



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Uit de ban van Baijings: schadevergoeding en de Wet werk en zekerheid

Castermans, A.G.; Erkens, M.Y.H.G.

Citation

Castermans, A. G., & Erkens, M. Y. H. G. (2016). Uit de ban van Baijings: schadevergoeding en de Wet werk en zekerheid. *Nederlands Tijdschrift Voor Burgerlijk Recht*, 2016(10), 334-339. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/46383>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/46383>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Uit de ban van Baijings: schadevergoeding en de Wet werk en zekerheid

NTBR 2016/49

De Wet werk en zekerheid (hierna Wwz) heeft het arbeidsovereenkomstenrecht per 1 januari en 1 juli 2015 flink gewijzigd. Hoofdmoot vormt de wijziging in het systeem van ontslag en de vergoedingen waar als gevolg van ontslag recht op bestaat. Is daarmee ook de verhouding tot het algemene vermogensrecht gewijzigd? Wij gaan het op één punt na. Onder het oude recht was de mogelijkheid voor de werknemer beperkt om naast de ontbindingsvergoeding van art. 7:685 BW (oud) schadevergoeding op grond van het algemene vermogensrecht te vorderen, bijvoorbeeld bij een tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst wegens een gebrek aan goed werkgeverschap. De bijdrage sluit af met een prejudiciële vraag: is dat nu anders?

1. Inleiding

De Wet werk en zekerheid (hierna Wwz) heeft het arbeidsovereenkomstenrecht per 1 januari en 1 juli 2015 flink gewijzigd.² De regeling van het proeftijdbeding (art. 7:652 BW) en het concurrentiebeding (art. 7:653 BW) is veranderd. Er is een aanzegplicht in de overeenkomst voor bepaalde tijd geïntroduceerd (art. 7:668 BW). De ketenregeling is aangepast (art. 7:668a BW). Bovenal is het ontslagrecht op zijn kop gezet. Hoofdmoot vormt de wijziging in het systeem van ontslag en de vergoedingen waar als gevolg van ontslag recht op bestaat.

Is daarmee ook de verhouding tot het algemene vermogensrecht gewijzigd? Wij gaan het op één punt na. Onder het oude recht was de mogelijkheid voor de werknemer beperkt om naast de ontbindingsvergoeding van art. 7:685 BW (oud) schadevergoeding op grond van het algemene vermogensrecht te vorderen, bijvoorbeeld bij een tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst wegens een gebrek aan goed werkgeverschap. Is dat nu anders? Eerst wordt het nieuwe ontslagrecht in de Wwz geïntroduceerd, zowel het ontslagsysteem (paragraaf 2) als de vergoedingen bij ontslag (paragraaf 3). Vervolgens gaat een schets van de oude Baijingsleer (paragraaf 4) vooraf aan een verkenning van de houdbaarheid van de leer onder het nieuwe recht (paragraaf 5). Wij houden de eerste uitspraken over Baijings onder de

Wwz tegen het licht (paragraaf 6) en sluiten af met een prejudiciële vraag (paragraaf 7).

2. Ontslagsysteem

Tot 1 juli 2015 kon een werkgever die een werknemer wilde ontslaan, kiezen op welke wijze hij dat ontslag tot stand bracht. Buiten het ontslag op staande voet en de beëindiging met wederzijds goedvinden, restte de weg van opzegging via het UWV of ontbinding via de kantonrechter. Beide wegen stonden in de regel open. De werkgever bepaalde.

Koos hij voor opzegging met toestemming van het UWV, dan hoefde de werkgever aan een dergelijk ontslag geen vergoeding te verbinden. Mocht de werknemer in dat geval van mening zijn dat het ontslag kennelijk onredelijk was, dan kon hij zich tot de kantonrechter wenden op grond van art. 7:681 BW (oud), en een vergoeding op grond van kennelijk onredelijk ontslag vorderen. Deze vergoeding werd slechts toegekend in een minderheid van de gevallen.³ Koos de werkgever voor een ontbinding via de kantonrechter op grond van art. 7:685 BW (oud), dan werd er in de meerderheid van de gevallen (bij een toegewezen ontbinding) een ontslagvergoeding betaald.⁴ Dat verschil was de belangrijkste aanleiding voor een hervorming van het ontslagsysteem. Het feit dat de keuze van de werkgever bepaalde of de werknemer wel of niet een ontslagvergoeding ontving, werd gekwalificeerd als willekeur.

Onder de Wwz bepaalt niet de werkgever de ontslagroute, maar bepaalt de ontslaggrond welke weg moet worden gevolgd: gaat het om een ontslag om bedrijfseconomische redenen of langdurige arbeidsongeschiktheid (art. 7:669 lid 3 sub a en b BW), dan dient de werkgever zich tot het UWV te wenden. Gaat het om – globaal gezegd – een persoonlijke grond (disfunctioneren, verwijtbaar handelen of een verstoorde arbeidsverhouding art. 7:669 lid 3 sub c-h BW), dan moet de werkgever de kantonrechter om ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoeken. In beide gevallen heeft de werknemer recht op een zogenoemde transitievergoeding. Die is lager dan de vergoeding op grond van de oude kantonrechtformule (zie hierna 1.2). Om die reden wordt wel beweerd dat ontslag goedkoper is geworden. Of dat zo is, hangt af vanuit welke hoek men het bekijkt: de werkge-

1 Citeerwijze: A.G. Castermans & Y. Erkens 'Uit de ban van Baijings: schadevergoeding en de Wet werk en zekerheid', *NTBR* 2016/49, afl. 10. Alex Geert Castermans is hoogleraar burgerlijk recht, Universiteit Leiden en rechter-plaatsvervanger Rechtbank Den Haag; de auteur was als advocaat betrokken bij verschillende zaken die in deze bijdrage worden behandeld. Yvonne Erkens is universitair hoofddocent sociaal recht, Universiteit Leiden en kantonrechter-plaatsvervanger Rechtbank Limburg.

2 Wet van 14 juni 2014, *Stb.* 2014, 216. Voor de achtergronden G.C. Boot, A.R. Houweling en M.J.M.T. Keulaers, *Parlementaire Geschiedenis Wet werk en zekerheid*, Den Haag: Boom Juridisch 2015.

3 In zo'n 0,1% van het totaal aantal opzeggingen. Dit percentage volgt uit het UWV jaarverslag van 2013 (in dit jaar zijn er 35.600 ontslagvergunningen verleend). Daar staat tegenover dat in slechts 35 van de 85 gepubliceerde zaken bij de kantonrechter een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag is toegekend (zie P. Kruit, 'Statistiek Ontbindingsvergoedingen 2013: het einde van de ontbindingsvergoeding aangekondigd', *AR* 2014/43, p. 16).

4 In zo'n 67% van de gevallen, zie P. Kruit, 'Statistiek Ontbindingsvergoedingen 2013: het einde van de ontbindingsvergoeding aangekondigd', *AR* 2014/43, p. 6.

ver, die vroeger de 'gratis' weg van het UWV volgde, betaalt sinds 1 juli 2015 in veel gevallen wel een ontslagvergoeding. De grond bepaalt dus de weg, en de weg kan alleen met succes worden gevolgd wanneer sprake is van een 'voldragen ontslaggrond'.⁵ De werkgever zal de rechter van de aanwezigheid van een voldragen ontslaggrond dienen te overtuigen. Om die reden moet de ontslaggrond deugdelijk onderbouwd worden. Uit de uitspraken die er tot op heden zijn geweest, kan bijvoorbeeld worden afgeleid dat dat in geval van de d-grond (disfunctioneren) betekent dat de werkgever tijdig en duidelijk dient aan te geven dat er sprake is van disfunctioneren, dat de werknemer voldoende tijd moet krijgen voor verbetering, dat de werkgever het verbetertraject moet faciliteren en de werknemer daarbij moet coachen en dat het hele (verbeter) proces schriftelijk moet worden vastgelegd.⁶ Een 'cocktail' van ontslaggronden bestaande uit een beetje disfunctioneren, een scheutje verwijtbaarheid en een schijfje verstoorde verhouding is niet toegestaan. De werkgever zal elke door hem – primair dan wel subsidiair – aangevoerde grond volledig moeten aantonen. Is het ontslagglas niet tot de rand gevuld, dan kan de rechter niet veel anders dan het verzoek afwijzen.

Dat is een majeure omwenteling ten opzichte van de situatie zoals die was onder art. 7:685 BW (oud). Dat artikel bepaalde dat ontbinding mogelijk was op grond van een dringende reden dan wel een verandering van omstandigheden. Voor het aantonen van een verandering in de omstandigheden was het stellen van een vertrouwensbreuk vaak al voldoende. Bleek ter zitting dat een werknemer er weinig voor voelde bij zijn werkgever aan het werk te blijven, dan lag een beëindiging voor de hand. Wanneer de kantonrechter in zo'n geval twijfelde aan de gerechtvaardigdheid van de beëindiging, dan liet hij dat doorklinken in de vergoeding. Dat kon ook: de kantonrechtersformule bestond uit de objectieve elementen a (het aantal dienstjaren); en b (beloning); vermenigvuldigd met de c-factor waarin de verwijtbaarheid tot uitdrukking werd gebracht. Bij een 'neutrale' ontbinding werd de c-factor meestal op 1 gesteld, bij ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever werd dat vaak rond de 2, in extreme gevallen nog meer. Op deze manier kon de kantonrechter maatwerk leveren: als een ontbinding van de arbeidsrelatie niet in de rede lag, maar partijen feitelijk niet meer 'door een deur' konden, werd door het toekennen van een (ruime) ontslagvergoeding het nadeel van de werknemer gecompenseerd. Dat laatste is in de situatie onder de Wwz niet meer mogelijk.

3. Vergoedingen

Grofweg bestaan er in het nieuwe systeem twee soorten ontslagvergoedingen: de transitievergoeding en de billijke vergoeding.⁷

5 Dit valt af te leiden uit: *Kamerstukken I 2013/14, 33818, c, p. 92.*

6 B. Barentsen & M.Y.H.G. Erkens m.m.v. H.L. Doorn, 'Kroniek rechtspraak Wwz III', *TRA 2016* (nog te verschijnen).

7 Dit zijn niet de enige mogelijke vergoedingen: zo bestaat ook de vergoeding wegens onregelmatige beëindiging van de arbeidsrelatie nog steeds (art. 7:672 lid 9 BW), net als de vergoeding wegens een dringende reden (art. 7:677 lid 2 BW).

De transitievergoeding (art. 7:673-673d BW) laat zich vergelijken met de vakantiebijslag: gedurende het dienstverband bouwt de werknemer een recht op, dat bij het einde van de arbeidsrelatie wordt uitgekeerd. Daarvoor hoeft er niets mis te zijn gegaan: de transitievergoeding staat los van verwijtbaar handelen aan de zijde van de werkgever.⁸ Globaal heeft elke werknemer, ouder dan 18 jaar, die langer dan twee jaar in dienst is geweest bij het einde van de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever recht op een transitievergoeding. De transitievergoeding wordt berekend aan de hand van de diensttijd (de eerste 120 maanden een zesde van het loon per zes maanden, daarna een kwart per zes maanden, art. 7:673 lid 2 BW) en is gemaximeerd tot € 76.000 of één jaarsalaris.

De grond bepaalt de weg, en de diensttijd de – forfaitaire – transitievergoeding. In dat opzicht is er dus meer dan vroeger sprake van gelijke monniken, gelijke kappen.

Recht op een billijke vergoeding bestaat enkel wanneer de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Dat handelen moet door de werknemer worden aangetoond. Volgens de parlementaire geschiedenis zal ernstig verwijtbaar handelen niet snel aangenomen kunnen worden: het inmiddels beroemde 'muizengaatje'.⁹ Als er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen, is het aan de kantonrechter om te bepalen hoe hoog de vergoeding moet zijn. De wetgever heeft enkel aangegeven wat er bij de berekening *niet* mag: het moet uit zijn met het gebruik van formules en het gevolgcriterium uit het oude recht wordt geacht verdisconteerd te zijn in de transitievergoeding.¹⁰

Maatwerk gestoeld op de redelijkheid en billijkheid is zo uit de rechtspraktijk geklopt. Gaat dat gepaard met handhaving van de Baijingsleer, waarin de werknemer na ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:685 BW (oud) slechts in beperkte mate schadevergoeding kon vorderen op grond van een tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst, bijvoorbeeld wegens slecht werkgeverschap?

4. De Baijingsleer

Op grond van art. 7:685 BW (oud) kon elke verandering van omstandigheden leiden tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst als de kantonrechter oordeelde dat van een reële kans op een succesvol voortzetten van de arbeidsovereenkomst geen sprake kon zijn. Als dat einde naar het oordeel van de kantonrechter enigszins voortijdig was of niet aan de werknemer kon worden toegerekend, werd dat tot uitdrukking gebracht in de ontslagvergoeding van art. 7:685 BW (oud).

8 Behalve wanneer het gaat om een door de werknemer ingediend ontbindingsverzoek. Wil de werknemer in die situatie toch een transitievergoeding ontvangen, dan zal hij moeten aantonen dat de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld, art. 7:673 lid 1, sub b onder 2 BW.

9 *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 4, p. 12-13 en 15.*

10 *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 33.*

De Hoge Raad heeft daarbij in een reeks van arresten geoordeeld over de verhouding tussen de procedure tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:685 BW (oud) en andere vorderingen die hun grond vinden in de arbeidsovereenkomst. De lijn staat bekend onder de naam van het eerste arrest waarin die verhouding is uitgewerkt, het *Baijings*-arrest.¹¹ Kort en goed had de wettelijke regeling betreffende de arbeidsovereenkomst – in het bijzonder de vergoeding naar billijkheid – een exclusief karakter ten opzichte van bijvoorbeeld een afzonderlijke vordering tot schadevergoeding op grond van het algemene vermogensrecht. In de regeling van de ontbinding op grond van art. 7:685 BW (oud) behoorde het resultaat van de rechterlijke toetsing aan de eisen van de redelijkheid en billijkheid of de eisen van goed werkgeverschap in beginsel ten volle tot uitdrukking te komen in de hoogte van de vergoeding die de rechter op de voet van art. 7:685 BW (oud) naar billijkheid aan een der partijen ten laste van de wederpartij kon toekennen, onder meeweging van alle voor zijn oordeel relevante factoren. Buiten deze context – in een aparte procedure, op een zelfstandige grondslag – was er voor zo'n toetsing geen plaats.

De Baijingsleer kende ook een grens. Aanspraken die betrekking hadden op de periode vóór de beëindiging van de arbeidsovereenkomst en die geen verband hielden met die beëindiging en de gevolgen daarvan – zoals bijvoorbeeld een aanspraak op achterstallig loon – vielen buiten het bereik van Baijings. Voor het geldend maken van zodanige aanspraken was de “eenvoudige, op een spoedige beslissing gerichte verzoekschriftprocedure ook niet bedoeld”, aldus de Hoge Raad. Hij achtte evenwel niet uitgesloten dat feiten die ten grondslag werden gelegd aan een vordering die betrekking had op de periode vóór de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, ook in aanmerking konden worden genomen bij de beoordeling van de vraag of bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens verandering in de omstandigheden toekenning van een vergoeding naar billijkheid gerechtvaardigd was. In een zodanig geval kon de rechter rekening houden met het in de andere procedure toegekende bedrag, zoals de Hoge Raad al eens had overwogen in het kader van een vordering tot vergoeding van immateriële schade op grond van wanprestatie, na de toe-

kenning van een billijkheidsvergoeding in een ontbindingsprocedure.¹²

5. Baijings en de Wwz

De wetgever heeft niet stilgestaan bij het lot van de Baijingsleer onder het nieuwe recht.¹³ Volgens Heerma van Voss kan de Baijings-rechtspraak “wellicht van belang blijven, nu het ontslagrecht van 2015 een zeer beperkt vergoedingensysteem kent”.¹⁴ Weliswaar wijst hij op de mogelijkheid dat de kantonrechter in de beschikking te kennen geeft specifieke aanspraken niet te hebben meegewogen bij het vaststellen van de hoogte van de door hem aan de werknemer toegekende vergoeding, maar hij herhaalt daarbij het onder het Baijings-regime veel gehoorde argument dat “het in het algemeen ongewenst is dat de rechter bij het vaststellen van de door hem toe te kennen vergoeding niet alle voor zijn billijkheidsoordeel relevante factoren meeweegt”.

Wij kunnen Heerma van Voss hierin niet volgen. Met het verdwijnen van de mogelijkheid om de omstandigheden van het geval te laten doorklinken in de vergoeding, is de billijkheid juist voor een groot deel uit het ontslagvergoedingensysteem verdwenen. De *transitievergoeding* beoogt immers slechts de gevolgen van het ontslag te verzachten door enige financiële compensatie en een bescheiden budget te bieden om de overgang naar een nieuwe baan te vergemakkelijken. De *additionele billijke vergoeding* compenseert alleen het ernstig verwijtbaar handelen dat heeft geleid tot totstandkoming van de redelijke ontslaggrond *waarop het ontslag is gebaseerd*. De verwijtbaarheid moet dus zien op het ontstaan van de specifieke grond die de beëindiging draagt. Die vergoeding ziet *niet* op handelen in strijd met de norm van art. 7:611 BW vallend onder een *andere* ontslaggrond dan de aangevoerde grond voor ontbinding en evenmin op slecht werkgeverschap dat wel *gerelateerd* is aan het ontslagtraject, maar losstaat van het ontstaan van de ontslaggrond. De Hoge Raad volgde een dergelijke redenering ook al in de context van art. 7:685 BW (oud):

“Deze vergoeding betreft niet aanspraken van de werknemer die zijn ontstaan tijdens de dienstbetrekking en betrekking hebben op de periode vóór de beëindiging van de arbeidsovereenkomst en die geen verband houden met de (wijze van) beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de gevolgen van die beëindiging, zoals bij voorbeeld een aanspraak op achterstallig loon”.¹⁵

11 HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:PHR:1997:AM190, NJ 1998/257 (*Baijings*), m.nt. P.A. Stein. Zie voorts HR 5 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2866, NJ 1999/644 (*Tulkens/FNV*), m.nt. P.A. Stein; HR 15 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA9053, NJ 2001, 251 (*Intramco*), m.nt. P.A. Stein; HR 2 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4911, NJ 2001/667 (*Elverding en Kruijff/Wienholts*); HR 1 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7342, NJ 2003/210 (*TNO/Ter Meulen*), m.nt. G.J.J. Heerma van Voss; HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0183, NJ 2003/231 (*Van Ravenswade/ING*); HR 7 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0271, NJ 2004/174 (*Van Veghel*), m.nt. G.J.J. Heerma van Voss; HR 2 april 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO1939, NJ 2006/212 (*drankencentrale Waterland/Blakborn*), m.nt. E. Verhulp; HR 25 juni 2004, NJ 2006/213 (*Zonnehof/Swart*); HR 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4062, NJ 2006/214 (*Vermeulen/Douwe Egberts*). Hierover G.J.J. Heerma van Voss, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, randnr. 398.

12 HR 1 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7358, NJ 2003/211 (*Guérand/PTT*), m.nt. G.J. Heerma van Voss, r.o. 3.4; met verwijzing naar HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1017, NJ 1990/499 (*Schreuder/Nilsson en Lamm & De Lange*), waarbij zij aangetekend dat die verwijzing een beperkte strekking zal hebben gehad; gelet op HR 5 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2866, NJ 1999/644, m.nt. P.A. Stein.

13 Volgens R.A.A. Duk liet de wetgever de exclusiviteit van Wwz-vergoedingen in het midden; ‘Art. 7:669 Wetsvoorstel Werk en Zekerheid: de rechter als bureaucraat’, *TRA* 2014/26.

14 *Asser/Heerma van Voss 7-V* 2015/398.

15 HR 1 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7358, NJ 2003/211 (*Guérand/PTT*), m.nt. G.J.J. Heerma van Voss, r.o. 3.4. In dezelfde zin HR 1 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7342, NJ 2003/ 210 (*TNO/Ter Meulen*), m.nt. G.J.J. Heerma van Voss, r.o. 3.11.

Hier gaf de Hoge Raad achterstallig loon als voorbeeld, maar in het systeem zoals dat is ingevoerd na 1 juli 2015 kan het om veel meer aanspraken gaan. Sagel heeft hier in zijn Leidse oratie al aandacht voor gevraagd: omdat de toetsing aan de redelijkheid en billijkheid in het Wwz-ontslagrecht ingrijpend wordt versmald en de vergoedingen in het systeem een veel beperktere scope hebben, wordt het toepassingsbereik van de Baijingsleer – dat wil zeggen het exclusieve karakter ten opzichte van het algemene vermogensrecht – in het nieuwe systeem in even vergaande mate beperkt. Uit de ban van Baijings lijkt het vermogensrecht ruimer baan te krijgen, waardoor het nieuwe systeem logischerwijs meer ruimte lijkt te laten voor vervolgpcedures gebaseerd op de norm van goed werkgeverschap.¹⁶

Wij illustreren dit aan de hand van de casus die advocaat-generaal Huydecoper in zijn conclusie voor het *Van Ravenswade*-arrest gebruikte om de Baijings-leer inzichtelijk te maken, toegespitst op tekortkomingen aan de kant van de werkgever die in een ontbindings-procedure plegen te worden gesteld, waarbij de advocaat-generaal er steeds van uit ging dat het om *ernstige* tekortkomingen ging.¹⁷

Bij de beperking tot *ernstige* tekortkomingen plaatsen wij een vraagteken. Volgens art. 6:74 BW heeft een schuldeiser aanspraak op schadevergoeding als hij schade heeft geleden als gevolg van *een* tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst. Of er van een tekortkoming sprake is, moet worden beoordeeld aan de hand van de volgens art. 6:248 lid 1 BW vast te stellen rechtsgevolgen van de overeenkomst. In dat kader van de arbeidsovereenkomst valt te denken aan de verplichting te handelen als goed werkgever (art. 7:611 BW). Als wij hierna spreken van een op art. 7:611 BW gestoelde vordering tot vergoeding, dan doen wij dat steeds in verbinding met artt. 6:248 lid 1 en 6:74 BW, waarbij de *ernst* van de tekortkoming geen rol speelt.

De eerste twee casus uit de Huydecoper-catalogus luiden als volgt:

- a. de tekortkoming heeft de arbeidsverhouding beschadigd; het wederzijds vertrouwen is aangetast of de relatie met collega's is verziekt;
- b. de tekortkoming heeft het welbevinden van de werknemer beschadigd; de werknemer is 'honds behandeld' en ondervindt immateriële schade wegens verlies van arbeids- of levensvreugde;

Huydecoper zag in deze casus weinig ruimte voor een afzonderlijke vordering tot schadevergoeding, nadat over een ontbinding-met-vergoeding is geoordeeld. Vanuit het perspectief van de Baijingsleer is dit terecht. Bij uitstek gaat het hier om omstandigheden die zich lenen voor toekenning

van een vergoeding naar billijkheid; de hoogte van de vergoeding kan de ontstane situatie reflecteren.

De situatie sub a biedt onder het Wwz-regime wél aanknopingspunten voor een vordering gebaseerd op art. 7:611 BW, wanneer het gaat om een tekortkoming van de werkgever die losstaat van de aangevoerde ontslaggrond. Dat geldt ook voor de door Huydecoper onder b beschreven situatie. Beschadigd welbevinden kan onder de Wwz enkel worden verdisconteerd in de billijke vergoeding, wanneer sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Als gezegd ligt die lat hoog. Er zijn situaties denkbaar waarin het handelen van de werkgever niet als ernstig verwijtbaar wordt gekwalificeerd, maar wel verwijtbaar kan zijn, met de genoemde gevolgen van dien. Dan vormt de redelijkheid en billijkheid van art. 7:611 BW de aangewezen grondslag om genoemd leed te compenseren.

In de volgende casus zou ook onder het oude recht ruimte zijn geweest voor een afzonderlijk toe te kennen schadevergoeding:

- c. de tekortkoming heeft de fysieke of geestelijke gezondheid van de werknemer beschadigd, al-dan niet samengaand met enige mate van arbeidsongeschiktheid,

Het gaat hier om een tekortkoming van de werkgever met letsel en arbeidsongeschiktheid als gevolg. Hiervan werd in het algemeen aangenomen – aldus Huydecoper – dat de desbetreffende vordering tot schadevergoeding buiten de procedure ex art. 7:685 BW (oud) aan de orde mocht worden gesteld. De ontbindingsprocedure leende zich niet goed voor beoordeling van zo'n aanspraak.¹⁸

Huydecoper nam hetzelfde aan voor ten onrechte aan de werknemer onthouden 'verbeteringskansen':

- d. de tekortkoming heeft de 'verdiencapaciteit' van de werknemer anderszins beschadigd; in het vooruitzicht gestelde opleidingsmogelijkheden zijn verslechterd of verloren gegaan; of aan de werknemer is erkenning als bijvoorbeeld uitvinder of initiator onthouden; een ander voorbeeld is het tekortschieten in de verplichting om re-integratie van een partieel arbeidsongeschikte werknemer te bevorderen,

Tekortkomingen op dit vlak houden immers lang niet altijd onmiddellijk verband met de ontbinding en de daarmee samenhangende vergoeding.

Sagel schetste in zijn oratie een tweetal casus die nauw verwant zijn aan casus d. De eerste ziet op wangedrag (de e-

16 S.F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard en fast rules* (oratie Leiden), Leiden 2013, p. 16.

17 HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0183, NJ 2003/231 (*Van Ravenswade/ING*), conclusie onder 15.

18 Wij tekenen bij deze casus aan dat de gesignaleerde mogelijkheid van een afzonderlijke vordering tot schadevergoeding ook onder het oude recht beperkt was. Zodra de kantonrechter zich in de ontbindingsprocedure boog over deze issues en deze uitdrukkelijk verdisconteerde in de hoogte van de vergoeding, dan viel de Baijingsbijl.

grond, de voldragen grond) in combinatie met disfunctioneren (d-grond, de onvoldragen grond).¹⁹ In Sagels voorbeeld stelt de werknemer dat zijn beperkt disfunctioneren is terug te voeren op een gebrek aan scholing. Een claim van de werknemer op basis van art. 7:611 BW wegens de met goed werkgeverschap strijdige tekortkoming ter zake van scholing heeft dan goede kans van slagen. Aangezien het niet gaat om een *ernstige* tekortkoming is er geen aanleiding een billijke vergoeding te vorderen, terwijl de transitievergoeding geen compensatie biedt voor handelen in strijd met art. 7:611 BW.

In de tweede door Sagel geschetste casus tast de werkgever in geval van een ontslag op bedrijfseconomische gronden de werknemer in zijn reputatie aan.²⁰ Ook hier wordt de verdien capaciteit van de werknemer negatief beïnvloed door verwijtbaar handelen van de werkgever. Ook hier is art. 7:611 BW een solide basis voor compensatie.

De conclusie luidt dan ook dat er onder het Wwz-regime meer mogelijkheden zijn voor een aanvullende vergoeding dan onder het oude recht.

6. Een eerste uitspraak onder het nieuwe recht?

Waar blijven de vorderingen, waar blijven de uitspraken?

In één van de schaarse zaken die hierover zijn gepubliceerd werd de arbeidsovereenkomst tussen een notariskantoor en een notarisklerk op verzoek van het notariskantoor door de kantonrechter ontbonden op grond van art. 7:671b lid 1 BW in verband met de in art. 7:669 lid 3 onder e bedoelde grond (verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer). De kantonrechter kende de notarisklerk een transitievergoeding toe, maar wees diens verzoek om een billijke vergoeding dan wel van een op art. 7:611 BW gebaseerde vergoeding af, omdat zijn stellingen ontoereikend waren om ernstig verwijtbaar handelen van het notariskantoor gestalte te geven. Het hof kwam met de kantonrechter tot de conclusie dat er geen sprake was van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van het notariskantoor als bedoeld in art. 7:671b lid 8 aanhef en onder c BW. Ook volgens het hof diende het verzoek om toekenning van een billijke vergoeding te worden afgewezen.

Zo kwam het hof toe aan de vraag of een vergoeding op grond van art. 7:611 BW op haar plaats was. Het notariskantoor betoogde dat het niet mogelijk was om naast een transitievergoeding ook nog een vergoeding ex art. 7:611 BW toe te kennen, omdat in de wet al de mogelijkheid is opgenomen om een billijke vergoeding toe te kennen. Het hof liet de mogelijkheid om de vordering op art. 7:611 BW te

baseren uitdrukkelijk in het midden, omdat er geen sprake was van enige strijd met goed werkgeverschap.²¹

In een andere zaak werd de arbeidsovereenkomst op grond van disfunctioneren van de werknemer ontbonden (art. 7:669 lid 3 onder d BW) en verzocht zowel de werkgever als de werknemer toekenning van een bedrag van € 5000,- ten behoeve van outplacement- en/of scholing. Uit de gepubliceerde uitspraak blijkt niet welke grondslag hiervoor is aangevoerd. De kantonrechter wees het eenparige verzoek af:

“In het kader van de beëindiging van een arbeidsovereenkomst biedt de wet de kantonrechter slechts de mogelijkheid om twee soorten vergoedingen toe te kennen, de transitievergoeding of de billijke vergoeding. De werkgever heeft toegelicht dat ten gevolge van het Besluit overgangsrecht transitievergoeding in de onderhavige situatie geen transitievergoeding verschuldigd is, hetgeen door de werknemer is erkend. Toekenning van een billijke vergoeding aan een werknemer is – behoudens enkele hier niet van toepassing zijnde uitzonderingen – alleen mogelijk en bedoeld voor een geval waarin sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, zoals onder andere in artikel 7:671b lid 8 onder c BW is bepaald. Nu niet is gesteld of gebleken dat daarvan sprake is, ontbreekt de grondslag voor het toewijzen van de door de werkgever aangeboden vergoeding. Dit deel van het verzoek zal derhalve worden afgewezen.”²²

Geen van beide uitspraken biedt helderheid over de mogelijkheid om schadevergoeding toe te kennen op grond van een tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst wegens een gebrek aan goed werkgeverschap.

7. De redelijkheid en billijkheid terug in het ontslagrecht

Vóór de invoering van de Wwz hebben rechters – getuige de rechtspraak van de Hoge Raad – zich heel wat keren moeten buigen over de reikwijdte van de Baijingsleer. De vraag was steeds of er ruimte was voor een vordering tot schadevergoeding gegrond in het algemene vermogensrecht, naast de vergoeding naar billijkheid die eerder was toegekend op grond van art. 7:685 BW (oud). Sinds de invoering van de Wwz is het stil.

Waarom blijven afzonderlijke schadevergoedingsvorderingen uit? De verklaring zou kunnen zijn dat er geen behoefte aan is, maar wij achten deze verklaring niet aannemelijk. Er is geen enkele aanwijzing dat de redenen waarom vóór de invoering van de Wwz regelmatig een beroep op het algemene vermogensrecht werd gedaan, zijn weggevallen. Integendeel. De nieuwe regeling van welgedefinieerde en

19 S.F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard en fast rules* (oratie Leiden), Leiden 2013, p. 17.

20 S.F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard en fast rules* (oratie Leiden), Leiden 2013, p. 18.

21 Hof's-Hertogenbosch 21 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1538, r.o. 3.19 en 3.23.

22 Rb. Noord-Nederland 22 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3638.

beperkte transitie- en billijkheidsvergoedingen hebben de redenen voor een supplementaire vordering tot schadevergoeding wegens een tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst eerder doen toe- dan afnemen. Processueel is het zelfs makkelijker geworden een schadevergoedingsvordering in te stellen vanwege de mogelijkheid in het kader van de verzoekschriftprocedure aanverwante vorderingen in te stellen (art. 7:686a lid 3 BW); hierbij is ook gedacht aan schadevergoedingsvorderingen op basis van artt. 7:658 BW en 7:611 BW.²³

Onze indruk is dat de rechtspraak de kat uit de boom kijkt en de rechtsontwikkeling afwacht.

Wij roepen raadslieden op de mogelijkheden te beproeven van een aanvullende vergoeding op basis van een tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst wegens strijd met goed werkgeverschap (art. 6:74 in verbinding met art. 7:611 BW). Zij kunnen de redelijkheid en billijkheid terugbrengen in het ontslagvergoedingsrecht, waar die dreigen te verdwijnen als gevolg van het digitale systeem van gescheiden ontslaggronden in combinatie met de transitievergoeding, die slechts een deel van het leed verzacht, en de billijke vergoeding die van de minister niet mag worden toegekend, behalve in zeldzame gevallen van extreme hornerigheid.

Wij moedigen kantonrechters aan de Hoge Raad een prejudiciële vraag te stellen over de Baijingsleer onder het gesternte van de Wwz. Volgens art. 392 Rv moet de vraag van belang zijn voor de beslechting of beëindiging van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, waarin dezelfde vraag zich voordoet. Daarbij kan het voldoende zijn dat over de uitleg van nieuwe wetgeving mogelijk in de toekomst vele geschillen kunnen rijzen.²⁴

Dat er nauwelijks procedures zijn aan te wijzen waarin buiten het vergoedingensysteem van de Wwz schadevergoeding wordt gevraagd, betekent geenszins dat daartoe geen aanleiding is. Het is onwaarschijnlijk dat het gedrag van werkgevers en werknemers jegens elkaar door de invoering van de Wwz is veranderd. Als de werkelijkheid van de werkvloer – die spreekt uit de verschillende procedures die zijn gevoerd vóór de inwerkingtreding van de Wwz – mag meetellen bij de beoordeling van de inschatting van het belang van de vraag, dan zien wij daarin een mogelijkheid een prejudiciële vraag te stellen. Daarbij helpt dat de wetgever heeft opgemerkt dat het niet per se om *procedures* hoeft te gaan en dat hij het noodzakelijke aantal *geschillen* in het midden heeft gelaten.²⁵

Het ligt in de rede de vraag zoveel mogelijk toe te spitsen op de in het concrete geval gevraagde vergoeding tegen de achtergrond van de gehanteerde ontslaggrond en de daarbij horende transitie- en billijkheidsvergoeding. De kernvraag luidt: wordt de mogelijkheid van een op het algemene vermogensrecht gebaseerde vordering tot schadevergoeding – een tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst wegens gebrek aan goed werkgeverschap in de zin van art. 7:611 BW – beperkt door het systeem van ontslagvergoedingen zoals geïntroduceerd door de Wwz? Wie durft?

23 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 121 en 4, p. 60.

24 I. Giesen e.a., *De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, Een tussentijdse evaluatie mede in het licht van de mogelijke invoering in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2016, p. 81.

25 Kamerstukken II 2010/11, 32612, 3, p. 13 waarover I. Giesen e.a. (2016), p. 74-75.