



De cumulatie van de arbeidsrechtelijke vergoedingen onder de Wwz

Een onderzoek naar de invloed van de toekenning van de ene arbeidsrechtelijke vergoeding op de toekenning en de hoogte van de billijke vergoeding.

Student: Jenny van Helden

Afstudeeradres: Rechtbank Limburg
Team kanton

Onderwijsinstelling: Juridische Hogeschool Avans/Fontys

De cumulatie van de arbeidsrechtelijke vergoedingen onder de Wwz



Een onderzoek naar de invloed van de toekenning van de ene arbeidsrechtelijke vergoeding op de toekenning en de hoogte van de billijk vergoeding.

Student:	Jenny van Helden
Studentnummer:	2089845
Opleiding:	hbo-rechten
Onderwijsinstelling:	Juridische Hoge School Avans/Fontys
Afstudeerperiode:	5 februari 2018 tot en met 28 mei 2018
Eerste afstudeerdocent:	mr. S.A.D.D. de Rooij
Tweede afstudeerdocent:	mr. F. van der Kruis
Afstudeerorganisatie:	de rechtbank Limburg, team kanton
Stagementoren:	mr. S.A.J. Monnens P.J.C. Hendriks

Voorwoord

Voor u ligt het onderzoeksrapport getiteld 'De cumulatie van de arbeidsrechtelijke vergoedingen onder de Wwz'. Dit onderzoeksrapport is het sluitstuk van mijn opleiding hbo-rechten aan de Juridische Hogeschool Avans/Fontys. Zoals u kunt lezen betreft het onderzoek een arbeidsrechtelijk onderwerp. Gedurende mijn opleiding is gebleken dat ik voor het arbeidsrecht bijzonder veel interesse heb. Zodoende heb ik voor mijn afstudeerstage, de plek waar ik het onderzoek zal verrichten, specifiek gezocht naar een instantie die met het arbeidsrecht in aanmerking komt.

Gerechtelijke instanties spraken mij altijd al aan. Bij een gerechtelijke instantie zoals de rechtbank is namelijk goed te zien dat de praktijk en het recht samenkomen. Daarbij heeft de rechtbank een team dat zich focust op arbeidsrechtelijke geschillen, namelijk team kanton. Ik heb het geluk gehad dat ik bij team kanton van de rechtbank Limburg een arbeidsrechtelijk afstudeeronderzoek heb mogen verrichten. Ik ben hier heel dankbaar voor, want ik heb bij een instantie stage mogen lopen die mij aansprak en waar ik ook nog eens een onderzoek mocht verrichten waarvoor ik grote interesse heb. Dit alles was niet mogelijk geweest zonder een van mijn stagementoren, Peter Hendriks. Peter heeft voor mij een plekje geregeld binnen de rechtbank Limburg en is voor mij zowel vóór als tijdens de stageperiode een aanspreekpunt geweest. Ik wil Peter dan ook oprecht bedanken voor zijn moeite. Daarnaast wil ik graag mijn andere stagebegeleidster, Sandra Monnens, bedanken. Sandra heeft mij aangeboden om dit interessante onderwerp te onderzoeken. Tevens heeft Sandra mij veel nuttige feedback gegeven, waardoor mijn rapport sterker en begrijpelijker is geworden. Zonder haar had ik het onderzoeksrapport nimmer kunnen opleveren in de staat waarin het nu verkeerd.

Verder wil ik ook graag mijn kamergenootje Judith Aquina bedanken. Judith heeft mij tot goede inzichten gebracht, doordat ik vaker met haar mocht sparren. Deze inzichten hebben een grote bijdrage aan het eindresultaat geleverd.

Uiteraard wil ook graag de vijf kantonrechters die met mij de interviews wilden houden, bedanken. Zonder hun informatie had ik nimmer de waardevolle praktijkdata kunnen verzamelen en was mijn onderzoek minder praktijkgericht geweest.

Tot slot wil ik ook mijn twee afstudeerdocenten, Suzanne de Rooij en Frank van der Kruis, bedanken voor hun waardevolle feedback en begeleiding tijdens het afstudeertraject. Zonder hun medewerking had ik het onderzoek nooit in de staat kunnen opleveren waarin het nu verkeerd.

Ik wens u veel leesplezier toe.

Jenny van Helden

Roermond, 30 april 2018

Inhoudsopgave

Lijst met afkortingen.....	7
Samenvatting	8
1. Inleiding	9
1.1. De afstudeerorganisatie	9
1.2. De probleembeschrijving	9
1.3. Centrale vraag	10
1.4. Doelstelling.....	10
1.5. Methodologische verantwoording	11
1.6. Leeswijzer	12
2. De arbeidsrechtelijke ontslagvergoedingen onder de Wet werk en Zekerheid.	13
3. De transitievergoeding	15
3.1. Doel en achtergrondinformatie transitievergoeding	15
3.2. Wanneer een transitievergoeding?.....	16
3.3. De berekening van de transitievergoeding	17
3.4. Tussenconclusie.....	19
4. De gefixeerde vergoeding	20
4.1. De verschillende varianten van de gefixeerde schadevergoeding	20
4.2. Doel gefixeerde schadevergoeding	21
4.3. Berekening gefixeerde schadevergoeding	22
4.4. Tussenconclusie.....	23
5. De billijke vergoeding	24
5.1. Twee categorieën	24
5.1.1. <i>Categorie 1: de billijke vergoeding met expliciete eis van ernstige verwijtbaarheid</i>	24
5.1.2. <i>Categorie 2: de billijke vergoeding met impliciete eis van ernstig verwijtbaar handelen</i> 27	
5.2. Gemeenschappelijke kenmerken billijke vergoeding.....	30
5.3. De begroting van de billijke vergoeding	30
5.3.1. <i>De Hairstyle-beschikking casus</i>	31
5.3.2. <i>De Hairstyle-criteria</i>	32
5.3.3. <i>Hairstyle-criteria toepasbaar op andere billijke vergoedingen?</i>	34
5.3.4. <i>De lagere rechtspraak na de Hairstyle-beschikking.</i>	35
5.4. Tussenconclusie.....	36
6. De cumulatie van de arbeidsrechtelijke vergoedingen	37
6.1. Mogelijke cumulaties.....	37
6.2. Verschillen en overeenkomsten	37
6.3. De verhoudingen van de vergoedingen tot elkaar	38
6.4. Tussenconclusie.....	39
7. Huidige situatie en handelswijze binnen rechtbank Limburg.....	40
7.1. Werkwijze onderzoeker	40
7.2. De praktijkresultaten.....	40
7.3. Tussenconclusie	43
8. Huidige situatie en handelswijze bij andere lagere rechterlijke instanties	44
8.1. Hoe gaan andere rechtbanken om met de cumulatie van arbeidsrechtelijke vergoedingen?.....	44
8.2. Hoe gaan gerechtshoven om met de cumulatie van arbeidsrechtelijke vergoedingen?.....	45
8.3. Tussenconclusie.....	47
9. Conclusies en aanbevelingen.....	48

9.1. Conclusies	48
9.1.1. <i>Hoe verhouden de verschillende vergoedingen zich tot elkaar?</i>	48
9.1.2. <i>Wat is de invloed van de toekenning van de ene arbeidsrechtelijke vergoeding op de toekenning en de hoogte van de billijke vergoeding?</i>	49
9.2. De aanbevelingen	50
Bronnenlijst.....	53
Jurisprudentielijst	55

Lijst met afkortingen

Afl.	Aflevering
AMvB	Algemene Maatregelen van Bestuur
AOW-uitkering	Algemene Ouderdomswetuitkering
Art.	Artikel
BW	Burgerlijk Wetboek
Cao	Collectieve arbeidsovereenkomst
E.a.	En anderen
E.v.	En verder
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad
Jo.	Juncto
Nr.	Nummer
P.	Pagina
Rb.	Rechtbank
Rov.	Rechtsoverweging
TAP	Tijdschrift voor de arbeidsrechtpraktijk
TRA	Tijdschrift Recht & Arbeid
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
VAAN	Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland
WSNP	Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen
Wwz	Wet werk en zekerheid
WW-uitkering	Werkloosheidswetuitkering

Samenvatting

Binnen de rechtbank Limburg is geconstateerd dat met de cumulatie van verschillende arbeidsrechtelijke vergoedingen verschillend wordt omgegaan. De aanleiding van de verschillende wijzen van toepassing is de recent gewezen Hairstyle-beschikking. In deze beschikking is bepaald dat met de gevolgen die te wijten zijn aan het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, rekening mag worden gehouden bij de begroting van de billijke vergoeding. Enkele kantonrechters van de rechtbank Limburg zijn van mening dat de gevolgen reeds zijn verdisconteerd in de andere arbeidsrechtelijke vergoedingen (de gefixeerde schadevergoeding en de transitievergoeding) en dat daarom deze vergoedingen in mindering moeten worden gebracht op de billijke vergoeding. Een ander gedeelte ziet daar geen aanleiding voor en kent de vergoedingen afzonderlijk toe. Naar aanleiding van het dit probleem binnen de rechtbank Limburg dient de centrale vraag, te weten: *‘Welke aanbevelingen zijn af te leiden uit een onderzoek naar de invloed van de toekenning van de ene arbeidsrechtelijke vergoeding op de toekenning en de hoogte van de billijke vergoeding, gelet op de wijze waarop de verschillende arbeidsrechtelijke vergoedingen zich tot elkaar verhouden?’* te worden beantwoord, zodat op 28 mei 2018 een onderzoeksrapport met bijbehorende notitie kan worden opgeleverd waaruit blijkt op welke wijze de verschillende arbeidsrechtelijke vergoedingen zich tot elkaar verhouden en waarmee inzichtelijk wordt gemaakt of toekenning van de ene arbeidsrechtelijke vergoeding invloed heeft op de toekenning en de hoogte van de billijke vergoeding. Indien dit wordt vastgesteld kunnen de verschillende arbeidsrechtelijke vergoedingen op een meer eenduidigere wijze worden toegekend waardoor er meer rechtseenheid wordt gecreëerd binnen de rechtbank Limburg. Ter beantwoording van de centrale vraag is het van belang dat uit het onderzoek van het recht is gebleken dat in de transitievergoeding twee componenten verworven zitten, namelijk enerzijds een component om de transitie van werk-naar-werk te vergemakkelijken en anderzijds een component om de inkomensschade op te vangen. Daarnaast is het van belang dat de transitievergoeding een vaststaand bedrag betreft, dat uit een wettelijke formule voortvloeit. De gefixeerde schadevergoeding is (mijns inziens) geheel gericht op compensatie van de inkomensschade voor het missen de opzegtermijn of voor het vroegtijdige ontslag. Ook de hoogte van de gefixeerde schadevergoeding is een vaststaand bedrag dat uit de wet voortvloeit. Tot slot heeft de Hoge Raad ook over de billijke vergoeding bepaald dat voor de begroting rekening mag worden gehouden met de gevolgen van het ontslag die te wijten zijn aan het ernstig verwijtbaar handelen. In de meeste gevallen brengt ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever inkomensschade aan werknemerszijde teweeg. Ten gevolge daarvan verliest de werknemer immers zijn baan. Op grond van het voorgaande kan geconcludeerd worden dat de verschillende arbeidsrechtelijke vergoedingen gedeeltelijke overlapping hebben met elkaar. In iedere vergoeding zit namelijk een component die compensatie van de inkomensschade beoogd. Verder is er een onderzoek van de praktijk uitgevoerd middels het houden van interviews met 5 kantonrechters van de rechtbank Limburg. Hieruit is gebleken dat het gros van de kantonrechters (4 van de 5) rekening houdt met de andere arbeidsrechtelijke vergoedingen bij het vaststellen van omvang van de billijke vergoeding. Ook is gebleken dat de meerderheid de vergoedingen in mindering brengt op de billijke vergoeding. Voorts is er een jurisprudentie-analyse verricht van 32 beschikkingen van de andere rechtbanken en gerechtshoven. Hieruit is gebleken dat de meerderheid van de andere rechtbanken en gerechtshoven rekening houdt met de andere arbeidsrechtelijke vergoedingen bij het bepalen van de omvang van de billijke vergoeding. In de meeste gevallen is het onduidelijk op welke wijze er rekening wordt gehouden met de andere arbeidsrechtelijke vergoedingen. In vijf van de 32 beschikkingen (van zowel de rechtbanken als de gerechtshoven) wordt de gefixeerde schadevergoeding expliciet in mindering gebracht. Slechts één (andere) kantonrechter brengt expliciet de transitievergoeding in mindering op de billijke vergoeding.

Met in achtneming met één van de doelstellingen van de Wwz (betere benutting van de ontslagvergoedingen en te hoge vergoedingen beperken) en met hetgeen de Hoge Raad heeft bepaald in de Hairstyle-beschikking, kan worden geconcludeerd dat het antwoord op de centrale vraag is dat de verschillende arbeidsrechtelijke vergoedingen zich (gedeeltelijk) overlappen en dat de billijke vergoeding wegens toekenning van de andere arbeidsrechtelijke vergoedingen lager dient te worden bijgesteld indien de werknemer inkomensschade lijdt. In het verlengde van dit, adviseer ik de rechtbank Limburg om altijd eerst te bekijken of de werknemer inkomensschade lijdt. In het geval dat de werknemer inkomensschade lijdt en er een gefixeerde schadevergoeding gezamenlijk met een billijke vergoeding wordt toegekend, adviseer ik om de gefixeerde schadevergoeding in mindering te brengen op de billijke vergoeding. Ook adviseer ik in het geval dat de werknemer inkomensschade lijdt en er een transitievergoeding gezamenlijk met een billijke vergoeding wordt toegekend, om een gedeelte van de transitievergoeding in mindering te brengen op de billijke vergoeding. Het gedeelte dat in mindering wordt gebracht is in eerste instantie 50% van het totaalbedrag van de transitievergoeding, maar dat percentage kan, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, hoger of lager worden bijgesteld.

Inleiding

In dit inleidende hoofdstuk wordt allereerst de afstudeerorganisatie, tevens opdrachtgever van het desbetreffende onderzoek, kort toegelicht. Vervolgens komt de probleembeschrijving aan bod, opgevolgd door de centrale vraag. Tot slot komen de doelstelling, de methodologische verantwoording en de leeswijzer aan bod.

1.1. De afstudeerorganisatie

De rechtbank Limburg is een van de elf rechtbanken in Nederland. De rechtbank Limburg is per 1 januari 2013 ontstaan uit de samenvoeging van de rechtbank Maastricht met de rechtbank Roermond. Het arrondissement omvat de gehele provincie Limburg, maar kent sinds 1 april 2013 slechts twee zittingsplaatsen, namelijk Maastricht en Roermond. De zittingsplaatsen Sittard-Geleen, Venlo en Heerlen zijn sinds respectievelijk 1 april 2013 en 1 januari 2014 gesloten.¹

De onderzoeker voert haar onderzoek specifiek uit bij en voor team kanton van Roermond. Team kanton behandelt huur-, pacht-, arbeids- en consumentenkoopzaken en alle handelszaken met een geldelijk belang tot € 25.000.² Nu het onderzoek een arbeidsrechtelijk onderwerp betreft, is team kanton het juiste team om dit onderzoek voor te verrichten.

1.2. De probleembeschrijving

Zowel vóór als na de invoering van de Wet werk en zekerheid (hierna: Wwz) kan een arbeidsovereenkomst op een buitengerechtelijke en een gerechtelijke wijze worden beëindigd. Na de invoering van de Wwz in juli 2015 is sprake van een buitengerechtelijke beëindiging indien de termijn van de arbeidsovereenkomst is verstreken en de arbeidsovereenkomst niet wordt verlengd, indien de werknemer instemt met de opzegging of indien de werknemer een beëindigingsovereenkomst sluit met zijn werkgever. De arbeidsovereenkomst eindigt in dat geval met wederzijds goedvinden. Daarnaast kan een arbeidsovereenkomst buitengerechtelijk eindigen indien de werknemer zelf opzegt, indien het UWV de verzochte ontslagvergunning verstrekt en de werkgever opzegt na ontvangst van deze vergunning of bij vervulling van een rechtsgeldige ontbindende voorwaarde. Bij een gerechtelijke beëindiging ontbindt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst. Zowel de werkgever als de werknemer kunnen een verzoek indienen tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Indien de werkgever de arbeidsovereenkomst wil laten ontbinden door de kantonrechter, dient hij aan zijn verzoek een redelijke grond zoals genoemd in art. 7:669 BW ten grondslag te leggen (art. 7:671b BW). Ook dient hij aan te tonen dat herplaatsing van de werknemer binnen de organisatie binnen een redelijke termijn niet mogelijk is (art. 7:669 lid 1 BW). Indien de werknemer de arbeidsovereenkomst wil laten ontbinden door de kantonrechter, hoeft hij hieraan geen redelijke grond ten grondslag te leggen. Wel dient de werknemer omstandigheden aan te tonen die van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na een korte tijd behoort te eindigen (art. 7:671c lid 1 BW). Verder kan een arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:686 BW jo. 6:265 BW worden beëindigd wegens wanprestatie. Indien voor deze ontbinding wordt gekozen, is een partij van mening dat de ander de verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst, niet of niet naar behoren is nagekomen. Tot slot kan een arbeidsovereenkomst ook onverwijld middels een ontslag op staande voet worden beëindigd. Ook hiervoor dient de werkgever sinds de invoering de Wwz een dringende reden te hebben zoals genoemd in art. 7:678 lid 1 BW.

Bij een beëindiging van de arbeidsovereenkomst kunnen sinds de invoering van de Wwz, afhankelijk van de situatie, verschillende vergoedingen worden toegekend door de kantonrechter. Te denken valt aan vergoedingen zoals de transitievergoeding, de gefixeerde schadevergoeding en de billijke vergoeding. Het komt voor dat de werknemer op twee dan wel drie vergoedingen aanspraak kan maken. Een goed voorbeeld van een mogelijke cumulatie van drie arbeidsrechtelijke vergoedingen is een onterecht gegeven ontslag op staande voet dat wordt aangevochten bij de kantonrechter. Indien de kantonrechter van

¹ Arrondissement Limburg, *De Rechtspraak*, www.rechtspraak.nl (zoek op arrondissement Limburg).

² Burgerlijk recht, *De Rechtspraak*, www.rechtspraak.nl (zoek op team burgerlijk recht).

mening is dat het ontslag op staande voet onterecht en/of niet-rechtsgeldig is gegeven, kan de werknemer, afhankelijk van de duur van het arbeidscontract, aanspraak maken op drie arbeidsrechtelijke vergoedingen, namelijk op een transitievergoeding, een billijke vergoeding en een gefixeerde schadevergoeding.

De praktijk wijst uit dat de cumulatie van de verschillende arbeidsrechtelijke vergoedingen een lastige materie blijkt te zijn. Zo blijkt dat de kantonrechters van de rechtbank Limburg van mening verschillen over de wijze waarop de verschillende vergoedingen in één procedure moeten worden toegekend. Er bestaat met name discussie over de vraag of toekenning van de ene arbeidsrechtelijke vergoeding invloed heeft op de toekenning en de hoogte van de billijke vergoeding. Hieronder valt ook de vraag of een gehele vergoeding of een gedeelte van een vergoeding in mindering kan worden gebracht op de billijke vergoeding. De aanleiding van deze discussie is de recent gewezen Hairstyle-beschikking.³ In deze beschikking heeft de Hoge Raad voor het eerst criteria gegeven voor de begroting van de billijke vergoeding. Onder andere oordeelde de Hoge Raad dat de gevolgen die te wijten zijn aan het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever, mogen worden meegewogen bij de begroting van de billijke vergoeding. De gevolgen van het ontslag zijn, volgens enkele kantonrechters, reeds verdisconteerd in de transitievergoeding en/of gefixeerde schadevergoeding. Deze kantonrechters zijn van mening dat daarom deze vergoedingen in mindering moeten worden gebracht op de billijke vergoeding. Ter illustratie hiervan kan een uitspraak van de rechtbank Limburg, zittingsplaats Maastricht, van 10 augustus 2017 worden genomen. In deze uitspraak is te zien dat de kantonrechter in deze zaak ervoor kiest om de transitievergoeding in mindering te brengen op de billijke vergoeding.⁴ De kantonrechter is van mening dat toekenning van de transitievergoeding invloed heeft op de hoogte van de billijke vergoeding en brengt de gehele transitievergoeding in mindering op de billijke vergoeding. In een andere uitspraak van de rechtbank Limburg, zittingsplaats Roermond, van 15 november 2017 is daarentegen te zien dat de kantonrechter ervoor kiest om de verschillende vergoedingen afzonderlijk van elkaar op te leggen in plaats van de ene vergoeding in mindering te brengen op de andere vergoeding.⁵ Doordat de ene kantonrechter vergoedingen op elkaar in mindering brengt en de andere niet, wordt de rechtseenheid en de rechtszekerheid binnen de rechtbank Limburg aangetast. De medewerkers van de team kanton vinden dit een onwenselijke situatie en willen graag eenheid creëren in hun rechtspraak.

Naar aanleiding van dit probleem binnen team kanton van de rechtbank Limburg dient onderzocht te worden op welke wijze de verschillende arbeidsrechtelijke vergoedingen zich tot elkaar verhouden. Indien deze verhoudingen inzichtelijk worden gemaakt, kan worden bekeken of toekenning van de ene arbeidsrechtelijke vergoeding invloed heeft op de toekenning en/of de hoogte van de andere arbeidsrechtelijke vergoeding. Indien dat het geval is kan worden bezien of vergoedingen in mindering brengen op elkaar de juiste gedachtegang en zo ja, welke vergoedingen en in welke gevallen. Het is van belang om hierbij te melden dat het onderzoek zich uitsluitend richt tot de wettelijke arbeidsrechtelijke vergoedingen met uitsluiting van de aanzegvergoeding. Onderzoek naar een cumulatie van deze vergoedingen met bijvoorbeeld ook andere (eventuele) contractuele vergoedingen is gezien de beschikbare tijd helaas niet haalbaar.

1.3. Centrale vraag

‘Welke aanbevelingen zijn af te leiden uit een onderzoek naar de invloed van de toekenning van de ene arbeidsrechtelijke vergoeding op de toekenning en de hoogte van de billijke vergoeding, gelet op de wijze waarop de verschillende arbeidsrechtelijke vergoedingen zich tot elkaar verhouden?’

1.4. Doelstelling

Het doel van het onderzoek is om op 28 mei 2018 aan team kanton van de rechtbank Limburg een onderzoeksrapport op te leveren met bijbehorende notitie waaruit blijkt op welke wijze de verschillende arbeidsrechtelijke vergoedingen zich tot elkaar verhouden en waarmee inzichtelijk wordt gemaakt of

³ HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187.

⁴ Rb. Limburg 10 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8407.

⁵ Rb. Limburg 15 november 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:11179.

toekenning van de ene arbeidsrechtelijke vergoeding invloed heeft op toekenning en de hoogte van de billijke vergoeding en of daardoor vergoedingen in mindering brengen op elkaar de juiste gedachtegang is en zo ja, onder welke omstandigheden, zodat binnen de rechtbank Limburg de verschillende arbeidsrechtelijke vergoedingen op een meer eenduidigere wijze kunnen worden toegekend waardoor meer rechtseenheid en rechtszekerheid wordt verkregen.

1.5. Methodologische verantwoording

Dit onderzoek is te kwalificeren als een praktijkgericht juridisch onderzoek, hetgeen wil zeggen dat het, zoals in de doelstelling valt te lezen, een bijdrage tracht te leveren aan een juridisch praktische kwestie. Voor een dergelijk onderzoek is het gebruikelijk dat de onderzoeker zich op een tweetal onderzoekssporen begeeft, namelijk: op het spoor van het onderzoek van het recht en op het spoor van het onderzoek van de praktijk.

Voor beantwoording van de deelvragen uit de hoofdstukken 1 tot en met 6 en 8 heeft de onderzoeker een onderzoek van het recht uitgevoerd. Het 'recht' wordt in dit onderzoek opgevat als 'het geheel van regels, begrippen, beginselen en procedures, vastgesteld door een daartoe bevoegd orgaan.'⁶ De onderzoeker heeft in kader van validiteit en betrouwbaarheid ervoor gekozen om meerdere bronnen ten grondslag te leggen aan het onderzoek van het recht. Op die wijze heeft de onderzoeker namelijk zicht gekregen op meerdere perspectieven en heeft ze vervolgens de bevindingen uit de verschillende bronnen tegen elkaar kunnen afwegen in haar onderzoek. Een van de bronnen, die veelvuldig is geraadpleegd en is geanalyseerd, is de wetgeschiedenis van de Wvz. In de wetgeschiedenis vinden namelijk de verschillende arbeidsrechtelijke vergoedingen hun oorsprong. Ook het doel en de voorwaarden voor de toekenning van de verschillende arbeidsrechtelijke vergoedingen vallen voor een groot deel uit de wetgeschiedenis op te maken. Daarnaast zijn veel er tijdschriftartikelen en literatuur geanalyseerd over de onderwerpen in de hoofdstukken 1 tot en met 6 en hoofdstuk 8. De onderzoeker is van mening dat de literatuur en de tijdschriftartikelen een toevoegde waarde hebben geboden voor haar onderzoek. Middels deze bronnen heeft zij namelijk de verschillende meningen van auteurs in kaart kunnen brengen en deze tegen elkaar kunnen afwegen. Uiteindelijk heeft ze hierdoor makkelijker haar eigen mening kunnen vormen die zij vervolgens al gaande het rapport, maar voornamelijk in de conclusies en aanbevelingen kenbaar heeft gemaakt. Verder heeft de onderzoeker veel jurisprudentie van verschillende gerechtelijke instanties geanalyseerd. Bij deze analyse komt het onderzoek van het recht en het onderzoek van praktijk samen. De jurisprudentie is zelf weliswaar een bron van het recht, maar de resultaten vloeien voort uit casussen uit de praktijk. De onderzoeker heeft veelal voorbeelden uit jurisprudentie aangehaald om voor de lezer een praktisch beeld te schetsen van het desbetreffende onderwerp. Ook is jurisprudentie geanalyseerd om te bezien hoe de rechtspraak omgaat met hetgeen de wetgever of de Hoge Raad heeft bepaald. Dit heeft de onderzoeker gedaan omdat het een praktijkgericht juridisch onderzoek betreft en het daarom van belang is om te bezien hoe de praktijk gestalte geeft aan hetgeen dat in de rechtsbronnen is bepaald. Verder was het van belang om middels een jurisprudentie-analyse te bekijken hoe de andere rechtbanken en de gerechtshoven omgaan met de cumulatie van vergoedingen. Hier bestaat immers discussie over binnen de rechtbank Limburg. Om dit duidelijk in kaart te brengen, zijn de bevindingen uit de jurisprudentie-analyse verwerkt in grafieken, zodat de lezer in een oogopslag kan zien hoe het zit. Deze grafieken zijn opgenomen in bijlagen 22 en 23.

Voor beantwoording van de deelvraag uit hoofdstuk 7 heeft de onderzoeker een onderzoek van de praktijk uitgevoerd. 'De praktijk' is de werkelijkheid die te maken heeft met het handelen van mensen. Te denken valt aan een gebeurtenis, een situatie, een groepsproces in een organisatie of in een groep mensen, bijvoorbeeld in de beroepspraktijk of rechtspraak.⁷ Voor het desbetreffende onderzoek heeft de onderzoeker gekozen voor het in kaart brengen van de handelwijzen van een groep personen in de rechtspraak. Er is namelijk middels een jurisprudentie-analyse een selectie gemaakt van vijf kantonrechters van de rechtbank Limburg, die vervolgens zijn geïnterviewd. Door middel van het houden van interviews heeft de onderzoeker inzichtelijk kunnen maken waar de discussiepunten zitten binnen de

⁶ Van Schaaijk 2015, p. 117.

⁷ Van Schaaijk 2015, p. 157.

rechtbank Limburg voor wat betreft de cumulatie van arbeidsrechtelijke vergoedingen. Ook is middels deze interviews in kaart gebracht hoe de kantonrechters in zijn algemeenheid denken over de cumulatie en op welke wijze ze tot bepaalde overwegingen in hun uitspraken zijn gekomen. De selectie van vijf kantonrechters was geheel afhankelijk van de jurisprudentie-analyse. Uit de jurisprudentie-analyse bleek namelijk dat de geselecteerde kantonrechters de enige vijf kantonrechters waren binnen de rechtbank Limburg, die na de Hairstyle-beschikking een billijke vergoeding in combinatie met een andere arbeidsrechtelijke vergoeding hadden toegekend en die mee wilden werken aan het onderzoek. Voor de werkwijze van de interviews en voor de eisen van validiteit en betrouwbaarheid wordt doorverwezen naar hoofdstuk 7. Hierin is uitgebreid uitgelegd op welke wijze te werk is gegaan.

Tot slot heeft de onderzoeker met in achtneming van de verworven informatie en kennis conclusies getrokken en aanbevelingen gegeven in hoofdstuk 9. Deze aanbevelingen zijn gebaseerd op beantwoording van de centrale vraag. Dit houdt in dat de onderzoeker aan de rechtbank Limburg kenbaar maakt wat haar aanbevelingen zijn omtrent de cumulatie van arbeidsrechtelijke vergoedingen. Er wordt aangegeven wat volgens haar de beste handelwijze is, gelet op de verhoudingen van de vergoedingen en gelet op de verzamelde data uit het rechtsbronnen- en praktijkonderzoek.

1.6. Leeswijzer

In hoofdstuk 2, het eerste inhoudelijke hoofdstuk, wordt allereerst kort ingegaan op de geschiedenis van de Wwz en worden kort de arbeidsrechtelijke vergoedingen geïntroduceerd. In hoofdstuk 3 tot en met 5 worden de verschillende arbeidsrechtelijke vergoedingen (de transitievergoeding, de gefixeerde schadevergoeding en de billijke vergoeding) uiteengezet. Er wordt onder andere ingehaakt op aspecten zoals het doel van de vergoeding, de eventueel onder te verdelen categorieën van de vergoedingen, de voorwaarden voor de toekenning en de begroting van de vergoedingen. Voorts komt in hoofdstuk 6 de cumulatie van de arbeidsrechtelijke vergoedingen aan bod. Aspecten zoals de mogelijke cumulaties, de verschillen en overeenkomsten van de vergoedingen en de verhoudingen van de vergoedingen worden behandeld. Ook heeft de onderzoeker een tabel bijgevoegd in bijlage 2 waarin alle aspecten per vergoeding zijn uitgesplitst. In hoofdstuk 7 worden vervolgens de belangrijkste praktijkresultaten, die middels de interviews zijn verworven, in kaart gebracht. Hierbij behoort eveneens de tabel in bijlage 19 waarin de belangrijkste praktijkdata overzichtelijk zijn weergegeven. Hierop volgend wordt in hoofdstuk 8 besproken hoe de andere rechtbanken en gerechtshoven omgaan met de cumulatie van arbeidsrechtelijke vergoedingen. Ook hiervoor heeft de onderzoeker grafieken opgenomen in bijlagen 22 en 23. Op deze wijze kan de lezer in een oogopslag zien wat de belangrijkste resultaten van de jurisprudentie-analyse zijn. Tot slot wordt in het laatste hoofdstuk de centrale vraag beantwoord middels een eindconclusie. Ook maakt de onderzoeker haar eigen aanbevelingen kenbaar in laatste hoofdstuk.

2. De arbeidsrechtelijke ontslagvergoedingen onder de Wet werk en Zekerheid.

In het eerste inhoudelijke hoofdstuk van het onderzoeksrapport wordt kort ingegaan op de geschiedenis van de Wwz en worden de verschillende arbeidsrechtelijke vergoedingen kort geïntroduceerd. Mijns inziens is het namelijk van belang om de lezer allereerst informatie te bieden over de oorsprong van de arbeidsrechtelijke vergoedingen voordat de arbeidsrechtelijke vergoedingen uiteen worden gezet en voordat er nader wordt ingegaan op de cumulatie van de arbeidsrechtelijke vergoedingen.

Sinds de invoering van de Wwz in juli 2015 heeft de wetgever zowel het arbeidsrecht als het ontslagrecht in een ander licht gezet. Eén van de centrale doelstellingen van de Wwz is bevordering van de werkzekerheid en de arbeidsmobiliteit.⁸ Met deze focus op werkzekerheid en arbeidsmobiliteit wil de wetgever niet alleen het beroep op de werkloosheidsverzekering verminderen, maar ook het evenwicht tussen flexibiliteit en zekerheid verbeteren.⁹ In het kader van deze gedachtegang heeft de wetgever ervoor gekozen om het vergoedingensysteem binnen het arbeidsrecht te herzien. Een grote wijziging binnen het ontslagrecht is de verscheidenheid aan arbeidsrechtelijke vergoedingen waarop een werknemer bij het einde van de arbeidsovereenkomst (mogelijk) aanspraak kan maken.

Vóór de invoering van de Wwz was er sprake van een duaal stelsel. De werkgever kon kiezen langs welke weg hij het ontslag van zijn werknemer wilde aanvliegen.¹⁰ Enerzijds had hij de keuze om bij het UWV een ontslagvergunning aan te vragen en anderzijds kon hij bij de kantonrechter een verzoek indienen tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Alleen de kantonrechter was bevoegd om een ontslagvergoeding toe te kennen. Deze ontslagvergoeding werd begroot op basis van de zogenoemde kantonrechtersformule. Deze formule werd destijds opgesteld door de Kring van Kantonrechters.¹¹ Het uitgangspunt bij deze formule was dat er een vergoeding werd toegekend waarbij factoren zoals het aantal gewogen dienstjaren (A), het maandsalaris (B) en de mate van verwijtbaarheid van de werkgever of de werknemer (C) werden meegewogen. De formule zag er als volgt uit: $(A \times B \times C)$. Deze formule was niet alleen weinig inzichtelijk, maar bracht ook veel rechtsonzekerheid teweeg. De kantonrechter deed naar aanleiding van de mate van (ernstige) verwijtbaarheid van de werkgever de 'C-factor' laten toenemen.

Met de invoering van de Wwz heeft de wetgever betere benutting van de ontslagvergoedingen willen beogen en te hoge vergoedingen willen beperken. Ook dienen de ontslagvergoedingen productief te worden ingezet voor het vinden van nieuw werk.¹² Tevens heeft de wetgever naar aanleiding van de oude ontbindingsvergoeding, die weinig inzichtelijk was, ervoor gekozen om één forfaitaire vergoeding in te voeren waar iedere werknemer, behoudens indicaties, aanspraak op kan maken. Deze vergoeding is opgenomen in art. 7:673 e.v. BW en heeft de naam 'transitievergoeding' gekregen. In deze vergoeding zijn onder andere componenten zoals het aantal dienstjaren, het salaris en de leeftijd van de werknemer verdisconteerd.¹³ Deze componenten maakten voor de invoering van de Wwz deel uit van de ontslagvergoeding, die werd vastgesteld op basis van de kantonrechtersformule. De transitievergoeding zal verder uitgebreid aan bod komen in hoofdstuk 3.

De tweede vergoeding die de Wwz kent, is de gefixeerde schadevergoeding. Deze vergoeding heeft, kort gezegd, betrekking op het vroegtijdig beëindigen van de arbeidsovereenkomst. Deze vergoeding kende het arbeidsrecht ook voor de invoering van de Wwz, alleen is deze middels de Wwz op enkele punten gewijzigd en uitgebreid.¹⁴ De gefixeerde schadevergoeding komt voor in meerdere wetsartikelen. Het is afhankelijk van de omstandigheden van het geval op grond van welk wetsartikel de gefixeerde schadevergoeding kan

⁸ Wet van 14 juni 2014 *Stb.* 2014, 216; Inwerkingtredingsbesluit van 10 juni 2014, *Stb.* 2014, 274.

⁹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p.2.

¹⁰ *Handelingen II* 2013/14, 54, item 9, p. 17.

¹¹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p.23.

¹² *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 24.

¹³ Houweling e.a. 2015, p. 696.

¹⁴ Van Slooten e.a. 2015, p. 239.

worden toegekend.¹⁵ Uitgebreide behandeling van de gefixeerde schadevergoeding komt in hoofdstuk 4 aan bod.

Daarnaast heeft de wetgever ervoor gekozen om een aparte vergoeding op te nemen voor de gevallen dat de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld waardoor de arbeidsovereenkomst ontbonden moet worden en voor de gevallen waarbij de werknemer de mogelijkheid heeft om de opzegging te vernietigen/het dienst verband te herstellen, maar berust in het einde van de arbeidsovereenkomst. De billijke vergoeding wegens ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever in een ontbindingsprocedure wordt ook wel door Asscher 'muizengaatje' genoemd. In zijn optiek is erin zéér beperkte gevallen ruimte voor een extra vergoeding naast de transitievergoeding. Omdat deze mogelijkheid zeer beperkt is, moet het in zijn optiek gezien worden als een muizengaatje.¹⁶ De billijke vergoeding is op verschillende plekken in de wet terug te vinden. Onjuist is de opvatting dat de billijke vergoeding één soort vergoeding betreft. De billijke vergoeding heeft meerdere karakters. Hier wordt in hoofdstuk 4 nader op ingegaan.¹⁷ Ook aspecten zoals het doel van de vergoeding, de aanspraakmogelijkheden en de begroting van de billijke vergoeding worden uitgebreid behandeld in hoofdstuk 4.

Doordat de wetgever heeft gekozen voor een vergoedingensysteem waarin het mogelijk is om, afhankelijk van de situatie, drie arbeidsrechtelijke vergoedingen te verzoeken, is de mogelijkheid tot het vorderen van een volledige schadevergoeding komen te vervallen (art. 7:677 lid 4 BW oud). Middels de invoering van de Wvz is er een gesloten stelsel van vergoedingen ontstaan waar geen plek meer is voor de volledige schadevergoeding.¹⁸ Overigens omvatte de volledige schadevergoeding in het oude systeem uitsluitend de aantoonbare inkomensschade als gevolg van de onregelmatigheid van het ontslag en niet de schade wegens het verlies van arbeidsplaats.¹⁹

In de volgende hoofdstukken worden de verschillende arbeidsrechtelijke vergoedingen (transitievergoeding, gefixeerde schadevergoeding en billijke vergoeding) uiteengezet. Per vergoeding wordt in kaart gebracht wat de vergoeding inhoudt, wat het doel van de vergoeding is en wanneer een werknemer/werkgever aanspraak kan maken op de vergoeding. Voorts wordt de begroting van iedere vergoeding behandeld. Tot slot wordt aan het einde van ieder hoofdstuk een korte tussenconclusie geformuleerd waarin de belangrijkste aspecten van de behandelende vergoeding worden weergegeven.

¹⁵ Van Slooten e.a. 2015, p. 239-240.

¹⁶ Sagel, *TRA* 2014, p. 1-2.

¹⁷ Van Slooten e.a. 2015, p. 233-234.

¹⁸ Van Slooten e.a. 2015, p. 240.

¹⁹ *Kamerstukken II* 2013/14, 333818, 3, p. 115-116.

3. De transitievergoeding

Nu de wetgever heeft bepaald dat de transitievergoeding de (nieuwe) forfaitaire vergoeding wordt binnen het arbeidsrecht, wordt deze vergoeding als eerste behandeld. Allereerst wordt het doel en de achtergrondinformatie van deze transitievergoeding behandeld (paragraaf 3.1.). Vervolgens komt in paragraaf 3.2. aan bod wanneer een werknemer al dan niet aanspraak kan maken op een transitievergoeding. Voorts wordt in paragraaf 3.3. de begroting van de transitievergoeding in kaart gebracht. Tot slot wordt er in paragraaf 3.4. een omvattende tussenconclusie geformuleerd.

3.1. Doel en achtergrondinformatie transitievergoeding

Zoals eerder aan bod kwam, heeft de wetgever met de invoering van de Wwz betere benutting van de ontslagvergoedingen willen beogen en te hoge ontslagvergoedingen willen beperken. Daarnaast dienen de ontslagvergoedingen productief te worden ingezet voor het vinden van nieuw werk of voor bijscholing. Verder heeft wetgever bepaald dat de werkgever in het kader van het goedwerkgeverschap een zorgplicht heeft jegens de werknemer, ook bij ontslag. De werkgever dient er zorg voor te dragen dat de werknemer compensatie wordt geboden voor het ontslag en de werknemer met behulp van de hiermee gemoeide financiële middelen in staat te stellen de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken of zich te laten bijscholen.²⁰ In het kader van deze gedachtegang, heeft de wetgever de zogenoemde transitievergoeding ingevoerd in art. 7:673 e.v. BW en deze komt daarmee in de plaats van de oude ontslagvergoeding uit art. 7:681 en 685 oud BW. In verband met de introductie van de transitievergoeding komt het criterium of het ontslag redelijk is mede in het licht van de gevolgen van het ontslag voor de werknemer en de door de werkgever getroffen voorzieningen om deze gevolgen te verzachten, te vervallen.²¹ De transitievergoeding dient immers de gevolgen van het ontslag op te vangen. Een ander belangrijk nieuw kenmerk is dat bij cao van de regeling kan worden afgeweken, mits er een gelijkwaardige of betere voorziening voor in de plaats treedt (art. 7:673b BW).²²

Een kanttekening die kan worden geplaatst bij de transitievergoeding is dat de transitievergoeding, onder hierna te behandelen voorwaarden, verschuldigd is ongeacht de daadwerkelijke gevolgen van het ontslag voor de werknemer, dus ook als de werknemer recht heeft op een contractuele vergoeding of als hij onmiddellijk na het ontslag een nieuwe, betere baan zou vinden.²³ De wetgever legt daarnaast geen beperkingen aan de besteding van de transitievergoeding.²⁴ Zo benoemt de wetgever namelijk in zijn memorie van toelichting dat het hoofddoel van de transitievergoeding is het verkrijgen van zoveel mogelijk rechtszekerheid en de gang naar de rechter zoveel mogelijk beperken.²⁵ De rechtszekerheid prevaleert dus, aldus de wetgever, boven het transitiedoel. Naar aanleiding hiervan werd door Van Zanten-Baris terecht de vraag opgeworpen waarom deze vergoeding de transitievergoeding moet heten als hij ook mag worden gebruikt voor andere doeleinden dan het vinden van een baan of voor bijscholing.²⁶ De Raad van State heeft zich over deze vrijblijvendheid ook kritisch geuit. Naar het oordeel van de Raad van State leidt de transitievergoeding in de huidige vorm louter tot een verlaging van de ontslagvergoedingen zonder waarborgen dat de transitievergoeding op een nuttige wijze wordt gebruikt voor brede inzetbaarheid en transitie naar ander werk.²⁷ Ik ben van mening dat door Van Zanten-Baris en de Raad van State een juiste kritische opmerking wordt gemaakt. Naar mijn mening kan de transitievergoeding niet het gewenste doel beogen indien de werknemer geheel vrij is om te doen met vergoeding wat hij/zij wil. Het lijkt er in mijn optiek inderdaad op dat de wetgever gewoon een vrij eenvoudige vergoeding heeft willen invoeren, zonder al te veel kanttekeningen en moeilijkheden om zo de gang naar de kantonrechter te verminderen en de rechtszekerheid te versterken. Met name het 'transitiedoel' is daarmee, naar mijn mening, een lege huls.

²⁰ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 38.

²¹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 38.

²² Van der Velde, 'De gelijkwaardige voorziening van art. 7:673b BW', *ArbeidsRecht* 2016/37.

²³ Van Slooten e.a. 2015, p. 200.

²⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 110.

²⁵ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 43.

²⁶ Van Zanten-Baris, TRA 2014, p. 56.

²⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, C, p. 3 en 44. Zie ook: Richters, TRA 2015/47.

3.2. Wanneer een transitievergoeding?

Als hoofdregel geldt dat in beginsel iedere werknemer die langer dan 24 maanden in dienst is geweest en wiens dienstverband is beëindigd op initiatief van de werkgever, aanspraak kan maken op een transitievergoeding zoals genoemd in art. 7:673 e.v. BW. Binnen deze 24 maanden mogen geen tussenpozen zitten van langer dan zes maanden. Indien er tussenpozen tussen zitten in het dienstverband van meer dan zes maanden, dan tellen deze niet mee voor de berekening. De wetgever heeft voor een periode van 24 maanden gekozen, omdat de werkgever in het kader van het goed werkgeverschap een zorgplicht heeft jegens de werknemer. Die zorgplicht reikt naar mening van de wetgever echter niet zo ver dat de werkgever verantwoordelijk is voor het betalen van een vergoeding bij dienstverbanden korter dan twee jaar. De transitievergoeding heeft hierdoor betrekking op langdurige arbeidsrelaties.²⁸ Daarnaast heeft de wetgever er bewust voor gekozen om een transitievergoeding verschuldigd te zijn indien de arbeidsovereenkomst 24 maanden of langer heeft geduurd. Hierbij hoeft er dus nog geen sprake te zijn van een contract voor onbepaalde tijd. Dat is immers pas aan de orde als de arbeidsovereenkomst na 24 maanden tenminste één dag is voortgezet.²⁹

Dit is echter de hoofdregel en zoals algemeen bekend is bij juridische kwesties zijn er altijd uitzonderingen. In deze paragraaf wordt uiteengezet in welke gevallen de werknemer bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst wel en geen aanspraak kan maken op een transitievergoeding.

Art. 7:673 lid 1 sub a en b BW geeft aan in welke gevallen een werknemer aanspraak kan maken op een transitievergoeding. Dat zijn kortgezegd:

- ❖ Indien de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever is opgezegd en de werknemer instemt met de opzegging (art. 7:673 lid 1 sub a onderdeel 1).
- ❖ Indien de werkgever wegens bedrijfseconomische/organisatorische redenen of langdurige ziekte een ontslagvergunning bij het UWV aanvraagt (art. 7:669 lid 2 sub a en b jo. 7:671a BW) en krijgt verstrekt en daarmee de arbeidsovereenkomst opzegt (art. 7:673 lid 1 sub a onderdeel 1 BW).
- ❖ Indien op verzoek van de werkgever de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden door de kantonrechter (art. 7:699 lid 2 sub c t/m h BW jo. 7:671b BW jo. 7:673 lid 1 sub a onderdeel 2 BW).
- ❖ Indien een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt en op initiatief van de werkgever niet wordt voortgezet (art. 7:673 lid 1 sub a onderdeel 3 BW)

Ook bij beëindiging op initiatief van de werknemer kan de werknemer aanspraak maken op een transitievergoeding, namelijk indien:

- ❖ De arbeidsovereenkomst als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever door de werknemer is opgezegd (art. 7:673 lid 1 sub b onderdeel 1 BW).
- ❖ De arbeidsovereenkomst als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever op verzoek van de werknemer door de kantonrechter is ontbonden (art. 7:673 lid 1 sub b onderdeel 2 BW).
- ❖ Na een einde van rechtswege bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die wegens ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever niet door de werknemer aansluitend wordt voortgezet (art. 7:673 lid 1 sub b onderdeel 3 BW).

De werknemer heeft geen recht op een transitievergoeding bij een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden. In dat geval bepalen de werknemer en de werkgever namelijk zelf onder welke voorwaarden zij het dienstverband beëindigen. Wel wordt verwacht dat de transitievergoeding reflexwerking zal hebben op de inhoud van de voorwaarden.³⁰ Het zal voor een werknemer immers onlogisch zijn om met wederzijds goed vinden uit elkaar te gaan en geen dan wel een

²⁸ *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 38.*

²⁹ Van Slooten e.a. 2015, p. 203.

³⁰ *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 39.*

lagere transitievergoeding te krijgen, terwijl bij opzegging of ontbinding op initiatief van de werkgever de werknemer wel aanspraak kan maken op de wettelijke transitievergoeding.

Ook heeft de werknemer geen recht op een transitievergoeding indien het ontslag het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer (art. 7:673 lid 7 sub c BW). Te denken valt aan situaties waarin de werknemer zich schuldig heeft gemaakt aan diefstal, bedrog of andere misdrijven, of indien de werknemer in strijd handelt met de voor de werknemer kenbare gedragsregels van de organisatie. Ook wanneer de werknemer controlevoorschriften bij ziekte herhaaldelijk, ook na loonopschorting, niet naleeft en hiervoor geen gegronde reden bestaat of indien de werknemer veelvuldig te laat op werk verschijnt en daardoor bedrijfsvoering belemmert, zijn indicaties voor ernstig verwijtbaar handelen.³¹ De voorstaande voorbeelden betreft een niet-limitatieve opsomming. Ook in andere situaties kan de kantonrechter van mening zijn dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van de werknemer.

De transitievergoeding is evenmin verschuldigd als het eindigen of niet voorzetten van de arbeidsovereenkomst geschiedt voor de dag waarop de werknemer de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt en de gemiddelde omvang van de door de werknemer bedongen arbeid minder dan twaalf uur per week bedraagt (art. 7:673 lid 7 sub a BW). Ook worden de jaren waarin de werknemer de leeftijd van 18 jaar nog niet heeft bereikt niet meegeteld bij de berekening van de transitievergoeding. Dit heeft ermee te maken dat de ketenbepaling niet van toepassing is op werknemers onder de 18 jaar die minder dan twaalf uur per week arbeid verrichten. Tot het achttiende levensjaar is in beginsel namelijk iedereen gebonden aan de leerplicht waarbij het verrichten van arbeid van bijkomstige aard is.³²

Ook wanneer de werkgever in staat van faillissement is verklaard, aan hem surseance van betaling is verleend of op hem de WSNP (Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen) van toepassing is, is de werkgever geen transitievergoeding verschuldigd aan de werknemer (art. 7:673c lid 1 BW). In deze situatie is het volgens de wetgever duidelijk dat de werkgever geen transitievergoeding kan betalen.³³

Tot slot is de transitievergoeding niet verschuldigd indien de arbeidsovereenkomst eindigt of niet wordt voortgezet nadat de werknemer de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt (7:673 lid 7 sub b BW). In dat geval worden de gevolgen van het ontslag namelijk opgevuld door de AOW-uitkering (Algemene Ouderdomswet) en door het (eventueel) toekomstige pensioenbedrag. Ook hoeven deze werknemers geen transitie- en/of verwervingskosten meer te maken, want bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd hoeven zij (in beginsel) niet meer te werken.³⁴

3.3. De berekening van de transitievergoeding

In art. 7:673 lid 2 BW is bepaald op welke wijze de hoogte van de transitievergoeding wordt bepaald. In dit artikel is te lezen dat de transitievergoeding over de eerste 120 maanden van de arbeidsovereenkomst gelijk is aan één zesde van het loon per maand voor elke periode van zes maanden en gelijk aan een kwart van het loon per maand voor elke daaropvolgende periode van zes maanden. Het betreft een vaste wettelijke formule. De maximale transitievergoeding die een werknemer kan krijgen bedraagt 79.000 euro – of een bedrag gelijk aan ten hoogste het loon over twaalf maanden indien dat loon hoger is dan dat bedrag (art. 7:673 lid 2 BW). Omdat de wet uitgaat van periodes van zes maanden, mag er niet worden afgerond. Alleen gehele periodes van zes maanden tellen mee voor de berekening van de transitievergoeding.

Wat onder het begrip loon moet worden verstaan, is nader uitgewerkt in het Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding. Art. 7:673 lid 10 BW verwijst naar dit besluit. Naast het bruto maandsalaris worden ook de vaste, overeengekomen looncomponenten zoals vakantietoeslag en een vaste

³¹ *Kamerstukken II 2013/14, 333818, 3 p. 40.*

³² *Kamerstukken II 2013/14, 333818, 3, p. 40.*

³³ Bakels e.a. 2017, p. 187.

³⁴ *Kamerstukken II 2013/14, 333818, 3, p. 40.*

dertiende maand tot het loon gerekend. Ook worden de structurele overwerkvergoedingen en een vaste ploegentoeslag tot het loon gerekend.³⁵

Als de werknemer bij het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst 50 jaar of ouder is en de arbeidsovereenkomst minstens 120 maanden heeft geduurd, is een afwijkende berekening van de transitievergoeding van toepassing (art. 7:673a BW). In dat geval is de transitievergoeding over elke periode van zes maanden die de werknemer na het bereiken van de leeftijd van 50 jaar bij de werkgever in dienst is geweest, gelijk aan de helft van het in geld vastgestelde loon per maand.³⁶ Hierdoor ontvangen oudere werknemers een hogere vergoeding dan jongere werknemers.

De vraag die auteur Kruit in zijn artikel hierover stelt, is of juist jongere werknemers niet een hogere transitievergoedingen behoeven, aangezien zij wellicht meer transitiekosten moeten maken voor het vinden van een nieuwe baan dan oudere werknemers, die in de regel beschikken over meer kennis en werkervaring.³⁷ Ik ben van mening dat ook een beloningscomponent in de transitievergoeding zit verscholen, ook al heeft de wetgever dit niet expliciet benoemd. Naar mijn mening is de transitievergoeding, nu het een forfaitaire vergoeding betreft, niet uitsluitend bedoeld voor de gevolgen van het ontslag op te vangen of om de transitie naar ander werk te vergemakkelijken. Het is immers ook niet vereist om de vergoeding daarvoor te besteden. Hieruit leid ik af dat er als het ware een beloningsfactor in de transitievergoeding zit voor de dienstjaren die de werknemer bij de werkgever heeft doorgebracht. Het is immers een forfaitair bedrag waar iedere werknemer, behoudens indicaties recht op heeft, ongeacht waar het bedrag aan wordt besteed. In het kader hiervan lijkt mij passend dat de oudere werknemer, die ongeveer zijn hele leven in dienst is geweest bij een werkgever, aanspraak kan maken op een hogere transitievergoeding. Deze werknemer heeft immers in mijn ogen een 'hogere' beloning verdient, omdat hij heeft meegewerkt aan de opbouw van het bedrijf. Daarnaast ben ik van mening dat een 'oude' werknemer met een eenzijdig dienstverband minder snel nieuw werk zal vinden en dus ook een hoger bedrag zal moeten aanwenden inzake transitie- en verwervingskosten.

Verder heeft de wetgever voor kleine werkgevers een aangepaste regeling opgenomen voor wat betreft de berekening van de duur van arbeidsovereenkomst waarover de werkgever een vergoeding verschuldigd is. Het betreft werkgevers die minder dan 25 werknemers in dienst hebben. Voor hen kunnen de maanden die gelegen zijn voor 1 mei 2013 buitenbeschouwing worden gelaten, onder bij regeling van de minister te stellen voorwaarden. Deze overbruggingsregeling geldt alleen indien er sprake is van een ontslag wegens bedrijfseconomische redenen (art. 7:673d lid 1 BW jo. art. 24 Ontslagregeling). Ook is voor kleine werkgevers de verhoogde vergoeding voor werknemers ouder dan 50 jaar niet van toepassing (art. 7:673a lid 2 BW).³⁸

Op de transitievergoeding kan de werkgever onder in Algemene Maatregelen van Bestuur (hierna: AMvB) bepaalde voorwaarden kosten in mindering brengen (art. 7:673 lid 6 BW). Op deze wijze wordt getracht dat werkgevers blijven investeren in bredere ontwikkeling en opleiding van hun medewerkers. Dit kan op een tweetal wijzen geschieden. Het betreft ten eerste kosten van maatregelen gericht op het bevorderen van het vinden van een nieuwe baan bij (dreigend) ontslag. Denk hierbij bijvoorbeeld aan scholing en outplacementtrajecten. In de tweede plaats gaat het om de kosten die in verband staan met het bevorderen van bredere inzetbaarheid van werknemers, de zogenoemde 'inzetbaarheidskosten'. Deze kosten kunnen echter alleen in mindering worden gebracht wanneer de werknemer schriftelijk heeft ingestemd met de mindering.³⁹ De voorwaarden zijn nader uitgewerkt in het Besluit voorwaarden in mindering brengen kosten op transitievergoeding.⁴⁰

³⁵ Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding van 11 december 2014, *Stb.* 2014, 538.

³⁶ Bakels e.a. 2017, p. 185.

³⁷ Kruit, TAP 2014, p. 56.

³⁸ Bakels e.a. 2017, p. 187.

³⁹ *Kamerstukken II* 2013/14, 333818, 3, p. 40.

⁴⁰ Besluit voorwaarden in mindering brengen kosten op transitievergoeding van 23 april 2015, *Stb.* 2015, 171.

3.4. *Tussenconclusie*

Samenvattend kan worden geconcludeerd dat de transitievergoeding een forfaitaire vergoeding is waar in beginsel iedere werknemer die langer dan 24 maanden in dienst is geweest aanspraak op kan maken, tenzij de werknemer op eigen initiatief de arbeidsovereenkomst heeft beëindigd (zonder dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan werkgeverszijde). Door deze vergoeding wettelijk te verplichten, draagt de werkgever zorg voor zijn werknemers doordat hen compensatie wordt geboden voor het ontslag. Ook worden de werknemers middels de transitievergoeding in staat gesteld om met behulp van de hiermee gemoeide financiële middelen de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken of zich te laten bijscholen. In art. 7:673 lid 2 BW is bepaald op welke wijze de hoogte van de transitievergoeding bepaald wordt. In dit artikel is te lezen dat de transitievergoeding over de eerste 120 maanden van de arbeidsovereenkomst gelijk is aan een zesde van het loon per maand voor elke periode van zes maanden en gelijk aan een kwart van het loon per maand voor elke daaropvolgende periode van zes maanden. Voor oudere werknemers (50+) en voor kleine werkgevers (met minder dan 25 werknemers in dienst) is een afwijkende berekening van toepassing. Tot slot kan de werkgever op de transitievergoeding onder in AMvB bepaalde voorwaarden bepaalde kosten in mindering brengen (art. 7:673 lid 6 BW).

4. De gefixeerde schadevergoeding

Naast de forfaitaire transitievergoeding heeft de wetgever het mogelijk gemaakt om zowel voor de werknemer als voor de werkgever een gefixeerde schadevergoeding te verzoeken. Vóór de invoering van de Wvz kon de werknemer/werkgever aanspraak maken op een schadevergoeding indien de werknemer/werkgever had opgezegd zonder de geldende opzegtermijn in acht te nemen. Daarbij kon de werknemer/werkgever kiezen uit twee smaken, namelijk: de gefixeerde schadevergoeding of de volledige schadevergoeding.⁴¹ In de praktijk kozen de meesten voor de gefixeerde schadevergoeding. Bij de gefixeerde schadevergoeding hoefde, anders dan bij de volledige schadevergoeding, de schade namelijk niet aangetoond en bewezen te worden. Het bewijzen van bepaalde schadeposten bleek in de praktijk erg lastig te zijn. Vanaf 1 juli 2015 is het alleen nog mogelijk om de gefixeerde schadevergoeding te vorderen. Wel heeft de wetgever de gefixeerde schadevergoeding op verschillende plekken in de wet terug laten komen. Afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval moet bezien worden op grond van welk wetsartikel de gefixeerde schadevergoeding kan worden toegekend. Bij alle 'varianten' is de gefixeerde schadevergoeding een gefixeerd bedrag. De vergoeding staat dus los van de daadwerkelijk geleden schade.⁴² In deze paragraaf wordt eerst uiteengezet op welke plekken de gefixeerde schadevergoeding is terug te vinden en wat de gefixeerde schadevergoeding van het desbetreffende artikel inhoudt. Tevens zal per variant een kort voorbeeld in kaart worden gebracht om een praktisch beeld te schetsen van de gefixeerde schadevergoeding in een bepaald wetsartikel (paragraaf 4.1.). Voorts komt het doel van de gefixeerde schadevergoeding aan bod in paragraaf 4.2. Tot slot wordt in paragraaf 4.3. inzichtelijk gemaakt op welke wijze de gefixeerde schadevergoeding wordt berekend en wordt er in paragraaf 4.4. een tussenconclusie geformuleerd.

4.1. De verschillende varianten van de gefixeerde schadevergoeding

De gefixeerde schadevergoeding komt op diverse plekken voor in de wet en is te verdelen in vier varianten.⁴³ Per variant wordt besproken wat deze variant inhoudt en in welk wetsartikel hij is terug te vinden. Tevens wordt er per variant een voorbeeld besproken om een praktisch beeld te schetsen van wat de desbetreffende variant inhoudt.

Variant A: de vergoeding wegens het niet in achtnemen van de juiste opzegtermijn bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst (art. 7:672 lid 10 BW).

Deze vergoeding kan worden verzocht indien een van de partijen bij de opzegging de geldende opzegtermijn heeft verwaarloosd. Deze vergoeding kan zowel door de werkgever als door de werknemer worden verzocht. Een goed voorbeeld van een situatie waarin een gefixeerde schadevergoeding conform art. 7:672 lid 10 BW wordt toegekend, is een onterecht gegeven ontslag op staande voet dat wordt aangevochten bij de kantonrechter. Ter illustratie hiervan kan een recente uitspraak van Rechtbank Midden-Nederland van 15 februari 2018 worden aangehaald.⁴⁴ In deze zaak werd een werknemer op staande voet ontslagen. Doordat de kantonrechter oordeelde dat het ontslag op staande voet onterecht was gegeven, werd de verzochte gefixeerde schadevergoeding op grond van art. 7:672 lid 10 BW toegekend (overweging 5.20). Door het ontslag op staande voet is het ontslag namelijk onverwijld ingegaan en is de geldende opzegtermijn niet in acht genomen.

Variant B: de vergoeding wegens het opzeggen van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die niet tussentijds opzegbaar is (art. 7:677 lid 4 BW).

Indien een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die niet tussentijds opzegbaar is, toch tussentijds wordt opgezegd, kan zowel de werkgever als de werknemer op grond van art. 7:677 lid 4 BW een gefixeerde schadevergoeding verzoeken aan de kantonrechter. De onderzoeker heeft geen recente voorbeelduitspraak van deze variant kunnen vinden. Wellicht heeft dit enerzijds te maken met het gegeven dat meestal een beroep op art. 7:672 lid 10 BW wordt gedaan, ook bij arbeidsovereenkomsten voor

⁴¹ Van Slooten e.a. 2015, p. 240.

⁴² Bakels e.a. 2017, p. 182-183.

⁴³ Van Slooten e.a. 2015.

⁴⁴ Rb. Midden-Nederland 15 februari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:368.

bepaalde tijd en anderzijds dat er maar weinig procedures plaatsvinden die betrekking hebben op arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.

Variant C: De vergoeding die verschuldigd is aan de opgezegde partij, omdat de opgezegde partij met opzet of schuld een dringende reden aan de wederpartij heeft gegeven om de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen (art. 7:677 lid 2 BW).

Dit is aan de orde bij een opzegging op grond van een dringende reden die door opzet of schuld is gegeven door de opgezegde partij (art. 7:677 lid 2 BW). De opgezegde partij kan zowel de werkgever als de werknemer zijn. Van een dergelijke situatie is sprake indien de ene partij aan de andere partij door zijn gedragingen of nalaten een dringende reden voor ontslag geeft waardoor de wederpartij wordt genooddaakt om de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen. De partij die deze dringende reden heeft veroorzaakt, moet in een dergelijk geval een gefixeerde schadevergoeding aan de wederpartij betalen. Deze vergoeding kan zowel bij arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd (art. 7:677 lid 3 sub a BW) als bij arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (art. 7:677 lid 3 sub b BW) worden toegekend. Ter illustratie van deze variant wordt verwezen naar een uitspraak van Rechtbank Limburg van 12 juni 2017.⁴⁵ In deze zaak oordeelde de kantonrechter dat de werknemer door onder andere het opzettelijk laten verdwijnen van substantiële bedragen zonder plausibele verklaring een dringende reden voor ontslag had gegeven aan de werkgever. De werkgever was hierdoor bevoegd om de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen. Nu het een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd betrof, werd aan de werkgever een bedrag toegekend dat gelijk is aan het in geld vastgestelde loon over de opzegtermijn.

Variant D: De vergoeding bij een ontbinding van de arbeidsovereenkomst ten gevolge van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer (art. 7:671b lid 8 sub c BW en art. 7:671b lid 9 sub c BW voor een verzoek tot ontbinding van de werkgever en zie art. 7:671c lid 3 sub c BW voor verzoek van de werknemer)

Deze vergoeding kan zowel bij een einde van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als bij een einde van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd worden toegekend. Voor beiden geldt dat het niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst of het vroegtijdig beëindigen te wijten moet zijn aan het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Het doet niet ter zake of de werknemer of de werkgever het verzoek tot ontbinding heeft ingediend. Zie art. 7:671b lid 8 sub c BW en art. 7:671b lid 9 sub c BW voor een verzoek tot ontbinding van de werkgever en zie art. 7:671c lid 3 sub c BW voor een verzoek tot ontbinding van de werknemer. Zoals in deze artikelen is te zien, kan alleen bij een ontbinding van een contract voor bepaalde tijd op verzoek van de werknemer een gefixeerde schadevergoeding ten laste van de werknemer worden toegekend. Het is vrij opmerkelijk dat bij een ontbinding op verzoek van de werknemer ten nadele van de werkgever een gefixeerde schadevergoeding wordt toegekend. In de praktijk ziet men dan ook dat deze situatie zich nauwelijks voordoet. De onderzoeker heeft dan ook geen recente voorbeelduitspraak hiervan kunnen vinden.

4.2. Doel gefixeerde schadevergoeding

De wetgever heeft nergens uitdrukkelijk het doel van de gefixeerde schadevergoeding kenbaar gemaakt. In het kader van het onderzoek is het echter van belang om aandacht te besteden aan de doelen van iedere vergoeding. De (verschillende) doelen zijn immers doorslaggevend voor de wijze van toekenning van de verschillende arbeidsrechtelijke vergoedingen in één procedure. Het doel van de gefixeerde schadevergoeding kan mijns inziens wel logischerwijs uit de bestemming van de vergoeding worden afgeleid. Wellicht heeft de wetgever door middel van het invoeren van een onregelmatigheidsvergoeding ervoor gekozen om de werkgever/werknemer een compensatiemogelijkheid te bieden voor de gevallen dat de werkgever/werknemer vroegtijdig opzegt of opzegt zonder de geldende opzegtermijn in acht te nemen. De werknemer loopt in een dergelijk geval namelijk schade omdat hij/zij loon misloopt over de periode dat de arbeidsovereenkomst zou hebben voortgeduurd. De werkgever loopt ook schade. In een dergelijke situatie heeft de werkgever namelijk niet meer de gelegenheid om vervanging voor de desbetreffende medewerker te regelen, waardoor de werkzaamheden niet verricht kunnen worden. Dit resulteert in een opeenstapeling van werkzaamheden. Wellicht heeft de wetgever de volledige schadevergoeding laten

⁴⁵ Rb. Limburg 12 juni 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:5445.

vervallen om zo ingewikkelde schadeberekeningen te voorkomen en de rechtsgang voortvarend te laten verlopen. Zoals eerder aan bod kwam, diende bij een verzoek tot toekenning van een volledige schadevergoeding alle posten aangetoond en bewezen te worden.⁴⁶ Dat was een niet alleen moeizaam voor de procederende partijen, maar ook heel tijdrovend proces voor zowel de partijen als voor de rechterlijke macht. De gefixeerde schadevergoeding is, zoals eerder aan bod kwam en hierna nog nader aan bod zal komen, een gefixeerd bedrag, dat losstaat van de daadwerkelijk geleden schade.⁴⁷ Hierdoor is de omvang van de vergoeding gemakkelijk en snel vast te stellen.

Daarnaast valt in alle redelijkheid af te leiden dat de wetgever degene tegenmoet heeft willen komen die door de wederpartij werd genoodzaakt om de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden onverwijld op te zeggen (art. 7:677 lid 2 BW). Ondanks dat de wederpartij zelf opzegt, vindt de wetgever het redelijk om deze partij de mogelijkheid te bieden om aanspraak te maken op een gefixeerde schadevergoeding.⁴⁸ Zowel de werkgever als de werknemer, die onverwijld opzegt doordat de wederpartij met schuld of opzet een dringende reden heeft veroorzaakt, lopen schade. De werkgever is namelijk per direct een arbeidskracht verloren waardoor hij/zij niet de gelegenheid heeft gehad om deze arbeidskracht te vervangen. De werknemer loopt ook schade nu hij/zij loon misloopt over de geldende opzegtermijn of over de termijn dat de arbeidsovereenkomst zou hebben geduurd indien deze van rechtswege zou zijn beëindigd.

Verder heeft de wetgever de werkgever tegenmoet willen komen in de gevallen dat de arbeidsovereenkomst beëindigd moet worden ten gevolge van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. De werkgever kan een gefixeerde schadevergoeding toegekend krijgen ongeacht of hij zelf of het verzoek tot ontbinding heeft ingediend (art. 7:671b lid 8 sub c (bij contracten voor onbepaalde tijd) en art. 7:671b lid 9 sub c (voor contracten voor onbepaalde tijd)) of dat de werknemer het verzoek tot ontbinding indient bij de kantonrechter (art. 7:671c lid 3 sub c BW). Van Slooten vermoedt dat de gedachtegang van de wetgever hierachter was dat uitsluitend de werknemer een billijke vergoeding toegekend kan krijgen. De wetgever heeft met deze wetsartikelen als het ware een gat opgevuld voor de gevallen dat de werknemer juist ernstig verwijtbaar gehandeld waardoor de werkgever genoodzaakt werd om een verzoek tot ontbinding in te dienen bij de kantonrechter. Deze vergoeding houdt het midden tussen de billijke vergoeding en de gefixeerde schadevergoeding. De maximale omvang wordt namelijk bepaald door de tijd die de arbeidsovereenkomst had behoren te duren, maar de norm voor de toekenning is de ernstige verwijtbaarheid.⁴⁹

4.3. Berekening gefixeerde schadevergoeding

De berekening van de gefixeerde schadevergoeding is, zoals de naam van de vergoeding het al zegt, gefixeerd. Het is een vast bedrag waarbij het niet van belang is of deze 'schade' ook daadwerkelijk is geleden.⁵⁰

Voor arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd geldt het uitgangspunt dat een bedrag wordt toegekend gelijk aan het bedrag in geld vastgestelde loon over de opzegtermijn. Bij arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd is het uitgangspunt dat een bedrag wordt toegekend gelijk aan het in geld vastgestelde loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst had voortgeduurd tot aan een einde van rechtswege.

Wat onder het begrip 'loon' verstaan kan worden kan verwezen naar een uitspraak van Hoge Raad van 17 november 1978.⁵¹ Het betreft het bedongen brutoloon ten tijde van de opzegging. Het doet niet ter zake of

⁴⁶ Van Slooten e.a. 2015, p. 240.

Kamerstukken II 2013/14, 333818, 3, p. 115-116.

⁴⁷ Bakels e.a. 2017, p. 182-183.

⁴⁸ Van Slooten e.a. 2015, p. 240.

⁴⁹ Van Slooten e.a. 2015, p. 240.

⁵⁰ Bakels e.a. 2017, p. 182-183.

⁵¹ HR 17 november 1978, *NJ* 1979/149.

de werkgever daadwerkelijk tot loonbetaling was gehouden.⁵² Ook is in jurisprudentie bepaald dat vakantietoeslag bij het loon geteld dient te worden.⁵³

De kantonrechter kan de gefixeerde schadevergoeding matigen. De kantonrechter kan dit zowel ambtshalve als op verzoek van partijen doen.⁵⁴ De wijze van matiging is afhankelijk van de situatie waarin een vergoeding wordt toegekend. Indien een vergoeding wordt toegekend op grond van art. 7:672 lid 10 BW (variant A), mag de kantonrechter de vergoeding matigen, maar mag de vergoeding niet minder bedragen dan het loon over de opzegtermijn, noch minder dan het in geld vastgestelde loon voor drie maanden (art. 7:672 lid 11 BW). Van Slooten interpreteert dit als: de ondergrens is drie maanden, tenzij de wettelijke opzegtermijn langer is.⁵⁵

De vergoeding van art. 7:677 lid 4 BW (variant B) kan de kantonrechter ook matigen indien hem dat met het oog op de omstandigheden billijk voorkomt, maar tot niet minder dan het in geld vastgestelde loon voor drie maanden. De verwijzing naar de opzegtermijn ontbreekt hier omdat art. 7:677 lid 4 BW gaat over een overeenkomst voor bepaalde tijd zonder tussentijdse opzegmogelijkheid. Deze arbeidsovereenkomsten eindigen normaliter van rechtswege en kennen dus geen opzegtermijn.⁵⁶

Voor de vergoeding van art. 7:677 lid 2 BW (variant C) geldt dat hij gematigd kan worden tot de geldende opzegtermijn (art. 7:677 lid 5 sub a BW). Hieronder kan dus ook vallen een hogere overeengekomen opzegtermijn. Deze vergoeding kent dus geen ondergrens van drie maanden. De vergoeding uit art. 7:677 lid 2 BW (variant D) kan niet gematigd worden. Uitsluitend de vergoeding uit art. 7:677 lid 2 BW (variant C) kan ook door de kantonrechter op een hoger bedrag worden gesteld. Dit kan wel alleen indien de werknemer de partij is die opzegt.

4.4. Tussenconclusie

Kortom, de gefixeerde schadevergoeding kan worden onderverdeeld in vier varianten. Alle varianten kunnen zowel door de werkgever als de werknemer worden verzocht. Ook kunnen alle varianten zowel aan de werkgever als aan de werknemer worden toegekend, met uitsluiting van variant D. Deze kan alleen aan de werkgever worden toegekend. Het doel van alle varianten is compensatie van de vroegtijdige beëindiging van het dienstverband. De berekening van de gefixeerde schadevergoeding is in alle gevallen gefixeerd. De gefixeerde schadevergoeding staat dus los van de daadwerkelijk geleden schade. Voor arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd geldt het uitgangspunt dat een bedrag wordt toegekend gelijk aan het bedrag in geld vastgestelde loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst had behoren voort te duren. Bij arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd is het uitgangspunt dat een bedrag wordt toegekend gelijk aan het in geld vastgestelde loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst had voortgeduurd bij een einde van rechtswege. Tot slot heeft de kantonrechter bij iedere variant de mogelijkheid om de vergoeding te matigen. Het is afhankelijk van de variant op welke wijze gematigd mag worden.

⁵² HR 21 oktober 1983, *NJ* 1984/255.

⁵³ HR 25 januari 1991, *NJ* 1991/597.

⁵⁴ HR 14 mei 1982, *NJ* 1982/604.

⁵⁵ Van Slooten e.a. 2015, p. 243.

⁵⁶ Van Slooten e.a. 2015, p. 243-244.

5. De billijke vergoeding

Naast de transitievergoeding en de gefixeerde schadevergoeding is de billijke vergoeding een belangrijke vergoeding binnen het arbeidsrecht. Middels de billijke vergoeding heeft de kantonrechter de mogelijkheid om in de gevallen waarin sprake is ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van de werkgever een vergoeding naast de forfaitaire transitievergoeding toe te kennen. In deze paragraaf komt de billijke vergoeding uitgebreid aan bod. Zo wordt allereerst besproken in paragraaf 5.1. welke 'categorieën' de billijke vergoeding kent. Voorts wordt in paragrafen 5.1.1. en 5.1.2. per categorie besproken wat deze categorieën inhouden en in welke gevallen een werknemer aanspraak kan maken op de desbetreffende categorie. Vervolgens komt in de paragraaf 5.2. aan bod welke gemeenschappelijke kenmerken de verschillende categorieën hebben. Tot slot wordt in paragraaf 5.3. aandacht besteed aan de begroting van de billijke vergoeding.

5.1. Twee categorieën

Indien over de billijke vergoeding wordt gesproken, wordt vaak verondersteld dat dit één soort vergoeding is. Dit is echter een onjuiste opvatting. De billijke vergoeding is namelijk op verschillende plaatsen in de wet terug te vinden en het hangt van de specifieke situatie af op welke categorie billijke vergoeding een beroep kan worden gedaan. De billijke vergoeding kan naar mijn mening worden verdeeld in twee hoofdcategorieën. Deze categorieën zijn:

- ❖ De billijke vergoeding met expliciete eis van ernstige verwijtbaarheid. Deze categorie kan nader worden onderverdeeld in twee subcategorieën:
 - Het muizengaatje (te vinden in art. 7:671b lid 8 sub c BW, art. 7:671b lid 9 sub b BW, art. 7:671c lid 2 sub c BW, art. 7:671c lid 3 sub b BW en art. 7:673 lid 9 BW).
 - De billijke vergoeding als alternatief voor herstel (art. 7:682 BW leden 1, 2 en 3 sub b BW).
- ❖ De billijke vergoeding met impliciete eis van ernstige verwijtbaarheid. Deze categorie is nader onder te verdelen in drie subcategorieën:
 - De billijke vergoeding als alternatief voor vernietiging van de opzegging (art. 7:681 BW).
 - De billijke vergoeding wegens schending van de wederindienststredingsvoorwaarde (art. 7:681 lid 1 sub d BW en art. 7:682 lid 4 BW)
 - De billijke vergoeding voor de geestelijke en de statutair bestuurder (art. 7:682 lid 3 sub a BW).

Op de billijke vergoeding in een hoger beroepsprocedure wordt niet ingegaan. Het onderzoek richt zich namelijk uitsluitend tot toekenning van de billijke vergoeding in eerste aanleg.

De (sub)categorieën worden in de volgende paragrafen uiteengezet. Ook worden er voorbeelden aangehaald om een praktisch beeld te schetsen van desbetreffende (sub)categorie.

5.1.1. Categorie 1: de billijke vergoeding met expliciete eis van ernstige verwijtbaarheid

Deze categorie heeft betrekking op de billijke vergoeding waarvoor de wetgever expliciet de eis van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten in de wet heeft opgenomen. Deze categorie is nader te verdelen in twee subcategorieën, namelijk: het muizengaatje en de billijke vergoeding als alternatief voor herstel. Voor beide subcategorieën is vereist dat de werknemer aannemelijk maakt dat de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten.

Het muizengaatje

Deze subcategorie is terug te vinden in de volgende artikelen: art. 7:671b lid 8 sub c BW, art. 7:671b lid 9 sub b BW, art. 7:671c lid 2 sub c BW, art. 7:671c lid 3 sub b BW en art. 7:673 lid 9 BW en kan worden verzocht bij een ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Het doet niet ter zake of het verzoek tot ontbinding is ingediend door de werknemer of de werkgever. Indien de werkgever een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst heeft ingediend, kan de werknemer in zijn verweerschrift een tegenverzoek indienen waarin hij/zij de kantonrechter verzoekt tot toekenning van een billijke vergoeding.

Deze billijke vergoeding betreft een aanzienlijk andere vergoeding dan de transitievergoeding. Waar de transitievergoeding bedoeld is voor compensatie van het ontslag en bevordering van de mobiliteit van werk-naar-werk, gaat het bij deze categorie om ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.⁵⁷ Deze billijke vergoeding dient compensatie te bieden voor het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.⁵⁸ Verder heeft deze billijke vergoeding, maar ook de andere billijke vergoedingen, het doel om dergelijk gedrag van de werkgever te voorkomen in de toekomst.⁵⁹ Middels deze vergoeding zou laakbaar gedrag van de werkgever worden tegengegaan en onrechtvaardigheid worden gecompenseerd.⁶⁰ Men zou uit deze doelen ook een punitief element kunnen afleiden. Echter, zoals de Hoge Raad in de zogenoemde Hairstyle-beschikking zich heeft uitgelaten over de billijke vergoeding in art. 7:681 BW, kent de billijke vergoeding geen specifiek punitief karakter.⁶¹ Het is onduidelijk wat de Hoge Raad bedoelt met de toevoeging 'specifiek'. Kruit vermoedt dat de Hoge Raad erop doelt dat de billijke vergoeding niet uitsluitend een punitief karakter mag hebben, maar dat het wel mogelijk is om naast de door de werknemer geleden (inkomens)schade een aanvullend bedrag toe te kennen welke een punitieve component betreft.⁶² Op de overwegingen van de Hairstyle-beschikking wordt in paragraaf 5.3. nader ingehaakt.

De wetgever benoemt in zijn memorie van toelichting enkele voorbeelden van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Indien van de onderstaande situaties sprake is, rechtvaardigt dit toekenning van een billijke vergoeding, aldus de wetgever. De kantonrechter mag dan als het ware invulling geven aan het zogenoemde muizengaatje. In de memorie van toelichting benoemt de wetgever de onderstaande situaties:

- ❖ Discriminatie van de werkgever jegens de werknemer waardoor een onwerkbaar situatie ontstaat en niets anders rest dan ontslag.
- ❖ Indien de werkgever grovelijk de verplichtingen niet nakomt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst waardoor een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat. Te denken valt aan veronachtzaming van de re-integratieverplichtingen.
- ❖ Indien de werkgever een valse grond voor ontslag aanvoert met als enig oogmerk een onwerkbaar situatie creëren en ontslag langs die weg wil realiseren.
- ❖ De situatie waarin de werknemer arbeidsongeschikt wordt ten gevolge van onvoldoende zorg van de werkgever voor de arbeidsomstandigheden.
- ❖ Seksuele intimidatie jegens de werknemer.⁶³

Opmerking verdient dat dit een niet-limitatieve opsomming is en dat er ook geen limitatieve opsomming is opgenomen in andere regelgeving. De rechtspraak zal nader invulling moeten geven aan wat onder de term 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan werkgeverskant' moet worden verstaan.⁶⁴

Op wat onder ernstige verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever moet worden verstaan, wordt verder niet ingegaan in dit onderzoek. Een andere stagiaire van de rechtbank Limburg onderzoekt deze kwestie al voor team kanton.

⁵⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 333818, 3, p. 38.

⁵⁸ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 32-34.

⁵⁹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 32-34.

⁶⁰ *Handelingen I* 2013/14, nr. 32, item 14, p. 9-11.

⁶¹ HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187.

⁶² Kruit, *AR Updates arbeidsrecht* 2017, p. 1-7

⁶³ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 34.

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

Twee uitspraken van rechtbank Limburg kunnen ter illustratie dienen van deze categorie billijke vergoeding.^{65 66} In beide zaken verzoekt de werkgever ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

In de eerste zaak stelt de werkgever dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van de werknemer omdat de werknemer als beroepschauffeur zijnde betrokken is bij een aanrijding, veelvuldig de snelheidslimiet overtreedt, weigert de werkkleding te dragen en de bedrijfsbus voor privédoeleinden gebruikt. Echter, ten aanzien van het rijgedrag en de aangevoerde snelheidsovertredingen is gesteld noch gebleken dat de werkgever de werknemer daar ooit op heeft aangesproken of hem heeft gewaarschuwd voor de gevolgen van een eventuele herhaling. Ook was niet komen vast te staan dat de werknemer de bedrijfsbus voor privédoeleinden heeft gebruikt, na het door de werkgever gegeven bericht waarin te kennen werd gegeven dat de bedrijfsbus niet voor privédoeleinden gebruikt mocht worden. De kantonrechter stelt dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van de werkgever nu een gedeelte van de verwijten niet is komen vast te staan en nu de werkgever de werknemer niet heeft aangesproken op het gedrag en niet de gelegenheid heeft gegeven om het gedrag te veranderen.

In de tweede zaak is de kantonrechter ook van oordeel dat de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld.⁶⁷ Zo werd niet betwist dat de werknemer door de voortdurend oplopende spanningen met de werkgever ziek is geworden. Dit op zichzelf acht de kantonrechter al verwijtbaar, aangezien van een werkgever mag worden verwacht dat hij passende maatregelen treft om te voorkomen dat een werknemer ziek wordt als gevolg van spanningen op de werkvloer. De wijze waarop de werkgever ná de ziekmelding van de werknemer heeft geacteerd door al in een vroeg stadium aan te sturen op een beëindiging van het dienstverband, is volgens de kantonrechter onacceptabel. Duidelijk was dat de werkgever al in een vroegtijdig stadium van de arbeidsongeschiktheid van de werknemer een terugkeer van hem niet meer wenste. Ook de omstandigheid dat de werkgever gedurende de arbeidsongeschiktheid van de werknemer een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst indient, rekent de kantonrechter de werkgever zwaar aan. De kantonrechter komt tot de conclusie dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen aan werkgeverszijde en kent een billijke vergoeding aan de werknemer toe.

De billijke vergoeding als alternatief voor herstel

Deze billijke vergoeding vindt zijn grondslag in art. 7:682 leden 1, 2 en 3 BW. Middels het eerste lid van het voornoemde artikel kan een billijke vergoeding worden toegekend indien de opzegging in strijd is met art. 7:669 lid 3, onderdelen a en b BW. Onderdeel a is van toepassing indien wegens bedrijfseconomische of bedrijfsorganisatorische redenen arbeidsplaatsen vervallen. De werkgever dient dan een ontslagvergunning aan te vragen bij het UWV om vervolgens de arbeidsovereenkomst te mogen opzeggen. Onderdeel b is van toepassing indien een werknemer langer van 104 weken ziek is geweest. Ook in dat geval dient de werkgever een ontslagvergunning aan te vragen bij het UWV om vervolgens de arbeidsovereenkomst van de desbetreffende werknemer te mogen opzeggen.⁶⁸ Indien de opzegging in strijd is met art. 7:669 lid 3 sub a of b BW kan de kantonrechter op grond van art. 7:682 lid 1 BW het dienstverband herstellen of een billijke vergoeding toekennen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien het UWV op verzoek van de werkgever wel een ontslagvergunning heeft verleend, maar achteraf blijkt dat de feiten of de gronden die kenbaar zijn gemaakt aan het UWV onjuist zijn. Een billijke vergoeding kan slechts worden toegekend indien herstel in redelijkheid niet mogelijk is vanwege een omstandigheid waarbij sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.⁶⁹ De eis van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten is ook expliciet benoemd in art. 7:682 lid 1 BW. Vandaar dat deze billijke vergoeding onder de categorie met expliciete eis van ernstige verwijtbaarheid valt. De ernstige verwijtbaarheid moet expliciet door de werknemer worden aangetoond.

⁶⁵ Rb. Limburg 25 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8348.

⁶⁶ Rb. Limburg 6 oktober 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:9730.

⁶⁷ Rb. Limburg 6 oktober 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:9730.

⁶⁸ Van Drongelen e.a. 2017, p. 218.

⁶⁹ Van Drongelen e.a. 2017, p. 218.

Ter illustratie van deze billijke vergoeding kan verwezen worden naar een uitspraak van rechtbank Noord-Holland van 15 augustus 2017.⁷⁰ In deze zaak verzocht de werknemer primair – verkort weergegeven – herstel van de arbeidsovereenkomst en subsidiair toekenning van een billijke vergoeding. Aan dit verzoek lag verzoekster ten grondslag dat het UWV ten onrechte toestemming had verleend om de arbeidsovereenkomst op te zeggen. De werkgever had namelijk zijn ontslaaanvraag gebaseerd op de feitelijke overbezetting van personeel als gevolg van werkvermindering. De grond die wordt aangevoerd moest volgens de werknemer leiden tot het opzeggen van overeenkomsten van werknemers wiens werk daadwerkelijk wordt verminderd of vervalt. Hier heeft het UWV niet naar gekeken, terwijl dat wel van hen verwacht had kunnen worden. De kantonrechter is van oordeel dat de werkgever hierdoor ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en kent in plaats van herstel dienstbetrekking een billijke vergoeding toe.

Ook de verzorgende die minder dan vier dagen per week diensten verricht ten behoeve van het huishouden en de leerkracht kunnen op grond van art. 7:682 lid 2 en 3 BW de kantonrechter verzoeken om het dienstverband te herstellen indien er geen redelijke grond zoals genoemd in art. 7:669 lid 3 BW aan het ontslag ten grondslag is gelegd. Indien herstel in redelijkheid niet mogelijk is vanwege een omstandigheid waarbij sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, kunnen deze werknemers op grond van art. 7:682 lid 2 sub b en 3 sub b BW de kantonrechter verzoeken om een billijke vergoeding toe te kennen.⁷¹ Ook art. 7:682 lid 2 BW is de eis van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten expliciet benoemd. Vandaar dat ook deze billijke vergoeding onder de categorie met expliciete eis van ernstige verwijtbaarheid valt. Ook de verzorgende en de leerkracht zullen voor een billijke vergoeding dus expliciet moeten aantonen dat de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld.

5.1.2. Categorie 2: de billijke vergoeding met impliciete eis van ernstig verwijtbaar handelen

Deze categorie billijke vergoeding betreft de billijke vergoedingen waarvoor de wetgever niet expliciet de eis van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten heeft gesteld. Ook al heeft de wetgever deze eis niet expliciet in de wettekst opgenomen, toch heeft de wetgever te kennen gegeven dat in de onderstaande situaties de ernstige verwijtbaarheid aan werkgeverskant een feitelijk gegeven is.⁷² De ernstige verwijtbaarheid wordt dus als het ware aangenomen indien de werkgever in strijd handelt met de wettelijke de onderstaande ontslagregels. De gedachtegang hierachter is dat, in het kader van het goedwerkgeverschap (art. 7:611 BW), wordt geacht dat werkgevers op de hoogte zijn van de geldende ontslagregels en conform deze regels handelen.⁷³

De billijke vergoeding als alternatief voor vernietiging van de opzegging

Middels deze subcategorie heeft de werknemer de mogelijkheid om de opzegging van de arbeidsovereenkomst conform art. 7:681 BW te vernietigen, maar kiest de werknemer ervoor te berusten in het ontslag onder toekenning van een billijke vergoeding. Ook al staat in art. 7:681 BW niet expliciet de eis van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever voor toekenning van de billijke vergoeding, toch heeft de wetgever in de parlementaire geschiedenis bepaald dat ernstig verwijtbaar handelen of nalaten is inbegrepen bij de voorwaarden waaronder een beroep op art. 7:681 BW kan worden gedaan.⁷⁴ Een beroep op art. 7:681 BW wordt in de meeste gevallen gedaan indien de werknemer van mening is dat er sprake is van een onterecht gegeven ontslag op staande voet. Een onterecht gegeven ontslag op staande voet is aldus naar zijn aard al ernstig verwijtbaar, zodat aanspraak op een billijke vergoeding hiermee is gerechtvaardigd.⁷⁵ Een voorbeeld van een onterecht gegeven ontslag op staande

⁷⁰ Rb. Noord-Holland 15 augustus 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:3140.

⁷¹ Van Slooten e.a. 2015, p. 236.

⁷² *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 4 (Advies Afdeling advisering Raad van State en nader rapport), p. 61. Zie ook *Kamerstukken I* 2013/14 33 818, nr. C (memorie van antwoord), p. 113.

⁷³ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 4. p. 61.

⁷⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 61; *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 113.

⁷⁵ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 61; *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 99 en 113. Zie ook: Kruit, *AR Updates Arbeidsrecht* 2016, p. 1-5.

voet waarbij de werknemer een billijke vergoeding krijgt toegekend, is een uitspraak van rechtbank Limburg van 27 juli 2017. De werkgever had de werknemer op staande voet ontslagen omdat hij zich schuldig zou hebben gemaakt aan bedreiging en werkweigering. De kantonrechter is echter van oordeel dat de werkgever een te zwaar middel heeft gekozen door de werknemer op staande voet te ontslaan. De werknemer heeft zich weliswaar onacceptabel gedragen, maar gelet op de persoonlijke omstandigheden (echtscheiding e.d.) had naar het oordeel van de kantonrechter meer voor de hand gelegen om de werknemer naar huis te sturen (op non-actief te stellen) om tot rust te komen en hem eventueel te laten oproepen door een bedrijfsarts, nu de uitbarsting van de werknemer meer doet denken aan een hevig overspannen werknemer. Een ontslag op staande voet, met alle financiële en persoonlijke gevolgen van dien, doet geen recht aan een dergelijke situatie en is onder de gegeven omstandigheden naar het oordeel van de kantonrechter niet rechtsgeldig. Nu de werknemer berust in het ontslag, kent de kantonrechter een billijke vergoeding toe.

Ook indien de opzegging in strijd is het met discriminatieverbod (art. 7:681 lid 1 sub c BW) of met een opzegverbod (art. 7:681 lid 1 sub b BW) kan een billijke vergoeding worden verzocht in plaats van vernietiging van de opzegging.⁷⁶ Van Slooten is van mening dat de ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever niet altijd vaststaat in een dergelijke situatie. Het kan namelijk ook onwetendheid betreffen, waardoor de werkgever wel een verwijt kan worden gemaakt. Of gesproken kan worden van ernstig verwijtbaar handelen, is in een dergelijke situatie zeer betwifelbaar.⁷⁷ Toch is er aanspraak op een billijke vergoeding. Ik volg de gedachtegang van Van Slooten. Ik ben van mening dat met name kleine werkgevers of werkgevers die nog niet lang in Nederland wonen en niet goed op de hoogte zijn van het Nederlands (ontslag)recht vaak geen idee hebben hoe ze met dergelijke situaties om moeten gaan. In mijn optiek kan dan niet meteen worden geconcludeerd dat er ernstig verwijtbaar wordt gehandeld. Deze wetgeving laat zien hoeveel werknemersbescherming ons huidig arbeidsrechtelijke stelsel kent.

De billijke vergoeding wegens schending van de wederindiensttreedingsvoorwaarde

De tweede subcategorie die een impliciete eis van ernstig verwijtbaar kent, is de billijke vergoeding die de werknemer toegekend kan krijgen indien de werkgever na de opzegging of na de ontbinding van de arbeidsovereenkomst in strijd handelt met de wederindiensttreedingsvoorwaarde (art. 7:678 lid 1 sub d BW (bij opzegging van de werkgever) en art. 7:682 lid 4 en 5 BW (bij ontbinding)). Deze voorwaarde geldt alleen indien de werkgever de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd of op zijn verzoek is ontbonden wegens het vervallen van arbeidsplaatsen (art. 7:669 lid 3 sub a BW). In een dergelijk geval dient 26 weken vooruit te worden gekeken. Alleen als te verwachten is dat er binnen deze periode geen werk zal zijn voor de betreffende werknemer, kan een ontslagvergunning worden verleend, of in geval dat de ontslagvergunning in eerste instantie is geweigerd door het UWV, kan de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbinden. Indien het werk binnen 26 weken toch aantrekt, dient de werkgever op grond van de wederindiensttreedingsvoorwaarde de werknemer, die hij op grond van het vervallen van arbeidsplaatsen heeft ontslagen, te benaderen. De werkgever dient deze werknemer aan te bieden om weder in dienst te komen. Indien de werkgever een andere werknemer dezelfde werkzaamheden laat verrichten als welke de voormalige werknemer verrichtte en indien de werkgever de voormalige werknemer niet in de gelegenheid heeft gesteld zijn vroegere werkzaamheden te hervatten, is de wederindiensttreedingsvoorwaarde geschonden. De werknemer kan dan een billijke vergoeding verzoeken als alternatief voor vernietiging van de opzegging of als alternatief voor herstel van de arbeidsovereenkomst (art. 7:681 lid 1 sub d BW en 7:682 lid 4 sub b BW).⁷⁸

Voor toekenning van een billijke vergoeding wegens schending van de wederindiensttreedingsvoorwaarde heeft de wetgever niet expliciet de eis van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten gesteld. Ook in dit geval acht de wetgever de ernstige verwijtbaarheid een feitelijk gegeven doordat de werkgever in strijd handelt met het geldende ontslagregels.⁷⁹

⁷⁶ Van Drongelen e.a. 2017, p. 217.

⁷⁷ Groen, AVDR Blogs, 2017/0073.

⁷⁸ Van Drongelen e.a. 2017, p. 218.

⁷⁹ Van Drongelen e.a. 2017, p. 218-219.

De onderzoeker heeft geen recente uitspraak kunnen vinden waarin een billijke vergoeding werd toegekend wegens schending van de wederindiensttredingsvoorwaarde. Wel kan een uitspraak van rechtbank Den Haag van 4 januari 2017 als voorbeeld dienen.⁸⁰ In deze zaak werd de wederindiensttredingsvoorwaarde ook door de werkgever geschonden. De werknemer koos in deze zaak echter voor herstel van het dienstverband in plaats van toekenning van een billijke vergoeding.

Het feit dat de werknemer in een dergelijke situatie de keuze heeft tussen herstel van de arbeidsovereenkomst/vernietiging van de opzegging of een billijke vergoeding, lijkt het voor werkgevers aantrekkelijker te maken om een billijke vergoeding aan te bieden. Immers, als een werknemer kiest voor herstel van de arbeidsovereenkomst, verzoekt de werknemer in de meeste gevallen ook loondoorbetaling met terugwerkende kracht. Bij een vernietiging van de opzegging is altijd sprake van terugwerkende kracht. Indien het verzoek tot herstel van de arbeidsovereenkomst/vernietiging van de opzegging wordt toegewezen kunnen de kosten voor de werkgever aanzienlijk oplopen. De werkgever moet namelijk het loon met over de periode waarin de werknemer uit dienst was terugbetalen. Dit kan met name bij schending van de wederindiensttredingsvoorwaarde een lange periode zijn, want tot 26 weken na de opzegging kan hier een beroep op worden gedaan. De billijke vergoeding dient daarom in een dergelijk geval ten minste gelijk te zijn aan de financiële waarde van de voorziening, namelijk aan de betaling van het achterstallig loon.⁸¹

Ook indien de wederindiensttredingsvoorwaarde door de werkgever wordt geschonden, is het mijns inziens niet altijd even duidelijk vast te stellen of de werkgever ook daadwerkelijk ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Het is goed mogelijk dat de werkgever gewoonweg de werknemer heeft ontslagen om een andere werknemer aan te kunnen nemen. In dat geval is er in mijn optiek wel sprake van ernstig verwijtbaar handelen. Het kan echter ook zijn dat de werkgever niet op de hoogte was van de wederindiensttredingsvoorwaarde. Dat is vaak bij kleine werkgevers het geval. In dat geval kan in mijn optiek niet worden gesproken over 'echte' ernstige verwijtbaarheid, maar meer over onwetendheid. De grens van ernstige verwijtbaarheid is dus niet even duidelijk te trekken bij een schending van de wederindiensttredingsvoorwaarde. Toch heeft de wetgever het mogelijk gemaakt voor de werknemer om in die gevallen een billijke vergoeding toegekend te krijgen. Los van het feit of de werkgever nu wel of niet 'echt' ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Ook dit laat in mijn optiek zien dat het huidige arbeidsrecht veel werknemersbescherming biedt.

De billijke vergoeding voor de geestelijke en de statutair bestuurder

Deze subcategorie heeft betrekking op een bijzonder categorie werknemers, namelijk op de bestuurder en de geestelijke (art. 7:682 lid 3 sub a BW). Indien hun werkgever in strijd handelt met art. 7:669 BW, dus geen redelijke grond ten grondslag legt aan de opzegging van de arbeidsovereenkomst of indien de werkgever ernstig verwijtbaar handelt, kunnen deze werknemers een billijke vergoeding toegekend krijgen (art. 7:682 lid 3 BW). Ik heb ervoor gekozen om deze subcategorie te onderscheiden van de andere subcategorieën, omdat in mijn optiek deze subcategorie net een andere situatie betreft dan de bovengenoemde situaties. Deze werknemers kunnen namelijk geen herstel van de dienstbetrekking verzoeken.⁸² Indien de werkgever dan in strijd handelt met art. 7:669 BW en dus geen redelijke grond aan de opzegging ten grondslag legt, hebben deze werknemers, anders dan alle andere werknemers, niet de mogelijkheid om het dienstverband te herstellen. Voor hen resteert slechts de mogelijkheid tot toekenning van een billijke vergoeding. Voor hen is de drempel voor toekenning van een billijke vergoeding dus aanzienlijk lager dan voor andere werknemers. De werkgever hoeft namelijk slechts in strijd te handelen met art. 7:669 BW. Van Slooten vermoedt dat de rechtvaardiging hiervan is dat de bestuurder en de geestelijke minder ontslagbescherming hebben, omdat zij dus geen herstel van de arbeidsovereenkomst verzoeken (art. 7:682 lid 3 BW).⁸³ Nu voor toekenning van de billijke vergoeding voor de geestelijke en de

⁸⁰ Rb. Den Haag 4 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4690.

⁸¹ Van Slooten e.a. 2014, p. 236.

⁸² Van Drongelen e.a. 2017, p. 218.

⁸³ Van Slooten e.a. 2015, p. 237-238.

statutair bestuurder een lagere drempel wordt gehanteerd, betreft het in mijn optiek net een andere subcategorie billijke vergoeding dan de bovengenoemde categorieën. Ook bij deze subcategorie gaat de wetgever ervan uit dat het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever een feitelijke gegeven is doordat de werkgever opzegt in strijd met de geldende ontslagregels.⁸⁴

Ter illustratie van deze billijke vergoeding kan verwezen worden naar een uitspraak van rechtbank Gelderland van 14 december 2016.⁸⁵ In deze zaak werd een werknemer ontslagen als statutair bestuurder. De rechter oordeelde dat de arbeidsovereenkomst zonder redelijke grond is opgezegd. Omdat herstel van de dienstbetrekking niet mogelijk was, kende de rechter een billijke vergoeding toe.

5.2. *Gemeenschappelijke kenmerken billijke vergoeding*

Nu is uitgelegd waarin de verschillende categorieën zich onderscheiden, verdient het aanbeveling om de gemeenschappelijke kenmerken in kaart te brengen. In alle gevallen geldt dat de billijke vergoeding naast de transitievergoeding en gefixeerde schadevergoeding kan worden toegekend, maar niet afhankelijk is van deze vergoedingen.⁸⁶ Zo kan er bijvoorbeeld sprake zijn van een beëindiging van een dienstverband korter dan twee jaar waardoor de werknemer geen aanspraak kan maken op een transitievergoeding, maar eventueel wel op een billijke vergoeding. De billijke vergoeding heeft in zijn algemene zin het uitgangspunt dat het een additionele vergoeding betreft, die slechts in uitzonderlijke gevallen kan worden toegekend.⁸⁷ Bij alle categorieën is de hoogte ter discretie van de kantonrechter.⁸⁸ De wetgever heeft er bewust voor gekozen om geen formule te hanteren voor deze vergoeding, zodat een vergoeding kan worden toegekend die in overeenstemming is met de uitzonderlijke en individuele omstandigheden van het geval. Daarnaast geldt dat de wetgever, anders dan bij de transitievergoeding, ervoor heeft gekozen om geen maximum te bepalen voor de billijke vergoeding. Dit kan immers een beperking vormen om recht te doen aan de uitzonderlijke omstandigheden.⁸⁹ Verder heeft de billijke vergoeding als gemeenschappelijk kenmerk dat hij uitsluitend aan de werknemer en niet aan de werkgever kan worden toegekend.⁹⁰ Hier staat tegenover dat de werknemer geen aanspraak kan maken op een transitievergoeding indien hij ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten.⁹¹ Tot slot is een algemeen gedeeld kenmerk dat bij geen enkele categorie het salaris en de anciënniteit van de werknemer een rol mag te spelen bij de berekening.⁹² Ook mogen de gevolgen van het ontslag niet worden betrokken bij de toekenning en berekening. Althans dat is de gedachtegang van de wetgever.⁹³ Inmiddels zijn hier ontwikkelingen in. Dit zal later in kaart worden gebracht in paragraaf 5.4.

5.3. *De begroting van de billijke vergoeding*

Sinds de invoering van de Wwz op 1 juli 2015 is de begroting van de billijke vergoeding het onderwerp van discussie geweest. De wetgever heeft in zijn memorie van toelichting nauwelijks aanknopingspunten voor de begroting gegeven. In de memorie van toelichting wordt uitsluitend aangegeven dat de begroting ter discretie van de rechter is en dat de hoogte van de billijke vergoeding in relatie moet staan tot het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.⁹⁴ Daarbij werd aangegeven dat de kantonrechter de mogelijkheid heeft om een vergoeding vast te stellen die aansluit bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval. De billijke vergoeding mocht echter niet berekend worden aan de hand van een gestandaardiseerde formule, zoals voorheen bij de oude ontslagvergoeding aan de orde was. Ook was de

⁸⁴ Van Drongelen e.a. 2017, p. 218.

⁸⁵ Rb. Gelderland 14 december 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:7113.

⁸⁶ Groen, *AVDR Blogs*, 2017/0073.

⁸⁷ *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 81.

⁸⁸ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 81 en 90 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 32-33.

⁸⁹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 81.

⁹⁰ *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 81.

⁹¹ Van Slooten e.a. 2015, p. 232-233.

⁹² *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 61.

⁹³ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 61.

⁹⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 32-33.

wetgever er stellig over dat bij de billijke vergoeding niet de gevolgen van het ontslag mochten worden meegewogen. De gevolgen waren immers reeds verdisconteerd in de transitievergoeding.⁹⁵ De billijke vergoeding dient volgens de wetgever ter compensatie van het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever en als preventie om een dergelijk handelen of nalaten van de werkgever in de toekomst te voorkomen.⁹⁶ Andere handvaten voor de begroting had de wetgever niet gegeven aan de rechtspraak. Zo bleek zelfs uit de memorie van toelichting dat de wetgever wilde dat er vanuit de rechtspraak een lijn kwam voor de berekening van de billijke vergoeding.⁹⁷ De praktijk wees uit dat dit juist leidde tot allerlei verschillende berekeningsmethoden, die voor procederende partijen weinig inzichtelijk waren. Hierdoor was er van rechtszekerheid en rechtseenheid voor wat betreft de hoogte billijke vergoeding geen sprake. Na maandenlange discussies over de begroting van de billijke vergoeding in de lagere rechtspraak, maar ook in de advocatuur en de literatuur, wees de Hoge Raad op 30 juni 2017 eindelijk de zogenoemde Hairstyle-beschikking waarmee de onduidelijk in de rechtspraak voor een groot deel werd weggenomen. In deze beschikking heeft de Hoge Raad voor het eerst criteria bepaald waarmee onder andere rekening kan worden gehouden bij de begroting van de billijke vergoeding.⁹⁸ In deze paragraaf wordt aandacht besteed aan deze criteria en aan de essentie van de Hairstyle-beschikking. De overwegingen uit de Hairstyle-beschikking waren namelijk voor sommige kantonrechters binnen de rechtbank Limburg de aanleiding om een gedeelte of een gehele vergoeding in mindering te brengen op de billijke vergoeding. Andere kantonrechters daarentegen bleven de vergoedingen strikt gescheiden houden.

In deze paragraaf wordt allereerst kort casus van de Hairstyle-beschikking geschetst (par. 5.3.1.). Voorts wordt in paragraaf 5.3.2. in kaart gebracht wat de belangrijkste bevindingen waren uit de Hairstyle-beschikking. Vervolgens wordt in paragraaf 5.3.3. ingegaan op de vraag of Hairstyle-criteria voor alle categorieën gelden. In de Hairstyle-beschikking ging het immers over een billijke vergoeding als alternatief voor vernietiging van de opzegging (art. 7:681 BW). Vervolgens wordt er in paragraaf 5.3.4. in kaart gebracht hoe de rechtspraak omgaat met de begroting van de billijke vergoeding na de Hairstyle-beschikking. Tot slot wordt in paragraaf 5.4. een omvattende tussenconclusie geformuleerd.

5.3.1. De Hairstyle-beschikking casus

In de Hairstyle-zaak ging het – kort weergegeven – om een kapster die een billijke vergoeding kreeg toegekend omdat haar werkgever, New Hairstyle, had opgezegd zonder haar instemming of toestemming van het UWV. Voorafgaand hieraan hadden de werkneemster en de werkgever discussie gehad over de vakantieplanning van de zomer van 2015. De werkneemster was wegens het werk van haar man gebonden aan de bouwvak. De werkgever gaf de werkneemster echter geen verlof voor de bouwvak. Vervolgens besloot de werkneemster om toch op vakantie te gaan, waardoor de werkneemster zonder instemming en zonder toestemming werd ontslagen. De werkgever had overigens al eerder pogingen gedaan om zijn werkneemster te ontslaan, namelijk eerst door middel van het aanbieden van een beëindigingsovereenkomst zonder toekenning van een vergoeding en vervolgens door het aanvragen van een ontslagvergunning bij het UWV wegens bedrijfseconomische redenen. Beiden zonder succes. De werkneemster verzocht de kantonrechter vervolgens op grond van art. 7:681 BW als alternatief voor vernietiging van de opzegging om toekenning van een billijke vergoeding van €55.699,07. De kantonrechter oordeelde dat de billijke vergoeding een punitief karakter kent en stelde de billijke vergoeding vast op €4.000,-. Het hof bekrachtigde deze uitspraak en voegde hieraan toe dat de billijke vergoeding niet de gevolgen van het ontslag compenseert, maar een enkel een punitief en afschrikwerkend karakter kent. Na de uitspraak van het hof besloot de werkneemster om in cassatie te gaan bij de Hoge Raad. In cassatie klaagt de werkneemster over een drietal overwegingen van het hof. Ten eerste is zij het niet eens met de stelling dat de billijke vergoeding een punitief en afschrikwerkend karakter moet hebben. Daarbij komt dat het hof in het midden heeft gelaten waarom een bedrag van €4.000,- volgens haar punitief is voor de werkgever. Ten tweede is de werkneemster het oneens met het gegeven dat het hof de lengte van het

⁹⁵ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 32-34 en 61.

⁹⁶ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 32-38

⁹⁷ Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 61.

⁹⁸ HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187.

dienstverband buiten beschouwing heeft gelaten bij de begroting van de billijke vergoeding en ten derde is de werknemer het oneens met het buiten beschouwing laten van de gevolgen van het ontslag. De werknemer voert hierbij aan dat zij haar dienstverband tot aan haar pensioengerechtigde leeftijd had willen voortzetten. Nu dat wegens het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever is weggenomen, moet deze omstandigheid tot uitdrukking komen in de hoogte de billijke vergoeding.⁹⁹ In de volgende paragraaf wordt behandeld wat de Hoge Raad oordeelde over de bovenstaande cassatieklachten. Dit worden de zogenoemde Hairstyle-criteria genoemd.

5.3.2. De Hairstyle-criteria

In cassatie oordeelde de Hoge Raad dat het er uiteindelijk om gaat dat de werknemer wordt gecompenseerd voor het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Volgens de Hoge Raad volgt niet uit de wetgeschiedenis dat de wetgever een specifiek punitief karakter aan de billijke vergoeding heeft willen toekennen.¹⁰⁰ Wel heeft de Hoge Raad een bepaald preventief karakter aan de billijke vergoeding willen toekennen. Het mag voor de werkgever namelijk niet voordeliger zijn om voor een vernietigbare opzegging te kiezen dan het op een juiste wijze beëindigen van een dienstverband of het in stand houden daarvan.¹⁰¹ Verder oordeelde de Hoge Raad in overweging 3.4.3. dat het stelsel van de Wvz zich er niet tegen verzet dat met de gevolgen van het ontslag rekening wordt gehouden bij de begroting van de billijke vergoeding. De gevolgen die zijn toe te rekenen aan het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever worden volgens Hoge Raad niet in alle gevallen volledig gecompenseerd door de transitievergoeding (overweging 3.4.4.). Volgens de Hoge Raad mogen de gevolgen van het ontslag dus wel meewegen bij begroting van de billijke vergoeding, mits deze in verband staan met het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Bij de vaststelling hiervan overwoog de Hoge Raad in overweging 3.4.4. dat mede kan worden gelet op het loon dat de werknemer zou hebben genoten als de opzegging zou zijn vernietigd en binnen welke termijn de arbeidsovereenkomst op rechtmatige wijze beëindigd had kunnen worden. Mijns inziens zegt Hoge Raad hiermee dat de kantonrechter als het ware moet inschatten hoelang het dienstverband nog had kunnen voortduren. Daarbij kon ook acht worden geslagen op de mogelijkheid de loonvordering te matigen op grond van art. 7:680a BW (overweging 3.4.4. onderaan).

Daarnaast signaleer ik dat het volgens de Hoge Raad mogelijk is om naast de gevolgschade een aanvullende component toe te kennen, die een preventief/punitief karakter kent. In mijn optiek kan deze component worden meegenomen indien het bedrag dat uit de begroting van de gevolgschade volgt niet billijk is, gelet op het handelen van de werkgever. In sommige gevallen loopt de werknemer namelijk geen tot weinig inkomensschade. Denk bijvoorbeeld aan de werknemer die een nieuwe en betere baan vindt. Het is dan, gelet op het handelen van de werkgever, niet redelijk om een billijke vergoeding toe te kennen die uitsluitend is gebaseerd op de gevolgschade. Daarmee wordt immers niet de ernstige verwijtbaarheid gecompenseerd en ook van een preventieve werking zal, naar alle waarschijnlijkheid, weinig sprake zijn. De kantonrechter kan dan, in mijn optiek, een aanvullend bedrag toekennen dat losstaat van de concreet geleden schade. Op die wijze kan de kantonrechter een billijke vergoeding toe te kennen, die aansluit bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval.

In overweging 3.4.5. kaart de Hoge Raad vervolgens een aantal factoren aan die een rol kunnen spelen bij de begroting van de billijke vergoeding van art. 7:681 BW. Mijns inziens zijn er zeven gezichtspunten te onderscheiden:

- ❖ De vraag of de redenen voor af te zien van een vernietiging van de opzegging zijn toe te rekenen aan de werkgever.
- ❖ De inkomsten die de werknemer had genoten indien de werkgever geen ontslag op staande voet had gegeven.
- ❖ De mate van verwijtbaarheid die de werkgever kan worden gemaakt van het ten onrechte gegeven ontslag op staande voet.

⁹⁹ P. Kruit, 'De billijke vergoeding naar New-Hairstyle: hoe nu verder?', *AR Updates arbeidsrecht*, 2017-1152.

¹⁰⁰ HR 30 juni 2017, JAR 2017/188, m.nt. Van Zanten-Baris, r.o.3.4.5.

¹⁰¹ HR 30 juni 2017, JAR 2017/188, m.nt. Van Zanten-Baris; Kruit, TAP 2017, onder 3.3.

- ❖ Of de werknemer inmiddels ander werk heeft gevonden en zo ja, welke inkomsten hij daaruit verdient.
- ❖ Welke inkomsten de werknemer in de toekomst in redelijkheid zou kunnen verwerven.
- ❖ Of de werknemer aanspraak maakt op een transitievergoeding en/of vergoeding wegens onregelmatige opzegging.
- ❖ In hoeverre de werknemer zelf een verwijt van het ontslag op staande voet valt te maken.

Deze gezichtspunten zijn niet door de Hoge Raad dwingend voorgeschreven en zijn evenmin limitatief. Het staat de rechter dus vrij om andere, dan in de Hairstyle-beschikking genoemde, omstandigheden te betrekken bij het bepalen van de omvang van de billijke vergoeding.¹⁰²

Verder heeft de Hoge Raad in de Hairstyle-beschikking geoordeeld dat de elementen van de billijke vergoeding zich lenen voor de toepassing van de wettelijke bepalingen uit boek 6, specifiek art. 6:95 e.v. BW. In boek 6 staan de algemene bepalingen voor de schadebegroting. Hier valt tevens de begroting van immateriële schade onder (art. 6:106 BW). Je ziet dat een aantal kantonrechters de immateriële schade in sommige gevallen als aparte component van de billijke vergoeding neemt. Een voorbeeld hiervan is een uitspraak van rechtbank Limburg van 25 augustus 2017.¹⁰³ Deze kantonrechter deelt de billijke vergoeding in drie componenten op, namelijk in een component voor de ernstige verwijtbaarheid van de werkgever, een component voor de inkomensschade, die gerelateerd is aan het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever en een component voor de immateriële schade van de werknemer.

Tot slot oordeelt de Hoge Raad dat buitengerechtelijke kosten van rechtsbijstand geen rol spelen bij de begroting van de billijke vergoeding. Deze kosten houden geen verband met de vernietiging van de opzegging en kunnen apart worden verzocht op grond van art. 7:686a lid 3 BW.

Uit het bovenstaande valt op te maken dat volgens de Hoge Raad in ieder geval naar twee overkoepelende factoren moet worden gekeken (de gevolgschade en de mate van ernstige verwijtbaarheid van de werkgever) waarbij de gevolgschade van de werknemer het uitgangspunt is. Hiervoor kan de kantonrechter kijken welk inkomen de werknemer had kunnen genieten indien de werknemer voor vernietiging van de opzegging had gekozen.¹⁰⁴ Daarbij is van belang of de werkgever de arbeidsovereenkomst, op grond van de actuele omstandigheden, rechtsgeldig had kunnen beëindigen. Bij contracten voor bepaalde tijd zal het erg lastig zijn voor de werknemer om aan te tonen dat een verlenging redelijkerwijs te voorzien was. Bij contracten voor onbepaalde tijd kan hoge inkomensschade op de loer kunnen liggen indien een goed functionerende werknemer onterecht op staande voet wordt ontslagen. De inkomensschade kan bijvoorbeeld wel beperkt blijven indien er wel een dringende reden was voor het ontslag op staande voet, maar het ontslag niet onverwijld is gegeven.¹⁰⁵ In een dergelijk geval is te voorzien dat de arbeidsovereenkomst binnen een relatief korte termijn alsnog ontbonden wordt, namelijk middels het indienen van een verzoek tot (voorwaardelijke) ontbinding.¹⁰⁶ Verder zal de kantonrechter moeten kijken of de werknemer al ander werk heeft gevonden of moeten kijken naar welke inkomsten de werknemer in de toekomst in redelijkheid zou kunnen verwerven.¹⁰⁷

Zoals eerder aan bod kwam kan de kantonrechter kan daarnaast, indien hem dat met het oog op de omstandigheden van het geval redelijk voorkomt, een component met een preventief dan wel gedeeltelijk punitief karakter meenemen in de begroting van de billijke vergoeding. Deze component ziet toe op het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever.¹⁰⁸ Voor deze component kan de kantonrechter kijken naar de vraag in hoeverre de redenen die de werknemer heeft om af te zien van de vernietiging van de

¹⁰² Parket bij de Hoge Raad 23 februari 2018, ECLI:NLPHR:2018:185 (rov. 3.23).

¹⁰³ Rb. Limburg 25 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8348.

¹⁰⁴ Van de Kam & Postma, *ArbeidsRecht* 2017/49.

¹⁰⁵ Van de Kam & Postma, *ArbeidsRecht* 2017/49.

¹⁰⁶ Kruit, TAP 2017/26.

¹⁰⁷ Kruit, TAP 2017/26.

¹⁰⁸ Kruit, *AR Updates arbeidsrecht* 2017/1152.

opzegging aan de werkgever zijn toe te rekenen en in welke mate de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld.¹⁰⁹

5.3.3. *Hairstyle-criteria toepasbaar op andere billijke vergoedingen?*

Uit de Hairstyle-beschikking valt niet direct op te maken of de Hairstyle-criteria toepasbaar zijn op de andere categorieën van de billijke vergoeding. Van belang voor beantwoording van deze vraag is het gegeven dat de wetgever als reactie op een vraag van Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (hierna: VAAN) heeft gereageerd dat hij dezelfde type billijke vergoeding voor ogen heeft gehad, ook al hangt het van de situatie af wanneer welke wordt toegekend.¹¹⁰ Bij de bijvoorbeeld ontbindingszaken dient de ernstige verwijtbaarheid te worden aangetoond en bij procedures op grond van art. 7:681 BW is al invulling gegeven aan de ernstige verwijtbaarheid als de werkgever de voor een rechtsgeldig ontslag geldende voorschriften niet naleeft.¹¹¹ Hierdoor wordt het dezelfde type billijke vergoeding geacht. Alleen de grondslag is anders. De praktijk zal moeten uitwijzen of de Hoge Raad zijn geformuleerde Hairstyle-criteria universeel toepasbaar zijn op de andere categorieën van de billijke vergoeding. Tot dus ver valt op dat de kantonrechters in de praktijk aansluiting zoeken bij de Hairstyle-criteria bij begroting van de andere categorieën billijke vergoedingen. Dit deden onder andere drie kantonrechters van de rechtbank Limburg in hun uitspraken van 25 augustus 2017, 6 oktober 2017 en 17 juli 2017^{112 113 114}, een kantonrechter van de rechtbank Noord Nederland in zijn uitspraak van 18 juli 2017¹¹⁵, een kantonrechter uit de rechtbank Overijssel in zijn uitspraak op 4 oktober 2017¹¹⁶ en een kantonrechter uit de rechtbank Noord Nederland in zijn uitspraak van 11 juli 2017.¹¹⁷

Ook verschillende meesters hebben middels annotaties en tijdschriftartikelen aangegeven dat zij dat aanleiding zien voor overeenkomstige toepassing. Zo schrijft Verhulp in zijn annotatie bij de Hairstyle-beschikking: *'Ik twijfel of de onderscheiding voor het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding van groot belang is. Wat de werkgever in alle gevallen ernstig wordt verweten, is dat de arbeidsovereenkomst is beëindigd, terwijl dat zonder zijn verwijtbaar handelen later of niet zou zijn gebeurd. In alle gevallen kan dan bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding met de verwachte 'levensduur' van de arbeidsovereenkomst en het gedurende die levensduur te verdienen loon rekening worden gehouden.*

*Het ligt voor de hand om de wijze van vaststellen van de verschillende billijke vergoedingen niet uiteen te laten lopen. Of de werkgever die een ernstig verwijt van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst te maken valt nu ontbinding vraagt of op staande voet opzegt mag voor de hoogte van de billijke vergoeding (op grond van art. 7:671b lid 8 BW of 7:681 lid 1 BW) niet uitmaken. Dat past bij de bedoeling van de wetgever om de verschillende procedures tot eenzelfde uitkomst te laten leiden.'*¹¹⁸

Vegter neemt eveneens dit standpunt in. Zij noemt het reflexwerking van de Hairstyle-criteria. Zij schrijft in haar annotatie: *'Tot slot ben ik voorstander van reflexwerking van Hairstyle in ontbindingsprocedures. Ook in die procedures is een handvat nodig en bovendien verschillen ontbinding en onrechtmatig ontslag niet wezenlijk van elkaar in die zin dat in beide soorten zaken ernstige verwijtbaarheid is vereist voor het recht op de billijke vergoeding. Dat in art. 7:681-zaken de verwijtbaarheid als het ware gegeven is met het schenden van de ontslagvoorschriften, terwijl dat bij een ontbinding anders ligt, hoeft niet te betekenen dat de vergoeding niet op dezelfde wijze begroot kan worden.'*¹¹⁹

¹⁰⁹ Van de Kam & Postma, *ArbeidsRecht* 2017/49.

¹¹⁰ *Kamerstukken I* 2013/14, 393988, C, RvT, p.111-113; reactie op vragen VAAN.

¹¹¹ *Kamerstukken I*, 2013-2014, 33818, nr. C, p. 99 en 113.

¹¹² Rb. Limburg 25 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8348.

¹¹³ Rb. Limburg 6 oktober 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:9730.

¹¹⁴ Rb. Limburg 17 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6879.

¹¹⁵ Rb. Noord Nederland, 18 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2796.

¹¹⁶ Rb. Overijssel 4 oktober 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3768.

¹¹⁷ Rb. Noord Nederland 11 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2726

¹¹⁸ HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187 m.nt. E. Verhulp onder punt 4.

¹¹⁹ HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187 m.nt. M.S.A. Vegter onder nr. 9.

Tot slot zijn ook Jansen en Van Riet het eens met de bovengenoemde stellingen. Zij schrijven in hun tijdschriftartikel: *'In rechtsoverweging 3.4.4 heeft de Hoge Raad wel een verbinding gelegd tussen het meenemen van de gevolgen bij het bepalen van de hoogte van het ontslag en artikel 7:681 BW. De Hoge Raad overwoog daarin namelijk dat de gevolgen van een vernietigbaar ontslag, voor zover deze zijn toe te rekenen aan de werkgever op grond van het hem te maken verwijt, niet geacht kunnen worden in alle gevallen reeds volledig te zijn gecompenseerd door een eventuele transitievergoeding. Dit uitgangspunt, dus dat de transitievergoeding niet altijd alle gevolgen van het ontslag voldoende ondervangt, is wat ons betreft ruimer te trekken. Het zwaartepunt van dit uitgangspunt ligt immers niet op de aard van het ontslag (vernietigbaar of niet), maar op de omstandigheid dat de gevolgen van het verwijtbaar handelen of nalaten niet in alle gevallen geacht kan worden volledig gecompenseerd te zijn door de transitievergoeding.'*¹²⁰

Hieruit kan geconcludeerd worden de praktijk en de literatuur in ieder geval handvatten zoeken en zo te zien ook vinden in de Hairstyle-criteria voor de begroting van ook de andere categorieën.

5.3.4. De lagere rechtspraak na de Hairstyle-beschikking.

De onderzoeker heeft ervoor gekozen om een selectie te maken van een aantal uitspraken waarin lagere rechters een billijke vergoeding toekennen na de gewezen Hairstyle-beschikking. Door in kaart te brengen op welke wijze de lagere rechtspraak de billijke vergoeding begroot, wil de onderzoeker voor de lezer inzichtelijk maken wat voor gevolgen de Hairstyle-beschikking heeft op de praktijk.

In bijlage I is een overzicht van een aantal uitspraken opgenomen. De uitspraken zijn ingedeeld naar aanleiding van welk wetsartikel de billijke vergoeding is toegekend. Achter de uitspraak wordt kort vermeld met welke factoren, die in de Hairstyle-beschikking zijn bepaald, de kantonrechter rekening heeft gehouden bij de begroting van de billijke vergoeding.

Uit het overzicht in bijlage I blijkt dat de rechtspraak veelvuldig gebruikt maakt van de Hairstyle-criteria. Zo wordt vrijwel in iedere uitspraak naar de Hairstyle-beschikking verwezen en wordt er altijd direct of indirect rekening gehouden met één of meerdere gezichtspunten. Opvallend is dat twee gezichtspunten vrijwel in alle zaken worden benoemd. Dit is de vraag welke inkomsten de werknemer had genoten indien de werkgever geen onterecht ontslag op staande voet had gegeven de vraag of de werknemer naast de billijke vergoeding aanspraak kan maken op een transitievergoeding of gefixeerde schadevergoeding. Ik leid hieruit valt af dat de lagere rechtspraak primair de billijke vergoeding hanteert als schadevergoeding, die compensatie moet bieden voor de gevolgen van het ontslag. Voorgenoemde vragen hebben namelijk betrekking op de vraag of de werknemer schade heeft geleden. Ook wordt bijna in alle zaken (in eerste instantie) gekeken naar de gevolgschade.

Verder valt op dat in meer dan de helft van de uitspraken een component aan de billijke vergoeding wordt toegevoegd die geen verband houdt met de concrete gevolgschade. Sommige voegen een component toe met een punitief karakter en andere voegen een element toe met een immaterieel karakter en sommigen doen beiden. De ene kantonrechter kiest ervoor om eerst de preventieve/punitieve component vast te stellen en vervolgens de gevolgschade te begroten en de andere kantonrechter kiest ervoor om juist eerst de gevolgschade vast te stellen en indien deze component onvoldoende tot uitdrukking brengt hoe ernstig verwijt de werkgever heeft gehandeld, wordt een aanvullende component toegevoegd. De immateriële component wordt bijna in alle gevallen als laatste component begroot.

Mijn voorkeur ligt bij de laatste handelswijze. Uit de Hairstyle-beschikking blijkt namelijk dat de gevolgschade die te wijten is aan het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever het uitgangspunt is bij de begroting van de billijke vergoeding. Dit valt onder andere af te leiden uit de zeven gezichtspunten die uit de Hairstyle-beschikking zijn te halen. Zo'n vijf van de zeven gezichtspunten hebben betrekking op de gevolgschade. Indien eerst de gevolgschade wordt begroot en blijkt dat het bedrag dat uit de begroting van de gevolgschade voortvloeit billijk is en aansluit bij de omstandigheden van het geval, kan worden volstaan

¹²⁰ Jansen & Rietveld, *TvO* 2017, p. 170-182.

met dat bedrag. Indien de gevolgschadecomponent onvoldoende tot uitdrukking brengt hoe ernstig verwijtbaar haar het handelen van de werkgever was, dient er in mijn optiek een aanvullende preventieve/punitieve component te worden toegevoegd. Op deze wijze ontstaat een billijke vergoeding, die aansluit bij de concrete omstandigheden van het geval.¹²¹ Ook wordt er hierdoor in lijn gehandeld met een van de doelstellingen van de Wwz (betere benutting van de ontslagvergoedingen en te hoge vergoedingen voorkomen).¹²² Pas als het bedrag dat uit de berekening van de inkomensschade voortvloeit niet billijk is, wordt de billijke vergoeding verhoogd. Dat zou anders zijn indien wordt gestart met het waarden van de mate van ernstige verwijtbaarheid. Dan wordt namelijk al gestart met X-bedrag voordat de inkomensschade inzichtelijk wordt gemaakt. Mijns inziens dient een immateriële schade component uitsluitend te worden toegevoegd indien vrijwel vaststaat dat de werknemer schade heeft geleden, die losstaat van de financiële gevolgschade. Hiervoor kan acht geslagen op art. 6:106 BW. De Hoge Raad verwijst immers voor de schadeberekening naar boek 6 en daar staat ook de vaststelling van de immateriële schade beschreven.

5.4. Tussenconclusie

Samenvattend kan worden geconcludeerd dat de billijke vergoeding in twee hoofdcategorieën kan worden onderverdeeld, namelijk: de billijke vergoeding met expliciete eis van ernstig verwijtbaarheid en de billijke vergoeding met impliciete eis van ernstige verwijtbaarheid. Beide hoofdcategorieën kunnen nader worden onderverdeeld in verschillende subcategorie. Alle (sub)categorieën dienen ter compensatie van het expliciet dan wel impliciet ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Voor de begroting van de billijke vergoeding is in de Hairstyle-beschikking bepaald dat ook met de gevolgen van het ontslag die te wijten zijn aan het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever rekening mag worden gehouden bij de begroting van de billijke vergoeding. Daarnaast is in de Hairstyle-beschikking bepaald dat de billijke vergoeding uit art. 7:681 BW niet uitsluitend een punitief karakter mag hebben. Uit de praktijk valt af te leiden dat de lagere rechtspraak en de literatuur ook aanleiding zien om de Hairstyle-criteria te gebruiken voor de begroting van de andere categorieën van de billijke vergoeding. Verder valt uit de lagere rechtspraak na de Hairstyle-beschikking af te leiden dat vrijwel alle rechtbanken en gerechtshoven rekening houden met de Hairstyle-criteria bij de begroting van de billijke vergoeding. Het grootste gedeelte van de lagere rechtspraak gebruikt de billijke vergoeding na de Hairstyle-beschikking als schadevergoeding. In bijna iedere beschikking wordt namelijk rekening gehouden twee vragen, namelijk: welke inkomsten de werknemer had genoten indien de werkgever geen onterecht ontslag op staande voet had gegeven en de vraag of de werknemer naast de billijke vergoeding aanspraak kan maken op een transitievergoeding of gefixeerde schadevergoeding. Deze vragen zien toe op de gevolgschade die de werknemer heeft geleden ten gevolge van het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever.

¹²¹ Kruit, *AR Updates arbeidsrecht* 2017/1152.

¹²² *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 24.

6. De cumulatie van de arbeidsrechtelijke vergoedingen

Nu de drie belangrijkste arbeidsrechtelijke vergoedingen uit hoofde de Wvz aan bod zijn gekomen, verdient het aanbeveling om inzichtelijk te maken welke vergoedingen met elkaar kunnen cumuleren en/of afzonderlijk kunnen worden opgelegd. Dit komt in paragraaf 6.1. aan bod. Daarnaast vindt de onderzoeker het van belang de overeenkomsten en de verschillen van de wettelijke ontslagvergoedingen in kaart te brengen. Hiervoor is in bijlage I een tabel opgenomen. In deze tabel zijn de verschillende vergoedingen overzichtelijk uiteengezet. De opvallendste verschillen en overeenkomsten zullen in paragraaf 6.2. worden besproken. Tot slot wilt de onderzoeker de verhoudingen van de vergoedingen in paragraaf 6.3. in kaart brengen. Het is namelijk van belang om inzichtelijk te maken op welke wijze de vergoedingen zich tot elkaar verhouden om te bezien of er overlapping zit in de vergoedingen of juist niet, waardoor vervolgens bekeken kan worden of vergoedingen in mindering brengen op elkaar de juiste gedachtegang is. In deze paragraaf worden uitsluitend de meningen van auteurs in kaart gebracht. De meningen en handelwijzen van de kantonrechters van rechtbank Limburg en van de andere rechtbanken/gerechtshoven komen in hoofdstuk 7 en 8 aan bod.

6.1. Mogelijke cumulaties

Alle vergoedingen zijn in beginsel te combineren, maar zijn niet afhankelijk van elkaar.¹²³ Zo kan iedere vergoeding ook afzonderlijk worden toegekend. Een transitievergoeding kan bijvoorbeeld alleen (dus zonder toekenning van andere vergoedingen) worden toegekend bij ontbinding wegens disfunctioneren (art. 7:669 lid 3 sub d BW). Daarnaast kan ook alleen de gefixeerde schadevergoeding worden toegekend. Te denken valt aan een werknemer die onterecht op staande voet ontslag neemt. De werkgever kan de kantonrechter dan verzoeken om een gefixeerde schadevergoeding toe te kennen wegens het niet in acht nemen van de opzegtermijn (art. 7:672 lid 10 BW). Verder zijn er ook procedures mogelijk waarbij uitsluitend een billijke vergoeding wordt toegekend. Te denken valt aan een werknemer die ontbinding verzoekt van een arbeidsovereenkomst, die minder dan 24 maanden heeft voortgeduurd. Indien de werknemer stelt en voldoende aannemelijk maakt dat de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, kan hij een billijke vergoeding toegekend krijgen (art. 7:671c lid 2 sub b BW). Daarnaast is het mogelijk dat een kantonrechter alle vergoedingen toekent aan de werknemer. Te denken valt aan een onterecht gegeven ontslag op staande voet. De werknemer kan indien de arbeidsovereenkomst langer dan 24 maanden heeft voortgeduurd aanspraak maken op een transitievergoeding (art. 7:673 BW). Daarnaast kan de werknemer ook aanspraak maken op een gefixeerde schadevergoeding (art. 7:672 lid 10 BW), aangezien de werkgever door het onterecht gegeven ontslag op staande voet de geldende opzegtermijn niet in acht heeft genomen. Verder kan de werknemer aanspraak maken op een billijke vergoeding, indien hij berust in het ontslag op staande voet (7:681 BW). Zoals eerder aan bod kwam in paragraaf 5.2.3. staat in art. 7:681 BW niet expliciet de eis van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan de zijde van de werkgever voor toekenning van de billijke vergoeding, toch heeft de wetgever in de parlementaire geschiedenis bepaald dat ernstig verwijtbaar handelen of nalaten is inbegrepen bij de voorwaarden waaronder een beroep op art. 7:681 BW kan worden gedaan.¹²⁴

6.2. Verschillen en overeenkomsten

Indien een blik wordt geworpen op het schema in bijlage I valt op dat de omvang van de meeste vergoedingen voorspelbaar is. Dit komt omdat de transitievergoeding en de verschillende gefixeerde schadevergoedingen als het ware een wettelijke formule kennen. De billijke vergoeding is daarentegen onvoorspelbaar. Zoals eerder aan bod kwam in hoofdstuk 5 heeft de wetgever namelijk gewild dat de kantonrechter een billijke vergoeding kan toekennen die geheel aansluit bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval.¹²⁵ Indien er een gestandaardiseerde formule wordt ontwikkeld is het vrijwel onmogelijk om een vergoeding toe te kennen die geheel aansluit bij alle omstandigheden van het

¹²³ Van Slooten e.a. 2015, p. 244.

¹²⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 61; *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 113.

¹²⁵ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, P. 61.

geval. Het is namelijk dan als het ware een invuloefening waardoor het niet meer mogelijk is om aan bepaalde gedragingen/gevolgen een bedrag te verbinden.

Daarnaast valt op dat enkel de gefixeerde schadevergoeding zowel aan de werknemer als de werkgever kan worden toegekend. Op een transitievergoeding en een billijke vergoeding kan uitsluitend de werknemer aanspraak maken. Verder valt op dat de matigingsbevoegdheid bij zowel de transitievergoeding als de gefixeerde schadevergoeding nauw aan banden is gelegd. De kantonrechter mag wel matigen, maar in zeer beperkte mate.

6.3. *De verhoudingen van de vergoedingen tot elkaar*

Indien er een cumulatie van verschillende arbeidsrechtelijke vergoedingen plaatsvindt, is het van belang om inzichtelijk te hebben hoe de vergoedingen zich tot elkaar verhouden. De onderzoeker is middels haar onderzoek namelijk erachter gekomen dat de wijze waarop iemand vindt dat de vergoedingen zich tot elkaar verhouden doorslaggevend is voor de wijze van toekenning van de billijke vergoeding. Degenen die vinden dat in iedere arbeidsrechtelijke vergoeding een component voor de inkomensopvang zit, zijn van mening dat de verschillende arbeidsrechtelijke vergoedingen zich gedeeltelijk overlappen en dat dat ook tot uitdrukking moet komen bij een cumulatie. Zij brengen bijvoorbeeld al dan niet expliciet de andere arbeidsrechtelijke vergoedingen in mindering op de billijke vergoeding. Degenen die (bijvoorbeeld) vinden dat de gefixeerde schadevergoedingen niet het doel van inkomensopvang beoogt, zijn daarentegen van mening dat de arbeidsrechtelijke vergoedingen zich op een andere wijze tot elkaar verhouden, namelijk geheel afzonderlijk. Deze groep zal dan ook niet de andere vergoedingen in mindering brengen op de billijke vergoeding.

Vóór de Hairstyle-beschikking was er vrijwel geen onenigheid over de wijze waarop de verschillende vergoedingen zich tot elkaar verhielden. De transitievergoeding bevatte namelijk de componenten transitie/verwervingskosten en (gedeeltelijke) dekking van de inkomensschade.¹²⁶ De gefixeerde schadevergoeding zag erop toe dat de partij wiens contract eerder werd beëindigd of wiens contract werd beëindigd zonder in achtneming van de opzegtermijn werd gecompenseerd door middel van het toekennen van een gefixeerd (schade)bedrag. De billijke vergoeding daarentegen stond voor de Hairstyle-beschikking los van de daadwerkelijk geleden schade. In de memorie van toelichting wordt uitsluitend benoemd dat de hoogte van de billijke vergoeding in relatie moet staan tot het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.¹²⁷ Zoals eerder aan bod kwam in paragraaf 5.4. is in de Hairstyle-beschikking bepaald dat wél rekening mag worden gehouden met de gevolgen van het ontslag die te wijten zijn aan het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Ook valt uit de Hairstyle-beschikking af te leiden dat de kantonrechter rekening kan houden met de eventueel toekomstige transitievergoeding.¹²⁸

Op grond van het bovenstaande is een aantal auteurs van mening dat de drie vergoedingen een zekere mate van overlapping hebben met elkaar. Zowel de transitievergoeding, de gefixeerde schadevergoeding als de billijke vergoeding beogen (gedeeltelijke) compensatie van de gevolgschade van het ontslag. Inmiddels hebben ook al enkele auteurs zich uitgelaten over deze materie. Zo lijkt het volgens Verhulp aannemelijk dat bij de begroting van de billijke vergoeding ook rekening mag worden gehouden met de gefixeerde schadevergoeding, ook al staat dat niet expliciet in de Hairstyle-beschikking.¹²⁹ Ook de auteurs Van de Kam en Postma volgen deels de gedachtegang van Verhulp. Volgens hen moeten de bedragen van de transitievergoeding en de gefixeerde schadevergoeding in mindering worden gebracht op de billijke vergoeding. Indien dat niet gebeurt zal volgens hen de werknemer dubbel gecompenseerd worden. Beide vergoedingen dekken namelijk de inkomensschade, aldus Van de Kam en Postma.¹³⁰ Auteur Van Zanten-Baris trekt deze gedachtegang in twijfel. In haar noot bij een uitspraak van rechtbank Midden-Nederland van 12 januari 2018 vermeldt zij over de transitievergoeding:

¹²⁶ *Kamerstukken II* 2013/14, 333818, 3, p. 38.

¹²⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 32-33.

¹²⁸ HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187, rov. 3.4.5.

¹²⁹ HR 30 juni 2017, NJ 2017/298, m.nt. E. Verhulp onder punt 11.

¹³⁰ Van de Kam & Postma, *ArbeidsRecht* 2017/49.

‘De transitievergoeding is een forfaitair bedrag waarbij het niet ter zake doet of in het concrete geval daadwerkelijke schade wordt geleden of (inmiddels) de transitie naar ander werk is geslaagd. De vraag naar verwijtbaarheid wordt in beginsel niet gesteld. De billijke vergoeding wordt daarentegen juist toegekend op basis van concrete omstandigheden van het geval. De gevolgen mogen pas worden betrokken bij de begroting van de billijke vergoeding als blijkt dat deze zijn toe te rekenen aan het ernstig verwijtbaar handelen. Daar de vergoedingen verschillend van aard zijn, ligt het meer in de rede de vergoedingen naast elkaar toe te kennen.’¹³¹

Tot slot ziet Vegter alleen aanleiding voor verrekening van de gefixeerde schadevergoeding en de transitievergoeding indien er geen grove mate van ernstige verwijtbaarheid aanwezig is aan werkgeverszijde. Zij koppelt de mogelijkheid tot verrekening dus aan de mate van ernstige verwijtbaarheid en niet aan de gevolgen van het ontslag van de werknemer.¹³²

6.4. Tussenconclusie

Kortom, alle arbeidsrechtelijke vergoedingen kunnen met elkaar cumuleren, maar zijn niet afhankelijk van elkaar. Zowel de transitievergoeding, de gefixeerde schadevergoeding als de billijke vergoeding kunnen ook afzonderlijk worden toegekend. Daarnaast is de omvang van zowel de transitievergoeding als de gefixeerde schadevergoeding gemakkelijk in te schatten. De berekenwijze van deze vergoedingen is namelijk in de wet opgenomen. Verder kan alleen de gefixeerde schadevergoeding ook aan de werkgever worden toegekend. Voorts kunnen alle vergoedingen worden gematigd, maar is de matigingsbevoegdheid nauw aan banden gelegd en ligt het van desbetreffende variant af op welke wijze gematigd mag worden. Tot slot kwam aan bod dat in de literatuur onenigheid bestaat over de verhoudingen van de arbeidsrechtelijke vergoedingen. Hierdoor is er geen eenduidige conclusie uit de literatuur af te leiden.

¹³¹ Rb. Midden-Nederland, 12 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:100, m.nt. A. van Zanten-Baris.

¹³² Vegter, TRA 2017/92.

7. Huidige situatie en handelswijze binnen rechtbank Limburg

Nu het juridische kader van de verschillende arbeidsrechtelijke vergoedingen en de cumulatie van de arbeidsrechtelijke vergoedingen in kaart is gebracht, wordt het tijd dat inzichtelijk wordt gemaakt hoe de praktijk omgaat met dit vraagstuk. Om te beginnen bij de situatie en handelswijze binnen de rechtbank Limburg. Zoals eerder in de probleembeschrijving (paragraaf 1.2.) aan bod kwam, zijn de verschillende handelswijzen voor wat betreft de cumulatie van arbeidsrechtelijke vergoedingen binnen de rechtbank Limburg de aanleiding van dit onderzoek. In deze paragraaf zal allereerst inzichtelijk worden gemaakt op welke wijze de onderzoeker de praktijkdata heeft verzameld (paragraaf 7.1). Vervolgens worden de belangrijkste resultaten in kaart gebracht en besproken (paragraaf 7.2.). Tot slot wordt er een omvattende tussenconclusie geformuleerd (paragraaf 7.3.).

7.1. Werkwijze onderzoeker

Middels een jurisprudentie-analyse en interviews heeft de onderzoeker inzichtelijk willen maken hoe de rechtbank Limburg omgaat met de cumulatie van arbeidsrechtelijke vergoedingen en vooral waar de discussiepunten zitten. Voor het houden van de interviews heeft de onderzoeker de cursus kwalitatief interviewen & kwalitatieve analyse gevolgd. In bijlage 3 is het certificaat opgenomen dat de onderzoeker heeft gekregen voor haar deelname aan deze cursus.

Voor de interviews is een selectie gemaakt van vijf kantonrechters. Deze selectie is gebaseerd op een voorafgaande jurisprudentie-analyse. Middels deze jurisprudentie-analyse is bekeken welke kantonrechters na de Hairstyle-beschikking van 30 juni 2017 een billijke vergoeding gezamenlijk met minimaal één andere arbeidsrechtelijke vergoeding hebben toegekend. De onderzoeker acht het van belang dat de geselecteerde kantonrechters minimaal één zaak na het wijzen van de Hairstyle-beschikking hebben gedaan waarin cumulatie van arbeidsrechtelijke vergoedingen plaatsvindt. De Hairstyle-beschikking was namelijk, zoals in paragraaf 5.3. aan bod kwam, de aanleiding van de gehele discussie omtrent de cumulatie. Voor het houden van de interviews is, in het kader van toestemming en anonimiteit, aan de geselecteerde kantonrechters een instemmingsprotocol toegezonden. Deze instemmingsprotocollen zijn opgenomen in bijlagen 4, 5, 6, 7 en 8. Iedere kantonrechter heeft ingestemd met de gestelde voorwaarden voor het interview. Verder heeft de onderzoeker enkele dagen voor aanvang van het interview naar iedere kantonrechter de vragen, die zij in ieder geval wilde stellen, toegezonden. Deze vragen waren per kantonrechter verschillend omdat er werd ingegaan op specifieke overwegingen uit hun uitspraken en op overwegingen van hun collega kantonrechters. De vragenlijsten zijn terug te vinden in bijlagen 9, 10, 11, 12 en 13. Iedere kantonrechter heeft toestemming gegeven om een geluidsopname te maken van het interview. Middels deze geluidsopnames heeft de onderzoeker de interviews kunnen transcriberen. Deze transcripties zijn opgenomen in bijlage 14, 15, 16, 17 en 18.

7.2. De praktijkresultaten

De onderzoeker heeft aan de hand van gehouden interviews een tabel gemaakt waarin de belangrijkste data van het praktijkonderzoek zijn opgenomen. Deze tabel is te vinden in bijlage 19. Zoals te zien is in deze bijlage zijn vijf hoofdaspecten uit de gehouden interviews geselecteerd. Dat zijn: 'De kantonrechter houdt bij de begroting van de billijke vergoeding rekening met de andere arbeidsrechtelijke vergoedingen', 'De kantonrechter brengt de gefixeerde schadevergoeding in mindering op de billijke vergoeding', 'De kantonrechter brengt (een gedeelte van) de transitievergoeding in mindering op de billijke vergoeding', 'De kantonrechter houdt bij het bepalen van de omvang van de billijke vergoeding rekening met de (eventueel) toekomstige uitkeringen' en 'De kantonrechter zijn aanvliegroute bij het bepalen van de omvang van de billijke vergoeding.' Deze hoofdaspecten kwamen het meest aan bod tijdens de interviews en/of zijn het meest van belang voor beantwoording van de centrale vraag van het onderzoek.

In deze paragraaf worden de belangrijkste bevindingen per hoofdaspect besproken.

'De kantonrechter houdt bij de begroting van de billijke vergoeding rekening met de andere arbeidsrechtelijke vergoedingen'

Uit de tabel in bijlage 19 valt op te maken dat alle kantonrechters in ieder geval rekening houden met één andere arbeidsrechtelijke vergoeding, namelijk met de transitievergoeding. Alle kantonrechters zijn van mening dat na de Hairstyle-beschikking rekening moet worden gehouden met de vraag of de werknemer

aanspraak maakt op een transitievergoeding. Dit is overigens ook letterlijk in de Hairstyle-beschikking bepaald.¹³³ Verder valt op dat slechts één kantonrechter, namelijk kantonrechter 1, principieel de gefixeerde schadevergoeding buiten de begroting van de billijke vergoeding houdt.

Ter motivering van zijn standpunt gaf kantonrechter 1 in het interview aan:

“De gefixeerde schadevergoeding verschilt principieel en naar rechtsgrond van de billijke vergoeding. Belangrijk argument is dat de gefixeerde schadevergoeding volgens oude rechtspraak van de Hoge Raad ongeacht de gevolgen/schade kan worden opgelegd. De onregelmatige opzegging is alleen de reden.” “De billijke vergoeding en de gefixeerde schadevergoeding staan volledig los van elkaar. Als je een vergoeding krijgt wegens onregelmatige opzegging, steek het in je zak en we gaan daarna verder discussiëren over de billijke vergoeding. Het is niet het loon dat je krijgt, nee, de vergoeding is gelijk aan het loon over de opzegtermijn. Het is slechts een formule voor de vergoeding.”

De andere kantonrechters delen min of meer de mening dat ze na de Hairstyle-beschikking rekening moeten houden met alle gevolgen van het ontslag. Zowel met de positieve gevolgen als met de negatieve gevolgen. Zowel de gefixeerde schadevergoeding als de transitievergoeding zijn positieve gevolgen van het ontslag, die de daadwerkelijk geleden schade verkleinen. Kantonrechter 3 verwijst voor zijn motivering ook naar rov. 3.4.5. van de Hairstyle-beschikking waarin staat aangegeven dat de schadeberekening van boek 6 zich ook leent voor de schadeberekening van de billijke vergoeding. Deze kantonrechter wees mij vervolgens op art. 6:100 BW waarin staat dat ook met de voordelen van een nadelige gebeurtenis rekening moet worden gehouden bij het bepalen van de omvang van de schade. Daar vallen, naar zijn mening, ook de andere toekomstige vergoedingen onder.

‘De kantonrechter brengt de gefixeerde schadevergoeding in mindering op de billijke vergoeding’

Verder valt uit de tabel in bijlage 19 op te maken dat drie van de vijf kantonrechters de toekomstige gefixeerde schadevergoeding expliciet in mindering brengen op de billijke vergoeding. Deze kantonrechters maken met name bij de ontslag-op-staande-voet-zaken een schatting van hoelang het dienstverband (eventueel) had kunnen voortduren indien er geen onterecht ontslag op staande voet was gegeven. Indien de schatting bijvoorbeeld uitkomt op één jaar, dan vinden deze kantonrechters het reëel dat de gefixeerde schadevergoeding in mindering wordt gebracht op de begrote schade over deze periode. De gefixeerde schadevergoeding compenseert immers al de inkomensschade over de opzegtermijn.

Kantonrechter 2 geeft in haar interview ter motivering van haar standpunt aan:

“Als je begint bij de gevolgen, dan kijk je naar het totaal van de gevolgen en dan kijk je ook naar de vraag of die gevolgen al gedeeltelijk gecompenseerd zijn door de een van de andere vergoedingen. De eerste die daarbij opvalt is de gefixeerde schadevergoeding. Hij is weliswaar gefixeerd, maar hij heet natuurlijk niet voor niets schadevergoeding, want hij ziet op het missen van die opzegtermijn. Het missen van die opzegtermijn of de consequentie dat je van vandaag op morgen je baan verliest, is twee keer hetzelfde gevolg. Als je dat ook nog een keer in de billijke vergoeding gaat meetellen, dan tel je dat dubbel op.”

Verder spreekt het voor zich dat kantonrechter 1 niet de gefixeerde schadevergoeding in mindering zal brengen. Zoals in eerder aan bod kwam, is hij hier principieel tegen.

Tot slot valt op dat ook kantonrechter 5 aangeeft de gefixeerde schadevergoeding niet één op één te willen aftrekken van de billijke vergoeding.

Kantonrechter 5 legt hierbij uit:

“Een één op één berekening verhoudt zich wellicht niet tot het karakter van de billijke vergoeding. De billijke vergoeding is een schatting en zal dus altijd neerkomen op een geschat bedrag. Daar past bij dat je er in je achterhoofd rekening mee houdt, maar niet dat je tot op de cent nauwkeurig gaat aftrekken.”

¹³³ HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187 (rov. 3.4.5.)

‘De kantonrechter brengt (een gedeelte van) de transitievergoeding in mindering op de billijke vergoeding’

Zoals eerder aan bod kwam zijn alle kantonrechters het erover eens dat je rekening moet houden met de transitievergoeding bij de begroting van de billijke vergoeding. Echter, zoals uit de tabel in bijlage 19 valt op te maken, verschillen de meningen over de wijze waarop er rekening mee moet worden gehouden met de transitievergoeding. Twee kantonrechters, kantonrechter 1 en 3, knippen de transitievergoeding als het ware in tweeën. Deze kantonrechters geven aan dat er twee elementen in de transitievergoeding zitten, namelijk een deel voor opvang van de transitie- en verwervingskosten en een deel voor de inkomensopvang. Deze kantonrechters vinden het redelijk dat het gedeelte dat toeziet op de inkomensopvang in mindering wordt gebracht op de billijke vergoeding, omdat er anders sprake is van dubbelcompensatie.

Kantonrechters 2 en 4 zijn echter tegen deze knip. Zo geeft kantonrechter 4 hierover aan in het interview:

“Zo’n transitievergoeding in tweeën knippen en zeggen de ene helft is voor dit en de andere helft is voor dat. Dat is toch allemaal nep-precisie. Ik accepteer dat het gedaan wordt, maar ik denk dan waarop is dat gebaseerd? Hoe heb je dat uitgerekend?”

Verder is het opmerkelijk dat kantonrechter 2 en 4 beiden tegen de knip zijn, maar hiermee anders omgaan in hun uitspraken. Zo brengt kantonrechter 4 de hele transitievergoeding in mindering omdat hij niet weet waarop hij de knip moet baseren. Kantonrechter 2 geeft daarentegen aan dat ze de transitievergoeding dan liever als een gegeven beschouwt. Juist omdat ze de knip niet kan maken.

Kantonrechter 5 is net zoals bij de gefixeerde schadevergoeding ook geen voorstander van het één op één aftrekken van de transitievergoeding. Hiervoor heeft kantonrechter 5 dezelfde motivering als bij de gefixeerde schadevergoeding.

‘De kantonrechter houdt bij het bepalen van de omvang van de billijke vergoeding rekening met de (eventueel) toekomstige uitkeringen’

Tijdens de interviews kwamen de uitkeringen al snel ter sprake. Ook al is het onderzoek niet gericht op de vraag of uitkeringen moeten worden meegenomen bij de begroting van de billijke vergoeding, toch vindt de onderzoeker dit interessante informatie in de vorm van ‘bijvangst’. De uitkeringen hebben namelijk veel overeenkomsten met de vergoedingen. De werknemer blijft uiteraard het liefst in dienst, maar de gevolgen van het ontslag worden door zowel de vergoedingen als door de uitkeringen verkleind.

Zoals uit de tabel in bijlage 19 valt op te maken, houden vier van de vijf kantonrechters rekening met de (eventueel) toekomstige uitkeringen. Zij zijn het erover eens dat je met alle gevolgen van het ontslag rekening moet houden bij het bepalen van de omvang van de billijke vergoeding en dat zijn dus ook de uitkeringen. De uitkeringen zijn een positief gevolg van het ontslag, waardoor de inkomensschade wordt verkleind. Kantonrechter 1 is het hier echter niet mee eens. Zo geeft hij aan tijdens het interview:

“Ik liet uitkeringen altijd principieel erbuiten. Dat is een andere bron. Het gaat erom of de werkgever iets moet betalen.”

‘De aanvliegroute bij de billijke vergoeding’

Tot slot heeft de onderzoeker ervoor gekozen om in kaart te brengen hoe de verschillende kantonrechters de billijke vergoeding aanvliegen. Zo kunnen de kantonrechters van elkaar bekijken hoe ze te werk gaan. Uit de tabel in bijlage 19 valt op te maken dat drie kantonrechters (kantonrechter 2, 4 en 5) eerst beginnen bij de begroting van de gevolgschade. Kantonrechters 2 en 4 kiezen ervoor om dit vrij expliciet te doen en kantonrechter 5 vindt het eerlijker om de schadebegroting vaag te houden. Hij geeft aan dat het immers maar schattingen van bedragen zijn en dat hij door ze precies te noemen alleen maar de kans op een hoger beroep vergroot. Procederende partijen kunnen dan gemakkelijker zien of de kantonrechter iets is vergeten dat van belang zou kunnen zijn voor de schadebegroting. De hiervoor genoemde kantonrechters (kantonrechter 2, 4 en 5) maken in ieder geval eerst een gevolgschadeberekening, al dan niet expliciet in hun uitspraken. Indien het bedrag dat uit de schadebegroting voortvloeit billijk is, gezien de omstandigheden van het geval, laten zij dat de billijke vergoeding zijn. Indien ze van mening zijn dat enkel het bedrag van de gevolgschade niet billijk is, gezien de omstandigheden van het geval, dan voegen zij een component voor de ernstige verwijtbaarheid toe.

Ter illustratie een citaat uit het interview met kantonrechter 2:

“Daarom benadruk ik van als je het hebt over de gevolgen, vind ik dat je op dat moment alleen moet kijken naar de werknemer. Je kijkt pas naar de werkgever, wat mij betreft althans, als je de gevolgen van de werknemer bij elkaar hebt gezet en je kijkt naar wat voor bedrag heb ik nou. Is dat bedrag gelet op het handelen van de werkgever billijk of is dat nog te weinig.”

Kantonrechter 1 en 3 beginnen, anders dan kantonrechter 2, 4 en 5, (meestal) bij het waarden van de mate van ernstige verwijtbaarheid van de werkgever. Aan deze mate van ernstige verwijtbaarheid verbinden zij een bedrag. Vervolgens gaan zij de gevolgschade – al dan niet concreet – berekenen.

7.3. Tussenconclusie

Samenvattend kan geconcludeerd worden dat alle kantonrechters, behoudens kantonrechter 1, rekening houden met de andere arbeidsrechtelijke vergoedingen bij de begroting van de billijke vergoeding. Kantonrechter 1 vindt dat geen rekening moet worden gehouden met de gefixeerde schadevergoeding. Daarnaast kan geconcludeerd worden dat de meerderheid zowel de gefixeerde schadevergoeding als de transitievergoeding in mindering brengt op de billijke vergoeding. De wijze waarop de transitievergoeding in mindering wordt gebracht, is echter uiteenlopend. Een gedeelte brengt de gehele transitievergoeding in mindering en een ander gedeelte maakt een knip in de transitievergoeding. Ook kan gesteld worden dat de meerderheid rekening houdt met de (eventueel) toekomstige uitkeringen. Tot slot vliegt de meerderheid de billijke vergoeding aan via de werknemer en zijn gevolgen.

In het volgende hoofdstuk wordt in kaart gebracht hoe de andere rechtbanken en gerechtshoven omgaan met de cumulatie van arbeidsrechtelijke vergoedingen.

8. Huidige situatie en handelswijze bij andere lagere rechterlijke instanties

Nu in kaart is gebracht hoe de kantonrechters van de rechtbank Limburg omgaan met de cumulatie van de arbeidsrechtelijke vergoedingen, is het van belang om ook de handelswijzen van de andere lagere rechters inzichtelijk te maken. Op grond hiervan kan namelijk een vergelijking worden gemaakt met de handelswijzen binnen de rechtbank Limburg en de andere rechtbanken en gerechtshoven. De onderzoeker wilde ook graag interviews afnemen met de (kanton)rechters van de andere gerechtelijke instanties, maar gelet op de beschikbare tijd voor het onderzoek was dat helaas niet mogelijk. Er is daarom gekozen voor het maken van een jurisprudentie-analyse van zowel beschikkingen van de andere rechtbanken als van de gerechtshoven waarin cumulatie van arbeidsrechtelijke vergoedingen voorkomt. Alle uitspraken dateren na 30 juni 2017. Op deze datum werd namelijk de Hairstyle-beschikking gewezen. In deze paragraaf worden allereerst de resultaten van de jurisprudentie-analyse van de uitspraken van de andere rechtbanken in kaart gebracht (paragraaf 8.1.). Voorts worden de resultaten van de jurisprudentie-analyse van de uitspraken van de gerechtshoven inzichtelijk gemaakt (paragraaf 8.2.) Tot slot wordt er een omvattende tussenconclusie geformuleerd (paragraaf 8.3.).

8.1. Hoe gaan andere rechtbanken om met de cumulatie van arbeidsrechtelijke vergoedingen?

De onderzoeker heeft voor beantwoording van de bovengenoemde vraag een jurisprudentie-analyse uitgevoerd van 20 uitspraken van verschillende rechtbanken van Nederland, behoudens de uitspraken van de rechtbank Limburg. De meningen van de kantonrechters van de rechtbank Limburg zijn immers middels de afgenomen interviews aan bod gekomen in hoofdstuk 7. Een overzicht van de 20 uitspraken die zijn gebruikt voor deze jurisprudentie-analyse is te vinden in bijlage 20. In alle 20 uitspraken worden ofwel een billijke vergoeding en een transitievergoeding, een billijke vergoeding en een gefixeerde schadevergoeding of alle voorgenoemde vergoedingen toegekend. De resultaten van de jurisprudentie-analyse zijn verwerkt in een grafiek, die is opgenomen als bijlage 22. Zoals in deze grafiek te zien is, heeft de onderzoeker ervoor gekozen om in kaart te brengen hoeveel kantonrechters helemaal geen vergoedingen in mindering brengen op de billijke vergoeding en/of helemaal geen rekening houden met de andere arbeidsrechtelijke vergoedingen. Dit is de eerste staaf van de grafiek. De tweede staaf van de grafiek maakt inzichtelijk hoeveel kantonrechters wel rekening houden met de andere arbeidsrechtelijke vergoedingen bij de begroting van de billijke vergoeding. Onder deze staaf vallen zowel de kantonrechters die alleen aangeven dat ze er rekening mee houden, maar ook de kantonrechters die de andere arbeidsrechtelijke vergoedingen expliciet in mindering brengen op de billijke vergoeding. Voorts maakt de derde staaf inzichtelijk hoeveel kantonrechters de gefixeerde schadevergoeding in mindering brengen op de billijke vergoeding. Tot slot geeft staaf vier weer hoeveel kantonrechters (een gedeelte) van de transitievergoeding in mindering brengen op de billijke vergoeding.

Zoals uit de grafiek valt op te maken houdt de meerderheid rekening met de vraag of de werknemer aanspraak kan maken op een andere arbeidsrechtelijke vergoeding. Het valt op dat in de (meeste) uitspraken waarin rekening wordt gehouden met de andere vergoedingen wordt gekeken naar de inkomensschade van de werknemer. In de meeste gevallen gebeurt dit in zaken waarin sprake is van een onterecht gegeven ontslag op staande voet. In acht van de dertien ontslag-op-staande-voet-zaken houden de kantonrechters namelijk rekening met de vraag of de werknemer aanspraak maakt op een transitievergoeding of gefixeerde schadevergoeding. Indien de werknemer geen tot nauwelijks inkomensschade lijdt, houden veel kantonrechters de andere (eventueel) toekomstige vergoedingen buiten beschouwing bij de begroting van de billijke vergoeding. Middels de andere vergoedingen wordt de inkomensschade van de werknemer immers gecompenseerd. Indien er geen inkomensschade bestaat, is het, in mijn optiek, logisch dat veel kantonrechters de andere vergoedingen buiten beschouwing laten. In dat geval kennen de meeste kantonrechters een billijke vergoeding toe met een louter preventief/punitief karakter. Bij veel gevallen die onder staaf 1 vallen is daar sprake van, vandaar dat een groot gedeelte ook geen rekening houdt met de andere vergoedingen. In sommige gevallen zien kantonrechters aanleiding voor een immateriële component toe te voegen. Deze component wordt alleen toegevoegd in gevallen dat

vaststaat de werknemer schade heeft geleden, die losstaat van de financiële inkomensschade. Verwijzingen naar boek 6 ontbreken hiervoor in de meeste gevallen.

Ook bij de andere categorieën van de billijke vergoeding houdt een aantal kantonrechters rekening met de andere (eventueel) toekomstige vergoedingen. Namelijk in drie van de vijf ontbindingszaken en in één van de twee art. 7:682 lid 3 BW-zaken houden de kantonrechters rekening met de vraag of de werknemer aanspraak maakt op een transitievergoeding. Indien de kantonrechters rekening houden met de andere vergoedingen is er vrijwel altijd sprake van inkomensschade aan werknemerszijde. De kantonrechter bepaalt deze inkomensschade veelal aan de hand van twee vragen. Dat zijn: binnen welke termijn de werknemer nieuw werk zou kunnen krijgen en welke inkomsten de werknemer in de toekomst in redelijkheid zou kunnen verwerven. Ook bij de ontbindingszaken en art. 7:682 lid 3 BW-zaken valt op dat de transitievergoeding buiten beschouwing wordt gelaten bij de begroting van de billijke vergoeding indien de werknemer geen tot nauwelijks inkomensschade zal leiden. Ook in dat geval zal de kantonrechter een billijke vergoeding toekennen die in verhouding staat tot het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Deze vergoeding kent dan meer een specifiek preventief/punitief karakter.

Verder valt op dat slechts in drie van twintig zaken expliciet vergoedingen in mindering worden gebracht op de billijke vergoeding.^{134 135 136} Zoals in hoofdstuk 7 aan bod kwam, blijkt dat het bij de rechtbank Limburg vaker voorkomt dat vergoedingen expliciet in mindering worden gebracht. Echter, zoals eerder werd aangegeven, heeft de onderzoeker gelet op de beschikbare tijd geen interviews kunnen houden met kantonrechters van andere rechtbanken. De onderzoeker heeft hierdoor niet geheel inzichtelijk kunnen krijgen wat de kantonrechters, die zeggen rekening te houden met de andere vergoedingen, precies hebben gedaan bij het bepalen van de omvang van de billijke vergoeding. Het is goed mogelijk dat zij misschien één of twee vergoedingen in mindering hebben gebracht op de billijke vergoeding, maar dit niet expliciet hebben weergegeven in hun uitspraak. Uit de jurisprudentie-analyse valt uitsluitend op te maken dat twee kantonrechters de gefixeerde schadevergoeding in mindering brengen op de billijke vergoeding als alternatief voor vernietiging van de opzegging en dat slechts één kantonrechter expliciet een gedeelte van de transitievergoeding in mindering brengt op de billijke vergoeding. Slechts één kantonrechter geeft daarentegen expliciet aan in zijn uitspraak dat hij geen aanleiding ziet om de gefixeerde schadevergoeding in mindering te brengen op de billijke vergoeding.¹³⁷ Volgens deze kantonrechter dient het onterecht gegeven ontslag op staande voet voor rekening van de werkgever te komen. Indien de vergoeding wegens onregelmatige opzegging in mindering wordt gebracht op de billijke vergoeding, zou dat onvoldoende recht doen aan het uitgangspunt dat de werknemer gecompenseerd moet worden voor het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever, aldus deze kantonrechter.

In de volgende paragraaf wordt inzichtelijkgemaakt hoe de gerechtshoven omgaan met de cumulatie van arbeidsrechtelijke vergoedingen.

8.2. Hoe gaan gerechtshoven om met de cumulatie van arbeidsrechtelijke vergoedingen?

Nu in kaart is gebracht hoe de andere kantonrechters omgaan met de cumulatie van arbeidsrechtelijke vergoedingen, is het belang om ook inzichtelijk te maken hoe de gerechtshoven omgaan met de cumulatie van arbeidsrechtelijke vergoedingen. De gerechtshoven staan namelijk hoger in rang dan de rechtbanken en hebben daardoor een meer gezag gevende functie.

Om deze vraag te kunnen beantwoorden heeft de onderzoeker een jurisprudentie-analyse gemaakt van 12 beschikkingen van verschillende gerechtshoven. Alle beschikkingen dateren na 30 juni 2017, omdat op dat moment de Hairstyle-beschikking is gewezen en de discussie omtrent de cumulatie van de arbeidsrechtelijke vergoedingen is begonnen. Een overzicht van de 12 beschikkingen, die zijn gebruikt voor

¹³⁴ Ktr. Zwolle 23 oktober 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:4258.

¹³⁵ Ktr. Alkmaar 12 september 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:7424.

¹³⁶ Ktr. Amersfoort 15 februari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:368.

¹³⁷ Ktr. Noord Holland 5 december 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:11175.

deze jurisprudentie-analyse, is te vinden in bijlage 21. In alle 12 beschikkingen worden ofwel een billijke vergoeding en een transitievergoeding, een billijke vergoeding en een gefixeerde schadevergoeding of alle voorgenoemde vergoedingen toegekend. De resultaten van de jurisprudentie-analyse zijn verwerkt in een grafiek, die is opgenomen in bijlage 22. Deze grafiek is op dezelfde wijze ingedeeld als de grafiek waarna verwezen wordt in paragraaf 8.1.

Indien een blik op de grafiek in bijlage 22 wordt geworpen, valt op dat de grote meerderheid in ieder geval rekening houdt met de vraag of de werknemer al dan niet aanspraak maakt op de andere vergoedingen. Een klein gedeelte daarvan (twee) brengt in haar uitspraak tot uitdrukking dat zij de gefixeerde schadevergoeding in mindering brengen op de billijke vergoeding. Dit gebeurt in twee beschikkingen van het gerechtshof Den Haag.^{138 139} In beide beschikkingen wordt aangegeven dat bij de berekening van de inkomensschade ook de periode van de opzegtermijn zit inbegrepen waarover de werknemer eveneens een gefixeerde schadevergoeding krijgt toegewezen. Het bedrag van de gefixeerde schadevergoeding dient daarom in mindering te worden gebracht op de billijke vergoeding, anders is er sprake van dubbelecompensatie over de periode van de opzegtermijn. Daarentegen geeft het gerechtshof 's-Hertogenbosch nadrukkelijk in twee beschikkingen aan dat geen aanleiding wordt gezien om gefixeerde schadevergoeding in mindering te brengen op de billijke vergoeding.^{140 141} Het gerechtshof 's-Hertogenbosch geeft hierbij aan dat de risico's van een ontslag op staande voet voor rekening van de werkgever dienen te komen.

Ook valt op dat er geen enkel gerechtshof (een gedeelte van) de transitievergoeding in mindering brengt op de billijke vergoeding. Dit is opvallend omdat dit binnen de rechtbank Limburg wel regelmatig geschiedt en ook bij de andere rechtbanken weleens gebeurt. De onderzoeker kan tot dusver niet verklaren waarom de gerechtshoven dit niet doen.

Verder valt op dat slechts één van de 12 beschikkingen een ontbindingszaak is.¹⁴² In deze zaak houdt het hof bij het bepalen van de omvang van de billijke vergoeding rekening met de toekomstige transitievergoeding. Het hof Arnhem-Leeuwarden geeft hierbij aan dat het aannemelijk wordt geacht dat de werknemer inkomens- en pensioenschade lijdt. Wellicht gaat het hof ervan uit dat de werknemer al gedeeltelijk wordt gecompenseerd door de transitievergoeding en houdt daarom rekening met de toekomstige transitievergoeding bij het bepalen van de schadeomvang. Nu het hof slechts in één beschikking zich heeft gebogen over de billijke vergoeding in een ontbindingsprocedure, kunnen hier geen nadere, algemene conclusies aan verbonden worden.

Tot slot valt op dat het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in twee beschikkingen in het geheel niet tot uitdrukking laat komen dat rekening wordt gehouden met de andere vergoedingen.^{143 144} In de eerste beschikking geniet de werknemer na het ontslag op staande voet inkomsten als zelfstandige. Het hof gaat bij de begroting van de billijke vergoeding ervan uit dat de inkomsten in de eerste maanden als zelfstandige naar ervaringsregels meestal laag zijn, maar brengt in de beschikking niet tot uitdrukking dat rekening is gehouden met de andere toekomstige vergoedingen, terwijl deze wel worden toegekend. In de tweede beschikking is de situatie anders. In deze zaak had de werknemer helemaal geen inkomensschade. Naar mijn mening is het dan logisch dat niet naar de andere vergoedingen wordt gekeken. De andere vergoedingen zijn namelijk een vorm van inkomenscompensatie. Indien er geen inkomensschade is, bestaat er ook geen aanleiding om rekening te houden met de andere toekomstige vergoedingen en heeft de billijke vergoeding uitsluitend een punitief/preventief karakter.

¹³⁸ Hof Den Haag, 28 februari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:355.

¹³⁹ Hof Den Haag 30 januari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:120.

¹⁴⁰ Hof 's-Hertogenbosch 18 januari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:144.

¹⁴¹ Hof 's-Hertogenbosch 21 januari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:340.

¹⁴² Hof Arnhem-Leeuwarden 14 maart 2018: ECLI:NL:GHARL:2018:2480.

¹⁴³ Hof Arnhem Leeuwarden 9 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1313.

¹⁴⁴ Hof Arnhem Leeuwarden 29 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:11488.

8.3. *Tussenconclusie*

Samenvattend kan worden geconcludeerd dat in ieder geval de grote meerderheid rekening houdt met de andere arbeidsrechtelijke vergoedingen bij het bepalen van de omvang van de billijke vergoeding. In de meeste gevallen is het onduidelijk op welke wijze er rekening wordt gehouden met de andere arbeidsrechtelijke vergoedingen. In de meeste beschikkingen wordt namelijk uitsluitend aangegeven: 'Bij de begroting van de billijke vergoeding wordt rekening gehouden met de toekomstige gefixeerde schadevergoeding en/of transitievergoeding.' Indien er rekening wordt gehouden met de andere arbeidsrechtelijke vergoedingen is er in de meeste gevallen wel sprake van inkomensschade aan de zijde van de werknemer. Dit geldt zowel voor de ontslag-op-staande-voet-zaken als voor de ontbindingszaken en de art.7:682 lid 3 BW-zaken. Indien er een billijke vergoeding met een uitsluitend punitief/preventief karakter wordt toegekend, dan laten veel rechters de andere vergoedingen buiten beschouwing. Tot slot valt op dat in vijf van 32 beschikkingen (van zowel de rechtbanken als de gerechtshoven) de gefixeerde schadevergoeding in mindering wordt gebracht en dat slechts één kantonrechter de transitievergoeding in mindering brengt op de billijke vergoeding.

9. Conclusies en aanbevelingen

Het laatste hoofdstuk van dit onderzoeksrapport dient ter beantwoording van de centrale vraag, te weten: *‘Welke aanbevelingen zijn af te leiden uit een onderzoek naar de invloed van de toekenning van de ene arbeidsrechtelijke vergoeding op de toekenning en de hoogte van de billijke vergoeding, gelet op de wijze waarop de verschillende arbeidsrechtelijke vergoedingen zich tot elkaar verhouden?’*

Indien men deze vraag goed bekijkt, valt op dat in deze centrale vraag meerdere componenten verscholen zitten, namelijk de vraag op welke wijze de verschillende arbeidsrechtelijke vergoedingen zich tot elkaar verhouden, de vraag naar wat de invloed is van de toekenning van de ene arbeidsrechtelijke vergoeding op de toekenning en de hoogte van de billijke vergoeding en welke aanbevelingen daaruit zijn af te leiden.

In paragraaf 9.1. ‘Conclusies’ zal een conclusie worden geformuleerd voor de eerste twee componenten (*‘op welke wijze verhouden de verschillende arbeidsrechtelijke vergoedingen zich tot elkaar,’* en *‘wat is de invloed van de toekenning van de ene arbeidsrechtelijke vergoeding op de toekenning en de hoogte van de billijke vergoeding’*). In paragraaf 9.2. ‘Aanbevelingen’ zal ik mijn aanbevelingen aan de rechtbank Limburg kenbaar maken. Dit is de derde component die verscholen zit in de centrale vraag. Deze aanbevelingen hebben betrekking op het antwoord op de centrale vraag en zullen zich dus strekken tot een cumulatie van de arbeidsrechtelijke vergoedingen in één procedure.

9.1. Conclusies

In paragraaf 9.1.1. zal de vraag: *‘Hoe verhouden de verschillende vergoedingen zich tot elkaar?’* worden beantwoord en in paragraaf 9.1.2. de vraag: *‘Wat is de invloed van de toekenning van de ene arbeidsrechtelijke vergoeding op de toekenning en de hoogte van de billijke vergoeding?’*

9.1.1. Hoe verhouden de verschillende vergoedingen zich tot elkaar?

Uit het onderzoek komt naar voren dat de meningen zowel in de literatuur, in de tijdschriftartikelen als in de praktijk zijn verdeeld over de wijze waarop de verschillende arbeidsrechtelijke vergoedingen zich tot elkaar verhouden. Ook is gebleken dat de wijze waarop iemand vindt dat de arbeidsrechtelijke vergoedingen zich tot elkaar verhouden doorslaggevend is voor de handelwijze tijdens een cumulatie van deze vergoedingen (voor nadere uitleg zie paragraaf 6.3.).

Ik heb de meningen uit de verschillende bronnen geanalyseerd en tegen elkaar afgewogen en ben tot de conclusie gekomen dat de verschillende arbeidsrechtelijke vergoedingen zich in ieder geval voor een gedeelte overlappen. In alle vergoedingen zit namelijk een component die beoogt de gevolgen van het ontslag te compenseren. Zo beoogt de transitievergoeding enerzijds het vergemakkelijken van de transitie van werk-naar-werk en de mogelijkheid tot bijscholing en anderzijds opvang van de inkomensschade. In welke mate welke gedeelte van toepassing is op de desbetreffende werknemer is geheel afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De een zal immers, afhankelijk van de toekomstige baan, meer transitie- en opleidingskosten moeten maken dan de ander. Of er nog ‘iets anders’ in de transitievergoeding zit, is niet van belang voor een cumulatie, want eventuele andere componenten zoals ‘een beloningsfactor’ hebben geen overlapping met de andere arbeidsrechtelijke vergoedingen.

Ook de gefixeerde schadevergoeding heeft in mijn optiek in zijn geheel betrekking op inkomenscompensatie. De werknemer of de werkgever krijgt deze vergoeding immers indien de wederpartij de arbeidsovereenkomst vroegtijdig opzegt, of opzegt zonder de geldende opzegtermijn in acht te nemen. De werknemer of de werkgever krijgt in dat geval een vergoeding die gelijk is aan het in geld vastgestelde loon over de resterende duur van de arbeidsovereenkomst of over de opzegtermijn. In mijn optiek heeft deze vergoeding dus in zijn geheel betrekking op compensatie voor het gemis van het loon. Ook al is de hoogte van de gefixeerde schadevergoeding gefixeerd en staat de vergoeding geheel los van de daadwerkelijk geleden schade, op de rekening van de werknemer of de werkgever wordt een bedrag gestort dat de (eventueel) geleden schade verkleint.

Tot slot is in het onderzoek naar voren gekomen dat ook de billijke vergoeding zich (voor een gedeelte) strekt tot opvang van de inkomensschade. Zo heeft de wetgever in zijn memorie van toelichting kenbaar gemaakt dat de billijke vergoeding compensatie dient te bieden voor het ernstig verwijtbaar handelen of

nalaten van de werkgever. Door het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever lijdt de werknemer in de meeste gevallen inkomensschade. Ten gevolge van het ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever is de werknemer immers zijn baan verloren. Dat met de gevolgen van het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever rekening mag worden gehouden, werd bevestigd in de Hairstyle-beschikking. De Hoge Raad oordeelde in deze beschikking dat het stelsel van de Wwz zich er niet tegen verzet dat met de gevolgen van het ontslag rekening wordt gehouden bij de begroting van de billijke vergoeding. De gevolgen die zijn toe te rekenen aan het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever worden volgens Hoge Raad niet in alle gevallen volledig gecompenseerd door de transitievergoeding (overweging 3.4.4.). Ik ben van mening dat hetgeen de Hoge Raad heeft bepaald gevolgd moet worden in de rechtspraak. De Hoge Raad heeft immers de hoogst gezag gevende functie binnen de Nederlandse rechtspraak. Dit betekent dat de billijke vergoeding zich dus ook (gedeeltelijk) strekt tot compensatie van de gevolgen van het ontslag die te wijten zijn aan het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.

Kortom, voor wat betreft verhoudingen van de vergoedingen ben ik van mening dat de verschillende arbeidsrechtelijke vergoedingen zich in ieder geval voor een gedeelte overlappen. In alle vergoedingen zit namelijk een gedeelte verscholen dat beoogt de gevolgen van het ontslag te compenseren. Weliswaar zijn de bedragen van de transitievergoeding en de gefixeerde schadevergoeding, anders dan de bedragen van de billijke vergoeding, gefixeerd, toch zien de verschillende vergoedingen (gedeeltelijk) toe op compensatie van inkomensschade, want ze maken de (eventueel) daadwerkelijk geleden schade kleiner.

9.1.2. Wat is de invloed van de toekenning van de ene arbeidsrechtelijke vergoeding op de toekenning en de hoogte van de billijke vergoeding?

Nu is geconcludeerd op welke wijze de arbeidsrechtelijke vergoedingen zich tot elkaar verhouden, is de volgende vraag wat voor gevolgen deze verhoudingen teweegbrengen bij een cumulatie van de verschillende arbeidsrechtelijke vergoedingen. Specifieker kan de vraag worden gesteld wat de invloed is van de toekenning van de ene arbeidsrechtelijke vergoeding op de toekenning en de hoogte van de billijke vergoeding. Deze vraag is met name gericht op de billijke vergoeding omdat, zoals eerder aan bod kwam, de Hoge Raad in de Hairstyle-beschikking heeft bepaald dat voor het bepalen van de omvang van de billijke vergoeding een schadeberekening mag worden gemaakt conform boek 6. Het gaat dus om de daadwerkelijk geleden schade. De andere arbeidsrechtelijke vergoedingen (de transitievergoeding en de gefixeerde schadevergoeding) kennen een gefixeerd bedrag. De hoogte van deze vergoeding vloeit namelijk voort uit de wet en wordt toegekend ongeacht de daadwerkelijk geleden schade.

Net zoals over de verhoudingen van de arbeidsrechtelijke vergoedingen zijn ook de meningen zowel in literatuur, in de tijdschriftartikelen als in de praktijk verdeeld over de vraag van deze paragraaf. Ook voor deze vraag heb ik de meningen uit de verschillende bronnen geanalyseerd en tegen elkaar afgewogen. Uit de analyse is gebleken dat de literatuur geen eenduidige mening heeft over wat de invloed is van de toekenning van de ene vergoeding op de toekenning en de hoogte van de billijke vergoeding. Ook binnen de rechtbank Limburg zijn de meningen verdeeld. Wel is het gros van de kantonrechters (4 van de 5) van mening dat bij het bepalen van de omvang van de billijke vergoeding rekening moet worden gehouden met de andere toekomstige arbeidsrechtelijke vergoedingen. Ook brengt de meerderheid zowel de gefixeerde schadevergoeding als de transitievergoeding in mindering op de billijke vergoeding. Over de wijze waarop de transitievergoeding in mindering moet worden gebracht, bestaat nog onenigheid. Tot slot kan geconcludeerd worden dat ook de meerderheid van de andere rechtbanken en gerechtshoven rekening houdt met de andere arbeidsrechtelijke vergoedingen bij het bepalen van de omvang van de billijke vergoeding. In de meeste gevallen is het onduidelijk op welke wijze er rekening wordt gehouden met de andere arbeidsrechtelijke vergoedingen. In de meeste beschikkingen wordt namelijk uitsluitend aangegeven: 'Bij de begroting van de billijke vergoeding wordt rekening gehouden met de toekomstige gefixeerde schadevergoeding en/of transitievergoeding.' In vijf van de 32 beschikkingen (van zowel de rechtbanken als de gerechtshoven) wordt wel de gefixeerde schadevergoeding expliciet in mindering gebracht. Slechts één kantonrechter brengt de transitievergoeding expliciet in mindering op de billijke vergoeding.

Alles afwegende en gelet op het antwoord op de vraag uit paragraaf 9.1.1. (op welke wijze verhouden de verschillende arbeidsrechtelijke vergoedingen zich tot elkaar?) kan geconcludeerd worden dat de andere arbeidsrechtelijke vergoedingen invloed hebben op de hoogte van de billijke vergoeding. Het antwoord op

deze component van de centrale vraag is dan ook dat de billijke vergoeding wegens toekenning van de andere arbeidsrechtelijke vergoedingen lager dient te worden bijgesteld, indien de werknemer inkomensschade lijdt. In paragraaf 9.1.1. heb ik namelijk geconcludeerd dat de verschillende arbeidsrechtelijke vergoedingen zich in ieder geval voor een gedeelte overlappen, omdat in alle arbeidsrechtelijke vergoedingen een component zit die inkomensopvang beoogt. Op grond daarvan lijkt het mij redelijk om bij het vaststellen van de daadwerkelijk geleden schade van de billijke vergoeding te kijken naar wat de werknemer al middels de andere vergoedingen krijgt. De andere vergoedingen verkleinen immers al de daadwerkelijk geleden schade. Indien dit niet gebeurt, is er sprake van dubbelcompensatie. Dit lijkt niet in lijn met één de doelstelling van de Wwz, te weten: betere benutting van de ontslagvergoedingen en te hoge vergoedingen beperken. Door rekening te houden met de andere arbeidsrechtelijke vergoedingen bij het vaststellen van de billijke vergoeding wordt in lijn gehandeld met deze doelstelling.

De conclusies overzichtelijk op een rij:

- ❖ De verschillende arbeidsrechtelijke vergoedingen hebben (gedeeltelijke) overlapping met elkaar.
- ❖ De billijke vergoeding dient wegens toekenning van de andere arbeidsrechtelijke vergoedingen lager te worden bijgesteld, indien de werknemer inkomensschade lijdt.

In de volgende paragraaf 'De aanbevelingen' zal ik kenbaar maken op welke wijze, naar mijn mening, de billijke vergoeding lager moet worden bijgesteld, indien er een cumulatie plaatsvindt. Ook zal ik motiveren waarom ik tot deze aanbevelingen ben gekomen.

9.2. De aanbevelingen

Nu de conclusies in kaart zijn gebracht, wordt het tijd dat de onderzoeker haar aanbevelingen kenbaar maakt aan de rechtbank Limburg. Dit is de derde component die in de centrale vraag zit. De aanbevelingen strekken zich tot de procedures waarin cumulatie van de wettelijke arbeidsrechtelijke vergoedingen voorkomt, met uitsluiting van de wettelijke aanzegvergoeding en eventuele contractuele vergoedingen.

Inkomensschade

In alle gevallen waarbij een cumulatie van arbeidsrechtelijke vergoedingen voorkomt, is voor mij de hamvraag of de werknemer inkomensschade lijdt/heeft geleden. Dit dient mijns inziens, dan ook de eerste vraag te zijn die de kantonrechter zichzelf hoort te stellen. De Hairstyle-beschikking heeft al enkele gezichtspunten aangedragen voor de berekening van de inkomensschade (zie paragraaf 5.3.2.). Mijns inziens dient de inkomensschade bij ontslag-op-staande-voet-zaken anders begroot te worden dan bij ontbindingszaken. Bij de onterecht-ontslag-op-staande-zaken dient in mijn optiek voornamelijk gekeken te worden naar het gezichtspunt dat betrekking heeft op de vraag hoelang het dienstverband nog had kunnen voortduren. De opzegging kan immers vernietigd worden bij een onterecht ontslag op staande voet. Hoelang het dienstverband nog had kunnen voortduren, is geheel afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Zo zal het aannemelijker zijn dat de werknemer, die zonder dringende reden onterecht op staande voet is ontslagen en waarvan de arbeidsovereenkomst niet ontbonden kan worden omdat een redelijke grond in zijn geheel ontbreekt, langer in dienst zal zijn gebleven, dan de werknemer wiens ontslag op staande voet stuk is gelopen wegens een formeel gebrek. Kruit heeft voor berekening hiervan een leuke suggestie gedaan, namelijk ontwikkeling van een tool 'hoelangduurtmijnarbeidsovereenkomstnog.nl' (TAP 2017/6). De kantonrechters van de rechtbank Limburg kunnen eventueel deze tool gebruiken.

Bij ontbindingszaken is het in mijn optiek niet efficiënt om de inkomensschade te berekenen aan de hand van de vraag hoelang het dienstverband nog had kunnen voortduren. Bij ontbindingszaken, ontbindt de kantonrechter namelijk zelf de arbeidsovereenkomst. Hieruit kan worden afgeleid dat hij van mening is dat zich een situatie heeft voorgedaan op grond waarvan de arbeidsovereenkomst behoort te eindigen. Om te bekijken of de werknemer inkomensschade heeft geleden ten gevolge van het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever, ligt het in mijn optiek in de rede om te kijken naar wat de werknemer in redelijkheid in de toekomst zou kunnen verwerven en/of hoelang hij wordt geacht werkloos te blijven. Deze gezichtspunten heeft de Hoge Raad ook kenbaar gemaakt in de Hairstyle-beschikking. Voor de invoering van de Wwz was er een tool voor de te verwachten duur van de werkloosheid ontwikkeld door het Hugo Sinzheimer Instituut van de UvA. Daarmee kon je ongeveer naar regio, naar beroep, naar leeftijd, naar categorie werknemer en naar functie berekenen hoelang iemand geacht werd werkloos te blijven na

een ontslag. Een dergelijke tool zou nu ook weer relevant kunnen zijn voor het berekenen van de inkomensschade in ontbindingsprocedures.

Natuurlijk blijft het inschatten van de mogelijke duur van het dienstverband of de waarschijnlijke werkloosheidsduur een pure schatting, maar dat geldt in zijn geheel voor de begroting van de billijke vergoeding. Indien de kantonrechters laten zien op welke wijze de schade wordt begroot, wordt in ieder geval inzichtelijk gemaakt hoe te werk is gegaan. Dit zal de rechtszekerheid bevorderen. Dit hoeft niet tot op de cent nauwkeurig berekend te worden, want dat is in mijn optiek ook niet mogelijk omdat het een gewoonweg een schatting is en blijft. Naar mijn mening kan dus worden volstaan met een globale schatting, die is toegespitst op de omstandigheden van het geval. Wel lijkt het mij voor procederende partijen prettig om te zien met welke omstandigheden rekening is gehouden bij het bepalen van de schadeomvang en welke geschatte periode daaraan wordt gekoppeld. Indien partijen immers van mening zijn dat een belangrijke omstandigheid ontbreekt voor het bepalen van de schadeomvang, of indien de geschatte periode te kort is, kan dat immers een reden zijn om in hoger beroep te gaan.

Gefixeerde schadevergoeding

Indien vervolgens bij een ontslag-op-staande-voet-zaak blijkt dat de werknemer inkomensschade lijdt, omdat hij bijvoorbeeld naar alle waarschijnlijkheid nog één jaar in dienst had kunnen blijven, ligt het naar mijn mening in de rede om de toekomstige gefixeerde schadevergoeding in mindering te brengen op het bedrag dat is voortgevloeid uit de schadebegroting van de billijke vergoeding. De werknemer wordt immers al gecompenseerd doordat een gefixeerde schadevergoeding, die gelijk is aan resterende duur van het contract of aan de opzegtermijn, wordt toegekend. Indien hiermee geen rekening wordt gehouden bij het bepalen van de inkomensschade, is er, in mijn optiek, sprake van dubbelcompensatie. Ter motivering van mijn standpunt wil ik graag verwijzen naar hetgeen de Hoge Raad heeft bepaald in de Hairstyle-beschikking onder rechtsoverweging 3.4.5. Hierin heeft de Hoge Raad bepaald dat voor de schadebegroting van de billijke vergoeding acht mag worden geslagen op de schadebepalingen van boek 6. In art. 6:100 BW is bepaald: 'Heeft eenzelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade tevens voordeel opgeleverd, dan moet, voor zover dit redelijk is, dit voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening worden gebracht.' In mijn optiek is toekenning van een gefixeerde schadevergoeding een voordeel dat voortvloeit uit een nadelige gebeurtenis, namelijk uit het onterecht ontslag op staande voet. De schade die iemand lijdt door een ontslag op staande voet, wordt verkleind doordat iemand een gefixeerde schadevergoeding krijgt.

Transitievergoeding

Het bovenstaande geldt ook (deels) voor de transitievergoeding. De Hoge Raad heeft immers specifiek in rechtsoverweging 3.4.5. van de Hairstyle-beschikking bepaald dat bij de begroting van de billijke vergoeding rekening kan worden gehouden met de toekomstige transitievergoeding. Echter, in mijn optiek is de transitievergoeding een lastiger verhaal dan de gefixeerde vergoeding. Waar de gefixeerde schadevergoeding uitsluitend betrekking heeft op inkomensopvang voor het vroegtijdige ontslag of voor het missen van de opzegtermijn, heeft de transitievergoeding betrekking op inkomensopvang én op het vergemakkelijken van de transitie van werk-naar-werk. Er zitten dus twee componenten in de transitievergoeding, die naar mijn mening ook bij de billijke vergoeding onderscheiden moeten worden. Op grond van deze tweedeling in de transitievergoeding ben ik tot de conclusie gekomen dat er een knip in de transitievergoeding moet worden gemaakt, net zoals al enkele kantonrechters binnen de rechtbank Limburg deden. Wel moet deze knip op basis van een vaststaand percentage geschieden. Dit ter bevordering van de rechtseenheid en rechtszekerheid binnen de rechtbank Limburg. Mijns inziens is de ene helft van de transitievergoeding bedoeld als opvang van de inkomensschade en de andere helft voor het vergemakkelijken van de transitie naar ander werk. Nergens staat immers aangegeven dat de transitievergoeding het ene doel meer beoogd dan de ander. Met dit in mijn achterhoofd hebbende, lijkt mij een 50%/50%- verdeling een redelijke verdeling om de knip te maken. Hierbij dient vermeld te worden dat het van belang is dat deze percentages, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, door de kantonrechter kunnen worden bijgesteld. In sommige gevallen zijn de omstandigheden immers anders waardoor een andere verdeling toepasselijker is. De ene werknemer zal immers meer/minder transitie- en bijscholingskosten moeten maken dan de ander. Het is in ieder geval bevorderlijk om één 'bottomline' te hebben, net zoals bij de oude kantonrechtersformule. Deze kon ook afhankelijk van de omstandigheden van het geval worden bijgesteld. Een dergelijke berekening past naar mijn mening ook bij deze kwestie. Op deze wijze kan de billijke vergoeding op een meer eenduidige wijze worden begroot, maar bestaat er toch de mogelijkheid om een billijke vergoeding toe te kennen die aansluit bij de omstandigheden van het geval.

Geen inkomensschade?

Indien wordt geconstateerd dat de werknemer in zijn geheel geen inkomensschade heeft geleden, dan dienen de andere arbeidsrechtelijke vergoedingen in mijn optiek buiten de begroting van de billijke vergoeding te worden gelaten. Zoals eerder aan bod kwam, hebben de andere arbeidsrechtelijke vergoedingen namelijk (gedeeltelijk) betrekking op de opvang van de inkomensschade. Indien er geen inkomensschade wordt geleden, ligt het dan ook niet in de rede om de andere arbeidsrechtelijke vergoedingen te betrekken bij de begroting van de billijke vergoeding. In een dergelijk geval zal de kantonrechter een billijke vergoeding toekennen met een uitsluitend punitief/preventief/immaterieel karakter.

Wel inkomensschade, hoe dan verder?

Zoals eerder aan bod kwam, ben ik van mening dat gestart moet worden met begroting van de inkomensschade. In het kader van één van de doelstelling van de Wvz (betere benutting van de ontslagvergoedingen en beperking van hoge vergoedingen) lijkt het mij redelijk om te bekijken of het bedrag dat is voortgevloeid uit de schadebegroting, gelet op de omstandigheden van het geval, billijk is. Indien dat zo is, kan met dat bedrag worden volstaan. Indien het bedrag dat is voortgevloeid uit de schadebegroting geen billijk bedrag is, gelet op de mate van ernstige verwijtbaarheid van de werkgever, ligt het in mijn optiek in de rede om een extra component met een punitief/preventief karakter toe te voegen. Mij lijkt deze benadering het meest passen bij de doelstelling van de Wvz omdat zo de kans op te hoge vergoedingen in eerste instantie worden verkleind. Pas als het bedrag dat uit de berekening van de inkomensschade voortvloeit niet billijk is, wordt de billijke vergoeding verhoogd. Dat zou anders zijn indien wordt gestart met het waarden van de mate van ernstige verwijtbaarheid. Dan wordt namelijk al gestart met X-bedrag voordat de inkomensschade inzichtelijk wordt gemaakt. Daarnaast is deze benadering in mijn optiek ook in lijn met de Hairstyle-beschikking. De Hairstyle-beschikking laat namelijk doorschemeren dat de schade, die de werknemer lijdt ten gevolge van het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever, het uitgangspunt is bij de begroting van de billijke vergoeding. Maar liefs vijf van de zeven gezichtspunten die de Hoge Raad geeft in de Hairstyle-beschikking hebben namelijk betrekking op de inkomensschade. Vandaar dat ik van mening ben dat gestart moet worden bij de begroting van de inkomensschade.

Tot slot kan er in zeer uitzonderlijke gevallen een extra component worden toegevoegd aan de billijke vergoeding, namelijk een immateriële component. Gelet op het feit dat de Hoge Raad naar boek 6 verwijst voor de schadeberekening van de billijke vergoeding, ben ik van mening dat deze component uitsluitend kan worden toegevoegd indien sprake is van een van de genoemde situaties in sub a of b van art. 6:106 BW. Dat zijn:

- a. Indien de aansprakelijke persoon het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen;
- b. Indien de benadeelde lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast.

De aanbevelingen kort op een rij

Kortweg zijn de belangrijkste aanbevelingen op een rij:

- ❖ Begin bij de billijke vergoeding bij het bepalen van de omvang van de inkomensschade. Indien dat bedrag niet billijk is, gelet op de omstandigheden van het geval, kan er een component met een punitief/preventief karakter worden toegevoegd en/of eventueel een immateriële component.
- ❖ Breng vergoedingen alleen (gedeeltelijk) in mindering indien de werknemer inkomensschade lijdt.
- ❖ Indien men de transitievergoeding in mindering wil brengen, maak dan een knip die in eerste instantie bestaat uit 50% voor de inkomensopvang en 50% voor de transitiekosten. Deze percentages kunnen afhankelijk van de omstandigheden van het geval worden bijgesteld. De 50%/50%-verdeling is slechts 'de bottomline'.
- ❖ Voeg enkel een immateriële component toe aan de billijke vergoeding indien zich een situatie voordoet zoals in art. 6:106 lid 1 sub a of b BW.

Bronnenlijst

Literatuur

- ❖ **Bakels e.a. 2017**
H.L. Bakels, *Schets van het Nederlands arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.
- ❖ **Houweling e.a. 2015**
A.R. Houweling, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.
- ❖ **Leidraad 2013**
Leidraad voor Juridische Auteurs. *Voetnoten, bronvermeldingen, literatuurlijsten en afkortingen in Nederlandstalige publicaties*, Kluwer: Deventer 2013.
- ❖ **Van Drongelen e.a. 2017**
J. van Drongelen, *Het ontslagrecht in de praktijk*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017.
- ❖ **Van Schaaijk 2015**
G.A.F.M. van Schaaijk, *Praktijkgericht juridisch onderzoek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.
- ❖ **Van Slooten e.a. 2016**
J.M. van Slooten, *Tekst & commentaar arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- ❖ **Van Slooten e.a. 2015**
J.M. van Slooten, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Vakbladen

- ❖ **Jansen & Rietveld, TvO 2017, p. 170-182.**
N. Jansen & R. Rietveld, De begroting van de billijke vergoeding in het arbeidsrecht, *TvO* 2017, afl. 5, p. 170-182.
- ❖ **Kruit, AR Updates Arbeidsrecht 2016/0799**
P. Kruit, De billijke vergoeding: introductie van de punitieve damage in het arbeidsrecht? *AR Updates Arbeidsrecht* 2016-0799, p. 1-5.
- ❖ **Kruit, AR Updates arbeidsrecht 2017/1152**
P. Kruit, De billijke vergoeding na New-Hairstyle: hoe nu verder? *AR Updates arbeidsrecht* 2017-1152, p. 1-7.
- ❖ **Kruit, TAP 2014/8**
P. Kruit, transitie van billijkheid naar forfaitair, of toch weer billijkheid, *TAP* 2014/8, afl. 1, p. 56.
- ❖ **Kruit, TAP 2017/26**
P. Kruit, De billijke vergoeding volgens de Hoge Raad: wel gevolgen van het ontslag maar niet specifiek punitief, *TAP* 2017/26, onder 3.3.
- ❖ **Richtens, TRA 2015/47**
H.J.M. Richters, 'Hoe de transitievergoeding productiever zou kunnen worden ingericht bij het vinden van nieuw werk', *TRA* 2015/47.
- ❖ **Sagel, TRA 2014, p. 1-2**

S.F. Sagel, Het muizengaatje verdient de hoofdprijs, *TRA* 2014, afl. 96, p. 1-2.

- ❖ **Van de Kam & Postma, *ArbeidsRecht* 2017/49**
S. van de Kam & M.S. Postma: 'Hairstyle-arrest': de gevolgen voor de ontslagpraktijk, *ArbeidsRecht* 2017/49, afl. 11, p. 17-22.
- ❖ **Van der Velden, *ArbeidsRecht* 2016, p. 1**
S.A. van der Velden, De gelijkwaardige voorziening van art. 7:673b BW, *Arbeidsrecht* 2016, afl. 37, p. 1.
- ❖ **Van Zanten-Baris, *TRA* 2014/27**
A. Van Zanten-Baris, Een kleurloze (transitie)vergoeding bij ontslag?, *TRA* 2014/27, afl. 3, p. 56.
- ❖ **Vegter, *TRA* 2017/92**
M.S.A. Vegter, Gevolgen ontslag mogen meewegen bij hoogte billijke vergoeding, *TRA* 2017/92, p. 4.

Elektronische bronnen

- ❖ **Groen, *AVDR Blogs*, 2017/0073.**
M. Groen, Hoeveel ruimte is er voor een vergoeding naast de transitievergoeding?, *ADVR Blogs* 2017/0073.
- ❖ Arrondissement Limburg, De Rechtspraak, www.rechtspraak.nl (zoek op arrondissement Limburg).
- ❖ Burgerlijk recht, De Rechtspraak, www.rechtspraak.nl (zoek op team burgerlijk recht).

Regelgeving

- ❖ Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding van 11 december 2014, *Stb.* 2014, 538.
- ❖ Besluit voorwaarden in mindering brengen kosten op transitievergoeding van 23 april 2014, *Stb.* 2015, 171.
- ❖ Inwerkingtredingsbesluit van 10 juni 2014, *Stb.* 2014, 274.
- ❖ Wet werk en Zekerheid 14 juni 2014, *Stb.* 2014, 216.

Parlementaire stukken

- ❖ *Handelingen II* 2013/14, 54. Item 9.
- ❖ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3.
- ❖ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4.
- ❖ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, C.
- ❖ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7.
- ❖ *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C.

Jurisprudentielijst

Hoge Raad

HR 12 november 1978, *NJ* 1979/149.
HR 21 oktober 1983, *NJ* 1984/255.
HR 14 mei 1982, *NJ* 1982/604.
HR 25 januari 1991, *NJ* 1991/597.
HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187 (m.nt. Van Zaten-Baris, m.nt. Verhulp, m.nt. Vegter).
Parket bij de Hoge Raad 23 februari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:185.

Gerechtshoven

Hof Amsterdam 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4176.
Hof Arnhem-Leeuwarden 1 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:7633.
Hof Arnhem-Leeuwarden 29 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:11488.
Hof Arnhem-Leeuwarden 9 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1313.
Hof Arnhem-Leeuwarden 14 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2480.
Hof Arnhem-Leeuwarden 16 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2734.
Hof Den Haag 12 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2631.
Hof Den Haag 30 januari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:120.
Hof Den Haag 28 februari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:355.
Hof 's-Hertogenbosch 13 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3241.
Hof 's-Hertogenbosch 7 september 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3856.
Hof 's-Hertogenbosch 18 januari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:144.
Hof 's-Hertogenbosch 21 januari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:340.
Hof 's-Hertogenbosch 1 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:355.
Hof 's-Hertogenbosch 8 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:536.
Hof 's-Hertogenbosch 1 maart 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:851.

Rechtbanken

Rb. Amsterdam 7 juli 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4883.
Rb. Amsterdam 31 augustus 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:6681.
Rb. Den Haag 5 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4690.
Rb. Gelderland 14 december 2016, ECLI:NL:RBGEL:2017:7113.
Rb. Gelderland 15 september 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:5211.
Rb. Gelderland 31 januari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:353.
Rb. Limburg 8 juni 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:5430.
Rb. Limburg 12 juni 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:5445.
Rb. Limburg 12 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6715.
Rb. Limburg 17 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6879.
Rb. Limburg 27 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:7257.
Rb. Limburg 1 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:7508.
Rb. Limburg 10 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8407.
Rb. Limburg 25 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8348.
Rb. Limburg 6 september 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:3702.
Rb. Limburg 6 oktober 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:9730.
Rb. Limburg 15 november 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:11179.
Rb. Limburg 12 december 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:12151.
Rb. Midden-Nederland 24 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3808.
Rb. Midden-Nederland 12 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:100 (m.nt. Van Zanten-Baris).
Rb. Midden-Nederland 14 februari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:481.
Rb. Midden-Nederland 15 februari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:368.
Rb. Noord-Holland 4 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:6593.
Rb. Noord-Holland 12 september 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:7424.

Rb. Noord-Holland 5 december 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:11175.
Rb. Noord-Holland 26 januari 2018. ECLI:NL:RBNHO:2018:1796.
Rb. Noord-Nederland 11 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2726.
Rb. Noord-Nederland 13 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2700.
Rb. Noord-Nederland 18 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2796.
Rb. Noord-Nederland 15 augustus 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:3140.
Rb. Noord-Nederland 28 maart 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:1065.
Rb. Overijssel 18 september 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3621.
Rb. Overijssel 4 oktober 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3768.
Rb. Overijssel 23 oktober 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:4258.
Rb. Rotterdam 10 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7750.
Rb. Rotterdam 24 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8137.

