

# Tijdschrift Recht en Arbeid, Het muizengaatje verdient de hoofdprijs

Vindplaats: TRA 2014/96 Bijgewerkt tot: 11-11-2014  
Auteur: Prof. Mr S.F. Sagel



Prof. mr. S.F. Sagel, hij is redacteur van dit tijdschrift

Wat hebben 'twerken' en 'bitcoinmiljonair' met elkaar gemeen? Zij zijn, ieder in hun eigen categorie, tot woord van het jaar 2013 gekroond. Zou er ook een prijs in de categorie 'arbeidsrecht' zijn geweest, dan zouden zelfs uit de Wwz volgende verrijkingen als 'transitievergoeding' en 'aanzegtermijn' geen enkele kans hebben gemaakt. Ook zij zouden ruiterlijk hebben erkend dat maar één kandidaat de hoofdprijs verdiende: het 'muizengaatje'. Over dat muizengaatje, waarmee wordt gedoeld op de mogelijkheid voor de rechter om in de Wwz-ontslagprocedures bovenop de standaard transitievergoeding een additionele billijke vergoeding toe te kennen omdat de gehanteerde ontslaggrond ernstig verwijtbaar is ontstaan, is tijdens het Wwz-wetgevingstraject namelijk heel veel gesproken. Maar als men de parlementaire stukken erop naleest, dan valt op dat dat debat voornamelijk betrekking had op de diameter van het gaatje en niet op hetgeen daarachter schuilgaat. Keer op keer is van regeringszijde benadrukt dat de werknemer door de werkgever wel minstens drie koppen kleiner moet zijn gemaakt, wil hij erdoor passen. Het moet gaan om "duidelijke en uitzonderlijke gevallen van onrechtmatige gedragingen die te kwalificeren zijn als duidelijk strijdig met goed werkgeverschap". In de Tweede Kamer zei Minister Asscher zelfs dat hij "op de voet zal volgen" of rechters hiervan wel voldoende doordrongen zijn en ook echt alleen in werkelijk exceptionele gevallen de slagboom van het muizengaatje omhoog doen. "Als het misgaat, als het uit de hand loopt" met de aantallen werknemers die billijkheidshalve toegang tot het muizenrijk wordt verleend, dan keert de minister meteen terug naar de Kamer om die toestroom een halt toe te roepen.

Maar zo streng als de regering is bij de selectie aan de muizenpoort, zo groot is de ruimte die de rechter vervolgens krijgt bij de begroting van de vergoeding die toekomt aan hen die zich erdoor weten te wurmen. De wetsgeschiedenis biedt nauwelijks richting, anders dan dat de hoogte "in relatie [moet]

staan tot het ernstig verwijtbare handelen of nalaten van de werkgever” en niet tot de gevolgen van het ontslag, omdat daarin al door de transitievergoeding wordt voorzien. Elders lezen we nog dat de rechter de hoogte van de vergoeding moet bepalen “op een wijze die en op een niveau dat aansluit bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval” en dat ook de draagkracht van de werkgever een rol mag spelen. Veel meer *guidance* wordt niet gegeven. Wel zei de minister in de Tweede Kamer nog dat het in elk geval “niet de bedoeling” is “nu alsnog een Kantonrechtर्सformule 2.0 in het leven te roepen” voor de billijke vergoeding, juist omdat het daarbij slechts om incidentele gevallen mag gaan. Of de rechters, als ze dat zouden willen, wel de *vrijheid* zouden hebben om zelf regels te stellen op dit punt, zo vroeg een Kamerlid daarop. De minister dacht niet dat “die situatie zich zal voordoen”.

Zij doet zich, naar ik begrijp, bij verschillende rechtbanken nu al voor, bijna een jaar voordat het muizengaatje überhaupt opengaat. Als ik goed ben geïnformeerd, wordt er binnen de rechterlijke macht, *as I write*, besproken of er nieuwe kantonrechtर्सregels moeten komen ter bepaling van hetgeen achter het muizengaatje ligt te wachten; een paar verdroogde kruimels of een rijkelijk gevulde proviandkast? Ik denk niet dat het wenselijk en nodig is om de vaststelling van de billijke vergoeding nu al op voorhand door middel van rechterlijke beleidsregels in te kaderen. Zulke regels, zoals de Kantonrechtर्सformule, kunnen nuttig zijn als sprake is van beslissingen die jaarlijks honderden, zo niet duizenden keren genomen worden in vergelijkbare zaken. Dan is de kans op rechtsongelijkheid wanneer iedere rechter zijn eigen berekeningsmethodiek hanteert aanzienlijk. Maar als de rechters ten aanzien van het muizengaatje doen wat de wetgever wil, te weten alleen maar in daadwerkelijk uitzonderlijke gevallen, incidenteel eens een billijke vergoeding toekennen, dan is de kans op veel gelijke gevallen – die gelijk behandeld moeten worden – gering en daarmee ook de rechtvaardiging voor het stellen van rechterlijke beleidsregels. Wat bij een echt als uitzondering bedoelde vergoeding verwacht mag worden, is dat de rechter zich – en dat beoogt de wetgever ook – daadwerkelijk rekenschap geeft van de uitzonderlijke omstandigheden van dat geval en zijn beslissing daarop toespitst. Hij moet daarbij niet gehinderd zijn door vooraf geformuleerde beleidsregels, bij het opstellen waarvan de voorliggende uitzonderlijke casuspositie waarschijnlijk in het geheel niet is voorzien en die voor dat geval helemaal niet billijk behoeven uit te pakken. Daarmee raken we aan een volgend bezwaar van het *reeds nu* op voorhand formuleren van beleidsregels of formules ten aanzien van de hoogte van de billijke vergoeding. Het lijkt me veel verstandiger om de advocatuur en de rechtspraak ten minste eerst eens enige jaren te laten werken met het nieuwe systeem, zonder daarbij gebonden te zijn aan regels die zijn gesteld op een moment waarop men niet kon teruggrijpen op ervaringen met dat systeem en waarop er zelfs nog niet één uitspraak is geweest over de vraag wanneer een redelijke grond in de zin van art. 7:669 BW zo verwijtbaar is ontstaan dat een additionele vergoeding gewettigd is. Is het, anders gezegd, niet raadzaam om eerst eens af te wachten wanneer zoal sprake is van de vereiste ernstige verwijtbaarheid, voordat regels worden gesteld ter beantwoording van de vraag welke vergoeding daaraan gekoppeld moet worden? Is het niet beter om een paar jaar aan te zien waartoe de creativiteit van advocaten en rechters van Alkmaar tot Maastricht zoal leidt en als de behoefte aan nadere beleidsregels zich dan toch doet gevoelen, uit de resultaten van dat proces te putten? Zulks in plaats van op voorhand *en petit comité* de richtingaanwijzers uit te zetten. Een beetje vallen en opstaan is niet erg, juist ook omdat misstappen in hoger beroep gecorrigeerd kunnen worden.

Helemaal onwenselijk zou het zijn als de nu gevoerde discussies erin uitmonden dat als onderdeel van de te stellen beleidsregels ook een *cap* op de billijke vergoeding wordt gezet, bijvoorbeeld van een jaarsalaris. Zo een maximering vindt geen steun in de wetsgeschiedenis en is ook in strijd met de aard van de vergoeding, die gerelateerd moet zijn aan de ernst van de uitzonderlijke omstandigheden. Die

omstandigheden kunnen zo ernstig zijn dat een vergoeding van een jaarsalaris helemaal niet billijk is. *There is no limit to the worst*: dat geldt ook ten aanzien van ernstig verwijtbaar werkgeversgedrag en dat behoort dan ook te gelden voor de daaraan te verbinden vergoeding. Daarvoor is ook vanuit het oogpunt van preventie veel te zeggen. De vergoeding wegens het door slecht werkgeverschap ontstaan van een ontslaggrond is al in verregaande mate beperkt doordat deze slechts in incidentele gevallen van *ernstig* verwijtbaar slecht werkgeverschap kan worden toegekend. Om daar toch enige afschrikkende werking van uit te laten gaan, moet wel helder zijn dat de werkgever die zich aan dat ernstig verwijtbare gedrag schuldig maakt, ook tegen een zeer zware sanctie kan oplopen. *Op onzorgvuldigheid staat geen prijs*, schreef een rechter in Aruba die thans weer hier te lande werkzaam is (Rb. Gelderland 3 juli 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6000, JAR 2014/201) ooit in een ontbindingsbeschikking en kende een torenhoge vergoeding toe. Wil de dreiging van de billijke vergoeding onder de vigeur van de Wwz een daadwerkelijk conditionerend effect hebben op werkgevers, dan zal daaraan, anders dan aan de transitievergoeding, geen maximum verbonden mogen zijn en mag bij schrijnende gevallen door de rechter ook echt 'uitgehaald' worden. Zeker nu de 'pakkans' voor slecht werkgeverschap leidend tot een ontslaggrond wordt gereduceerd tot gevallen van ernstige verwijtbaarheid, moet de 'strafmaat' van de billijke vergoeding niet worden gemaximeerd. Als er op voorhand vaststaat dat, hoe onzorgvuldig de werkgever een ontslaggrond ook doet ontstaan, de maximale vergoeding een jaarsalaris bedraagt, zijn er genoeg werkgevers die bereid zijn die prijs te betalen. En daarmee zijn we terug bij het begin: het muizengaatje verdient echt de hoofdprijs, vrijelijk door de rechter te bepalen.