

Billijke vergoedingen

mr. D. van Gerven & mr. D.A.D. Mees

De Brauw Blackstone Westbroek N.V.

Warming-up: historie

- Doelen nieuw ontslagrecht: o.a. ontslagrecht vereenvoudigen en *ontslagvergoedingen beperken*
- Gesloten systeem van vergoedingen: forfaitair berekende transitievergoeding, in uitzonderlijke omstandigheden ('muizengaatje') een extra vergoeding: de billijke vergoeding.
- Voorbeelden van uitzonderlijke omstandigheden:
 - Valse grond voor ontslag;
 - Discriminatie;
 - Grovelijke niet-nakoming van verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, bijv. schending re-integratieverplichtingen;
 - Arbeidsongeschiktheid door onvoldoende zorg voor arbeidsomstandigheden;
 - Laakbaar gedrag.

Hoogte billijke vergoeding (MvT, p. 32-33)

- *"Het is aan de rechter om de hoogte van de billijke vergoeding te bepalen. De hoogte daarvan staat in relatie tot het ernstig verwijtbare handelen of nalaten van de werkgever. Rechter hebben de mogelijkheid om de hoogte van de vergoeding te bepalen op een wijze die aansluit op het niveau bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval. Dit betekent dat criteria als loon en lengte van het dienstverband die onderdeel uitmaakte van de kantonrechtersformule hierbij geen rol hoeven te spelen. Voorts kan in deze additionele vergoeding niet tot uitdrukking komen of het ontslag redelijk is mede in het licht van de gevolgen van het ontslag voor de werknemer en de door de werkgever getroffen voorzieningen om deze gevolgen omdat dit reeds is verdisconteerd in de transitievergoeding."*

Warming-up: soorten billijke vergoeding

- Ontbinding als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werkgever (art. 7:671b lid 9 sub c BW jo. art. 7:671c lid 2 sub b BW);
- Niet verlengen + ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werkgever (art. 7:673 lid 9 sub a of b BW);
- Vernietigbare opzegging (7:681 BW lid 1 BW);
- Na toestemming UWV + ernstig verwijtbaar handelen of nalaten werkgever (art. 7:682 lid 1 sub b, lid 1 sub c, lid 2 sub b, lid 3 sub b, lid 4 sub b BW);
- Ontslag statutair bestuurder/geestelijke in strijd met 669 (art. 682 lid 3 sub a BW);
- Schenden van de wederindiensttredingsvoorwaarde (art. 7:682 lid 5 BW);
- Hoger beroep/na cassatie; geen ernstige verwijtbaarheid vereist (art. 7:683 lid 3 BW);

New Hairstyle I

- Bij het vaststellen van de billijke vergoeding gaat het uiteindelijk erom dat werknemer wordt gecompenseerd voor het ernstig verwijtbaar gedrag of nalaten van de werkgever, hoogte bepaald door alle uitzonderlijke omstandigheden van het geval.
- Rechter moet de omstandigheden in zijn motivering tot uitdrukking brengen (geen dikke duim benadering, geen vaste formules, maar onderbouwd maatwerk).
- Voor zover gevolgen zijn toe te rekenen aan ernstig verwijtbaar gedrag kunnen die gevolgen ten volle worden meegewogen.
- Maatwerk in plaats van *hard and fast rules*, aantal gezichtspunten geformuleerd (volgende slide).

3.4.2: motiveringsplicht → *inzicht te geven in de omstandigheden die tot (...) de hoogte van de vergoeding hebben geleid*

3.4.3: gevolgen van het ontslag mogen WEL worden meegenomen in de begroting, mits in relatie tot ernstig verwijtbaar handelen (causaal verband)

3.4.4: vrije keuze tussen vernietiging en de billijke vergoeding (= financiële equivalent van vernietiging)

3.4.5: niet *specifiek* punitief → wel *preventief* + gezichtspunten

3.5.2: proceskosten geen onderdeel van billijke vergoeding

Gezichtspunten samengevat

- Inkomsten wanneer werkgever niet ernstig verwijtbaar zou hebben gehandeld;
- Inkomsten bij inmiddels gevonden ander werk;
- Andere inkomsten die werknemer in redelijkheid zou kunnen verwerven;
- Mate van (ernstige) verwijtbaarheid van de werkgever;
- Aanspraak op en hoogte van de transitievergoeding;
- In hoeverre valt de werknemer zelf een verwijt te maken.

En de praktijk.....?

- Geen formules meer, ingewikkeld om een billijke uitkomst te 'voorspellen'.
- *Old habits die hard*: rekenen met duur dienstverband en maandsalaris niet langer richtinggevend.
- Ook rechters maken zich er (soms) makkelijk vanaf: "*Uitgaande van het voorgaande zal de kantonrechter de billijke vergoeding vaststellen op een bedrag van € XXX bruto*".

Sinds New Hairstyle I

- Zinzia (ECLI:NL:HR: 2018:878)
 - 7:671c lid 2 BW, preventieve werking, hof hoeft niet in te gaan op afwijking van de door de kantonrechter vastgestelde billijke vergoeding
- Vd. Wekke (ECLI:NL:HR:2018:857)
 - 7:683 BW, nuancering dat de nadruk van deze vergoeding 'niet zozeer ligt op de mate van verwijtbaarheid, maar op de verloren waarde van de arbeidsovereenkomst'
- ServiceNow (ECLI:NL:HR:2018:2218)
 - 7:671b lid 8 sub c BW (Asscher-Escape), partijdebat leidend, motiveringsplicht rechter (relevante elementen kenbaar betrekken)
- Blue Circle (ECLI:NL:HR:2020:955)
 - Duur dienstverband, motiveringsplicht is niet *strenger* dan in andere gevallen: mate van motivering hangt af van stellingen in partijdebat, koude opsomming niet voldoende (inzicht geven in begroting)

Sinds New Hairstyle I

- Belang van onderbouwing van een billijke vergoeding
- Rechter moet motiveren, dus partijen moeten stellen
- *Guidance* van de Hoge Raad, maar partijen zijn nu echt zelf aan zet (*TAP* 2020, 295)

Gevalsvergelijkingen

Wat als?

- Wat als het ernstig verwijtbare gedrag niet had plaatsgevonden, wat als niet vernietigbaar was opgezegd, wat als niet in eerste aanleg ten onrecht was ontbonden?

Toetsing *ex nunc*: feiten na ontslag ook van belang

- **Fictieve gevalsvergelijking**: er moet *iets* worden weggedacht om de 'wat als'-situatie te bepalen, welke feiten dat zijn is afhankelijk van de grondslag.
- New Hairstyle II en ServiceNow: alleen de *trigger* voor het toekennen van de billijke vergoeding (de ernstig verwijtbare oorzaak voor het ontslag – dus feiten, of de vernietigbare opzegging – dus de rechtshandeling) moet worden weggedacht
- Eén leer, maar toch een relevant verschil bij begroting. Voorbeeld:
 - Bij een opzegging zonder instemming (artikel 7:681 BW) wordt alleen de opzegging weggedacht; de feiten die aan deze opzegging ten grondslag lagen, tellen *wel* mee in de gevalsvergelijking.
 - Bij een ontbinding op basis van een *door het ernstig verwijtbaar handelen* van de werkgever verstoord geraakte arbeidsverhouding moeten de *gedragingen* van de werkgever die ernstig verwijtbaar waren worden weggedacht.
 - Wat als er geen verband is tussen ernstig verwijtbaar handelen en de reden voor ontbinding?

Stuwend effect

- *Gemist loon en de verwachte duur van de aovk*
 - Juridische gevalsvergelijking: wegdenken van *trigger* van de billijke vergoeding (Ernstige Verwijtbaarheid).
 - Duur dienstverband + leeftijd *onderdeel* van dit gezichtspunt: hoe realistisch is *jobhop* gedrag?
- *Immateriële schade, zoveel mogelijk cf. boek 6 BW*
 - Pleister op de wonde: laat zich moeilijk motiveren (*Zinzia*).
- *Materiële schade, zoveel mogelijk cf. boek 6 BW*
 - Pensioenschade, misgelopen bonussen en/of gratificaties, LTI, etc.
- *Verwijt WG en preventieve werking*
 - Vaak beschreven als: 'compensatie voor ernstig verwijtbaar handelen' of 'gedeeltelijke strafsanctie'.
 - Geen *uitdrukkelijk* punitief karakter, wel preventieve werking = correctiefactor op voorgaande!
- *Het recht op en hoogte van de (transitie)vergoeding.*
 - Langer dienstverband = hogere transitievergoeding
 - Ook andere vergoedingen (denk aan onregelmatige opzeggingsvergoeding, contractuele vergoeding, maar evt. ook in een hypothetische gevalsvergelijking vast te stellen billijke vergoeding).

Drukkend effect

- *Een nieuwe baan en de daaruit voortvloeiende inkomsten voor de werknemer.*
- *Redelijkerwijs in de toekomst mogelijk te verwerven andere inkomsten.*
 - Denk hierbij aan een WW-uitkering, maar ook het aanboren van andere bronnen van inkomsten.
 - Redelijkerwijs te verwachten, dus niet het mogelijk winnen van de loterij.
- *Geen inzicht geven in (te verwachten) inkomsten door werknemer*
 - Let op: ook bewust niet zoeken naar een nieuwe baan: schadebeperkingsplicht.
- *Verwijt werknemer*
 - *Correctiefactor werkt ook de andere kant op*
- *Financiële situatie werkgever*
 - *Kamerstukken II, 2013/2014, 33 818 nr. 3 p. 34*
- *Loonmatiging als bedoeld in 7:680a BW*
 - Zie A.R. Houweling, 'Rechtspreken wat krom is: recht op loon na en 'Kleine Diko'-ontslag op staande voet', *ArbeidsRecht* 2018/7

Recent voorbeeld

Werknemer van supermarkt.

Geboren 1968, in 1992 als caissière in dienst getreden. Nu leidinggevende functie. Salaris bijna EUR 6.000 per maand.

Conflict, psychische klachten, re-integratie, mediation, bandopnames van gesprekken. Twee zelfmoordpogingen van werknemer.

Na twee jaar arbeidsongeschiktheid: UWV geeft toestemming.

Einde het gevolg van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever (intimidatie, pesterijen).

Oordeel artsen: matig gunstige prognose op herstel, maar lange weg te gaan.

Werknemer claimt billijke vergoeding van ruim 7 ton (tot aan pensioenleeftijd incl. promoties). Daar zitten ook niet nader onderbouwde diverse kosten bij inbegrepen.

Recent voorbeeld

Werknemer van supermarkt.

Geboren 1968, in 1992 als caissière in dienst getreden. Nu leidinggevende functie. Salaris bijna EUR 6.000 per maand.

Conflict, psychische klachten, re-integratie, mediation, bandopnames van gesprekken. Twee zelfmoordpogingen van werknemer.

Na twee jaar arbeidsongeschiktheid: UWV geeft toestemming.

Einde het gevolg van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever (intimidatie, pesterijen).

Oordeel artsen: matig gunstige prognose op herstel, maar lange weg te gaan.

Werknemer claimt billijke vergoeding van ruim 7 ton (tot aan pensioenleeftijd incl. promoties). Daar zitten ook niet nader onderbouwde diverse kosten bij inbegrepen.

- *Gemist loon en de verwachte duur van de aovk*
 - 24 jaar dienstverband
 - 10 jaar doorbreking van loopbaan
 - Verschil in inkomen, situatie WIA vs. situatie werk: **-214k**.
- *Immateriële schade, zoveel mogelijk cf. boek 6 BW*
 - **10k** voor genoegdoening psychisch leed
- *Materiële schade, zoveel mogelijk cf. boek 6 BW*
 - Geen pensioenschade want premievrije opbouw
 - **EUR 50k** gemiste kans op doorgroei
 - Er loopt en aparte procedure ex 7:658 BW: niet volledig meegenomen in BV, maar wel deels (immaterieel + gemiste groei).
 - Overige posten: onvoldoende gesteld (niet specifiek gemaakt)
- *Verwijt WG en preventieve werking*
 - Aanzienlijke bijdrage aan arbeidsongeschiktheid
 - Aanzienlijk ernstig verwijtbaar gehandeld mede gezien de vele momenten en de lange periode waarop de werkgever anders had kunnen en moeten handelen
- *Het recht op en hoogte van de (transitie)vergoeding.*
 - Ruim 74k aan transitievergoeding in mindering op inkomensverlies
- **TOTAAL: 214k + 10k + 50k - 74k = 200k.**

Kortom

Voorspellen blijft lastig, toch kan de praktijk uit de voeten met de *guidance* van de Hoge Raad.

Focus thans op fictieve gevalsvergelijking: inschatting van het gemiste loon en de verwachte duur van de arbeidsovereenkomst als de *trigger* wordt weggedacht.

De praktijk zal leren of de overige gezichtspunten – mate van verwijtbaarheid en preventieve werking – in de komende jaren een meer prominente rol kunnen krijgen.

Partijen dienen het verzoek en verweer goed in de verf te zetten.

Billijke vergoeding heeft een eigen karakter, maar het komt het bij de invulling van de meest relevante gezichtspunten in overwegende mate neer op *begroten, schatten, vergoeden en bewonderen*: dat roept bepaald nostalgische gevoelens op (TRA 2010/47).

Dank!

Daniël van Gerven

daniel.vangerven@debrauw.com

+31 20 577 1977

David Mees

david.mees@debrauw.com

+31 20 577 1061