

De billijke vergoeding in hoger beroep

ArbeidsRecht 2021/29

In het kader van dit themanummer is ons verzocht onderzoek te doen naar de vraag hoe vaak een beslissing ten aanzien van de billijke vergoeding in hoger beroep anders uitvalt dan in eerste aanleg. Het gaat dan om vragen als: hoe vaak neemt het hof ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan waar de kantonrechter dat niet deed en andersom? En: als in hoger beroep een billijke vergoeding wordt toegekend, is die dan hoger, lager of juist gelijk aan die in eerste aanleg? Om dit te onderzoeken hebben wij beschikkingen van de gerechtshoven in de periode van 1 juli 2015 tot 1 april 2021 geanalyseerd.

1. De onderzochte rechtspraak

De rechtspraak is ontleend aan de database van AR-updates.nl. Wij hebben hierbij dankbaar gebruikgemaakt van de door de redactie van AR-updates.nl aan uitspraken gehechte 'tags'.² Dit leverde een resultaat van 341 uitspraken op. Hieruit hebben wij de procedures geselecteerd, waarin de billijke vergoeding in beide instanties aan de orde is geweest. Zo zijn bijvoorbeeld de beschikkingen waarin in hoger beroep een billijke vergoeding is toegewezen op grond van artikel 7:683 BW niet meegenomen. Toewijzing op grond van artikel 7:683 BW kan pas aan de orde zijn in hoger beroep, en pas nadat de kantonrechter het ontbindingsverzoek van de werkgever heeft toegewezen of het verzoek van de werknemer om vernietiging van de opzegging of herstel van de arbeidsovereenkomst heeft afgewezen. In dergelijke gevallen ziet het verschil in opvatting tussen de kantonrechter en het hof op het al dan niet bestaan van een redelijke ontslaggrond of dringende reden voor ontslag op staande voet.³ Verder is gefocust op procedures waarin de billijke vergoeding in beide instanties ter discussie stond. Dat betekent dat bijvoorbeeld niet zijn meegenomen de procedures waarin de arbeidsovereenkomst in eerste aanleg niet is ontbonden, maar in hoger beroep wel, onder toekenning van een billijke vergoeding. Ook in dergelijke gevallen betreft het meningsverschil tussen kantonrechter en hof de

aanwezigheid van een redelijke grond voor ontbinding en niet de verschuldigdheid of de hoogte van de billijke vergoeding. Om dezelfde reden zijn ook niet meegenomen de gevallen waarin het ontslag op staande voet in eerste aanleg rechtsgeldig is bevonden en het verzoek om toekenning van een billijke vergoeding op die grond is afgewezen, en waarin het hof alsnog een billijke vergoeding toekent. Op deze wijze hebben wij het aantal van 341 uitspraken teruggebracht tot 179.

Bij de bespreking van deze 179 uitspraken maken wij een tweedeling tussen de gevallen waarin voor toekenning van een billijke vergoeding ernstige verwijtbaarheid moet worden aangetoond en de gevallen waarin dat niet hoeft. Niet omdat het verschillende 'typen' vergoedingen zouden zijn, maar vanuit procedureel oogpunt. In het eerste geval moet namelijk een extra stap in de redenering voor toekenning van een billijke vergoeding worden gezet: nadat over het materiële geschil (simpel gezegd: de aan- of afwezigheid van een redelijke ontslaggrond of een dringende reden voor ontslag op staande voet) in het voordeel van de werknemer is beslist, moet ook nog worden vastgesteld of sprake is van ernstige verwijtbaarheid aan de kant van de werkgever. Er geldt in zoverre dus een extra horde. In de gevallen waarin ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever noodzakelijk is voor toekenning van een billijke vergoeding, kunnen kantonrechter en hof dus in twee opzichten van opvatting verschillen: over de verschuldigdheid van een billijke vergoeding en over de hoogte daarvan. Dit is anders in de gevallen waarin ernstige verwijtbaarheid niet behoeft te worden aangetoond. In die gevallen kan, nadat over het materiële geschil in het voordeel van de werknemer is beslist, direct worden overgegaan tot vaststelling van de billijke vergoeding.

Met deze bijdrage is niet beoogd volledigheid na te streven. Wij kunnen daarom niet garanderen dat alle mogelijk relevante beschikkingen zijn meegenomen in deze analyse. Daarnaast is niet beoogd gedetailleerd in te gaan op de specifieke omstandigheden die een rol spelen bij de begroting van de billijke vergoeding: daaraan wordt in een andere bijdrage in dit nummer aandacht besteed.

2. Ernstige verwijtbaarheid moet worden aangetoond

In deze paragraaf bespreken wij kort de resultaten van ons onderzoek voor de situaties waarin voor de toekenning van een billijke vergoeding ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever moet komen vast te staan. Niet voor alle artikelen waarin deze eis wordt gesteld, hebben wij relevante rechtspraak gevonden. Voor zover wij hebben gezien, is geen – althans niet voor onze vraagstelling relevante – rechtspraak verschenen over artikelen 7:671b lid 10 sub b, 7:671c lid 3 sub b en 7:682 lid 2 sub b BW.

1 Mr. F.M. (Frank) Dekker is advocaat bij BarentsKrans te Den Haag. Mr. M.H. (Marieke) Verschoor is advocaat bij BarentsKrans te Den Haag.

2 Wij hebben de volgende tags gebruikt: 'ontbindingsverzoek werkgever (7:671b BW) – billijke vergoeding hoger beroep (7:683 BW)'; 'ontbindingsverzoek werkgever (7:671b BW) – ernstig verwijtbaar handelen of nalaten'; 'ontbindingsverzoek werknemer (7:671c BW) – billijke vergoeding hoger beroep (7:683 BW)'; 'ontbindingsverzoek werknemer (7:671c BW) – billijke vergoeding wegens ernstig verwijtbaar handelen'; 'opzegging – billijke vergoeding (7:681 BW)'; 'opzegging – ernstig verwijtbaar handelen of nalaten (7:682 BW)' en 'opzegging – herstel of billijke vergoeding (7:683 BW)'.
3 Er zijn uitzonderingssituaties denkbaar waarin in eerste aanleg een billijke vergoeding is toegekend op grond van artikel 7:671b of artikel 7:671c BW en in hoger beroep op grond van artikel 7:683 BW. Dergelijke gevallen zijn wij echter niet tegengekomen.

Ten aanzien artikelen 7:673 lid 9,⁴ 7:682 lid 1 sub b⁵ en 7:682 lid 3 sub b BW⁶ vonden wij voorts maar één relevante uitspraak per bepaling. Alleen de uitspraak over artikel 7:682 lid 3 sub b BW is voor ons onderzoek relevant. Daarin ging het over het ontslag op staande voet van een statutair bestuurder. Hof en kantonrechter oordeelden allebei dat een dringende reden ontbrak en dat de werkgever ernstig verwijtbaar had gehandeld door zich van disproportionele opsporingsmiddelen te bedienen en te snel naar het zware middel van ontslag op staande voet te grijpen. Om die reden kreeg de bestuurder zowel in eerste als in tweede aanleg – naast een vergoeding wegens onregelmatige opzegging van € 61.269,39 bruto en een contractuele ‘exitvergoeding’ van € 345.694,54 bruto – een billijke vergoeding van € 20.000 bruto toegekend. Waarom voor dit bedrag is gekozen (er was een bedrag van € 163.679,38 bruto verzocht) en waarom het hof de kantonrechter hierin volgt, is uit de beschikking van het hof helaas niet op te maken. Het hof overweegt slechts dat het de door de kantonrechter toegekende vergoeding van € 20.000 bruto, mede gelet op de hoogte van de contractuele ‘exitvergoeding’, passend acht. Dat de werkgever een billijke vergoeding van deze omvang niet zou kunnen dragen acht het hof onvoldoende toegelicht. Voor een verhoging ziet het hof evenmin aanleiding; het feit dat de bestuurder door de onderzoekers stevig aan de tand is gevoeld, acht het hof daarvoor onvoldoende. Deze motivering geeft geen inzicht in waarom het hof aansluiting zoekt bij het door de kantonrechter toegekende bedrag.

Over artikel 7:682 lid 1 sub c BW vonden wij 13 uitspraken. 12 daarvan zijn niet interessant, omdat het verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding in beide instanties werd afgewezen.⁷ In de dertiende uitspraak werd de werkneemster in eerste aanleg in het ongelijk gesteld, maar trok zij in appel alsnog aan het langste eind. Waar de kantonrechter het handelen van de werkgever niet als ernstig verwijtbaar taxeerde, deed het hof dat wel. Dit leidde tot een billijke vergoeding van € 20.000 bruto.⁸ Deze uitspraak is slechts zijdelings van belang, omdat het verschil van inzicht tussen kantonrechter en hof niet de *hoogte* van de billijke vergoeding betreft, maar de *verschuldigheid* ervan; kantonrechter en hof verschillen van mening of het handelen van de werkgever het predicaat ‘ernstig verwijtbaar’ verdient.

4 Hof Amsterdam 30 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2821.
 5 Hof 's-Hertogenbosch 19 maart 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:991.
 6 Hof Arnhem-Leeuwarden 10 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1015.
 7 Hof Den Haag 17 november 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2184; Hof Arnhem-Leeuwarden 16 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9409; Hof 's-Hertogenbosch 6 augustus 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2528; Hof Arnhem-Leeuwarden 16 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2377; Hof Amsterdam 10 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:760; Hof Amsterdam 17 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4507; Hof Amsterdam 26 september 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3501; Hof Amsterdam 18 juni 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2058; Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9536; Hof 's-Hertogenbosch 12 juli 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3054; Hof Arnhem-Leeuwarden 10 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1015 en Hof Den Haag 3 januari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:96.
 8 Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:239.

2.1 Rechtspraak over artikel 7:671b lid 9 sub c BW
 Met betrekking tot artikelen 7:671b lid 9 sub c en 7:671c lid 2 sub b BW is de oogst een stuk beter. Ten aanzien van het eerste artikel vonden wij op basis van de in de inleiding beschreven criteria 103 uitspraken. In 58 daarvan – dus iets meer dan de helft (56%) – werd het verzoek van de werknemer tot toekenning van een billijke vergoeding in beide instanties afgewezen, omdat niet was voldaan aan het vereiste van ernstige verwijtbaarheid. Dit strookt met het idee dat de lat hiervoor hoog ligt en dat een billijke vergoeding alleen in uitzonderingsgevallen aan de orde is.

In de overige 45 zaken werd in ten minste één instantie een billijke vergoeding toegekend. Hierbij kwam het 15 keer voor dat het verzoek van de werknemer in eerste aanleg werd afgewezen, maar in hoger beroep alsnog werd toegekend. Dat wil zeggen dat het hof ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever aannam waar de kantonrechter dat niet deed. In deze gevallen was dus niet sprake van een verschil van opvatting tussen kantonrechter en hof over de *hoogte* van de billijke vergoeding, maar over de *verschuldigheid* daarvan. Deze 15 uitspraken zijn opgenomen in tabel 1.

Tabel 1. Artikel 7:671b BW - Uitspraken waarin een billijke vergoeding in eerste aanleg is afgewezen en in hoger beroep alsnog is toegewezen

Uitspraak	Eerste aanleg	Hoger beroep
Hof 's-Hertogenbosch 18 februari 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:488	€ 0	€ 6.000
Hof Amsterdam 12 januari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:27	€ 0	€ 10.000
Hof Amsterdam 12 januari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:29	€ 0	€ 210.038,28
Hof Arnhem-Leeuwarden 4 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:1053	€ 0	€ 100.000
Hof Amsterdam 19 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1280	€ 0	€ 75.000
Hof Den Haag 26 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3164	€ 0	€ 25.000
Hof Den Haag 11 juni 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1849	€ 0	€ 40.000
Hof Den Haag 21 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1122	€ 0	€ 30.000

Uitspraak	Eerste aanleg	Hoger beroep
Hof Arnhem-Leeuwarden 20 mei 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:4311	€ 0	€ 10.000
Hof 's-Hertogenbosch 21 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1085	€ 0	€ 10.000
Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:11149	€ 0	€ 40.000
Hof Arnhem-Leeuwarden 17 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:11264	€ 0	€ 400.000
Hof Amsterdam 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4176	€ 0	€ 20.000
Hof Den Haag 28 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2467	€ 0	€ 22.500
Hof Arnhem-Leeuwarden 25 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6882	€ 0	€ 15.000

In 10 zaken was de situatie andersom. Daarin kende de kantonrechter een billijke vergoeding toe, maar draaide het hof dat terug. In deze gevallen was het hof dus strenger dan de kantonrechter ten aanzien van de ernstige verwijtbaarheid. Zie tabel 2 voor deze 10 uitspraken.

Tabel 2. Artikel 7:671b BW - Uitspraken waarin een billijke vergoeding in eerste aanleg is toegewezen en in hoger beroep alsnog is afgewezen

Uitspraak	Eerste aanleg	Hoger beroep
Hof Den Haag 16 maart 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:561	€ 300.445,50	€ 0
Hof 's-Hertogenbosch 10 december 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:3841	€ 15.000	€ 0
Hof Den Haag 18 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:362	€ 50.000	€ 0
Hof Arnhem-Leeuwarden 14 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9789	€ 25.000	€ 0
Hof Arnhem-Leeuwarden 29 oktober 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9272	€ 150.000	€ 0

Uitspraak	Eerste aanleg	Hoger beroep
Hof Amsterdam 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3792	€ 115.000	€ 0
Hof Amsterdam 24 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1397	€ 30.000	€ 0
Hof 's-Hertogenbosch 27 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3407	€ 20.000	€ 0
Hof Den Haag 29 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3520	€ 20.000	€ 0
Hof Den Haag 25 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3423	€ 2.500	€ 0

Wij hebben niet onderzocht waarom het hof in deze 25 zaken tot een ander oordeel komt dan de kantonrechter. Het zou kunnen dat het hof het handelen van de werkgever simpelweg anders waardeert. Denkbaar is echter ook dat partijen hun stellingen in appel beter hebben onderbouwd en/of dat in appel nieuwe stellingen naar voren zijn gebracht. Conclusies durven wij op dit vlak dan ook niet te trekken.

Aldus resteren 20 uitspraken waarin zowel in eerste aanleg als in appel een billijke vergoeding is toegekend en die dus inzicht kunnen geven in de vraag of het hof de billijke vergoeding anders berekent dan de kantonrechter.

Het kwam 8 keer voor dat het hof een hogere billijke vergoeding toekende dan de kantonrechter. Het verschil tussen de vergoeding in eerste en tweede aanleg varieert sterk, zowel nominaal als relatief. Relatief variëren de verhogingen van 'slechts' 7% tot maar liefst 240% (meer dan een verdriedubbeling). Nominaal betreft de grootste stijging een bedrag van € 60.000 bruto (van € 25.000 naar € 85.000). Dit is tegelijk ook in relatief opzicht de sterkste stijging (240%). De laagste nominale stijging bedraagt € 2.000 bruto. Een dergelijke stijging kwam twee keer voor. De ene keer ging het om een stijging van 'slechts' 7% (van € 28.000 naar € 30.000), terwijl hetzelfde bedrag de andere keer een stijging van 200% inhield (van € 1.000 naar € 3.000). Tabel 3 biedt een overzicht van deze 8 uitspraken.

Tabel 3. Artikel 7:671b BW - Uitspraken waarin in hoger beroep een hogere billijke vergoeding is toegekend dan in eerste aanleg

Uitspraak	Eerste aanleg	Hoger beroep	Verhoging nominaal	Verhoging relatief
Hof Amsterdam 23 maart 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:849	€ 25.000	€ 60.000	€ 35.000	140%
Hof Amsterdam 9 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:458	€ 25.000	€ 85.000	€ 60.000	240%
Hof Den Haag 16 juli 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1952	€ 1.000	€ 3.000	€ 2.000	200%
Hof Arnhem-Leeuwarden 20 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2492	€ 2.500	€ 5.000	€ 2.500	100%
Hof Arnhem-Leeuwarden 28 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1915	€ 11.937,50	€ 20.000	€ 8.062,50	68%
Hof Arnhem-Leeuwarden 27 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10307	€ 28.000	€ 30.000	€ 2.000	7%
Hof 's-Hertogenbosch 22 maart 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1228	€ 75.000	€ 125.000	€ 50.000	67%
Hof Arnhem-Leeuwarden 1 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10574	€ 30.000	€ 60.000	€ 30.000	100%

In 4 gevallen trok de werkgever in het hoger beroep aan het langste eind en ging de billijke vergoeding omlaag. Ook hier laten de verschillen een grote variatie zien, zij het iets minder groot dan bij de gevallen waarin het hof de billijke vergoeding verhoogde. Procentueel gezien variëren de verschillen tussen de 20% en 39%. Nominaal bedraagt de grootste daling € 17.500 bruto. Net als bij de verhogingen, is het grootste nominale verschil tegelijk ook het grootste relatieve verschil: de verlaging van de billijke vergoeding

met € 17.500 bruto (van € 45.000 naar € 27.500) komt neer op een daling van 39%. De kleinste nominale daling bedraagt € 4.750 bruto. De billijke vergoeding ging in die zaak omlaag van € 15.000 naar € 10.250. Dit komt neer op een verlaging van 32%. De kleinste relatieve daling (20%) komt nominaal neer op een verlaging van de billijke vergoeding met € 10.000 bruto (van € 50.000 naar € 40.000). De 4 uitspraken zijn opgenomen in tabel 4.

Tabel 4. Artikel 7:671b BW - Uitspraken waarin in hoger beroep een lagere billijke vergoeding is toegekend dan in eerste aanleg

Uitspraak	Eerste aanleg	Hoger beroep	Verlaging nominaal	Verlaging relatief
Hof Amsterdam 28 augustus 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3396	€ 30.000	€ 20.000	€ 10.000	33%
Hof Arnhem-Leeuwarden 4 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:11493	€ 50.000	€ 40.000	€ 10.000	20%
Hof 's-Hertogenbosch 22 juni 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2833	€ 45.000	€ 27.500	€ 17.500	39%
Hof Arnhem-Leeuwarden 23 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9402	€ 15.000	€ 10.250	€ 4.750	32%

Tabel 5. Artikel 7:671b BW - Uitspraken waarin in hoger beroep eenzelfde billijke vergoeding is toegekend als in eerste aanleg

Uitspraak	Eerste aanleg	Hoger beroep	Verskil nominaal	Verskil relatief
Hof Den Haag 8 september 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2104	€ 7.500	€ 7.500	€ 0	0%
Hof 's-Hertogenbosch 23 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:205	€ 40.000	€ 40.000	€ 0	0%
Hof Arnhem-Leeuwarden 9 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10516	€ 17.232	€ 17.232	€ 0	0%
Hof Den Haag 26 november 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3150	€ 90.000	€ 90.000	€ 0	0%
Hof Amsterdam 23 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2694	€ 15.000	€ 15.000	€ 0	0%
Hof Arnhem-Leeuwarden 27 mei 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:4529	€ 19.000	€ 19.000	€ 0	0%
Hof Amsterdam 24 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4337	€ 15.000	€ 15.000	€ 0	0%
Hof Arnhem-Leeuwarden 23 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9403	€ 15.000	€ 15.000	€ 0	0%

Aldus resteren acht zaken waarin het hof de werknemer eenzelfde billijke vergoeding toekende als de kantonrechter in eerste aanleg deed. Deze uitspraken zijn te vinden in tabel 5.

De hamvraag is of uit deze 20 uitspraken is op te maken waarom het hof tot een andere of juist dezelfde billijke vergoeding komt als de kantonrechter. Dat is nauwelijks het geval. Hierbij lijkt onderscheid te kunnen worden gemaakt tussen de gevallen waarin het hof een andere billijke vergoeding toekent dan de kantonrechter en de gevallen waarin het hof de beslissing van de kantonrechter ter zake bekrachtigt.

In de eerstbedoelde gevallen komt hof meestal tot een eigen vaststelling van de billijke vergoeding, zonder deze af te zetten tegen de vergoeding in eerste aanleg. Tot meer is het hof overigens ook niet gehouden. In de *Zinzia*-beschikking heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de omvang van de toe te kennen billijke vergoeding zich naar zijn aard moeilijk laat motiveren. In het bijzonder is het hof volgens de Hoge Raad niet gehouden in te gaan op (de afwijking van) het door de kantonrechter vastgestelde bedrag. Het hof kan volstaan met het vaststellen van de door hem passend geachte billijke vergoeding op grond van de daartoe in zijn beschikking in aanmerking genomen omstandigheden. Dat is niet anders indien deze billijke vergoeding tot een aanzienlijke terugbetalingsverplichting voor de werknemer leidt.⁹ In zoverre is begrijpelijk dat het hof zijn billijke vergoeding over het algemeen niet afzet tegen die van de kantonrechter.

Soms is overigens wel impliciet uit de motivering van het hof op te maken waarom de billijke vergoeding anders uitvalt dan in eerste aanleg. In een uitspraak van 9 februari 2021 overweegt het hof dat de arbeidsmarktpositie van de werknemer (een piloot) aanvankelijk wellicht gunstig was, maar dat aannemelijk is dat dit door de uitbraak van COVID-19 is veranderd.¹⁰ Dit verklaart waarom het hof op een hogere inkomensschade – en daarmee op een hogere billijke vergoeding – uitkomt dan de kantonrechter. In een beschikking van 23 november 2016 verlaagde Hof Arnhem-Leeuwarden de billijke vergoeding van € 15.000 bruto naar € 10.250 bruto, omdat de werknemer niet meer had verzocht. Hieruit is (impliciet) op te maken dat het hof meent dat de kantonrechter ten onrechte meer had toegekend dan de werknemer vroeg.¹¹

Een van de weinig gevallen waarin het hof wel op het in eerste aanleg toegekende bedrag ingaat, is de beschikking van Hof Den Haag van 16 juli 2019.¹² Het hof verhoogde de billijke vergoeding in die zaak van € 1.000 bruto naar € 3.000 bruto. Het hof overwoog daarbij dat in het door de kantonrechter toegekende bedrag onvoldoende tot uitdrukking komt dat de werkgever de werknemer ten onrechte op staande voet heeft ontslagen op grond van een ernstige beschuldiging die zij vervolgens niet waar heeft kunnen maken. Hierom is naar het oordeel van het hof een hogere vergoeding op zijn plaats dan in eerste aanleg is toegekend. Daar staat evenwel tegenover dat de werknemer inmiddels

⁹ HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:878 (*Zinzia*).

¹⁰ Hof Amsterdam 9 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:458.

¹¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 23 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9402.

¹² Hof Den Haag 16 juli 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1952.

nieuw werk heeft gevonden, waardoor het inkomensverlies beperkt is gebleven. Alles afwegend, acht het hof een billijke vergoeding van € 3.000 bruto passend.

In de gevallen waarin het hof de kantonrechter ten aanzien van de toegekende billijke vergoeding volgt, maakt het hof over het algemeen beter duidelijk waarom het dat doet. Het valt op dat het hof in die gevallen minder vaak een eigen begroting van de billijke vergoeding maakt, maar in plaats daarvan ingaat op de door partijen aangevoerde argumenten voor verhoging of verlaging van de billijke vergoeding. Na een verwerping van deze argumenten volgt dan bekrachtiging van de uitspraak in eerste aanleg.¹³

Op grond van het voorgaande zou – voor zover de beperkte cijfers conclusies rechtvaardigen – (zeer) voorzichtig kunnen worden geconcludeerd dat het hof iets ruimhartiger is met het toekennen van een billijke vergoeding dan de kantonrechter. Het kwam immers 15 keer voor dat het hof een billijke vergoeding toekende waar de kantonrechter dat niet deed, terwijl het omgekeerde ‘maar’ 10 keer voorkwam. Daarnaast verhoogde het hof de in eerste aanleg toegekende billijke vergoeding 8 keer, waar het die ‘slechts’ 4 keer verlaagde. Gelet op het beperkte aantal uitspraken is evenwel niet uit te sluiten dat sprake is van toeval. Bovendien mag niet uit het oog worden verloren dat het hof 58 keer (56%) de beslissing van de kantonrechter om geen billijke vergoeding toe te kennen bekrachtigde en dat het hof 8 keer dezelfde billijke vergoeding toekende als de kantonrechter. Per saldo is de werknemer er in hoger beroep dus maar in 23 van de 103 gevallen op vooruitgegaan, hetgeen neerkomt op 22%. In veruit het merendeel van de uitspraken – 66 van de 103 uitspraken (64%) – was de uitkomst in hoger beroep ten aanzien van (de verschuldigdheid en/of hoogte van) de billijke vergoeding gelijk aan die in eerste aanleg. Wellicht zou een betere conclusie daarom zijn dat hoger beroep in het gros van de gevallen verspilde moeite is. In de gevallen waar hoger beroep wel tot een andere uitkomst leidt, is op voorhand niet te voorspellen in wiens voordeel dat zal zijn. In 22% van de gevallen ging de werknemer erop vooruit, tegenover 14% voor de werkgever. Andersom gezegd: in 78% van de gevallen schoot de werknemer niets met het appel op en voor de werkgever bedraagt dit percentage maar liefst 86%.

2.2 Rechtspraak over artikel 7:671c lid 2 sub b BW

Met betrekking tot artikel 7:671c lid 2 sub b BW vonden wij op basis van de in de inleiding beschreven criteria 33 uitspraken. In 12 daarvan (36%) werd in eerste aanleg noch in hoger beroep een billijke vergoeding toegekend. Dit is een lager percentage dan bij artikel 7:671c lid 9 sub c BW, maar dat hoeft niet te verbazen. Een werknemer zal over het algemeen niet zomaar om ontbinding van de arbeidsovereenkomst vragen. De werknemer die wil vertrekken, kan

de arbeidsovereenkomst immers eenvoudigweg opzeggen. Aanleiding voor een ontbindingsverzoek zal er in de regel alleen zijn als er iets bijzonders aan de hand is. Dat bij werknemersverzoeken relatief wat vaker wordt aangenomen dat de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nage-laten is in dit licht niet zo gek.

In de resterende 21 uitspraken werd in minstens één instantie een billijke vergoeding toegekend. Daarbij gebeurde het 3 keer dat het hof een billijke vergoeding toekende waar de kantonrechter dat niet deed, terwijl het omgekeerde 2 keer voorkwam. In deze 5 gevallen verschilden kantonrechter en hof niet van mening over de *hoogte* van de billijke vergoeding, maar over de *verschuldigdheid* daarvan. De genoemde beschikkingen zijn opgenomen in tabellen 6 en 7.

Tabel 6. Artikel 7:671c BW - Uitspraken waarin een billijke vergoeding in eerste aanleg is afgewezen en in hoger beroep alsnog is toegewezen

Uitspraak	Eerste aanleg	Hoger beroep
Hof Den Haag 2 maart 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:390	€ 0	€ 270.000
Hof Arnhem-Leeuwarden 28 januari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:719	€ 0	€ 15.000
Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:320	€ 0	€ 10.000

Tabel 7. Artikel 7:671c BW - Uitspraken waarin een billijke vergoeding in eerste aanleg is toegewezen en in hoger beroep alsnog is afgewezen

Uitspraak	Eerste aanleg	Hoger beroep
Hof Arnhem-Leeuwarden 25 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1074	€ 5.000	€ 0
Hof Arnhem-Leeuwarden 28 oktober 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8664	€ 5.000	€ 0

Aldus resteren 16 uitspraken waarin zowel in eerste aanleg als in appel een billijke vergoeding is toegekend. In 2 van die uitspraken verhoogde het hof de billijke vergoeding. Eén keer met 21% van € 140.000 bruto naar € 170.000 bruto en één keer met 67% van € 15.000 bruto naar € 25.000 bruto. Deze 2 uitspraken zijn te vinden in tabel 8.

¹³ Hof Den Haag 8 september 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2104; Hof Amsterdam 23 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2694 en Hof Arnhem-Leeuwarden 23 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9403.

Tabel 8. Artikel 7:671c BW - Uitspraken waarin in hoger beroep een hogere billijke vergoeding is toegekend dan in eerste aanleg

Uitspraak	Eerste aanleg	Hoger beroep	Verhoging nominaal	Verhoging relatief
Hof 's-Hertogenbosch 20 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5304	€ 140.000	€ 170.000	€ 30.000	21%
Hof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3263	€ 15.000	€ 25.000	€ 10.000	67%

In 11 gevallen verlaagde het hof de billijke vergoeding. Dit is aanzienlijk vaker dan het aantal keer dat het hof de vergoeding verhoogde, maar hieruit mag niet zonder meer worden geconcludeerd dat appel voor de werkgever de moeite loont. In 8 van de 11 beschikkingen ging het namelijk om een piloot die ontbinding van zijn arbeidsovereenkomst met RyanAir verzocht.¹⁴ Het geschil is in die zaken materieel steeds hetzelfde en ook de beschikkingen vertonen een grote mate van gelijkennis. In zoverre is het aantal van 11 verlagingen niet representatief. Als

de *RyanAir*-zaken als één zouden worden beschouwd, zou het aantal gevallen waarin de billijke vergoeding in hoger beroep omlaag is bijgesteld op 4 uitkomen. Dit ligt al aanzienlijk dichterbij het aantal keer dat de billijke vergoeding is verhoogd. Omdat in de *RyanAir*-zaken in eerste aanleg steeds substantiële bedragen zijn toegekend en het hof in al die zaken tot een forse verlaging overging, geven ook de cijfers met betrekking tot de nominale en relatieve verlagingen een vertekend beeld. Zie voor een overzicht van deze 11 uitspraken tabel 9.

Tabel 9. Artikel 7:671c BW - Uitspraken waarin in hoger beroep een lagere billijke vergoeding is toegekend dan in eerste aanleg

Uitspraak	Eerste aanleg	Hoger beroep	Verlaging nominaal	Verlaging relatief
Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2008	€ 400.000	€ 125.000	€ 275.000	69%
Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2005	€ 350.000	€ 150.000	€ 200.000	57%
Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2006	€ 350.000	€ 150.000	€ 200.000	57%
Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2004	€ 350.000	€ 100.000	€ 250.000	71%
Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2002	€ 350.000	€ 100.000	€ 250.000	71%
Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2003	€ 350.000	€ 125.000	€ 225.000	64%
Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2001	€ 425.000	€ 175.000	€ 250.000	59%
Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1998	€ 350.000	€ 150.000	€ 200.000	57%
Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:247	€ 63.500	€ 40.000	€ 23.500	37%
Hof Amsterdam 26 maart 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1007	€ 21.384,43	€ 10.000	€ 11.384,43	53%
Hof Arnhem-Leeuwarden 27 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:827	€ 70.000	€ 25.000	€ 45.000	64%

¹⁴ Volledigheidshalve zij opgemerkt dat ons kantoor RyanAir in deze procedures bijstond.

Tabel 10. Artikel 7:671c BW - Uitspraken waarin in hoger beroep een eenzelfde billijke vergoeding is toegekend als in eerste aanleg

Uitspraak	Eerste aanleg	Hoger beroep	Verskil nominaal	Verskil relatief
Hof Den Haag 6 december 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3530	€ 6.000	€ 6.000	€ 0	0%
Hof Arnhem-Leeuwarden 9 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8972	€ 20.000	€ 20.000	€ 0	0%
Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715	€ 50.000	€ 50.000	€ 0	0%

In de overgebleven 3 zaken kende het hof de werknemer eenzelfde billijke vergoeding toe als de kantonrechter. Deze zaken zijn opgenomen in tabel 10.

Ook met betrekking tot artikel 7:671c lid 2 sub b BW valt het op dat het hof in de motivering van de billijke vergoeding betrekkelijk weinig aandacht besteedt aan de hoogte van die vergoeding in eerste aanleg. In de meeste gevallen volstaat het hof met het vaststellen van het door hem passend geachte bedrag. Uitzondering hierop vormen de *RyanAir*-beschikkingen. In die beschikkingen gaat het hof uitvoerig in op de inkomensschade van de piloten, waarbij het hof in alle gevallen op een aanzienlijk lager bedrag uitkomt dan de billijke vergoeding van de kantonrechter. Het hof houdt het evenwel niet bij die enkele vaststelling, maar doet ook moeite het verschil te verklaren. Zo overweegt het hof dat het verschil deels wordt veroorzaakt doordat in hoger beroep meer gegevens bekend zijn over de inkomensschade van de werknemer. Daarnaast speelt volgens het hof mee dat onduidelijk is hoe de kantonrechter tot het in eerste aanleg toegekende bedrag is gekomen. Het hof onderkent dat de omvang van de billijke vergoeding zich, zoals de Hoge Raad in *Zinzia* heeft overwogen, naar zijn aard moeilijk laat motiveren, maar meent niettemin dat de kantonrechter onvoldoende inzicht heeft gegeven in de omstandigheden die tot de beslissing over de hoogte van de billijke vergoeding hebben geleid.¹⁵

Vermeldenswaard is ook de uitspraak van Hof Den Haag van 22 maart 2016. In die beschikking komt het hof tot een aanzienlijk hogere inkomensschade (minstens € 73.000 bruto) dan de billijke vergoeding in eerste aanleg (€ 50.000). Om die reden leidt het appel volgens het hof niet tot de slotsom dat de billijke vergoeding lager dient te zijn dan het door de kantonrechter toegewezen bedrag.¹⁶ In deze zaak is alleen door de werkgever tegen de beschikking van de kantonrechter gegriefd; de werknemer heeft geen incidenteel appel ingesteld. Om die reden kon het hof niet

anders dan die beschikking bekrachtigen; het kon in ieder geval geen hogere billijke vergoeding toekennen. Gelet op de motivering van het hof zou het best eens kunnen dat de werknemer hier een kans heeft gemist en dat de teller met betrekking tot het aantal beschikkingen waarin de billijke vergoeding in appel is verhoogd eigenlijk op drie had moeten staan.

Wanneer het vertekende beeld door de *RyanAir*-beschikkingen wordt weggedacht, blijkt dat het aantal keren dat het hof een billijke vergoeding toekende waarin de kantonrechter dat niet deed ongeveer gelijk is aan het aantal keren dat het omgekeerde gebeurde. Ook het aantal verhogingen en het aantal verlagingen houden elkaar ongeveer in evenwicht.

3. Ernstige verwijtbaarheid is gegeven

Tegenover de situatie waarin ernstige verwijtbaarheid moet worden aangetoond, staat de situatie waarin dit niet hoeft. Met betrekking tot deze laatste situatie hebben wij – na toepassing van de ‘trechter’ uit paragraaf 1 – 27 beschikkingen gevonden waarin de werknemer een billijke vergoeding verzocht op de voet van artikel 7:681 lid 1 BW en op de voet van 7:682 lid 3 sub a BW. Het aantal beschikkingen over het laatste artikellid bedraagt slechts twee. In beide gevallen legde een statutair bestuurder aan het verzoek ten grondslag dat geen sprake was van een redelijke grond voor het hem gegeven ontslag. In een van de twee gevallen werd het verzoek in beide instanties afgewezen.¹⁷ In het andere geval werd het verzoek in beide instanties toegewezen, waarbij het hof een billijke vergoeding van € 70.000 bruto toekende. Dit is € 10.000 bruto meer dan de bestuurder in eerste aanleg toegewezen had gekregen, hetgeen neerkomt op een verhoging van 17%.¹⁸

3.1 Rechtspraak over artikel 7:681 lid 1 BW

Dan resteert de situatie waarin de werknemer een billijke vergoeding op de voet van artikel 7:681 lid 1 BW verzocht. Het gaat hier om situaties waar de werkgever in strijd heeft gehandeld met voor de opzegging geldende voorschriften. Het vereiste van ernstige verwijtbaarheid ontbreekt in artikel 7:681 BW. In de parlementaire geschiedenis heeft de

15 Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2008; Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2005; Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2006; Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2004; Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2002; Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2003; Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2001 en Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1998.

16 Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715.

17 Hof 's-Hertogenbosch 16 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1027.

18 Hof Arnhem-Leeuwarden 22 juni 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:5773.

wetgever evenwel benadrukt dat dergelijk handelen de werkgever ernstig valt aan te rekenen, zodat in die zin toch sprake is van ernstige verwijtbaarheid. Om die reden kan de rechter op verzoek van de werknemer een billijke vergoeding toekennen (in plaats van vernietiging van de opzegging).¹⁹

Als de werkgever in strijd heeft gehandeld met een voor hem geldend voorschrift, staat ernstige verwijtbaarheid van de werkgever dus vast. Voor dit onderzoek zijn dan ook slechts die beschikkingen relevant, waar in *beide* instanties is geoordeeld dat de werkgever in strijd heeft gehandeld met de voor opzegging geldende voorschriften. Als die 'materiële horde' is genomen, is de rechtsgrond voor toewijzing van een billijke vergoeding immers gegeven. Als die horde

Aldus resteren 21 beschikkingen waar in beide instanties een billijke vergoeding is toegekend. Analyseren we die overgebleven beschikkingen verder, dan geeft dat het volgende beeld.

In 6 van de 21 gevallen (29%) heeft het hof een hogere billijke vergoeding toegekend dan de kantonrechter. Als we kijken naar de nominale verschillen, dan valt op dat de onderlinge verschillen groot zijn (variërend van € 2.000 bruto tot € 96.000 bruto). Ook procentueel zijn de verschillen aanzienlijk (variërend van 67% tot 1100%). Deze uitspraken zijn opgenomen in tabel 11.

In een precies gelijk aantal gevallen is in hoger beroep een lagere billijke vergoeding toegekend dan in eerste aanleg.

Tabel 11. Artikel 7:681 BW - Uitspraken waarin in hoger beroep een hogere billijke vergoeding is toegekend dan in eerste aanleg

Uitspraak	Eerste aanleg	Hoger beroep	Verhoging nominaal	Verhoging relatief
Hof Arnhem-Leeuwarden 1 maart 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:1884	€ 44.064	€ 100.000	€ 55.936	127%
Hof Arnhem-Leeuwarden 31 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10924	€ 5.000	€ 15.000	€ 10.000	200%
Hof Den Haag 22 september 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1715	€ 2.592	€ 5.500	€ 2.908	112%
Hof 's-Hertogenbosch 28 februari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:718	€ 29.000	€ 125.000	€ 96.000	331%
Hof Amsterdam 19 februari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:496	€ 500	€ 6.000	€ 5.500	1100%
Hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:322	€ 3.000	€ 5.000	€ 2.000	67%

in één van beide instanties niet is genomen, verschillen kantonrechter en hof van mening over het materiële geschilpunt en niet over de billijke vergoeding.

Op basis van de in de inleiding geschetste criteria hebben wij 25 relevante uitspraken gevonden. In 4 van die 25 gevallen is in eerste aanleg geen billijke vergoeding toegekend, omdat naar het oordeel van de kantonrechter geen sprake was van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.²⁰ In deze 4 gevallen is de kantonrechter er dus ten onrechte van uitgegaan dat dit voor toekenning van een billijke vergoeding nodig was. Dat het hof in deze gevallen tot een ander oordeel komt, zegt in zoverre dus niets.

Het kleinste nominale verschil bedraagt € 1.250 bruto en het grootste € 20.951,28 bruto. Het kleinste procentuele verschil bedraagt 16% en het grootste 40%. Als we deze gegevens vergelijken met de gegevens in de situatie dat een hogere billijke vergoeding is toegekend, valt op dat niet alleen de nominale verschillen, maar ook de procentuele verschillen in deze gevallen substantieel kleiner zijn. Deze uitspraken staan in tabel 12.

¹⁹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 61; *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 113.

²⁰ Hof 's-Hertogenbosch 10 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5001; Hof 's-Hertogenbosch 1 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:355; Hof Arnhem-Leeuwarden 16 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2734; Hof Den Haag 14 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1169.

Tabel 12. Artikel 7:681 BW - Uitspraken waarin in hoger beroep een lagere billijke vergoeding is toegekend dan in eerste aanleg

Uitspraak	Eerste aanleg	Hoger beroep	Verlaging nominaal	Verlaging relatief
Hof Amsterdam 8 september 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2450	€ 10.000	€ 2.500	€ 7.500	75%
Hof Arnhem-Leeuwarden 8 mei 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:3625	€ 1.500	€ 250	€ 1.250	83%
Hof Den Haag 20 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:473	€ 20.000	€ 5.500	€ 14.500	72%
Hof Arnhem-Leeuwarden 29 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:11488	€ 2.500	€ 1.000	€ 1.500	60%
Hof 's-Hertogenbosch 7 september 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3856	€ 25.000	€ 4.048,72	€ 20.951,28	84%
Hof Amsterdam 20 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5518	€ 10.000	€ 2.000	€ 8.000	80%

In de resterende 9 gevallen (43%) liet het hof het oordeel van de kantonrechter in stand. In één van die gevallen heeft de werkgever niet gegriefd tegen de door de kantonrechter toegekende billijke vergoeding.²¹ De billijke vergoeding zou daarom in elk geval niet lager kunnen zijn dan de door de kantonrechter toegekende billijke vergoeding. Het is de vraag of de uitkomst anders zou zijn geweest als de werkgever wel een grief zou hebben gericht tegen toekenning van de billijke vergoeding. Zie tabel 13 voor een overzicht van deze uitspraken.

Ook ten aanzien van artikel 7:681 BW valt het op dat het hof in de meeste uitspraken niet uitlegt waarom het met betrekking tot de billijke vergoeding afwijkt of juist aansluit bij de beslissing van de kantonrechter. De enige keer dat het hof expliciet duidelijk maakt waarom het op een andere billijke vergoeding uitkomt dan de kantonrechter, is de beschikking van Hof Arnhem-Leeuwarden van 1 maart 2021.²² In twee andere beschikkingen motiveert hetzelfde hof voorts waarom de billijke vergoeding in hoger beroep op hetzelfde bedrag uitkomt als in eerste aanleg.²³

Het is lastig uit voormelde gegevens algemene conclusies te trekken. De belangrijkste conclusie is wellicht dat de kansen in hoger beroep kennelijk gelijk verdeeld zijn, in die zin dat evenveel kans bestaat op een hogere billijke vergoeding als op een lagere billijke vergoeding. Voorts lijkt het erop dat als een andere vergoeding wordt toegekend, deze ook direct substantieel hoger of lager is. De geringste verlaging bedraagt immers 60%, terwijl de geringste verhoging 67% is.

4. Loont het om in hoger beroep te gaan?

Maken wij de balans op, dan is de teleurstellende slotsom dat onze analyse weinig algemene conclusies toelaat. De enige algemene conclusie die wij aandurven, is dat hoven het in de regel niet nodig vinden om uit te leggen waarom de toegekende billijke vergoeding afwijkt van die in eerste aanleg.

De vraag of het zinvol is om ten aanzien van de billijke vergoeding in appel te gaan, laat zich – zoals wellicht al was te verwachten – niet in algemene zin beantwoorden. Uit de rechtspraak blijkt niet dat hoven in hun algemeenheid strenger of minder streng zijn met het aannemen van ernstige verwijtbaarheid dan kantonrechters en evenmin dat gerechtshoven ruimhartiger of minder ruimhartig zijn dan kantonrechters als het gaat om de hoogte van de billijke vergoeding.

In het merendeel van de gevallen blijft het oordeel van de kantonrechter over de kwalificatie van het handelen van de werkgever als al dan niet ernstig verwijtbaar, in stand. Over artikelen 7:671b en 7:671c BW analyseerden wij in totaal 136 uitspraken. In 106 (78%) daarvan deelde het hof de opvatting van de kantonrechter op dit punt. Het kwam 18 (13%) keer voor dat het hof ernstige verwijtbaarheid aannam waar de kantonrechter dat niet deed. Het omgekeerde deed zich 12 (9%) maal voor. Zie voor een overzicht tabel 14.

21 Hof Den Haag 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2507.

22 Hof Arnhem-Leeuwarden 1 maart 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:1884.

23 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9430 en Hof Arnhem-Leeuwarden 8 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5569.

Tabel 13. Artikel 7:681 BW - Uitspraken waarin in hoger beroep eenzelfde billijke vergoeding is toegekend als in eerste aanleg

Uitspraak	Eerste aanleg	Hoger beroep	Verskil nominaal	Verskil relatief
Hof Den Haag 9 maart 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:389	€ 7.500	€ 7.500	€ 0	0%
Hof Den Haag 8 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2472	€ 9.448,32	€ 9.448,32	€ 0	0%
Hof Den Haag 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2507	€ 26.092,90	€ 26.092,90	€ 0	0%
Hof Arnhem-Leeuwarden 8 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5569	3 keer een maand-salaris	3 keer een maand-salaris	€ 0	0%
Hof Amsterdam 18 juni 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2032	€ 45.500	€ 45.500	€ 0	0%
Hof 's-Hertogenbosch 14 februari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:516	€ 4.000	€ 4.000	€ 0	0%
Hof Arnhem-Leeuwarden 26 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9430	€ 10.000	€ 10.000	€ 0	0%
Hof 's-Hertogenbosch 25 januari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:340	€ 7.500	€ 7.500	€ 0	0%
Hof Arnhem-Leeuwarden 31 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2601	€ 4.000	€ 4.000	€ 0	0%

Tabel 14. Totaaloverzicht ernstige verwijtbaarheid

Wetsartikel	In beide instanties geen ernstige verwijtbaarheid	In eerste aanleg geen en in hoger beroep wel ernstige verwijtbaarheid	In eerste aanleg wel en in hoger beroep geen ernstige verwijtbaarheid	In beide instanties ernstige verwijtbaarheid	Totaal
671b	58 (56%)	15 (15%)	10 (10%)	20 (19%)	103
671c	12 (36%)	3 (9%)	2 (6%)	16 (49%)	33
Totaal	70 (51%)	18 (13%)	12 (9%)	36 (27%)	136

Concentreren wij ons alleen op de procedures waarin in beide instanties een billijke vergoeding is toegekend, dan is het beeld anders. In deze gevallen blijft de beslissing van de kantonrechter in slechts 35% van de gevallen overeind. Zelfs als wij het effect van de *RyanAir*-beschikkingen elimineren door deze als één te beschouwen, komt dit percentage niet hoger uit dan 40%. In 28% – of 32% met correctie vanwege de *RyanAir*-beschikkingen – van de gevallen leidt het hoger beroep tot een hogere billijke vergoeding. In 37% – of 28% met correctie vanwege de *RyanAir*-beschikkingen – is het resultaat een lagere billijke vergoeding. Zie tabel 15.

Tabel 15. Totaaloverzicht billijke vergoeding in hoger beroep

Wetsartikel	Hogere billijke vergoeding	Lagere billijke vergoeding	Gelijke billijke vergoeding	Totaal
671b	8 (40%)	4 (20%)	8 (40%)	20
671c	2 (12,5% / 22%*)	11 / 4* (69% / 44%*)	3 (19% / 33%*)	16 (9*)
681	6 (28,5%)	6 (28,5%)	9 (43%)	21
Totaal	16 (28% / 32%*)	21 / 14* (37% / 28%*)	20 (35% / 40%*)	57 (50*)

* Met correctie voor RyanAir

Al met al lijkt het erop dat sprake is van een *uphill battle* om in hoger beroep een andere uitkomst te bewerkstelligen ten aanzien van de ernstige verwijtbaarheid. Is het de bedoeling dat het bedrag van de billijke vergoeding in hoger beroep wordt aangepast, dan is de kans dat dit lukt een stuk groter. Of de hoogte van de billijke vergoeding ook in de gewenste richting wordt bijgesteld, is evenwel 50/50.