**Onderzoeksrapport**

‘’De factoren die een rol spelen bij ernstig verwijtbaar handelen

of nalaten door de werkgever & de totstandkoming van de

billijke vergoeding’’

http://www.echtscheiding.nl/files/echtscheiding/folkersadvocaten.png

Geschreven door: Joanne Cijntje

Onderwijsinstelling: Hogeschool Leiden

Opleiding: HBO-Recht

Klas: 4A

Onderzoeksdocent: dhr.mr. G. Kuiper

Afstudeerbegeleider: mw. mr. E.A. Koning-Boevee

Opdrachtgever: Folkers Advocaten

Begeleider opdrachtgever: dhr. mr. G.H. Kroon



***‘De factoren die een rol spelen bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever & de totstandkoming van de billijke vergoeding’***

**Toetsing van:**

**Afstudeeronderzoek**

**RE441C**

**Hogeschool Leiden Opleiding HBO-Rechten**

Naam: Joanne Cijntje Naam onderzoeksdocent: dhr. mr. G. Kuiper

Studentnummer: s1075861 Naam begeleider: mw. mr. E.A. Koning-Boevee

Klas 4A Inleverdatum: 26 mei 2016 (Reguliere kans)

Cohort: 2012 Collegejaar: 2015/16

Opdrachtgever: Folkers Advocaten B.V. Begeleider opdrachtgever: dhr. mr. G.H. Kroon

**Inhoudsopgave**

*Voorwoord* 4

*Samenvatting* 5

**Hoofdstuk 1. Inleiding 8**

§ 1.1 Probleemanalyse 8

§ 1.2 Doelstelling, centrale vraag, deelvragen en operationaliseren van begrippen 8

§ 1.3 Methoden van onderzoek 9

§ 1.4 Leeswijzer 11

**Hoofdstuk 2. Achtergrondinformatie over de billijke vergoeding 12**

§ 2.1 Recht op een billijke vergoeding 12

§ 2.1.1 Het muizengaatje 14

§ 2.1.2 Of toch geen muizengaatje? 16

§ 2.2 Hoogte van de billijke vergoeding 17

§ 2.3 Jurisprudentie 19

**Hoofdstuk 3. De resultaten naar aanleiding van de jurisprudentieanalyse 23** § 3.1 De factoren ten aanzien van het ernstig verwijtbaar handelen 23

§ 3.1.1 Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten niet aangenomen 30

§ 3.2 De factoren voor de berekening van de billijke vergoeding 32

**Hoofdstuk 4. Conclusie 40**

**Hoofdstuk 5. Advies 43**

**Bronnenlijst 47**

**Bijlagen 49**

Bijlage 1. Jurisprudentieanalyse ten aanzien van het ernstig verwijtbaar

handelen/nalaten 49

Bijlage 2. Jurisprudentieanalyse ten aanzien van de totstandkoming van de

billijke vergoeding 60

Bijlage 3. Jurisprudentieanalyse ten aanzien van de afwijzing van de billijke vergoeding 67

**Voorwoord**

Voor u ligt de scriptie ‘De factoren die een rol spelen bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever & de totstandkoming van de billijke vergoeding’. Deze scriptie is geschreven in het kader van mijn afstuderen aan de opleiding HBO-recht aan de Hogeschool Leiden en in opdracht van Folkers Advocaten.

Na het volgen van de minor sociaal zekerheidsrecht heb ik ervoor gekozen om mijn scriptie te schrijven op het gebied van het arbeidsrecht. Na veel gelezen te hebben over de recente ontwikkelingen in het kader van de Wet werk en zekerheid (hierna te noemen: Wwz), is naar voren gekomen dat er nog veel onduidelijkheid bestaat ten aanzien van het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever en de totstandkoming van de billijke vergoeding. Het onderwerp sprak mij direct aan en ik zag het als een uitdaging om een scriptie te schrijven over deze vrij recente wet. Na uitvoerig kwantitatief en kwalitatief jurisprudentieonderzoek te hebben verricht, is het gelukt om de vraag die centraal staat in dit onderzoek te kunnen beantwoorden.

Graag wil ik mijn dank uitbrengen aan dhr. mr. G. Kuiper en mw. mr. E.A. Koning-Boevee voor de begeleiding vanuit school. Daarnaast zou ik mijn dankwoord ook willen richten aan mijn begeleider binnen Folkers Advocaten, dhr. mr. G.H. Kroon.

Ik wens u veel leesplezier toe.

Joanne Cijntje

Leiden, 26 mei 2016

**Samenvatting**

In dit rapport volgt er een advies voor Folkers Advocaten met betrekking tot de factoren die een rol spelen bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever en de factoren die van belang zijn voor de totstandkoming van de billijke vergoeding.

De aanleiding van het probleem is dat er sinds de invoering van de Wwz onduidelijkheid bestaat over de vraag wanneer een werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Ook over de berekening van de hoogte van de billijke vergoeding is nog weinig bekend. Wel is duidelijk dat, indien een werkgever in strijd heeft gehandeld met de voor ontslag geldende voorwaarden, de werkgever het reële risico loopt dat hij een billijke vergoeding moet betalen. Zo wordt bijvoorbeeld een billijke vergoeding door de rechter met enige regelmaat toegekend indien de arbeidsverhouding door toedoen van de werkgever verstoord is geraakt. De hoogte van de toegekende billijke vergoedingen variëren echter aanzienlijk en concrete handvatten voor de berekening van de hoogte van de vergoeding zijn niet of nauwelijks voor handen.[[1]](#footnote-1)

De vraag die centraal staat in dit onderzoek is als volgt:

*Welk advies kan er aan Folkers Advocaten worden gegeven ten aanzien van de factoren die een rol spelen bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werkgevers, kijkend naar de factoren die van belang zijn bij de totstandkoming van de billijke vergoeding nadat er sprake is geweest van zowel ernstig verwijtbaar handelen als nalaten door werkgevers op grond van jurisprudentie?*

*Methoden van onderzoek*

Om de 2 theoretische deelvragen te beantwoorden, zijn de volgende methoden van onderzoek toegepast:

Ten aanzien van deelvraag 1 is er kennis verkregen uit boek 7, titel 10 van het Burgerlijk Wetboek en de Memorie van Toelichting om het juridisch kader te kunnen beschrijven;

Ten aanzien van deelvraag 2 zijn er diverse handboeken en vakbladen bestudeerd om erachter te komen wat er in de literatuur is opgenomen ten aanzien van de billijke vergoeding.De volgende handboeken en vakbladen zijn nader bestudeerd:

* Ontslagrecht, Individueel arbeidsrecht dl.3;
* Arbeidsrecht begrepen;
* Arbeidsprocesrecht, Inclusief Wet werk en zekerheid;
* Tijdschrift Recht en Arbeid;
* Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk;
* ArbeidsRecht.

Om de 2 praktijkgerelateerde deelvragen te beantwoorden is er jurisprudentieonderzoek verricht. De uitspraken zijn als volgt geselecteerd. Sinds december 2015 tot aan 12 april 2016 is er op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) gezocht op ‘’billijke vergoeding’’. In december 2015 waren er namelijk nog niet genoeg zaken gepubliceerd die gebruikt konden worden voor dit onderzoek. Het aantal uitspraken werd steeds aangevuld met nieuwe zaken die op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) werden gepubliceerd. Bij het selecteren van de zaken is er gelet op zowel de toekenning als de afwijzing van de billijke vergoeding, zodat duidelijk in kaart kan worden gebracht wanneer er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever en wanneer hier geen sprake van is.

Ten aanzien van deelvraag 3 zijn in totaal 35 uitspraken geanalyseerd. In 25 zaken is de billijke vergoeding toegekend en bij 10 zaken is de billijke vergoeding afgewezen. Bij de genoemde 25 zaken is per zaak in kaart gebracht welke factoren een rol hebben gespeeld om van het criterium ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan de zijde van de werkgever te kunnen spreken. En bij de overige 10 zaken is per zaak in kaart gebracht wat maakt dat er geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever.

Ten aanzien van deelvraag 4 zijn in totaal 30 uitspraken geanalyseerd, waarvan de eerste 25 zaken ook behandeld zijn in deelvraag 3 waarbij sprake is geweest van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan werkgeverskant. In de overige 5 zaken is de billijke vergoeding toegekend op grond van artikel 7:681 Burgerlijk Wetboek. Aangezien het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever hier een feitelijk gegeven is (zie hiervoor paragraaf 2.1), is alleen de hoogte van de billijke vergoeding van belang voor dit onderzoek. Per zaak is in kaart gebracht op grond van welke overwegingen van de rechter de hoogte van de billijke vergoeding tot stand is gekomen.

*Korte beschrijving van de resultaten*

Op grond van de jurisprudentieanalyse kan worden geconcludeerd dat de volgende 3 factoren uit de Memorie van Toelichting aan bod komen wanneer er door de rechter wordt geoordeeld dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever:

1. Als een werkgever grovelijk de verplichtingen niet nakomt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en als er als gevolg daarvan een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat. Te denken hierbij aan de situatie waarin de werkgever zijn re-integratieverplichtingen bij ziekte ernstig heeft veronachtzaamd;
2. Als er als gevolg van laakbaar gedrag van de werkgever een verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan (bijvoorbeeld als gevolg van het niet willen ingaan op avances zijnerzijds) en de rechter concludeert dat er geen andere optie is dan ontslag;
3. De situatie waarin de werkgever een valse grond voor ontslag aanvoert met als enig oogmerk een onwerkbare situatie te creëren en ontslag langs die weg te realiseren.

Ten aanzien van de factoren die van belang zijn bij de totstandkoming van de billijke vergoeding, nadat sprake is geweest van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever, is naar voren gekomen dat de volgende factoren meewegen bij de totstandkoming van de billijke vergoeding:

* Loon en/of lengte van het dienstverband. Deze factor is afkomstig uit de Memorie van Toelichting;
* De financiële situatie van de werkgever. Deze factor is afkomstig uit de Memorie van Toelichting;
* Het voorkomen van dergelijk handelen. Deze factor is afkomstig uit de Memorie van Toelichting;
* Het gevolgencriterium. Zoals reeds beschreven in hoofdstuk 2 paragraaf 2, dient het gevolgencriterium geen rol te spelen bij de berekening van de hoogte van de billijke vergoeding. Desalniettemin heeft de rechter dit criterium in een tweetal zaken mee laten wegen;
* Doorbetaling van het loon zonder dat sprake is van een arbeidsprestatie. Deze factor is van belang op grond van mijn bevindingen, naar aanleiding van de resultaten uit de rechtspraktijk;
* Niet opzettelijk nalaten van verplichtingen/niet moreel verantwoord handelen. Deze 2 factoren zijn van belang op grond van mijn bevindingen, naar aanleiding van de resultaten uit de rechtspraktijk.

*Conclusie*

Ten aanzien van de factoren die een rol spelen bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan werkgeverskant kan op grond van dit jurisprudentieonderzoek worden geconcludeerd dat in veel situaties sprake is van het feit dat de werkgever de verplichtingen niet nakomt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en daarnaast veel sprake is van laakbaar gedrag aan de kant van de werkgever. Ten aanzien van de factoren die een rol spelen bij de totstandkoming van de billijke vergoeding kan worden gezegd dat de factoren wisselvallig door de rechters worden behandeld. De factor loon en/of lengte van het dienstverband is in dit onderzoek de meest voorkomende factor. Tot slot valt er niet een bepaalde trend te ontdekken bij de totstandkoming van de billijke vergoeding. Wel is naar voren gekomen dat de rechters in 10 zaken waarschijnlijk rekening hebben gehouden met hetgeen er gevorderd is door de werknemer en de transitievergoeding.

**Hoofdstuk 1**

**Inleiding**

**§ 1.1 Probleemanalyse**

De aanleiding van het probleem is dat er sinds de invoering van de Wwz onduidelijkheid bestaat over de vraag wanneer een werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Ook over de berekening van de hoogte van de billijke vergoeding is nog weinig bekend. Wel is duidelijk dat, indien een werkgever in strijd heeft gehandeld met de voor ontslag geldende voorwaarden, de werkgever het reële risico loopt dat hij een billijke vergoeding moet betalen. Zo wordt bijvoorbeeld een billijke vergoeding door de rechter met enige regelmaat toegekend, indien de arbeidsverhouding door toedoen van de werkgever verstoord is geraakt. De hoogte van de toegekende billijke vergoedingen varieert echter aanzienlijk en concrete handvatten voor de berekening van de hoogte van de vergoeding zijn niet/nauwelijks voor handen.[[2]](#footnote-2)

Het probleem is dan ook dat niet duidelijk in de wet vermeld staat wat er onder verwijtbaar handelen van de werkgever wordt verstaan. De betreffende bepalingen zijn nogal abstract en hierdoor is nadere interpretatie vereist. In dit soort situaties vult de rechter de wetgever als het ware aan. Tevens is niet duidelijk op basis van welke overwegingen van de rechter de hoogte van de billijke vergoeding tot stand komt. Dit is voor de opdrachtgever een probleem, aangezien de advocaten die binnen de organisatie werken zowel ondernemers als particulieren bijstaan. Het moet voor de advocaten duidelijk en helder zijn wanneer er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werkgever, zodat zij de juiste informatie kunnen verschaffen bij het geven van advies aan de desbetreffende partij of de juiste informatie kunnen gebruiken tijdens het procederen. Aangezien de organisatie werkgevers en werknemers bijstaat, is het van belang dat zij weten wanneer een billijke vergoeding moet worden betaald door de werkgever. Tevens is het van belang dat er een schatting aan de cliënten kan worden gegeven over de hoogte van de billijke vergoeding, op grond van de vrij recente jurisprudentie die sinds de invoering van de Wwz zijn gepubliceerd. Wellicht dat er een trend valt te ontdekken voor de berekening van de billijke vergoeding. Advocaten, werkgevers en werknemers zijn bij dit probleem betrokken.

In dit onderzoek zal op grond van jurisprudentie duidelijk worden wat er met ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever wordt bedoeld en daarnaast zal in kaart worden gebracht op grond van welke overwegingen de hoogte van de billijke vergoeding tot stand komt. Met de resultaten uit dit onderzoek zal er aan Folkers Advocaten een advies worden gegeven over de factoren die van belang zijn om te kunnen spreken van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werkgever en tevens zal uit dit advies blijken op welke wijze de hoogte van de billijke vergoeding door de rechters wordt berekend.

**§ 1.2 Doelstelling, centrale vraag, deelvragen en operationaliseren van begrippen**

*Doelstelling*

Het doel van dit onderzoek is om advies te geven aan Folkers Advocaten over de factoren die van belang zijn om te kunnen spreken van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever en daarnaast ook de wijze van opbouw van de billijke vergoeding in kaart te brengen, door middel van het analyseren van jurisprudentie.

De vraag die dan ook centraal staat in dit onderzoek is als volgt:

*Welk advies kan er aan Folkers Advocaten worden gegeven ten aanzien van de factoren die een rol spelen bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werkgevers, kijkend naar de factoren die van belang zijn bij de totstandkoming van de billijke vergoeding nadat er sprake is geweest van zowel ernstig verwijtbaar handelen als nalaten door werkgevers op grond van jurisprudentie?*

Om de centrale vraag te kunnen beantwoorden, zullen eerst de volgende vier deelvragen beantwoord moeten worden:

1. Wat is er geregeld in de wet- en regelgeving ten aanzien van de billijke vergoeding?
2. Wat is opgenomen in de literatuur ten aanzien van de billijke vergoeding?
3. Welke factoren spelen een rol bij het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever op grond van de rechtspraktijk?
4. Welke factoren zijn van belang bij de berekening van de billijke vergoeding nadat er sprake is geweest van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever op grond van de rechtspraktijk?

*Operationaliseren van begrippen*

**billijke vergoeding**: de vergoeding die een werknemer ontvangt wegens ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.

**§ 1.3 Methoden van onderzoek**

* Deelvraag 1: Om deze deelvraag te beantwoorden heb ik kennis nodig uit de wet- en regelgeving. Deze juridische theoretische kennis kan ik verkrijgen door boek 7, titel 10 van het Burgerlijk Wetboek te bestuderen. Tevens zal ik de Memorie van Toelichting nader bestuderen.

* Deelvraag 2: Om deze deelvraag te beantwoorden heb ik diverse handboeken en vakbladen bestudeerd om erachter te komen wat er in de literatuur is opgenomen ten aanzien van de billijke vergoeding. Zo zal ik de volgende handboeken en vakbladen nader bestuderen: Arbeidsrecht begrepen, Ontslagrecht: Individueel arbeidsrecht dl.3, Arbeidsprocesrecht Inclusief Wet werk en zekerheid, Tijdschrift Arbeidsrecht Praktijk, ArbeidsRecht en het Tijdschrift Recht en Arbeid.
* Deelvraag 3: Om deze deelvraag te beantwoorden heb ik kennis nodig uit de rechtspraktijk. Deze kennis kan ik verkrijgen door de uitspraken die door de rechters zijn gepubliceerd sinds de invoering van de Wwz te analyseren. Er zullen 25 zaken geanalyseerd worden waarbij er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever. Daarnaast zullen er 10 zaken geanalyseerd worden waar de billijke vergoeding is afgewezen. De zaken zijn als volgt geselecteerd. Sinds december 2015 tot aan 12 april 2016 is er op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) gezocht op ‘’billijke vergoeding’’. In december 2015 waren er namelijk nog niet genoeg zaken gepubliceerd die gebruikt konden worden voor dit onderzoek. Op verschillende data is er op rechtspraak.nl gekeken om het aantal uitspraken aan te vullen. Ik heb steeds gezocht op datum, zodat ik verder kon zoeken op de publicatiedatum waar ik was gebleven. In totaal waren er 34 zaken geselecteerd waarbij de billijke vergoeding is toegewezen, omdat ik rekening heb gehouden met het feit dat er zaken zijn die niet bruikbaar zijn vanwege onvoldoende motivering van de rechters. Dit zijn de zaken met betrekking tot artikel 7:681 Burgerlijk Wetboek, zie hiervoor paragraaf 2.1. Deze zaken zijn dan ook niet gebruikt voor de beantwoording van deze deelvraag. In totaal waren er 22 zaken geselecteerd waarbij de billijke vergoeding is afgewezen, omdat ook hier rekening is gehouden met het feit dat bepaalde zaken wellicht niet bruikbaar zijn vanwege onvoldoende motivering van rechters. Hiervan zijn er 10 zaken gebruikt voor dit jurisprudentieonderzoek. Uit de selectie van de eerste 10 zaken waren er 2 zaken die niet bruikbaar waren. Aangezien ik 22 zaken had geselecteerd heb ik verder gekeken in de selectie die ik had gemaakt. Bij het selecteren van de zaken is er gelet op zowel de toekenning als de afwijzing van de billijke vergoeding,zodat duidelijk in kaart kan worden gebracht wanneer er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan werkgeverskant en wanneer hier geen sprake van zou zijn. Per zaak zal in kaart worden gebracht welke factoren een rol hebben gespeeld om van het criterium ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan de zijde van de werkgever te spreken. Naar aanleiding van de voorbeelden die in de Memorie van Toelichting staan over toekenning van de billijke vergoeding, zal in ieder geval bekeken worden of de volgende factoren een rol spelen bij toekenning van de billijke vergoeding. Deze factoren kunnen nog worden aangevuld op grond van mijn bevindingen na beantwoording van de deelvragen:
* Als er als gevolg van laakbaar gedrag van de werkgever een verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan (bijvoorbeeld als gevolg van het niet willen ingaan op avances zijnerzijds) en de rechter concludeert dat er geen andere optie is dan ontslag.
* Als een werkgever discrimineert, de werknemer hiertegen bezwaar maakt, er een onwerkbare situatie ontstaat en niets anders rest dan ontslag.
* Als een werkgever grovelijk de verplichtingen niet nakomt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en als er als gevolg daarvan een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat. Te denken is hierbij aan de situatie waarin de werkgever zijn re-integratieverplichtingen bij ziekte ernstig heeft veronachtzaamd.
* De situatie waarin de werkgever een valse grond voor ontslag aanvoert met als enig oogmerk een onwerkbare situatie te creëren en ontslag langs die weg te realiseren.
* De situatie waarin een werknemer arbeidsongeschikt is geworden (en uiteindelijk wordt ontslagen) als gevolg van verwijtbaar onvoldoende zorg van de werkgever voor de arbeidsomstandigheden.
* Deelvraag 4: Om deze deelvraag te beantwoorden heb ik kennis nodig uit de rechtspraktijk. Deze kennis kan ik verkrijgen door de uitspraken die door de rechters zijn gepubliceerd sinds de invoering van de Wwz te analyseren. Bij het selecteren van de zaken is er gelet op de toekenning van de billijke vergoeding. In totaal zullen er 30 uitspraken geanalyseerd worden, waarvan de eerste 25 zaken ook behandeld zijn in deelvraag 3 waarbij sprake is geweest van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan werkgeverskant. In de overige 5 zaken is de billijke vergoeding toegekend op grond van artikel 7:681 Burgerlijk Wetboek. Er stonden overigens 6 zaken met betrekking tot dit artikel in de 34 zaken die geselecteerd waren met betrekking tot het ernstig verwijtbaar handelen. Hiervan zijn de eerste 5 zaken gebruikt voor beantwoording van deze deelvraag. Aangezien het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever hier een feitelijk gegeven is, zie hiervoor paragraaf 2.1, is alleen de hoogte van de billijke vergoeding van belang voor dit onderzoek. Volgens de Memorie van Toelichting dient de hoogte naar haar aard in relatie te staan tot het ernstig verwijtbare handelen of nalaten van de werkgever. De rechters hebben bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding dan ook veel vrijheid. Per zaak zal in kaart worden gebracht op grond van welke overwegingen van de rechter de hoogte van de billijke vergoeding tot stand is gekomen.

**§ 1.4 Leeswijzer**

De opbouw van dit rapport is als volgt. In hoofdstuk 2 zal het juridisch kader worden geïntroduceerd. Hier zullen 2 juridisch theoretische deelvragen worden beantwoord met behulp van de wet- en regelgeving, de Memorie van Toelichting en literatuur. Dan zal er in hoofdstuk 3 gekeken worden naar de 2 praktijkgerichte deelvragen. Deze 2 deelvragen hebben betrekking op de rechtspraktijk. Er zullen 25 uitspraken van de rechtbanken worden geanalyseerd ten aanzien van de factoren die een rol spelen bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan werkgeverskant. Deze 25 uitspraken zullen ook geanalyseerd worden om de totstandkoming van de billijke vergoeding in kaart te brengen. Tevens zullen er 5 zaken geanalyseerd worden waarbij de billijke vergoeding is toegekend op grond van artikel 7:681 Burgerlijk Wetboek. Voorts zullen er 10 uitspraken worden geanalyseerd waar de billijke vergoeding niet is toegekend, om zo goed mogelijk in kaart te brengen wanneer wel of juist geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever. De resultaten van de praktijkgerichte deelvragen zullen worden weergegeven in een schema. Voorts volgt er in hoofdstuk vier de conclusie. De centrale vraag zal hier dan ook worden beantwoord. Er zal dan ook worden geconcludeerd of het resultaat bruikbaar is voor Folkers Advocaten. In hoofdstuk 5 zal er een advies volgen, zodat het voor Folkers Advocaten geheel duidelijk wordt welke factoren een rol spelen bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan werkgeverskant en hoe de billijke vergoeding tot stand komt. Tot slot zal de jurisprudentieanalyse worden bijgevoegd als bijlage.

**Hoofdstuk 2.**

**Achtergrondinformatie over de billijke vergoeding**

In dit hoofdstuk zal het juridisch kader worden besproken. Daarbij zullen de volgende juridisch theoretische deelvragen worden beantwoord die centraal staan in dit onderzoek:

* Wat is er geregeld in de wet- en regelgeving ten aanzien van de billijke vergoeding?
* Wat is opgenomen in de literatuur ten aanzien van de billijke vergoeding?

In paragraaf 2.1 zal aan bod komen wanneer een werknemer recht kan hebben op een billijke vergoeding volgens de wet. Er zijn namelijk diverse artikelen waar dit in is geregeld. Tevens zal de aanvullende informatie die in de Memorie van Toelichting beschreven staat aan bod komen.

In paragraaf 2.1.1 wordt het muizengaatje besproken. Diverse auteurs brengen hun mening naar voren met betrekking tot het muizengaatje. Ook wordt de Memorie van Toelichting aangehaald, aangezien daar een niet limitatieve opsomming staat van factoren die een rol kunnen spelen bij het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan werkgeverskant.

Verder wordt in paragraaf 2.1.2 door een auteur gesteld dat de factoren die een rol kunnen spelen bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten die genoemd worden in de Memorie van Toelichting, ruim genomen zijn. Volgens de auteur ligt de nadruk dan ook vooral op de verwijtbaarheid en minder op de ernstigheid.

Tot slot komt in de laatste paragraaf van dit hoofdstuk aan bod dat de rechters veel vrijheid hebben bij de bepaling van de billijke vergoeding. Veel is nog onduidelijk over de bepaling van de hoogte, aangezien de rechters dit niet altijd voldoende motiveren. Wel is bekend hoe de billijke vergoeding niet tot stand moet komen.

**§ 2.1 Recht op een billijke vergoeding**

Werknemers kunnen op verschillende manieren recht hebben op de billijke vergoeding. Op de eerste plaats betreft het de billijke vergoeding wegens ‘ernstig verwijtbaar handelen of nalaten’ van de werkgever. Op de tweede plaats gaat het om de situatie dat de opzegging vernietigbaar is en de werknemer niet kiest voor een voortzetting van het dienstverband, maar voor een billijke vergoeding. Deze 2 manieren zullen hieronder verder aan bod komen.

In artikel 7:671b lid 8 onder c en lid 9 sub b Burgerlijk Wetboek staat dat de kantonrechter een billijke vergoeding aan de werknemer kan toekennen, indien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Het verzoek om ontbinding is hier afkomstig van de werkgever. Indien het verzoek om ontbinding een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd of onbepaalde tijd betreft die tussentijds kan worden opgezegd, is lid 8 sub c van het betreffende artikel van toepassing. Indien het verzoek om ontbinding een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd betreft die niet tussentijds kan worden opgezegd is lid 9 sub b van het betreffende artikel van toepassing.

Er staat verder geen toelichting in de wet waarin wordt beschreven wanneer er voldaan is aan het criterium ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Dit geldt ook voor het artikel dat hierna volgt.

Een werknemer kan om ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoeken. De kantonrechter kan aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen indien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Dit volgt uit artikel 7:671c lid 2 sub b en artikel 7:671c lid 3 sub b Burgerlijk Wetboek. Indien het verzoek om ontbinding een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd of bepaalde tijd die tussentijds kan worden opgezegd is lid 2 sub b van het desbetreffende artikel van toepassing. Indien het verzoek om ontbinding een arbeidsovereenkomst betreft van bepaalde tijd die niet tussentijds kan worden opgezegd is lid 3 sub b van het desbetreffende artikel van toepassing.

De billijke vergoeding kan ook aan de werknemer worden toegekend indien de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt en er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Dit volgt uit artikel 7:673 lid 9 Burgerlijk Wetboek.

Indien de werkgever in strijd handelt met de regels voor opzegging volgt er een sanctie voor de werkgever. De sancties staan in de artikelen 7:681, 7:682 Burgerlijk Wetboek. In artikel 7:681 Burgerlijk Wetboek wordt de vernietiging van de opzegging en de billijke vergoeding geregeld. Het herstel van de arbeidsovereenkomst en de billijke vergoeding wordt geregeld in artikel 7:682 Burgerlijk Wetboek. Op grond van artikel 7:682 lid 1 sub b Burgerlijk Wetboek, kan de kantonrechter op verzoek van een werknemer van wie de arbeidsovereenkomst is opgezegd met de toestemming, bedoeld in artikel 7:671a Burgerlijk Wetboek, aan hem bij een opzegging in strijd met artikel 7:669 lid 3 onderdeel a, ten laste van de werkgever een billijke vergoeding toekennen indien herstel in redelijkheid niet mogelijk is vanwege een omstandigheid waarbij sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever; ofaan hem ten laste van de werkgever een billijke vergoeding toekennen indien de opzegging wegens omstandigheden als bedoeld in artikel 669, lid 3 onderdeel b, het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever (art.7:682 lid 1 sub c Burgerlijk Wetboek).

Tot slot kan de billijke vergoeding worden toegekend aan de werknemer op grond van artikel 7:682 lid 2 sub b en lid 3 Burgerlijk Wetboek bij opzegging door de werkgever, indien de opzegging het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.

Bij lid 2 sub b van het desbetreffende artikel gaat het om de situatie dat de werkgever toestemming heeft gekregen van het UWV om de arbeidsovereenkomst op te zeggen, maar in strijd heeft gehandeld met artikel 7:669 lid 3 onderdeel a Burgerlijk Wetboek en herstel van de arbeidsovereenkomst niet meer mogelijk is vanwege het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werkgever.

Bij lid 3 van het desbetreffende artikel gaat het om de situatie dat de kantonrechter op verzoek van de werknemer (een bestuurder van een rechtspersoon of een werknemer die een geestelijk ambt bekleedt), een billijke vergoeding kan toekennen indien de opzegging in strijd is geweest met artikel 7:669 Burgerlijk Wetboek of de opzegging het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.

Op grond van het wetsvoorstel geldt dat de rechter een billijke vergoeding kan toekennen indien het ontslag als zodanig het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, dan wel ernstig verwijtbaar is omdat de werkgever de voor een rechtsgeldig ontslag geldende voorschriften niet heeft nageleefd (bijvoorbeeld heeft opgezegd zonder preventieve toets van het UWV of de rechter waar die wel was vereist). Met de billijke vergoeding uit de artikelen 7:681 en 7:682 Burgerlijk Wetboek wordt hetzelfde type vergoeding bedoeld als de vergoeding wegens ernstig verwijtbaar handelen of nalaten zoals deze elders in het wetsvoorstel is opgenomen. De billijke vergoeding wordt dus alleen toegekend indien er sprake is van ernstige verwijtbaarheid aan de kant van de werkgever. De rechter zal de billijke vergoeding niet toewijzen als hij van mening is dat herstel van de arbeidsovereenkomst in redelijkheid wel mogelijk is.[[3]](#footnote-3) Hierover bestaat in de literatuur discussie. De gezaghebbende auteurs C.J. Loonstra en P.Th. Sick geven aan dat ernstig verwijtbaar handelen of nalaten niet vereist is voor toekenning van de billijke vergoeding op grond van artikel 7:681 BW.[[4]](#footnote-4) Op basis van dit jurisprudentieonderzoek kan het volgende worden geconcludeerd. Art.7:681 BW betreft situaties waarbij de werkgever heeft gehandeld in strijd met de voor hem geldende voorschriften. Dat de werkgever in strijd met de voor hem geldende voorschriften heeft gehandeld, valt hem ernstig aan te rekenen. Hierdoor is het ernstig verwijtbaar handelen aan werkgeverskant al een feit.[[5]](#footnote-5) De rechter hoeft in deze gevallen dan ook niet te motiveren waarom er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. Op grond hiervan is deze situatie niet relevant voor dit onderzoek. De zaken met betrekking tot artikel 7:681 Burgerlijk Wetboek zullen dan ook buiten beschouwing worden gelaten, voor wat betreft de factoren. Ten aanzien van de hoogte van de billijke vergoeding zullen er een aantal zaken met betrekking tot deze situatie worden geanalyseerd.

In de Memorie van Toelichting wordt duidelijk beschreven dat in het geval een werknemer ten onrechte is ontslagen op bedrijfseconomische gronden en de relatie met de werkgever inmiddels zodanig is dat terugkeer naar zijn baan niet in de rede ligt, de werknemer een verzoek kan indienen bij de rechter om aan hem een billijke vergoeding toe te kennen. Dit kan zich voordoen als de werkgever opzettelijk valse informatie aan het UWV heeft verschaft en dit bij de procedure bij de rechter blijkt. Zo’n verzoek kan ook bij de rechter worden ingediend door de werknemer, indien de werknemer meent dat het opzeggen van de arbeidsovereenkomst na langdurige arbeidsongeschiktheid het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.[[6]](#footnote-6) Voorts volgt dat, als de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, de werknemer hiervoor dient te worden gecompenseerd, ook om dergelijk handelen of nalaten van de werkgever te voorkomen. In dat geval kan de kantonrechter aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen.[[7]](#footnote-7)

**§ 2.1.1 Het muizengaatje**

Er is al heel veel gesproken over het ‘muizengaatje’. Hiermee wordt gedoeld op de mogelijkheid voor de rechter om in de ontslagprocedures bovenop de standaard transitievergoeding een additionele billijke vergoeding toe te kennen omdat de gehanteerde ontslaggrond ernstig verwijtbaar is ontstaan. De regering heeft steeds 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’. Minister Asscher heeft in de Tweede Kamer ook naar voren gebracht 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.[[8]](#footnote-8)

Het is onduidelijk wanneer er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. De wetgever heeft in de begeleidende brief bij de adviesaanvraag aan de Raad van State aangegeven dat met het criterium ‘ernstige verwijtbaarheid’ wordt beoogd een zogenoemd ‘muizengaatje’ te creëren. Hierbij gaat het om uitzonderlijke gevallen waarbij het feit dat de arbeidsrelatie beëindigd moet worden geheel of grotendeels te wijten is aan de werkgever. Voorts zal de billijke vergoeding alleen worden toegekend indien er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. Volgens de heer Kruit leidt dit ertoe dat een verwijtbaar handelend werkgever, maar niet verwijtbaar genoeg om van ernstig verwijtbaar handelen te kunnen spreken, een even hoge vergoeding moet betalen aan een werknemer als een werkgever die als goed werkgever heeft gehandeld.[[9]](#footnote-9) Dit zorgt weer voor rechtsonzekerheid en tevens een onrechtvaardige situatie.

Er is sprake van een grens tussen ‘gewoon’ en ‘ernstig’ verwijtbaar handelen. Een belangrijke vraag die opkomt bij een zo streng afgebakend begrip als ‘ernstig verwijtbaar handelen of nalaten’ is waar precies de grens ligt tussen ‘gewoon’ verwijtbare gedragingen en ‘ernstig’ verwijtbare gedragingen. Het zal moeilijk te voorspellen zijn of er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever. De belangrijkste vraag volgens auteur B. Schouten is waar de grens ligt tussen ‘gewoon’ en ‘ernstig’ verwijtbaar handelen. Het is aan de rechter om te beslissen of een gedraging ‘ernstig’ is of niet. Deze kwalificatie kan tot willekeur leiden. Indien er sprake is van 2 grensgevallen die elkaar wat betreft de mate van verwijtbaarheid zeer dicht naderen, kan toch sprake zijn van 2 zeer verschillende uitkomsten.[[10]](#footnote-10)

Bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever gaat het om uitzonderlijke gevallen waarbij de vergoeding een ander karakter heeft dan de transitievergoeding, die bedoeld is ter compensatie van ontslag en om de werknemer in staat te stellen de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken. Een aantal voorbeelden van situaties waaraan wordt gedacht voor het toekennen van een billijke vergoeding zijn:

* als er als gevolg van laakbaar gedrag van de werkgever een verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan (bijvoorbeeld als gevolg van het niet willen ingaan op avances zijnerzijds) en de rechter concludeert dat er geen andere optie is dan ontslag;
* als een werkgever discrimineert, de werknemer hiertegen bezwaar maakt, er een onwerkbare situatie ontstaat en niets anders rest dan ontslag;
* als een werkgever grovelijk de verplichtingen niet nakomt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en als er als gevolg daarvan een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat. Te denken is hierbij aan de situatie waarin de werkgever zijn re-integratieverplichtingen bij ziekte ernstig heeft veronachtzaamd;
* de situatie waarin de werkgever een valse grond voor ontslag aanvoert met als enig oogmerk een onwerkbare situatie te creëren en ontslag langs die weg te realiseren;
* de situatie waarin een werknemer arbeidsongeschikt is geworden (en uiteindelijk wordt ontslagen) als gevolg van verwijtbaar onvoldoende zorg van de werkgever voor de arbeidsomstandigheden.

De regering acht het van belang dat alleen dan een billijke vergoeding wordt toegekend waar het ontslag is toe te rekenen aan het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werkgever.[[11]](#footnote-11)

Het toekennen van de billijke vergoeding aan de werknemer is dus gekoppeld aan het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. De wetgever heeft kenbaar gemaakt dat voor de werknemer slechts in zeer uitzonderlijke gevallen de mogelijkheid bestaat om aanspraak te maken op een dergelijke billijke vergoeding, ook wel het muizengaatje genoemd. Er wordt hierbij door de auteurs van het boek Ontslagrecht, Individueel arbeidsrecht dl. 3 verwezen naar de eerder genoemde niet limitatieve opsomming die in de Memorie van Toelichting staat, waaruit blijkt in welke gevallen er sprake zou kunnen zijn van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan werkgeverskant.[[12]](#footnote-12) Duidelijk is wel dat de wetgever alleen in uitzonderlijke situaties wil dat er een billijke vergoeding wordt toegekend.

**§ 2.1.2 Of toch geen muizengaatje?**

Ondanks het feit dat de wetgever kenbaar heeft gemaakt dat alleen in uitzonderlijke gevallen een billijke vergoeding zal moeten worden toegekend, is er sprake van enige ruimte in de voorbeelden die worden aangehaald in de Memorie van Toelichting zoals ‘laakbaar gedrag’, ‘discrimineert’, ‘onwerkbare situatie’, ‘verwijtbaar onvoldoende zorg’. De vraag is dan ook hoe in de terminologie ‘ernstig verwijtbaar’ moet worden gekwalificeerd.[[13]](#footnote-13) Er zijn goede argumenten om de leer omtrent het toekennen van vergoedingen bij kennelijk onredelijk ontslag (per 1 juli 2015 afgeschaft) gedeeltelijk toe te passen op het toekennen van de billijke vergoeding bij ernstig verwijtbaar handelen in de zin van de Wwz. De voorbeelden die genoemd worden in de Memorie van Toelichting lijken namelijk erg op de situaties die een ontslag ook kennelijk onredelijk maakten. Het criterium dat er sprake moet zijn van ernstig verwijtbaar handelen wil een werknemer aanspraak kunnen maken op een billijke vergoeding vertoont namelijk in grote mate overeenkomsten met de voorwaarden waaronder een vergoeding uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag kan worden toegekend. Net als bij de vaststelling van de billijke vergoeding, was er bij de vaststelling van de ontslagvergoeding in de kennelijk onredelijk ontslagprocedure geen concrete richtlijn die aangaf hoe de kantonrechter in een procedure de ontslagvergoeding moest vaststellen. Wel was er in 2009 bepaald door de Hoge Raad dat de kantonrechtersformule niet mocht worden toegepast in de kennelijk onredelijk ontslagprocedure. De rechter moest individueel en aan de hand van specifieke omstandigheden bepalen of een werknemer recht had op een vergoeding en hierbij werden de volgende factoren meegewogen:

* duur van het dienstverband;
* leeftijd van de werknemer;
* de reden van opzegging van het dienstverband;
* eventuele verwijtbaarheid rondom het ontslag aan de kant van de werkgever of werknemer;
* de manier waarop de werknemer gefunctioneerd heeft;
* de financiële positie van de werkgever;
* eventuele arbeidsongeschiktheid van de werknemer en de oorzaak daarvan;
* de inspanning van de werkgever om voor de werknemer ander passend werk te vinden;
* de kansen van de werknemer op de arbeidsmarkt;
* de vraag of de werkgever vrijwillig al een bepaalde ontslagvergoeding heeft aangeboden en de hoogte van deze vergoeding.[[14]](#footnote-14)

De term *kennelijk* kan vrij gemakkelijk worden vertaald naar wat in het kader van de billijke vergoeding wordt verstaan onder *ernstig*. Het gedrag moet door een weldenkend mens als ernstig kunnen worden beschouwd. In het arrest Van der Grijp/Stam is overwogen dat éérst moet worden bepaald of het ontslag kennelijk onredelijk is, voordat kan worden toegekomen aan de vergoedingsaanvraag. Als dit vertaald wordt naar ernstig verwijtbaar handelen in de zin van de Wwz moet dus eerst worden vastgesteld of sprake is van ernstig over de schreef gaan. Daarna kan pas worden toegekomen aan de vraag of een vergoeding dient te worden betaald. Het woord *ernstig* klinkt in eerste instantie toch zwaarder dan *kennelijk.* Toch wordt de soep in de Wwz niet zo heet opgegeten als hij in de terminologische zin wordt opgediend. Dit blijkt uit vier van de vijf voorbeelden uit de eerder genoemde niet limitatieve opsomming waaruit blijkt in welke gevallen er sprake zou kunnen zijn van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan werkgeverskant.[[15]](#footnote-15) In vier van de vijf voorbeelden wordt immers gesproken over een ‘verstoorde arbeidsrelatie’ of een ‘onwerkbare situatie’. De nadruk lijkt dan ook vooral te liggen op de verwijtbaarheid en minder op de (mate van) ernstigheid van de verwijtbaarheid.[[16]](#footnote-16)

**§ 2.2 Hoogte van de billijke vergoeding**

Rechters krijgen veel ruimte bij de bepaling over de hoogte van de billijke vergoeding. De wetsgeschiedenis biedt nauwelijks richting. De minister heeft in de Tweede Kamer wel naar voren gebracht dat het in elk geval niet de bedoeling is om een kantonrechtersformule 2.0 in het leven te roepen voor de berekening van de billijke vergoeding, juist omdat het om incidentele gevallen mag gaan. De auteur S.F. Sagel acht het niet wenselijk en nodig om de vaststelling van de billijke vergoeding nu al op voorhand door middel van rechterlijke beleidsregels in te kaderen. 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. De rechter 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. De billijke vergoeding moet vrijelijk door de rechter bepaald kunnen worden.[[17]](#footnote-17)

Hoe de billijke vergoeding precies tot stand komt, wordt niet altijd voldoende gemotiveerd door de rechters. Zo is in een eerdere uitspraak van een Bossche Kantonrechter geoordeeld dat de billijke vergoeding net zo hoog als de transitievergoeding moet zijn.[[18]](#footnote-18) Deze uitspraak is (nog) niet op rechtspraak.nl gepubliceerd. Waarom die verdubbeling billijk was, welke elementen daarin voor de rechter doorslaggevend waren en hoe die te relateren waren aan het toegekende bedrag, bleef duister. In een Alkmaarse uitspraak van een paar weken later werd juist weer een transitiedeler toegepast.[[19]](#footnote-19) Hier wees de kantonrechter dus de helft van de transitievergoeding toe als billijke vergoeding. De kantonrechter gaf als motivering dat dit uitgaande van het voorgaande aangewezen was. Er mag van de rechter verwacht worden dat er duidelijker opgeschreven wordt waarom een bedrag billijk wordt geacht, juist omdat uit de wetsgeschiedenis volgt dat de omstandigheden van het geval beslissend zijn voor de hoogte van de billijke vergoedingen en dat het dus om maatwerk gaat.[[20]](#footnote-20)

Uit de Memorie van Toelichting volgt dat de rechter de hoogte van de billijke vergoeding bepaalt. De hoogte staat – naar haar aard – in relatie tot het ernstig verwijtbare handelen of nalaten van de werkgever. Rechters hebben de mogelijkheid om de hoogte van de vergoeding te bepalen op het niveau dat aansluit bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval. Dit houdt in dat bijvoorbeeld het loon en de lengte van het dienstverband die onderdeel uitmaakten van de kantonrechtersformule, geen rol hoeven te spelen. De rechter kan rekening houden met de financiële situatie van de werkgever, mocht daartoe aanleiding zijn, bijvoorbeeld omdat de werkgever daarom verzoekt.[[21]](#footnote-21)

In de Memorie van Toelichting heeft de wetgever voorts uitdrukkelijk aangegeven op welke wijze de additionele billijke vergoeding niet dient te worden berekend – de kantonrechtersformule en het gevolgencriterium – maar onduidelijk is op welke wijze de additionele billijke vergoeding dan wel moet worden berekend. De kantonrechtersformule is overigens een formule waarbij het gewogen aantal dienstjaren wordt vermenigvuldigd met het laatstverdiende bruto maandsalaris en dat tenslotte weer wordt vermenigvuldigd met de correctiefactor. Het gevolgencriterium houdt in dat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst te ernstig zou zijn in vergelijking met het belang van de werknemer. De voorspelling van auteur

P. Kruit is dat er een grote diversiteit aan berekeningswijzen en aldus grote verschillen in de hoogte van de additionele billijke vergoeding zullen ontstaan, tenzij de kring van kantonrechters met nieuwe aanbevelingen komt om de eenheid in de berekening van de additionele billijke vergoeding te garanderen. In deze nieuwe aanbevelingen zal een andere berekeningsmethodiek dan de kantonrechtersformule moeten worden gehanteerd, waarbij de leeftijd en lengte van het dienstverband geen of slechts een beperkte rol zullen spelen, gelet op de Memorie van Toelichting.[[22]](#footnote-22)

Voorts blijkt uit de wetsgeschiedenis dat de regering geen algemene uitspraken heeft willen doen over de hoogte van de billijke vergoeding. De rechter dient de hoogte per geval te bepalen. De hoogte zal samenhangen met het verwijt dat aan de werkgever kan worden gemaakt. Het loon en de lengte van het dienstverband die onderdeel uitmaakten van de kantonrechtersformule hoeven hierbij geen rol te spelen. Het gederfde loon zal wel een rol spelen als de werknemer zich neerlegt bij een opzegging in strijd met het opzegverbod. In het geval hij een loonvordering zou hebben ingesteld omdat de opzegging vernietigbaar is, dan zou hij loon hebben ontvangen.

Het is afwachten hoe rechters de billijke vergoeding zullen gaan bepalen. De auteurs van het boek Arbeidsrecht begrepen, verwachten dat rechters willen voorkomen dat er landelijk grote verschillen zullen ontstaan. Het zal niet rechtvaardig zijn als een werknemer in bijvoorbeeld Groningen in een vergelijkbare situatie een veel hogere billijke vergoeding toegewezen krijgt dan een werknemer in Zeeland. Het is dan ook mogelijk dat er een set afspraken komt tussen de kantonrechters zoals bij de kantonrechtersformule.[[23]](#footnote-23) Toch ligt dit niet voor de hand, aangezien de wetgever herhaaldelijk heeft bevestigd dat toekenning van een billijke vergoeding tot uitzonderingssituaties beperkt moet blijven. Het ligt meer voor de hand dat er sprake zal zijn van maatwerk. Naar verwachting zullen de volgende aspecten aan de orde komen: (i) ziet de billijke vergoeding vooral op de door de werknemer geleden en te lijden materiële schade’ of vooral op de immateriële; (ii) speelt het punitief karakter van de vergoeding een rol; (iii) zijn de gevolgen van het ontslag voor de werknemer een relevante factor, of mogen die geen rol spelen omdat daarvoor de transitievergoeding is bedoeld; (iv) moet onderscheid gemaakt worden tussen de verschillende soorten van billijke vergoedingen?[[24]](#footnote-24)

**§ 2.3 Jurisprudentie**

Ter illustratie zal hieronder een juridische analyse volgen. Het gaat hier om 2 bijzondere zaken die gebruikt zijn als rechtsbron om een beeld te schetsen van de zaken die gekoppeld zijn aan de Wwz ten aanzien van de billijke vergoeding. Tevens zullen deze zaken worden verwerkt in de jurisprudentieanalyse in hoofdstuk 3.

Een bijzondere uitspraak is de uitspraak van de kantonrechter in ’s-Hertogenbosch. De kantonrechter heeft – als eerste na de invoering van de Wwz op 1 juli 2015 - op 1 september 2015 aan een werknemer een billijke (ontslag) vergoeding toegekend in verband met ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. De feiten zijn als volgt: De werknemer is als enige werknemer in een inactieve en lege BV achtergebleven, hij krijgt al sinds maart 2015 zijn salaris niet meer en voorts valt niet te verwachten dat hij na zijn herstel nog werkzaamheden voor de inactieve werkgeefster zal kunnen verrichten (aangezien de werknemer het ontbindingsverzoek heeft ingediend, is het opzegverbod bij ziekte niet van toepassing). De werkgever had haar personeel en activiteiten, met uitzondering van de desbetreffende werknemer in een andere BV geplaatst. Op grond van artikel 7:671c lid 2 sub b BW heeft de werknemer om ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzocht, onder toekenning van de billijke vergoeding, aangezien er sprake was van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever.

Volgens de wetsgeschiedenis is er in zeer uitzonderlijke gevallen sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. De kantonrechter is van oordeel dat hier sprake van is. De werkgeefster heeft haar verplichtingen hier grovelijk verwaarloosd door een werknemer in een lege BV te plaatsen en maandenlang geen salaris te betalen, zelfs niet nadat zij daartoe in kort geding veroordeeld is. De werknemer is hierdoor in een onhoudbare situatie geplaatst.

Verder volgt uit de wetsgeschiedenis dat de hoogte van de billijke vergoeding - naar haar aard - in relatie moet staan tot het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Op grond hiervan is de kantonrechter van oordeel dat er reden is voor verdubbeling van de aan de werknemer toegekende transitievergoeding.

De kantonrechter heeft dus naast de verschuldigde transitievergoeding nog eens een bedrag gelijk aan de transitievergoeding toegekend. Volgens artikel 7:673 Burgerlijk Wetboek heeft de werknemer recht op een transitievergoeding van €30.645,05. Daarnaast is er ook een billijke vergoeding van €30.645,05 toegekend op grond van artikel 7:671c lid 2 Burgerlijk Wetboek.

Bovengenoemde uitspraak is nog niet gepubliceerd op rechtspraak.nl. De beschikking is overigens wel als bestandsbijlage bij de blog van de heer B. Cornelissen gevoegd.[[25]](#footnote-25)

Uit deze uitspraak volgt het volgende. Als een werkgever zijn verplichtingen grovelijk heeft verwaarloosd, is er sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan de kant van de werkgever. Dit volgt overigens ook uit de Memorie van Toelichting. De kantonrechter heeft geoordeeld dat hier sprake van is, gelet op het feit dat de werkgever de werknemer in een lege BV heeft geplaatst en de werkgever maandenlang geen salaris heeft betaald aan de werknemer. Voorts is de kantonrechter van oordeel dat de billijke vergoeding net zo hoog als de transitievergoeding moet zijn, aangezien uit de wetsgeschiedenis volgt dat de hoogte van de billijke vergoeding – naar haar aard – in relatie moet staan tot het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.

Een andere bijzondere uitspraak is de eerste en enige uitspraak van het gerechtshof Den Bosch, althans de eerste uitspraak in hoger beroep die gepubliceerd is op rechtspraak.nl, waarbij de billijke vergoeding aan de werknemer is toegekend vanwege ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.[[26]](#footnote-26)

De casus is als volgt. De secretaresse werkte al ruim tien jaar op een advocatenkantoor. Enkele jaren geleden heeft zij een buitenechtelijke relatie gehad met een van de partners. Dit is destijds door de werkgever discreet behandeld. Nu heeft de werkgever een ontslagaanvraag bij het UWV ingediend wegens bedrijfseconomische redenen, terwijl de desbetreffende secretaresse niet in aanmerking komt voor ontslag volgens het afspiegelingsbeginsel. Haar collega die ook als secretaresse werkt is namelijk later dan haar in dienst getreden bij het advocatenkantoor. Werkgever motiveert dit om redenen in de persoon van de secretaresse gelegen.

De secretaresse ontvangt via de email een vaststellingsovereenkomst van de werkgever. De werknemer heeft het voorstel afgewezen. De werkgever dringt er bij de secretaresse alsnog op aan met de vaststellingsovereenkomst in te stemmen, onder de aankondiging dat als zij niet met de beëindigingsovereenkomst instemt, werkgever zich genoodzaakt ziet aan het UWV te motiveren waarom juist zij en niet haar collega voor ontslag wordt voorgedragen. De werkgever brengt naar voren dat alle emailcorrespondentie die zij met de partner gedurende de buitenechtelijke relatie heeft gevoerd, via het UWV openbaar zal worden gemaakt.

De secretaresse stemt alsnog niet in met de beëindigingsovereenkomst. De werkgever maakt de buitenechtelijke relatie van 2 à 3 jaar daarvoor via het UWV openbaar en motiveert dat de secretaresse in aanmerking komt voor ontslag, omdat aan haar integriteit en loyaliteit richting het kantoor wordt getwijfeld. Het UWV heeft het verzoek om de arbeidsverhouding op te mogen zeggen afgewezen, omdat de werkgever geen gerechtvaardigde reden heeft om van het afspiegelingsbeginsel af te wijken en de secretaresse niet voor ontslag in aanmerking komt.

De werknemer dient een verzoek in bij de kantonrechter om de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens ernstig verwijtbaar handelen aan de kant van de werkgever. De kantonrechter is van oordeel dat er sprake is van ‘verwijtbaar handelen’ door de werkgever en komt ook tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst, maar de kantonrechter is niet van oordeel dat er sprake is van ‘ernstig’ verwijtbaar handelen. De verzochte billijke vergoeding wordt dan ook afgewezen.

Het gerechtshof komt tot de conclusie dat er wel degelijk sprake is van ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van de werkgever. De desbetreffende e-mails van jaren daarvoor heeft de secretaresse slechts ontvangen en heeft zelf niets gestuurd. Daarbij komt ook dat de werknemer er destijds niet op is aangesproken en daaraan evenmin consequenties zijn verbonden. Voorts is de buitenechtelijke relatie al lange tijd beëindigd. Aangezien de werkgever een arbeidsrechtspecialist is, had hij kunnen weten dat het overhandigen van de e-mailberichten aan het UWV geen gerechtvaardigde afwijking van het afspiegelingsbeginsel zou opleveren. Hiermee heeft de werkgever geprobeerd om de secretaresse op oneigenlijke gronden tot een regeling te bewegen door haar met de gevoerde correspondentie te confronteren en te dreigen deze openbaar te maken. Het hof is dan ook van oordeel dat het de werkgever zwaar kan worden aangerekend dat hij de correspondentie, nadat de secretaresse het beëindigingsvoorstel wederom had afgewezen, daadwerkelijk heeft ingebracht. Dit maakt dat de werkgever extra verwijtbaar heeft gehandeld. Het hof is dan ook van oordeel dat de werknemer in aanmerking komt voor een billijke vergoeding.

De hoogte van de vergoeding wordt als volgt berekend. Het hof overweegt dat alle omstandigheden van het geval dienen te worden meegewogen. Het gevolgencriterium mag hierbij geen rol spelen, aangezien dit criterium al in de hoogte van de transitievergoeding wordt geacht te zijn verdisconteerd. Als het dienstverband niet was ontbonden, dan zou de secretaresse in ieder geval nog tot 1 januari 2017 bij de werkgever in dienst zijn geweest. Dit is namelijk de datum dat de werkgever zijn praktijk waarschijnlijk, gelet op zijn leeftijd, zou gaan neerleggen. Voorts ontvangt de werknemer thans geen inkomsten en vooralsnog geen inkomsten uit de lunchroom die zij is gestart. Op grond van deze omstandigheden is het hof van oordeel dat de werkgever een billijke vergoeding verschuldigd is aan de werknemer van €10.000,- bruto.[[27]](#footnote-27)

Uit deze zaak volgt dat de rechter in eerste aanleg niet van oordeel was dat er sprake was van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. De rechter in hoger beroep dacht hier anders over. Het hof is namelijk van oordeel dat de werkgever extra verwijtbaar heeft gehandeld, gelet op het feit dat de werkgever de correspondentie, nadat de secretaresse het beëindigingsvoorstel wederom had afgewezen, daadwerkelijk openbaar heeft gemaakt.

Ten aanzien van het beroep op de wetsgeschiedenis, heeft het hof alle omstandigheden van het geval laten meewegen voor de berekening van de billijke vergoeding. Zo is er geoordeeld dat de werknemer in ieder geval tot januari 2017 in dienst zou zijn geweest bij de werkgever, aangezien de werkgever op dat moment waarschijnlijk zijn werkzaamheden zou neerleggen, gelet op zijn leeftijd. Verder heeft het hof mee laten wegen dat de werknemer thans geen inkomsten heeft. Dit maakt dat het hof heeft geoordeeld dat de werknemer recht heeft op een billijke vergoeding van €10.000,-. Hier wordt duidelijk toegelicht wat de overwegingen zijn om tot de billijke vergoeding te komen, maar hoe de rechter precies aan dit bedrag komt, is niet duidelijk geworden.

Concluderend kan worden gezegd dat er nog veel onduidelijkheid bestaat over het ernstig verwijtbaar handelen en de totstandkoming van de billijke vergoeding. Er zal moeten worden nagegaan of de rechters de handvaten (factoren) gebruiken die genoemd staan in de Memorie van Toelichting. Wellicht dat er een trend valt te ontdekken bij de totstandkoming van de billijke vergoeding of misschien is er wel sprake van maatwerk. Voor de opdrachtgever is het vooral van belang om duidelijk te krijgen wanneer er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten en op grond waarvan de billijke vergoeding tot stand komt.

**Hoofdstuk 3.**

**De resultaten naar aanleiding van de jurisprudentieanalyse**

In dit hoofdstuk zullen de volgende praktijkgerelateerde deelvragen worden beantwoord die centraal staan in dit onderzoek:

* Welke factoren spelen een rol bij het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever op grond van de rechtspraktijk?
* Welke factoren zijn van belang bij de berekening van de billijke vergoeding nadat er sprake is geweest van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever op grond van de rechtspraktijk?

In paragraaf 3.1 zal het overzichtschema worden behandeld waarbij per zaak naar voren komt welke (sub)factor er behandeld isF ter zitting. In dit schema worden 25 zaken behandeld. Uit dit schema volgt er een kwantitatief beeld met de factoren die per zaak behandeld zijn. In bijlage 1 volgt er een uitgebreide analyse waarin duidelijk naar voren komt wat maakt dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan werkgeverskant. Per factor zal in deze paragraaf worden aangegeven wat een rol speelt om te spreken van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten.

Vervolgens zal in paragraaf 3.1.1 een overzichtelijk schema volgen met 10 zaken waarbij het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten niet door de rechter is aangenomen. In dit schema volgt er een beknopte omschrijving van hetgeen er door de werknemer is gesteld en hetgeen er door de rechter is beoordeeld. Voor de uitgebreide feiten en overwegingen wordt verwezen naar de analyse die als bijlage 3 is bijgevoegd.

In paragraaf 3.2 zal er een overzichtelijk schema volgen waaruit blijkt welke factoren van belang zijn voor de berekening van de billijke vergoeding. In dit schema zullen er 30 zaken behandeld worden, waarvan de eerste 25 zaken ook al behandeld zijn in paragraaf 3.1. Tot slot zullen er 5 zaken worden behandeld met betrekking tot artikel 7:681 Burgerlijk Wetboek. Zoals eerder aangegeven in paragraaf 2.1, is het ernstig verwijtbaar handelen aan de kant van de werkgever bij dit artikel al een feitelijk gegeven. Op grond hiervan zullen deze zaken dan ook niet van belang zijn voor de beantwoording van deelvraag drie. Desalniettemin zijn deze zaken nog wel van belang voor de beantwoording van deelvraag 4 waar het gaat om de hoogte van de billijke vergoeding. Voor de motivering die door de rechter is gegeven ten aanzien van de hoogte van de billijke vergoeding wordt verwezen naar de analyse die als bijlage 2 is bijgevoegd.

**§ 3.1 De factoren ten aanzien van het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten**

Om deelvraag drie te beantwoorden is het van belang om de factoren in kaart te brengen die een rol spelen bij het ernstig verwijtbaar handelen. Om een duidelijk beeld te schetsen zullen er ook zaken worden behandeld waarbij het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten niet is aangenomen door de rechter. Zoals eerder aangegeven in hoofdstuk 2.1.1 van dit onderzoek, staat er in de Memorie van Toelichting een niet limitatieve opsomming van de factoren die een rol kunnen spelen bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan werkgeverskant.

Aangezien het een niet limitatieve opsomming betreft, zijn er in dit onderzoek een aantal subfactoren duidelijk naar voren gekomen die op zichzelf ernstig verwijtbaar zijn en die onder een van de factoren kunnen vallen uit de Memorie van Toelichting. Tijdens het verrichten van dit onderzoek is namelijk gebleken dat de factoren die de Memorie van Toelichting benoemt, ruime factoren zijn waar diverse subfactoren onder kunnen vallen. Het gaat hier om de volgende subfactoren die door rechters zijn benoemd in de jurisprudentie:

* Werkgever schiet tekort in zorgplicht;
* Er is geen reële kans geboden aan de werknemer om het functioneren te verbeteren;
* Werkgever heeft in belangrijke mate zijn verplichtingen geschonden;
* Er is niet gehandeld als goed werkgever.

In deze paragraaf zal schema 1 worden behandeld. Dit is een overzichtelijke schema op grond van de analyse die is bijgevoegd als bijlage 1. Zoals eerder besproken in paragraaf 2.1.1 staat er in de Memorie van Toelichting een niet limitatieve opsomming van 5 factoren die een rol zouden kunnen spelen bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever. In schema 1 worden slechts 3 factoren uit de Memorie van Toelichting gebruikt. Dit heeft te maken met het feit dat op grond van dit jurisprudentieonderzoek kan worden geconcludeerd dat de volgende 3 factoren uit de Memorie van Toelichting naar voren zijn gekomen wanneer er door de rechter werd geoordeeld dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever:

1. Als een werkgever grovelijk de verplichtingen niet nakomt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en als er als gevolg daarvan een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat. Te denken is hierbij aan de situatie waarin de werkgever zijn re-integratieverplichtingen bij ziekte ernstig heeft veronachtzaamd;
2. Als er als gevolg van laakbaar gedrag van de werkgever een verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan (bijvoorbeeld als gevolg van het niet willen ingaan op avances zijnerzijds) en de rechter concludeert dat er geen andere optie is dan ontslag;
3. De situatie waarin de werkgever een valse grond voor ontslag aanvoert met als enig oogmerk een onwerkbare situatie te creëren en ontslag langs die weg te realiseren.

Per zaak zal worden aangegeven welke subfactoren er behandeld zijn in de 25 zaken ten aanzien van het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. Tevens zal worden aangegeven onder welke factor uit de Memorie van Toelichting de desbetreffende subfactor valt. Voorts zal uit het schema volgen of de werknemer of de werkgever een verzoek heeft ingediend om de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Dit zal volgen uit het wetsartikel dat per zaak benoemd wordt. Tot slot zal er per factor een conclusie volgen waaruit blijkt dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever. Voor de feiten en overwegingen van de rechters die aan bod zijn gekomen bij de behandeling van de zaak wordt verwezen naar de jurisprudentieanalyse die als bijlage 1 is bijgevoegd.

**Schema 1**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **Nr.** | **ECLI Code** | **Factor I uit MvT:**  *Werkgever die grovelijk de*  *verplichtingen niet nakomt uit de arbeidsovereenkomst. Het gevolg hiervan is een verstoorde arbeidsverhouding.* | **Factor II uit MvT:**  *Als er als gevolg van laakbaar gedrag van de werkgever een verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan.* | **Factor III uit MvT:**  *Werkgever voert een valse grond voor ontslag aan met als enig oogmerk: een onwerkbare situatie creëren en ontslag te realiseren.* |
| 1 | *Eerste uitspraak na invoering Wwz*  ECLI:NL:RBOBR:  2015:5186  (niet gepubliceerd) | Art.7:671c lid 2 sub b BW.  \*wg schiet tekort in zorgplicht: nb  \*er is geen reële kans geboden om het functioneren te verbeteren: nb  \*er is niet gehandeld als goed wg: nb  **\*wg heeft in belangrijke mate zijn verplichtingen geschonden: wb** |  |  |
| 2 | ECLI:NL:RBOVE:  2015:5275 | Art.7:671c lid 2 sub b BW.  **\*wg schiet tekort in zorgplicht: wb**  \*er is geen reële kans geboden om het functioneren te verbeteren: nb  \*er is niet gehandeld als goed wg: nb  \*wg heeft in belangrijke mate zijn verplichtingen geschonden: nb |  |  |
| 3 | ECLI:NL:RBNHO:  2015:9668 | Art.7:671b lid 8 sub c BW.  \*wg schiet tekort in zorgplicht: nb  **\*er is geen reële kans geboden om het functioneren te verbeteren: wb**  \*er is niet gehandeld als goed wg: nb  \*wg heeft in belangrijke mate zijn verplichtingen geschonden: nb |  |  |
| 4 | ECLI:NL:RBAMS:  2015:7278 | Art.671b lid 8 sub c BW.  \*wg schiet tekort in zorgplicht: nb  **\*er is geen reële kans geboden om het functioneren te verbeteren: wb**  \*er is niet gehandeld als goed wg: nb  \*wg heeft in belangrijke mate zijn verplichtingen geschonden: nb |  |  |
| 5 | ECLI:NL:RBOBR:  2015:5552 |  | Art.7:671b lid 8 sub c BW.  \*wg schiet tekort in zorgplicht: nb  \*er is geen reële kans geboden om het functioneren te verbeteren: nb  **\*er is niet gehandeld als goed wg: wb**  \*wg heeft in belangrijke mate zijn verplichtingen geschonden: nb |  |
| 6 | ECLI:NL:RBNNE:  2015:5423 | Art.7:671b lid 8 sub c BW.  \*wg schiet tekort in zorgplicht: nb  **\*er is geen reële kans geboden om het functioneren te verbeteren: wb**  **\***er is niet gehandeld als goed wg: nb  \*wg heeft in belangrijke mate zijn verplichtingen geschonden: nb |  |  |
| 7 | ECLI:NL:RBAMS:  2015:8752 |  | Art.7:671b lid 8 sub c BW.  **\*wg schiet tekort in zorgplicht: wb**  \*er is geen reële kans geboden om het functioneren te verbeteren: nb  \*er is niet gehandeld als goed wg: nb  \*wg heeft in belangrijke mate zijn verplichtingen geschonden: nb |  | |

*Legenda*

|  |  |
| --- | --- |
| Nb | Niet behandeld |
| Wb | Wel behandeld |
| MvT | Memorie van Toelichting |
| Art.7:671c lid 2 sub b BW | Ontbindingsverzoek ingediend door wn. Het betreft een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd of bepaalde tijd die tussentijds kan worden opgezegd, |
| Art.7:671b lid 8 sub c BW | Ontbindingsverzoek ingediend door wg. Het betreft een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd of bepaalde tijd die tussentijds kan worden opgezegd, |
| **Bruin** | wg schiet tekort in zorgplicht |
| **Rood** | er is geen reële kans geboden om het functioneren te verbeteren |
| **Paars** | er is niet gehandeld als goed wg |
| **Blauw** | wg heeft in belangrijke mate zijn verplichtingen geschonden |

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **Nr.** | **ECLI Code** | **Factor I uit Memorie van Toelichting:**  *Werkgever die grovelijk de*  *verplichtingen niet nakomt uit de arbeidsovereenkomst. Het gevolg hiervan is een verstoorde arbeidsverhouding.* | **Factor II uit MvT:**  *Als er als gevolg van laakbaar gedrag van de werkgever een verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan.* | **Factor III uit MvT:**  *Werkgever voert een valse grond voor ontslag aan met als enig oogmerk: een onwerkbare situatie creëren en ontslag te realiseren.* |
| 8 | ECLI:NL:RBROT:  2015:9316 |  |  | Art.7:671b lid 8 sub c BW.  \*wg schiet tekort in zorgplicht: nb  \*er is geen reële kans geboden om het functioneren te verbeteren: nb  **\*er is niet gehandeld als goed wg: wb**  \*wg heeft in belangrijke mate zijn verplichtingen geschonden: nb |
| 9 | ECLI:NL:RBAMS:  2015:9244 | Art.7:671b lid 8 sub c BW.  \*wg schiet tekort in zorgplicht: nb  \*er is geen reële kans geboden om het functioneren te verbeteren: nb  \*er is niet gehandeld als goed wg: nb  **\*wg heeft in belangrijke mate zijn verplichtingen geschonden: wb** |  |  |
| 10 | ECLI:NL:RBNHO:  2015:11461 | Art.7:671b lid 8 sub c BW.  \*wg schiet tekort in zorgplicht: nb  \*er is geen reële kans geboden om het functioneren te verbeteren: nb  **\*er is niet gehandeld als goed wg: wb**  \*wg heeft in belangrijke mate zijn verplichtingen geschonden: nb |  |  |
| 11 | ECLI:NL:RBMNE:  2016:854 |  | Art.7:671b lid 8 sub c BW.  \*wg schiet tekort in zorgplicht: nb  \*er is geen reële kans geboden om het functioneren te verbeteren: nb  **\*er is niet gehandeld als goed wg: wb**  \*wg heeft in belangrijke mate zijn verplichtingen geschonden: nb |  |
| 12 | ECLI:NL:RBNNE:  2016:715 |  | Art.7:671b lid 8 sub c BW.  \*wg schiet tekort in zorgplicht: nb  \*er is geen reële kans geboden om het functioneren te verbeteren: nb  **\*er is niet gehandeld als goed wg: wb**  \*wg heeft in belangrijke mate zijn verplichtingen geschonden: nb |  |
| 13 | ECLI:NL:RBNNE:  2016:713 |  | Art.7:671b lid 8 sub c BW.  \*wg schiet tekort in zorgplicht: nb  \*er is geen reële kans geboden om het functioneren te verbeteren: nb  **\*er is niet gehandeld als goed wg: wb**  \*wg heeft in belangrijke mate zijn verplichtingen geschonden: nb |  |
| 14 | ECLI:NL:RBZWB:  2015:8520 | Art.7:671b lid 8 sub c BW.  \*wg schiet tekort in zorgplicht: nb  \*er is geen reële kans geboden om het functioneren te verbeteren: nb  \*er is niet gehandeld als goed wg: nb  **\*wg heeft in belangrijke mate zijn verplichtingen geschonden: wb** |  |  |

*Legenda*

|  |  |
| --- | --- |
| nb | Niet behandeld |
| wb | Wel behandeld |
| MvT | Memorie van Toelichting |
| Art.7:671b lid 8 sub c BW | Ontbindingsverzoek ingediend door wg. Het betreft een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd of bepaalde tijd die tussentijds kan worden opgezegd, |
| **bruin** | wg schiet tekort in zorgplicht |
| **rood** | er is geen reële kans geboden om het functioneren te verbeteren |
| **paars** | er is niet gehandeld als goed wg |
| **blauw** | wg heeft in belangrijke mate zijn verplichtingen geschonden |

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **Nr.** | **ECLI Code** | **Factor I uit MvT:**  *Werkgever die grovelijk de*  *verplichtingen niet nakomt uit de arbeidsovereenkomst. Het gevolg hiervan is een verstoorde arbeidsverhouding.* | **Factor II uit MvT:**  *Als er als gevolg van laakbaar gedrag van de werkgever een verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan* | **Factor III uit MvT:**  *Werkgever voert een valse grond voor ontslag aan met als enig oogmerk: een onwerkbare situatie creëren en ontslag te realiseren.* |
| 15 | ECLI:NL:RBAMS:  2016:400 |  | Art.7:671b lid 8 sub c BW.  \*wg schiet tekort in zorgplicht: nb  \*er is geen reële kans geboden om het functioneren te verbeteren: nb  **\*er is niet gehandeld als goed wg: wb**  \*wg heeft in belangrijke mate zijn verplichtingen geschonden: nb |  |
| 16 | ECLI:NL:RBMNE:  2016:986 |  | Art.7:671b lid 8 sub c BW.  \*wg schiet tekort in zorgplicht: nb  \*er is geen reële kans geboden om het functioneren te verbeteren: nb  **\*er is niet gehandeld als goed wg: wb**  \*wg heeft in belangrijke mate zijn verplichtingen geschonden: nb |  |
| 17 | ECLI:NL:RBOVE:  2016:212 |  | Art.7:671b lid 8 sub c BW.  \*wg schiet tekort in zorgplicht: nb  \*er is geen reële kans geboden om het functioneren te verbeteren: nb  **\*er is niet gehandeld als goed wg: wb**  \*wg heeft in belangrijke mate zijn verplichtingen geschonden: nb |  |
| 18 | ECLI:NL:RBDHA:  2016:3404 | Art.7:671b lid 8 sub c BW.  \*wg schiet tekort in zorgplicht: nb  **\*er is geen reële kans geboden om het functioneren te verbeteren: wb**  \*er is niet gehandeld als goed wg: nb  \*wg heeft in belangrijke mate zijn verplichtingen geschonden: nb |  |  |
| 19 | ECLI:NL:RBNHO:  2016:2698 |  |  | Art.7:671b lid 8 sub c BW.  \*wg schiet tekort in zorgplicht: nb  \*er is geen reële kans geboden om het functioneren te verbeteren: nb  **\*er is niet gehandeld als goed wg: wb**  \*wg heeft in belangrijke mate zijn verplichtingen geschonden: nb |
| 20 | ECLI:NL:RBNNE:  2016:1734 | Art.7:671b lid 8 sub c BW.  \*wg schiet tekort in zorgplicht: nb  \*er is geen reële kans geboden om het functioneren te verbeteren: nb  \*er is niet gehandeld als goed wg: nb  **\*wg heeft in belangrijke mate zijn verplichtingen geschonden: wb** |  |  |
| 21 | ECLI:NL:RBOVE:  2016:882 | Art.7:671b lid 8 sub c BW.  \*wg schiet tekort in zorgplicht: nb  \*er is geen reële kans geboden om het functioneren te verbeteren: nb  \*er is niet gehandeld als goed wg: nb  **\*wg heeft in belangrijke mate zijn verplichtingen geschonden: wb** |  |  |

*Legenda*

|  |  |
| --- | --- |
| Nb | Niet behandeld |
| Wb | Wel behandeld |
| MvT | Memorie van Toelichting |
| Art.7:671b lid 8 sub c BW | Ontbindingsverzoek ingediend door wg. Het betreft een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd of bepaalde tijd die tussentijds kan worden opgezegd, |
| **bruin** | wg schiet tekort in zorgplicht |
| **rood** | er is geen reële kans geboden om het functioneren te verbeteren |
| **paars** | er is niet gehandeld als goed wg |
| **blauw** | wg heeft in belangrijke mate zijn verplichtingen geschonden |

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **Nr.** | **ECLI Code** | **Factor I uit MvT:**  *Werkgever die grovelijk de*  *verplichtingen niet nakomt uit de arbeidsovereenkomst. Het gevolg hiervan is een verstoorde arbeidsverhouding.* | **Factor II uit MvT:**  *Als er als gevolg van laakbaar gedrag van de werkgever een verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan* | **Factor III uit MvT:**  *Werkgever voert een valse grond voor ontslag aan met als enig oogmerk: een onwerkbare situatie creëren en ontslag te realiseren.* |
| 22 | ECLI:NL:RBROT:  2015:9963 | Art.7:671b lid 8 sub c BW.  \*wg schiet tekort in zorgplicht: nb  **\*er is geen reële kans geboden om het functioneren te verbeteren: wb**  \*er is niet gehandeld als goed wg: nb  \*wg heeft in belangrijke mate zijn verplichtingen geschonden: nb |  |  |
| 23 | ECLI:NL:RBAMS:  2016:2127 |  | Art.7:671b lid 8 sub c BW.  \*wg schiet tekort in zorgplicht: nb  \*er is geen reële kans geboden om het functioneren te verbeteren: nb  **\*er is niet gehandeld als goed wg: wb**  \*wg heeft in belangrijke mate zijn verplichtingen geschonden: nb |  |
| 24 | ECLI:NL:RBGEL:  2016:1534 |  | Art.7:671b lid 8 sub c BW.  \*wg schiet tekort in zorgplicht: nb  \*er is geen reële kans geboden om het functioneren te verbeteren: nb  **\*er is niet gehandeld als goed wg: wb**  \*wg heeft in belangrijke mate zijn verplichtingen geschonden: nb |  |
| 25 | ECLI:NL:GHSHE:  2016:320  *(1e uitspraak in hoger beroep die gepubliceerd is op rechtspraak.nl).* |  | Art.7:671c lid 2 sub b BW.  \*wg schiet tekort in zorgplicht: nb  \*er is geen reële kans geboden om het functioneren te verbeteren: nb  **\*er is niet gehandeld als goed wg: wb**  \*wg heeft in belangrijke mate zijn verplichtingen geschonden: nb |  |

*Legenda*

|  |  |
| --- | --- |
| Nb | Niet behandeld |
| Wb | Wel behandeld |
| MvT | Memorie van Toelichting |
| Art.7:671c lid 2 sub b BW | Ontbindingsverzoek ingediend door wn. Het betreft een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd of bepaalde tijd die tussentijds kan worden opgezegd, |
| Art.7:671b lid 8 sub c BW | Ontbindingsverzoek ingediend door wg. Het betreft een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd of bepaalde tijd die tussentijds kan worden opgezegd, |
| **bruin** | wg schiet tekort in zorgplicht |
| **rood** | er is geen reële kans geboden om het functioneren te verbeteren |
| **paars** | er is niet gehandeld als goed wg |
| **Blauw** | wg heeft in belangrijke mate zijn verplichtingen geschonden |

Ten aanzien van de eerste factor, de werkgever die grovelijk de verplichtingen niet nakomt uit de arbeidsovereenkomst, kan over het algemeen worden gezegd dat bij ruim de helft van de zaken sprake is van de subfactor ‘’de werkgever heeft in belangrijke mate zijn verplichtingen geschonden’’. Er wordt verwezen naar de analyse die is bijgevoegd als bijlage 1. Hierbij gaat het om de zaken 1, 9, 14, 20 en 21. Wat er uit deze zaken naar voren komt is dat de werkgever een bepaalde situatie heeft gecreëerd, waardoor er een verstoring is ontstaan in de arbeidsverhouding. Het gaat om situaties waarbij er van de werkgever uit mag worden gegaan dat hij deze verplichtingen nakomt jegens de werknemer. Zo is het aan de werkgever om bijvoorbeeld geen onhoudbare situatie te laten ontstaan, geen onwerkbare situatie te creëren en geen verstoring in de arbeidsverhouding te verwezenlijken. Dit zijn overigens voorbeelden uit de jurisprudentieanalyse. Tevens kan ten aanzien van deze eerste factor worden gezegd dat bij ruim de helft van de zaken sprake is van de subfactor ‘’er is geen reële kans geboden aan de werknemer om het functioneren te verbeteren’’. Er zijn drie dingen die opvallen bij de zaken waar hier sprake van is.

* De werknemer is direct op non-actief gesteld zonder dat er aan de werknemer de kans is geboden om het functioneren te verbeteren (zaken 3 en 4);
* De werkgever heeft de werknemer nimmer op de hoogte gesteld van het feit dat de werknemer niet goed functioneert (zaak 6);
* De werkgever heeft de werknemer niet de kans gegeven om het functioneren te verbeteren. Vanwege beschadiging in de arbeidsrelatie is dit ook niet meer mogelijk (zaken 18 en 22).

Ten aanzien van de tweede factor, als gevolg van laakbaar gedrag een verstoorde arbeidsrelatie doen ontstaan, kan over het algemeen worden gezegd dat de werkgever niet als goed werkgever heeft gehandeld. Hiervoor verwijs ik overigens naar de jurisprudentieanalyse die als bijlage 1 is bijgevoegd. Door de rechter is niet met zoveel woorden vastgesteld dat er sprake is van deze factor. In mijn opinie is er wel degelijk sprake van laakbaar gedrag aan werkgeverskant in de zaken 5, 7, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 23, 24 en 25. Wat vooral opvalt in de desbetreffende zaken is dat de werkgever de ontbinding van de arbeidsovereenkomst had kunnen voorkomen, door minder nalatig te zijn. Het valt namelijk niet goed te keuren hoe er door de werkgever is gehandeld. Zo komt het volgende naar voren uit een aantal zaken:

* De werkgever had een bedrijfsarts moeten inschakelen bij twijfels over de ziekte van de werknemer (zaak 5);
* De werkgever had een serieus verbetertraject moeten inzetten voor de werknemer

(zaak 7);

* Er is door de werkgever geen actie ondernomen om de onderlinge verhoudingen te verbeteren (zaak 16);
* De werkgever had collega x moeten aanspreken over zijn gedrag naar werknemer toe (zaak 23).

In de bovengenoemde zaken is er steeds sprake van een andere situatie waar de werkgever nalatig heeft gehandeld. Vanwege het feit dat de werkgever afkeurenswaardig heeft gehandeld, is er op den duur een verstoorde arbeidsrelatie ontstaan die niet meer te herstellen is.

Ten aanzien van de derde factor, de werkgever die een valse grond voor ontslag aanvoert met als enig oogmerk een onwerkbare situatie te creëren en ontslag te realiseren, kan worden gezegd dat deze factor niet vaak van toepassing is bij het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever op grond van dit jurisprudentieonderzoek. Deze factor is slechts in de zaken 8 en 19 door de rechter behandeld. Om te kunnen spreken van de situatie waarin de werkgever een valse grond voor ontslag heeft aangevoerd, kan op grond van dit onderzoek worden gezegd dat er sprake zou kunnen zijn van een onvoldragen ontslaggrond waarbij onterecht is gesteld dat er sprake is van disfunctioneren of een situatie waarbij de werknemer op ondeugdelijke gronden op staande voet is ontslagen. De ontslaggronden die in zaak 8 het ontslag op staande voet niet rechtvaardigen worden hierna toegelicht:

* Er zou sprake geweest zijn van ‘’oneigenlijke concurrentie’’ volgens de werkgever. De rechter heeft geoordeeld dat geen sprake is geweest van concurrerende activiteiten. Een van de argumenten die genoemd wordt door de rechter is dat de vennootschap die door de werknemer bestuurd wordt, zich niet richt op dezelfde markt als de vennootschap van de werkgever;
* Volgens de werkgever was er de afgelopen tijd sprake van steeds moeilijker verlopende communicatie. Volgens de kantonrechter is er niet voldaan aan het onverwijldheidsvereiste door de toevoeging ‘’afgelopen tijd’’;
* Volgens de werkgever is de werknemer geruime tijd zonder reden niet verschenen op het werk. De rechter heeft geoordeeld dat de werknemer in de desbetreffende periode niet op het werk was verschenen vanwege de non-actiefstelling/schorsing.

**§ 3.1.1 Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten niet aangenomen**

In deze paragraaf zullen er 10 zaken worden weergegeven in een overzichtelijk schema waarbij het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten niet is aangenomen door de rechter. Het gaat hier om schema 2. Deze zaken worden meegenomen in dit onderzoek om zo duidelijk mogelijk in kaart te brengen welke factoren er van belang zijn voor de toekenning van de billijke vergoeding. Uit dit schema kan worden opgemaakt wat er door de werknemer is gesteld en hoe de rechter hierover heeft geoordeeld in de desbetreffende zaak. In de analyse die als bijlage 3 is bijgevoegd staan de feiten en de beoordelingen van de rechters uitgebreider beschreven.

**Schema 2**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Nr.** | **ECLI Code +**  **Wettelijke grondslag** | **Door de werknemer gesteld** | **Beoordeling kantonrechter** |
| 31 | ECLI:NL:RBOBR:  2015:5275.  *(zaak waartegen hoger beroep is ingesteld, zie nr.25 in bovenstaand tabel).*  Art. 7:671c lid 2 sub b BW | Er is een grens overschreden door wg door privé mails van de wn in de procedure te betrekken. | De wg heeft hier **verwijtbaar heeft gehandeld**. Er is geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen. |
| 32 | ECLI:NL:RBLIM:  2015:9182.  Art.7:671b lid 8 sub c BW | Er is geen reële kans geboden aan de wn om het functioneren te verbeteren. | Er is **voldoende tijd** (4 maanden) aan wn gegeven **om** **het functioneren te verbeteren**. De wn is hier niet in geslaagd. |
| 33 | ECLI:NL:RBROT:  2015:7335.  Art.7:671b lid 8 sub c BW | Wg wenst geen werkhervatting van de wn. De wg heeft onvoldoende gedaan om de verstoorde arbeidsrelatie te herstellen. | De wg heeft diverse middelen ingezet. Deze middelen hebben de arbeidsrelatie niet kunnen herstellen. |
| 34 | ECLI:NL:RBNNE:  2015:3611.  Art.7:671b lid 8 sub c BW | Wn is geschikt voor de huidige functie als directeur. De wg weigert wn te laten werken als directeur of in een andere passende functie.  Voorts zal de wn financieel nadeel ondervinden bij beëindiging van het dienstverband. | Er is terecht geoordeeld door de wg dat de wn niet geschikt is voor de huidige functie. **Wn voldoet niet aan de functie-eisen**, ook niet na het volgen van een verbetertraject. |
| 35 | ECLI:NL:RBMNE:  2015:8495.  Art.7:671c lid 2 sub b BW | Wg heeft verzuimd zorg te dragen voor goede arbeidsomstandigheden + de re-integratieverplichting is grovelijk veronachtzaamd + de wg probeert de transitievergoeding te omzeilen door de zieke wn in dienst te houden. | De ktr heeft uitgebreid en per punt toegelicht dat er geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen door de wg (zie jurisprudentieanalyse in bijlage 3). |
| 36 | ECLI:NL:RBGEL:  2015:6344.  Art.7:671b lid 8 sub c BW | Er is sprake van een onvolledig dossier. Tevens is er geen sprake van een verstoorde arbeidsrelatie. | Er is sprake van regelmatig terugkerend onaanvaardbaar gedrag van wn binnen de organisatie. |
| 37 | ECLI:NL:RBNNE:  2015:5493.  Art.7:671b lid 8 sub c BW | Er is geen sprake van disfunctioneren. Er is sprake van discriminatie wegens ras. | Het is voor de wn **niet haalbaar om het functioneren te verbeteren**, gelet op de gegeven kansen aan wn. Tevens is er geen sprake van discriminatie. Dit is onvoldoende onderbouwd door wn. |
| 38 | ECLI:NL:RBROT:  2015:7045.  Art.7:671b lid 8 sub c BW | De wg heeft onvoldoende rekening gehouden met het traumatisch verleden van wn + de ontbinding van de arbeidsovereenkomst is te voorbarig. | Wg is niet te te ver gegaan als er gekeken wordt naar het traumatisch verleden van de wn. Voorts is een verdere samenwerking tussen wg en wn niet meer mogelijk. |
| 39 | ECLI:NL:RBGEL:  2015:5909.  Art.7:671b lid 8 sub c BW | Wn is wel geschikt voor de functie + wn was niet op de hoogte van het feit dat wg de overeenkomst wilde ontbinden. | Er is terecht geoordeeld door de wg dat de wn niet geschikt is voor de huidige functie. De wn is hiervan tijdig op de hoogte gesteld. Ook is er **voldoende tijd**  (7 maanden), begeleiding en gelegenheid geboden **om het functioneren te verbeteren.** |
| 40 | ECLI:NL:RBAMS:  2015:8949.  Art.7:671b lid 8 sub c BW | Er is sprake van ernstige en onbewezen beschuldigingen jegens wn + wn is onder druk gezet om snel te vertrekken + er zijn actief medewerkers benaderd om een verklaring over wn af te leggen. | Er is geen sprake van onbewezen verklaringen. Tevens is wn niet onder druk gezet om snel te vertrekken. En door de medewerkers te vragen om een verklaring af te leggen over wn is er ook geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen. |

*Legenda*

|  |  |
| --- | --- |
| Art.7:671c lid 2 sub b BW | Ontbindingsverzoek ingediend door wn. Het betreft een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd of bepaalde tijd die tussentijds kan worden opgezegd, |
| Art.7:671b lid 8 sub c BW | Ontbindingsverzoek ingediend door wg. Het betreft een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd of bepaalde tijd die tussentijds kan worden opgezegd, |
| **Rood** | Wg heeft verwijtbaar gehandeld, niet ernstig verwijtbaar. |
| **Blauw** | Ondanks de inspanningen van de wg om het functioneren van de wn te verbeteren, voldoet de wn niet aan de functie-eisen van de desbetreffende functie. |

Het is opvallend dat in vier van de tien zaken het functioneren van de werknemer ter discussie staat. Het gaat om de zaken 32, 34, 37 en 39. De werknemer is van mening dat er geen sprake is van disfunctioneren of dat er niet voldoende tijd is geboden door de werkgever om het functioneren te kunnen verbeteren. In de desbetreffende zaken heeft de rechter duidelijk naar voren gebracht dat het van belang is dat er een verbetertraject moet worden aangeboden door de werkgever om zodoende het functioneren te verbeteren. Indien de werknemer voldoende tijd en begeleiding heeft gekregen en de werknemer nog steeds niet aan de genoemde functie-eisen voldoet, dan is er naar het oordeel van de rechter sprake van disfunctioneren. In uitspraak 32 uit schema 2 is gebleken dat de rechter 4 maanden voldoende tijd vond om het functioneren van de werknemer te kunnen verbeteren. In uitspraak 39 heeft de rechter geoordeeld dat 7 maanden voldoende tijd is om het functioneren te verbeteren. Onder begeleiding wordt het volgende verstaan. Er moeten functioneringsgesprekken zijn gevoerd, er zal coaching moeten worden aangeboden en er moeten regelmatig gesprekken zijn geweest met de werknemer met betrekking tot het functioneren. Indien de werkgever hieraan heeft voldaan, is er geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan de kant van de werkgever. Voorts is er in hoofdstuk 2.1.1 en 2.1.2 gesproken over het ‘verwijtbaar handelen’ aan werkgeverskant door de auteurs P. Kruit, B. Schouten en A. van Zanten-Baris. Op grond hiervan zal zaak 31 dan ook kort worden besproken waarbij slechts sprake is van ‘verwijtbaar’ handelen. De volgende punten maken dat de werkgever ‘verwijtbaar’ heeft gehandeld:

* de werkgever heeft privé mails van de werknemer in de ontslagprocedure betrokken;
* de termijn die door de werkgever is gegeven om de vaststellingsovereenkomst te ondertekenen was te kort;
* het achterhouden van informatie met betrekking tot het afspiegelingsbeginsel.

Wat kan worden geconcludeerd uit deze zaak is dat de rechter niet heeft benoemd wat maakt dat hier slechts sprake is van ‘verwijtbaar handelen’ en geen sprake van ‘ernstig verwijtbaar handelen’. Wat wel volgt uit deze zaak is dat er moet zijn voldaan aan ‘ernstig verwijtbaar handelen’. Het woord ‘ernstig’ is hier dan ook van groot belang. Indien er slechts sprake is van ‘verwijtbaar handelen’ zal de billijke vergoeding niet worden toegekend. Verder zijn de overige 5 zaken niet besproken, aangezien het hier niet gaat om bijzondere situaties of situaties die vaak zijn voorgekomen. Het gaat hier om zaken die slechts een keer zijn voorgekomen en die dan ook geen duidelijk beeld schetsen.

**§ 3.2 De factoren voor de berekening van de billijke vergoeding**

Voor de beantwoording van deelvraag 4 is het van belang om de factoren in kaart te brengen die een rol spelen bij de berekening van de billijke vergoeding. Zoals al eerder aangegeven in hoofdstuk 2 paragraaf 2 krijgen rechters veel ruimte om de hoogte van de billijke vergoeding te bepalen. Hierna zal dan ook in een overzichtelijk schema volgen welke factoren duidelijk naar voren komen in de 30 zaken die gebruikt zijn voor dit onderzoek. Het gaat hier om schema 3. Eerst zullen de 25 zaken worden besproken die vermeld staan in schema 1, paragraaf 3.1. Vervolgens zullen de vijf zaken volgen met betrekking tot artikel 7:681 Burgerlijk Wetboek, die ook van belang zijn voor de beantwoording van deelvraag 4.

De factoren die een rol hebben gespeeld bij de totstandkoming van de billijke vergoeding zijn:

* Loon en/of lengte van het dienstverband. Deze factor is afkomstig uit de Memorie van Toelichting;
* De financiële situatie van de werkgever. Deze factor is afkomstig uit de Memorie van Toelichting;
* Het voorkomen van dergelijk handelen. Deze factor is afkomstig uit de Memorie van Toelichting;
* Het gevolgencriterium. Zoals reeds beschreven in hoofdstuk 2 paragraaf 2 dient het gevolgencriterium geen rol te spelen bij de berekening van de hoogte van de billijke vergoeding. Desalniettemin heeft de rechter dit criterium in een tweetal zaken mee laten wegen;
* Doorbetaling van het loon zonder dat sprake is van een arbeidsprestatie. Deze factor is van belang op grond van mijn bevindingen, naar aanleiding van de resultaten uit de rechtspraktijk;
* Niet opzettelijk nalaten van verplichtingen/niet moreel verantwoord handelen. Deze 2 factoren zijn van belang op grond van mijn bevindingen, naar aanleiding van de resultaten uit de rechtspraktijk.

Op verzoek van de opdrachtgever zal er in deze paragraaf tevens onderzocht worden of er een trend valt te ontdekken bij de totstandkoming van de billijke vergoeding. Om te zien of er een trend valt te ontdekken is de hoogte van de billijke vergoeding vergeleken met de gevorderde billijke vergoeding en de hoogte van de transitievergoeding. Tot slot zal er per factor beschreven worden welke elementen relevant zijn voor de berekening van de hoogte van de billijke vergoeding.

**Schema 3**

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Nr.** | **ECLI Code** | **Loon en/of lengte**  **dienstverband (MvT)** | **Financiële**  **situatie wg**  **(MvT)** | **Voorkomen van dergelijk handelen**  **(MvT)** | **Gevolgen-**  **criterium** | **Doorbetaling**  **vh loon zonder**  **arbeids-**  **prestatie** | **Niet opzettelijk nalaten van verplichtingen/**  **Niet moreel verantwoord handelen** | **Trend billijke vergoeding** |
| 1 | *Eerste uitspraak na invoering Wwz.*  ECLI:NL:RBOBR:  2015:5186  *(niet gepubliceerd)* |  |  |  |  |  |  | Billijke vergoeding staat gelijk aan de transitie-  vergoeding. |
| 2 | ECLI:NL:RBOVE:  2015:5275 |  |  |  |  |  |  |  |
| 3 | ECLI:NL:RBNHO:  2015:9668 |  | Geen rekening mee gehouden, vanwege onvoldoende onderbouwing door wg. |  |  |  |  | Billijke vergoeding is bijna ½ deel minder dan de transitie-  vergoeding  & bijna ½ deel minder dan de  vordering. |
| 4 | ECLI:NL:RBAMS:  2015:7278 |  |  |  |  |  |  |  |
| 5 | ECLI:NL:RBOBR:  2015:5552 |  | Geen rekening mee gehouden, vanwege onvoldoende onderbouwing door wg. |  |  |  |  | Billijke vergoeding is 1/5 deel van de vordering. |
| 6 | ECLI:NL:RBNNE:  2015:5423 |  |  |  |  |  | Leidt tot geringe vergoeding | Billijke vergoeding is ongeveer 1/6 deel van de transitie-  vergoeding. |
| 7 | ECLI:NL:RBAMS:  2015:8752 |  |  | Billijke vergoeding moet een zekere omvang hebben. |  |  |  |  |
| 8 | ECLI:RBROT:  2015:9316 |  |  |  |  | Van invloed bij bepaling vd hoogte. |  |  |
| 9 | ECLI:RBAMS:  2015:9244 |  |  |  |  |  |  | Billijke vergoeding is bijna ½ deel minder dan transitie-vergoeding. |
| 10 | ECLI:NL:RBNHO:  2015:11461 |  |  |  |  |  |  |  |
| 11 | ECLI:NL:RBMNE:  2016:854 |  |  |  |  | Van invloed bij bepaling vd hoogte. |  |  |
| 12 | ECLI:NL:RBNNE:  2016:715 |  |  |  |  |  |  |  |
| 13 | ECLI:NL:RBNNE:  2016:713 | Lengte van het dienstverband (ruim 20 jaar) |  |  |  |  |  |  |

*Legenda*

|  |  |
| --- | --- |
| Groen | Geen van de factoren zijn behandeld in deze zaak |

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Nr.** | **ECLI Code** | **Loon en/of lengte**  **dienstverband (MvT)** | **Financiële**  **situatie wg**  **(MvT)** | **Voorkomen van dergelijk handelen**  **(MvT)** | **Gevolgen-**  **criterium** | **Doorbetaling**  **vh loon zonder**  **arbeids-**  **prestatie** | **Niet opzettelijk nalaten van verplichtingen/**  **Niet moreel verantwoord handelen** | **Trend billijke vergoeding** |
| 14 | ECLI:NL:RBZWB:  2015:8520 |  | Er is niet gebleken dat er een andere uitkomst zou moeten volgen vanwege deze factor. |  |  |  |  |  |
| 15 | ECLI:NL:RBAMS:  2016:400 | Loon en lengte van het dienstverband.  Het loon bedraagt  €3.746,16 bruto per maand. |  |  | Van invloed bij bepaling vd hoogte. |  |  |  |
| 16 | ECLI:NL:RBMNE:  2016:986 |  |  |  |  |  |  | Billijke vergoeding staat gelijk aan hetgeen er gevorderd is. |
| 17 | ECLI:NL:RBOVE:  2016:212 |  |  |  |  |  |  |  |
| 18 | ECLI:NL:RBDHA:  2016:3404 |  |  |  |  |  |  |  |
| 19 | ECLI:NL:RBNHO:  2016:2698 |  |  |  |  |  |  |  |
| 20 | ECLI:NL:RBNNE:  2016:1734 |  |  |  |  |  |  |  |
| 21 | ECLI:NL:RBOVE:  2016:882 | Loon en lengte van het dienstverband (ruim 38 jaar).  Het loon bedraagt  €4.816,20 bruto per maand. |  |  |  |  |  |  |
| 22 | ECLI:NL:RBROT:  2015:9963 |  |  |  |  |  |  | Billijke vergoeding is 1/10 deel van de vordering. |
| 23 | ECLI:NL:RBAMS:  2016:2127 |  |  |  |  |  |  | Billijke vergoeding is 1/7 deel van de vordering. |
| 24 | ECLI:NL:RBGEL:  2016:1534 | Loon en lengte van het dienstverband (ruim 28 jaar).  Het loon bedraagt €5.504,- bruto per maand. |  | Billijke vergoeding moet een zekere omvang hebben. | Van invloed bij bepaling vd hoogte. |  |  |  |
| 25 | ECLI:NL:GHSHE:  2016:320 | Lengte van het dienstverband (ruim 9 jaar). |  |  |  |  |  |  |

*Legenda*

|  |  |
| --- | --- |
| Groen | Geen van de factoren zijn behandeld in deze zaak |

**Aanvulling schema 3 (art.7:681 zaken)**

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Nr.** | **ECLI Code** | **Loon en/of lengte**  **dienstverband (MvT)** | **Financiële**  **situatie wg**  **(MvT)** | **Voorkomen van dergelijk handelen**  **(MvT)** | **Gevolgen-**  **criterium** | **Doorbetaling**  **vh loon zonder**  **arbeids-**  **prestatie** | **Niet opzettelijk nalaten van verplichtingen/**  **Niet moreel verantwoord handelen** | **Trend billijke vergoeding** |
| 26 | ECLI:NL:RBLIM:  2015:9351 |  |  |  |  |  |  | De billijke vergoeding is ¼ deel van de vordering. |
| 27 | ECLI:NL:RBNHO:  2015:9470 |  |  |  |  |  |  |  |
| 28 | ECLI:NL:RBMNE:  2015:7538 | Loon en lengte van het dienstverband (ruim 16 jaar).  Het loon bedraagt  €224,51 bruto per maand. |  | Billijke vergoeding moet een zekere omvang hebben. |  |  |  |  |
| 29 | ECLI:NL:RBLIM:  2016:2432 |  |  |  |  |  |  | Billijke vergoeding staat gelijk aan hetgeen er gevorderd is. |
| 30 | ECLI:NL:RBNNE:  2016:1633 |  |  |  |  |  | Leidt tot geringe vergoeding |  |

*Loon en/of lengte van het dienstverband (staat in de Memorie van Toelichting)*

Op grond van schema 3 is in een lijn te zien dat er zes zaken zijn waarbij de rechter deze factor heeft mee laten wegen voor de berekening van de billijke vergoeding. In sommige gevallen neemt de rechter slechts de lengte van het dienstverband mee voor de berekening. Dit is terug te zien in uitspraak 13 en 25. Wat naar voren komt bij deze 2 zaken is dat de rechter duidelijk benoemd dat er in de voorgaande jaren sprake is geweest van een goede samenwerking. Bij de uitspraken 15, 21, 24 en 28 heeft de rechter beide criteria mee laten wegen bij de berekening van de billijke vergoeding. Wat hier opvalt is dat er vooral in de uitspraken 21 en 24 behoorlijke bedragen zijn toegekend, respectievelijk €80.000 en €90.000. Dit heeft waarschijnlijk te maken met het feit dat de werknemers gedurende een lange periode hebben gewerkt in de organisatie en daarnaast een hoog bruto maandsalaris hebben.

*Financiële situatie van de werkgever (staat in de Memorie van Toelichting)*

Op grond van schema 3 is te zien dat de rechter deze factor in drie zaken heeft laten meewegen bij de beoordeling van de hoogte van de billijke vergoeding. De werkgever heeft in de uitspraken 3 en 5 naar voren gebracht dat er rekening moet worden gehouden met deze factor. De rechter heeft in beide zaken geoordeeld dat er geen rekening zal worden gehouden met de financiële situatie van de werkgever, vanwege het feit dat de werkgever dit punt onvoldoende heeft onderbouwd. In uitspraak 14 heeft de rechter wederom naar voren gebracht dat niet gesteld of gebleken is dat de financiële situatie van de werkgever tot een andere uitkomst van de vergoeding zou moeten leiden. Uit de drie uitspraken die gebruikt zijn voor dit onderzoek komt dan ook duidelijk naar voren dat het van belang is dat de werkgever dit punt voldoende dient te onderbouwen met stukken.

*Voorkomen van dergelijk handelen (staat in de Memorie van Toelichting)*

Op grond van schema 3 blijkt dat deze factor in drie zaken wordt meegenomen om de hoogte van de billijke vergoeding vast te stellen. Uit de uitspraken 7, 24 en 28 volgt dat de rechter heeft geoordeeld dat de billijke vergoeding een zekere omvang moet hebben om op die manier dergelijk handelen van de werkgever te voorkomen. Uit de analyse die is bijgevoegd als bijlage 2 volgt uit deze drie zaken ook dat de rechter duidelijk wil maken dat deze factor een punitief karakter heeft. Dit heeft te maken met het feit dat de werkgever in de uitspraken 7 en 24 een verstoorde arbeidsverhouding heeft veroorzaakt.

*Gevolgencriterium*

Zoals eerder beschreven in hoofdstuk 2 paragraaf 2, dient het gevolgencriterium geen rol te spelen bij de berekening van de hoogte van de billijke vergoeding. Desalniettemin heeft de rechter dit criterium in 2 zaken mee laten wegen. In de uitspaken 15 en 24 komt naar voren dat de rechter mee laat wegen dat er sprake zal zijn van inkomstenderving. In zaak 15 is hier rekening mee gehouden, aangezien de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en hierdoor verantwoordelijk is voor de inkomenssituatie van de werknemer zoals die zal zijn na het einde van het dienstverband. De rechter is namelijk van oordeel dat de transitievergoeding hier onvoldoende rekening mee houdt. In zaak 24 is rekening gehouden met het feit dat er sprake zal zijn van inkomstenderving, aangezien er rekening moet worden gehouden met het feit dat het brutoloon van de werknemer ongeveer 2 keer zo hoog is als het maximumdagloon voor de uitkering op grond van de Werkloosheidswet. Het gevolgencriterium heeft slechts in 2 zaken een rol gespeeld, toch blijft het merkwaardig dat het criterium überhaupt een rol heeft gespeeld bij de berekening van de billijke vergoeding.

*Doorbetaling van het loon zonder dat er sprake is van een arbeidsprestatie*

Op grond van schema 3 blijkt dat deze factor in de uitspraken 8 en 11 van belang is geweest bij de berekening van de hoogte van de billijke vergoeding. Mijns inziens is dit in het voordeel van de werkgever. Het niet werken ligt hier overigens in de risicosfeer van de werkgever. In zaak 8 heeft de werkgever de werknemer wegens ondeugdelijke gronden op staande voet ontslagen. In zaak 11 heeft de werkgever de werknemer langer dan een jaar op non-actief gesteld. Deze factor zal voor een belangrijk deel meewegen nu de werknemer niet heeft aangedrongen op hervatting van de werkzaamheden. Indien de werkgever het loon niet zou hebben doorbetaald, zou de billijke vergoeding waarschijnlijk hoger hebben uitgepakt. Van belang is hier dat zolang de arbeidsovereenkomst voortduurt, zonder dat er sprake is van een arbeidsprestatie en de risicosfeer bij de werkgever ligt, de werkgever het loon moet blijven doorbetalen.

*Niet opzettelijk nalaten van verplichtingen/niet moreel verantwoord handelen*

Op grond van schema 3 blijkt dat in de uitspraken 6 en 30 de rechter heeft geoordeeld dat er een geringe billijke vergoeding moet worden toegewezen. De rechter geeft als motivering aan dat het gaat om ‘het niet opzettelijk nalaten van verplichtingen’ en ‘het niet moreel verantwoord handelen’. Het gaat in zaak 6 om ‘het niet opzettelijk nalaten van verplichtingen’. Gelet op het feit dat de werkgever niet op de hoogte was van de strenge eisen die worden gesteld aan een werkgever wanneer sprake is van disfunctioneren van een werknemer en het feit dat het hier om een kleine onderneming gaat, is er een geringe vergoeding toegekend. Voorts gaat het in zaak 30 om het feit dat er geen dringende reden is geweest voor een ontslag op staande voet, maar wel sprake van niet moreel verantwoord handelen door de werknemer. Dit laatste gelet op het feit dat de werknemer privé-aankopen zakelijk heeft afgeboekt. Concluderend kan worden gezegd dat als de werkgever niet opzettelijk, misschien wel onwetend heeft gehandeld en de werknemer onjuiste handelingen heeft verricht binnen het bedrijf, de rechter een geringe billijke vergoeding kan toekennen.

*De overige zaken waarbij de factoren geen rol hebben gespeeld*

In 9 zaken is gebleken dat de rechter geen van de genoemde factoren heeft meegewogen bij de totstandkoming van de billijke vergoeding. Bij deze zaken wordt eerst de wetsgeschiedenis door de rechter aangehaald ten aanzien van de billijke vergoeding. Vervolgens wordt soms benoemd wat maakt dat de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten. Tot slot wordt vaak door de rechter als motivering aangegeven dat dit (bedrag billijke vergoeding) uitgaande van het voorgaande is aangewezen.

*Trend billijke vergoeding*

Naast de eerdergenoemde factoren is op verzoek van de opdrachtgever ook onderzocht of er een trend valt te ontdekken bij de totstandkoming van de billijke vergoeding wanneer een vergelijking wordt gemaakt met de gevorderde billijke vergoeding en de hoogte van de transitievergoeding. Juist omdat er zo weinig bekend is over de berekening van de billijke vergoeding valt er wellicht een trend te ontdekken voor de berekening van de billijke vergoeding als er gekeken wordt naar de gevorderde billijke vergoeding en de transitievergoeding. Op grond van schema 3 komt naar voren dat er bij 10 zaken iets opvalt als de billijke vergoeding wordt vergeleken met de gevorderde billijke vergoeding of de transitievergoeding.

Ten aanzien van de vergelijking tussen de billijke vergoeding en de gevorderde billijke vergoeding kan op grond van dit jurisprudentieonderzoek worden gezegd dat de rechters in 10 zaken waarschijnlijk rekening hebben gehouden met hetgeen er gevorderd is door de werknemer en de transitievergoeding. Dit heeft te maken met het feit dat bij de vergelijking tussen de gevorderde billijke vergoeding en de toegekende billijke vergoeding het volgende is opgevallen in de uitspraken 3, 5, 16, 22, 23, 26 en 29:

* in uitspraak 3 wordt bijna de helft minder toegekend dan de vordering;
* in uitspraak 5 wordt 1/5 deel van de vordering toegekend;
* in uitspraak 16 staat de billijke vergoeding gelijk aan hetgeen er gevorderd is;
* in uitspraak 22 wordt 1/10 deel van de vordering toegekend;
* in uitspraak 23 wordt 1/7 van de vordering toegekend;
* in uitspraak 26 wordt 1/4 deel van de vordering toegekend;
* in uitspraak 29 staat de billijke vergoeding gelijk aan hetgeen er gevorderd is.

Hieruit volgt dat er niet een duidelijke lijn valt te trekken, maar er wel kan worden gezegd dat de rechter in bepaalde gevallen waarschijnlijk rekening heeft gehouden met hetgeen er gevorderd is.

Ten aanzien van de vergelijking tussen de billijke vergoeding en de transitievergoeding kan op grond van dit jurisprudentieonderzoek worden gezegd dat de rechters in 4 zaken waarschijnlijk rekening hebben gehouden met de hoogte van de transitievergoeding. Dit heeft te maken met het feit dat bij de vergelijking tussen de transitievergoeding en de toegekende billijke vergoeding het volgende is opgevallen in de uitspraken 1, 3, 6 en 9:

* in uitspraak 1 staat de billijke vergoeding gelijk aan de transitievergoeding;
* in uitspraak 3 wordt bijna de helft minder toegekend dan de transitievergoeding;
* in uitspraak 6 wordt 1/6 deel van de transitievergoeding toegekend;
* in uitspraak 9 wordt bijna de helft minder toegekend dan de transitievergoeding.

Tevens volgt hieruit dat er geen duidelijke lijn valt te trekken, maar er wel kan worden gezegd dat de rechter in bepaalde gevallen waarschijnlijk rekening heeft gehouden met de hoogte van de transitievergoeding.

**Hoofdstuk 4.**

**Conclusie**

In dit rapport is op grond van jurisprudentieonderzoek onderzocht welke factoren een rol spelen bij het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werkgevers. Tevens is er onderzocht welke factoren van belang zijn bij de totstandkoming van de billijke vergoeding, nadat er sprake is geweest van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door werkgevers.

Op grond van het jurisprudentieonderzoek dat in hoofdstuk 3 uitvoerig is behandeld, kan er in dit hoofdstuk een conclusie worden gegeven. In dit hoofdstuk zal dan ook antwoord worden gegeven op de vraag die centraal staat in dit onderzoek:

*Welk advies kan er aan Folkers Advocaten worden gegeven ten aanzien van de factoren die een rol spelen bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werkgevers, kijkend naar de factoren die van belang zijn bij de totstandkoming van de billijke vergoeding nadat er sprake is geweest van zowel ernstig verwijtbaar handelen als nalaten door werkgevers op grond van jurisprudentie?*

Ten aanzien van de factoren die een rol spelen bij het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan werkgeverskant is naar voren gekomen dat er 3 factoren zijn die een grote rol spelen bij het ernstig verwijtbaar handelen aan werkgeverskant. Dit zijn overigens de factoren die ook genoemd staan in de Memorie van Toelichting. Uit de onderzoeksresultaten is gebleken dat het gaat om de volgende 3 factoren:

1. Als een werkgever grovelijk de verplichtingen niet nakomt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en als er als gevolg daarvan een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat. Te denken is hierbij aan de situatie waarin de werkgever zijn re-integratieverplichtingen bij ziekte ernstig heeft veronachtzaamd;
2. Als er als gevolg van laakbaar gedrag van de werkgever een verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan (bijvoorbeeld als gevolg van het niet willen ingaan op avances zijnerzijds) en de rechter concludeert dat er geen andere optie is dan ontslag;
3. De situatie waarin de werkgever een valse grond voor ontslag aanvoert met als enig oogmerk een onwerkbare situatie te creëren en ontslag langs die weg te realiseren.

Op grond van dit jurisprudentieonderzoek kan worden geconcludeerd dat in veel situaties sprake is van het feit dat de werkgever de verplichtingen niet nakomt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst. Tevens komt het vaak voor dat er sprake is van laakbaar gedrag aan de kant van de werkgever. Het komt een enkele keer voor dat er een valse ontslaggrond wordt aangevoerd door de werkgever.

In de zaken waar sprake is geweest van een werkgever die grovelijk de verplichtingen niet is nagekomen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst, is vooral opgevallen dat er een verstoorde arbeidsverhouding is veroorzaakt door de werkgever. Tevens is in deze zaken opgevallen dat de volgende 2 subfactoren een grote rol hebben gespeeld bij deze factor: ‘de werkgever heeft in belangrijke mate zijn verplichtingen geschonden’ en ‘er is geen reële kans geboden aan de werknemer om het functioneren te verbeteren’.

In de zaken waar sprake is geweest van laakbaar gedrag, is opgevallen dat er vooral sprake is geweest van nalatigheid aan de kant van de werkgever. Tevens is gebleken dat de volgende subfactor vaak naar voren is gekomen bij deze zaken: ‘de werkgever heeft niet als goed werkgever gehandeld’.

Gelet op het feit dat er slechts 2 zaken zijn geweest in dit onderzoek waarbij sprake is geweest van de situatie waarin de werkgever een valse grond voor ontslag heeft aangevoerd, kan worden gezegd dat er sprake zou kunnen zijn van een onvoldragen ontslaggrond waarbij onterecht is gesteld dat er sprake is van disfunctioneren of een situatie waarbij de werknemer op ondeugdelijke gronden op staande voet is ontslagen. De werkgever heeft onterecht gesteld dat er sprake is van disfunctioneren, aanzien de werknemer is ontheven van zijn functie zonder dat hij de kans heeft gekregen om het functioneren te verbeteren. De werkgever heeft nagelaten een herplaatsingsonderzoek te doen en daarnaast had de werkgever eerder advies moeten inwinnen bij de Gemeenschappelijke Medezeggenschapsraad. De ontslaggronden die het ontslag op staande voet niet rechtvaardigen volgens dit jurisprudentieonderzoek worden hierna toegelicht:

* Er zou sprake geweest zijn van ‘’oneigenlijke concurrentie’’ volgens de werkgever. De rechter heeft geoordeeld dat geen sprake is geweest van concurrerende activiteiten. Een van de argumenten die genoemd wordt door de rechter is dat de vennootschap die door de werknemer bestuurd wordt, zich niet richt op dezelfde markt als de vennootschap van de werkgever;
* Volgens de werkgever was er de afgelopen tijd sprake van steeds moeilijker verlopende communicatie. Volgens de kantonrechter is er niet voldaan aan het onverwijldheidsvereiste door de toevoeging ‘’afgelopen tijd’’;
* Volgens de werkgever is de werknemer geruime tijd zonder reden niet verschenen op het werk. De rechter heeft geoordeeld dat de werknemer in de desbetreffende periode niet op het werk was verschenen vanwege de non-actiefstelling/schorsing.

Ten aanzien van de factoren die van belang zijn bij de totstandkoming van de billijke vergoeding, nadat sprake is geweest van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door werkgevers, is naar voren gekomen dat de volgende factoren meewegen bij de totstandkoming van de billijke vergoeding:

* Loon en/of lengte van het dienstverband. Deze factor is afkomstig uit de Memorie van Toelichting;
* De financiële situatie van de werkgever. Deze factor is afkomstig uit de Memorie van Toelichting;
* Het voorkomen van dergelijk handelen. Deze factor is afkomstig uit de Memorie van Toelichting;
* Het gevolgencriterium. Zoals reeds beschreven in hoofdstuk 2 paragraaf 2 dient het gevolgencriterium geen rol te spelen bij de berekening van de hoogte van de billijke vergoeding. Desalniettemin heeft de rechter dit criterium in een tweetal zaken mee laten wegen;
* Doorbetaling van het loon zonder dat sprake is van een arbeidsprestatie. Deze factor is van belang op grond van mijn bevindingen, naar aanleiding van de resultaten uit de rechtspraktijk;
* Niet opzettelijk nalaten van verplichtingen/niet moreel verantwoord handelen. Deze 2 factoren zijn van belang op grond van mijn bevindingen, naar aanleiding van de resultaten uit de rechtspraktijk.

Op grond van dit jurisprudentieonderzoek kan worden geconcludeerd dat de bovengenoemde factoren allemaal een enkele keer meewegen bij de totstandkoming van de billijke vergoeding. De loon en/of lengte van het dienstverband komt het meest voor, in vergelijking met de andere factoren. Tevens komt het in 9 zaken voor dat de rechter geen van de genoemde factoren heeft meegewogen bij de totstandkoming van de billijke vergoeding. Uit deze 9 zaken blijkt het volgende. Eerst wordt de wetsgeschiedenis door de rechter aangehaald ten aanzien van de billijke vergoeding. Vervolgens wordt soms nog benoemd wat maakt dat de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten. Tot slot wordt vaak door de rechter als motivering aangegeven dat dit (bedrag billijke vergoeding) uitgaande van het voorgaande is aangewezen. Voorts is er naar voren gekomen dat er niet een duidelijke lijn is om te spreken van een trend bij de totstandkoming van de billijke vergoeding. Wel is gebleken dat er bij 10 zaken iets opvalt als de billijke vergoeding wordt vergeleken met de gevorderde billijke vergoeding of de transitievergoeding. Zo valt er in een aantal zaken bijvoorbeeld op dat de billijke vergoeding de helft is van hetgeen er gevorderd is door de werknemer of ongeveer 1/6 deel is van de transitievergoeding.

Met de uitkomsten van dit onderzoek is het de bedoeling dat er een advies wordt gegeven aan Folkers Advocaten over de factoren die een rol spelen bij het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan werkgeverskant en de factoren die van belang zijn bij de totstandkoming van de billijke vergoeding. Het is gelukt om de factoren in kaart te brengen die van belang zijn om te spreken van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten en ook is het gelukt om de factoren in kaart te brengen die van belang zijn voor de totstandkoming van de billijke vergoeding. Wel is opgevallen dat de factoren ten aanzien van de totstandkoming van de billijke vergoeding wisselvallig worden meegewogen. De rechters zijn hier niet consequent in. Voorts valt er niet een bepaalde trend te ontdekken bij de totstandkoming van de billijke vergoeding. Wel is naar voren gekomen dat de rechters in 10 zaken waarschijnlijk rekening hebben gehouden met hetgeen er gevorderd is door de werknemer en de hoogte van de transitievergoeding, gelet op het feit dat in sommige zaken de billijke vergoeding 1/6 deel is van de transitievergoeding en de billijke vergoeding in een andere zaak 1/4 deel is van hetgeen er gevorderd is door de werknemer.

De resultaten van dit onderzoek zijn bruikbaar voor Folkers Advocaten, aangezien uit dit rapport volgt welke argumenten de advocaten kunnen aanvoeren om te kunnen spreken van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. Tevens volgt uit dit onderzoek welke argumenten de advocaten kunnen aanvoeren wanneer er geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan de kant van de werkgever. Tot slot is er nu een beeld geschetst van de factoren die van belang zijn voor de totstandkoming van de billijke vergoeding.

**Hoofdstuk 5.**

**Advies**

Naar aanleiding van het feit dat het voor Folkers Advocaten niet geheel duidelijk is welke factoren een rol spelen bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werkgevers, kijkend naar de factoren die van belang zijn bij de totstandkoming van de billijke vergoeding nadat er sprake is geweest van ernstig verwijtbaar handelen door werkgevers, is er gevraagd om een advies te geven ten aanzien van zowel de factoren die een rol spelen bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten als de factoren die van belang zijn bij de totstandkoming van de billijke vergoeding.

Eerst zal er per factor een advies volgen zodat voor Folkers Advocaten duidelijk wordt wanneer er sprake is van de betreffende factor om te kunnen spreken van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. Het is van belang om in kaart te brengen welke argumenten Folkers Advocaten zou kunnen aanvoeren om te kunnen spreken van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan de kant van de werkgever. Tevens is het van belang om in kaart te brengen welke argumenten zij kunnen aanvoeren om niet te kunnen spreken van ernstig verwijtbaar handelen, aangezien Folkers Advocaten ook werkgevers bijstaat. Voorts zal er een advies worden gegeven ten aanzien van de factoren die van belang zijn bij de totstandkoming van de billijke vergoeding nadat er sprake is geweest van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door werkgevers.

***Ten aanzien van de factoren die een rol spelen bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten***

Op grond van dit jurisprudentieonderzoek zijn de volgende 3 factoren uit de Memorie van Toelichting aangenomen door de rechters:

1. Als een werkgever grovelijk de verplichtingen niet nakomt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en als er als gevolg daarvan een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat. Te denken is hierbij aan de situatie waarin de werkgever zijn re-integratieverplichtingen bij ziekte ernstig heeft veronachtzaamd;
2. Als er als gevolg van laakbaar gedrag van de werkgever een verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan (bijvoorbeeld als gevolg van het niet willen ingaan op avances zijnerzijds) en de rechter concludeert dat er geen andere optie is dan ontslag;
3. De situatie waarin de werkgever een valse grond voor ontslag aanvoert met als enig oogmerk een onwerkbare situatie te creëren en ontslag langs die weg te realiseren.

Deze factoren spelen dan ook een belangrijke rol bij het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan werkgeverskant.

*Grovelijk de verplichtingen niet nakomen uit de arbeidsovereenkomst*

Ten aanzien van de factor ‘grovelijk de verplichtingen niet nakomen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst’, kan aan Folkers Advocaten worden geadviseerd om in een procedure tegen de werkgever aan te tonen dat de werkgever een verstoring heeft veroorzaakt in de arbeidsverhouding. Zo is het volgende voorbeeld aangenomen om te kunnen spreken van de betreffende factor: *De werknemer is direct op non-actief gesteld zonder dat er aan de werknemer de kans is geboden om het functioneren te verbeteren.* Hieruit blijkt dat de werkgever gehouden is om aan zijn verplichtingen te voldoen. Indien een werkgever een werknemer direct op non-actief stelt, zonder de werknemer een kans aan te bieden om het functioneren te verbeteren, handelt de werkgever dus ernstig verwijtbaar.

Indien een werkgever wordt bijgestaan in de procedure en er geoordeeld moet worden dat er geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten, is het voor de werkgever van belang om bijvoorbeeld aan te tonen dat er een verbetertraject is geboden aan de werknemer alvorens de werknemer op non-actief is gesteld.

*Laakbaar gedrag*

Ten aanzien van de factor ‘als gevolg van laakbaar gedrag van de werkgever een verstoorde arbeidsrelatie doen ontstaan’, kan aan Folkers Advocaten worden geadviseerd om in een procedure tegen de werkgever aan te tonen dat er sprake is van nalatigheid aan de kant van de werkgever. Zo zijn de volgende voorbeelden aangenomen om te kunnen spreken van laakbaar gedrag:

* De werkgever had een bedrijfsarts moeten inschakelen bij twijfels over de ziekte van de werknemer;
* De werkgever heeft te weinig gedaan met betrekking tot het verbetertraject;
* De werkgever heeft de werknemer op een kwetsende manier op non-actief gesteld;
* Er is geen actie ondernomen door de werkgever om de onderlinge verhoudingen te verbeteren.

Hieruit blijkt dat het niet aan de werkgever is om conclusies te trekken over een werknemer bij ziekte, maar dient een werkgever een bedrijfsarts in te schakelen bij twijfels hierover. Tevens is het aan de werkgever om bijvoorbeeld begeleiding of scholing aan de werknemer aan te bieden, voordat er een ontbindingsverzoek wordt ingediend vanwege disfunctioneren. Uit dit onderzoek is duidelijk naar voren gekomen dat de werkgever vanwege het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten, een verstoorde arbeidsverhouding heeft veroorzaakt, waardoor er van de werkgever of werknemer niet gevergd kan worden om de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

Indien een werkgever wordt bijgestaan in de procedure en er geoordeeld moet worden dat er geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten, is het van belang om aannemelijk te maken dat er bijvoorbeeld een verbetertraject is aangeboden. Indien de werknemer voldoende tijd en begeleiding heeft gekregen en de werknemer nog steeds niet aan de genoemde functie-eisen voldoet, dan is er naar het oordeel van de kantonrechter sprake van disfunctioneren. Uit schema 2, uitspraak 32 is gebleken dat de rechter 4 maanden voldoende tijd vond om het functioneren van de werknemer te kunnen verbeteren. In uitspraak 39 van het betreffende schema was de rechter van oordeel dat 7 maanden voldoende was om het functioneren te kunnen verbeteren. Om te spreken van begeleiding zal de werkgever aannemelijk moeten maken dat er functioneringsgesprekken zijn gevoerd met de werknemer, er coaching is aangeboden en ook zal de werkgever moeten aantonen dat er regelmatig gesprekken zijn geweest met de werknemer met betrekking tot het functioneren.Indien de werkgever hieraan heeft voldaan, is er geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan de kant van de werkgever.

*Een valse grond voor ontslag aanvoeren*

Ten aanzien van de factor ‘een valse grond voor ontslag aanvoeren met als enig oogmerk een onwerkbare situatie te creëren en ontslag langs die weg te realiseren’, kan aan Folkers Advocaten worden geadviseerd om in een procedure tegen de werkgever aan te tonen dat de werkgever de werknemer op ondeugdelijke gronden op staande voet heeft ontslagen of er zal moeten worden aangetoond dat er sprake is van een onvoldragen ontslaggrond waarbij onterecht is gesteld dat er sprake is van disfunctioneren. Aangezien deze factor in slechts 2 zaken een rol heeft gespeeld, is het niet mogelijk om een duidelijk beeld met betrekking tot deze factor te schetsen.

***Ten aanzien van de factoren die een rol spelen bij de totstandkoming van de billijke vergoeding***

Per factor zal er een advies volgen met betrekking tot de totstandkoming van de billijke vergoeding. De factoren zijn helaas niet consequent meegenomen door de rechters voor de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding. Er zal dan ook een advies volgen op grond hetgeen er vooral is opgevallen in de zaken waarbij de desbetreffende factoren een rol hebben gespeeld.

Ten aanzien van de factor ‘de financiële situatie van de werkgever’, kan aan Folkers Advocaten worden geadviseerd om de financiële situatie van de werkgever voldoende te onderbouwen met diverse stukken waaruit duidelijk blijkt wat de financiële situatie is van de werkgever. Op grond van dit jurisprudentieonderzoek is gebleken dat indien de werkgever deze factor onvoldoende onderbouwd, de rechter geen rekening zal houden met deze factor bij de totstandkoming van de billijke vergoeding.

Ten aanzien van de factor ‘het voorkomen van dergelijk handelen’, kan aan Folkers Advocaten worden geadviseerd om een billijke vergoeding met een zekere omvang te vorderen, indien er een werknemer wordt bijgestaan. Ter onderbouwing kan Folkers Advocaten aanvoeren dat het nodig zal zijn een billijke vergoeding met een zekere omvang te vorderen, zodat het risico beperkt wordt dat de werkgever zijn ernstig verwijtbare gedraging zal herhalen en via deze weg de arbeidsovereenkomst met de werkgever zal kunnen beëindigen. Een voorbeeld van een ernstig verwijtbare gedraging die Folkers Advocaten zou kunnen aanvoeren, is het veroorzaken van een verstoorde arbeidsverhouding.

Ten aanzien van het gevolgencriterium kan aan Folkers Advocaten worden medegedeeld dat de rechter vooral inkomstenderving laat meewegen voor de totstandkoming van de billijke vergoeding. Zoals reeds beschreven in hoofdstuk 2 paragraaf 2, dient het gevolgencriterium geen rol te spelen bij de berekening van de hoogte van de billijke vergoeding. Desalniettemin heeft de rechter dit criterium in een tweetal zaken mee laten wegen.

Ten aanzien van de factor ‘doorbetaling van het loon zonder dat sprake is van een arbeidsprestatie’, kan aan Folkers Advocaten worden geadviseerd dat het van belang is om dit aan te voeren, indien de werkgever hier wordt bijgestaan. Van belang is hier dat zolang de arbeidsovereenkomst voortduurt, zonder dat er sprake is van een arbeidsprestatie en de risicosfeer bij de werkgever ligt, de werkgever het loon moet blijven doorbetalen. De rechter houdt hier rekening mee bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding.

Indien Folkers Advocaten een werknemer bijstaat, is het van belang om aan te voeren dat de werknemer bij de werkgever heeft aangedrongen op hervatting van de werkzaamheden en dat de werkgever de werknemer niet heeft toegelaten tot het verrichten van werkzaamheden.

Ten aanzien van de factoren ‘niet opzettelijk nalaten van verplichtingen/niet moreel verantwoord handelen’, kan aan Folkers Advocaten worden geadviseerd dat er een geringe vergoeding kan volgen indien sprake is van een van de genoemde gevallen. Op grond van dit jurisprudentieonderzoek kan namelijk worden gezegd dat indien de werkgever niet opzettelijk, misschien wel onwetend, heeft gehandeld en de werknemer onjuiste handelingen heeft verricht binnen het bedrijf, de rechter een geringe billijke vergoeding kan toekennen.

Indien Folkers Advocaten een werkgever bijstaat, kan er worden aangevoerd dat het gaat om een kleine onderneming en de werkgever niet op de hoogte was van het feit dat er zulke strenge eisen gelden voor een werkgever wanneer er sprake is van disfunctioneren van een werknemer. Tevens kan de billijke vergoeding lager uitvallen, indien de werknemer niet heeft gehandeld volgens het boekje. Er is dan sprake van niet moreel verantwoord handelen aan de kant van de werknemer.

**Bronnenlijst**

**Boeken**

**Boot e.a. 2015**

G.C. Boot e.a., *Arbeidsprocesrecht. Inclusief Wet werk en zekerheid,* Deventer: Wolters Kluwer 2015.

**Van Drongelen & Fase & Jellinghaus 2015**

J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase & S.F.H. Jellinghaus, *Ontslagrecht. Individueel arbeidsrecht dl.3,* Zutphen: Paris 2015.

* **Geugjes & Wits 2015**

H.C. Geugjes & E.B. Wits, *Arbeidsrecht begrepen,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers; 2015.

**Tijdschriftartikelen**

**Kruit 2014-1, p.57**

P. Kruit, ‘De ontslagvergoeding: transitie van billijkheid naar forfaitair, of toch weer billijkheid’, *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2014-1, p.57.

**Kruit 2014-1, p.58-59**

P. Kruit, ‘De ontslagvergoeding: transitie van billijkheid naar forfaitair, of toch weer billijkheid’, *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2014-1, p.58-59.

* **Loonstra & Sick 2014-1, p.6**

C.J. Loonstra & P.Th. Sick, ‘Het Wetsvoorstel werk en zekerheid (33818) in vogelvlucht: dekt de vlag de lading?’, *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2014-1, p.6.

* **Sagel 2014**

S.F. Sagel,’Het muizengaatje verdient de hoofdprijs’, *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2014, afl. 12.

* **Sagel 2014, p.2.**

S.F. Sagel, ‘Wwz: pas toe en leg uit!’ *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2016, p.2.

* **Schouten 2014-1, p.63.**

B. Schouten, ‘Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten: over de omvang van een muizengaatje’, *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2014-1, p.63.

* **Van Zanten-Baris 2014, p.40-42**

A. van Zanten-Baris, ‘De billijke vergoeding in volle omvang’, *Arbeidsrecht,* afl.11, 2014, p.40-42.

**Elektronische bronnen**

* B. Cornelissen, ‘Eerste uitspraak billijke (ontslag)vergoeding wegens ernstig verwijtbaar handelen werkgever’, 15 september 2015, geraadpleegd op 22 februari 2016.
* M. Vermont, ‘Hoger beroep in de zaak van de onder druk gezette secretaresse’, 8 februari 2016, geraadpleegd op 23 februari 2016.
* ‘Billijke vergoeding; Rechtsonzekerheid’, [www.dommerholt.nl](http://www.dommerholt.nl) (zoek op *rechtsonzekerheid*), geraadpleegd op 23 februari 2016.
* ‘Hoe wordt een ontslagvergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure vastgesteld?’, [www.ontslag.nl](http://www.ontslag.nl) (zoek op *ontslagvergoeding in een kennelijk onredelijk ontslag)*, geraadpleegd op 13 mei 2016.

**Jurisprudentie**

* Gerechtshof

Hof ‘s-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:320.

* Rechtbank

Rb. Noord-Holland 4 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9668.

**Kamerstukken**

* *Kamerstukken I 2013/14,* 33 818, nr. C, p.99 en 113.
* *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr.4, p.61
* *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr.3, p.31.
* *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr.3, p.32.
* *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr.3, p.34.
* *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr.3, p.32-34.

1. ‘Billijke vergoeding; Rechtsonzekerheid’, [www.dommerholt.nl](http://www.dommerholt.nl) (zoek op *rechtsonzekerheid*), geraadpleegd op 23 februari 2016. [↑](#footnote-ref-1)
2. ‘Billijke vergoeding; Rechtsonzekerheid’, [www.dommerholt.nl](http://www.dommerholt.nl) (zoek op *rechtsonzekerheid*), geraadpleegd op 23 februari 2016. [↑](#footnote-ref-2)
3. *Kamerstukken I 2013/14,* 33 818, nr. C, p. 99 en 113. [↑](#footnote-ref-3)
4. Loonstra & Sick, TAP 2014-1, p.6. [↑](#footnote-ref-4)
5. *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, nr.4, p.61 [↑](#footnote-ref-5)
6. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr.3, p.31. [↑](#footnote-ref-6)
7. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr.3, p.32. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sagel, TRA 2014. [↑](#footnote-ref-8)
9. Kruit, TAP 2014-1, p.58-59. [↑](#footnote-ref-9)
10. Schouten, TAP 2014-1, p.63. [↑](#footnote-ref-10)
11. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr.3, p.34. [↑](#footnote-ref-11)
12. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr.3, p.34. [↑](#footnote-ref-12)
13. Van Drongelen & Fase & Jellinghaus 2015, p.244. [↑](#footnote-ref-13)
14. ‘Hoe wordt een ontslagvergoeding in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure vastgesteld?’, [www.ontslag.nl](http://www.ontslag.nl) (zoek op *ontslagvergoeding in een kennelijk onredelijk ontslag)*, geraadpleegd op 13 mei 2016*.* [↑](#footnote-ref-14)
15. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr.3, p.34. [↑](#footnote-ref-15)
16. Van Zanten-Baris, Arbeidsrecht 2014, p.40-42. [↑](#footnote-ref-16)
17. Sagel, TRA 2014. [↑](#footnote-ref-17)
18. B. Cornelissen, ‘Eerste uitspraak billijke (ontslag)vergoeding wegens ernstig verwijtbaar handelen werkgever’, 15 september 2015, geraadpleegd op 22 februari 2016. [↑](#footnote-ref-18)
19. Rb. Noord-Holland 4 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9668. [↑](#footnote-ref-19)
20. Sagel, TRA 2016, p.2. [↑](#footnote-ref-20)
21. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr.3, p.32-34. [↑](#footnote-ref-21)
22. Kruit, TAP 2014-1, p.57 [↑](#footnote-ref-22)
23. Geugjes & Wits 2015, p.340-341. [↑](#footnote-ref-23)
24. Boot e.a. 2015, p.102. [↑](#footnote-ref-24)
25. B. Cornelissen, ‘Eerste uitspraak billijke (ontslag)vergoeding wegens ernstig verwijtbaar handelen werkgever’, 15 september 2015, geraadpleegd op 22 februari 2016. [↑](#footnote-ref-25)
26. Hof ‘s-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:320. [↑](#footnote-ref-26)
27. M. Vermont, ‘Hoger beroep in de zaak van de onder druk gezette secretaresse’, 8 februari 2016, geraadpleegd op 23 februari 2016. [↑](#footnote-ref-27)