



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### De begroting van de billijke vergoeding in het arbeidsrecht

Jansen, N.; Rietveld, R.

**DOI**

[10.5553/TvO/254253152017002004003](https://doi.org/10.5553/TvO/254253152017002004003)

**Publication date**

2017

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Tijdschrift voor Ontslagrecht

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Jansen, N., & Rietveld, R. (2017). De begroting van de billijke vergoeding in het arbeidsrecht. *Tijdschrift voor Ontslagrecht*, 2017(4), 170-182.  
<https://doi.org/10.5553/TvO/254253152017002004003>

**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.

# De begroting van de billijke vergoeding in het arbeidsrecht

mr. Niels Jansen en mr. Rachel Rietveld\*

## 1. Inleiding

Al sinds de inwerkingtreding van de Wwz bestaat de vraag hoe de hoogte van de billijke vergoeding moet worden bepaald. De ‘billijke vergoeding’ kan in verschillende situaties worden toegekend en heeft verschillende wettelijke grondslagen.<sup>1</sup> Uit de wetgeschiedenis volgt dat de rechter de mogelijkheid heeft de hoogte van de vergoeding te bepalen op het niveau dat aansluit bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval, dat de billijke vergoeding een vorm van compensatie is en dat de hoogte in relatie dient te staan tot het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.<sup>2</sup> Kortom, de rechter heeft de volledige vrijheid de vergoeding naar billijkheid vast te stellen, waarbij hij rekening dient te houden met het nadeel van de werknemer (compensatie) en het verwijt dat de werkgever kan worden gemaakt. De wetgever heeft niet gezegd welke gezichtspunten de rechter in zijn beslissing verder moet betrekken. Uit de wetgeschiedenis volgt slechts dat lengte dienstverband en het loon geen rol *hoeven* te spelen en dat in de billijke vergoeding de gevolgen niet tot uitdrukking komen omdat die reeds zijn verdisconteerd in de transitievergoeding.<sup>3</sup> Wel is opgenomen dat de financiële situatie van de werkgever van invloed kan zijn op de hoogte van de vergoeding.<sup>4</sup>

De billijke vergoeding heeft geleid tot een flink aantal publicaties met vele inzichten over de vraag hoe de rechter de billijke vergoeding dient vast te stellen. Men bleek het over één ding vaak eens: wat de rechter ook doet, als hij de gevolgen van het ontslag maar niet als gezichtspunt betreft, want daarover was de wetgever toch heel duidelijk geweest.<sup>5</sup> Dit standpunt werd in de rechtspraak toch niet altijd gevolgd en in het recente New Hairstyle-arrest heeft de Hoge Raad expliciet overwogen dat de gevolgen van het ontslag toch ook gewoon een rol kunnen spelen bij de vaststelling van de hoogte

van de vergoeding.<sup>6</sup> Dit arrest van de Hoge Raad geeft ons een mooie aanleiding opnieuw de billijke vergoeding te bespreken in een poging meer duidelijkheid te verschaffen in de wijze waarop de hoogte van een billijke vergoeding kan worden vastgesteld. Daarbij maken wij onderscheid tussen de wettelijke grondslagen van de billijke vergoeding en wij zullen daartoe onder andere een vergelijking maken met de oude schadevergoeding van artikel 7:681 BW (oud), teneinde te bezien of de daarin geformuleerde gezichtspunten ook gebruikt kunnen worden bij de berekening van de bestaande billijke vergoeding(en). Voor de oude 681-vergoeding is gekozen omdat de aard van die vergoeding destijds overeenkomsten vertoont met de huidige billijke vergoeding.<sup>7</sup> Een enigszins vergelijkbare toepassing van gezichtspunten in de rechtspraak voor de berekening van de billijke vergoeding zou kunnen leiden tot meer gelijkheid, wat weer zou passen bij een van de doelstellingen van de Wwz.<sup>8</sup>

## 2. Uitgangspunten van de billijke vergoeding onder de Wwz

Onder het oude recht bestond voor de werkgever een keuzemogelijkheid ten aanzien van de ontslagroute. Aan de verschillende ontslagroutes waren verschillende rechtsgevolgen verbonden. Verliep het ontslag via het UWV, dan moest de werknemer zelf een verzoek indienen bij de kantonrechter om op grond van kennelijk onredelijk ontslag aanspraak te maken op een ontslagvergoeding. De wetgever vond het ongewenst dat de werkgever bepaalde welke ontslagroute werd gevolgd en met het oog op het bevorderen van de rechtsgelijkheid – als een van de doelen van de Wwz – is deze keuzevrijheid vervallen. Uitgangspunt van het Wwz-ontslagvergoedingenrecht is dat soortgelijke gevallen tot een gelijke behandeling moeten leiden en dat vergoedingen onafhankelijk zijn gemaakt van de te volgen ontslagroute. Onder de Wwz is de werkgever – onder nader in de wet omschreven voorwaarden – in alle gevallen waarin zijn verzoek om beëindiging van de arbeidsovereenkomst wordt toegekend een wettelijke transitievergoeding verschuldigd. De rechter kan daarnaast een billijke vergoe-

\* Niels Jansen is als docent/onderzoeker arbeidsrecht verbonden aan de Universiteit van Amsterdam en Rachel Rietveld is onderzoeker en ontwikkelaar bij ArbeidsmarktResearch UvA B.V. ([www.magontslag.nl](http://www.magontslag.nl)).

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

2. *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 66.

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

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

5. Dit zou volgen uit deze overweging: *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 61.

6. HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187 (New Hairstyle).

7. In § 3.1 gaan wij hier verder op in.

8. *Stb.* 2014, 216, p. 1.

ding toekennen indien het handelen of nalaten van de werkgever daartoe aanleiding geeft. Als een beëindiging van het dienstverband het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, dient de werknemer daarvoor te worden gecompenseerd en moet de kantonrechter in principe een billijke vergoeding aan de werknemer toekennen. Het gaat hierbij steeds om uitzonderlijke gevallen, waarbij de wetgeschiedenis enkele voorbeelden geeft waarin in elk geval ernstig verwijtbaar wordt gehandeld.<sup>9</sup>

Afdeling 9, Titel 10 van Boek 7 BW kent niet één, maar meer billijke vergoedingen die elk betrekking hebben op verschillende situaties. Deze vergoedingen kunnen steeds naast een transitievergoeding worden toegekend en zijn daarvan niet afhankelijk, de vaststelling van de vergoeding is aan de rechter overgelaten en er geldt geen maximum. De hoogte ervan moet per situatie worden bepaald en in alle gevallen gaat het om situaties waarin sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. In de volgende paragrafen zetten wij de verschillende vergoedingen en de kenmerken ervan uiteen. Hiertoe zijn de verschillende wettelijke grondslagen opgedeeld in vijf categorieën. De grondslag van de billijke vergoeding is namelijk bepalend voor welke factoren een rol kunnen spelen in de hoogte van de vergoeding.

### 2.1. Ernstig verwijtbaar handelen al gegeven (categorie I)

De minister heeft in de parlementaire geschiedenis enkele voorbeelden gegeven waarin geen rechterlijke toets of bijkomende omstandigheden nodig zijn om tot een billijke vergoeding te komen. Het handelen van de werkgever op zichzelf is dus al ernstig verwijtbaar. Toekenning van de billijke vergoeding kan op grond van artikel 7:681 BW en wel als de werkgever heeft opgezegd zonder noodzakelijke instemming van de werknemer of als hij heeft opgezegd in strijd met een opzeg- of discriminatieverbod. Heeft een werkgever de wederindienstredingsvoorwaarde geschonden, dan is hij ook een billijke vergoeding verschuldigd. Na een opzegging met toestemming van het UWV kan de werknemer deze opzegging vernietigen op grond van artikel 7:681 BW. In plaats daarvan kan ook gekozen worden voor een billijke vergoeding. Schendt de werkgever de wederindienstredingsvoorwaarde na een ontbinding door de kantonrechter op grond van bedrijfseconomische redenen, dan kan deze rechterlijke handeling niet vernietigd worden en kan op grond van artikel 7:682 lid 4 en 5 BW of herstel of een billijke vergoeding gevraagd worden.<sup>10</sup>

### 2.2. Wel rechterlijke toets vereist (categorie II)

Andere in de wetgeschiedenis gegeven voorbeelden impliceren ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever, maar vereisen een rechterlijke toets om te bezien of hier werkelijk sprake van is.<sup>11</sup> De genoemde voorbeelden zijn niet limitatief en zien bijvoorbeeld op de situ-

atie dat de werkgever een onhoudbare werksituatie creëert door bijvoorbeeld een valse grond voor ontslag aan te voeren of door op andere wijze een verstoorde arbeidsverhouding in het leven te roepen. De werkgever die verwijtbaar onvoldoende zorg draagt voor arbeidsomstandigheden waardoor de werknemer langdurig arbeidsongeschikt raakt met ontslag tot gevolg, handelt eveneens ernstig verwijtbaar. Overigens hoeft de werknemer niet door toedoen van de werkgever arbeidsongeschikt te raken, maar is het voldoende dat de werkgever zich bijvoorbeeld niet aan zijn re-integratieverplichtingen houdt.

De wettelijke grondslag voor dergelijke vergoedingen hangt af van het soort arbeidsovereenkomst (bepaalde/onbepaalde tijd) en of het verzoek tot ontbinding door de werkgever of de werknemer wordt ingediend.<sup>12</sup> Wordt de arbeidsovereenkomst na een einde van rechtswege wegens ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever niet voortgezet, dan kan de vergoeding op grond van artikel 7:673 lid 9 BW toegekend worden.

### 2.3. Bijzondere werknemers (categorie III)

Voor de bestuurder en geestelijke is een aparte grond voor een billijke vergoeding in de wet opgenomen.<sup>13</sup> De bestuurder neemt een aparte positie in, omdat diens arbeidsovereenkomst nooit hersteld kan worden na een opzegging of ontbinding, zodat de enige mogelijkheid die resteert als geen redelijke grond voor ontslag bestaat de toekenning van een billijke vergoeding is. De ernstige verwijtbaarheid is al gegeven als geen redelijke grond voor ontslag bestaat of als niet is voldaan aan de herplaatsingsplicht, omdat in dat geval is opgezegd in strijd met artikel 7:669 BW. Ligt herplaatsing niet in de rede, dan geldt geen herplaatsingsplicht en zal geen billijke vergoeding verschuldigd zijn. Handelt de werkgever, ondanks het bestaan van een redelijke grond, ernstig verwijtbaar, dan is ex artikel 7:682 lid 3 onder b BW een billijke vergoeding verschuldigd. De voorbeelden die in de wetgeschiedenis gegeven zijn en die wij hiervoor in § 2.2 bespraken zijn ook hier van toepassing. De vraag is of deze vergoedingen cumulatief (lid 3 onder a en onder b) kunnen worden toegekend in het geval geen redelijke grond bestaat en daarnaast de werkgever bijvoorbeeld discrimineert. Veelal zal in zo'n geval één vergoeding toegekend worden, waarvan de hoogte gebaseerd is op beide handelingen. De rechter moet zich daar bewust van zijn, omdat een dubbele grondslag tot uiting moet komen in de hoogte van de vergoeding. Het bedrag moet immers gerelateerd zijn aan de mate van verwijtbaar handelen van de werkgever.

Ook voor de huishoudelijke hulp en het personeel werkzaam in het bijzonder onderwijs is een aparte grond voor toekenning van een billijke vergoeding in de wet opge-

9. Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 34.

10. Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 113.

11. Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 34.

12. Art. 7:671b lid 8 onder b en lid 9 onder c BW: werkgeversverzoek overeenkomst met tussentijds opzegbeding resp. zonder tussentijds opzegbeding. Art. 7:671c lid 2 onder b en lid 3 onder b BW: werknemersverzoek overeenkomst met tussentijds opzegbeding resp. zonder tussentijds opzegbeding.

13. Art. 7:682 lid 3 BW.

nomen.<sup>14</sup> Opvallend in deze gevallen is dat als een redelijke grond ontbreekt de arbeidsovereenkomst hersteld zou moeten worden en dat een billijke vergoeding alleen verschuldigd kan zijn als de opzegging het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen. Dit zou betekenen dat in het geval dat een docent in het bijzonder onderwijs disfunctioneert en daarop wordt aangesproken, maar na een te kort verbetertraject wordt opgezegd, de betreffende arbeidsovereenkomst hersteld moet worden. Een billijke vergoeding kan in zo'n geval niet verschuldigd zijn. De werkgever heeft immers geen redelijke grond voor ontslag, maar handelt niet op andere wijze ernstig verwijtbaar.

#### 2.4. Als alternatief voor herstel in eerste instantie (categorie IV)

In de gevallen waarin de werkgever heeft opgezegd wegens bedrijfseconomische redenen met toestemming van het UWV, maar deze toestemming volgens de kantonrechter onterecht blijkt te zijn verleend, kan een billijke vergoeding worden toegekend als herstel niet meer mogelijk is door ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Is herstel wel mogelijk, dan kan dus geen billijke vergoeding worden toegekend.<sup>15</sup> De verwijtbaarheid van de werkgever zou gelegen kunnen zijn in het overleggen van valse stukken bij het UWV, bijvoorbeeld door expres verkeerd af te spiegelen en het vervolgens aannemen van een nieuwe werknemer. Aan de andere kant is de wederindienstredingsvoorwaarde op zo'n moment ook geschonden en zou dus (eenzelfde) vergoeding ex artikel 7:681 BW toegekend kunnen worden. Daarnaast valt het onterecht opzeggen van de arbeidsongeschikte werknemer in deze categorie. Het UWV verleent toestemming door het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever of de werknemer is door slechte zorg voor arbeidsomstandigheden arbeidsongeschikt geraakt.<sup>16</sup>

#### 2.5. In hoger beroep (categorie V)

In hoger beroep of cassatie is het type billijke vergoeding duidelijk een andere dan de hiervoor beschreven categorieën, tenzij partijen in hoger beroep twisten over de hoogte van de door de kantonrechter toegewezen billijke vergoeding. De hogere rechter kan ambtshalve beslissen de vergoeding toe te kennen in plaats van herstel als:

- a. het verzoek van de werkgever tot ontbinding ten onrechte is toegewezen;
- b. het verzoek van de werknemer tot vernietiging van de opzegging of herstel van de arbeidsovereenkomst ten onrechte is afgewezen.<sup>17</sup>

Deze vergoeding ziet dus op herstel van een in eerdere aanleg genomen beslissing, wat niet wegneemt dat voor toekenning van de vergoeding nog steeds ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever vereist kan, maar

niet hoeft te zijn. De ambtshalve keuze is geïntroduceerd omdat zo veel tijd verstreken kan zijn dat herstel van de arbeidsovereenkomst niet meer in de rede ligt, bijvoorbeeld omdat inmiddels een andere werknemer op de functie is aangenomen of omdat de werknemer zelf een nieuwe baan heeft gevonden.<sup>18</sup>

## 3. De oude 681-vergoeding

Om te kunnen bezien of de gezichtspunten die eerder rondom de kennelijkonredelijkontslagvergoeding van artikel 7:681 BW (oud) kunnen worden gebruikt bij de berekening van de billijke vergoeding (§ 5), zullen wij eerst de uitgangspunten van deze oude vergoeding nog eens uiteenzetten. De oude billijkheidsvergoeding van artikel 7:685 BW (oud) heeft een heel ander karakter dan de huidige billijke vergoeding en wordt daarom buiten beschouwing gelaten.

### 3.1. De oude 681-vergoeding

Onder het 'oude' ontslagrecht kon de rechter aan de werknemer een *schadevergoeding* toekennen wanneer een werkgever de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk had opgezegd. De wet bevatte een aantal niet-limitatieve gronden op basis waarvan de kennelijk onredelijkheid kon worden vastgesteld. Zo kon een opzegging kennelijk onredelijk zijn wanneer werd opgezegd zonder redenen of onder opgave van een voorgewende of valse reden. Ook de ernst van de gevolgen van de opzegging konden reden zijn voor het toekennen van de 'oude' 681-vergoeding (en in de praktijk was dat overigens verreweg de meest voorkomende reden).

Met betrekking tot (de begroting van) de 681-vergoeding golden de volgende uitgangspunten:

1. Als een rechter onder het 'oude' recht had vastgesteld dat sprake was van een kennelijk onredelijk ontslag, moest hij ook een schadevergoeding vaststellen. Het in de wettekst gebruikte 'kan' diende volgens de Hoge Raad te worden uitgelegd als 'moet'.<sup>19</sup>
2. Volgens de Hoge Raad diende de 'oude' 681-schadevergoeding gekwalificeerd te worden als een in de wet geregelde bijzondere vorm van een tekortkoming van de werkgever in zijn verplichting zich als goed werkgever te gedragen en deze schadevergoeding was dan ook te beschouwen als een bijzondere vorm van schadevergoeding wegens wanprestatie.<sup>20</sup>
3. Uit de wetgeschiedenis van artikel 7:681 BW (oud) bleek dat de wetgever ervan uitging dat de 681-vergoeding werd bepaald met inachtneming van de algemene regels van Boek 6 BW.<sup>21</sup> Artikel 6:97 BW liet volgens de Hoge Raad de rechter vrij de hoogte van de 681-vergoeding uiteindelijk naar billijkheid op een bedrag te begrenzen.<sup>22</sup>

14. Art. 7:682 lid 2 onder b BW.

15. Art. 7:682 lid 1 onder a BW.

16. *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 113.

17. Art. 7:683 BW.

18. *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 115.

19. HR 4 juni 1976, *NJ* 1977/98 en HR 12 februari 2010, *NJ* 2010/37.

20. HR 14 november 2008, *NJ* 2008/589.

21. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, 3, p. 51.

22. HR 12 februari 2010, *NJ* 2010/494 (Rutten/Breed).



4. De 681-vergoeding had in zoverre een bijzonder karakter dat deze er volgens de Hoge Raad vooral toe diende een zekere mate van genoegdoening (pleister op de wonde) te verschaffen die in overeenstemming was met de aard en de ernst van de tekortkoming van de wederpartij.<sup>23</sup>
5. Bij een 681-vergoeding was de hoogte van de toe te kennen vergoeding niet alleen gerelateerd aan de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever, maar ook aan de daaruit voortvloeiende (materiële en immateriële) nadelen voor de werknemer.<sup>24</sup>
6. De rechter had een grote mate van vrijheid op grond van alle omstandigheden van het geval de hoogte van de vergoeding te bepalen. Bij het vaststellen van de 681-vergoeding diende de rechter zich zelfs steeds rekenschap te geven van de concrete omstandigheden van het geval die de hoogte van de vergoeding bepaalden.<sup>25</sup>
7. De 681-vergoeding had een ander karakter dan de vergoeding die kantonrechters in ontbindingszaken onder het oude recht aan een werknemer konden toekennen. De ontbindingsvergoeding onder het oude recht was een vergoeding naar billijkheid waarvoor de zogenoemde kantonrechtersformule bestond. Die kantonrechtersformule kon niet worden gebruikt voor de berekening van de 681-vergoeding omdat de rechter de 681-vergoeding moest begroten als schade die de werknemer als gevolg van het (kennelijk onredelijk) ontslag had geleden. Volgens de Hoge Raad hield het verschil in de wijze waarop beide vergoedingen dienden te worden bepaald verband met de aard van de procedures.<sup>26</sup> In de ontbindingsprocedure ging het om een procedure gericht op een spoedige beslissing in één instantie, waarin de rechter op basis van hetgeen hem aannemelijk voorkwam beoordeelde of de arbeidsovereenkomst moest eindigen en, zo ja, of het billijk was daaraan een vergoeding te verbinden. De 681-procedure was daarentegen een gewone procedure waarin de regels van het bewijsrecht golden en waarin de hoogte van de vergoeding door de rechter werd vastgesteld op basis van door hem vast te stellen feiten en na afweging van alle omstandigheden, waarbij de gewone regels omtrent de begroting van schade(vergoeding) van toepassing zijn.

### 3.2. Geen formule maar inzicht geven

In het arrest Rutten/Breed oordeelde de Hoge Raad dat vanwege de aard van de 681-vergoeding (zie vorige subparagraaf), de rechter de vergoeding van de schade niet mocht begroten aan de hand van een algemene formule. De Hoge Raad overwoog daarbij dat een algemene formule wel in het belang van de rechtszekerheid zou kunnen zijn, maar dat daarin geen toereikende rechtvaardiging kon worden gevonden voor het hanteren daarvan.

23. *Kamerstukken II 1951/52*, 881, 6, p. 30.

24. HR 27 november 2009, *NJ 2010/493* (Van der Grijp/Stam), r.o. 4.3.

25. HR 27 november 2009, *NJ 2010/493* (Van der Grijp/Stam), r.o. 4.4 en HR 12 februari 2010, *NJ 2010/494* (Rutten/Breed).

26. HR 27 november 2009, *NJ 2010/493* (Van der Grijp/Stam).

De voorspelbaarheid valt of staat volgens de Hoge Raad overigens niet met een formule, omdat de voorspelbaarheid ook kan toenemen naarmate rechters meer inzicht geven in de gedachtegang die tot hun beslissing heeft geleid. Door de van belang zijnde factoren duidelijk te benoemen en door inzichtelijk te maken welke financiële gevolgen in soortgelijke gevallen aan de verschillende factoren kunnen worden verbonden, zouden rechters een zekere mate van harmonisatie tot stand kunnen brengen zonder dat zij één bepaalde algemene formule als vuistregel hanteren.<sup>27</sup> Kortom, de Hoge Raad droeg rechters op inzichtelijk te maken hoe zij tot vaststelling van de vergoeding van de schade kwamen.

Een overzicht van de verschillende elementen die in de lagere rechtspraak na Rutten/Breed een rol speelden bij de vaststelling van de 681-vergoeding is te vinden in het rechtspraakoverzicht van De Lange en Koster uit 2011 en 2012.<sup>28</sup> Het voornaamste element dat in de lagere rechtspraak na Rutten/Breed aan de orde kwam, was het loonverlies van de werknemer. De periode waarover het loonverlies in acht moest worden genomen was steeds verschillend en hing af van verschillende omstandigheden, zoals de aard en ernst van de kennelijke onredelijkheid, de lengte van het dienstverband, de wijze waarop de werknemer had gefunctioneerd, de leeftijd van de werknemer en zijn kansen op de arbeidsmarkt. Om de verwachte werkloosheidsduur (en daarmee het inkomensverlies) beter te kunnen inschatten ontwikkelde ArbeidsmarktResearch UvA BV samen met SEO de tool 'hoelangwerkloos'. Aan de hand van een aantal persoonskenmerken van de werknemer (leeftijd, woonplaats) en kenmerken van diens arbeidsverleden (laatste baan), sector, beroepsniveau en beroepsrichting wordt een berekening gemaakt van de te verwachten werkloosheidsduur in dagen van een individuele werknemer en van de kans op uitstroom naar een andere baan. Naast het loonverlies over de verwachte werkloosheidsduur speelden de te verwachten inkomsten van de werknemer (WW-uitkering) een rol bij de schadebegroting. Voorts overwogen rechters regelmatig of de werknemer enig verwijt kon worden gemaakt, in hoeverre een werknemer zelf had bijgedragen aan zijn eigen employability, hoe de financiële situatie van de werkgever was, of pensioenschade of andere schade was geleden en of de werkgever enige voorziening had getroffen. Soms werd rekening gehouden met de door een werknemer geleden immateriële schade.

Bij het begroten van de 681-vergoeding werden dus veelal de volgende gezichtspunten betrokken:

- A. periode van loonverlies<sup>29</sup>, afhankelijk van o.a.:
  - a. aard en ernst van het verwijt werkgever,

27. HR 12 februari 2010/201, *NJ 2010/494*, r.o. 3.5.7.

28. S. de Lange en M. Koster, 'De schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag: stand van zaken medio 2011', *TAP 2011/6* en S. de Lange en M. Koster, 'De schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag: een update', *TAP 2012/6*.

29. Soms werd gebruik gemaakt van [www.hoelangwerkloos.nl](http://www.hoelangwerkloos.nl) om de te verwachten werkloosheidsduur in te schatten.

- b. lengte dienstverband,
- c. leeftijd werknemer en kansen op de arbeidsmarkt,
- d. wijze van functioneren;
- B. te verwachten inkomsten (hoogte WW-uitkering);
- C. financiële situatie werkgever;
- D. getroffen voorziening:
  - a. suppletie op WW-uitkering,
  - b. outplacementtraject;
- E. verwijt werknemer (bijdrage aan ontstane situatie);
- F. bijdrage werknemer aan employability;
- G. pensioenschade;
- H. immateriële schade.

## 4. New Hairstyle

De zaak van de kapster die geen reactie van haar werkgever kreeg op haar verzoek om toestemming om op vakantie te mogen gaan – waarmee toestemming moet worden geacht te zijn gegeven – en vervolgens werd ontslagen, bood de Hoge Raad de kans zich uit te laten over de berekeningswijze van de billijke vergoeding onder de Wvz. In dit geval ging het om een verzoek tot vernietiging van de opzegging, maar werd in plaats van herstel gekozen voor een billijke vergoeding. Deze huidige 681-constructie, opzegging zonder instemming (of ontbinding), leidde bij zowel de kantonrechter als bij Hof Arnhem-Leeuwarden tot toekenning van een billijke vergoeding van € 4 000. De Hoge Raad heeft de beschikking vernietigd en de zaak verwezen naar Hof Den Bosch. De overwegingen van de Hoge Raad ten aanzien van de billijke vergoeding zullen wij hierna bespreken.<sup>30</sup>

### 4.1. Gevolgen van het ontslag

De meeste auteurs en rechters lijken vóór het arrest van 30 juni 2017 het standpunt te hebben ingenomen dat de wetgever bedoeld heeft dat in de hoogte van de billijke vergoeding niet de gevolgen van het ontslag mogen worden meegewogen.<sup>31</sup> De wetgever heeft immers aangegeven dat ‘de hoogte van de billijke vergoeding naar haar aard in relatie zal staan tot het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever en niet tot de gevolgen van het ontslag’. De uitleg van de Hoge Raad is een andere: met deze overweging is bedoeld dat er een einde is gekomen aan het stelsel van vergoedingen waarbij toekenning ervan onder andere afhankelijk was van de gevolgen van het ontslag voor de werknemer.<sup>32</sup> Toekenning van de billijke vergoeding kan immers alleen als de

werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en wordt niet ingegeven door de positie van de werknemer. Pas als ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever is vastgesteld en de deur tot toekenning van de vergoeding openstaat, wordt toegekomen aan het bepalen van de juiste hoogte ervan. In die hoogte kunnen de gevolgen van het ontslag alsnog worden meegenomen, waarbij de nadruk op ‘kunnen’ ligt.

Bij de gevolgen van het ontslag moet worden gedacht aan het feit dat de werknemer na de beëindiging een andere baan heeft gevonden of aan andere inkomsten die de werknemer in de toekomst in redelijkheid kan verwerven.<sup>33</sup> Is de kans op nieuwe of andere inkomsten klein, dan zal de billijke vergoeding dat moeten compenseren. In het licht van de compensatie die de billijke vergoeding beoogt te bieden, moet ook de eventueel verschuldigde transitievergoeding worden betrokken.<sup>34</sup> Een hoge transitievergoeding verkleint het verschil in de (financiële) situatie vóór en na het ontslag en vice versa.

Bij het vaststellen van de omvang van de gevolgen van het ontslag mag rekening worden gehouden met een fictief einde van de arbeidsovereenkomst. Daarmee wordt bedoeld de verwachte datum waartegen de werkgever de arbeidsovereenkomst had kunnen eindigen als hij juridisch correct had gehandeld. De Hoge Raad lijkt deze fictie veel ruimte te bieden door de woordkeuze ‘daarbij is van belang of de werkgever de arbeidsovereenkomst ook op rechtmatige wijze zou hebben kunnen beëindigen’.<sup>35</sup> Als deze overweging strikt op de vergoeding van artikel 7:681 BW wordt toegepast, is dit te begrijpen. De werkgever had instemming moeten verkrijgen en als dit niet is gelukt, had hij ontbinding van de arbeidsovereenkomst moeten verzoeken. Is dat niet gebeurd, dan is het ernstig verwijtbaar handelen gegeven. Is (nog) geen sprake van een voldragen ontslaggrond, dan kan ook geen rekening worden gehouden met een fictief einde van de arbeidsovereenkomst.

Rekening houden met een fictief einde van de arbeidsovereenkomst heeft naar onze mening iets vreemds, zo niet onwenselijks. Bijvoorbeeld: de werkgever ontslaat een werknemer onterecht op staande voet. De werknemer verzoekt vernietiging van de opzegging, maar daarbij wordt geen tegenverzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de werkgever ingediend. De kantonrechter wijst het verzoek van de werknemer af, waarna deze in hoger beroep gaat. Het hof ziet de onrechtmatigheid van het gegeven ontslag op staande voet en stelt daarbij dat herstel niet (meer) mogelijk is, zodat een billijke vergoeding verschuldigd is. De vraag is of bij de berekening van de hoogte van deze vergoeding rekening mag worden gehouden met een fictieve ontbindingsprocedure, nu werkgever van de mogelijkheid ontbinding te verzoeken geen gebruik heeft

30. De Hoge Raad gaat ook nog in op de verschuldigdheid van kosten voor rechtsbijstand en of deze zijn gemaakt in de zin van art. 237 Rv. De kosten die de kapster maakte, zagen op eerdere procedures en niet op de onderhavige, zodat zij hiervoor gecompenseerd kan worden.

31. Al eerder werden in dit tijdschrift vraagtekens gezet bij deze uitleg: M.L. Beukhof en R.D. Rietveld, ‘Billijke vergoeding: verlagende factoren in cijfers’, *TvO* 2017/afl. 2, p. 102-106. Zie ook Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715.

32. New Hairstyle, r.o. 3.4.3. Het stelsel waar op gedoeld wordt is de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding van art. 7:681 BW (oud). Zie § 3.

33. New Hairstyle, r.o. 3.4.5, eerste alinea.

34. New Hairstyle, r.o. 3.4.5, tweede alinea.

35. New Hairstyle, r.o. 3.4.4, tweede alinea.

gemaakt.<sup>36</sup> Het lijkt ons erg ver gaan om achteraf de werkgever te ‘belonen’ voor alles wat hij niet heeft gedaan.

Een ander fictief element is dat de mogelijkheid van matiging op grond van artikel 7:680a BW tot uiting kan komen in de hoogte van de billijke vergoeding. Indien de vergoeding gebaseerd is op het loon over een bepaalde periode, dan moet de mogelijkheid dat dit loon zou zijn gematigd (niet meer dan tot drie maanden) mee worden genomen.

#### 4.2. Mate van verwijtbaarheid

Volgens de Hoge Raad kunnen de gevolgen van ontslag slechts dan worden meegenomen bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding, als die gevolgen de werkgever zijn toe te rekenen.<sup>37</sup> Wanneer er redenen zijn aan te nemen dat de arbeidsovereenkomst snel of juist voorlopig niet zou zijn geëindigd, kan dit een graadmeter zijn voor de in acht te nemen gevolgen bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding.<sup>38</sup> Zo had het gerechtshof in New Hairstyle-zaak volgens de Hoge Raad niet voorbij mogen gaan aan de mogelijkheid dat de kapster zonder het ontslag tot aan haar pensioendatum bij deze werkgever had kunnen werken. Heeft de werkgever immers een redelijke grond voor ontslag, maar vraagt hij ‘slechts’ geen instemming of ontbinding, dan is de schade die de werknemer lijdt door bijvoorbeeld een lange periode van werkloosheid niet aan de werkgever toe te rekenen. De schade bestaat in dat geval alleen uit gederfd loon over de opzegtermijn en/of de duur van een ontbindingsprocedure, plus een eventueel gedeelte aan immateriële schade. Heeft de werkgever daarentegen bijvoorbeeld grovelijk gehandeld en een verstoorde arbeidsverhouding gecreëerd, dan is het ontslag met alle gevolgen van dien hem aan te rekenen en zal dit een veel hogere billijke vergoeding opleveren. Als wordt bedacht dat het in zo’n situatie de werkgever te verwijten valt dat de werknemer niet terug wil keren naar zijn werkplek, is het niet vreemd dat volgens de Hoge Raad de werknemer dan gecompenseerd mag worden voor het in de toekomst te derven loon.<sup>39</sup> Ondanks deze overweging bestaat de kans dat lagere rechters het in de hoogte van de billijke vergoeding laten meewegen als de werknemer aangeeft niet meer naar zijn werkgever terug te willen keren, terwijl voor een terugkeer wel termen aanwezig zijn. Een ‘negatieve instelling’ jegens een

vruchtbare samenwerking zou in dat geval leiden tot een lagere vergoeding.<sup>40</sup>

Anders is het als bijvoorbeeld een redelijke grond voor ontslag aanwezig is, maar bij de mededeling dat de werknemer niet meer hoeft terug te keren hem de huid wordt vol gescholden. De *mijze waarop* de opzegging (zonder instemming) plaatsvindt is een dusdanig ernstig verwijtbare gedraging dat een compensatie van de immateriële schade op zijn plaats zou zijn. Het systeem van billijke vergoedingen lijkt in het licht van New Hairstyle deze mogelijkheid tot compensatie niet te geven, nu de opzegging niet *het gevolg* is van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. De Hoge Raad geeft al aan dat goed werkgeverschap ex artikel 7:611 BW voor advocaatkosten een uitkomst kan bieden en onzes inziens geldt dit ook voor deze situatie. De werknemer kan dus cumulatief een schadevergoeding op deze grond toegekend krijgen. Dat kan in een andere procedure, maar ook in het ontbindingsverzoek, zolang in het tweede geval het ernstig verwijtbare gedrag maar genoeg verband houdt met het ontslag.

#### 4.3. Punitief en preventief

Tot aan het New Hairstyle-arrest werd de billijke vergoeding in een adem genoemd met het gewenste punitieve en preventieve karakter ervan. Toch is nergens in de wetsgeschiedenis terug te vinden dat dit de bedoeling is geweest. Natuurlijk schuilt in iedere billijke vergoeding iets punitiefs; als de werkgever alles conform de wet had gedaan zou geen vergoeding verschuldigd zijn. Wat nooit bedoeld is, zo oordeelt ook de Hoge Raad, is een ‘punitief effect’, oftewel het koppelen van de hoogte van de vergoeding aan kenmerken van de werkgever.<sup>41</sup> Kruit schreef eerder dat dit juist de bedoeling zou zijn van een billijke vergoeding.<sup>42</sup> In die theorie zou een werknemer met een laag maandsalaris een buitenproportioneel hoge billijke vergoeding krijgen, alleen omdat zijn werkgever goede jaarcijfers heeft. Dit is dus niet de bedoeling. Dat het specifieke punitieve effect ontbreekt neemt niet weg dat met toekenning van een billijke vergoeding voorkomen kan worden dat andere werkgevers hetzelfde handelen. Het moet niet voordeliger worden voor vernietigbare opzegging te gaan in plaats van de juiste juridische stappen te nemen die leiden tot een einde van de arbeidsovereenkomst. Opvallend is dat de Hoge Raad expliciet noemt dat het voor de werkgever ook niet voordeliger mag zijn de arbeidsovereenkomst in stand te laten. Ingeval de billijke vergoeding op grond van artikel 7:681 BW wordt toegekend, waar het in deze zaak om ging, zal nooit sprake zijn van een werkgever die de arbeidsovereenkomst in stand laat. Het meest voor de hand zou dan liggen dat hier wordt gedoeld op

36. Hof Den Bosch hield inderdaad rekening met een fictieve ontbindingsprocedure, terwijl de werkgever geen verzoek hiertoe in eerste aanleg had ingediend. Dit was vóór New Hairstyle: Hof Den Bosch 23 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2514. Daarentegen keken andere hoven naar het tegenverzoek dat was gedaan en beperkten om die reden de hoogte van de billijke vergoeding: Hof Den Haag 27 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2754 en Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:253.

37. New Hairstyle, r.o. 3.4.3.

38. New Hairstyle, r.o. 3.4.4, tweede alinea.

39. New Hairstyle, r.o. 3.4.5, tweede alinea.

40. In de rechtspraak wordt wel geoordeeld dat de keuze van een werknemer voor een billijke vergoeding in plaats van vernietiging geen invloed heeft op de hoogte van de vergoeding, omdat die keuze nou eenmaal bij wet is toegestaan. Zie bijvoorbeeld: Rb. Noord-Holland 4 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:6593.

41. New Hairstyle, r.o. 3.4.6.

42. Ktr. Alkmaar 28 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5444 met annotatie van P. Kruit.

de situatie dat de werknemer wordt weggepest en om ontbinding op grond van artikel 7:671c BW verzoekt. In dat geval *kan* volgens de letter van de wet een werknemer een billijke vergoeding worden toegekend. Het zou in theorie ook opgevat kunnen worden als een vingerwijzing naar eerdere instanties die oordeelden dat het slapend houden van het dienstverband van de werknemer die twee jaar arbeidsongeschikt is geweest niet ernstig verwijtbaar is. Doet een werkgever dat wel, dan is hij immers voordeliger uit, omdat geen transitievergoeding verschuldigd is.

#### 4.4. Schade begroten

Het vaststellen van de schade die de werknemer heeft geleden door het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever kan conform de wettelijke regels van artikel 6:95 e.v. BW. Deze schadebegrotingsregels bieden ruimte met alle omstandigheden van het geval rekening te houden en de schade eventueel naar billijkheid te begroten. Rekening kan worden gehouden met gederfd inkomen. Het gemiste loon kan begroot (geschat) worden en immateriële schade kan op grond van artikel 6:106 BW worden toegekend.<sup>43</sup>

Bij een correcte schadebegroting hoort eveneens dat schade niet dubbel geteld kan worden. Het meenemen van de verschuldigde transitievergoeding bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding is om die reden een logische opdracht.<sup>44</sup> Hierin past ook het vraagstuk omtrent de gefixeerde schadevergoeding en of deze al dan niet afzonderlijk verschuldigd kan zijn. Wordt de billijke vergoeding begroot op het aantal maandsalarissen dat de arbeidsovereenkomst met inachtneming van alle regels zou hebben voortgeduurd, dan ligt niet in de rede dat een afzonderlijke gefixeerde schadevergoeding toegekend wordt. Blijft de opzegtermijn buiten beschouwing, dan maakt de werknemer nog wel aanspraak op het loon over deze periode. Verhulp schrijft hierover dat rekening moet worden gehouden met andere vergoedingen dan de billijke, zodat de gefixeerde schadevergoeding indien verschuldigd moet worden toegekend en niet in de billijke vergoeding kan worden opgenomen.<sup>45</sup>

#### 4.5. Gedegen motivering

De rechter is gehouden inzicht te geven in de omstandigheden die hebben geleid tot de hoogte van de vergoeding. Hiermee wordt aangesloten bij eerdere overwegingen in het arrest Rutten/Breed, waarin werd bepaald dat een formule niet wenselijk was en ook niet nodig om tot meer voorspelbaarheid te komen, zolang maar voldoende inzicht werd gegeven in de wijze van totstandkoming van de hoogte van de vergoeding en wat wij eerder uitgebreid bespraken in § 3.2.<sup>46</sup>

## 5. Wel of geen wezenlijk verschil

Toepassing van de hiervoor in § 3 besproken uitgangspunten van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding op de billijke vergoeding laat zien dat ten aanzien van deze uitgangspunten veel overeenkomsten bestaan.

### 5.1. Toepassing oude uitgangspunten

#### • Ad 1: *kan-bepaling*

Net als onder het oude recht staat in de verschillende wettelijke grondslagen van de billijke vergoeding dat de rechter deze vergoeding ‘kan’ toekennen. Naar onze mening dient uit het woord ‘kan’ niet te worden afgeleid dat het gaat om een vrijblijvende bevoegdheid voor de rechter. Met het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever wordt de deur naar een billijke vergoeding opengezet en de rechter is naar onze mening dan ook verplicht een billijke vergoeding toe te kennen als sprake is van dergelijk handelen. Dat neemt niet weg dat de vergoeding, alle omstandigheden van het geval in acht nemend, op nihil kan uitkomen. In zo’n geval wegen bijvoorbeeld de slechte financiële situatie binnen de onderneming of de eigen schuld van de werknemer ten aanzien van het ontslag op tegen het gedrag van de werkgever.<sup>47</sup>

#### • Ad 2: *bijzondere vorm van wanprestatie*

Op dit punt verschilt de billijke vergoeding ook niet van de 681-vergoeding. Zowel de 681-vergoeding als de billijke vergoeding zijn te beschouwen als een bijzondere vorm van (schade)vergoeding wegens wanprestatie, namelijk een tekortkoming van de werkgever in zijn verplichting zich als goed werkgever te gedragen. Daaraan doet niet af dat onder het nieuwe recht niet iedere schending van de werkgever zich als goed werkgever te gedragen leidt tot een billijke vergoeding, maar slechts wanneer het gaat om ernstige verwijtbaar handelen of nalaten. Het gaat erom dat de billijke vergoeding het karakter heeft van een vergoeding wegens wanprestatie.

#### • Ad 3: *toepassing Boek 6 BW*

De billijke vergoeding is geen zuivere schadevergoeding. In de wetgeschiedenis is voor het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding niet verwezen naar de algemene regels van Boek 6 BW. Daartegenover staat dat ook niet is gezegd dat de regels van Boek 6 BW *niet* van toepassing zijn. De wetgeschiedenis zwijgt op dit punt. De Hoge Raad heeft in *New Hairstyle* overwogen dat de regels van Boek 6 BW zich lenen voor overeenkomstige toepassing, voor zover elementen van de vaststelling van de billijke vergoeding zien op de vergoeding van schade van de werknemer.<sup>48</sup> Op dit punt zijn de oude en nieuwe vergoeding dus gelijk aan elkaar. Daarbij komt dat de regels van Boek 6 BW meebrengen dat

43. *New Hairstyle*, r.o. 3.4.5, tweede alinea.

44. *New Hairstyle*, r.o. 3.4.5, tweede alinea.

45. HR 30 juni 2017, *NJ* 2017/298 met noot van E. Verhulp.

46. HR 12 februari 2010, *NJ* 2010/494 (Rutten/Breed).

47. Zie hiervoor bijvoorbeeld Ktr. Roermond 12 juli 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:6179.

48. *New Hairstyle*, r.o. 3.4.5, tweede alinea.



de rechter de schadevergoeding naar billijkheid mag begroten, als die niet nauwkeurig kan worden vastgesteld.

- *Ad 4: pleister op de wonde*

Uit het New Hairstyle-arrest en de wetsgeschiedenis volgt dat het er bij de billijke vergoeding om gaat dat de werknemer wordt gecompenseerd voor het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. De vraag is of dit dezelfde pleister op de wonde is als bij de 681-vergoeding. Wij zien een verschil, al is dat verschil groter of kleiner bij de verschillende soorten billijke vergoedingen. Bij de oude 681-vergoeding ging het weliswaar om op een pleister op de wonde die in overeenstemming was met de aard en de ernst van de tekortkoming, maar de schadevergoeding had de strekking compensatie te bieden voor de kennelijke onredelijkheid van de werkgever, die veelal zag op diens veronachtzaming van de belangen van de werknemer.<sup>49</sup> Vrij vertaald bracht dit veelal mee dat de vergoeding moest voorzien in een ‘zachte landing’. Bij de billijke vergoeding gaat het evenwel om compensatie van het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, maar is het doel niet de werknemer een zachte landing te geven. Daar is immers de transitievergoeding voor bedoeld. Bij het vaststellen van een passende compensatie *kunnen* de gevolgen wel een rol spelen, terwijl het bij de oude 681-vergoeding met name ging om die gevolgen.

- *Ad 5 en 6: alle omstandigheden van het geval en gerelateerd aan de ernst van het verwijt*

Voor het vaststellen van de billijke vergoeding geldt dat de rechter de mogelijkheid heeft om de hoogte van de vergoeding te bepalen op een wijze die en op het niveau dat aansluit bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval. Dit komt erop neer dat de rechter bij het vaststellen van de billijke vergoeding rekening mag houden met alle omstandigheden van het geval, zoals ook in de lagere rechtspraak is bepaald.<sup>50</sup> Uit de wetgeschiedenis volgt evenwel dat de hoogte naar haar aard in relatie dient te staan tot het verwijt dat de werkgever kan worden gemaakt en dat de werknemer daarvoor dient te worden gecompenseerd. Ook op dit punt vertonen de 681-vergoeding en de billijke vergoeding dus overeenkomsten. Dat neemt niet weg dat de kennelijkonredelijkontslagvergoeding kon worden toegekend als de werkgever niet ernstig verwijtbaar had gehandeld, terwijl dit voor toekenning van de billijke vergoeding wel een vereiste is.

- *Ad 7: het karakter van de procedure*

Zoals wij in de inleiding al bespraken werd onder het oude recht de billijkheidsvergoeding ex artikel 7:685 (oud) BW (naar billijkheid) anders berekend dan de schadevergoeding ex artikel 7:681 (oud) BW, maar dat hield geen verband met de tekst van de wet, maar met de aard van de procedure. De 685-procedure was een snelle procedure waarin in één instantie werd beslist en

het bewijsrecht niet van toepassing was. De procedures onder de Wwz waarbij een billijke vergoeding kan worden toegekend lijken qua karakter veel meer op de oude 681-procedure. Het is een gewone procedure waarin het bewijsrecht van toepassing is en waarin de rechter op basis van door hem vastgestelde feiten een afgewogen beslissing neemt over de vergoeding. In die zin lijkt de billijke vergoeding onder de Wwz veel meer op de oude 681-(schade)vergoeding dan op de oude 685-(billijkheids)vergoeding.

## 5.2. Tussenconclusie

Het belangrijkste verschil tussen enerzijds de oude 681-vergoeding en anderzijds de billijke vergoeding zit er niet in dat de oude 681-vergoeding een schadevergoeding is en de billijke vergoeding niet, maar in hetgeen zij beogen te compenseren. Beide vergoedingen dienen weliswaar ter compensatie, maar wel ter compensatie van iets anders. Bij de vroegere 681-vergoeding ging het in verreweg de meeste gevallen om een compensatie van de gevolgen van het ontslag, terwijl het er bij de billijke vergoeding steeds om gaat het ernstige verwijtbaar handelen en nalaten van de werkgever te compenseren, waarbij de gevolgen kunnen worden betrokken. Bij de oude 681-vergoeding waren de gevolgen van het ontslag dus het uitgangspunt, terwijl de gevolgen van het ontslag bij de billijke vergoeding slechts een omstandigheid vormen waarmee rekening kan worden gehouden bij het vaststellen van de hoogte. Toch is er aanleiding om voor het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding (gedeeltelijk) aansluiting te zoeken op de wijze waarop de oude 681-vergoeding werd vastgesteld; de gezichtspunten die in de rechtspraak zijn ontwikkeld voor de kennelijkonredelijkontslagvergoeding kunnen ook worden gebruikt bij de begroting van de billijke vergoeding.

## 6. Gezichtspunten per soort billijke vergoeding

In het New Hairstyle-arrest ging het om een billijke vergoeding ex artikel 7:681 BW en dat werpt de vraag op of de overwegingen van dit arrest ten aanzien van de gevolgen van het ontslag een-op-een kunnen worden toegepast op andere billijke vergoedingen. Wij zijn van mening dat de overwegingen uit het New Hairstyle-arrest afhankelijk van de toepasselijke casus inderdaad niet beperkt zijn tot de 681-vergoeding. Tekstueel gezien is er evenveel aanleiding aan te nemen dat de Hoge Raad expliciet over de 681-vergoeding spreekt als dat alle billijke vergoedingen worden bedoeld. De overwegingen over de vrijheid van de werknemer te kiezen tussen herstel/vernietiging van de opzegging en een billijke vergoeding gaat niet op voor de billijke vergoeding van artikel 7:682 en 7:683 BW, maar dat neemt niet weg dat het gevolg, het rekening houden met de mogelijke duur van de arbeidsovereenkomst, wel analoog kan worden toegepast. Daarnaast verdient opmerking dat de kernoverweging van de Hoge Raad (r.o. 3.4.3) waarin hij

49. HR 17 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2457.

50. Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715.

overweegt dat het wettelijke systeem zich niet verzet tegen het meenemen van de gevolgen, niet is geplaatst in de context van artikel 7:681 BW maar in het algemeen betrekking heeft op billijke vergoedingen. In rechtsoverweging 3.4.4 heeft de Hoge Raad wel een verbinding gelegd tussen het meenemen van de gevolgen bij het bepalen van de hoogte van het ontslag en artikel 7:681 BW. De Hoge Raad overwoog daarin namelijk dat de gevolgen van een vernietigbaar ontslag, voor zover deze zijn toe te rekenen aan de werkgever op grond van het hem te maken verwijt, niet geacht kunnen worden in alle gevallen reeds volledig te zijn gecompenseerd door een eventuele transitievergoeding. Dit uitgangspunt, dus dat de transitievergoeding niet altijd alle gevolgen van het ontslag voldoende ondervangt, is wat ons betreft ruimer te trekken. Het zwaartepunt van dit uitgangspunt ligt immers niet op de aard van het ontslag (vernietigbaar of niet), maar op de verwijtbaarheid van de werkgever en de omstandigheid dat de gevolgen van het verwijtbaar handelen of nalaten niet in alle gevallen geacht kan worden volledig gecompenseerd te zijn door de transitievergoeding.

Ook de andere overwegingen van de Hoge Raad zijn wat ons betreft toepasbaar op de andere billijke vergoedingen dan de 681-billijke-vergoeding, bijvoorbeeld: het betrekken van de vraag of recht op een transitievergoeding bestaat en, zo ja, van welke hoogte en of een werknemer andere inkomsten geniet of een andere baan heeft.

Rechtens passen de New Hairstyle-leer ook gewoon toe op bijvoorbeeld de 671b- en 671c-vergoedingen. Zo overwoog Hof Den Haag bij het vaststellen van een 671b-vergoeding dat het mede gelet op het New-Hairstyle-arrest tot uitgangspunt neemt dat de hoogte van de vergoeding dient te worden bepaald aan de hand van alle omstandigheden van het geval, in beginsel inclusief de gevolgen van het ontslag.<sup>51</sup> Bij Rechtbank Noord-Nederland bestond ook geen twijfel over toepassing van het New Hairstyle-arrest op de 671c vergoeding:

‘Uit het arrest (...) volgt evenwel dat de gevolgen van een beëindiging van het dienstverband geen rol mogen spelen in een geval waarin de wet een werknemer een aanspraak geeft op zo’n vergoeding (...). Weliswaar gaat het in voormeld arrest over de billijke vergoeding ex artikel 7:81 lid 1 aanhef en onder a BW, maar ook daar is, gelijk als in het onderhavige geval, sprake van een direct verband tussen de beëindiging van het dienstverband en het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever.’<sup>52</sup>

Kortom, bij het vaststellen van alle billijke vergoedingen kunnen de gezichtspunten van de oude 681-vergoeding alsmede de uitgangspunten van het New Hairstyle-arrest een rol spelen. Op welk gezichtspunt de nadruk ligt bij het vaststellen van de hoogte van de billijke ver-

goeding kan uiteraard per geval verschillen, waarbij de grondslag van de billijke vergoeding een belangrijke rol speelt. Een billijke vergoeding als alternatief voor herstel is bijvoorbeeld van andere aard dan een billijke vergoeding wegens ernstig verwijtbaar handelen van een werkgever of een billijke vergoeding wegens een onterecht gegeven ontslag op staande omdat de onverwijldheid ontbreekt maar een dringende reden wel aanwezig is. Niet afhankelijk van de wettelijke grondslag van de billijke vergoeding is de overweging van de Hoge Raad dat te allen tijde de motivering voor de hoogte ervan inzichtelijk moet zijn.

Hierna bespreken wij per categorie billijke vergoeding de wat ons betreft meest relevante gezichtspunten die de hoogte van de vergoeding bepalen. Aangezien sinds het New Hairstyle-arrest verschillende lagere rechters zich hebben uitgelaten over de toepassing ervan op verschillende soorten billijke vergoedingen, betrekken we deze rechtspraak in onze analyse.

## 6.1. Categorieën billijke vergoeding

### 6.1.1. *Ad categorie I: ernstige verwijtbaarheid gegeven*

In deze categorie is de vraag of de opzegging al dan niet geheel ontoelaatbaar is van invloed op het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding. Gaat het om een opzegging zonder instemming, dan is – kort gezegd – van belang op welke termijn de arbeidsovereenkomst vermoedelijk zou zijn geëindigd. Is het enige dat de werkgever verkeerd heeft gedaan het niet volgen van de juiste ontslagprocedure, dan zijn de gevolgen van het ontslag beperkt tot het moment waarop de arbeidsovereenkomst zou zijn geëindigd wanneer wel de juiste juridische weg was bewandeld. Was de werkgever in zo’n geval naar de kantonrechter gegaan met een ontbindingsverzoek, dan was de arbeidsovereenkomst alsnog geëindigd en dus kan rekening worden gehouden met dit fictieve einde. Door geen instemming te hebben en geen vervangende toestemming van de kantonrechter, is het voordeel van de werkgever gelegen in het niet betalen van het loon gedurende de anders lopende proceduurtijd en een eventuele (resterende) opzegtermijn. De gefixeerde schadevergoeding is er ten compensatie van deze laatste periode, dus in de billijke vergoeding zit alleen het loon over de duur van de ontbindingsprocedure die had moeten plaatsvinden, mogelijk te vermeerderen met vakantietoeslag.<sup>53</sup> Ook kan in diezelfde periode opgelopen pensioenschade in het bedrag worden meegenomen. Daarnaast ligt het voor de hand een (klein) additief bedrag als vorm van immateriële schade toe te voegen, zonder daarmee een punitief *effect* te creëren. De werkgever legt door zijn handelen immers de bal bij de werknemer en is goedkoper uit als deze bal niet wordt opgepakt. De werknemer kan bovendien niet beschikken over het loon in de verstreken maanden en door de opzegging kan commotie zijn ontstaan.<sup>54</sup> Met

51. Hof Den Haag 28 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2467, r.o. 2.28.

52. Ktr. Leeuwarden 18 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2796.

53. Ktr. Roermond 27 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:7257.

54. Hof Den Haag 20 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2024.

overige factoren hoeft geen rekening te worden gehouden.

Lastiger wordt het wanneer de verweten gedragingen geen of een onvoldragen ontslaggrond opleveren of wanneer ontbinding anderszins onmogelijk is door het bestaan van een opzegverbod. In zo'n geval moet in eerste instantie worden bekeken wat de te verwachten resterende duur van de arbeidsovereenkomst is. Dit is in de meeste gevallen niet mogelijk, al doen zich situaties voor waarin deze schatting wel gemaakt kan worden.<sup>55</sup> Zo overwoog Hof Den Bosch bij een arbeidsongeschikte werknemer dat niet voor de hand lag dat de arbeidsovereenkomst eerder dan na afloop van twee jaar ziekte zou eindigen. Dat bracht mee dat de werknemer 22 maanden loon zou mislopen door de opzegging.<sup>56</sup> Kantonrechter Amsterdam stelde in een zaak de te verwachten einddatum vast op het einde van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.<sup>57</sup> Het ging daarbij om een restlooptijd van acht maanden. Bij Kantonrechter Zutphen speelde een zaak waarbij de arbeidsovereenkomst in juni 2017 ten onrechte was opgezegd, maar in lijn der verwachting lag dat werkneemster in september 2017 haar diploma zou halen. De kantonrechter stelde de te verwachten einddatum van de arbeidsovereenkomst vast op de te verwachten afstudeerdatum.<sup>58</sup> Het ging daarbij om een periode van vier maanden. Kantonrechter Roermond liet zich bij het vaststellen van de verdere duur van de arbeidsovereenkomst leiden door de dramatisch slechte financiële situatie van de werkgever waardoor naar verwachting van de kantonrechter hooguit drie maanden na de onterechte opzegging wegens bedrijfseconomische redenen een einde zou zijn gekomen aan de arbeidsovereenkomst.<sup>59</sup>

In twee zaken over de billijke vergoeding ex artikel 7:681 BW is door de kantonrechter geen 'verdere duur van de arbeidsovereenkomst' vastgesteld.<sup>60</sup> In beide zaken was dat lastig omdat in beide gevallen nog niet het begin van een redelijke grond aanwezig was en er ook geen andere aanknopingspunten waren om een te verwachten einddatum vast te stellen. Kantonrechter Amersfoort stelde – bij gebreke van een te verwachten einddatum – op basis van een weging van omstandigheden (waaronder ernst van het verwijt, leeftijd, kansen op de arbeidsmarkt en lengte dienstverband) de aan de werkgever toe te rekenen schade van de werknemer vast op een jaar loonverlies van € 10 000. Rechtbank Noord-Holland deed min of meer hetzelfde en kwam tot een schadebedrag van € 12 500. Een weging van omstandigheden teneinde de aan de werkgever toe te rekenen schade van een werknemer wegens het verlies aan inko-

men te begroten bevat overeenkomsten met de wijze waarop de oude 681-vergoeding werd vastgesteld. Wij zijn van mening dat bij gebreke van een te verwachten einddatum dient te worden uitgegaan van een schatting van de te verwachten werkloosheidsduur en de schade die de werknemer in die periode oploopt,<sup>55</sup> teneinde gevolgen van het ontslag vast te kunnen stellen. Daarbij kan rekening worden gehouden met het recht op een WW-uitkering en bijbehorend maximumdagloon en pensioenschade.

Hoewel de rechter bij het vaststellen van de billijke vergoeding ex artikel 7:681 BW veel handvatten heeft, zijn sommige rechters niet goed te volgen in hun redenering. Zo stelde Kantonrechter Groningen vast dat de werkgever onterecht had opgezegd en dat hij ook via een ontbindingsverzoek geen beëindiging van de arbeidsovereenkomst zou hebben verkregen vanwege een onvoldragen d-grond. Vervolgens overwoog de kantonrechter dat zulks meebracht dat het loon over de lengte van een verbetertraject van zes maanden onderdeel van de billijke vergoeding zou moeten zijn.<sup>61</sup> De kantonrechter liet daarmee de eventuele kans van slagen van een verbetertraject ten onrechte buiten beschouwing. In een ander geval werd de werknemer zes dagen voor het einde van de door haarzelf opgezegde arbeidsovereenkomst ongelukkig op staande voet ontslagen. Hiermee was de ernstige verwijtbaarheid gegeven. Niettemin oordeelde Kantonrechter Tilburg dat geen billijke vergoeding verschuldigd was.<sup>62</sup> Dat oordeel is onjuist, want in strijd met de wet, hetgeen niet wegneemt dat gezien het korte resterende dienstverband en de verschuldigdheid van de gefixeerde schadevergoeding de rechter wel het bedrag op nihil had kunnen vaststellen. Eenzelfde effect, maar juridisch correct.

#### 6.1.2. *Ad categorie II: rechterlijke toets vereist*

In deze categorie gaat het telkens om gevallen waarbij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. De werknemer moet gecompenseerd worden voor de gevolgen van dit verwijtbare gedrag en – in het verlengde daarvan – de gevolgen daarvan. De schade is de koppelen aan de te verwachten resterende duur van de arbeidsovereenkomst, maar dit is in deze gevallen niet of heel lastig te voorspellen. Gaat het om een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, dan is het te verwachten einde van het contract de einddatum ervan, zodat de resterende periode in acht kan worden genomen.

In de overige gevallen is het beter als uitgangspunt te nemen dat het gevolg van het creëren van een grond voor ontslag de te verwachten periode van werkloosheid is. Zonder het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever zou de werknemer immers niet werkloos zijn geraakt, want de billijke vergoeding in een ontbindingsprocedure is geen alternatief voor het compenseren van een onvoldragen grond. Zo zou het ontbreken van een

55. Een hulpmiddel om de te verwachten duur van de arbeidsovereenkomst te bepalen is nu nog niet voor handen, maar zal waarschijnlijk binnenkort beschikbaar komen.

56. Hof Den Bosch 13 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3241.

57. Ktr. Amsterdam 7 juli 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4883.

58. Ktr. Zutphen 27 juli 2017, *AR-Updates* 2017-0991.

59. Ktr. Roermond 25 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:7508.

60. Ktr. Amersfoort 24 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3808 en Rb. Noord-Holland 14 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:6593.

61. Ktr. Groningen 13 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2700.

62. Ktr. Tilburg 22 augustus 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:5629.

verbetertraject bij een d-grond in beginsel moeten leiden tot afwijzing van de ontbinding en niet gecompenseerd moeten worden door de billijke vergoeding gelijk te stellen aan het ontbreken van een verbetertraject.<sup>63</sup> De billijke vergoeding zou veeleer – zoals betoogd – moeten worden vastgesteld op basis van de te verwachten werkloosheidsduur. Dat bedrag kan worden vermeerderd met een bedrag dat rechtstreeks gekoppeld is aan de ernstige verwijtbaarheid van de werkgever; het punitieve effect / de immateriële schadevergoeding. In de inkomensschade worden de pensioenschade, te verwachten inkomsten uit andere vergoedingen en een eventueel al verkregen nieuwe baan van de werknemer meegenomen.<sup>64</sup> Ook een eventueel verschuldigde transitievergoeding kan erin worden betrokken, alsmede de financiële situatie van de werkgever.

#### 6.1.3. *Ad categorie III: bijzondere werknemers*

Bij het vaststellen van de hoogte van deze categorie billijke vergoedingen past ook de hiervoor besproken methode, waarbij de hoogte van de vergoeding in belangrijke mate wordt gerelateerd aan de te verwachten werkloosheidsduur (of indien mogelijk de resterende duur van de arbeidsovereenkomst). In deze categorie gaat het immers steeds om een juridisch niet meer aantastbare beëindiging, terwijl er voor die beëindiging of geen grond is of deze het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever of een combinatie van beide. Bij uitzondering kan worden aangesloten bij de begroting conform de eerste categorie. Daarbij is te denken aan de beëindiging van de arbeidsovereenkomst van een bestuurder wegens disfunctioneren, terwijl de d-grond onvoldragen is, maar door de rechter tegelijkertijd wordt vastgesteld dat wel degelijk sprake was van een verstoorde arbeidsverhouding. Kortom, in de gevallen waarin de werkgever wel een redelijke grond voor ontslag had, maar iets anders schort aan de uiteindelijke opzegging, hoeft geen rekening te worden gehouden met de gevolgschade. In die – uitzonderlijke – gevallen zal de billijke vergoeding zelfs op nihil gesteld kunnen worden. Veelal zal het echter gaan om een beëindiging op een onvoldragen grond of een door de werkgever veroorzaakte grond terwijl niet goed is vast te stellen hoe lang de arbeidsovereenkomst in redelijkheid nog zou hebben geduurd. Moeite hebben wij in dit verband dan ook met de uitspraak van Kantonrechter Groningen,<sup>65</sup> waarin hij de hoogte van de billijke vergoeding relateerde aan de periode van een mediationtraject om de verhoudingen te herstellen. Ook in dit geval wordt onte-recht geen rekening gehouden met het doel van mediation of andere verbetertrajecten, namelijk dat ontslag niet meer nodig is.

#### 6.1.4. *Ad categorie IV: als alternatief voor herstel in eerste instantie*

Ook bij het vaststellen van de hoogte van deze categorie billijke vergoedingen past het de hoogte van de vergoeding in belangrijke mate te relateren aan de resterende duur van de arbeidsovereenkomst of de te verwachten werkloosheidsduur. Herstel is immers niet meer mogelijk door ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Een redelijke grond voor ontslag ontbreekt in deze gevallen of de wederindienstredingsvoorwaarde is geschonden.

#### 6.1.5. *Ad categorie V: als alternatief voor herstel in hoger beroep*

Bij de begroting van de billijke vergoeding in hoger beroep is aanleiding aan te sluiten bij de categorie in eerste instantie. Dus wanneer in eerste instantie een billijke vergoeding is gevorderd op grond van artikel 7:681 BW is artikel 7:683 BW niets meer dan de hogerberoep-pendant van artikel 7:681 BW en vindt begroting van de billijke vergoeding plaats op basis van dezelfde uitgangspunten. Zulks overwoog ook Hof Amsterdam.<sup>66</sup> Hetzelfde geldt voor de andere wettelijke grondslagen en categorieën als hiervoor besproken. Wanneer in hoger beroep een definitief einde komt aan de arbeidsovereenkomst (omdat de kantonrechter in eerste aanleg een ontslag op staande voet ten onrechte heeft vernietigd of omdat de kantonrechter in eerste aanleg een arbeidsovereenkomst onterecht niet heeft ontbonden), bepaalt de rechter in hoger beroep de einddatum. In dat geval bestaat naast een eventuele billijke vergoeding (en een eventuele transitievergoeding) geen aanspraak op een gefixeerde schadevergoeding wegens een onregelmatige beëindiging. Er is dan immers niet onregelmatig beëindigd. Indien de rechter in hoger beroep moet oordelen over de rechtsgeldigheid van een ontslag op staande voet waarover de kantonrechter in eerste aanleg oordeelde dat dit ontslag terecht was verleend, kan de rechter in hoger beroep wel gehouden zijn iets te zeggen over de gefixeerde schadevergoeding. Heeft de werknemer bijvoorbeeld in eerste aanleg naast een transitievergoeding en een billijke vergoeding een vergoeding wegens onregelmatig ontslag gevorderd, maar zijn deze vorderingen door de kantonrechter afgewezen (omdat hij oordeelde dat het ontslag op staande voet terecht was), dan kunnen al deze vergoedingen weer in volle omvang aan de orde komen in het hoger beroep. Om de rechter in hoger beroep daarover een oordeel te vragen, moet de werknemer wel grieven richten tegen de afwijzing van al deze vorderingen.

Tot slot kan de rechter in hoger beroep naar onze mening bij het vaststellen van de billijke vergoeding rekening houden met het loon dat voorafgaand aan en gedurende de hogerberoepsprocedure is betaald. Als de rechter in eerste aanleg volgens de rechter in hoger beroep ten onrechte niet heeft ontbonden, dan heeft de arbeidsovereenkomst dus volgens de rechter in hoger

63. Legt de werknemer zich neer bij de beëindiging, dan geldt dit niet onverkort en lijkt het niet bezwaarlijk met het ontbreken van een verbeter-/mediationtraject in elk geval wel rekening te houden. Zie bijvoorbeeld Ktr. Den Bosch 14 juli 2017, AR-Updates 2017-1003.

64. Bijvoorbeeld Ktr. Leeuwarden 18 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2796.

65. Ktr. Groningen 11 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2726.

66. Hof Amsterdam 18 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2955. Zie ook: Hof Den Haag 27 september 2016, JAR 2016/266.



beroep langer geduurd dan nodig en heeft de werknemer over die periode ook loon ontvangen terwijl dat niet nodig was. Als de werknemer in die periode vervolgens geen arbeid heeft verricht, achten wij redelijk dat de rechter in hoger beroep bij het vaststellen van een eventuele billijke vergoeding met de periode van loonbetaling rekening houdt.<sup>67</sup>

## 7. Samenvatting en conclusie

Met de Wwz heeft de billijke vergoeding zijn intrede gedaan in het arbeidsrecht. Vanwege de verschillende wettelijke grondslagen kan niet worden gesproken over dé billijke vergoeding. Niettemin hebben de verschillende billijke vergoedingen wel een aantal gemeenschappelijke kenmerken. Meest in het oog springend is dat er slechts in uitzonderingssituaties reden is een billijke vergoeding toe te kennen, namelijk wanneer de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten. In dit artikel hebben wij de verschillende wettelijke grondslagen<sup>68</sup> van de billijke vergoeding onderverdeeld in vijf verschillende categorieën. Uit de rechtspraak en literatuur volgt dat discussie bestaat over de hoogte van de billijke vergoedingen en dat houdt ermee verband dat de minister in de parlementaire geschiedenis weinig handvatten heeft gegeven voor de begroting van de billijke vergoeding. Voor zover wel handvatten zijn gegeven zijn deze lastig te hanteren.

In het New-Hairstyle-arrest heeft de Hoge Raad verduidelijkt dat de rechter bij de begroting van de billijke vergoeding wel degelijk rekening mag houden met de gevolgen van het ontslag. Hoewel deze zaak betrekking had op een billijke vergoeding ex artikel 7:681 BW, zien wij geen bezwaar de door de Hoge Raad in dit arrest geformuleerde uitgangspunten ook toe te passen op de andere billijke vergoedingen, voor zover de casus zich daartoe leent. Naast het uitgangspunt dat de gevolgen van het ontslag kunnen worden betrokken bij de begroting van de billijke vergoeding overwoog de Hoge Raad dat voor het bepalen van de gevolgen afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan worden aangesloten bij het gemiste inkomen. Daarnaast kan bij de begroting van de billijke vergoeding worden betrokken of aanspraak bestaat op een transitievergoeding. Dit neemt niet weg dat op grond artikel 7:611 BW op basis van goed werkgeverschap de werknemer een extra (schade)vergoeding kan toekomen voor zowel advocaatkosten als wegens ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever wat *niet* tot opzegging van de arbeidsovereenkomst leidt.

67. Zie ook Hof Den Haag 28 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2466. In deze zaak hield de rechter in eerste aanleg bij het vaststellen van een billijke vergoeding rekening met een lange periode van loonbetaling terwijl daartegenover geen arbeid stond, in relatie tot de korte duur van de arbeidsovereenkomst.

68. Dat wil zeggen beperkt tot de billijke vergoedingen die voorkomen in Titel 10 van Boek 7 BW.

Veel van de uitgangspunten die gelden voor de oude kennelijkonredelijkontslagvergoeding gelden ook voor de billijke vergoeding. Beide vergoedingen zijn namelijk een bijzondere vorm van (schade)vergoeding wegens wanprestatie, namelijk een tekortkoming van de werkgever in zijn verplichting zich als goed werkgever te gedragen. Bij beide vergoedingen moet de hoogte van de vergoeding in relatie staan tot het verwijt dat de werkgever gemaakt kan worden en dient de vergoeding ter compensatie. Bovendien kunnen bij de begroting van beide vergoedingen alle omstandigheden van het geval worden betrokken, is een formule niet aangewezen, heeft de rechter volledige beoordelingsvrijheid en dient hij zijn oordeel steeds te motiveren. Verschillen zijn er ook, maar die leiden er wat ons betreft niet toe dat de in de lagere rechtspraak ontwikkelde gezichtspunten voor de begroting van de kennelijkonredelijkontslagprocedure onbruikbaar zijn bij de begroting van de billijke vergoeding. Sterker, deze gezichtspunten kunnen zeer bruikbaar zijn bij het begroten van de billijke vergoeding. Het berekenen van de verwachte werkloosheidsduur teneinde de gevolgen van het ontslag te kunnen vaststellen is geschikt zolang geen aanknopingspunt te vinden is over een eventuele restduur van de arbeidsovereenkomst. Anders gezegd, als er geen indicatie is over de te verwachten levensduur van de arbeidsovereenkomst, bestaat wat ons betreft reden aansluiting te zoeken bij de te verwachten werkloosheidsduur. Dit is immers de schade die wordt geleden als gevolg van het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever, mits geen redelijke grond voor ontslag bestond. Bestond die grond wel, dan is een periode van werkloosheid niet het gevolg van het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever.

Dit leidt concreet tot de volgende drie uitgangspunten bij het begroten van de billijke vergoeding.

1. Als een werkgever een redelijk grond voor ontslag heeft, maar de onjuiste ontslagroute heeft gevolgd, dan is er reden de billijke vergoeding te begroten op het loon over de gemiste periode, vermeerderd met een bedrag aan immateriële schade.
2. Als een werkgever geen redelijke grond had, maar hij niettemin concreet kan maken dat de arbeidsovereenkomst op een zeker moment zou zijn geëindigd, denk aan de voortijdige maar onterechte beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, dan bestaat reden de billijke vergoeding aan te laten sluiten bij het gemiste loon over het concreet te verwachten restant van de arbeidsovereenkomst (eventueel vermeerderd met bijvoorbeeld imagoschade en verminderd met elders verdiend loon).
3. Zolang niet concreet gemaakt kan worden wanneer de arbeidsovereenkomst – het ontslag weggedacht – zou zijn geëindigd, dan bestaat wat ons betreft aanleiding om bij het begroten van de billijke vergoeding de te verwachten werkloosheidsduur te betrekken.

Samengevoegd zou dit tot de volgende gezichtspunten voor de billijke vergoeding moeten leiden, waarbij de

omstandigheden van het geval bepalen welke factoren wel of niet (of in meerdere of mindere mate) in acht moeten worden genomen:

- A. Periode van loonverlies, waarbij moet worden uitgegaan van de mogelijke resterende duur van de arbeidsovereenkomst of, indien dit niet mogelijk is, naar het loonverlies in de te verwachten werkloosheidsduur, afhankelijk van o.a.:
  - a. aard en ernst van het verwijt werkgever,
  - b. lengte dienstverband,
  - c. leeftijd werknemer en kansen op de arbeidsmarkt,
  - d. fictief einde van de arbeidsovereenkomst (rekening houden met de eventueel al verschuldigde gefixeerde schadevergoeding),
  - e. nieuwe baan werknemer,
  - f. mogelijke loonmatiging o.g.v. artikel 7:680a BW;
- B. te verwachten inkomsten (hoogte WW-uitkering en eventuele transitievergoeding en de hoogte daarvan);
- C. financiële situatie werkgever;
- D. verwijt werknemer (bijdrage aan ontstane situatie);
- E. pensioenschade;
- F. immateriële schade, bijvoorbeeld:
  - a. imagoschade,
  - b. niet kunnen beschikken over loon gedurende zekere tijd;
- G. verwijt werkgever ontstane/gecreëerde situatie.

We sluiten af met de opmerking dat welke methode rechters ook hanteren ter begroting van de billijke vergoeding, zij steeds duidelijk moeten weergeven hoe zij tot hun oordeel zijn gekomen.