

## Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 49, 2017

Nummer 49, 2017

*Redactie: prof. mr. dr. A.R. Houweling, mr. L. Kirkpatrick, mr. M. Assenberg van Eijssen, mr. R. van Hemert, mr. P.H. de Jongh, mr. C.P. Kuijer, mr. drs. T.J. Post, I.J. Schipper, mr. S.A. Slootweg, mr. V. Twilt, mr. R.R.T. van de Ven en mr. S. Wiersma-Helal.*

### INHOUDSOPGAVE

#### Hof

**Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:5246** 30-11-2017

werknemer/werkgever

**Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:5251** 30-11-2017

werknemer/werkgever

**Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:5243** 28-11-2017

werknemer/werkgever

**Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:4853** 21-11-2017

werknemer/werkgever

**Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:10329** 17-11-2017

werkneemster/Centraal Orgaan Opvang Asielzoekers

**Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:10458** 30-10-2017

werkneemster/ING Bank Personeel BV

**Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:3050** 25-07-2017

Bogra B.V./werknemer

**Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:3054** 25-07-2017

Bogra B.V./werknemer

**Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:1685** 21-02-2017

X/werknemer

#### Rechtbank

**Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2017:5923** 29-11-2017

LIA c.s./Coöperatie van vernigingen van leraren en ander onderwijspersoneel U.A.

**Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:8842** 29-11-2017

X./Das

**Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2017:7795** 29-11-2017

werknemster/werkgever

**Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2017:5978** 29-11-2017

werknemer/werkgever

**Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2017:4494** 28-11-2017

werknemer/Centrum Tandheelkunde Genemuiden B.V.

**Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2017:9295** 27-11-2017

FZB Nederland B.V./Veilige Zorg Ondersteuning Nederland B.V. c.s.

**Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2017:6235** 27-11-2017

werknemer/Smetjet B.V.

**Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2017:6170** 24-11-2017

KCC Nisbets B.V. c.s./Mior Service B.V.

**Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2017:14150** 22-11-2017

X/de Staat der Nederlanden, waarvan het ministerie van Economische Zaken en de Autoriteit Consument en Markt

**Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2017:6205** 21-11-2017

werknemer/DIT Services B.V.

**Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:8671** 20-11-2017

werknemster/NRC Media B.V. en Wayne Parker Kent B.V.

**Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2017:9214** 13-11-2017

De Apotheek/werknemer

**Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:8391** 07-11-2017

werknemer/Skyworks B.V.

**Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:8670** 02-11-2017

werknemster/VOF Tandoor Bamboo Bar

**Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:8669** 27-10-2017

werknemer/Flynck B.V.

**Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2017:5838** 11-10-2017

Coöperatieve Rabobank U.A./werknemster

**Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:8665** 24-08-2017

werknemer/AMC Medical Research B.V.

**Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2017:4382** 09-08-2017

werknemer/werkgever

**Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2017:10006** 06-07-2017

Royaal Vastgoed B.V./werknemers

**Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2017:9242** 09-02-2017

werknemer/Grand-Café Boekmans B.V.

## Centrale Raad van Beroep

[Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2017:4017](#) 22-11-2017

[Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2017:4009](#) 08-11-2017

## Uitspraken zonder ECLI

[Rechtbank Oost-Brabant](#) 24-11-2017

werknemer/Casino Holding B.V.

*Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI*

## Annotatie

[De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?](#)

*P. Kruit*

## Annotatie

[De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?](#)

*mr. dr. P. Kruit*

## Annotatie

[De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?](#)

*P. Kruit*

## Annotatie

[De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?](#)

*P. Kruit*

## Annotatie

[De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?](#)

*P. Kruit*

## Annotatie

[De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?](#)

*P. Kruit*

## Annotatie

[De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?](#)

*P. Kruit*

## Annotatie

[De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?](#)

*P. Kruit*

**Annotatie**

**De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?**

*P. Kruit*

**Annotatie**

**De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?**

*P. Kruit*

**Annotatie**

**De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?**

*P. Kruit*

**Annotatie**

**De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?**

*P. Kruit*

**Annotatie**

**De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?**

*P. Kruit*

**Annotatie**

**De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?**

*P. Kruit*

**Annotatie**

**De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?**

*P. Kruit*

**Annotatie**

**De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?**

*P. Kruit*

## RECHTSPRAAK

### **werknemer/werkgever**

#### ***Ontslag op staande voet. Bewijsopdracht dringende reden.***

##### *Feiten*

Werknemer is op 1 februari 2001 bij de vennootschap in dienst getreden en vervulde laatstelijk de functie van medewerker schoonmaakonderhoud industrieel III. Werknemer was op zondag 26 januari 2017 bij de bierbrouwerij, een relatie van de vennootschap. Voor het bezoek aan de bierbrouwerij heeft werknemer gebruik gemaakt van een bedrijfsauto. Het bezoek aan de bierbrouwerij stond niet op de werkplanning van werknemer bij de vennootschap. De kantonrechter heeft beslist dat het ontslag op staande voet rechtsgeldig is gegeven. Tegen dit vonnis komt werknemer in hoger beroep.

##### *Oordeel*

De vennootschap heeft de redenen voor het ontslag op staande voet in een zeer uitvoerige brief van die datum beschreven. Werknemer heeft in zijn beroepschrift deze redenen zelf als volgt samengevat: (1) het verrichten van vloerenonderhoud bij de bierbrouwerij en het daarvoor ontvangen van geld; (2) het gebruik van de aan hem ter beschikking gestelde leaseauto voor privédoeleinden. Volgens vaste rechtspraak rust op de werkgever de bewijslast van het bestaan van de dringende reden. Werknemer heeft betwist dat hij op 26 februari 2017 vloerenonderhoud heeft verricht bij de bierbrouwerij en hij heeft ook betwist dat hij daarvoor betaling heeft ontvangen. Het hof zal de vennootschap in de gelegenheid stellen te bewijzen dat werknemer op 26 februari 2017 tegen betaling vloerenonderhoud heeft verricht bij de bierbrouwerij. Het hof verwerpt het betoog van werknemer dat hij zonder meer toestemming had om de auto ook privé te gebruiken. Dat betoog rijmt immers niet met onder meer de arbeidsovereenkomst en 'verklaring geen privégebruik auto' van de Belastingdienst, terwijl als onbetwist vaststaat dat de gebruikte auto een zogenaamd grijs kenteken had. Werknemer heeft de ontvangst van de brief van 6 augustus 2013 betwist (document d). Deze brief betreft een gespreksverslag van een op 5 augustus 2013 gevoerde bespreking over het privégebruik van de auto. In die brief is vermeld dat is besproken dat het absoluut niet is toegestaan om de auto privé te gebruiken, dat de vennootschap een ontslag op staande voet heeft overwogen en

dat de vennootschap heeft besloten een laatste kans te geven aan werknemer. Verder wordt in die brief aangekondigd dat werknemer alsnog op staande voet zal worden ontslagen wanneer hij de bedrijfsauto nogmaals privé rijdt. Het hof zal de vennootschap in de gelegenheid stellen te bewijzen dat werknemer deze brief heeft ontvangen, dan wel dat de hiervoor vermelde inhoud van deze brief is besproken met werknemer. Het hof zal de vennootschap dus in de gelegenheid stellen tot bewijslevering. Het hof is van oordeel dat beide redenen ieder afzonderlijk het ontslag op staande voet kunnen dragen. Indien de vennootschap slechts slaagt in de bewijslevering van een van deze bewijsopdrachten, dan is het hof met de kantonrechter van oordeel dat de vennootschap een dringende reden had die een ontslag op staande voet rechtvaardigt.

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 30-11-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2017:5251

**Zaaknummer:** 6007924 / AZ VERZ 17-100

**Rechters:** M. van Ham, M.E. Smorenburg en J.P. de Haan

**Advocaten:** L.A.M. Plantaz en A.J.A. Tesson

**Wetsartikelen:** 7:677 BW en 7:678 BW

## RECHTSPRAAK

### **werknemer/werkgever**

***Ontbinding op de g-grond onterecht. Werknemer verkeerde terecht in de veronderstelling dat hij niet op het voorstel tot overplaatsing hoefde in te gaan. Billijke vergoeding in plaats van herstel arbeidsovereenkomst.***

#### *Feiten*

Werknemer is sinds 1 januari 2016 in dienst bij werkgever. Werkgever heeft in een gesprek op 8 december 2016 aan werknemer gevraagd of hij bereid was om tewerkgesteld te worden in een vestiging van werkgever in X, of in een vestiging in Y. Werknemer heeft in een e-mail kenbaar gemaakt dat hij wilde blijven werken bij de vestiging waar hij reeds werkzaam is. Op 3 januari 2017 is werknemer op non-actief gesteld, met behoud van loon. In de onderhavige procedure heeft werkgever verzocht de arbeidsovereenkomst tussen partijen te ontbinden op basis van een verstoorde arbeidsverhouding. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst ontbonden. Tegen dit vonnis komt werknemer in hoger beroep.

#### *Oordeel*

Vast staat dat partijen in het gesprek op 8 december 2016 hebben gesproken over de niet optimale werksfeer. Ook staat vast dat de directeur van werkgever, A, tijdens dat gesprek een voorstel aan werknemer heeft gedaan om de werkzaamheden voort te zetten in een andere vestiging. Volgens A hadden twee werknemers van de huidige vestiging van werknemer in de zomer van 2016 opgemerkt dat het leek alsof zij twee leidinggevenden hadden, zowel de adjunct-directeur van de vennootschap, C, als werknemer, die zich soms autoritair opstelde. Vervolgens heeft B in het najaar van 2016 aangegeven dat hij niet langer met werknemer kon samenwerken. A dacht met een oplossing te komen door werknemer of B over te plaatsen. Daarom is dat voorstel op 8 december 2016 aan werknemer gedaan, maar daarin is hij niet meegegaan. A merkte in het gesprek op 3 januari 2017 dat werknemer zich richting C star gedroeg en dat hij niet wilde meewerken aan veranderingen. Toen viel voor A het doek, hij heeft geen moment van heroverweging gehad. Het had van werkgever op zijn minst genomen verlangd mogen worden dat zij een duidelijk gesprek had gevoerd met werknemer over de

problemen in de samenwerking en de daarmee, volgens haar, verband houdende verminderde omzet. Uit de stellingen van partijen en overgelegde stukken blijkt niet dat dit is gebeurd, integendeel. Pas in het gesprek op 8 december 2016 hebben partijen over de werksfeer gesproken, maar slechts in algemene zin. Zo is niet komen vast te staan dat werknemer op de hoogte is gesteld van het feit dat B had meegedeeld dat hij niet langer kon samenwerken met werknemer. Het was voor werknemer dan ook niet duidelijk hoe urgent de situatie voor werkgever was. Werknemer verkeerde terecht in de veronderstelling dat hij niet op het voorstel tot overplaatsing hoefde in te gaan, maar dat hij eind 2016 ervoor kon kiezen om bij de huidige vestiging werkzaam te blijven. Dat voorstel was immers zowel aan hem als aan B gedaan en de afspraak was dat de standplaats de eerste vijf jaar de huidige vestigingsplaats zou zijn, en pas na overleg én goedkeuring een andere locatie. Dat werknemer op 3 januari 2017 volhardde in zijn keuze voor deze vestiging, betekent daarom nog niet dat sprake was van een verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van werkgever op dat moment in redelijkheid niet kon worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De door werkgever ervaren verminderde omzet maakt dit niet anders. Van zodanige (overige) omstandigheden dat van werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren is niet gebleken. Het hof is daarom van oordeel dat de arbeidsovereenkomst ten onrechte is ontbonden. In artikel 7:683 lid 3 BW is bepaald dat het hof in dat geval in plaats van herstel van de arbeidsovereenkomst een billijke vergoeding kan toekennen. Uit hetgeen hiervoor is overwogen, blijkt dat het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet toewijsbaar was omdat werknemer niet duidelijk (genoeg) is gemaakt hoe urgent de situatie voor werkgever was en hij terecht in de veronderstelling verkeerde dat hij ervoor kon kiezen om in de huidige vestiging werkzaam te blijven. Een ontbinding van de arbeidsovereenkomst zou uiteindelijk niet te vermijden zijn geweest. Werknemer heeft erkend dat hij na de overname van de VOF moest wennen aan de veranderingen en dat de werksfeer niet optimaal was. Ervan uitgaande dat werknemer duidelijke gesprekken met werknemer zou hebben gevoerd en hem in kennis had gesteld van de consequenties van het niet meewerken aan veranderingen zoals een overplaatsing en verbetering van de omzet, dan is het aannemelijk dat de arbeidsovereenkomst uiteindelijk toch zou zijn geëindigd. Daarbij is met name relevant dat op korte termijn fricties zijn ontstaan tussen werknemer en B en – onder meer als gevolg daarvan – ook tussen werknemer en werkgever. Ook acht het hof van belang dat de houding van werknemer in de richting van werkgever weinig flexibel en oplossingsgericht is geweest, terwijl dat van werknemer had mogen worden verwacht, ook in verband met de door hem gesignaleerde niet optimale werksfeer. Werkgever heeft in maart 2017 een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ingediend. Het hof schat, gelet op het in de vorige alinea overwogene, in dat de arbeidsovereenkomst met werkgever vanaf dat moment niet langer dan een periode van een jaar zou hebben geduurd, derhalve tot en met maart 2018. Alle

omstandigheden in aanmerking nemend wordt aan werknemer een billijke vergoeding toegekend van € 11.500 bruto.

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 30-11-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2017:5246

**Zaaknummer:** 200.221.240\_01

**Rechters:** M.E. Smorenburg, P.P.M. Rousseau en R.J. Voorink

**Advocaten:** S.J.W.M. Vonken en H.J. Rosens

**Wetsartikelen:** 7:66g lid 3 onderdeel g BW en 7:671b BW

## RECHTSPRAAK

### **werknemer/werkgever**

***Inhouden van loon niet gerechtvaardigd door vermeende diefstal door werknemer van gegevens uit bedrijfsadministratie en persoonlijke mailbox van directeur. Goed werknemerschap dwingt niet tot meewerken aan een poging te achterhalen waar de verkregen gegevens vandaan komen.***

#### *Feiten*

Werknemer is op 1 december 2004 voor onbepaalde tijd in dienst getreden van werkgever X (hierna: X) in de functie van Chef werkplaats/productie. In augustus 2016 heeft werknemer zich ziek gemeld en inmiddels is bij hem longkanker gediagnosticeerd. Op 15 februari 2017 heeft X een ontslagvergunning voor werknemer aangevraagd bij het UWV, welke vergunning niet is verleend op de grond dat onvoldoende sprake was van een daadwerkelijk en definitief einde van de bedrijfsactiviteiten van werkgever. Vervolgens heeft X op 12 mei 2017 een ontbindingsverzoek bij de kantonrechter ingediend. Dit verzoek is echter meteen weer ingetrokken toen werknemer op zitting documenten had overgelegd waaruit bleek dat de activiteiten van werkgever – anders dan X betoogde – niet waren gestaakt. Daarop aansluitend heeft X intern onderzoek verricht naar de herkomst van de door werknemer overgelegde documenten. In dit verband stelt X zich op het standpunt dat de documenten zijn gestolen uit de bedrijfsadministratie en de persoonlijke mailbox van de directeur van X. Werknemer heeft verklaard dat hij niet weet van wie en wanneer hij de documenten heeft ontvangen. Bij brief van 25 augustus 2017 heeft X aan werknemer medegedeeld dat de betaling van het loon is opgeschort, totdat deze laatste aan zijn verplichting om mee te werken aan het interne onderzoek heeft voldaan. Werknemer vordert thans volledige betaling van het loon. X vordert op zijn beurt een verplichting tot medewerking aan het onderzoek.

#### *Oordeel*

#### *Loonvordering*

De kantonrechter overweegt als volgt. Het inhouden van het aan werknemer verschuldigde

loon wordt niet gerechtvaardigd door de omstandigheid dat de werkgever het niet voor elkaar krijgt dat een werknemer verklaart hoe en van wie hij bepaalde documenten, die zijn gebruikt in een ontslagprocedure, heeft ontvangen. In de eerste plaats betreft een dergelijke omstandigheid niet de in artikel 7:628 BW geregelde situatie dat een werknemer de overeengekomen arbeid niet heeft verricht. Daarnaast dient deze omstandigheid in redelijkheid voor rekening van de werkgever te komen. Ook wordt geoordeeld dat X van andere mogelijkheden gebruik had kunnen maken dan de inhouding van het loon. De loonvordering wordt toegewezen.

#### *Vordering tot medewerking*

De vordering tot medewerking aan het door X ingestelde onderzoek wordt afgewezen. Onder verwijzing naar de artikelen 7:610 en 7:660 BW, wordt geoordeeld dat deze vordering niet ziet op voorschriften omtrent het verrichten van arbeid dan wel op de bevordering van de goede orde in de onderneming van X. Het goed werknemerschap dwingt evenmin tot het meewerken aan een poging te achterhalen waar de door werknemer verkregen informatie vandaan komt, ook indien diefstal van die informatie als uitgangspunt wordt genomen.

---

**Instantie:** Rechtbank Midden-Nederland

**Datum uitspraak:** 29-11-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBMNE:2017:5978

**Zaaknummer:** 6351509 UV EXPL 17-277 mc/936

**Rechters:** J.J.M. de Laat

**Advocaten:** B.E.H. Zwezerijnen en R.S.A. Essed

**Wetsartikelen:** 7:628 BW

## RECHTSPRAAK

### **werkneemster/werkgever**

***Toewijzing vordering van GGZ-verpleegkundige tot nabetaling van onregelmatigheidstoeslag over verlofuren. De werkgever voert een veelheid van verweren aan die de kantonrechter achtereenvolgens bespreekt en verwerpt.***

#### *Feiten*

Werkneemster werkt sedert 15 december 2001 thans als verpleegkundige (cluster intensieve zorg) bij werkgever. Werkneemster vordert onregelmatigheidstoeslag (ORT) over haar vakantie-uren. Werkneemster wijst daarbij op verschillende rechterlijke uitspraken die op dit punt zijn gewezen en die volgens haar tot de conclusie moeten leiden dat het loon dat gedurende het vakantieverlof wordt doorbetaald, loon inclusief ORT moet zijn. De werkgever voert een veelheid van verweren aan.

#### *Oordeel*

##### *Te laat geprotesteerd?*

Bij brief van 16 juni 2015 heeft werkneemster schriftelijk aan werkgever kenbaar gemaakt een beroep te doen op nabetaling van ORT. De kantonrechter is van oordeel dat werkneemster voldoende voortvarend heeft gehandeld nadat het Europese Hof een uitspraak had gedaan.

##### *Cao leidend? Partijen zijn vrij? Intrinsieke samenhang?*

De door werkgever gestelde eis van een structureel patroon en bestendig karakter van ORT-diensten is naar het oordeel van de kantonrechter vervuld. Ook het betoog van werkgever om alleen over wettelijke vakantiedagen ORT toe te wijzen, volgt de kantonrechter niet. De relatieve hoogte van de ORT in relatie tot het basisloon, leidt evenmin tot de conclusie dat geen recht bestaat op ORT tijdens vakantie.

##### *Redelijkheid en billijkheid leiden tot afwijzing?*

Werkgever stelt dat het standaardkarakter en het feit dat de cao algemeen verbindend is verklaard en daarmee wettelijke status heeft verkregen, moet betekenen dat afwijken daarvan niet mogelijk is. Zoals het Gerechtshof Den Haag in het arrest van 13 september 2016 (ECLI:NL:GHDHA:2016:2587) onder rechtsoverweging 2.11 heeft overwogen, kan het feit dat een cao moet worden aangemerkt als een wet in materiële zin, niet betekenen dat de bepalingen uit de cao in strijd mogen zijn met een wet in formele zin, in dit geval artikel 7:639 BW.

*Toewijzing op grond van eisen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar?*

Werkgever heeft willen onderbouwen dat bij toewijzing van de vordering van werknemers, door precedentwerking zij verwacht dat collega's van werknemers ook een loonvordering zullen instellen. Werkgever heeft berekend dat zo'n claim een financiële last zou betekenen van € 1.150.926,40 die zij niet kan dragen. Werkgever en werknemers wijzen op het recent tot stand gekomen onderhandelaarsakkoord, waaruit werkgever concludeert dat werknemers daaraan gebonden is en de vordering van werknemers dus niet boven de compensatieregeling kan worden toegewezen. Werknemers concludeert hieruit dat de financiële last derhalve aanzienlijk lager is dan werkgever heeft berekend.

*Wederzijdse dwaling?*

Het moge zo zijn dat er (ook) sprake is van wederzijdse dwaling van de cao-partijen, maar dit kan werkgever niet baten. De nietigheid van de desbetreffende cao-bepaling berust niet op het feit dat de cao-partijen wederzijds gedwaald hebben, maar op het feit dat sprake is van een overeenkomst in strijd met de wet. Het gevolg van deze nietigheid is dat hetgeen de cao-partijen, in strijd met de wet, zijn overeengekomen, geen effect heeft op de individuele arbeidsovereenkomsten van de werknemers.

*Uitsluitend over ingeroosterde uren?*

Het betoog van werkgever dat, gelet op het doel van artikel 7 van de Richtlijn 2003/88 en clause 3 van de Europese Overeenkomst dat wil voorkomen dat werknemers vakantie opnemen omdat zij in die periode minder salaris ontvangen, werknemers dient aan te tonen dat zij ORT heeft misgelopen omdat zij geen ORT-diensten heeft kunnen verrichten tijdens haar vakantie, moet worden verworpen. Het betoog gaat eraan voorbij dat het om doorbetaling van loon gaat gedurende vakantie, onafhankelijk van het feit of werknemers nu wel of niet op ORT-diensten zou (kunnen) zijn ingeroosterd gedurende die vakantie.

*Berekening onjuist?*

Naar het oordeel van de kantonrechter moet de berekening van werknemster, zoals opgenomen in de dagvaarding worden gevolgd, omdat deze uitgaat van het daadwerkelijk aantal uren opgenomen verlof en moet de berekening van werkgever daarom worden verworpen. Kennelijk gaat werkgever bij de berekening uit van het standaardaantal verlofuren voor elke medewerker; werknemster heeft haar vordering evenwel, terecht, op haar specifieke situatie toegesneden.

*LFB-uren en feestdagen meegerekend?*

Naar het oordeel van de kantonrechter is er onvoldoende aanleiding onderscheid te maken tussen vakantieverlof en verlof met LFB-uren. Aan beide verlofvarianten is onmiskenbaar een recuperatiefunctie toe te kennen. Op grond van dezelfde overwegingen als hiervoor vermeld, is de kantonrechter van oordeel dat ook feestdagen door werknemster in haar berekening mogen worden betrokken.

*Wettelijke verhoging*

De conclusie van al het voorgaande moet zijn dat de vordering van werknemster in hoofdsom van € 2.827,45 bruto voor toewijzing gereed ligt. In de omstandigheden van het geval ziet de kantonrechter aanleiding om de gevorderde wettelijke verhoging te matigen tot nihil. De ratio van deze bepaling is om de werkgever te prikkelen tijdig het (juiste) loon te betalen. Dat speelt hier niet.

---

**Instantie:** Rechtbank Zeeland-West-Brabant

**Datum uitspraak:** 29-11-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBZWB:2017:7795

**Zaaknummer:** 5800590 CV EXPL 17-1721

**Rechters:** P.J.M. Rouwen

**Advocaten:** P. Bots en D.B. Muller

**Wetsartikelen:** 7:639 BW en 7:625 BW

## RECHTSPRAAK

### **X./Das**

***Rechtsbijstandsverzekeraar DAS moet een cliënt het netto-equivalent van circa € 115.000 betalen, omdat de man niet adequaat is bijgestaan. Bij begroting van de schadevergoeding is van belang wat de meest waarschijnlijke uitkomst voor cliënt zou zijn geweest indien hij wel adequaat was bijgestaan.***

#### *Feiten*

DAS heeft X in het kader van een gesloten rechtsbijstandverzekering vanaf (ongeveer) medio juni 2014 bijgestaan in een arbeidsgeschil met zijn toenmalige werkgever, Hogeschool InHolland. Dit geschil betrof de situatie waarin X (wel of niet toegestane) tentamentips heeft gegeven aan studenten. X was sinds 1 november 2002 krachtens arbeidsovereenkomst bij InHolland werkzaam, laatstelijk als docent 3 in het vak criminologie op de vestiging van InHolland in Rotterdam. Het dienstverband is per 1 mei 2015 beëindigd krachtens vaststellingsovereenkomst waarin als datum daarvan is vermeld 14 oktober 2014 en die door X op 3 november 2014 is (mede)ondertekend. Deze voorzag er onder meer in dat X recht op WW-uitkering en bovenwettelijke werkloosheidsuitkering (voor beide was InHolland zgn. eigenrisicodrager) behield, maar niet in enige vorm van ontslagvergoeding. X is tijdens de onderhandelingen bijgestaan door mr. R. van DAS. Duidelijk is geworden dat DAS een gespreksverslag tussen X en zijn werkgever (betreffende het incident) en e-mails en andere stukken nooit heeft opgevraagd of bestudeerd, omdat DAS zich op het standpunt stelde dat het hele dossier wel op tafel zou komen als er zou moeten worden geprocedeerd. Bij e-mail van 5 november 2014 aan mr. R. heeft X laten weten voornemens te zijn een klacht in te dienen, onder het noemen van een zeventiental punten ter motivering van zijn stelling dat sprake is geweest van tekortschietende belangenbehartiging en onjuiste advisering. X vordert een verklaring voor recht dat DAS onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld en voorts veroordeling van DAS tot betaling van schadevergoeding. DAS voert gemotiveerd verweer.

#### *Oordeel*

In geschil is allereerst of DAS naar de aan te leggen maatstaven van beroepsaansprakelijkheid tekort is gekomen in de nakoming van haar verplichtingen jegens X. DAS erkent dat op haar de verplichting rustte X juist en volledig te adviseren over zijn rechtspositie, kansen en mogelijkheden, maar stelt ter afwering van het verwijt van X dat zij dat wel degelijk heeft gedaan, omdat zij X al begin juli 2014 heeft geadviseerd dat hij de schijn tegen had. Nog afgezien van het feit dat ter onderbouwing hiervan wordt verwezen naar de e-mail van 25 augustus 2014, zodat hieruit niet blijkt dat dit aan het begin van de behandeling van de zaak is geadviseerd, kan dit niet worden beschouwd als een uitgewerkt, op maat gesneden (schriftelijk) advies waarin alle mogelijke scenario's en uitkomsten met de nodige onderbouwing de revue passeren en de cliënt adequaat en concreet over alle mogelijkheden wordt geadviseerd. Onjuist is bovendien het door DAS gegeven advies dat in een ontbindingsprocedure alleen in het geval van slecht werkgeverschap c.q. verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever vergoedingen werden toegekend (evenals dat dit alleen kan indien X dat schriftelijk kan aantonen). X verwijt DAS verder onder meer dat DAS jegens InHolland geen onderbouwing heeft gevraagd voor de gegrondheid van de verwijten die InHolland aan X maakte, geen inzage in het dossier heeft gevraagd en zich onvoldoende kritisch jegens InHolland heeft opgesteld. Dat had, zoals X terecht stelt, wel degelijk op de weg van DAS gelegen, of anders om gemotiveerd te adviseren daarvan af te zien. De rechtbank acht dit een onjuiste benadering, omdat zonder behoorlijk onderzoek naar de feiten en terdege kennisneming van de beschikbare dossierstukken niet goed kan worden geadviseerd over de vermoedelijke uitkomst van een gerechtelijke procedure. Ook de overige klachten van X zijn, tegen voormelde achtergrond en zowel op zichzelf als in onderlinge samenhang beschouwd, gezien het verloop van het dossier zoals blijkt uit de aangehaalde correspondentie, gegrond. Met X moet worden geconstateerd dat DAS niet of nauwelijks is ingegaan op zijn adviesvragen of verzoeken om berekeningen (waarvoor X dan noodgedwongen zelf maar iemand anders heeft ingeschakeld). De conclusie uit het voorgaande is, dat DAS niet tewerk is gegaan als een redelijk bekwaam en redelijk handelend rechtsbijstandsverlener en zij dus toerekenbaar (op het tegendeel heeft DAS zich ook niet beroepen) is tekortgekomen in de nakoming van haar verplichtingen. De gevorderde verklaring voor recht is toewijsbaar. DAS is voorts aansprakelijk voor de schade. Ter bepaling van de omvang van de door X geleden schade als gevolg van de tekortschietende advisering en belangenbehartiging zoals hiervoor vermeld moet een vergelijking worden gemaakt tussen de situatie waarin X zou zijn komen te verkeren indien DAS zijn belangen wél behoorlijk had behartigd en die waarin hij daadwerkelijk is komen te verkeren. Verreweg het meest waarschijnlijk is dat, indien DAS zich naar behoren van haar taak zou hebben gekweten, de arbeidsovereenkomst zou zijn geëindigd, hetzij door ontbinding door de kantonrechter of omdat partijen daar overeenstemming over zouden hebben bereikt, onder vaststelling van een vergoeding. Hantering van de zgn. correctiefactor

bij toepassing van die formule hing mede af van de waardering van de feiten, hetgeen juist omdat in dit dossier nooit behoorlijk feitenonderzoek heeft plaatsgevonden, moeilijk in te schatten is. Dat betekent dat er niet als vaststaand van kan worden uitgegaan dat InHolland haar verwijten, tegenover de onderbouwde en gemotiveerde betwistingen van X, voldoende aannemelijk had weten te maken. Dan ligt toepassing van  $C=1$  in de rede, met dien verstande dat indien de kantonrechter tevens van oordeel zou zijn geweest dat X ten onrechte was geschorst, verhoging tot  $C=1,5$  te verwachten was geweest. Nu er geen aanwijzingen zijn dat waarschijnlijker is dat dit wel zou zijn geoordeeld ten opzichte van niet, gaat de rechtbank hierbij uit van een tussenweg en stelt de factor op  $C=1,25$ . De kans dat een resultaat was gerealiseerd dat gunstiger dan wel ongunstiger was geweest dan het resultaat van de verreweg meest waarschijnlijke situatie, daarbij in aanmerking nemend de verschillende financiële gevolgen waartoe die zouden hebben geleid, dient er naar het oordeel van de rechtbank in te resulteren dat de door X geleden schade wordt vastgesteld op 90% van dat verreweg meest waarschijnlijke scenario. De voor vergoeding in aanmerking komende schade bedraagt derhalve € 114.929,44 bruto. DAS dient als de overwegend in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten te worden veroordeeld.

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 29-11-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2017:8842

**Zaaknummer:** C/13/621862 / HA ZA 17-47

**Rechters:** O.J. van Leeuwen

**Advocaten:** J. van de Kreeke en W.A.M. Rupert

**Wetsartikelen:** 7:685 (oud) BW

## RECHTSPRAAK

### **werknemer/werkgever**

***Kennelijk onredelijk ontslag. Gevolgencriterium. Bedrijfseconomische redenen. Extra inspanningsverplichting werkgever bij door lichamelijke beperkingen moeilijk bemiddelbare werknemer.***

#### *Feiten*

Werknemer is sinds 31 juli 1972 in dienst bij werkgever. Op 20 december 2012 heeft werkgever een ontslagvergunning aangevraagd bij het UWV wegens bedrijfseconomische redenen. Het UWV heeft werkgever toestemming gegeven om de arbeidsovereenkomst op te zeggen. In de onderhavige procedure vordert werknemer – samengevat – een verklaring voor recht dat het door werkgever aan hem gegeven ontslag kennelijk onredelijk is en betaling van een bedrag van € 122.352,77 bruto aan schadevergoeding. De kantonrechter heeft de vordering van werknemer afgewezen. Tegen dit vonnis komt werknemer in hoger beroep.

#### *Oordeel*

##### *Valse reden*

Werkgever heeft een ontslagvergunning aangevraagd en verkregen bij het UWV wegens bedrijfseconomische redenen. Dit naar aanleiding van de bedrijfseconomische situatie bij werkgever, te weten de omzetvermindering in 2012 ten opzichte van 2011 en de te verwachten omzetvermindering in 2013. Ter onderbouwing heeft werkgever blijkens de beslissing op de ontslagaanvraag in de procedure bij het UWV een aantal stukken ingebracht, waaronder de jaarrekeningen 2010 en 2011, de balans en winst-en-verliesrekening 2012 en de prognose over 2013. De ontslagaanvraag bij UWV voor werknemer was ingegeven door de reorganisatie bij werkgever waardoor arbeidsplaatsen, waaronder die van werknemer, vervielen. De daartegen door werknemer ingebrachte argumenten zijn niet steekhoudend. Zo gaat er hij er ten onrechte van uit dat de UWV-beslissing en de daarop gebaseerde opzegging zijn gebaseerd op de bewering van werkgever dat omzetten in 2011 en 2012 zijn gehalveerd ten opzichte van de jaren 2009 en 2010. In de beslissing op de ontslagaanvraag is slechts vermeld dat volgens werkgever de verkoopomzet in 2011 en 2012 sterk gereduceerd is 'richting de helft van de

omzet van de jaren daarvoor'. Bovendien is, zoals hiervoor is weergegeven, de ontslagvergunning verleend wegens de omzetvermindering in 2012 ten opzichte van 2011 en de te verwachten omzetvermindering in 2013. Werknemer heeft niet althans onvoldoende onderbouwd gesteld dat de door werkgever aan het UWV daarover verschaftte gegevens niet juist zijn. Voor zover werknemer meent dat werkgever geen juiste voorstelling van zaken heeft gegeven over haar vooruitzichten omdat zij diverse grote projecten had verworven of in de pijplijn had zitten, geldt het volgende. Werkgever heeft onbestreden naar voren gebracht dat ten tijde hier van belang, eind 2012 begin 2013, er sprake was van een crisis in de branche waar zij werkzaam is, namelijk het hogere segment van de utiliteits- en woningbouw. Zij ontkent niet dat zij ook in die periode grote projecten heeft 'gescoord', maar zij stelt dat zij in tijd van crisis projecten zelfs onder de kostprijs heeft moeten aannemen. Volgens werkgever was de omzet voor 2013 uiteindelijk 13,8 miljoen, nog slechter dan de prognose van 14 miljoen. Gelet op het voorgaande kan niet worden aangenomen dat werkgever de arbeidsovereenkomst met werknemer heeft opgezegd met een valse reden.

#### *Gevolgencriterium*

Ten aanzien van het belang van werkgever bij de opzegging van de arbeidsovereenkomst met werknemer is genoegzaam gebleken dat een ingrijpende reorganisatie bij werkgever noodzakelijk was om het bedrijf te laten overleven. De bezetting bij werkgever was afgestemd op de omzet. Door de teruglopende omzet heeft werkgever besloten arbeidsplaatsen te laten vervallen. Dit heeft geleid tot een collectieve ontslagaanvraag voor in totaal twintig medewerkers, onder wie dus werknemer. Desalniettemin slaagt in de gegeven omstandigheden het beroep van werknemer op het gevolgencriterium. Daarbij is van belang dat van een werkgever in beginsel een extra inspanning mag worden verwacht om een boventallige werknemer die door lichamelijke beperkingen moeilijk bemiddelbaar is geworden, binnen het hem vertrouwde bedrijf te herplaatsen. Van werkgever mocht in dit opzicht meer verwacht worden dan zij heeft gedaan. Ter toelichting dient het volgende. Niet in geschil is dat werknemer lichamelijke beperkingen heeft. Hij heeft een brief van het Orthopaediecentrum van kliniek X uit 2007 overgelegd, waaruit naar voren komt dat hij al jaren lage rugklachten had. Onomstreden is voorts dat werkgever ermee bekend was dat werknemer lichamelijke beperkingen heeft. In verband daarmee heeft werkgever de functie van werknemer gewijzigd. Hij werd niet langer ingezet in de gevelbouw, maar hij kreeg in 2007 een kantoorbaan. Op het tijdstip van ingang van het ontslag, 1 juni 2013, was te verwachten dat werknemer moeilijk bemiddelbaar zou zijn. Door zijn lichamelijke beperkingen kon hij zijn oorspronkelijke taken bij werkgever – zwaar werk in de montage en productie – niet meer vervullen. Dit is het werk dat hij zo'n dertig jaar had gedaan. Werknemer heeft ook gewezen op zijn vergevorderde leeftijd, destijds 58 jaar. Een aanwijzing

voor de moeilijke bemiddelbaarheid van werknemer vormt ook dat nadat de arbeidsovereenkomst bij Y niet was verlengd, werknemer twee jaar werkloos is geweest. Ook nu werkt hij nog via een uitzendbureau, en is het maar de vraag of zijn dienstverband gecontinueerd wordt, zo heeft hij verklaard tijdens het pleidooi. Voorts stelt het hof vast dat werkgever bij wijze van sociaal plan een financiering van € 50.000 ter beschikking heeft gesteld om de ontslagen werknemers aan een nieuwe dienstbetrekking te helpen, maar dat dit een collectieve voorziening was voor alle ontslagen werknemers. Een extra inspanning ten aanzien van werknemer behelsde dit derhalve niet. Alles overwegende acht het hof de door werkgever geleverde inspanningen niet geheel toereikend. Werknemer is per 1 juni 2013 als tekenaar gaan werken bij Y. Werkgever heeft ook een tekenafdeling. Werkgever heeft tijdens het pleidooi uiteengezet dat er tekenaars zijn op verschillende niveaus. Werkgever is er kennelijk van uitgegaan dat werknemer niet geschikt was voor tekenwerk op een hoger niveau dan hij is gaan verrichten bij Y. Zij heeft niet althans onvoldoende onderzocht of, al dan niet met behulp van scholing, werknemer herplaatst zou kunnen worden binnen het bedrijf als tekenaar. Dit klemmt te meer nu werkgever, naar eigen zeggen, in het verleden werknemer meerdere malen heeft voorgesteld meer leidinggevende taken te vervullen. Dit is een indicatie dat werknemer op een hoger niveau zou kunnen functioneren dan hij deed. Als onbetwist geldt ten slotte dat werkgever na het ontslag van werknemer voor tekenwerk inleenkrachten inhuurde. Werkgever kan aldus een verwijt kan worden gemaakt dat zij zich onvoldoende heeft ingespannen om te bezien of werknemer binnen werkgever kon worden herplaatst, maar van werknemer mocht ook meer assertiviteit worden verwacht. Hij had zich op enig moment zelf ook actiever moeten opstellen en zo nodig om scholing moeten vragen. Al met al acht het hof een vergoeding van € 10.000 in overeenstemming met de wettelijke maatstaven.

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 28-11-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2017:5243

**Zaaknummer:** ECLI:NL:GHSHE:2017:5243

**Rechters:** A.J. Henzen, M. van Ham en J.P. de Haan

**Advocaten:** M.M.C. van de Ven en A.F.Th.M. Heutink

**Wetsartikelen:** 7:681 (oud) BW

RECHTSPRAAK

**werknemer/Centrum Tandheelkunde Genemuiden B.V.**

***Sprake van een dringende reden gelegen in mishandeling door werknemer (tandarts) van de assistente van de praktijk. Verzoek billijke vergoeding afgewezen.***

*Feiten*

Werknemer is op 30 juni 2016 op basis van een arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht (nulurencontract) voor bepaalde tijd in dienst getreden bij CTG, in de functie van tandarts. De tandartspraktijk van CTG wordt gedreven door de heer B. B is gehuwd met mevrouw C. Zij is als tandartsassistente in de praktijk werkzaam. Op 2 augustus 2017 heeft in de tandartspraktijk een incident plaatsgevonden, waarbij werknemer en C betrokken waren. C heeft hiervan op 4 augustus 2017 aangifte gedaan bij de politie. Op 8 augustus 2017 is aan werknemer ontslag op staande voet gegeven. Werknemer verzoekt een billijke vergoeding en het salaris dat hem zou zijn toegekomen als de arbeidsovereenkomst in stand was gehouden. Werknemer legt aan zijn verzoek ten grondslag dat er geen sprake is geweest van mishandeling van C en dat het verhaal omtrent de mishandeling in het leven is geroepen om hem te benadelen.

*Oordeel*

Het voorval dat heeft geleid tot het ontslag vond plaats op woensdag 2 augustus 2017. Het ontslag is gegeven op dinsdag 8 augustus 2017. Door CTG is aangevoerd dat de tussenliggende periode nodig was voor doktersbezoek, het inwinnen van juridisch advies en het doen van aangifte. De kantonrechter acht dit tijdsverloop niet te lang. Er is derhalve sprake van een onverwijld gegeven ontslag. De reden voor het ontslag is gelegen in hetgeen in de tandartspraktijk is voorgevallen op 2 augustus 2017 en dat is in de ontslagbrief uitvoerig beschreven. Naar het oordeel van de kantonrechter is voldoende komen vast te staan dat werknemer C op 2 augustus 2017 (ten minste) heeft mishandeld en dat van noodweer geen sprake is geweest. Daarbij is in de eerste plaats van belang dat zowel in het verzoekschrift als in de toelichting ter zitting niet of nauwelijks is ingaan op het door CTG gestelde feitenrelaas. In het verzoekschrift is volstaan met een simpele ontkenning en ter zitting heeft werknemer

bij monde van zijn gemachtigde aangevoerd dat hij C heeft weggeduwd omdat zij hem heeft belemmerd de praktijk te verlaten. Waar CTG een uitvoerige beschrijving van het voorval heeft gegeven, had van werknemer mogen worden verwacht dat hij zich van meet af aan goed gemotiveerd had verweerd. Eerst naar aanleiding van vragen van de kantonrechter heeft werknemer een toelichting verstrekt op hetgeen volgens hem is gebeurd. Hij heeft verklaard dat hij met zijn fiets die bewuste middag de praktijk via de garage wilde verlaten en dat C hem daarbij de doorgang versperde. Naar zijn zeggen heeft hij C toen weggeduwd waardoor zij is gevallen, maar toen hij de garage verliet zag hij dat C alweer opstond. Van stompen, slaan of wurging is geen sprake geweest. De kantonrechter merkt op dat uit deze weergave, veronderstellenderwijs uitgaande van de juistheid ervan, niet blijkt dat werknemer niet anders kón dan C wegduwen. Hij had, zelfs indien C hem de doorgang zou hebben belet – hetgeen CTG met C betwist – geen lichamelijk geweld mogen gebruiken. Daartoe bestond geen noodzaak, ook niet uit het oogpunt van verdediging. Tegenover de verklaring van werknemer staat het uitgebreide proces-verbaal van aangifte. Al met al komt de kantonrechter op basis van voornoemde stukken en hetgeen ter zitting door partijen is aangevoerd, tot de conclusie dat er sprake is geweest van (ten minste) mishandeling door werknemer waardoor C letsel heeft opgelopen. Zijn handelen levert een dringende reden op en hij mocht dus op staande voet worden ontslagen. De verzoeken van werknemer worden daarom afgewezen.

---

**Instantie:** Rechtbank Overijssel

**Datum uitspraak:** 28-11-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBOVE:2017:4494

**Zaaknummer:** 6328732 \ HA VERZ 17-127

**Rechters:** C.H. de Haan

**Advocaten:** A.A.M. van der Zandt en G. van Lent

**Wetsartikelen:** 7:681 BW, 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

**werknemer/Smetjet B.V.**

***Toekenning voorschot op schadevergoeding aan werknemer in kort geding na arbeidsongeval in Nederland. Werkgever heeft zorgplicht (onder meer) geschonden door geen volgelaatsmasker beschikbaar te stellen. Nederlandse rechter bevoegd.***

*Feiten*

Werknemer is sinds 1 september 2006 in dienst van Smetjet als industrieel reiniger. Werknemer heeft op 23 september 2009 een bedrijfsongeval gehad in het bedrijf van Nyrstar Budel B.V. (hierna te noemen: Nyrstar) te Budel waar hij toen in opdracht van zijn werkgever Smetjet werkzaamheden verrichtte. Hierbij heeft hij letsel opgelopen aan zijn longen en strottenhoofd doordat hij is blootgesteld aan de giftige stof Röstgut (calcine). Het oorzakelijk verband tussen de blootstelling aan Röstgut als gevolg van het bedrijfsongeval van werknemer en de daaruit voortvloeiende letselschade staat vast. In het rapport van 2014 heeft de Arbeidsinspectie geconcludeerd dat Nyrstar verantwoordelijk was voor het opstellen, inplannen en uitgeven van de werkvergunningen en zij er daarnaast voor diende te zorgen dat de veiligheid van de medewerkers gewaarborgd werd. Voorts is uit het rapport op te maken dat Smetjet heeft nagelaten om voor adequate gezichtsmaskers zorg te dragen. Deze rechtbank heeft vervolgens bij beschikking van 16 januari 2017 arbeidsinspecteur benoemd tot deskundige. De deskundige heeft op 3 juli 2017 het deskundigenbericht opgemaakt. Werknemer vordert bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad veroordeling van Smetjet tot betaling van € 50.000 als voorschot op het uiteindelijk te betalen schadebedrag, vermeerderd met rente en kosten.

*Oordeel*

Omdat Budel de laatste plaats was waar werknemer gewoonlijk werkte, zoals ook uit de door Smetjet als productie 1 overgelegde urenstaat blijkt, heeft de Nederlandse rechter op grond van artikel 21 EEX-Vo II rechtsmacht. Omdat partijen geen rechtskeuze hebben gemaakt is, op grond van artikel 8 van de Rome I-Verordening, Nederlands recht van toepassing. Het gevorderde voorschot op schadevergoeding betreft een geldvordering. Gesteld noch gebleken

is dat het bedrijfsongeval het gevolg is geweest van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van werknemer. De vraag is in hoeverre Smetjet zich bewust was of had moeten zijn van de risico's van haar handelen door werknemer geen volgelaatsmasker ter beschikking te stellen én geen adequaat toezicht uit te oefenen waardoor gesignaleerd had kunnen worden dat werknemer onjuiste persoonlijke beschermingsmiddelen had en in hoeverre van Smetjet als werkgever verwacht had mogen worden dat deze persoonlijke beschermingsmiddelen aan werknemer te verstrekken en adequaat toezicht te houden. Duidelijk is dat werknemer ten tijde van het ongeval heeft gewerkt met een halfgelaatsmasker in plaats van een volgelaatsmasker. Vast staat dat in de werkvergunning met bijbehorend informatieblad is voorgeschreven dat bij de betreffende werkzaamheden die werknemer op het moment van het ongeval uitvoerde een volgelaatsmasker gedragen diende te worden. Het verweer van Smetjet dat een volgelaatsmasker werknemer niet had kunnen helpen, slaagt niet. Gelet op het voorgaande acht de voorzieningenrechter voldoende aannemelijk dat Smetjet haar zorgplicht als werkgever van werknemer onvoldoende heeft nageleefd. Op grond van het schenden van haar zorgplicht is zij gehouden de schade die werknemer heeft geleden te voldoen. Het spoedeisend belang is gelegen in de onweersproken stelling van werknemer dat hij vanwege de lichamelijke beperkingen te maken heeft met een aanzienlijk verlies van arbeidsvermogen en vanwege zijn lichamelijk letsel heeft zijn echtgenote haar dienstverband moeten opzeggen om werknemer te verzorgen. Weliswaar kan aan Smetjet worden toegegeven dat er sprake is van een restitutierisico aan de zijde van werknemer, maar dat is onder de geschetste omstandigheden onvoldoende reden om van toewijzing van een voorschot af te zien. De voorzieningenrechter veroordeelt Smetjet om aan werknemer te betalen een bedrag van € 50.000.

---

**Instantie:** Rechtbank Oost-Brabant

**Datum uitspraak:** 27-11-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBOBR:2017:6235

**Zaaknummer:** C/01/326110 / KG ZA 17-603

**Rechters:** E. Loesberg

**Advocaten:** G.J.F.M. Linders en N.M.J.H. van den Bogaard

**Wetsartikelen:** 1019cc Rv, 21 EEX-Vo II, 8 Rome I-Verordening en 7:658 BW

RECHTSPRAAK

## **KCC Nisbets B.V. c.s./Mior Service B.V.**

***Overtreding relatiebeding. Belangenafweging in voordeel van ex-werkgever. Nieuwe werkgever handelt onrechtmatig jegens ex-werkgever door werknemer baan aan te bieden, in de wetenschap dat deze gebonden was aan relatiebeding.***

### *Feiten*

Werknemer is op 1 januari 2006 in dienst getreden bij Otim Automatiseringsservices B.V. (hierna: Otim), de rechtsvoorganger van Mior Service B.V. (hierna: Mior). In artikel 15 van de destijds opgestelde arbeidsovereenkomst is een relatiebeding opgenomen. Vanaf 2 april 2014 werd werknemer door Otim twee halve dagen per maand tewerkgesteld bij KCC Nisbets B.V. (hierna: Nisbets). Op 22 juni 2017 heeft een werknemer van Mior een bespreking gehad met een werknemer van Nisbets, waarbij deze laatste heeft aangegeven werknemer in kwestie in dienst te willen nemen. Bij brief van 13 juli 2017 heeft werknemer de arbeidsovereenkomst met Mior opgezegd. Mior heeft in dit verband aan werknemer kenbaar gemaakt dat zij hem nog steeds gebonden acht aan het relatiebeding en dat de overstap naar Nisbets direct nadelig is voor Mior. Nisbets c.s. vorderen thans in een kortgedingprocedure voorwaardelijke schorsing van het relatiebeding.

### *Oordeel*

#### *Uitleg relatiebeding*

Nisbets c.s. voeren primair aan dat de samenwerking tussen Nisbets en Mior per 1 september 2017 is geëindigd, waardoor Nisbets per die datum niet meer kwalificeert als klant van Mior. Nu in het relatiebeding niet wordt gesproken over 'relaties die in voorafgaande jaren producten/diensten van Mior hebben afgenomen', valt Nisbets niet onder de werking van het beding. De kantonrechter oordeelt dat een redelijke uitleg van het relatiebeding met zich brengt dat Nisbets (nog steeds) als relatie van Mior behoort te worden aangemerkt. Hierbij is van betekenis dat partijen, met het overeenkomen van het beding, juist hebben beoogd een situatie als de onderhavige – waarbij een werknemer van Mior voor een van haar klanten gaat

werken – te voorkomen. Een uitleg van het beding zoals voorgestaan door Nisbets, zou het beding zinledig maken.

#### *Rechtsgeldigheid relatiebeding*

Nisbets c.s. menen subsidiair dat geen sprake is van een rechtsgeldig overeengekomen relatiebeding, omdat het beding na de overname van Otim opnieuw had moeten worden overeengekomen. De kantonrechter oordeelt als volgt. De enkele omstandigheid dat het klantenbestand van Mior aanmerkelijk groter is dan het klantenbestand van Otim rechtvaardigt niet zonder meer de conclusie dat sprake is van een wijziging van zo ingrijpende aard, dat het relatiebeding zwaarder is gaan drukken. De omstandigheid dat werknemer na de overname extra uren werk voor Nisbets is gaan verrichten, leidt evenmin tot een ander oordeel. De kantonrechter oordeelt dan ook dat het relatiebeding niet opnieuw behoefde te worden overeengekomen.

#### *Belangenafweging*

Nisbets c.s. voeren meer subsidiair aan dat het relatiebeding vernietigbaar is, omdat het belang van werknemer bij indiensttreding bij Nisbets zwaarder weegt dan het belang van Mior bij handhaving van het beding. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft werknemer echter zelf ervoor gekozen zijn arbeidsovereenkomst met Mior op te zeggen en met Nisbets in zee te gaan, wetende dat hij aan zijn relatiebeding zou worden gehouden. Ook Nisbets was van dit laatste op de hoogte. De conclusie luidt derhalve dat Nisbets en werknemer willens en wetens het risico hebben genomen dat werknemer aan het relatiebeding zou worden gehouden, hetgeen meebrengt dat de belangenafweging in het voordeel van Mior uitvalt. De kantonrechter verbiedt werknemer dan ook voor de overeengekomen duur van het relatiebeding werkzaamheden voor Nisbets te verrichten.

#### *Onrechtmatige daad*

Mior voert voorts aan dat Nisbets onrechtmatig handelt jegens haar door werknemer een baan aan te bieden, terwijl Nisbets van meet af aan wist dat werknemer gebonden was aan het relatiebeding. De kantonrechter overweegt als volgt. Hoewel een relatiebeding in beginsel slechts geldt tussen werkgever en werknemer, is in het onderhavige geval sprake van bijkomende omstandigheden. Hierbij acht de kantonrechter het volgende doorslaggevend. Allereerst heeft Nisbets een werknemer van Mior afgetrosgeld, met als gevolg dat Mior geen opdrachten meer van Nisbets krijgt. Daarnaast is Mior een gekwalificeerde werknemer, in een voor werkgevers krappe markt, kwijt en heeft Nisbets veel sneller een gekwalificeerde werknemer in dienst kunnen nemen dan bij een reguliere sollicitatieprocedure het geval zou zijn geweest. Ook is van belang dat Nisbets en Mior vóór opzegging van de

arbeidsovereenkomst met elkaar over de onderhavige kwestie hebben gesproken. De conclusie luidt derhalve dat, door indiensttreding van werknemer bij Nisbets, niet alleen werknemer wanprestatie pleegt maar dat Nisbets eveneens onrechtmatig handelt jegens Mior. De kantonrechter verbiedt Nisbets werknemer voor de overeengekomen duur van het relatiebeding werkzaamheden voor haar te laten verrichten.

---

**Instantie:** Rechtbank Oost-Brabant

**Datum uitspraak:** 24-11-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBOBR:2017:6170

**Zaaknummer:** C/01/326276 / KG ZA 17-615

**Rechters:** E. Loesberg

**Advocaten:** J. van Hoeckel en L.G.H.A.M. Evers

**Wetsartikelen:** 7:653 BW en 6:162 BW

## RECHTSPRAAK

### **werknemer/Casino Holding B.V.**

***Vernietiging ontslag op staande voet omdat niet kan worden aangenomen dat werknemer in strijd heeft gehandeld met arbeidsvoorwaardenreglement. Voorwaardelijk ontbindingsverzoek wegens verwijtbaar handelen c.q. vertrouwensbreuk afgewezen.***

#### *Feiten*

Werknemer is op 1 mei 2000 bij (de rechtsvoorganger van) Casino Holding B.V. (hierna: Casino Holding) in dienst getreden. Op 24 augustus heeft de manager van Casino Holding oude bedrijfskleding uit het personeelskluisje van werknemer gehaald. In de bedrijfskleding heeft zij 80 Kamagra-pillen aangetroffen. Op 25 augustus 2017 is werknemer door Casino Holding op staande voet ontslagen. Aan het ontslag wordt ten grondslag gelegd dat het voorhanden hebben van Kamagra-pillen wettelijk verboden is en dat werknemer derhalve in strijd heeft gehandeld met artikel 5 van het arbeidsvoorwaardenreglement van Casino Holding, dat bepaalt dat het niet is toegestaan wettelijk verboden stoffen onder werktijd onder bereik te hebben. Werknemer wendt zich thans tot de kantonrechter met het verzoek de opzegging te vernietigen. Indien en voor zover de opzegging wordt vernietigd, verzoekt Casino Holding voorwaardelijke ontbinding.

#### *Oordeel*

##### *Vernietiging van de opzegging*

De kantonrechter stelt voorop dat niet eenduidig wordt gedacht over de strafbaarheid van het bezit voor eigen gebruik van geneesmiddelen waarvoor geen handelsvergunning geldt (waaronder Kamagra-pillen). Om deze reden kan dan ook niet als vaststaand feit worden aangenomen dat werknemer in strijd heeft gehandeld met artikel 5 van het arbeidsvoorwaardenreglement. Hoewel de kantonrechter een strikt toegepast zerotolerancebeleid gerechtvaardigd acht, wordt geoordeeld dat het ontslag op staande voet in dit geval een te zware maatregel is. De kantonrechter ziet niet in waarom Casino Holding niet had kunnen volstaan met een formele waarschuwing, aangezien daarmee volstrekt duidelijk

zou zijn gemaakt dat zij ook het bezit van middelen als Kamagra voor eigen gebruik als strijdig met artikel 5 van het arbeidsvoorwaardenreglement beschouwt. Daarnaast kent de kantonrechter gewicht toe aan het gegeven dat zich in het langjarig dienstverband van werknemer nooit eerder vergelijkbare incidenten hebben voorgedaan. Voorts wordt geoordeeld dat werknemer zich er niet van bewust is geweest dat hij (mogelijk) in strijd met het arbeidsvoorwaardenreglement handelde en zich daar ook niet van bewust hoefde te zijn. Het verzoek tot vernietiging van de opzegging wordt toegewezen.

*(Voorwaardelijke) ontbinding wegens verwijtbaar handelen*

Casino Holding voert aan dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat werknemer verwijtbaar heeft gehandeld door wettelijk verboden Kamagra-pillen in zijn personeelskluisje te bewaren. De kantonrechter roept in herinnering dat verdeeldheid bestaat over de vraag of het in bezit hebben van Kamagra-pillen voor eigen gebruik strafbaar (en dus verboden) is. Daarnaast kan worden aangenomen dat werknemer zich er ook niet van bewust was dat het bezit voor eigen gebruik van Kamagra mogelijk strafbaar (en dus verboden) is.

*(Voorwaardelijke) ontbinding wegens vertrouwensbreuk*

Casino Holding voert verder aan dat het handelen van werknemer een vertrouwensbreuk heeft veroorzaakt. Hoewel de kantonrechter het aannemelijk acht dat door de aan de orde gestelde gang van zaken een deuk in het onderlinge vertrouwen tussen partijen is ontstaan, wordt geoordeeld dat geen sprake is van een zodanige vertrouwensbreuk dat ontbinding van de arbeidsovereenkomst gerechtvaardigd is. Het voorwaardelijke ontbindingsverzoek wordt dan ook integraal afgewezen.

---

**Instantie:** Rechtbank Oost-Brabant

**Datum uitspraak:** 24-11-2017

**Zaaknummer:** 6313379 / EJ VERZ 17-437

## RECHTSPRAAK

### **X/de Staat der Nederlanden, waarvan het ministerie van Economische Zaken en de Autoriteit Consument en Markt**

***ACM kopieert bestanden van mobiele telefoons werknemers in kader onderzoek. Voldoende waarborgen ter voorkoming inzage in gegevens waarop het onderzoek geen betrekking heeft.***

#### *Feiten*

De Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) heeft in het kader van een onderzoek toegang gevorderd tot het kantoor van X. De ACM heeft tijdens het bedrijfsbezoek onder meer inzage gevorderd in de mobiele telefoons (c.q. smartphones) van zes bij X betrokken personen, waarbij de ACM ter plaatse een integrale kopie van de op die telefoon aanwezige gegevens heeft gemaakt (met uitzondering van gegevens betreffende video, audio en ringtones). X heeft hiertegen bezwaar gemaakt. Gelet op die bezwaren heeft de ACM toegezegd dat zij de digitale gegevensdrager waarop zich de gekopieerde bestanden bevinden in een kluis zal bewaren en de gegevens pas zal ontsluiten nadat de voorzieningenrechter in een door X te entameren kort geding uitspraak heeft gedaan. De ACM heeft verklaard binnen de gekopieerde gegevens een selectie aan te brengen volgens een procedure die is vastgelegd in de Digitale Werkwijze. X vordert primair de ACM te gebieden de van de mobiele telefoons gekopieerde gegevens te vernietigen en subsidiair de ACM te verbieden de van de mobiele telefoons gekopieerde gegevens voor enig onderzoek te gebruiken totdat in een bodemprocedure is geoordeeld over de rechtmatigheid van dit onderdeel van het onderzoek van de ACM.

#### *Oordeel*

De ACM heeft voldoende duidelijk gemaakt dat zij haar onderzoeksbevoegdheden heeft ingezet op een wijze die overeenkomt met de strekking van de daaraan ten grondslag liggende wetgeving. Daarbij geldt dat een onderzoek naar zijn aard altijd is gebaseerd op vermoedens. De ACM heeft toegelicht dat zij op basis van openbare bronnen en marktgesprekken tot deze vermoedens is gekomen. Dat de ACM zonder enig concreet aanknopingspunt tot de

uitoefening van haar bevoegdheden is overgegaan is niet gebleken. Aan X is verder meegedeeld op overtreding van welk wets- c.q. verdragsartikel het onderzoek zich richt, de wijze waarop dit zou zijn geschied en het tijdvak waarbinnen dit zou hebben plaatsgevonden. De wijze waarop dit is omschreven acht de voorzieningenrechter in de gegeven omstandigheden afdoende om X in staat te kunnen stellen na te gaan of op evenredige en zorgvuldige wijze van de onderzoeksbevoegdheden gebruik is gemaakt. Ook is voldoende toegelicht waarom het onderzoek zich richt op de bezochte entiteit. Niet in geschil is verder dat de zes personen waarvan de gegevens van de mobiele telefoon zijn gekopieerd op een zodanig niveau in de organisatie werkzaam zijn dat, zo er sprake is van afspraken over marktverdeling, zij hiervan op de hoogte zijn. Niet in geschil is dat de ACM de bevoegdheid heeft zakelijke gegevens in te zien en daarvan kopieën te maken. Evenmin is in geschil dat zich op de telefoons waarvan de gegevens zijn gekopieerd zakelijke gegevens kunnen bevinden. Dat ten minste de mogelijkheid bestaat dat zich op die telefoons ook privégegevens bevinden (waarvan geldt dat de ACM geen inzage- of kopieerrecht heeft) wordt eveneens door beide partijen erkend. Dat voor het inzien en kopiëren van gegevens van mobiele telefoons een voorafgaande rechterlijke machtiging is vereist, zoals X bepleit, volgt de voorzieningenrechter niet. De ACM heeft terecht opgemerkt dat de wetgever die eis niet stelt, zodat onduidelijk is welke rechter een dergelijke machtiging zou moeten geven en op grond waarvan dit zou moeten geschieden. Dat de wetgever voornemens is het Wetboek van Strafvordering te moderniseren en in het kader daarvan overweegt een voorafgaande rechterlijke machtiging verplicht te stellen bij het onderzoeken van elektronische gegevensdragers maakt dit niet anders. Dit reeds omdat de ACM haar bevoegdheid niet aan het Wetboek van Strafvordering ontleent, maar aan de Algemene wet bestuursrecht. De hoeveelheid gegevens op de zes mobiele telefoons tezamen is aanzienlijk (18,7 GB). De opgave waar de ACM voor staat is om uit die grote hoeveelheid gegevens de zakelijke gegevens, althans die zakelijke gegevens die van belang kunnen zijn voor haar onderzoek, te selecteren. Onweersproken is dat het gelet op de hoeveelheid gegevens niet mogelijk was om die selectie ter plaatse te maken. De aangewezen en in de jurisprudentie aanvaarde weg in dat geval is het maken van een kopie en op een later moment vanuit die kopie de selectie maken. Noodzakelijkerwijs zullen dan ook eventueel aanwezige privégegevens worden gekopieerd. De voorzieningenrechter acht dit evenwel niet onrechtmatig, gelet op het onderzoeksbelang van de ACM, waaraan redelijkerwijs niet op een andere wijze kan worden tegemoetgekomen. Het recht op privacy weegt in dit geval minder zwaar, mits er voldoende waarborgen zijn om te voorkomen dat de ACM inzage verkrijgt in gegevens zonder dat zij daartoe gerechtigd is. Deze waarborgen dienen in ieder geval in overeenstemming te zijn met het bepaalde in het Vinci-arrest (EHRM 2 april 2015, AB 2016/45). Vereist is dat, ingeval de onderzochte tijdens het onderzoek niet in staat wordt gesteld kennis te nemen van de inhoud van de in beslag

genomen documenten en ook niet om de inbeslagname ter discussie te stellen, de kans worden geboden om achteraf op concrete en effectieve wijze de rechtmatigheid van de inbeslagname aan te vechten en om de teruggave dan wel vernietiging van de digitale documenten te verzoeken. De ACM voert aan dat deze waarborgen zijn opgenomen in de Digitale Werkwijze. De eerste selectie vindt automatisch plaats. Van daadwerkelijke inzage in alsdan niet-geselecteerde gegevens is derhalve geen sprake. Daar komt bij dat X invloed kan uitoefenen op de gehanteerde zoekvragen. Voorts geldt dat X een kopie van de wel geselecteerde gegevens ontvangt en in staat zal worden gesteld aan te geven welke gegevens naar haar mening ten onrechte in die selectie zijn opgenomen. Ingeval hierover geen overeenstemming wordt bereikt kan de rechter worden gevraagd hierover een oordeel te geven. Van belang hierbij is verder dat de ACM ter zitting heeft verklaard dat ook de personen van wie de mobiele telefoon is gekopieerd zelf in de gelegenheid zijn om aan te geven waarom dit niet-zakelijke gegevens zouden betreffen, zonder dit eerst aan X te melden. De privacy van de betrokken personen is daarmee voldoende gewaarborgd. Ook heeft de ACM verklaard dat de claim dat een bepaald bestand niet-zakelijk is, niet uitgebreid behoeft te worden gemotiveerd, zodat ook in dat opzicht tegemoet wordt gekomen aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de betrokkenen. Tot slot heeft de ACM onweersproken gesteld dat het technisch gezien niet mogelijk is de niet-geselecteerde gegevens te vernietigen zonder het bronbestand te verliezen. Wel wordt vastgesteld dat, anders dan bij een claim ter zake geprivilegieerde gegevens, een claim ter zake niet-zakelijke gegevens wordt beoordeeld door de onderzoeksleider. Dit kan tot gevolg hebben dat de onderzoeksleider kennis neemt van stukken waarvan achteraf komt vast te staan dat hiervoor geen grondslag aanwezig was. Het valt echter op voorhand niet in te schatten in hoeverre dit probleem zich daadwerkelijk voor zal doen. De enkele mogelijkheid dat dit het geval zal zijn is onvoldoende om tot toewijzing van het gevorderde over te gaan, temeer daar in voorkomend geval op dat moment een beroep op de (voorzieningen)rechter kan worden gedaan. Het voorgaande leidt tot het oordeel dat de Digitale Werkwijze voldoende waarborgen bevat, zodat de vorderingen van X niet toewijsbaar zijn.

---

**Instantie:** Rechtbank Den Haag

**Datum uitspraak:** 22-11-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBDHA:2017:14150

**Zaaknummer:** C-09-540282-KG ZA 17-1288

**Rechters:** M.E. Groeneveld-Stubbe

**Advocaten:** G.J.K. Elsen, R. de Bree, R.W. Veldhuis en L. Sieverink

**Wetsartikelen:** 8 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en 5:17 Awb

## RECHTSPRAAK

### **werknemer/DIT Services B.V.**

***Ontslag op staande voet is rechtsgeldig. De excessieve uitgaven die werknemer heeft gedaan met de bedrijfscreditcard leveren een dringende reden op.***

#### *Feiten*

Werknemer is sinds 4 augustus 2003 in dienst bij DIT Services en vanaf juni 2013 statutair (mede)bestuurder van DIT Holding. Door een onderzoeksbureau is op enig moment onderzoek gedaan naar het declaratiegedrag van werknemer, nadat bij de financieel directeur DIT Groep argwaan was ontstaan over de schaal en de wijze waarop werknemer had gedeclareerd en/of op andere wijze vennootschappelijke gelden voor eigen gebruik had aangewend. Werknemer is gevraagd hangende het onderzoek thuis te blijven. Een en ander is hem in een gesprek op 17 juni 2016 verteld. Op 14 juli 2016 vond de AVA van DIT Holding B.V. plaats, waarin werknemer is gehoord en hij zijn reactie heeft gegeven op de voorlopige onderzoeksresultaten. Vervolgens is besloten tot ontslag van werknemer als statutair bestuurder en aansluitend is werknemer als werknemer van DIT Services ontslagen op basis van dezelfde redenen die ten grondslag lagen aan het ontslag als statutair bestuurder. Werknemer vordert onder meer – kort samengevat – salaris tot en met 14 juli 2016, een gefixeerde vergoeding en transitievergoeding.

#### *Oordeel*

##### *Onverwijldheid ontslag en mededeling dringende reden*

Het *vermoeden* van malversaties is onvoldoende voor een ontslag op staande voet (zie HR 4 februari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4537). De stelling van werknemer dat DIT Services reeds op 22 juni 2016, toen het beslag werd gelegd, genoeg wist voor een ontslag op staande voet, wordt door de kantonrechter niet gevolgd. Het voorgaande in onderling verband bezien brengt de kantonrechter tot het oordeel dat DIT Services voortvarend heeft gehandeld en dat het ontslag van werknemer zodoende onverwijld is gegeven. Naar het oordeel van de kantonrechter was het voor werknemer, in het licht van de hele voorgeschiedenis, waaronder

de voorlopige onderzoeksresultaten van onderzoeksbedrijf X van 8 juli 2016 en de AVA van 14 juli 2016 (waarin de gronden voor het ontslag van werknemer als bestuurder van DIT Holding B.V. zijn benoemd en op basis waarvan werknemer ook als werknemer van DIT Services is ontslagen) voldoende duidelijk welke feiten en omstandigheden aan zijn ontslag ten grondslag lagen. De conclusie is dan ook dat er geen formeel gebrek kleeft aan het gegeven ontslag.

#### *Dringende reden(en)*

De kantonrechter destilleert uit de ontslagbrief de volgende dringende redenen: (1) door werknemer zijn uitgaven gedaan met middelen van DIT Services, met de zakelijke creditcard of via het indienen van declaraties, die als zuiver of deels privé kunnen worden beschouwd; (2) werknemer heeft voor buitenproportionele bedragen uitgaven gedaan waarvan op zijn minst onduidelijk is of sprake is van zakelijke uitgaven en (3) er is sprake van 'ongeoorloofde nevenwerkzaamheden' van werknemer. De kantonrechter stelt voorop dat de laatstgenoemde dringende reden, inhoudende dat er sprake is van ongeoorloofde nevenwerkzaamheden van werknemer, op zichzelf gezien onvoldoende onderbouwd is om als dringende reden te kunnen worden aangemerkt. Hetgeen werknemer heeft aangevoerd ter rechtvaardiging voor de eerste reden, overtuigt de kantonrechter niet. Vooropgesteld wordt dat een werknemer zorgvuldig met een door de werkgever ter beschikking gestelde creditcard dient om te gaan. Dat is een van de verplichtingen van een goed werknemer. Het had op de weg van werknemer gelegen om geen privéuitgaven met de zakelijke creditcard van DIT Services te doen en mocht dit onverhoopt toch gebeuren deze uitgaven zo spoedig mogelijk terug te betalen. Ter onderbouwing van de tweede genoemde dringende reden, inhoudende dat werknemer voor buitenproportionele bedragen uitgaven heeft gedaan waarvan op zijn minst onduidelijk is of sprake is van zakelijke uitgaven, heeft DIT Services een lijst met uitgaven aangevoerd. De kantonrechter neemt als voldoende vaststaand aan dat het uitgavenpatroon van werknemer binnen de DIT Groep buitenproportioneel was en niet enkel (puur) zakelijke uitgaven betrof, waarbij mede in aanmerking is genomen de aard en omvang van het bedrijf van DIT Services (een MKB-bedrijf opererend op de Nederlandse markt en geen multinational) en de positie van werknemer binnen DIT Services. Naar het oordeel van de kantonrechter levert het complex van voornoemde feiten en omstandigheden voldoende grond op voor een ontslag op staande voet. Nu werknemer zich bij het ontslag heeft neergelegd, staat tussen partijen vast dat het dienstverband tussen hen op 14 juli 2016 is geëindigd. De door DIT Services geleden schade overschrijdt volgens DIT Services vele malen het bedrag aan loon dat werknemer vordert. DIT Services doet in dit verband, voor zover nodig, een beroep op verrekening. Verrekening is, ook bij einde dienstverband, op grond van artikel 7:632 lid 2 BW slechts mogelijk voor zover het loon de beslagvrije voet overtreft. Nu er sprake is van ernstig

verwijtbaar handelen aan de kant van werknemer, is voor het toekennen van een transitievergoeding en een billijke vergoeding geen plaats. Deze verzoeken van werknemer dienen te worden afgewezen. Met betrekking tot het verzoek van DIT Services om werknemer, naast de verzochte gefixeerde schadevergoeding, te veroordelen tot betaling van een billijke vergoeding, oordeelt de kantonrechter dat dit verzoek geen steun vindt in de wet.

---

**Instantie:** Rechtbank Oost-Brabant

**Datum uitspraak:** 21-11-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBOBR:2017:6205

**Zaaknummer:** 5366151 / EJ VERZ: 16-506

**Rechters:** B.C.W. Geurtsen-van Eeden

**Advocaten:** R.A.A. Duk

**Wetsartikelen:** 7:632 lid 2 BW, 7:671c lid 3 onderdeel c BW, 7:671b lid 9 onderdeel c, 7:671c lid 3 onderdeel c BW, 7:677 lid 2 jo. lid 3 onderdeel a BW, 7:677 lid 1 BW, 7:678 lid 1 BW en 7:681 lid 1 onderdeel a BW

## RECHTSPRAAK

### **werknemer/werkgever**

***Ontslag op staande voet niet terecht want niet alle aan het ontslag ten grondslag gelegde omstandigheden zijn komen vast te staan. Geen herstel dienstverband, want er was wel grond voor ontbinding geweest. Ernstig verwijtbaar handelen werknemer.***

#### *Feiten*

Werknemer is sinds 7 juni 2012 in dienst bij werkgever. Op 9 november 2015 is hij uitgevallen wegens ziekte. Werkgever heeft een verzuimverzekering bij verzekeringsmaatschappij De Amersfoortse, op grond waarvan bij ziekte van haar werknemers uitkeringen worden gedaan. Bij brief van 14 november 2016 is werknemer op staande voet ontslagen. In de ontslagbrief wordt werknemer een aantal gedragingen verweten: het tijdens de afwezigheid van werkgever in zijn belang gebruiken van haar e-mailwachtwoord voor (1) het bij De Amersfoortse wijzigen van het bankrekeningnummer van werkgever in het bankrekeningnummer van zijn moeder en (2) het verkrijgen van salarisspecificaties. Voorts wordt hij in de brief verantwoordelijk gesteld voor het kwijtraken van de e-mail van werknemer van 15 augustus tot 7 november 2016. Daarmee wordt hem verweten (3) die e-mails verwijderd te hebben. Werknemer vordert vernietiging van het ontslag op staande voet. De kantonrechter heeft deze vordering afgewezen. Tegen dit vonnis komt werknemer in hoger beroep.

#### *Oordeel*

Er is sprake van een samengestelde dringende reden. Het gevolg daarvan is dat als een van de drie gedragingen niet komt vast te staan, reeds om die reden het ontslag op staande voet niet geldig is omdat de daaraan ten grondslag gelegde, en aan werknemer medegedeelde, reden niet geheel is komen vast te staan. Werkgever heeft niet aannemelijk gemaakt dat haar e-mails over de periode 15 augustus 2016 tot 7 november 2016 zijn verdwenen. Zij heeft dit wel gesteld, maar na de betwisting door werknemer, die stelling niet onderbouwd, bijvoorbeeld door een overzicht te laten zien van de binnengekomen en verstuurde e-mails, of door een verklaring in te brengen van een ter zake deskundige. Nu aldus niet is komen vast te staan dat de desbetreffende e-mails zijn verdwenen, staat evenmin vast dat werknemer voor die

verdwijning verantwoordelijk is. Dit deel van de aangevoerde dringende reden is daarmee niet komen vast te staan. Of de andere aan het ontslag op staande voet ten grondslag gelegde reden (de betalingen door De Amersfoortse op de rekening van de moeder van werknemer) wel als vaststaand kan worden aangemerkt, behoeft voor de beoordeling van de geldigheid van het ontslag op staande voet daarom niet meer te worden onderzocht. Voor recht zal worden verklaard dat werkgever de arbeidsovereenkomst zonder geldige dringende reden als bedoeld in artikel 7:677 BW heeft opgezegd. Aan de orde is daarmee het primaire verzoek van werknemer tot herstel van de arbeidsovereenkomst. Werkgever had de arbeidsovereenkomst met werknemer op rechtmatige wijze kunnen beëindigen. Omdat er een grond voor beëindiging aanwezig was, zal niet tot herstel van de arbeidsovereenkomst worden overgegaan, maar in plaats daarvan een billijke vergoeding worden toegekend. Omdat de opzegging daarmee in stand wordt gelaten, is werkgever een vergoeding verschuldigd op grond van artikel 7:672 lid 10 BW, welke vergoeding door werknemer berekend is op een maandsalaris, te weten € 1.821,36 bruto. Werkgever had de arbeidsovereenkomst met werknemer op rechtsgeldige wijze kunnen beëindigen. Daartoe dient het volgende. Vast staat dat aan De Amersfoortse in september 2016 per e-mail is medegedeeld dat betalingen in verband met de arbeidsongeschiktheidsverzekering in plaats van op het oude bankrekeningnummer van werknemer, op het nieuwe bankrekeningnummer gestort moesten worden. Dat het werknemer is geweest die het gewijzigde bankrekeningnummer aan De Amersfoortse heeft doorgegeven, acht het hof aannemelijk: het betreft immers het bankrekeningnummer van zijn moeder. De opdracht tot de wijziging aan De Amersfoortse is in september 2016, en daarmee tijdens de afwezigheid van werkgever gegeven, vanaf het e-mailaccount van werkgever. Werknemer heeft erkend in ieder geval (tijdens de bouwvak) in 2014 op het e-mailaccount van werkgever te hebben ingelogd. Hij moet derhalve op dat moment op de hoogte zijn geweest van het wachtwoord van dat account. Werkgever heeft gesteld dat haar wachtwoord makkelijk te onthouden was, namelijk de voornamen van haar twee kinderen achterelkaar geschreven met daarachter een cijfer. Het is niet onaannemelijk dat werknemer in 2014 op de hoogte van het wachtwoord dat wachtwoord heeft kunnen onthouden. Daarvan uitgaande heeft werknemer tegenover werkgever zeer verwijtbaar gehandeld. Het handelen en nalaten van werknemer, nadat werkgever hem had medegedeeld dat genoemde gelden van De Amersfoortse op het bankrekeningnummer van werknemers moeder terecht waren gekomen, is zeer verwijtbaar. Nadat werkgever op 11 november 2016 aan werknemer geschreven had dat het zakelijk bankrekeningnummer van werkgever gewijzigd was in dat van werknemers moeder, antwoordde werknemer op 12 november 2016 dat hij navraag had gedaan bij De Amersfoortse en dat het hem een raadsel was hoe De Amersfoortse bij zijn moeder gekomen was. Werknemer wist derhalve dat een bedrag dat bestemd was voor werkgever, op het bankrekeningnummer van zijn moeder was overgemaakt.

Op grond van het goed werknemerschap had werknemer er vervolgens voor moeten zorgen dat dit geld teruggestort werd, althans daartoe pogingen moeten ondernemen. Werknemer verkeerde in de mogelijkheid daartoe, in ieder geval vanaf april 2017 toen hij gemachtigd was betalingen te doen namens zijn moeder. Naar het hof aanneemt had werknemer ook vóór april 2017 zijn invloed kunnen aanwenden om zijn moeder het door haar ten onrechte ontvangen bedrag te laten teruggestorten. Hij heeft niets van dat alles gedaan, doch zich slechts op het standpunt gesteld dat het niet zijn probleem was. Daarmee heeft hij zijn verantwoordelijkheid dienaangaande volledig miskend. Werkgever had gezien het bovenstaande de arbeidsovereenkomst met werknemer kort na 14 november 2016 door ontbinding van die arbeidsovereenkomst op grond van ernstig verwijtbaar handelen van werknemer kunnen laten eindigen. Hetgeen werknemer in dat geval aan loon genoten zou hebben naast het eerder genoemde bedrag zou dan enkele weken salaris hebben bedragen. Rekening houdend met het eerder genoemde bedrag zal aan werknemer een (aanvullende) billijke vergoeding worden toegekend van € 1.178,64 bruto, zodat hem in totaal € 3.000 bruto wordt toegekend. Voor toekenning van een transitievergoeding ziet het hof geen grond, nu het gedrag van werknemer als ernstig verwijtbaar is aan te merken. De conclusie is dat de primaire vordering onder II (tot herstel van de arbeidsovereenkomst) zal worden afgewezen, dat de subsidiaire vordering (tot toekenning van een billijke vergoeding en een vergoeding wegens het niet in acht nemen van de opzegtermijn) gedeeltelijk zal worden toegewezen (tot bedragen van € 1.178,64 bruto resp. € 1.821,36 bruto) en dat het meer of anders verzochte zal worden afgewezen.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 21-11-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2017:4853

**Zaaknummer:** 200.214.537/01

**Rechters:** H.M.M. Steenberghe, A.M.A. Verscheure en G.C. Boot

**Advocaten:** Y.A.R. Seen en J.W.L. Vader

**Wetsartikelen:** 7:677 BW, 7:678 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

## **De Apotheek/werknemer**

***Ontbinding op grond van verwijtbaar handelen of nalaten van werknemer. Bij herhaling ongeoorloofd afwezig op het werk. Niet tijdig terugkeren van vakantie.***

*Feiten*

Werknemer is sinds 16 juni 1994 bij De Apotheek in dienst in de functie van bezorger. De Apotheek verzoekt de arbeidsovereenkomst met werknemer te ontbinden, primair op grond van (ernstig) verwijtbaar handelen van werknemer en subsidiair op grond van een verstoorde arbeidsrelatie. De Apotheek legt hieraan ten grondslag dat werknemer bij herhaling ongeoorloofd afwezig is geweest op zijn werk.

*Oordeel*

Werknemer werkt al lange tijd bij De Apotheek. Al vanaf 1994. De redenen waarom werknemer in 2006, 2013, 2014, 2015 en 2017 niet op tijd op het werk is verschenen zijn divers. In 2006 betrof het buikklachten waardoor werknemer naar eigen zeggen niet naar Nederland kon komen. Op 3 augustus 2006 werd De Apotheek hierover geïnformeerd. Op 7 augustus 2006 diende hij het werk te hervatten, maar dat is pas gebeurd op 11 augustus 2006. Omdat werknemer een langere zomervakantie had aangevraagd dan hem werd toegekend en geen doktersverklaring heeft overgelegd die zijn ziekmelding ondersteunde, terwijl De Apotheek niet in de gelegenheid was om (kort) na de melding op 3 augustus 2006 een bedrijfsarts in te schakelen, begrijpt de kantonrechter dat De Apotheek hier haar twijfels bij had. Tegelijkertijd wordt opgemerkt dat De Apotheek aan werknemer het voordeel van de twijfel heeft gegeven. Daarom wordt er geen grond aanwezig geacht om werknemer hiervan een verwijt te maken, hetgeen niet wegneemt dat voormelde situatie in 2006 bedenkelijk blijft. In 2013 is De Apotheek op 30 augustus 2013 gebeld door de zus van werknemer met de mededeling dat werknemer op dat moment in Bulgarije was en niet op tijd op zijn werk zou zijn. Op 2 september 2013 belde werknemer zelf met de mededeling dat hij niet kwam werken. Uit de brief van De Apotheek van 2 september 2013 blijkt niet dat autopech de reden was voor het niet op het werk verschijnen. Als dat wel de reden is geweest, dan is werknemer daarmee nog

niet verontschuldigd, want dit ligt in zijn risicosfeer en het doet niet af aan het feit dat werknemer niet op tijd op zijn werk is verschenen. Dit is verwijtbaar. In 2014 is werknemer halsoverkop naar Turkije vertrokken omdat zijn ouders betrokken waren geweest bij een auto-ongeluk. Onbestreden is dat werknemer hierdoor 10 dagen afwezig is geweest van zijn werk zonder daarvoor toestemming te hebben gehad van De Apotheek. In 2015 is werknemer akkoord gegaan met een vakantie voor de duur van vier weken, daar waar hij aanvankelijk om vijf weken had verzocht. Op 10 augustus 2015 had hij weer aan het werk gemoeten, maar (reeds) op 7 augustus 2015 belde werknemer naar De Apotheek met de mededeling dat hij de maandag daarop niet op het werk zou verschijnen in verband met autopech. Om dezelfde reden als hiervoor vermeld is dit verwijtbaar. In 2017 heeft werknemer ingestemd met vakantie in de periode van 10 tot en met 31 juli 2017. Dat werknemer op 1 augustus 2017 als gevolg van rugklachten niet kon werken staat naar het oordeel van de kantonrechter voldoende vast. Dat werknemer op 1 augustus 2017 niet is komen werken kan hem dan ook niet worden verweten. Wel treft hem het verwijt dat hij eind juli 2017 niet is teruggekeerd naar Nederland, want niet weersproken is dat nergens uit blijkt dat werknemer niet in staat was om te reizen. Uiteindelijk heeft zijn zoon op de terugweg naar Nederland gereden. Gezien het voorgaande staat in voldoende mate vast dat er sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten van werknemer. Bij herhaling is werknemer ongeoorloofd afwezig geweest op zijn werk en bij herhaling is hij hierop aangesproken, waarbij De Apotheek duidelijk haar afkeuring heeft laten blijken. De arbeidsovereenkomst zal aldus worden ontbonden op grond van verwijtbaar handelen of nalaten van werknemer met toekenning van een transitievergoeding.

---

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 13-11-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2017:9214

**Zaaknummer:** 6219709 VZ VERZ 17-20647

**Rechters:** H.M. van de Ven

**Advocaten:** S.I. Witkamp en F. Özer

**Wetsartikelen:** 7:671b BW, 7:669 lid 1 BW, 7:669 lid 3 onderdeel e BW en 7:669 lid 3 onderdeel g BW

## RECHTSPRAAK

### **werknemer/Skyworks B.V.**

***Kort geding over concurrentie- en boetebeding. Artikel 7:651 BW is niet van toepassing op het concurrentiebeding van artikel 7:653 (oud) BW. Vergelijking van bedrijfsactiviteiten van oude met die van nieuwe werkgever. Belangenafweging. Schorsing van het concurrentiebeding.***

#### *Feiten*

Werknemer is van 2011 tot en met 2017 in dienst geweest van Skyworks, laatstelijk als technisch adviseur. Skyworks is een landelijk opererende onderneming die zich bezighoudt met de handel in en verhuur, (de- en re-)montage, inspectie, onderhoud en reparatie van steigers, ladders, trappen, hangbrug(gevel)installaties, hoogwerkers en persoonlijke valbeveiligingsmaterialen voor (bouw-, schilders- en dakbedekkings)projecten waarbij – tijdelijk – op hoogte wordt gewerkt. In de arbeidsovereenkomst is een concurrentie- en overtredingsbeding opgenomen. Omdat werknemer zich in zijn functie bij Skyworks op de duur niet meer op z'n plek voelde, is hij gaan omzien naar ander werk. Op zijn sollicitatie naar de functie van accountmanager bij AllRisk B.V. te Gorinchem heeft werknemer het aanbod gekregen om per 1 oktober 2017 in dienst te treden. Werknemer vordert in kort geding dat het concurrentie- en overtredingsbeding wordt geschorst.

#### *Oordeel*

Werknemer heeft betoogd dat het concurrentie- en overtredingsbeding nietig zijn althans dat Skyworks zich daarop niet kan beroepen, omdat Skyworks op grond van de tekst van deze bedingen bij overtreding van het concurrentiebeding zowel boete kan heffen als schadevergoeding kan vorderen. Dit betoog faalt. Artikel 7:651 BW, waarop werknemer zich beroept, bepaalt dwingendrechtelijk dat de mogelijkheid om een boete op te leggen het recht op schadevergoeding op grond van de wet onverlet laat, maar dat de werkgever ter zake van eenzelfde feit niet boete mag heffen en tevens schadevergoeding vorderen. In zijn arrest van 4 april 2003 (gepubliceerd in *NJ* 2007/351 en *JAR* 2003/107) heeft de Hoge Raad zich verenigd met het oordeel van de rechtbank in die zaak dat onder het oude recht de heersende leer was dat artikel 7A:1637u lid 3 (oud) BW, bepalende dat het boetebeding de bestemming van de

boete moet vermelden, niet van toepassing is op het concurrentiebeding van artikel 7A:1637x (oud) BW en dat uit de wetsgeschiedenis van de artikelen 7:650 en 7:653 BW niet blijkt dat beoogd is in dit opzicht een materiële wijziging aan te brengen. De Hoge Raad oordeelde daarom dat er geen grond is de voorheen heersende leer met betrekking tot de verhouding tussen het boetebeding en het concurrentiebeding niet langer als geldend recht te aanvaarden. Uit dit arrest en de daaraan voorafgegangene conclusie van advocaat-generaal mr. Keus moet worden afgeleid dat wat voor de verhouding tussen artikel 7:650 BW en 7:653 (oud) BW geldt tevens geldt voor die tussen artikel 7:651 BW en artikel 7:653 (oud) BW. Hieruit volgt dat het bepaalde in artikel 7:651 BW niet van toepassing is op het concurrentiebeding van artikel 7:653 (oud) BW. Resteert het beroep dat werknemer heeft gedaan op het bepaalde in het tweede lid van artikel 7:653 BW. De enkele omschrijving van de bedrijfsactiviteiten van beide ondernemingen in hun website biedt onvoldoende basis om te concluderen dat AllRisk op het gebied van valbeveiliging Skyworks serieuze concurrentie aandoet. Waar er in dit kort geding van moet worden uitgegaan dat AllRisk zich voornamelijk richt op permanente valbeveiligingssystemen, daar moet Skyworks het voor haar omzet grotendeels hebben van de verkoop en verhuur van steigers, ladders en dergelijke aan bouw-, schilders-, dakbedekkingsbedrijven. Werknemer heeft zich in 2016 en 2017 op het gebied van valbeveiliging voornamelijk beziggehouden met klanten uit de offshore-industrie. De kennis van de prijsstelling die hij in de afgelopen anderhalf jaar heeft opgedaan, ligt dan ook vooral daar. AllRisk heeft geen offshoreklanten en voert de merken Protecta en Sala niet. Van de kennis van werknemer kan zij dan ook voor haar huidige bedrijfsvoering geen gebruik maken. Op grond van het voorgaande wordt werknemer, in verhouding tot het te beschermen belang van Skyworks, onbillijk benadeeld indien hij door het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst van partijen zou worden belet om bij AllRisk in dienst te treden. Het beding zal daarom in zoverre worden geschorst.

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 07-11-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2017:8391

**Zaaknummer:** 6352133 KK EXPL 17-1035

**Rechters:** M.E.B. Terwee

**Advocaten:** J.G. Schmidt en J. van de Kreeke

**Wetsartikelen:** 7:651 BW en 7:653 (oud) BW

RECHTSPRAAK

## **werkneemster/VOF Tandoor Bamboo Bar**

***Billijke vergoeding wegens onregelmatige opzegging toegewezen. Wel matiging, omdat anders sprake is van wanverhouding tussen gewerkte en niet-gewerkte tijd en werkneemster nieuwe baan heeft gevonden.***

### *Feiten*

Werkneemster is op 1 juli 2017 in dienst getreden van V.O.F. Tandoor Bamboo Bar (hierna: Bamboo Bar) op basis van een arbeidsovereenkomst voor de duur van zes maanden, tegen een salaris van € 883,65 bruto op basis van een gemiddeld aantal uren van 80 uur per maand. Op 15 juli 2017 heeft Bamboo Bar de arbeidsovereenkomst met werkneemster opgezegd, omdat zij nog in haar proeftijd zat. Werkneemster heeft aangegeven in het ontslag te berusten en meent aanspraak te kunnen maken op een billijke vergoeding.

### *Oordeel*

#### *Billijke vergoeding*

De kantonrechter oordeelt als volgt. Op grond van artikel 7:652 BW moet een proeftijd schriftelijk zijn overeengekomen en is een proeftijd bij een arbeidsovereenkomst voor de duur van zes maanden niet mogelijk. Vast staat dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst zonder toestemming van werkneemster is gedaan en dat daarbij de opzegtermijn niet in acht is genomen, zodat de arbeidsovereenkomst onregelmatig is opgezegd. Nu werkneemster op zitting heeft verklaard te berusten in het ontslag, maakt zij aanspraak op een billijke vergoeding.

#### *Hoogte billijke vergoeding; matiging*

Op grond van artikel 7:672 lid 9 BW is de partij die opzegt tegen een eerdere dag dan tussen partijen geldt, aan de wederpartij een vergoeding verschuldigd gelijk aan het bedrag van het in geld vastgestelde loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging had behoren voort te duren. In het onderhavige geval wordt het loon over de periode van 15 juli 2017 tot 1 januari 2018 (in totaal: 5,5 maanden) als uitgangspunt genomen. De

kantonrechter ziet evenwel aanleiding de vergoeding ingevolge het bepaalde in artikel 7:672 lid 10 BW te matigen tot 2,5 maanden, omdat anders sprake is van een wanverhouding tussen de periode waarin wel en de periode waarin niet is gewerkt. Ook wordt in aanmerking genomen dat werkneemster inmiddels ander werk heeft gevonden. In concreto komt de matiging neer op het volgende: een maand loon aan opzegtermijn, een maand loon aan billijke vergoeding, en een halve maand loon omdat opgezegd had moeten worden het einde van de maand, vermeerderd met vakantietoeslag. De billijke vergoeding bedraagt € 2.400 bruto (afgerond).

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 02-11-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2017:8670

**Zaaknummer:** 6329136 EA VERZ 17-851

**Rechters:** F.J. Lourens

**Wetsartikelen:** 7:652 BW, 7:672 lid 9 BW en 7:672 lid 10 BW

RECHTSPRAAK

## **werkneemster/ING Bank Personeel BV**

### ***Aanspraak transitievergoeding. Gelijkwaardige voorziening in cao van ING?***

#### *Feiten*

Werkneemster is sinds 1986 in dienst bij ING Bank Personeel BV (hierna: ING). Op de arbeidsovereenkomst was laatstelijk de cao ING 2015-2017 van toepassing. Werkneemster was geen lid van een van de werknemersorganisaties die deze cao met ING heeft afgesloten. Op grond van artikel 1.3 van de cao is deze cao een zogenaamde standaard-cao. Werkneemster is met ingang van 20 november 2013 arbeidsongeschikt geworden. Met ingang van 5 juni 2015 ontvangt zij een IVA-uitkering, die door het UWV met verkorte wachttijd is toegekend. Na de daartoe op 17 maart 2016 van het UWV verkregen vergunning heeft ING de arbeidsovereenkomst opgezegd met ingang van 1 augustus 2016, op grond van volledige arbeidsongeschiktheid die langer dan 104 weken heeft geduurd. ING heeft geen transitievergoeding aan werkneemster betaald. Werkneemster vordert betaling van de transitievergoeding. De kantonrechter heeft dit verzoek afgewezen. Tegen dit vonnis komt werkneemster in hoger beroep.

#### *Oordeel*

In deze procedure gaat het om de vraag of werkneemster aanspraak heeft op een transitievergoeding. Volgens werkneemster dient deze vraag bevestigend te worden beantwoord. Zij beroept zich op artikel 7:673 lid 1 aanhef en onderdeel a onder 1 BW. ING daarentegen stelt zich op het standpunt dat werkneemster geen aanspraak heeft op een transitievergoeding. Zij beroept zich op artikel 7:673b lid 1 BW en voert aan dat in artikel 6.4 en bijlage 6 van de cao 2015-2017 een gelijkwaardige voorziening is opgenomen. Vast staat dat laatstelijk de cao 2015-2017 op de arbeidsovereenkomst tussen werkneemster en ING van toepassing was. Hoofdstuk 7 van deze cao heeft betrekking op pensioen en verwijst naar de pensioenovereenkomst, die als bijlage bij de cao is opgenomen en aldus integraal deel uitmaakt van de cao 2015-2017. Tussen partijen is niet in geschil dat artikel 6.4 van de cao 2015-2017 voorziet in een arbeidsongeschiktheidspensioen als aanvulling op de

arbeidsongeschiktheidsuitkering en een premievrije voortzetting van het ouderdomspensioen en partnerpensioen. Het aanvullende arbeidsongeschiktheidspensioen verzekert 75% van het pensioensalaris, met dien verstande dat dit aanvullend pensioen niet tot uitkering komt indien de IVA-uitkering reeds 75% van het pensioensalaris bedraagt. Aangezien de IVA-uitkering die werkneemster ontvangt 75% van het pensioensalaris bedraagt komt het aanvullend pensioen niet tot uitkering. De premievrije voortzetting van het ouderdomspensioen houdt in dat tot de pensioendatum van 67 jaar de bij de beëindiging van het dienstverband geldende werknemersbijdrage in de pensioenpremie van (in 2016) 4% per maand komt te vervallen en dat de volledige pensioenpremie (jaarlijks 33% van de pensioengrondslag) tot de pensioendatum van 67 jaar ten laste komt van ING. Op deze wijze wordt extra, in aanvulling op het tijdens het dienstverband reeds opgebouwde pensioen, een ouderdomspensioen van € 3.977 per jaar en een partnerpensioen van € 2.784 per jaar verzekerd. ING heeft aangevoerd dat hiermee per jaar een bedrag van € 6.061 aan premie is gemoeid, dat het ten behoeve van de verdere opbouw van het ouderdomspensioen en nabestaandenpensioen in totaal gaat om een bedrag van € 90.915 en dat zij dit bedrag bij de beëindiging van het dienstverband ineens heeft afgestort. Werkneemster heeft deze stellingen niet betwist. De transitievergoeding, waarop werkneemster aanspraak maakt, beslaat een bedrag van € 24.673. Daarover zijn partijen het eens. Ter gelegenheid van de mondelinge behandeling bij het hof is namens werkneemster naar voren gebracht dat cao-partijen aan de regeling die gold tot 1 juli 2015 één zinnetje hebben toegevoegd, namelijk dat de voorziening in plaats komt van de transitievergoeding en dat hieruit overigens kan worden afgeleid dat cao-partijen blijkbaar niet bewust een andere met de transitievergoeding gelijkwaardige voorziening hebben bedacht. Naar aanleiding daarvan heeft het hof vragen aan de advocaten gesteld over de cao 2015-2017 en de vóór deze cao geldende cao. Namens werkneemster is verklaard dat in de vóór de cao 2015-2017 geldende cao exact hetzelfde was opgenomen, te weten dat de IVA-gerechtigde recht had op een premievrije voortzetting van de pensioenopbouw. Namens ING is verklaard dat de vóór de cao 2015-2017 geldende cao anders was geformuleerd. Aangezien het hof niet de beschikking had over de vóór de cao 2015-2017 geldende cao is op verzoek van het hof en overeenkomstig haar aanbod tijdens de mondelinge behandeling, de vóór de cao 2015-2017 geldende cao overgelegd. Het gaat hier om de ING Bank-cao 1 januari 2012-31 december 2014 (hierna: de cao 2012-2014). Allereerst wordt vastgesteld dat bijlage 9b bij de cao 2012-2014 (de pensioenovereenkomst vanaf 1 januari 2014) niet is overgelegd. In hoofdstuk 10 van deze cao, waarin een overzicht van de bijlagen bij deze cao is gegeven, is ten aanzien van deze bijlage vermeld dat deze in 2013 op 'mijn HR' komt te staan. ING dient de tekst van bijlage 9b over te leggen. Het hof kan uit de bepalingen van de cao 2012-2014 vooralsnog niet afleiden dat er vóór 1 juli 2015 al een regeling in de cao was opgenomen die inhield dat de volledig en duurzaam arbeidsongeschikte werknemer/de

IVA-gerechtigde bij beëindiging van het dienstverband recht had op een premievrije voortzetting van de pensioenopbouw. Aangezien dit punt mede van belang is voor de beoordeling van het geschil, zal het hof beide partijen gelijktijdig in de gelegenheid stellen zich door middel van een schriftelijk bericht, binnen de in het dictum te vermelden termijn, omtrent het voorgaande uit te laten. Beide partijen worden hierna – desgewenst – in de gelegenheid gesteld op elkaars schriftelijk bericht te reageren, op de wijze zoals in het dictum bepaald. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 30-10-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2017:10458

**Zaaknummer:** 200.211.163

**Rechters:** E.B. Knottnerus, P.L.R. Wefers Bettink en O.E. Mulder

**Advocaten:** J.F.H. Terpstra en S. Wehl

**Wetsartikelen:** 7:673b BW

RECHTSPRAAK

## **Coöperatieve Rabobank U.A./werkneemster**

***Ontbinding arbeidsovereenkomst vanwege ongeschiktheid voor de functie (d-grond). Dat werkgever geen invulling kan geven aan inspanningsverplichting tot herplaatsing vanwege de weigerachtige houding van werkneemster, kan werkgever niet worden tegengeworpen.***

### *Feiten*

Werkneemster is sinds 1 maart 2007 in dienst van Rabobank, laatstelijk als secretaresse op de afdeling Business Support voor 36 uur per week. In het Mid Year-gesprek van 19 juli 2016 heeft de leidinggevende van werkneemster haar zorgen geuit over het functioneren van werkneemster. In september 2016 heeft leidinggevende 1 in overleg met werkneemster verbeterpunten opgesteld. In de periode daarna (tot in april 2017) zijn er regelmatig voortgangsgesprekken geweest. In december 2016 is een formeel verbeterplan opgesteld. Tijdens de eindevaluatie van het verbetertraject op 11 april 2017 heeft leidinggevende 1 de conclusie getrokken dat het functioneren van werkneemster onvoldoende is verbeterd. Met ingang van die datum is werkneemster vrijgesteld van werkzaamheden. Rabobank verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst (d-grond).

### *Oordeel*

Rabobank heeft ter onderbouwing van haar stelling dat werkneemster tijdens het verbetertraject onvoldoende verbetering heeft laten zien, ter zitting een lijst overgelegd met 26 concrete voorbeelden waarin dit naar voren komt. De kantonrechter overweegt dat voor meerdere punten op de lijst geldt dat ze, afzonderlijk bezien, niet zodanig zwaar wegen dat van onvoldoende functioneren gesproken kan worden. De lijst geeft echter wel een totaalbeeld, waarmee Rabobank haar stelling dat het functioneren van werkneemster tekortschoot, voldoende heeft onderbouwd. Het staat voor de kantonrechter verder genoegzaam vast dat Rabobank adequaat heeft gereageerd op de gehoorbeperking van werkneemster. Zij heeft haar immers in staat gesteld om in een concentratieruimte te werken.

In november 2016 heeft werkneemster aan leidinggevende 1 laten weten dat de verstandhouding met de secretaresse niet goed was – de secretaresse pestte haar – en dat dit haar functioneren belemmerde. Op het moment dat werkneemster aangaf dat zij gelet op de verstandhouding met de secretaresse niet goed kon functioneren heeft Rabobank hierop ingespeeld door hen – meerdere keren – met elkaar in gesprek te laten gaan. Vervolgens heeft Rabobank geprobeerd een mediationtraject op te starten. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft Rabobank in reactie op de mededeling van werkneemster over haar verstandhouding met de secretaresse adequaat gehandeld. Nadat werkneemster op 11 april 2017 is vrijgesteld van haar werkzaamheden hebben partijen op 8 mei 2017 een gesprek gehad over een plan van aanpak. Dit plan van aanpak had als doel het vinden van een andere passende functie binnen Rabobank. Werkneemster is niet akkoord gegaan met dit zoektraject, omdat hieraan geen baangarantie werd gekoppeld. Het standpunt van Rabobank dat zij aan het zoektraject geen baangarantie wilde koppelen acht de kantonrechter niet onredelijk, reeds gelet op de omstandigheid dat Rabobank een krimpende organisatie is. Op grond van het voorgaande is de kantonrechter van oordeel dat sprake is van een redelijke grond voor opzegging, en daarmee voor ontbinding, van de arbeidsovereenkomst van partijen. Door de weigering van werkneemster om niet mee te werken aan het zoektraject en het loopbaantraject kon niet onderzocht worden of er herplaatsingsmogelijkheden waren voor werkneemster. Deze opstelling van werkneemster kan niet worden tegengeworpen aan Rabobank. Het verzoek tot ontbinding wordt daarom toegewezen onder toekenning van de transitievergoeding. Uit het voorgaande volgt dat geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van Rabobank, zodat de kantonrechter het verzoek van werkneemster om een billijke vergoeding toe te kennen zal afwijzen.

---

**Instantie:** Rechtbank Midden-Nederland

**Datum uitspraak:** 11-10-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBMNE:2017:5838

**Zaaknummer:** 6162798 UE VERZ 17-303 GLK/1126

**Rechters:** C. Wallis

**Advocaten:** C. Nekedam en C. Senkeldam

**Wetsartikelen:** 7:669 lid 3 onderdeel d BW, 7:671b lid 8 onderdeel a BW, 7:671b lid 1 BW, 7:671b lid 2 BW, 7:672 lid 2 onderdeel c BW, 7:673 lid 1 aanhef en onderdeel a onder 2 BW en 7:673a lid 1 BW

RECHTSPRAAK

## **werknemer/werkgever**

***Uitleg artikel 93 onderdeel c Rv. Ook aan vorderingen die verband houden met en niet los gezien kunnen worden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst, wordt kwalificatie van vordering ‘betreffende’ een arbeidsovereenkomst toegekend.***

### *Feiten*

Werknemer spreekt werkgever aan uit hoofde van onrechtmatige daad. De tussen partijen geldende rechtsverhouding wordt beheerst door een arbeidsovereenkomst. De zaak is thans aanhangig bij de rechtbank. Werknemer voert aan dat de kantonrechter, en niet de rechtbank, bevoegd is kennis te nemen van de vordering en vordert dat de rechtbank de zaak verwijst naar de kantonrechter.

### *Oordeel*

De rechtbank oordeelt als volgt. Niet in geschil is dat sprake is (geweest) van een arbeidsovereenkomst tussen partijen. Artikel 93 aanhef en onderdeel c Rv bepaalt – voor zover hier van belang – dat zaken betreffende een arbeidsovereenkomst door de kantonrechter worden behandeld en beslist. De term ‘betreffende’ moet ruim worden uitgelegd. Niet vereist is dat de vordering zijn oorsprong heeft in een van de specifiek in artikel 93 onder c genoemde overeenkomsten. Ook aan vorderingen die verband houden met en niet los gezien kunnen worden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst, wordt de kwalificatie van een vordering ‘betreffende’ een arbeidsovereenkomst toegekend. De rechtbank is van oordeel dat de vordering van werknemer verband houdt met en niet los kan worden gezien van de arbeidsovereenkomst. Dat werknemer, zoals hij stelt, aan zijn vordering onrechtmatige daad ten grondslag legt, maakt dit oordeel niet anders. De vordering tot verwijzing naar de sector kanton wordt toegewezen.

**Instantie:** Rechtbank Oost-Brabant

**Datum uitspraak:** 09-08-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBOBR:2017:4382

**Zaaknummer:** C/01/320435 / HA ZA 17-288

**Rechters:** E.J.C. Adang

**Advocaten:** R.P.V.W. Willems en M. Kokx

**Wetsartikelen:** 93 onderdeel c Rv

## RECHTSPRAAK

### **Bogra B.V./werknemer**

***Geen sprake van eenzijdige wijziging (salarisvermindering), omdat werknemer een functie heeft aanvaard waaraan een lager loon is verbonden en daarmee heeft ingestemd met het lagere loon.***

#### *Feiten*

Werknemer is met ingang van 1 november 2000 in dienst getreden bij Bogra. Op de arbeidsovereenkomst is van toepassing de cao Meubelindustrie en Meubileringsbedrijven (verder: de cao). Bogra heeft het voornemen tot reorganisatie in een bijeenkomst op 31 mei 2010 aan het voltallige personeel meegedeeld. Een en ander heeft ertoe geleid dat het personeelsbestand in de periode van begin 2012 tot begin 2013 is ingekrompen met 27 fte op een totaal van 78 fte. Bogra heeft schriftelijk een salarisafbouwregeling voorgelegd aan medewerkers die door de reorganisatie vanuit een hogere naar een lagere functie zijn gegaan, en daarvoor nog het hogere salaris ontvangen. Bij brief van 12 juni 2013 maakt werknemer aan Bogra kenbaar niet akkoord te gaan met deze wijziging van de overeengekomen arbeidsvoorwaarden, bestaande uit het toekennen van een andere functie en verlaging van het loon. Bogra handhaaft bij brief van 28 juni 2013 haar standpunt en deelt mee dat indien de wijzigingen niet worden geaccepteerd deze eenzijdig doorgevoerd zullen worden. Op 3 december 2014 heeft de Vakraad een bindend advies gegeven over de functiegroep waarin de thans door werknemer vervulde functie dient te worden ingedeeld, en geoordeeld dat de werkzaamheden die werknemer verricht, moeten worden ingeschaald in functiegroep C van de cao. Op 12 juli 2016 heeft het UWV op aanvraag van Bogra op grond van bedrijfseconomische redenen voor nog zes werknemers een ontslagvergunning verleend aan Bogra. Werknemer heeft in eerste aanleg onder meer, na wijziging van eis, gevorderd te verklaren voor recht dat de splitsing van zijn salaris door Bogra per 1 juli 2013 in een basisloon en een persoonlijke toeslag, nietig althans niet rechtsgeldig is, en dat hij onveranderd recht heeft op zijn maandsalaris zoals vastgesteld en uitbetaald tot 1 juli 2013. De kantonrechter heeft de vorderingen van werknemer toegewezen. Tegen dit oordeel en de daaraan ten grondslag liggende overwegingen richten zich de grieven.

*Oordeel*

Het hof oordeelt als volgt. Partijen geven een verschillende uitleg aan artikel 18 lid 5 van de cao. Bogra betoogt dat het voldoende is dat de werknemer een functie aanvaardt, zijnde een andere functie dan die aanvankelijk was overeengekomen. Als dat gebeurt, en die functie kent een lager salaris dan de oorspronkelijke, dan regelt de cao hoe de afbouw van salaris plaatsvindt. Volgens Bogra is een aparte instemming met dat lagere salaris, wanneer de andere functie is aanvaard, niet nodig. Werknemer betoogt dat het voor toepassing van artikel 18 lid 5 van de cao noodzakelijk is dat de werknemer zowel de andere functie heeft aanvaard, als het daarbij behorende lagere salaris. Gelet op de letterlijke tekst van genoemd cao-artikel ('Indien een werknemer binnen een bedrijf een functie aanvaardt waaraan een lager loon is verbonden') acht het hof de door werknemer aan het cao-artikel gegeven uitleg niet voor de hand liggend. De door Bogra voorgestane wijze van uitleg sluit wel aan bij die tekst. In de tweede plaats geldt dat indien een werknemer zowel een (lagere) functie aanvaardt alsook het bij die functie behorende lagere salaris, dat betekent dat in beginsel dat lagere salaris onmiddellijk van toepassing is. Het hof acht het voor de toepassing van artikel 18 lid 5 van de cao daarmee voldoende dat de werknemer, in casu werknemer, heeft ingestemd met de (andere) functie. Werknemer heeft betwist te hebben ingestemd met het vervullen van een andere functie. Na de reorganisatie in 2013 werden massieve kapkasten niet meer door Bogra gemaakt, maar uitsluitend ingekocht. Aldus is vanaf 2013 een deel van de specialistische werkzaamheden die werknemer verrichtte komen te vervallen. Het hof is van oordeel dat aldus sprake is van een (licht) gewijzigde functie. Het betoog van werknemer faalt, en het daarop gebaseerde oordeel van de kantonrechter is onjuist. Werknemer heeft niet weersproken dat bij toepassing van het aldus door Bogra vastgestelde salaris, de afbouw van het oorspronkelijke salaris van werknemer dient plaats te vinden op de door Bogra voorgestane wijze. Het voorgaande leidt ertoe dat ook grief V slaagt. De slotsom is dat de grieven I en V slagen. Het vonnis waarvan beroep zal worden vernietigd en de vorderingen van werknemer zullen alsnog worden afgewezen. De vordering van Bogra tot terugbetaling van al hetgeen zij ter uitvoering van het vonnis waarvan beroep heeft voldaan, vermeerderd met de wettelijke rente, zal worden toegewezen.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 25-07-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2017:3050

**Zaaknummer:** 200.186.620/01

**Rechters:** M.L.D. Akkaya, I.A. Haanappel-van der Burg en G.C. Boot

**Advocaten:** S. van Ketel en A.M.C. van Dalen

**Wetsartikelen:** 18 lid 5 cao Meubelindustrie en Meubileringsbedrijven, 6:248 lid 2 BW, 7:611 BW en 7:613 BW

## RECHTSPRAAK

### **Bogra B.V./werknemer**

***Geen sprake van eenzijdige wijziging (salarisvermindering), omdat werknemer een functie heeft aanvaard waaraan een lager loon is verbonden en daarmee heeft ingestemd met het lagere loon.***

#### *Feiten*

Werknemer is met ingang van 1 november 2000 in dienst getreden bij Bogra. Op de arbeidsovereenkomst is van toepassing de cao Meubelindustrie en Meubileringsbedrijven (verder: de cao). Bogra heeft het voornemen tot reorganisatie in een bijeenkomst op 31 mei 2010 aan het voltallige personeel meegedeeld. Een en ander heeft ertoe geleid dat het personeelsbestand in de periode van begin 2012 tot begin 2013 is ingekrompen met 27 fte op een totaal van 78 fte. Bogra heeft schriftelijk een salarisafbouwregeling voorgelegd aan medewerkers die door de reorganisatie vanuit een hogere naar een lagere functie zijn gegaan, en daarvoor nog het hogere salaris ontvangen. Bij brief van 12 juni 2013 maakt werknemer aan Bogra kenbaar niet akkoord te gaan met deze wijziging van de overeengekomen arbeidsvoorwaarden, bestaande uit het toekennen van een andere functie en verlaging van het loon. Bogra handhaaft bij brief van 28 juni 2013 haar standpunt en deelt mee dat indien de wijzigingen niet worden geaccepteerd deze eenzijdig doorgevoerd zullen worden. Op 3 december 2014 heeft de Vakraad een bindend advies gegeven over de functiegroep waarin de thans door werknemer vervulde functie dient te worden ingedeeld, en geoordeeld dat de werkzaamheden die werknemer verricht, moeten worden ingeschaald in functiegroep C van de cao. Op 12 juli 2016 heeft het UWV op aanvraag van Bogra op grond van bedrijfseconomische redenen voor nog zes werknemers een ontslagvergunning verleend aan Bogra. Werknemer heeft in eerste aanleg onder meer, na wijziging van eis, gevorderd te verklaren voor recht dat de splitsing van zijn salaris door Bogra per 1 juli 2013 in een basisloon en een persoonlijke toeslag, nietig althans niet rechtsgeldig is, en dat hij onveranderd recht heeft op zijn maandsalaris zoals vastgesteld en uitbetaald tot 1 juli 2013. De kantonrechter heeft de vorderingen van werknemer toegewezen. Tegen dit oordeel en de daaraan ten grondslag liggende overwegingen richten zich de grieven.

*Oordeel*

Het hof oordeelt als volgt. Partijen geven een verschillende uitleg aan artikel 18 lid 5 van de cao. Bogra betoogt dat het voldoende is dat de werknemer een functie aanvaardt, zijnde een andere functie dan die aanvankelijk was overeengekomen. Als dat gebeurt, en die functie kent een lager salaris dan de oorspronkelijke, dan regelt de cao hoe de afbouw van salaris plaatsvindt. Volgens Bogra is een aparte instemming met dat lagere salaris, wanneer de andere functie is aanvaard, niet nodig. Werknemer betoogt dat het voor toepassing van artikel 18 lid 5 van de cao noodzakelijk is dat de werknemer zowel de andere functie heeft aanvaard, als het daarbij behorende lagere salaris. Gelet op de letterlijke tekst van genoemd cao-artikel ('Indien een werknemer binnen een bedrijf een functie aanvaardt waaraan een lager loon is verbonden') acht het hof de door werknemer aan het cao-artikel gegeven uitleg niet voor de hand liggend. De door Bogra voorgestane wijze van uitleg sluit wel aan bij die tekst. In de tweede plaats geldt dat indien een werknemer zowel een (lagere) functie aanvaardt als ook het bij die functie behorende lagere salaris, dat betekent dat in beginsel dat lagere salaris onmiddellijk van toepassing is. Het hof acht het voor de toepassing van artikel 18 lid 5 van de cao daarmee voldoende dat de werknemer, in casu werknemer, heeft ingestemd met de (andere) functie. Werknemer heeft betwist te hebben ingestemd met het vervullen van een andere functie. Na de reorganisatie in 2013 werden massieve kapkisten niet meer door Bogra gemaakt, maar uitsluitend ingekocht. Aldus is vanaf 2013 een deel van de specialistische werkzaamheden die werknemer verrichtte komen te vervallen. Het hof is van oordeel dat aldus sprake is van een (licht) gewijzigde functie. Het betoog van werknemer faalt, en het daarop gebaseerde oordeel van de kantonrechter is onjuist. Werknemer heeft niet weersproken dat bij toepassing van het aldus door Bogra vastgestelde salaris, de afbouw van het oorspronkelijke salaris van werknemer dient plaats te vinden op de door Bogra voorgestane wijze. Het voorgaande leidt ertoe dat ook grief V slaagt. De slotsom is dat de grieven I en V slagen. Het vonnis waarvan beroep zal worden vernietigd en de vorderingen van werknemer zullen alsnog worden afgewezen. De vordering van Bogra tot terugbetaling van al hetgeen zij ter uitvoering van het vonnis waarvan beroep heeft voldaan, vermeerderd met de wettelijke rente, zal worden toegewezen.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 25-07-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2017:3054

**Zaaknummer:** 200.186.627/01

**Rechters:** G.C. Boot, M.L.D. Akkaya en I.A. Haanappel-van der Burg

**Advocaten:** S. van Ketel en A.M.C. van Dalen

**Wetsartikelen:** 18 lid 5 cao Meubelindustrie en Meubileringsbedrijven, 6:248 lid 2 BW, 7:611 BW en 7:613 BW

## RECHTSPRAAK

### **X/werknemer**

#### ***Vordering tot schadevergoeding op grond van schending geheimhoudingsbeding werknemer. Mogelijkheid van schade is onvoldoende aannemelijk gemaakt door werkgever.***

##### *Feiten*

Werknemer is sinds 2000 in dienst bij X. X is een maatschap met twee maten, waaronder Y BV. Op 17 december 2003 is door partijen een schriftelijke arbeidsovereenkomst opgemaakt, waarin een geheimhoudingsbeding is opgenomen. Y is in het voorjaar van 2005 uitgetreden en heeft de onderneming voor eigen rekening en risico voortgezet tot medio 2007, vanaf welk moment zij een nieuwe maatschap heeft gevormd. Deze nieuwe maatschap is op 1 januari 2010 ontbonden, waarna Y de onderneming opnieuw voor eigen rekening en risico heeft voortgezet. In 2013 is besloten een deel van de werkzaamheden af te stoten. Met het oog hierop heeft het UWV toestemming verleend voor ontslag van onder meer werknemer, welk ontslag op 1 augustus 2013 is gerealiseerd. Y heeft op 1 februari 2013 een civiele procedure ingesteld tegen een voormalige cliënte, A, tot betaling van openstaande facturen ten bedrage van € 147.041,19. Deze vordering is in eerste aanleg door de rechtbank toegewezen bij vonnis van 17 juli 2013. A heeft tegen dit vonnis op 16 augustus 2013 bij dit hof hoger beroep ingesteld. Werknemer heeft op 17 oktober 2013 ten behoeve van A een schriftelijke verklaring opgesteld over de wijze van declareren van Y, die door A in het geding is gebracht. Bij eindarrest van 3 februari 2015 heeft het hof het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vordering van Y toegewezen tot een bedrag van € 34.476,29. Y vordert een verklaring voor recht dat werknemer het geheimhoudingsbeding heeft geschonden door voornoemde schriftelijke verklaring aan A ter beschikking te stellen, althans heeft gehandeld in strijd met het bepaalde in artikel 7:611 BW en daarom jegens Y aansprakelijk is voor de door die schending geleden en nog te lijden schade. De rechtbank heeft de vordering van Y afgewezen. Tegen dit vonnis komt Y in hoger beroep.

##### *Oordeel*

Y heeft op grond van de stelling dat zij schade heeft geleden en nog zal lijden, een verwijzing

naar de schadestaatprocedure gevorderd. Op grond van artikel 612 Rv begroot de rechter die een veroordeling tot schadevergoeding uitspreekt, voor zover dit mogelijk is, de schade in het vonnis. Indien begroting in het vonnis niet mogelijk is, spreekt hij een veroordeling uit tot schadevergoeding op te maken bij staat. Voor verwijzing naar de schadestaatprocedure is vereist dat de mogelijkheid van schade voldoende aannemelijk is gemaakt. Uit de stellingen van Y maakt het hof op dat Y zich op het standpunt stelt dat de verklaring van werknemer zowel financiële schade als imagoschade heeft teweeggebracht. De financiële schade bestaat er volgens Y in dat de verklaring van werknemer van negatieve invloed is geweest op de uitkomst van de tussen A en Y gevoerde appelprocedure. De imagoschade stelt Y onder meer te hebben geleden rondom de verkoop van een deel van haar onderneming. Hoewel uit de eigen stellingen van Y volgt dat in elk geval een groot deel van de door haar bedoelde schade inmiddels is geleden en voor verwijzing naar de schadestaatprocedure alleen plaats is indien de eventuele schade niet in de onderhavige procedure kan worden begroot, wordt niettemin onderzocht of de mogelijkheid van schade voldoende aannemelijk is gemaakt. Daarbij wordt vooraf opgemerkt dat ook het ontbreken van causaal verband kan leiden tot het oordeel dat de mogelijkheid van schade onvoldoende aannemelijk is gemaakt. Met betrekking tot de gestelde financiële schade wordt het volgende overwogen. Uit de in de door A ingestelde appelprocedure gewezen arresten vloeit voort dat Y nimmer recht heeft gehad op betaling van een groot deel van de door haar aan A verzonden facturen. Niet valt daarom in te zien dat Y enige schade heeft geleden door de afwijzing van de vordering tot betaling van een groot deel van de facturen, ook indien deze afwijzing samenhangt met de verklaring van werknemer. Reeds hierop stuit de vordering tot verwijzing naar de schadestaatprocedure af. Daar komt nog het volgende bij. De in de appelprocedure tussen A en Y gewezen arresten geven er geen blijk van dat de verklaring van enige betekenis is geweest voor de beslissing van het hof. Uit de overwegingen kan worden afgeleid dat het oordeel over de verschuldigdheid van de facturen volledig is gebaseerd op het door A in haar memorie van grieven gevoerde verweer. De enige referte aan de verklaring is gegeven in het tussenarrest, maar uit die overweging blijkt niet dat het hof op enigerlei wijze bij zijn beslissing acht heeft geslagen op de verklaring. Y heeft dit op de comparitie van partijen in hoger beroep van 18 juni 2015 overigens ook onderkend. Voor zover Y nog heeft gesteld dat de verklaring niettemin van negatieve invloed is geweest op de uitkomst van de appelprocedure omdat het door A in hoger beroep gevoerde verweer naadloos aansluit op de in de verklaring van werknemer gemaakte onderverdeling in aantal situaties, wordt zij ook hierin niet gevolgd. De door werknemer gegeven verklaring heeft een algemeen karakter, terwijl A de juistheid van de facturen zeer gedetailleerd heeft bestreden. Mede in het licht hiervan kan zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet worden aangenomen dat A haar verweer zonder de verklaring van werknemer niet had gevoerd. Ook in zoverre is de mogelijkheid van schade dus onvoldoende aannemelijk gemaakt. Verder is onvoldoende

aannemelijk gemaakt dat Y imagoschade heeft geleden en dat deze van negatieve invloed is geweest op de verkoop van de onderneming van Y. Y heeft zich in dat verband beperkt tot de volgende stellingen. Ter gelegenheid van de verkoop en overdracht van de klantenportefeuille in 2013 heeft zij regelmatig vragen en opmerkingen gekregen over de tegen A gevoerde procedure en een aantal overnamekandidaten is gaan twijfelen. Er bleef uiteindelijk maar één kandidaat over, hetgeen volgens Y een negatieve invloed heeft gehad op de overnameprijs van de klantenportefeuille. Deze niet nader toegelichte stellingen zijn, mede in het licht van het daartegen gevoerde verweer, zo weinig concreet dat daarmee de mogelijkheid van schade niet voldoende aannemelijk is gemaakt. Zo volgt uit de stellingen van Y niet dat het de schriftelijke verklaring van werknemer is geweest die de kandidaten aan het twijfelen heeft gebracht; Y stelt immers slechts dat de procedure tegen A van invloed is geweest. Voorts heeft zij niet nader toegelicht welke kandidaten er aanvankelijk waren, wie hun twijfels aan Y hebben kenbaar gemaakt en waarom kandidaten zijn afgehaakt. Ook is niet aannemelijk gemaakt dat het beweerde wegvallen van kandidaten van negatieve invloed is geweest op de overnameprijs. Het had op de weg van Y gelegen daarover – bijvoorbeeld aan de hand van de over en weer gedane biedingen en de tussen Y en de overblijvende kandidaat gevoerde correspondentie – meer duidelijkheid te verschaffen. Die toelichting is echter niet gegeven. Daar komt bij dat werknemer terecht erop heeft gewezen dat Y in zijn ontslagaanvraag bij het UWV van 28 maart 2013 heeft aangegeven dat, ondanks pogingen daartoe van de directeur, de onderneming niet verkoopbaar is gebleken. In het licht van het feit dat werknemer de verklaring pas op 17 oktober 2013 heeft opgesteld is het causaal verband tussen de verklaring en de imagoschade rondom de verkoop van de onderneming te minder aannemelijk gemaakt. Aan het vereiste voor verwijzing naar de schadestaatprocedure is dus niet voldaan. Nu aan het vereiste voor een verwijzing naar de schadestaatprocedure niet is voldaan omdat de mogelijkheid van schade niet voldoende aannemelijk is gemaakt, is het hoger beroep tevergeefs ingesteld.

---

**Instantie:** Gerechtshof Den Haag

**Datum uitspraak:** 21-02-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHDHA:2017:1685

**Zaaknummer:** 200.166.402/01

**Rechters:** D. Aarts, C.J. Frikkee en C.A. Joustra

**Advocaten:** D.J. van de Weerdt en P.S.M. van den Enden

**Wetsartikelen:** 7:611 BW

RECHTSPRAAK

## **werknemer/Grand-Café Boekmans B.V.**

### ***Toewijzing vergoedingen ex artikel 7:677 lid 4 BW en 7:681 BW na onterecht gegeven ontslag op staande voet.***

#### *Feiten*

Werknemer is op 10 mei 2016 op basis van een arbeidsovereenkomst voor de duur van twaalf maanden bij Boekmans in dienst getreden in de functie van zelfstandig werkende kok. Op 6 augustus 2016 heeft werknemer een officiële waarschuwing gekregen voor het niet opvolgen van regels en instructies betreffende het opruimen en afsluiten van de keuken. Op dinsdag 9 augustus 2016 heeft hij een officiële waarschuwing gekregen voor het niet opvolgen van de regels en instructies betreffende het opruimen, verwerken van producten en bestellen. Op maandag 15 augustus 2016 heeft hij een officiële waarschuwing gekregen vanwege het niet werken volgens de HACCP-normen. Op grond van deze drie officiële waarschuwingen heeft Boekmans werknemer op staande voet ontslagen. Werknemer berust in de opzegging zijdens Boekmans. Werknemer verzoekt de kantonrechter Boekmans te veroordelen tot het betalen van een billijke vergoeding van € 15.083,90.

#### *Oordeel*

De kantonrechter concludeert dat werknemer waar het de uitoefening van zijn functie betreft zeker een aantal verwijten valt te maken. Deze verwijten zijn evenwel naar het oordeel van de kantonrechter niet dermate ernstig dat op 19 september 2016 sprake was van een dringende reden die een ontslag op staande voet rechtvaardigde. Dit betekent dat Boekmans de arbeidsovereenkomst zonder dringende reden heeft opgezegd en derhalve op grond van het bepaalde in artikel 7:677 lid 4 BW een vergoeding verschuldigd is geworden aan werknemer. Deze vergoeding is gelijk aan het bedrag van het in geld vastgestelde loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst geduurd zou hebben, indien deze van rechtswege zou zijn geëindigd. In het onderhavige geval betekent dit dat Boekmans een vergoeding van ongeveer acht maandsalarissen verschuldigd is geworden. In de hiervoor geschetste omstandigheden van het geval, te weten de korte duur van het dienstverband en het aantal misstappen dat in die periode is begaan, ziet de kantonrechter echter aanleiding om de vordering te matigen tot het

wettelijke minimum van drie maanden. Aldus zal een bedrag van € 5.778,70 bruto worden toegewezen ( $3 \times € 1.783,55 \times 1,08$ ). Werknemer heeft daarnaast recht op een billijke vergoeding. In dit geval, waar de werkgever voldoende reden had om een einde van de arbeidsovereenkomst na te streven maar daartoe het verkeerde pad heeft bewandeld, zal de kantonrechter de billijke vergoeding bepalen op een half maandinkomen, ofwel € 963,12 bruto ( $0,5 \times € 1.783,55 \times 1,08$ ).

---

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 09-02-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2017:9242

**Zaaknummer:** 5522231 HA VERZ 16-239

**Rechters:** G.A.F.M. Wouters

**Advocaten:** M. Lathouwers en J.C. Fritse

**Wetsartikelen:** 7:677 lid 4 BW, 7:681 BW en 7:678 BW

## RECHTSPRAAK

### **LIA c.s./Coöperatie van vernigingen van leraren en ander onderwijspersoneel U.A.**

***Het gevorderde verbod door werknemersorganisatie LIA om gebruik te maken van de uitslag van de door de OnderwijSCOöperatie georganiseerde verkiezingen wordt (in kort geding) afgewezen.***

#### *Feiten*

LIA is een werknemersorganisatie die de belangen van leraren in het voortgezet onderwijs behartigt. Haar ledenbestand bestaat uit rechtspersonen die datzelfde kwaliteitsdoel nastreven.

De OnderwijSCOöperatie beschikt over een vrijwillig lerarenregister. De OnderwijSCOöperatie heeft met de wetgever onderhandeld over de nieuw in te voeren Wet beroep leraar en lerarenregister. Deze wet verplicht leraren zich te registreren in een register, dat op 1 augustus 2018 operationeel dient te zijn. De OnderwijSCOöperatie is door de wetgever aangewezen om registratiecriteria voor het wettelijk lerarenregister op te stellen. Op 14 december 2016 heeft de OnderwijSCOöperatie een algemene ledenvergadering gehouden, waarbij drie van haar leden aanwezig waren, te weten AOB, CNVo en PVVVO. Deze leden hebben ten gunste van een statutenwijziging gestemd. FvOv en BON waren niet op de ALV aanwezig. Op 22 februari 2017 is de lerarenregisterwet aangenomen. Op 21 maart 2017 heeft het bestuur van de OnderwijSCOöperatie het Verkiezingsreglement Deelnemersvergadering vastgesteld. Van 4 september 2017 tot en met 24 september 2017 heeft de OnderwijSCOöperatie verkiezingen gehouden met het oog op de benoeming van de 24 afgevaardigden van de Deelnemersvergadering. Naar aanleiding daarvan zijn eisers sub 2 tot en met 5 verkozen tot afgevaardigden van de Deelnemersvergadering. Op 2 oktober 2017 heeft eiser sub 4 een bezwaar ingediend bij de OnderwijSCOöperatie tegen de verkiezingsuitslag. De OnderwijSCOöperatie heeft tevens een aantal andere bezwaren ontvangen. Op basis van een eindverslag heeft de OnderwijSCOöperatie geconcludeerd dat de verkiezingsuitslag gehandhaafd kan blijven en geweigerd het resultaat van de verkiezingen ongeldig te verklaren. LIA c.s. vordert onder meer dat de voorzieningenrechter de OnderwijSCOöperatie verbiedt om

gebruik te maken van de uitkomst van de verkiezingen.

*Oordeel*

*Besluit tot statutenwijziging vernietigbaar?*

LIA c.s. beroept zich op artikel 2:15 lid 1 onderdeel a BW. Aan het beroep op de vernietigbaarheid ligt de stelling ten grondslag dat BON niet voor de statutenwijziging heeft gestemd. Vast staat dat BON in het geheel niet in de stemming is betrokken. In dit kort geding kan in deze deekwestie slechts in het voordeel van LIA c.s. worden beslist, indien in zodanige mate waarschijnlijk is dat die kwestie, indien door de bodemrechter beslist, in het voordeel van LIA c.s. uit zal vallen, dat daarop thans mag worden vooruitgelopen. Daartoe bestaat onvoldoende grond, gezien het door de OnderwijSCOöperatie gevoerde verweer (dat BON geen lid meer is) en de onderbouwing daarvan.

*Verkiezingen in strijd met de statuten?*

Het is duidelijk dat de OnderwijSCOöperatie bij het organiseren van de verkiezingen heeft geprobeerd een zo groot mogelijke groep leraren te bereiken. Door LIA c.s. is niet gesteld en ook is niet anderszins gebleken dat er voor de OnderwijSCOöperatie een mogelijkheid bestond om de verkiezingen op een alternatieve wijze te organiseren die beter recht deed aan het bedoelde uitgangspunt. De voorzieningenrechter ziet in zoverre dan ook onvoldoende grond om op voorhand aan te nemen dat de manier waarop de OnderwijSCOöperatie de verkiezingen heeft georganiseerd ondeugdelijk is.

*Verkiezingsreglement geldig?*

Op basis van de artikelen kan volgens LIA c.s. niet een Deelnemersvergadering in het leven worden geroepen. LIA c.s. wordt hierin niet gevolgd. Gelet op de definitie en de artikelen 25a en 25b van de nieuwe statuten, is het onmiskenbaar de strekking van de statutenwijziging geweest, dat daarbij de Deelnemersvergadering – in formele zin – in het leven werd geroepen.

*Verkiezingen in strijd met verkiezingsreglement?*

LIA c.s. voert vervolgens aan dat de verkiezingen in strijd zijn met het verkiezingsreglement, omdat het stemrecht op ondeugdelijke en onjuiste wijze is toegekend. De gang van zaken, in onderling verband gewogen en beoordeeld, leidt tot het oordeel dat vooralsnog van de statutaire geldigheid van de verkiezingen (en de daaruit voortgevloeide uitslag) moet worden uitgegaan en dat aan de wijze waarop die verkiezingen zijn georganiseerd niet een zodanig ernstig gebrek kleeft dat de OnderwijSCOöperatie gehouden is om die uitslag terzijde te laten. Daarbij weegt in het voordeel van de OnderwijSCOöperatie mee dat LIA c.s. niet (voldoende)

heeft gesteld op welke andere wijze de verkiezingen (tijdig) hadden kunnen plaatsvinden.

---

**Instantie:** Rechtbank Midden-Nederland

**Datum uitspraak:** 29-11-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBMNE:2017:5923

**Zaaknummer:** C/16/449741 / KG ZA 17-835

**Rechters:** R.A. Steenbergen

**Advocaten:** A. Kouwenaar-de Coninck en J. Liauw-A-Joe

**Wetsartikelen:** 2:15 lid 1 onderdeel a BW en 2:36 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

**FZB Nederland B.V./Veilige Zorg Ondersteuning Nederland B.V. c.s.**

***Geen overtreding van het concurrentie- en relatiebeding en geheimhoudingsbeding door ex-werknemers die een eigen onderneming zijn gestart. Concurrentie- en relatiebeding deels nietig op grond van artikel 9a lid 2 Waadi en deels vernietigbaar.***

*Feiten*

FZB is een bedrijf dat zich bezighoudt met detachering van arbeidskrachten. GGZ Rivierduinen Oegstgeest is een klant van FZB. Gedaagde 2 is op 17 augustus 2009 bij Nediver B.V. in dienst getreden. In de laatste arbeidsovereenkomst is onder meer een geheimhoudingsbeding, een relatiebeding en een concurrentiebeding opgenomen. Op 4 april 2013 heeft FZB aan gedaagde 2 vermeld dat de arbeidsovereenkomst wordt ondergebracht bij FZB. Op 29 april 2015 heeft gedaagde 2 zijn arbeidsovereenkomst opgezegd. In een brief van 13 mei 2015 hebben partijen nadere afspraken gemaakt. Partijen zijn hierbij nogmaals een relatie- en concurrentiebeding overeengekomen. Gedaagde 3 is op 30 november 2012 bij Nediver in dienst getreden. Ook deze arbeidsovereenkomst is overgenomen door FZB en nadien verlengd tot 30 november 2014. In de arbeidsovereenkomst is onder meer een geheimhoudingsbeding, een relatiebeding en een concurrentiebeding opgenomen. De arbeidsovereenkomst tussen FZB en gedaagde 3 is per 1 september 2014 geëindigd. Op 11 mei 2016 is VZO opgericht door onder meer gedaagde 2 en 3. FZB vordert in conventie onder meer ten aanzien van gedaagde 2 tot nakoming van het geheimhoudings-, concurrentie- en relatiebeding en gedaagde 2 te gelasten zijn werkzaamheden voor VZO te staken. Ten aanzien van gedaagde 3 vordert FZB eveneens nakoming van de bedingen en een verbod om werkzaamheden te verrichten voor Rivierduinen. Ten aanzien van VZO vordert FZB onder meer tot het staken en gestaakt houden van het gebruik maken van de diensten van gedaagde 2 tot na afloop van de overeengekomen bedingen. Gedaagde 2 en 3 vorderen in reconventie onder meer geheel of gedeeltelijke vernietiging van het concurrentie- en relatiebeding.

*Oordeel*

*Ten aanzien van gedaagde 2*

Gedaagde 2 wordt met hetgeen in artikel 17 onderdeel b van de arbeidsovereenkomst met als ingangsdatum 17 augustus 2011, alsmede onder b van het concurrentie- en relatiebeding zoals opgenomen in de overeenkomst d.d. 13 mei 2015 staat vermeld, belemmerd om na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst in dienst te treden of een arbeidsverhouding aan te gaan (daaronder valt ook het verrichten van werkzaamheden als zzp'er) bij opdrachtgevers van de organisatie, waaronder dus ook Rivierduinen, hetgeen in strijd is met het bepaalde in artikel 9a lid 1 Waadi, zodat naar het oordeel van de kantonrechter sprake is van nietigheid op grond van lid 2 en op dit deel van de bedingen door FZB dan ook geen beroep kan worden gedaan. Nog los van de vraag of VZO als concurrerend is aan te merken, was het gedaagde 2 toegestaan om op 11 mei 2016 VZO op te richten. Indien wordt uitgegaan van de situatie dat de overeenkomst d.d. 13 mei 2015 rechtsgeldig tot stand is gekomen, is de kantonrechter voorts van oordeel dat ten aanzien van het daarin opgenomen concurrentie- en relatiebeding onderdeel c aanleiding bestaat tot de door gedaagde 2 in reconventie gevorderde gedeeltelijke vernietiging daarvan, bestaande uit een beperking in tijdruimte, nu gedaagde 2 in verhouding tot het te beschermen belang van FZB, door het beding onbillijk wordt benadeeld in de zin van artikel 7:653 lid 3 onderdeel b BW. Een beding met een looptijd van één jaar vanaf de datum van uitdiensttreding ligt daarbij naar het oordeel van de kantonrechter meer in de rede. Voorgaande heeft tot gevolg dat ook de looptijd van onderdeel c van het concurrentie- en relatiebeding zoals opgenomen in de overeenkomst d.d. 13 mei 2015, ten tijde van de oprichting van VZO reeds was verstreken. Ten aanzien van hetgeen is bepaald in artikel 17 onderdeel a van de arbeidsovereenkomst met als ingangsdatum 17 augustus 2011, alsmede onderdeel a van de overeenkomst d.d. 13 mei 2015 is de kantonrechter van oordeel dat dit deel van het beding vernietigbaar is nu gedaagde 2 in verhouding tot het te beschermen belang van FZB, door het beding onbillijk wordt benadeeld. Naast de omstandigheid dat het geheimhoudingsbeding erg ruim geformuleerd en onbeperkt is, is de kantonrechter van een overtreding daarvan door gedaagde 2 niet gebleken. FZB heeft ten slotte gesteld dat sprake is van onrechtmatige werknemersconcurrentie. Hoewel VZO voor Rivierduinen werkzaamheden verricht, is door FZB gesteld nog gebleken dat gedaagde 2 stelselmatig (andere) klanten van FZB heeft benaderd en/of dat hij klanten echt heeft geprobeerd over te halen om naar VZO over te stappen. Dat sprake is van een stelselmatige en substantiële afbraak van het duurzame bedrijfsdebiët door gedaagde 2 is naar het oordeel van de kantonrechter dan ook niet komen vast te staan.

*Ten aanzien van gedaagde 3*

De kantonrechter acht ook hetgeen in artikel 18 onderdeel b van de arbeidsovereenkomst met gedaagde 3 is opgenomen in strijd artikel 9a lid 1 Waadi, zodat sprake is van nietigheid op

grond van lid 2. Ten aanzien van artikel 18 onderdeel c van de arbeidsovereenkomst met als ingangsdatum 30 november 2013 geldt dat de looptijd van één jaar na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst op 1 september 2015 is verlopen. Vast staat dat VZO pas op 11 mei 2016 is opgericht. Bij brief d.d. 28 juli 2014, waarvan gedaagde 3 de ondertekening niet heeft betwist, is nader bepaald dat artikel 18a van de arbeidsovereenkomst in die zin dient te worden uitgelegd dat gedaagde 3 in zijn nieuwe functie binnen GGZ Haagstreek/Rivierduinen de relatie van FZB met opdrachtgever, dan wel de (toekomstige) werkzaamheden van de fysieke zorgbegeleiders niet mag verstoren en/of in de weg mag staan. De kantonrechter is ten aanzien van dit onderdeel van het beding van oordeel dat aanleiding bestaat tot de door gedaagde 3 in reconventie gevorderde gedeeltelijke vernietiging daarvan, bestaande uit een beperking in tijdsruimte, nu gedaagde 3 in verhouding tot het te beschermen belang van FZB, door het beding onbillijk wordt benadeeld in de zin van artikel 7:653 lid 3 onderdeel b BW. Een beperking van artikel 18a in looptijd tot één jaar wordt in dit geval redelijk geacht. Van overtreding van het geheimhoudingsbeding is voorts niet gebleken. Ook de vordering ten aanzien van onrechtmatige werknemersconcurrentie wordt afgewezen.

#### *Ten aanzien van VZO*

Het ten aanzien van VZO gevorderde kan niet worden gegrond op de wet dan wel enige in de arbeidsovereenkomst dan wel beëindigingsovereenkomst opgenomen bepaling. Daarbij komt dat het concurrentie- en relatiebeding van gedaagde 2 deels nietig en vernietigbaar is en voor het overige deel de looptijd daarvan, na beperking in duur, per 7 mei 2016 is verstreken. FZB heeft daarnaast gevorderd om gedaagde 3, gedaagde 2 en VZO hoofdelijk te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 25.000 uit hoofde van voorschot van de schade, te weten gederfde winst, uit hoofde van onrechtmatige daad. Dat er sprake is van een jegens FZB door gedaagde 2, gedaagde 3 en VZO gepleegde onrechtmatige daad is op grond van hetgeen hiervoor is overwogen niet komen vast te staan, zodat het gevorderde eveneens niet kan worden toegewezen. Ook de vorderingen ex artikel 843a Rv worden afgewezen.

---

**Instantie:** Rechtbank Rotterdam

**Datum uitspraak:** 27-11-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBROT:2017:9295

**Zaaknummer:** 5803403 CV EXPL 17-9242

**Rechters:** L.J. van Die

**Advocaten:** R.J. van der Ham en R. Sies

**Wetsartikelen:** ga Waadi , 843a Rv, 7:653 BW en 7:900 BW

RECHTSPRAAK

**werkneemster/NRC Media B.V. en Wayne Parker Kent B.V.**

***Werkneemster heeft een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met een toezegging tot verlenging voor onbepaald tijd. Voorwaarde voor toezegging wordt echter niet vervuld. Werkneemster hoefde aanzegging niet redelijkerwijs ook aan te merken als opzegging.***

*Feiten*

Werkneemster is per 1 februari 2015 bij NRC Media in dienst getreden ten behoeve van Mindshakes. Bij brief van 16 december 2015 heeft NRC Media werkneemster bericht dat zij het dienstverband met ingang van 1 januari 2016 voor bepaalde tijd wilde verlengen tot en met 30 november 2016. Hierin is tevens opgenomen dat indien de directie van NRC Media besluit om de activiteit Mindshakes te continueren na november 2016 de arbeidsovereenkomst verlengd zal worden voor onbepaalde tijd. In 2015 en 2016 heeft Mindshakes (aanzienlijk) verlies geleden. De directie van NRC Media heeft in de loop van oktober 2016 besloten dat de verliezen te veel opliepen en dat Mindshakes zou worden gestopt. Bij brief met datum 19 oktober 2016 heeft NRC Media werkneemster bericht dat haar arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt op 30 november 2016. Werkneemster heeft zich op het standpunt gesteld dat nu Mindshakes na 1 december 2016 c.q. pas in december 2016 zou stoppen, zij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangeboden zou moeten krijgen. NRC Media heeft de activiteiten van Mindshakes per 30 november 2016 (om niet) overgedragen aan WPK. WPK heeft het platform c.q. de activiteiten met ingang van 1 december 2016 tot medio januari 2017 voortgezet. Daarna is Mindshakes gestaakt. Bij brief van 9 februari 2017 heeft NRC Media werkneemster bericht dat voor zover het dienstverband niet reeds was geëindigd wegens het tijdsverloop, dan wel door de aanzegging van 19 oktober 2016 die ook een opzegging zou zijn, werkneemster op staande voet werd ontslagen, op grond van de in die brief genoemde dringende reden. Bij dagvaarding heeft werkneemster een vordering jegens NRC Media en WPK ingesteld. Bij verzoekschrift heeft werkneemster de kantonrechter onder meer verzocht het ontslag op staande voet van 9 februari 2017 te vernietigen. De zaken zijn tegelijk mondeling behandeld. In reconventie vorderen NRC Media en WPK veroordeling van werkneemster tot betaling van het bedrag van € 12.100 nu zij een kansloze procedure is

gestart.

### *Oordeel*

Dat werknemster erop bedacht moest zijn dat de brief ook een opzegging (zonder instemming of zonder toestemming) inhield kan de kantonrechter alleen al door het tijdsverloop (tussen 19 oktober 2016 en 30 november 2016) niet inzien. Daarmee kwalificeert de aanzegging van NRC Media dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigde niet ook als een opzegging. Dit betekent dat de vervalt termijn van twee maanden niet van toepassing is en dat werknemster ontvankelijk is in haar verzoek. De vraag is dus of de voorwaarde is vervuld. Door werknemster is onvoldoende gesteld en onderbouwd om te concluderen dat *de directie van NRC Media* heeft besloten Mindshakes voort te zetten na 30 november 2016. Uit de ingebrachte stukken blijkt juist dat de directie van NRC Media heeft besloten Mindshakes stop te zetten en dat WPK, voor eigen rekening, zonder bemoeienis van NRC Media en met eigen middelen, Mindshakes korte tijd heeft voortgezet na 30 november 2016. Het enkele feit dat de naam Mindshakes door WPK (tijdelijk) is voortgezet is niet voldoende; volgens de toezegging moet Mindshakes zijn voortgezet als gevolg van een besluit van de directie van NRC Media en door NRC Media. Dat is niet gebleken. Dit alles brengt mee dat de voorwaarde niet is vervuld en dat dus het dienstverband van werknemster van rechtswege is geëindigd op 30 november 2016. Werknemster heeft nog gesteld dat zij door overgang van onderneming op 30 november 2016 bij WPK in dienst is getreden en dat zij derhalve een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft met NRC Media. Deze stelling kan de kantonrechter niet volgen. Subsidiair heeft werknemster gevorderd dat NRC Media en WPK hoofdelijk worden veroordeeld tot het opmaken en uitbetalen van de eindafrekening van het dienstverband. Aangezien NRC Media de vorderingen van werknemster inhoudelijk onbetwist heeft gelaten, zal de subsidiaire vordering van werknemster ten aanzien van de vakantiedagen, het vakantiegeld en de onkosten ad € 444,24 worden toegewezen. Voor een hoofdelijke veroordeling van WPK ziet de kantonrechter geen aanleiding; WPK heeft met het dienstverband niets te maken gehad. Over de reconventie wordt geoordeeld als volgt. Anders dan NRC Media en WPK stellen is de vordering van werknemster niet dusdanig kansloos, dat van misbruik van procesrecht en dus onrechtmatige daad sprake is. Werknemster heeft immers het recht om de vervulling van de voorwaarde ter toetsing aan de kantonrechter voor te leggen.

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 20-11-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2017:8671

**Zaaknummer:** 5757524 CV EXPL 17-5339.02

**Rechters:** M.V. Ulrici

**Advocaten:** J.S. van der Landen en D. Maats

**Wetsartikelen:** 7:668 BW, 7:686a BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

## **werkneemster/Centraal Orgaan Opvang Asielzoekers**

***Ontbinding wegens (ernstig) verwijtbaar handelen. Zonder toestemming van werkgever meenemen van een Nijntje-speelhuis. Geen transitievergoeding, geen opzegtermijn.***

### *Feiten*

Tussen partijen bestond sinds 1 mei 1998 een arbeidsovereenkomst. Op 10 oktober 2016 heeft het COA drie complete Nijntje-speelhuisen gedoneerd gekregen. Op 13 oktober 2016 heeft werkneemster een van de speelhuisen zonder toestemming van het COA en zonder het COA daarover tevoren in te lichten mee naar huis genomen. Op 20 oktober 2016 heeft werkneemster het speelhuis ingeleverd bij het COA. Diezelfde dag heeft een gesprek met werkneemster plaatsgevonden. Werkneemster is vervolgens vrijgesteld van werk met behoud van loon, in afwachting van een (intern) onderzoek. Het COA heeft daarnaast op dezelfde dag aangifte van diefstal gedaan jegens werkneemster bij de politie. Op 17 november 2016 hebben partijen de uitkomsten van het door het COA uitgevoerde onderzoek besproken. Partijen hebben daarna geen overeenstemming bereikt. Bij e-mail van 22 december 2016 van het COA aan werkneemster heeft het COA de onderhavige ontbindingsprocedure aangekondigd. De kantonrechter heeft in de bestreden beschikking van 7 april 2017 de arbeidsovereenkomst met ingang van 7 april 2017 ontbonden wegens verwijtbaar handelen van werkneemster, zonder toekenning van enige vergoeding. Werkneemster is tegen deze beschikking in hoger beroep gekomen.

### *Oordeel*

Het hof overweegt als volgt. In artikel 7:678 lid 2 onderdeel d BW wordt onder meer bepaald dat een dringende reden voor ontslag onder andere aanwezig geacht kan worden wanneer de werknemer zich schuldig maakt aan verduistering, waardoor hij het vertrouwen van de werkgever onwaardig wordt. Dergelijke verduistering is in beginsel dus een grond voor (zelfs) ontslag op staande voet. In dit geval heeft de werkgever niet gekozen voor ontslag op staande voet, maar voor een verzoek tot ontbinding wegens (primair) verwijtbaar gedrag. Het hof is, mét de kantonrechter, van oordeel dat het meenemen van een Nijntje-speelhuis een redelijke

grond is voor ontslag op grond van artikel 7:669 lid 3 onderdeel e BW. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat werkneemster aanvankelijk toen haar op 19 oktober 2016 werd gevraagd waar het speelhuis was, heeft gezegd dat zij het in de kast had gelegd. Verder wordt daarbij in aanmerking genomen dat werkneemster tussen 13 oktober en 19 oktober 2016 niet eigener beweging het speelhuis heeft teruggebracht. Werkneemster heeft verklaard dat zij eigenlijk geen goede verklaring had waarom zij het heeft meegenomen en dat zij in die periode zowel in haar werk als privé onder druk stond. Dat neemt echter niet weg dat zij gedurende zes dagen de tijd heeft gehad om tot bezinning te komen, zonder dat zij dat heeft gedaan, terwijl zij aanvankelijk in strijd met de waarheid ook nog heeft verklaard dat zij het huisje in de kast had gelegd. Dit is verwijtbaar handelen met zo'n aantasting van het vertrouwen van het COA tot gevolg, dat van het COA niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Onder die omstandigheden is het hof dan ook, met de kantonrechter, van oordeel dat herplaatsing niet in de rede ligt. Dat betekent dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst terecht heeft ontbonden, zodat herstel daarvan noch een billijke vergoeding als bedoeld in artikel 7:683 lid 3 BW aan de orde is. De desbetreffende verzoeken zijn niet toewijsbaar. Het hof is voorts, mét de kantonrechter, van oordeel dat dit handelen ernstig verwijtbaar is. Het is zelfs strafrechtelijk gesanctioneerd. Werkneemster heeft zich beroepen op artikel 7:673 lid 8 BW. Met de toepassing van dit artikel dient de rechter terughoudend om te gaan. Van een relatief kleine misstap is geen sprake. Er is sprake van verduistering in dienstbetrekking, een ernstig verwijtbaar handelen dat het vertrouwen van de werkgever zwaar beschaamt. Ook kan het hof zich vinden in het feit dat de kantonrechter geen rekening heeft gehouden met een opzegtermijn.

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 17-11-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2017:10329

**Zaaknummer:** 200.217.964

**Rechters:** G. van Rijssen, A.E.B. ter Heide en A.A. van Rossum

**Advocaten:** R.H.G. Evers en F.W. van Herk

**Wetsartikelen:** 7:669 lid 3 onderdeel e BW, 7:673 lid 8 BW en 7:678 lid 2 onderdeel d BW

## RECHTSPRAAK

### **werknemer/AMC Medical Research B.V.**

***Werkgever is tot vier keer toe in strijd met de dwingendrechtelijke ontslagbescherming een beëindigingsovereenkomst aangegaan teneinde een arbeidsovereenkomst van tijdelijke duur te creëren. Dit is in strijd met goed werkgeverschap, hetgeen haar ernstig valt aan te rekenen. Werkgever is alsnog de transitievergoeding verschuldigd.***

#### *Feiten*

Werknemer is op 1 februari 2010 in dienst getreden bij AMR. De arbeidsovereenkomst is aangegaan voor de duur van het project met als einddatum 31 januari 2011. Nadien is de einddatum van de arbeidsovereenkomst via een vaststellingsovereenkomst meerdere keren aangepast naar een latere datum. De laatste aanpassing heeft plaatsgevonden op 7 maart 2014, waarbij de datum van beëindiging van de arbeidsovereenkomst is bepaald op 28 februari 2017. Op 2 februari 2017 heeft werknemer aan AMR bericht dat een ander bedrijf hem een baan wil aanbieden. Bij e-mail van 13 februari 2017 heeft AMR aan werknemer een gewijzigde arbeidsovereenkomst aangeboden van 1 maart 2017 tot en met 31 oktober 2017. Bij brief van 7 maart 2017 heeft AMR aan werknemer zijn uitdiensttreding bevestigd per 28 februari 2017. Werknemer verzoekt onder meer om AMR te veroordelen tot betaling van € 1.669,50 bruto wegens niet-nakoming van de aanzegplicht en de transitievergoeding ad € 8.524 bruto, alsmede voor recht te verklaren dat de vaststellingsovereenkomst d.d. 7 maart 2014 en de andere vaststellingsovereenkomsten nietig zijn.

#### *Oordeel*

#### *Aanzegverplichting*

In dit geval zijn partijen gelijktijdig bij de tweede verlenging van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op 10 januari 2013 (en bij de daarna volgende verlengingen) steeds een vaststellingsovereenkomst aangegaan. Met deze overeenkomst is beoogd om de gevolgen van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd weg te contracteren. In november 2016 heeft AMR aan werknemer medegedeeld dat er een kans op verlenging bestond, maar dat

werknemer ook om zich heen moest gaan kijken. Met andere woorden: werknemer verkeerde in onzekerheid of de arbeidsovereenkomst na 28 februari 2017 zou worden verlengd. Hieruit kan worden afgeleid dat het primaire standpunt van AMR, dat zij door het aangaan van de vaststellingsovereenkomst op 7 maart 2014 aan haar aanzegverplichting heeft voldaan, niet kan worden gevolgd. AMR heeft zich subsidiair op het standpunt gesteld dat geen aanzegverplichting geldt, omdat wettelijk sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Dit standpunt is in beginsel juist. De bepaling waarop AMR zich beroept strekt echter tot bescherming van de werknemer. De kantonrechter acht dit beroep naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, omdat AMR door haar wijze van contracteren werknemer juist heeft willen onttrekken aan deze wettelijke bescherming. Niet is gesteld of gebleken dat AMR werknemer vóór 29 januari 2017 schriftelijk heeft geïnformeerd over de (voorwaarden van) voortzetting van de arbeidsovereenkomst. Dit betekent dat werknemer recht heeft op de vergoeding als bedoeld in artikel 7:668 lid 3 BW naar rato, zoals verzocht, nu AMR werknemer eerst op 13 februari 2017 daaromtrent heeft geïnformeerd. Dit deel van het verzoek zal daarom worden toegewezen.

#### *Nietigheid vaststellingsovereenkomst(en)*

Met de vaststellingsovereenkomst(en) is beoogd om de dwingendrechtelijke ontslagbescherming voor flexwerkers buiten werking te stellen ter voorkoming van een geschil hierover in de toekomst. Hoewel geoordeeld kan worden dat een dergelijke overeenkomst nietig is, bestaat in dit geval geen belang om dienovereenkomstig voor recht te verklaren, nu tussen partijen niet in geschil is dat de arbeidsovereenkomst per 28 februari 2017 is beëindigd. Dit deel van het verzoek zal worden afgewezen.

#### *Transitievergoeding*

Het primaire betoog van werknemer dat hij aanspraak heeft op de transitievergoeding, omdat AMR de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd, faalt. Er heeft geen opzegging door AMR plaatsgevonden. De beëindigingsovereenkomst d.d. 7 maart 2014 is daarmee niet gelijk te stellen. Werknemer heeft als subsidiaire grondslag aangevoerd artikel 7:673 lid 1 aanhef en onderdeel b onder 1 BW. Hierin is bepaald dat de werkgever een transitievergoeding is verschuldigd aan de werknemer indien de arbeidsovereenkomst door de werknemer is opgezegd als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Die situatie doet zich hier voor. AMR heeft nagelaten om werknemer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan te bieden, waartoe zij wettelijk gezien verplicht was. Voornoemde handelwijze van AMR is strijdig met de voor haar geldende wettelijke regels als werkgever en met het goed werkgeverschap, hetgeen haar ernstig valt aan te rekenen. Niet is bestreden dat werknemer door de wijze van contracteren door AMR en de mededeling in november 2016 in

onzekerheid verkeerde over zijn positie bij AMR en noodgedwongen op zoek is gegaan naar een andere baan. Dat werknemer het aanbod van 13 februari 2017 van AMR heeft afgewezen doet hieraan niet af. Uit het voorgaande vloeit voort dat de transitievergoeding ad € 8.524 bruto zal worden toegewezen.

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 24-08-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2017:8665

**Zaaknummer:** 5943632 EA VERZ 17-380

**Rechters:** F.J. Lourens

**Advocaten:** H.D. Duijvenbode en T.J. Schrijvers

**Wetsartikelen:** 7:611 BW, 7: 668 lid 1 BW, 7:668a BW en 7: 673 lid 1 aanhef en onderdeel b onder 1 BW

RECHTSPRAAK

**Royaal Vastgoed B.V./werknemers**

***Concurrentie- en relatiebeding in tijdelijk contract rechtsgeldig.  
Motivering zwaarwegend belang werkgeefster voldoende en geen  
onbillijke benadeling werknemers.***

*Feiten*

Werknemer 1 is met ingang van 1 september 2015 bij Royaal Vastgoed in dienst getreden. Met ingang van 1 september 2016 is hij voor onbepaalde tijd in dienst. Werknemer 2 is met ingang van 6 juni 2016 bij Royaal Vastgoed in dienst getreden in de functie van adviseur. Met ingang van 6 maart 2017 is de arbeidsovereenkomst verlengd voor een periode van twaalf maanden. In de laatste door werknemer 1 en werknemer 2 ondertekende arbeidsovereenkomsten is onder meer een verbod op nevenwerkzaamheden, een non-concurrentiebeding en een relatiebeding opgenomen. Op 22 september 2016 is de domeinnaam [www.ignvastgoed.nl](http://www.ignvastgoed.nl) geregistreerd. Op 22 mei 2017 hebben werknemer 1 en werknemer 2 de besloten vennootschap IGN Vastgoed B.V. opgericht. Op 31 mei 2017 hebben werknemer 1 en werknemer 2 hun arbeidsovereenkomsten opgezegd. Royaal Vastgoed vordert onder meer dat de kantonrechter werknemer 1 en werknemer 2 verbiedt tot en met 30 juni 2017 het opgenomen nevenwerkzaamhedenbeding te schenden en tot en met 30 juni 2018 het opgenomen non-concurrentiebeding en opgenomen relatiebeding zowel gedurende als tijdens de resterende tijd van hun dienstverband te schenden. Werknemer 1 en werknemer 2 vorderen, in voorwaardelijke reconventie, onder meer dat de kantonrechter het concurrentie- en relatiebeding geheel dan wel gedeeltelijk zal schorsen.

*Oordeel* Nu werknemer 2 een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met Royaal Vastgoed heeft, dient te worden beoordeeld of de in deze arbeidsovereenkomst opgenomen bedingen rechtsgeldig zijn. De kantonrechter komt tot het voorlopige oordeel dat de in de arbeidsovereenkomst vermelde motiveringen voldoende onderbouwen om welke zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen het gaat en waarom die het desbetreffende beding vereisen. In het concurrentiebeding wordt voldoende specifiek ingegaan op de kennis die werknemer 2 zal vergaren en in het relatiebeding wordt expliciet gewezen op het

klantencontact. Daarmee zijn de belangen gespecificeerd met betrekking tot de werkzaamheden en de functie van werknemer 2. Dat het beding geen functienaam bevat en dat het gelijkkluidend is aan het beding van werknemer 1 doet hieraan niet af. Daarbij heeft Royaal Vastgoed ter zitting voldoende aannemelijk gemaakt dat werknemer 2 in zijn functie in aanraking is gekomen met vertrouwelijke informatie en kennis heeft genomen van de werkwijzen en knowhow van Royaal Vastgoed. Werknemer 2 deed in overleg met de twee directeurs van Royaal Vastgoed onderzoek naar aan te kopen percelen grond en stelde verkoopbrochures op. Royaal Vastgoed heeft voorts stukken overgelegd waaruit blijkt dat werknemer 2 inzicht had in de financiële positie van twee klanten van Royaal Vastgoed. Ook werknemer 2 is dus in beginsel gehouden aan het in zijn contract opgenomen verbod van nevenwerkzaamheden en van het concurrentiebeding en het relatiebeding. Vervolgens dient te worden beoordeeld of werknemer 1 en werknemer 2 in verhouding tot het te beschermen belang van Royaal Vastgoed door (onverkorte) handhaving van de bedingen in onbillijke mate wordt benadeeld. Naar het voorlopig oordeel van de kantonrechter is hiervan geen sprake. Royaal Vastgoed heeft er in dit kader op gewezen dat werknemer 1 en werknemer 2 twee van de in totaal drie door Royaal Vastgoed tot nu toe gerealiseerde projecten hebben begeleid en verkocht. Daarmee vormen zij het hart van de organisatie. Werknemer 1 en werknemer 2 zullen de bij Royaal Vastgoed opgedane kennis over haar werkwijze direct kunnen toepassen. Daarnaast is de kans aanwezig dat werknemer 1 en werknemer 2 zakelijke mogelijkheden die ze kunnen hebben gevonden tijdens hun dienstverband bij Royaal Vastgoed, voor zichzelf bewaren en na hun uitdiensttreding te eigen bate zullen benutten. Vast staat in elk geval dat werknemer 1 en werknemer 2 op 31 mei 2017 al grond op het oog hadden om te kopen. Voorts heeft Royaal Vastgoed erop gewezen dat de grondmarkt een zeer kleine wereld is, zonder strikt gescheiden branches, waarbij de kans groot is dat werknemer 1 en werknemer 2 in contact zullen blijven of weer zullen komen met klanten en relaties van Royaal Vastgoed indien zij na uitdiensttreding dezelfde activiteiten blijven ontplooien als zij tijdens het dienstverband ten behoeve van Royaal Vastgoed deden. Werknemer 1 en werknemer 2 hebben gelet hierop vooralsnog niet aannemelijk gemaakt dat zij in verhouding tot het te beschermen belang van Royaal Vastgoed door (onverkorte) handhaving van de bedingen onbillijk wordt benadeeld, terwijl het belang van Royaal Vastgoed duidelijk is. De kantonrechter zal de gevorderde voorlopige voorziening toewijzen, met dien verstande dat zij het petitum aldus zal lezen dat het werknemer 2 en werknemer 1 tot en met 30 juni 2018 wordt verboden het in hun arbeidsovereenkomsten opgenomen non-concurrentiebeding en relatiebeding te schenden. Werknemer 1 en werknemer 2 hebben erkend dat zij op 31 mei 2017 reeds percelen grond op het oog hadden om te kopen. Royaal Vastgoed heeft daarom op zichzelf gezien belang bij haar vordering werknemer 1 en werknemer 2 te gebieden alle informatie en documenten te verstrekken die betrekking hebben op de percelen grond waarvan zij het voornemen hebben

deze aan te schaffen dan wel deze reeds hebben aangeschaft. De kantonrechter zal dit onderdeel van de vordering toewijzen, eveneens versterkt met een dwangsom.

---

**Instantie:** Rechtbank Noord-Holland

**Datum uitspraak:** 06-07-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBNHO:2017:10006

**Zaaknummer:** 6069798 \ VV EXPL 17-100

**Rechters:** C.E. van Oosten-van Smaalen

**Advocaten:** S.I.P. Schouten en L. Stolk-Hogeterp

**Wetsartikelen:** 7:653 BW

RECHTSPRAAK

**werknemer/Flynck B.V.**

***Ontbindingsverzoek werknemer. Afwijzing verzoek tot toekenning billijke vergoeding; werkgever heeft wel verwijtbaar gehandeld, maar niet ernstig verwijtbaar.***

*Feiten*

Op 15 oktober 2014 is werknemer voor onbepaalde tijd in dienst getreden van Flynck. Flynck is een in mei 2014 door de heer Y opgerichte vennootschap die ten behoeve van haar opdrachtgevers callcenterwerkzaamheden verricht. In de arbeidsovereenkomst is de functie van werknemer omschreven als die van 'werknemer en lid management team'. Vanaf zijn indiensttreding heeft werknemer er, net als Y en A, vanwege de financieel moeilijke situatie van Flynck genoeg mee genomen dat een deel van het overeengekomen loon nog niet werd uitbetaald. In maart 2016 heeft werknemer via zijn besloten vennootschap 10,5% van de aandelen in Flynck verworven. Op 1 september 2016 is de heer B in dienst getreden van Flynck en voor 10% (middellijk) medeaandeelhouder geworden. Hierdoor traden wijzigingen op in de aandelenpakketten van de overige aandeelhouders. B is samen met Y het bestuur van Flynck gaan vormen. Op 18 november 2016 heeft een functioneringsgesprek tussen Flynck en werknemer plaatsgevonden, waarin Flynck aangaf dat de leidinggevende capaciteiten van werknemer onvoldoende waren. Op 27 december 2016 zijn de managementtaken herverdeeld. Op financieel gebied werd B de eindverantwoordelijke bestuurder. In de vergadering van de raad van advies van 19 april 2017 is vastgesteld dat de omzetontwikkeling nog altijd te wensen overliet. Op 1 mei 2017 is X bij Flynck in dienst getreden als de nieuwe directeur Acquisitie. Flynck stelde vervolgens een wijziging voor werknemer voor van zijn leidinggevende managementfunctie in die van een uitvoerend callcentermedewerker. Begin mei 2017 heeft werknemer Flynck laten weten niet onder de gestelde voorwaarden te kunnen instemmen. In de aandeelhoudersvergadering van 30 augustus 2017 is werknemer door de overige aandeelhouders bevraagd op de beweegredenen voor zijn opstelling. Thans verzoekt werknemer ontbinding met toekenning van een billijke vergoeding van € 20.000 bruto.

*Oordeel*

*Ontbinding*

De kantonrechter is van oordeel dat sprake is van een zodanig verstoorde arbeidsverhouding, dat er geen basis meer is voor een vruchtbare samenwerking. Dit is een verandering van omstandigheden, die rechtvaardigt dat de arbeidsovereenkomst op korte termijn moet worden ontbonden.

*Billijke vergoeding/ernstig verwijtbaar handelen Flynnck*

Flynck heeft X aangesteld per 1 mei 2017 als 'zwaargewicht' op de afdeling Acquisitie, waarvoor werknemer sinds 1 januari 2017 verantwoordelijk was gesteld. Deze beslissing acht de kantonrechter, gelet op het stelselmatig achterblijven van de omzet en de behoefte aan het aantrekken van grotere klanten, niet onbegrijpelijk en behoort die tot het domein van de werkgever. Wel is het voldoende aannemelijk dat de aanstelling van X buiten werknemer is gebeurd en dat werknemer zich door de komst van X overvallen voelde. Voor wat betreft de gestelde eenzijdige functiewijziging wordt het volgende overwogen. Onweersproken heeft Flynnck naar voren gebracht dat werknemer lid bleef van het managementteam. In zoverre is geen sprake van een demotie. Verder heeft werknemer niet bestreden dat de wijziging van taken dient te worden gezien tegen de achtergrond van het feit dat Flynnck een startende onderneming – een zogenaamde start-up – is waarbij het realiseren van omzet een voorwaarde is om te kunnen voortbestaan, en waaraan alle leden van het managementteam hun steentje dienen bij te dragen, ook als dat betekent het bellen van (potentiële) klanten (acquisitie). Flynnck heeft voldoende aangetoond dat hij ook voor de komst van X een belangrijk deel van zijn tijd (50%) bezig was met het bellen van klanten. Verder is van belang dat werknemer genoegzaam bekend was met de slechte financiële situatie van Flynnck. Tot slot acht de kantonrechter relevant dat in november 2016 met werknemer is gesproken over zijn functioneren en dat eind december 2016 een herverdeling van de managementtaken heeft plaatsgevonden, waarbij alle leden van het managementteam zijn betrokken. A is sindsdien onder meer belast met Finance en (ook) 50% bellen. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen is de kantonrechter van oordeel dat Flynnck verwijtbaar heeft gehandeld jegens werknemer met betrekking tot de komst van X en de daarmee samenhangende berichten over de beëindiging van het dienstverband van werknemer. Op grond van het voorgaande is de kantonrechter van oordeel dat de eenzijdige ontslagaanzegging in april 2017 aan werknemer en de aanloop daartoe, alsmede de dwingende wijze waarop Flynnck daarna bij werknemer heeft aangedrongen op een beslissing over de voorgelegde opties, waarvan beëindiging van het dienstverband prominent deel uitmaakt, strijdig zijn met het beginsel van goed werkgeverschap en moet worden gekwalificeerd als verwijtbaar handelen en nalaten. Het kantonrechter is echter ook van oordeel dat werknemer de mogelijkheid van voortzetting van een samenwerking in een acquisitiefunctie en tevens lid van het managementteam met X een

serieuzere kans had moeten geven, nu dit voorstel gelet op de verlieslijdende situatie en de aard van haar organisatie als startende onderneming niet als een onredelijk voorstel kan worden beschouwd. Niet is gebleken dat het feit dat een gesprek daartoe niet heeft plaatsgevonden in overwegende mate aan Flynck is te wijten. Het geheel overziende is de kantonrechter van oordeel dat Flynck verwijtbaar, maar niet ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en nagelaten. Het verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding wordt dan ook afgewezen.

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 27-10-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2017:8669

**Zaaknummer:** 6201361 EA VERZ 17-708

**Rechters:** F.J. Lourens

**Advocaten:** P. de Boer en A.J. van de Graaf

**Wetsartikelen:** 7:671c BW

RECHTSPRAAK

***Zieke werknemer heeft recht op volledige uitbetaling vakantie-uren na overname betalingsverplichtingen door UWV (faillissementsuitkering); WAO-uitkering mag hier niet op in mindering worden gebracht.***

Appellant ontvangt sinds 27 mei 2002 een WAO-uitkering. In januari 2007 treedt appellant in dienst bij werkgever. Op 23 januari 2012 meldt appellant zich ziek met dezelfde klachten als waarvoor hij de WAO-uitkering ontvangt. Werkgever betaalt appellant in het eerste ziektejaar 100% van het overeengekomen loon uit en in het tweede ziektejaar 70% van het overeengekomen loon. Op dit loon heeft werkgever steeds de WAO-uitkering van appellant in mindering gebracht. UWV betaalde de WAO-uitkering tot 1 juni 2013 steeds aan werkgever uit. Nadat werkgever in betalingsonmacht kwam te verkeren, betaalde UWV de WAO-uitkering rechtstreeks aan appellant uit. Op 21 mei 2013 wordt werkgever failliet verklaard. Bij brief van 23 mei 2013 zegt de curator de arbeidsovereenkomst van appellant op per 5 juli 2013. Op 31 mei 2013 verzoekt appellant UWV om overname van de betalingsverplichtingen van werkgever op grond van hoofdstuk IV van de Werkloosheidswet (de faillissementsuitkering). Bij besluit van 14 augustus 2013 brengt UWV appellant in aanmerking voor deze faillissementsuitkering. De niet door appellant opgenomen vakantie-uren (200) en kortverzuim-uren (9,25) over de periode van 5 juli 2012 tot en met 4 juli 2013 zijn vergoed tot een bedrag van € 838,15 respectievelijk € 38,76. Het bezwaar en beroep tegen dit besluit zijn beide ongegrond verklaard.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Het geschil tussen partijen gaat over de omvang van de faillissementsuitkering van appellant. Niet in geschil is dat UWV op grond van artikel 64 lid 1 sub c WW gehouden is om de verplichting van werkgever om aan appellant 200 niet genoten vakantie-uren en de 9,25 kortverzuim-uren uit te betalen, over te nemen. In hoger beroep is enkel nog aan de orde de vraag of UWV deze betalingsverplichtingen tegen het juiste bedrag heeft overgenomen. De door UWV over te nemen verplichtingen worden bepaald door wat werkgever en werknemer in hun rechtsverhouding zijn overeengekomen of wat uit het burgerlijk recht ten aanzien van die rechtsverhouding voortvloeit. De Raad stelt vast dat werkgever gehouden was om de vakantie-uren en kortverzuim-uren bij het einde

dienstverband op grond van artikel 7:641 lid 1 BW uit te betalen naar het normale tussen appellant en werkgever overeengekomen loon, dus naar 100% van dit loon. Dit betekent dat ook UWV bij de overname van de vakantie-uren en kortverzuim-uren van 100% van het loon had moeten uitgaan en dus ten onrechte is uitgegaan van een uurloon gebaseerd op 70% van het loon. De omstandigheid dat appellant naast zijn WAO-uitkering deze uren volledig uitbetaald krijgt, maakt dit oordeel niet anders. Ook een zieke werknemer zal immers, eenmaal weer arbeidsgeschikt, in de gelegenheid moeten zijn om bij een nieuwe werkgever zoveel dagen verlof zonder behoud van loon op te nemen als waarover de uitkering als bedoeld in artikel 7:641 lid 1 BW is berekend. Het hoger beroep slaagt. De Raad vernietigt het bestreden besluit voor zover vereist en voorziet zelf in de zaak.

---

**Instantie:** Centrale Raad van Beroep

**Datum uitspraak:** 22-11-2017

**ECLI:** ECLI:NL:CRVB:2017:4017

**Zaaknummer:** 14/5782 WW

**Rechters:** C.C.W. Lange, H.G. Rottier en E. Dijt

**Advocaten:** S.N. Ketting

**Wetsartikelen:** 7:629 BW, 7:641 BW en 64 lid 1 sub c WW

## RECHTSPRAAK

***Hoger beroep is niet-ontvankelijk. Of aanspraak op een WW-uitkering na afloop van het oude WW-recht bestaat, betreft, volgens vaste jurisprudentie van de Raad, een onzekere toekomstige gebeurtenis.***

Bij besluit van 11 december 2014 (besluit 1) brengt UWV appellant per 6 oktober 2014 in aanmerking voor een WW-uitkering, met een gemiddeld aantal arbeidsuren van 33 (oud WW-recht). De maximale duur van deze uitkering is 5 december 2017 en het dagloon is vastgesteld op 120,64 euro. Tegen dit besluit heeft appellant geen bezwaar gemaakt. Vervolgens brengt UWV appellant bij besluit van 26 oktober 2015 (besluit 2) in aanmerking voor een WW-uitkering met een gemiddeld aantal arbeidsuren van 35 uur (nieuw WW-recht). De maximale duur van deze uitkering is 29 november 2018 en het dagloon is vastgesteld op 83,66 euro. Tegen dit besluit heeft appellant bezwaar gemaakt. Ten slotte stelt UWV bij besluit van 4 december 2015 (besluit 3) vast dat appellant per 30 september 2015 twee WW-uitkeringen heeft. Daarbij besluit UWV dat het oude WW-recht wordt voortgezet tot en met 13 februari 2018 omdat het dagloon van het oude WW-recht hoger is dan het dagloon van het nieuwe WW-recht. Het dagloon van het oude WW-recht is geïndexeerd en vastgesteld op 136,40 euro. Het oude WW-recht wordt niet meer volledig betaald, omdat verrekening plaatsvindt met het nieuwe WW-recht. UWV verklaart het tegen besluit 2 gemaakte bezwaar gegrond (bestreden besluit). Hierbij wordt besluit 3 in de plaats gesteld van besluit 2. Appellant gaat hiertegen in beroep. De rechtbank verklaart het beroep ongegrond. Het geschil heeft volgens haar enkel betrekking op de einddatum van het oude WW-recht. Die einddatum is in rechte vastgesteld op 13 februari 2018. Appellant kan hier niet tegen opkomen, omdat deze einddatum voortvloeit uit een onherroepelijk geworden besluit. Dat appellant vanaf 13 februari 2018 een lagere WW-uitkering ontvangt, houdt geen verband met de dagloonregels per 1 juli 2015, maar uitsluitend met het feit dat het oude WW-recht op 13 februari 2018 eindigt en het nieuwe WW-recht een lager dagloon heeft dan het oude WW-recht. Appellant gaat vervolgens in hoger beroep en stelt zich daarbij op het standpunt dat het dagloon van het nieuwe WW-recht in strijd is met het loondervings- en verzekeringsprincipe van de WW.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. In geschil is de hoogte van het dagloon van het

nieuwe WW-recht. Appellant voert in dat verband aan dat die hoogte per 13 februari 2018 in strijd is met het loondervings- en verzekeringsprincipe van de WW omdat het dagloon vanaf dat moment te laag is vastgesteld. Bij het bestreden besluit heeft UWV het oude WW-recht laten herleven met een verlenging tot en met 13 februari 2018. Tijdens de (verlengde) duur van deze uitkering blijft de hoogte van het dagloon gelijk aan het (hogere) dagloon van het oude WW-recht. Het oude WW-recht heeft een maximale uitkeringsduur tot en met 13 februari 2018. Uit de jurisprudentie van de Raad blijkt dat bij het doorlopen van een oud recht de aanspraak op een WW-uitkering na afloop van het oude WW-recht een onzekere toekomstige gebeurtenis betreft, zodat hierin geen belang kan worden gezien voor de ontvankelijkheid van het hoger beroep. De aanspraak van appellant op een WW-uitkering na afloop van het oude recht – in dit geval op 13 februari 2018 – dient het UWV dan opnieuw te beoordelen. Een voldoende actueel belang bij de beoordeling van het nieuwe WW-recht ontbreekt daarom thans, waardoor de Raad het hoger beroep niet-ontvankelijk verklaart.

---

**Instantie:** Centrale Raad van Beroep

**Datum uitspraak:** 08-11-2017

**ECLI:** ECLI:NL:CRVB:2017:4009

**Zaaknummer:** 16/8143 WW

**Rechters:** C.C.W. Lange

ANNOTATIE

## De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?

**P. Kruit**

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 kantonrechtersformule (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: ontaardt 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 werkneemster een discussie hebben over de vakantieplanning voor de zomer van 2015. Werkneemster is vanwege het werk van haar man gebonden aan de bouwvak en de werkgever weigert de werkneemster omwille van de planning vakantieverlof te verlenen. Wanneer werkneemster desondanks met vakantie gaat, escaleert de zaak en wordt de werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster over een drietal aannames van het hof. Ten eerste is werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster 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

ontslagvergoedingenstelsel 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 gewezen 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 gewezen, 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’.

ANNOTATIE

## **De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?**

**mr. dr. P. Kruit**

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 kantonrechtersformule (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: ontaardt het door de wetgever geregisseerde strakke ballet in een losbandige lambada?', AR2016-0200 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 werkneemster een discussie hebben over de vakantieplanning voor de zomer van 2015. Werkneemster is vanwege het werk van haar man gebonden aan de bouwvak en de werkgever weigert de werkneemster omwille van de planning vakantieverlof te verlenen. Wanneer werkneemster desondanks met vakantie gaat, escaleert de zaak en wordt de werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster over een drietal aannames van het hof. Ten eerste is werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster 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

ontslagvergoedingenstelsel 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 gewezen 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 gewezen, 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 strafsanctie'.

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'.

## ANNOTATIE

**De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?****P. Kruit**

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 kantonrechtersformule (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: ontaardt 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 werkneemster een discussie hebben over de vakantieplanning voor de zomer van 2015. Werkneemster is vanwege het werk van haar man gebonden aan de bouwvak en de werkgever weigert de werkneemster omwille van de planning vakantieverlof te verlenen. Wanneer werkneemster desondanks met vakantie gaat, escaleert de zaak en wordt de werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster over een drietal aannames van het hof. Ten eerste is werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster 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

ontslagvergoedingenstelsel 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 gewezen 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 gewezen, 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 strafsanctie’.

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’.

ANNOTATIE

## De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?

**P. Kruit**

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 kantonrechtersformule (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: ontaardt 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 werkneemster een discussie hebben over de vakantieplanning voor de zomer van 2015. Werkneemster is vanwege het werk van haar man gebonden aan de bouwvak en de werkgever weigert de werkneemster omwille van de planning vakantieverlof te verlenen. Wanneer werkneemster desondanks met vakantie gaat, escaleert de zaak en wordt de werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster over een drietal aannames van het hof. Ten eerste is werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster 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

ontslagvergoedingenstelsel 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 gewezen 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 gewezen, 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 strafsanctie’.

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’.

## ANNOTATIE

**De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?****P. Kruit**

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 kantonrechtersformule (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: ontaardt 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 werkneemster een discussie hebben over de vakantieplanning voor de zomer van 2015. Werkneemster is vanwege het werk van haar man gebonden aan de bouwvak en de werkgever weigert de werkneemster omwille van de planning vakantieverlof te verlenen. Wanneer werkneemster desondanks met vakantie gaat, escaleert de zaak en wordt de werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster over een drietal aannames van het hof. Ten eerste is werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster 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

ontslagvergoedingenstelsel 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 gewezen 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 gewezen, 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 strafsanctie’.

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’.

## ANNOTATIE

**De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?****P. Kruit**

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 kantonrechtersformule (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: ontaardt 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 werkneemster een discussie hebben over de vakantieplanning voor de zomer van 2015. Werkneemster is vanwege het werk van haar man gebonden aan de bouwvak en de werkgever weigert de werkneemster omwille van de planning vakantieverlof te verlenen. Wanneer werkneemster desondanks met vakantie gaat, escaleert de zaak en wordt de werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster over een drietal aannames van het hof. Ten eerste is werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster 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

ontslagvergoedingenstelsel 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 gewezen 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 gewezen, 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 strafsanctie’.

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’.

## ANNOTATIE

**De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?****P. Kruit**

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 kantonrechtersformule (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: ontaardt 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 werkneemster een discussie hebben over de vakantieplanning voor de zomer van 2015. Werkneemster is vanwege het werk van haar man gebonden aan de bouwvak en de werkgever weigert de werkneemster omwille van de planning vakantieverlof te verlenen. Wanneer werkneemster desondanks met vakantie gaat, escaleert de zaak en wordt de werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster over een drietal aannames van het hof. Ten eerste is werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster 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

ontslagvergoedingenstelsel 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 gewezen 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 gewezen, 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 strafsanctie’.

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’.

## ANNOTATIE

**De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?****P. Kruit**

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: ontaardt 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 werkneemster een discussie hebben over de vakantieplanning voor de zomer van 2015. Werkneemster is vanwege het werk van haar man gebonden aan de bouwvak en de werkgever weigert de werkneemster omwille van de planning vakantieverlof te verlenen. Wanneer werkneemster desondanks met vakantie gaat, escaleert de zaak en wordt de werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster over een drietal aannames van het hof. Ten eerste is werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster 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

ontslagvergoedingenstelsel 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 gewezen 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 gewezen, 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 strafsanctie’.

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’.

## ANNOTATIE

**De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?****P. Kruit**

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 kantonrechtersformule (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: ontaardt 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 werkneemster een discussie hebben over de vakantieplanning voor de zomer van 2015. Werkneemster is vanwege het werk van haar man gebonden aan de bouwvak en de werkgever weigert de werkneemster omwille van de planning vakantieverlof te verlenen. Wanneer werkneemster desondanks met vakantie gaat, escaleert de zaak en wordt de werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster over een drietal aannames van het hof. Ten eerste is werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster 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

ontslagvergoedingenstelsel 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 gewezen 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 gewezen, 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’.

ANNOTATIE

## De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?

**P. Kruit**

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 kantonrechtersformule (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: ontaardt 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 werkneemster een discussie hebben over de vakantieplanning voor de zomer van 2015. Werkneemster is vanwege het werk van haar man gebonden aan de bouwvak en de werkgever weigert de werkneemster omwille van de planning vakantieverlof te verlenen. Wanneer werkneemster desondanks met vakantie gaat, escaleert de zaak en wordt de werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster over een drietal aannames van het hof. Ten eerste is werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster 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

ontslagvergoedingenstelsel 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.

Voornoemde 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 gewezen 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 gewezen, 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’.

## ANNOTATIE

**De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?****P. Kruit**

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 kantonrechtersformule (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: ontaardt 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 werkneemster een discussie hebben over de vakantieplanning voor de zomer van 2015. Werkneemster is vanwege het werk van haar man gebonden aan de bouwvak en de werkgever weigert de werkneemster omwille van de planning vakantieverlof te verlenen. Wanneer werkneemster desondanks met vakantie gaat, escaleert de zaak en wordt de werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster over een drietal aannames van het hof. Ten eerste is werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster 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

ontslagvergoedingenstelsel 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 gewezen 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 gewezen, 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’.

## ANNOTATIE

**De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?****P. Kruit**

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.

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 kantonrechtersformule (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: ontaardt 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 gewezen 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 gewezen, 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 strafsanctie’.

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’.

## ANNOTATIE

**De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?****P. Kruit**

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: ontaardt 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 werkneemster een discussie hebben over de vakantieplanning voor de zomer van 2015. Werkneemster is vanwege het werk van haar man gebonden aan de bouwvak en de werkgever weigert de werkneemster omwille van de planning vakantieverlof te verlenen. Wanneer werkneemster desondanks met vakantie gaat, escaleert de zaak en wordt de werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster over een drietal aannames van het hof. Ten eerste is werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster 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

ontslagvergoedingenstelsel 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 gewezen 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 gewezen, 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’.

## ANNOTATIE

**De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?****P. Kruit**

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 kantonrechtersformule (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: ontaardt 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 werkneemster een discussie hebben over de vakantieplanning voor de zomer van 2015. Werkneemster is vanwege het werk van haar man gebonden aan de bouwvak en de werkgever weigert de werkneemster omwille van de planning vakantieverlof te verlenen. Wanneer werkneemster desondanks met vakantie gaat, escaleert de zaak en wordt de werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster over een drietal aannames van het hof. Ten eerste is werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster 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

ontslagvergoedingenstelsel 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 gewezen 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 gewezen, 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’.

## ANNOTATIE

**De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?****P. Kruit**

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: ontaardt 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 werkneemster een discussie hebben over de vakantieplanning voor de zomer van 2015. Werkneemster is vanwege het werk van haar man gebonden aan de bouwvak en de werkgever weigert de werkneemster omwille van de planning vakantieverlof te verlenen. Wanneer werkneemster desondanks met vakantie gaat, escaleert de zaak en wordt de werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster over een drietal aannames van het hof. Ten eerste is werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster 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

ontslagvergoedingenstelsel 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 gewezen 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 gewezen, 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 strafsanctie’.

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’.

## ANNOTATIE

**De billijke vergoeding na New Hairstyle: hoe nu verder?****P. Kruit**

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: ontaardt het door de wetgever geregisseerde strakke ballet in een losbandige lambada?', AR2016-0200 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 werkneemster een discussie hebben over de vakantieplanning voor de zomer van 2015. Werkneemster is vanwege het werk van haar man gebonden aan de bouwvak en de werkgever weigert de werkneemster omwille van de planning vakantieverlof te verlenen. Wanneer werkneemster desondanks met vakantie gaat, escaleert de zaak en wordt de werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster over een drietal aannames van het hof. Ten eerste is werkneemster 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 werkneemster 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 werkneemster 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

ontslagvergoedingenstelsel 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 gewezen 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 gewezen, 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 strafsanctie’.

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’.