

ANNOTATIE

Billijke vergoedingen hausse in 2016: ontaardt het door de wetgever geregisseerde strakke ballet in een losbandige lambada?

prof. mr. dr. S.S.M. Peters

Noot bij: AR 2016-0200, AR 2016-0199, AR 2016-0196, AR 2016-0189, AR 2016-0188, AR 2016-0187, AR 2016-0116, AR 2016-0095, AR 2016-0086, AR 2015-1009 en AR 2015-0865

1. Inleiding

‘Wat betreft de jurisprudentie over het criterium “ernstige verwijtbaarheid” valt op dat dit criterium, conform de bedoeling van de wet, in uitzonderlijke situaties wordt toegepast’, zo schreef minister Asscher eind 2015 in zijn ‘tussentijdse evaluatie’ van de WWZ. Verder constateerde Asscher dat de toegekende billijke vergoedingen bij ernstige verwijtbaarheid van de werkgever nogal in hoogte verschillen, maar ‘dat is ook verklaarbaar omdat de wet geen norm stelt voor deze vergoeding’ (Kamerbrief minister Asscher 27 november 2015, 2015-0000298490).

Inmiddels zijn we ruim drie maanden verder. De eerste twee maanden van 2016 regende het billijke vergoedingen. De vraag is of de rechter nog steeds de terughoudendheid betracht die de wetgever noodzakelijk vond en die Asscher eind vorig jaar terugzag in de eerste WWZ-jurisprudentie. Wordt ernstige verwijtbaarheid van de werkgever inderdaad alleen in uitzonderlijke situaties aangenomen? Daarnaast rijst de vraag hoe het zit met (de bepaling van) de hoogte van de toegekende billijke vergoedingen: Welke factoren zijn daarbij relevant en om welke bedragen gaat het? Volgt de rechter de aanwijzingen van de wetgever en zou hij dat eigenlijk wel moeten doen? Valt er wellicht een lijn in de uitspraken te ontdekken? Dat laatste zou natuurlijk welkom zijn voor werkgevers en werknemers, omdat het aanknopingspunten kan opleveren voor de voorspelling van de hoogte van een eventuele

billijke vergoeding en voor de onderbouwing van het betoog bij de rechter.

Hieronder zal ik eerst de aanwijzingen weergeven die de wetgever heeft gegeven met betrekking de additionele billijke vergoeding. Daarbij concludeer ik dat de aanwijzingen over de hoogte van de vergoeding niet werkbaar zijn. Vervolgens zal ik bovengenoemde vragen beantwoorden aan de hand van een bespreking van een groot deel van de in januari en februari 2016 gepubliceerde jurisprudentie (maar ook enkele uitspraken uit 2015 passeren de revue).

2. De billijke vergoeding volgens de wetgever

Zoals bekend is het gevolgen criterium van artikel 7:681 (oud) BW (kennelijk onredelijk ontslag) met de invoering van de WWZ vervallen. De (on)redelijkheid van het ontslag, mede gelet op de gevolgen van het ontslag voor de werknemer en de door de werkgever getroffen voorzieningen om deze gevolgen te verzachten, kan de rechter niet meer tot uitdrukking brengen in een vergoeding. Dat is in de ogen van de wetgever geen punt, nu volgens hem de vergoeding op basis van het oude gevolgen criterium 'als het ware geforfaiteerd [is] in de transitievergoeding' (33818, nr. 3, p. 34). Het feit dat niet alle werknemers in aanmerking komen voor die transitievergoeding, blijft onbelicht. Als uitgangspunt geldt dus dat een redelijk handelende werkgever precies dezelfde ontslagvergoeding (transitievergoeding) betaalt als een werkgever die verwijtbaar handelt.

Criterium ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever

Dat is alleen anders indien de werkgever het zo bont heeft gemaakt dat zijn optreden door het muizengat van de ernstige verwijtbaarheid past. Volgens de wetgever is alleen sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten (hierna: evhn) van de werkgever in 'uitzonderlijke gevallen'. Daaronder valt in ieder geval handelen of nalaten dat dusdanig ernstig is dat het een dringende reden voor een ontslagname op staande voet zou kunnen opleveren, maar het criterium is ruimer (nr. 3, p. 112). In de woorden van de Raad van State is de additionele billijke vergoeding bedoeld voor 'duidelijke en uitzonderlijke gevallen van onrechtmatige gedragingen die te kwalificeren zijn als duidelijk strijdig met goed werkgeverschap'. Alleen 'werkelijk onrecht' moet worden gecompenseerd (nr. 4, p. 12-13). Dit strenge criterium werd door het kabinet uitdrukkelijk onderschreven (nr. 4, p. 15). In de memorie van antwoord wordt gesproken over 'zeer uitzonderlijke situaties', waarbij overigens wordt erkend dat 'enige mate van subjectiviteit' onontkoombaar is (nr. C, p. 65).

De voorbeelden gegeven in de MvT (nr. 3, p. 34) komen met dit strenge criterium overeen, zij het dat de wetgever bij zijn eerste voorbeeld zelf spreekt over 'laakbaar gedrag', hetgeen volgens de Dikke Van Dale 'afkeuringswaardig' ofwel 'berispelijk' gedrag betekent. Dat is

ruimer dan ‘ernstig verwijtbaar’, immers ook flink onzorgvuldig ofwel ‘gewoon’ verwijtbaar gedrag is afkeuringswaardig. Dit lijkt echter slechts een onhandige woordkeuze van de wetgever. Het gaat in bedoelde voorbeelden in de kern om zeer verwijtbaar gedrag van de werkgever (o.a. discriminatie) of het door hem grovelijk niet nakomen van de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen waardoor een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat. Ook het aanvoeren van een valse grond voor ontslag met als enig oogmerk een onwerkbaar situatie te creëren en ontslag langs die weg te realiseren, wordt als ernstig verwijtbaar aangemerkt. Mindere gradaties van verwijtbaarheid kunnen niet de poort tot de additionele billijke vergoeding openen. Het oorspronkelijk voorgestelde, ruimere criterium – vergoeding niet alleen bij ernstige verwijtbaarheid, maar ook als het eindigen van de arbeidsovereenkomst ‘geheel of grotendeels te wijten is aan de werkgever’ – is daarom door het kabinet (op advies van de Raad van State) geschrapt. Het zou de rechter namelijk de ruimte geven op allerlei gevallen met een lichtere mate van verwijtbaarheid een vergoeding te plakken. Van een te ruim criterium zou een aanzuigende werking uitgaan, waarmee het doel om de additionele vergoeding te beperken tot uitzonderlijke gevallen teniet zou worden gedaan (nr. 4, p. 15).

Hoogte additionele billijke vergoeding

De bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding is aan de rechter, maar de wetgever heeft daarvoor wel enkele aanwijzingen gegeven. ‘De hoogte van de billijke vergoeding staat – naar haar aard – in relatie tot het ernstig verwijtbare handelen of nalaten van de werkgever. Rechters hebben de mogelijkheid om de hoogte van de vergoeding te bepalen op een wijze die en op het niveau dat aansluit bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval. Dit betekent dat criteria als loon en lengte van het dienstverband (...) hierbij geen rol hoeven te spelen. Voorts kan in deze additionele vergoeding niet tot uitdrukking komen 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 ondervangen (ook wel aangeduid als «het gevolgcriterium»), omdat dit reeds is verdisconteerd in de transitievergoeding.’ (nr. 3, p. 32-33; zie ook nr. 4, p. 61).

De omvang van de billijke vergoeding moet volgens de wetgever dus worden afgestemd op de ernst van het aan de werkgever verweten handelen of nalaten. In die zin biedt de billijke vergoeding de werknemer compensatie voor het ernstig verwijtbare gedrag van de werkgever. De compensatie van de werknemer via de billijke vergoeding dient ‘ook om dergelijk handelen of nalaten van de werkgever te voorkomen’ (nr. 3, p. 32). Hieruit kan worden afgeleid dat bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding niet alleen compensatie een rol speelt, maar tevens preventie en bestraffing. De vergoeding heeft veel weg van een civiele sanctie, nu de hoogte ervan op de ernst van het aan de werkgever verweten gedrag moet worden afgestemd.

De wetgever geeft overigens geen aanwijzingen met betrekking tot het niveau ofwel de hoogte waarop de rechter moet inzetten met de billijke vergoeding. Dat wordt volledig aan de rechter overgelaten.

Complicerende factor voor de rechter is dat de aanwijzingen van de wetgever niet consistent, ja zelfs tegenstrijdig zijn. De rechter moet de hoogte van de vergoeding afstemmen op de ernst van het verwijtbare gedrag van de werkgever, terwijl de gevolgen van het ontslag voor de werknemer geen rol mogen spelen. Tegelijkertijd stelt de wetgever dat het niveau van de vergoeding moet aansluiten op 'de uitzonderlijke omstandigheden van het geval'. Dit ruimere criterium wijst er al op dat de rechter toch niet uitsluitend moet afstemmen op de mate van verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever. Dit is een aanwijzing in tegengestelde richting. Zeker nu de wetgever uitlegt dat 'dit betekent dat criteria als loon en lengte van het dienstverband (...) hierbij geen rol *hoeven* te spelen' [cursivering toegevoegd]. Dat hoeft niet, maar mag dus wél. Hetzelfde ernstig verwijtbare gedrag van de werkgever, bijvoorbeeld moedwillig aansturen op een verstoorde arbeidsverhouding, kan zich kennelijk ook volgens de wetgever vertalen in een hogere billijke vergoeding als het gaat om een lang dienstverband. Hetzelfde geldt waarschijnlijk als het gaat om een kwetsbare werknemer (het niveau moet volgens wetgever immers aansluiten 'bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval'). Het criterium loon heeft nog minder met de ernst van het gedrag van de werkgever of de uitzonderlijkheid van de situatie te maken, maar alles met de financiële gevolgen van het ontslag – de inkomensschade – voor de werknemer. Hier lopen de verwijtbaarheidsfactoren en de (financiële) gevolgen van het ontslag voor de werknemer in elkaar over: de inkomensgevolgen van het ontslag zullen voor een werknemer met weinig kansen op de arbeidsmarkt nu eenmaal vele malen groter zijn dan voor een weggepeste werknemer met een goede arbeidsmarktpositie. Het is natuurlijk ook helemaal niet gek om de werknemer compensatie te bieden voor de belangrijkste schade die hij door het – de werkgever ernstig verwijtbare – ontslag lijdt. Sterker nog, dat sluit naadloos aan bij zowel de gedachte van ongelijkheidscompensatie in het arbeidsrecht, als bij de normale schadebegrotingsregels van Boek 6 BW (titel 1, afdeling 10). Het past ook bij de gedachte van de wetgever dat de billijke vergoeding de werknemer compensatie biedt voor het ernstig verwijtbare gedrag van de werkgever: waarvoor zou hij anders moeten worden gecompenseerd dan voor zijn (materiële en immateriële) schade ten gevolge van dat gedrag? In deze aanwijzingen van de WWZ-wetgever zien we dus sporen van de schadebegrotingsregels van Boek 6 en vooral van de 'pleister op de wonde' - ofwel 'zekere genoegdoening' - benadering van de Hoge Raad in Rutten/Breed (zie A.R. Houweling (red.), *Arbeidsrechtelijke thema's 2015*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 756-757). Niettemin benadrukt hij tegelijkertijd en telkens weer dat die schade – 'de gevolgen van het ontslag voor de werknemer' – juist géén rol mag spelen. En om zijn gedachtegang nog ondoorzichtiger te maken, blijkt uit de nota naar aanleiding van

het verslag dat in de billijke vergoeding ex artikel 7:681 BW inkomensschade wel degelijk kan worden meegenomen (nr. 7, p. 54-55). Aldaar stelt hij namelijk dat, indien de werknemer in plaats van een vernietiging van de opzegging om een billijke vergoeding verzoekt, een separate loonvordering niet nodig is ‘omdat in dat geval een aanspraak op ten onrechte niet genoten loon kan worden verdisconteerd in de billijke vergoeding’. Een logische gedachte, maar hoe verhoudt zich dit tot de andere aanwijzingen voor de (additionele) billijke vergoeding?

Ook elders geeft de wetgever tegenstrijdige aanwijzingen. Hij stelt namelijk enkele keren expliciet dat *bepaalde* gevolgen of omstandigheden aan de zijde van werkgever of werknemer wel degelijk een rol kunnen spelen bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding. Zo mag de rechter bij de additionele billijke vergoeding rekening houden met de slechte financiële situatie van de werkgever (nr. 3, p. 34) en kan hij bij de billijke vergoeding ex artikel 7:681 lid 1 BW mede betrekken ‘de situatie waarin de werknemer inmiddels een andere baan heeft gevonden’ (nr. 7, p. 90). Hieruit blijkt klip en klaar dat gevolgen of omstandigheden die een *verlagende* invloed op de billijke vergoeding kunnen hebben volgens de wetgever wél in aanmerking mogen worden genomen. Het kan toch niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest om de ernstig verwijtbaar handelende werkgever individueel maatwerk te bieden waar dat in zijn voordeel werkt, en de werknemer, die door het hem aangedane ‘werkelijk onrecht’ schade lijdt, niet?

Ik concludeer het volgende. De wetgever verschaft de rechter weliswaar enkele ‘aanwijzingen’ voor de bepaling van de omvang, maar die zijn alleen al vanwege hun tegenstrijdigheid niet bruikbaar. Ik vermoed dat de genoemde passages uit de wetsgeschiedenis waarin wordt benadrukt dat de gevolgen van het ontslag voor de werknemer vooral niet mogen meewegen bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding, puur zijn ingegeven door angst dat de billijke vergoeding ‘ontaardt’ in een ‘kennelijk-onredelijkontslagvergoeding 2.o’. De wetgever wil koste wat kost voorkomen dat de marginale toets van de ernstige verwijtbaarheid zich weer zal verruimen tot een volle toetsing van de gevolgen en belangen van beide partijen. Het gaat hier echter om twee verschillende zaken. De angst van de wetgever ziet op het criterium van de ernstige verwijtbaarheid (stap 1 in de toetsing). Is eenmaal – volgens het nieuwe, strenge ‘muizengat’-criterium – geoordeeld dat de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld, dan komt pas de begroting van de billijke vergoeding in beeld (stap 2). Op dat moment is reeds vastgesteld dat de werknemer zijn baan is kwijtgeraakt door ‘duidelijke en uitzonderlijke gevallen van onrechtmatige gedragingen’ van de werkgever. Als ik de ‘gevolgen van het ontslag mogen niet meewegen’-opmerkingen buiten beschouwing laat, dan wijzen de opmerkingen van de WWZ-wetgever nog het meest in de richting van de Rutten/Breed-benadering van de Hoge Raad (de schadevergoeding als zekere mate van genoegdoening, gerelateerd aan de aard

en ernst van de tekortkoming van de wederpartij, en dus niet primair gerelateerd aan de werkelijke schade van de werknemer). Nu het bij de billijke vergoeding (in tegenstelling tot de kennelijk-onredelijkontslagvergoeding, waarvoor de Hoge Raad de Rutten/Breed-benadering ontwikkeld heeft) uitsluitend gaat om zeer ernstige vormen van verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever, zie ik geen enkele reden om de schade niet conform de algemene schadebegrotingsregels van Boek 6 BW vast te stellen en (in ieder geval) primair af te stemmen op de door de werknemer geleden schade. De financiële situatie van de werkgever zou mijns inziens bij de begroting van de vergoeding geen rol moeten spelen. De rechter dient bij de schadebegroting uiteraard wel een eventuele aanspraak op de transitievergoeding mee te nemen, nu daarin een deel van die schade reeds is verdisconteerd.

3. Analyse jurisprudentie

In deze paragraaf worden verschillende uitspraken uit 2016 (en enkele uit 2015) geanalyseerd.

3.1. Invulling criterium 'ernstige verwijtbaarheid'

In welke situaties oordeelde de rechter dat er sprake was van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever?

Veroorzaken verstoorde arbeidsverhouding door te snel of onder valse redenen aan te sturen op beëindiging arbeidsovereenkomst

Vrijwel alle uitspraken waarin een additionele billijke vergoeding werd toegekend, zien op de situatie dat de werkgever – al dan niet moedwillig – een verstoorde arbeidsverhouding veroorzaakt door te snel, onder een valse reden of anderszins verwijtbaar aan te sturen op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

Een enkele keer mondde deze werkgeverstactiek uit in een ontbindingsverzoek van de werknemer, namelijk in Ktr. Enschede 26 februari 2016 (ECLI:NL:RBOVE:2016:675, AR 2016-0200). Werknemer werd na 9,5 jaar dienstverband op zijn functioneren aangesproken door twee collega's en kreeg diezelfde dag nog een brief van werkgever waarin een beëindigingsvoorstel werd gedaan. Werknemer weigerde daarmee akkoord te gaan en raakte arbeidsongeschikt. Daarna volgde een kort mediationtraject dat vroegtijdig door werkgever werd beëindigd. Werkgever had in casu geen functioneringsgesprekken gevoerd, noch was het onvoldoende functioneren anderszins besproken. Gelet daarop 'is het gesprek (...) tussen [twee collega's] enerzijds en [werknemer] anderzijds, zeer kwalijk. Niet alleen is dit gesprek op geen enkele wijze aangekondigd bij [werknemer], ook is het niet kies om een dergelijk gesprek over te laten aan een directe collega (...).' De directeur had volgens de kantonrechter zelf als leidinggevende dit gesprek dienen te voeren. 'Voorts is het ongepast (...) om in een

eerste gesprek over het in de ogen van de werkgever onvoldoende functioneren, direct een vaststellingsovereenkomst aan te bieden.’ Kortom: veel te snel en op onzorgvuldige wijze aansturen op beëindiging van de arbeidsovereenkomst, wordt aangemerkt als evhn van de werkgever.

In de andere gevallen was het (logischerwijze) de op ontslag aansturende werkgever zelf die het ontbindingsverzoek deed, op de d-, e- of g-grond. Die verzoeken resulteerden in een ontbinding op de g-grond onder toekenning van een billijke vergoeding aan werknemer. Recente voorbeelden daarvan zijn de volgende.

Een eerste voorbeeld biedt Ktr. Lelystad 12 januari 2016 (ECLI:NL:RBMNE:2016:986, AR 2016-0199). Reeds na 14 maanden dienstverband blijkt dat werkneemster (56 jaar, conservator) en de enige andere werknemer van Stichting Huizer Museum, de directeur, niet konden samenwerken. Werkgeefster heeft toen te snel aangestuurd op ontslag van werkneemster. Had zij op het juiste moment adequaat gereageerd, dan zouden de irritaties volgens de kantonrechter op te lossen zijn geweest. Werkgeefster heeft na een vijftal gesprekken besloten dat de arbeidsovereenkomst met werkneemster beëindigd moest worden, terwijl op dat moment mediation, zoals voorgesteld door werkneemster, voor de hand had gelegen. De afwijzing van mediation op dat moment getuigt niet van goed werkgeverschap. De gevoerde gesprekken ‘zonder professionele begeleiding zijn volstrekt onvoldoende om een mediationstraject of ander begeleidingstraject te vervangen’. Het later alsnog instemmen met het mediationaanbod van werkneemster, nadat werkgeefster al een beschadigende e-mail over haar vertrek aan alle vrijwilligers had gestuurd, wordt door de kantonrechter afgeserveerd als een ‘volstrekt ongeloofwaardige poging om de verhoudingen te herstellen’. De ontbinding is ‘volledig aan Huizer Museum te wijten’ en ‘is dan ook het gevolg (...) van ernstig verwijtbaar handelen en ook nalaten van de werkgever’.

Een tweede voorbeeld is Ktr. Utrecht 18 februari 2016 (ECLI:NL:RBMNE:2016:854, AR 2016-0196). Hier wordt werkgeefster afgerekend op het ontbreken van een reëel verbetertraject. Het ging om een werknemer die na 19 jaar dienstverband in de problemen komt na het aantreden van een nieuwe leidinggevende. Deze spreekt hem aan op zijn ‘negatieve uitstraling tijdens het MT’ en later zeggen vijf collega-managers van werknemer het vertrouwen in een verdere samenwerking met hem op. Vervolgens wordt werknemer van zijn functie ontheven en mislukt een poging tot een beëindiging in onderling overleg. Na een toegewezen maar ingetrokken ontbindingsverzoek van werknemer op de g-grond, ontbindt de kantonrechter in deze zaak op dezelfde grond op verzoek van werkgeefster. Opmerkelijk is dat de kantonrechter bij de beoordeling of sprake is van evhn oordeelt dat werkgeefster ‘gelet op de leeftijd van [werknemer] en de duur van het dienstverband, onvoldoende voor [werknemer] heeft gedaan’. Dit lijkt verdacht veel op het gevolgen criterium van artikel 7:681 (oud) BW.

Volgens de kantonrechter heeft werkgeefster ‘in enkele maanden tijd (...) de conclusie getrokken dat zij niet met [werknemer] verder kon, zonder deugdelijke begeleiding of een reëel verbeteringstraject. Evenzo is zij nalatig geweest in het zoeken van een oplossing in de kennelijk aanwezige problemen met de collega-managers (...). Door aldus te handelen heeft [werkgeefster] als het ware de grond voor de ontbinding veroorzaakt terwijl de ontbinding feitelijk niet aan de orde had moeten zijn. Een dergelijk handelen van een werkgever dient als ernstig verwijtbaar gekwalificeerd te worden’.

Ook werkgever Grolsch werd afgerekend op het veroorzaken van een verstoorde arbeidsverhouding (Ktr. Enschede 21 januari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:212, AR 2016-0086). Een vervelend voorval – werknemer moest een presentatie afbreken omdat hij vanwege de spanning moest overgeven – was voor Grolsch aanleiding om onder het mom van disfunctioneren direct aan te sturen op de beëindiging van de arbeidsverhouding. Van een goed werkgever had volgens de kantonrechter verwacht mogen worden dat hij de (tot dan toe) goed functionerende werknemer (zes jaar in dienst, 36 jaar) na het voorval in bescherming had genomen én dat hij na het voorval de draad weer zou hebben kunnen oppakken. Door in plaats daarvan onder voorwending van een valse reden aan te sturen op beëindiging dienstverband heeft werkgever ernstig verwijtbaar gehandeld.

Werkgever Gebr. Ferwerda maakte het nog bonter. Deze werkgever stuurde niet alleen op ontelijke gronden aan op ontslag, maar deed dat ook nog eens op intimiderende wijze (Ktr. Leeuwarden 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:713, AR 2016-0187; zie voorts ECLI:NL:RBNNE:2016:714, AR 2016-0188 en ECLI:NL:RBNNE:2016:715, AR 2016-0189). Ferwerda rekende hardhandig af met werknemers die protesteerden tegen cameratoezicht, welk toezicht niet voldeed aan de daarvoor geldende regels. De daaropvolgende op non-actiefstelling was onterecht, maar de kantonrechter neemt werkgever vooral de (wijze van) ondervraging die volgde op de protestbrief van werknemers kwalijk (‘bepaald ongepast’). ‘De vermeende initiatiefnemers van de brief zijn één voor één opgeroepen voor een gesprek met de voltallige directie en twee leidinggevenden. Dit riekt naar een vorm van intimidatie en past niet in het verwijt dat hen wordt gemaakt, namelijk dat zij een brief hebben gestuurd waarin zij in nette bewoordingen aangeven moeite te hebben met het cameratoezicht binnen Ferwerda.’ Met zijn verwijtbaar handelen heeft werkgever ‘een al jaren goed functionerende werknemer nodeloos beschadigd en psychisch belast’. De door werkgever aangevoerde e-grond wordt naar de prullenbak verwezen. In plaats daarvan wordt ontbonden op de g-grond, door het ernstig verwijtbare gedrag van de werkgever is de arbeidsverhouding ernstig verstoord geraakt.

Andere ernstig verwijtbaar gedrag werkgever

Een heel andere vorm van verwijtbaarheid is aan de orde in Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016 (ECLI:NL:GHSHE:2016:320, AR 2016-0116). Het ging hier om een ontbindingsverzoek van werkneemster. In hoger beroep werd de werkgever (alsnog) afgerekend op zijn gedrag tijdens een eerdere, voor werkgever niet succesvolle, UWV-procedure. In die procedure had werkgever (een advocatenkantoor) de advocaat van werkneemster een uitdraai overhandigd van aan werkneemster op haar zakelijke e-mailadres gezonden e-mails door de persoon met wie zij destijds een buitenechtelijke relatie had. Volgens de advocaat van werkneemster kondigde werkgever daarbij aan deze e-mails in de ontslagprocedure te zullen inbrengen om te motiveren waarom werkgever wenste af te wijken van het afspiegelingsbeginsel, tenzij werkneemster zich alsnog bereid zou verklaren het voorstel van werkgever te aanvaarden. Het hof oordeelt dat werkgever hiermee ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Werkgever had zich kunnen en moeten realiseren dat het voor werkneemster 'uitermate gênant' zou zijn wanneer deze e-mails zouden worden geopenbaard en er rekening mee moeten houden dat dit van negatieve invloed zou zijn op haar persoonlijke levenssfeer. Ik voeg daaraan toe dat werkgever zich dat ongetwijfeld maar al te goed realiseerde en meende juist daarom het ultieme drukmiddel in handen te hebben om werkneemster te dwingen akkoord te gaan met het ontslag. Dat is geen 'chicaneus' handelen, zoals de advocaat van werkneemster aan werkgever schreef, maar chantage.

Conclusie

Vrijwel alle zaken betreffen naar mijn mening inderdaad 'duidelijke' en – laten we hopen – 'uitzonderlijke gevallen van onrechtmatige gedragingen die te kwalificeren zijn als duidelijk strijdig met goed werkgeverschap'. Niettemin zit in de beoordeling hoe ernstig het verwijtbare gedrag van de werkgever is en of dit het stempel 'werkelijk onrecht' verdient onvermijdelijk een subjectief element. Dit blijkt wel uit de zaak van de secretaresse die door haar werkgever met de privé-e-mails werd gemanipuleerd (ECLI:NL:GHSHE:2016:320, AR 2016-0116). De rechter in eerste aanleg had daarover geoordeeld dat slechts sprake was van 'verwijtbaar' handelen van werkgever (ECLI:NL:RBOBR:2015:5186, TRA 2015/92 m.nt. Stamhuis).

Daarnaast beoordelen de rechters, conform de bedoeling van de wetgever, de ernst van het verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever 'sec', dus zonder de gevolgen van het ontslag voor de werknemer erbij te betrekken.

Er is één zaak die naar mijn mening op beide bevindingen een uitzondering vormt. Dat is de zaak van de manager in wie door zijn collega-managers het vertrouwen werd opgezegd (AR 2016-0196) en waarin de kantonrechter de werkgever afrekenet op het ontbreken van een reëel verbetertraject. Dit is een voorbeeld van een geval waarin er in principe geen (voldragen) grond was voor ontslag, de werkgever adequaat had moeten optreden, maar juist door dat na

te laten een verstoorde arbeidsverhouding veroorzaakt. De vraag is of de kantonrechter hier werkgever wel de Asscher-escape had moeten bieden, in plaats van ontbinding te weigeren en werkgever te gebiedten een reëel verbetertraject met deugdelijke begeleiding te starten. Nu de kantonrechter toch ontbindt, is het begrijpelijk dat hij de fouten van de werkgever wil bestraffen, maar het is twijfelachtig of de door werkgever gemaakte fouten de kwalificatie ‘werkelijk onrecht’ en ‘zeer uitzonderlijke situatie’ verdienen. Mijns inziens gaat het hier weliswaar om onzorgvuldig en verwijtbaar gedrag, maar geen ernstig verwijtbaar ‘muizengat’-gedrag. Wellicht ziet de kantonrechter dat zelf ook, nu hij bij de beoordeling of sprake is van evhn uitdrukkelijk overweegt dat werkgever ‘gelet op de leeftijd van [werknemer] en de duur van het dienstverband, onvoldoende voor [werknemer] heeft gedaan’. Kennelijk meent hij dat hetzelfde gedrag ten aanzien van een jongere werknemer niet ernstig verwijtbaar zou (kunnen) zijn geweest. Hier worden dus expliciet – en tegen de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever in – de gevolgen van het ontslag voor de werknemer meegewogen bij de beoordeling of het optreden van de werkgever ernstig verwijtbaar is.

3.2. Bepaling hoogte billijke vergoeding

Opvallend is dat ook in een aantal van de in 2016 gewezen uitspraken, de hoogte van de toegekende billijke vergoeding in het geheel niet wordt gemotiveerd.

De kantonrechters te Enschede trekken simpelweg de (kennelijk eind 2015 tussen verschillende kantonrechters afgesproken) standaardfrase weer uit de kast. Daarin worden eerst de ‘aanwijzingen’ van de wetgever gememoreerd, om daarop te laten volgen: ‘Uitgaande van het voorgaande zal de kantonrechter de billijke vergoeding vaststellen op een bedrag van € ...’ (of vergelijkbare bewoordingen). Dat gebeurt in AR 2016-0200 (ECLI:NL:RBOVE:2016:675) en AR 2016-0086 (ECLI:NL:RBOVE:2016:212, andere kantonrechter). In beide gevallen leidde dit tot een billijke vergoeding van € 20.000. Dat komt in het eerste geval neer op 6,8 maandsalarissen (werknemer 58 jaar; 9,5 jaar dienstverband; maandsalaris € 2.935; TV € 10.927; billijke vergoeding plus TV komt neer op 10,5 maandsalarissen). In het tweede geval op 4,5 maandsalarissen (werknemer 36 jaar; 6 jaar dienstverband, maandsalaris € 4.400; TV bijna € 11.000; billijke vergoeding plus TV komt neer op 7 maandsalarissen).

Deze wijze van non-motiveren zagen we eind vorig jaar al in bijvoorbeeld Ktr. Roermond 5 november 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:9351 (€ 5.000), Ktr. Alkmaar 4 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9668 (€ 15.000) en Ktr. ’s-Hertogenbosch 22 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5552 (€ 2.000). Sagel heeft op deze praktijk al scherpe kritiek geuit (S.F. Sagel, Wwz: pas toe en leg uit!, TRA 2016/1 (column)). Hiermee verschaft de rechter geen enkel inzicht in de factoren die voor hem of haar leidend zijn bij de bepaling van de omvang

van de vergoeding, laat staan dat duidelijk wordt hoe die factoren tot de toegekende euro's hebben geleid. Dat levert de praktijk niet meer handvatten op dan als de rechter een zwieper aan het rad van fortuin geeft.

Gelukkig wordt in de meeste zaken uit 2016 de hoogte van de vergoeding wél gemotiveerd. Die motivering betreft vooral de factoren die in aanmerking worden genomen; hoe de slag van die factoren naar het toegekende bedrag plaatsvindt, blijft vaag. Ik behandel hieronder de mijns inziens belangrijkste uitspraken.

De Kantonrechter Leeuwarden geeft in de Gebr. Ferwerda-zaken (intimiderend optreden werkgever na klachten over cameratoezicht) aan welke factoren een rol hebben gespeeld bij de bepaling van de hoogte. In alle drie de zaken somt zij een rits aan omstandigheden op, die allemaal zien op het verwijtbare gedrag van werkgever. Vervolgens worden ook de emotionele gevolgen van het optreden van werkgever voor werknemer meegewogen, zie bijvoorbeeld AR 2016-0189 (ECLI:NL:RBNNE:2016:715), r.o. 5.22: 'Dit alles moet de nodige emotionele gevolgen hebben gehad en nog steeds hebben op [werknemer], zo volgt onder meer al uit het feit dat hij sedert de schorsing medicatie gebruikt in verband met slaapproblemen. Al deze omstandigheden in aanmerking genomen stelt de kantonrechter de billijke vergoeding vast op € 15.000.' Deze rechter geeft dus inzicht in de relevante factoren die de hoogte van de vergoeding bepalen, waaronder de immateriële schade voor werknemer, maar onduidelijk blijft hoe zij uiteindelijk bij dit bedrag is uitgekomen. Zij heeft daarbij in ieder geval niet via een vermenigvuldigingsfactor de hoogte van de billijke vergoeding afgeleid uit de transitievergoeding (vergelijk Ktr. 's-Hertogenbosch 1 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5186, AR 2015-0865: verdubbeling transitievergoeding), noch via een andere formule. Een dergelijke berekeningswijze wordt namelijk expliciet – en terecht – door deze kantonrechter van de hand gewezen (r.o. 5.22).

In een van de andere Gebr. Ferwerda-zaken (ECLI:NL:RBNNE:2016:714, AR 2016-0188) had de werknemer een lagere billijke vergoeding gevraagd dan het toegewezen bedrag van € 15.000 in bovengenoemde zaak. De kantonrechter overweegt: 'Werknemer heeft aan billijke vergoeding een bedrag van zo'n € 10.000 gevorderd. Onder normale omstandigheden zou dit met zich brengen dat de kantonrechter niet meer dan dat toewijst. In dit geval is echter sprake van de bijzondere omstandigheid dat in de zaak van de collega van werknemer, wiens zaak gelijktijdig met de zaak van werknemer is behandeld en waarbij zijn collega is bijgestaan door een andere gemachtigde een billijke vergoeding van € 15.000 [is] toegekend. Omdat de zaken zeer veel overeenkomsten vertonen, wordt aan werknemer eveneens een billijke vergoeding van € 15.000 bruto toegekend.'

Gelijke behandeling is hier voor de rechter reden om 50% meer toe te wijzen dan gevorderd

door werknemer. De vraag is wat in dezen 'gelijke behandeling' is. Het verwijtbare gedrag van werkgever was gelijk, maar geldt dat ook voor de (emotionele en financiële) gevolgen daarvan voor beide werknemers? Het lijkt er, in ieder geval voor wat betreft de financiële gevolgen, wel op, nu beide werknemers zeer vergelijkbaar waren qua aantal dienstjaren en salaris (AR 2016-0189: 7 jaar dienstverband; maandsalaris € 1.729; TV € 4.356; billijke vergoeding 8,7 maandsalarissen (leeftijd onbekend); versus AR 2016-0188: 7 jaar dienstverband; maandsalaris € 1.902; TV € 5.134; billijke vergoeding 7,9 maandsalarissen (leeftijd onbekend)).

Uit deze overwegingen van de kantonrechter te Leeuwarden kan worden afgeleid dat volgens haar de werknemer met het noemen van een bedrag aan billijke vergoeding kennelijk in beginsel de bovengrens daarvan vastzet. In de derde Ferwerda-zaak (ECLI:NL:RBNNE:2016:713, AR 2016-0187) overweegt zij dat bij de vraag hoe hoog de billijke vergoeding moet zijn ook wordt meegewogen (r.o. 5.22) 'dat [werknemer] zelf een bedrag van zo'n € 48.000 kennelijk passend vindt'. 'Dit komt, zo heeft de kantonrechter berekend, ruwweg neer op zo'n twee jaar salaris. Alle omstandigheden in aanmerking genomen oordeelt de kantonrechter dat zo'n bedrag haar in dit geval inderdaad zeker als passend voorkomt. De billijke vergoeding wordt dan ook op € 48.000 bruto vastgesteld.'

Een werknemer doet er dus verstandig aan niet te laag in te zetten. Uit genoemde overweging blijkt echter nog iets anders. Deze rechter neemt expliciet de factoren ernst van het verwijtbaar handelen van werkgever, emotionele gevolgen van het ontslag voor werknemer én wat werknemer zelf passend vindt, in aanmerking. Daarnaast kent zij – impliciet – belang toe aan de factoren aantal dienstjaren en salaris bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding. Ware het anders, dan was de berekening dat € 48.000 neerkwam op twee jaarsalarissen overbodig. Deze werknemer (38 jaar; 19,5 jaar dienstverband; maandsalaris € 1.854) krijgt maar liefst 25,9 maandsalarissen mee (incl. de TV van € 16.186 komt dit zelfs neer op 34,6 maandsalarissen). De 8,7 en 7,9 maandsalarissen van de collega's uit de andere twee zaken steken daar mager bij af. Zij zijn allen op gelijke wijze slachtoffer geworden van dezelfde zeer laagbaar handelende werkgever. De enige plausibele reden voor dit grote verschil in toegekende billijke vergoeding is het forse verschil in het aantal dienstjaren (7 jaar versus 19 jaar). Een vergelijking met de oude kantonrechtersformule dringt zich op.

Een kantonrechter te Amsterdam durft de kantonrechtersformule-knuppel in het hoenderhok te gooien (Ktr. Amsterdam 29 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:400, AR 2016-0095). In deze h-grondzaak, overweegt de rechter dat de maatstaf van de wetgever, namelijk de ernst van het verwijtbaar handelen, onbruikbaar is voor de bepaling van de omvang van de billijke vergoeding (r.o. 25). 'De ernst van het gemaakte verwijt is alleen een bruikbare maatstaf als het erom gaat te bepalen welk deel van de ontstane schade als gevolg van verwijtbaar handelen de veroorzaker moet betalen. De omvang van de schade is niet vast te stellen op basis van de

mate van de ernst van het verwijtbaar handelen van de werkgever.’ Hoe moet het dan wel? In r.o. 26 stelt de kantonrechter onomwonden dat de maatstaven uit de oude kantonrechtersformule prima bruikbaar zijn: ‘De basis van de billijke vergoeding is hierin gelegen dat een werkgever die ernstig verwijtbaar heeft gehandeld ten gevolge waarvan de dienstbetrekking tot een einde is gekomen meer verantwoordelijkheid behoudt voor de inkomenssituatie van de werknemer zoals die zal zijn na het einde van de dienstbetrekking, dan tot uitdrukking komt in de hoogte van de transitievergoeding. Een toe te kennen vergoeding dient daarom rekening te houden met het te missen inkomen door het verlies van de betrekking en een zeker, zij het in de loop der tijd afnemend inkomensniveau dat de werknemer gedurende zekere tijd na het ontslag moet kunnen behouden, waarbij een schatting van de kansen op het vinden van ander werk moet zijn inbegrepen, alsmede een schatting van de uitkeringen die de werknemer kan gaan ontvangen. Bij het bepalen van dat inkomensniveau en de tijd gedurende welke de werkgever daar mede voor verantwoordelijk is, dient acht te worden geslagen op de aan het ontslag ten gronde liggende feiten, de leeftijd van de werknemer en de lengte van het dienstverband.’ Op basis van deze maatstaven komt de kantonrechter tot een bedrag van € 60.000 aan billijke vergoeding inclusief transitievergoeding.

Hier wordt de billijke vergoeding dus primair afgestemd op de materiële en immateriële schade van de werknemer ten gevolge van het verwijtbaar handelen van de werkgever en het daardoor eindigen van het dienstverband meegewogen en in relatie tot de ernst van het verwijtbare gedrag van werkgever geplaatst. Deze factoren komen echter duidelijker naar voren in de oude berekeningsmaatstaf van Rutten/Breed (inzake het kennelijk onredelijk ontslag) dan in de kantonrechtersformule die bij ontbinding gehanteerd werd. Die maatstaf leidt tot individueel maatwerk en past dus beter bij de enige duidelijke aanwijzing van de wetgever – namelijk dat het hanteren van een formule uit den boze is.

Die Rutten/Breed-berekeningsmaatstaf is nog duidelijker herkenbaar in de zaak waarin werkgever met het overleggen van beschadigende privé-e-mails dreigde in de UWV-procedure (ECLI:NL:GHSHE:2016:320, AR 2016-0116). Het Hof 's-Hertogenbosch zet de aanwijzingen van de wetgever uiteen, onder vermelding dat in de additionele vergoeding niet tot uitdrukking mag komen 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 ondervangen (het oude gevolgen criterium, r.o. 3.21). Om vervolgens ... iets te doen wat daar sterk op lijkt (r.o. 3.22): ‘Het hof is van oordeel dat bij het bepalen van de hoogte van een billijke vergoeding alle omstandigheden van het geval moeten meewegen. In dit geval acht het hof de volgende omstandigheden van belang. [Werkneemster] is 47 jaar oud. Zij is ruim negen jaar bij [werkgever] in dienst geweest. (...) Indien de arbeidsovereenkomst niet per 1

november 2015 was ontbonden ten gevolge van het handelen van werkgever, had werknemster naar verwachting door kunnen blijven werken bij werkgever tot 1 januari 2017 [datum waarop werkgever met zijn praktijk zou stoppen]. [Werknemeester] loopt derhalve een groot aantal maanden salaris mis. Anderzijds zal [werknemster] na deze beschikking naar verwachting alsnog aanspraak kunnen maken op een WW-uitkering (...). Gelet op al deze omstandigheden en de mate waarin werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld (...), stelt het hof de billijke vergoeding vast op een bedrag van € 10.000.' Gelet op haar maandsalaris van € 1.283, komt dat neer op 7,8 maandsalarissen.

In een zaak uit 2015 (Ktr. Rotterdam 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7677, AR 2015-1009) wordt bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding doorslaggevende betekenis toegekend aan de financiële gevolgen van het ontslag voor werknemster. De werknemster vroeg ontbinding van de arbeidsovereenkomst nadat werkgever zich onbetamelijk en grievend jegens haar had uitgelaten en adviezen van de arboarts niet had opgevolgd. De kantonrechter overweegt dat deze teleurstellende afloop van het lange dienstverband (van 22 jaar) grote financiële gevolgen voor werknemster (63 jaar) heeft. 'De werknemster kan nu immers niet blijven werken tot haar pensioengerechtigde leeftijd van 66 jaar, waardoor zij naast loon een aanzienlijk bedrag aan pensioengelden misloopt. Het is niet aannemelijk dat zij, gedeeltelijk arbeidsongeschikt, op haar leeftijd nog elders werk vindt. Dat de werkgever de werknemster na zo'n lang dienstverband belet om de laatste jaren voor haar pensioengerechtigde leeftijd door te werken, met alle gevolgen van dien voor haar, is zo ernstig verwijtbaar, dat een forse vergoeding op zijn plaats is. Nu dus de ernst van het verwijt mede gelegen is in het doen vertrekken van de werknemster terwijl haar pensioengerechtigde leeftijd na een lang dienstverband in zicht is, wordt bij het vaststellen van de billijke vergoeding mede gekeken naar de pensioeninkomsten die de werknemster misloopt door de vroegtijdige beëindiging van het dienstverband. Aansluiting wordt gezocht bij de door de werknemster overgelegde – en door de werkgever niet betwiste – berekening van het te verwachten verlies aan inkomen en pensioen (...) en ook wordt rekening gehouden met de toe te kennen transitievergoeding. Op grond van het voorgaande zal een bedrag van € 50.000 bruto als billijke vergoeding worden toegekend.'

Deze zaak is een goede illustratie van het in elkaar overlopen van de verwijtbaarheidsfactoren aan werkgeverszijde en de financiële gevolgen van het ontslag aan werknemerszijde (vergelijk par. 3.2). Die factoren zijn, zeker in een zaak als deze, niet uit elkaar te trekken. Het gedrag van de werkgever is zo ernstig verwijtbaar, juist omdat het een werknemster betreft voor wie hij – gelet op haar leeftijd, de lengte van het dienstverband en de daarmee samenhangende enorme inkomensschade ten gevolge van het ontslag – een extra zorgplicht heeft. Het is mijns inziens dus terecht dat de rechter die financiële gevolgen in de hoogte van de billijke vergoeding tot

uitdrukking brengt, daarbij rekening houdend met de transitievergoeding (in casu ruim € 16.000) waarop werknemster aanspraak maakt.

4. Conclusie

Komen wetgever en rechter tot een *pas de deux*? De *entree* is niet gek. De wetgever heeft in redelijk heldere lijnen de contouren van het muizengaatje van de ernstige verwijtbaarheid geschetst en de rechter sluit daar over het algemeen vloeiend bij aan. In het daarna volgende adagio gaat het direct mis, omdat de wetgever de rechter niet bij zijn bewegingen ondersteunt. Zijn zogenaamde aanwijzingen voor hoe de rechter de omvang van de billijke vergoeding moet bepalen zijn tegenstrijdig en onbruikbaar. De wetgever struikelt over zijn angst dat het strakke ballet van de billijke vergoeding te veel gelijkenis zal gaan vertonen met de losbandige lambada van het kennelijk onredelijk ontslag. Daarbij uit het oog verliezend dat zijn angst het criterium van de ernstige verwijtbaarheid, de eerste stap, betreft, maar die had hij in de *entree* nu juist al vrij zuiver gezet. De rechters blijken bij de tweede stap, de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding, gelukkig hun eigen weg te kiezen. De betere dansers onder hen zetten de wetgever en zijn aanwijzingen aan de kant en laten zich liever leiden door zowel de verwijtbaarheidsfactoren aan werkgeverszijde als de financiële en andere gevolgen van het ontslag aan werknemerszijde. Nu het bij de additionele billijke vergoeding uitsluitend gaat om zeer ernstige vormen van verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever, zou ik de schade het liefst aan de hand van de algemene schadebegrotingsregels van Boek 6 BW willen zien vastgesteld en dus (in ieder geval) primair gerelateerd willen zien aan de schade van de werknemer. Met die aanpassing en wat meer motivering van het geleverde maatwerk kan de dans er zelfs gracieus uit gaan zien. Een mooi vooruitzicht voor de toekomstige arbeidsrechtpraktizijn