

1. Dicteert de ontslaggrond (toch) de vergoeding?

MR. W.A. LENDERS

De Hoge Raad heeft zich inmiddels vrij uitvoerig uitgelaten over de transitievergoeding en (de begroting van) de billijke vergoeding.¹ Minder in de spotlight staat het antwoord op de vraag in hoeverre een aanvullende schadevergoeding bij ontslag op grond van een schending van het goed werkgeverschap mogelijk is. Bestaat hier nog ruimte voor en wat zijn daarvan de implicaties?

De Baijingsleer

De onder het oude recht ontwikkelde Baijingsleer houdt in dat bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens een verandering in omstandigheden, het resultaat van de rechterlijke toetsing aan de eisen van redelijkheid en billijkheid in beginsel en onder meewegen van alle relevante factoren ten volle tot uitdrukking dient te komen in de hoogte van de ontbindingsvergoeding. Deze exclusieve werking van de ontbindingsvergoeding omvat de aanspraken van een werknemer verband houdend met de (wijze van) beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de gevolgen daarvan, waarnaast geen aanspraken meer op art. 6:248 of 7:611 BW konden worden gebaseerd.²

De ontslagvergoeding toen, nu en in de toekomst

Vóór 1 juli 2015 ging de kantonrechter relatief vaak over tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van een verandering van omstandigheden.³ Ter compensatie kon een ontbindingsvergoeding aan de werknemer worden toegekend, hetgeen in het grootste deel van de gevallen ook gebeurde. Het betrof een vergoeding naar billijkheid, bij de vaststelling waarvan rekening werd gehouden met alle omstandigheden van het geval.⁴

Sinds de Wet werk en zekerheid (Wwz) is dit anders. Alleen als aan de vereisten van één van de limitatief in de wet opgenomen ontslaggronden is voldaan, kan de arbeidsovereenkomst zonder instemming of goedvinden van de werknemer worden beëindigd. Daarbij is de ontbindingsvergoeding vervangen door de transitievergoeding en een eventuele billijke vergoeding. Met de inwerkingtreding van de Wet arbeidsmarkt in balans (Wab) per 1 januari 2020 is hier de mogelijkheid van de cumulatieve vergoeding bij gekomen.

In de wetsgeschiedenis van de Wab wordt erop gewezen dat de rechtspraak mogelijk een uitweg zal zoeken in de Baijingsleer in ontbindingszaken die gezien de beperkte huidige vergoedingsmogelijkheden als onbillijk worden beschouwd.⁵ Helaas is de wetgever niet nader op deze opmerking ingegaan. Hiermee blijft de vraag in hoeverre een vordering tot een aanvullende schadevergoeding op grond van art. 7:611 BW sinds de Wwz nog mogelijk is, vooraansnog onbeantwoord.

De grond voor een aanvullende schadevergoeding

De toekenning van een vordering is niet mogelijk als deze berust op dezelfde feiten of dezelfde grondslag waarop reeds een vordering is gebaseerd. Gaat het om andere feiten of een andere grondslag, dan is deze ruimte er wel.⁶ Vorderingen die niet gebaseerd zijn op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst zijn dan ook nog steeds mogelijk naast de vergoedingen die zien op het einde van het dienst-

1 Bijvoorbeeld HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617 (*Kolom*) en HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187 (*New Hairstyle*).

2 Zie o.m. HR 24 oktober 1997, *JAR* 1997/248 (*Baijings*); HR 5 maart 1999, *JAR* 1999/73 (*Tulkens/FNV*); HR 2 november 2001, *JAR* 2001/255 (*Elverding/Wienholts*); HR 10 januari 2003, *JAR* 2003/39 (*Van Ravenswaade/ING*) en HR 10 december 2004, *JAR* 2005/12 (*Vermeulen/Douwe Egberts*). Hierna zal kortheidshalve worden verstaan te verwijzen naar art. 7:611 BW en het goed werkgeverschap.

3 C.C. Oberman, in: *Arbeidsovereenkomst*, art. 685 Boek 7 BW, aant. 3.4 (online, bijgewerkt 29-6-2012).

4 Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters 2009, <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Kantonrechterformule.pdf>.

5 *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, nr. C, p. 10.

6 HR 26 oktober 2018, *JAR* 2018/298, HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/203, HR 10 januari 2003, *JAR* 2003/39 (*Van Ravenswaade/ING*) en HR 26 januari 1990, *NJ* 1990, 499. Zie voorts P.A. Hogewind-Wolters en W.A. Zondag 2019, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht*, BW Boek 7 art. 611, C.1.8 en C.J. Loonstra, *De Hoge Raad en de problematiek van de samenloop in het licht van art. 7:611 BW (het goed werkgeverschap)*, *ArA* 2002/1.

verband.⁷ Hierbij kan gedacht worden aan een vordering tot nakoming van de overeengekomen arbeidsvoorwaarden of tot schadevergoeding op grond van art. 7:658 BW. Of een aanvullende vordering tot schadevergoeding gebaseerd op een schending van het goed werkgeverschap mogelijk is naast de transitievergoeding, cumulatievergoeding en billijke vergoeding, hangt af van de grondslagen voor toekenning van deze drie vergoedingen.

De transitievergoeding is bedoeld ter compensatie van de gevolgen van het ontslag en om de werknemer in staat te stellen de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken. De gevolgen van het ontslag zijn daarmee uitgesloten als grond voor een andere vergoeding.⁸

Wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden op de cumulatievegrond van art. 7:669 lid 3 sub i BW, dan is een aanvullende vergoeding met als grondslag dat het ontslag op meerdere gronden is gebaseerd, niet mogelijk. Hier ziet de cumulatievergoeding van art. 7:671b lid 8 BW al op.⁹

Alleen als het einde van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, kan de rechter ter compensatie hiervan een billijke vergoeding aan de werknemer toekennen.¹⁰ Deze grondslag voor een billijke vergoeding sluit elk handelen of nalaten van de werkgever dat een oorzaak is van het ontslag uit als grondslag voor een andere vergoeding. Hieronder valt ook niet ernstig verwijtbaar gedrag.¹¹

Verwijtbare gedragingen van de werkgever die niet tot het einde van de arbeidsovereenkomst hebben geleid, liggen niet ten grondslag aan de transitie-, de cumulatieve-, of de billijke vergoeding. Voor zover de verwijten aan het adres van de werkgever derhalve losstaan van de ontslaggrond, lijkt een vordering gebaseerd op een schending van het goed werkgeverschap mogelijk.¹² Om de ruimte voor een

aanvullende vordering te bepalen, moet daarom nauwkeurig worden bezien welke verwijten als oorzaak van het ontslag worden aangemerkt.

De Hoge Raad heeft zich hierover in twee beschikkingen nader uitgelaten.

New Hairstyle: de ernstige verwijtbaarheid is gelegen in het niet naleven van de ontslagregels

De eerste uitspraak van de Hoge Raad betreft de *New Hairstyle*-beschikking.¹³ Na de welbekende overwegingen over de begroting van de billijke vergoeding, sluit de Hoge Raad af met twee alinea's over de door de werkneemster verzochte vergoeding voor de door haar gemaakte advocaatkosten.¹⁴ De werkneemster schakelde op drie momenten rechtsbijstand in: toen de werkgever de arbeidsovereenkomst door een vaststellingsovereenkomst wenste te beëindigen, toen de werkgever haar als strafmaatregel schoonmaakwerkzaamheden liet verrichten, en in de gevoerde UWV-procedure. De Hoge Raad overweegt dat deze kosten van rechtsbijstand niet moeten worden meegenomen in de billijke vergoeding, en vervolgt: *'Die kosten houden immers geen verband met de vernietigbare opzegging van de arbeidsovereenkomst. Een aanspraak op vergoeding van deze kosten zou wel kunnen worden ontleend aan schending door de werkgever van diens verplichting om zich als een goed werkgever te gedragen, in samenhang met art. 6:96 BW.'*

Ik leid hieruit het volgende af. In deze zaak heeft de werkgever de arbeidsovereenkomst opgezegd in strijd met art. 7:671 BW. Het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever ligt besloten in de vernietigbare opzegging van de arbeidsovereenkomst, en is de grond voor toekenning van de billijke vergoeding van art. 7:681 BW.¹⁵ De andere gedragingen die de werkneemster de werkgever verwijt – het aanbieden van de beëindigingsovereenkomst, het opleggen van de strafmaatregel, en het entameren van een UWV-procedure – liggen niet ten grondslag aan de billijke vergoeding. Een aparte vordering ter vergoeding van de hierdoor geleden schade – hier: de advocaatkosten – op grond van het in strijd handelen met het goed werkgeverschap, is dan ook mogelijk.

Mijns inziens kan hieruit overigens ook worden afgeleid dat advocaatkosten die juist in het kader van de in het geding zijnde beëindiging van de arbeidsovereenkomst zijn gemaakt, niet via een vordering op grond van art. 7:611 BW, noch via de billijke vergoeding, voor volledige vergoeding in aanmerking komen. Deze kosten vallen immers

7 Zo ook o.m. Bouwens, Duk & Bij de Vaate, *Arbeidsovereenkomstenrecht* 2018/33.9.

8 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 34 en 38; *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 4, p. 61 en *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 53-54.

9 *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 3, p. 53-57, *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, nr. 9, p. 57-58.

10 Dit blijkt zowel uit de wettekst als uit de wetsgeschiedenis, o.m. in *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 83 en *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, nr. C, p. 65 en 99. De billijke vergoedingen in plaats van herstel van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep (art. 7:683 lid 3 BW), voor bepaalde werknemers (art. 7:682 lid 3 sub a BW), en bij een opzegging in strijd met art. 669 lid 1 of lid 3 sub a BW (art. 7:682 lid 1 sub b BW) worden in dit artikel buiten beschouwing gelaten.

11 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 4, p. 15; *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 32 en 34.

12 Zie in gelijke zin S.F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules*, oratie uitgesproken op 5 september 2014, Universiteit Leiden: 2014; Bouwens, Duk & Bij de Vaate, *Arbeidsovereenkomstenrecht* 2018/33.9; Hakvoort en P. Kruit, '(Ontslag)vergoedingen onder de WWZ: hoe goedkoop is de WWZ voor de verwijtbare werkgever?', *TAP* 2015/5; A.G. Castermans en Y. Erkens, 'Uit de ban van Baijings: schadevergoeding en de Wet werk en zekerheid', *NTBR* 2016/49.

13 HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187.

14 HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187, r.o. 3.5.1 en 3.5.2.

15 *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, nr. C, p. 99 en 113; zo ook het Hof Den Bosch na verwijzing, Hof Den Bosch 14 februari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:516, r.o. 5.1 en 5.32.

onder de proceskosten ex art. 237 e.v. Rv en niet onder de buitengerechtigde kosten van art. 6:96 lid 2 BW. Zoals bepaald in art. 241 Rv staat voor deze kosten in beginsel geen vergoeding van de werkelijke kosten open, maar geldt het liquidatietarief.¹⁶ Alleen in bijzondere omstandigheden, in het geval van misbruik van procesrecht, of van onrechtmatig handelen door het aanspannen van een procedure door een der partijen, is afwijking hiervan mogelijk.¹⁷

Tussenconclusie: de mogelijkheid van een aanvullende vergoeding is afhankelijk van de soort billijke vergoeding

De billijke vergoeding compenseert het gedrag van de werkgever dat het niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst tot gevolg heeft. Welk gedrag dit behelst, hangt af van welke billijke vergoeding zich voordoet. Ik licht dit toe.

Neemt de werkgever de ontslagregels niet in acht, dan kan een billijke vergoeding worden toegekend op grond van art. 7:681 lid 1 BW. Dit is de eerste soort billijke vergoeding. De vernietigbare opzegging impliceert ernstig verwijtbaar handelen of nalaten.¹⁸ De opzegging op zichzelf veroorzaakt de beëindiging. Voor ander laakbaar gedrag van de werkgever staat de mogelijkheid van een aanvullende vordering open.

De ruimte voor het instellen van een aparte vordering voor geleden schade is afhankelijk van welke billijke vergoeding zich voordoet

De tweede soort billijke vergoeding betreft de billijke vergoeding bij ontbinding. Ontbindt de rechter de arbeidsovereenkomst, dan wordt alleen een billijke vergoeding toegekend als het einde van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.¹⁹ Gedragingen van de werkgever die het einde van de arbeidsovereenkomst tot gevolg hebben, kunnen daardoor geen grond vormen voor een aanvullende vergoeding. Alleen gedrag van de werkgever dat losstaat van de ontslaggrond, komt voor een vordering gebaseerd op art. 7:611 BW in aanmerking.

De soort billijke vergoeding bepaalt dus welk gedrag van de werkgever hiermee wordt gedekt. De ruimte voor het instellen van een aparte vordering voor geleden schade, is daarmee afhankelijk van welke billijke vergoeding zich voordoet.

Samenloop van de twee soorten billijke vergoeding

Hiermee komt de vraag op of sprake kan zijn van samenloop van de twee billijke vergoedingen.

Het gaat om de volgende situatie: de werkgever zegt de arbeidsovereenkomst vernietigbaar op. Dit gebeurt bijvoorbeeld zonder instemming van de werknemer of toestemming van het UWV, of in strijd met een opzeg- of discriminatieverbod. De werknemer heeft in dat geval op grond van art. 7:681 BW de keuze de rechter te verzoeken om de opzegging te vernietigen, of om toekenning van een billijke vergoeding. Wordt gekozen voor de billijke vergoeding, dan impliceert de vernietigbare opzegging op zichzelf de ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever.

Bij het vaststellen van de hoogte van de vergoeding speelt allereerst de mate van verwijtbaarheid ten aanzien van de vernietigbare opzegging een rol. Ter illustratie: de werkgever ontslaat de werknemer op staande voet. In rechte wordt geoordeeld dat er sprake is van een dringende reden, maar dat de werkgever niet onverwijld heeft opgezegd. Dit betekent dat er geen sprake is van een rechtsgeldig ontslag op staande voet. De opzegging is derhalve vernietigbaar, waarmee de werkgever ernstig verwijtbaar jegens de werknemer heeft gehandeld. De mate van verwijtbaarheid zal in deze situatie minder zijn dan in het geval de werkgever de arbeidsovereenkomst zonder enige aanwijsbare reden per direct opzegt.

Bij de begroting van de billijke vergoeding ex art. 7:681 BW wordt daarnaast gekeken naar de hypothetische situatie zonder de vernietigbare opzegging.²⁰ In deze vergelijkings-situatie zou de arbeidsovereenkomst niet zijn geëindigd, en dient te worden ingeschat hoe lang de arbeidsovereenkomst nog zou hebben voortgeduurd. Het ene uiterste hierbij is de situatie dat er geen enkele aanleiding voor de opzegging was, en de arbeidsrelatie zonder deze beëindiging mogelijk nog jaren was voortgezet. Het andere uiterste is de situatie dat er op het moment van de vernietigbare opzegging een redelijke grond voor ontslag bestond. Had de werkgever niet vernietigbaar opgezegd, maar de juiste weg via het UWV dan wel de kantonrechter gevolgd, dan zou de arbeidsovereenkomst op korte termijn eindigen of zelfs al beëindigd zijn. Wordt geconstateerd dat er reeds een redelijke grond voor ontslag zou zijn geweest, dan ligt het voor

16 HR 12 juni 2015, *JOR* 2016/17. Zo ook: Rb. Noord-Nederland 17 juli 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:3196 en Rb. Midden-Nederland 15 juni 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2894. Anders: Rb. Amsterdam 14 maart 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:2115 en D. van Gerven, 'De billijke vergoeding: guidance van de Hoge Raad in een nieuw overzicht', *TAP* 2018/318.

17 HR 6 april 2012, *NJ* 2012, 233 en HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 353. Van de bevoegdheid af te wijken van het forfaitaire liquidatietarief, dient door de rechter terughoudend gebruik te worden gemaakt.

18 *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, nr. C, p. 99 en 113.

19 Het betreft de billijke vergoeding op grond van art. 7:671b, 7:671c, 7:673 lid 9, 7:682 lid 1 sub c en 7:682 lid 2 sub b BW.

20 HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187, r.o. 3.4.4, en in navolging daarop zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 10 september 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2391, r.o. 20 en Hof Den Bosch 25 juli 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:2820, r.o. 3.5.10.

de hand vervolgens te bekijken of er ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever aan die hypothetische ontslaggrond ten grondslag zou hebben gelegen.²¹ Zo nee, dan zou er in de vergelijkingssituatie geen billijke vergoeding zijn toegekend. Zo ja, dan zou in de (hypothetische) ontbindingsprocedure van de vergelijkingssituatie ook een billijke vergoeding zijn toegekend op grond van art. 7:671b lid 9 sub c BW. Deze dient mijns inziens te worden meegenomen in de onderhavige billijke vergoeding van art. 7:681 BW.

De vernietigbare opzegging is de grondslag voor de toekenning van de billijke vergoeding. Vervolgens wordt voor de begroting van de vergoeding naar de mate van verwijtbaarheid van de opzegging en naar de vergelijkingssituatie gekeken

Ter illustratie: de arbeidsverhouding tussen een werkgever en werknemer is ernstig en duurzaam verstoord. De werkgever zegt daarop de arbeidsovereenkomst met de werknemer op, zonder instemming van de werknemer of toestemming van het UWV. De werknemer legt zich neer bij deze opzegging en verzoekt de kantonrechter hem in plaats daarvan een billijke vergoeding toe te kennen, een en ander op grond van art. 7:681 BW. De werkgever heeft opgezegd in strijd met art. 7:671 BW. Dat is de *grondslag* voor de toekenning van de billijke vergoeding. Vervolgens dient voor de *begroting* van de vergoeding naar de mate van verwijtbaarheid van de opzegging te worden gekeken, en naar de vergelijkingssituatie: waar hadden partijen gestaan als de werkgever niet vernietigbaar had opgezegd? Laten we ervan uitgaan dat de relatie tussen partijen zodanig is verstoord dat sprake is van een voldragen g-grond. Voor het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding ex art. 7:681 BW is dan van belang wanneer de arbeidsovereenkomst zou zijn geëindigd, en of het ontstaan van de g-grond het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Oftewel: handelde de werkgever ernstig verwijtbaar waardoor de arbeidsverhouding verstoord is geraakt? Zo ja, dan zou in de (hypothetische) ontbindingsprocedure van de vergelijkingssituatie een billijke vergoeding zijn toegekend op grond van art. 7:671b lid 9 sub c BW. Deze moet worden meegenomen in de begroting van de onderhavige billijke vergoeding van art. 7:681 BW. Zo nee, dan zou er in de vergelijkingssituatie geen billijke vergoeding zijn toegekend.

Aannemende dat de werkgever in strijd heeft gehandeld met het goed werkgeverschap met de verstoorde arbeidsverhouding tot gevolg, dan is verdedigbaar dat hiervoor

naast de billijke vergoeding ex art. 7:681 BW een aparte vordering op grond van art. 7:611 BW openstaat, ongeacht of dit gedrag als ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever kwalificeert. Deze gedragingen van de werkgever zijn immers niet de grond voor toekenning van de billijke vergoeding van art. 7:681 lid 1 BW, dat is de vernietigbare opzegging. Ze kunnen alleen in de begroting hiervan worden meegenomen. Ter vergelijking: de gevolgen van het ontslag vormen de grondslag voor toekenning van de transitievergoeding, maar dit neemt niet weg dat deze bij de begroting van de billijke vergoeding meewegen.²²

Deze redenering wordt mijns inziens door de Hoge Raad, en in navolging daarop het verwijzingshof, in *New Hairstyle* bevestigd. De Hoge Raad overweegt namelijk dat de advocaatkosten met betrekking tot het aanbieden van de beëindigingsovereenkomst, het opleggen van een strafmaatregel, en het entameren van een UWV-procedure, geen verband houden met de vernietigbare opzegging en dus niet moeten worden betrokken bij de vaststelling van de billijke vergoeding. Het verwijzingshof overweegt dat het aannemelijk is dat de arbeidsovereenkomst zou zijn ontbonden op grond van een verstoorde arbeidsverhouding. Deze is onder meer veroorzaakt door de voornoemde voorvallen en aan geen van beide partijen ernstig te verwijten. Het hof oordeelt vervolgens, in navolging op de beschikking van de Hoge Raad met betrekking tot de in dit kader gemaakte advocaatkosten en de hierboven uiteengezette redenering, *ook nog* over de tevens op deze feiten gebaseerde vordering op grond van art. 7:611 BW. Dit bevestigt dat de werknemer ten aanzien van gedragingen van de werkgever die worden meegewogen in de vergelijkingssituatie als ware er geen vernietigbare opzegging, daarnaast tevens een aparte vorderingsmogelijkheid op grond van het goed werkgeverschap kan hebben.

Bossers & Cnossen: alleen het ernstig verwijtbaar handelen met de ontslaggrond tot gevolg telt mee voor de billijke vergoeding

De tweede beschikking betreft *Bossers & Cnossen*.²³ In deze zaak gaat het om de billijke vergoeding bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever op grond van art. 7:671b lid 8 sub c BW. De werknemer stelt zich op het standpunt dat de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld door hem te schorsen nadat de kantonrechter het verzoek tot ontbinding afwees.

De Hoge Raad overweegt dat art. 7:671b lid 8 sub c BW voor het toekennen van een billijke vergoeding vereist dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Het hof neemt als uitgangspunt dat de verstoorde arbeidsverhouding al bestond vóór de schorsing. De schorsing is derhalve niet aan te merken als handelen met de

21 Hof Den Haag 21 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3237, r.o. 3.12.

22 HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187, 3.4.3.

23 HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220.

ontbinding van de arbeidsovereenkomst tot gevolg.²⁴ Deze vormt dan ook geen onderdeel van de grondslag voor een billijke vergoeding en kan geen ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever opleveren in de zin van art. 7:671b lid 8 sub c BW.²⁵ Dit impliceert dat de werknemer wel een aparte vordering kan instellen voor de door hem geleden schade als gevolg van de schorsing op grond van een schending van het goed werkgeverschap.²⁶

Tussenconclusie: de mogelijkheid van een aanvullende vergoeding is afhankelijk van de ontslaggrond

Uit deze tweede beschikking blijkt dat de werknemer vergoeding van de schade kan vorderen die hij heeft geleden door gedragingen van de werkgever die een schending van het goed werkgeverschap opleveren, voor zover deze gedragingen geen oorzaak zijn van het einde van de arbeidsovereenkomst.

Het gaat hierbij doorgaans om toerekenbare tekortkomingen van de werkgever tijdens het dienstverband waardoor de werknemer schade lijdt. De werknemer zou hiervoor al tijdens het dienstverband schadevergoeding kunnen vorderen. In dat geval hangt de vordering per definitie niet samen met een ontslaggrond. Er is dan immers geen sprake van een beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Als deze zelfde werknemer deze vordering pas instelt in een procedure betreffende de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, dan is dit mogelijk wel het geval.²⁷ Is het gedrag van de werkgever onderdeel van de ontslaggrond, maar is dit niet ernstig te verwijten aan de werkgever, dan wordt een vordering waaraan ditzelfde gedrag ten grondslag ligt, afgewezen: er is geen grond voor een billijke vergoeding, noch is er ruimte voor een vergoeding op grond van art. 7:611 BW.

Dit betekent dat hoe neutraler de ontslaggrond is, hoe eerder er ruimte bestaat voor de werknemer om een vergoeding te claimen op grond van schending van het goed werkgeverschap. Het ontstaan van de ontslaggrond zal dan immers minder snel het gevolg zijn van gedragingen van de werk-

gever jegens de werknemer.²⁸ Bijvoorbeeld: een werknemer dient een klacht in bij de werkgever over zijn leidinggevende. De werkgever laat na deze in behandeling te nemen, zulks in strijd met de bij de werkgever geldende klachtenprocedure. Daarnaast is sprake van disfunctioneren van de werknemer, waarvan hij door de werkgever in kennis is gesteld. Een verbetertraject heeft niet tot de gewenste verbetering geleid en er is geen mogelijkheid tot herplaatsing. Op verzoek van de werkgever ontbindt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst op grond van disfunctioneren. Het voorval aangaande de klacht staat los van de ontslaggrond. De werknemer kan ten aanzien hiervan schadevergoeding verzoeken op grond van schending van het goed werkgeverschap door de werkgever.²⁹

Hoe neutraler de ontslaggrond, hoe eerder er ruimte bestaat voor de werknemer om een vergoeding te claimen op grond van schending van het goed werkgeverschap

Dit kan anders uitpakken in geval van ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van een verstoorde arbeidsverhouding. Vaak ontstaat er door meerdere gebeurtenissen tezamen uiteindelijk een ernstig en duurzaam verstoorte arbeidsrelatie.³⁰ Alle gedragingen van de werkgever die hebben bijgedragen aan de verstoring van de arbeidsverhouding, zijn dan onderdeel van de ontslaggrond. Deze komen, tenzij deze kwalificeren als ernstig verwijtbaar, niet als grondslag voor vergoeding in aanmerking. Daar staat tegenover dat als de lat van de ernstige verwijtbaarheid van art. 7:671 lid 8 BW wordt gehaald, het in verreweg de meeste gevallen een ontbinding op grond van een verstoorte arbeidsverhouding betreft.³¹ Dit sluit ook aan bij de voorbeelden uit de wetsgeschiedenis van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, die vrijwel allemaal wijzen naar de g-grond.³² Daarnaast zullen in vergelijking met de andere ontslaggronden meer gedragingen van de werkgever, en daarmee ook ernstig verwijtbare gedragingen, onderdeel uitmaken van de g-grond. Ook daardoor zal er in geval van de g-grond eerder aanleiding zijn voor een billijke vergoeding. Een voorbeeld ter toelichting: ook hier dient een werknemer een klacht in bij de werkgever over zijn leidinggevende welke de werkgever, in strijd met de klach-

24 HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220, r.o. 3.7.2.

25 Contrair aan de conclusie van A-G De Bock bij HR 16 februari 2018, ECLI:NL:PHR:2017:1256, randnummer 4.41.

26 Zie ook L.B. de Graaf bij HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220.

27 Er dient dan dient wel sprake te zijn van een connexe vordering in de zin van art. 7:686a lid 3 BW. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat dit artikellid zeer ruim moet worden uitgelegd, waardoor hier vrijwel altijd sprake van is. Zie *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, nr. 3, p. 37 en 121, *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, nr. 4, p. 59 en W.J.J. Wetzels en P.G. Vestering 2019, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht*, BW Boek 7 art. 686a, C.3. Enger: Rb. Limburg 26 juni 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:5528, Rb. Limburg 23 februari 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:2085 en zie Rb. Rotterdam 26 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3490. De Hoge Raad heeft daarnaast de mogelijkheid een vordering op grond van een schending van het goed werkgeverschap in te stellen in een procedure over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst bevestigd in *New Hairstyle*: HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187, r.o. 3.5.2. Ook zal de werknemer rekening moeten houden met de geldende verjaringstermijnen in het geval hij overweegt een eerder ontstane vordering uit te stellen.

28 Uitgesloten is dit echter niet, bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 18 mei 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:3818.

29 Een dergelijk verzoek slaagt alleen als de werknemer aantoont dat sprake is van een aan de werkgever toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst waardoor hij schade heeft geleden. Ik ga hier later verder op in.

30 Ontslagprocedure UWV – Beleidsregels en regelgeving 2010, p. 238 e.v.

31 *Kamerstukken II 2015/16*, 34351, nr. 18, p. 12.

32 In de in de wetsgeschiedenis gegeven voorbeelden wordt gerefereerd aan gedragingen van de werkgever waardoor een verstoorte arbeidsrelatie dan wel onwerkbaar situatie is ontstaan, *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, nr. 3, p. 34. Dit geldt ook voor de *Asscher-escape*, *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, nr. 7, p. 133.

tenprocedure, nalaat in behandeling te nemen. Uit verschillende uitingen van de werknemer blijkt wantrouwen jegens zijn leidinggevende en zijn werkgever. De werkgever stuurt daarop aan op beëindiging van de arbeidsovereenkomst, ook tijdens een daaropvolgende periode van ziekte van de werknemer. De kantonrechter oordeelt dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding, die het gevolg is van alle hiervoor genoemde omstandigheden. Het klachtincident is in dit geval onderdeel van de ontslaggrond. Vergoeding van schade geleden door het klachtincident kan daarom niet apart worden gevorderd op grond van het goed werkgeverschap. Wel kunnen de gedragingen van de werkgever met betrekking tot de klacht, evenals de andere gedragingen van de werkgever, op zichzelf of tezamen tot het oordeel leiden dat de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld met toekenning van een billijke vergoeding tot gevolg.

Iets soortgelijks speelt bij een ontbinding op grond van de cumulatieggrond. Hiervan is sprake als de arbeidsovereenkomst op basis van meerdere niet-voldragen ontslaggronden tezamen wordt beëindigd. Voor een beëindiging op deze grond zullen relatief veel omstandigheden aangevoerd (moeten) worden om het ontbindingsverzoek te onderbouwen. Hierdoor maken, net als bij de verstoorte arbeidsverhouding, relatief veel gedragingen van de werkgever onderdeel uit van het ontstaan van de ontslaggrond. Dit beperkt de mogelijkheden voor een aparte, aanvullende schadevergoeding. Opnieuw hetzelfde voorbeeld van een werknemers klacht over een leidinggevende niet wordt behandeld. Ook blijkt dat er wantrouwen leeft bij de werknemer jegens de werkgever. Tegelijkertijd speelt er een functioneringsprobleem: de werknemer disfunctioneert en er is een verbetertraject gestart, maar de werknemer heeft nog niet voldoende gelegenheid gehad zijn functioneren te verbeteren. Ook hier stuurt de werkgever vroegtijdig aan op beëindiging van de arbeidsovereenkomst, waar de werknemer niet op ingaat. Op verzoek van de werkgever ontbindt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst op de i-grond. Hierbij wordt geoordeeld dat er sprake is van omstandigheden vallend onder de g-grond, te weten het niet behandelen van de klacht, het wantrouwen van de werknemer jegens de werkgever, en het aansturen op beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever, alsmede van omstandigheden vallend onder de d-grond, namelijk het disfunctioneren van de werknemer en het gedeeltelijke verbetertraject. De eventueel toe te kennen cumulatievergoeding dient ter compensatie van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst op meerdere ontslaggronden, en dus niet van het gedrag van de werkgever.³³ De rechter zal daarom moeten bezien of de gedragingen van de werkgever kwalificeren als ernstig verwijtbaar handelen of nalaten en een billijke vergoeding rechtvaardigen. Hierbij spelen in het voorbeeld alle geschetste omstandigheden een rol, nu deze allen onderdeel uitmaken van de ontslaggrond. Zo zou geoordeeld kunnen worden dat het niet behandelen van de klacht tezamen met het vroegtijdig

aansturen op beëindiging een billijke vergoeding rechtvaardigen. Dit lijkt echter een theoretische mogelijkheid: in het geval het gedrag van de werkgever als ernstig verwijtbaar wordt aangemerkt, zal er sprake zijn van een voldragen g-grond en op die basis worden ontbonden onder toekenning van een billijke vergoeding, in plaats van dat op de i-grond wordt teruggevallen.

Samenvattend bestaat er in het voorbeeld ruimte voor de werknemer om een aanvullende vergoeding te vorderen op grond van een schending van het goed werkgeverschap ten aanzien van het klachtincident in het geval wordt ontbonden op grond van disfunctioneren. Deze ruimte is er niet als wordt ontbonden op grond van een verstoorte arbeidsverhouding of de cumulatieggrond, doordat het klachtvooral dan onderdeel uitmaakt van de ontslaggrond. Naast het gegeven voorbeeld van de klacht, kan bij laakbaar gedrag bijvoorbeeld worden gedacht aan het niet nakomen van re-integratieverplichtingen ten aanzien van een zieke werknemer, een onterechte schorsing, of het schenden van de goede naam van de werknemer door uitingen van de werkgever. Is hier sprake van en wordt er ontbonden op de a- tot en met f- of h-grond, dan zal het gedrag niet snel onderdeel uitmaken van de ontslaggrond. Er bestaat dan ruimte voor een verzoek ter toekenning van een aparte vergoeding ter compensatie van dit gedrag. Wordt echter ontbonden op de g- of i-grond waarbij het betreffende gedrag onderdeel is van het ontstaan van de ontslaggrond, dan bestaat deze ruimte niet. De mogelijkheid van het verzoeken van een aanvullende vergoeding op grond van schending van het goed werkgeverschap, hangt derhalve – in voorkomend geval – af van de grond voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

Aanvullende vergoeding versus billijke vergoeding

Gezien het voorgaande staat zowel de werkgever als de werknemer voor een keuze in een ontbindingsprocedure: trachten zoveel mogelijk gedragingen als oorzaak van de gewenste beëindiging te benoemen, of juist zoveel mogelijk gedragingen los te koppelen van de ontslaggrond. *Trachten*, omdat ieder der partijen dit slechts kan proberen te sturen door bepaalde omstandigheden juist wel of niet als onderdeel van de oorzaak van de verzochte beëindiging te schetsen. Het is uiteraard aan de rechter om te bepalen of sprake is van een voldragen ontslaggrond en zo ja, welke omstandigheden hier wel of geen onderdeel van uitmaken.

Door zoveel mogelijk gedragingen als oorzaak van de beëindiging te schetsen, wordt de g-grond zoveel mogelijk gevuld. Vanuit werknemersperspectief kan op deze manier gepoogd worden ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever te bewerkstelligen, met een billijke vergoeding als resultaat. Als alternatief kan de werknemer zo proberen naar de i-grond te sturen, met mogelijk een cumulatievergoeding als uitkomst. Vanuit de werkgever lijkt hier echter ook iets voor te zeggen: de lat voor ernstige

33 *Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 3, p. 53-57, Kamerstukken II 2018/19, 35074, nr. 9, p. 56-57.*

verwijtbaarheid ligt hoog, en alle gedragingen die worden meegewogen in de beoordeling van de ontslaggrond komen niet meer voor aparte vergoeding in aanmerking. Maar ook de tegenovergestelde strategie lijkt voor beide partijen interessant. Door zoveel mogelijk gedragingen los te koppelen van de ontslaggrond, kan de werkgever proberen te voorkomen tot een billijke vergoeding veroordeeld te worden. De werknemer aan de andere kant kan hiermee trachten ruimte te creëren voor een aanvullende vergoeding op grond van art. 7:611 BW.

In mijn optiek geniet dit laatste voor de werknemer alleen de voorkeur als de kans groot is dat de lat van de ernstige verwijtbaarheid niet wordt gehaald.³⁴ Reden is dat een billijke vergoeding vrijwel altijd hoger zal zijn dan een aanvullende vergoeding gebaseerd op schending van het goed werkgeverschap. In de eerste plaats komt dit doordat in de begroting van de billijke vergoeding alle omstandigheden van het geval worden betrokken. Als uitgangspunt geldt daarbij het resterende inkomen dat de werknemer zou hebben ontvangen als er geen sprake was geweest van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever.³⁵ Daarnaast staat compensatie van de werknemer voor het gedrag van de werkgever, oftewel de billijkheid, voorop, hetgeen de rechter de ruimte geeft om de billijke vergoeding naar redelijkheid vast te stellen.³⁶ Tot slot geldt ook het schadevergoedingsrecht uit boek 6 BW voor zover elementen zien op de vergoeding van schade van de werknemer.³⁷

In vergelijking met een vordering op grond van art. 7:611 BW geldt het volgende. Voor een succesvolle vordering op deze grond moet de werknemer aantonen dat sprake is van een aan de werkgever toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst.³⁸ Slaagt de werknemer hierin, dan dient hij vervolgens te stellen en te bewijzen dat hij hierdoor schade heeft geleden en waar deze uit bestaat.³⁹ Hiertoe moeten de situaties met en zonder de schending van het goed werkgeverschap tegen elkaar worden afgezet. De gedragingen zijn geen onderdeel van de oorzaak van de verzochte beëindiging; dat zou een vergoeding op grond van het goed werkgeverschap immers in de weg staan. De betreffende gedragingen hebben dan ook in beginsel geen inkomenschade als gevolg, waardoor dit geen onderdeel van de schade zal zijn.⁴⁰ De kans is niet gering dat de werknemer helemaal geen vermogensschade lijdt als gevolg van de verweten gedragingen van de werkgever. In dat geval bestaat er alleen aanspraak op

immateriële schadevergoeding in de in art. 6:106 BW limitatief opgesomde gevallen.⁴¹ Het is dus maar de vraag of de werknemer een (noemenswaardige) vergoeding toegekend zal krijgen op grond van een vordering berustend op schending van het goed werkgeverschap, of dat hij meer gebaat is bij een poging tot het krijgen van een billijke vergoeding.

Slot

Er is nog ruimte voor een aanvullende vergoeding bij ontslag op grond van een schending van het goed werkgeverschap naast de transitievergoeding, billijke vergoeding en cumulatievergoeding. Deze ruimte wordt bepaald door het antwoord op de vraag welke gedragingen van de werkgever het einde van de arbeidsovereenkomst tot gevolg hebben.

Uit *New Hairstyle* blijkt dat dit antwoord afhangt van de grondslag voor de toegekende billijke vergoeding, namelijk ofwel een vernietigbare opzegging, ofwel ernstig verwijtbaar handelen en nalaten van de werkgever dat een ontbinding van de arbeidsovereenkomst tot gevolg heeft.

Wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden, dan volgt uit *Bossers & Cnossen* dat nauwkeurig moet worden bezien welke gedragingen als oorzaak van het ontslag zijn aan te wijzen, en welke hier los van staan. Alleen voor gedragingen van de werkgever die geen onderdeel zijn van de ontslaggrond, staat een vordering tot een aanvullende vergoeding op grond van een schending van het goed werkgeverschap open. Hoe meer de reden voor de beëindiging (mede) gelegen is in de gedragingen van de werkgever, hoe meer van deze gedragingen zullen bijdragen aan het vullen van de ontslaggrond met minder ruimte voor een aanvullende vergoeding op grond van schending van het goed werkgeverschap tot gevolg.

Zowel de soort billijke vergoeding als de ontslaggrond dicteren derhalve het totaalpakket aan vergoedingen bij ontslag.

Over de auteur



Mr. W.A. Lenders
Arbeidsrechtjurist bij WAL Legal.

34 Anders: *Asser/Heerma van Voss* 7-V 2015/398.

35 HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187 (*New Hairstyle*), r.o. 3.4.6 en HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2218 (*Service Now*).

36 HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:878 (*Zinzia*), r.o. 3.3.5 en 3.3.6.

37 HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187, r.o. 3.4.5.

38 HR 14 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9995 (*Bonna Vianen Beton*).

39 Regelmatig wordt een vordering op grond van art. 7:611 BW niet (voldoende) onderbouwd, bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 12 juli 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:5581; Rb. Noord-Holland 22 maart 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:3773 en Rb. Overijssel 26 september 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:3528.

40 Rb. Noord-Holland 2 mei 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:4064, *JAR* 2018/135.

41 Voorbeelden waarin de werknemer dit niet kon aantonen zijn Hof Amsterdam 30 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1523 en Hof Arnhem-Leeuwarden 24 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8439. De werknemer slaagde hierin wel in bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 24 oktober 2018, *JAR* 2018/287 en Rb. Amsterdam 25 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2702.