

ANNOTATIE

De billijke vergoeding: introductie van de punitive damage in het arbeidsrecht?

mr. dr. P. Kruit

*Annotatie bij Rechtbank Noord-Holland, 28-07-2016,
ECLI:NL:RBNHO:2016:6519 (GZR-2016-0307, AR-2016-0867)*

1. Inleiding

Het is inmiddels ruim een jaar geleden dat WWZ haar intrede deed voor wat betreft het ontslagrecht. Begrippen als ‘de Kantonrechtersformule’ en ‘kennelijk onredelijk ontslag’ beginnen langzaam uit ons arbeidsrechtelijk gedachtegoed te verdwijnen. De arbeidsrechtpraktijk is in volle gang aan het werk met de limitatieve ontslaggronden, de transitievergoeding en de billijke vergoeding. Met name dit laatste aspect van de billijke vergoeding zorgt – zelfs na een jaar WWZ – nog voor de nodige onduidelijkheid. In de rechtspraak is een grote mate van diversiteit zichtbaar bij toepassing van de billijke vergoeding (C.J. Frikkee & M.E. Smorenburg, ‘Berekening van een billijke vergoeding’, *ArbeidsRecht* 2016/11 en S.S.M. Peters, ‘Billijke vergoedingen hausse in 2016: ontaardt het door de wetgever geregisseerde strakke ballet in een losbandige lambada?’, *AR* 2015-0865). In deze annotatie bespreek ik een drietal aan de billijke vergoeding gelieerde vragen:

1. Heeft de billijke vergoeding in de ontbindingsprocedure en de 681-procedure hetzelfde karakter?
2. Op welke wijze dient de billijke vergoeding te worden berekend?
3. Kunnen de billijke vergoeding, de transitievergoeding en de vergoeding vanwege onregelmatige opzegging met elkaar cumuleren?

2. Karakter van de billijke vergoeding

In de ontbindingsprocedure geldt als uitgangspunt dat de werknemer bij een voldragen ontslaggrond uitsluitend aanspraak kan maken op de transitievergoeding ex artikel 7:673 BW. Op grond van artikel 7:671b lid 8 onderdeel c BW kan enkel in geval van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan de zijde van de werkgever een aanvullende billijke vergoeding worden toegekend. Het moet volgens de wetgever gaan om uitzonderlijke situaties waarin

sprake is van ‘werkelijk onrecht’ (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 61). Gedacht kan worden aan discriminatie, seksuele intimidatie of het ernstig schenden van re-integratieverplichtingen (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 34). Het doel van de billijke vergoeding is het compenseren van dit ernstig verwijtbaar handelen en tevens het voorkomen van soortgelijk gedrag in de toekomst (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 32). Er gaat aldus een zekere punitieve werking van de billijke vergoeding uit. Voor artikel 7:671b lid 8 onderdeel c BW staat het al dan niet vereist zijn van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten niet ter discussie, getuige de wettekst. Zo oordeelt ook de Kantonrechter Alkmaar in rechtsoverweging 5.14 van onderhavige uitspraak.

De werknemer die van mening is dat hij ten onrechte op staande voet is ontslagen, heeft op grond van artikel 7:681 BW een tweetal mogelijkheden hiertegen te ageren. Ten eerste kan hij de vernietiging van het ontslag op staande voet verzoeken, zulks door binnen twee maanden na de opzegging een verzoekschrift hiertoe bij de kantonrechter in te dienen. De tweede mogelijkheid betreft het verzoeken van een billijke vergoeding. Ook dit verzoek dient binnen twee maanden na de opzegging door middel van een verzoekschrift bij de kantonrechter te worden neergelegd. In deze tweede situatie legt de werknemer zich neer bij het einde van de arbeidsovereenkomst, maar wenst hij een financiële compensatie te ontvangen voor het feit dat hij ten onrechte is ontslagen. Anders dan in artikel 7:671b lid 8 onderdeel c BW staat in artikel 7:681 BW niet het vereiste van ‘ernstig verwijtbaar handelen of nalaten’ van de werkgever opgenomen als voorwaarde voor toekenning van de billijke vergoeding. Dit roept de vraag op of hiermee dan wellicht een ander karakter aan de billijke vergoeding van artikel 7:681 BW toekomt.

De wetgever heeft hierover in de parlementaire geschiedenis opgemerkt dat ernstig verwijtbaar handelen of nalaten al is inbegrepen bij de voorwaarden waaronder een beroep op artikel 7:681 BW kan worden gedaan. Het geven van een ontslag op staande voet zonder dat aan de daarvoor geldende voorschriften is voldaan is aldus naar zijn aard al ernstig verwijtbaar, zodat de aanspraak op een billijke vergoeding hiermee is gerechtvaardigd (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 61; *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 99 en 113). In de visie van de wetgever is het karakter van de billijke vergoeding in de ontbindingsprocedure hiermee gelijk aan dat van de billijke vergoeding bij artikel 7:681 BW, namelijk het compenseren van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten op zodanige wijze dat hiervan een punitief en preventief effect uitgaat. Zowel de Kantonrechter Roermond (r.o. 4.6.3) als de Kantonrechter Zaanstad (r.o. 5.10) komt in de onderhavige uitspraken tot deze conclusie als het gaat om de billijke vergoeding van artikel 7:681 BW.

3. Berekening van de billijke vergoeding

Nu duidelijk is dat met de billijke vergoeding het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever dient te worden gecompenseerd op zodanige wijze dat hiervan een punitief en preventief effect uitgaat, is vervolgens de vraag op welke wijze deze compensatie dient te worden vormgegeven. De wetgever geeft betrekkelijk weinig handvatten die behulpzaam zijn bij het bepalen van de omvang van de billijke vergoeding. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de

hoogte van de billijke vergoeding moet aansluiten bij de *uitzonderlijke* (en dus niet: alle) omstandigheden van het geval. Hierbij hoeven (maar mag wel?) criteria als loon en lengte dienstverband geen rol te spelen. Hierbij geldt dat de gevolgen van het ontslag reeds in de transitievergoeding zijn verdisconteerd, zodat deze geen rol mogen spelen bij het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 61). Daarnaast neemt de wetgever als uitgangspunt dat de billijke vergoeding zodanig moet zijn dat dergelijk gedrag in de toekomst door de werkgever wordt nagelaten. Er schuilt aldus een punitief element in de billijke vergoeding (Frikkee & Smorenburg, 2016 en D.M.A. Bij de Vaate & D.B.M. Pinedo, 'Jurisprudentie over de billijke vergoeding: labyrint of duidelijke lijn?', *TRA*, n.n.g.). Uitdrukkelijk is door minister Asscher benoemd dat het niet de bedoeling is dat de Kantonrechtersformule (of een variant hierop) moet worden gebruikt bij het bepalen van de billijke vergoeding (*Handelingen II* 2013/14, 54, item 9, p. 28).

Met deze summiere aanwijzingen zijn de kantonrechters vervolgens op pad gestuurd om in concrete zaken de omvang van de billijke vergoeding vast te stellen. In de literatuur is door verscheidende auteurs reeds geconstateerd dat de weinig concrete aanknopingspunten die de wetgever biedt in de praktijk leiden tot een grote diversiteit in billijke vergoedingen (Frikkee & Smorenburg 2016; Peters 2015; A.R. Houweling & P. Kruit, 'Een jaar WWZ-ontbindingsrechtspraak: een onderzoek naar gepubliceerde en niet-gepubliceerde rechtspraak', *TAP* 2016/264 en Bij de Vaate & Pinedo).

Slechts Peters staat in haar annotatie uitgebreid stil bij de wijze van berekening van de billijke vergoeding. Peters pleit er in haar annotatie voor dat de billijke vergoeding aan de hand van de algemene schadebegrotingsregels van Boek 6 zou moeten worden vastgesteld en (in ieder geval) primair gerelateerd zou moeten zijn aan de schade van de werknemer. Deze stelling van Peters is gedurfd, nu de wetgever immers heeft aangegeven dat 'de gevolgen van het ontslag' geen rol mogen spelen bij het bepalen van de billijke vergoeding. Indien de schadebegrotingsregels van Boek 6 van stal worden gehaald – vergelijkbaar met de berekening van de schadevergoeding uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag onder het oude artikel 7:681 BW – wordt echter direct aangesloten bij de door de werknemer geleden schade als gevolg van het ontslag. Hoe voor de hand liggend, praktisch en begrijpelijk deze stelling van Peters ook is, deze druist direct in tegen hetgeen de wetgever voor ogen heeft gehad. Dit zou wellicht anders kunnen zijn wanneer Peters bedoelt dat niet zozeer de door de werknemer geleden schade ten gevolge van het beëindigen van de arbeidsovereenkomst, maar enkel de schade geleden door het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever dient te worden gecompenseerd. Ik denk dan veeleer aan een soort immateriële schadevergoeding, althans genoegdoening voor het leed dat de werknemer is aangedaan. Ter illustratie: een werknemer die door zijn werkgever seksueel wordt geïntimideerd als gevolg waarvan de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, zou enkel de schade geleden als gevolg van de seksuele intimidatie vergoed moeten krijgen en *niet* de schade als gevolg van het eindigen van de arbeidsovereenkomst. Deze laatste schade is immers reeds verdisconteerd in de transitievergoeding.

In de discussie rondom het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding speelt zoals

opgemerkt ook het punitief karakter een rol. Het toepassen van de schadebegrotingsregels uit Boek 6 BW miskent dit punitieve element, omdat uitsluitend de werknemer en de door hem geleden schade centraal staan. Indien de omvang van de billijke vergoeding wordt bepaald met als uitgangspunt dat de vergoeding een bestraffend karakter moet hebben en daarmee tot preventie moet leiden, dan is de door de werknemer geleden schade in feite niet relevant. Immers, niet het perspectief van de werknemer die ernstig verwijtbaar is behandeld, maar het perspectief van de werkgever die ernstig verwijtbaar heeft gehandeld staat centraal. De hoogte van de billijke vergoeding moet in dat geval aansluiten bij wat door de betreffende werkgever als 'punitief' wordt beschouwd. De billijke vergoeding wordt alsdan geheel losgekoppeld van de individuele werknemer en uitsluitend beschouwd vanuit de hoedanigheid van de werkgever. Ter illustratie: het kan in deze benadering dus zo zijn dat een werknemer die door de bakker op de hoek wordt gediscrimineerd met een billijke vergoeding van € 10.000 wordt gecompenseerd – dit is voor de betreffende werkgever al behoorlijk punitief – terwijl een werknemer die bij een grote bank op soortgelijke wijze wordt gediscrimineerd wellicht het tienvoudige aan billijke vergoeding ontvangt. Leidt deze benadering dan niet tot ongelijkheid? Ik meen van niet. In het arbeidsrecht zijn we gewend altijd vanuit de (beschermende) bril van de werknemer te kijken. Gelijke werknemers moeten gelijk behandeld worden. Echter, in het geval van toepassing van de billijke vergoeding zou dit werknemersperspectief wellicht moeten worden ingeruild voor een benadering die op de werkgever is geënt. Immers, de wettelijke transitievergoeding is al volledig geschreven vanuit werknemersperspectief en behoort de (forfaitaire) schade van de beëindiging van het dienstverband te compenseren. Het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten zou in mijn optiek meer vanuit het perspectief van de werkgever moeten worden beschouwd. De werkgever krijgt een tik op de vingers vanwege zijn ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. Wat als 'tik op de vingers' wordt beschouwd verschilt uiteraard per werkgever, maar zou bijvoorbeeld gerelateerd kunnen worden aan de door de werkgever behaalde jaaromzet. Deze benadering vanuit werkgeversperspectief sluit mijns inziens ook meer aan bij de door de wetgever verstrekte handvatten (compensatie van het ernstig verwijtbaar handelen, geen gevolgen criterium, meewegen van de uitzonderlijke omstandigheden van het geval en loon en lengte dienstverband spelen in beginsel geen rol). Hiermee verwordt de billijke vergoeding niet zozeer tot een voor de werknemer op maat gesneden compensatie, maar tot een passende en treffende sanctie voor de werkgever. Deze benadering, die ertoe leidt dat elementen als 'loon' en 'lengte dienstverband' geen rol meer spelen, zorgt er echter wel voor dat werknemers met een kort dienstverband een ten opzichte van hun dienstverband zeer hoge vergoeding krijgen. Dit is in mijn optiek niet bezwaarlijk, nu blijkens de parlementaire geschiedenis 'loon en lengte dienstverband' geen rol hoeven (lees: behoren?) te spelen (*Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 4, p. 61).

Indien naar de onderhavige beschikkingen wordt gekeken, dan blijkt hieruit welk een verschillende benaderingen worden gekozen. Zo oordeelt de Kantonrechter Roermond in zijn beschikking (r.o. 4.6.5) dat 'uit de wetsgeschiedenis volgt dat de billijke vergoeding niet al te hoog dient te zijn'. Deze overweging heb ik in de wetsgeschiedenis niet kunnen terugvinden. Sterker nog, deze overweging is in mijn optiek juist in strijd met de gedachte van de wetgever dat de billijke vergoeding een afschrikwekkend karakter moet hebben. De kantonrechter

besluit de billijke vergoeding vervolgens op nihil vast te stellen omdat 'buiten het feit dat de werkgever de arbeidsovereenkomst onrechtmatig heeft opgezegd, geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen' (r.o. 4.6.6). Deze overweging van de kantonrechter miskent dat de wetgever expliciet heeft benoemd dat het onrechtmatig opzeggen van de arbeidsovereenkomst naar zijn aard reeds ernstig verwijtbaar is. Door hier vervolgens geen sanctie aan te verbinden komt de werkgever feitelijk ongestraft weg met het geven van een onterecht ontslag op staande voet.

In de beschikkingen van de Kantonrechter Alkmaar en de Kantonrechter Zaanstad wordt opgemerkt dat bij bepaling van de billijke vergoeding ook de gevolgen van het ontslag kunnen worden betrokken. In het licht van de opmerking van de wetgever dat zulks uitdrukkelijk *niet* de bedoeling is, acht ik deze overweging opmerkelijk. De kantonrechter vervolgt met de opmerking dat de billijke vergoeding geen concrete schadeberekening inhoudt en dat ook aandacht moet worden geschonken aan het punitieve element. Dit uitgangspunt lijkt mij dan weer wel correct. Het is spijtig dat de Kantonrechter Zaanstad vervolgens direct besluit een billijke vergoeding toe te kennen van € 15.000 bruto, gelijk aan het verzoek van de werknemer, zonder toe te lichten op welke wijze het punitieve element hiermee voldoende tot uitdrukking wordt gebracht.

Door enerzijds het punitieve element in de billijke vergoeding te betrekken en anderzijds ook rekening te houden met de gevolgen van het ontslag voor de werknemer (de schade die de werknemer lijdt) introduceert de Kantonrechter Zaanstad feitelijk een soort '*punitive damage*' in het arbeidsrecht. Wellicht dat deze benadering een middenweg is tussen de eerder door Peters bepleite stroming van schadevergoeding aan de werknemer begroot aan de hand van de regels van Boek 6 BW en mijn hiervoor beschreven pleidooi voor het vaststellen van de billijke vergoeding uitsluitend op basis van het punitieve karakter van deze vergoeding. Deze in Angelsaksische rechtstelsels breed gedragen vorm van schadevergoeding met een bestraffend element zou bij mijn weten nieuw zijn in het Nederlands (arbeids)recht. Wellicht dat hiermee een begin is gemaakt in de oplossing van het vraagstuk naar de begroting van de billijke vergoeding. In mijn optiek wordt hiermee wel recht gedaan aan het karakter van de vergoeding.

4. Cumulatie van vergoedingen

Bij een onterecht gegeven ontslag op staande voet kan de werknemer naast de billijke vergoeding ex artikel 7:681 BW tevens een gefixeerde schadevergoeding verzoeken ex artikel 7:672 lid 10 BW wegens het niet in acht nemen van de opzegtermijn of wegens het voortijdig eindigen van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder tussentijds opzegbeding ex artikel 7:677 lid 4 BW. Voorts kan de werknemer aanspraak maken op een transitievergoeding, aangezien het dienstverband door opzegging is geëindigd en er vanwege het ontbreken van een dringende reden doorgaans evenmin sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten op grond waarvan de werknemer ex artikel 7:673 lid 7 onderdeel c BW zijn recht op de transitievergoeding kwijtraakt. De vraag die rijst is in hoeverre een stapeling van deze vergoedingen mogelijk is en op welke wijze de billijke vergoeding zou moeten worden

beïnvloed door het toekennen van een tweetal andere vergoedingen.

In mijn optiek gaat het in dit samenloopvraagstuk om drie verschillende vergoedingen met een eigen karakter en grondslag. De vergoeding ex artikel 7:672 lid 10 (of 7:677 lid 4) BW betreft een compensatie voor de niet in acht genomen opzegtermijn. Dit is wat voor invoering van de WWZ de ‘gefixeerde schadevergoeding’ werd genoemd. Hiermee wordt slechts hersteld dat bij de opzegging door de werkgever de opzegtermijn niet (correct) is toegepast. Dit staat aldus geheel los van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever.

De transitievergoeding heeft als doel het compenseren van de gevolgen van het ontslag. Deze compensatie wordt geboden door middel van een forfaitaire vergoeding die is gebaseerd op anciënniteit en laatstverdiende salaris.

De billijke vergoeding ex artikel 7:681 BW compenseert, zoals onder punt 2 van deze annotatie reeds is uiteengezet, het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever, bestaande uit het geven van ontslag op staande voet zonder dat aan de vereisten hiervoor is voldaan. Weliswaar heeft de wetgever opgemerkt dat een aanspraak op het ten onrechte niet genoten loon ex artikel 7:672 lid 10 BW kan worden verdisconteerd in de billijke vergoeding (*Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 92-93), maar zulks kan er in mijn optiek nooit toe leiden dat de billijke vergoeding op nihil wordt gesteld. Dit zou immers betekenen dat de werknemer per saldo hetzelfde krijgt als bij een reguliere opzegging (inachtneming opzegtermijn + transitievergoeding), waarmee het ten onrechte verlenen van ontslag op staande voet – door de wetgever notabene gekwalificeerd als ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever – in feite in het geheel niet wordt gesanctioneerd. Hiermee wordt geen recht gedaan aan het punitieve element dat mede ten grondslag ligt aan de billijke vergoeding. Dit geldt ook bij arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd waarbij een vergoeding van de resterende contractduur er in feite toe leidt dat de werkgever niets meer hoeft te betalen dan wat hij bij instandhouding van de arbeidsovereenkomst aan salaris was kwijt geweest.

Aansluiting kan in mijn optiek worden gezocht bij de jurisprudentie over het kennelijk onredelijk ontslag onder het oude ontslagrecht, waarin de Hoge Raad heeft aangegeven dat waar in de wet (art. 7:681 (oud) BW) staat dat de rechter een schadevergoeding *kan* toekennen, zulks in de praktijk betekent dat de schadevergoeding ook *moet* worden toegekend bij een oordeel dat het ontslag kennelijk onredelijk is (HR 4 juni 1974, *NJ* 1977/98 (Derksen/Derksen)). Dit geldt mijns inziens ook voor toekenning van de billijke vergoeding. Als het oordeel van de rechter is dat sprake is van ernstige verwijtbaarheid, dan *moet* ook een billijke vergoeding worden toegekend. Nu ernstige verwijtbaarheid in artikel 7:681 BW is inbegrepen, zou mijns inziens een geslaagd beroep op artikel 7:681 BW altijd moeten leiden tot toekenning van een billijke vergoeding. De redenering van de Kantonrechter Roermond in onderhavige zaak (r.o. 4.6.6) acht ik daarom op juridische gronden onjuist nu geen recht wordt gedaan aan het karakter van de billijke vergoeding. Werkgevers moeten zich ervan bewust zijn dat een onterecht ontslag op staande voet met zich brengt dat direct een drietal vergoedingen is verschuldigd.

5. Conclusie

Een jaar lang billijke vergoeding heeft vooralsnog meer vragen opgeroepen dan beantwoord. De wetgever heeft er bewust voor gekozen de toepassing van de billijke vergoeding aan de rechtspraak over te laten. Zoals van tevoren reeds voorspeld, is verdeeldheid troef. Een halfjaar na de analyse van Peters en Frikkee & Smorenburg moet worden vastgesteld dat er weinig verbetering zichtbaar is. Weliswaar is duidelijk dat het karakter van de billijke vergoeding zowel bij artikel 7:671b lid 8 onderdeel c als bij artikel 7:681 BW betreft het compenseren van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. De wijze waarop deze compensatie wordt vormgegeven verschilt echter van kantonrechter tot kantonrechter. Kern van dit probleem is in mijn optiek dat niet duidelijk is vanuit wiens perspectief de billijke vergoeding moet worden benaderd. Betreft het een compensatie van schade door de werknemer geleden of een bestraffing van de werkgever voor het ernstig verwijtbaar handelen? De Kantonrechter Alkmaar en Zaanstad (mr. Jansen) heeft een middenweg getracht te vinden en hiermee de facto een soort *punitive damage* geïntroduceerd. Wellicht is dit de sleutel naar de oplossing van het mysterie rondom de billijke vergoeding en ontstaat in de loop der jaren een soort (al dan niet impliciet in de rechtspraak besloten) 'punitive damage-gids' waarin de bestraffende component als percentage van de jaaromzet van de werkgever wordt weergegeven. De tijd zal het leren.