

Het 'Hairstyle-arrest': gevolgen voor de ontslagpraktijk

ArbeidsRecht 2017/49

Het zal weinigen ontgaan zijn dat de Hoge Raad op 30 juni 2017 in het zogenoemde 'Hairstyle-arrest' uitspraak heeft gedaan over de billijke vergoeding op grond van art. 7:681 BW. Hoewel in dit arrest enkele belangrijke vragen over de billijke vergoeding zijn beantwoord, blijft ook na deze uitspraak nog veel onduidelijk. Zijn de 'Hairstyle-criteria' bijvoorbeeld ook van toepassing op andere billijke vergoedingen, zoals die in de ontbindingsprocedure? En hoe zal er in de praktijk invulling gegeven worden aan de 'Hairstyle-criteria'? Inmiddels zijn de eerste uitspraken na het 'Hairstyle-arrest' gepubliceerd. In dit artikel zal naar aanleiding daarvan onderzocht worden of en in hoeverre daarmee meer duidelijkheid voor de ontslagpraktijk wordt gegeven.

1. Het 'Hairstyle-arrest'

1.1 De billijke vergoeding vóór het 'Hairstyle-arrest'

Tot voor kort bestond onduidelijkheid over de (begroting van de) 'billijke vergoeding' die zijn entree heeft gemaakt met de invoering van de Wet werk en zekerheid (WWZ). De wetsgeschiedenis biedt (bewust²) geen tot nauwelijks aanknopingspunten hoe de billijke vergoeding berekend moet worden. De memorie van toelichting geeft enkel aan dat het aan de rechter is de hoogte van de billijke vergoeding te bepalen en dat de hoogte van de billijke vergoeding in relatie moet staan tot het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werkgever.³ Daarbij wordt verder opgemerkt dat rechters de mogelijkheid hebben om de hoogte van de vergoeding te bepalen op een wijze die aansluit bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval. Daarbij kunnen de gevolgen van het ontslag van de werknemer niet tot uitdrukking komen, omdat dit element al is verdisconteerd in de transitievergoeding. De billijke vergoeding dient volgens de wetgever als compensatie voor het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever en ook om een dergelijk handelen of nalaten van de werkgever te voorkomen.⁴

1.2 Drie categorieën

De billijke vergoeding komt op meerdere plekken⁵ in de wet voor en is te onderscheiden in drie verschillende categorieën.

en.⁶ Allereerst de billijke vergoeding in het geval van een ontbindingsprocedure, waarbij het einde van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Ten tweede de billijke vergoeding als alternatief voor de vernietiging van een ongeldige opzegging. En ten derde de billijke vergoeding in een procedure in hoger beroep. Blijkens de wetsgeschiedenis hebben de eerste twee categorieën hetzelfde karakter.⁷ In beide gevallen is bij de toekenning daarvan sprake van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever, ofwel expliciet waarbij gedragingen als bijvoorbeeld discriminatie en intimidatie als ernstig verwijtbaar worden gezien, ofwel impliciet waarbij de ernstige verwijtbaarheid ligt besloten in de aard van de gedraging (het in strijd met de daarvoor geldende regels beëindigen van de arbeidsovereenkomst). De derde categorie behelst volgens de wetsgeschiedenis een ander karakter, waarbij geen ernstig verwijtbaar handelen vereist is, maar de focus ligt op het feit dat na het verstrijken van de proceduurtijd het daadwerkelijk herstellen van de arbeidsovereenkomst niet meer in de rede ligt.⁸

Met deze beperkte handvatten was en is het aan de rechter om aan de hand van de individuele omstandigheden van het geval te beoordelen of een billijke vergoeding zou moeten worden toegekend, en zo ja, hoe hoog deze zou moeten zijn. De conclusie na twee jaar rechtspraak is dat er een grote diversiteit bestaat in de invulling van de billijke vergoeding.⁹ Waar de ene (kanton)rechter de inkomensschade van de werknemer als uitgangspunt neemt en dus (toch) de gevolgen van het ontslag worden meegenomen, houdt de andere (ook of louter) rekening met een punitief component om de werkgever te 'bestrafen' voor het ernstige verwijtbaar handelen. Daarnaast ontbreekt in het gros van de uitspraken een duidelijke/buikbare motivering van de hoogte van de billijke vergoeding.

1.3 New Hairstyle: wat was er aan de hand

De procedure bij de Hoge Raad ging om een kapster die aanspraak maakte op een billijke vergoeding van haar werkgeefster, New Hairstyle, omdat deze haar arbeidsovereenkomst had opgezegd zonder haar instemming of toestemming van het UWV. New Hairstyle had de werkneemster al twee keer eerder zonder succes geprobeerd te ontslaan, zowel door het aanbieden van een beëindigingsovereenkomst zonder toekenning van een vergoeding als door het aanvragen van

1 Mevrouw mr. S. van de Kam & mevrouw mr. M.S. Postma zijn arbeidsrechtadvocaat bij Buren N.V. te Den Haag. Speciale dank gaat uit naar kantoorgenoot de heer mr. D. Berkhout voor zijn opmerkingen.

2 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 4, p. 61.

3 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 32-33.

4 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 32-38.

5 Onder andere art. 7:671b lid 8 sub c en lid 9 sub b, art. 7:671c lid 2 sub b en lid 3 sub b, art. 7:681 lid 1 en art. 7:683 lid 3 BW.

6 D.M.A Bij de Vaate & P. Kruit, 'Billijke vergoeding: over karakter, begroting en art. 6 EVRM, *Arbeidsrechtelijke Annotaties*', 2017 (11) 1.

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

8 Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 114-115.

9 D.M.A Bij de Vaate & P. Kruit, 'Billijke vergoeding: over karakter, begroting en artikel 6 EVRM', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2017 (11) 1; Annotaties AR 2016-0742; Annotaties AR 2015-1009; D.M.A. Bij de Vaate & D.B.M. Pinedo, 'Jurisprudentie over de billijke vergoeding: labyrint of duidelijke lijn?', *TRA* 2016/84.

een ontslagvergunning bij het UWV wegens bedrijfseconomische redenen.

In de zomer van 2015 ontstond discussie over het opnemen van vakantie door de werknemer. Zij was vanwege het werk van haar man gebonden aan de bouwvak en New Hairstyle weigerde vanwege de planning in deze periode (volledig) vakantieverlof te verlenen. De werknemer was desondanks in de opgegeven periode op vakantie gegaan. Dit werd door New Hairstyle niet geaccepteerd. Tijdens haar vakantie heeft zij de werknemer zonder instemming en zonder toestemming ontslagen.

1.4 *Oordeel kantonrechter en Hof*

De werknemer verzocht bij de kantonrechter op grond van art. 7:681 BW, als alternatief voor de vernietiging van de opzegging, om toekenning van een billijke vergoeding van € 57.699,07. De kantonrechter oordeelde dat de billijke vergoeding een punitief karakter kent en stelde de vergoeding vast op € 4000. Het Hof bekrachtigde het oordeel van de kantonrechter. Daarbij merkte het Hof onder meer op dat (i) de billijke vergoeding voor de werkgever een zodanig substantieel bedrag dient te beslaan dat hiermee een dergelijk handelen in de toekomst wordt voorkomen en dat de vergoeding dus ook een punitief en afschrikwekkend karakter moet hebben; en (ii) de gevolgen van het ontslag voor de werknemer buiten beschouwing dienden te blijven, aangezien dit volgens het Hof, blijkens wetsgeschiedenis, al is verdisconteerd in de transitievergoeding.

1.5 *Hoge Raad tikt Hof op de vingers*

In cassatie ging het met name over de juistheid van de hiervoor onder (i) en (ii) genoemde overwegingen van het Hof. Anders dan het Hof oordeelde de Hoge Raad als volgt.

Ten aanzien van punt (i) oordeelde de Hoge Raad met betrekking tot de billijke vergoeding op grond van art. 7:681 BW dat het er uiteindelijk om gaat dat de werknemer wordt gecompenseerd voor het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Uit de wetsgeschiedenis volgt volgens de Hoge Raad niet dat de wetgever daarbij een specifiek punitief karakter heeft willen toekennen en daar dient dan ook geen rekening mee te worden gehouden bij de vaststelling van de billijke vergoeding.¹⁰ Wel lijkt de Hoge Raad een bepaald preventief karakter te willen toekennen aan de billijke vergoeding in die zin dat het voor de werkgever niet voordeliger mag zijn voor een vernietigbare opzegging te kiezen dan het op juiste wijze beëindigen van het dienstverband of het in stand houden daarvan.¹¹

Ten aanzien van punt (ii) oordeelde de Hoge Raad in het algemeen dat, hoewel de gevolgen van het ontslag reeds zijn verdisconteerd in de transitievergoeding, het stelsel van de WWZ zich er niet tegen verzet dat met de gevolgen van het

ontslag rekening wordt gehouden bij het bepalen van de omvang van de billijke vergoeding omdat de werkgever van het ontslag als zodanig een ernstig verwijt kan worden gemaakt, voor zover die gevolgen zijn toe te rekenen aan het de werkgever te maken verwijt.

Vervolgens wordt in rechtsoverweging 3.4.4 toegespitst op de billijke vergoeding in deze kwestie, namelijk die van art. 7:681 lid 1 sub a BW. De Hoge Raad oordeelde dat, gelet op het feit dat de werknemer een keuzemogelijkheid heeft en bij de keuze voor een vernietiging van de opzegging een loonvordering zou verkrijgen, bij de vaststelling van de billijke vergoeding mede kan worden gelet op het loon dat de werknemer zou hebben genoten als de opzegging zou zijn vernietigd, en zo ja op welke termijn de werkgever de arbeidsovereenkomst op rechtmatige wijze had kunnen hebben beëindigd. Daarbij kan ook acht geslagen worden op de mogelijkheid de loonvordering te matigen op grond van art. 7:680a BW.

In rechtsoverweging 3.4.5 oordeelde de Hoge Raad dat het afhangt van de omstandigheden van het geval of en in hoeverre bij de vaststelling van de billijke vergoeding van art. 7:681 BW lid 1 sub a BW rekening wordt gehouden met het inkomen van de werknemer. Tot deze omstandigheden behoren onder meer:

- de mate waarin de werkgever van de grond voor de vernietigbaarheid van de opzegging een verwijt valt te maken;
- de vraag of de redenen die de werknemer heeft om af te zien van vernietiging van de opzegging aan de werkgever zijn toe te rekenen;
- of de werknemer inmiddels ander werk heeft gevonden;
- welke inkomsten hij daaruit dan verdient;
- of er sprake is van (andere) inkomsten die de werknemer in redelijkheid in de toekomst kan verwerven; en
- of de werknemer aanspraak heeft op een transitievergoeding.

Tot slot heeft de Hoge Raad de schadevergoedingsbepalingen van boek 6 BW van toepassing verklaard.

De Hoge Raad heeft de zaak terugverwezen naar het Hof.

2. **Gevolgen van deze uitspraak**

2.1 *Toepasbaarheid op andere billijke vergoedingen*

In het licht van de verschillende categorieën billijke vergoedingen, leidt de uitspraak van de Hoge Raad tot de vraag of de criteria voor de begroting van de billijke vergoeding universeel van toepassing zullen zijn, althans daarvoor bruikbaar zijn. Dit valt niet direct uit het arrest op te maken.

Voor een positieve beantwoording van deze vraag pleit dat de wetgever in ieder geval eenzelfde type billijke vergoe-

¹⁰ HR 30 juni 2017, JAR 2017/188, m.nt. Van Zanten-Baris, r.o. 3.4.5.

¹¹ HR 30 juni 2017, JAR 2017/188, m.nt. Van Zanten-Baris; P. Kruit, 'De billijke vergoeding volgens de Hoge Raad: wel de gevolgen van het ontslag maar niet specifiek punitief', TAP 2017/260, onder 3.3.

ding voor ogen heeft gehad.¹² Ook de overweging van de Hoge Raad dat daar waar een ernstig verwijtbaar handelen of nalaten niet in de wettelijke bepaling wordt genoemd, dit handelen impliciet in de grond voor toekenning van de billijke vergoeding besloten ligt, onderschrijft de stelling dat de billijke vergoedingen met en zonder expliciete ernstige verwijtbaarheid op dezelfde wijze moeten worden benaderd.¹³

Een kanttekening die hierbij echter kan worden gemaakt is dat een billijke vergoeding, die wordt toegekend vanwege ernstig verwijtbaar handelen of nalaten in de zin van art. 7:671b BW, verband houdt met heel andere gedragingen dan de billijke vergoeding van art. 7:681 BW, die de werknemer verkiest als alternatief boven herstel van de arbeidsovereenkomst na een vernietigbare opzegging.¹⁴ Mogelijk heeft de Hoge Raad (bewust) een escape gecreëerd door in rechtsoverweging 3.4.4 en 3.4.5 (uitsluitend) expliciet te verwijzen naar art. 7:681 lid 1 sub a BW, waarmee wellicht ruimte is om bij andere billijke vergoedingen een andere begrotingsmethodiek te hanteren die niet zozeer – mede – de te verwachten resterende duur van de arbeidsovereenkomst tot uitgangspunt neemt.¹⁵ Dit lijkt te worden ondersteund door de expliciete verwijzing van de Hoge Raad naar de keuzemogelijkheid die art. 7:681 BW de werknemer biedt¹⁶ en die voor bijvoorbeeld de ontbindingsprocedure ex art. 7:671b lid 8 BW niet aan de orde is. De praktijk zal dit verder moeten uitwijzen.

2.2 *Begroting billijke vergoeding op basis van de 'Hairstyle-criteria'*

De Hoge Raad laat het – begrijpelijk gezien de wetsgeschiedenis – voor nu bij een gezichtspuntencatalogus. Hoewel de Hoge Raad dit niet met zoveel woorden zegt, zal voor de praktijk de consequentie mogelijk zijn dat inkomensderving het uitgangspunt zal worden, aangezien dit juist in beginsel de te kwantificeren schade zal zijn die voortvloeit uit de ongeldige opzegging.

Voor de praktijk lijkt daarmee de te bepleiten aanpak om de inkomensderving (2.2.1) als uitgangspunt te nemen, waarbij vervolgens een aantal elementen als 'correctiefactor' (2.2.2 en 2.2.3) een rol (kan) spelen, zonder daarbij een (volgorde) hiërarchie tussen deze omstandigheden aan te brengen.

2.2.1 *Uitgangspunt: inkomensderving werknemer*

De inkomensschade kan worden berekend door de duur van het dienstverband te schatten in het hypothetische geval dat er niet ongeldig zou zijn opgezegd en daarover het loon te berekenen. Bij de inschatting van de duur van het dienst-

verband dient in aanmerking te worden genomen of, en zo ja wanneer, de werkgever vermoedelijk de arbeidsovereenkomst wel op rechtsgeldige wijze zou (kunnen) hebben beëindigd.

Bij een vroegtijdige (ongeldige) beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zal dit in beginsel de oorspronkelijke einddatum van het tijdelijke contract zijn. Het zal een lastige opgave voor de werknemer zijn om met succes aan te voeren dat een langere duur in aanmerking moet worden genomen omdat een verlenging redelijkerwijs te voorzien was. In het geval van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zou een hoge inkomensschade op de loer kunnen liggen indien er sprake is van een ongeldig gegeven ontslag van een altijd goed functionerende werknemer. De inkomensschade zal echter ook heel beperkt kunnen blijven indien het om een ongeldig gegeven ontslag op staande voet gaat, waarbij de dringende reden aanwezig was maar de opzegging is gestrand op de onverwijdheid. In dat geval is het te voorzien dat mogelijk door middel van ontbinding op grond van verwijtbaar handelen van de werknemer op korte termijn alsnog een einde aan de arbeidsovereenkomst zou zijn gekomen.¹⁷ Hierdoor zal het (tijdig) indienen van een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding aan belang toenemen.¹⁸

Vanuit het startpunt van het loon over de geschatte duur van het dienstverband, zal vervolgens gekeken worden naar andere elementen die van invloed zijn op de inkomensderving van de werknemer. Van belang is het feit of de werknemer inmiddels ander werk heeft gevonden of wanneer de werknemer in de toekomst in redelijkheid inkomsten zal verwerven.¹⁹ Dit betekent mogelijk een terugkeer van een aantal criteria dat bij de bepaling van de vergoeding op grond van kennelijk onredelijk ontslag is ontwikkeld²⁰ zoals arbeidsmarktpositie, staat van dienst werknemer, werker-
varing, leeftijd werknemer, eventuele (medische) beperkingen en, zoals P. Kruit al heeft aangegeven, tot een mogelijke revival van de door de Universiteit van Amsterdam ontwikkelde rekentool.²¹

2.2.2 *'Correctiefactor': mate van verwijtbaarheid werkgever*

Naast de begrote, werkelijke inkomensschade van de werknemer dient in aanmerking te worden genomen de mate waarin de werkgever van de grond voor de vernietigbaarheid van de opzegging een verwijt valt te maken. Hierbij kan mede worden betrokken in hoeverre de redenen die

12 Kamerstukken 2013/14, 393988, C, RvT, p. 111-113; reactie op vragen VAAN.
13 HR 30 juni 2017, JAR 2017/188, r.o. 3.4.2.
14 C.J. Frikkee, 'Billijke vergoeding bij vernietigbare opzegging', TRA 2016/61, par. 1.
15 P. Kruit, 'De billijke vergoeding volgens de Hoge Raad: wel de gevolgen van het ontslag maar niet specifiek punitief', TAP 2017/260 par. 3.2.
16 HR 30 juni 2017, JAR 2017/188, r.o. 3.4.4.

17 P. Kruit, 'De billijke vergoeding volgens de Hoge Raad: wel de gevolgen van het ontslag maar niet specifiek punitief', TAP 2017/260, par. 3.2.
18 P. Kruit, 'De billijke vergoeding volgens de Hoge Raad: wel de gevolgen van het ontslag maar niet specifiek punitief', TAP 2017/260, par. 3.2.
19 HR 30 juni 2017, NJ 2017/298, m.nt. E. Verhulp; voor interessante aanknopingspunten zie P. Kruit, 'De billijke vergoeding volgens de Hoge Raad: wel de gevolgen van het ontslag maar niet specifiek punitief', TAP 2017/260, par. 3.2.
20 HR 12 februari 2010, JAR 2010/72; HR 27 november 2009, JAR 2009/305, m.nt. E. Verhulp.
21 www.magontslag.nl/HoeLangWerkloos.nl.

de werknemer heeft om af te zien van vernietiging van de opzegging, aan de werkgever zijn toe te rekenen. Gedacht kan worden aan de handelwijze van de werkgever naar de aanloop en na afloop van het ongeldig gegeven ontslag en in hoeverre de arbeidsverhouding daarmee is verstoord, waardoor de werknemer kiest voor de billijke vergoeding.

2.2.3 'Correctiefactor': transitievergoeding en vergoeding onregelmatige opzegging

Daarnaast kan volgens de Hoge Raad de eventueel aan de werknemer toekomende transitievergoeding worden betrokken bij de begroting van de billijke vergoeding. Aannemelijk lijkt dat hetzelfde geldt voor de vergoeding voor onregelmatige opzegging.²² De transitievergoeding heeft als doel de werknemer voor de gevolgen van het ontslag te compenseren en de transitie naar nieuw werk te overbruggen.²³ De vergoeding van de onregelmatige opzegging bevat het loon over de periode dat de arbeidsovereenkomst eerder eindigt dan tussen partijen geldt (veelal de opzegtermijn). Deze vergoedingen betreffen een compensatie over een periode die tevens gecompenseerd wordt door de billijke vergoeding. Zonder deze twee vergoedingen in mindering te brengen op de billijke vergoeding zou dit betekenen dat de werknemer dubbel gecompenseerd zou worden.

Dit zou bijvoorbeeld wel kunnen betekenen dat de werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd al financieel volledig wordt gecompenseerd door de vergoeding wegens onregelmatige opzegging (aangezien dit in principe het loon tot de einddatum dekt). De billijke vergoeding zou dan nog kunnen dienen als louter compensatie van het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever, in de vorm van vergoeding voor immaterieel nadeel.²⁴ Dit lijkt ook in lijn met de uitspraak van de Hoge Raad aangezien het voor de werkgever niet voordeliger mag zijn om te kiezen voor de vernietigbare opzegging dan op juiste wijze beëindigen van de arbeidsovereenkomst of het in stand houden ervan.²⁵

2.3 Vergoeding advocaatkosten – art. 7:686a lid 3 BW

Tot slot is het arrest van de Hoge Raad interessant vanwege het oordeel dat door de werkneemster gevorderde advocaatkosten niet bij de vaststelling van de billijke vergoeding op grond van art. 7:681 BW mogen worden betrokken, omdat deze geen verband houden met de vernietigbare opzegging van de arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad overweegt dat een aanspraak op vergoeding van deze kosten kan worden ontleend aan schending door de werkgever van diens verplichting om zich als goed werkgever te gedragen, in samenhang met art. 6:96 BW. Art. 7:686a lid 3 BW opent de mogelijkheid op die basis vergoeding van de advocaatkosten te verzoeken.

22 HR 30 juni 2017, NJ 2017/298, m.nt. E. Verhulp onder punt 11.

23 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 24.

24 S.F. Sagel, 'De Wwz, het ontslag op staande voet en de rechter', TRA 2016/85, par. 4.

25 HR 30 juni 2017, JAR 2017/188, r.o. 3.4.5.

3. Eerste uitspraken na het 'Hairstyle-arrest'

Inmiddels zijn de eerste uitspraken na het 'Hairstyle-arrest' gepubliceerd. Hierna zal worden onderzocht of en hoe in de praktijk invulling gegeven wordt aan de criteria van de Hoge Raad.

3.1 Billijke vergoeding ex. art. 7:681 BW

Wanneer het gaat om de begroting van de billijke vergoeding op grond van art. 7:681 BW blijkt dat de inkomensschade van de werknemer inderdaad als uitgangspunt wordt genomen, waarbij rechters een begroting maken van de lengte van het dienstverband indien de werknemer voor vernietiging van de opzegging had gekozen.

Rechters blijken daarbij concreet het criterium van de Hoge Raad toe te passen of, en zo ja wanneer, de werkgever op rechtmatige wijze de arbeidsovereenkomst zou kunnen hebben beëindigd. Zo hielden de Kantonrechter Groningen²⁶ en de Kantonrechter Roermond²⁷ rekening met de mogelijke toewijsbaarheid van een door werkgever verzochte (voorwaardelijke) ontbinding. De Kantonrechter Groningen oordeelde dat de arbeidsovereenkomst nog zo lang had geduurd als een gemiddeld verbetertraject van zes maanden, stelde de billijke vergoeding vast op zes maandsalarissen en wees daarnaast een bedrag van € 7500 aan immateriële schadevergoeding toe. De Kantonrechter Roermond achtte aannemelijk dat het ontbindingsverzoek van werkgever zou worden toegewezen, oordeelde dat de arbeidsovereenkomst (iets meer dan) zes maanden na het ontslag op staande voet zou zijn ontbonden en wees eveneens een billijke vergoeding van zes maandsalarissen toe. Daarbij werd de gefixeerde schadevergoeding wegens onregelmatige opzegging in mindering gebracht. In een andere zaak voor de Kantonrechter Roermond²⁸ was vanwege de dramatisch slechte financiële positie en de feitelijke sluiting van het bedrijf bij de schatting van het dienstverband rekening gehouden met een te verwachten faillissement van de werkgever en de opzegging door de curator. De vergoeding was gebaseerd op het inkomensverlies dat werd begroot op drie maandsalarissen en maximaal drie maanden WW minus inkomen bij de nieuwe werkgever (de werknemer had inmiddels een nieuwe baan aanvaard).

Ook de Kantonrechter Maastricht hield rekening met inkomsten bij een nieuwe werkgever. Dit leidde zelfs tot afwijzing van de verzochte billijke vergoeding vanwege het feit dat de financiële gevolgen voor de werknemer beperkt waren gebleven.²⁹

De Kantonrechter Amersfoort hield bij de begroting van de billijke vergoeding rekening met de arbeidsmarktpositie van de werknemer (verkeersregelaar) en oordeelde dat ondanks de hoge leeftijd van de werknemer (62 jaar) vol-

26 Kantonrechter Groningen 13 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2700.

27 Kantonrechter Roermond 27 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:7257.

28 Kantonrechter Roermond 1 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:7508.

29 Kantonrechter Maastricht 21 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:7158.

doende werk was voor verkeersregelaars. De kantonrechter stelde de vergoeding vast op een jaarloon en gaf daarbij aan dat daarin de (volledige) transitievergoeding is begrepen.³⁰

3.2 *Billijke vergoeding in ontbindingsprocedure*

De criteria uit het 'Hairstyle-arrest' blijken door kantonrechters ook gebruikt te worden bij de begroting van de billijke vergoeding op grond van ernstige verwijtbaar handelen van de werkgever in de ontbindingsprocedure.

Opmerkelijk zijn twee uitspraken van de Kantonrechter Roermond van 17 juli 2017³¹ en de Kantonrechter Maastricht van 25 augustus 2017³² waarin op (zo goed als) gelijke wijze een begroting werd gemaakt van de billijke vergoeding. Als eerste component bij de begroting werd de mate van verwijtbaarheid van de werkgever, geabstraheerd van de gevolgen voor de werknemer, van belang geacht. Hierbij werd expliciet aangegeven dat dit geen strafsanctie betreft en er geen richtlijnen zijn voor het bepalen van deze component van de billijke vergoeding. Onder verwijzing naar de overwegingen waarin de rechter oordeelde over de ernstige verwijtbaarheid van de werkgever als grondslag voor het recht op een billijke vergoeding en 'alles afwegende' werd vervolgens een bedrag van € 15000 resp. € 5000 genoemd. De tweede component van de billijke vergoeding bestond vervolgens uit de gevolgen van het ontslag. De Kantonrechter Roermond achtte de kansen op de arbeidsmarkt van de werknemer (55 jaar en arbeidsongeschikt) bijzonder klein. De kantonrechter gaf aan dat anderzijds een dienstverband ook geen levensverzekering is en begrootte de schade op drie jaarsalarissen. De Kantonrechter Maastricht begrootte de schade van de werknemer op 18 maandsalarissen. Beide kantonrechters namen vervolgens het maandsalaris minus de verwachte WW-uitkering (70% van het bruto salaris) als uitgangspunt, vermenigvuldigd met de inschatting van de duur van het dienstverband. Daarbij hielden de kantonrechters rekening met onder andere de kansen op de arbeidsmarkt en de eventuele beëindiging van de arbeidsovereenkomst op een andere grond. Tot slot werd de transitievergoeding voor een deel in mindering gebracht en kende de kantonrechter Maastricht nog een derde component als smartengeld van € 3000 toe. Hiermee lijken de kantonrechters een begrotingsmethodiek te hanteren waarbij de billijke vergoeding op twee componenten wordt gebaseerd, te weten (i) een component voor de mate van verwijtbaarheid an sich (dus zonder de gevolgen daarin te betrekken); en (ii) een component voor de gevolgen van het ontslag van de werknemer. De praktijk zal moeten uitwijzen of en in hoeverre deze begrotingsmethodiek navolging zal krijgen.

Ook uit andere gepubliceerde uitspraken blijkt dat op basis van de 'Hairstyle-criteria' rekening wordt gehouden met de gevolgen van het ontslag, waarbij alle omstandigheden van het geval relevant (kunnen) zijn. In een andere uitspraak

van de Kantonrechter Maastricht³³ oordeelde de kantonrechter dat sprake was van een aan de werkgever te verwijten verstoorde arbeidsrelatie en dat de arbeidsovereenkomst, als geen verzoek was ingediend, nog ongeveer zes maanden zou hebben geduurd. De kantonrechter wees op basis daarvan een billijke vergoeding van zes maandsalarissen toe. Het Hof Den Haag (28 juli 2017)³⁴ hield bij de vaststelling van de billijke vergoeding rekening met de beperkte duur van het dienstverband, de rol die de werknemer had bij het ontstaan van de verstoorde relatie en het feit dat de gestelde slechte arbeidsmarktpositie onvoldoende was onderbouwd. De Kantonrechter Leeuwarden³⁵ (18 juli 2017) stelde de billijke vergoeding vast op de overbruggingsperiode naar een andere baan (zes maanden) en hield daarbij rekening met de relatief korte duur van het dienstverband, de niet zo gunstige financiële situatie van de werkgever en het feit dat de werknemer ook een transitievergoeding ontving.

Tot slot nog een interessante uitspraak van de Kantonrechter Groningen van 11 juli 2017.³⁶ De kantonrechter oordeelde dat de arbeidsovereenkomst nog tenminste zes maanden zou hebben geduurd (daarbij aanhakend bij de duur van een gemiddeld verbetertraject) en kende een bedrag ad € 10.000 toe wegens een gemiste kans op uitbetaling van een earn-out regeling en nog een bedrag van € 10.000 bij wijze van immateriële schadevergoeding. De kantonrechter had daarmee een mogelijke vordering van de werknemer op de werkgever in de billijke vergoeding meegenomen.³⁷ Deze uitspraak lijkt daarmee een opening te bieden om in de praktijk opties/aandelen die al dan niet zouden 'vesten' als 'gemiste kans' als schadepost mee te nemen.

3.3 *Billijke vergoeding in hoger beroep*

Ook in een procedure op grond van art. 7:683 BW is aangesloten bij de 'Hairstyle-criteria'. Het Hof 's-Hertogenbosch (13 juli 2017)³⁸ nam als uitgangspunt dat vermoedelijk pas na twee jaar – vanwege de arbeidsongeschiktheid – de arbeidsovereenkomst had kunnen worden beëindigd. Het Hof wees vervolgens een billijke vergoeding toe van 22 maandsalarissen, bracht daarop reeds ontvangen uitkering in mindering en kende daarnaast de transitievergoeding toe.

4. De eerste lijnen

Het aantal gepubliceerde uitspraken na het 'Hairstyle-arrest' is nog beperkt en het is te vroeg om daaruit definitieve conclusies te trekken. Met de nodige voorzichtigheid kan er wel het volgende uit worden afgeleid:

- Rechters lijken ook bij de begroting van billijke vergoedingen die niet gegrond zijn op art. 7:681 BW aan

30 Kantonrechter Amersfoort 24 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3808.

31 Kantonrechter Roermond 17 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6879.

32 Kantonrechter Maastricht 25 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8348.

33 Kantonrechter Maastricht 10 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8407.

34 Hof Den Haag 28 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2467.

35 Kantonrechter Leeuwarden 18 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2796.

36 Kantonrechter Groningen 11 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2726.

37 Zoals E. Verhulp opmerkt is hiermee de Baijingsleer terug in het arbeidsrecht, NJ 2017/298, m.nt. E. Verhulp.

38 Hof 's-Hertogenbosch 13 juli 2017, JAR 2017/202.

te sluiten bij de door de Hoge Raad geformuleerde 'Hairstyle-criteria'.

- Daarbij lijkt de inkomensderving van de werknemer als startpunt te worden gebruikt bij de begroting van de billijke vergoeding. Er wordt allereerst (voornamelijk) gekeken naar het inkomen dat de werknemer nog verdiend zou hebben zonder ontbinding of opzegging.
- Bij de gevolgen van het ontslag wordt rekening gehouden met alle omstandigheden van het geval, waaronder de financiële positie van de werknemer, duur van het dienstverband, leeftijd van de werknemer en arbeidsmarktpositie.
- In een aantal uitspraken spelen elementen als de mate van verwijtbaarheid van de werkgever en de transitievergoeding (als 'correctiefactor') een rol. Een aantal rechters brengt de transitievergoeding (deels) in mindering op de billijke vergoeding voor zover de kantonrechter van oordeel is dat de bij de billijke vergoeding betrokken elementen tevens zijn verdisconteerd in de transitievergoeding. De gefixeerde schadevergoeding is in één uitspraak in mindering gebracht.
- Het lijkt mogelijk dat een eventuele vordering van de werknemer op de werkgever in de billijke vergoeding wordt meegenomen.
- In een aantal uitspraken is een immateriële schadevergoeding als component van de billijke vergoeding toegewezen.
- Tot op heden is geen sprake van billijke vergoedingen ter hoogte van inkomensderving tot aan de AOW-gerechtigde leeftijd. Er is wel aangesloten bij een te verwachten overbruggingsperiode naar een andere baan van zes maanden of de te verwachten duur van een verbeteringstraject van zes maanden. De hoogste vergoeding in de tot op heden gepubliceerde uitspraken betreft drie jaarsalarissen in geval van een oudere arbeidsongeschikte werknemer met een (zeer) slechte arbeidsmarktpositie.

5. Enkele praktische wenken

- Voor de werkgever geldt dat nog meer voorzichtigheid is geboden bij een ontslag op staande voet. Ingeval de ontslagreden niet als dringende reden kwalificeert en ook geen voldragen ontslaggrond oplevert kan de werkgever geconfronteerd worden met een hoge billijke vergoeding. De werkgever zal daarbij nog meer dan voorheen gebaat zijn bij (tijdige) indiening van een voorwaardelijk ontbindingsverzoek.
- Op de werknemer rust meer dan voorheen het geval was de verplichting om de omvang van de schade te stellen en te bewijzen. Zowel de werkgever als de werknemer zullen daarnaast concreet aandacht moeten besteden aan de vraag wanneer naar verwachting de arbeidsovereenkomst zonder opzegging of ontbinding zou zijn geëindigd.
- En last but not least: naast de billijke vergoeding kan de werknemer op grond van art. 7:686a lid 3 BW vergoeding van advocaatkosten vorderen.