

ANNOTATIE

De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?

P. Kruit

Annotatie bij Gerechtshof Den Haag, 12-09-2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2631 (AR-2017-1247)

Noot bij AR 2017-0826, AR 2017-0880, AR 2017-0903, AR 2017-0905, AR 2017-0917, AR 2017-0925, AR 2017-0935, AR 2017-0937, AR 2017-0967, AR 2017-0983, AR 2017-1023, AR 2017-1114, AR 2017-1119, AR 2017-1152, AR 2017-1200, AR 2017-1236, AR 2017-1247, AR 2017-1255, AR 2017-1293.

1. Inleiding

Sinds de invoering van de WWZ op 1 juli 2015 is onderwerp van discussie geweest hoe de (additionele) billijke vergoeding die de werkgever is verschuldigd bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten, dient te worden begroot. De wetgever geeft in de memorie van toelichting nauwelijks concrete aanknopingspunten voor het berekenen van de billijke vergoeding. Enkel wordt aangegeven dat de billijke vergoeding niet op basis van de kantonrechttersformule (of een variant hierop) mag worden berekend en dat in de billijke vergoeding evenmin de gevolgen van het ontslag tot uitdrukking kunnen komen, omdat deze gevolgen reeds zijn verdisconteerd in de transitievergoeding (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 32-34 en 61). De wetgever kiest bewust voor een 'bottom-upbenadering' waarin vanuit de lagere rechtspraak een consistente lijn in de berekening van de billijke vergoeding moet komen (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 61). In de praktijk leverde het gebrek aan wettelijke kaders echter een veelheid van berekeningsmethodieken en hiermee corresponderende billijke vergoedingen op (zie hierover o.a. S.S.M. Peters, 'Billijke vergoedingen hausse in 2016: ontardt het door de wetgever geregisseerde strakke ballet in een losbandige lambada?', AR 2016-0200 en D.M.A. Bij de Vaate & P. Kruit, 'Billijke vergoeding: over karakter, begroting en 6 EVRM', *ArA* 2017/1).

Vanuit de rechtspraak bestond grote behoefte aan een richtinggevende beschikking van de Hoge Raad. Deze beschikking kwam op 30 juni 2017 met de New Hairstyle-uitspraak. De Hoge Raad geeft hierin duidelijk sturing aan de discussie omtrent de begroting van de billijke vergoeding. In deze annotatie zal ik eerst de beschikking van de Hoge Raad bespreken om vervolgens een overzicht en analyse te presenteren van de beschikkingen na New Hairstyle waarin een billijke vergoeding is toegekend om te bezien welke richting in de praktijk thans aan de billijke vergoeding wordt gegeven.

2. De Hoge Raad in New Hairstyle

De feiten

De zaak New Hairstyle speelt zich af in een kapperszaak waarin werkgever en werknemer een discussie hebben over de vakantieplanning voor de zomer van 2015. Werknemer is vanwege het werk van haar man gebonden aan de bouwvak en de werkgever weigert de werknemer omwille van de planning vakantieverlof te verlenen. Wanneer werknemer desondanks met vakantie gaat, escaleert de zaak en wordt de werknemer zonder instemming en zonder toestemming ontslagen. Dit geschiedt overigens nadat de werkgever eerder al had getracht langs zowel de route van een beëindigingsovereenkomst als de route van het UWV afscheid te nemen, zulks echter zonder succes. Het betreft in zoverre een atypische situatie, dat de werknemer in kwestie slechts een halve dag per week voor New Hairstyle werkzaam was en daarmee € 224 bruto per maand verdiende. Zowel de kantonrechter als het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelden dat de beëindiging zonder instemming en toestemming (onduidelijk is of dit nu een ontslag op staande voet is geweest) onrechtmatig was, zodat op grond van artikel 7:681 lid 1 onderdeel a BW recht voor werknemer op een billijke vergoeding bestaat. De kantonrechter oordeelt dat de billijke vergoeding een punitief karakter kent en stelt deze vervolgens vast op € 4.000 bruto. Het hof bekrachtigt deze beschikking en merkt hierbij expliciet op dat de billijke vergoeding niet de gevolgen van het ontslag compenseert maar een punitief karakter kent.

Cassatieklachten

In cassatie klaagt de werknemer over een drietal aannames van het hof. Ten eerste is werknemer het niet eens met de stelling dat de billijke vergoeding een punitief en afschrikwekkend karakter moet hebben. Daarnaast is zonder nadere motivering onduidelijk waarom het bedrag van € 4.000 bruto een zodanig punitief en afschrikwekkend karakter heeft als het hof veronderstelt. Ten tweede is werknemer het oneens met het buiten beschouwing laten van de lengte van het dienstverband als element bij het begroten van de billijke vergoeding. Ten derde is werknemer het oneens met het buiten beschouwing laten

van de gevolgen van het ontslag. Zij stelt zich op het standpunt dat zij haar dienstverband tot aan de pensioengerechtigde leeftijd had willen voortzetten en dat deze omstandigheid in de vergoeding tot uitdrukking zou moeten komen.

Verzwaarde motiveringsplicht

De Hoge Raad vangt in rechtsoverweging 3.4.1 aan met de opmerking dat het ontslagvergoedingstelsel in de WWZ met invoering van de transitievergoeding tot doel heeft een verlaging van de ontslagkosten te realiseren om zodoende het aanbieden van vaste contracten te bevorderen. Vervolgens merkt de Hoge Raad in overweging 3.4.2 op dat in een aantal omstandigheden aanleiding kan bestaan naast de wettelijke transitievergoeding tevens een aanvullende billijke vergoeding toe te kennen, namelijk wanneer sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. De Hoge Raad benadrukt voorts dat daar waar ernstig verwijtbaar handelen of nalaten niet expliciet in de wet is benoemd, zulks geacht wordt reeds in de grondslag voor de betreffende billijke vergoeding te zijn inbegrepen, zoals bij artikel 7:681 lid 1 BW. Dit betekent dat de overweging van de Hoge Raad in dit verband van toepassing is op alle billijke vergoedingen (met uitzondering van die in art. 7:683 lid 3 BW, omdat de wetgever hierover expliciet opmerkt dat geen ernstige verwijtbaarheid is vereist (*Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 114-115)). De begrotingswijze en omvang van de billijke vergoeding moet aansluiten bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval, waarbij op de rechter een motiveringsplicht rust, aldus de Hoge Raad aan het slot van overweging 3.4.2, waarbij aansluiting wordt gezocht bij het bepaalde in de memorie van toelichting (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 32-34 en 61). Deze motiveringsplicht voor de rechter brengt met zich dat op de werknemer in dat geval de verplichting rust te stellen en te bewijzen wat de omvang van de billijke vergoeding in zijn optiek zou moeten zijn. Voor de werknemer leidt deze overweging ertoe dat hij in zijn verzoek tot toekenning van de billijke vergoeding ruimschoots aandacht zal moeten schenken aan de onderbouwing van de omvang van de vergoeding.

Wel gevolgen van het ontslag betrekken in de billijke vergoeding

Het echte vuurwerk begint in overweging 3.4.3. Hierin merkt de Hoge Raad op dat in de toelichting bij de WWZ is bepaald dat de billijke vergoeding naar haar aard in relatie zal staan tot het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever en niet tot de gevolgen van het ontslag, omdat die gevolgen reeds worden geacht te zijn verdisconteerd in de transitievergoeding. Hieruit kan echter niet worden afgeleid dat de gevolgen van het ontslag bij het vaststellen van de billijke vergoeding geen rol mogen spelen. Volgens de Hoge Raad is de achtergrond van deze opmerking in de memorie van toelichting dat hiermee wordt benadrukt dat afscheid wordt genomen van het oude stelsel van ontslagvergoedingen waarin

de vergoeding was gerelateerd aan de leeftijd en de lengte van het dienstverband van de werknemer. Het stelsel van de WWZ verzet zich er niet tegen dat met de gevolgen van het ontslag rekening wordt gehouden bij het bepalen van de omvang van de billijke vergoeding, voor zover die gevolgen zijn toe te rekenen aan het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. De Hoge Raad schrijft deze overweging over de billijke vergoeding in het algemeen zonder toe te spitsen op de billijke vergoeding in kwestie, namelijk die van artikel 7:681 lid 1 onderdeel a BW.

Gezichtspuntencatalogus

In het vervolg van de beschikking maakt de Hoge Raad een vertaalslag van voornoemd uitgangspunt naar de billijke vergoeding van artikel 7:681 lid 1 onderdeel a BW. In overweging 3.4.4 oordeelt de Hoge Raad dat de werknemer de vrijheid heeft om te kiezen tussen enerzijds vernietiging van de opzegging en anderzijds de billijke vergoeding. De omvang van de billijke vergoeding dient hierbij het financiële equivalent te zijn van de vernietiging. Kortom, het resterende inkomen dat de werknemer zou hebben ontvangen indien hij voor de vernietiging had gekozen, dient als uitgangspunt bij het bepalen van de billijke vergoeding. Volgens de Hoge Raad hangt het daarbij van de omstandigheden van het geval af welke resterende duur van het dienstverband voor vergoeding in aanmerking komt. Daarbij is mede van belang of de werkgever de arbeidsovereenkomst ook op rechtmatige wijze had kunnen beëindigen. Je kunt erover twisten of dit vervolgens *ex nunc* (het moment van beschikking) of *ex tunc* (het moment van het ontslag op staande voet) moet worden getoetst. In mijn optiek zou moeten worden teruggegrepen naar het moment van het verlenen van het onterechte ontslag op staande voet. Dit is immers de ‘ernstig verwijtbare gedraging’ die moet worden weggedacht en vanaf welk moment moet worden beschouwd wat de ‘resterende levensduur van de arbeidsovereenkomst’ zou zijn wanneer deze gedraging wordt weggedacht (zie ook Bij de Vaate & Kruit 2017).

De Hoge Raad merkt tot slot in overweging 3.4.4 nog op dat ook acht kan worden geslagen op de mogelijkheid de loonvordering te matigen op grond van artikel 7:680a BW. Blijkbaar kan de voor dit artikel aangelegde maatstaf – de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid – die eigenlijk is geschreven voor loonmatiging na een vernietigde opzegging, een argument vormen om de billijke vergoeding naar beneden bij te stellen indien de totale inkomensschade te hoog zou uitvallen. De Hoge Raad lijkt hier een analoge toepassing voor te staan.

In overweging 3.4.5 wordt voor de billijke vergoeding van artikel 7:681 lid 1 onderdeel a BW een aantal omstandigheden genoemd die een rol (kunnen) spelen bij het bepalen van de omvang van deze billijke vergoeding. Ik lees hierin een lijst met een zevental gezichtspunten:

1. in hoeverre de reden waarom de werknemer afziet van vernietiging aan de werkgever kan worden toegerekend;
2. de inkomsten die de werknemer had verkregen wanneer de werkgever niet onterecht een ontslag op staande voet had gegeven;
3. de mate van verwijtbaarheid die de werkgever kan worden gemaakt van het ten onrechte gegeven ontslag op staande voet;
4. of de werknemer inmiddels ander werk heeft gevonden;
5. welke inkomsten de werknemer in de toekomst in redelijkheid zou moeten kunnen verwerven;
6. of de werknemer aanspraak heeft op de transitievergoeding en de vergoeding wegens onregelmatige opzegging;
7. in hoeverre de werknemer zelf een verwijt van het onterechte ontslag op staande voet valt te maken.

Voorname argumenten kunnen in mijn optiek als een gezichtspuntencatalogus voor de billijke vergoeding van artikel 7:681 lid 1 onderdeel a BW worden aangemerkt. De Hoge Raad merkt hierbij op dat de elementen in de billijke vergoeding die zien op de vergoeding van schade van de werknemer zich lenen voor toepassing van de wettelijke regels uit artikel 6:95 e.v. BW. Nu er blijkbaar ook elementen in de billijke vergoeding zijn die niet zien op het vergoeden van schade, kan de billijke vergoeding niet als zuivere schadevergoeding worden bestempeld. Dit zou overigens ook in strijd zijn met de door de wetgever gehanteerde terminologie.

Geen specifiek punitief karakter

Belangrijk is voorts dat de Hoge Raad in overweging 3.4.5 expliciet stelling neemt in de discussie wie nu als centrale persoon geldt bij de billijke vergoeding: de werknemer die moet worden gecompenseerd voor het feit dat hij door zijn werkgever ernstig verwijtbaar is behandeld. De Hoge Raad neemt uitdrukkelijk afstand van de gedachte dat de werkgever de centrale persoon in de billijke vergoeding is, die moet worden gestraft voor het feit dat hij ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. De billijke vergoeding kent volgens de Hoge Raad namelijk geen specifiek punitief karakter. Het is onduidelijk wat de Hoge Raad precies bedoelt met de toevoeging van het woord 'specifiek'. Ik lees dit zo, dat de billijke vergoeding niet een *louter* punitief karakter kan hebben – zoals het hof in onderhavige kwestie van New Hairstyle had bepaald – maar dat het wel mogelijk is om naast de door de werknemer geleden

(inkomens)schade een aanvullend bedrag aan billijke vergoeding toe te kennen welke een punitieve component betreft. Hiermee ontstaat feitelijk een tweecomponentenbenadering: enerzijds de gevolgschade als gevolg van het ernstig verwijtbaar handelen, en anderzijds – maar enkel indien de omstandigheden van het geval hiertoe aanleiding geven – een aanvullend bedrag als ‘strafsanctie’.

3. De lagere rechtspraak na New Hairstyle

Sinds de beschikking van de Hoge Raad in New Hairstyle zijn achttien beschikkingen geweest waarin een billijke vergoeding is toegekend. Hieronder volgt een overzicht van deze uitspraken. Per uitspraak geef ik aan welke van de in de vorige paragraaf onder 1 t/m 7 genummerde gezichtspunten van de Hoge Raad in de uitspraak terugkomen.

Artikel 7:681 BW

Ktr. Alkmaar 12 september 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:7424: gezichtspunten 2, 5, 6; wel punitief/immateriële schade/EVHN. Ktr. Noord-Holland 4 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:6593: gezichtspunten 1, 5, 6; geen punitief/immateriële schade/EVHN. Ktr. Amsterdam 7 juli 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4883: gezichtspunten 2, 3, 6; geen punitief/immateriële schade/EVHN. Ktr. Groningen 13 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2700: gezichtspunten 2, 5, 6; wel punitief/immateriële schade/EVHN. Ktr. Amersfoort 24 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3808: gezichtspunten 1 t/m 6; geen punitief/immateriële schade/EVHN. Ktr. Roermond 27 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:7257: gezichtspunten 2, 6; geen punitief/immateriële schade/EVHN. Ktr. Roermond 1 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:7508: gezichtspunten 2, 6; geen punitief/immateriële schade/EVHN. Ktr. Amsterdam 31 augustus 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:6681: gezichtspunten 2, 5; wel punitief/immateriële schade/EVHN. Ktr. Maastricht 6 september 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8702: gezichtspunten 2, 3, 6; geen punitief/immateriële schade/EVHN. Hof 's-Hertogenbosch 7 september 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3856: gezichtspunten 2 t/m 5; geen punitief/immateriële schade/EVHN. Hof Den Haag 12 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2631: gezichtspunt 2; geen punitief/immateriële schade/EVHN. Hof Amsterdam 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4176: gezichtspunten 2, 5, 6; geen punitief/immateriële schade/EVHN. Hof 's-Hertogenbosch 13 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3241: gezichtspunten 2, 3, 6; geen punitief/immateriële schade/EVHN.

Artikel 7:671b/c BW

Ktr. Leeuwarden 18 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2796: gezichtspunten 2, 5, 6; geen punitief/immateriële schade/EVHN. Ktr. Roermond 17 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6879: gezichtspunten 3, 5, 6; wel punitief/immateriële schade/EVHN. Ktr. Enschede 4 oktober 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3768: gezichtspunten 2, 6; wel punitief/immateriële schade/EVHN.

Artikel 7:682 lid 3 BW

Ktr. Groningen 11 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2726: geen gezichtspunten; wel punitief/immateriële schade/EVHN. Ktr. Rotterdam 24 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8137: gezichtspunten 2, 5, 6; geen punitief/immateriële schade/EVHN.

Percentage van de uitspraken waarin een gezichtspunt voorkomt:

gezichtspunt 1: 11%; gezichtspunt 2: 83%; gezichtspunt 3: 33%; gezichtspunt 4: 11%; gezichtspunt 5: 56%; gezichtspunt 6: 78%; gezichtspunt 7: 0%; punitief/immateriële schade/EVHN: 33%.

Uit dit overzicht blijkt dat de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten bij de begroting van de billijke vergoeding door de lagere rechtspraak breed worden omarmd. Er is geen enkele uitspraak over de billijke vergoeding waarin niet naar de beschikking New Hairstyle wordt verwezen en met één of meerdere gezichtspunten rekening wordt gehouden. De beschikking van de Hoge Raad is aldus zeker als richtinggevend aan te merken.

Wat opvalt, is dat een tweetal gezichtspunten in vrijwel alle zaken wordt genoemd. Dit zijn (a) de inkomsten die de werknemer had genoten wanneer de werkgever geen onterecht ontslag op staande voet had gegeven c.q. ernstig verwijtbaar had gehandeld als gevolg waarvan ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt uitgesproken en (b) de vraag of de werknemer tevens aanspraak kan maken op de transitievergoeding dan wel de vergoeding wegens onregelmatige opzegging. Beide gezichtspunten maken integraal deel uit van de berekening van de concreet door de werknemer geleden schade als gevolg van het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Ook het element van de in de toekomst te verwerven inkomsten (gezichtspunt 5) – in de praktijk veelal inkomsten uit een (WW-)uitkering – wordt in meer dan de helft van de billijke vergoedingen betrokken. De lagere rechtspraak kiest daarmee voor de billijke vergoeding als primair zijnde een schadevergoeding. De billijke vergoeding lijkt daarmee sterk op de vergoeding uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag uit het pre-WWZ-ontslagrecht. Hoewel de discussie naar een standaardisering van de schadevergoeding

ongetwijfeld zal oplaaien, heeft de Hoge Raad in de 'XYZ-discussie' in de arresten Van der Grijp/Stam en Rutten/Breed reeds bepaald dat een dergelijke schadeberekening zich niet laat vatten in een formulevorm (HR 27 november 2009, *JAR* 2009/305 (Van der Grijp/Stam) en HR 12 februari 2010, *JAR* 2010/72 (Rutten/Breed)).

Naast de schadeberekening valt tevens op dat in elf van de achttien uitspraken (61%) een element aan de billijke vergoeding wordt toegevoegd dat niet direct aan concrete schade is te relateren (gezichtspunt 3 en de door mij toegevoegde categorie punitief/immateriële schade/EVHN), maar dat desondanks tot een onderdeel van de billijke vergoeding wordt gemaakt. De Hoge Raad lijkt in de beschikking *New Hairstyle* te suggereren dat de billijke vergoeding weliswaar niet specifiek (louter) punitief is, maar wel – indien de omstandigheden van het geval hiertoe aanleiding geven - een deels punitief karakter kan kennen. In de lagere rechtspraak is duidelijk terug te zien dat deze zienswijze op de beschikking van de Hoge Raad wordt gevolgd. Wanneer vergoeding van enkel de inkomensschade onvoldoende tot uitdrukking brengt hoe ernstig verwijtbaar de werkgever heeft gehandeld, wordt een aanvullende component aan de billijke vergoeding toegevoegd, zodat uiteindelijk een billijke vergoeding ontstaat die volgens de rechter aansluit bij de omstandigheden van het geval.

4. Conclusie

De Hoge Raad maakt in de beschikking *New Hairstyle* een principiële keuze door voor de omvang van de billijke vergoeding weliswaar aan te sluiten bij 'alle omstandigheden van het geval', maar hierin uitdrukkelijk de door de werknemer uit het ontslag ervaren gevolgen, waaronder de geleden inkomensschade, een centrale plek te geven. Een zuiver punitieve billijke vergoeding is niet mogelijk. Het blijft in mijn optiek wel mogelijk om een deels punitieve billijke vergoeding toe te kennen indien de omstandigheden van het geval hiertoe aanleiding geven en het vergoeden van enkel de inkomensschade niet in verhouding staat tot het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Te denken valt bijvoorbeeld aan de IT-medewerker die op staande voet wordt ontslagen omdat hij 'arrogant uit zijn ogen kijkt'. Op weg naar de auto heeft hij al drie nieuwe (betere) aanbiedingen op zak en de door hem geleden schade is daarmee nihil. Desondanks bestaat in mijn optiek aanleiding om in die situatie een billijke vergoeding toe te kennen met een punitief karakter, als tik op de vingers.

In de lagere rechtspraak is na *New Hairstyle* duidelijk een beweging zichtbaar waarin de door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten in meer of mindere mate terugkeren. In alle uitspraken die na *New Hairstyle* over de billijke vergoeding zijn geweest, is verwezen naar deze beschikking van de Hoge Raad. Een tweetal gezichtspunten keert in vrijwel iedere uitspraak terug: het door de werknemer gederfde inkomen en de eventueel door de werkgever verschuldigde transitievergoeding c.q. vergoeding wegens onregelmatige opzegging. Daarnaast

wordt in meer dan de helft van de uitspraken over de billijke vergoeding rekening gehouden met de inkomsten die de werknemer in de toekomst in redelijkheid zou moeten kunnen verwerven. Al deze drie meest voorkomende gezichtspunten dragen bij aan de begroting van de concreet door de werknemer geleden schade. Het is aldus duidelijk dat in de lagere rechtspraak de schadeberekening een belangrijke rol speelt in vrijwel iedere zaak over de billijke vergoeding.

Tot slot signaleer ik een trend waarin ook de mate van verwijtbaarheid van de werkgever tot uitdrukking komt in de billijke vergoeding, zonder dat hieraan concrete schade wordt gekoppeld. Hierdoor ontstaat een beeld van de billijke vergoeding die ik kenmerk als 'de tweecomponentenbenadering'. Enerzijds wordt door de rechter rekening gehouden met de door de werknemer geleden inkomensschade. Anderzijds wordt hieraan toegevoegd een element dat niet direct eenvoudig op geld waardeerbaar is, maar dat zou kunnen worden geduid als een punitief/preventief/EVHN-element. Dit element wordt door kantonrechters wisselend benoemd als 'compensatie voor het ernstig verwijtbaar handelen', 'immateriële schadevergoeding' en 'gedeeltelijke strafsancie'.

Hoewel nog steeds onduidelijk blijft hoe concreet de inkomensschade moet worden vastgesteld – de resterende levensduur van de arbeidsovereenkomst is immers bepaald niet eenvoudig vast te stellen – heeft hiermee het begin van een eenduidige berekeningsmethodiek van de billijke vergoeding een aanvang genomen nu de door de Hoge Raad geformuleerde uitgangspunten in de lagere rechtspraak breed gedragen worden. Dit is conform de door de wetgever voorgestane 'bottom-upbenadering'.