



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Hoge Raad over billijke vergoeding

Rietveld, R.D.

Publication date

2020

Document Version

Final published version

Published in

Jurisprudentie in Nederland

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Rietveld, R. D. (2020). Hoge Raad over billijke vergoeding. 111. Case note on: HR, 29/05/20, 18/05362, ECLI:NL:HR:2020:955 *Jurisprudentie in Nederland*, 2020(7), 1119-1134.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Hoge Raad over billijke vergoeding

Hoge Raad

29 mei 2020, 18/05362, ECLI:NL:HR:2020:955

(mr. Streefkerk, mr. Polak, mr. Tanja-van den Broek, mr.

Du Perron, mr. Sieburgh)

(Concl. A-G De Bock)

Noot mr. R.D. Rietveld

Billijke vergoeding. Herstel. Hoger beroep. New Hairstyle. Motivering.

[BW art. 7:683]

Essentie: De rechter dient de waarde van de arbeidsovereenkomst te motiveren bij vaststelling van een billijke vergoeding ex art. 7:683 BW. Lengte van het dienstverband is relevant.

Samenvatting: Werknemer is op 8 februari 2016 in dienst getreden van Blue Circle op basis van een payrollovereenkomst voor onbepaalde tijd. Werknemer heeft zich op 26 augustus 2016 ziek gemeld. Vanaf dit moment tot 26 juli 2017 ontvangt werknemer diverse waarschuwingen omdat hij zich negatief uitlaat en/of niet meewerkt aan zijn re-integratieverplichtingen. Ook ontstaat diverse malen discussie over de vraag of werknemer weer geschikt is voor eigen werk. De bedrijfsarts en het UWV oordelen daarover wisselend. Als het UWV op 5 juli 2017 oordeelt dat werknemer geschikt is zijn werk als chauffeur weer te verrichten, wordt hem opgedragen per 21 juli weer als chauffeur aan de slag te gaan. Werknemer geeft aan arbeidsongeschikt te zijn en een herbeoordeling aan te vragen. Blue Circle ontslaat werknemer op staande voet per 26 juli 2020. Het UWV heeft in een brief van 15 augustus 2017 de uitslag van het deskundigenoordeel van 5 juli 2017 bijgesteld, omdat bij de behandeling van de aanvraag geen rekening was gehouden met informatie van de ggz. Het UWV heeft geoordeeld dat werknemer zijn eigen werk op 18 mei 2017 inderdaad niet kon doen. Werknemer heeft Blue Circle verzocht het ontslag op staande voet in te trekken. Dit heeft Blue Circle geweigerd. Het hof heeft geoordeeld dat de feiten en omstandigheden die Blue Circle aan het ontslag op staande voet ten grondslag heeft gelegd geen dringende reden opleveren en werknemer op grond van art. 7:683 lid 3 BW een billijke vergoeding van € 15.000,= toegekend. Tegen dit oordeel keren partijen zich in cassatie.

Een op de voet van art. 7:683 lid 3 BW toe te kennen billijke vergoeding dient als een alternatief voor herstel van de arbeidsovereenkomst. Het ligt daarom in de rede dat de appelrechter bij de bepaling van de hoogte van een op de voet van die bepaling toe te kennen billijke vergoeding de gevolgen voor de werknemer van het verlies van de arbeidsovereen-

komst betreft. Die gevolgen worden naar hun aard mede bepaald door de 'waarde' die de arbeidsovereenkomst voor de werknemer had. Daarnaast dient de appelrechter bij het vaststellen van een billijke vergoeding op de voet van art. 7:683 lid 3 BW ook de overige omstandigheden van het geval in aanmerking te nemen. Een van die omstandigheden is de (mate van) eventuele verwijtbaarheid van het handelen of nalaten van de werkgever dan wel het ontbreken daarvan. Voorts kunnen ook de (overige) gezichtspunten, genoemd in HR 30 juni 2017 (New Hairstyle), bij het vaststellen van een billijke vergoeding op de voet van art. 7:683 lid 3 BW toepassing vinden. Werknemer heeft in hoger beroep aangevoerd dat hij door het ontslag op staande voet loonschade heeft geleden. Uitgaande van de door het hof in aanmerking genomen periode waarin ontslag wegens ziekte niet mogelijk was en het loon van werknemer in die periode, komt deze loonschade volgens het verzoekschrift tot cassatie neer op een bedrag van iets minder dan € 35.000,-. Werknemer heeft aangevoerd dat hij daarnaast in verband met gemiste pensioenopbouw schades heeft geleden van € 4.479,28 en € 13.444,26. Het hof heeft de loonderving van werknemer tot uitgangspunt genomen. Het heeft overwogen dat het rekening zal houden met de betekenis die de beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft voor de pensioenvoorziening van werknemer. Gelet op deze uitgangspunten is zonder nadere motivering onbegrijpelijk dat het hof op grond van de overige genoemde omstandigheden is uitgekomen op een billijke vergoeding van € 15.000,-. Dit klemt temeer nu uit de beschikking niet valt af te leiden hoe het hof die overige omstandigheden heeft gewaardeerd. Blue Circle heeft in het incidentele beroep onder meer geklaagd dat het hof bij zijn oordeel over de hoogte van de billijke vergoeding ten onrechte niet het door Blue Circle aangevoerde argument heeft betrokken dat het dienstverband van werknemer ten tijde van het ontslag slechts 1,5 jaar had geduurd. Deze klacht is gegrond. De duur van het dienstverband, waarop Blue Circle in dit verband een beroep heeft gedaan, is een relevant gezichtspunt. Het hof heeft het echter niet genoemd bij de omstandigheden die volgens zijn oordeel de hoogte van de billijke vergoeding hebben bepaald. Ook blijkt niet of en hoe het hof dit gezichtspunt in zijn afweging heeft betrokken. Het oordeel over de hoogte van de vergoeding is daarom ook in dit opzicht onvoldoende gemotiveerd.

[Werknemer], wonende te [woonplaats],
verzoeker tot cassatie, verweerder in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,
hierna: de werknemer,
advocaat: S.F. Sagel,
tegen
Blue Circle HRM B.V., gevestigd te Roosendaal,
verweerster in cassatie, verzoekster in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,
hierna: Blue Circle,
advocaat: M.A.J.G. Janssen.

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. De Bock)

1. Feiten

In deze zaak kan van de volgende feiten worden uitgegaan, ontleend aan rov. 3.1 van de beschikking van het hof 's-Hertogenbosch van 20 september 2018.¹

1.1. [Werknemer] (hierna: Werknemer), geboren op 5 april 1957, is op 8 februari 2016 in dienst getreden van Blue Circle op basis van een payroll-overeenkomst voor onbepaalde tijd. Hij was werkzaam als chauffeur voor 40 uur per week, tegen een salaris van € 13,91 bruto per uur, te vermeerderen met vakantiebijslag en toeslagen.

1.2. Werknemer is op basis van de payroll-overeenkomst door Blue Circle ter beschikking gesteld aan [A] B.V. (hierna: [A]).

1.3. Werknemer heeft zich op 26 augustus 2016 ziek gemeld.

1.4. De bedrijfsarts heeft in een verslag van 28 november 2016 geconcludeerd dat Werknemer niet geschikt was voor zijn eigen werk als vrachtwagenchauffeur, maar dat hij wel drie halve dagen per week aangepast werk zou kunnen doen. Werknemer heeft schoonmaakwerkzaamheden op het buitenterrein van Blue Circle verricht.

1.5. De bedrijfsarts heeft in een probleemanalyse van 25 januari 2017 geschreven dat Werknemer recent was opgestart in aangepast werk dat medisch passend was, maar dat Werknemer hierdoor stress ondervond. De bedrijfsarts heeft Blue Circle geadviseerd om in een gesprek met Werknemer tot een oplossing te komen en dat hij, indien niet voor 3 februari 2017 tot een oplossing zou zijn gekomen, Werknemer per die datum arbeidsgeschikt achtte voor zijn eigen werk.

1.6. Blue Circle en Werknemer hebben een gesprek gevoerd op 6 februari 2017. Dat heeft niet geleid tot een oplossing. Blue Circle is op 13 februari 2017 gestopt met de betaling van het loon van Werknemer, omdat hij zijn werkzaamheden als vrachtwagenchauffeur niet wilde hervatten.

1.7. De gemachtigde van Werknemer heeft in een e-mail van 16 februari 2017 aan Blue Circle geschreven dat Werknemer een deskundigenoordeel bij het UWV had aangevraagd en dat hij het verzoek deed om vanaf de datum van zijn herstelmelding vakantiedagen op te nemen, zodat hij verzekerd was van inkomen.

De gemachtigde van Blue Circle heeft in een brief van diezelfde datum geantwoord dat Blue Circle ermee akkoord was dat Werknemer vanaf 13 februari 2017 zijn vakantiedagen opnam. Werknemer is gewaarschuwd dat hij redelijke instructies van Blue Circle moest opvolgen, dat hij zich niet meer schuldig zou maken aan een negatieve houding of gedrag en hij dat hij zijn re-integratieverplichtingen diende na te komen.

1.8. Het UWV heeft in een deskundigenoordeel van 4 april 2017 geoordeeld dat Werknemer zijn eigen werk op 3 februari 2017 niet volledig kon doen.

1.9. Blue Circle heeft in een brief van 13 april 2017 Werknemer opgeroepen om op 14 april 2017 zijn werkzaamheden te hervatten. Hij is voor een tweede maal gewaarschuwd. Werknemer heeft op 14 april 2017 aangepaste werkzaamheden verricht bij [A]. Blue Circle heeft de betaling van het loon vanaf 14 april 2017 hervat.

1.10. Werknemer heeft ook op 19, 21 en 25 april 2017 aangepaste werkzaamheden verricht bij [A]. De gemachtigde van Blue Circle heeft in een e-mail van 21 april 2017 aan de ge-

¹ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 september 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3938, AR Updates 2018/1102.

machtigde van Werknemer geschreven dat Blue Circle klachten van [A] bleef ontvangen en dat Werknemer ondanks de eerdere waarschuwingen zijn negatieve houding niet had verbeterd. Werknemer is voor een derde maal gewaarschuwd. 1.11. De bedrijfsarts heeft in een probleemanalyse van 26 april 2017 geschreven dat hij Werknemer arbeidsgeschiedt achtte voor zijn werk als vrachtwagenchauffeur. De bedrijfsarts heeft Werknemer een time out van twee weken geadviseerd om twee opties te overdenken: re-integratie in eigen werk, of met Blue Circle afspraken maken over hoe uit elkaar wordt gegaan. Blue Circle heeft ingestemd met de time out en zij heeft Werknemer gedurende deze periode vrijgesteld van het verrichten van werkzaamheden met behoud van loon. De gemachtigde van Blue Circle heeft in een e-mail van 26 april 2017 aan Werknemer de twee opties van de bedrijfsarts voorgedragen, een gesprek voorgesteld en hem een vierde keer gewaarschuwd dat hij zich aan zijn verplichtingen moest houden.

1.12. Blue Circle en Werknemer hebben een gesprek gevoerd, opnieuw zonder oplossing. Blue Circle heeft Werknemer opgeroepen om werkzaamheden bij [A] te hervatten.

1.13. Werknemer heeft op 18 mei 2017 werkzaamheden bij [A] verricht. De gemachtigde van Werknemer heeft in een e-mail van die dag aan de gemachtigde van Blue Circle geschreven dat Werknemer was meegereden met een chauffeur van [A], dat het hem voorkwam dat Werknemer concentratie- en geheugenproblemen had en dat hij ernstige twijfels had bij het vermogen bij Werknemer om een vrachtauto te besturen.

1.14. Werknemer heeft zich op 19 mei 2017, na een afspraak bij GGZ, ziek gemeld. De bedrijfsarts heeft in een brief van 23 mei 2017 aan Blue Circle geschreven dat hij geen beperkingen zag op basis van ziekte of gebrek. Blue Circle is daarom per 19 mei 2017 voor de tweede maal gestopt met de betaling van het loon.

1.15. Het UWV heeft in een deskundigenoordeel van 5 juli 2017 geoordeeld dat Werknemer zijn eigen werk op 18 mei 2017 wel kon doen.

1.16. De gemachtigde van Blue Circle heeft in een e-mail van 21 juli 2017 aan de gemachtigde van Werknemer geschreven dat de intussen gehouden mediation zonder resultaat was beëindigd en dat Werknemer op 24 juli 2017 bij [A] werd verwacht om zijn werkzaamheden als vrachtwagenchauffeur te hervatten. De gemachtigde van Werknemer heeft per e-mail diezelfde dag daarop geantwoord dat Werknemer zich arbeidsongeschikt achtte, geen gevolg kon geven aan de oproep zijn werk te hervatten en dat het UWV had aangegeven dat een nieuwe beoordeling zou plaatsvinden.

1.17. Blue Circle heeft Werknemer op 24 juli 2017 op non-actief gesteld. Werknemer is op 26 juli 2017 op staande voet ontslagen wegens, samengevat, het meerdere malen niet nakomen van afspraken en interne regels, het veronachtzamen van plichten op grond van de arbeidsovereenkomst, het niet gedragen als goed werknemer, het weigeren te voldoen aan redelijke bevelen en opdrachten en onwettig verzuim dan wel werkweigerings.

1.18. Het UWV heeft in een brief van 15 augustus 2017 de uitslag van het deskundigenoordeel van 5 juli 2017 bijgesteld. Bij de behandeling van de aanvraag was geen rekening gehouden met informatie van GGZ. Het UWV heeft geoordeeld dat Werknemer zijn eigen werk op 18 mei 2017 inderdaad niet kon doen. In de bijgevoegde vervolgrapportage van de verzekeringsarts van 11 augustus 2017 is geschreven:

‘De aanvullende medische rapportage werpt een ander licht op de medische situatie waf betreft inzetbaarheid. Cliënt heeft

op 23-05-2017 een uitgebreide intake gehad + behandeladvies. Zie de rapportage GGZ van 23-05-2017 (individueel behandelplan)

Met betrekking tot suïcidaliteit is er sprake van een hoog risico (...). Met deze gegevens kan niet verwacht worden dat een werknemer beroepsmatig deelneemt aan het verkeer.’

1.19. De gemachtigde van Werknemer heeft in een brief van 22 augustus 2017 verzocht het ontslag op staande voet in te trekken en het salaris door te betalen vanaf 18 mei 2017.

1.20. Blue Circle heeft volhard in het ontslag. [Werknemer] heeft haar daarop in rechte betrokken.

2. Procesverloop

2.1. Bij inleidend verzoekschrift van 22 september 2017 heeft Werknemer verzocht om het ontslag op staande voet te vernietigen en Blue Circle te veroordelen tot betaling van loon vanaf de ontslagdatum. Tevens heeft hij verzocht om Blue Circle te veroordelen tot betaling van achterstallig loon, tot het terugboeken van vakantie-uren en tot betaling van wettelijke verhoging, wettelijke rente en buitengerechtelijke incassokosten.

2.2. Blue Circle heeft verweer gevoerd. In het verweerschrift heeft zij tevens een voorwaardelijk tegenverzoek ingesteld, voor het geval vast zou komen te staan dat de arbeidsovereenkomst niet op 26 juli 2017 is geëindigd. Verzocht is om bij beschikking, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, de arbeidsovereenkomst te ontbinden, met veroordeling van Werknemer in de kosten van de procedure. Dit verzoek is primair gegrond op ernstig verwijtbaar handelen of nalaten (art. 7:669 lid 3 onder e, BW), subsidiair op een verstoorde arbeidsverhouding (art. 7:669 lid 3 onder g, BW) en meer subsidiair op andere omstandigheden die zodanig zijn dat van haar in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren (art. 7:669 lid 3 onder h, BW).

2.3. Werknemer heeft verweer gevoerd tegen het tegenverzoek. Voor het geval het ontbindingsverzoek zou worden toegewezen, heeft Werknemer verzocht om toekenning van de transitievergoeding en een billijke vergoeding wegens ernstig verwijtbaar handelen door Blue Circle.

2.4. Bij beschikking van 10 januari 2018 heeft de kantonrechter geoordeeld dat het door Blue Circle gegeven ontslag op staande voet rechtsgeldig is.² De verzoeken van Werknemer tot betaling van achterstallig loon heeft de kantonrechter toegewezen.

2.5. Aan het oordeel dat het ontslag op staande voet terecht is gegeven heeft de kantonrechter ten grondslag gelegd, kort weergegeven, dat het herziene deskundigenrapport van 15 augustus 2017, dat inhoudt dat Werknemer op 18 mei 2017 niet geschikt was voor zijn eigen werk, niet in het geding is gebracht. Dit rapport is daarom buiten beschouwing gelaten. De kantonrechter gaat er vanuit dat Werknemer vanaf 18 mei 2017 arbeidsgeschiedt was en zonder geldige reden op 24 juli 2017 niet op zijn werk is verschenen (rov. 5.6). Dit leverde als ‘druppel-die-de-emmer-deed-overlopen’ een dringende reden voor een ontslag op staande voet op (rov. 5.7).

2.6. Werknemer heeft hoger beroep ingesteld tegen de beschikking van de kantonrechter.

2.7. Blue Circle heeft verweer gevoerd en voorwaardelijk incidenteel beroep ingesteld. Werknemer heeft verweer gevoerd in het voorwaardelijk incidenteel beroep.

2 Rb Zeeland-West-Brabant, locatie Bergen op Zoom, 10 januari 2018, zaaknummer 6337947 AZ VERZ 17-77 (niet gepubliceerd).

2.8. Bij beschikking van 20 september 2018 heeft het hof de beschikking van de kantonrechter gedeeltelijk vernietigd.³ Het hof heeft het volgende overwogen:

– Op grond van het herziene deskundigenoordeel van het UWV van 15 augustus 2017, in samenhang met de vervolgrapportage van de verzekeringsarts, is voldoende komen vast te staan dat Werknemer op 18 mei 2017 arbeidsongeschikt was voor zijn eigen werk en dat ten tijde van het ontslag op staande voet sprake was van een ontslagverbod tijdens ziekte (rov. 3.8-3.8.5).

– Dit betekent dat Werknemer zich terecht op zijn arbeidsongeschiktheid heeft beroepen. De weigering van Werknemer op 24 juli 2017 om zijn werkzaamheden als vrachtwagenchauffeur te hervatten, levert dan ook geen dringende reden op voor ontslag op staande voet (rov. 3.11.1).

– Ook de overige door Blue Circle aan het ontslag op staande voet ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden, die met name zien op de houding en het gedrag van Werknemer voorafgaand aan de ontslagaanzegging, leveren geen dringende reden op. Wel had van Werknemer mogen worden verwacht dat hij de ernst van de klachten over zijn houding en gedrag had ingezien en zelf meer initiatief had getoond om het arbeidsconflict op een positieve manier te beïnvloeden. In zoverre treft hem een verwijt (rov. 3.11.3).

– Gelet op wat er tussen partijen is voorgevallen en wat zij tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep hebben verklaard, ligt herstel van de arbeidsovereenkomst niet in de rede. In plaats daarvan wordt een billijke vergoeding toegekend (rov. 3.12).

– Het is aannemelijk dat Blue Circle de arbeidsovereenkomst gedurende de eerste twee ziektejaren niet had kunnen opzeggen en dat de arbeidsovereenkomst na twee jaar ziekte was beëindigd. Bij de vaststelling van de billijke vergoeding wordt daarom uitgegaan van de periode vanaf 26 juli 2017 tot 26 augustus 2018. Het loon bedroeg gedurende het eerste ziektejaar € 2.980,= bruto per vier weken en gedurende het tweede ziektejaar € 2.370,= bruto per vier weken (rov. 3.12.1).

– Bij de omvang van de billijke vergoeding wordt rekening gehouden met de volgende omstandigheden:

- Werknemer heeft na het ontslag op staande voet geen ander werk gevonden;
- Werknemer kon mogelijk aanspraak maken op een sociale zekerheidsuitkering;
- Werknemer is per 24 augustus 2018 in het kader van de WIA-uitkering 43,72% arbeidsongeschikt verklaard;
- Werknemer heeft onlangs met zijn behandelaar afgesproken dat hij voor 20 uur per week werkzaamheden als taxibuschauffeur gaat verrichten;
- De betekenis die de beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft voor de pensioenvoorziening van Werknemer;
- De eigen gedragingen van Werknemer.

Op grond hiervan bepaalt het hof de billijke vergoeding op € 15.000,= (rov. 3.12.2).

– Het in de pleitnota in hoger beroep ingediende verzoek om toekenning van € 20.000,= als immateriële schadevergoeding wordt afgewezen, omdat dit verzoek te laat is ingediend (rov. 3.13).

– Het loon over de periode van 18 mei 2017 tot 26 juli 2017 wordt toegewezen (rov. 3.14), evenals een bedrag aan achter-

stallig loon van € 189,89 bruto over de periode van 24 april 2017 tot en met 17 mei 2017 (rov. 3.15).

– Het verzoek om de uitbetaalde vakantie-uren terug te boeken wordt afgewezen, omdat het terugboeken daarvan op verzoek van Werknemer zelf is gebeurd (rov. 3.16).

– Het verzoek om uit betaling van 12,63 vakantie-uren over de periode 5 wordt toegewezen (rov. 3.17). Het verzoek tot uitbetaling van 8 vakantie-uren die op 1 mei 2018 zijn afgeboekt, wordt als onvoldoende onderbouwd afgewezen (rov. 3.18).

– De toegewezen loonbestanddelen worden verhoogd met 20% wettelijke verhoging en met wettelijke rente (rov. 3.19).

– De verzochte buitengerechterlijke incassokosten worden als onvoldoende onderbouwd afgewezen (rov. 3.20).

– Het voorwaardelijk incidenteel hoger beroep hoeft geen bespreking (rov. 3.24).

– Blue Circle wordt als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten veroordeeld (rov. 3.25).

2.9. Werknemer heeft tegen de beschikking tijdig cassatieberoep ingesteld.⁴ Blue Circle heeft een verweerschrift ingediend, waarin zij concludeert tot verwerping. Tevens heeft Blue Circle voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. Werknemer heeft verweer gevoerd in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep. Beide partijen hebben een schriftelijke toelichting genomen. Daarna hebben zij voor pleik- en dupliek geconcludeerd.

3. De motivering van de billijke vergoeding van art. 7:683 lid 3 BW

3.1. In het cassatiemiddel wordt de vraag aan de orde gesteld aan welke eisen de motivering van een rechterlijke beslissing over de hoogte van de billijke vergoeding van art. 7:683 lid 3 BW moet voldoen. Voordat ik nader inga op de klachten, schets ik eerst het juridisch kader.

Motiveringsplicht van de rechter

3.2. De motiveringsplicht van de rechter behoort tot de beginselen van burgerlijk procesrecht.⁵ De motiveringsplicht dient verschillende doelen. In de eerste plaats maakt de motivering aan partijen en derden duidelijk *waarom* de rechter tot een bepaalde beslissing is gekomen. Met een steekhoudende motivering legt de rechter verantwoording af voor zijn beslissing. In de tweede plaats maakt de motivering de rechterlijke beslissing controleerbaar voor partijen en derden. Het controleerbaar zijn van de rechterlijke beslissing voorkomt willekeur en draagt bij aan de aanvaardbaarheid van de beslissing. Controleerbaarheid van de beslissing draagt bovendien bij aan het vertrouwen van partijen (en derden) in de rechter; de rechter laat zien dat hij zijn vak beheerst en dat hij onafhankelijk en onpartijdig is. De rechterlijke motivering dient zo als waarborg voor goede rechtspraak.⁶ Het motiveringsbeginsel fungeert in de derde plaats als zelfcontrole voor de rechter. In het proces van het motiveren van de beslissing wordt de rechter gedwongen zich rekenschap te geven van het gewicht van de verschillende argumenten die voor of tegen een bepaalde beslissing pleiten. Ten slotte laat de rechter in de motivering van

3 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 september 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3938, AR Updates 2018/1102.

4 Het cassatieverzoekschrift is op 20 december 2018 op de griffie van de Hoge Raad binnengekomen.

5 R.H. de Bock, *Handelingen NJV* 2015, p. 84; Asser *Procesrecht/Giesen I* 2015/443.

6 Asser *Procesrecht/Giesen I* 2015/444.

de beslissing zien dat hij de argumenten van partijen onder ogen heeft gezien. In de motivering respondeert de rechter op die argumenten. Ook dat draagt bij aan de aanvaardbaarheid van de beslissing voor partijen en daarmee uiteindelijk aan het vertrouwen in rechtspraak. Hiermee heeft de motiveringsplicht een directe relatie met het partijdebat.

3.3. In de bekende *Vredo/Veenhuis*-formule heeft de Hoge Raad overwogen dat een rechterlijke beslissing tenminste zodanig moet worden gemotiveerd, dat die beslissing voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang, om de beslissing zowel voor partijen als voor derden – in het geval van openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen – controleerbaar en aanvaardbaar te maken.⁷ Hoever de motiveringsplicht in een concreet geval gaat, hangt af van de omstandigheden van het geval, zo is in *Vredo/Veenhuis* verder overwogen.

3.4. Niet alle van de hiervoor genoemde doelen van de motiveringsplicht zijn terug te zien in deze overweging. Zo ontbreekt in de *Vredo/Veenhuis*-formule de relatie tussen motiveringsplicht en partijdebat.⁸

3.5. In latere arresten over de omvang van de rechterlijke motiveringsplicht is die relatie wel benoemd. In die arresten is overwogen is dat het antwoord op de vraag hoe ver de motiveringsplicht van de rechter gaat, afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, waaronder het aan de beslissing ten grondslag liggende partijdebat.⁹ Het partijdebat is dus een van de factoren die bepaalt hoe ver de motiveringsplicht van de rechter reikt. Voor wat betreft andere omstandigheden van het geval kan worden gedacht aan de aard van het geding en de aard van de beslissing.¹⁰ Zo zal in een bodemprocedure een uitvoeriger motivering nodig zijn dan in een kort geding, en moet een beslissing uitvoeriger worden gemotiveerd als die ingrijpender is of als er van een hoofdregel wordt afgeweken.¹¹ Dat de mate van ingrijpendheid van de beslissing van belang kan zijn bij wat er van de motivering gevraagd kan worden, komt ook al naar voren in *Vredo/Veenhuis*. De Hoge Raad overwoog daar dat de uiterst summier motivering van het hof – waardoor partijen ‘in het ongewisse waren gelaten’ over de redenen voor die beslissing – ‘mede gezien de op het spel staande belangen niet [kan] worden aanvaard’.

3.6. Voor wat betreft de relatie tussen omvang van de motiveringsplicht en het partijdebat is op te merken dat de rechter niet verplicht is om altijd op *alle* argumenten van partijen in te gaan. In ieder geval mag de rechter essentiële stellingen niet onbesproken laten.¹² Uit de motivering van de uitspraak moet

zijn op te maken dat een verweer door de rechter onder ogen is gezien en op welke grond het is verworpen.¹³

3.7. Wanneer deze algemene uitgangspunten voor de rechterlijke motiveringsplicht worden toegepast op een beslissing over de billijke vergoeding, leidt dat tot het volgende. Die beslissing zal in ieder geval zodanig moeten zijn gemotiveerd, dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang van de rechter, om de beslissing zowel voor partijen als voor derden controleerbaar en aanvaardbaar te maken. Voor wat betreft de omstandigheden van het geval, die mede bepalend zijn voor de omvang van de motiveringsplicht, kan worden vastgesteld dat een beslissing over de hoogte van de billijke vergoeding een beslissing is die voor partijen – in ieder geval voor de werknemer maar vaak ook voor de werkgever – een grote impact heeft. De ‘aard van de beslissing’ verzet zich dus tegen een te summier motivering. Verder is geen sprake van een voorlopige voorziening maar van een beslissing in een bodemzaak. Ook ‘de aard van de procedure’ is dus een contra-indicatie voor een summier motivering. De omvang van de motiveringsplicht zal ten slotte afhangen van het partijdebat.

Begroting en motivering van de hoogte van de billijke vergoeding

3.8. In de *New Hairstyle*-beschikking heeft de Hoge Raad een aantal aanwijzingen gegeven over de begroting van de billijke vergoeding.¹⁴ De rechter dient de billijke vergoeding te bepalen op een wijze die, en op het niveau dat, aansluit bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval. De rechter dient in de motivering van zijn oordeel inzicht te geven in de omstandigheden die tot de beslissing over de hoogte van de vergoeding hebben geleid (rov. 3.4.2). Het stelsel van de Wvz verzet zich niet ertegen dat met de gevolgen van het ontslag rekening wordt gehouden bij het bepalen van de omvang van de billijke vergoeding waarop de wet een werknemer aanspraak geeft omdat de werkgever van het ontslag als zodanig een ernstig verwijt kan worden gemaakt, voor zover die gevolgen zijn toe te rekenen aan het de werkgever te maken verwijt (rov. 3.4.3).

3.9. Ten aanzien van de billijke vergoeding van art. 7:681 lid 1, aanhef en sub a, BW geldt verder het volgende, zo vervolgt de *New Hairstyle*-beschikking. Bij het vaststellen van deze billijke vergoeding kan mede worden gelet op hetgeen de werknemer aan loon zou hebben genoten als de opzegging zou zijn vernietigd. Het zal van de omstandigheden van het geval afhangen welke verdere duur van de arbeidsovereenkomst daarbij in aanmerking moet worden genomen. Daarbij is mede van belang of de werkgever de arbeidsovereenkomst ook op rechtmatige wijze zou hebben kunnen beëindigen en op welke termijn dit dan had mogen gebeuren en vermoedelijk zou zijn gebeurd. Waar relevant, kan ook acht worden geslagen op de mogelijkheid de loonvordering te matigen op grond van art. 7:680a BW (rov. 3.4.4).

3.10. Het hangt van de omstandigheden van het geval af of, en in hoeverre, bij de vaststelling van de billijke vergoeding van

7 Zie o.m. HR 4 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0986, NJ 1993/659 m.nt. D.W.F. Verkade (*Vredo/Veenhuis*), rov. 3.4; HR 16 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2743, NJ 1999/7 ([...]/[...]), rov. 3.5; HR 29 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2372, NJ 2001/494, rov. 3.2; HR 29 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2376, NJ 2001/495, rov. 3.3; HR 10 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0366, NJ 2004/37, rov. 3.3.

8 Zie hierover W.D.H. Asser, *Proces en verantwoording van de rechter*. In: G. van Dijk e.a. (red.) *Cirkels. Een terugblik op een vooruitziende blik* (Afscheidsbundel Jan Vranken), 2013, p. 23-30.

9 Zie HR 10 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0366, NJ 2004/37, rov. 3.3 en HR 16 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2743, NJ 1999/7 ([...]/[...]), rov. 3.5.

10 Asser *Procesrecht/Giesen I* 2015/456.

11 Asser *Procesrecht/Giesen I* 2015/456.

12 Zie bijvoorbeeld HR 20 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2786, NJ 1999/86, rov. 3.4-3.5; HR 9 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5302, NJ 2002/446 m.nt. C.J.H. Brunner ([...]/

Waterschap de oude Rijnstromen), rov. 3.5.2; HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK4847, NJ 2004/506 ([...]/[...]), rov. 3.4.

13 HR 7 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1702, NJ 1997/21 m.nt. E.A. Alkema (*N./Möbius*), rov. 3.3-3.4.

14 HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187, ECLI:NL:PHR:2017:414, NJ 2017/298 m.nt. E. Verhulp; JAR 2017/188 m.nt. A. van Zanten-Baris; *AR-Updates.nl* 2017-0826 m.nt. P. Kruit; JIN 2017/171 m.nt. I.H. Kersten (*New Hairstyle*).

art. 7:681 lid 1, aanhef en sub a, BW rekening wordt gehouden met het inkomen dat de werknemer zou hebben genoten als de opzegging zou zijn vernietigd. Tot die omstandigheden behoort onder meer de mate waarin de werkgever van de grond voor de vernietigbaarheid van de opzegging een verwijt valt te maken. Voorts kan daartoe behoren — voor zover het om in de toekomst te derven loon gaat — of de redenen die de werknemer heeft om af te zien van vernietiging van de opzegging aan de werkgever zijn toe te rekenen. Bij de vaststelling van de billijke vergoeding kan ook ermee rekening worden gehouden of de werknemer inmiddels ander werk heeft gevonden, en met de inkomsten die hij daaruit dan geniet, en met de (andere) inkomsten die hij in redelijkheid in de toekomst kan verwerven. Bij de vergelijking tussen de situatie zonder de vernietigbare opzegging en de situatie waarin de werknemer zich thans bevindt, dient bovendien de eventueel aan de werknemer toekomende transitievergoeding te worden betrokken. Bij het vaststellen van de billijke vergoeding als bedoeld in art. 7:681 lid 1, aanhef en onder a, BW, gaat het uiteindelijk erom dat de werknemer wordt gecompenseerd voor het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever (rov. 3.4.5).

3.11. Ten slotte overweegt de Hoge Raad in *New Hairstyle* dat voor zover elementen van de vaststelling van de billijke vergoeding zien op de vergoeding van schade van de werknemer, de wettelijke regels van art. 6:95 e.v. BW zich voor overeenkomstige toepassing lenen. Niet blijkt dat de wetgever aan de billijke vergoeding een specifiek punitief karakter heeft willen toekennen. Daarom behoort bij het vaststellen van de billijke vergoeding daarmee geen rekening te worden gehouden (rov. 3.4.5).

3.12. Voor wat betreft de omvang van de motiveringsplicht van de billijke vergoeding is in de eerste plaats van belang de al genoemde overweging 3.4.2 in de *New Hairstyle*-beschikking, dat de rechter in de motivering van zijn oordeel *inzicht dient te geven in de omstandigheden die tot de beslissing over de hoogte van de vergoeding hebben geleid*. Op zijn minst zal uit de motivering dus naar voren moeten komen welke omstandigheden bepalend zijn geweest voor de beslissing om de billijke vergoeding op een bepaalde hoogte vast te stellen.

3.13. In de tweede plaats is van belang de overweging in de *New Hairstyle*-beschikking dat voor zover elementen van de vaststelling van de billijke vergoeding zien op de vergoeding van schade van de werknemer, de wettelijke regels van art. 6:95 e.v. BW zich voor overeenkomstige toepassing lenen. Dit betekent dat de rechter bij de begroting van de vergoeding ook acht moet slaan op art. 6:97 BW. Deze bepaling geeft als algemene regel dat de rechter de schade begroot op de wijze die het meest in overeenstemming daarmee is, en laat de rechter de vrijheid de omvang van de schade te schatten als deze niet nauwkeurig kan worden vastgesteld. Hiermee heeft de rechter veel vrijheid bij de schadebegroting.

3.14. Dat de rechter veel vrijheid heeft bij de begroting van schade, betekent echter niet dat in zijn algemeenheid zou gelden dat weinig eisen gesteld worden aan de motivering van een rechterlijke beslissing over de hoogte van schade. Dat geldt slechts voor zover het gaat om elementen van die beslissing die zich moeilijk laten motiveren. Zie in deze zin ook de parlementaire geschiedenis van art. 6:97 BW:¹⁵

'Het komt er op neer dat de rechter bij de begroting van schade en ook bij de keuze op welke wijze de begroting moet plaats

vinden, een grote mate van vrijheid heeft en ook niet gebonden is aan de gewone regels van stel- en bewijsplicht, terwijl de bepaling die thans in de tweede zin is vervat hem tevens in belangrijke mate ontheft van zijn motiveringsplicht.'

De verlichte motiveringsplicht ziet dus niet op de begroting van schade in zijn algemeenheid, maar op de mogelijkheid van de rechter om de schade te schatten als deze niet nauwkeurig kan worden vastgesteld. In dát geval worden weinig eisen gesteld aan de motivering van de beslissing.

3.15. Voor het overige geldt dat de rechter bij de begroting van schade zoveel mogelijk inzicht zal moeten geven in de afwegingen die tot de beslissing over de hoogte van de vergoeding heeft geleid. Vergelijk ook de overweging van de Hoge Raad in het arrest [...]//*Breed* over de begroting van schade bij kennelijk onredelijk ontslag onder het oude ontslagrecht (art. 7:681 lid 1 BW (oud)):¹⁶

'Art. 6:97 BW geeft als algemene regel dat de rechter de schade begroot op de wijze die het meest in overeenstemming daarmee is, en laat de rechter de vrijheid de omvang van de schade te schatten als deze niet nauwkeurig kan worden vastgesteld. In het licht hiervan moet worden aangenomen dat de wetgever van opvatting was en ook beoogde dat in de praktijk toepassing van deze maatstaf tot een gelijksoortig resultaat zou leiden als de toepassing van de oude maatstaf.

Hoewel de rechter dus een grote mate van vrijheid heeft bij de begroting van de schade, brengen hetgeen hiervoor is overwogen in 3.5.2 en de daaruit voortvloeiende aard van de aansprakelijkheid van de werkgever mee dat de rechter, zoals in het hiervoor genoemde arrest van 27 november 2009 is overwogen, zich in een geval als dit steeds nauwkeurig rekenschap dient te geven van de concrete omstandigheden en factoren die de hoogte van de vergoeding bepalen, en dat hij daarvan in zijn beslissing ook verantwoording dient af te leggen op zodanige wijze dat voldoende inzicht wordt gegeven in de afweging die tot de beslissing over de hoogte van de vergoeding heeft geleid. Hij moet de vergoeding dan ook relateren aan de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting als goed werkgever te handelen en aan de daaruit voor de werknemer voortvloeiende (materiële en immateriële) nadelen.

Dit laat overigens onverlet dat art. 6:97 BW de rechter vrij laat de hoogte van de vergoeding uiteindelijk naar billijkheid op een bedrag te begroten.'

Ook uit deze overwegingen blijkt dat rechterlijke vrijheid bij de begroting van schade niet betekent dat er minder eisen aan de omvang van de motiveringsplicht worden gesteld. Dat geldt slechts voor zover (een onderdeel van) de beslissing over de schade zich maar beperkt *laat* motiveren.

3.16. In de [...]]-beschikking van 8 juni 2018 ging het over de billijke vergoeding van art. 7:683 lid 3 BW.¹⁷ De Hoge Raad overwoog dat voor deze billijke vergoeding, anders dan voor andere billijke vergoedingen op grond van de Wwz, heeft te gelden dat niet noodzakelijk sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. De billijke vergoeding dient namelijk als een alternatief voor herstel van de arbeidsovereenkomst. Daarom ligt het in de rede dat de appelrechter bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding de gevolgen

16 HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4472, NJ 2010/494 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss [...]//*Breed*, rov. 3.5.5-3.5.6.

17 HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:857, NJ 2019/171 m.nt. E. Verhulp, JAR 2018/168 m.nt. A. van Zanten-Baris, JIN 2018/126 m.nt. B.J. Sap, TRA 2018/78 m.nt. D.J. Buijs [...].

15 MvA II, Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 339.

voor de werknemer van het verlies van de arbeidsovereenkomst betreft (rov. 3.4.2). Daarnaast dient de appelrechter ook de overige omstandigheden van het geval in aanmerking te nemen. Een van die omstandigheden is de (mate van) eventuele verwijtbaarheid van het handelen van de werkgever of het ontbreken daarvan. Voorts kunnen, zo oordeelde de Hoge Raad, ook de overige in de *New Hairstyle*-beschikking gegeven gezichtspunten bij het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding van art. 7:683 lid 3 BW worden toegepast (rov. 3.4.2).

3.17. In de [...]beschikking werd verder beslist dat de rechter de bevoegdheid heeft om in voorkomend geval géén billijke vergoeding toe te kennen. De rechter dient in de motivering van zijn oordeel inzicht te geven in de omstandigheden die tot de beslissing over (de hoogte van) de vergoeding hebben geleid (rov. 3.3.3).

3.18. Diezelfde dag besliste de Hoge Raad in de *Zinzia*-beschikking dat de *New Hairstyle*-gezichtspunten ook van toepassing zijn op de billijke vergoeding van art. 7:671c lid 2, aanhef en onder b, BW (rov. 3.3.2).¹⁸ Herhaald werd dat het er ook bij deze billijke vergoeding uiteindelijk om gaat dat de werknemer wordt gecompenseerd voor het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, en dat als uitgangspunt geldt dat de rechter de billijke vergoeding dient te bepalen op een wijze die, en op het niveau dat, aansluit bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval.

3.19. In de *Zinzia*-zaak werd, net als in deze zaak, geklaagd over de wijze waarop het hof de hoogte van de billijke vergoeding had gemotiveerd. De kantonrechter had in die zaak de art. 7:671c-vergoeding bepaald op € 70.000,=. Het hof vernietigde de beschikking ten aanzien van de billijke vergoeding en bepaalde deze op € 25.000,=. De Hoge Raad stelde vast dat het hof de billijke vergoeding wegens het ontbreken van materiële schade had gebaseerd op een schatting van de immateriële schade en de werkgever heeft willen wijzen op de noodzaak om haar gedrag in eventuele volgende keren aan te passen (rov. 3.3.4). Door aansluiting te zoeken bij het gezichtspunt dat moet worden voorkomen dat werkgevers voor een vernietigbare opzegging kiezen omdat dit voor hen voordeliger is, heeft het hof volgens de Hoge Raad voldoende inzicht gegeven in de omstandigheden die tot de beslissing over de hoogte van de billijke vergoeding hebben geleid (3.3.5-3.3.6). Daarbij overweegt de Hoge Raad dat de omvang van de toe te kennen billijke vergoeding zich naar haar aard moeilijk laat motiveren (rov. 3.3.6). Het hof hoefde volgens de Hoge Raad niet te motiveren waarom het de billijke vergoeding op een veel lager bedrag vaststelde dan de kantonrechter had gedaan (rov. 3.3.6).

3.20. Ik merk op dat de overweging in de *Zinzia*-zaak, dat de omvang van de toe te kennen billijke vergoeding zich naar haar aard moeilijk laat motiveren, niet los kan worden gezien van de omstandigheid dat het in die zaak uitsluitend ging om compensatie voor *immateriële schade* die werkneemster had geleden door het ernstig verwijtbaar handelen van *Zinzia*. Vergoeding voor materiële schade was niet aan de orde. Uit de overweging 'dat de omvang van de toe te kennen billijke vergoeding zich naar haar aard moeilijk laat motiveren', kan dan ook niet in zijn *algemeenheid* worden afgeleid dat de hoogte van de billijke vergoeding zich moeilijk laat motiveren (en dat

daarom geen hoge eisen aan de motivering zouden hoeven te worden gesteld).

3.21. De hierop volgende *ServiceNow*-beschikking ging over de billijke vergoeding van art. 7:671b lid 8, aanhef en onder c, BW. Ook voor deze vergoeding gelden de *New Hairstyle*-gezichtspunten, zo oordeelde de Hoge Raad (rov. 3.4.2).¹⁹

3.22. Verder overwoog de Hoge Raad in de *ServiceNow*-beschikking dat de rechter, indien het partijdebat daartoe aanleiding geeft, de gevolgen voor de werknemer van het verlies van de arbeidsovereenkomst, voor zover deze zijn toe te rekenen aan het ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever, kenbaar dient te betrekken bij het bepalen van de omvang van de billijke vergoeding (rov. 3.4.2).

Beperkingen aan de motiveringseisen

3.23. Niet alle gezichtspunten die bij het bepalen van de billijke vergoeding in aanmerking moeten worden genomen, laten zich op exacte wijze vertalen in een bepaald bedrag. Vragen als wat de verdere duur van de arbeidsovereenkomst zou zijn geweest als deze niet was beëindigd, of de werkgever de arbeidsovereenkomst ook op rechtmatige wijze zou hebben kunnen beëindigen, op welke termijn dit dan had mogen gebeuren en dit vermoedelijk zou zijn gebeurd en of er een mogelijkheid tot matiging van de loonvordering op grond van art. 7:680a BW zou zijn geweest, laten zich immers slechts beantwoorden aan de hand van hypothesen, die meer of minder aannemelijk zijn. Hetzelfde geldt voor de vraag of de werknemer nog andere inkomsten kan verwerven. Voor dergelijke oordelen geldt dat daaraan slechts beperkte motiveringseisen kunnen worden gesteld.²⁰

3.24. Ook een vergoeding voor immateriële schade laat zich maar beperkt motiveren.

3.25. Bovendien zal de beslissing over de vergoeding ook mede berusten op een billijkheidsoordeel. Dat is bijvoorbeeld aan de orde voor zover de vergoeding tevens een compensatie biedt voor ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Hetzelfde geldt als de vergoeding naar beneden zou moeten worden bijgesteld wegens verwijtbaar handelen van de werknemer. Ook een dergelijk oordeel laat zich maar in beperkte mate motiveren.²¹ Dat betekent niet dat billijkheidsoordelen helemaal niet gemotiveerd zouden hoeven te worden. Uit art. 3:12 BW volgt dat de rechter op zijn minst zal moeten benoemen *welke belangen* (de maatschappelijke of persoonlijke belangen die in het gegeven geval zijn betrokken, zoals de wettekst het uitdrukt) zijn meegewogen in het oordeel.²²

Motivering billijke vergoeding in de feitenrechtspraak

3.26. Er zijn grote verschillen in de manier waarop in de feitenrechtspraak een beslissing over de hoogte van de billijke vergoeding wordt gemotiveerd. In sommige uitspraken wordt een opsomming gegeven van de verschillende gezichtspunten die in aanmerking zijn genomen, waarna vervolgens, 'alles

18 HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:878, NJ 2019/170 m.nt. E. Verhulp (*Zinzia*).

19 HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2218, NJ 2019/173, m.nt. E. Verhulp, JAR 2019/15 m.nt. M.S.A. Vegter, RAR 2019/4 m. wenk (*ServiceNow*).

20 Vgl. HR 4 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1426, NJ 2002/214 m.nt. C.J.H. Brunner; HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9070, NJ 2005/466 m.nt. W.D.H. Asser (*Stad Rotterdam*/[...]).

21 Idem de noot van Van Zanten-Baris bij Rb Midden-Nederland, locatie Utrecht, 12 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:100, JAR 2018/43.

22 Vgl. P.A. Stein, *GS Vermogensrecht*, aant. 12 bij art. 3:12 BW.

afwegende' het resultaat van die afweging wordt genoemd.²³ In andere uitspraken wordt volstaan met de formulering dat 'alle omstandigheden in aanmerkend nemend', een bepaald bedrag wordt toegekend.²⁴

3.27. In andere uitspraken wordt de hoogte van de billijke vergoeding meer gedetailleerd gemotiveerd. De rechter geeft dan per gezichtspunt aan, hoe dit zich vertaalt in de hoogte van het toe te kennen bedrag.²⁵ Als de rechterlijke beslissing over de billijke vergoeding op deze manier wordt gemotiveerd, zal in het algemeen (ruimschoots) zijn voldaan aan de aan die beslissing te stellen motiveringseisen.

Slotsom

3.28. Het voorgaande laat zich als volgt samenvatten.

3.29. De rechter moet in de motivering van zijn oordeel over de hoogte van de billijke vergoeding inzicht te geven in de omstandigheden die tot de beslissing over die hoogte hebben geleid. Als algemene leidraad voor de billijke vergoeding geldt dat die moet worden bepaald op een wijze die, en op het niveau dat, aansluit bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval. Dit betekent dat de rechter in zijn beslissing over de hoogte van de billijke vergoeding in ieder geval tot uitdrukking moet laten komen welke bijzondere omstandigheden van het geval hij heeft meegewogen. Voor zover dat niet vanzelf spreekt, zal uit de motivering van de beslissing ook moeten blijken *op welke wijze* de meegewogen bijzondere omstandigheden van invloed zijn geweest op de hoogte van de vergoeding.

3.30. Hoe gedetailleerd de motivering in een concreet geval precies moet zijn, hangt in belangrijke mate af van het partijdebat. In de motivering zal de rechter in ieder geval duidelijk moeten maken met welke door partijen in de processtukken naar voren gebrachte bijzondere omstandigheden al dan niet rekening is gehouden, en waarom dat wel of niet is gebeurd. Hoe uitvoeriger partijen over het al dan niet meewegen van een of meer bijzondere omstandigheden hebben gedebatteerd, hoe meer van de rechterlijke motivering op dit punt mag worden gevraagd.

3.31. Voor zover elementen van de billijke vergoeding zien op de vergoeding van schade van de werknemer (zoals de waarde van de voortijdig beëindigde arbeidsovereenkomst), zal in het algemeen gelden dat de rechter zo nauwkeurig mogelijk moet bepalen hoe hoog die schade is. Voor zover deze schade zich niet nauwkeurig laat vaststellen, moet de rechter de hoogte daarvan schatten. Wat op dit punt wordt gevegd van de rechterlijke motivering, hangt in belangrijke mate af van de (gede-

tailleerdheid van) de stellingen die partijen op dit punt hebben ingenomen. In het algemeen geldt dat aspecten van de schadebegroting die berusten op een schatting, minder motivering vergen. Ook aan overwegingen die betrekking hebben op een inschatting van bijvoorbeeld de vraag hoe lang de werknemer in dienst zou zijn gebleven, kunnen minder hoge motiveringseisen worden gesteld.

3.32. Voor zover de hoogte van de billijke vergoeding berust op een billijkheidsoordeel van de rechter, kunnen eveneens minder hoge eisen worden gesteld aan de motivering. Een dergelijk oordeel laat zich minder goed laat motiveren. Hetzelfde geldt wanneer de billijke vergoeding tevens compensatie moet bieden voor ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever en ziet op immateriële schade van de werknemer.

3.33. Maar dat betekent niet dat een billijkheidsoordeel zich in het geheel niet laat motiveren. Ook een billijkheidsoordeel kan door de rechter wel degelijk worden beargumenteerd. Die argumenten kunnen echter minder goed kwantitatief (in een specifiek bedrag) worden vertaald. Daar zit dus het verschil met een gewone schadeberekening.

4. De bespreking van het principale cassatiemiddel

4.1. Het principale cassatieberoep is gericht tegen rov. 3.12.1 en 3.12.2 van de beschikking. Het hof overweegt daar het volgende:

'3.12.1. Het hof zal bij het vaststellen van de billijke vergoeding rekening houden met het volgende. Blue Circle heeft de arbeidsovereenkomst met [Werknemer] ten onrechte opgezegd wegens een dringende reden. Hoewel [Werknemer] ook een verwijt treft: (rov: 3:11.3), was op 26 juli 2017 niet sprake van zodanige gedragingen van [Werknemer] dat van Blue Circle niet kon worden gevegd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

Het hof acht het niet aannemelijk dat Blue Circle de arbeidsovereenkomst met [Werknemer] gedurende de eerste twee ziektejaren had kunnen opzeggen of had kunnen laten ontbinden, vanwege de nauwe verwevenheid tussen de arbeidsongeschiktheid van [Werknemer] en het conflict met Blue Circle. Aannemelijk is dat Blue Circle de arbeidsovereenkomst had kunnen laten beëindigen nadat de arbeidsongeschiktheid van [Werknemer] ten minste twee jaar had geduurd (art. 7:670 lid 1 BW), Hef hof zal daarom bij de vaststelling van de billijke vergoeding uitgaan van de periode vanaf 26 juli 2017 tot 26 augustus 2018. Volgens [Werknemer] bedroeg zijn loon gedurende het eerste ziektejaar afgerond € 2.980,= bruto per vier weken en gedurende het tweede ziektejaar afgerond € 2.370,= bruto per vier weken.

3.12.2. Bij de omvang van de billijke vergoeding wordt rekening gehouden met het feit dat [Werknemer] na het ontslag op staande voet geen ander werk heeft gevonden, hij mogelijk aanspraak op een sociale zekerheidsuitkering kon maken, hij in het kader van de WIA-uitkering per 24 augustus 2018 43,72% arbeidsongeschikt is verklaard, hij onlangs met zijn behandelaar heeft afgesproken dat hij werk als taxibuschauffeur voor 20 uur per week gaat verrichten en met de betekenis die de beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft voor de pensioenvoorziening van [Werknemer]. Verder wordt rekening gehouden met de eigen gedragingen van [Werknemer]. Het hof zal op grond van het voorgaande de billijke vergoeding vaststellen op een bedrag van afgerond € 15.000,=, te vermeerderen met de onweersproken verzochte wettelijke rente.'

23 Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch van 9 mei 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1721; Hof 's-Hertogenbosch van 10 januari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:50; Hof 's-Hertogenbosch 1 november 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4536; Hof 's-Hertogenbosch 20 september 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3925; Hof 's-Hertogenbosch 13 september 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3842; Hof 's-Hertogenbosch 22 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:738; Hof Den Haag 28 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2467.

24 Hof Amsterdam 19 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5322, rov. 3.9.

25 Hof Den Haag 29 maart 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:818; Hof Den Haag 30 januari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:120; Hof Arnhem-Leeuwarden 19 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9191; Hof 's-Hertogenbosch 30 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5246; Rb Limburg 25 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8348; Rb Limburg 1 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:7508.

afwegende' het resultaat van die afweging wordt genoemd.²³ In andere uitspraken wordt volstaan met de formulering dat 'alle omstandigheden in aanmerkend nemend', een bepaald bedrag wordt toegekend.²⁴

3.27. In andere uitspraken wordt de hoogte van de billijke vergoeding meer gedetailleerd gemotiveerd. De rechter geeft dan per gezichtspunt aan, hoe dit zich vertaalt in de hoogte van het toe te kennen bedrag.²⁵ Als de rechterlijke beslissing over de billijke vergoeding op deze manier wordt gemotiveerd, zal in het algemeen (ruimschoots) zijn voldaan aan de aan die beslissing te stellen motiveringseisen.

Slotsom

3.28. Het voorgaande laat zich als volgt samenvatten.

3.29. De rechter moet in de motivering van zijn oordeel over de hoogte van de billijke vergoeding inzicht te geven in de omstandigheden die tot de beslissing over die hoogte hebben geleid. Als algemene leidraad voor de billijke vergoeding geldt dat die moet worden bepaald op een wijze die, en op het niveau dat, aansluit bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval. Dit betekent dat de rechter in zijn beslissing over de hoogte van de billijke vergoeding in ieder geval tot uitdrukking moet laten komen welke bijzondere omstandigheden van het geval hij heeft meegewogen. Voor zover dat niet vanzelf spreekt, zal uit de motivering van de beslissing ook moeten blijken *op welke wijze* de meegewogen bijzondere omstandigheden van invloed zijn geweest op de hoogte van de vergoeding.

3.30. Hoe gedetailleerd de motivering in een concreet geval precies moet zijn, hangt in belangrijke mate af van het partijdebat. In de motivering zal de rechter in ieder geval duidelijk moeten maken met welke door partijen in de processtukken naar voren gebrachte bijzondere omstandigheden al dan niet rekening is gehouden, en waarom dat wel of niet is gebeurd. Hoe uitvoeriger partijen over het al dan niet meewegen van een of meer bijzondere omstandigheden hebben gedebatteerd, hoe meer van de rechterlijke motivering op dit punt mag worden gevraagd.

3.31. Voor zover elementen van de billijke vergoeding zien op de vergoeding van schade van de werknemer (zoals de waarde van de voortijdig beëindigde arbeidsovereenkomst), zal in het algemeen gelden dat de rechter zo nauwkeurig mogelijk moet bepalen hoe hoog die schade is. Voor zover deze schade zich niet nauwkeurig laat vaststellen, moet de rechter de hoogte daarvan schatten. Wat op dit punt wordt geveerd van de rechterlijke motivering, hangt in belangrijke mate af van de (gede-

tailleerdheid van) de stellingen die partijen op dit punt hebben ingenomen. In het algemeen geldt dat aspecten van de schadebegroting die berusten op een schatting, minder motivering vergen. Ook aan overwegingen die betrekking hebben op een inschatting van bijvoorbeeld de vraag hoe lang de werknemer in dienst zou zijn gebleven, kunnen minder hoge motiveringseisen worden gesteld.

3.32. Voor zover de hoogte van de billijke vergoeding berust op een billijkheidsoordeel van de rechter, kunnen eveneens minder hoge eisen worden gesteld aan de motivering. Een dergelijk oordeel laat zich minder goed laat motiveren. Hetzelfde geldt wanneer de billijke vergoeding tevens compensatie moet bieden voor ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever en ziet op immateriële schade van de werknemer.

3.33. Maar dat betekent niet dat een billijkheidsoordeel zich in het geheel niet laat motiveren. Ook een billijkheidsoordeel kan door de rechter wel degelijk worden beargumenteerd. Die argumenten kunnen echter minder goed kwantitatief (in een specifiek bedrag) worden vertaald. Daar zit dus het verschil met een gewone schadeberekening.

4. De bespreking van het principale cassatiemiddel

4.1. Het principale cassatieberoep is gericht tegen rov. 3.12.1 en 3.12.2 van de beschikking. Het hof overweegt daar het volgende:

'3.12.1. Het hof zal bij het vaststellen van de billijke vergoeding rekening houden met het volgende. Blue Circle heeft de arbeidsovereenkomst met [Werknemer] ten onrechte opgezegd wegens een dringende reden. Hoewel [Werknemer] ook een verwijt treft: (rov: 3:11.3), was op 26 juli 2017 niet sprake van zodanige gedragingen van [Werknemer] dat van Blue Circle niet kon worden geveerd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

Het hof acht het niet aannemelijk dat Blue Circle de arbeidsovereenkomst met [Werknemer] gedurende de eerste twee ziektejaren had kunnen opzeggen of had kunnen laten ontbinden, vanwege de nauwe verwevenheid tussen de arbeidsongeschiktheid van [Werknemer] en het conflict met Blue Circle. Aannemelijk is dat Blue Circle de arbeidsovereenkomst had kunnen laten beëindigen nadat de arbeidsongeschiktheid van [Werknemer] ten minste twee jaar had geduurd (art. 7:670 lid 1 BW), Hef hof zal daarom bij de vaststelling van de billijke vergoeding uitgaan van de periode vanaf 26 juli 2017 tot 26 augustus 2018. Volgens [Werknemer] bedroeg zijn loon gedurende het eerste ziektejaar afgerond € 2.980,= bruto per vier weken en gedurende het tweede ziektejaar afgerond € 2.370,= bruto per vier weken.

3.12.2. Bij de omvang van de billijke vergoeding wordt rekening gehouden met het feit dat [Werknemer] na het ontslag op staande voet geen ander werk heeft gevonden, hij mogelijk aanspraak op een sociale zekerheidsuitkering kon maken, hij in het kader van de WIA-uitkering per 24 augustus 2018 43,72% arbeidsongeschikt is verklaard, hij onlangs met zijn behandelaar heeft afgesproken dat hij werk als taxibuschauffeur voor 20 uur per week gaat verrichten en met de betekenis die de beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft voor de pensioenvoorziening van [Werknemer]. Verder wordt rekening gehouden met de eigen gedragingen van [Werknemer]. Het hof zal op grond van het voorgaande de billijke vergoeding vaststellen op een bedrag van afgerond € 15.000,=, te vermeerderen met de onweersproken verzochte wettelijke rente.'

23 Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch van 9 mei 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1721; Hof 's-Hertogenbosch van 10 januari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:50; Hof 's-Hertogenbosch 1 november 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4536; Hof 's-Hertogenbosch 20 september 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3925; Hof 's-Hertogenbosch 13 september 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3842; Hof 's-Hertogenbosch 22 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:738; Hof Den Haag 28 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2467.

24 Hof Amsterdam 19 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5322, rov. 3.9.

25 Hof Den Haag 29 maart 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:818; Hof Den Haag 30 januari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:120; Hof Arnhem-Leeuwarden 19 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9191; Hof 's-Hertogenbosch 30 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5246; Rb Limburg 25 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8348; Rb Limburg 1 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:7508.

4.2. Het cassatiemiddel bestaat uit één onderdeel. Het onderdeel bestaat uit een primaire en een subsidiaire rechts- en motiveringsklacht.

4.3. In de *primaire rechtsklacht* wordt betoogd dat het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van de aan de motivering van de hoogte van de billijke vergoeding te stellen eisen. Volgens de klacht kan de rechter er niet mee volstaan om een opsomming te geven van de gezichtspunten die bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding worden betrokken maar dient hij daarbij tevens te vermelden of de gezichtspunten een verhogend dan wel een verlagend effect hebben. Ook dient te worden gemotiveerd in welke mate de betreffende gezichtspunten leiden tot verhoging dan wel verlaging van de billijke vergoeding. Het hof heeft in deze zaak, door een blote opsomming te geven van de gezichtspunten gevolgd door een bedrag, zonder te vermelden in welke mate de verschillende gezichtspunten zijn gewogen, blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

4.4. Dat in de motivering tot uitdrukking moet worden gebracht hoe de verschillende factoren van invloed zijn op de hoogte van de vergoeding, in die zin dat per gezichtspunt een vertaalslag naar het uiteindelijke bedrag moet worden gemaakt, is uit de rechtspraak van de Hoge Raad niet af te leiden. Uit die rechtspraak volgt slechts dat de rechter inzicht moet geven in de factoren die tot de vergoeding hebben geleid en dat de omvang van de motiveringsplicht afhangt van de omstandigheden van het geval, waaronder het partijdebat. Het is niet ondenkbaar dat aan deze eisen is voldaan, wanneer de rechter volstaat met een opsomming van de verschillende factoren die van invloed zijn op de hoogte van de vergoeding. Een enkele opsomming van de factoren die van invloed zijn op de hoogte van de vergoeding kan niet genoeg zijn, als door de rechter niet op alle essentiële stellingen van partijen is gerepondeerd, bijvoorbeeld doordat een opgevoerde schadepost zonder nadere toelichting buiten beschouwing is gebleven of een door partijen genoemde factor die van invloed is op de hoogte van de vergoeding onbesproken is gebleven. Wat er op dit punt van de rechterlijke motivering mag worden verwacht, wordt in grote mate bepaald door wat partijen over en weer hebben aangevoerd. Daarmee kan het uitgangspunt dat de rechter *nooit* zou kunnen volstaan met het weergeven van de factoren die bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding zijn meegewogen, in zijn algemeenheid niet worden onderschreven.

De primaire rechtsklacht faalt dan ook.

4.5. De *primaire motiveringsklacht* houdt in dat het hof, indien het niet is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, zijn oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd, omdat niet inzichtelijk is waarom de in rov. 3.12.2 genoemde factoren leiden tot een billijke vergoeding van € 15.000,= nu de loonwaarde die het hof tot uitgangspunt neemt ruim € 35.000,= bedraagt en het hof niet heeft vermeld of de genoemde gezichtspunten een verhogend of een verlagend effect op de hoogte van het bedrag hebben.

4.6. Bij de beoordeling van deze klacht is voorop te stellen dat het in de onderhavige zaak gaat om een billijke vergoeding op de voet van art. 7:683 lid 3 BW. Uit de [...] -beschikking volgt dat deze billijke vergoeding dient als een alternatief voor herstel van de arbeidsovereenkomst en dat de appelrechter daarom bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding de gevolgen voor de werknemer van het verlies van de

arbeidsovereenkomst dient te betrekken.²⁶ Ook de overige omstandigheden van het geval moeten in aanmerking worden genomen, waaronder de eventuele verwijtbaarheid van het handelen van de werkgever. Verder kunnen ook de gezichtspunten die in de *New Hairstyle*-beschikking zijn gegeven worden toegepast bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding.

4.7. Ik begrijp de klacht zo, dat uit de overwegingen van het hof niet is af te leiden waarom, en in welk opzicht, de in rov. 3.12.2 genoemde omstandigheden van invloed zijn op de hoogte van de billijke vergoeding. Deze klacht is terecht voorgesteld. Uitgaande van het doel van de billijke vergoeding die hier aan de orde is, een alternatief voor herstel van de arbeidsovereenkomst en compensatie van de werknemer voor het verlies van de arbeidsovereenkomst, is niet duidelijk hoe het hof de in rov. 3.12.2 genoemde omstandigheden heeft betrokken bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding. Dat geldt in het bijzonder voor zover het gaat om omstandigheden van ná het moment dat Blue Circle de arbeidsovereenkomst had kunnen laten beëindigen (na het verstrijken van de eerste twee ziektejaren). Voor zover het hof hier de 'overige in de *New Hairstyle*-beschikking gegeven gezichtspunten' heeft mee willen wegen, had in de motivering van de beslissing tot uitdrukking moeten worden gebracht of, en waarom, de genoemde gezichtspunten tot een opwaartse dan wel neerwaartse bijstelling van de billijke vergoeding – als alternatief voor herstel van de arbeidsovereenkomst – hebben geleid.

4.8. In de *subsidiaire rechts- en/of motiveringsklacht* wordt de vraag voorgelegd of het hof in het licht van het partijdebat voldoende inzichtelijk heeft gemaakt op grond waarvan de billijke vergoeding op € 15.000,= is bepaald. Volgens de rechtsklacht moet de rechter ingaan op cijfermatig voldoende onderbouwde schadeposten en vermelden hoe deze in de billijke vergoeding zijn verdisconteerd. Werknemer heeft aangevoerd dat zijn inkomensschade over de periode 26 juli 2017 tot 26 augustus 2018 € 36.512,= bedraagt en dat de pensioenschade € 4.479,28 bedraagt. Voorts heeft hij aangevoerd dat een werknemer die arbeidsongeschikt uit dienst gaat op grond van art. 29 van het Pensioenreglement een premievrije opbouw van het pensioenkapitaal heeft. Door het onterecht gegeven ontslag op staande voet is Werknemer deze misgelopen, wat leidt tot een schadepost van € 13.444,26. Het hof heeft door slechts te overwegen dat 'rekening wordt gehouden met de betekenis die de beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft voor de pensioenvoorziening van Werknemer', onvoldoende inzicht gegeven in de wijze waarop de pensioenschade zich heeft vertaald in de begroting van de billijke vergoeding. Het hof heeft daarmee miskend dat, als een werknemer zijn materiële schade voldoende onderbouwt, de appelrechter niet kan volstaan met de enkele vermelding dat die schadepost is meegewogen maar ook moet toelichten in welke mate de concreet onderbouwde schadepost in de billijke vergoeding tot uitdrukking komt.

4.9. Voorop te stellen is dat, zoals volgt uit de *New Hairstyle*-beschikking, op elementen van de billijke vergoeding die zien op vergoeding van schade van de werknemer, de regels van schadebegroting van art. 6:95 BW e.v. van toepassing zijn. Verder volgt uit de [...] -beschikking, zoals gezegd, dat de billijke vergoeding van art. 7:683 lid 3 BW als alternatief voor

26 HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:857, NJ 2019/171 m.nt. E. Verhulp, JAR 2018/168 m.nt. A. van Zanten-Baris, JIN 2018/126 m.nt. B.J. Sap, TRA 2018/78 m.nt. D.J. Buijs ([...]).

herstel van de arbeidsovereenkomst dient en dat het daarom in de rede ligt dat de appelrechter bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding de gevolgen voor de werknemer van het verlies van de arbeidsovereenkomst betreft.²⁷ Deze twee uitgangspunten brengen mee dat voor zover elementen van de billijke vergoeding zien op schade die de werknemer lijdt door het verlies van de arbeidsovereenkomst, de rechter die schade volgens de regels van art. 6:95 BW e.v. begroot. Nu het hier in beginsel zal gaan om materiële schade (zoals gemist loon en pensioenschade) die zich nauwkeurig laat vaststellen, mag van de rechter worden verwacht dat in de motivering van de beslissing tot uitdrukking wordt gebracht of, en tot welk bedrag, deze schadeposten bij de berekening van de billijke vergoeding in aanmerking (dan wel tot vertrekpunt) zijn genomen.

4.10. Hoe gedetailleerd die motivering precies moet zijn, hangt af van het partijdebat. Als de rechter van oordeel is dat bepaalde schadeposten door de werknemer onvoldoende zijn onderbouwd, in het licht van de betwisting door de wederpartij, en om die reden buiten beschouwing zijn gelaten, zal dát uit de motivering moeten blijken. De rechter kan natuurlijk ook vragen om een nadere toelichting of onderbouwing van de schadepost.

4.11. Voor zover uit de overwegingen 3.12.1 en 3.12.2 moet worden afgeleid dat het hof de voorgaande uitgangspunten heeft miskend, slaagt de rechtsklacht.

4.12. Het hof heeft tot uitgangspunt genomen (rov. 3.12.1) dat niet aannemelijk is dat Blue Circle de arbeidsovereenkomst met Werknemer gedurende de eerste twee ziektejaren had kunnen beëindigen. Tevens is tot uitgangspunt genomen dat het loon van Werknemer gedurende het eerste ziektejaar € 2.980,= bruto per vier weken en gedurende het tweede ziektejaar € 2.370,= bruto per vier zaken bedroeg. Dat betekent dat het hof aan 'loonwaarde' een bedrag van ongeveer € 35.000,= tot startpunt bij de begroting van de billijke vergoeding heeft genomen.²⁸ Verder heeft het hof in aanmerking genomen (rov. 3.12.2) 'de betekenis die de beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft voor de pensioenvoorziening van Werknemer'. Deze schade is door Werknemer gecijferd op € 4.479,28 (gemiste opbouw pensioenkapitaal) en € 13.444,26 (gemis premievrije opbouw pensioenkapitaal).²⁹ Uit de overwegingen van het hof blijkt niet of het hof ook van deze bedragen is uitgegaan. Alleen al hierom is het oordeel van het hof onvoldoende gemotiveerd.

4.13. Evenmin blijkt hoe het hof tot het bedrag van € 15.000,= is gekomen, terwijl de gestelde inkomens- en pensioenschade uitkomt op een bedrag van bijna € 55.000,=. Ook in dit opzicht is het oordeel van het hof onvoldoende gemotiveerd.

4.14. Het hof heeft ook bij zijn oordeel betrokken dat Werknemer 'mogelijk aanspraak op een sociale zekerheidsuitkering [kon] maken' (rov. 3.12.2). Niet duidelijk is wat het hof hier precies bedoelt en evenmin is duidelijk op welke wijze het hof deze (veronderstelde) omstandigheid bij zijn oordeel heeft betrokken. Ik heb in de processtukken in feitelijke instanties geen informatie aangetroffen over aanspraken van Werknemer op een sociale zekerheidsuitkering, anders dan de mede-

deling van Werknemer dat hij geen uitkering heeft gekregen³⁰ en de mededeling van Blue Circle 'dat rekening moet worden gehouden met de aan Werknemer toekomende sociale zekerheidsuitkering(en)'.³¹

Het oordeel van het hof is ook op dit punt onvoldoende gemotiveerd.

4.15. Voor wat betreft het meewegen van de eigen gedragingen van Werknemer merk ik op dat uit de bestreden overwegingen niet blijkt welke gedragingen het hof precies op het oog heeft. Het hof heeft daarover geen feiten vastgesteld. Ten aanzien van de veronderstelde werkweigering van Werknemer geldt het volgende. De eerste stopzetting van de loonbetaling per 13 februari 2017 wegens het niet hervatten door Werknemer van zijn werkzaamheden is gevolgd door een deskundigenoordeel van het UWV van 4 april 2017, waaruit blijkt dat Werknemer op 3 februari 2017 zijn eigen werk niet volledig kon doen. De tweede stopzetting van de loonbetaling per 19 mei 2017 is (in tweede instantie) gevolgd door een deskundigenoordeel van het UWV van 15 augustus 2017, waarin is geoordeeld dat Werknemer op 18 mei 2017 zijn eigen werk niet kon doen.

4.16. Voor wat betreft de in aanmerking te nemen omstandigheden van het geval is ook nog van belang dat, voor zover ik heb kunnen nagaan, Werknemer geen aanspraak heeft kunnen maken op de transitievergoeding.³²

4.17. Het voorgaande betekent dat de subsidiaire motiveringsklacht eveneens slaagt.

5. Bespreking van het voorwaardelijk incidentele cassatiemiddel

5.1. Het incidentele cassatiemiddel, dat is ingesteld onder de voorwaarde dat een of meer principale cassatieklachten slagen, richt zich eveneens tegen de vaststelling van de omvang van de billijke vergoeding in rov. 3.12.1 en 3.12.2. Nu het principale cassatiemiddel slaagt, moet ook het incidenteel ingestelde cassatieverzoek worden beoordeeld.

5.2. De advocaat van Werknemer heeft erop gewezen dat de advocaat van Blue Circle geen verzoek heeft ingediend om het incidenteel cassatieberoep schriftelijk te mogen toelichten. Desondanks is hij in zijn schriftelijke toelichting niet alleen ingegaan op het principale cassatieberoep, maar ook op het

27 HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:857, NJ 2019/171 m.nt. E. Verhulp, JAR 2018/168 m.nt. A. van Zanten-Baris, JIN 2018/126 m.nt. B.J. Sap, TRA 2018/78 m.nt. D.J. Buijs (...).

28 Zie ook de berekening van Werknemer, die uitkomt op een gemist loonbedrag van € 36.512,= (beroepschrift onder 91).

29 Zie prod. 61 en de pleitnota in hoger beroep, p. 7 (door mij genummerd), eerste drie alinea's.

30 Pleitnota hoger beroep Werknemer, p. 6 (door mij genummerd), laatste alinea. Werknemer heeft tevens gesteld dat hij zijn huis heeft moeten verkopen om rond te kunnen komen, zie proces-verbaal van de mondelinge behandeling in hoger beroep, p. 3.

31 Pleitnota hoger beroep Blue Circle, p. 4 (door mij genummerd), laatste zin.

32 In de processtukken is hierover door Werknemer het volgende naar voren gebracht. Vanaf 5 maart 2011 is Werknemer als uitzendkracht voor [B] BV gaan werken. Aansluitend is hij per 30 december 2012 in dienst getreden bij [B] BV. Dit bedrijf is overgegaan naar [A] BV, zodat volgens Werknemer art. 7:662 BW van toepassing was. Omdat [A] BV Werknemer niet in dienst wilde nemen, is Werknemer via Blue Circle (een payroll-bedrijf) te werk gesteld bij [A]. In de payroll-overeenkomst is bedongen dat het arbeidsverleden van Werknemer bij [B] BV 'op geen enkele wijze van invloed is op de hoogte van enige eventuele toekomstige vergoeding van werkgever aan werknemer. De relevante dienstjaren van werknemer voor eventuele toekomstige vergoeding van de werkgever beginnen te tellen met ingang van de datum indiensttreding bij werkgever' (zie verweerschrift Blue Circle onder 17.) Zie nader verzoekschrift onder 8-12; conclusie van repliek onder 9-22 en verweerschrift in het incidenteel appel onder 31 en 36. Werknemer heeft daar aanspraak gemaakt op een transitievergoeding van € 8.301,40.

incidentele cassatieberoep. De advocaat van Werknemer maakt hier bezwaar tegen en verzoekt de Hoge Raad om de schriftelijke toelichting, voor zover deze ziet op het incidentele cassatieberoep, buiten beschouwing te laten.

5.3. Ik stel vast dat de advocaat van Werknemer bij conclusie van repliek de mogelijkheid heeft gehad om op de in het incidentele cassatieberoep genomen schriftelijke toelichting te reageren en van die mogelijkheid ook gebruik heeft gemaakt. De advocaat van Werknemer heeft dan ook geen belang bij het buiten beschouwing laten van de schriftelijke toelichting. Om die reden dient het bezwaar te worden verworpen.

5.4. In het incidentele cassatiemiddel wordt geklaagd dat het hof het recht onjuist heeft toegepast, dan wel een onvoldoende gemotiveerd oordeel heeft gegeven, door onvoldoende kenbaar in zijn overwegingen te betrekken dat Blue Circle heeft aangevoerd dat (i) Blue Circle geen verwijt kan worden gemaakt van de omstandigheid dat het UWV haar oordeel omtrent de arbeidsongeschiktheid van Werknemer heeft bijgesteld en dat dit niet voor haar rekening dient te komen,³³ en (ii) sprake is geweest van een kortdurend dienstverband, namelijk van 8 februari 2016 tot 26 juli 2017.³⁴

5.5. Blue Circle heeft zowel in eerste aanleg als in hoger beroep betoogd dat haar niet kan worden verweten dat het UWV zijn oordeel over de arbeidsongeschiktheid van Werknemer heeft bijgesteld. Daarbij is Blue Circle er kennelijk van uitgegaan dat Werknemer geen aanspraak kon maken op een billijke vergoeding, omdat zij niet ernstig verwijtbaar heeft gehandeld.³⁵ Nu voor de billijke vergoeding van art. 7:683 lid 3 BW – als alternatief voor herstel van de arbeidsovereenkomst – echter niet is vereist dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever, is het geenszins onbegrijpelijk dat het hof niet nader is ingegaan op de desbetreffende stelling van Blue Circle.

5.6. Uit de [...]beschikking blijkt dat verwijtbaar handelen van de werkgever of juist het ontbreken daarvan, wel een bij de hoogte van de billijke vergoeding mee te wegen omstandigheid kan zijn (zie onder 3.16). Voor zover de stelling van Blue Circle ook in die zin zou moeten worden opgevat, geldt het volgende.

5.7. In het oordeel van het hof ligt besloten dat het geen aanleiding heeft gezien om in de stelling van Blue Circle dat zij niet verwijtbaar heeft gehandeld omdat zij is afgegaan op het eerste deskundigenoordeel van het UWV, de billijke vergoeding naar beneden bij te stellen. Dat is begrijpelijk, omdat de latere wijziging van het deskundigenoordeel in de risicosfeer van Blue Circle ligt. Dat geldt temeer nu vaststaat dat Blue Circle ten tijde van het ontslag er mee bekend was dat Werknemer een klacht bij het UWV had ingediend omdat de informatie van de GGZ niet bij het deskundigenoordeel van 5 juli 2017 was betrokken. Dat blijkt uit het e-mailbericht van 21 juli 2017 van de advocaat van Werknemer aan de advocaat van Blue Circle. Hierop stuit de motiveringsklacht af.

5.8. Overigens komt het mij voor dat Blue Circle wel degelijk verwijtbaar heeft gehandeld, nu zij niet bereid was om na het gewijzigde deskundigenoordeel van het UWV desverzocht

het ontslag op staande voet terug te draaien (zie hiervoor onder 1.19 en 1.20). Daarmee heeft Blue Circle welbewust het gewijzigde deskundigenoordeel genegeerd.

5.9. Het argument dat Werknemer maar een kort dienstverband heeft gehad bij Blue Circle, is door het hof niet expliciet besproken. Uit het feit dat het hof in rov. 3.12.2 deze omstandigheid niet noemt, is af te leiden dat het hof hierin geen aanleiding heeft gezien tot een (verdere) neerwaartse bijstelling van de billijke vergoeding. Waarom het hof dat vindt, blijkt echter niet. Nu Blue Circle in de processtukken herhaaldelijk heeft aangevoerd (zij het zeer summier) dat de korte duur van het dienstverband aanleiding zou moeten zijn om de billijke vergoeding te corrigeren of op nihil te stellen, had het hof in zijn beslissing tot uitdrukking moeten laten komen waarom daarmee geen rekening is gehouden.

5.10. In zoverre slaagt ook het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep.

6. Conclusie in het principale en incidentele cassatieberoep

De conclusie strekt tot vernietiging en verwijzing.

Hoge Raad

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. de beschikking in de zaak 6337947 AZ VERZ 17-77 van de rechtbank Zeeland-West-Brabant van 10 januari 2018;
- b. de beschikking in de zaak 200.237.216/01 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 20 september 2018.

De werknemer heeft tegen de beschikking van het hof beroep in cassatie ingesteld.

Blue Circle heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. Het cassatierekest en het verweerschrift tevens houdende voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep zijn aan deze beschikking gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer een verweerschrift tot verwerping van het beroep ingediend.

De conclusie van de Advocaat-Generaal R.H. de Bock strekt tot vernietiging en verwijzing.

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. Deze zaak gaat over de motiveringseisen die gelden bij een beslissing over de hoogte van een billijke vergoeding als bedoeld in art. 7:683 lid 3 BW.

2.2. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) De werknemer, geboren in 1957, is in februari 2016 in dienst getreden van Blue Circle op basis van een payroll-overeenkomst voor onbepaalde tijd. Hij was werkzaam als chauffeur voor 40 uur per week, tegen een salaris van € 13,91 bruto per uur, te vermeerderen met vakantiebijslag en toeslagen.

(ii) De werknemer is op basis van de payroll-overeenkomst ter beschikking gesteld aan [A] B.V. (hierna: de transportonderneming).

(iii) De werknemer heeft zich op 26 augustus 2016 ziek gemeld.

(iv) De bedrijfsarts heeft in een verslag van 28 november 2016 geconcludeerd dat de werknemer niet geschikt was voor zijn eigen werk als vrachtwagenchauffeur, maar dat hij wel drie halve dagen per week aangepast werk zou kunnen doen. De werknemer heeft schoonmaakwerkzaamheden op het buitenterrein van Blue Circle verricht.

(v) De bedrijfsarts heeft in een probleemanalyse van 25 januari 2017 geschreven dat de werknemer door het aangepaste

33 Verwezen wordt naar verweerschrift in eerste aanleg, onder nr. 222, conclusie van dupliek, onder nr. 85; pleitnota in hoger beroep, onder nr. 17.

34 Verwezen wordt naar conclusie van dupliek, onder nr. 85; verweerschrift in hoger beroep, onder nr. 126; pleitnota in hoger beroep, onder nr. 17.

35 Zie haar stellingen in het verweerschrift onder 222 en in de conclusie van dupliek onder 85.

werk stress ondervond. Hij heeft Blue Circle geadviseerd om in een gesprek met de werknemer tot een oplossing te komen en vermeldt dat hij, indien niet voor 3 februari 2017 tot een oplossing zou zijn gekomen, de werknemer per die datum arbeidsgeschikt achtte voor diens eigen werk.

(vi) Een gesprek tussen Blue Circle en de werknemer begin februari 2017 heeft niet geleid tot een oplossing. Blue Circle is op 13 februari 2017 gestopt met de betaling van het loon van de werknemer, omdat hij zijn werkzaamheden als vrachtwagenchauffeur niet wilde hervatten.

(vii) De werknemer heeft een deskundigenoordeel bij het UWV aangevraagd. Hij heeft met instemming van Blue Circle vanaf 13 februari 2017 zijn vakantiedagen opgenomen. De werknemer is gewaarschuwd dat hij redelijke instructies van Blue Circle moest opvolgen, dat hij zich niet meer schuldig mocht maken aan een negatieve houding of gedrag en dat hij zijn re-integratieverplichtingen diende na te komen.

(viii) Het UWV heeft in een deskundigenoordeel van 4 april 2017 geoordeeld dat de werknemer zijn eigen werk op 3 februari 2017 niet volledig kon doen.

(ix) Blue Circle heeft in een brief van 13 april 2017 de werknemer opgeroepen om op 14 april 2017 zijn werkzaamheden te hervatten. Hij is voor een tweede maal gewaarschuwd. De werknemer heeft op 14 april 2017 aangepaste werkzaamheden verricht bij de transportonderneming. Blue Circle heeft de betaling van het loon vanaf 14 april 2017 hervat.

(x) De werknemer heeft in de tweede helft van april 2017 gedurende drie dagen aangepaste werkzaamheden verricht bij de transportonderneming. De gemachtigde van Blue Circle heeft in een e-mail van 21 april 2017 aan de gemachtigde van de werknemer geschreven dat Blue Circle klachten van de transportonderneming bleef ontvangen en dat de werknemer ondanks de eerdere waarschuwingen zijn negatieve houding niet had verbeterd. De werknemer is voor een derde maal gewaarschuwd.

(xi) De bedrijfsarts heeft in een probleemanalyse van 26 april 2017 geschreven dat hij de werknemer arbeidsgeschikt achtte voor zijn werk als vrachtwagenchauffeur. Hij heeft de werknemer een time-out van twee weken geadviseerd om twee opties te overdenken: re-integratie in eigen werk, of met Blue Circle afspraken maken over hoe uit elkaar te gaan. Blue Circle heeft ingestemd met de time-out. Zij heeft de werknemer gedurende deze periode vrijgesteld van het verrichten van werkzaamheden met behoud van loon. De gemachtigde van Blue Circle heeft in een e-mail van 26 april 2017 aan de werknemer de twee opties van de bedrijfsarts voorgesteld, een gesprek voorgesteld en hem een vierde keer gewaarschuwd dat hij zich aan zijn verplichtingen moest houden.

(xii) Blue Circle en de werknemer hebben een gesprek gevoerd, dat geen oplossing heeft gebracht. Blue Circle heeft de werknemer opgeroepen om werkzaamheden bij de transportonderneming te hervatten.

(xiii) De werknemer heeft op 18 mei 2017 werkzaamheden bij de transportonderneming verricht. De gemachtigde van de werknemer heeft in een e-mail van die dag aan de gemachtigde van Blue Circle geschreven dat de werknemer was meegereden met een chauffeur van de transportonderneming, dat het hem voorkwam dat de werknemer concentratie- en geheugenproblemen had en dat hij ernstige twijfels had bij het vermogen van de werknemer om een vrachtauto te besturen.

(xiv) De werknemer heeft zich op 19 mei 2017, na een afspraak bij de GGZ, ziek gemeld. De bedrijfsarts heeft op 23 mei 2017 aan Blue Circle geschreven dat hij geen beperkingen zag op basis van ziekte of gebrek. Blue Circle is daarom

per 19 mei 2017 voor de tweede maal gestopt met de betaling van het loon.

(xv) Het UWV heeft in een deskundigenoordeel van 5 juli 2017 geoordeeld dat de werknemer zijn eigen werk op 18 mei 2017 wel kon doen.

(xvi) De gemachtigde van Blue Circle heeft in een e-mail van 21 juli 2017 aan de gemachtigde van de werknemer geschreven dat de intussen gehouden mediation zonder resultaat was beëindigd en dat de werknemer op 24 juli 2017 bij de transportonderneming werd verwacht om zijn werkzaamheden als vrachtwagenchauffeur te hervatten. De gemachtigde van de werknemer heeft per e-mail diezelfde dag daarop geantwoord dat de werknemer zich arbeidsongeschikt achtte, geen gevolg kon geven aan de oproep zijn werk te hervatten en dat het UWV had laten weten dat een nieuwe beoordeling zou plaatsvinden.

(xvii) Blue Circle heeft de werknemer op 24 juli 2017 op non-actief gesteld. De werknemer is op 26 juli 2017 op staande voet ontslagen wegens, samengevat, het meerdere malen niet nakomen van afspraken en interne regels, het veronachtzamen van plichten op grond van de arbeidsovereenkomst, het zich niet gedragen als goed werknemer, het weigeren te voldoen aan redelijke bevelen en opdrachten en onwettig verzuim dan wel werkweigering.

(xviii) Het UWV heeft in een brief van 15 augustus 2017 de uitslag van het deskundigenoordeel van 5 juli 2017 bijgesteld, omdat bij de behandeling van de aanvraag geen rekening was gehouden met informatie van de GGZ. Het UWV heeft geoordeeld dat de werknemer zijn eigen werk op 18 mei 2017 inderdaad niet kon doen. In de bijgevoegde vervolgrapportage van de verzekeringsarts van 11 augustus 2017 is geschreven:

‘De aanvullende medische rapportage werpt een ander licht op de medische situatie wat betreft inzetbaarheid. Cliënt heeft op 23-05-2017 een uitgebreide intake gehad + behandeladvies. Zie de rapportage GGZ van 23-05-2017 (individueel behandelplan).

Met betrekking tot suïcidaliteit is er sprake van een hoog risico (...). Met deze gegevens kan niet verwacht worden dat een werknemer beroepsmatig deelneemt aan het verkeer.’

(xix) De gemachtigde van de werknemer heeft op 22 augustus 2017 verzocht het ontslag op staande voet in te trekken en het salaris door te betalen vanaf 18 mei 2017. Blue Circle heeft volhard in het ontslag.

2.3.1. De werknemer verzoekt in dit geding, voor zover in cassatie van belang, (i) een verklaring voor recht dat sprake is van een opzegverbod en dat aan de opzegging van de arbeidsovereenkomst geen dringende reden ten grondslag ligt; en (ii) veroordeling primair tot herstel van de arbeidsovereenkomst met onder meer betaling van gederfd loon, of subsidiair tot betaling van een billijke vergoeding van € 55.000,=, dan wel een in goede justitie te bepalen bedrag.

2.3.2. De kantonrechter heeft het ontslag op staande voet rechtsgeldig bevonden.

2.3.3. Het hof heeft geoordeeld dat de feiten en omstandigheden die Blue Circle aan het ontslag op staande voet ten grondslag heeft gelegd, geen dringende reden opleveren en de werknemer op grond van art. 7:683 lid 3 BW een billijke vergoeding van € 15.000,= toegekend.³⁶ Daartoe heeft het hof onder meer als volgt overwogen.

36 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 september 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3938.

Blue Circle heeft de arbeidsovereenkomst met de werknemer ten onrechte opgezegd wegens een dringende reden. De werknemer was vanaf 18 mei 2017 arbeidsongeschikt en kon zijn eigen werk niet doen. De weigering van de werknemer om op 24 juli 2017 bij de transportonderneming te verschijnen en het feit dat hij zijn werk als vrachtwagenchauffeur niet heeft hervat, leveren geen dringende reden voor ontslag op. (rov. 3.11.1)

Ook de overige door Blue Circle aan het ontslag ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden leveren geen dringende reden op. Blue Circle heeft geprobeerd om het conflict op te lossen door gesprekken, een time-out en mediation, maar zij heeft ook de druk op de werknemer steeds verder opgevoerd. Zij heeft het loon ingehouden omdat de werknemer niet kwam werken, hem in april 2017 opgeroepen om zijn werk als vrachtwagenchauffeur te hervatten terwijl het UWV had geoordeeld dat hij dit niet volledig kon doen, en zij heeft uiteindelijk bedreigd met een ontslag op staande voet als hij niet kwam werken. De werknemer kampte toen met ernstige psychische klachten. De werknemer treft ook een verwijt. Van hem had mogen worden verwacht dat hij de ernst van de klachten van Blue Circle en de transportonderneming over zijn houding en gedrag had ingezien en zelf meer initiatief had getoond om het arbeidsconflict op een positieve manier te beïnvloeden. Maar er was op 26 juli 2017 niet sprake van zodanige gedragingen van de werknemer dat van Blue Circle niet kon worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. (rov. 3.11.3)

Herstel van de dienstbetrekking ligt niet in de rede. Wel dient een billijke vergoeding te worden toegekend. (rov. 3.12)

Niet aannemelijk is dat Blue Circle de arbeidsovereenkomst met de werknemer gedurende de eerste twee ziektejaren had kunnen opzeggen of had kunnen laten ontbinden, wegens de nauwe verwevenheid tussen de arbeidsongeschiktheid van de werknemer en het conflict met Blue Circle. Aannemelijk is dat Blue Circle de arbeidsovereenkomst had kunnen laten beëindigen nadat de arbeidsongeschiktheid van de werknemer ten minste twee jaar had geduurd (art. 7:670 lid 1 BW). Daarom zal het hof bij de vaststelling van de billijke vergoeding uitgaan van de periode vanaf 26 juli 2017 tot 26 augustus 2018. Volgens de werknemer bedroeg zijn loon gedurende het eerste ziektejaar afgerond € 2.980,= bruto per vier weken en gedurende het tweede ziektejaar afgerond € 2.370,= bruto per vier weken. (rov. 3.12.1)

Bij de omvang van de billijke vergoeding wordt rekening gehouden met het feit dat de werknemer na het ontslag op staande voet geen ander werk heeft gevonden, hij mogelijk aanspraak op een socialezekerheidsuitkering kon maken, hij in het kader van de WIA-uitkering per 24 augustus 2018 43,72% arbeidsongeschikt is verklaard, hij onlangs met zijn behandelaar heeft afgesproken dat hij werk als taxibuschauffeur voor 20 uur per week gaat verrichten, en met de betekenis die de beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft voor de pensioenvoorziening van de werknemer. Verder wordt rekening gehouden met de eigen gedragingen van de werknemer. Het hof zal op grond van het voorgaande de billijke vergoeding vaststellen op een bedrag van afgerond € 15.000,=. (rov. 3.12.2)

3. Beoordeling van het middel in het principale beroep

3.1. Het middel in het principale beroep klaagt over de motivering van de beslissing over de hoogte van de billijke vergoeding. Het betoogt onder meer dat het hof, door te volstaan met de enkele opsomming van de omstandigheden die het in

aanmerking heeft genomen, onvoldoende inzicht heeft gegeven in de overwegingen die ertoe hebben geleid om, uitgaande van het door het hof als vertrekpunt genomen bedrag aan loonderving (dat volgens het middel uitkomt op iets minder dan € 35.000,=), slechts een bedrag van € 15.000,= toe te wijzen. Het middel wijst er voorts op dat de werknemer zijn schade als gevolg van gemiste pensioenopbouw heeft gecijferd op € 4.479,28 en € 13.444,26.

3.2.1. In zijn beschikking van 8 juni 2018³⁷ heeft de Hoge Raad onder meer het volgende overwogen. Een op de voet van art. 7:683 lid 3 BW toe te kennen billijke vergoeding dient als een alternatief voor herstel van de arbeidsovereenkomst. Het ligt daarom in de rede dat de appelrechter bij de bepaling van de hoogte van een op de voet van die bepaling toe te kennen billijke vergoeding de gevolgen voor de werknemer van het verlies van de arbeidsovereenkomst betreft. Die gevolgen worden naar hun aard mede bepaald door de 'waarde' die de arbeidsovereenkomst voor de werknemer had. Daarnaast dient de appelrechter bij het vaststellen van een billijke vergoeding op de voet van art. 7:683 lid 3 BW ook de overige omstandigheden van het geval in aanmerking te nemen. Een van die omstandigheden is de (mate van) eventuele verwijtbaarheid van het handelen of nalaten van de werkgever dan wel het ontbreken daarvan. Voorts kunnen ook de (overige) gezichtspunten, genoemd in HR 30 juni 2017 (New Hairstyle),³⁸ bij het vaststellen van een billijke vergoeding op de voet van art. 7:683 lid 3 BW toepassing vinden.

3.2.2. De rechter dient in de motivering van zijn oordeel over de billijke vergoeding inzicht te geven in de omstandigheden die tot de beslissing over de hoogte van die vergoeding hebben geleid.³⁹ Het oordeel over de hoogte van de vergoeding moet begrijpelijk zijn, mede in het licht van het debat dat partijen over de vergoeding hebben gevoerd.

Het middel faalt waar het strengere motiveringseisen verdedigt. Het klaagt evenwel met succes dat de motivering van het hof, mede gelet op de hiervoor in 3.2.1 genoemde strekking van de billijke vergoeding van art. 7:683 lid 3 BW, en in het licht van het debat tussen partijen, ontoereikend is.

De werknemer heeft in hoger beroep aangevoerd dat hij door het ontslag op staande voet loonschade heeft geleden. Uitgaande van de door het hof in aanmerking genomen periode waarin ontslag wegens ziekte niet mogelijk was en het loon van de werknemer in die periode (zie het slot van rov. 3.12.1), komt deze loonschade volgens het verzoekschrift tot cassatie neer op een bedrag van iets minder dan € 35.000,=. De werknemer heeft aangevoerd dat hij daarnaast in verband met gemiste pensioenopbouw schades heeft geleden van € 4.479,28 en € 13.444,26.

Het hof heeft in rov. 3.12.1 de loonderving van de werknemer tot uitgangspunt genomen. Het heeft in rov. 3.12.2 overwogen dat het rekening zal houden met de betekenis die de beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft voor de pensioenvoorziening van de werknemer. Gelet op deze uitgangspunten is zonder nadere motivering onbegrijpelijk dat het hof op grond van de overige in rov. 3.12.2 genoemde omstandigheden is uitgekomen op een billijke vergoeding van € 15.000,=.

37 HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:857, rov. 3.4.2.

38 HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187 (New Hairstyle), rov. 3.4.4 en 3.4.5.

39 Zie onder meer HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:857, rov. 3.3.3 en HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:878 (Zinzia), rov. 3.3.2.

Dit klemt te meer nu uit de beschikking niet valt af te leiden hoe het hof die overige omstandigheden heeft gewaardeerd.

4. Beoordeling van het middel in het voorwaardelijke incidentele beroep

4.1. Omdat het middel in het principale beroep leidt tot vernietiging van de bestreden beschikking, dient het voorwaardelijk ingestelde incidentele beroep te worden beoordeeld.

4.2.1. Het middel in het incidentele beroep klaagt onder meer dat het hof bij zijn oordeel over de hoogte van de billijke vergoeding (in rov. 3.12.2) ten onrechte niet het door Blue Circle aangevoerde argument heeft betrokken dat het dienstverband van de werknemer ten tijde van het ontslag slechts 1,5 jaar had geduurd.

4.2.2. Deze klacht is gegrond. De duur van het dienstverband, waarop Blue Circle in dit verband een beroep heeft gedaan, is een relevant gezichtspunt. Het hof heeft het echter niet genoemd bij de omstandigheden die volgens rov. 3.12.2 zijn oordeel over de hoogte van de billijke vergoeding hebben bepaald. Ook overigens blijkt niet of en hoe het hof dit gezichtspunt in zijn afweging heeft betrokken. Het oordeel over de hoogte van de vergoeding is daarom ook in dit opzicht onvoldoende gemotiveerd.⁴⁰

4.3. De overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 Wet RO).

5. Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale en in het incidentele beroep:

- vernietigt de beschikking van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 20 september 2018;
- verwijst het geding naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing;

in het principale beroep voorts:

- veroordeelt Blue Circle in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [Werknemer] begroot op € 397,07 aan verschotten en € 2.200,= voor salaris;

in het incidentele beroep voorts:

- veroordeelt [Werknemer] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Blue Circle begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2.200,= voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [Werknemer] deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

NOOT

Inmiddels lijkt het wel een tetralogie van de Hoge Raad, met de weinig verrassende uitkomst hoe lagere rechters en gerechtshoven met de begroting van de billijke vergoeding moeten omgaan: goed gemotiveerd en gebaseerd op het door partijen aangevoerde debat.¹ Na het eerste deel in de serie, de *NewHairstyle*-uitspraak waarin gezichtspunten wor-

den gegeven aan de hand waarvan de hoogte van de billijke vergoeding moet worden begroot en waarin is te lezen dat de rechter inzicht moet geven in de motivering, volgt de *Zinzia*-beschikking.² Hoewel het daarin alleen gaat om de begroting van immateriële schade die door de werknemer geleden zou zijn, is de klacht ongeveer dezelfde als in deze zaak. Het hof zou onvoldoende hebben gemotiveerd waarom was afgeweken van het bedrag dat de kantonrechter had toegewezen. Die vlieger gaat niet op. De motiveringsplicht geldt wel degelijk, maar niet in het geval van een afwijkend bedrag in hoger beroep ten opzichte van het in eerste aanleg toegekende bedrag. Dit wordt in onderhavige uitspraak nog eens bevestigd en een andere conclusie volgt ook niet uit eerdere rechtspraak over dit thema. Later in de reeks volgt de uitspraak waarin apart wordt ingegaan op de relevantie van de te verwachten resterende duur van de arbeidsovereenkomst in het geval de werkgever niet ernstig verwijtbaar zou hebben gehandeld. Wederom wordt nadrukkelijk gezegd dat rechters dit element weloverwogen moeten meenemen in hun overweging als dit door partijen wordt aangevoerd.³ Een gelijkelijk oordeel lezen we in onderhavige beschikking (*Blue Circle*): de hoogte van de billijke vergoeding moet te begrijpen zijn in het licht van de door partijen aangedragen omstandigheden, waaronder de te verwachten duur van de arbeidsovereenkomst. Het moet duidelijk zijn hoe de rechter de omstandigheden waardeert. Overigens is inmiddels verder gewerkt aan een volgend deel in de reeks: *New Hairstyle II*.⁴ De Hoge Raad doet het onderdeel dat gaat over de motiveringsplicht en onderbouwing af op art. 81 RO, maar A-G De Bock geeft een duidelijk bevestigend antwoord op de vraag of voor de berekening van de hoogte van de billijke vergoeding rekening moet worden gehouden met omstandigheden die zich hebben voorgedaan vóór de onrechtmatige opzegging.

Nieuw is de motiveringsplicht niet in het arbeidsrecht. De plicht volgt uit art. 6 EVRM en de vertaling ervan in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering⁵ en heeft tot doel de controleerbaarheid en aanvaardbaarheid van rechterlijke uitspraken te vergroten. Met een goede motivering wordt voor partijen duidelijk met welke gedachtegang de rechter tot de beslissing is gekomen. Daarbij wordt tegelijk willekeur voorkomen en juist controleerbaarheid bereikt. Dit komt ten goede aan de rechtsontwikkeling en uiteindelijk aan het vertrouwen in de rechtspraak. In het geval van een open norm met vele gezichtspunten is een goed onderbouwde motivering des te belangrijker. De billijke vergoeding is bij uitstek zo'n norm. Vóór inwerkingtreding van de WWZ bepaalde de Hoge Raad dat ook voor de kennelijkonredelijkontslagvergoeding, op punten te vergelijken met de billijke vergoeding, een motiveringsplicht geldt en dat de hoogte ervan moest worden begroot aan de hand van de regels van art. 6:95 BW en verder.⁶ Dat bracht en brengt ook voor de huidige billijke vergoeding met zich dat de schade concreet moet worden vastgesteld en, indien dat niet mogelijk is, op grond van art. 6:97 BW moet worden geschat.

2 HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187 (*New Hairstyle*) en HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:878 (*Zinzia*).

3 HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2218 (*Service Now*).

4 Zie voor de conclusie van de A-G PHR 3 april 2020, ECLI:NL:PHR:2020:360 (*New Hairstyle II*).

5 De motiveringsplicht volgt voornamelijk uit art. 23, 24, 30, 230 en 287 Rv en heeft daarnaast ook basis in art. 121 Grondwet.

6 HR 23 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4472 (*Rutten/Breed*).

40 Vgl. HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2218 (*ServiceNow*), rov. 3.4.4.

1 Vreemd is dit niet, nu art. 79 en 80 RO een cassatiegrond geven als een uitspraak niet voldoende is gemotiveerd.

De primaire rechtsklacht in deze uitspraak is dat – vrij vertaald – het hof alle gezichtspunten op een hoop heeft gegooid en zich er daarmee te makkelijk vanaf heeft gemaakt. Het heeft aan de motiveringsplicht willen voldoen door alle aangevoerde feiten en omstandigheden op te sommen en vervolgens ‘alles in aanmerking nemend’ tot een bepaald bedrag te komen. Het doel van art. 6 EVRM en de daaruit voortvloeiende bepalingen in het burgerlijk recht zijn zoals gezegd meerledig. Met een dergelijke oplossing wordt alleen het doel bereikt dat de rechter er blijk van geeft alle standpunten van partijen in ogenschouw te hebben genomen, al valt ook daarop het nodige af te dingen. De A-G is van mening dat door niet per gezichtspunt afzonderlijk aan te geven hoe het wordt gewaardeerd en of het een verhogend of verlagend effect heeft op de uiteindelijke hoogte van de billijke vergoeding, toch aan de motiveringsplicht is voldaan. De Hoge Raad is het hier niet mee eens. De motivering van het hof is ontoereikend en er worden strengere motiveringseisen gesteld. Een rechter kan niet volstaan met de mededeling rekening te houden met een aangevoerd standpunt om er vervolgens een ander bedrag aan te koppelen, zonder dat valt af te leiden hoe de rechter de omstandigheid (wel) heeft gewaardeerd. Dat is mijns inziens een strengere dan de gegeven ondergrens van de motiveringsplicht in *Vredo/Veenhuis*:

‘Ook in kort geding gelden de grondbeginselen van een goede procesorde waartoe behoort dat elke rechterlijke beslissing tenminste zodanig moet worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtengang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden – in geval van openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen – controleerbaar en aanvaardbaar te maken. (...) hoever zij gaat, hangt af van de omstandigheden van het geval.’⁷

De extra eis uit onderhavige uitspraak lijkt mij in het licht van rechtvaardigheid en het verkrijgen van duidelijkheid hoe tot een waardering van feiten en omstandigheden wordt gekomen – niet alleen in de desbetreffende zaak, maar ook als ijkpunt voor toekomstige – een uitstekende toevoeging en passend bij de schadebegrotingsregels van Boek 6 BW.

Alhoewel niet valt te ontkennen dat het een veeleisende taak is, hoop ik van harte dat rechters vanaf nu in volle omvang aan de motiveringsplicht durven te voldoen. Indirect is dit dus een oproep aan partijen om beter onderbouwd te stellen. Het initiatief moet wat mij betreft bij partijen liggen en niet bij de rechter. Daarnaast verdient ‘onderbouwd’ de nadruk. Het is voor een open en eerlijke rechtspraak van groot belang dat alle belanghebbenden inzicht krijgen in hoe tot een oordeel wordt gekomen. Daarmee doel ik niet alleen op het belang voor partijen, maar ook voor de samenleving in het algemeen. Onderdeel van rechtvaardigheid is immers dat rechtsgelijkheid en rechtszekerheid worden nagestreefd. Natuurlijk is volledige zekerheid vooraf niet te geven. Wat billijk is, is nu eenmaal een waardeoordeel dat door een of meer rechters gevormd moet worden. Het is een open norm met als doel te komen tot individuele rechtvaardigheid. Daar is niet (altijd) een bepaald bedrag aan te koppelen. Wel zou de billijke vergoeding met alle gezichtspunten die aan de hoogte ervan ten grondslag liggen zich bij uitstek lenen om van meer handvatten te worden voorzien. Ik doel dan niet op een strikte formule, maar op een soort reeks van variabelen die

elk gewaardeerd kunnen worden aan de hand van de omstandigheden van het geval. Waardebepaling is immers geen exacte wetenschap. Het lastige, maar tegelijk uitermate interessante wat dan inzichtelijk moet worden, is hoe bepaalde omstandigheden worden gewaardeerd. Duidelijk is dat een te verwachten langere duur van de arbeidsovereenkomst (als de werkgever niet ernstig verwijtbaar zou hebben gehandeld) en een hoge mate van verwijtbaarheid van de werkgever een verhogend effect zullen hebben. Voor de duur van het dienstverband is dat niet zo stellig aan te nemen. In mijn benadering van de reeks variabelen die tot een bepaald eindbedrag leiden, kan de duur van het dienstverband zowel van verhogende als verlagende invloed zijn. Bijvoorbeeld, de werknemer die zijn baan opzegde om bij de nieuwe werkgever in dienst te treden en daar na korte tijd op grove wijze wordt ontslagen, zal eenzelfde factor krijgen als de werknemer die twintig jaar naar behoren heeft gefunctioneerd en dan opeens op dusdanige wijze van disfunctioneren wordt beticht dat snel een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat. De werknemer met een lang dienstverband waar al langere tijd van alles in mis ging wat hem te verwijten valt, krijgt wellicht op zijn beurt dezelfde factor als de werknemer met een kort dienstverband die de verwachtingen niet waarmaakte. Zo kan voor alle factoren geredeneerd en gewaardeerd worden.

Deze benadering is enigszins vergelijkbaar met de C-factor van de kantonrechtersformule, maar dan een stuk uitgebreider en met meer variatie in operaties. Zo wordt rechterlijke vrijheid behouden, kan het bijna niet anders dan dat het partijdebat wordt betrokken in de afwegingen en is het daarmee aan partijen om met deugdelijke en overtuigende motiveringen te komen. Benadrukt moet worden dat alles in de strijd gooien geen effect zal hebben; de omstandigheden die de rechter mee moet nemen bij zijn afweging moeten wel voldoende aannemelijk zijn gemaakt. Ik denk dat een dergelijke benadering niet in de weg wordt gestaan door uitspraken van de Hoge Raad tot nu toe. Begroten is immers rekenen of, als dat niet kan, schatten met variabelen.

Een extra reden om van rechters te verlangen per relevant en onderbouwd aangevoerd standpunt expliciet, of in ieder geval afzonderlijk, aan te geven hoe dit een rol speelt in de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding komt uit een andere wetenschappelijke hoek. Uit vooraanstaande onderzoeken is gebleken dat het voor mensen, in dit geval specifiek rechters, moeilijk zo niet onmogelijk is tot een objectief oordeel te komen.⁸ Dit geldt voornamelijk als een rechter tot een getal moet komen, dus een vergoeding of een duur van een straf. Ik denk dat volledige objectiviteit ook geen streven zou moeten zijn, maar het wegnemen van vooringenomenheid en het zo veel mogelijk verminderen van *anchoring* wel. ‘Anchoring’ is een fenomeen waaraan wij mensen ons slecht kunnen onttrekken. Het is kort gezegd de invloed van factoren die spelen rondom of op het moment waarop de afweging gemaakt wordt, zoals een eerdere zaak met een bepaald getal als uitkomst, in welke lengte zinnen factoren door par-

7 HR 4 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0986 (*Vredo/Veenhuis*).

8 Zie bijvoorbeeld het onderzoek van A. Tversky & D. Kahneman, ‘Judgment under uncertainty: Heuristics and biases’, *Science* 1974, 185, p. 1124-1131 en de bijdrage van J.J. Rachlinski, A.J. Wistrich, and C. Guthrie, ‘Can Judges Make Reliable Numeric Judgments? Distorted Damages and Skewed Sentences’, *Indiana Law Journal* 2015, 90, p. 695-739.

tijen worden aangedragen in de stukken en welk getal als billijke uitkomst door partijen wordt aangedragen. Ik citeer: *'Anchoring is a heuristic that profoundly distorts numerical estimates in a variety of settings. As this study – especially taken together with our previous experiments on the topic – confirms, American, Canadian, and Dutch judges are not immune. Although some of the anchors in these studies arguably had some relevance to the underlying case, even hopelessly arbitrary anchors affected the decisions of the judges we studied'*.

Deze en andere onderzoekers komen met een aantal mogelijke oplossingen, waaronder de plicht voor rechters uit te leggen hoe ze tot de waardering van omstandigheden in verhouding tot het uiteindelijke bedrag (van de vergoeding of straf) komen.⁹ Dat is precies de motiveringsplicht in volle omvang.

Tot slot, maar niet minder belangrijk: ook is gebleken dat mensen zich eerder kunnen neerleggen bij een beslissing die inzichtelijk en onderbouwd is, zelfs als de uitkomst niet voldoet aan de verwachtingen, dan bij een oordeel dat met weinig redenen omkleed is.¹⁰ Dit laatste geldt zelfs als ze gelijk krijgen. In het ideale geval pakt het ook zo uit in procedures waarin de hoogte van de billijke vergoeding ter discussie staat: de duidelijke waardering van feiten en omstandigheden door de kantonrechter kan een hoger beroep wellicht voorkomen. Daarnaast kan met de inzichten die worden verkregen uit diverse uitspraken een beeld ontstaan van wat in het algemeen als rechtvaardig wordt gezien, wat vervolgens weer als prettig ijkpunt voor een rechter kan dienen in een andere zaak, zonder dat hij zich niet vrij voelt anders te denken. Dit komt zowel de beoogde duidelijkheid, (individuele) rechtvaardigheid, rechtsontwikkeling ten goede als een effectieve rechtspraak.

mr. R.D. Rietveld

onderzoeker en ontwikkelaar ArbeidsmarktResearch UvA B.V.
en promovenda UvA/TU Delft

9 C. Guthrie, J.J. Rachlinski & A.J. Wistrich, 'Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases', *Cornell L. Rev.* 2007, 93.

10 De reden van het in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bepaalde over de motiveringsplicht is dezelfde: de aanvaardbaarheid is van groot belang in het civiele recht.