



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Kennelijk onredelijk ontslag vergoeding versus de billijke vergoeding

Boot, G.C.; Pesser, H.

Citation

Boot, G. C., & Pesser, H. (2024). Kennelijk onredelijk ontslag vergoeding versus de billijke vergoeding. *Arbeidsrecht*, 2024(11), 31-36. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4210286>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4210286>

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

Kennelijk onredelijk ontslag vergoeding versus de billijke vergoeding

ArbeidsRecht 2024/50

Hoe kunnen we de hoogte van de billijke vergoeding beter voorspellen? Die vraag wordt tijdens menig cursus over het ontslagrecht maar ook door cliënten in de rechtspraktijk gesteld. In een poging daarop een antwoord te geven, kijken wij niet alleen naar de over de billijke vergoeding gepubliceerde jurisprudentie, maar ook naar de jurisprudentie aangaande het kennelijk onredelijk ontslag.²

1. Evaluaties Wet werk en zekerheid

1.1 Effecten van maatregelen ontslag in de Wwz – SEO Economisch onderzoek juni 2020

Op 2 juli 2020 werd de evaluatie van de Wet werk en zekerheid (Wwz) aangeboden aan de Tweede Kamer. Deze evaluatie bestond uit drie delen, waaronder het deel: effecten van maatregelen ontslag in de Wet werk en zekerheid.³ Over de billijke vergoeding werd daarbij het volgende opgemerkt:

“Voor toekenning van de billijke vergoeding kan geconcludeerd worden dat nog steeds een hoge drempel bestaat, waarbij door de tijd wel een lichte toename te zien is. De indruk dat ernstige verwijtbaarheid van de werkgever sneller wordt aangenomen dan net na de inwerkingtreding van de Wwz is dus eveneens juist, zij het dat sprake is van een heel lichte toename (namelijk van 29 naar 32% in eerste aanleg en van 18 naar 22% in hoger beroep).”⁴

In het jurisprudentieonderzoek zijn vijf categorieën gedragingen van werkgevers aangetroffen die leiden tot het oordeel dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen. Deze vijf categorieën vallen niet samen met de voorbeelden uit de parlementaire geschiedenis, maar passen daar wel onder: (i) de werkgever escaleert en stuurt aan op een beëindiging; (ii) de werkgever spant zich onvoldoende in om verhoudingen te normaliseren na eerdere gerechtelijke procedures tussen partijen; (iii) de werkgever betaalt geen loon; (iv) ernstige

schending van de re-integratieverplichting, en (v) treiterij.⁵ Uit door het SEO⁶ gehouden interviews met rechters en juridisch belangenbehartigers is naar voren gekomen dat de eerste categorie het meest voorkomt. Vaak genoemd door rechters: het willens en wetens aansturen op een beëindiging, het onheus bejegenen van werknemers (tegen pestgedrag aan), het opzettelijk verhinderen van re-integratie, ‘te hard erin gaan’ zoals onmiddellijk schorsen of andere acties die beschadigend of kwetsend voor de werknemer zijn en eigenlijk elke andere oplossing dan een beëindiging frustreren. Ook ontrecte beschuldigingen van ernstige feiten zoals seksuele intimidatie leiden tot ernstige verwijtbaarheid. Veel rechters benadrukken dat het moet gaan om moedwillig handelen en niet zozeer om ‘onhandig’ opereren van een werkgever. (...) Al met al kan uit het onderzoek van het SEO geconcludeerd worden dat het criterium dat sprake moet zijn van ernstige verwijtbaarheid zeker een drempel opwerpt en dat ernstige verwijtbaarheid niet makkelijk wordt aangenomen, waarbij moet worden aangetekend dat de rechtspraktijk, zeker na de uitspraken van de Hoge Raad, minder terughoudend is om in geval van een door toedoen van de werkgever verstoorde verhouding te ontbinden met een billijke vergoeding. Gelet op de aantallen zijn dat echter nog steeds uitzonderingen.⁷

Uit voornoemde interviews en enquête blijkt dat rechters en juridische bijstandsverleners de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten⁸ over het algemeen duidelijk vinden. Het is voor partijen en voor rechters duidelijk welke omstandigheden moeten meewegen bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding. Vrijwel alle respondenten wijzen erop dat er vervolgens echter weinig houvast is voor het bepalen van het bedrag dat aan de verschillende elementen moet worden gehangen (met uitzondering van het eerste gezichtspunt, de verwachte ‘levensduur’ van de arbeidsovereenkomst).⁹

1.2 Kruit en Kersten

In dit tijdschrift hebben P. Kruit en I.H. Kersten enkele malen een overzicht gegeven van de frequentie van de toekenning en de hoogte van de billijke vergoeding. Hun laatste

1 Prof. mr. G.C. (Gerrard) Boot is hoogleraar arbeidsrecht aan de Universiteit Leiden en raadsheer bij het Gerechtshof Amsterdam en de Centrale Raad van Beroep. H. (Heleen) Pesser is jurist bij Workx Advocaten te Amsterdam.
2 Art. 7:681 BW (oud). De kennelijk onredelijk ontslag vergoeding was tot de invoering van de Wwz in 2015, de ontslagvergoeding die na opzegging middels een kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure aan, in de praktijk, de werknemer kon worden toegekend indien de rechter oordeelde dat er sprake was van een kennelijk onredelijk ontslag.
3 *Effecten van maatregelen ontslag in de Wet werk en zekerheid. Deelrapport Evaluatie Wwz* (SEO-rapport nr. 2020-16), Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek 2020.
4 *Effecten van maatregelen ontslag in de Wet werk en zekerheid. Deelrapport Evaluatie Wwz* (SEO-rapport nr. 2020-16), Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek 2020, p. 54.

5 *Effecten van maatregelen ontslag in de Wet werk en zekerheid. Deelrapport Evaluatie Wwz* (SEO-rapport nr. 2020-16), Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek 2020, p. 55.
6 SEO Economisch Onderzoek, opgericht vanuit de economische faculteit van de UvA, verricht economisch onderzoek voor onder andere ministeries en de Europese Commissie.
7 *Effecten van maatregelen ontslag in de Wet werk en zekerheid. Deelrapport Evaluatie Wwz* (SEO-rapport nr. 2020-16), Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek 2020, p. 54.
8 HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6596 (*Van der Grijp/Stam*) en HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4472 (*Rutten/Breed*).
9 *Effecten van maatregelen ontslag in de Wet werk en zekerheid. Deelrapport Evaluatie Wwz* (SEO-rapport nr. 2020-16), Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek 2020, p. 57.

overzicht zag op het jaar 2020 ('Statistiek Ontbindingsprocedure 2020: een bijzonder WAB- en coronajaar').¹⁰ Even daarvoor publiceerde Kersten in *ArbeidsRecht* 2021/30 een cijfermatig overzicht van de billijke vergoeding bij ernstig verwijtbaar handelen in eerste aanleg over ditzelfde onderwerp.

Kruit en Kersten concluderen dat in 2020 blijkens de gepubliceerde jurisprudentie 167 keer een billijke vergoeding is toegekend. De gemiddelde hoogte daarvan bedroeg € 33.978. Dat betekent een duidelijke daling ten opzichte van 2018 (€ 43.234) en 2019 (€ 66.888), maar zij achten dat verschil niet 'zaligmakend', omdat de hoogte van de billijke vergoeding afhangt van het wetsartikel op grond waarvan hij is toegekend. Zo daalde bijvoorbeeld de op grond van art. 7:671b BW (werkgeversverzoek) toegekende vergoeding in 2020 (€ 58.733) ten opzichte van 2018 (€ 95.091) en 2019 (€ 70.678).

2. Nieuw onderzoek

Omdat veel literatuur over dit onderwerp dateert van 2020 en eerder, is het zinvol opnieuw stil te staan bij de billijke vergoeding. Het leek ons interessant daarbij een vergelijking te maken met de voorafgaand aan de Wwz bestaande kennelijk onredelijk ontslag vergoeding. In *Van der Grijp/Stam*¹¹ en *Rutten/Breed*¹² oordeelde de Hoge Raad dat, als een beëindiging van de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk was ('de drempel'), de hoogte van de alsdan toe te kennen vergoeding aldus diende plaats te vinden, omdat:

"De in art. 7:681 lid 1 BW bedoelde schadevergoeding (...) in zoverre een bijzonder karakter (heeft) dat deze vooral er toe dient aan de benadeelde een zekere mate van genoegdoening te verschaffen die in overeenstemming is met de aard en de ernst van de tekortkoming van de wederpartij."

Dat heeft wel wat weg van de New-Hairstyle-criteria die moeten worden toegepast, wanneer de drempel van het toekennen van een billijke vergoeding is geslecht. Uit ons onderzoek blijkt dat er overeenkomsten, maar ook verschillen bestaan tussen de vaststelling van de kennelijk onredelijk ontslag vergoeding en de billijke vergoeding. Wellicht dat een beter besef daarvan kan helpen meer grip te krijgen op de bepaling van de billijke vergoeding, en daarmee op de rechtszekerheid. Wij gaan eerst kijken naar de cijfers over de billijke vergoeding, daar waar Kruit en Kersten zijn gestopt.

2.1 De billijke vergoeding vanaf 2021

Uit ons onderzoek blijkt dat de gemiddelde billijke vergoeding in 2021 (46 zaken) verder daalde tot € 26.852, waarna deze in 2022 (45 zaken) steeg naar € 40.139 en verder naar € 64.566 in 2023 (48 zaken). Het algemene gemiddelde vanaf 2018 fluctueert daarmee sterk, van € 43.234 via € 66.888 naar € 26.852 en dan weer terug naar € 64.566. Het

lijkt daarmee moeilijk een specifieke gebeurtenis (zoals het bekend worden van de New-Hairstyle-criteria, de invoering van de Wet arbeidsmarkt in balans, of de coronacrisis) verantwoordelijk te houden voor deze fluctuaties.

Kruit en Kersten zagen een duidelijk verschil in de hoogte van de vergoeding, wanneer gekeken wordt naar het wetsartikel waarop deze gebaseerd was. De grote groep 681-beschikkingen (82 van alle 167 toekenningen) gaf in 2020 een gemiddelde van € 13.969, tegenover € 58.773 voor de 671b-beschikkingen in dat jaar. In de jaren voor 2020 was dat verschil (een verhouding van ongeveer 1:4) niet anders. Die verschillen zijn vanaf 2021 zo gebleven, zo blijkt uit de volgende drie tabellen.

Kruit en Kersten gaven als verklaring hiervoor dat een groot deel van de 681-zaken een (achteraf onterecht gegeven) ontslag op staande voet betrof, en dat in zo'n situatie de werknemer vaak ook wel wat te verwijten viel. Daar zou je tegenover kunnen stellen dat op grond van de New-Hairstyle-criteria gekeken moet worden wat naar verwachting gebeurd zou zijn zonder het onjuiste handelen van de werkgever. Wanneer er ten onrechte ontslag op staande voet is gegeven, en er zelfs geen ontbinding op korte termijn te verwachten was geweest, zou de verwachte resterende duur van het dienstverband lang zijn, zo zou men kunnen denken. Toch blijkt dat in de praktijk mee te vallen, want zelfs de hoogste 681-vergoeding is in de jaren 2021 tot en met 2023 veel lager dan de hoogste billijke vergoeding gebaseerd op de andere wetsartikelen. De conclusie die daaruit getrokken zou kunnen worden, is dat die betreffende ontslagen op staande voet weliswaar fout waren, maar toch ook niet zo fout dat dat een hele hoge vergoeding rechtvaardigt.

Wanneer niet naar absolute bedragen gekeken wordt, maar naar de vergoeding gerelateerd aan maandsalarissen (waarmee de component inflatie al wordt geëlimineerd), valt een vergelijkbare conclusie te trekken, zo blijkt uit de volgende tabellen.

2021

Wetsartikel	Gemiddelde BV in €	Laagste BV in €	Hoogste BV in €	Gemiddelde BV in maandsalarissen	Gemiddelde BV in maandsalarissen per dienstjaar
7:671b (14)	25.884,89	2.500	100.000	6,23	1,39
7:671c (6)	87.704,89	4.500	350.000	4,11	0,68
7:682 (3)	47.417,46	2.252,38	100.000	11,04	2,19
7:673 (1)	33.000	-	-	4,64	2,61
7:681 (22)	8.158,82	0 (nihil)	55.000	2,85	2,48
Totaal (46)	26.852,29	0 (nihil)	350.000	4,78	1,87

2022

Wetsartikel	Gemiddelde BV in €	Laagste BV in €	Hoogste BV in €	Gemiddelde BV in maandsalarissen	Gemiddelde BV in maandsalarissen per dienstjaar
7:671b (11)	72.530,36	12.500	375.000	11,56	1,54

¹⁰ Kruit & Kersten, 'Statistiek Ontbindingsprocedure 2020: een bijzonder WAB- en coronajaar', *ArbeidsRecht* 2021/52.

¹¹ HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6596 (*Van der Grijp/Stam*).

¹² HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4472 (*Rutten/Breed*).

Wetsartikel	Gemiddelde BV in €	Laagste BV in €	Hoogste BV in €	Gemiddelde BV in maandsalarissen	Gemiddelde BV in maandsalarissen per dienstjaar
7:671c (8)	43.033,60	2.500	157.785,87	6,69	1,24
7:682 (3)	11.666,67	50.000	150.000	18,34	2,59
7:673 (1)	4.750	-	-	13,62	0,16
7:681 (22)	14.064,22	1.500	82.500	4,42	2,4
Totaal (45)	40.139,23	1.500	375.000	7,85	1,59

2023

Wetsartikel	Gemiddelde BV in €	Laagste BV in €	Hoogste BV in €	Gemiddelde BV in maandsalarissen	Gemiddelde BV in maandsalarissen per dienstjaar
7:671b (8)	67.362,95	500	273.088,06	10,39	1,53
7:671c (5)	12.300	5.000	25.000	5,98	2,09
7:682 (6)	312.083,33	35.000	750.000	18,5	1,33
7:673 (0)	-	-	-	-	-
7:681 (29)	21.594,78	0 (nihil)	250.000	4,16	3,94
Totaal (48)	64.565,67	0 (nihil)	750.000	7,22	2,08

3. Kennelijk onredelijk ontslag vergoeding

In 1996 brachten de *Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters* duidelijkheid over de hoogte van de toe te kennen ontbindingsvergoedingen (ex art. 7:1639w BW, later 7:685 BW). Ook nadat deze kantonrechtersaanbevelingen waren aangescherpt, bleven handvatten voor de bepaling van de kennelijk onredelijk ontslag vergoeding (op grond van art. 1639s BW, later 7:681 BW) uit. Na verschillende opvattingen hierover van de gerechtshoven,¹³ heeft de Hoge Raad korte metten gemaakt met het gebruik van formules in de kennelijk-onredelijk-ontslagprocedures.

De Hoge Raad overwoog eerst in 2009, in zijn arrest *Van de Grijp/Stam*, dat de uitkomst van de kantonrechtersformule niet als een algemeen uitgangspunt kon dienen voor het vaststellen van een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag. Bovendien merkte de Hoge Raad op dat het opleggen van een generieke korting op de uitkomst van de berekening volgens deze formule als correctie daarop, niet in lijn was met de wijze waarop de rechter bij kennelijk onredelijk ontslag een vergoeding behoorde te bepalen.¹⁴ Bij het beoordelen van de schadevergoeding op grond van art. 7:681 BW dienen sindsdien in principe de gewone regels voor het begroten van schadevergoedingen uit Boek 6 BW te worden gevolgd.¹⁵

In het daaropvolgende arrest *Rutten/Breed* verwierp de Hoge Raad ook de op 7 juli 2009 gebruikte XYZ-formule zoals toegepast door de gerechtshoven 's-Hertogenbosch, Arnhem en Amsterdam. De Hoge Raad gaf daarbij een nadere toelichting op de wijze waarop de hoogte van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag diende te worden bepaald. Dat dit in ieder geval niet aan de hand van een formule is, werd duidelijk gemaakt.¹⁶ Een algemene formule verhoudt zich namelijk slecht tot een benadering waarin 'alle omstandigheden van het geval' moeten meewegen.¹⁷ De Hoge Raad benadrukte dat de hoogte van de schadevergoeding nauw samenhangt met de omstandigheden die hebben geleid tot het oordeel van de rechter over de kennelijke onredelijkheid van de opzegging.¹⁸ Daarnaast onderstreepte de Hoge Raad dat dit onverlet laat dat de rechter de vrijheid heeft de hoogte van de vergoeding uiteindelijk naar billijkheid op grond van art. 6:97 BW op een bedrag te begroten.¹⁹

3.1 Wat bepaalde de hoogte van de kennelijk onredelijk ontslag vergoeding?

Nu de hoogte van de vergoeding voor kennelijk onredelijk ontslag afhangt van 'alle omstandigheden van het geval', is het van belang om te analyseren welke omstandigheden in de praktijk een (belangrijke) rol hebben gespeeld. Hof Arnhem kwam op 21 juli 2009 met een gezichtspuntencatalogus, mede gebaseerd op de Hoge-Raad-jurisprudentie tot dat moment.²⁰ De gezichtspunten zijn grofweg op te delen in vier categorieën: 1) algemeen: dienstverband en opzegging, 2) ander (passend) werk, 3) financiële gevolgen van een opzegging en 4) getroffen voorzieningen en financiële compensatie. Deze vier categorieën zijn volgens het hof weer verder uit te werken.

Binnen de eerste categorie is van belang:

- de opzeggingsgrond;
- de noodzaak voor de werkgever het dienstverband te beëindigen;
- de duur van het dienstverband;
- de leeftijd van de werknemer bij einde dienstverband;
- de wijze van functioneren van de werknemer;
- de door de werkgever bij de werknemer gewekte verwachtingen;
- de financiële positie van de werkgever.

In geval van een arbeidsconflict komen daar de volgende omstandigheden bij:

- pogingen van partijen om een oplossing te bereiken ter vermijding van een ontslag en in geval van arbeidsongeschiktheid de relatie tussen de arbeidsongeschiktheid en het werk;
- de verwijtbaarheid van de werkgever;

13 Hof 's-Gravenhage 26 januari 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:AZ8877 en Hof 's-Gravenhage 25 mei 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BA6752; Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BF6790; Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BF8122; Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, *JIN* 2008/713; Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BI3292; Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BF7002.

14 HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6596 (*Van der Grijp/Stam*), r.o. 4.5.

15 De Lange & Koster, *TAP* 2011/6, p. 212.

16 HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4472 (*Rutten/Breed*), r.o. 3.6.2; zie ook G.W. van der Voet, *AR Updates* 2016.

17 Van der Voet, *AR Updates* 2016, onder 4.

18 De Laat & Buijs, *TAP* 2010/5, p. 195; HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4472 (*Rutten/Breed*), r.o. 3.5.3.

19 HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4472 (*Rutten/Breed*), r.o. 3.5.6.

20 Hof Arnhem 21 juli 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BJ2916, r.o. 4.11.

- de aard, duur en mate van de arbeidsongeschiktheid;
- de inspanningen van de werknemer ten behoeve van zijn re-integratie en de geboden financiële compensatie tijdens de arbeidsongeschiktheid.

Bij de tweede categorie zijn andere omstandigheden van belang. Hierbij gaat het om de inspanningen van de werkgever en de werknemer om binnen de onderneming van de werkgever ander passend werk te vinden. Daarbij wordt gekeken naar de flexibiliteit van de werkgever en de werknemer, de kansen en inspanningen van de werknemer op het vinden van ander passend werk en de vrijstelling van werkzaamheden gedurende de opzegtermijn.

De derde categorie gaat om de financiële positie van werknemer waarin hij is komen te verkeren, waarbij van belang kunnen zijn eventuele inkomsten op grond van sociale wetgeving en eventuele pensioenschade.

De laatste categorie van de gezichtspuntencatalogus behelst de al getroffen voorzieningen en financiële compensatie. Omstandigheden die daarbij van belang zijn, is de reeds aangeboden of betaalde vergoeding, de vooraf individueel overeengekomen afvloeiingsregeling en het eventueel toepasselijke sociaal plan.²¹

Naast de omstandigheden uit de gezichtspuntencatalogus biedt de jurisprudentie van de Hoge Raad de volgende drie algemene richtlijnen:²²

1. De enkele omstandigheid dat de werkgever de werknemer geen vergoeding heeft aangeboden, maakt het ontslag nog niet kennelijk onredelijk.²³
2. Van een werkgever mag in beginsel een extra inspanning worden verwacht om een boventallige werknemer die door lichamelijke beperkingen moeilijk bemiddelbaar is op de arbeidsmarkt, binnen het hem vertrouwde concern te herplaatsen.²⁴
3. Dat werkgever aan werknemer een passende functie heeft aangeboden elders binnen het concern, is een van de omstandigheden die dient te worden meegewogen bij de beoordeling van de vraag of het ontslag kennelijk onredelijk is.²⁵

3.2 Gemiddelde hoogtes van kennelijk onredelijk ontslag vergoedingen

De Lange en Koster hebben destijds onderzoek gedaan naar de hoogte van de vergoeding voor kennelijk onredelijk ontslag.²⁶ Ook Kruit heeft dat gedaan.²⁷

De door De Lange en Koster verzamelde rechtspraak is door ons in het hiernavolgende overzicht weergegeven. Het doel hiervan is om de hoogste, laagste en gemiddelde kennelijk onredelijk ontslag vergoedingen in euro's te achterhalen. Het onderzoek van Koster en De Lange besloeg voor 2010 de rechtspraak vanaf augustus, en voor 2012 enkel die tot juni van dat jaar.

Jaartal	Totaal aantal uitspraken	Hoogste vergoeding	Laagste vergoeding	Gemiddelde vergoeding in €
2010 (vanaf augustus)	11 (1 vergoeding onbekend)	35.000	7.500	18.394,82
2011	33 (3 vergoedingen onbekend)	111.000	4.000	29.598,04
2012 (tot juni)	4 (1 vergoeding onbekend)	53.000	14.000	27.333,33
Totaal	47	111.000	4.000	26.198,98

Kruit is in zijn onderzoeken naar de kennelijk onredelijk ontslag vergoedingen op een andere manier te werk gegaan. Hij heeft de hoogte van de vergoeding uitgedrukt in het aantal maandsalarissen per dienstjaar om een realistische vergelijking tussen werknemers met een hoog salaris en werknemers met een laag salaris mogelijk te maken.²⁸ In 2010 bedroeg dit gemiddeld 0,66, in 2011 0,52 en in 2012 0,69 maandsalarissen per dienstjaar.²⁹

3.3 Cijfermatig overzicht van de relevante omstandigheden bij de kennelijk onredelijk ontslag vergoeding

Naast een beschrijving van de omstandigheden geven wij hierna een cijfermatig overzicht van die omstandigheden. Daartoe hebben wij alle door De Lange en Koster in hun onderzoek van augustus 2010 tot juni 2012 genoemde uitspraken geanalyseerd. Dat leidt tot het volgende overzicht.

Omstandigheden	Genoemd in aantal uitspraken (van in totaal 53)
Geen goed werkgeverschap	19
Verwachte inkomensschade	32
Eenzijdig arbeidsverleden	7
Leeftijd werknemer	30
Lengte dienstverband	24
Pensioenschade	12
Invloed sociale zekerheid	13
Risicosfeer ontslaggrond	6
Financiële positie werkgever	10
Overig	31

Uit de vorenstaande tabel blijkt dus dat vooral het niet zijn van een 'goed werkgever', de te verwachte inkomensschade, de leeftijd van de werknemer en de lengte van het dienstverband een belangrijke rol speelden. De categorie 'overig'

21 Hof Arnhem 21 juli 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BJ2916, r.o. 4.11, onder 4.

22 De Lange & Koster, TAP 2011/6, p. 213.

23 HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN1420.

24 HR 3 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7049.

25 HR 3 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7049.

26 De Lange & Koster, TAP 2011/6; De Lange & Koster, TAP 2012/6.

27 P. Kruit, 'Statistiek Ontbindingsvergoedingen 2012: het einde van een tijdperk "Loonstatistiek"', *ArbeidsRecht* 2013/32.

28 Kruit, *ArbeidsRecht* 2013/32.

29 Kruit, *ArbeidsRecht* 2013/32, tabel 20.

is een verzameling van verschillende, minder vaak voorkomende omstandigheden die soms wel een rol speelden. De belangrijkste daarvan zijn de toepasselijkheid van een sociaal plan, het altijd goed functioneren van de werknemer in kwestie en de werkgever die tekort is geschoten in zijn re-integratieverplichting.

4. Overeenkomsten en verschillen kennelijk onredelijk ontslag vergoeding en billijke vergoeding

De kennelijk onredelijk ontslag vergoeding en de billijke vergoedingen kennen beide een 'drempel'. Voor de kennelijk onredelijk ontslag vergoeding is dat de vaststelling dat de beëindiging kennelijk onredelijk was. Dat kon wanneer sprake was van een 'valse' ontslaggrond, of op grond van het zogenaamde gevolgen criterium. Dat laatste gebeurde veruit het vaakst.

Ook voor de billijke vergoeding geldt een drempel, al verschilt die per wetsartikel. Voor de meeste artikelen geldt dat de werkgever ernstig verwijtbaar moet hebben gehandeld of nagelaten. De wetsgeschiedenis aangaande art. 7:681 BW bepaalt dat bij een gebrek aan een ontslagvergunning of bij een opzegverbod, de ernstige verwijtbaarheid wordt verondersteld. Het enkel onterecht gegeven ontslag op staande voet kan dus grond geven voor een billijke vergoeding. Een overeenkomst bij beide vergoedingen is dat in plaats van de vergoeding, ook voortzetting dan wel herstel van het dienstverband kan worden gevorderd en verzocht. Een groot verschil is weer dat ten aanzien van de billijke vergoeding aanvankelijk werd gedacht, althans betoogd, dat de gevolgen van het ontslag geen enkele rol zouden mogen spelen. Uit de Hoge-Raad-jurisprudentie werd langzamerhand duidelijk dat die gevolgen wel een rol mogen spelen indien de drempel geslecht is, maar dat de enkele (ernstige) gevolgen niet genoeg zijn om tot ernstige verwijtbaarheid te concluderen. Een ander praktisch verschil is dat naast de billijke vergoeding meestal ook aanspraak bestaat op een transitievergoeding, terwijl dat voor 2015 natuurlijk niet het geval was.

Beide soorten vergoedingen kennen dus een drempel, maar die drempels verschillen wel van elkaar. Wanneer gekeken wordt naar de billijke vergoeding op basis van art. 7:671b BW (en dus vooral de vergoeding op grond van art. 7:681 BW buiten beschouwing wordt gelaten) dan is de veronderstelling gerechtvaardigd dat die drempel hoger is dan destijds het gevolgen criterium van het kennelijk onredelijk ontslag. Er moet op grond van art. 7:671b BW immers sprake zijn van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Daarentegen is de drempel van de billijke vergoeding ex art. 7:681 BW weer lager dan die van de andere artikelen, omdat voor de 681-vergoeding het voldoende is dat een 'onjuist' ontslag is gegeven. Dat vormt dan ook een verklaring dat die 681-vergoedingen gemiddeld genomen veel lager zijn.

Vanuit de hypothese 'bij een lagere drempel hoort een lagere gemiddelde vergoeding en bij een hogere drempel, een hogere vergoeding', zou de verwachting gerechtvaardigd zijn dat de gemiddelde 671b-vergoeding hoger is dan de gemiddelde kennelijk onredelijk ontslag vergoeding. Wij realiseren ons dat je ook naar de 671c-billijke-vergoeding kunt kijken, maar die valt niet te vergelijken met kennelijk onredelijk ontslag, omdat slechts een door de werkgever gegeven kennelijk onredelijk ontslag tot een vergoeding voor de werknemer kon leiden.³⁰ De overige gronden voor de billijke vergoeding komen te weinig voor om zinvolle conclusies uit te trekken.

4.1 Vergelijking van bedragen

De gemiddelde kennelijk onredelijk ontslag vergoeding tussen 2010 en 2012 bedroeg € 26.198 (47 zaken). De gemiddelde billijke vergoeding op grond van art. 7:671b BW bedroeg € 59.704 (186 zaken³¹). Dat bedrag is hoger dan de gemiddelde kennelijk onredelijk ontslag vergoeding, ook wanneer rekening wordt gehouden met inflatie.³² De inflatie bedroeg van 2012 tot en met 2021 bij elkaar 16,6%.³³ De gemiddelde vergoeding van € 26.198 vermenigvuldigend met dat percentage, resulteert in een gemiddelde kennelijk onredelijk ontslag vergoeding van € 30.547. Het strookt met onze verwachting dat dit laatste bedrag lager is dan de gemiddelde 671b-billijke-vergoeding. Tussen 2015 en 2017 moest de rechtspraak kennelijk wennen aan het fenomeen billijke vergoeding, maar afgezien van de 'dip' in 2020 en 2021 past de hoogte van de 671b-billijke-vergoeding bij het verwachtingspatroon, zoals dat in de kennelijk-onredelijk-ontslagjurisprudentie was ontstaan.

4.2 Relevante factoren bij vaststelling billijke vergoeding

Net zoals wij dat voor de kennelijk onredelijk ontslag vergoeding hebben gedaan, hebben wij gekeken naar de omstandigheden die in 2021, 2022 en 2023 van belang zijn geweest voor de vaststelling van de hoogte van de billijke vergoeding. Cijfermatig leidt dit tot de volgende gegevens:

Omstandigheden	Genoemd in aantal uitspraken (van in totaal 139)
Gemist loon en verwachte duur arbeidsovereenkomst	97
Pensioenschade	17
Immateriële schade	15
Verwijtbaarheid werkgever	58
Verwijtbaarheid werknemer	18
Invloed transitievergoeding	54

30 Strikt genomen kon ook een werknemer op een kennelijk onredelijke wijze opzeggen, maar dat werd nooit aangenomen.

31 De zaken tot 2021 hebben wij gehaald uit het overzicht van Kersten in *ArbeidsRecht* 2021/30; die van daarna uit ons eigen onderzoek. Wij hebben de berekening zelf verricht.

32 En bovendien bestaat naast dit bedrag, vaak aanspraak op een transitievergoeding.

33 Inflatiecalculator op basis van CBS-cijfers, www.inflatiecalculator.nl/inflatiecijfers.

Omstandigheden	Genoemd in aantal uitspraken (van in totaal 139)
Invloed sociale zekerheid	39
Verwachte toekomstige inkomsten	80
Overig	71

Bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding blijkt uit ons onderzoek dus vooral dat het gemiste loon en de verwachte duur van de arbeidsovereenkomst als de opzegging of ontbinding niet had plaatsgevonden, het vaakst meewegen. Daarna zijn de verwachte toekomstige inkomsten, de verwijtbaarheid van de werkgever en de invloed van de transitievergoeding het meest relevant. Deze uitkomsten zijn dus in overeenstemming met de New-Hairstyle-criteria. De verwijtbaarheid van de werknemer weegt minder vaak mee ten opzichte van de verwijtbaarheid van de werkgever. Enerzijds is dat logisch, omdat de billijke vergoeding als compensatie voor de verwijtbaarheid van de werkgever moet gelden; anderzijds staat de verwijtbaarheid van de ene partij toch ook vaak in relatie tot het gedrag van de andere partij.

4.3 Relevante factoren bij de bepaling van beide vergoedingen

Van alle door Hof Arnhem op 21 juli 2009,³⁴ onder verwijzing naar Hoge-Raad-jurisprudentie, genoemde gezichtspunten, zijn de meeste ook wel terug te vinden in de billijke-vergoedingenjurisprudentie.³⁵ De belangrijkste categorie die voor de vaststelling van de hoogte van de billijke vergoeding niet terugkomt, betreft de door de werkgever al getroffen financiële voorzieningen (de vierde categorie). Het niet terugkeren van dat argument heeft ermee te maken dat juist op grond van het gevolgen criterium kennelijk onredelijk ontslag werd vastgesteld, terwijl onder de Wwz in die gevolgen in beginsel wordt voorzien door de transitievergoeding. De derde categorie, de gevolgen van het ontslag voor de werknemer, betreft het eerste New-Hairstyle-criterium, want de gevolgen van het ontslag vallen vaak samen met de vraag wat er zonder het onjuiste gedrag van de werkgever zou zijn gebeurd. De eerste en tweede categorie van de kennelijk-onredelijk-ontslagfactoren, komen onder de Wwz ook vaak terug bij de vraag of de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld, en wat de mate van die verwijtbaarheid is in relatie tot het handelen van de werknemer.

5. Al met al: billijke vergoedingen hoger dan kennelijk onredelijk ontslag vergoedingen

De in eerder (tot en met 2020) onderzoek getrokken conclusie dat de gemiddelde billijke vergoeding op grond van art. 7:681 BW veel lager is dan de gemiddelde billijke vergoeding op grond van art. 7:671b BW, blijft ook op de jaren

2021 tot en met 2023 van toepassing. Alle vergoedingen in (2020 en) 2021 waren duidelijk lager dan in de jaren ervoor en erna. Onze inschatting is dat dit te wijten is aan toevallige fluctuaties. In vergelijking met de kennelijk onredelijk ontslag vergoedingen, zoals die werden toegekend vanaf 2010 (na het wijzen van het Hoge-Raad-arrest *Rutten/Breed*), zijn de 671b-billijke-vergoedingen duidelijk hoger. Omdat de drempel om kennelijk onredelijk ontslag vast te stellen veel lager was dan die van de ernstige verwijtbaarheid van de werkgever, zoals geldt op grond van art. 7:671b BW, is dat logisch: bij een lagere drempel hoort een gemiddeld lagere vergoeding en bij een hogere drempel, een hogere vergoeding, omdat dat daarmee de 'zwaardere' gevallen betreft. De criteria die voor invoering van de Wwz waren ontwikkeld om te concluderen tot kennelijke onredelijkheid en de hoogte daarvan, zijn ook onder de Wwz nog grotendeels bruikbaar, behalve waar het betreft de voor de werknemer getroffen voorzieningen.

³⁴ Hof Arnhem 21 juli 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BJ2916.

³⁵ Zie daarover ook het themanummer van *ArbeidsRecht*: D. van Zelst, 'Schiet de Wvra zijn doel voorbij?', *ArbeidsRecht* 2020/6 en S.E. Bos, 'Ambtenaar en overgang van onderneming: een nieuwe norm', *ArbeidsRecht* 2020/7.