeding.

Inzake de *begroting* oordeelt de Hoge Raad anders, namelijk dat de gevolgen wel een rol kunnen spelen. Hoewel in de wetsgeschiedenis wordt opgemerkt dat de hoogte van de billijke vergoeding naar haar aard in relatie moet staan tot de ernstige verwijtbaarheid en niet tot de gevolgen,¹⁷⁷ stelt de Hoge Raad dat het stelsel van de WWZ zich '*niet verzet*' tegen het rekening houden met de gevolgen van het ontslag bij het bepalen van de omvang van de billijke vergoeding.¹⁷⁸ Althans voor zover die gevolgen zijn toe te rekenen aan het de werkgever te maken verwijt.¹⁷⁹ Wanneer er sprake is van ernstige verwijtbaarheid (en dus grond is voor toekenning van een billijke vergoeding), mogen '*alle*' omstandigheden meewegen bij de begroting.¹⁸⁰ (Gevolgen zijnde een omstandigheid).

Kortom: zo lang er sprake is van een causaal verband tussen het ernstig verwijtbare gedrag van de werkgever en de gevolgen voor de werknemer, mogen deze gevolgen meewegen. Betreffende de *begroting* (en dus hoogte) stelt de Hoge Raad daarnaast dat de rechter de billijke vergoeding qua niveau moet laten aansluiten bij de '*uitzonderlijke*' omstandigheden van het geval, in navolging van de wetgever.¹⁸¹ De rechter dient in zijn oordeel te motiveren hoe de hoogte van de vergoeding volgt uit die omstandigheden.¹⁸² Deze motiveringsplicht van de rechter impliceert voor een werknemer dat hij moet stellen en bewijzen wat de omvang van de billijke vergoeding zijn inziens zou moeten zijn, waarbij hij in zijn verzoek tot toekenning dus uitgebreid de omvang van de vergoeding zal moeten onderbouwen.¹⁸³ Deze overweging is van toepassing op alle vormen van de billijke vergoeding, met uitzondering van de vergoeding ex art. 7:683 lid 3 BW, omdat daar ernstige verwijtbaarheid niet vereist is voor toekenning.

Na voorgaande overweging met betrekking tot het meewegen van gevolgen, welke ziet op de billijke vergoeding in algemene zin, volgen enkele overwegingen van de Hoge Raad die specifiek zijn toegespitst op de billijke vergoeding ex art. 7:681 BW. Allereerst betreffende het alternatieve karakter van deze vergoeding. Deze billijke vergoeding is namelijk een alternatief voor vernietiging van de opzegging. Op basis daarvan concludeert

¹⁷⁶ HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187, r.o. 3.4.3.

¹⁷⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 32 t/m 34 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 91.

¹⁷⁸ HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187, r.o. 3.4.3.

¹⁷⁹ HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187, r.o. 3.4.3.

¹⁸⁰ HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187, r.o. 3.4.6 en r.o. 3.4.2.

¹⁸¹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 32 t/m 34 en 61.

¹⁸² HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187, r.o. 3.4.2.

¹⁸³ Kruit 2017, *AR-Updates* 2017/826.

de Hoge Raad dat de omvang van de vergoeding ten minste financieel gelijkwaardig moet zijn aan vernietiging van de opzegging.¹⁸⁴ Het gederfde inkomen in het geval van vernietiging geldt als uitgangspunt. Hierbij hangt het van de omstandigheden van het geval af wat de hypothetische toekomstige duur van het dienstverband is en dus hoe hoog de vergoeding zal zijn. Voor de resterende duur is het ook van belang of de werkgever de arbeidsovereenkomst rechtmatig zou kunnen hebben beëindigd. Eveneens kan het volgens de Hoge Raad van belang zijn of de loonvordering gematigd kan worden op grond van art. 7:680a BW. Hoewel dat artikel ziet op een andere situatie, namelijk loonmatiging nadat opzegging daadwerkelijk vernietigd is, kan het volgens de Hoge Raad naar analogie worden toegepast in het geval van de billijke vergoeding.¹⁸⁵

Voor de omvang van de vergoeding ex art. 7:681 BW zijn een aantal omstandigheden van belang die een rol kunnen spelen.¹⁸⁶ Deze kunnen worden gebruikt als '*correctiefactor*'.¹⁸⁷ De eerste zeven volgen uit een analyse van Kruit.¹⁸⁸ De eerste, de vierde, vijfde en zesde volgen tevens uit een analyse van Van de Kam & Postma.¹⁸⁹

1. Of en in hoeverre het de werkgever kan worden toegerekend dat de werknemer afziet van vernietiging/mate van verwijtbaarheid werkgever;
2. De door de werknemer verkregen inkomsten indien er geen sprake was van een onterecht ontslag op staande voet;
3. In hoeverre het de werkgever te verwijten is dat hij de werknemer ten onrechte op staande voet heeft ontslagen;
4. Of de werknemer reeds een nieuwe baan heeft;
5. Welke inkomsten de werknemer in redelijkheid in het vooruitzicht kan hebben;
6. Een mogelijke toegekende transitievergoeding en vergoeding wegens onregelmatige opzegging;
7. Of en in hoeverre het de werknemer te verwijten is dat hij op staande voet is ontslagen;

In tegenstelling tot wat veelal is bepaald in de lagere rechtspraak, oordeelt de Hoge Raad dat de toegekende transitievergoeding dus wel kan worden meegenomen bij de begroting. Het overweegt dat de billijke vergoeding een additioneel karakter draagt en slechts toewijsbaar is onder uitzonderlijke omstandigheden, *naast* het recht op transitievergoeding, welke dient ter compensatie, maar dat er gevallen denkbaar zijn waarbij de transitievergoeding niet geheel voorziet in de compensatie van de gevolgen. Bijvoorbeeld de aanspraak van de werknemer op loondoorbetaling bij een vernietigbaar ontslag. Omdat een doel van de billijke vergoeding het compenseren van ernstig verwijtbaar gedrag is, kan dit (misgelopen loon) in de billijke vergoeding worden gecompenseerd.

§3.5.2.2 Het karakter

Wat betreft het karakter van de billijke vergoeding, wijkt de Hoge Raad af van hetgeen beslist is in veel vonnissen uit de lagere rechtspraak; namelijk dat de billijke vergoeding een '*specifiek*' punitief karakter zou hebben. De Hoge Raad volgt in deze de conclusie van de A.G., die tot deze conclusie is gekomen na bestudering van de relevante literatuur en wetsgeschiedenis. In de wetsgeschiedenis wordt gesproken van een billijke vergoeding die dient ter voorkoming van verwijtbaar handelen of nalaten van de

¹⁸⁴ Kruit 2017, *AR-Updates* 2017/826.

¹⁸⁵ HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187, r.o. 3.4.4.

¹⁸⁶ HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187, r.o. 3.4.5 en Kruit 2017, *AR-Updates* 2017/826.

¹⁸⁷ Van de Kam & Postma 2017, *Arbeidsrecht* 2017/49.

¹⁸⁸ Kruit 2017, *AR-Updates* 2017/826.

¹⁸⁹ Van de Kam & Postma 2017, *Arbeidsrecht* 2017/49.

werkgever.¹⁹⁰ Hoewel preventie naast het toevoegen van leed een functie is van een straf,¹⁹¹ kan volgens de A.G. (en de Hoge Raad) niet uit de wetsgeschiedenis worden geconcludeerd dat het bestraffen van de werkgever een oogmerk is van de billijke vergoeding. Ze stelt dat de woordkeuze van de wetgever, die spreekt van '*voorkomen*', duidt op een preventieve aard, niet op een punitieve. Daarnaast slaat de door de wetgever gehanteerde term '*vergoeding*' volgens hen niet op bestraffen maar op '*compensatie*' of '*schadeloosstelling*'. Volgens de A.G. correspondeert een overwegend punitief karakter eveneens niet met de passage uit de wetsgeschiedenis dat de vergoeding een niveau moet hebben dat aansluit bij de '*uitzonderlijke omstandigheden van het geval*'.¹⁹² Bij dat uitgangspunt past immers niet dat de rechter hoofdzakelijk moet kijken naar de '*impact*' van de billijke vergoeding voor de werkgever. De A.G. stelt, hierbij in aanmerking nemende dat privaatrechtelijke punitieve sancties op een handelen of nalaten zeer zeldzaam zijn in het Nederlandse privaatrecht,¹⁹³ dat wanneer de wetgever daadwerkelijk de intentie zou hebben gehad een punitief karakter aan de billijke vergoeding toe te kennen, dit evident naar voren zou moeten komen in de wettekst. De Hoge Raad stelt dan ook dat de werknemer de centrale persoon in het kader van de billijke vergoeding. Die moet gecompenseerd worden voor het ernstig verwijtbare gedrag, het is niet de werkgever die gestraft moet worden.¹⁹⁴

Op basis van het voorgaande wordt een specifiek punitief karakter van de billijke vergoeding niet aangenomen. Het woord '*specifiek*' duidt er echter op dat het niet geheel wordt uitgesloten; het laat enige ruimte over. Indien er namelijk geen '*aantoonbare, concrete schade van de werknemer*' is, kan de billijke vergoeding wel *mede* een punitief karakter hebben, zo volgt uit de conclusie van de A.G. Zijns inziens kan er in dat geval gesproken worden van een punitieve sanctie omdat de vergoeding een compensatie behelst terwijl er geen concrete schade tegenover staat. Dit volgt uit de discretionaire bevoegdheid van de rechter inzake de toekenning van de billijke vergoeding (in relatie tot het ernstig verwijtbare gedrag).

Verder wordt in de conclusie van de A.G. opgemerkt dat de billijke vergoeding dient ter preventie en ter compensatie. Ter preventie omdat de billijke vergoeding dient ter voorkoming van ernstig verwijtbaar gedrag van de werknemer in de toekomst. Ter compensatie omdat het een geldelijke vereffening is voor het ernstig verwijtbare gedrag van de werkgever waaraan de werknemer in het verleden is blootgesteld.

Kortom: volgens de Hoge Raad speelt het straffen van de werkgever geen (doorslaggevende) rol. Een zuiver punitieve vergoeding is niet mogelijk. Een deels punitieve vergoeding is mogelijk zolang hiertoe aanleiding is vanwege de omstandigheden van het geval en de vergoeding van schade niet in verhouding staat tot het ernstig verwijtbare gedrag van de werkgever.¹⁹⁵ Bijvoorbeeld wanneer iemand in strijd met een opzegverbod ontslagen is (ernstig verwijtbaar) en direct daarna al betere aanbiedingen krijgt. Er is in dergelijke gevallen geen sprake van schade maar de werkgever kan en mag hier niet zomaar (ongestraft) mee weggelaten worden. Voorts is de billijke vergoeding qua karakter te typeren als preventief en compenserend.

¹⁹⁰ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 32.

¹⁹¹ M.J. Kronenberg & B. de Wilde, *Grondtrekken van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2010, p. 41.

¹⁹² Concl. A.G. R.H. de Bock, ECLI:NL:HR:2017:1187, bij HR 30 juni 2017.

¹⁹³ Concl. A.G. R.H. de Bock, ECLI:NL:HR:2017:1187, bij HR 30 juni 2017.

¹⁹⁴ HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187, r.o. 3.4.5.

¹⁹⁵ P. Kruit 2017, *AR-Updates* 2017/826.

§3.5.2.3 De beslissing

In haar beslissing vernietigt de Hoge Raad de beschikking van het hof Arnhem-Leeuwarden. Ze doet de zaak niet zelf af maar verwijst het door naar het hof in Den Bosch. Tot op heden heeft dit hof nog geen vonnis gewezen. Na het Hairstyle-arrest zijn er al wel een aantal andere vonnissen met betrekking tot (een bepaalde vorm van) de billijke vergoeding gewezen. Deze komen aan bod in paragraaf 3.7.

§3.6 Tussenconclusie tijdvak II

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de billijke vergoeding dient ter compensatie van de werknemer en ter voorkoming van ernstig verwijtbaar gedrag in de toekomst, niet ter bestraffing van de werkgever. Met bestraffing moet dus geen rekening worden gehouden bij de vaststelling.

Daarnaast oordeelde de Hoge Raad dat de gevolgen van het ontslag kunnen worden meegenomen bij het begroten van de billijke vergoeding, zo lang ze zijn toe te rekenen aan de ernstig verwijtbare gedraging. De Hoge Raad gaat daarbij uit van de door de werknemer als gevolg van de ernstig verwijtbare gedraging geleden schade, waarbij de inkomensderving een centrale positie inneemt. Hierbij heeft de Hoge Raad de schadevergoedingsbepalingen uit boek 6 BW van toepassing verklaard. De billijke vergoeding heeft aldus eerder het karakter van een schadevergoeding dan van een sanctie. Inzake de hoogte van de billijke vergoeding benadrukt de Hoge Raad het belang van een deugdelijke motivering.

Een aantal aspecten wordt in het kader van de begroting gebruikt als ‘*correctiefactor*’, waaronder een mogelijke nieuwe baan van de werknemer, wanneer de werknemer in redelijkheid inkomsten zal verwerven in de toekomst, een transitievergoeding, een vergoeding wegens onregelmatige opzegging en de mate van verwijtbaarheid.

Voor toekenning van de billijke vergoeding, is en blijft ernstige verwijtbaarheid het criterium. Hierin is dus niets veranderd. De Hoge Raad merkt wel op dat gevolgen geen rol spelen in het kader van de toekenning. Mijns inziens gaat dit niet in alle gevallen op en kunnen de gevolgen wel een rol spelen bij de waardering van de verwijtbaarheid. Indien een werkgever objectief gezien hetzelfde heeft gehandeld, kan op basis van de gevolgen van het ontslag naar mijn mening de verwijtbaarheid anders worden gewogen. Stel dat de werkgever bij het verwijtbare ontslag van twee werknemers wist (of kon weten) dat de ene werknemer een grote baankans heeft en de andere (vanwege diens leeftijd) waarschijnlijk nooit meer aan een baan komt. In dat geval zijn de gevolgen van het ontslag voor de een zeer ernstig en voor de ander niet. Op basis daarvan kunnen de gevolgen wat mij betreft ook meespelen in het kader van de toekenning.

§3.7 Tijdvak III: de rechtspraak na het Hairstyle-arrest

Hierna wordt de rechtspraak met betrekking tot de billijke vergoeding behandeld die dateert van na het Hairstyle-arrest. Er wordt gekeken welk effect het arrest heeft op de wijze van toekenning en begroting en de reikwijdte van de precedentwerking komt aan bod. In die zin dat het Hairstyle-arrest betrekking had op de billijke vergoeding in het geval van een vernietigbare opzegging, maar het nog de vraag is of hetzelfde geldt voor de billijke vergoeding in de ontbindingsprocedure.

§3.7.1 De toekenning en begroting

Om te kunnen vaststellen of de door de Hoge Raad aangedragen aanwijzingen inzake het karakter en de begrotings- en vaststellingswijze van de billijke vergoeding navolging vindt in de rechtspraak, wordt aan de hand van de sinds het Hairstyle-arrest gepubliceerde rechtspraak geïnventariseerd op welke wijze invulling is gegeven aan deze aanwijzingen. Ter herinnering een korte resumé van de belangrijkste aanwijzingen: 1. de billijke vergoeding heeft geen overwegend punitief karakter en 2. Gevolgen van het ontslag

wegen mee bij de begroting van de billijke vergoeding, zo lang deze zijn toe te rekenen aan het ernstig verwijtbare gedrag van de werkgever. Daarbij zijn ‘*alle*’ (individuele) omstandigheden van het geval relevant. In het specifieke geval van de billijke vergoeding ex art. 7:681 BW inkomensderving, de mate van verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever én werknemer, de hypothetische toekomstige duur van het dienstverband en de daarmee verdiende inkomsten, een nieuwe baan, aanspraak op een transitievergoeding en een vergoeding wegens onregelmatige opzegging.

Allereerst het voorheen veronderstelde punitieve karakter. Dit wordt door een aantal rechters expliciet benoemd, waarbij ze opmerken dat de billijke vergoeding ‘*geen*’ of ‘*geen specifiek*’ punitief karakter heeft. (In het geval van ‘*geen*’ punitief karakter komt het dus niet geheel overeen met de zienswijze van de Hoge Raad, die immers stelde dat de billijke vergoeding geen ‘*overwegend*’ punitief karakter heeft). Anderzijds overwoog de Hoge Raad dat bij het vaststellen van de billijke vergoeding geen rekening ‘*behoort*’ te worden gehouden met het punitieve karakter. Zo beschouwd volgen deze uitspraken de lijn van de Hoge Raad, een punitief karakter komt hierin namelijk niet tot uitdrukking in de toegekende vergoedingen.¹⁹⁶

Uit de rechtspraak daterend van na het Hairstyle-arrest kunnen wat betreft de begroting van de billijke vergoeding een aantal conclusies getrokken worden. Waar de billijke vergoeding in het tijdvak voor het Hairstyle-arrest veelal een geschat en ‘*opgeplakt*’ bedrag was, pogen rechters in het huidige tijdvak de vergoeding daadwerkelijk te berekenen. Dit is in lijn met het Hairstyle-arrest, alwaar de Hoge Raad stelde dat de rechter in zijn oordeel dient te motiveren hoe de hoogte van de vergoeding volgt uitzonderlijke de omstandigheden van het geval.¹⁹⁷

Wat betreft de omstandigheden van het geval, speelt in nagenoeg alle gevallen de inkomensderving ten gevolge van het ontslag een rol bij de vaststelling.¹⁹⁸ Volgens P. Kruit,¹⁹⁹ die een zevental omstandigheden heeft gedestilleerd uit de aanwijzingen van de Hoge Raad die een mogelijke rol spelen bij de begroting van de vergoeding, betreft maar liefst 83% van de rechters het gedeerde inkomen.

Een groot deel van de rechters maakt tevens een schatting van de hypothetische toekomstige duur van het dienstverband²⁰⁰ en meer dan de helft van de rechters (56%)²⁰¹

¹⁹⁶ Rb. Amsterdam 7 juli 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4883, Hof ‘s-Hertogenbosch 13 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3241, Rb. Noord-Nederland (zittingsplaats Leeuwarden) 18 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2796, Rb. Midden-Nederland (zittingsplaats Amersfoort) 24 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3808, Rb. Limburg (zittingsplaats Roermond) 27 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:7257, Rb. Limburg (zittingsplaats Roermond) 1 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:7508, Rb. Noord-Holland 4 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:6593, Rb. Limburg (zittingsplaats Maastricht) 6 september 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8702, Rb. Rotterdam 6 september 2017, ECLI:NL:2017:6858, Hof ‘s-Hertogenbosch 7 september 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3856, Hof Den Haag 12 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2631, Hof Amsterdam 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4176 en Rb. Rotterdam 24 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8137.

¹⁹⁷ HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187, r.o. 3.4.2.

¹⁹⁸ Rb. Noord-Nederland (zittingsplaats Groningen) 11 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2726; Hof ‘s-Hertogenbosch 13 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3241; Rb. Noord-Nederland (zittingsplaats Groningen) 13 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2700; Rb. Limburg (zittingsplaats Roermond) 17 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6879; Rb. Midden-Nederland (zittingsplaats Amersfoort) 24 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3808; Rb. Limburg (zittingsplaats Roermond) 27 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:7257; Rb. Limburg (zittingsplaats Roermond) 1 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:7508 en Rb. Limburg (zittingsplaats Maastricht) 25 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8348.

¹⁹⁹ Kruit 2017, *AR-Updates* 2017/826.

²⁰⁰ Kruit 2017, *AR-Updates* 2017/826.

²⁰¹ Kruit 2017, *AR-Updates* 2017/826.

overweegt hoeveel inkomsten de werknemer in de toekomst redelijkerwijs zou hebben verdiend, indien er geen sprake zou zijn van beëindiging. Hieronder wordt tevens verstaan inkomsten uit een WW-uitkering.²⁰² Zo bezien dienen de misgelopen inkomsten en de mis te lopen inkomsten als uitgangspunt voor de begroting van de billijke vergoeding. Toch is het niet geheel duidelijk hoe deze inkomensschade dient te worden vastgesteld, het is tenslotte niet simpel om de hypothetische resterende duur van een arbeidsovereenkomst vast te stellen.²⁰³

Enkele rechters matigen de billijke vergoeding door de transitievergoeding hierop in mindering te brengen,²⁰⁴ daar deze bedoeld is ter compensatie voor het ontslag. Sommige rechters doen dat juist nadrukkelijk niet. Bijvoorbeeld omdat het verwijtbare ontslag voor het risico van de werkgever is en omdat de werknemer in zijn verzoek zelf al rekening hield met diens (ziektewet)uitkering.²⁰⁵ In ieder geval wordt in het overgrote deel (78%) bij de begroting betrokken of een werknemer aanspraak kan maken op een transitievergoeding dan wel een vergoeding wegens onregelmatige opzegging.²⁰⁶ Deze verschillende vergoedingen zijn qua toekenning niet afhankelijk van elkaar; elke kent zijn eigen, afzonderlijke toekenningsgronden. Bij de begroting van de billijke vergoeding wordt er echter wel rekening mee gehouden. In die zin dat andere ontslagvergoedingen van invloed kunnen zijn op de hoogte van de billijke vergoeding. Wanneer de vergoeding wegens onregelmatige opzegging niet in mindering zou worden gebracht op de billijke vergoeding, kan dit namelijk resulteren in een dubbele compensatie voor de werknemer. Als immers niet genoten loon als uitgangspunt dient, wordt dit in het geval van opzegging door zowel de billijke vergoeding als door de vergoeding wegens onregelmatige opzegging gecompenseerd.

In lijn met de wetsgeschiedenis, speelt bij de begroting ernstige verwijtbaarheid vanzelfsprekend veelal een rol. Volgens het artikel van P. Kruit komt dit terug in een derde van de gevallen (33%).²⁰⁷ In de uitdrukking van verwijtbaarheid in geld, blijft een subjectief element schuilen. Wat dat betreft blijft het een schatting. Ook de kansen op de arbeidsmarkt²⁰⁸ en immateriële schade ten gevolge van het ontslag, zoals imago schade²⁰⁹ en psychische schade,²¹⁰ wordt een aantal keer uitdrukkelijk betrokken bij de begroting.

²⁰² Rb. Limburg (zittingsplaats Roermond) 17 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6879; Rb. Midden-Nederland (zittingsplaats Amersfoort) 24 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3808; Rb. Limburg (zittingsplaats Roermond) 1 augustus 2017; Rb. Noord-Holland 4 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:6593 en Rb. Limburg (zittingsplaats Maastricht) 25 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8348.

²⁰³ Kruit 2017, *AR-Updates* 2017/826.

²⁰⁴ Rb. Limburg (zittingsplaats Roermond) 17 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6879; Rb. Noord-Nederland (zittingsplaats Leeuwarden) 18 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2796; Rb. Midden-Nederland (zittingsplaats Amersfoort) 24 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3808; Rb. Noord-Holland 4 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:6593 en Rb. Limburg (zittingsplaats Maastricht) 25 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8348.

²⁰⁵ Hof 's-Hertogenbosch 13 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3241.

²⁰⁶ Rb. Limburg (zittingsplaats Roermond) 27 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:7257 en Rb. Limburg (zittingsplaats Roermond) 1 augustus 2017.

²⁰⁷ Kruit 2017, *AR-Updates* 2017/826.

²⁰⁸ Rb. Noord-Nederland (zittingsplaats Leeuwarden) 18 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2796; Rb. Midden-Nederland (zittingsplaats Amersfoort) 24 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3808; Rb. Noord-Holland 4 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:6593 en Rb. Limburg (zittingsplaats Maastricht) 25 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8348.

²⁰⁹ Rb. Noord-Nederland (zittingsplaats Groningen) 11 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2726

²¹⁰ Rb. Noord-Nederland (zittingsplaats Groningen) 11 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2726; Rb. Noord-Nederland (zittingsplaats Groningen) 13 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2700 en Rb. Limburg (zittingsplaats Maastricht) 25 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8348.

De Kantonrechter Maastricht²¹¹ heeft een specifiek stappenplan opgezet ter begroting van de billijke vergoeding. Allereerst gaat het om de mate van verwijtbaarheid, volledig losstaand van de gevolgen van het ontslag. Dit wordt vertaald in een geldbedrag. Ten tweede wordt bepaald wat de gevolgen van het ontslag zijn en worden deze vertaald in geleden schade. Hierbij wordt betrokken de duur van het dienstverband, het misgelopen loon, een mogelijke transitievergoeding, eventuele andere inkomsten en de vraag of de werknemer de arbeidsovereenkomst toch nog had kunnen laten eindigen. Ten derde wordt er gekeken of er sprake is van immateriële schade, die gecompenseerd kan worden middels '*smartengeld*'. Samengevat bestaat de billijke vergoeding volgens deze rechter dus uit drie componenten, te weten: compensatie voor ernstige verwijtbaarheid, compensatie voor materiële gevolgschade en compensatie voor immateriële gevolgschade (smartengeld).

Tot slot een zaak die aanhangig was bij Kantonrechter Groningen²¹² waarin deze uit ging van de verdere hypothetische duur van het dienstverband, van een gemiste earn-out-regeling en van een immateriële schadevergoeding (imago-schade en psychische schade). Hiermee heeft de kantonrechter een potentiële vordering van de werknemer op de werkgever in de billijke vergoeding meegenomen. Dit zou kunnen betekenen dat opties of aandelen als schadepost meegenomen kunnen worden in de toekomst.²¹³

§3.7.2 De reikwijdte: opzegging en ontbinding?

Twee mogelijke beëindigingsvormen van een arbeidsovereenkomst zijn ontbinding²¹⁴ en opzegging.²¹⁵ Ongeacht welke van beide beëindigingsvormen gehanteerd wordt, kan er grond zijn voor toekenning van een billijke vergoeding. Welke bij beide vormen hetzelfde is; ernstige verwijtbaarheid. De billijke vergoeding komt in verschillende wetsartikelen naar voren in het kader van opzegging²¹⁶ en in het kader van ontbinding.²¹⁷ Het Hairstyle-arrest leidt tot de vraag of de in dat arrest gehanteerde begrotingsmethodiek ook op die wijze kan worden toegepast in ontbindingsprocedures. Daarnaast is het de vraag of de begrotingscriteria toepasbaar zijn op de verschillende (in paragraaf 2.5.3 benoemde) categorieën billijke vergoedingen. Beide vragen zien op de reikwijdte van de precedentwerking, waarop het antwoord volgt uit de sindsdien gewezen rechtspraak.

Allereerst de verschillende categorieën van billijke vergoeding, ingedeeld op basis van de rol van het toekenningscriterium ernstige verwijtbaarheid. Ter herhaling: ernstige verwijtbaarheid dient in categorie I te worden bewezen dan wel aannemelijk gemaakt te worden, in categorie II wordt het verondersteld aanwezig te zijn en in categorie III speelt het geen enkele rol. Het antwoord op de vraag of de begrotingscriteria op (de eerste 2) categorieën gelijk valt toe te passen, volgt niet rechtstreeks uit het arrest.²¹⁸ Wanneer de wetsgeschiedenis hierbij wordt betrokken, lijkt het in ieder geval logisch dat dit wel het geval is. De wetgever beoogde namelijk eenzelfde type billijke vergoeding.²¹⁹ Bovendien erkent de Hoge Raad dat de billijke vergoedingen met en zonder expliciete ernstige verwijtbaarheid op eenzelfde manier dienen te worden benaderd.²²⁰ Het voorgaande blijft onder voorbehoud. Er kan namelijk opgemerkt worden dat de billijke vergoeding ex art. 7:681 BW, een alternatief voor herstel, ziet op hele andere

²¹¹ Rb. Limburg (zittingsplaats Maastricht) 25 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8348.

²¹² Rb. Noord-Nederland (zittingsplaats Groningen) 11 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2726.

²¹³ Van de Kam & Postma 2017, *Arbeidsrecht* 2017/49.

²¹⁴ Art. 7:671b e.v. BW.

²¹⁵ Art. 7:669 e.v. BW.

²¹⁶ Artt. 7:681 lid 1 BW, 7:682 BW en (7:683 lid 3 BW).

²¹⁷ Artt. 7:671b lid 8 en 9 BW, 7:671c lid 2 en 3 BW, 7:683 (lid 3) en 5 BW.

²¹⁸ Van de Kam & Postma 2017, *Arbeidsrecht* 2017/49.

²¹⁹ *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 113.

²²⁰ HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187, r.o. 3.4.2 en Van de Kam & Postma 2017, *Arbeidsrecht* 2017/49.

gedragingen dan bijvoorbeeld de billijke vergoeding ex art. 7:671b BW.²²¹ Door r.o. 3.4.4 en r.o. 3.4.5 specifiek toe te spitsen op de billijke vergoeding ex art. 7:681 BW, heeft de Hoge Raad (al dan niet bewust) de mogelijkheid open gehouden om andere billijke vergoedingen op andere wijzen te begroten.²²²

In het Hairstyle-arrest was sprake van vernietigbare opzegging ex art. 7:681 BW. Omtrent de billijke vergoeding in het algemeen heeft de Hoge Raad bepaald dat alle omstandigheden (gevolgen zijnde een omstandigheid) mogen worden meegewogen bij de begroting, voor zover die zijn toe te rekenen aan het de werkgever te maken verwijt. Specifiek wat betreft de billijke vergoeding in het geval van een vernietigbare opzegging heeft de Hoge Raad bepaald dat hierbij betrokken kunnen worden het gedeerde loon, de hypothetische toekomstige duur van het dienstverband, een transitievergoeding dan wel een vergoeding wegens onregelmatige opzegging, een nieuwe baan en het daarmee verdiende loon. Hoe wordt dit arrest toegepast in ontbindingszaken?

De Kantonrechter Leeuwarden²²³ heeft bij een ontbindingsverzoek van een werknemer²²⁴ een billijke vergoeding toegekend waarbij het rekening hield met de gevolgen van het ontslag, de overbruggingsperiode, het loon en de transitievergoeding en zo gezien gedeeltelijk de criteria volgend uit het Hairstyle-arrest toepast.

Het kantongerecht in Roermond²²⁵ past in het kader van een ontbindingsverzoek tijdens werkgevers²²⁶ ook het Hairstyle-arrest toe. Nagenoeg op gelijke wijze.²²⁷ Ondanks dat het in deze zaak niet gaat om opzegging maar ontbinding, oordeelt de rechter dat de aanwijzingen van de Hoge Raad ook in deze situatie gelden. De rechter ziet geen reden om de omstandigheden (die volgens het Hairstyle-arrest specifiek zien op de billijke vergoeding ex 7:681 BW) niet te mogen betrekken bij de begroting van de billijke vergoeding in het kader van (een werkgeversverzoek) tot ontbinding. Het begroot de billijke vergoeding op zowel de mate van verwijtbaarheid als op de gevolgen van het ontslag, waarbij het opmerkt dat de gevolgen niet volledig zijn verdisconteerd in de transitievergoeding. Naast de transitievergoeding betreft de rechter de inkomensderving, de kansen op de arbeidsmarkt, de hypothetische verdere duur van het dienstverband en de WW-uitkering (toekomstige inkomsten) bij de begroting. De kantonrechter te Maastricht²²⁸ ging in het geval van een ontbinding op een gelijke manier te werk.

Ook de Kantonrechter Rotterdam²²⁹ volgt in een zaak met betrekking tot ontbinding op verzoek van een werknemer (een statutair bestuurder) de aanwijzingen van de Hoge Raad op. De rechter oordeelt dat de billijke vergoeding ex 7:682 lid 3 (sub a) BW vergelijkbaar is met de vergoeding ex 7:681 BW. Derhalve betreft hij het gedeerde inkomen, de in de toekomst redelijkerwijs te verdienen inkomsten (WW-uitkering) en de aanspraak op een transitievergoeding in de begroting. Tevens wordt verwezen naar de door de Hoge Raad voorgestane motiveringsplicht.

De Kantonrechter Enschede²³⁰ merkt op dat de aldaar aanhangige zaak een ontbindingszaak betreft en geen opzeggingszaak. Hierbij verklaart het de algemene

²²¹ Van de Kam & Postma 2017, *Arbeidsrecht* 2017/49 en Frikkee en Smorenburg TRA 2016/61.

²²² Van de Kam & Postma 2017, *Arbeidsrecht* 2017/49.

²²³ Rb. Noord-Nederland (zittingsplaats Leeuwarden) 18 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2796.

²²⁴ Ex art. 7:671c BW.

²²⁵ Rb. Limburg (zittingsplaats Roermond) 17 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6879.

²²⁶ Ex art. 7:671b BW.

²²⁷ Van de Kam & Postma 2017, *Arbeidsrecht* 2017/49.

²²⁸ Rb. Limburg (zittingsplaats Maastricht) 25 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8348.

²²⁹ Rb. Rotterdam 24 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8137.

²³⁰ Rb. Overijssel (zittingsplaats Enschede) 4 oktober 2017. ECLI:NL:ROVE:2017:3768.

opmerking van de Hoge Raad in het Hairstyle-arrest, inzake het meewegen van gevolgen, eveneens van toepassing in het geval van ontbinding. Allereerst stelt hij dat de billijke vergoeding qua niveau moet aansluiten bij de (zijns inziens) moeilijk te motiveren mate van verwijtbaarheid. Deze mate van verwijtbaarheid waardeert hij op een fictieve schaal van een tot tien, waarna hij rekening houdt met de gevolgen voor zover die zijn toe te rekenen aan het ernstig verwijtbare gedrag. In dat kader betreft hij het gederfde inkomen, maar stelt dat dit niet te berekenen is doordat de verdere hypothetische duur van het dienstverband niet is vast te stellen. De redelijkerwijs in de toekomst te verdienen inkomsten (inclusief WW-uitkering) schat hij en het gegeven dat de werknemer geen aanspraak heeft op een transitievergoeding is zijns inziens ook van belang.

§3.8 Tussenconclusie tijdvak III

In nagenoeg alle uitspraken wordt verwezen naar het Hairstyle-arrest en in nagenoeg alle uitspraken wordt rekening gehouden met de daaruit volgende aanwijzingen. Het Hairstyle-arrest is derhalve te kwalificeren als *'richtinggevend'*.²³¹ Nu blijkt dat de aanwijzingen van de Hoge Raad inzake de begroting van de billijke vergoeding veelal worden opgevolgd in de lagere rechtspraak, kan eveneens geconcludeerd worden dat hiermee een begin gemaakt is voor een *'eenduidige'* begrotingsmethodiek. Overeenkomstig aan de door de wetgever gewenste *'bottom-upbenadering'*.²³² Bovendien proberen rechters de hoogte van de vergoeding beter te motiveren, overeenkomstig de door de Hoge Raad nadrukkelijke benoemde motiveringsplicht. Rechters blijken ook niet langer uit te gaan van een punitief karakter, eveneens overeenkomstig de aanwijzingen van de Hoge Raad.

Wat betreft het betrekken van (individuele) omstandigheden bij de begroting, gevolgen van het ontslag inclusief, valt op dat inkomensderving (indien er geen sprake van ontbinding of opzegging zou zijn) ook in de lagere rechtspraak het uitgangspunt lijkt te vormen. In navolging van de Hoge Raad gebruiken zij een aantal aspecten als *'correctiefactor'*. Bijvoorbeeld een nieuwe baan van de werkgever, wanneer de werknemer in de toekomst in redelijkheid inkomsten zal verkrijgen. Daarnaast houden kantonrechters (onder andere) rekening met de positie van de werknemer op de arbeidsmarkt, diens financiële positie, de anciënniteit, een transitievergoeding, een vergoeding wegens onregelmatige opzegging en de mate van verwijtbaarheid.

Op basis van het voorgaande kan (met enige terughoudendheid) eveneens worden geconcludeerd dat de uit het Hairstyle-arrest volgende begrotingscriteria van toepassing lijken te zijn op beide categorieën van de billijke vergoeding waar ernstige verwijtbaarheid een rol speelt; zowel impliciet als expliciet. Bovendien lijkt de begrotingsmethodiek zowel in opzeggings- als ontbindingsprocedures te kunnen worden toegepast. Tot op heden lijkt er in ieder geval niets in de weg te staan aan deze universele toepassing. Mijns inziens is er dan ook ruimte voor reflexwerking van het Hairstyle-arrest in de ontbindingsprocedure. Rechters hebben in dergelijke procedures evengoed behoefte aan aanknopingspunten en bovendien is ernstige verwijtbaarheid zowel in zowel ontbindings- als opzeggingsprocedures vereist.

²³¹ Kruit 2017, *AR-Updates* 2017/826.

²³² Kruit 2017, *AR-Updates* 2017/826.

Hoofdstuk 4 Het karakter van de billijke vergoeding in de literatuur

Sinds de invoering van de WWZ heeft er een discussie plaatsgevonden omtrent het vaststellen van de billijke vergoeding, waarin het karakter van de vergoeding een voorname rol speelt. Verschillende auteurs hebben vanzelfsprekend verschillende visies. Dit hoofdstuk ziet specifiek op het karakter dat in de literatuur wordt en werd toegedicht aan de billijke vergoeding. Niet alle auteurs komen aan bod maar de twee hoofdstromingen (punitief en niet punitief) worden behandeld, alvorens mijn eigen visie aan bod komt.

§4.1 Wel of niet punitief

Frikkee & Smorenburg²³³ stellen in hun analyse van de eerste rechtspraak (een half jaar na invoering van de WWZ) vast dat enkele rechters de billijke vergoeding beschouwen als een civielrechtelijke sanctie op verwijtbaar gedrag, die derhalve een punitief en afschrikwekkend karakter draagt. Uit het stuk blijkt echter niet dat zij zelf ook uitgaan van deze visie. Nagenoeg een jaar later hebben zij ook hoger beroepszaken bestudeerd alwaar een billijke vergoeding werd toegekend.²³⁴ In die analyse merken zij op dat ook enkele rechters in hoger beroep spreken van een punitief karakter. Ze gaan beschrijvend te werk en concluderen dan ook niet dat de billijke vergoeding een punitief karakter kent.

Peters stelt in haar artikel²³⁵ dat het straffen van de werkgever bij de billijke vergoeding een rol speelt. Haars inziens kan uit de opmerking van de wetgever dat de omvang van de billijke vergoeding moet worden afgestemd op de ernst van het handelen of nalaten en de opmerking dat de vergoeding dient om een dergelijk handelen of nalaten te voorkomen, worden afgeleid dat bij de billijke vergoeding zowel preventie als bestraffing een rol speelt. Naar haar mening lijkt de vergoeding erg op een civielrechtelijke sanctie omdat de hoogte op de ernst van het aan de werkgever verweten gedrag moet worden afgestemd.

Kruit is altijd van mening geweest dat de billijke vergoeding een punitief karakter heeft. Reeds voor invoering van de WWZ stelde hij dat het doel van de billijke vergoeding is te voorkomen dat de werkgever ernstig verwijtbaar handelt of nalaat en dat dergelijk gedrag van de werkgever volgens de wetgever gestraft moet kunnen worden.²³⁶ Ook na de invoering van de WWZ was Kruit²³⁷ nog dezelfde mening toebedeeld. Het was volgens hem niet duidelijk vanuit wiens perspectief de billijke vergoeding moest worden benaderd. Was het een compensatie van door de werknemer geleden schade of een bestraffing van de werkgever voor diens ernstig verwijtbare gedrag? Zelf pleit hij voor een benadering vanuit werkgeversperspectief en dus voor bestraffing van de werkgever. Hij stelt dit op basis van de opmerkingen van de wetgever en enkele voorbeelden uit de rechtspraak. Bij de benadering vanuit werkgeversperspectief moet de hoogte van de billijke vergoeding aansluiten bij wat door de werkgever als punitief kan worden beschouwd. Deze benadering, waarbij de hoogte van de billijke vergoeding (mede) afhankelijk is van de financiële draagkracht van de werkgever, kan ondanks een gelijke mate van verwijtbaarheid leiden tot zeer grote verschillen in hoogte van de billijke vergoeding. Later, na het Hairstyle-arrest, stapt Kruit²³⁸ in navolging van de Hoge Raad expliciet af van de benadering vanuit werkgeversperspectief. De werknemer die moet worden

²³³ Frikkee & Smorenburg 2016, *ArbeidsRecht* 2016/11.

²³⁴ Frikkee & Smorenburg 2017, *ArbeidsRecht* 2017/2.

²³⁵ Peters 2016, *AR-Updates* 2015/1009.

²³⁶ Kruit 2014, *TAP* 14/01, p. 57.

²³⁷ Kruit 2016, *AR-Updates* 2016/742.

²³⁸ Kruit 2017, *AR-Updates* 2017/826.

gecompenseerd blijkt de centrale persoon te zijn wat betreft de billijke vergoeding. Hij stapt echter niet (geheel) af van het punitieve karakter. Kruit interpreteert de woordkeuze van de Hoge Raad, die spreekt over een '*geen specifiek*' punitief karakter, als een billijke vergoeding die niet '*louter*' punitief is maar het wel ten dele kan zijn. Kruit stelt dat de billijke vergoeding uit een tweetal componenten kan bestaan; vergoeding van gevolgschade (het gevolg van ernstig verwijtbaar gedrag) en wanneer er aanleiding voor is een aanvullend bedrag als '*strafsanctie*'.

Bij de Vaate en Pinedo²³⁹ leidden een preventief en afschrikwekkend karakter af uit het uitgangspunt van de wetgever dat in geval van ontslag als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, de werknemer dient te worden gecompenseerd. In tegenstelling tot Kruit, die (in beginsel) stelde dat de billijke vergoeding benaderd moet worden vanuit werkgeversperspectief, benaderen Bij de Vaate en Pinedo het vanuit het werknemersperspectief. Ze zijn namelijk voorstander van het relateren van de billijke vergoeding aan de door de werknemer geleden schade ten gevolge van het ontslag. Ze zijn van mening dat de schade als gevolg van het ontslag onlosmakelijk verbonden is met het ernstig verwijtbare gedrag en de afschrikwekkende werking. Deze is zijn dienstbetrekking kwijt ten gevolge van dit gedrag en dat dient voorkomen te worden. Wanneer de geleden schade onvoldoende wordt gecompenseerd door de transitievergoeding, is het aan de billijke vergoeding hierin te voorzien. Hun zienswijze in dit bewuste artikel duidt er mijns inziens niet per definitie op dat zij uitgaan van een punitief karakter. Voorkomen en afschrikken staat naar mijn mening namelijk niet synoniem voor bestraffen. Bestrafen ziet wel op voorkomen maar allereerst op het toevoegen van leed.

Hoewel de auteurs Kruit en Bij de Vaate de billijke vergoeding vanuit een ander perspectief benaderen, blijken ze het eens te zijn over het karakter van de billijke vergoeding. Huns inziens is het mede punitief, zo blijkt uit een door hen gezamenlijk geschreven artikel.²⁴⁰ Hierin toetsen zij de billijke vergoeding aan art. 6 EVRM om te kijken of deze te kwalificeren is als een zogeheten '*criminal charge*', hetgeen van belang is inzake de omvang van de rechtsbescherming. Op basis van hun toetsing komen ze tot de conclusie dat de billijke vergoeding niet alleen deels punitief van aard is, maar zelfs valt te kwalificeren als een '*criminal charge*'. De billijke vergoeding dient aldus hen een tweeledig doel: enerzijds de werknemer compenseren voor de ernstig verwijtbare behandeling van de werkgever, anderzijds het voorkomen van ernstig verwijtbaar gedrag, wat volgens hen zou duiden op een preventief en punitief karakter.

In tegenstelling tot Kruit, Bij de Vaate en Peters is Verburg²⁴¹ van mening dat de billijke vergoeding geen punitief karakter maar enkel een preventief karakter heeft. Hij meent namelijk dat dit karakter niet naar voren komt uit de bewuste passage uit de MvT²⁴² (dezelfde passage als waar de andere auteurs naar refereren inzake het vermeende punitieve karakter). Hierin wordt namelijk gesproken van '*voorkomen*'. Naast dit tekstuele argument geeft Verburg een tweetal andere argumenten voor zijn stelling. Ten eerste kijkt hij naar de bedoeling van de wetgever achter de WWZ (een teleologisch argument). Volgens hem is het verlagen van de ontslagvergoedingen een doeleinde van de WWZ. Daarmee is zijns inziens een bestraffend karakter niet mee te rijmen. Ten tweede noemt hij een systematisch argument, namelijk dat een punitief karakter niet zou passen binnen het Nederlandse rechtstelsel. Het Nederlandse rechtstelsel ziet naar zijn mening namelijk op het voorkomen van ongelukken en is dus preventief van aard, niet op het achteraf (repressief) reageren.

²³⁹ Bij de Vaate & Pinedo 2016, TRA 2016/84.

²⁴⁰ Bij de Vaate & Kruit 2017, ArA 2017/11.

²⁴¹ L.G. Verburg, Kanttekeningen bij de Wet werk en zekerheid, Kluwer: Deventer 2016, p. 224-225.

²⁴² Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 32.

§4.2 Mijn zienswijze

Logischerwijs hebben verschillende auteurs verschillende visies. Vanzelfsprekend heb ook ik een eigen zienswijze. Naar mijn mening gaat het bij de billijke vergoeding in de eerste plaats om het compenseren van de werknemer voor het ernstig verwijtbare gedrag waaraan hij of zij is blootgesteld. Daarom zou het mijns inziens vanuit het werknemersperspectief benaderd moeten worden. Dat betekent dat de hoogte van de billijke vergoeding niet aan de financiële draagkracht moet worden gerelateerd. Dat zou namelijk blijken geven van een werkgeversperspectief en kunnen resulteren in ongelijkheid. Uitgaan van een werknemersperspectief betekent echter niet dat er geen rekening kan worden gehouden met de (financiële) situatie van de werkgever. Dit kan (zoals blijkt uit de wetsgeschiedenis) en is ook van belang. Wanneer een werkgever te zwaar wordt getroffen kan dit zijn weerslag hebben op andere werknemers.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de billijke vergoeding een evident preventief karakter heeft. Of hierin ook een punitief aspect besloten ligt, bleek zoals gezegd voor discussie. Mijns inziens kan het straffen van de werkgever middels de billijke vergoeding onder bepaalde omstandigheden. Om te voorkomen, hoeft men niet per se te straffen. Hoewel werkgevers de billijke vergoeding als een straf kunnen ervaren, betekent dit niet dat de billijke vergoeding een straf is of dat straffen het oogmerk van de billijke vergoeding is. Zoals gezegd kan het naar mijn mening in bepaalde gevallen wel de bedoeling zijn om de werkgever te straffen. Hiermee volg ik de redenering van de A.G. bij het Hairstyle-arrest. Met bepaalde gevallen doel ik op situaties waar de werknemer ten gevolge van het ontslag en het ernstig verwijtbaar handelen geen (concrete) schade loopt. Hetgeen betekent dat er niets te compenseren valt. De werkgever kan echter niet zomaar weggelaten worden met diens ernstig verwijtbaar handelen, als het zo makkelijk gaat dan zou hij of zij de volgende net zo handelen. Aldus is er geen sprake van preventie. Wanneer de werkgever bestraft wordt voor diens daden, is het waarschijnlijker dat hij of zij anders zal handelen in de toekomst.

§4.3 Tussenconclusie

Voorafgaand aan het Hairstyle-arrest bleek verdeeldheid te bestaan binnen de literatuur met betrekking tot de billijke vergoeding. Sommige auteurs bleken (fervent) voorstander van de punitieve billijke vergoeding (Kruit, Bij de Vaate en Peters), andere juist niet (Verburg) en sommigen lieten het in het midden (Frikkee en Smorenburg). Het Hairstyle-arrest heeft duidelijkheid geboden, maar het laatste woord is er zeker nog niet over gezegd. Of het Hairstyle-arrest heeft geresulteerd in minder verdeeldheid onder auteurs, is momenteel nog niet duidelijk. Het punitieve karakter is in ieder geval niet van de tafel, het is wel minder prominent dan voorheen; het karakter is niet overwegend punitief, maar mogelijk mede punitief. Kruit, voorheen verwoed voorstander van de zuiver punitieve benadering, erkent dit.

Hoofdstuk 5 Deskundigen over de billijke vergoeding

In de vorige hoofdstukken is aan bod gekomen wat er in de wet(sgechiedenis), jurisprudentie en literatuur gezegd en bepaald is omtrent de onder meer de toekenning, begroting en het karakter van de billijke vergoeding. Dit hoofdstuk ziet op de manier waarop enkele deskundigen omgaan met de billijke vergoeding in de praktijk. Daarnaast komen hun zienswijzen betreffende de reikwijdte van het Hairstyle-arrest, eventuele subjectiviteit van de rechter, de begroting, de toekenning, de grens tussen verwijtbaarheid en ernstige verwijtbaarheid en het karakter van de billijke vergoeding aan bod. Bij het in dit hoofdstuk gehanteerde begrip '*deskundige*' wordt uitgegaan van de begripsomschrijving uit de Dikke Van Dale: een persoon met '*kennis van zaken*'. Aan het woord komen twee arbeidsrechtadvocaten, een FNV-procesjurist en een juridisch medewerker van het FNV die haar masterthesis heeft geschreven over de billijke vergoeding. Voor de volledige tekst wordt u doorverwezen naar de bijlagen.

§5.1 De reikwijdte van het Hairstyle-arrest

De Bont²⁴³ is van mening dat (de begrotingssystematiek uit) het Hairstyle-arrest zowel in ontbindings- als opzeggingszaken kan worden toegepast daar het in beide procedures om hetzelfde criterium gaat; ernstig verwijtbaar handelen. Snijkers²⁴⁴ verwoordt het anders maar haar antwoord geeft blijk van eenzelfde gedachtegang. Bredo²⁴⁵ idem dito. De Vries²⁴⁶ geeft aan dat er mogelijk wel een onderscheid is, maar dat het onderscheid in de praktijk in ieder geval niet scherp is. Volgens hem kan het Hairstyle-arrest dan ook in allebei de procedures worden toegepast.

§5.2 De begroting

Wat betreft de begroting van de billijke vergoeding, blijkt dat de verschillende deskundigen (grotendeels) overeenkomende methoden hanteren. Snijkers kijkt (in lijn met het Hairstyle-arrest) naar alle omstandigheden van het geval, waaronder de schade en vooral de anciënniteit. Ondank de opmerkingen van de wetgever dat een nieuw baan hierbij betrokken kan worden, is ze van mening dat dit buiten beschouwing moet worden gelaten daar het haars inziens draait om de onjuiste behandeling. Ook De Bont gaat uit van de verwijtbaarheid, waarbij hij alle mogelijke omstandigheden betreft om de vergoeding te kunnen verhogen. Daarmee probeert hij in te spelen op de subjectiviteit van de rechter (zie volgende paragraaf). Bredo betreft sinds het Hairstyle-arrest ook alle omstandigheden van het geval, zoals de gevolgen van het ontslag. Dit geldt ook voor De Vries, die eveneens alles betreft in het kader van de begroting.

§5.3 Mogelijke subjectiviteit van de rechter

In dit opzicht heerst er unanimiteit; alle deskundigen zijn het erover eens dat subjectiviteit een rol speelt bij de beoordeling van een handelen of nalaten als ernstig verwijtbaar. Twee van de drie deskundigen die procederen, hebben te maken gekregen met subjectiviteit van de rechter in de praktijk. De Bont geeft aan dat de beroepsmogelijkheid uit de WWZ in het kader van subjectiviteit een verbetering is ten opzichte van de oude situatie.

²⁴³ Dhr. mr. C.M.J. de Bont, ex-arbeidsrechtadvocaat en ex-partner bij De Voort Advocaten te Tilburg (met pensioen sinds 1 juli 2017).

²⁴⁴ Mevr. mr. E. Snijkers, juridisch medewerker bij FNV Weert en schrijver van een masterthesis met betrekking tot de billijke vergoeding.

²⁴⁵ Mevr. mr. M.E.F. Bredo, advocaat arbeidsrecht en sociale zekerheidsrecht bij Advocatenkantoor Bredo te Berkel-Enschot.

²⁴⁶ Dhr. mr. R. de Vries, procesjurist bij FNV Weert.

§5.4 De toekenning

Over de toekenning is weinig onduidelijkheid onder de deskundigen. In het kort zijn ze allen van mening dat het gaat om ernstige verwijtbaarheid. De Bont verwoordt het als '*de ingang*', De Vries als '*de drempel*'. Wanneer een handelen of nalaten gekwalificeerd kan worden als '*ernstig*' verwijtbaar, is echter minder duidelijk en komt in de volgende paragraaf aan bod.

§5.5 (Ernstige) verwijtbaarheid

Op de vraag wat '*gewone*' verwijtbaarheid van ernstige verwijtbaarheid scheid, had geen van de deskundigen een duidelijk antwoord. Snijkers ziet het als een grijs gebied maar denkt dat in cumulatie van verschillende verwijtbare handelen kunnen leiden tot het aannemen van ernstige verwijtbaarheid. De Bont stelt dat de grens geheel afhankelijk is van de normen en ideeën van de kantonrechter en De Vries is van mening dat er geen grens kan worden getrokken.

§5.6 Het karakter

Het is opmerkelijk te noemen dat, ondanks de opmerkingen van de Hoge Raad betreffende het niet '*specifieke*' punitieve karakter, alle deskundigen weldegelijk van mening zijn dat de billijke vergoeding een punitief-element heeft. Snijkers zegt expliciet het niet eens te zijn met de Hoge Raad en zowel De Bont als De Vries menen dat wanneer het gaat om het gedrag van de werkgever, dat helemaal verkeerd of erg verwijtbaar is, een straf-element niet meer dan logisch is. Ook Bredo is van mening dat het punitieve karakter blijft, maar houdt hier verder geen rekening mee.

§5.7 Tussenconclusie

In zijn algemeenheid kan worden geconcludeerd dat de alhier aan bod gekomen deskundigen de aanwijzingen uit het Hairstyle-arrest ten dele opvolgen. Zo gaan ze in het kader van de begroting, in lijn met hetgeen door de Hoge Raad is bepaald, uit van alle omstandigheden. Wat betreft het karakter van de billijke vergoeding is dit, behoudens Bredo, juist niet het geval.

Duiden wat '*ernstige*' verwijtbaarheid exact inhoud, blijkt voor hen allen moeilijk. Subjectiviteit van de rechter speelt een rol in de beoordeling van een handelen of nalaten als ernstig verwijtbaar. Daarover is volgens de bewuste deskundigen geen twijfel mogelijk.

Daarnaast zijn ze het erover eens dat de begrotingssystematiek volgend uit het Hairstyle-arrest kan worden toegepast in opzeggings- en ontbindingsprocedures. Kanttekening bij al het voorgaande is dat het geenszins significant is. Het geeft slechts een beperkt beeld van de wijze waarop enkele deskundigen omgaan met de billijke vergoeding (en aanwijzingen van De Hoge Raad) in de praktijk.

Hoofdstuk 6 Conclusies en aanbevelingen

Dit hoofdstuk dient ter beantwoording van de centrale vraag, te weten: *‘Wat is de invloed van het Hairstyle-arrest op de lagere rechtspraak omtrent de billijke vergoeding en tot welke aanbevelingen aan de FNV leidt dit, zodat zij haar leden hieromtrent beter kan bijstaan?’* Op basis van de conclusies waaruit het antwoord op de centrale vraag volgt, worden aanbevelingen gedaan aan de FNV.

§6.1 Conclusies

Voor de beantwoording van de centrale vraag is het logischerwijs van belang wat er precies bepaald is in het Hairstyle-arrest. Zodoende wordt dit eerst behandeld, voorzien van mijn persoonlijke commentaar. In samenhang hiermee komen vervolgens de conclusies volgend uit de rechtspraak voorafgaand aan het arrest, de wet(sgeschiedenis), de literatuur en de rechtspraak van na het arrest aan bod.

§6.1.2 Het Hairstyle-arrest

§6.1.2.1 Het karakter van de billijke vergoeding volgens de Hoge Raad

Volgens de Hoge Raad kent de billijke vergoeding geen specifiek punitief karakter en dus moet er in het kader van de vaststelling van de billijke vergoeding geen rekening worden gehouden met het bestraffen van de werkgever. Uit de bewoording *‘specifiek’* leid ik af dat het punitieve karakter niet geheel wordt uitgesloten. Mijns inziens is er in bepaalde gevallen wel ruimte voor een bestraffend-element. Zoals zal blijken in de volgende sub-paragraaf is de geleden schade ten gevolge van het ontslag leidend in de begroting van de billijke vergoeding. In het geval dat er geen concrete schade is geleden maar de werkgever zich weldegelijk ernstig verwijtbaar heeft gedragen, kan de werkgever naar mijn mening niet ongestraft met diens gedraging weggelaten worden.

§6.1.2.2 De begrotingscriteria uit het Hairstyle-arrest

Bij de begroting van de billijke vergoeding gaat om alle omstandigheden van het geval, dus ook om de gevolgen van het ontslag. Mits deze zijn toe te rekenen aan de ernstig verwijtbare gedraging. Bij de gevolgen gaat de Hoge Raad uit van de door de werknemer geleden schade. Hierbij neemt inkomensderving een centrale positie in. Een aantal aspecten kunnen dienen als correctiefactor. De inkomensderving wordt berekend middels het vermenigvuldigen van het inkomen met de hypothetische toekomstige duur van het dienstverband. Naar mijn mening kan dit een lastige opgave zijn. Bijvoorbeeld in het geval van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. In het kader van de begroting heeft de Hoge Raad ten slotte de schadevergoedingsbepalingen uit boek 6 BW van toepassing verklaard. Dit maakt in combinatie met het niet specifiek punitieve karakter van de vergoeding dat de billijke vergoeding meer weg heeft van een schadevergoeding dan van een sanctie.

§6.1.2.3 De toekenningscriteria uit het Hairstyle-arrest

Volgens de Hoge Raad spelen de gevolgen geen rol spelen in het kader van de toekenning omdat deze niet kunnen leiden tot het aannemen van ernstige verwijtbaarheid. In tegenstelling tot de Hoge Raad kunnen de gevolgen mijns inziens wel een (indirecte) rol spelen bij de waardering van de verwijtbaarheid, mits ze voorzienbaar zijn. Ondanks dat een werkgever in twee gevallen objectief gezien hetzelfde handelt, kan op basis van de gevolgen van het ontslag de verwijtbaarheid anders worden gewogen. Stel dat de werkgever wist (of kon weten) dat de ene werknemer een grote baan heeft en de andere (bijvoorbeeld vanwege diens leeftijd) waarschijnlijk nooit meer aan een baan komt. In dat geval zijn de gevolgen van het ontslag voor de een zeer ernstig en voor de ander niet. Hoewel de werkgever in objectieve zin hetzelfde handelt, is het hem naar mijn mening in de ene situatie zwaarder aan te rekenen dan in de andere situatie. Uit het

literatuuronderzoek en interviews met deskundigen blijkt dat een punitief ook door anderen niet wordt uitgesloten.

§6.1.2.4 Motiveringsplicht

Hoewel verankerd in de Grondwet, benadrukt de Hoge Raad de motiveringsplicht van de rechter. De rechter dient in zijn oordeel te motiveren hoe de hoogte van de vergoeding volgt uit de omstandigheden van het geval. Deze motiveringsplicht impliceert verplichtingen voor de werknemer (en dus de FNV-jurist) indien deze een billijke vergoeding verzoekt. Hierover meer bij de aanbevelingen.

§6.1.3 De rechtspraak voorafgaand aan het Hairstyle-arrest en de wet(s)geschiedenis

Om te bepalen wat de invloed van het Hairstyle-arrest is op lagere rechtspraak, is in samenhang met de opmerkingen van de wetgever de situatie in de rechtspraak voorafgaand aan het bewuste arrest in kaart gebracht.

§6.1.3.1 De begroting

Wat betreft de begroting waren er een drietal stromingen in de rechtspraak: de hoogte van de vergoeding in relatie tot de mate van verwijtbaarheid, het vermeende punitieve karakter van de vergoeding als bepalende factor en de hoogte van de billijke vergoeding in relatie tot de financiële waarde van het dienstverband. In elk van deze drie stromingen komt een aanwijzing van de wetgever naar voren. Zo wordt door de rechters in stroming I vooral aansluiting gezocht bij de mate van verwijtbaarheid, in stroming II bij de uitspraak van de wetgever dat de vergoeding dient ter voorkoming (en ter bestraffing aldus deze rechters) en in stroming III bij de financiële waarde van het dienstverband, waaronder het misgelopen loon.

§6.1.3.2 De hoogte en motivering

De aanwijzingen van de wetgever zijn onduidelijk over de vraag of de gevolgen van het ernstig verwijtbare handelen of het ontslag mogen worden meegewogen in het kader van de hoogte. Qua hoogte van de toegekende vergoedingen bestonden er in de rechtspraak enorme verschillen, welke waarschijnlijk voortkomen uit de onduidelijkheid in de wet(s)geschiedenis. Daarnaast valt door de verschillen in hoogte geen duidelijke lijn te distilleren uit de jurisprudentie. Temeer omdat uit het jurisprudentieonderzoek is gebleken dat rechters de hoogte vaak gebrekkig motiveerden.

§6.1.3.3 De toekenning

De nadrukkelijke bedoeling van de wetgever om bij mindere gradaties van verwijtbaarheid dan ernstige verwijtbaarheid geen billijke vergoeding toe te kennen, komt tot uiting in de rechtspraak. Gebleken is namelijk dat rechters ernstige verwijtbaarheid niet snel aannemen. In lijn met de visie van de wetgever betreft het uitzonderlijke gevallen en moet sprake zijn van gedrag dat onmiskenbaar strijdig is met goed werkgeverschap. Daarnaast blijken de gevallen van ernstig verwijtbaar gedrag in de jurisprudentie doorgaans te corresponderen met de voorbeelden uit de wet(s)geschiedenis.

§6.1.4 De rechtspraak na het Hairstyle-arrest

Het antwoord op de centrale vraag volgt logischerwijs hoofdzakelijk uit de rechtspraak die is gewezen na het Hairstyle-arrest. In bijna alle uitspraken wordt verwezen naar het Hairstyle-arrest en in bijna alle uitspraken wordt rekening gehouden met de daaruit volgende aanwijzingen. Op basis daarvan is het arrest te bestempelen als *'richtinggevend'*.

Omdat in het kader van de begroting de aanwijzingen van de Hoge Raad veelal worden opgevolgd, kan tevens gesteld worden dat hiermee een basis is gelegd voor een *'eenduidige'* begrotingsmethodiek. Overeenkomstig de door de wetgever gewenste

'bottom-upbenadering'. Blijkens de rechtspraak trachten rechters de hoogte van de billijke vergoeding uitgebreider te motiveren, strokend met de door de Hoge Raad nadrukkelijk benoemde motiveringsplicht. Rechters blijken daarnaast niet langer rekening te houden met het bestraffen van de werkgever, eveneens conform de aanwijzingen van de Hoge Raad.

Wat betreft het betrekken van de gevolgen van het ontslag bij de begroting, lijkt ook in de lagere rechtspraak inkomensderving het uitgangspunt lijkt te vormen. In navolging van de Hoge Raad gebruiken kantonrechters een aantal aspecten als correctiefactor. Onder andere een nieuwe baan van de werkgever en wanneer de werknemer in de toekomst in redelijkheid inkomsten zal verkrijgen. Daarnaast blijken kantonrechters rekening te houden met de positie van de werknemer op de arbeidsmarkt, diens financiële positie, de anciënniteit, een transitievergoeding, een vergoeding wegens onregelmatige opzegging en de mate van verwijtbaarheid.

De invloed van de uit het Hairstyle-arrest volgende aanwijzingen betreffende de begroting blijkt zich niet te beperken tot zaken waarin sprake is van vernietigbare opzegging. De begrotingsmethodiek lijkt in zowel opzeggings- als ontbindingsprocedures te kunnen worden toegepast. Tot op heden lijkt er in ieder geval niets in de weg te staan aan deze universele toepassing. Mijns inziens is er dan ook ruimte voor reflexwerking van het Hairstyle-arrest in de ontbindingsprocedure. Vast staat in ieder geval dat kantonrechters het in beide procedures toepassen, hetgeen logisch is gezien het feit dat kantonrechters ook in ontbindingsprocedures behoefte hebben aan aanknopingspunten.

De invloed van de aanwijzingen inzake de begroting lijkt ten slotte niet gelimiteerd te worden door de rol van het toekenningscriterium ernstige verwijtbaarheid, of het nou bewezen dan wel aannemelijk gemaakt moet worden of dat het wordt geacht aanwezig te zijn.

§6.2 Aanbevelingen

In deze paragraaf worden concrete aanbevelingen gedaan aan de FNV om ervoor te zorgen dat zij haar cliënten zo goed mogelijk kan bijstaan in zaken waar een billijke vergoeding wordt verzocht. Deze aanbevelingen zien op de toekenning en de begroting.

§6.2.1 De toekenning

In het kader van de billijke vergoeding is het in de eerste plaats van belang dat deze wordt toegekend. Daartoe is het dus van belang dat de kans op toekenning zo groot mogelijk is. Wat dat betreft is het allereerst van belang op grond van welk artikel de billijke vergoeding wordt verzocht. Hieruit volgt namelijk of het criterium ernstige verwijtbaarheid überhaupt geen rol speelt, het door de rechter wordt geacht aanwezig te zijn of dat de aanwezigheid ervan nog bewezen of aannemelijk gemaakt dient te worden.

In een geval waar ernstige verwijtbaarheid wordt geacht aanwezig te zijn, bijvoorbeeld in het geval van een ontslag op staande voet, zal de jurist aan de hand van de feiten en omstandigheden duidelijk moeten maken waarom het onterecht gegeven is.

In het geval dat de aanwezigheid van ernstige verwijtbaarheid bewezen dan wel aannemelijk gemaakt moet worden, zullen de factoren waarvan afhangt of er daadwerkelijk sprake is van ernstige verwijtbaarheid moeten worden meegewogen in het verzoek. De jurist zal dus moeten kijken naar alle gedragingen van de werkgever, niet enkel de (in beginsel) als ernstig verwijtbaar te kwalificeren gedraging. Het kan immers van invloed zijn of de werkgever zich bijvoorbeeld heeft ingespannen om de arbeidsverhouding of het functioneren te verbeteren. Bijvoorbeeld middels mediation, functioneringsgesprekken, coaching of een verbetertraject. Indien de werkgever een van

de voorgaande methodes heeft gebruikt, is het van belang dat de werkgever dit ook op de juiste wijze heeft gedaan en dat het dus niet slechts een lege huls is.

Logischerwijs informeert een jurist van de FNV haar cliënten zo goed en uitgebreid mogelijk met betrekking tot alle aspecten en risico's van een zaak. Wat dat betreft is het inzake de toekenning eveneens van belang om de cliënt ervan te vergewissen dat de billijke vergoeding nadrukkelijk bedoeld is voor uitzonderlijke gevallen, hetgeen betekent dat er een reële kans bestaat dat deze niet wordt toegekend. Daarom zal een FNV jurist enkel een billijke vergoeding moeten verzoeken wanneer er naar diens normen evident sprake is van ernstige verwijtbaarheid en de kans op toekenning dus reëel is. Dit is ook vanuit het oogpunt van haar eigen geloofwaardigheid van belang. In het kader van de geloofwaardigheid is het eveneens belangrijk om de cliënt duidelijk te maken dat er een aanmerkelijke kans bestaat dat de toegekende billijke vergoeding lager uit zal vallen dan verzocht. In nagenoeg alle zaken blijkt dit namelijk het geval te zijn.

§6.2.2 De begroting

Dat op de rechter een uit de grondwet volgende motiveringsplicht rust, is bekend. In het Hairstyle-arrest benadrukt de Hoge Raad het belang van deze motiveringsplicht in het kader van de hoogte van de billijke vergoeding. Deze motiveringsplicht heeft ook consequenties voor de FNV-jurist. Namelijk dat deze dient te stellen en bewijzen wat de hoogte van de vergoeding zijns inziens zou moeten zijn, hetgeen ertoe leidt dat de jurist het verzoek tot toekenning van de billijke vergoeding moet voorzien van een uitgebreide toelichting betreffende de hoogte van de verzochte vergoeding.

Voor de FNV-jurist is het inzake de begroting van groot belang welke aspecten de rechter meeweegt en waar de rechter de hoogte op baseert. In de meeste gevallen gaat het om een tweetal aspecten: de gevolgen van het ontslag en de mate van verwijtbaarheid. Omdat uit het jurisprudentieonderzoek blijkt dat rechters sinds het Hairstyle-arrest voornamelijk aansluiting zoeken bij de gevolgen van het ontslag, in het bijzonder de geleden schade, is het verstandig de begroting van de billijke vergoeding in de eerste plaats daarop te baseren.

Om de geleden schade te bepalen, moet de jurist de gevolgen van het ontslag meenemen in de begroting (mits deze zijn toe te rekenen aan het ernstig verwijtbare gedrag van de werkgever). Aangezien onder schade door veel rechters wordt verstaan het misgelopen- en gederfd loon (en immateriële schade zoals psychische schade en imagoschade), zal de FNV-jurist dit als uitgangspunt moeten nemen. Daarnaast is het voor de jurist van belang dat, indien elementen van de door hem of haar verzochte billijke vergoeding zien op de vergoeding van schade, de wettelijke regels van art. 6:95 e.v. BW in acht worden genomen.

Rechters '*berekenen*' het in de toekomst te verwerven inkomen uit loon door het vermenigvuldigen van het maandloon met de hypothetische verdere duur van het dienstverband. Op basis daarvan zal de jurist dus aannemelijk moeten maken dat het dienstverband nog lang zou hebben voortgeduurd, daar dit neerkomt op meer gederfd loon en dus zal resulteren in een zo hoog mogelijke billijke vergoeding. Dit kan in het geval van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd ingewikkeld zijn. Kijk in ieder geval naar het functioneren van de werknemer en de anciënniteit; dit kan een indicatie zijn voor een lange verdere duur.

De jurist zal ook rekening moeten houden met een aantal correctiefactoren, daar deze in de rechtspraak na het Hairstyle-arrest doorgaans in mindering worden gebracht op de billijke vergoeding. Het kan gaan om een eventueel verschuldigde transitievergoeding en een eventueel verschuldigde vergoeding wegens onregelmatige opzegging. Wanneer deze naast de billijke vergoeding worden toegekend, kan dit namelijk resulteren in een

dubbele compensatie. Ook een WW-uitkering wordt mogelijk op de billijke vergoeding in mindering gebracht omdat dit een deel van het inkomstenverlies uit loon opvangt.

Omstandigheden die de jurist kan betrekken omdat deze juist een potentieel verhogende invloed hebben, zijn de anciënniteit van het beëindigde dienstverband, de financiële positie van de werknemer, de leeftijd van de werknemer en de (mogelijke daarmee samenhangende) kansen van de werknemer op de arbeidsmarkt.

Indien er geen sprake is van concrete schade ten gevolge van het ontslag, kan er sprake zijn van een punitieve sanctie omdat de billijke vergoeding een compensatie behelst terwijl er geen schade tegenover staat. In dat geval mag de werknemer niet zomaar weggelaten worden met diens ernstig verwijtbare gedraging en kan de jurist een punitief element verwerken in het verzoek. Omdat de jurist bij de begroting in dergelijke gevallen geen aansluiting kan zoeken bij geleden schade, zal hij of zij de mate van verwijtbaarheid als leidraad moeten nemen. Dat criterium volgt immers uit de wetsgeschiedenis.

Afhankelijk van de omstandigheden zal de jurist dus de volgende aspecten moeten meenemen in de begroting:

1. Inkomensschade: de inkomsten die de werknemer zou hebben genoten wanneer er geen sprake van beëindiging zou zijn (dit omvat misgelopen inkomsten uit het verleden en in de toekomst potentieel te verwerven inkomsten, zoals gederfd loon);
2. Of er aanspraak is op een transitievergoeding dan wel een vergoeding wegens onregelmatige opzegging;
3. Immateriële schade (zoals psychische schade of imagoschade);
4. De leeftijd van de werknemer, de positie van de werknemer op de arbeidsmarkt, de financiële positie van de werknemer en de anciënniteit van het beëindigde dienstverband;
5. De mate van verwijtbaarheid en eventueel een punitief element.

Bronnenlijst

Vakbladen

Bij de Vaate & Pinedo 2016

D.M.A. bij de Vaate & D.B.M. Pinedo, 'Jurisprudentie over de billijke vergoeding: labyrint of duidelijke lijn?', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2016, 84.

Bij de Vaate & Kruit 2017

D.M.A. bij de Vaate & P. Kruit, 'Billijke vergoeding: over karakter, begroting en artikel 6 EVRM', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2017, 11.

Frikkee & Smorenburg 2016

C.J. Frikkee & M.E. Smorenburg, 'Berekening van een billijke vergoeding', *ArbeidsRecht* 2016, 11.

Frikkee & Smorenburg 2016

C.J. Frikkee & M.E. Smorenburg, 'Billijke vergoeding in hoger beroep', *ArbeidsRecht* 2017, 2.

Kruit 2014

P. Kruit, 'De ontslagvergoeding: transitie van billijkheid naar forfaitair, of toch weer billijkheid?' *Tijdschrift voor de Arbeidsrechtpraktijk* 2014, 1.

Sagel 2016

S.F. Sagel, 'De Wwz, het ontslag op staande voet en de rechter', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2016, 85.

Schouten 2014

B. Schouten, 'Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten: over de omvang van een muizengaatje', *Tijdschrift voor de Arbeidsrechtpraktijk* 2014, 9.

Van de Kam & Postma 2017

S. van de Kam & M.S. Postma, 'Het 'Hairstyle-arrest': gevolgen voor de ontslagpraktijk', *ArbeidsRecht* 2017, 49.

Van Zanten-Baris 2014

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

Boeken

Kronenberg & De Wilde 2010

M.J. Kronenberg & B. de Wilde, *Grondtrekken van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2010.

Timmermans & Sommers 2016

J.P.H. Timmermans & N.H.P.G. Sommers, *Praktisch burgerlijk procesrecht*, Groningen/Houten: Noordhoff 2014.

Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015

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

Van Schaaijk 2011

G.A.F.M. van Schaaijk, *Praktijkgericht Juridisch onderzoek*, Den Haag: Boom 2011.

Verburg 2016

L.G. Verburg, *Kanttekeningen bij de Wet werk en zekerheid*, Den Haag: Boom 2016.

Personen

De heer mr. C.M.J. de Bont, ex-arbeidsrechtadvocaat en ex-partner bij De Voort Advocaten te Tilburg.

Mevrouw mr. M.E.F. Bredo, advocaat arbeidsrecht en sociale zekerheidsrecht bij Advocatenkantoor Bredo te Berkel-Enschot.

Mevrouw mr. E. Snijkers, juridisch medewerker bij FNV Weert en schrijver van een masterthesis met betrekking tot de billijke vergoeding.

De heer mr. R. de Vries, procesjurist bij FNV Weert.

Elektronische bronnen

A. Janssen, 'Individuele omstandigheden bij het bepalen van de billijke vergoeding: de eerste toepassingen', *DirkZwager Arbeidsrecht* 31 juli 2017, dirkzwagerarbeidsrecht.nl (zoek op *billijke vergoeding*).

A. Janssen, 'Individuele omstandigheden bij het bepalen van de billijke vergoeding: een update', *DirkZwager Arbeidsrecht* 4 september 2017, dirkzwagerarbeidsrecht.nl (zoek op *billijke vergoeding*).

'Nieuw bestuur moet FNV uit het defensief halen', *Financieel Dagblad* 14 september 2017, fd.nl (zoek op *nieuw bestuur FNV*).

'FNV Zelfstandigen onderdeel van FNV', *Fnvzzp* 15 september 2017, fnvzzp.nl (zoek op *fusie verloop*).

'Update billijke vergoeding – categorie-1', *Loyens & Loeff* 16 februari 2017, loyensloeff.nl (zoek op *update billijke vergoeding*).

'Billijke vergoeding. Op welke wijze moet de hoogte van de billijke vergoeding als bedoeld in art. 7:682 lid 3 BW en 7:671b lid 8 sub c BW worden vastgesteld?', *Rechtspraak Arbeidsrecht* 2017/154 (zoek op *billijke vergoeding vaststelling hoogte*).

'Billijke vergoeding. Mogen de persoonlijke omstandigheden (als duur van het dienstverband en de gevolgen) van de werknemer meewegen bij de vaststelling van een billijke vergoeding na een onterecht gegeven ontslag? Heeft die vergoeding een punitief karakter?', *Rechtspraak Arbeidsrecht* 2017/121 (zoek op *billijke vergoeding persoonlijke omstandigheden*).

S.S.M. Peters, 'Billijke vergoeding hausse in 2016: onttaardt het door de wetgever geregiseerde strakke ballet in een losbandige lambada?', *VAAN updates arbeidsrecht* 15 maart 2016, vaan.ar-updates.nl (zoek op *billijke vergoeding hausse*).

P. Kruit, 'De billijke vergoeding: introductie van de punitive damage in het arbeidsrecht?', *VAAN updates arbeidsrecht* 5 september 2016, vaan.ar-updates.nl (zoek op *punitive damage*).

P. Kruit, 'De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?', *VAAN updates arbeidsrecht* 28 november 2017, vaan.ar-updates.nl (zoek op *New Hairstyle*).

A.R. Houweling, M.J.M.T. Keulaerds & P. Kruit, 'VAAN-VvA: evaluatieonderzoek WWZ', *VAAN* 1 juli 2016, bnr.nl (zoek op *evaluatieonderzoek WWZ*).

'Deskundigen oordelen dat Wet werk en zekerheid doel mist', *Nu* 15 september 2017, nu.nl (zoek op *Wet werk en zekerheid*).

'De billijke vergoeding', *Workx Advocaten* 8 november 2017, workxadvocaten.nl (zoek op *Billijke vergoeding*).

Regelgeving en parlementaire stukken

Burgerlijk wetboek, boek 7, titel 10.

Handelingen I 2013/14, 33818, 32.

Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3.

Kamerstukken II 2013/14, 33818, 4.

Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7.

Kamerstukken I 2013/14, 33818, C.

Documenten

L.F. Asscher, 'Opzet evaluatie Wwz en eerste beeld invoering Wwz', Kamerbrief 27 november 2015.

Regeerakkoord Rutte III: 'Vertrouwen in de toekomst' (rijksoverheid.nl), 10 oktober 2017.

Jurisprudentielijst

Hoge Raad

1. HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4472 (*Rutten/Breed*).
2. HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187 (*Hairstyle*).

Gerechtshoven

3. Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:320.
4. Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715.
5. Hof Arnhem-Leeuwarden 31 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2601.
6. Hof 's-Hertogenbosch 21 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1538.
7. Hof 's-Hertogenbosch 23 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2514.
8. Hof 's-Hertogenbosch 13 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3241.
9. Hof 's-Hertogenbosch 7 september 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3856.
10. Hof Den Haag 12 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2631.
11. Hof Amsterdam 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4176.

Kantonrechtbanken

12. Rb. Oost-Brabant 1 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5186.
13. Rb. Oost-Brabant 22 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5552.
14. Rb. Oost-Brabant 1 oktober 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6107.
15. Rb. Midden-Nederland 15 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7538.
16. Rb. Limburg 5 november 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:9351.
17. Rb. Noord-Nederland 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423.
18. Rb. Zeeland-West-Brabant 25 november 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:8520.
19. Rb. Overijssel 27 november 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5275.
20. Rb. Amsterdam 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752.
21. Rb. Amsterdam 15 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9244.
22. Rb. Gelderland 15 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:543.
23. Rb. Amsterdam 29 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:400.
24. Rb. Den Haag 3 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:761.
25. Rb. Midden-Nederland 18 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:854.
26. Rb. Zuid-Holland 22 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1743.
27. Rb. Noord-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:714.
28. Rb. Gelderland 25 februari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1534.
29. Rb. Limburg 1 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:1789.
30. Rb. Amsterdam 17 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1690.
31. Rb. Limburg 21 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2432.
32. Rb. Amsterdam 31 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2119.
33. Rb. Overijssel 1 april 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1205.
34. Rb. Amsterdam 12 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2127.
35. Rb. Rotterdam 11 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3578.
36. Rb. Noord-Holland 28 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5443-5444.
37. Rb. Zeeland-West-Brabant 13 juli 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:4337.
38. Rb. Noord-Nederland 14 juli 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:3628.
39. Rb. Noord-Holland 28 juli 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:6519.
40. Rb. Rotterdam 22 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6495.
41. Rb. Gelderland 21 september 2016, AR-updates 2016-1099.
42. Rb. Gelderland 29 september 2016, AR-updates 2016-1115.

43. Rb. Amsterdam 7 juli 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4883.
44. Rb. Noord-Nederland 11 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2726.
45. Rb. Noord-Nederland 13 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2700.
46. Rb. Limburg 17 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6879.
47. Rb. Noord-Nederland 18 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2796.
48. Rb. Midden-Nederland 24 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3808.
49. Rb. Limburg 27 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:7257.
50. Rb. Limburg 1 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:7508.
51. Rb. Noord-Holland 4 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:6593.
52. Rb. Limburg 25 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8348.
53. Rb. Limburg 6 september 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8702.
54. Rb. Rotterdam 6 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6858.
55. Rb. Overijssel 4 oktober 2017, ECLI:NL:ROVE:2017:3768.
56. Rb. Rotterdam 24 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8137.