



De additionele billijke vergoeding: het muizen- of het olifantengaatje?

*Toetsing van:
Onderzoeksrapport Re441C*

Hogeschool Leiden

Bas Rijnbeek – S1075392

Law 4B

Afstudeerorganisatie

TeekensKarstens Advocaten Notarissen

Contactpersoon: mr. D.J.W. Feddes

Opleiding HBO-Rechten

Onderzoeksdocent: drs. M. Rietmeijer

Afstudeerbegeleidster: mr. A. Hessing

Reguliere kans

Inleverdatum: 26 mei 2016

Jaar 4, blok 16

Voorwoord

Geachte lezer,

Voor u ligt het onderzoeksrapport: ‘De additionele billijke vergoeding: het muizen- of het olifantengaatje’. Dit onderzoeksrapport is geschreven in het kader van mijn afstuderen voor de opleiding HBO-Rechten aan de Hogeschool Leiden en in opdracht van TeekensKarstens Advocaten Notarissen (nader te noemen: TeekensKarstens). Van februari 2016 tot en met mei 2016 ben ik bezig geweest met het onderzoek en het opstellen van dit onderzoeksrapport.

Bij dezen wil ik graag mijn onderzoeksdocent, mevrouw Rietmeijer, en mijn afstudeerbegeleider, mevrouw Hessing, bedanken voor de aangename begeleiding. Tevens wil ik mijn afstudeerbegeleider van TeekensKarstens, de heer Feddes, en de andere medewerkers van TeekensKarstens bedanken voor de prettige samenwerking en ondersteuning. Ik heb vaak met hen op effectieve wijze kunnen sparren over mijn onderzoek.

Ik wens u veel leesplezier toe.

Was getekend,

Bas Rijnbeek

Wassenaar, 26 mei 2016

Samenvatting

Bij TeekensKarstens heeft zich een vraagstuk aangediend, waarmee de advocaten van de praktijkgroep arbeidsrecht te maken hebben. De inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid heeft geleid tot drastische veranderingen binnen het arbeidsrecht. Deze veranderingen hebben voor de advocaten van de praktijkgroep arbeidsrecht geleid tot onduidelijkheden ten aanzien van de additionele billijke vergoeding op grond van een verstoorde arbeidsverhouding.

De centrale vraag van dit onderzoeksrapport luidt: *Wat zijn voor de advocaten van de praktijkgroep arbeidsrecht van TeekensKarstens, volgens literatuur- en jurisprudentieonderzoek, relevante factoren bij het bepalen in hoeverre er aanspraak kan worden gemaakt op een additionele billijke vergoeding op grond van een verstoorde arbeidsverhouding?* Het doel van dit onderzoek is het opstellen van een leidraad ten aanzien van de additionele billijke vergoeding op grond van een verstoorde arbeidsverhouding voor de advocaten van de praktijkgroep arbeidsrecht van TeekensKarstens.

De theoretisch-juridische deelvragen van het onderzoeksrapport zijn beantwoord aan de hand van de geldende wet- en regelgeving, alsmede de van toepassing zijnde literatuur. Om de deelvragen uit het praktijkonderzoeksgedeelte te kunnen beantwoorden was jurisprudentieonderzoek vereist. Daartoe zijn 30 zaken onderzocht.

Uit het literatuuronderzoek blijkt het volgende. Om te kunnen spreken van een verstoorde arbeidsverhouding moet er sprake zijn van een ernstige en duurzame verstoring van de arbeidsverhouding en moet herstel van de relatie onmogelijk zijn. Daarnaast blijkt dat de rechter uitsluitend een additionele billijke vergoeding kan toekennen indien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Tot slot dient de hoogte van de additionele billijke vergoeding in relatie te staan tot het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.

Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt het volgende. Ten aanzien van de verstoorde arbeidsverhouding zijn een aantal factoren ontdekt die een rol hebben gespeeld bij het bepalen of daarvan sprake was. Allereerst kan een ernstige en duurzame verstoring van de arbeidsverhouding ontstaan indien sprake is van een conflict tussen partijen. Ten tweede kan een ernstige en duurzame verstoring van de arbeidsverhouding ontstaan indien één der partijen het vertrouwen in de andere partij heeft opgezegd of indien beide partijen het vertrouwen in elkaar hebben opgezegd. Tot slot kan een ernstige en duurzame verstoring van de arbeidsverhouding ontstaan indien de werkgever bepaalde middelen heeft ingezet, zoals het op non-actief stellen van de werknemer.

Ten aanzien van de additionele billijke vergoeding blijkt dat het niet mogelijk is om exact aan te geven wanneer er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Desalniettemin zijn er een aantal factoren aan te wijzen die (kunnen) leiden tot ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Allereerst kunnen onterecht ingezette middelen (zoals het onterecht schorsen van de werknemer zonder behoud van loon) door werkgevers leiden tot ernstig verwijtbaar handelen. Ten tweede kan er sprake zijn van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten als de werkgever geen serieus verbetertraject (bij vermeend disfunctioneren zijdens werknemer) heeft ingezet, waarbij werknemer de reële kans is geboden zijn disfunctioneren te verbeteren. Ten derde kan er sprake zijn van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten als de werkgever geen (of onvoldoende) inspanningen heeft verricht om de relatie tussen hem en de werknemer (of de relatie tussen werknemers onderling) te herstellen of om tot een oplossing te komen. Tot slot kan het niet ingaan op de adviezen en/of voorstellen van de arbo- of bedrijfsarts door werkgever leiden tot ernstig verwijtbaar handelen of nalaten.

Tevens blijkt dat het handelen of nalaten van de werkgever in een aantal zaken ofwel niet kon worden aangemerkt als ernstig verwijtbaar handelen of nalaten, ofwel dat dit op zich aan te merken was als ernstig verwijtbaar handelen of nalaten, maar dat dit niet is komen vast te staan. Daarnaast blijkt dat er geen sprake kan zijn van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever als de werknemer zelf (ook) ‘boter op het hoofd’ had en de werkgever als het ware ‘triggerde’ tot (verwijtbaar) handelen.

Ten aanzien van de hoogte van de additionele billijke vergoeding op grond van een verstoorde arbeidsverhouding blijkt dat de rechter rekening houdt met een aantal factoren. Zo houdt de rechter rekening met de ernst van het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, de preventieve en bestraffende werking die uitgaat van de additionele billijke vergoeding, de omstandigheden van de werknemer, de omstandigheden van de werkgever en met een aantal overige omstandigheden. Hoe de omslag van die factoren naar het toegekende bedrag plaatsvindt blijft onduidelijk.

Hiermee is duidelijk geworden welke factoren relevant zijn bij het bepalen in hoeverre er aanspraak kan worden gemaakt op een additionele billijke vergoeding op grond van een verstoorde arbeidsverhouding. De hierboven besproken factoren dienen echter slechts als indicatie, aangezien elke zaak anders is en elke rechter een eigen interpretatie heeft van het begrip ‘ernstig verwijtbaar handelen of nalaten’. Ten slotte worden aanbevelingen gedaan, die als leidraad kunnen dienen voor de advocaten van de praktijkgroep arbeidsrecht. Deze aanbevelingen komen er op neer dat rekening gehouden dient te worden met de hierboven genoemde factoren bij zaken waarin de additionele billijke vergoeding op het spel staat. De advocaten van de praktijkgroep arbeidsrecht hebben met deze factoren voldoende ‘munitie’ om zowel een werknemer als een werkgever bij te staan in lopende of toekomstige procedures. De doelstelling (het opstellen van een leidraad) is mijns inziens dan ook gehaald.

Inhoudsopgave

Samenvatting	2
Hoofdstuk 1: Inleiding	5
Paragraaf 1.1: Probleemanalyse	5
Paragraaf 1.2: Doelstelling	6
Paragraaf 1.3: Centrale vraag	6
Paragraaf 1.4: Deelvragen	6
Paragraaf 1.5: Begrippen operationaliseren	7
Paragraaf 1.6: Methoden van onderzoek	7
Paragraaf 1.7: Leeswijzer	8
Hoofdstuk 2: Juridisch kader	9
Paragraaf 2.1: Beëindiging van de arbeidsovereenkomst door werkgever	9
Paragraaf 2.2: Voorwaarden voor een verstoorde arbeidsverhouding	12
Paragraaf 2.3: Ontslagvergoedingen binnen de Wet werk en zekerheid	14
Paragraaf 2.4: Voorwaarden voor een additionele billijke vergoeding	18
Hoofdstuk 3: Resultaten	21
Paragraaf 3.1: De verstoorde arbeidsverhouding	21
Paragraaf 3.2: Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever	26
Paragraaf 3.3: De hoogte van de additionele billijke vergoeding	33
Hoofdstuk 4: Conclusies	39
Hoofdstuk 5: Aanbevelingen	42
Literatuurlijst	45
Hoofdstuk 6: Bijlagen	48
Paragraaf 6.1: Onderzoek verstoorde arbeidsverhouding	48
Paragraaf 6.2: Onderzoek ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever	59
Paragraaf 6.3: Onderzoek hoogte additionele billijke vergoeding	71

Hoofdstuk 1: Inleiding

In dit hoofdstuk zullen achtereenvolgens de volgende onderdelen worden behandeld. Allereerst zal worden ingegaan op de probleemanalyse. Vervolgens zal worden ingegaan op de doelstelling van het onderzoek, de centrale vraag en deelvragen van het onderzoek en het operationaliseren van begrippen. Tot slot zal worden ingegaan op de methoden van onderzoek. Elk onderdeel wordt behandeld in een aparte paragraaf.

Paragraaf 1.1: Probleemanalyse

Bij TeekensKarstens heeft zich een vraagstuk aangediend, waarmee de advocaten van de praktijkgroep arbeidsrecht te maken hebben. De inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid heeft geleid tot drastische veranderingen binnen het arbeidsrecht. De Wet werk en zekerheid kent wijzigingen op drie terreinen: het flexrecht, het ontslagrecht en de Werkloosheidswet (WW). Deze wijzigingen worden sinds 1 januari 2015 en 1 juli 2015 gefaseerd doorgevoerd. Het doel van de Wet werk en zekerheid is onder andere het wijzigen en versterken van de rechtspositie van de flexwerkers, het hervormen van het ontslagrecht en het aanpassen van de Werkloosheidswet.¹

Deze wijzigingen hebben geleid tot onduidelijkheden voor de advocaten van de praktijkgroep arbeidsrecht van TeekensKarstens. Zo is het voor hen onduidelijk welke factoren een rol spelen bij het bepalen of een werknemer aanspraak kan maken op een additionele billijke vergoeding op grond van een verstoorde arbeidsverhouding en welke factoren een rol spelen bij het vaststellen van de hoogte van de additionele billijke vergoeding op grond van een verstoorde arbeidsverhouding. Het is voor de advocaten van de praktijkgroep arbeidsrecht van TeekensKarstens van essentieel belang dat hier (jurisprudentie)onderzoek naar wordt verricht, aangezien zij hier in de beroepspraktijk regelmatig mee te maken hebben.

¹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 1

Paragraaf 1.2: Doelstelling

Het doel van dit onderzoek is het opstellen van een leidraad ten aanzien van de additionele billijke vergoeding op grond van een verstoorde arbeidsverhouding voor de advocaten van de praktijkgroep arbeidsrecht van TeekensKarstens, door middel van literatuur- en jurisprudentieonderzoek.

Paragraaf 1.3: Centrale vraag

Wat zijn voor de advocaten van de praktijkgroep arbeidsrecht van TeekensKarstens, volgens literatuur- en jurisprudentieonderzoek, relevante factoren bij het bepalen in hoeverre er aanspraak kan worden gemaakt op een additionele billijke vergoeding op grond van een verstoorde arbeidsverhouding?

Paragraaf 1.4: Deelvragen

Deelvragen theoretisch-juridisch onderzoeksgedeelte:

1. Wanneer kan een werkgever, op basis van wet- en regelgeving en literatuur, de arbeids-overeenkomst beëindigen met een werknemer?
2. Wat zijn, op basis van wet- en regelgeving en literatuur, de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om te kunnen spreken van een verstoorde arbeidsverhouding?
3. Welke ontslagvergoedingen binnen het ontslagrecht kent de Wet werk en zekerheid volgens de wet- en regelgeving en literatuur?
4. Wat zijn, op basis van wet- en regelgeving en literatuur, de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om aanspraak te kunnen maken op een additionele billijke vergoeding?

Deelvragen praktijkonderzoeksgedeelte:

1. Welke factoren spelen, op basis van jurisprudentieonderzoek, een rol bij het bepalen of er sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding?
2. Welke factoren spelen, op basis van jurisprudentieonderzoek, een rol bij het bepalen of een werknemer aanspraak kan maken op een additionele billijke vergoeding op grond van een verstoorde arbeidsverhouding?
3. Welke factoren spelen, op basis van jurisprudentieonderzoek, een rol bij het bepalen van de hoogte van de additionele billijke vergoeding op grond van een verstoorde arbeidsverhouding?

Paragraaf 1.5: Begrippen operationaliseren

- *Relevante factoren:* betekent in deze context dat het die factoren betreft die essentieel kunnen zijn bij het bepalen in hoeverre er aanspraak kan worden gemaakt op een additionele billijke vergoeding.

Paragraaf 1.6: Methoden van onderzoek

In deze paragraaf worden de methoden van onderzoek nader toegelicht. Het theoretisch-juridisch onderzoeksgedeelte wordt beantwoord in het juridisch kader. Het praktijkonderzoeksgedeelte wordt beantwoord in de resultaten. Om de betrouwbaarheid en validiteit van het onderzoek te waarborgen, is het volgende gedaan. Per deelvraag zijn verschillende bronnen geraadpleegd en zijn verschillende onderzoeksmethoden gebruikt. Bovendien zijn er in het onderhavige onderzoek voldoende zaken geanalyseerd, zodat er gegeneraliseerd kan worden. Ten slotte is het onderzoek regelmatig voorgelegd aan de heer Feddes, mijn afstudeerbegeleider van TeekensKarstens, waardoor de kans op toevallige of systematische fouten sterk is afgenomen. De onderzoeksresultaten zijn in het rapport opgenomen als bijlagen.

Voor de beantwoording van de deelvragen uit het theoretisch-juridisch onderzoeksgedeelte was kennis vereist van de relevante wet- en regelgeving en de literatuur. Deze theoretisch-juridische kennis is verkregen door een wetsanalyse en literatuuronderzoek. Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek – en dan met name titel 10, afdeling 9 – stond centraal bij de beantwoording van deze deelvragen. Daarnaast was kennis nodig van de literatuur, waarvoor de handboeken/tijdschriftartikelen van Duk, Heerma van Voss, Loonstra, Peters, Schouten, Sick en Verhulp zijn geraadpleegd. Tevens zijn de Memorie van toelichting, het Advies van de Raad van State, de Kamerbrief van minister Asscher, het Ontslagbesluit en de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters veelvuldig bestudeerd.

Ter beantwoording van de deelvragen uit het praktijkonderzoeksgedeelte is jurisprudentieonderzoek verricht. Daartoe zijn 30 zaken onderzocht. Ik heb getracht de meest recente zaken te onderzoeken. De onderzochte zaken dateren van 20 augustus 2015 tot en met 25 maart 2016. Bij aanvang van het onderzoek was dit de totale populatie aan toegekende additionele billijke vergoedingen op grond van een verstoorde arbeidsverhouding (19 zaken). Daarnaast zijn een aantal zaken onderzocht waarin geen additionele billijke vergoeding is toegekend (11 zaken). Er is gedurende het onderzoek gebruik gemaakt van Rechtspraak.nl, Legal Intelligence, Kluwer Navigator en VAAN AR. Daarnaast zijn aanvullende tijdschriftartikelen van Brouwer-Harbach, Peters, Sagel en de Kamerstukken van de Eerste Kamer bestudeerd. Allereerst valt op dat partijen het in 13 zaken eens waren over het feit dat er sprake was van een verstoorde arbeidsverhouding. Deze zaken zijn daardoor onbruikbaar voor het beantwoorden van de eerste deelvraag van het praktijkonderzoeksgedeelte. Waren deze zaken wel

meegenomen in het onderzoek, dan had dit een vertekend beeld kunnen geven, aangezien ik zelf de overweging(en) van de rechter zou hebben ingevuld. Bij de beantwoording van de tweede deelvraag uit het praktijkonderzoeksgedeelte is onderscheid gemaakt tussen zaken waarin wél een additionele billijke vergoeding werd toegekend aan de werknemer (19 zaken) en zaken waarin geen additionele billijke vergoeding werd toegekend aan de werknemer (11 zaken). Ten slotte waren voor de beantwoording van de derde deelvraag uit het praktijkonderzoeksgedeelte slechts 19 zaken bruikbaar voor het onderzoek, aangezien in deze zaken een additionele billijke vergoeding aan de werknemer werd toegekend. De overige 11 zaken, waarin geen additionele billijke vergoeding werd toegekend aan de werknemer, waren onbruikbaar voor het beantwoorden van deze deelvraag. In 6 van de 19 zaken heeft de rechter de hoogte van de additionele billijke vergoeding in het geheel niet gemotiveerd. Deze zaken zijn daardoor eveneens onbruikbaar en buiten beschouwing gelaten.

Paragraaf 1.7: Leeswijzer

Dit onderzoeksrapport bestaat uit 6 hoofdstukken. Hoofdstuk 1 is een inleidend hoofdstuk. Hoofdstuk 2 bevat het juridisch kader, waarin de juridisch-theoretische deelvragen worden behandeld. In hoofdstuk 3 worden de resultaten weergegeven en passeren de deelvragen uit het praktijkonderzoeksgedeelte de revue. In hoofdstuk 4 worden conclusies getrokken. Hoofdstuk 5 bevat aanbevelingen voor TeekensKarstens. Tot slot eindigt het onderzoeksrapport met hoofdstuk 6, waarin de bijlagen zijn opgenomen.

Hoofdstuk 2: Juridisch kader

In dit hoofdstuk zullen achtereenvolgens de theoretisch-juridische deelvragen worden behandeld. Elke deelvraag wordt behandeld in een aparte paragraaf. De paragraaf eindigt met een korte conclusie.

Paragraaf 2.1: Beëindiging van de arbeidsovereenkomst door werkgever

In deze paragraaf wordt de volgende theoretisch-juridische deelvraag behandeld:

Wanneer kan een werkgever, op basis van wet- en regelgeving en literatuur, de arbeidsovereenkomst beëindigen met een werknemer?

Alvorens ik overga tot de beantwoording van de theoretisch-juridische deelvraag wil ik kort stilstaan bij het oude ontslagstelsel. Door kort hierbij stil te staan zullen de verschillen tussen het oude ontslagstelsel en het ontslagstelsel na de invoering van de Wet werk en zekerheid, duidelijk worden. Ten tijde van het oude ontslagstelsel kon een werkgever een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op twee manieren beëindigen. De eerste manier was het vragen van toestemming aan het UWV om de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Deze toestemmingseis was neergelegd in art. 6 lid 1 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA). Ging de werkgever tot opzegging over, zonder dat hij eerst toestemming aan het UWV had gevraagd en verkregen, dan was de gedane opzegging vernietigbaar (art. 9 lid 1 BBA). De besluiten van het UWV dienden in overeenstemming te zijn met de ministeriele regeling, die de minister van Sociale zaken en Werkgelegenheid op basis van art. 6 lid 3 BBA had uitgevaardigd. Deze regeling was het zogenoemde Ontslagbesluit. In het Ontslagbesluit stonden de regels die het UWV bij haar besluitvorming in acht moest nemen. Als een werkgever toestemming tot opzegging had, kreeg hij een aantal weken de tijd om de arbeidsovereenkomst concreet op te zeggen. Dat diende te gebeuren met inachtneming van de toepasselijke opzegtermijn. Werd er opgezegd (en werd de correcte opzegtermijn gehanteerd), dan eindigde de arbeidsovereenkomst zonder dat de werkgever een ontslagvergoeding aan de werknemer hoefde te betalen. De wet kende daarop één uitzondering, die in art. 7:681 BW was geregeld. De werknemer kon na opzegging een procedure bij de kantonrechter starten op grond van ‘kennelijk onredelijke opzegging’. Als inzet werd schadevergoeding gevorderd, meestal vanwege de ingrijpende financiële gevolgen die het ontslag had voor de werknemers in kwestie. De toegekende schadevergoedingen ex art. 7:681 BW waren echter relatief laag.²

² Loonstra 2015, p. 109-110.

De tweede manier om de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te beëindigen was door de kantonrechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen te ontbinden conform art. 7:685 BW. Deze procedure stond los van de ontslagroute via het UWV. De werkgever kon op dezelfde wijze als bij het UWV gronden voor ontslag aanvoeren bij de kantonrechter. De ontbindingsroute via de kantonrechter verliep veel sneller dan de ontslagroute via het UWV. Nadelig voor de werkgever was echter dat de kantonrechter bij ontbinding wegens gewichtige reden op grond van art. 7:685 BW de werkgever kon veroordelen tot het betalen van een ontslagvergoeding aan de werknemer. De vergoedingen die de werkgever bij het volgen van de ontbindingsprocedure moest betalen waren doorgaans hoog. In ieder geval veel hoger dan het bedrag dat de werkgever ex art. 7:681 BW aan de werknemer moest uitkeren, waar die werknemer dan ook nog een procedure voor moest aanspannen.³

Nu kort is stilgestaan bij het oude ontslagstelsel zal worden overgegaan tot beantwoording van de theoretisch-juridische deelvraag. Volledigheidshalve vermeld ik nog dat het hierbij gaat om het ontslagrecht na de invoering van de Wet werk en zekerheid. In art. 7:671 BW staat dat de werkgever de arbeidsovereenkomst alleen mag opzeggen met instemming van de werknemer. Als de werkgever die instemming niet krijgt van de werknemer, of niet wil vragen aan de werknemer, mag de werkgever de arbeidsovereenkomst alleen opzeggen als hij daarvoor een redelijke grond heeft. Dit blijkt uit art. 7:669 lid 1 BW. In art. 7:669 lid 3 BW wordt een limitatieve opsomming gegeven van de redelijke gronden waarop de werkgever zich kan beroepen als hij de arbeidsovereenkomst wil opzeggen. Als de werkgever de grond onder sub a of sub b van art. 7:669 lid 3 BW aanvoert, dient hij voor de opzegging te beschikken over toestemming van het UWV. Dit blijkt uit art. 7:671a lid 1 BW. Uit art. 7:671b lid 1 sub a BW blijkt dat voor een opzegging wegens een van de andere gronden, de werkgever de kantonrechter dient te vragen de arbeidsovereenkomst te ontbinden. De werkgever dient een van deze redenen te kiezen en de daarbij behorende weg tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst te bewandelen. Blijkens art. 7:671a en 7:671b BW kan de werkgever niet meerdere redenen ten grondslag leggen aan de opzegging. Redenen die ieder voor zich onvoldoende zijn om een redelijke grond te vormen, mogen niet worden samengesteld tot een voldoende redelijke grond. Een ontslaggrond moet dus op zich een voldoende redelijke grond opleveren.⁴

Daarnaast dient de werkgever, blijkens art. 7:669 lid 1 BW, aannemelijk te maken dat herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt.⁵ De duur van de redelijke termijn is in art. 10 lid 1 Ontslagregeling bepaald op een termijn gelijk aan de opzegtermijn. De termijn gaat in op de datum van de beslissing van het UWV (of de kantonrechter in het geval er bijvoorbeeld een

³ Loonstra 2015, p. 110.

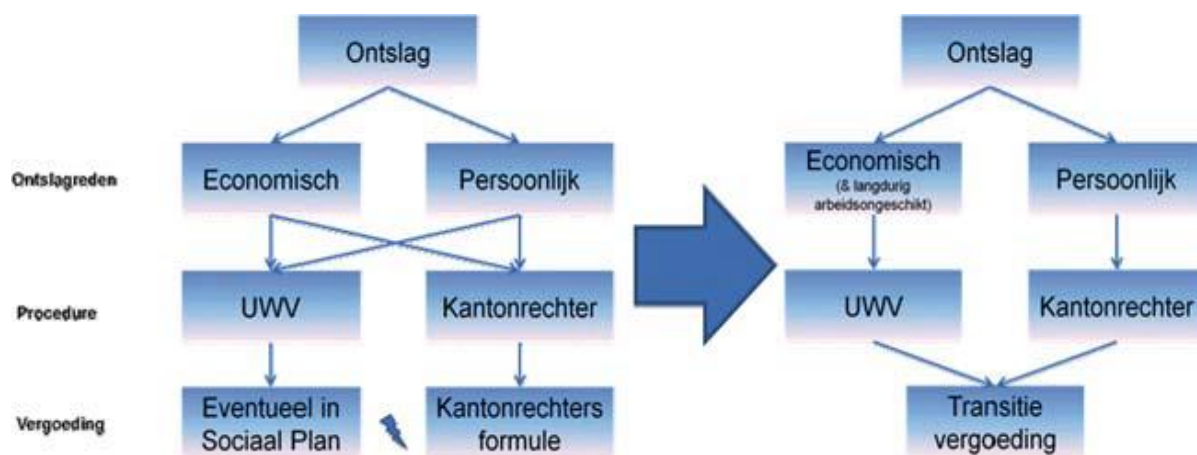
⁴ Verhulp 2015/1.

⁵ Heerma van Voss 2015/346.

opzegverbod als bedoeld in art. 7:670 BW geldt). Uit art. 7:699 lid 1 en lid 3 sub e BW blijkt dat herplaatsing in ieder geval niet in de rede ligt indien sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, in welk geval de herplaatsingsplicht niet redelijk wordt geacht. Uit art. 7:669 lid 5 BW blijkt dat de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid nadere regels heeft gesteld met betrekking tot een redelijke grond voor opzegging, de herplaatsing van de werknemer en de redelijke termijn, als bedoeld in lid 1, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende werknemers. In de Ontslagregeling zijn bijvoorbeeld nadere regels gesteld voor de herplaatsing van payroll-werknemers, zodat hun positie wat betreft ontslag niet afwijkt van de gewone werknemer en is de termijn voor herplaatsing van arbeidsgehandicapte werknemers en langdurige zieke werknemers, ingeval hun functie wegens bedrijfseconomische redenen komt te vervallen, zesentwintig weken.⁶

Ten tijde van het oude ontslagrecht had de werkgever aldus de keuze uit twee ontslagprocedures: de ontslagprocedure via het UWV en de ontslagprocedure via de kantonrechter. Sinds de invoering van de Wet werk en zekerheid heeft de werkgever deze keuze niet langer, maar hangt de keuze af van de ontslaggrond. De werkgever kan de arbeidsovereenkomst met de werknemer alleen opzeggen indien daar een redelijke grond voor is als bedoeld in art. 7:669 lid 3 BW en herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt.

Figuur 1: Vereenvoudigde weergave oud en nieuw ontslagrecht⁷



⁶ Verhulp 2015/2b.

⁷ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 6.

Paragraaf 2.2: Voorwaarden voor een verstoorde arbeidsverhouding

In deze paragraaf wordt de volgende theoretisch-juridische deelvraag behandeld:

Wat zijn, op basis van wet- en regelgeving en literatuur, de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan alvorens er sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding?

In art. 7:669 lid 3 sub g is opgenomen dat onder een redelijke grond, als bedoeld in lid 1, wordt verstaan: *‘een verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.’* Deze omschrijving is meervoudig interpreteerbaar en verre van eenduidig. *‘Of objectief dan wel subjectief moet worden gezien of een arbeidsverhouding ‘verstoord’ is, wordt in onderdeel g in het midden gelaten, maar ook daar is voor toepassing van de voorgestelde norm cruciaal wat gegeven een verstoorde relatie al dan niet ‘in redelijkheid’ van de werkgever kan worden gevergd.’*⁸ In de memorie van toelichting⁹ is weliswaar een handvat te ontdekken: *‘In het Ontslagbesluit gelden als criteria voor het verlenen van toestemming voor ontslag dat de verstoring ernstig en duurzaam moet zijn. Beide criteria gelden in beginsel nog steeds en komen tot uitdrukking in de formulering ‘zodanig dat van de werkgever redelijkerwijs niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.’* Ter toelichting wordt daarbij opgemerkt dat *‘ook bij een minder duurzaam verstoorde arbeidsverhouding de arbeidsovereenkomst opgezegd moet kunnen worden als de ernst daarvan zodanig is dat voorzetting van de arbeidsovereenkomst in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd.’*¹⁰ In het (zeer recente) arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 4 april 2016 heeft het hof bepaald dat er geen ‘harde bewijzen’ op tafel hoeven te komen om aan te tonen dat er sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding. Voldoende is dat de werkgever de verstoorde arbeidsverhouding aannemelijk maakt.¹¹

Daarnaast blijkt uit art. 5:1 lid 4 van het Ontslagbesluit (oud) dat de werkgever die een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding als grond aanvoert, niet alleen de ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding aannemelijk dient te maken, maar ook dat herstel van de relatie, al dan niet door overplaatsing van de werknemer binnen de onderneming, niet mogelijk is.¹² Ondanks het feit dat het Ontslagbesluit is komen te vervallen, gelden deze criteria dus nog steeds. Als de arbeidsverhouding is verstoord puur en alleen door toedoen van de werkgever zal dat niet snel tot een redelijke grond leiden, omdat aangenomen moet worden dat deze redelijke grond beperkt wordt uitgelegd en deze ontslaggrond niet door de werkgever zelf behoort te worden veroorzaakt.¹³

⁸ Duk 2014, p. 30.

⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3.

¹⁰ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 46.

¹¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2655.

¹² Heerma van Voss 2015/358.

¹³ Verhulp 2015/10.

Om te kunnen spreken van een verstoorde arbeidsverhouding moet er derhalve sprake zijn van een ernstige en duurzame verstoring van de arbeidsverhouding en moet herstel van de relatie, al dan niet door overplaatsing van de werknemer binnen de onderneming, onmogelijk zijn. Bij een minder duurzaam verstoorde arbeidsverhouding kan de arbeidsovereenkomst alleen worden opgezegd als de ernst daarvan zodanig is dat voortzetting van de arbeidsovereenkomst in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd. De werkgever hoeft slechts aannemelijk te maken dat er sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding en hoeft dit niet met ‘harde bewijzen’ te onderbouwen.

Paragraaf 2.3: Ontslagvergoedingen binnen de Wet werk en zekerheid

In deze paragraaf wordt de volgende theoretisch-juridische deelvraag behandeld:

Welke ontslagvergoedingen binnen het ontslagrecht kent de Wet werk en zekerheid volgens de wet- en regelgeving en literatuur?

Alvorens ik overga tot de beantwoording van de theoretisch-juridische deelvraag wil ik kort stilstaan bij de ontslagvergoedingen van het oude ontslagstelsel. Hierdoor zullen de verschillen duidelijk worden tussen de ontslagvergoedingen van het oude ontslagstelsel en die van het ontslagstelsel na de invoering van de Wet werk en zekerheid. Het oude ontslagstelsel kende grofweg twee ontslagvergoedingen. De door werkgever gevolgde ontslagroute (via het UWV of de kantonrechter) was bepalend voor de ontslagvergoeding. Als de werkgever de ontslagroute via het UWV had gekozen dan eindigde de arbeidsovereenkomst zonder dat de werkgever een vergoeding aan de werknemer diende te betalen. De wet kende daarop, zoals reeds bij de beantwoording van de eerste theoretisch-juridische deelvraag aan bod is gekomen, één uitzondering, die in art. 7:681 BW was geregeld. De werknemer kon na opzegging een procedure starten bij de kantonrechter op grond van ‘kennelijk onredelijke opzegging’. Als inzet werd schadevergoeding gevorderd. De toegekende schadevergoedingen ex art. 7:681 BW waren echter relatief laag.¹⁴

Als de werkgever de ontslagroute via de kantonrechter had gekozen dan had de rechter de bevoegdheid om de werkgever, bij het uitspreken van de ontbinding ex art. 7:685 BW, te verplichten een vergoeding naar billijkheid aan de werknemer te betalen. De vraag die destijds rees was: Wat is een billijke vergoeding? Omdat de rechtspraktijk een heel wisselend beeld liet zien, heeft de Kring van Kantonrechters de zogenoemde kantonrechtersformule ontwikkeld, die breed in de praktijk is gevolgd. Deze formule werd als volgt weergegeven:

$$a \times b \times c$$

waarbij:

a = het gewogen aantal dienstjaren;

b = het laatstverdiende brutomaandsalaris, waarbij enkel werd uitgegaan van de vaste salariscomponenten;

c = de correctiefactor, die bij een neutrale ontbinding (werkgever noch werknemer heeft in het bijzonder schuld aan het feit dat de arbeidsovereenkomst ten einde komt) op 1 werd gesteld. De correctiefactor kon al naargelang de schuld van de werknemer zo mogelijk tot 0 worden teruggebracht,

¹⁴ Loonstra 2015, p. 110.

terwijl schuld aan de kant van de werkgever tot $c = 2$, $c = 3$ of desnoods nog hoger kon leiden.¹⁵ De overige bijzondere omstandigheden van het geval, zoals de (slechte) financiële positie van de werkgever of de afwijkende arbeidsmarktpositie van de werknemer, werden eveneens tot uitdrukking gebracht in de correctiefactor.¹⁶ Kortom, de kantonrechter bracht een oordeel uit over de mate van verwijtbaarheid van partijen, in wiens risicosfeer de situatie lag en de overige omstandigheden van het geval.

Vanaf 1 januari 2009 was de wegingsfactor (a) als volgt:

- werknemers tot 35 jaar: 0,5;
- werknemers tussen 35 en 45 jaar: 1,0;
- werknemers van 45 jaar en ouder: 1,5;
- werknemers van 55 jaar en ouder: 2,0.¹⁷

Volgens het kabinet schoot het oude ontslagstelsel op een aantal punten tekort. Het leidde tot ongelijke uitkomsten en belemmerde het functioneren van de arbeidsmarkt, met name voor oudere werknemers. Een werkgever kon, zoals uit het voorgaande blijkt, bij eenzelfde ontslaggrond kiezen of hij een werknemer ontsloeg via de kantonrechter of via het UWV. Dit maakte het stelsel niet alleen complex, maar leidde ook tot ongelijke behandeling van soortgelijke gevallen. In de praktijk bleek dat werknemers met een zwakkere arbeidspositie vaker werden ontslagen via de goedkopere UWV-route en daardoor minder vaak een ontslagvergoeding kregen. Een tweede tekortkoming betrof de leeftijdsafhankelijkheid van ontslagvergoedingen. Werkgevers waren daardoor soms terughoudend een nieuwe (oudere) werknemer in dienst te nemen. Oudere werknemers durfden een nieuwe baan soms niet aan, omdat ze daarmee hun opgebouwde ontslagbescherming verloren. Tot slot waren de ontslagkosten voor werkgevers hoog, de procedures in sommige gevallen te lang en werden de huidige ontslagvergoedingen onvoldoende productief ingezet voor het vinden van nieuw werk.¹⁸

Nu kort is stilgestaan bij de ontslagvergoedingen van het oude ontslagstelsel zal worden overgegaan tot beantwoording van de theoretisch-juridische deelvraag. Sinds de inwerkingtreding van het nieuwe ontslagrecht op 1 juli 2015 zijn er twee soorten ontslagvergoedingen: de wettelijke transitievergoeding en de additionele billijke vergoeding. Eerst zal worden ingegaan op de wettelijke transitievergoeding. De additionele billijke vergoeding zal later uitgebreid worden besproken bij de beantwoording van de volgende theoretisch-juridische deelvraag.

¹⁵ Loonstra 2015, p. 111.

¹⁶ Kring van Kantonrechters 2008, p. 5.

¹⁷ Loonstra 2015, p. 111.

¹⁸ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 5.

*“De transitievergoeding is enerzijds bedoeld als vergoeding voor de nadelen van het ontslag en anderzijds om de werknemer met behulp van de hiermee gemoeide financiële middelen in staat te stellen de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken.”*¹⁹ De werkgever is in beginsel een transitievergoeding verschuldigd aan de werknemer, indien de werkgever het initiatief neemt om de arbeidsovereenkomst, die ten minste 24 maanden heeft geduurd, te beëindigen.²⁰ De werkgever is tevens een transitievergoeding verschuldigd aan de werknemer, indien de werknemer het initiatief heeft genomen om de arbeidsovereenkomst niet voort te zetten, maar dit het gevolg is van ernstig verwijt handelen of nalaten van de werkgever.²¹ Dit blijkt uit art. 7:673 lid 1 sub a en b BW.

De werkgever is, blijkens art. 7:673 lid 7 BW, geen transitievergoeding verschuldigd aan de werknemer, indien het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst: *“a. geschiedt voor de dag waarop de werknemer de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt en de gemiddelde omvang van de door hem verrichte arbeid ten hoogste twaalf uur per week heeft bedragen, b. geschiedt in verband met of na het bereiken van de in [...] de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd [...] waardoor voor de werknemer recht op pensioen ontstaat, of c. het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.”* Als de werkgever bij het eindigen van een contract voor bepaalde tijd de werknemer een gelijkwaardig of beter contract aanbiedt, maar de werknemer geen gebruik maakt van dat aanbod, vervalt het recht op een transitievergoeding eveneens.²²

Uit art. 7:672 lid 2 BW blijkt dat de hoogte van de transitievergoeding wordt bepaald door de hoogte van het loon per maand en het arbeidsverleden van de werknemer.²³ Gedurende de eerste 120 maanden van de arbeidsovereenkomst ontvangt de werknemer 1/6 maandloon voor ieder half jaar. Kortom, 1/3 maandloon per dienstjaar gedurende de eerste tien jaar. Na 120 maanden ontvangt de werknemer ¼ maandloon voor ieder half jaar dat is gewerkt.²⁴ Kortom, ½ maandloon per dienstjaar. De transitievergoeding is, blijkens art. 7:673 lid 2 en 3 BW, op twee manieren gemaximeerd. De maximering betreft ofwel een nominaal bedrag of een jaarsalaris, indien het jaarsalaris hoger is dan het nominale bedrag. Het nominale maximumbedrag bedraagt € 75.000,-- in 2015.²⁵

Volgens minister Asscher maakt de invoering van de Wet werk en zekerheid het ontslagrecht eenvoudiger, sneller, eerlijker, minder kostbaar voor werkgevers en meer gericht op het vinden van een nieuwe baan. De wet maakt een eind aan de mogelijkheid tot willekeur van het oude duale ontslagstelsel. Ontslag om bedrijfseconomische redenen (en na langdurige arbeidsongeschiktheid) gaat

¹⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 38.

²⁰ Heerma van Voss 2015/410.

²¹ Heerma van Voss 2015/412.

²² Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 39.

²³ Heerma van Voss 2015/413.

²⁴ Loonstra 2015, p. 151.

²⁵ Heerma van Voss 2015/414.

via het UWV, ontslag om persoonlijke redenen wordt door de kantonrechter beoordeeld. Daarbij heeft, zoals uit het voorgaande blijkt, (in beginsel) iedere werknemer met een dienstverband dat ten minste twee jaar heeft bestaan recht op een transitievergoeding, die onafhankelijk is van de leeftijd van de werknemer en die ingezet kan worden voor van-werk-naar-werk trajecten. De kansen op vast werk van met name oudere werknemers worden hierdoor versterkt. Het in de wet opnemen van de ontslagcriteria waar ook de rechter aan gebonden is, komt de voorspelbaarheid van de uitkomst van een ontslagprocedure ten goede. Datzelfde geldt voor de introductie van de wettelijke vergoeding: de voorspelbaarheid van de ontslagprocedure neemt toe, hetgeen ontslag minder kostbaar, eenvoudiger en sneller maakt. Ook het feit dat de gemiddelde vergoedingen in het nieuwe ontslagstelsel, mede door de aftrekbaarheid van kosten van maatregelen gericht op het voorkomen of verkorten van werkloosheid, lager zijn dan in het oude ontslagstelsel, draagt bij aan lagere werkgeverskosten bij ontslag, waardoor werkgevers makkelijker mensen aannemen op basis van een vast contract.²⁶

Ten tijde van het oude ontslagrecht bestonden er grofweg twee ontslagvergoedingen: een schadevergoeding op grond van ‘kennelijk onredelijke opzegging’ (na opzegging via UWV) en een billijke vergoeding berekend aan de hand van de kantonrechtersformule (bij ontbinding via de kantonrechter). Volgens het kabinet schoot het oude ontslagstelsel op een aantal punten tekort. Het oude ontslagstelsel is daarom drastisch op de schop gegaan. Sinds 1 juli 2015 zijn er twee soorten ontslagvergoedingen binnen het ontslagrecht van de Wet werk en zekerheid: de wettelijke transitievergoeding en de additionele billijke vergoeding.

²⁶ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 5.

Paragraaf 2.4: Voorwaarden voor een additionele billijke vergoeding

In deze paragraaf wordt de volgende theoretisch-juridische deelvraag behandeld:

Wat zijn, op basis van wet- en regelgeving en literatuur, de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan voordat er aanspraak kan worden gemaakt op een additionele billijke vergoeding?

Naast de op grond van art. 7:673 BW toegekende transitievergoeding, die niet door de kantonrechter wordt toegekend maar in door de wet aangewezen gevallen moet worden betaald, kan de kantonrechter de werknemer uitsluitend een additionele billijke vergoeding toekennen indien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.²⁷ De additionele billijke vergoeding is bedoeld voor ‘*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.*’²⁸ In de woorden van de Raad van State is de additionele billijke vergoeding bedoeld voor ‘*duidelijke en uitzonderlijke gevallen van onrechtmatige gedragingen die te kwalificeren zijn als duidelijk strijdig met goed werkgeverschap.*’ In het Advies van de Raad van State en het Nader Rapport wordt ook wel gesproken van ‘het muizengaatje’.²⁹ Deze suggestieve uitdrukking zegt veel over de reikwijdte die de regering aan de billijke vergoeding heeft willen toekennen.³⁰ Als hoofdregel geldt dat de kantonrechter de ontbinding van de arbeidsovereenkomst uitspreekt zonder toekenning van een additionele billijke vergoeding.³¹

Het is aan de rechter om de hoogte van de additionele billijke vergoeding te bepalen. De hoogte van de additionele billijke vergoeding dient in relatie te staan tot het ernstig verwijtbare handelen of nalaten van de werkgever. Rechters hebben de mogelijkheid om de hoogte van de additionele billijke vergoeding te bepalen op een wijze die aansluit bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval. Dit betekent dat criteria als loon en lengte van het dienstverband die onderdeel uitmaakten van de kantonrechtersformule hierbij geen rol hoeven te spelen.³² Dat hoeft niet, maar mag dus wél.³³ Voorts kan in de additionele billijke vergoeding niet tot uitdrukking komen of het ontslag redelijk is mede in het licht van de gevolgen van het ontslag voor de werknemer en de door de werkgever getroffen voorzieningen om deze gevolgen te ondervangen (ook wel aangeduid als het gevolgen criterium), omdat dit reeds is verdisconteerd in de transitievergoeding.³⁴ De additionele billijke vergoeding biedt

²⁷ Loonstra & Sick 2014, p. 11.

²⁸ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 34.

²⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 4, p. 12-13 en 15.

³⁰ Schouten 2014, p. 61.

³¹ Loonstra & Sick 2014, p. 11.

³² Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 32-33.

³³ Peters 2016, p. 2.

³⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 33.

de werknemer compensatie voor het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.³⁵ De compensatie van de werknemer via de additionele billijke vergoeding dient ‘*ook om dergelijk handelen van de werkgever te voorkomen*’³⁶ Hieruit kan worden afgeleid dat bij de bepaling van de hoogte van de additionele billijke vergoeding niet alleen compensatie een rol speelt, maar tevens preventie en bestraffing.³⁷ De kantonrechter te Amsterdam heeft in dit kader het volgende bepaald ten aanzien van de billijke vergoeding: ‘*de billijke vergoeding moet een zekere omvang hebben, omdat anders het risico bestaat dat een relatief lage vergoeding voor lief wordt genomen, en in feite een vrijbrief vormt voor ernstig verwijtbaar handelen aan de kant van de werkgever door een verstoorde arbeidsverhouding te construeren en zo op oneigenlijke wijze het einde van het dienstverband met een werknemer te realiseren.*’³⁸ De rechter kan bij het bepalen van de hoogte van de additionele billijke vergoeding rekening houden met de financiële situatie van de werkgever, mocht daar aanleiding toe zijn.³⁹ Tevens kan de rechter bij de additionele billijke vergoeding mede betrekken ‘*de situatie waarin de werknemer inmiddels een andere baan heeft gevonden.*’⁴⁰ Minister Asscher constateerde in zijn brief aan de Kamer van 27 november 2015 dat de toegekende additionele billijke vergoedingen bij ernstige verwijtbaarheid van de werkgever nogal in hoogte verschillen, maar ‘*dat is ook verklaarbaar omdat de wet geen norm stelt voor deze vergoeding.*’⁴¹

Ter verdere verduidelijking worden in de memorie van toelichting⁴² een aantal voorbeelden van situaties gegeven waaraan wordt gedacht voor het toekennen van de additionele billijke vergoeding:

- ‘*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 arbeids-overeenkomst en 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;*

³⁵ Peters 2016, p. 2.

³⁶ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 32.

³⁷ Peters 2016, p. 2.

³⁸ Rb. Amsterdam (krt.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752.

³⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 34.

⁴⁰ Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 90.

⁴¹ Kamerstuk 2015/16, 34 351, nr. 1, p. 9.

⁴² Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3.

- *de situatie waarin een werknemer arbeidsongeschikt is geworden (en uiteindelijk wordt ontslagen) als gevolg van verwijtbaar onvoldoende zorg van de werkgever voor de arbeidsomstandigheden’*⁴³

De kantonrechter kan de werknemer derhalve uitsluitend een additionele billijke vergoeding toekennen indien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Wat er onder ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever wordt begrepen is (nog) niet geheel duidelijk. De wetsgeschiedenis biedt slechts handvatten (onder andere in de vorm van voorbeelden van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever). In hoofdstuk 3, paragraaf 2, zal daarom aan de hand van recente jurisprudentie worden ingegaan op zulk handelen of nalaten van de werkgever.

⁴³ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 34.

Hoofdstuk 3: Resultaten

In dit hoofdstuk zullen achtereenvolgens de deelvragen uit het praktijkonderzoeksgedeelte worden behandeld. Elke deelvraag wordt behandeld in een aparte paragraaf. De paragraaf eindigt met een tabel. In de lopende tekst wordt (door middel van voetnoten) veelvuldig verwezen naar verschillende zaken. Het verrichte onderzoek naar deze zaken is terug te vinden in de bijlagen (hoofdstuk 6 e.v.).

Paragraaf 3.1: De verstoorde arbeidsverhouding

In deze paragraaf wordt de volgende deelvraag uit het praktijkonderzoeksgedeelte behandeld:

Welke factoren spelen, op basis van jurisprudentieonderzoek, een rol bij het bepalen of er sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding?

Overeenstemming over de verstoorde arbeidsverhouding

In een (groot) deel van de zaken zijn partijen het eens⁴⁴ over het feit dat er sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding. In deze zaken gaat het slechts om de vraag op wiens conto de verstoorde arbeidsverhouding kan worden geschreven. Indien de verstoorde arbeidsverhouding bijvoorbeeld volledig op het conto van de werkgever kan worden geschreven, is de kans groot dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, waardoor de rechter een additionele billijke vergoeding kan toekennen aan de werknemer. Deze zaken zijn niet bruikbaar voor het beantwoorden van deze deelvraag en zullen buiten beschouwing worden gelaten.

Conflict tussen partijen

In alle zaken was sprake van een conflict⁴⁵ tussen partijen, waardoor de ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding is ontstaan. Het conflict werd in deze zaken veroorzaakt door

⁴⁴ Rb. Enschede (krt.) 21 januari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:212, Rb. Utrecht (krt.) 18 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:854, Rb. Leeuwarden (krt.) 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423, Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:715, Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715, Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:RBGHSHE:2016:320, Rb. Alkmaar (krt.) 25 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2401, Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:713, Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:714, Rb. Haarlem (krt.) 29 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:996, Rb. Groningen (krt.) 29 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5130, Rb. Enschede (krt.) 20 augustus 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3899, Rb. Groningen (krt.) 29 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:864.

⁴⁵ Rb. Amsterdam (krt.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752, Rb. Alkmaar (krt.) 4 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9668, Rb. Amsterdam (krt.) 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7278, Rb. 's-Hertogenbosch (krt.) 22 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5552, Rb. Amsterdam (krt.) 15 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9244, Rb. Alkmaar (krt.) 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11461, Rb. Lelystad (krt.) 12 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:986, Rb. Rotterdam (krt.) 16 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9316, Rb. Rotterdam (krt.) 11 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9963, Rb. Almelo (krt.) 14 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882, Rb. Rotterdam (krt.) 16 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1185, Rb. Arnhem (krt.) 13 november 2015, AR 2015-1162, Rb. Amsterdam (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1048, Rb. Tilburg (krt.) 22 februari 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1067, Rb. Rotterdam (krt.) 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7564, Rb. Rotterdam (krt.) 30 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7045, Rb. Rotterdam (krt.) 24 november 2015, AR 2015-1198.

gedragingen van één der partijen (werkgever of werknemer), een (of meerdere) derde(n) (zoals bijvoorbeeld de partner of collega’s van werknemer) of door beide partijen (werkgever én werknemer). De conflicten waren zeer uiteenlopend. Er waren bijvoorbeeld conflicten over het vermeende disfunctioneren van werknemer⁴⁶, de noodzaak van de voorgestelde salarisverlaging⁴⁷, de datum van indiensttreding en de inhoud van de werkzaamheden⁴⁸, het uit te betalen loon en de werkroosters⁴⁹, de ziekte van werknemer en zijn verplichtingen om al dan niet op het werk te verschijnen⁵⁰, het te voeren beleid binnen de organisatie⁵¹, het niet (volledig) nakomen van de re-integratieverplichtingen⁵², misbruik van positie⁵³, de gedragingen van de werknemer⁵⁴ en intimiderende gedragingen van de werkgever⁵⁵. Het is helaas niet mogelijk om ten aanzien van deze conflicten een duidelijke lijn te ontdekken, aangezien de feiten en omstandigheden in elke zaak anders zijn. De rechters oordeelden in deze zaken in ieder geval dat er (mede door de conflicten) sprake was van een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding, waarbij herstel van de relatie onmogelijk was.

Overigens was er niet in alle zaken sprake van een duurzaam verstoorde arbeidsverhouding. In een tweetal zaken werd de tijdspanne⁵⁶ tussen de aanvang van het traject en de indiening van het verzoekschrift (2,5 en 8(!) maanden), bezien in het licht van de relatief lange en vruchtbare duur van het dienstverband, te kort geacht. Vervolgens verwezen deze rechters naar de wetsgeschiedenis, waarin staat dat ook bij een minder duurzaam verstoorde arbeidsverhouding de arbeidsovereenkomst kan worden opgezegd als de ernst daarvan zodanig is dat voortzetting van de arbeidsovereenkomst in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd. Dit is dan ook volledig verenigbaar met hetgeen de wetgever voor ogen had.

⁴⁶ Rb. Amsterdam (krt.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752, Rb. Alkmaar (krt.) 4 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9668, Rb. Amsterdam (krt.) 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7278.

⁴⁷ Rb. Amsterdam (krt.) 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7278.

⁴⁸ Rb. 's-Hertogenbosch (krt.) 22 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5552.

⁴⁹ Rb. Amsterdam (krt.) 15 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9244.

⁵⁰ Rb. Alkmaar (krt.) 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11461.

⁵¹ Rb. Rotterdam (krt.) 11 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9963.

⁵² Rb. Arnhem (krt.) 13 november 2015, AR 2015-1162.

⁵³ Rb. Tilburg (krt.) 22 februari 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1067.

⁵⁴ Rb. Amsterdam (krt.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752, Rb. Rotterdam (krt.) 16 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9316, Rb. Rotterdam (krt.) 16 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1185, Rb. Rotterdam (krt.) 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7564, Rb. Rotterdam (krt.) 24 november 2015, AR 2015-1198.

⁵⁵ Rb. Rotterdam (krt.) 30 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7045.

⁵⁶ Rb. Amsterdam (krt.) 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7278, Rb. Rotterdam (krt.) 11 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9963.

Opgezegd vertrouwen

Indien één der partijen het vertrouwen⁵⁷ in de andere partij heeft opgezegd (of beide partijen het vertrouwen in elkaar hebben opgezegd) kan dit er (mede) toe leiden dat er sprake is van een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding, waarbij herstel van de relatie onmogelijk is. Het vertrouwen werd in deze zaken bijvoorbeeld opgezegd in de persoon en het functioneren van de werknemer⁵⁸, in de voortzetting van het dienstverband met werknemer⁵⁹, in het spoedig door werkgever oplossen van de problemen die spelen tussen de partijen⁶⁰ en in de samenwerking met werknemer⁶¹.

Ingezette middelen

Indien de werkgever bepaalde middelen⁶² inzet, zoals het vrijstellen van de werknemer van zijn werkzaamheden⁶³, het schorsen van de werknemer⁶⁴ (zonder behoud van loon⁶⁵), het op non-actief stellen van de werknemer⁶⁶, het doorvoeren van loonstoppen⁶⁷ en het terugzetten van de werknemer in zijn functie⁶⁸ kan dit er (mede) toe leiden dat er een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding ontstaat, waarbij herstel van de relatie niet langer mogelijk is. Ik veronderstel dat dit te maken heeft met het feit dat het herstellen van de relatie tussen de werkgever en de werknemer moeizamer wordt, indien de werkgever één (of meerdere) van de hierboven genoemde middelen heeft ingezet.

⁵⁷ Rb. Amsterdam (krt.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752, Rb. Alkmaar (krt.) 4 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9668, Rb. Rotterdam (krt.) 16 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9316, Rb. Arnhem (krt.) 13 november 2015, AR 2015-1162, Rb. Tilburg (krt.) 22 februari 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1067, Rb. Rotterdam (krt.) 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7564.

⁵⁸ Rb. Amsterdam (krt.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752.

⁵⁹ Rb. Alkmaar (krt.) 4 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9668, Rb. Tilburg (krt.) 22 februari 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1067.

⁶⁰ Rb. Rotterdam (krt.) 16 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9316.

⁶¹ Rb. Arnhem (krt.) 13 november 2015, AR 2015-1162.

⁶² Rb. Amsterdam (krt.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752, Rb. Alkmaar (krt.) 4 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9668, Rb. Amsterdam (krt.) 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7278, Rb. Alkmaar (krt.) 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11461, Rb. Rotterdam (krt.) 11 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9963, Rb. Almelo (krt.) 14 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882.

⁶³ Rb. Amsterdam (krt.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752, Rb. Amsterdam (krt.) 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7278, Rb. Rotterdam (krt.) 11 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9963.

⁶⁴ Rb. Amsterdam (krt.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752, Rb. Rotterdam (krt.) 16 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9316.

⁶⁵ Rb. Amsterdam (krt.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752.

⁶⁶ Rb. Alkmaar (krt.) 4 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9668, Rb. Rotterdam (krt.) 16 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9316, Rb. Almelo (krt.) 14 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882.

⁶⁷ Rb. Alkmaar (krt.) 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11461, Rb. Almelo (krt.) 14 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882.

⁶⁸ Rb. Amsterdam (krt.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752.

Het voorgaande (inclusief voorbeelden) ziet er in een tabel als volgt uit:

Tabel 1: Verstoorde Arbeidsverhouding

Overeenstemming over de verstoorde arbeidsverhouding	• Rb. Enschede (krt.) 21 januari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:212; • Rb. Utrecht (krt.) 18 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:854; • Rb. Leeuwarden (krt.) 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423; • Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:715; • Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715; • Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:RBGHSHE:2016:320; • Rb. Alkmaar (krt.) 25 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2401; • Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:713; • Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:714; • Rb. Haarlem (krt.) 29 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:996; • Rb. Groningen (krt.) 29 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5130; • Rb. Enschede (krt.) 20 augustus 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3899; • Rb. Groningen (krt.) 29 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:864.
Conflict tussen partijen	<u>Conflict over het vermeende disfunctioneren van werknemer:</u> • Rb. Amsterdam (krt.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752; • Rb. Alkmaar (krt.) 4 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9668; • Rb. Amsterdam (krt.) 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7278. <u>Conflict over de noodzaak van de voorgestelde salarisverlaging:</u> • Rb. Amsterdam (krt.) 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7278. <u>Conflict over de datum van indiensttreding en de inhoud van de werkzaamheden:</u> • Rb. 's-Hertogenbosch (krt.) 22 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5552. <u>Conflict over het uit te betalen loon en de werkroosters:</u> • Rb. Amsterdam (krt.) 15 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9244. <u>Conflict over de ziekte van werknemer en zijn verplichtingen om op het werk te verschijnen:</u> • Rb. Alkmaar (krt.) 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11461. <u>Conflict over het te voeren beleid binnen de organisatie:</u> • Rb. Rotterdam (krt.) 11 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9963. <u>Conflict over het niet (volledig) nakomen van de re-integratieverplichtingen:</u> • Rb. Arnhem (krt.) 13 november 2015, AR 2015-1162. <u>Conflict over misbruik van positie:</u> • Rb. Tilburg (krt.) 22 februari 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1067. <u>Conflict over de gedragingen van de werknemer:</u> • Rb. Amsterdam (krt.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752; • Rb. Rotterdam (krt.) 16 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9316; • Rb. Rotterdam (krt.) 16 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1185; • Rb. Rotterdam (krt.) 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7564; • Rb. Rotterdam (krt.) 24 november 2015, AR 2015-1198. <u>Conflict over intimiderende gedragingen van de werkgever:</u> • Rb. Rotterdam (krt.) 30 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7045. <u>Zonder voorbeeld:</u> • Rb. Lelystad (krt.) 12 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:986; • Rb. Almelo (krt.) 14 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882; • Rb. Amsterdam (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1048.

Opgezegd vertrouwen	<u>Opgezegd vertrouwen in de persoon en het functioneren van de werknemer:</u> • Rb. Amsterdam (krt.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752. <u>Opgezegd vertrouwen in de voortzetting van het dienstverband met werknemer:</u> • Rb. Alkmaar (krt.) 4 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9668; • Rb. Tilburg (krt.) 22 februari 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016: 1067. <u>Opgezegd vertrouwen in het spoedig door werkgever oplossen van de problemen tussen partijen:</u> • Rb. Rotterdam (krt.) 16 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9316. <u>Opgezegd vertrouwen in de samenwerking met werknemer:</u> • Rb. Arnhem (krt.) 13 november 2015, AR 2015-1162. <u>Zonder voorbeeld:</u> • Rb. Rotterdam (krt.) 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7564.
Ingezette middelen	<u>Het vrijstellen van de werknemer van zijn werkzaamheden:</u> • Rb. Amsterdam (krt.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752; • Rb. Amsterdam (krt.) 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7278; • Rb. Rotterdam (krt.) 11 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9963. <u>Het schorsen van de werknemer (zonder behoud van loon):</u> • Rb. Amsterdam (krt.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752; • Rb. Rotterdam (krt.) 16 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9316. <u>Het op non-actief stellen van de werknemer:</u> • Rb. Alkmaar (krt.) 4 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9668; • Rb. Rotterdam (krt.) 16 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9316; • Rb. Almelo (krt.) 14 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882. <u>Het doorvoeren van loonstoppen:</u> • Rb. Alkmaar (krt.) 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11461; • Rb. Almelo (krt.) 14 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882. <u>Het terugzetten van de werknemer in zijn functie:</u> • Rb. Amsterdam (krt.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752.

Paragraaf 3.2: Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever

In deze paragraaf wordt de volgende deelvraag uit het praktijkonderzoeksgedeelte behandeld:

Welke factoren spelen, op basis van jurisprudentieonderzoek, een rol bij het bepalen of een werknemer aanspraak kan maken op een additionele billijke vergoeding op grond van een verstoorde arbeidsverhouding?

Onterecht ingezette middelen

Onterecht ingezette middelen⁶⁹ door de werkgever kunnen er (mede) toe leiden dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Deze middelen bestonden uit demoties⁷⁰, schorsingen⁷¹ (zonder behoud van loon⁷²), loonstoppen⁷³ en non-actiefstellingen⁷⁴. Werkgevers dienen hier dus niet te snel naar te grijpen, want als de rechter oordeelt dat deze middelen onterecht door de werkgever zijn ingezet, is de kans aanwezig dat de rechter een additionele billijke vergoeding toekent aan de werknemer. Voorzichtigheid is hier dus geboden.

Geen serieus verbetertraject

Indien de werkgever geen serieus verbetertraject⁷⁵ (bij vermeend disfunctioneren zijdens werknemer) inzet, waarbij werknemer een reële kans is geboden zijn disfunctioneren te verbeteren, zal dit in veel gevallen leiden tot ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. In dit soort zaken werd er of helemaal geen verbetertraject ingezet door de werkgever of er werd wél een verbetertraject ingezet door de werkgever, maar dit verbetertraject was niet deugdelijk, aangezien de werknemer niet

⁶⁹ Rb. Amsterdam (krt.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752, Rb. Alkmaar (krt.) 4 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9668, Rb. Amsterdam (krt.) 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7278, Rb. Amsterdam (krt.) 15 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9244, Rb. Leeuwarden (krt.) 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423, Rb. Alkmaar (krt.) 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11461, Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:715, Rb. Rotterdam (krt.) 16 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9316, Rb. Rotterdam (krt.) 11 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9963, Rb. Almelo (krt.) 14 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882, Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:713, Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:714.

⁷⁰ Rb. Amsterdam (krt.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752.

⁷¹ Rb. Amsterdam (krt.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752, Rb. Amsterdam (krt.) 15 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9244, Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:715, Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:713, Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:714.

⁷² Rb. Amsterdam (krt.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752.

⁷³ Rb. Alkmaar (krt.) 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11461, Rb. Almelo (krt.) 14 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882.

⁷⁴ Rb. Alkmaar (krt.) 4 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9668, Rb. Amsterdam (krt.) 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7278, Rb. Leeuwarden (krt.) 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423, Rb. Rotterdam (krt.) 16 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9316, Rb. Rotterdam (krt.) 11 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9963, Rb. Almelo (krt.) 14 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882.

⁷⁵ Rb. Amsterdam (krt.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752, Rb. Alkmaar (krt.) 4 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9668, Rb. Amsterdam (krt.) 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7278, Rb. Utrecht (krt.) 18 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:854, Rb. Leeuwarden (krt.) 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423, Rb. Alkmaar (krt.) 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11461, Rb. Rotterdam (krt.) 11 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9963, Rb. Almelo (krt.) 14 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882.

de reële kans werd geboden zijn disfunctioneren te verbeteren. Een niet deugdelijk verbetertraject is bijvoorbeeld een verbetertraject waarbij het vertrouwen in de persoon en het functioneren van de werknemer voorafgaand aan het verbetertraject reeds is opgezegd door de werkgever en waarbij de werknemer gedurende het verbetertraject in zijn functie is teruggezet, waardoor aan werknemer nimmer de reële kans is geboden zijn disfunctioneren te verbeteren.⁷⁶ In deze zaken was de arbeidsverhouding inmiddels dusdanig beschadigd dat er sprake was van een verstoorde arbeidsverhouding, waardoor aan werknemer geen reële kans meer kon worden geboden om zijn functioneren nog te verbeteren. Als de arbeidsovereenkomst niet wordt ontbonden op grond van disfunctioneren van de werknemer (bijvoorbeeld omdat de werkgever nooit een verbetertraject heeft ingezet), maar op grond van een verstoorde arbeidsverhouding (de arbeidsverhouding is inmiddels dusdanig beschadigd dat er sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding), dan neemt de werkgever het risico om een additionele billijke vergoeding te moeten betalen wegens ontslag dat het gevolg is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, een risico dat de werkgever zal moeten incalculeren.⁷⁷ In de literatuur wordt dit ook wel aangeduid als de ‘Asscher-escape’. In wezen komt de ‘Asscher-escape’ neer op een poging om de oude ontslagpraktijk voort te zetten. Een onvoldragen ontslagdossier wordt afgekocht tegen een hogere vergoeding.⁷⁸

Geen inspanningen verricht om de relatie te herstellen of om tot een oplossing te komen

Indien de werkgever geen (of onvoldoende) inspanningen⁷⁹ heeft verricht om de relatie tussen hem en de werknemer (maar ook de relatie tussen werknemers onderling) te herstellen of om tot een oplossing te komen, dan kan dit er (mede) toe leiden dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Voorbeelden hiervan zijn het niet (direct) ingaan van de werkgever op het voorstel van de werknemer om een mediator in te schakelen⁸⁰, de omstandigheid dat de werkgever zich niet bereid heeft getoond om aan de door de werknemer geuite bezwaren (ten aanzien van de minder ingeroosterde werkuren en het te weinig uitbetaalde salaris) tegemoet te komen, waardoor het conflict is geëscaleerd⁸¹ en de omstandigheid dat de werkgever niets heeft ondernomen om de onrust die was ontstaan (ten aanzien van camera’s die in strijd met de daarvoor geldende wetgeving waren geplaatst) te doen verdwijnen⁸².

⁷⁶ Rb. Amsterdam (krt.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752.

⁷⁷ *Handelingen I* 2013/14, 33 818, 32 item 14, p. 32-14-10.

⁷⁸ Brouwer-Harbach, p. 1.

⁷⁹ Rb. Utrecht (krt.) 18 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:854, Rb. Amsterdam (krt.) 15 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9244, Rb. Lelystad (krt.) 12 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:986, Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:715, Rb. Rotterdam (krt.) 11 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9963, Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715, Rb. Alkmaar (krt.) 25 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2401, Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:713, Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:714.

⁸⁰ Rb. Lelystad (krt.) 12 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:986.

⁸¹ Rb. Amsterdam (krt.) 15 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9244.

⁸² Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:715, Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:713, Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:714.

Adviezen en/of voorstellen van de arbo- of bedrijfsarts

Het niet ingaan op de adviezen en/of voorstellen van de arbo- of bedrijfsarts⁸³ kan er (mede) toe leiden dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Het hof oordeelde bijvoorbeeld dat het niet ingaan van de werkgever op het voorstel van de arbo-arts om gebruik te maken van mediation er (mede) toe heeft geleid dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.⁸⁴ Het is dus raadzaam om als werkgever altijd gehoor te geven aan de adviezen en/of voorstellen van de arbo- of bedrijfsarts.

Gerechtshof

Het hof oordeelde dat vloeken, schelden, tieren, uitlatingen als ‘ik treiter jou er wel uit’ en het voor de voeten gooien van dossiers⁸⁵ door werkgever kon worden aangemerkt als ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Het hof oordeelde eveneens in een andere zaak dat het door werkgever inbrengen van seksueel getinte e-mails⁸⁶, die werkneemster destijds van haar minnaar ontving op haar zakelijke e-mail, in de procedure bij het UWV, terwijl deze affaire allang was geëindigd, werkgever van deze e-mails op de hoogte was en werkneemster hier nimmer door werkgever op is aangesproken kon worden aangemerkt als ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever.

Geen additionele billijke vergoeding

Thans zal worden ingegaan op de zaken waarin *geen* additionele billijke vergoeding door de rechter is toegekend aan de werknemer, aangezien er, naar het oordeel van de rechter, geen sprake was van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Wat duidelijk opvalt is dat het handelen of nalaten van de werkgever in een groot aantal zaken ofwel niet kan worden aangemerkt als ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever⁸⁷, ofwel dat dit op zich aan te merken is als ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, maar dat dit niet is komen vast te staan⁸⁸. De kantonrechter te Arnhem oordeelde bijvoorbeeld het volgende. ‘*Hoewel kan worden aangenomen dat werknemer (die lijdt aan een alcoholverslaving) zich onder druk gezet voelde tijdens het re-integratietraject, valt niet in te zien waarom werkgever, op wie als werkgever immers de verplichting rust tot*

⁸³ Rb. 's-Hertogenbosch (krt.) 22 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5552, Rb. Alkmaar (krt.) 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11461, Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA: 2016:715.

⁸⁴ Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA: 2016:715.

⁸⁵ Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA: 2016:715.

⁸⁶ Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:RBGHSHE:2016:320.

⁸⁷ Rb. Rotterdam (krt.) 16 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1185, Rb. Groningen (krt.) 29 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5130, Rb. Groningen (krt.) 29 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:864, Rb. Arnhem (krt.) 13 november 2015, AR 2015-1162, Rb. Amsterdam (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1048, Rb. Tilburg (krt.) 22 februari 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1067, Rb. Rotterdam (krt.) 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7564, Rb. Rotterdam (krt.) 30 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7045, Rb. Rotterdam (krt.) 24 november 2015, AR 2015-1198.

⁸⁸ Rb. Haarlem (krt.) 29 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:996, Rb. Enschede (krt.) 20 augustus 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3899.

re-integratie van de werknemer, daarbij ernstig verwijtbaar heeft gehandeld.”⁸⁹ De kantonrechter te Rotterdam oordeelde in een andere zaak bijvoorbeeld dat de omstandigheid dat werknemster een heftige (afwijkende) reactie ervaart bij normale en/of lichte aanrakingen door mannen (gezien haar traumatische verleden waarin zij seksueel is misbruikt) niet zonder meer tot ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever leidt.⁹⁰ De kantonrechter te Enschede oordeelde in weer een andere zaak bijvoorbeeld dat het vervalsen van een VOG door de werkgever bestempeld zou kunnen worden als ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever, maar dat uit het door werknemer aangedragen bewijs niet is komen vast te staan dat de werkgever het VOG daadwerkelijk vervalst had.⁹¹

Werknemer ‘triggerde’ werkgever tot (verwijtbaar) handelen

De werknemer had in een groot aantal zaken zelf (ook) ‘boter op het hoofd’ en ‘triggerde’ de werkgever als het ware tot (verwijtbaar) handelen.⁹² Zo had de werknemer bijvoorbeeld een directe concurrent van werkgever bijgestaan in een aanbestedingstraject, terwijl werknemer nog in dienst was van werkgever⁹³, had werknemer de vriendin van een collega op Facebook het bericht ‘succes met die Nazi van je’ gestuurd, nadat deze hem had ‘verklikt’ voor het gooien van een prop papier⁹⁴ en had de werknemster zelf de mutaties aangaande de registraties als woningzoekende van haar en haar echtgenoot in het systeem doorgevoerd, terwijl voorzienbaar was dat zij daarmee de schijn van misbruik van haar positie kon wekken (zij had dit aan een ander kunnen overlaten, zoals haar leidinggevende, die zij daarbij in vertrouwen had kunnen nemen voor wat betreft haar relatieproblemen)⁹⁵. Het lijkt er op dat de rechter hier enigszins rekening mee heeft gehouden bij het bepalen of er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. In deze zaken gingen de rechters namelijk niet alleen in op het door werknemer vermeende ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever, maar ook op de daaraan voorafgaande gedragingen van de werknemer.

⁸⁹ Rb. Arnhem (krt.) 13 november 2015, AR 2015-1162.

⁹⁰ Rb. Rotterdam (krt.) 30 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7045.

⁹¹ Rb. Enschede (krt.) 20 augustus 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3899.

⁹² Rb. Rotterdam (krt.) 16 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1185, Rb. Haarlem (krt.) 29 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:996, Rb. Groningen (krt.) 29 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:864, Rb. Tilburg (krt.) 22 februari 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1067, Rb. Rotterdam (krt.) 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7564, Rb. Rotterdam (krt.) 24 november 2015, AR 2015-1198.

⁹³ Rb. Rotterdam (krt.) 16 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1185.

⁹⁴ Rb. Rotterdam (krt.) 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7564.

⁹⁵ Rb. Tilburg (krt.) 22 februari 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1067.

Het voorgaande (inclusief voorbeelden) ziet er in een tabel als volgt uit:

Tabel 2: Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever

Onterecht ingezette middelen door werkgever	<u>Demoties:</u> - Rb. Amsterdam (krt.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752. <u>Schorsingen (zonder behoud van loon):</u> - Rb. Amsterdam (krt.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752; - Rb. Amsterdam (krt.) 15 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9244; - Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:715; - Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:713; - Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:714. <u>Loonstoppen:</u> - Rb. Alkmaar (krt.) 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11461; - Rb. Almelo (krt.) 14 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882. <u>Non-actiefstellingen:</u> - Rb. Alkmaar (krt.) 4 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9668; - Rb. Amsterdam (krt.) 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7278; - Rb. Leeuwarden (krt.) 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423; - Rb. Rotterdam (krt.) 16 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9316; - Rb. Rotterdam (krt.) 11 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9963; - Rb. Almelo (krt.) 14 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882.
Geen serieus verbetertraject, waarbij de werknemer een reële kans is geboden zijn disfunctioneren te verbeteren	<u>Het vertrouwen in de persoon en het functioneren van werknemer is reeds voorafgaand aan het verbetertraject opgezegd en werknemer is gedurende het verbetertraject teruggezet in zijn functie:</u> - Rb. Amsterdam (krt.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752; <u>Zonder voorbeeld:</u> - Rb. Alkmaar (krt.) 4 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9668; - Rb. Amsterdam (krt.) 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7278; - Rb. Utrecht (krt.) 18 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:854; - Rb. Leeuwarden (krt.) 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423; - Rb. Alkmaar (krt.) 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11461; - Rb. Rotterdam (krt.) 11 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9963; - Rb. Almelo (krt.) 14 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882.
Geen inspanningen verricht door werkgever om de relatie te herstellen of om tot een oplossing te komen	<u>Niet (direct) ingaan van de werkgever op het voorstel van de werknemer om een mediator in te schakelen:</u> - Rb. Lelystad (krt.) 12 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:986. <u>De omstandigheid dat de werkgever zich niet bereid heeft getoond om aan de door de werknemer geuite bezwaren tegemoet te komen:</u> - Rb. Amsterdam (krt.) 15 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9244; <u>De omstandigheid dat de werkgever niets heeft ondernomen om de onrust die was ontstaan te doen verdwijnen:</u> - Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:715; - Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016: 713; - Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE: 2016:714. <u>Zonder voorbeeld:</u> - Rb. Utrecht (krt.) 18 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:854; - Rb. Rotterdam (krt.) 11 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9963; - Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715; - Rb. Alkmaar (krt.) 25 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2401;

Niet ingegaan op de voorstellen/adviezen van de arbo- of bedrijfsarts	<u>Werkgever heeft geen gehoor gegeven aan het voorstel van de arbo-arts om gebruik te maken van mediation:</u> - Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA: 2016:715. <u>Zonder voorbeeld:</u> - Rb. 's-Hertogenbosch (krt.) 22 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5552; - Rb. Alkmaar (krt.) 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11461.
Overig ernstig verwijtbaar handelen	<u>Vloeken, schelden, tieren, uitlatingen als ‘ ik treiter jou er wel uit’ en het voor de voeten gooien van dossiers door werkgever:</u> - Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA: 2016:715. <u>Door werkgever inbrengen van seksueel getinte e-mails, die werknemster van haar minnaar ontving op haar zakelijke e-mail, in de procedure bij het UWV, terwijl deze affaire allang was geëindigd, werkgever van deze e-mails op de hoogte was en werknemster hier nimmer door werkgever op is aangesproken:</u> - Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:RBGHSHE:2016:320.

Tabel 3: Geen ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever

Niet aangemerkt als ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever	<u>De omstandigheid dat werknemer zich onder druk gezet voelde tijdens het re-integratietraject leidt niet tot ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever (op werkgever rust immers de verplichting tot re-integratie van werknemer):</u> - Rb. Arnhem (krt.) 13 november 2015, AR 2015-1162. <u>De omstandigheid dat werkneemster een heftige (afwijkende) reactie ervaart bij normale en/of lichte aanrakingen door mannen (gezien haar traumatische verleden waarin zij seksueel is misbruikt) leidt niet tot ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever:</u> - Rb. Rotterdam (krt.) 30 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7045. <u>Geen voorbeeld:</u> - Rb. Rotterdam (krt.) 16 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1185; - Rb. Groningen (krt.) 29 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5130; - Rb. Groningen (krt.) 29 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:864; - Rb. Amsterdam (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1048; - Rb. Tilburg (krt.) 22 februari 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1067; - Rb. Rotterdam (krt.) 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7564; - Rb. Rotterdam (krt.) 24 november 2015, AR 2015-1198.
Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever is niet vast komen te staan	<u>Het vervalsen van een VOG door werkgever zou bestempeld kunnen worden als ernstig verwijtbaar handelen, maar dit is niet vast komen te staan:</u> - Rb. Enschede (krt.) 20 augustus 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3899. <u>Zonder voorbeeld:</u> - Rb. Haarlem (krt.) 29 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:996.
Werknemer ‘triggerde’ werkgever tot (verwijtbaar) handelen	<u>Werknemer had een directe concurrent bijgestaan in een aanbestedingstraject, terwijl werknemer nog in dienst was van werkgever:</u> - Rb. Rotterdam (krt.) 16 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1185. <u>Werknemer had de vriendin van een collega op Facebook het bericht ‘succes met die Nazi van je’ gestuurd, nadat deze hem had ‘verklikt’ voor het gooien van een prop papier:</u> - Rb. Rotterdam (krt.) 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT: 2015:7564. <u>Werkneemster had zelf de mutaties aangaande de registraties als woningzoekende van haar en haar echtgenoot in het systeem doorgevoerd, terwijl voorzienbaar was dat zij daarmee de schijn van misbruik van haar positie kon wekken:</u> - Rb. Tilburg (krt.) 22 februari 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1067. <u>Zonder voorbeeld:</u> - Rb. Haarlem (krt.) 29 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:996; - Rb. Groningen (krt.) 29 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:864; - Rb. Rotterdam (krt.) 24 november 2015, AR 2015-1198.

Paragraaf 3.3: De hoogte van de additionele billijke vergoeding

In deze paragraaf wordt de volgende deelvraag uit het praktijkonderzoeksgedeelte behandeld:

Welke factoren spelen, op basis van jurisprudentieonderzoek, een rol bij het bepalen van de hoogte van de additionele billijke vergoeding op grond van een verstoorde arbeidsverhouding?

Niet gemotiveerd

In een (groot) aantal zaken wordt de hoogte van de additionele billijke vergoeding in het geheel niet gemotiveerd.⁹⁶ In deze zaken trekken de kantonrechters simpelweg de (kennelijk tussen verschillende kantonrechters afgesproken) standaardfrase weer uit de kast. Daarin worden eerst de ‘aanwijzingen’ van de wetgever⁹⁷ gememoreerd, om daarop te laten volgen: ‘Uitgaande van het voorgaande zal de kantonrechter de billijke vergoeding vaststellen op een bedrag van € ...’ (of vergelijkbare bewoordingen). Hiermee verschaft de rechter geen enkel inzicht in de factoren die voor hem of haar leidend zijn bij de bepaling van de omvang van de additionele billijke vergoeding.⁹⁸ Sagel heeft op deze praktijk al scherpe kritiek geuit.⁹⁹ Deze zaken zijn voor het jurisprudentieonderzoek dan ook onbruikbaar.

In de overige zaken wordt de hoogte van de additionele billijke vergoeding wel gemotiveerd. Die motivering betreft vooral factoren die in aanmerking worden genomen. Hoe de omslag van die factoren naar het toegekende bedrag plaatsvindt, blijft vaag.¹⁰⁰ Hieronder worden de onderzoeksresultaten behandeld.

Ernst van het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten en de preventieve en bestraffende werking

De rechter houdt bij het bepalen van de hoogte van de additionele billijke vergoeding rekening met de ernst¹⁰¹ van het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever wordt door de rechter opgesomd en vervolgens wordt hier een ‘prijskaartje’ aan gehangen. De kantonrechter te Rotterdam oordeelde bijvoorbeeld dat de werkgever

⁹⁶ Rb. Alkmaar (krt.) 4 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9668, Rb. Enschede (krt.) 21 januari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:212, Rb. 's-Hertogenbosch (krt.) 22 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5552, Rb. Alkmaar (krt.) 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11461, Rb. Lelystad (krt.) 12 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:986, Rb. Alkmaar (krt.) 25 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2401.

⁹⁷ Zie paragraaf 2.4.

⁹⁸ Peters 2016, p. 5.

⁹⁹ Sagel 2016 p. 1-3.

¹⁰⁰ Peters 2016, p. 5.

¹⁰¹ Rb. Amsterdam (krt.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752, Rb. Amsterdam (krt.) 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7278, Rb. Utrecht (krt.) 18 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:854, Rb. Amsterdam (krt.) 15 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9244, Rb. Leeuwarden (krt.) 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:5423, Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE: 2016:715, Rb. Rotterdam (krt.) 11 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9963, Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715, Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:RBGHSHE:2016:320, Rb. Almelo (krt.) 14 maart 2016, ECLI:NL:2016:882, Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:713, Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE: 2016:714.

de werknemer geen reële kans had geboden om het functioneren te verbeteren en dat de werkgever geen inspanningen had verricht om de relatie tussen hem en de werknemer te herstellen. De werkgever had de werknemer geen zichtbaar verbetertraject gegund en geen coaching aangeboden, maar had doelbewust aangestuurd op een onherstelbare beschadiging van de arbeidsverhouding. In deze zaak werd een additionele billijke vergoeding toegekend aan de werknemer van € 10.000,--.¹⁰² Het is helaas niet mogelijk om aan te geven welke gedragingen van werkgevers als meer of als minder ‘ernstig’ worden beschouwd door de rechters, aangezien de feiten en omstandigheden in elke zaak anders zijn, elke rechter een andere interpretatie heeft van het begrip ‘ernstig’ en omdat de rechters in deze zaken slechts aangeven dát er rekening is gehouden met de ernst van het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, maar niet op welke manier hier rekening mee is gehouden. Dat de rechters rekening houden met de ernst van het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever was te verwachten, aangezien uit de wetsgeschiedenis duidelijk blijkt dat de hoogte van de additionele billijke vergoeding in relatie dient te staan tot het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Tevens houdt de rechter in een aantal zaken (naast het compenseren van de werknemer voor het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever) rekening met de preventieve en bestraffende werking¹⁰³ die uitgaat van de additionele billijke vergoeding. Deze uitkomst was eveneens te verwachten, aangezien ook dit duidelijk blijkt uit de wetsgeschiedenis.

Omstandigheden werknemer

De rechter houdt bij het bepalen van de hoogte van de additionele billijke vergoeding rekening met de omstandigheden van de werknemer¹⁰⁴. Zo hield de rechter bij het bepalen van de hoogte van de additionele billijke vergoeding rekening met de kansen van de werknemer op de arbeidsmarkt¹⁰⁵ (mede gelet op de leeftijd van de werknemer en de gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van de werknemer), de duur van het dienstverband¹⁰⁶, de hoogte van het loon¹⁰⁷ en de inkomens-¹⁰⁸ en pensioenschade¹⁰⁹ die de werknemer zou leiden door de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Dit is opmerkelijk, aangezien de gevolgen van het ontslag voor de werknemer reeds verdisconteerd zijn in de transitievergoeding en, als regel, buiten beschouwing worden gelaten bij het bepalen van de hoogte

¹⁰² Rb. Rotterdam (krt.) 11 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9963.

¹⁰³ Rb. Amsterdam (krt.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752, Rb. Utrecht (krt.) 18 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:854, Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715.

¹⁰⁴ Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715, Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:320, Rb. Almelo (krt.) 14 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882, Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:713.

¹⁰⁵ Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715.

¹⁰⁶ Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715, Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:320, Rb. Almelo (krt.) 14 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882, Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:713.

¹⁰⁷ Rb. Almelo (krt.) 14 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882.

¹⁰⁸ Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715, Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:320.

¹⁰⁹ Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715.

van de additionele billijke vergoeding. Het hof was echter van oordeel dat de gevolgen van het ontslag voor de werknemer in de gegeven situatie niet volledig verdisconteerd waren in de transitie-vergoeding. Daaraan voegde het hof toe dat bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding rekening gehouden dient te worden met de inkomens- en pensioenschade, voor zover deze het bedrag van de transitievergoeding evident overschrijdt. Overigens betekent dit niet dat de additionele billijke vergoeding een volledige vergoeding dient te zijn van de inkomens- en/of pensioenschade.¹¹⁰ Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de duur van het dienstverband en de hoogte van het loon geen rol hoeven te spelen bij het bepalen van de hoogte. Dat hoeft niet, maar mag dus wél. In deze zaken hebben de rechters ervoor gekozen deze factoren wél een rol te laten spelen bij het bepalen van de hoogte van de additionele billijke vergoeding. Opvallend is dat de werknemers in deze zaken (relatief) lange dienstverbanden hadden, namelijk 23, 10, 37 en 20 jaren. Naar mijn mening heeft de additionele billijke vergoeding op deze wijze wel heel veel weg van de kantonrechtersformule. Bij de kantonrechtersformule werd er namelijk ook rekening gehouden met de duur van het dienstverband, de hoogte van het (laatstverdiende) loon en het verwijtbaar handelen van partijen.¹¹¹ De toegekende additionele billijke vergoedingen waren in deze zaken eveneens opvallend hoog, namelijk € 50.000,--, € 10.000,--, € 80.000,-- en € 48.000,--. Deze hoge additionele billijke vergoedingen zijn enigszins te verklaren door het feit dat de rechters in deze zaken niet alleen keken naar het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, maar ook naar de hierboven genoemde omstandigheden van de werknemer.

Omstandigheden werkgever

De rechter houdt bij het bepalen van de hoogte van de additionele billijke vergoeding eveneens rekening met de omstandigheden van de werkgever¹¹². Zo hield de rechter bij het bepalen van de hoogte van de additionele billijke vergoeding rekening met de geringe omvang van het bedrijf¹¹³, de opstartfase waarin de vennoten zich bevonden nadat zij vanuit een arbeidsongeschiktheidssituatie met behulp van het UWV het bedrijf waren gestart¹¹⁴, de omstandigheid dat er sprake was van een ‘kleine’ ondernemer¹¹⁵ (te weten een eenmanszaak) en de onbekendheid dan wel onervarenheid van werkgever met de strenge eisen die worden gesteld aan een werkgever die geconfronteerd wordt met een werknemer die naar zijn oordeel niet functioneert¹¹⁶. Dit was duidelijk terug te zien in de hoogte van de additionele billijke vergoeding. De additionele billijke vergoedingen in deze zaken waren namelijk aanzienlijk lager dan in andere zaken, namelijk € 3.000,-- en € 2.500,--. De rechter houdt bij het

¹¹⁰ Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715.

¹¹¹ Zie paragraaf 2.3.

¹¹² Rb. Amsterdam (krt.) 15 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:9244, Rb. Leeuwarden (krt.) 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:5423.

¹¹³ Rb. Amsterdam (krt.) 15 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:9244.

¹¹⁴ Rb. Amsterdam (krt.) 15 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:9244.

¹¹⁵ Rb. Leeuwarden (krt.) 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:5423.

¹¹⁶ Rb. Leeuwarden (krt.) 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:5423.

bepalen van de hoogte van de additionele billijke vergoeding tevens rekening met de financiële situatie van de werkgever, maar dan dient de werkgever die in financieel zwaar weer verkeert dit wel met stukken te onderbouwen, hetgeen in deze zaken niet was gebeurd.¹¹⁷

Overige omstandigheden

De rechter houdt bij het bepalen van de hoogte van de additionele billijke vergoeding ook rekening met de omstandigheid dat de werknemer een periode vrijgesteld is geweest van werkzaamheden met behoud van loon¹¹⁸, de omstandigheid dat werkgever veroordeeld is geweest tot doorbetaling van het salaris van werknemer zonder dat daar een arbeidsprestatie van werknemer tegenover heeft gestaan¹¹⁹, de emotionele gevolgen van het optreden van werkgever voor de werknemer¹²⁰, de omstandigheid dat de hoogte van de additionele billijke vergoeding niet afzonderlijk is betwist door werkgever¹²¹ en met de hoogte van de ontslagvergoeding uit een eerdere beschikking¹²².

¹¹⁷ Rb. Alkmaar (krt.) 4 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:9668, Rb. 's-Hertogenbosch (krt.) 22 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5552.

¹¹⁸ Rb. Utrecht (krt.) 18 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:854.

¹¹⁹ Rb. Rotterdam (krt.) 16 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9316.

¹²⁰ Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE: 2016:715, Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:713, Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE: 2016:714.

¹²¹ Rb. Lelystad (krt.) 12 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:986.

¹²² Rb. Utrecht (krt.) 18 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:854.

Het voorgaande (inclusief voorbeelden) ziet er in een tabel als volgt uit:

Tabel 4: Hoogte additionele billijke vergoeding

Niet gemotiveerd door de rechter	• Rb. Alkmaar (krt.) 4 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9668; • Rb. Enschede (krt.) 21 januari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:212; • Rb. 's-Hertogenbosch (krt.) 22 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5552; • Rb. Alkmaar (krt.) 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11461; • Rb. Lelystad (krt.) 12 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:986; • Rb. Alkmaar (krt.) 25 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2401.
Ernst van het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever	• Rb. Amsterdam (krt.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752; • Rb. Amsterdam (krt.) 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7278; • Rb. Utrecht (krt.) 18 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:854; • Rb. Amsterdam (krt.) 15 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9244; • Rb. Leeuwarden (krt.) 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:5423; • Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE: 2016:715; • Rb. Rotterdam (krt.) 11 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9963; • Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715; • Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:RBGHSHE:2016:320; • Rb. Almelo (krt.) 14 maart 2016, ECLI:NL:2016:882; • Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:713; • Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE: 2016:714.
Preventieve en bestraffende werking	• Rb. Amsterdam (krt.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752; • Rb. Utrecht (krt.) 18 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:854; • Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715.
Omstandigheden van de werknemer	<u>De kansen van werknemer op de arbeidsmarkt:</u> • Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715. <u>De duur van het dienstverband:</u> • Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715; • Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:RBGHSHE:2016:320; • Rb. Almelo (krt.) 14 maart 2016, ECLI:NL:2016:882; • Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:713. <u>De hoogte van het loon:</u> • Rb. Almelo (krt.) 14 maart 2016, ECLI:NL:2016:882. <u>De inkomensschade voor werknemer:</u> • Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715; • Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:RBGHSHE:2016:320. <u>De pensioenschade voor werknemer:</u> • Hof Den Haag 22 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:715.

Omstandigheden van de werkgever	<u>De geringe omvang van het bedrijf:</u> - Rb. Amsterdam (krt.) 15 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:9244. <u>De opstartfase waarin de vennoten zich bevonden nadat zij vanuit een arbeidsongeschiktheids-situatie met behulp van het UWV het bedrijf waren gestart:</u> - Rb. Amsterdam (krt.) 15 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:9244. <u>De omstandigheid dat er sprake is van een kleine ondernemer (te weten een eenmanszaak):</u> - Rb. Leeuwarden (krt.) 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:5423. <u>De onbekendheid dan wel onervarenheid van werkgever met de strenge eisen die worden gesteld aan een werkgever die geconfronteerd wordt met een werknemer die naar zijn oordeel niet functioneert:</u> - Rb. Leeuwarden (krt.) 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:5423. <u>De financiële situatie van de werkgever (indien onderbouwd met stukken):</u> - Rb. Alkmaar (krt.) 4 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:9668; - Rb. 's-Hertogenbosch (krt.) 22 september 2015, ECLI:NL:ROBR:2015:5552.
Overige omstandigheden	<u>De omstandigheid dat de werknemer een periode vrijgesteld is geweest van werkzaamheden met behoud van loon:</u> - Rb. Utrecht (krt.) 18 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:854. <u>De omstandigheid dat de werkgever veroordeeld is geweest tot doorbetaling van het salaris van werknemer zonder dat daar een arbeidsprestatie van werknemer tegenover heeft gestaan:</u> - Rb. Rotterdam (krt.) 16 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9316. <u>De emotionele gevolgen van het optreden van werkgever voor de werknemer:</u> - Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE: 2016:715; - Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:713; - Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE: 2016:714. <u>De omstandigheid dat de hoogte van de additionele billijke vergoeding niet afzonderlijk is betwist door de werkgever:</u> - Rb. Lelystad (krt.) 12 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:986. <u>De hoogte van de ontslagvergoeding uit een eerdere beschikking:</u> - Rb. Utrecht (krt.) 18 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:854.

Hoofdstuk 4: Conclusies

In dit hoofdstuk zal de centrale vraag worden beantwoord aan de hand van de deelvragen uit het theoretisch-juridisch en het praktijkonderzoeksgedeelte. De centrale vraag van dit onderzoeksrapport luidt als volgt:

Wat zijn voor de advocaten van de praktijkgroep arbeidsrecht van TeekensKarstens, volgens literatuur- en jurisprudentieonderzoek, relevante factoren bij het bepalen in hoeverre er aanspraak kan worden gemaakt op een additionele billijke vergoeding op grond van een verstoorde arbeidsverhouding?

Verstoorde arbeidsverhouding

Uit het literatuuronderzoek van hoofdstuk 2.2 blijkt het volgende. Om te kunnen spreken van een verstoorde arbeidsverhouding moet er sprake zijn van een ernstige en duurzame verstoring van de arbeidsverhouding en moet herstel van de relatie, al dan niet door herplaatsing van de werknemer, onmogelijk zijn.

Uit het jurisprudentieonderzoek van hoofdstuk 3.1 blijkt dat partijen het in een groot deel van de zaken eens waren over het feit dat er sprake was van een verstoorde arbeidsverhouding. Deze zaken waren daardoor niet bruikbaar voor het jurisprudentieonderzoek. Uit de overige zaken is een aantal factoren ontdekt die een rol hebben gespeeld bij het bepalen of er sprake was van een verstoorde arbeidsverhouding. Allereerst kan een ernstige en duurzame verstoring van de arbeidsverhouding ontstaan indien sprake is van een conflict tussen partijen. Deze conflicten waren zeer uiteenlopend. Ten tweede kan een ernstige en duurzame verstoring van de arbeidsverhouding ontstaan indien één der partijen het vertrouwen in de andere partij heeft opgezegd of indien beide partijen het vertrouwen in elkaar hebben opgezegd. Tot slot kan een ernstige en duurzame verstoring van de arbeidsverhouding ontstaan indien de werkgever bepaalde middelen heeft ingezet, zoals het op non-actief stellen van de werknemer.

Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever

Uit het literatuuronderzoek van hoofdstuk 2.4 blijkt dat de rechter uitsluitend een additionele billijke vergoeding kan toekennen indien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.

Uit het jurisprudentieonderzoek van hoofdstuk 3.2 blijkt dat het niet mogelijk is om exact aan te geven wanneer er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, aangezien de feiten en omstandigheden in elke zaak anders waren en elke rechter een andere interpretatie had van het begrip ‘ernstig verwijtbaar handelen of nalaten’. Desalniettemin zijn er een aantal factoren aan te wijzen die er (mede) toe kunnen leiden dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van

de werkgever. Allereerst kunnen onterecht ingezette middelen (zoals het onterecht schorsen van de werknemer zonder behoud van loon) door werkgevers leiden tot ernstig verwijtbaar handelen. Ten tweede kan er sprake zijn van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten als de werkgever geen serieus verbetertraject (bij vermeend disfunctioneren zijdens werknemer) heeft ingezet, waarbij werknemer de reële kans is geboden zijn disfunctioneren te verbeteren. Ten derde kan er sprake zijn van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten als de werkgever geen (of onvoldoende) inspanningen heeft verricht om de relatie tussen hem en de werknemer (of de relatie tussen werknemers onderling) te herstellen of om tot een oplossing te komen. Tot slot kan het niet ingaan op de adviezen en/of voorstellen van de arbo- of bedrijfsarts door werkgever leiden tot ernstig verwijtbaar handelen of nalaten.

Uit het jurisprudentieonderzoek van hoofdstuk 3.2 blijkt tevens dat het handelen of nalaten van de werkgever in een aantal zaken ofwel niet kon worden aangemerkt als ernstig verwijtbaar handelen of nalaten, ofwel dat het handelen of nalaten van de werkgever op zich aan te merken was als ernstig verwijtbaar handelen of nalaten, maar dat dit niet is komen vast te staan. Daarnaast blijkt dat er geen sprake kan zijn van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever als de werknemer zelf (ook) ‘boter op het hoofd’ had en de werkgever als het ware ‘triggerde’ tot (verwijtbaar) handelen.

Hoogte additionele billijke vergoeding

Uit het literatuuronderzoek van hoofdstuk 2.4 blijkt dat het aan de rechter is om de hoogte van de additionele billijke vergoeding te bepalen. De hoogte van de additionele billijke vergoeding dient in relatie te staan tot het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.

Uit het jurisprudentieonderzoek van hoofdstuk 3.3 blijkt dat de additionele billijke vergoeding in een (groot) deel van de zaken in het geheel niet is gemotiveerd. Deze zaken waren daardoor voor het jurisprudentieonderzoek niet bruikbaar. Desondanks zijn er een aantal factoren ontdekt waarmee de rechter rekening hield bij het bepalen van de hoogte van de additionele billijke vergoeding op grond van een verstoorde arbeidsverhouding. Zo hield de rechter rekening met de ernst van het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, de preventieve en bestraffende werking die uitgaat van de additionele billijke vergoeding, de omstandigheden van de werknemer (zoals de gevolgen van het ontslag voor werknemer, de duur van het dienstverband en de hoogte van het loon), de omstandigheden van de werkgever (zoals de omvang van het bedrijf en de financiële situatie van de werkgever) en met een aantal overige omstandigheden (zoals de omstandigheid dat de werknemer een periode vrijgesteld is geweest van werkzaamheden met behoud van loon). Hoe de omslag van die factoren naar het toegekende bedrag plaatsvindt is niet duidelijk geworden uit het jurisprudentieonderzoek.

Hiermee is duidelijk geworden welke factoren relevant zijn bij het bepalen in hoeverre er aanspraak kan worden gemaakt op een additionele billijke vergoeding op grond van een verstoorde arbeidsverhouding. De hierboven besproken factoren dienen echter slechts als indicatie, aangezien elke zaak anders is en elke rechter een eigen interpretatie heeft van het begrip ‘ernstig verwijtbaar handelen of nalaten’. Het doel van dit onderzoek was het opstellen van een leidraad ten aanzien van de additionele billijke vergoeding op grond van een verstoorde arbeidsverhouding. U kunt deze leidraad terugvinden in het volgende hoofdstuk. De doelstelling is mijns inziens gehaald.

Hoofdstuk 5: Aanbevelingen

In dit hoofdstuk zullen aanbevelingen worden gedaan ten aanzien van de additionele billijke vergoeding op grond van een verstoorde arbeidsverhouding, die als leidraad kunnen dienen voor de advocaten van de praktijkgroep arbeidsrecht van TeekensKarstens. Er is hierbij onderscheid gemaakt tussen het bijstaan van de werkgever en het bijstaan van de werknemer. Dit is gedaan voor het gemak van TeekensKarstens.

Indien TeekensKarstens de werkgever bijstaat dient te worden gelet op het volgende:

- TeekensKarstens dient de werkgever te adviseren zo min mogelijk gebruik te maken van middelen zoals demoties, schorsingen zonder behoud van loon, loonstoppen en non-actiefstellingen. Indien de rechter namelijk oordeelt dat deze middelen onterecht zijn ingezet, kan dit tot ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever leiden;
- TeekensKarstens dient te inventariseren of de werkgever een serieus verbetertraject (bij vermeend disfunctioneren zijdens werknemer) heeft ingezet, waarbij werknemer de reële kans is geboden zijn disfunctioneren te verbeteren. Indien de werkgever geen verbetertraject of een ondeugdelijk verbetertraject heeft ingezet, dient alsnog een degelijk verbetertraject te worden ingezet. Op deze manier wordt voorkomen dat de wederpartij zich kan beroepen op de zogenoemde ‘Asscher-escape’;
- TeekensKarstens dient te inventariseren of de werkgever zich voldoende heeft ingespannen¹²³ om de relatie tussen hem en de werknemer of de relatie tussen de werknemers onderling te herstellen of om tot een oplossing te komen. Indien de werkgever dit heeft nagelaten, dient dit alsnog te worden bewerkstelligd. Mediation zou hier uitkomst kunnen bieden. Op deze manier kan, mocht het tot een procedure leiden, worden aangevoerd dat de werkgever zich tot het uiterste heeft ingespannen om de relatie te herstellen of om tot een oplossing te komen;
- TeekensKarstens dient de werkgever stevast aan te bevelen in te gaan op de adviezen en/of voorstellen van de arbo- of bedrijfsarts. Het hof en een aantal kantonrechters hebben namelijk geoordeeld dat het niet ingaan op de adviezen en/of voorstellen van de arbo-of bedrijfsarts tot ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever kan leiden;
- TeekensKarstens dient te inventariseren of de werknemer zelf (ook) ‘boter op het hoofd’ had en de werkgever als het ware ‘triggerde’ tot (verwijtbaar) handelen. De rechters lijken hier namelijk enigszins rekening mee te houden bij het bepalen of er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.

¹²³ Zie paragraaf 3.2.

Factoren waarmee de rechter rekening houdt bij het bepalen van de hoogte van de additionele billijke vergoeding op grond van een verstoorde arbeidsverhouding zijn als volgt en dienen, indien van toepassing, te worden aangevoerd door TeekensKarstens:

- de geringe omvang van het bedrijf;
- de opstartfase waarin de vennoten zich bevinden nadat zij vanuit een arbeidsongeschiktheids-situatie met behulp van het UWV het bedrijf zijn gestart;
- de omstandigheid dat er sprake is van een ‘kleine’ ondernemer (te weten een eenmanszaak);
- de onbekendheid dan wel onervarenheid van de werkgever met de strenge eisen die worden gesteld aan een werkgever die geconfronteerd wordt met een werknemer die naar zijn oordeel niet functioneert;
- de financiële situatie van de werkgever (onderbouwen met stukken);
- de omstandigheid dat werknemer een periode vrijgesteld is geweest van werkzaamheden met behoud van loon;
- de omstandigheid dat werkgever veroordeeld is geweest tot doorbetaling van het salaris van werknemer zonder dat daar een arbeidsprestatie van werknemer tegenover heeft gestaan;
- de omstandigheid dat de hoogte van de additionele billijke vergoeding niet afzonderlijk is betwist door werkgever;
- de hoogte van de ontslagvergoeding uit een eerdere beschikking.

Indien TeekensKarstens de werknemer bijstaat dient er te worden gelet op het volgende:

- TeekensKarstens dient te inventariseren of de werkgever onterechte middelen zoals demoties, schorsingen zonder behoud van loon, loonstoppen en non-actiefstellingen heeft ingezet. Indien de rechter namelijk oordeelt dat deze middelen onterecht zijn ingezet, kan dit tot ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever leiden;
- TeekensKarstens dient te inventariseren of de werkgever een serieus verbetertraject (bij vermeend disfunctioneren zijdens werknemer) heeft ingezet, waarbij werknemer de reële kans is geboden zijn disfunctioneren te verbeteren. Indien de werkgever geen verbetertraject of een ondeugdelijk verbetertraject heeft ingezet, dient dit te worden aangevoerd. Als de arbeids-overeenkomst namelijk niet wordt ontbonden op grond van disfunctioneren van werknemer, maar op grond van een verstoorde arbeidsverhouding, dan zal dit leiden tot ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever (de zogenoemde ‘Asscher-escape’);
- TeekensKarstens dient te inventariseren of de werkgever zich voldoende heeft ingespannen¹²⁴ om de relatie tussen hem en de werknemer of de relatie tussen de werknemers onderling te herstellen of om tot een oplossing te komen. Indien de werkgever dit heeft nagelaten, dient dit te worden aangevoerd. Denk hierbij bijvoorbeeld aan een voorstel van de werknemer om tot mediation over te gaan dat door de werkgever is afgewezen;
- TeekensKarstens dient te inventariseren of de werkgever is ingegaan op de adviezen en/of voorstellen van de arbo- of bedrijfsarts. Indien de werkgever dit heeft nagelaten, dient dit te worden aangevoerd. Het hof en een aantal kantonrechters hebben namelijk geoordeeld dat het niet ingaan op de adviezen en/of voorstellen van de arbo-of bedrijfsarts tot ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever kan leiden.

Factoren waarmee de rechter rekening houdt bij het bepalen van de hoogte van de additionele billijke vergoeding op grond van een verstoorde arbeidsverhouding zijn als volgt en dienen, indien van toepassing, te worden aangevoerd door TeekensKarstens:

- de kansen van de werknemer op de arbeidsmarkt (gelet op de leeftijd van de werknemer en de gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van de werknemer);
- de inkomens- en pensioenschade die de werknemer zou leiden door de ontbinding van de arbeidsovereenkomst;
- de duur van het dienstverband;
- de hoogte van het loon;
- de emotionele gevolgen van het optreden van werkgever voor werknemer.

¹²⁴ Zie paragraaf 3.2.

Literatuurlijst

Brouwer-Harbach 2016

J. Brouwer-Harbach, ‘De Asscher-escape: easy way out of valse belofte’, *Dirkzwager Arbeidsrecht* 2016: (losbl.)

Duk 2014

R.A.A. Duk, ‘Art. 7:669 Wetsvoorstel Werk en Zekerheid: de rechter als bureaucraat’, *Tijdschrift Recht en Arbeid (TRA)* 2014.

Heerma van Voss 2015

G.J.J. Heerma van Voss, ‘346 Herplaatsingsplicht’, *Asser 7-V Arbeidsovereenkomst* 2015.

Heerma van Voss 2015

G.J.J. Heerma van Voss, ‘358 Verstoorde arbeidsverhouding’, *Asser 7-V Arbeidsovereenkomst* 2015.

Heerma van Voss 2015

G.J.J. Heerma van Voss, ‘410 Initiatief bij de werkgever’, *Asser 7-V Arbeidsovereenkomst* 2015.

Heerma van Voss 2015

G.J.J. Heerma van Voss, ‘412 Initiatief bij de werknemer’, *Asser 7-V Arbeidsovereenkomst* 2015.

Heerma van Voss 2015

G.J.J. Heerma van Voss, ‘413 Hoogte van de transitievergoeding’, *Asser 7-V Arbeidsovereenkomst* 2015.

Heerma van Voss 2015

G.J.J. Heerma van Voss, ‘414 Maximering transitievergoeding’, *Asser 7-V Arbeidsovereenkomst* 2015.

Kring van Kantonrechters 2008

Kring van Kantonrechters, *De aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters*, 2008: (losbl.).

Loonstra 2015

C.J. Loonstra, *Hoofdstukken Sociaal Recht. Arbeidsrecht editie 2015*. Groningen: Noordhoff Uitgevers Groningen/Houten 2015.

Loonstra & Sick 2014

C.J. Loonstra & PTH. Sick, ‘Het Wetvoorstel werk en zekerheid (33818) in vogelvlucht: dekt de vlag de lading?’, *Tijdschrift Arbeidsrecht Praktijk (TAP)* 2014.

Peters 2016

S.S.M. Peters, ‘Billijke vergoedingen hausse in 2016: ontaardt het door de wetgever geregisserde strakke ballet in een losbandige lambada?’, *VAAN AR Updates* 2016.

Sagel 2016

S.F. Sagel, ‘Wwz: pas toe en leg uit!’, *TRA* 2016/1 (column).

Schouten 2014

B. Schouten, ‘Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten: over de omvang van een muizengaatje’, *Tijdschrift Arbeidsrecht Praktijk (TAP)* 2014.

Verhulp 2015

E. Verhulp, ‘Opzegging door werkgever bij: Burgerlijk Wetboek Boek 7, Artikel 669’, *Tekst en Commentaar: Arbeidsrecht* 2015.

Parlementaire stukken

Handelingen I 2013/14, 33 818, 32 item 14.

Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3

Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 4

Kamerstuk 2015/16, 34 351, nr. 1, brief van minister Asscher 27 november 2015, *Opzet evaluatie Wwz en eerste beeld invoering Wwz*.

Jurisprudentielijst

Gerechtshoven

Hof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2655.

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

Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:RBGHSHE:2016:320.

Kantonrechters

Rb. Alkmaar (krt.) 25 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2401.
Rb. Almelo (krt.) 14 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:882.
Rb. Groningen (krt.) 29 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:864.
Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:713.
Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:714.
Rb. Leeuwarden (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:715.
Rb. Amsterdam (krt.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1048.
Rb. Tilburg (krt.) 22 februari 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1067.
Rb. Utrecht (krt.) 18 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:854.
Rb. Rotterdam (krt.) 16 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1185.
Rb. Haarlem (krt.) 29 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:996.
Rb. Enschede (krt.) 21 januari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:212.
Rb. Lelystad (krt.) 12 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:986.
Rb. Alkmaar (krt.) 18 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11461.
Rb. Rotterdam (krt.) 16 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9316.
Rb. Amsterdam (krt.) 15 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9244.
Rb. Rotterdam (krt.) 11 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9963.
Rb. Amsterdam (krt.) 7 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8752.
Rb. Leeuwarden (krt.) 25 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5423.
Rb. Rotterdam (krt.) 24 november 2015, AR 2015-1198.
Rb. Arnhem (krt.) 13 november 2015, AR 2015-1162.
Rb. Alkmaar (krt.) 4 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9668.
Rb. Groningen (krt.) 29 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5130.
Rb. Rotterdam (krt.) 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7564.
Rb. Amsterdam (krt.) 6 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7278.
Rb. Rotterdam (krt.) 30 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7045.
Rb. 's-Hertogenbosch (krt.) 22 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5552.
Rb. Enschede (krt.) 20 augustus 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3899.