

Doorgaan tot het (muizen)gaatje?

Een praktijkgericht juridisch onderzoek
naar de billijke vergoeding in de Wet
Werk en Zekerheid



Jackie van Sprundel
Rotterdam, 30 mei 2016



Juridische Hogeschool
Avans-Fontys

Doorgaan tot het (muizen)gaatje?

Een praktijkgericht juridisch onderzoek naar de
billijke vergoeding in de Wet
Werk en Zekerheid

Naam: J.K. van Sprundel

Studentnummer: 2069515

Opleiding: Juridische Hogeschool Avans-Fontys

Locatie: Tilburg

Naam eerste afstudeerdocent: dhr. mr. M.J.G. Kooij

Naam tweede afstudeerdocent: mw. mr. S. van Dooren

Afstudeerperiode: februari 2016 – mei 2016

Afstudeerorganisatie: FNV, locatie Rotterdam

Naam afstudeermentor: dhr. mr. R. Kamerling

Classificatie: intern

Plaats en datum: Rotterdam, 30 mei 2016

Voorwoord

Met trots presenteer ik u dit praktijkgericht juridisch onderzoeksrapport. Dit onderzoeksrapport vormt de afsluiting van mijn opleiding HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg. Het onderwerp van dit onderzoeksrapport is tot stand gekomen in overeenstemming met Richard Kamerling (procesjurist bij de FNV te Rotterdam). Hij heeft een aantal onderwerpen voorgesteld die vanuit de organisatie vragen oproepen. Na overleg met John Lousberg, docent arbeidsrecht aan de Juridische Hogeschool, is het onderwerp “de billijke vergoeding in de Wet Werk en Zekerheid” eruit gekomen.

Graag wil ik langs deze weg een aantal personen bedanken voor hun advies, steun, betrokkenheid en vertrouwen. Allereerst wil ik Richard Kamerling bedanken voor zijn inhoudelijke feedback, uitstekende begeleiding en peptalks gedurende mijn stageperiode. Tevens wil ik de overige procesjuristen van de FNV te Rotterdam, Kirsten Ten Broek, Louise Hoogeveen en Albert Vis, bedanken voor de bijdrage die zij hebben geleverd bij een deel van het praktijkgedeelte. Ook andere collega's van de FNV te Rotterdam wil ik bedanken voor de prettige sfeer op de werkvloer. Ik ben altijd met plezier naar mijn stageadres gegaan. Daarnaast wil ik kantonrechters Krepel, Zuurmond, Wetzels en Sierkstra bedanken voor de tijd die zij voor de interviews hebben vrijgemaakt. Tevens wil ik mijn stagedocent, Mark Kooij, bedanken voor de begeleiding en feedback vanuit de Juridische Hogeschool. Ten slotte wil ik mijn ouders bedanken voor hun steun de afgelopen maanden.

Jackie van Sprundel

Rotterdam, mei 2015

Inhoudsopgave

Samenvatting.....	
Lijst met afkortingen	
Hoofdstuk 1 Inleiding	10
Paragraaf 1.1 Probleembeschrijving.....	10
Paragraaf 1.2 Centrale vraag	11
Paragraaf 1.3 Doelstelling	11
Paragraaf 1.4 Verantwoording.....	11
Paragraaf 1.5 Leeswijzer	12
Hoofdstuk 2 Totstandkoming Wet Werk en Zekerheid	13
Paragraaf 2.1 Situatie tot 1 juli 2015.....	13
Paragraaf 2.1.1 De UWV-procedure.....	13
Paragraaf 2.1.1.1 Kennelijk onredelijk ontslag	14
Paragraaf 2.1.2 Ontbinding via de kantonrechter	14
Paragraaf 2.1.2.1 Kantonrechtersformule	15
Paragraaf 2.1.3 Beëindigingsovereenkomst met wederzijds goedvinden	15
Paragraaf 2.2 Veranderende maatschappij.....	16
Paragraaf 2.2.1 Flexrecht.....	17
Paragraaf 2.2.2 Ontslagbescherming	17
Paragraaf 2.2.3 Werkloosheidswet	18
Hoofdstuk 3 Vergoedingen in de Wet Werk en Zekerheid	19
Paragraaf 3.1 De transitievergoeding.....	19
Paragraaf 3.1.1 Hoogte	20
Paragraaf 3.2 Gefixeerde schadevergoeding	20
Paragraaf 3.3 De billijke vergoeding.....	21
Paragraaf 3.3.1 Additionele billijke vergoeding	24
Paragraaf 3.3.2 Alternatieve billijke vergoeding	25
Paragraaf 3.3.3 Hoogte billijke vergoeding.....	25
Paragraaf 3.3.4 Tegenstrijdigheid in wetsgeschiedenis	26
Paragraaf 3.3.5 Indieningstermijn	27
Paragraaf 3.4 Tussenconclusie	28
Hoofdstuk 4 De billijke vergoeding in vakliteratuur	29
Paragraaf 4.1 Vakliteratuur voor 1 juli 2015	29
Paragraaf 4.2 Vakliteratuur na 1 juli 2015	31

Hoofdstuk 5 De billijke vergoeding in de rechtspraak	33
Paragraaf 5.1 Uitspraken additionele billijke vergoeding	33
Paragraaf 5.1.1 Laakbaar gedrag van de werkgever	33
Paragraaf 5.1.2 Valse ontslaggrond	34
Paragraaf 5.1.3 Grovelijke verwaarlozing van plichten door de werkgever	34
Paragraaf 5.1.4 Niet in staat stellen ter verbetering functioneren	34
Paragraaf 5.1.5 Overige jurisprudentie	35
Paragraaf 5.2 Uitspraken alternatieve billijke vergoeding	35
Paragraaf 5.3 Geen billijke vergoeding	36
Paragraaf 5.4 Vaststelling hoogte billijke vergoeding	37
Paragraaf 5.4.1 Hoogte billijke vergoeding in jurisprudentie kantonrechter	37
Paragraaf 5.4.2 Hoogte billijke vergoeding in jurisprudentie gerechtshoven	39
Paragraaf 5.5 Opvallende punten in geanalyseerde jurisprudentie	40
Paragraaf 5.5.1 Jurisprudentie in het algemeen	40
Paragraaf 5.5.2 Kantonrechter Rechtbank Amsterdam	40
Paragraaf 5.5.3 Kantonrechter Rechtbank Noord-Holland	41
Paragraaf 5.5.4 Kantonrechter Rechtbank Den Haag	41
Paragraaf 5.6 Visie van de kantonrechter	41
Paragraaf 5.6.1 Wijzigingen ten opzichte van de oude situatie	42
Paragraaf 5.6.2 Criterium en geringe motivering hoogte billijke vergoeding	42
Paragraaf 5.6.3 De billijke vergoeding in het verzoek- of verweerschrift en tijdens de zitting	44
Paragraaf 5.7 Tussenconclusie	45
Hoofdstuk 6 Procesjuristen en de billijke vergoeding	46
Paragraaf 6.1 Onderhandelingen	46
Paragraaf 6.2 Billijke vergoeding in het verzoek- of verweerschrift	47
Hoofdstuk 7 Conclusies en aanbevelingen	49
Paragraaf 7.1 Conclusies	49
Paragraaf 7.1 Aanbevelingen	51
Bronnenlijst	53

Samenvatting

De Wet Werk en Zekerheid heeft veel gewijzigd in het ontslagrecht. Er bestaat geen processuele keuzevrijheid meer voor de werkgever. Door het invoeren van een stelsel met vaste ontslaggronden en de transitievergoeding heeft de wetgever willen bereiken dat het ontslagrecht goedkoper wordt waarbij rechtszekerheid voorop staat. De transitievergoeding is het uitgangspunt in het huidige ontslagrecht en kan door de rechter worden aangevuld met een billijke vergoeding als ultimum remedium. De werknemer kan een beroep doen op de billijke vergoeding indien voldaan wordt aan het criterium “ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever”. Dit criterium wordt ook wel het “muizengaatje” genoemd, waarbij opgemerkt moet worden dat niet ieder beroep op de billijke vergoeding te kwalificeren is als het “muizengaatje”.

In de wetsgeschiedenis zijn aanwijzingen gegeven betreffende (de hoogte van) de billijke vergoeding. Deze blijken in de praktijk tegenstrijdig te zijn. Daarnaast heeft de rechter vrijheid bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding, maar wordt de invulling daarvan over het algemeen slecht gemotiveerd. Deze tegenstrijdige aanwijzingen en vrijheid van de rechter leiden tot een nieuwe rechtsongelijkheid en verwarring voor het werkveld. Procesjuristen van de FNV te Rotterdam willen graag weten op welke wijze de vordering van een billijke vergoeding in een procedure onderbouwd moet worden zodat deze voor het lid zo kansrijk mogelijk is. Om dit in beeld te brengen is de Wet Werk en Zekerheid, de bijbehorende wetsgeschiedenis, vakliteratuur en jurisprudentie geanalyseerd. Daarnaast zijn interviews afgenomen met vier kantonrechters en vier procesjuristen om hun visie te verkrijgen.

Het criterium “ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever” wordt in de rechtspraak ingevuld door aan te sluiten bij de voorbeelden die zijn gegeven in de Memorie van Toelichting. Een beroep op een billijke vergoeding wordt vaak afgewezen omdat deze niet voldoende gemotiveerd is in het verzoek- of verweerschrift. Het beeld is ontstaan dat het beroep op een billijke vergoeding in het verzoek- of verweerschrift van de procesjuristen over het algemeen een summiere motivering bevatten. Tevens wordt geen specifieke hoogte van de vergoeding vermeld.

Het is op dit moment niet mogelijk om concreet vast te stellen op welke wijze procesjuristen een beroep op een billijke vergoeding moeten motiveren. De rechtsvorming moet zich verder ontwikkelen totdat er eventueel een leidinggevende uitspraak komt van de Hoge Raad. De vraag is echter of de Hoge Raad iets concreets kan vaststellen omdat de billijke vergoeding afhangt van de omstandigheden van het geval. Doordat er nog geen specifieke richtlijnen zijn opgesteld is er ruimte voor eigen ideeën. Er wordt aanbevolen om deze ruimte als jurist te benutten zodat de rechtsvorming gestimuleerd wordt en er onderhandelingsruimte ontstaat. Het criterium moet daarbij wel een duidelijke motivering bevatten.

De rechterlijke macht vindt het lastig een specifieke hoogte als billijke vergoeding vast te stellen. Daarom blijft een motivering vaak uit. Wel is door de Gerechtshoven 's-Hertogenbosch en Den Haag vermeld dat alle omstandigheden van het geval moeten bijdragen aan het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding. Aspecten zoals de lengte van het dienstverband, het loon en de geleden inkomensschade kunnen hierbij een rol spelen. Daarnaast kan ook aansluiting worden gezocht bij de vermelde aspecten in uitspraken van de kantonrechter zoals het ontbreken van een transitievergoeding en geringe kansen op de arbeidsmarkt. Tevens kunnen overige persoonlijke omstandigheden van het bondslid worden vermeld zoals hypotheekkosten en scholingskosten. Er wordt aanbevolen om in het verzoek- of verweerschrift aansluiting te zoeken bij bovenstaande aspecten en persoonlijke omstandigheden. Tevens wordt aanbevolen een specifiek bedrag te vermelden in het verzoek- of verweerschrift zodat een beroep op de billijke vergoeding op dit moment zo kansrijk mogelijk is.

Lijst met afkortingen

Awb	Algemene wet bestuursrecht
BBA 1945	Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945
BW	Burgerlijk Wetboek
Cao	Collectieve arbeidsovereenkomst
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht

Hoofdstuk 1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de probleembeschrijving, de doelstelling en de centrale vraag weergegeven. Hierna volgt een uiteenzetting van de verantwoording van de gekozen onderzoeksstrategieën, bronnen en methoden. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een leeswijzer.

Paragraaf 1.1 Probleembeschrijving

Voordat de Wet Werk en Zekerheid werd ingevoerd had de werkgever de keuze om het ontslag te laten toetsen door het UWV of de ontbindingsrechter.¹ De ontbindingsrechter kon een billijke vergoeding toekennen op grond van de kantonrechtersformule. Deze formule was een richtlijn opgesteld door kantonrechters voor het toekennen van een vergoeding in een ontbindingsprocedure. Hierin werd ruimte geboden om eventuele verwijtbaarheid van de werknemer en de werkgever te verwerken.² Bij ontslag met een vergunning van het UWV was geen vergoeding verschuldigd aan de werknemer. Wel kon de werknemer een schadevergoeding vorderen bij de rechter indien het ontslag kennelijk onredelijk was.³

Op 1 juli 2015 is de Wet Werk en Zekerheid in werking getreden en is de keuze tussen procedures niet meer mogelijk. Door inwerkingtreding van deze wet is het ontslagrecht ingrijpend gewijzigd. De Wet Werk en Zekerheid maakt een aantal vergoedingen mogelijk. De belangrijkste drie vergoedingen zijn: de transitievergoeding, de billijke vergoeding en de gefixeerde schadevergoeding.⁴

De billijke vergoeding kan in bepaalde situaties worden toegekend en is vaak gekoppeld aan het criterium “ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever”. Dit component was voorheen opgenomen in de kantonrechtersformule. Rechters krijgen in de Wet Werk en Zekerheid de mogelijkheid om de hoogte van de vergoeding vast te stellen op het niveau dat aansluit bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval. Minister Asscher heeft ervoor gekozen geen verdere criteria op te nemen voor de billijke vergoeding omdat rechters voldoende vrijheid moeten hebben bij het afwegen van die bijzondere individuele omstandigheden.⁵

De FNV krijgt veel nieuwe zaken binnen op het terrein van het ontslagrecht. In ontslagzaken is het gedrag van werkgever en werknemer van belang omdat dit bepaalt of het ontslagverzoek wordt toegewezen en zo ja, of een transitievergoeding moet worden betaald, eventueel aangevuld met een billijke vergoeding. Het onderwerp “de billijke vergoeding” is aangedragen door de FNV omdat dit tot op heden veel vragen oproept bij juristen. Dit komt doordat de mogelijkheid tot het vorderen van een billijke vergoeding is verspreid over meerdere artikelen in de Wet Werk en Zekerheid.⁶ Tevens is de inhoud van die artikelen ruim geformuleerd.⁷ De medewerkers van de FNV willen dan ook goed geïnformeerd worden over de omstandigheden die worden meegewogen in een procedure bij het wel of niet toekennen van de billijke vergoeding en de hoogte hiervan. Rechters hebben de afgelopen periode uitspraken gedaan over de billijke vergoeding. Hieruit kunnen wellicht een aantal handvaten geformuleerd worden zodat de invulling van het wettelijk kader wordt verhelderd. De uitkomsten hiervan zullen uitmonden in aanbevelingen voor juristen van FNV waarin naar voren zal komen wat de juiste onderbouwing is bij de vordering van een billijke vergoeding.

¹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 23.

² P.M.H.J. van Grinsven, H.C. Geugjes & H.N.M. Soemers, *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, p. 332.

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

⁴ J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015 (paragraaf 8.1).

⁵ *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 65.

⁶ J. van Drongelen, W.J.P.M. Fase & S.F.H. Jellinghaus, *Individueel arbeidsrecht. Deel 3 ontslagrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 237.

⁷ J. van Drongelen, W.J.P.M. Fase & S.F.H. Jellinghaus, *Individueel arbeidsrecht. Deel 3 ontslagrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 244.

Paragraaf 1.2 Centrale vraag

De probleembeschrijving heeft geleid tot formulering van de centrale vraag:

“Op welke wijze moeten juristen van de FNV de vordering van een billijke vergoeding in een procedure onderbouwen zodat deze voor het lid zo kansrijk mogelijk is?”

Paragraaf 1.3 Doelstelling

Op 30 mei 2016 wordt een onderzoeksrapport met aanbevelingen en conclusies opgeleverd over de achterliggende gedachte van de wetgever bij de billijke vergoeding binnen de Wet Werk en Zekerheid en de toepassing hiervan door de rechters in Nederland. In de conclusies en aanbevelingen wordt gestreefd een overzicht weer te geven wanneer in een procedure de billijke vergoeding gevorderd kan worden en met welke motivering deze het meest kansrijk is.

Dit onderzoeksrapport is door middel van een onderzoek naar artikelen in de Wet Werk en Zekerheid, een wetsgeschiedenisonderzoek en een jurisprudentieonderzoek tot stand gekomen. Tevens is de uitkomst van dit onderzoek aan medewerkers van de FNV verstrekt door middel van een presentatie.

Paragraaf 1.4 Verantwoording

In dit onderzoek zijn meerdere strategieën toegepast. Voor het juridisch kader van dit onderzoeksrapport is gebruik gemaakt van het rechtsbronnen- en literatuuronderzoek. Het juridisch kader wordt beschreven in hoofdstuk 2 tot en met paragraaf 5 van hoofdstuk 5. De Wet Werk en Zekerheid, de bijbehorende wetsgeschiedenis, artikelen uit vakliteratuur en jurisprudentie zijn geraadpleegd en geanalyseerd door middel van een inhoudsanalyse. Voorgaande bronnen, met uitzondering van de vakliteratuur, zijn primaire bronnen en hierdoor betrouwbaar. De vakliteratuur is betrouwbaar omdat zij actueel verschijnt en geschreven is door experts.

De praktische kant van het onderzoek is beschreven in paragraaf 6 van hoofdstuk 5 en hoofdstuk 6 van dit onderzoeksrapport. Het kwalitatieve onderzoek is uitgevoerd met behulp van een casestudy naar de billijke vergoeding in de Wet Werk en Zekerheid. Het juridisch kader van dit fenomeen is hierboven toegelicht. In het praktische deel van dit onderzoeksrapport is de billijke vergoeding in relatie tot zijn omgeving bestudeerd. Hierbij is gebruik gemaakt van personen, aangemerkt als expert (kantonrechters) en personen, aangemerkt als informant (procesjuristen van de FNV). Om de gewenste data te verzamelen is gekozen voor de methoden interview en inhoudsanalyse. De interviews zijn vakkundig voorbereid door het opstellen van een interviewleidraad. Deze vakkundigheid is ontstaan na het volgen van een cursus interviewtechnieken aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys. Een bewijs van deelname is bijgevoegd als bijlage 1. Door de interviews op te nemen zijn de gegevens nauwkeurig verwerkt in interviewverslagen waardoor dit betrouwbare bronnen zijn. Deze verslagen zijn opgenomen als bijlage 2 tot en met 8. De geïnterviewde kantonrechters hebben ingestemd met de verwerking van de gegevens door middel van het ondertekenen van een “informed consent”. Deze documenten zijn opgenomen als bijlage 9.

Doordat bovenstaande bronnen betrouwbaar zijn en hiervan de argumenten zijn ontleend, zijn de antwoorden in het onderzoeksrapport valide. Tenslotte bevatten bovenstaande bronnen het geldend recht. Hierdoor is de interpretatie vakkundig.

Paragraaf 1.5 Leeswijzer

Dit onderzoeksrapport bestaat uit vijf kernhoofdstukken en wordt afgesloten met het hoofdstuk waarin de conclusies en aanbevelingen zijn weergegeven. Hieronder wordt per hoofdstuk kort weergegeven wat in dat hoofdstuk ter sprake komt.

Hoofdstuk 2 beschrijft de grootste wijzigingen van de Wet Werk en Zekerheid ten opzichte van het oude ontslagrecht.

In hoofdstuk 3 zijn de drie belangrijkste ontslagvergoedingen uit de Wet Werk en Zekerheid toegelicht. De transitievergoeding en de gefixeerde schadevergoeding zijn kort weergegeven. Hierna volgt een uitgebreide uiteenzetting van de billijke vergoeding waar in dit onderzoeksrapport de nadruk op ligt.

Hoofdstuk 4 bevat de visie en de verwachtingen van verschillende auteurs uit verschillende vakbladen. Hierbij is een onderscheid gemaakt in de periode voordat de Wet Werk en Zekerheid in werking is getreden en de periode na inwerkingtreding van de Wet Werk en Zekerheid.

Daaropvolgend is in hoofdstuk 5 de gepubliceerde jurisprudentie tot en met 13 mei 2016 van de kantonrechter en het gerechtshof geanalyseerd waarbij de nadruk ligt op de jurisprudentie waar de billijke vergoeding is toegekend aan de werknemer.

In hoofdstuk 6 is beschreven hoe procesjuristen van de FNV gemiddeld gezien omgaan met de materie van de billijke vergoeding.

Tot slot geeft hoofdstuk 7 antwoord op de centrale vraag. Tevens worden in dit hoofdstuk aanbevelingen gedaan voor de FNV.

Hoofdstuk 2 Totstandkoming Wet Werk en Zekerheid

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de mogelijkheden tot beëindiging van het dienstverband tot 1 juli 2015 waarbij de werknemer mogelijk recht had op een ontslagvergoeding. Daarna wordt de Wet Werk en Zekerheid kort ingeleid en worden de wijzigingen betreffende de drie belangrijkste aspecten toegelicht.

Paragraaf 2.1 Situatie tot 1 juli 2015

Deze periode kenmerkte zich doordat er, ongeacht de opzeggrond, een vrije keuze was tussen de UWV-procedure en de ontbindingsprocedure.⁸ Deze procedures waren geregeld in twee wetten⁹ en verder uitgewerkt in lagere regelgeving. Er waren twee verschillende ontslagprocedures die konden leiden tot een beëindiging van het dienstverband in het kader van het ontslagrecht met dezelfde ontslaggrond waarin recht kon bestaan op een bepaalde vergoeding.¹⁰ Dit werd ook wel het duale stelsel genoemd. Ten slotte bestond ook nog de mogelijkheid om in overleg tot een beëindiging van het dienstverband te komen.

Paragraaf 2.1.1 De UWV-procedure

Om de arbeidsovereenkomst als werkgever rechtsgeldig te kunnen opzeggen was toestemming vereist van het UWV.¹¹ In een aantal gevallen was deze toestemming niet nodig en kon de arbeidsovereenkomst zonder opzegging door de werkgever worden beëindigd. Dit was het geval in de volgende situaties:

- de beëindiging van rechtswege;
- tijdens de proeftijd;¹²
- bij wederzijds goedvinden;
- ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de rechter;
- opzegging met een dringende reden (ontslag op staande voet).¹³

De werkgever mocht de arbeidsovereenkomst niet opzeggen indien er sprake was van een opzegverbod. De werkgever kon bijvoorbeeld niet opzeggen gedurende de tijd dat werknemer arbeidsongeschikt was en dat die periode nog niet twee jaar had geduurd.¹⁴ De opzegverboden golden niet indien sprake was van een van de vijf voorgaande opgesomde situaties.

De ontslagprocedure bij het UWV was niet beschreven in het BBA 1945. Deze procedure was nader toegelicht in het ontslagbesluit.¹⁵ Op de ontslagprocedure was de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) van toepassing. De ontslagaanvraag diende een reden van ontslag te bevatten. Deze redenen stonden in het Ontslagbesluit en waren: bedrijfseconomische redenen¹⁶, arbeidsongeschiktheid¹⁷ en overige ontslagredenen¹⁸ zoals verwijtbaar handelen van de werknemer, een verstoorde arbeidsrelatie of ongeschiktheid voor de functie. De door de werkgever van toepassing verklaarde reden diende met voldoende gegevens te worden onderbouwd. De reden dat werkgevers vaak voor deze procedure kozen was dat geen vergoeding verschuldigd was aan de werknemer.

⁸ P.M.H.J. van Grinsven, H.C. Geugjes & H.N.M. Soemers, *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, p. 329-330.

⁹ Boek 7 Burgerlijk Wetboek (oud) en het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (hierna: BBA 1945 (oud)).

¹⁰ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 22 en 23.

¹¹ Art. 6 lid 1 BBA 1945 (oud).

¹² Art. 6 lid 2 sub b BBA 1945 (oud).

¹³ Art. 6 lid 2 sub a BBA 1945 (oud).

¹⁴ Art. 7:670 lid 1 BW (oud).

¹⁵ Art. 6 lid 3 BBA 1945 (oud).

¹⁶ Art. 4:1 Ontslagbesluit (oud).

¹⁷ Art. 5:2 Ontslagbesluit (oud).

¹⁸ Art. 5:1 Ontslagbesluit (oud).

Paragraaf 2.1.1.1 Kennelijk onredelijk ontslag

In bepaalde omstandigheden kon een ontslag, waarin toestemming was verleend door het UWV, kennelijk onredelijk zijn. De wet noemde vijf situaties waarin een ontslag kennelijk onredelijk zou kunnen worden geacht. Deze vijf situaties worden hieronder beschreven.

1. Het ontslag is tot stand gekomen zonder opgave van reden of van een valse voorgewende reden;¹⁹
2. Wanneer de gevolgen van de opzegging voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging. Hierbij werd wel rekening gehouden met de getroffen voorzieningen en de voor werknemer bestaande mogelijkheden om passend werk te vinden;²⁰
3. Het ontslag is gegeven in verband met het verrichten van militaire dienstplicht;²¹
4. Er bij de opzegging geen rekening is gehouden met een in de bedrijfstak of de onderneming krachtens wettige regeling of gebruik geldende getalsverhouding- of anciënniteitsregeling, tenzij er zwaarwichtige gronden zijn aan werkgeverskant;²²
5. Wanneer de opzegging enkel en alleen geschiedt omdat de werknemer de bedongen arbeid weigert te verrichten vanwege een beroep op een ernstig gewetensbezwaar.²³

Indien een werknemer kennelijk onredelijk werd ontslagen, kon hij bij de kantonrechter herleving van het dienstverband of een schadevergoeding naar billijkheid vragen.²⁴ Een herleving van het dienstverband werd niet zo vaak gevraagd door de werknemer. Indien dit toch het geval was, ontstond voor partijen de verplichting om een nieuwe arbeidsovereenkomst te sluiten.²⁵ Wanneer de werknemer een schadevergoeding vorderde, woog de kantonrechter alle omstandigheden van het geval af en bepaalde of er wel of geen vergoeding werd toegekend. De schadevergoeding werd tot 2009 berekend aan de hand van de kantonrechtersformule, maar na 2009 kwam daar verandering in. De Hoge Raad heeft op 27 november 2009 aangegeven dat die wijze van berekening niet correct was conform de wet. Hierna konden kantonrechters feitelijk gezien de kantonrechtersformule niet meer gebruiken in deze situaties. Het arrest van de Hoge Raad bepaalde dat de rechter in elke individuele zaak goed gemotiveerd moest vaststellen of er sprake was van een kennelijk onredelijk ontslag. Indien dit bevestigend werd beantwoord, moesten alle omstandigheden van het geval worden afgewogen om te bepalen hoe hoog de vergoeding moest zijn. Deze was gebaseerd op een begroting van de schade. Bij de begroting van de schade had de rechter volgens de Hoge Raad voldoende vrijheid indien deze goed werd gemotiveerd.²⁶

De schadevergoeding via een kennelijk onredelijk ontslagprocedure bij de kantonrechter is na 1 juli 2015 afgeschaft en komt dus bijna niet meer voor. Ontslagen werknemers konden zich tot december 2015 nog wel beroepen op kennelijk onredelijk ontslag door een procedure aanhangig te maken. Dit vanwege het verjaringstermijn van zes maanden.²⁷

Paragraaf 2.1.2 Ontbinding via de kantonrechter

Een werkgever kon te allen tijde aan de kantonrechter ontbinding van de arbeidsovereenkomst vragen indien er sprake was van “gewichtige redenen”. De kantonrechter ontbindt dan de arbeidsovereenkomst waardoor de opzegverboden niet van toepassing zijn.²⁸ Gewichtige redenen zijn dringende redenen, die een ontslag op staande voet zouden rechtvaardigen, of veranderingen in omstandigheden die beëindiging van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigen.²⁹ De term “veranderingen in omstandigheden” heeft

¹⁹ Art. 7:681 lid 2 sub a BW (oud).

²⁰ Art. 7:681 lid 2 sub b BW (oud).

²¹ Art. 7:681 lid 2 sub c BW (oud).

²² Art. 7:681 lid 2 sub d BW (oud).

²³ Art. 7:681 lid 2 sub e BW (oud).

²⁴ Art. 7:682 BW (oud) jo. art. 7:681 lid 1 BW (oud).

²⁵ J. Dop & M.M. Kroon, *Handboek ontslagrecht*, Apeldoorn|Antwerpen: Maklu 2012, p. 97.

²⁶ HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6596, NJ 2010/493 (*Van der Grijp/Stam*).

²⁷ Art. 6:683 BW (oud).

²⁸ Art. 7:685 lid 1 BW (oud).

²⁹ Art. 6:685 lid 2 BW (oud).

zich ontwikkeld in jurisprudentie. Hieronder vallen alle redenen die normaal gesproken tot ontslag kunnen leiden, zoals bedrijfseconomische redenen, een verstoorde arbeidsrelatie of het disfunctioneren van de werknemer. Deze veranderingen dienden door de verzoekende partij aannemelijk te worden gemaakt. De rechter beperkte zich bij zijn onderzoek naar de feiten en omstandigheden die de werkgever en werknemer aanvoerden in de procedure.

Paragraaf 2.1.2.1 Kantonrechtersformule

Indien de kantonrechter een ontbinding uitsprak waar de gewichtige reden “verandering van omstandigheden” was uitgesproken, kon de rechter een ontslagvergoeding naar billijkheid toekennen aan de werknemer.³⁰

De kantonrechters hadden vrij spel bij het bepalen van een billijke ontslagvergoeding bij ontbindingsverzoeken. Dit kwam doordat er geen hogere voorziening open stond na een gegeven beschikking van de kantonrechter.³¹ Om rechtsongelijkheid te voorkomen is door de Kring van Kantonrechters een zogenaamde kantonrechtersformule opgesteld en opgenomen in de aanbevelingen. De kantonrechtersformule is vanaf 1 januari 1997 gehanteerd.³² Hierdoor zijn de ontslagvergoedingen geüniformeerd. De kantonrechtersformule was uitsluitend bedoeld voor het berekenen van de hoogte van de vergoeding. Er is gekozen voor aanbevelingen en niet richtlijnen, omdat het om uitgangspunten gaat waarvan in bijzondere gevallen kan worden afgeweken door de kantonrechter.³³ In 2008 zijn de aanbevelingen voor de laatste keer gewijzigd en uitgebreid. Deze (gewijzigde) aanbevelingen werden toegepast vanaf 1 januari 2009.

De formule: $A \times B \times C$ heeft een grote bekendheid gekregen. De componenten van de formule worden hieronder puntsgewijs beschreven.

- De A staat voor anciënniteit. Dit wil zeggen het aantal gewogen dienstjaren. De trouw aan de werkgever wordt in dit geval beloond³⁴;
- De B staat voor beloning³⁵;
- De C omvat de correctiefactor. Deze is afhankelijk van de feiten en omstandigheden die tijdens de mondelinge behandeling vast komen te staan. Hierbij is belangrijk in wiens risicosfeer de beëindiging is toe te rekenen en de mate van verwijtbaarheid aan de kant van werknemer en werkgever. De correctiefactor is een getal variërend tussen de nul en de één. Het getal was één indien de ontbindingsgrond geheel in de risicosfeer van de werkgever valt en er geen sprake was van verwijtbaarheid. Indien de ontbindingsgrond geheel in de risicosfeer van werknemer lag zonder dat er sprake was van enige verwijtbaarheid, dan was het getal nul. Indien er sprake was van enige verwijtbaarheid bij een van de partijen of overige bijzondere omstandigheden zoals een slechte financiële positie van werkgever, werd dit ook in de C-factor tot uitdrukking gebracht.³⁶

Paragraaf 2.1.3 Beëindigingsovereenkomst met wederzijds goedvinden

Bij een beëindiging met wederzijds goedvinden werden er tussen partijen afspraken gemaakt over de beëindiging van het dienstverband. Hierna werd vaak door de werkgever een pro forma procedure gestart bij de kantonrechter. Deze procedure zag vooral op het recht op WW en de mogelijkheid van de werknemer om zich te verweren tegen het ontslag. Bij het sluiten van deze overeenkomst kon ook onderhandeld worden over een vergoeding. Voor het bepalen van de hoogte van de vergoeding gold geen formule. Allerlei omstandigheden en factoren konden de hoogte van de vergoeding bepalen zoals de duur van het dienstverband, de hoogte van het loon, de leeftijd van de werknemer, de kansen op de

³⁰ Art. 7:685 lid 8 BW (oud).

³¹ Art. 7:685 lid 11 BW (oud).

³² De aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters, aanbeveling 3.1.

³³ De aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters, inleiding.

³⁴ De aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters, aanbeveling 3.2.

³⁵ De aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters, aanbeveling 3.3.

³⁶ De aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters, aanbeveling 3.4.

arbeidsmarkt en de verwijtbaarheid van het ontslag.³⁷ Vaak bood de kantonrechtersformule een richtlijn bij deze onderhandelingen. Het sluiten van een beëindigingsovereenkomst vereiste wel instemming van beide partijen. De werknemer moest een duidelijk en ondubbelzinnige verklaring afgeven die gericht was op de beëindiging.³⁸ De werkgever had hierbij tevens een onderzoeks- en informatieplicht.³⁹

Paragraaf 2.2 Veranderende maatschappij

Het ontslagrecht is sinds de Tweede Wereldoorlog niet meer extreem gewijzigd. De maatschappij daarentegen wel. De huidige arbeidsmarkt kenmerkt zich door een sterke dynamiek en een door de vergrijzing naar achter schuivende pensioendatum. Hierdoor was het naar mening van minister Asscher noodzakelijk dat de wetgeving veranderd zou worden.⁴⁰

In het jaar 2013 heeft het kabinet met sociale partners overleg gevoerd om een structurele aanpak voor de economie en de arbeidsmarkt op te stellen. Het doel hiervan was mensen een eerlijke kans geven op het gebied van werk en economische zelfstandigheid. Door het kabinet was geconstateerd dat te veel mensen op zoek waren naar werk, vaak zonder succes. De maatschappij verandert voortdurend en vraagt continu om aanpassingen.⁴¹ Het kabinet en sociale partners wilden daarbij streven naar een goed functionerende arbeidsmarkt.⁴² Om dit te realiseren stond er een aantal uitgangspunten centraal:

- Iedereen die kan werken, gaat werken;⁴³
- Zoveel mogelijk van werk naar werk; een meer activerende Werkloosheidswet (hierna: WW);⁴⁴
- Nieuwe balans tussen flexibiliteit en zekerheid.⁴⁵

Afspraken in het kader van voorgaande uitgangspunten zijn verwerkt in een sociaal akkoord. Deze afspraken zag het kabinet als een nieuw begin van een samenwerking die noodzakelijk waren om met de samenleving mee te gaan.⁴⁶

Om zorg te dragen voor de uitgangspunten in het sociaal akkoord moest de overheid heldere publieke randvoorwaarden opstellen. Een groot deel van deze afspraken is opgenomen in een wetsvoorstel.⁴⁷ Dit wetsvoorstel is op 29 november 2013 met nummer 33818 aangeboden aan de Tweede Kamer.⁴⁸ Dit wetsvoorstel, ook wel de Wet Werk en Zekerheid genoemd, is aangenomen op 10 juni 2014 met een Koninklijk Besluit. In dit Besluit van 10 juni 2014 werd duidelijk dat de Wet Werk en Zekerheid gefaseerd zou worden ingevoerd.⁴⁹

De uitgangspunten uit het sociaal akkoord die verwerkt zijn in de Wet Werk en Zekerheid worden hieronder per onderwerp in grote lijnen toegelicht, waarbij de nadruk ligt op de ontslagbescherming.

³⁷ C.H.J. van Leeuwen e.a., *Memo Plus Arbeidsovereenkomst en ontslag 2013*, Alphen aan den Rijn: Vakmedianet 2013, p. 374-376.

³⁸ HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2041, JAR 1996/116.

³⁹ HR 14 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4523, NJ 1983/457 en HR 12 september 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC2628, NJ 1987/267.

⁴⁰ *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 3, p. 2.

⁴¹ *Kamerstukken II 2012/13*, 33566, 15, p. 1-2.

⁴² *Kamerstukken II 2012/13*, 33566, 15, p. 5.

⁴³ *Kamerstukken II 2012/13*, 33566, 15, p. 6.

⁴⁴ *Kamerstukken II 2012/13*, 33566, 15, p. 8.

⁴⁵ *Kamerstukken II 2012/13*, 33566, 15, p. 9.

⁴⁶ *Kamerstukken II 2012/13*, 33566, 15, p. 13.

⁴⁷ *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 3, p. 7.

⁴⁸ *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 1.

⁴⁹ *Stb.* 2014, 274.

Paragraaf 2.2.1 Flexrecht

Het kabinet was van mening dat het groeiende verschil tussen mensen met een vast dienstverband en een flexibel dienstverband bestreden moest worden. Zij wilde flexibiliteit behouden, maar wel voorkomen dat mensen onnodig langdurig worden ingeschakeld op basis van een flexibel contract door de doorstroom van flexibel naar vast contract te versnellen.⁵⁰

Paragraaf 2.2.2 Ontslagbescherming

Het kabinet meende dat het principe moet blijven gelden dat vaste contracten beschermd dienen te worden tegen willekeur bij ontslag. Dit schoot in de oude wetgeving echter op een aantal punten tekort. Het leidde tot ongelijke uitkomsten en belemmerde het functioneren van de arbeidsmarkt. Daarnaast durfden oudere werknemers minder snel van baan te wisselen omdat zij onzeker waren van een nieuw vast dienstverband waardoor zij hun ontslagbescherming zouden verliezen. Tevens wilden zij niet de arbeidsvoorwaarden van hun huidige baan opgeven. Als zij werkloos werden, waren hun perspectieven slecht omdat werkgevers door het ontslagrecht vaak terughoudend waren om werkzoekenden aan te nemen. Het kabinet achtte dus een verandering in de ontslagbescherming noodzakelijk. Deze aanpassingen zijn gericht op het vinden van een nieuwe baan.⁵¹ De werkgever kan de arbeidsovereenkomst opzeggen indien daar een redelijk grond voor is en geen herplaatsing van de werknemer mogelijk is binnen een redelijke termijn.⁵² Het ontslag moet dus een redelijke grond hebben. Deze ontslaggronden zijn vanaf 1 juli 2015 niet gewijzigd en zijn limitatief opgesteld.⁵³ Dit kan ook wel gezien worden als een “gesloten systeem”.⁵⁴ Een ontbindingsverzoek kan meerdere ontslaggronden bevatten, maar deze kunnen niet meer in samenhang worden gezien om een ontslag te kunnen dragen zoals in de situatie tot 1 juli 2015. Er moet dus sprake zijn van een voldragen ontslaggrond. Dit wil zeggen dat er gekozen moet worden voor een grond die op zichzelf voldoende aantoonbaar kan worden gemaakt.⁵⁵ Indien er geen sprake is van een voldragen grond, kan de rechter geen ontbinding uitspreken. Indien er sprake is van een opzegverbod kan er ook niet ontbonden worden.

Een werkgever kon voorheen kiezen welke ontslagroute hij volgde. Deze procedures zijn eerder beschreven in paragraaf 2.1.1 en 2.1.2. De mogelijkheid dat de werkgever mocht kiezen maakte het stelsel complex, maar leidde ook tot ongelijke behandeling in soortgelijke gevallen. Werknemers met een zwakkere arbeidspositie werden ontslagen via de UWV-procedure zodat geen ontslagvergoeding betaald hoefde te worden. De werkgever mag nu niet meer zelf kiezen welke ontslagroute hij wil volgen. In de Wet Werk en Zekerheid is opgenomen welke route gevolgd moet worden en hangt af van de door de werkgever vermelde redelijke ontslaggrond. Ontslagverzoeken om bedrijfseconomische redenen en ontslag vanwege langdurige arbeidsongeschiktheid worden door het UWV beoordeeld.⁵⁶ De overige (persoonlijke) redenen worden beoordeeld door de kantonrechter.⁵⁷ Ook kan de kantonrechter een oordeel geven over het ontbindingsverzoek indien de toestemming door het UWV is geweigerd of het een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd betreft die niet tussentijds kan worden opgezegd.⁵⁸ De afbeelding op de volgende pagina laat een vereenvoudigd overzicht zien tussen het ontslag voor en na 1 juli 2015.

⁵⁰ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 4 en 5.

⁵¹ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 5.

⁵² Art. 7:669 lid 1 BW.

⁵³ Art. 7:699 lid 3 BW.

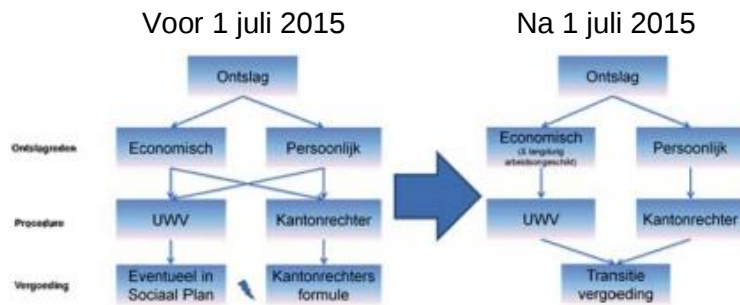
⁵⁴ M. de Witte-van den Haak & M. Schneider, 'Van open naar gesloten stelsel: rechtszekerheid versus flexibiliteit', VAANVVA 18 mei 2015, vaanva.nl.

⁵⁵ HR 4 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:10521, r.o. 5.3, JAR 2015/245.

⁵⁶ Art. 7:671a lid 1 BW.

⁵⁷ Art. 7:671b lid 1 sub a BW.

⁵⁸ Art. 7:671b lid 1 sub b en c BW.



Figuur 1. Overzicht ontslagprocedures vóór en na 1 juli 2015.⁵⁹

Aan de ontslaggronden zijn strenge criteria verbonden die de rechter moet toetsen. Bij het ontslag kan door de werknemer aanspraak worden gemaakt op een aantal vergoedingen. Deze zijn lager dan voorheen en hebben als doel een snelle, eenvoudige en minder kostbare ontslagprocedure te creëren.⁶⁰ De vergoedingen worden uiteengezet in hoofdstuk 3.

Paragraaf 2.2.3 Werkloosheidswet

Tot slot hebben er ook wijzigingen plaatsgevonden in de WW. Deze wijzigingen beschermen de werknemers tegen een scherpe inkomensterugval na de het einde van hun dienstverband. Het kabinet wil werkloosheid zoveel mogelijk voorkomen en werklozen weer zo snel mogelijk aan het werk brengen. De WW wordt op dusdanige manier aangepast dat WW altijd loont, ook als een nieuwe baan wordt gevonden met een lager inkomen dan de WW-uitkering door het invoeren van een inkomensverrekening. Daarnaast worden mensen ook meer gestimuleerd om aan het werk te gaan door scholing en van-werk-naar-werk-begeleiding.⁶¹

⁵⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 6.

⁶⁰ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 5.

⁶¹ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 6.

Hoofdstuk 3 Vergoedingen in de Wet Werk en Zekerheid

Met het in werking treden van de Wet Werk en Zekerheid is een einde gekomen aan de ontslagvergoeding bij de kantonrechter met behulp van de kantonrechtersformule en de schadevergoeding naar billijkheid op grond van kennelijk onredelijk ontslag. In de Wet Werk en Zekerheid zijn de ontslagvergoedingen anders ingericht. De belangrijkste drie vergoedingen zijn de transitievergoeding, de gefixeerde schadevergoeding en de billijke vergoeding. De eerste twee vergoedingen zullen kort worden weergegeven. Daarna volgt een uiteenzetting van de billijke vergoeding waar in dit onderzoeksrapport de nadruk op ligt.

Paragraaf 3.1 De transitievergoeding

De transitievergoeding vervangt de mogelijkheid tot een ontslagvergoeding op grond van art. 7:685 lid 8 BW (oud) met behulp van de kantonrechtersformule of de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag die vóór 1 juli 2015 mogelijk was. Op dit moment is de werkgever een transitievergoeding verschuldigd na het eindigen van de arbeidsovereenkomst door opzegging na toestemming van het UWV, ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de rechter of het niet voortzetten van een arbeidsovereenkomst van rechtswege.⁶² De arbeidsovereenkomst moet dan wel ten minste twee jaar hebben geduurd. De transitievergoeding is in de Wet Werk en Zekerheid opgenomen om het ontslag te compenseren en om de werknemer in staat te stellen, met behulp van financiële middelen, de transitie naar een andere baan te verwezenlijken.⁶³ De transitievergoeding is in beginsel altijd verschuldigd, tenzij er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.⁶⁴ Een aantal voorbeelden van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer die de wetgever zelf heeft aangegeven, zijn:

- Diefstal, verduistering, bedrog of andere misdrijven waardoor de werknemer het vertrouwen van de werkgever onwaardig wordt;
- In strijd handelen met de in de eigen praktijk toegepaste en voor werknemer dus duidelijk kenbare gedragsregels van de organisatie van de werkgever;
- Herhaald niet naleven van controlevoorschriften bij ziekte, ook na loonopschorting en hiervoor geen gegronde reden bestaat;
- Veelvuldig zonder gegronde reden te laat op het werk verschijnen waardoor de bedrijfsvoering belemmerd wordt;
- Vertrouwen van de werkgever beschamen door het gunstiger voorstellen van productiecijfers op oneigenlijke wijze.⁶⁵

Als ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer wordt vastgesteld, kan de kantonrechter de transitievergoeding toch geheel of gedeeltelijk toekennen indien het niet toekennen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.⁶⁶

Verder bestaat er ook geen recht op de transitievergoeding indien er een beëindigingsovereenkomst met wederzijds goedvinden wordt gesloten. Werkgever en werknemer bepalen dan zelf onder welke voorwaarden zij de arbeidsovereenkomst zullen beëindigen.⁶⁷ Er bestaan meerdere situaties waar de transitievergoeding wordt uitgesloten, maar daar wordt in dit onderzoeksrapport niet verder aandacht aan besteed. In dit onderzoeksrapport ligt de nadruk op de billijke vergoeding.

⁶² Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 39.

⁶³ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 38.

⁶⁴ Art. 7:763 lid 7 sub c BW.

⁶⁵ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 40.

⁶⁶ Art. 7:763 lid 8 BW.

⁶⁷ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 39.

Paragraaf 3.1.1 Hoogte

De berekening van de transitievergoeding is een standaardregeling die is opgenomen in de Wet Werk en Zekerheid. Het staat partijen vrij om een hogere vergoeding af te spreken.⁶⁸ De transitievergoeding is over de eerste tien jaar van de arbeidsovereenkomst gelijk aan één zesde van het loon per maand voor elke zes maanden dat de arbeidsovereenkomst heeft geduurd. Na de periode van tien jaar wordt het bedrag opgehoogd tot één vierde van het loon per maand. Indien de ontslagen werknemer ouder is dan vijftig jaar na het beëindigen van het dienstverband, en de arbeidsovereenkomst tenminste twee jaar heeft geduurd, geldt dat elke zes maanden de helft van het maandloon verschuldigd is.⁶⁹

Aan de transitievergoeding is over het jaar 2016 een maximum van €76.000- verbonden of ten hoogste het loon over twaalf maanden indien dat loon hoger is dan €76.000,-.⁷⁰ Het maximum wordt ieder jaar op 1 januari door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid gewijzigd overeenkomstig de ontwikkeling van contractlonen zoals deze in het voorgaande jaar is geraamd.⁷¹ Op de transitievergoeding kunnen bepaalde kosten in mindering worden gebracht. Dit betreft:

- Kosten van maatregelen in verband met het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst die gericht waren om werkloosheid te voorkomen of het verkorten van de periode werkloosheid;⁷²
- Kosten gemaakt tijdens de arbeidsovereenkomst die verband houden met het bevorderen van de bredere inzetbaarheid van werknemer.⁷³

Paragraaf 3.2 Gefixeerde schadevergoeding

Deze vergoeding is verschuldigd bij het niet in acht nemen van de juiste termijnen in het kader van de opzegging van het dienstverband. In het oude ontslagrecht stond deze vergoeding bekend als de gefixeerde schadevergoeding. Op dit moment wordt de term “vergoeding” gebruikt in de wetsartikelen van de Wet Werk en Zekerheid. Een partij maakt aanspraak op deze vergoeding indien sprake is van een van onderstaande situaties.

Situatie 1

De vergoeding is verschuldigd wanneer een partij niet de juiste opzegtermijn heeft gehanteerd bij het beëindigen van een dienstverband voor onbepaalde tijd. Deze vergoeding is gelijk aan het bedrag van het in geld vastgestelde loon over de termijn dat het dienstverband bij een juiste opzegging had behoren voort te duren.⁷⁴

Situatie 2

De vergoeding is verschuldigd wanneer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt opgezegd met een dringende reden, die niet tussentijds opzegbaar is.⁷⁵ De regering heeft dit artikel heeft een bredere betekenis gegeven en bepaalt dat dit geldt voor een onregelmatige opzegging met of zonder dringende reden.⁷⁶

Situatie 3

De vergoeding is verschuldigd wanneer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die niet tussentijds kan worden opgezegd, wordt ontbonden door de kantonrechter. De hoogte van deze vergoeding is ten hoogste het bedrag dat gelijk staat aan het in geld vastgestelde

⁶⁸ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 71.

⁶⁹ Art. 7:673a lid 1 BW.

⁷⁰ Art. 7:673 lid 2 BW.

⁷¹ Art. 7:673 lid 3 BW.

⁷² Art. 7:673 lid 6 sub a BW.

⁷³ Art. 7:673 lid 6 sub b BW.

⁷⁴ Art. 7:672 lid 10 BW.

⁷⁵ Art. 7:677 lid 4 BW.

⁷⁶ Kamerstukken I 2013/14, 33818, E, p. 13.

loon over de periode dat de arbeidsovereenkomst geduurd zou hebben indien die van rechtswege zou zijn geëindigd.⁷⁷

Situatie 4

De vergoeding is verschuldigd door de partij die door opzet of schuld een dringende reden heeft gegeven om de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Deze vergoeding is verschuldigd aan de opzeggende partij.⁷⁸ Indien sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd of een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die tussentijds kan worden opgezegd, bedraagt de hoogte het loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging had behoren te duren.⁷⁹ Indien sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd bedraagt de hoogte het loon dat verschuldigd zou zijn tot de overeenkomst van rechtswege zou zijn geëindigd.⁸⁰

Situatie 5

De vergoeding is verschuldigd aan de werkgever wanneer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die niet tussentijds kan worden opgezegd, wordt ontbonden door de kantonrechter indien er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. De hoogte van deze vergoeding is ten hoogste het bedrag dat gelijk staat aan het in geld vastgestelde loon over de periode dat de arbeidsovereenkomst geduurd zou hebben indien die van rechtswege zou zijn geëindigd.⁸¹

Nadere bepalingen zoals het bepalen van het in geld vastgestelde loon op grond van de Verzamelwet SZW 2015, de berekening van het tijdvak waarover het in geld vastgestelde loon verschuldigd is en het vervallen van het recht op de gefixeerde schadevergoeding worden niet verder toegelicht in dit onderzoeksrapport. De reden hiervoor is dat de nadruk van dit onderzoeksrapport ligt op de billijke vergoeding in de Wet Werk en Zekerheid.

Paragraaf 3.3 De billijke vergoeding

De billijke vergoeding, zoals nu opgenomen in de Wet Werk en Zekerheid, is een nieuw fenomeen ten opzichte van de billijke ontslagvergoeding op grond van art. 7:685 lid 8 BW (oud) met behulp van de kantonrechtersformule of de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag die vóór 1 juli 2015 mogelijk waren. De billijke vergoeding betreft een nieuw fenomeen omdat daarvoor een nieuw criterium in de wet is opgenomen en de lat veel hoger ligt. Dit in tegenstelling tot de vergoeding die mogelijk was op grond van het oude ontslagrecht. Het doel van de billijke vergoeding is het vereenvoudigen van het ontslagrecht en het bevorderen van de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid waarbij in mindere mate rekening gehouden zal worden met de verschillende gradaties in verwijtbaarheid bij werknemer en werkgever.⁸² De billijke vergoeding komt een aantal keer voor in de Wet Werk en Zekerheid. De regering heeft dit op deze manier gedaan omdat het allemaal verschillende situaties betreft waarin de rechter de billijke vergoeding kan toekennen.⁸³

De artikelen komen op bepaalde punten overeen. De hoogte van de billijke vergoeding is altijd overgelaten aan het oordeel van de rechter.⁸⁴ Deze vrijheid van de rechter is echter tegenstrijdig met het doel om rechtszekerheid te garanderen. De tegenstrijdigheden in de wetsgeschiedenis worden in paragraaf 3.3.4 toegelicht.

Daarnaast kan de billijke vergoeding alleen aan de werkgever worden opgelegd en niet aan de werknemer. Dit heeft als reden dat de werknemer op andere manieren “gestraft” kan worden door het vervallen van de aanspraak op de transitievergoeding of het eerder

⁷⁷ Art. 7:671b lid 9 sub a jo. art. 7:671c lid 3 sub a BW.

⁷⁸ Art. 7:677 lid 2 BW.

⁷⁹ Art. 7:677 lid 3 sub a BW.

⁸⁰ Art. 7:677 lid 3 sub b BW.

⁸¹ Art. 7:671b lid 9 sub c jo. art. 7:671c lid 3 sub c BW.

⁸² *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 32.

⁸³ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 61.

⁸⁴ *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 66.

eindigen van het dienstverband indien er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.⁸⁵ Als er sprake is van een onvoldragen ontslaggrond mag de rechter, in het kader van een gesloten stelsel, de billijke vergoeding niet als “smeermiddel” gebruiken om alsnog tot een ontslag te komen.⁸⁶

De mogelijkheden om een beroep op de billijke vergoeding te doen, zijn verspreid over meerdere artikelen in de Wet Werk en Zekerheid. Hieronder wordt allereerst ingegaan op deze mogelijkheden. In de paragrafen die volgen wordt een onderscheid gemaakt in een additionele billijke vergoeding en een alternatieve billijke vergoeding.

Mogelijkheid 1

Indien de werkgever verzoekt om ontbinding van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd of een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die tussentijds kan worden opgezegd, kan door de rechter aan de werknemer een billijke vergoeding worden toegekend. De ontbinding van de arbeidsovereenkomst moet dan wel het gevolg zijn van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.⁸⁷

Mogelijkheid 2

Indien de werkgever verzoekt om ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die niet tussentijds kan worden opgezegd, kan door de rechter een billijke vergoeding worden toegekend aan de werknemer. De ontbinding van de arbeidsovereenkomst moet dan wel het gevolg zijn van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.⁸⁸

Mogelijkheid 3

Indien de werknemer verzoekt om ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd of een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die tussentijds kan worden opgezegd, kan door de rechter een billijke vergoeding worden toegekend. De ontbinding van de arbeidsovereenkomst moet dan wel het gevolg zijn van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.⁸⁹

Mogelijkheid 4

Indien de werknemer verzoekt om ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die niet tussentijds kan worden opgezegd, kan de rechter een billijke vergoeding toekennen indien de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.⁹⁰

Mogelijkheid 5

Indien het niet voortzetten van een arbeidsovereenkomst na beëindiging van rechtswege het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, kan de rechter een billijke vergoeding toekennen. Hierbij wordt geen onderscheid gemaakt in de lengte van de arbeidsovereenkomst.⁹¹

⁸⁵ Art. 7:673 lid 7 sub c BW jo. art. 7:671b lid 8 sub b BW.

⁸⁶ *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 86 en 87.

⁸⁷ Art. 7:671b lid 8 sub c BW.

⁸⁸ Art. 7:671b lid 9 sub b BW.

⁸⁹ Art. 7:671c lid 2 sub b BW.

⁹⁰ Art. 7:671c lid 3 sub b BW.

⁹¹ Art. 7:673 lid 9 sub a en b BW.

Mogelijkheid 6

Op verzoek van de werknemer kan de rechter de opzegging van de arbeidsovereenkomst vernietigen, of op zijn verzoek een billijke vergoeding toekennen indien er sprake is van een van onderstaande aantal situaties:

- Door de werkgever niet rechtsgeldig is opgezegd op grond van art. 7:671 BW waarbij geen schriftelijke instemming van werknemer is verleend;⁹²
- De werkgever in strijd heeft opgezegd met het opzegverbod ziekte uit art. 7:670 BW of een naar aard en strekking vergelijkbaar opzegverbod in een ander wettelijk voorschrift;⁹³
- De werkgever in strijd heeft opgezegd met een discriminatieverbod dat is gegeven in art. 7:646 jo. art. 7:648 jo. art. 7:649 BW;⁹⁴
- De werkgever, waarbij wel of niet sprake is van een uitzendconstructie, heeft opgezegd in strijd met de wederindiensttredingsvoorwaarde.⁹⁵

Mogelijkheid 7

De werknemer kan op grond van art. 7:682 BW, indien er sprake is van een van onderstaande situaties, de rechter verzoeken om een billijke vergoeding toe te kennen of de arbeidsovereenkomst te herstellen.

- Indien de werknemer van mening is dat de toestemming van het UWV ten onrechte is gegeven, kan hij verzoeken om herstel⁹⁶ van de arbeidsovereenkomst. In plaats van herstel kan de werknemer ook een billijke vergoeding verzoeken indien sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever;⁹⁷
- Wanneer sprake is van geen rechtsgeldige opzegging van huishoudelijk of onderwijzend personeel kan de rechter herstel van de arbeidsovereenkomst bevelen of, indien de opzegging het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, op verzoek van werknemer een billijke vergoeding toekennen;⁹⁸
- Een bestuurder of een bekleder van een geestelijk ambt kunnen beide **geen** herstel van de arbeidsovereenkomst verzoeken aan de rechter. Zij kunnen slechts een billijke vergoeding verzoeken indien sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever of een opzegging in strijd met een redelijke grond uit art. 7:669 BW;⁹⁹
- Wanneer een werkgever, waarbij wel of niet sprake is van een uitzendconstructie, heeft opgezegd in strijd met de wederindiensttredingsvoorwaarde;¹⁰⁰

Mogelijkheid 8

De rechter in hoger beroep of na een verwijzing in cassatie kan de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen of een billijke vergoeding toe te kennen indien het verzoek van de werkgever om ontbinding ten onrechte is toegewezen, het verzoek om ontbinding van de werknemer ten onrechte is afgewezen of het verzoek van de werknemer om de opzegging te vernietigen dan wel de arbeidsovereenkomst te herstellen ten onrechte is afgewezen.¹⁰¹

⁹² Art. 7:681 lid 1 sub a BW.

⁹³ Art. 7:681 lid 1 sub b BW.

⁹⁴ Art. 7:681 lid 1 sub c BW.

⁹⁵ Art. 7:681 lid 1 sub d en e BW.

⁹⁶ Herstel is een schadevergoeding in natura en betekent dat het dienstverband weer tot stand moet worden gebracht. Er moet dan een nieuwe arbeidsovereenkomst worden gesloten met dezelfde voorwaarden als voorheen. Deze definitie komt uit: HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0552, JAR 1992/11.

⁹⁷ Art. 7:682 lid 1 BW.

⁹⁸ Art. 7:682 lid 2 BW.

⁹⁹ Art. 7:682 lid 3 BW.

¹⁰⁰ Art. 7:682 lid 4 en 5 BW.

¹⁰¹ Art. 7:683 lid 3 BW.

Paragraaf 3.3.1 Additionele billijke vergoeding

Bij de eerste vijf mogelijkheden wordt specifiek benadrukt dat indien een werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten, er een billijke vergoeding is verschuldigd aan de werknemer. Aanvankelijk was het criterium anders geformuleerd. Deze formulering was: *“ontslag als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever of de werknemer, danwel als gevolg van omstandigheden die geheel of grotendeels te wijten zijn aan werkgever of werknemer”*. De afdeling advies van de Raad van State vond deze formulering onduidelijk en het zou de rechter meer ruimte geven om op allerlei gevallen met een lichtere mate van verwijtbaarheid een billijke vergoeding te kunnen toekennen. Deze ruimte zou een aanzuigende werking kunnen hebben, waarmee het doel om de additionele billijke vergoeding alleen in uitzonderlijke situaties toe te kennen, teniet zou worden gedaan. Dit is de reden dat het criterium door het kabinet is gewijzigd in “ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever”.¹⁰² Deze term wordt met het wetsvoorstel voor het eerst in het ontslagrecht geïntroduceerd. De verwachting en het streven van de regering was dat het om een zeer klein aantal gevallen zou gaan.¹⁰³ Hierdoor wordt ook wel gesproken over het “muizengaatje”.¹⁰⁴ De billijke vergoeding onder de mogelijkheden 1 tot en met 5, zoals hiervoor is aangegeven, is te kwalificeren als een additionele vergoeding omdat het naast de andere ontslagvergoedingen, die in de Wet Werk en Zekerheid zijn opgenomen, kan worden opgelegd.

In de Memorie van Toelichting zijn ter verduidelijking van het criterium “ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever” een aantal voorbeelden opgenomen waarin duidelijk wordt wanneer van het criterium sprake is. Deze voorbeelden zijn:

- Als gevolg van laakbaar gedrag van de werkgever een verstoorde arbeidsverhouding is ontstaan en de rechter concludeert dat er geen andere optie is dan ontbinding;
- Als een werkgever discrimineert en de werknemer hiertegen bezwaar maakt waardoor een onwerkbaar situatie is ontstaan en niets anders mogelijk is dan een ontslag;
- Als een werkgever grovelijk zijn verplichtingen niet nakomt die voortvloeien uit de gesloten arbeidsovereenkomst en hierdoor een verstoorde verhouding ontstaat tussen werkgever en werknemer. Hierbij kan gedacht worden aan het ernstig veronachtzamen van zijn re-integratieverplichtingen bij ziekte van werknemer;
- Als een werkgever een valse grond voor ontslag heeft aangevoerd met het oogmerk een onwerkbaar situatie tussen hem en werknemer te creëren zodat het ontslag niet meer vermeden kan worden;
- Wanneer een werknemer arbeidsongeschikt is geworden als gevolg van verwijtbaar onvoldoende zorg voor arbeidsomstandigheden van de werkgever.¹⁰⁵

Bovenstaande situaties komen niet dagelijks voor bij de gemiddelde werkgever, waardoor bevestigd wordt dat de billijke vergoeding alleen in bijzondere situaties kan worden toegewezen. Om te bezien of het doel van de billijke vergoeding daadwerkelijk wordt behaald, wordt dit aspect uiterlijk in 2017 geëvalueerd.¹⁰⁶ Er is door de regering gekozen om geen limitatieve lijst op te nemen waar duidelijk wordt in welke situaties een additionele vergoeding op zijn plaats zou zijn. De reden hiervoor is dat de regering van mening is dat de “aard van de problematiek” duidelijk is weergegeven in de voorbeelden uit de Memorie van Toelichting.¹⁰⁷

De regering benadrukt dat het gedrag van de werkgever alleen tot een billijke vergoeding kan leiden indien dat gedrag als **ernstig** verwijtbaar is te kwalificeren. Hetzelfde geldt voor de werknemer en het vervallen van zijn recht op de transitievergoeding indien sprake is van

¹⁰² Kamerstukken II 2013/14, 33818, 4, p. 12 en 15.

¹⁰³ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 63.

¹⁰⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 4, p. 12.

¹⁰⁵ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 34.

¹⁰⁶ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 63.

¹⁰⁷ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 64.

ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van zijn kant. De regering meent met deze keuze het ontslagrecht te vereenvoudigen. Het bevredigt niet altijd het rechtsgevoel van de werkgever- of werknemerskant, maar wel de rechtszekerheid.¹⁰⁸

Paragraaf 3.3.2 Alternatieve billijke vergoeding

In sommige gevallen is er een keuzemogelijkheid voor de werknemer en/of rechter. De werknemer kan aan de rechter om herstel of vernietiging van de arbeidsovereenkomst vragen of, indien dat niet is gewenst, als alternatief een billijke vergoeding. De alternatieve billijke vergoeding kan voorkomen in de situaties die onder mogelijkheden 6, 7 of 8 zijn weergegeven in paragraaf 3.3. Mogelijkheden 6 en 7 gaan over een niet-rechtsgeldige opzegging door de werkgever en mogelijkheid 8 gaat over een onjuiste beslissing van een lagere rechter waar het gerechtshof of de Hoge Raad van mening is dat die beslissing moet leiden tot een billijke vergoeding of tot herstel van de arbeidsovereenkomst. In de situaties onder mogelijkheid 7, komt het criterium “ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever” voor. Hieruit blijkt dat in die gevallen ook nog door de rechter de stap moet worden gezet om te beoordelen of het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever voldoende aannemelijk is gemaakt en dus ook sprake is van het “muizengaatje”. Bij het “muizengaatje” geldt in deze gevallen ook het streven van de wetgever dat de billijke vergoeding alleen in uitzonderlijke situaties kan worden toegekend door de rechter.¹⁰⁹

Indien de werknemer enkel herstel verzoekt of primair herstel van de arbeidsovereenkomst verzoekt en subsidiair een billijke vergoeding, dan moet de rechter beslissen of het herstel van de arbeidsovereenkomst in de rede ligt. Mocht dit niet het geval zijn dan kan de rechter, al dan niet ambtshalve, besluiten om niet tot een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst over te gaan, maar tot een billijke vergoeding. De rechter stelt dan tijdens een zitting partijen wel in de gelegenheid om zich daarover te kunnen uitlaten.¹¹⁰

De billijke vergoeding op grond van art. 7:681 BW betreft situaties waar de werkgever in strijd heeft gehandeld met de voor hem geldende voorschriften. Dit is hem dusdanig ernstig aan te rekenen waardoor het criterium “ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever” een gegeven is. Dit is ook de reden dat het criterium niet in dat artikel vermeld staat. De rechter kan dan direct op verzoek van werknemer een billijke vergoeding toekennen of de opzegging van de arbeidsovereenkomst vernietigen zonder een beoordeling te geven over het criterium.¹¹¹ De rechter dient alleen de juiste hoogte vast te stellen. Daarnaast kan het de rechter in hoger beroep of na verwijzing in cassatie op grond van art. 7:683 lid 3 BW ambtshalve een billijke vergoeding toekennen indien herstel niet in de rede ligt. Het muizengaatje is in deze twee gevallen dus niet aan de orde. Overigens zullen niet alle omstandigheden van het geval door de rechter in hoger beroep worden meegenomen bij de beslissing om een billijke vergoeding toe te kennen, maar alleen de omstandigheden die aan de eerdere ontbinding of opzegging ten grondslag hebben gelegen. Op basis van die omstandigheden oordeelt de rechter in hoger beroep dat herstel niet meer in de rede ligt waarvoor een billijke vergoeding dan in de plaats komt.¹¹²

Paragraaf 3.3.3 Hoogte billijke vergoeding

De billijke vergoeding heeft een ander karakter dan de transitievergoeding. Het wel of niet redelijk zijn met betrekking tot de gevolgen van het ontslag voor de werknemer alsmede de door de werkgever getroffen voorzieningen mogen hierbij geen rol spelen. Dit “gevolgencriterium” is een term die van oorsprong uit de kennelijk onredelijk

¹⁰⁸ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 65.

¹⁰⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 4, p. 12.

¹¹⁰ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 34-35.

¹¹¹ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 4, p. 61.

¹¹² S.F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard en fast rules* (oratie Leiden), 2014, p.16.

ontslagprocedure komt en is als het ware verwerkt in de transitievergoeding. Dit mag niet nogmaals worden meegenomen in het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding. De rechter heeft volledige vrijheid bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding.¹¹³

De hoogte van de billijke vergoeding moet, naar zijn aard, in relatie staan tot het ernstige verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Rechters hebben de mogelijkheid om de hoogte van de vergoeding te bepalen op een wijze die aansluit bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval. Dit betekent dat criteria zoals loon of de lengte van het dienstverband geen rol hoeven te spelen.¹¹⁴ De aard van de vergoeding is naar mening van de regering niet geschikt om een maximum op te nemen. Rechters moeten de vrijheid behouden een passende hoogte van de vergoeding vast te stellen die aansluit bij de bijzondere omstandigheden van het geval.¹¹⁵ Bij het bepalen van de hoogte dient tevens in aanmerking te worden genomen dat bij ernstige verwijtbaarheid van de werkgever, de werknemer gecompenseerd dient te worden zodat dergelijk gedrag van de werkgever voorkomen kan worden in de toekomst. De billijke vergoeding moet dus ook een punitief karakter hebben.¹¹⁶

Nu de berekening van de hoogte van de billijke vergoeding niet aan vooraf geformuleerde normen of richtlijnen is gebonden, was het destijds onduidelijk hoe de rechters daarmee om zouden gaan en met welke factoren rekening gehouden zou worden. De verwachting van de Afdeling van de Raad van State was dat die onzekerheid een groot aantal procedures zou uitlokken.¹¹⁷ Deze verwachting was er ook bij de leden van het CDA omdat de werknemer waarschijnlijk snel van mening zal zijn dat zijn ontslag onbillijk is en dat hem een fors bedrag hoort toe te komen.¹¹⁸ In de periode van 1 juli 2015 tot 13 mei 2016 zijn er in totaal 45 uitspraken gepubliceerd op de website van “de Rechtspraak” en in de JAR waarin de billijke vergoeding is toegewezen.¹¹⁹ De jurisprudentie over de billijke vergoeding en de visie van kantonrechters wordt nader toegelicht in hoofdstuk 5.

Paragraaf 3.3.4 Tegenstrijdigheid in wetsgeschiedenis

Allereerst stemmen het doel van de billijke vergoeding en de vrijheid van de rechter bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding niet overeen. Het streven van de wetgever is om het ontslagrecht te vereenvoudigen en de rechtszekerheid te bevorderen.¹²⁰ De hoogte van de billijke vergoeding is daarentegen geheel overgelaten aan het oordeel van de rechter. De toetsing van de rechter is heel casuïstisch. Hierdoor zullen niet alle rechters hetzelfde denken over één casus. Dit biedt geen rechtszekerheid. In de wetsgeschiedenis worden nog meer tegenstrijdige aanwijzingen gegeven die voor de rechter tijdens een beoordeling verwarrend kunnen zijn. De rechter moet de hoogte van de billijke vergoeding afstemmen op het ernstig verwijtbare gedrag van de werkgever waarbij de gevolgen van het ontslag voor de werknemer, dus het gevolgcriterium, geen rol mogen spelen. In de Memorie van Toelichting wordt daarna ook gesproken over de vrijheid van de rechter om de hoogte van de vergoeding af te stemmen op “de uitzonderlijke omstandigheden van het geval”.¹²¹ Deze formulering wijst erop dat alle omstandigheden een rol moeten spelen bij de beoordeling, dus ook omstandigheden na het ontslag waarbij loon en de lengte van het dienstverband geen rol hoeven te spelen. Door deze ruimere formulering valt op te merken dat de rechter niet uitsluitend de mate van verwijtbaarheid van de werkgever hoeft mee te nemen in zijn beslissing.

¹¹³ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 32-34.

¹¹⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 32 en 33.

¹¹⁵ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 81.

¹¹⁶ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 32.

¹¹⁷ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 4, p. 46.

¹¹⁸ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 5, p. 31.

¹¹⁹ Jurisprudentie Arbeidsrecht.

¹²⁰ Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 32.

¹²¹ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 33.

Uit de nota naar aanleiding van het verslag blijkt dat indien er sprake is van de billijke vergoeding op grond van art. 7:681 BW, inkomensschade wel een rol kan spelen bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding. De reden hiervoor is dat indien een werknemer om een billijke vergoeding verzoekt in plaats van vernietiging van de opzegging, er geen loonvordering ingesteld hoeft te worden. De vordering van loon heeft als reden dat indien de arbeidsovereenkomst vernietigd wordt, over de tussenliggende periode loon is verschuldigd omdat die periode de arbeidsovereenkomst nooit is opgehouden te bestaan. Dit kan dan verwerkt worden in de berekening van de hoogte van de billijke vergoeding. De Wet Werk en Zekerheid beoogt een vereenvoudiging en versnelling van het ontslagrecht.¹²² Het is dus logisch dat de wetgever die gedachte heeft om de inkomensschade te compenseren vanwege de keuze voor een vergoeding in plaats van een vernietiging, maar hierdoor ontstaat wel een tegenstrijdigheid in het kader van het gevolgencriterium.

Indien er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werkgever in het kader van de additionele billijke vergoeding kan rekening worden gehouden met de financiële situatie van de werkgever, maar dit moet dan wel zodanig gemotiveerd zijn dat de rechter hiervan kennis heeft kunnen nemen.¹²³ Bij de billijke vergoeding op grond van art. 7:681 BW, ook wel een alternatieve billijke vergoeding, kan de rechter bij het bepalen van de hoogte mede betrekken of de werknemer al een andere baan heeft gevonden.¹²⁴ Bepaalde omstandigheden kunnen leiden tot verlaging van de billijke vergoeding. Hieruit blijkt dat bepaalde omstandigheden wel een verlagend effect kunnen hebben op de hoogte van de billijke vergoeding waardoor de werkgever maatwerk geboden wordt. De werknemer die in een onbillijke situatie is beland, krijgt een lagere vergoeding waarbij dat maatwerk niet naar voren komt.

Paragraaf 3.3.5 Indieningstermijn

Een verzoek tot een billijke vergoeding moet worden ingediend met een verzoekschrift bij de kantonrechter.¹²⁵ Indien een partij van mening is dat er recht bestaat op een billijke vergoeding, moet het verzoekschrift binnen twee of drie maanden worden ingediend. De dag waarop deze termijn begint te lopen verschilt per artikel op grond waarvan de billijke vergoeding verschuldigd is. In de tabel op de volgende pagina wordt duidelijk wanneer de termijn gaat lopen per wetsartikel.

¹²² *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 54 en 55.

¹²³ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 34.

¹²⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 90.

¹²⁵ Art. 7:686a lid 2 BW.

Tabel 1. Overzicht indieningstermijn billijke vergoeding

Billijke vergoeding	Start termijn
- Art. 7:681 lid 1 sub a, b of c BW; - Art. 7:682 lid 1, 2 of 3 BW.	Twee maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd. ¹²⁶
- Art. 7:673 lid 9 sub a of b BW.	Drie maanden na de dag waarop de waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd. ¹²⁷
- Art. 7:681 lid 1 sub d en e BW; - Art. 7:682 lid 4 en 5 BW.	Twee maanden na de dag waarop de werknemer op de hoogte is of redelijkerwijs op de hoogte had kunnen zijn van de situatie, maar uiterlijk twee maanden na de dag waarop de termijn van 26 weken is verstreken die vermeld is in die artikelen. ¹²⁸
- Art. 7:671b lid 8 sub c BW; - Art. 7:671b lid 9 sub b BW; - Art. 7:671c lid 2 sub b BW; - Art. 7:671c lid 3 sub b BW; - Art. 7:683 lid 3 BW.	In deze gevallen betreft het een verzoek van werkgever of werknemer. Het verzoekschrift of het verweerschrift namens de werknemer kan een (tegen)verzoek bevatten waarin een billijke vergoeding gevraagd wordt. In het laatste artikel kan door de rechter besloten worden of een billijke vergoeding in de rede ligt.

Paragraaf 3.4 Tussenconclusie

Bij een beëindiging van een arbeidsovereenkomst staat de hoogte van de transitievergoeding voor de werkgever vast indien er geen uitzonderingen van toepassing zijn. De werkgever kan voordat een procedure wordt gestart aan de hand van vaste rekenregels berekenen wat de hoogte van de transitievergoeding zal zijn. Een werkgever weet daarmee waar hij aan toe is en dit biedt dus rechtszekerheid. De billijke vergoeding is in een aantal wetsartikelen binnen de Wet Werk en Zekerheid mogelijk gemaakt. Naar het oordeel van het kabinet mag alleen in uitzonderlijke situaties een billijke vergoeding toegekend worden. Hierdoor is de kans voor werknemer zeer klein om een hogere vergoeding dan de transitievergoeding te krijgen.

Door de tegenstrijdige aanwijzingen in de wetsgeschiedenis en de vrijheid met betrekking tot de vaststelling van de hoogte van de billijke vergoeding is het voor de rechter lastig om zorg te dragen voor een goede argumentatie. Dit geldt ook voor partijen in het geding. Mocht de rechter toch een billijke vergoeding toekennen, dan heeft hij veel vrijheid bij het bepalen van de hoogte van die vergoeding. Door die vrijheid van de rechter wordt de rechtszekerheid op dat punt belemmerd. Het is de vraag hoe de rechter hiermee om zal gaan en met welke omstandigheden hij rekening zal houden. Om dit te verduidelijken, wordt de jurisprudentie tot en met 13 mei 2016 toegelicht in hoofdstuk 5.

¹²⁶ Art. 7:686a lid 4 sub a BW.

¹²⁷ Art. 7:686a lid 4 sub b BW.

¹²⁸ Art. 7:686a lid 4 sub c BW.

Hoofdstuk 4 De billijke vergoeding in vakliteratuur

In de periode dat het wetsvoorstel van de Wet Werk en Zekerheid is gepubliceerd tot en met de eerste gepubliceerde jurisprudentie zijn er een aantal artikelen verschenen over de billijke vergoeding in vakliteratuur. Dit hoofdstuk dient als overzicht waarbij de visie en de verwachtingen van verschillende auteurs vóór inwerkingtreding van de Wet Werk en Zekerheid duidelijk worden gemaakt. Daarnaast bevat dit hoofdstuk de reacties op de verschenen jurisprudentie na inwerkingtreding van de Wet Werk en Zekerheid.

Paragraaf 4.1 Vakliteratuur voor 1 juli 2015

Voordat de Wet Werk en Zekerheid in werking is getreden, was Professor mr. Sagel¹²⁹ (hierna: Sagel) kritisch over de billijke vergoeding. In zijn woorden verdient de billijke vergoeding “de hoofdprijs”. Er is, naar zijn mening, veel tijd besteed aan het debatteren over de hoogte van de vergoeding, maar niet aan wat daarachter schuilgaat. De regering heeft benadrukt in de wetsgeschiedenis dat er sprake moet zijn van dusdanig verwijtbaar gedrag van de werkgever. Sagel is van mening dat de werknemer allereerst drie koppen kleiner gemaakt moet worden voordat de werknemer door het “muizengaatje” past. Een tegenstelling zit hem in het feit dat indien het strenge criterium gepasseerd is, de rechter daarna wel een grote vrijheid heeft bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding.

Het opstellen van rechterlijke beleidsregels acht Sagel, net als de regering, niet wenselijk vanwege de nadruk die ligt op de exceptionele omstandigheden van het geval. Richtlijnen zoals de kantonrechtersformule zouden handig kunnen zijn indien er jaarlijks vele beslissingen over de billijke vergoeding genomen moeten worden. Gezien de wetsgeschiedenis is dat niet de bedoeling geweest van de regering. Hier sluit Sagel zich bij aan omdat door de rechter dan daadwerkelijk gekeken kan worden naar de omstandigheden van het geval en zijn beslissing daarop kan toespitsen. De kans op gelijksoortige zaken wordt ook heel gering geacht omdat dit soort zaken heel casuïstisch zijn. Er was op het tijdstip dat dit artikel werd geschreven nog geen jurisprudentie verschenen over de billijke vergoeding. Sagel is van mening dat de rechtspraak eerst enige jaren moet ontwikkelen zonder daarbij gebonden te zijn aan regels. Mocht dat geen goed resultaat opleveren, dan kunnen de misstappen in hoger beroep gecorrigeerd worden. Ten slotte merkt Sagel op dat de billijke vergoeding niet gemaximeerd moet worden omdat het criterium “ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever” al een zwaar criterium is. Mocht het maximum een jaarsalaris zijn, dan is de werkgever vaak bereid dat bedrag te betalen.¹³⁰

In 2015 heeft Sagel een uitgebreid artikel geschreven over het ontslag op staande voet en de Wet Werk en Zekerheid. In het kader van de Wet Werk en Zekerheid is geregeld dat indien een ontslag op staande voet een gebrek vertoont, de werknemer kan verzoeken om vernietiging van het ontslag, of een alternatieve billijke vergoeding op grond van art. 7:681 BW kan bepleiten. Hierover merkt hij op dat dit een van de grootste “black boxes” van de Wet Werk en Zekerheid is. Er zijn in de wetsgeschiedenis nauwelijks aanknopingspunten te vinden over de wijze waarop de vergoeding berekend moet worden. Wel is bekend dat het gevolgcriterium geen rol mag spelen en dat omstandigheden als loon en lengte dienstverband geen rol hoeven te spelen. Sagel merkt op dat dit vreemd is omdat de billijke vergoeding op grond van art. 7:681 BW een alternatief is voor vernietiging van de opzegging, in welk geval de omvang van de loonaanspraak centraal staat.¹³¹ Hier kwam de regering later op terug door aan te geven dat ten onrechte niet genoten loon verdisconteerd kan worden in de billijke vergoeding.¹³² Sagel is van mening dat de verandering van toetsing,

¹²⁹ Professor mr. Sagel is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te Amsterdam en hoogleraar arbeidsrecht aan de Universiteit Leiden.

¹³⁰ S.F. Sagel, ‘Het muizengaatje verdient de hoofdprijs’, *TRA* 2014/96, afl. 12.

¹³¹ S.F. Sagel, ‘Het ontslag op staande voet en de WWZ (II)’, *TRA* 2015/56, afl. 6/7, p. 6 en 7.

¹³² *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 55.

inhoudende dat de rechter niet meer ex tunc toetst, maar ex nunc, een verbetering is. Dit wil zeggen dat de rechter niet meer alleen hoeft te kijken naar hoe de situatie was bij het einde van het dienstverband, maar dat de rechter zijn beslissing mag laten beïnvloeden door omstandigheden die na het ontslag zijn gebeurd. Een voorbeeld hierbij is het wel of niet vinden van een nieuwe baan. Dit was niet het geval bij de begroting van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag. De begroting van de schade bij een kennelijk onredelijk ontslag moest worden vastgesteld op basis van hetgeen voorzienbaar was bij het einde van het dienstverband. Er mocht strikt genomen geen rekening worden gehouden met de omstandigheden die na ontslag hadden plaatsgevonden. De vergoeding kon dan onterecht lager uitvallen voor een werknemer die een goede kans had op de arbeidsmarkt, maar toch niet aan een baan kon komen. Dit is door de verandering van toetsing veranderd en daardoor een voordeel voor de werknemer.¹³³

Het voordeel van de keuze voor een billijke vergoeding dan vernietiging in het kader van art. 7:681 BW is dat beide partijen snel weten waar zij aan toe zijn en zich kunnen richten op de toekomst. De procedure die tussen hen in staat draait alleen nog om een financiële vergoeding, maar de arbeidsovereenkomst blijft daarbij wel geëindigd. Sagel stelt dat indien een werknemer nog terug zou moeten na een ontslag op staande voet, het niet zozeer beter is voor werknemer om nog terug te keren. Vaak leidt dit tot situatieve arbeidsongeschiktheid. Om het alternatief aantrekkelijk te maken moet er volgens Sagel dan wel een vergoeding tegenover staan. Ten slotte hoopt Sagel dat rechters zich na inwerkingtreding van de Wet Werk en Zekerheid niet zullen verschuilen achter de billijke aard van de vergoeding en daarbij wél inzage geven in de overwegingen die hen tot dat bedrag leiden. Alleen daarmee kan een bijdrage worden geleverd aan de voorspelbaarheid van de billijke vergoeding.¹³⁴

In het tijdschrift *ArbeidsRecht* betoogt mr. A. van Zanten-Baris¹³⁵ (hierna: Van Zanten-Baris) in 2014 dat zij van mening is dat er aanknopingspunten bestaan om de billijke vergoeding te hanteren aan de hand van de in de kennelijk onredelijk ontslagprocedure geldende voorschriften.¹³⁶ De term “kennelijk” kan gemakkelijk vertaald worden naar wat in het kader van de billijke vergoeding wordt verstaan onder “ernstig” van “ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever”. In dat kader legt zij de link met de overweging in het arrest Van der Grijp/Stam¹³⁷. Dit arrest beantwoordde de vraag of de kantonrechtersformule een rol kan spelen bij de berekening van een schadevergoeding bij een kennelijk onredelijk ontslag. Dit is niet het geval. Er was bepaald dat allereerst moet worden vastgesteld of een ontslag kennelijk onredelijk is, alvorens de hoogte van de vergoeding mocht worden vastgesteld. Dit is volgens van Zanten-Baris tevens geschikt voor de vaststelling van een billijke vergoeding. Daarnaast speelde het arrest Rutten/Breed¹³⁸ een rol. Hierin was vastgelegd dat de begroting van de schadevergoeding bij een kennelijk onredelijk ontslag niet mag worden vastgesteld aan de hand van een forfaitaire formule. Doordat de billijke vergoeding ook niet aan een formule mag worden onderworpen, kan bij deze twee arresten aansluiting worden gezocht. De ontslagvergoedingen, die voorheen berekend werden aan de hand van de kantonrechtersformule, werden te hoog geacht. Toepassing van de kantonrechtersformule ligt naar mening van Van Zanten-Baris niet voor de hand omdat het beperken van hoge ontslagvergoedingen een doel van de Wet Werk en Zekerheid is.¹³⁹ In het Tijdschrift *Arbeidsrechtpraktijk* wordt duidelijk dat deze mening niet gedeeld wordt door mr. K. Hakvoort¹⁴⁰ en mr. P. Kruit¹⁴¹ (hierna: Hakvoort en Kruit). Zij lezen in de parlementaire geschiedenis niet terug dat de bedoeling is geweest van de wetgever. De bedoeling van

¹³³ S.F. Sagel, ‘Het ontslag op staande voet en de WWZ (II)’, *TRA* 2015/56, afl. 6/7, p. 7.

¹³⁴ S.F. Sagel, ‘Het ontslag op staande voet en de WWZ (II)’, *TRA* 2015/56, afl. 6/7, p. 9 en 10.

¹³⁵ mr. A. van Zanten-Baris is docent arbeidsrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen en is gespecialiseerd in het “ontslagrecht”.

¹³⁶ A. van Zanten-Baris, ‘De billijke vergoeding in volle omvang’, *ArbeidsRecht* 2014/55, afl. 11, p. 40.

¹³⁷ HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6596, *NJ* 2010/493 (*Van der Grijp/Stam*).

¹³⁸ HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4472, *NJ* 2010/494 (*Rutten/Breed*).

¹³⁹ A. van Zanten-Baris, ‘De billijke vergoeding in volle omvang’, *ArbeidsRecht* 2014/55, afl. 11, p. 41 en 42.

¹⁴⁰ mr. K. Hakvoort is advocaat bij DingemansVanderKind advocaten te Amsterdam.

¹⁴¹ mr. P. Kruit is advocaat bij Ten Holter Noordam advocaten te Rotterdam en Universitair Docent Arbeidsrecht aan de Erasmus universiteit Rotterdam.

de wetgever is het goedkoper maken van het ontslagrecht. Hier wordt door de transitievergoeding geprobeerd invulling aan te geven. Voor de uitzonderlijke situaties staat de rechter echter niets in de weg om een hoge, en zelfs hogere vergoeding die mogelijk zijn door middel van de kantonrechtersformule, toe te kennen waarbij alle omstandigheden van het geval een rol spelen.¹⁴²

Tevens is in het Tijdschrift Arbeidsrecht Praktijk een artikel over de billijke vergoeding verschenen van mr. B. Schouten¹⁴³ (hierna: Schouten). Schouten heeft in zijn artikel gemotiveerd waarom de harde grens in het nieuwe systeem over de mate van verwijtbaarheid met de strekking “alles of niets” niet wenselijk is. De grens tussen verwijtbaar en ernstig verwijtbaar is per persoon verschillend. Ook de keuze om de ene situatie wel ernstig verwijtbaar te kwalificeren en de andere situatie niet, kan onrechtvaardig uitvallen. Indien er sprake is van een grensgeval zal dit tot onrechtvaardige uitkomsten leiden. Doordat de grens is overschreven verwacht Schouten dat de vergoeding na het passeren van de grens hoog zal uitvallen.¹⁴⁴ Tevens benadrukt hij dat de rechter weinig mogelijkheden heeft om in geval van ontbinding een vergoeding naar billijkheid toe te kennen.¹⁴⁵ Schouten pleit voor het criterium: “naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar” uit art. 7:648 BW in plaats van het criterium “ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever” dat nu is geformuleerd door de regering. Door het criterium te vervangen wordt onduidelijkheid voorkomen en wordt de rechter meer vrijheid toegestaan om alle omstandigheden van het geval mee te wegen in zijn beslissing. Hierdoor wordt de onrechtvaardigheid bestreden. Daarnaast kan eventueel verlies van ontslagbescherming worden gecompenseerd door een extra financiële tegemoetkoming waar de rechter dat nodig acht.¹⁴⁶

Paragraaf 4.2 Vakliteratuur na 1 juli 2015

Nadat de eerste jurisprudentie is verschenen met betrekking tot de Wet Werk en Zekerheid, wordt uitgekeken naar de motivering van de rechter bij het wel of niet toekennen van de billijke vergoeding en welke beredenering wordt gehanteerd om de hoogte te bepalen. In de vakliteratuur na 1 juli 2015 wordt duidelijk dat de jurisprudentie nauwlettend gevolgd is.

Sagel schreef een nieuw artikel dat gepubliceerd is in 2016. Hij hoopte op rechterlijke uitspraken die de gaten in de Wet Werk en Zekerheid zouden opvullen. Dit bleek een grote teleurstelling voor hem. De rechters hebben zich volledig overgelaten aan de wetsgeschiedenis zonder bij hun uitspraken een motivering te geven. Een begin van inzicht in factoren die bepalend zijn geweest om de hoogte van een billijke vergoeding vast te stellen was er niet. Dit geldt voor zowel de additionele als de alternatieve billijke vergoeding. Sagel erkent dat de vergoeding naar haar aard weinig motivering vereist omdat de rechterlijke intuïtie medebepalend mag zijn. Dat neemt niet weg dat het toekennen van de vergoeding maatwerk is en dat in dat kader van de rechter worden verwacht dat hij duidelijk opschrijft welk gedrag tot het betreffende bedrag heeft geleid. Dit is tevens van belang om de praktijk handvatten te geven die zij kunnen gebruiken bij onderhandelingen. De Wet Werk en Zekerheid wordt toegepast, maar veel uitleg wordt daarbij niet gegeven door de rechters. Sagel is van mening dat een uitgebreide motivering vereist is om tot rechtsvorming te komen. Ook zodat de Hoge Raad zich daar in een later stadium over kan buigen.¹⁴⁷

¹⁴² K. Hakvoort & P. Kruit, ‘(Ontslag)vergoedingen onder de WWZ: hoe goedkoop is de WWZ voor de verwijtbare werkgever?’, *TAP* 2015/226.

¹⁴³ Mr. B. Schouten is advocaat bij Boontje Advocaten te Amsterdam en heeft publicaties in bekend arbeidsrecht tijdschriften.

¹⁴⁴ B. Schouten, ‘Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten: over de omvang van een muizengaatje’, *TAP* 2014/9, p. 63.

¹⁴⁵ B. Schouten, ‘Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten: over de omvang van een muizengaatje’, *TAP* 2014/9, p. 63 en 69.

¹⁴⁶ B. Schouten, ‘Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten: over de omvang van een muizengaatje’, *TAP* 2014/9, p. 70.

¹⁴⁷ S.F. Sagel, ‘WWZ: pas toe en leg uit!’, *TRA* 2016/1, afl. 1.

Mevrouw mr. C.J. Frikkee¹⁴⁸ en mevrouw mr. M.E. Smorenburg¹⁴⁹ (hierna: Frikkee en Smorenburg) hebben de jurisprudentie tot en met 18 december 2015 geanalyseerd en verwerkt in een artikel. Deze analyse beperkt zich tot de zestien uitspraken waar een billijke vergoeding is toegekend op grond van art. 7:671b en art. 7:671c BW.¹⁵⁰ Dit betreft de additionele billijke vergoeding. Hoofdstuk 5 van dit onderzoeksrapport bevat een analyse van zowel de additionele en alternatieve billijke vergoeding in gepubliceerde jurisprudentie tot en met 13 mei 2016. Daarom zal de analyse in dit artikel hier niet besproken worden. Deze resultaten zijn verwerkt in hoofdstuk 5 waar een grotere analyse wordt beschreven. Frikkee en Smorenburg maken in het artikel een overzicht van de hoogte van de billijke vergoeding in relatie tot de kantonrechtersformule. Om onderstaande gegevens zichtbaar te maken, is deze tabel opgenomen als bijlage 10.

In dertien van de zestien gevallen was het mogelijk om een berekening te maken. In de helft van die dertien uitspraken komt de optelsom van de billijke vergoeding en de transitievergoeding lager uit dan de berekening op basis van de oude (neutrale) kantonrechtersformule waarbij wordt uitgegaan van de factor $C=1$. In de andere helft van de uitspraken is het bedrag dat wordt toegekend door de rechter hoger dan de oude kantonrechtersformule. Uit de tabel blijkt dat de optelsom van de billijke vergoeding en de transitievergoeding ongeveer 20% lager is dan de vergoeding op basis van de oude kantonrechtersformule. De tegenstelling zit hem in het feit dat bij de berekening gebruik is gemaakt van een $C=1$ factor, een neutrale situatie, en dat bij een billijke vergoeding allereerst het criterium “ernstig verwijtbaar handelen of nalaten” aangenomen moet worden.¹⁵¹

Het artikel wordt afgesloten met een verwijzing naar het arrest Rutten/Breed dat ook door Van Zanten-Baris werd aangehaald. De voorspelbaarheid van de beslissing waarbij een vergoeding wordt toegekend is in belangrijke mate afhankelijk van het inzicht dat de rechter geeft in de wijze waarop de beslissing tot stand is gekomen, met name de factoren die een rol spelen bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding.¹⁵² Het arrest verwijst naar de oude kennelijk onredelijk ontslag situatie, maar gezien de jurisprudentie zijn Frikkee en Smorenburg van mening dat die rechtsregel nog steeds van toepassing is.¹⁵³

¹⁴⁸ Raadsheer van het Gerechtshof Den Haag.

¹⁴⁹ Raadsheer van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch.

¹⁵⁰ C.J. Frikkee en M.E. Smorenburg, 'Berekening van een billijke vergoeding', *ArbeidsRecht* 2016/11, afl. 3, p. 4.

¹⁵¹ C.J. Frikkee en M.E. Smorenburg, 'Berekening van een billijke vergoeding', *ArbeidsRecht* 2016/11, afl. 3, p. 6.

¹⁵² HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4472, NJ 2010/494 (*Rutten/Breed*).

¹⁵³ C.J. Frikkee en M.E. Smorenburg, 'Berekening van een billijke vergoeding', *ArbeidsRecht* 2016/11, afl. 3, p. 7.

Hoofdstuk 5 De billijke vergoeding in de rechtspraak

De wetgever heeft de rechter alleen aanwijzingen gegeven in de wetsgeschiedenis voor het wel of niet toekennen van een billijke vergoeding. Deze aanwijzingen zijn echter in sommige gevallen tegenstrijdig. Inmiddels zijn er tot 13 mei 2016 45 uitspraken van de kantonrechter gepubliceerd op de website van “de Rechtspraak” en in de JAR waarin de ontbinding van de arbeidsovereenkomst is uitgesproken en waarbij een billijke vergoeding is toegekend aan de werknemer. Daarnaast zijn er vier uitspraken van verschillende gerechtshoven gepubliceerd waarin een billijke vergoeding is toegekend. Voor dit hoofdstuk is jurisprudentie geanalyseerd en deze wordt hieronder besproken. In alle uitspraken wordt door de rechter benadrukt dat de billijke vergoeding slechts in uitzonderlijke gevallen wordt toegekend.

Paragraaf 5.1 Uitspraken additionele billijke vergoeding

Wat opvalt in de gepubliceerde uitspraken met betrekking tot de additionele billijke vergoeding is dat er door de rechters veelal gebruik wordt gemaakt van drie stappen die tot vaststelling van de vergoeding leiden. Allereerst wordt door de rechter getoetst of er sprake is van een voldragen ontslaggrond zodat de arbeidsovereenkomst ontbonden kan worden. Hierna bepaalt de rechter of de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten. Indien dit criterium bewezen wordt geacht, dan kent de rechter een billijke vergoeding toe. De laatste stap is dan het bepalen van de hoogte van die vergoeding.

Er zijn in totaal 29 uitspraken gepubliceerd tot 13 mei 2016 waarin een additionele billijke vergoeding is toegekend door de kantonrechter.¹⁵⁴ Daarnaast is de vergoeding toegekend door de Gerechtshoven 's-Hertogenbosch en Den Haag.¹⁵⁵ In alle uitspraken is het criterium “ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever” vastgesteld door de rechter. In vier van deze gevallen is door werknemer een ontbindingsverzoek ingediend.¹⁵⁶ De ontbinding is 27 keer uitgesproken op grond van een verstoorde arbeidsverhouding. Dit betreft de grond vermeld in art. 7:669 lid 3 sub g BW. In twee uitspraken werd de ontbinding uitgesproken op grond van het feit dat van de werkgever niet gevergd kan worden dat de arbeidsovereenkomst wordt voortgezet. Dit betreft de grond in art. 7:699 lid 3 sub h BW, ook wel de restgrond genoemd.

Hieronder wordt aan de hand van de door de regering gegeven voorbeelden uit de Memorie van Toelichting geanalyseerd op grond van welke motivering de kantonrechter het criterium van de billijke vergoeding heeft vastgesteld. De voorbeelden uit de Memorie van Toelichting zijn opgenomen in paragraaf 3.3.1 van dit onderzoeksrapport. De uitspraken zijn ingedeeld per voorbeeld uit de Memorie van Toelichting.

Paragraaf 5.1.1 Laakbaar gedrag van de werkgever

Het eerste voorbeeld uit de Memorie van Toelichting, “laakbaar gedrag van de werkgever waardoor een verstoorde arbeidsverhouding is ontstaan”, is in tien uitspraken door kantonrechters gehanteerd om vast te stellen dat er sprake is van “ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever”. De kantonrechters stellen het criterium vast en vullen dit in door vermelding van verschillende omstandigheden. Voorbeelden van deze omstandigheden betreffen: het nodeloos laten escaleren van de zaak en zich als werkgever niet afvragen of er niet minder verregaande maatregelen genomen hadden kunnen

¹⁵⁴ Zie bijlage 11 voor een volledig overzicht van deze uitspraken.

¹⁵⁵ Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:320.

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

¹⁵⁶ Rb. Oost-Brabant (ktr.) 1 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5186, JAR 2015/252.

Rb. Rotterdam (ktr.) 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7677, JAR 2015/289.

Rb. Noord-Holland (ktr.) 22 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:553.

Rb. Oost-Brabant (ktr.) 22 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5552.

worden,¹⁵⁷ het onprofessioneel benaderen en behandelen van een werknemer¹⁵⁸ en het te zwaar aanzetten van een kwestie waarbij door de werkgever direct wordt aangestuurd op een ontbindingsprocedure.¹⁵⁹

Daarnaast is door het Gerechtshof 's-Hertogenbosch één maal het criterium bewezen geacht doordat de werkgever op oneigenlijke gronden de werknemer tot een regeling probeerde te bewegen door het indienen van seksueel getinte e-mailberichten. Hierdoor heeft de werkgever de verhoudingen dusdanig ernstig geschaad dat voortzetting van het dienstverband niet meer mogelijk was. Het criterium is bewezen geacht door het hof omdat de werkgever zelf had besloten de e-mails naar voren te brengen in een UWV-procedure terwijl hij zich had moeten realiseren dat dit van negatieve invloed zou zijn op de persoonlijke levenssfeer van de werknemer. Het hof is van mening dat dit gekwalificeerd kan worden als laakbaar gedrag van de werkgever.¹⁶⁰

Paragraaf 5.1.2 Valse ontslaggrond

Een valse ontslaggrond aanvoeren heeft in twee uitspraken van de kantonrechter geleid tot een billijke vergoeding voor de werknemer. Dit is door kantonrechters gebruikt om vast te stellen dat er sprake is van “ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever”. In één zaak zijn onvoldoende feiten en omstandigheden aangedragen door de werkgever om de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Hierdoor heeft de kantonrechter geen voldragen grond voor de ontbinding kunnen vaststellen. Tijdens de zitting hebben partijen echter wel aangegeven dat de arbeidsverhouding dusdanig verstoord is geraakt waardoor de arbeidsovereenkomst ontbonden zou moeten worden. De rechter oordeelde in dat kader dat de verstoring in dit geval voor het grootste deel te wijten was aan de werkgever. Dit is de reden dat een billijke vergoeding is toegekend.¹⁶¹

Paragraaf 5.1.3 Grovelijke verwaarlozing van plichten door de werkgever

In drie uitspraken is door kantonrechters uitdrukkelijk vastgesteld dat de werkgever grovelijk zijn plichten heeft verwaarloosd. Hiervan is sprake indien de werknemer in een onhoudbare situatie wordt geplaatst door de werkgever,¹⁶² geen gehoor wordt gegeven aan terechte bezwaren van de werknemer waardoor de arbeidsverhouding onwerkbaar wordt en de werkgever geen oplossing van het conflict aandraagt¹⁶³ en het langdurig miskennen van salarisaanspraken.¹⁶⁴

Paragraaf 5.1.4 Niet in staat stellen ter verbetering functioneren

“Het niet in staat stellen van werknemer om het functioneren te verbeteren” is een grond die in een aantal uitspraken is gebruikt om het criterium “ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever” te motiveren, maar deze grond is niet opgenomen in de voorbeelden die in de Memorie van Toelichting zijn gegeven. In de nota naar aanleiding van het verslag is door de regering een aanvulling gegeven waaruit blijkt dat de rechter, indien hij een beroep op “disfunctioneren” toewijst, toch een billijke vergoeding kan toekennen.¹⁶⁵ Deze aanvulling betreft: *“als door het weigeren van een werkgever een werknemer in de gelegenheid te stellen zijn functioneren te verbeteren een zodanig verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan dat het in stand houden van de arbeidsovereenkomst niet in de rede ligt, er aanleiding kan zijn tot het toekennen van een billijke vergoeding”*.¹⁶⁶ Indien de werknemer niet in staat is gesteld

¹⁵⁷ Rb. Noord-Nederland (ktr.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:715.

¹⁵⁸ Rb. Oost-Brabant (ktr.) 1 oktober 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6107, JAR 2015/266.

¹⁵⁹ Rb. Gelderland (ktr.) 25 februari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1534, JAR 2016/82.

¹⁶⁰ Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:320.

¹⁶¹ Rb. Noord-Holland (ktr.) 25 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2401.

¹⁶² Rb. Oost-Brabant (ktr.) 1 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5186, JAR 2015/252.

¹⁶³ Rb. Amsterdam (ktr.) 15 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9244.

¹⁶⁴ Rb. Zeeland-West-Brabant (ktr.) 25 november 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:8520.

¹⁶⁵ De ontslaggrond “disfunctioneren” is vermeld in art. 7:669 lid 3 sub d BW.

¹⁶⁶ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 133.

zijn functioneren te verbeteren, is er geen sprake van een voldragen ontslaggrond “disfunctioneren” en bestaat er recht op een billijke vergoeding indien er een verstoorde arbeidsverhouding is tussen partijen. De ontbinding is in die gevallen ook niet uitgesproken op de grond van “disfunctioneren”, maar op de grond van een “verstoorde arbeidsverhouding”, welke wel voldoende aannemelijk is geworden. In vier uitspraken is duidelijk dat de werkgever een ontbinding wilde laten uitspreken op grond van “disfunctioneren”.¹⁶⁷ Hier is dan ook aangehaakt bij de aanvulling die in de nota naar aanleiding van het verslag is gegeven door de regering om een billijke vergoeding te kunnen toekennen.

In acht uitspraken is door kantonrechters vastgesteld dat er sprake is van “ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever” wanneer de werkgever grovelijk zijn verplichtingen niet nakomt waardoor een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat. Tevens vermeldt de rechter daarbij dat daar ook sprake van is indien de werkgever een valse grond voor het ontslag aanvoert met als enig oogmerk een onwerkbare situatie te creëren. Na deze passage wordt aansluiting gezocht bij de voornoemde aanvulling die door de regering is gegeven in de nota naar aanleiding van het verslag. Gesteld kan worden dat dit niet in overeenstemming is met wat de regering bedoeld heeft, aangezien die aanvulling betrekking had op de ontslaggrond “disfunctioneren”. Toch wordt dit wel door verschillende kantonrechters gebruikt bij de motivering van het criterium. Omstandigheden die rechters hebben meegewogen bij het vaststellen van het criterium zijn: ongeloofwaardige poging tot herstel verhoudingen en het bemoeilijken van de terugkeer van de werknemer in zijn oude functie,¹⁶⁸ een lange tijd geen functioneringsgesprekken voeren waarbij later een gesprek gevoerd wordt en hierover geen terugkoppeling word gegeven aan werknemer¹⁶⁹ en het opleggen van een maatregel zonder werknemer te horen of te waarschuwen voor zijn gedrag.¹⁷⁰

Paragraaf 5.1.5 Overige jurisprudentie

Een kantonrechter van de Rechtbank Rotterdam heeft een combinatie gemaakt tussen twee voorbeelden uit de memorie van toelichting. Dit betreft “een verstoorde arbeidsverhouding die is ontstaan wegens laakbaar gedrag van werkgever” en “het grovelijk veronachtzamen van de verplichtingen”. De kantonrechter is van mening dat deze situaties allebei van toepassing zijn in deze zaak.¹⁷¹ Een combinatie van voorbeelden is in andere uitspraken niet gevolgd door andere kantonrechters. Het Gerechtshof Den Haag heeft de beslissing van die kantonrechter wel bekrachtigd.¹⁷² Daarnaast is nog een uitspraak gepubliceerd waaruit blijkt dat tijdens de zitting de werkgever alsnog met alle eisen van werknemer akkoord gaat. Op basis hiervan is de gevraagde billijke vergoeding door de rechter toegekend.¹⁷³

Paragraaf 5.2 Uitspraken alternatieve billijke vergoeding

Er zijn zestien uitspraken van de kantonrechter gepubliceerd waar een alternatieve billijke vergoeding is toegekend op grond van art. 7:681 BW.¹⁷⁴ De werknemer kan op grond van dat artikel kiezen tussen vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst of een billijke vergoeding.

¹⁶⁷ Art. 7:669 lid 3 sub d BW.

¹⁶⁸ Rb. Midden-Nederland (ktr.) 12 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:986.

Rb. Noord-Holland (ktr.) 22 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:553.

¹⁶⁹ Rb. Overijssel (ktr.) 14 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882.

¹⁷⁰ Rb. Noord-Holland (ktr.) 4 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9668.

¹⁷¹ Rb. Rotterdam (ktr.) 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7677, JAR 2015/289.

¹⁷² Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715.

¹⁷³ Rb. Den Haag (ktr.) 24 augustus 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:9849, JAR 2015/230.

¹⁷⁴ Zie bijlage 12 voor een volledig overzicht van deze uitspraken.

In vier uitspraken is door de werknemer primair vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst verzocht en subsidiair een billijke vergoeding.¹⁷⁵ In deze vier gevallen is door kantonrechters vastgesteld dat de arbeidsverhouding dusdanig verstoord is, dat terugkeer bij de werkgever onmogelijk is.

De kantonrechter benadrukt in alle zestien uitspraken dat indien sprake is van één van de situaties uit voorgaand artikel, het criterium “ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever” niet hoeft te worden vastgesteld. In dat geval kunnen de in art. 7:681 BW gegeven situaties als “ernstig verwijtbaar” worden aangemerkt. De kantonrechters maken in gebruik van een passage uit de Memorie van Antwoord.¹⁷⁶ De situaties waarover gesproken wordt, zijn vermeld in paragraaf 3.3 onder mogelijkheid 6.

De vergoeding is in alle gevallen toegekend op grond van art. 7:681 lid 1 sub a BW. Dit wil zeggen dat de werkgever in strijd heeft gehandeld met art. 7:671 BW. In vier uitspraken is de billijke vergoeding toegekend omdat er was opgezegd door de werkgever zonder dat daar schriftelijke instemming van de werknemer aan vooraf is gegaan.¹⁷⁷ Daarnaast was in die gevallen ook geen uitzondering aanwezig waardoor er zonder instemming had kunnen worden opgezegd door de werkgever.¹⁷⁸ In de twaalf overige uitspraken is de billijke vergoeding toegekend nadat door de kantonrechter is geconcludeerd dat de werkgever een niet rechtsgeldig ontslag op staande voet heeft gegeven.¹⁷⁹ Dit onderscheid is aangegeven in het jurisprudentieoverzicht dat is opgenomen in bijlage 12.

Er is één uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden gepubliceerd waar de beslissing van de kantonrechter bekrachtigd wordt inzake de beslissing van een billijke vergoeding op grond van art. 7:681 lid 1 sub a BW.¹⁸⁰ Deze uitspraak wordt nader behandeld in paragraaf 5.3. Ten slotte is in één kwestie door het Gerechtshof 's-Hertogenbosch een billijke vergoeding ambtshalve (voorwaardelijk) toegekend op grond van art. 7:683 lid 3 BW omdat het herstel van de arbeidsovereenkomst niet in de rede lag. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft de beslissing aangehouden omdat beide partijen eerst in de gelegenheid worden gesteld om zich schriftelijk uit te laten over deze beslissing tot toekenning van een billijke vergoeding.¹⁸¹

Paragraaf 5.3 Geen billijke vergoeding

Er zijn uiteraard uitspraken gepubliceerd waar geen billijke vergoeding is toegekend door de rechter. Zo is er een uitspraak waar geen billijke vergoeding is toegekend aan de werknemer omdat hij recht had op een bovenwettelijke vergoeding krachtens de cao.¹⁸² Een voorbeeld hierbij is een wachtgeldregeling. Tevens is in een andere uitspraak duidelijk geworden dat er geen billijke vergoeding is verschuldigd wanneer de werknemer een psychische beperking heeft en de werkgever aantoonbaar maatregelen heeft genomen om de werknemer beter te laten functioneren. Indien dit naar mening van de werknemer niet voldoende was, dan moet dit gemotiveerd aan de rechter kenbaar worden gemaakt.¹⁸³ Wat opvalt is dat de additionele billijke vergoeding vaak wordt verzocht, maar ook vaak wordt afgewezen door de kantonrechter omdat het verzoek niet voldoende gemotiveerd wordt in het verzoek- of verweerschrift en tijdens de mondelinge behandeling. Er moet door de werknemer duidelijk gemotiveerd worden waarom er daadwerkelijk sprake is van het criterium “ernstig verwijtbaar

¹⁷⁵ Rb. Noord-Holland (ktr.) 27 oktober 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9470.

Rb. Limburg (ktr.) 16 december 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:10716.

Rb. Den Haag (ktr.) 22 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1743.

Rb. Limburg (ktr.) 21 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2432.

¹⁷⁶ *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 99 en 113.

¹⁷⁷ Art. 7:671 lid 1 aanhef BW.

¹⁷⁸ Art. 7:671 sub a tot en met h BW.

¹⁷⁹ Art. 7:671 lid 1 sub c BW.

¹⁸⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden 31 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2601.

¹⁸¹ Hof 's-Hertogenbosch 24 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1093.

¹⁸² Rb. Oost-Brabant (ktr.) 22 december 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:7773.

¹⁸³ Hof 's-Hertogenbosch 21 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1538.

handelen of nalaten van de werkgever”. Doordat door werknemers vaak verzocht wordt om een billijke vergoeding, maar hier geen goed verhaal onder ligt, is dit vaak de reden dat door de rechter geen billijke vergoeding wordt toegekend.¹⁸⁴

Indien er sprake is van een alternatieve billijke vergoeding kan door de werknemer herstel van de arbeidsovereenkomst of vernietiging van de opzegging of de beëindiging worden gevraagd, of een billijke vergoeding. Wanneer de werknemer alleen een billijke vergoeding vraagt, moet daarbij uitdrukkelijk gemotiveerd worden waarom herstel van de arbeidsovereenkomst niet meer mogelijk is. Daarnaast is het feit dat het UWV toestemming heeft verleend op basis van door de werkgever onjuiste of onvolledige informatie onvoldoende om de werkgever te veroordelen tot betaling van een billijke vergoeding.¹⁸⁵

Ten slotte is een billijke vergoeding niet verschuldigd in het ambtenarenrecht. Ambtenaren werken op basis van een ambtelijke aanstelling en niet op basis van een arbeidsovereenkomst. Dit is de reden dat het ontslagrecht van Boek 7 Burgerlijk Wetboek niet van toepassing is.¹⁸⁶ De rechtspositie van ambtenaren is gewaarborgd in de Algemene wet bestuursrecht en de Ambtenarenwet.

Paragraaf 5.4 Vaststelling hoogte billijke vergoeding

De hoogte van de toegekende billijke vergoedingen loopt uiteen van €500,- Tot €90.000,-. Er zitten een aantal uitschieters bij, maar ze blijven redelijk laag vergeleken met de oude kantonrechttersformule. In bijna alle uitspraken waar een billijke vergoeding wordt toegekend, worden twee passages uit de wetsgeschiedenis geciteerd. Dit betreft allereerst: *“Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de hoogte van de billijke vergoeding – naar haar aard – in relatie moet staan tot het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, en niet tot de gevolgen van het ontslag voor de werknemer”*.¹⁸⁷ Daarna volgt vaak: *“Indien het ontslag het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, dan dient de werknemer hiervoor gecompenseerd te worden, ook om dergelijk handelen of nalaten van de werkgever te voorkomen. In de billijke vergoeding kan niet tot uitdrukking komen of het ontslag redelijk is mede in het licht van de gevolgen van het ontslag voor de werknemer, omdat dit al is verdisconteerd in de transitievergoeding. De hoogte van de billijke vergoeding moet daarom 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 dienstverband geen rol hoeven te spelen”*.¹⁸⁸

Paragraaf 5.4.1 Hoogte billijke vergoeding in jurisprudentie kantonrechter

In de uitspraken van de kantonrechter wordt vaak verwezen naar de eerder vastgestelde feiten en omstandigheden waaruit het “ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever” blijkt. Afsluitend wordt door de rechter vermeld dat die omstandigheden hebben geleid tot een bepaald bedrag. Er wordt niet vermeld welke gedraging van de werkgever in welke mate heeft meegewogen om tot dat bepaalde bedrag te komen. Een enkele uitspraak bevat wel een motivering waarbij een aantal aspecten worden genoemd die tot matiging of verhoging van de vergoeding hebben geleid. Uit de geanalyseerde jurisprudentie valt op dat door de werknemer vaak primair om een concreet bedrag gevraagd wordt. Subsidiair wordt een vergoeding gevraagd die naar oordeel van de rechter passend is.

¹⁸⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2655.

Rb. Gelderland (ktr.) 23 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6344.

Rb. Noord-Nederland (ktr.) 29 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5130.

Rb. Noord-Holland (ktr.) 29 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:996.

¹⁸⁵ Rb. Limburg (ktr.) 29 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2713.

¹⁸⁶ Art. 1 lid 1 Ambtenarenwet jo. art. 7:615 BW.

¹⁸⁷ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 91.

¹⁸⁸ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 32-34.

Frikkee en Smorenburg noemen in hun artikel aspecten waar kantonrechters rekening mee hebben gehouden bij het vaststellen van de hoogte van een billijke vergoeding.¹⁸⁹ De geconstateerde aspecten worden hieronder weergegeven.

- De financiële situatie van de werkgever. Dit aspect wordt in vier uitspraken aangehaald, maar in alle situaties is door de werkgever niet voldoende aannemelijk gemaakt dat dit moet resulteren in een lagere vergoeding;¹⁹⁰
- Het doorbetalen van het loon zonder dat de werknemer gewerkt heeft;¹⁹¹
- Een geringe bedrijfsomvang van de werkgever en de (opstart)fase van de onderneming;¹⁹²
- De leeftijd van de werknemer en de lengte van het dienstverband;¹⁹³
- Het ontbreken van een aanspraak van de werknemer op de transitievergoeding vanwege een te kort dienstverband;¹⁹⁴
- Kansen op de arbeidsmarkt, waaronder begrepen aangeboden coaching;¹⁹⁵
- Verlies aan inkomen, terugval op een WW-uitkering of lagere pensioenuitkering. In zeven uitspraken¹⁹⁶ is dit aspect benadrukt door de kantonrechter. Dit aspect speelt vaak een rol bij het bepalen van de hoogte van een additionele billijke vergoeding omdat de rechter het loon dat de werknemer vanwege een onterecht gegeven ontslag op staande voet is misgelopen mag verwerken bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding;¹⁹⁷
- Wanneer de werkgever te snel heeft gekozen voor een ontslag op staande voet;¹⁹⁸
- Verzochte en niet betwiste billijke vergoeding.¹⁹⁹

Er wordt niet duidelijk in welke mate bovenstaande aspecten bijdragen aan het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding, alleen dat zij een rol spelen. Daarnaast is in sommige uitspraken ook het punitieve karakter van de billijke vergoeding benadrukt door kantonrechters.²⁰⁰ Door één kantonrechter van de Rechtbank Noord-Nederland wordt het punitieve karakter ook weer van tafel gehaald omdat de werknemer in die zaak moreel onjuist heeft gehandeld.²⁰¹

¹⁸⁹ C.J. Frikkee en M.E. Smorenburg, 'Berekening van een billijke vergoeding', *ArbeidsRecht* 2016/11, afl. 3, p. 5.

¹⁹⁰ Rb. Oost-Brabant (ktr.) 22 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5552.

Rb. Zeeland-West-Brabant (ktr.) 25 november 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:8520.

Rb. Noord-Holland (ktr.) 4 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9668.

Rb. Noord-Holland (ktr.) 22 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:553.

¹⁹¹ Rb. Midden-Nederland (ktr.) 18 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:854.

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

Rb. Noord-Holland (ktr.) 27 oktober 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9470.

¹⁹² Rb. Amsterdam (ktr.) 15 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9244.

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

¹⁹³ Rb. Noord-Nederland (ktr.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:713.

Rb. Gelderland (ktr.) 25 februari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1534, *JAR* 2016/82.

Rb. Overijssel (ktr.) 14 maart 2016, ECLI:NL:ROVE:2016:882.

Rb. Rotterdam (ktr.) 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7677, *JAR* 2015/289.

¹⁹⁴ Rb. Oost-Brabant (ktr.) 1 oktober 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6107, *JAR* 2015/266.

Rb. Limburg (ktr.) 27 januari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:661.

¹⁹⁵ Rb. Oost-Brabant (ktr.) 1 oktober 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6107, *JAR* 2015/266.

Rb. Limburg (ktr.) 27 januari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:661.

¹⁹⁶ Rb. Gelderland (ktr.) 25 februari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1534, *JAR* 2016/82.

Rb. Amsterdam (ktr.) 12 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2127.

Rb. Den Haag (ktr.) 17 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3404.

Rb. Rotterdam (ktr.) 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7677, *JAR* 2015/289.

Rb. Noord-Holland (ktr.) 27 oktober 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9470.

Rb. Amsterdam (ktr.) 17 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1690.

Rb. Gelderland (ktr.) 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6783.

¹⁹⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 55.

¹⁹⁸ Rb. Noord-Holland (ktr.) 7 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:52.

¹⁹⁹ Rb. Midden-Nederland (ktr.) 12 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:986.

Rb. Den Haag (ktr.) 22 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1743.

²⁰⁰ Rb. Amsterdam (ktr.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752.

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

Rb. Midden-Nederland (ktr.) 15 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7538, *JAR* 2015/287.

²⁰¹ Rb. Noord-Nederland (ktr.) 6 april 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:1633.

Het gemiddelde van de additionele billijke vergoeding die is toegekend door kantonrechters betreft €25.428,57. De gemiddelde vergoeding van de alternatieve billijke vergoeding betreft €7.950,93.

Paragraaf 5.4.2 Hoogte billijke vergoeding in jurisprudentie gerechtshoven

Tot 13 mei 2016 is vier keer een billijke vergoeding toegekend aan de werknemer. In de eerste uitspraak is door het Gerechtshof 's-Hertogenbosch bepaald dat bij het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding alle omstandigheden van het geval moeten meewegen. Dit betreft de leeftijd van de werknemer, de arbeidsduur (in dit geval 9 jaren), de impact van de handelswijze van de werkgever en het wel of niet ontvangen van een WW-uitkering of andere inkomsten. Ten slotte is door het hof opgemerkt dat indien de werkgever niet ernstig verwijtbaar zou hebben gehandeld, de arbeidsovereenkomst tot 1 januari 2017 zou hebben voortgeduurd. Het salaris wat de werknemer in deze maanden zou verdienen, is ook in overweging genomen. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch stelt vervolgens een billijke vergoeding vast van €10.000,-.²⁰²

De tweede uitspraak van het Gerechtshof Den Haag sluit zich aan bij het hiervoor vermelde standpunt van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch dat alle omstandigheden van het geval een rol spelen bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding. In deze uitspraak benadrukt het Gerechtshof Den Haag dat de transitievergoeding in die situatie niet voldoende is om de financiële gevolgen voor de werknemer te dekken. In dit geval voelde een 63-jarige werknemer zich genooddaakt om ontbinding te vragen bij de kantonrechter. De werknemer had geen kansen op de arbeidsmarkt, een lang dienstverband (in dit geval 22 jaren), lijdt door de beëindiging een forse inkomensschade en loopt een gedeeltelijke pensioenopbouw mis. Het Gerechtshof Den Haag oordeelt dat de billijke vergoeding geen volledige schadevergoeding dient te zijn, maar het moet wel een punitief karakter hebben zodat de werkgever dergelijk handelen in de toekomst zal nalaten. Het Gerechtshof Den Haag stelt daarbij de hoogte van de billijke vergoeding vast op €50.000,-.²⁰³

De derde uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden geeft weer dat bij de vaststelling van de hoogte van de billijke vergoeding benadrukt moet worden dat de wijze van beëindiging van de werkgever ontoelaatbaar is. Daarnaast hecht het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ook in deze zaak waarde aan het aspect dat de hoogte van de vergoeding een punitief karakter moet hebben. De duur van het dienstverband en de jaren dat het dienstverband zou hebben geduurd tot de pensioengerechtigde leeftijd laat het gerechtshof buiten beschouwing. Een arbeidsovereenkomst is naar mening van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden geen levensverzekering waardoor een billijke vergoeding van €4.000,- billijk wordt geacht. De uitspraak van de kantonrechter te Rotterdam wordt bekrachtigd.²⁰⁴

Na de uitspraken van de Gerechtshoven 's-Hertogenbosch en Den Haag is door een kantonrechter van de Rechtbank Overijssel op basis van die uitspraken tot de vaststelling van de billijke vergoeding gekomen. Deze uitspraak valt op want er worden niet alleen wat passages uit de wetsgeschiedenis vermeld, maar tevens wordt verwezen naar dezelfde omstandigheden die de Gerechtshoven 's-Hertogenbosch en Den Haag van belang achtten bij het nemen van haar beslissing. Deze kantonrechter betreft in de beslissing dat de aanspraak op ten onrechte niet genoten loon kan worden verdisconteerd in de billijke vergoeding.²⁰⁵ Indien de werknemer verzoekt om een alternatieve billijke vergoeding, kan het feit dat de werknemer een andere baan heeft gevonden worden betrokken bij het bepalen

²⁰² Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:320.

²⁰³ Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715.

²⁰⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 31 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2601.

²⁰⁵ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 55.

van de hoogte van de vergoeding.²⁰⁶ Ten slotte wordt de passage uit de uitspraak van het Gerechtshof Den Haag vermeld waaruit blijkt dat alle omstandigheden van het geval een rol spelen bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding.²⁰⁷ Door de kantonrechter wordt een rekensom gemaakt van het veronderstelde loon dat ontvangen zou zijn indien de arbeidsovereenkomst tot 1 januari 2017 zou hebben voortgeduurd waarbij een verhoogde transitievergoeding van toepassing is. Van dit bedrag wordt in mindering gebracht: de transitievergoeding die de werkgever al heeft betaald, het loon over het jaar 2016 dat de werknemer een andere baan heeft gevonden en het loon over de opzegtermijn. De kantonrechter komt in dit geval uit op een billijke vergoeding van €6.700,-.²⁰⁸

Paragraaf 5.5 Opvallende punten in geanalyseerde jurisprudentie

Hieronder volgen punten die tijdens de analyse van de jurisprudentie zijn opgevallen.

Paragraaf 5.5.1 Jurisprudentie in het algemeen

Door het kabinet wordt in de wetsgeschiedenis benadrukt dat het gevolgcriterium geen rol mag spelen bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding. Wel mogen het hoogte van het loon en de lengte van het dienstverband meewegen.²⁰⁹ Wat nu toch zichtbaar is in uitspraken van kantonrechters en van de Gerechtshoven 's-Hertogenbosch en Den Haag is dat zij wel rekening houden met aspecten zoals het niet recht hebben op een WW-uitkering of het missen van pensioenopbouw tot de pensioengerechtigde leeftijd. Deze aspecten hebben beide betrekking op het gevolgcriterium. Dit is niet in lijn met wat het kabinet heeft bedoeld in de wetsgeschiedenis.

Paragraaf 5.5.2 Kantonrechter Rechtbank Amsterdam

Door een kantonrechter van de Rechtbank Amsterdam is een arbeidsovereenkomst ontbonden op grond van art. 7:669 lid 1 en lid 3 sub h BW. Deze ontslaggrond is aan de orde bij omstandigheden die zodanig zijn dat van de werkgever niet kan worden gevergd dat de arbeidsovereenkomst in stand blijft. Wat opvalt in deze uitspraak is dat de rechter niet aanhaakt bij de wetsgeschiedenis van de Wet Werk en Zekerheid, maar zich vasthoudt aan de mogelijkheden van voor 1 juli 2015. De kantonrechter is van mening dat de samenwerking in het kader van de functie van de werknemer vruchtbaar moet zijn. Dit uitgangspunt werd in het oude ontslagrecht gehanteerd in een ontbindingsprocedure door kantonrechters zodat een einde kon worden gemaakt aan onwerkbaarheden. Hierbij kon op basis van de kantonrechtersformule een vergoeding worden toegekend om de werknemer te compenseren voor het ontslag. De kantonrechter is van mening dat de ontbinding moet kunnen plaatsvinden, ook al is er geen sprake van een voldragen ontslaggrond. Het handelen van de werkgever kan in deze situatie als ernstig verwijtbaar worden beoordeeld omdat de werknemer door werkgever onterecht was geschorst en de werknemer door de werkgever niet goed werd behandeld waardoor hij niet goed kon functioneren. De werknemer viel in deze situatie geen verwijt te maken.

De in de wetsgeschiedenis geformuleerde maatstaf “de ernst van het verwijtbare handelen of nalaten van de werkgever” is in de ogen van de rechter geen bruikbare maatstaf om de hoogte van de billijke vergoeding te bepalen. De ernst van het gemaakte verwijt is alleen een bruikbare maatstaf wanneer het deel vastgesteld moet worden dat door de werkgever betaald moet worden vanwege zijn ernstig verwijtbare handelen of nalaten. Een toe te kennen vergoeding dient wel rekening te houden met het te missen inkomen door het verlies van de arbeidsovereenkomst en het afnemend inkomensniveau. De maatstaven betreffende de billijke vergoeding die zijn ontwikkeld door de wetgever zijn onbruikbaar om de hoogte vast te stellen. De rechter haakt daarom aan bij de toepassing van de maatstaven die waren

²⁰⁶ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 90.

²⁰⁷ Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715.

²⁰⁸ Rb. Overijssel (ktr.) 1 april 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1205.

²⁰⁹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 33.

ontwikkeld vóór 1 juli 2015, oftewel de kantonrechtersformule. De kantonrechter erkent dat de vergoedingen destijds nogal hoog uitvielen. Hier moet rekening mee worden gehouden. Het bedrag dat door de rechter wordt toegekend bedraagt €60.000,-. Dit bedrag omvat de billijke vergoeding en de transitievergoeding.²¹⁰

Deze uitspraak is opmerkelijk omdat minister Asscher altijd heeft benadrukt dat er geen sprake mag zijn van een (nieuwe) kantonrechtersformule.

Paragraaf 5.5.3 Kantonrechter Rechtbank Noord-Holland

Door een kantonrechter van de Rechtbank Noord-Holland wordt een ontslag op staande voet vernietigd, maar wordt wel de ontbinding uitgesproken vanwege een verstoorde arbeidsverhouding tussen de werkgever en de werknemer. In deze zaak kan de werknemer niet vernietiging van het onterecht gegeven ontslag op staande voet verzoeken of een billijke vergoeding omdat er sprake is van een ontbinding. Hierdoor moet het criterium “ernstig verwijtbare handelen of nalaten van de werkgever” door de rechter bewezen worden geacht. Het opvallende in deze uitspraak is dat bij een onterecht gegeven ontslag op staande voet waarin verzocht zou worden om een billijke vergoeding door de kantonrechter alleen vastgesteld had moeten worden hoe hoog die vergoeding zou moeten zijn. Doordat het ontslag op staande voet is vernietigd, maar de arbeidsovereenkomst wel is ontbonden, moet eerst nog het criterium van het “muizengaatje” worden vastgesteld. Het ontslag was in deze situatie een actie van de werkgever die te ver ging, maar het was niet een zodanige schending dat als “ernstig verwijtbaar handelen of nalaten” gekwalificeerd kon worden. De werknemer viel ook een verwijt te maken door niet in gesprek te willen gaan met werkgever. De billijke vergoeding is niet toegekend.²¹¹ Bij een alternatieve billijke vergoeding hoeft het criterium niet vastgesteld te worden. In sommige zaken is het zo dat daardoor wel een alternatieve billijke vergoeding verschuldigd is aan de werknemer, maar dat dit niet per se leidt tot een additionele billijke vergoeding.

Paragraaf 5.5.4 Kantonrechter Rechtbank Den Haag

Een kantonrechter van de Rechtbank Den Haag heeft geoordeeld dat de werknemer schade heeft geleden door de wijze waarop de werkgever het voornemen tot het beëindigen van de arbeidsovereenkomst aan de werknemer kenbaar heeft gemaakt. De kantonrechter is van oordeel dat de werknemer hierdoor schade heeft geleden en dat levert naar zijn mening een billijke vergoeding op. De schade wordt door de rechter gebaseerd op alle omstandigheden die tijdens de zitting zijn vast komen te staan. De rechter hanteert in deze zaak de regels van de schadebegrotingsprocedure in het kader van kennelijk onredelijk ontslag. Deze procedure is niet meer mogelijk in de Wet Werk en Zekerheid. Hierbij is door de kantonrechter ook niet gemotiveerd waarom hij van mening is dat die regels in deze situatie van toepassing zijn en welke aspecten tot het bepaalde bedrag hebben geleid.²¹² De kantonrechter wijkt in deze zaak af van hetgeen de wetgever heeft bedoeld.

Paragraaf 5.6 Visie van de kantonrechter

Er zijn drie interviews van vier kantonrechters afgenomen om los van de uitspraken wat meer inzicht te krijgen in de visie van de rechters op de billijke vergoeding. Er heeft een interview plaatsgevonden met dhr. mr. J.L. Sierkstra²¹³, dhr. mr. W.J.J. Wetzels,²¹⁴ dhr. mr. J.O. Zuurmond²¹⁵ en dhr. mr. P. Krepel.²¹⁶ De interviewverslagen zijn opgenomen als bijlage 2 tot en met 4. In onderstaande paragrafen wordt verduidelijkt wat deze kantonrechters vinden van de Wet Werk en Zekerheid, de jurisprudentie betreffende de billijke vergoeding en de

²¹⁰ Rb. Amsterdam (ktr.) 29 januari 2016, ECLI:NLRBAMS:2016:400.

²¹¹ Rb. Noord-Holland (ktr.) 5 april 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2843.

²¹² Rb. Den Haag (ktr.) 7 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4882.

²¹³ Kantonrechter bij de Rechtbank Zeeland-West-Brabant locatie Tilburg.

²¹⁴ Kantonrechter bij de Rechtbank Rotterdam, locatie Rotterdam.

²¹⁵ Kantonrechter bij de Rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht.

²¹⁶ Kantonrechter bij de Rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht.

verschenen vakliteratuur. Tevens geven ze aan hoe zij als verzoekende of verwerende partij een billijke vergoeding zouden motiveren in het verzoek- of verweerschrift.

Paragraaf 5.6.1 Wijzigingen ten opzichte van de oude situatie

Kantonrechters Krepel, Zuurmond en Wetzels stellen dat de systematiek in het arbeidsrecht erg veranderd is en dat hier positieve en negatieve kanten aan verbonden zijn. Een positieve wijziging betreft dat er geen vrije keuze meer is tussen de UWV-procedure en de kantongerechtigdheidsprocedure. Het nadeel hiervan is dat de transitievergoeding een substantieel lager bedrag is dan de voorheen geldende kantonrechtersformule. Hierdoor zou dit een tekortschietende voorziening kunnen zijn. Daarnaast hebben kantonrechters veel minder mogelijkheden om een redelijke oplossing aan te dragen omdat een billijke vergoeding alleen kan worden toegekend indien er sprake is van een voldragen ontslaggrond en de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten. De geïnterviewden willen graag dat er een mogelijkheid is om een passende oplossing aan te dragen als kantonrechter. Dit was voorheen wel mogelijk. Kantonrechter Wetzels geeft aan: *“Ik moet dan die ontbinding afwijzen, maar het is evident dat beide partijen niet meer met elkaar uit de voeten kunnen. Het lastige hieraan is dat ik dan niet kan zeggen dat ik het gebrek aan het dossier of het gebrek aan een voldragen grond zal compenseren met die vergoeding want dan ligt natuurlijk wel die eis van die ernstige verwijtbaarheid. De vraag is dan of dat ernstig verwijtbaar is. De grond is er in dat geval niet en dan moet ik alsnog zeggen “ik wijs het ontbindingsverzoek af”. Het is dan de vraag wie van de partijen je daarmee een dienst bewijst”*.

Kantonrechter Zuurmond beaamt dit. Kantonrechter Krepel vult aan dat het ervan af hangt hoe de ontslaggrond als rechter wordt ingevuld. De rechter kan de ontslaggrond streng hanteren, maar er kan ook door de rechter voor een andere interpretatie worden gekozen. Het is nog geen uitgemaakte zaak hoe de ontslaggronden precies geïnterpreteerd moeten worden. Tevens is hij van mening dat de kantonrechtersformule uit de hand liep met erg hoge vergoedingen.

In het interview heeft kantonrechter Wetzels verwezen naar een position paper, geschreven door dhr. Houweling en dhr. Keulaerds, waarin de billijke vergoeding is besproken.²¹⁷ De position paper is bedoeld om de wetgever te beïnvloeden door middel van het aandragen van mogelijke oplossingen ten aanzien van de billijke vergoeding in de Wet Werk en Zekerheid, maar heeft geen juridische status. Een mogelijke oplossing zou een uitbreiding van de H-grond uit art. 7:669 lid 3 BW kunnen zijn. In de position paper wordt duidelijk dat er een stijging is van 8 tot 10% van afwijzende ontbindingsverzoeken vanaf 1 juli 2015. Uit een poll blijkt dat 76% voor een ruimere toepassing van de limitatieve gronden uit art. 7:669 lid 3 BW is. De H-grond, oftewel de restgrond, wordt door de rechters verschillend toegepast. Er gaan veel stemmen op om deze grond ruimer te interpreteren en vergezeld te laten gaan van een additionele billijke vergoeding om toch een ontbinding uit te kunnen spreken waarbij geen sprake hoeft te zijn van ernstige verwijtbaarheid, maar alleen verwijtbaar handelen van de werkgever.²¹⁸ Kantonrechter Wetzels is benieuwd wat de minister daarmee gaat doen. Vooralsnog toetsen rechters erg streng aan het feit of een ontslaggrond voldragen is. Hierbij mogen geen gronden worden opgeteld.

Paragraaf 5.6.2 Criterium en geringe motivering hoogte billijke vergoeding

Kantonrechter Zuurmond merkt op dat het criterium “ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever” in zekere zin een open norm is en dat iedere rechter anders naar een bepaalde situatie kijkt. Kantonrechter Krepel vult aan dat het lastig is om voor de billijke vergoeding een criterium op te nemen. Mede omdat het enige vorm van vrijheid moet bevatten. Dit vinden rechters prettig en maakt het werk interessant.

²¹⁷ De position paper van prof. mr. dr. Houweling en mr. Keulaerds is opgenomen als bijlage 13.

²¹⁸ Zie pagina 2 en 3 van de position paper.

Hierdoor kunnen rechters ook specifiek naar de situatie kijken en hier een passende vergoeding bij bedenken.

De geïnterviewde kantonrechters zijn van mening dat wanneer het kan, het verstandig is om elkaar op te zoeken bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding zodat een kantongerecht één bepaalde kennisstructuur tracht te hanteren. Daarnaast vult kantonrechter Zuurmond aan dat een kantonrechter zelfstandig bevoegd is. Sommige gebeurtenissen kunnen kantonrechters alleen zelf afwegen omdat dit tijdens een zitting is voorgevallen. De weging die een kantonrechter in zijn hoofd maakt is lastig te verwoorden onder collega's.

Bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding voert kantonrechter Krepel aan dat het lastig is om de hoogte van de billijke vergoeding te bepalen omdat er tegenstrijdige aanwijzingen zijn gegeven in de wetsgeschiedenis. Hij pleit er dan ook voor om de billijke vergoeding vast te stellen via de schadebegroting via het kennelijk onredelijk ontslag in de oude situatie. Wel is het belangrijk dat de rechter die keuze motiveert. De berekening waar kantonrechter Krepel over spreekt, is toegepast door een kantonrechter van de Rechtbank Den Haag.²¹⁹ Hierbij zijn echter niet de relevante aspecten genoemd. Daarnaast is deze berekening ook aangehaald door Van Zanten-Baris in haar artikel.

Het ontbreken van enig toetsingskader of normering van de billijke vergoeding, leidt tot uiteenlopende en onvoorspelbare beslissingen van rechters. Kantonrechter Wetzels geeft aan dat door de Kring van Kantonrechters is besloten nog geen landelijke afspraken te maken omdat de Wet Werk en Zekerheid pas net in werking is getreden. Kantonrechter Sierkstra sluit zich aan bij de mening van kantonrechter Wetzels dat er eerst rechtsvorming moet komen. Hierna kan er iets ontwikkeld worden om willekeur en onzekerheid te voorkomen.

Sagel heeft betoogd dat de motivering van de rechters uitblijft. Dit is nader toegelicht in hoofdstuk 4 van dit onderzoeksrapport. De kantonrechters Krepel, Zuurmond en Wetzels beamen dat de motivering van de hoogte van de billijke vergoeding uitblijft. Het is lastig om de hoogte van een bepaald bedrag te motiveren omdat de wetgever heeft gezegd dat de gevolgen van het ontslag niet mee mogen wegen. Wel benadrukken ze alle drie het punitieve karakter van de billijke vergoeding. De twee uitspraken van de Gerechtshoven 's-Hertogenbosch en Den Haag geven weer dat wanneer er sprake is van extreme omstandigheden zijn, de omstandigheden wel meegewogen worden. Kantonrechter Wetzels stelt dat het de vraag is wat de Hoge Raad hiervan gaat vinden, als zij hier iets van kunnen vinden, omdat het erg casuïstisch is. Kantonrechters Zuurmond en Krepel zijn van mening dat de uitspraken in het begin weldegelijk tekortschoten in hun motivering, maar geven wel aan dat het altijd lastig blijft en maatwerk is.

Kantonrechter Krepel vindt dat rechters wel op kunnen schrijven met welke aspecten ze rekening houden en dan per aspect aangeven hoe zwaar dat aspect weegt bij vaststelling van de hoogte van de vergoeding. Het nadeel hiervan is dat er snel weer een formule komt, wat uitdrukkelijk niet de bedoeling is geweest van de wetgever. Door een kantonrechter te Amsterdam is een ontslagvergoeding toegekend op basis van de kantonrechtersformule.²²⁰ Kantonrechter Wetzels is het hier absoluut niet mee eens en is van mening dat het te ver gaat om te zeggen dat ernstige verwijtbaarheid geen criterium is. Deze kantonrechter heeft regelrecht in strijd met de wetgever een uitspraak gedaan. Dit is niet de bedoeling. Kantonrechter Zuurmond reageert echter anders. Hij is van mening dat het geen verstandige formulering is, maar dat hij er ook wel begrip voor heeft. Iedere rechter zoekt een stukje houvast. Hij hecht waarde aan de motivering waarom dat wordt toegepast. De meeste motiveringen in de uitspraken bevatten alleen drie passages uit de wetsgeschiedenis. Dit is dan formeel juist gemotiveerd, maar een verwijzing naar de aspecten ontbreekt. De

²¹⁹ Rb. Den Haag (ktr.) 7 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4882.

²²⁰ Dit is besproken in paragraaf 5.4 onder tegenstelling 1.

motivering van de rechter van de Rechtbank Amsterdam is ook niet correct, maar hij brengt wel tot uitdrukking wat hem tot de hoogte van die vergoeding heeft geleid.

De verwachting van kantonrechter Krepel is dat de wetgever niet staat te popelen om de wetgeving rondom de billijke vergoeding aan te passen. Een grote systeemwijziging in de Wet Werk en Zekerheid kan ervoor zorgen dat de samenhang verdwijnt. Kantonrechter Zuurmond is van mening dat hij bij het lezen van de uitspraken nog niet heeft geconstateerd dat het vreemd is dat in die bepaalde situatie een billijke vergoeding wordt toegekend. Kantonrechter Zuurmond en kantonrechter Krepel zijn allebei van mening dat de vraag naar de billijke vergoeding wellicht hoger is dan verwacht, maar dat de hoogte van de toegekende vergoedingen niet torenhoog is. Kantonrechter Wetzels geeft weer dat minister Asscher dit ook erkend heeft bij een evaluatie rond november 2015. Asscher was van mening dat de kantonrechter zich terughoudend opstelde ten aanzien van de hoogte van de billijke vergoeding. Daarnaast voert hij aan dat hij hoopt dat het voorstel om de H-grond op te rekken, wordt doorgezet en dat dit zal werken.

Paragraaf 5.6.3 De billijke vergoeding in het verzoek- of verweerschrift en tijdens de zitting

Tot slot is aan kantonrechters Krepel, Zuurmond en Wetzels gevraagd wat opvalt in een verzoek- of verweerschrift namens de werknemer met betrekking tot de billijke vergoeding. Zij geven aan dat indien de zaak zich leent voor een billijke vergoeding, daarbij wel wordt stilgestaan tijdens een zitting. De wederpartij kan zijn standpunt dan ook duidelijk naar voren brengen zodat er geen verrassingsbeschikking komt. Tevens is op deze manier sprake van hoor en wederhoor.

Kantonrechter Wetzels geeft aan dat het bepalen van de hoogte van een billijke vergoeding lastig te motiveren is, maar dat dit ook geldt voor de advocatuur en de gemachtigden. Er moet geprobeerd worden om aansluiting te zoeken bij de uitspraken die nu beschikbaar zijn. Het lastige hieraan is dat de uitspraken tot nu toe erg uit elkaar lopen. De uitspraken van de Gerechtshoven 's-Hertogenbosch en Den Haag bevatten de motivering dat alle omstandigheden van het geval mee moeten wegen. Kantonrechters Krepel en Zuurmond geven aan dat het aangeraden wordt om als verzoekende partij alle omstandigheden te vermelden en daarbij specifiek te vermelden wat de hoogte van de vergoeding moet zijn. De werknemer moet wel munitie geven om de rechter te kunnen laten oordelen of de billijke vergoeding toegekend moet worden en hoe hoog die moet zijn. Daarnaast moet de werknemer wel oppassen dat er niet een te hoge vergoeding wordt gevraagd omdat de kans bestaat dat dit afbreuk doet aan het verhaal. De rechter is niet altijd actief op zoek naar feiten en omstandigheden die tot toekenning van de vergoeding kunnen leiden. Hierbij geven beide kantonrechters wel aan dat zij van mening zijn dat de kans op een billijke vergoeding groter wordt wanneer een goed onderbouwd verhaal vermeld wordt in het verzoek- of verweerschrift waarbij de hoogte van het bedrag ook is gemotiveerd.

In de wetsgeschiedenis staat dat het gevolgen criterium geen rol mag spelen, maar door kantonrechter Zuurmond wordt toch naar aanknopingspunten gezocht om de billijke vergoeding toe te kennen. In sommige gevallen is de transitievergoeding niet voldoende om de periode van werk naar werk te overbruggen. De omstandigheden van de werknemer doen wellicht niets op papier, maar kunnen in het hoofd van de rechter wel iets doen. Deze ruimte is ook mogelijk gemaakt, want dit hebben de Gerechtshoven Den Haag en 's-Hertogenbosch bekrachtigd in hun uitspraken. Kantonrechter Krepel vult aan dat de hoogte van de vergoeding beargumenteerd moet worden en dat "je de cliënt altijd zo zielig mogelijk kunt voorstellen". Dit hoeft niet iets op te leveren, maar "niet geschoten is altijd mis". Kantonrechter Zuurmond en Krepel sluiten af met de mededeling dat wanneer een zaak zich leent voor een billijke vergoeding, er uitgelegd moet kunnen worden waarom dat is. Indien dit niet mogelijk is, wordt geadviseerd de billijke vergoeding niet te vragen.

Paragraaf 5.7 Tussenconclusie

Het is duidelijk dat er nog geen rode draad in de gepubliceerde jurisprudentie is vast te stellen. Wel is door de Gerechtshoven 's-Hertogenbosch en Den Haag aangegeven dat alle omstandigheden een rol moeten spelen bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding. Dit is niet het beoogde doel geweest van de wetgever, want in de wetsgeschiedenis is aangegeven dat het gevolgencriterium geen rol mag spelen. Er moet worden afgewacht of een van de partijen na de uitspraak van een van de gerechtshoven in hoger beroep is gegaan. Wellicht dat er dan een leidinggevende uitspraak van de Hoge Raad komt.

Hoofdstuk 6 Procesjuristen en de billijke vergoeding

Om de aanpak in beeld te krijgen ten aanzien van de billijke vergoeding zijn er interviews gehouden met vier procesjuristen. De vier juristen die zijn geïnterviewd zijn: dhr. mr. R. Kamerling, dhr. mr. A. Vis, mw. mr. K. Ten Broek en mw. mr. L. Hoogeveen. De interviewverslagen zijn opgenomen als bijlage 5 tot en met 8. Tijdens deze interviews is een beeld ontstaan over hoe juristen gemiddeld gezien omgaan met de materie van de billijke vergoeding. Dit beeld wordt in dit hoofdstuk beschreven.

Paragraaf 6.1 Onderhandelingen

Een jurist komt in beeld wanneer een procedure aanhangig is gemaakt doordat een werkgever een ontbindingsverzoek heeft ingediend of indien de werknemer zelf een procedure wil starten. Wanneer er een ontbindingsverzoek ligt, hebben de onderhandelingen over een mogelijke beëindigingsovereenkomst vaak al plaatsgevonden door een juridisch medewerker. Toch komt het voor dat een jurist moet onderhandelen. Dit kan het geval zijn wanneer nieuwe feiten aan het daglicht zijn gekomen die in het verzoekschrift staan. Tevens wanneer het, naar het oordeel van de jurist, in het belang van de werknemer is de zaak te schikken voordat de mondelinge behandeling aanvangt, omdat de kansen op een vergoeding voor de werknemer erg klein zijn. Ten slotte is het mogelijk dat de rechter tijdens de zitting partijen in de gelegenheid stelt de gang op te gaan om alsnog tot een regeling te komen. Beide partijen moeten hier wel mee instemmen. Indien beide partijen instemmen, wordt de zaak door de rechter voor een korte periode geschorst. Vaak geeft de rechter tijdens de zitting kleine aanwijzingen over de beslissing die hij zal nemen. Hierover kunnen partijen dan op de gang onderhandelen. Deze aanwijzingen kunnen gaan over het ontbindingsverzoek dat de rechter waarschijnlijk wel of niet zal toewijzen of de ernstige verwijtbaarheid van de werkgever of de werknemer. Wanneer het ontbindingsverzoek wordt toegewezen door de rechter, heeft de werknemer alleen recht op een transitievergoeding. Onderhandelen op de gang is dan de enige mogelijkheid om een hogere vergoeding overeen te komen, mits de zaak daarvoor geschikt is.

Alle vier juristen houden in hun achterhoofd dat de billijke vergoeding een soort van onderhandelingsruimte creëert. De werkgever loopt het risico dat het ontbindingsverzoek wordt afgewezen door de rechter. Dit wordt ook wel het procesrisico genoemd en creëert een onderhandelingsruimte waardoor de werkgever wellicht bereid is een hogere ontslagvergoeding overeen te komen. Hierdoor weet de werkgever ook waar hij aan toe is. Dit moet dan wel voor de werkgever een voordeel in de vorm van tijd of geld opleveren. Sinds de invoering van de Wet Werk en Zekerheid kan tegen de beslissing van de kantonrechter hoger beroep worden ingesteld. Dit is nog een voorbeeld waaruit blijkt dat het treffen van een regeling een voordeel oplevert in geld en tijd. Het instellen van hoger beroep brengt voor de werkgever hoge kosten met zich mee die op kunnen lopen tot €30.000,-. Leden van de FNV maken geen extra kosten vanwege hun lidmaatschap. Het risico dat de zaak wordt doorgezet naar hoger beroep creëert dus nog een extra onderhandelingsruimte om tot een hogere vergoeding te komen. Juristen realiseren zich dat de billijke vergoeding niet snel zal worden toegekend door de rechter, maar er is wel vaak een onderhandelingsruimte om een bedrag bovenop de transitievergoeding overeen te komen. De zaak moet zich hier wel voor lenen. Dit is niet het geval wanneer de werkgever zich als goed werkgever heeft gedragen en geen (ernstig) verwijt kan worden gemaakt.

Paragraaf 6.2 Billijke vergoeding in het verzoek- of verweerschrift

De juristen hebben vanaf 1 juli 2015 een aantal keer om de billijke vergoeding verzocht. Zij geven daarbij aan dat de motivering in de opgestelde verzoek- of verweerschriften enkel een verwijzing naar de feiten en omstandigheden bevatten die eerder in het stuk zijn vermeld. Hooguit wordt ter verduidelijking een beknopte samenvatting gegeven. De billijke vergoeding is tot op heden in geen één zaak door de rechter toegekend. In onderhandelingen is het wel voorgekomen dat een ontslagvergoeding is overeengekomen die de geldende transitievergoeding overstijgt.

Het is opgevallen dat de juristen de zaken ongeveer gelijk oppakken, afgezien van het feit dat de billijke vergoeding door sommige juristen vaker wordt vermeld in het verzoek- of verweerschrift. Het komt vaak voor dat de werkgever het ontbindingsverzoek inzet op “ernstige verwijtbaarheid van de werknemer” waardoor de arbeidsovereenkomst ontbonden moet worden en geen transitievergoeding verschuldigd is. Twee juristen koppelen de billijke vergoeding aan het bovenstaande standpunt van de werkgever. Één jurist verzoekt enkel om een billijke vergoeding indien naar haar mening sprake is van “ernstige verwijtbaarheid” en houdt zich aan de term “muizengaatje” die in de wetsgeschiedenis is opgenomen. Door bovenstaande drie juristen wordt wel benadrukt dat het beroep op de billijke vergoeding duidelijk gemotiveerd moet zijn.

Één jurist merkt op dat de billijke vergoeding voor de zekerheid altijd standaard wordt vermeld in de door haar opgestelde verzoek- of verweerschriften. Na een zitting van een collega is zij hierop teruggekomen. Tijdens die zitting heeft kantonrechter V.F. Milders (hierna: kantonrechters Milders) van de Rechtbank Rotterdam een uitgesproken reactie gegeven rondom het criterium “ernstige verwijtbaarheid”. De rechter heeft tijdens de mondelinge behandeling zelf initiatief getoond om duidelijk kenbaar te maken dat partijen té makkelijk met het criterium omgaan. De kantonrechter is daar klaar mee, zo gaf hij aan. Het is een zwaar criterium dat maar in een klein aantal gevallen mag voorkomen. Iedere werkgever en werknemer zet daar tegenwoordig op in ondanks dat er duidelijk geen sprake is van “ernstige verwijtbaarheid” bij beide partijen. Rechters zitten hier niet op te wachten. De jurist, die de billijke vergoeding voorheen standaard vermeldde, is hiervan geschrokken en heeft zich recentelijk voorgenomen om niet in alle zaken een billijke vergoeding op te nemen in het verzoek- of verweerschrift. Het is mogelijk dat de rechter daardoor geïrriteerd raakt en dit werkt in het nadeel van het bondslid. De jurist die verscheen in de zaak waar kantonrechter Milders zijn mening heeft uitgesproken is niet geschrokken. De jurist is van mening dat elke rechter een andere mening heeft over de billijke vergoeding. Het is niet zo erg dat de gemachtigde van de werknemer een billijke vergoeding vermeld in het verzoek- of verweerschrift. De zaak wordt daarmee niet op de spits gedreven. Dit is wel het geval wanneer de werkgever een beroep doet op de “ernstige verwijtbaarheid van de werknemer” ten aanzien van het niet betalen van de transitievergoeding. De transitievergoeding is in het leven geroepen om de rechtszekerheid voor de werknemer te waarborgen. De vergoeding kan worden aangemerkt als een recht van de werknemer. Wanneer een beroep wordt gedaan op de uitsluitingsgrond waardoor de transitievergoeding niet verschuldigd is, drijft de werkgever de zaak wel op de spits. Hierdoor heeft een werknemer soms geen keuze om toch een billijke vergoeding te vermelden in het verweerschrift.

Bepaalde argumenten worden speciaal voor het bondslid toegevoegd aan het verzoek- of verweerschrift, ondanks dat ingeschat wordt dat zij juridisch niet sterk zijn. Het bondslid krijgt hierdoor meer het gevoel dat zijn verhaal bij de rechter terecht is gekomen, ook al leveren de argumenten juridisch niets op. Het lastige hiervan is de juiste balans weten te vinden en niet alleen die argumenten te gebruiken, maar ook argumenten die juridisch sterk zijn. Te veel “niet juridische” argumenten kunnen de rechter tot ergernis wekken. Te weinig “niet juridische” argumenten kunnen ertoe leiden dat het bondslid zich niet gehoord voelt.

Wat opvalt naast de summiere motivering van een beroep op de billijke vergoeding is dat de juristen nooit om een specifieke hoogte van de billijke vergoeding vragen, maar de vergoeding overlaten aan het oordeel van de rechter. Één jurist zegt daarover *“ik vind het niet te doen om een bedrag te verzinnen bij de gedragingen van de werkgever”*. Deze mening deelt een andere jurist ook en vult aan dat wanneer een specifiek bedrag vermeld wordt, dit ongeloofwaardig hoog kan zijn. Daarnaast bestaat ook de mogelijkheid dat wordt ingezet op een te lage vergoeding waardoor je een aanzienlijk deel mist. Wel worden een aantal omstandigheden van de werknemer vermeld waaruit blijkt dat de transitievergoeding in die situatie niet voldoende is. Deze omstandigheden verschillen uiteraard per bondslid. Voorbeelden hierbij zijn het op eigen kosten volgen van een opleiding en de verwachting dat de kansen op de arbeidsmarkt klein zijn. De juristen geven aan dat wanneer een situatie zich leent voor een billijke vergoeding en hier geen aandacht aan wordt besteed door de wederpartij of de rechter tijdens de mondelinge behandeling, zij dit wel specifiek zullen benadrukken.

Hoofdstuk 7 Conclusies en aanbevelingen

Dit hoofdstuk dient als antwoord op de centrale vraag die geldt voor dit onderzoeksrapport: “Op welke wijze moeten juristen van de FNV de vordering van een billijke vergoeding in een procedure onderbouwen zodat deze voor het lid zo kansrijk mogelijk is?”. Na het beantwoorden van de centrale vraag volgen aanbevelingen waarin wordt vermeld wanneer een beroep op de billijke vergoeding zo kansrijk mogelijk is.

Paragraaf 7.1 Conclusies

In het oude ontslagrecht heerste rechtsongelijkheid voor de werknemer omdat de werkgever een procedurele keuzevrijheid had bij het beëindigen van het dienstverband met de werknemer. De rechter sprak vaak de ontbinding uit met toekenning van een ontslagvergoeding. Dit was in tegenstelling tot de UWV-procedure waarbij de werknemer alleen recht had op een schadevergoeding indien het ontslag in een nieuwe procedure door de kantonrechter werd beoordeeld als kennelijk onredelijk. De Wet Werk en Zekerheid heeft veel gewijzigd in het ontslagrecht. Het doel van de wijzigingen is het streven naar een goedkoper ontslagrecht en meer rechtszekerheid. De wetgever meent dit te bereiken door invoering van een stelsel met vaste ontslaggronden en de transitievergoeding. De transitievergoeding kan door de rechter worden aangevuld met een billijke vergoeding indien de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten. Het is echter niet duidelijk hoe de billijke vergoeding in een procedure vorm gegeven moet worden door juristen van de FNV te Rotterdam omdat hier geen duidelijke richtlijnen voor zijn opgesteld door de wetgever.

Een werknemer heeft bij het eindigen van het dienstverband recht op een transitievergoeding wanneer hij minimaal twee jaar in dienst is, behoudens de in de wet en andere regelgeving geformuleerde uitzonderingen. De transitievergoeding wordt berekend aan de hand van vaste rekenregels. Dit is in het kader van de rechtszekerheid. De werknemer kan een beroep doen op de billijke vergoeding indien de werkgever “ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten”. Deze vergoeding mag echter alleen in uitzonderlijke situaties worden toegekend door de rechter. Hierdoor is de kans voor de werknemer zeer klein om een hogere vergoeding dan de transitievergoeding te krijgen.

De billijke vergoeding roept een nieuwe rechtsongelijkheid in het leven doordat de gegeven aanwijzingen in de wetsgeschiedenis tegenstrijdig kunnen zijn. Tevens draagt de grote vrijheid van de rechter bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding ook bij aan de rechtsongelijkheid. In de vakliteratuur die is verschenen vóór 1 juli 2015 wordt die tegenstrijdigheid in de wetsgeschiedenis ook benadrukt. Daarnaast wordt in die artikelen de billijke vergoeding vergeleken met de ontslagvergoedingen uit het oude ontslagrecht waarbij de auteurs speculeren over de invulling van de billijke vergoeding door de rechter na 1 juli 2015. Doordat de billijke vergoeding zo onduidelijk is vormgegeven in de wetsgeschiedenis kijken de auteurs van de vakliteratuur uit naar de rechtsvorming die ervoor moest zorgen dat de billijke vergoeding vorm kreeg.

De wetsgeschiedenis geeft een aantal richtlijnen voor het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding, maar dit maakt het voor rechters, advocaten en gemachtigden erg verwarrend. Er wordt vaak uitspraak gedaan in de vorm van een stappenplan. De ontbinding is in de jurisprudentie vanaf 1 juli 2015 in veel gevallen toegewezen op grond van een verstoorde arbeidsverhouding. De motivering van het criterium bij een additionele billijke vergoeding wordt in de praktijk door de kantonrechters en de Gerechtshoven 's-Hertogenbosch en Den Haag ingevuld door aan te sluiten bij een van de genoemde voorbeelden in de Memorie van Toelichting of de aanvulling die is gegeven in de nota naar aanleiding van het verslag betreffende “het niet in staat stellen van de werknemer om het functioneren te verbeteren”. Uit de gepubliceerde rechtspraak blijkt verder dat een beroep

op een billijke vergoeding vaak wordt afgewezen omdat deze niet genoeg gemotiveerd wordt in het verzoek- of verweerschrift.

De hoogte van de billijke vergoeding blijft schommelen in de inmiddels gepubliceerde jurisprudentie. Er zitten lage bedragen, maar ook erg hoge bedragen tussen. Er wordt in een aantal uitspraken van kantonrechters verwezen naar aspecten die een rol hebben gespeeld om de specifieke hoogte van de billijke vergoeding vast te stellen, maar er wordt niet aangegeven in welke mate deze hebben bijgedragen. Deze aspecten betreffen:

- De financiële situatie van de werkgever;
- Het doorbetalen van het loon zonder dat de werknemer gewerkt heeft;
- Een geringe bedrijfsomvang van de werkgever;
- De leeftijd van de werknemer en de lengte van het dienstverband;
- De kansen van de werknemer op de arbeidsmarkt;
- Het verlies aan inkomsten van de werknemer;
- Wanneer de werkgever te snel heeft gekozen voor een ontslag op staande voet;
- Een verzochte en niet betwiste billijke vergoeding.

Wat opvalt is dat de gemiddelde additionele billijke vergoeding aanzienlijk hoger is dan de gemiddelde alternatieve billijke vergoeding, waar de rechter alleen de hoogte van de billijke vergoeding hoeft vast te stellen. Er zijn ook uitspraken waarin, net als de auteurs uit de vakliteratuur voor 1 juli 2015, aansluiting wordt gezocht bij de ontslagvergoedingen uit het oude ontslagrecht. Dat gaat regelrecht in tegen de bedoeling van de wetgever. Tot op heden worden deze beslissingen nog niet gevolgd door andere rechters. Het is afwachten of een van de betrokken partijen in hoger beroep gaat bij het gerechtshof.

Het is duidelijk dat er nog geen rode draad in de gepubliceerde jurisprudentie is vast te stellen. Door kantonrechters wordt veelal verwezen naar passages uit de wetsgeschiedenis en de feiten in de zaak. Hierdoor is er juridisch juist gemotiveerd, maar is het niet duidelijk welke gedraging tot vaststelling van een bepaalde billijke vergoeding heeft geleid. Wel is door de Gerechtshoven 's-Hertogenbosch en Den Haag aangegeven dat bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding rekening gehouden moet worden met alle omstandigheden van het geval. Hierbij wordt onder andere gekeken naar de aspecten: de lengte van het dienstverband, het loon en eventuele inkomensschade. Door de Gerechtshoven 's-Hertogenbosch en Den Haag wordt benadrukt dat het "gevolgencriterium" wel degelijk een rol kan spelen. Dit is overigens niet het beoogde doel geweest van de wetgever.

Na de eerste gepubliceerde jurisprudentie is in vakliteratuur ook nog geen rode draad vastgesteld. Wel is door Frikkee en Smorenburg vastgesteld dat de transitievergoeding inclusief de billijke vergoeding in een aantal zaken in het eerste half jaar 20% lager was dan de voorheen geldende kantonrechtersformule in neutrale situaties. Het doel van de wetgever om het ontslagrecht goedkoper te maken is in die zaken dus wel behaald. Of dat voor de langere termijn ook zo is, moet natuurlijk nog worden afgewacht.

De geïnterviewde kantonrechters hebben opgemerkt graag een oplossing aan te dragen in geschillen tussen de werkgever en de werknemer. Zij willen graag de vrijheid terug die bestond in het oude ontslagrecht om met een hogere vergoeding toch een ontbindingsverzoek toe te wijzen indien dit voor beide partijen een betere oplossing is. Kantonrechters zoeken naar aanknopingspunten om de hoogte van de billijke vergoeding vast te stellen, omdat een formule niet gehanteerd mag worden. Het ontwerpen van een nieuwe formule staat immers haaks op de bedoeling van de wetgever. De billijke vergoedingen zijn lager dan in eerste instantie was verwacht. Hierdoor komt het punitieve karakter, dat de kantonrechters van belang vinden, niet in alle uitspraken duidelijk naar voren. Kantonrechters Krepel en Zuurmond, van de Rechtbank Midden-Nederland, geven aan dat de billijke vergoeding niet meer in elk processtuk vermeld moet worden wanneer er

geen duidelijk verhaal onder ligt. Wanneer dit wel gebeurt, leidt dit tot irritatie bij de rechter. Deze irritatie is ook tijdens een zitting door kantonrechter Milders uitgesproken bij de Rechtbank Rotterdam.

De billijke vergoeding zorgt voor enige onderhandelingsruimte. Afkoop door het betalen van een hogere ontslagvergoeding kan aantrekkelijk zijn voor de werkgever wanneer dit een voordeel van tijd en/of kosten op kan leveren. Door de procesjuristen wordt dit ook vaak gebruikt om een kwestie buiten rechte op te lossen.

Afgezien van het feit dat de ene jurist eerder een billijke vergoeding vermeldt dan de andere jurist in het verzoek- of verweerschrift, is het beeld ontstaan dat alle procesjuristen van de FNV de zaken ongeveer gelijk oppakken. Het beroep op de billijke vergoeding in hun verzoek- of verweerschrift bevat over het algemeen een summiere motivering. Tevens wordt geen specifieke hoogte van de billijke vergoeding vermeld.

De transitievergoeding betreft het uitgangspunt in het huidige ontslagrecht waarbij de billijke vergoeding een ultimum remedium is. De billijke vergoeding is echter niet in elke situatie te kwalificeren onder het “muizengaatje”. Een rode draad in de gepubliceerde jurisprudentie tot 13 mei 2016 is nog niet vast te stellen. De rechtsvorming moet zich ontwikkelen totdat er een leidinggevende uitspraak komt van de Hoge Raad. De vraag is echter of de Hoge Raad iets concreets kan vaststellen omdat de billijke vergoeding afhangt van de omstandigheden van het geval.

Het is voor de rechterlijke macht lastig een juiste specifieke hoogte als billijke vergoeding vast te stellen met een juiste motivering. Dit is te constateren in de gepubliceerde jurisprudentie en wordt ook benadrukt in de vakliteratuur. Het is daarentegen ook lastig voor advocaten en gemachtigden om de billijke vergoeding te motiveren in hun verzoek- of verweerschriften. De door de wetgever beoogde rechtszekerheid is vooralsnog dus niet bereikt. Wel kan worden geconstateerd dat de Gerechtshoven 's-Hertogenbosch en Den Haag het “gevolgencriterium” betrekken bij het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding.

Paragraaf 7.2 Aanbevelingen

Op de vraag of het mogelijk is om stap voor stap te bepalen hoe juristen het beroep op een billijke vergoeding moeten motiveren moet het antwoord luiden: nee. Er kan rekening gehouden worden met de jurisprudentie die tot nu toe gepubliceerd is waarin de Gerechtshoven 's-Hertogenbosch en Den Haag hebben vastgesteld dat bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding alle omstandigheden van het geval een rol spelen. Een meer richtinggevende uitspraak is er op dit moment nog niet.

Naar aanleiding van hetgeen geconcludeerd is in paragraaf 7.1 kan er niet specifiek worden aangegeven waar een beroep op de billijke vergoeding aan moet voldoen. Om ervoor te zorgen dat een beroep op de billijke vergoeding op dit moment zo kansrijk mogelijk is, wordt het onderstaande aanbevolen.

- Doordat er nog geen specifieke richtlijnen zijn opgesteld is er ruimte voor eigen ideeën. Benut deze ruimte ook als jurist. Verzoek om de billijke vergoeding in het verzoek- of verweerschrift en draag zorg voor een duidelijke motivering van het criterium “ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever”. Door het verzoeken om een billijke vergoeding wordt allereerst de rechtsvorming gestimuleerd. Daarnaast wordt een bepaalde onderhandelingsruimte gecreëerd omdat de werkgever misschien het procesrisico dat hij loopt doordat hij veroordeeld kan worden tot betaling van de billijke vergoeding, wil afkopen. Bij het verzoeken om een billijke vergoeding moet wel rekening worden gehouden met het risico dat de rechter

geïrriteerd kan raken en dit een nadelig gevolg kan hebben voor het resultaat van de procedure voor het bondslid;

- Vermeld alle persoonlijke omstandigheden van het bondslid in het verzoek- of verweerschrift die van invloed kunnen zijn bij het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding door de rechter. Zoek aansluiting bij de aspecten die door de Gerechtshoven 's-Hertogenbosch en Den Haag zijn vermeld (onterecht niet genoten loon, de lengte van het dienstverband en eventuele inkomensschade). Daarnaast kunnen ook andere aspecten worden vermeld in het verzoek- of verweerschrift welke in de uitspraken door kantonrechters zijn vermeld zoals het ontbreken van de aanspraak op transitievergoeding en geringe kansen op de arbeidsmarkt. Ten slotte kunnen persoonlijke omstandigheden van het bondslid worden aangedragen zoals de extra kosten van scholing die het bondslid heeft moeten maken, de vaste lasten die het bondslid heeft omdat hij een hypotheekhouder is, enzovoorts;
- Vermeld aan de hand van de persoonlijke omstandigheden van het bondslid de specifieke hoogte van de billijke vergoeding in het verzoek- of verweerschrift. Indien hier nog geen ideeën over bestaan alvorens het indienen van het verzoek- of verweerschrift, dan wordt aanbevolen om voor aanvang van de zitting wel alvast na te denken over een specifiek bedrag. Wanneer de rechter tijdens de zitting vraagt wat in die situaties billijk moet worden geacht, kan daar alsdan adequaat antwoord op worden gegeven;
- Blijf nauwlettend de jurisprudentie en persberichten namens de wetgever ten aanzien van de billijke vergoeding volgen.

Bronnenlijst

I Boeken

Dop & Kroon 2012

J. Dop & M.M. Kroon, *Handboek ontslagrecht*, Apeldoorn|Antwerpen: Maklu 2012, p. 97.

Van Grinsven, Geugjes & Soemers 2013

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

Van Leeuwen e.a. 2013

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

Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015

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

II Elektronische bronnen

M. de Witte-van den Haak & M. Schneider, 'Van open naar gesloten stelsel: rechtszekerheid versus flexibiliteit', *VAANVvA* 18 mei 2015, vaanvva.nl, geraadpleegd april-mei 2016.

III Jurisprudentie

Hoge Raad

HR 14 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4523, *NJ* 1983/457.
HR 12 september 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC2628, *NJ* 1987/267.
HR 20 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0552, *JAR* 1992/11.
HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2041, *JAR* 1996/116.
HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6596, *NJ* 2010/493 (*Van der Grijp/Stam*).
HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4472, *NJ* 2010/494 (*Rutten/Breed*).
HR 4 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:10521, *JAR* 2015/245.

Gerechtshoven

Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:320.
Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715.
Hof 's-Hertogenbosch 24 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1093.
Hof Arnhem-Leeuwarden 31 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2601.
Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2655.
Hof 's-Hertogenbosch 21 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1538.

Rechtbanken

Rb. Den Haag (ktr.) 24 augustus 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:9849, *JAR* 2015/230.
Rb. Oost-Brabant (ktr.) 1 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5186, *JAR* 2015/252.
Rb. Oost-Brabant (ktr.) 22 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5552.
Rb. Gelderland (ktr.) 23 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6344.
Rb. Oost-Brabant (ktr.) 1 oktober 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6107, *JAR* 2015/266.
Rb. Amsterdam (ktr.) 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7278.
Rb. Gelderland (ktr.) 7 oktober 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6241.
Rb. Midden-Nederland (ktr.) 15 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7538, *JAR* 2015/287.

Rb. Rotterdam (ktr.) 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7677, JAR 2015/289.
 Rb. Gelderland (ktr.) 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6783.
 Rb. Noord-Holland (ktr.) 27 oktober 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9470.
 Rb. Noord-Nederland (ktr.) 29 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5130.
 Rb. Noord-Holland (ktr.) 4 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9668.
 Rb. Limburg (ktr.) 5 november 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:9351.
 Rb. Zeeland-West-Brabant (ktr.) 25 november 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:8520.
 Rb. Noord-Nederland (ktr.) 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423.
 Rb. Amsterdam (ktr.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752.
 Rb. Rotterdam (ktr.) 11 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9963, JAR 2016/28.
 Rb. Amsterdam (ktr.) 15 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9244.
 Rb. Limburg (ktr.) 16 december 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:10716.
 Rb. Rotterdam (ktr.) 16 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9316.
 Rb. Noord-Holland (ktr.) 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:11461.
 Rb. Oost-Brabant (ktr.) 22 december 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:7773.
 Rb. Gelderland (ktr.) 7 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:543.
 Rb. Noord-Holland (ktr.) 7 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:52.
 Rb. Midden-Nederland (ktr.) 12 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:986.
 Rb. Gelderland (ktr.) 15 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:190.
 Rb. Noord-Holland (ktr.) 22 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:553.
 Rb. Limburg (ktr.) 27 januari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:661.
 Rb. Noord-Holland (ktr.) 29 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:996.
 Rb. Amsterdam (ktr.) 29 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:400.
 Rb. Midden-Nederland (ktr.) 18 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:854.
 Rb. Den Haag (ktr.) 22 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1743.
 Rb. Noord-Nederland (ktr.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:713.
 Rb. Noord-Nederland (ktr.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:714.
 Rb. Noord-Nederland (ktr.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:715.
 Rb. Gelderland (ktr.) 25 februari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1534, JAR 2016/82.
 Rb. Overijssel (ktr.) 14 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882.
 Rb. Amsterdam (ktr.) 17 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1690.
 Rb. Den Haag (ktr.) 17 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3404.
 Rb. Overijssel (ktr.) 18 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:939.
 Rb. Limburg (ktr.) 21 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2432.
 Rb. Noord-Nederland (ktr.) 23 maart 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:1734.
 Rb. Noord-Holland (ktr.) 25 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2401.
 Rb. Noord-Holland (ktr.) 30 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2698.
 Rb. Overijssel (ktr.) 1 april 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1205.
 Rb. Noord-Nederland (ktr.) 6 april 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:1633.
 Rb. Den Haag (ktr.) 7 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4882.
 Rb. Amsterdam (ktr.) 12 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2127.

IV Vakliteratuur

Frikkee & Smorenburg, *ArbeidsRecht* 2016/11, afl. 3, p. 3-7

C.J. Fikkee & M.E. Smorenburg, 'Berekening van een billijke vergoeding', *ArbeidsRecht* 2016/11, afl. 3, p. 3-7.

Hakvoort & Kruit, *TAP* 2015/226, afl. 5

K. Hakvoort & P. Kruit, '(Ontslag)vergoedingen onder de WWZ: hoe goedkoop is de WWZ voor de verwijtbare werkgever?', *TAP* 2015/226, afl. 5.

Sagel, *TRA* 2014/96, afl. 12

S.F. Sagel, 'Het muizengaatje verdient de hoofdprijs', *TRA* 2014/96, afl. 12.

Sagel, TRA 2015/56, afl. 6/7, p. 3-10

S.F. Sagel, 'Het ontslag op staande voet en de WWZ (II)', *TRA* 2015/56, afl. 6/7, p. 3-10.

Sagel, TRA 2016/1, afl. 1

S.F. Sagel, 'WWZ: pas toe en leg uit!', *TRA* 2016/1, afl. 1.

Schouten, TAP 2014/9, p. 61-70

B. Schouten, 'Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten: over de omvang van een muizengaatje', *TAP* 2014/9, p. 61-70.

Van Zanten-Baris, ArbeidsRecht 2014/55, afl. 11, p. 40-43

A. van Zanten-Baris, 'De billijke vergoeding in volle omvang', *ArbeidsRecht* 2014/55, afl. 11, p. 40-43.

V Oraties

Sagel 2014

S.F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard en fast rules* (oratie Leiden), 2014.

VI Parlementaire stukken

Stukken van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Kamerstukken I 2013/14, 33818, C.

Kamerstukken I 2013/14, 33818, E.

Stukken van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Kamerstukken II 2012/13, 33566, 15.

Kamerstukken II 2013/14, 33818, 1.

Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3.

Kamerstukken II 2013/14, 33818, 4.

Kamerstukken II 2013/14, 33818, 5.

Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7.

VII Wet- en regelgeving

Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (oud)

Boek 7 Burgerlijk Wetboek (oud)

Boek 7 Burgerlijk Wetboek, specifiek de Wet Werk en Zekerheid

De aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters oktober 2008

Ontslagbesluit (oud)

Stb. 2014, 274.