

***'Transitievergoeding bij ernstig
verwijtbaar handelen of nalaten van
een werknemer'***

**Toetsing van:
Afstudeerscriptie
HBR-AS17-AS**

Hogeschool Leiden

Opleiding HBO-Rechten

Onderzoeksdocent:

Mw. mr. **I.J.S van Mierlo-Groot**

Afstudeerbegeleider:

Mw. mr. **N. Janssen**

Opdrachtgever: [REDACTED]

Praktijkbegeleider: [REDACTED]

Inleverdatum: 6 maart 2018

2018/19, 14/15

Voorwoord

Voor u ligt de scriptie ‘transitievergoeding bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer’. Bij de start van de opleiding, ruim vier jaar geleden, klonk het schrijven van een scriptie nog ver weg. De jaren zijn voorbij gevlogen en na veel hoogte- en dieptepunten is het einde van de opleiding eindelijk in zicht.

Het onderzoek dat voor u ligt, is tot stand gekomen met de hulp van [REDACTED]

[REDACTED] Vanuit de opleiding wil ik graag mevrouw Van Mierlo bedanken voor de hulp tijdens het schrijven van mijn plan van aanpak. Daarnaast wil ik mevrouw Janssen bedanken voor de goede begeleiding en steun tijdens het schrijven van mijn scriptie. Dank, dat u altijd voor mij klaar stond en voor uw vertrouwen in mij.

Ik wens u veel leesplezier toe.

[REDACTED]

[REDACTED]

Samenvatting

In 2015 heeft de Wet werk en zekerheid (hierna: Wwz) het ontslagrecht gewijzigd. Eén van de wijzigingen die de Wwz met zich mee heeft gebracht is de transitievergoeding. Wanneer een werknemer voldoet aan de vereisten uit art. 7:673 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) wordt bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst een transitievergoeding toegekend. Daarnaast heeft de Wwz de begrippen 'verwijtbaar' en 'ernstig verwijtbaar' handelen of nalaten van een werknemer geïntroduceerd. De werknemer krijgt geen transitievergoeding als de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer. In de memorie van toelichting (hierna: MvT) en in de wet wordt geen specifieke invulling gegeven aan het begrip ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer. Ongeveer twee jaar na de inwerkingtreding van de Wwz heeft het Hugo Sinzheimer Instituut (hierna: HSI) van de Universiteit van Amsterdam een onderzoek verricht naar het begrip ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer. Naar aanleiding van de MvT en het onderzoek zijn een aantal elementen geformuleerd om een gedraging aan te merken als ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. [REDACTED] heeft gevraagd dit onderzoek uit te voeren vanwege de onduidelijkheden in de praktijk en het probleem dat is geschetst in paragraaf 1.1.

Het doel van dit onderzoek is [REDACTED] een advies geven omtrent het al dan niet toekennen van een transitievergoeding bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer. De volgende centrale vraag is opgesteld: *welk advies kan [REDACTED] worden gegeven wanneer er al dan niet een transitievergoeding wordt toegekend bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer blijkens wet- en regelgeving, literatuur en jurisprudentieonderzoek?*

De centrale vraag zal worden beantwoord middels wet- en regelgeving, literatuur- en jurisprudentieonderzoek. De theoretische deelvragen zijn beantwoord aan de hand van wet- en regelgeving en literatuuronderzoek. Allereerst is de wet- en regelgeving rondom de transitievergoeding, verwijtbaar en ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer in kaart gebracht. De praktijkdeelvragen zijn beantwoord aan de hand van jurisprudentieonderzoek. Het jurisprudentieonderzoek is uitgevoerd om de feiten en omstandigheden te achterhalen die de rechter meeneemt in zijn overweging om al dan niet een transitievergoeding toe te kennen bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer.

Uit het onderzoek is naar voren gekomen dat er geen sluitend antwoord kan worden gegeven op de centrale vraag. Wel zijn uit het onderzoek voldoende handvatten naar voren gekomen die de

opdrachtgever kan gebruiken bij de beoordeling of een gedraging wordt aangemaakt als ernstig verwijtbaar waardoor een werknemer al dan niet een transitievergoeding krijgt. De MvT en het rapport van het HSI geven weer welke gedragingen door de rechter worden aangemerkt als ernstig verwijtbaar indien er twee of meer elementen aanwezig zijn. Dit zijn de volgende elementen: in strijd handelen met het gehanteerde beleid, de functie van de werknemer, het vertrouwen van de werkgever is beschadigd, de werknemer geeft geen openheid van zaken, de werknemer is eerder gewaarschuwd en de werknemer heeft willens en wetens gehandeld. Onder deze feiten en omstandigheden krijgt de werknemer in eerste instantie geen transitievergoeding.

Ten tweede is uit het jurisprudentieonderzoek gebleken dat de rechter in uitzonderlijke gevallen gebruik maakt van zijn uitzonderingsbevoegdheid uit art. 7:673 lid 8 BW. Het is opgevallen dat de rechter zijn beslissing om art. 7:673 lid 8 BW toe te passen uitgebreid motiveert. Deze uitgebreide motivering om af te wijken van de standaardregel leidt tot andere elementen die de rechter meeneemt in zijn overweging. De persoonlijke omstandigheden en de duur van het dienstverband zijn de andere elementen die de rechter meeneemt in zijn overweging om gedeeltelijk een transitievergoeding toe te kennen. In de meeste gevallen wordt gekozen voor toekenning van een gedeeltelijke transitievergoeding. Een gehele transitievergoeding wordt zelden toegekend.

Naar aanleiding van dit onderzoek is een aantal aanbevelingen gedaan aan de opdrachtgever. [REDACTED] moet aantonen dat ernstig verwijtbaar is gehandeld of nagelaten door de werknemer. De opdrachtgever kan met behulp van de MvT en het rapport van het HSI nagaan of de gedraging van de werknemer aangemerkt wordt als ernstig verwijtbaar. Tevens is [REDACTED] aanbevolen om bij een nieuwe werknemer duidelijk te maken dat een bepaald beleid wordt gehanteerd. Indien aan twee of meer van de elementen is voldaan, kan de gedraging aangemerkt worden als ernstig verwijtbaar en hoeft [REDACTED] geen transitievergoeding te betalen. Daarnaast is het van belang, mocht de rechter overgaan tot een gehele of gedeeltelijke toekenning van een transitievergoeding, dat de opdrachtgever zich verzet tegen deze beslissing. Tot slot is het van belang dat de opdrachtgever kan aantonen dat de werknemer niet te zwaar wordt gestraft bij het niet toekennen van een transitievergoeding. Uit de geanalyseerde jurisprudentie blijkt dat wanneer de rechter van oordeel is dat een werknemer te zwaar wordt gestraft bij het niet krijgen van een transitievergoeding, deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, ambtshalve wordt toegewezen door de rechter.

Inhoudsopgave

Voorwoord	2
Samenvatting	3
Afkortingen	6
Hoofdstuk 1 – inleiding	7
1.1 – aanleiding	7
1.2 – de opdrachtgever	7
1.3 – juridische achtergrond	7
1.3.1 – verwijtbaar handelen of nalaten werknemer	8
1.3.2 – transitievergoeding	8
1.3.3 – ernstig verwijtbaar handelen of nalaten werknemer	9
1.4 – onderzoek	11
1.5 – doelstelling	11
1.6 – centrale vraag en deelvragen	11
1.7 – verantwoording deelvragen	12
1.8 – leeswijzer	14
Hoofdstuk 2 – de transitievergoeding	15
2.1 – de transitievergoeding	15
2.2 – hoogte transitievergoeding	17
2.3 – verwijtbaar handelen of nalaten werknemer	18
2.4 – ernstig verwijtbaar handelen of nalaten werknemer	19
2.5 – deelconclusie	21
Hoofdstuk 3 – resultaten	23
3.1 – ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer, geen transitievergoeding	23
3.1.1 – verantwoording jurisprudentie	23
3.1.2 – de analyse	24
3.1.3 – deelconclusie	30
3.2 – ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer, wel een transitievergoeding	31
3.2.1 – verantwoording jurisprudentie	31
3.2.2 – de analyse	31
3.2.3 – deelconclusie	36
Hoofdstuk 4 – conclusie	38
Hoofdstuk 5 – aanbevelingen	40
Literatuurlijst	43
Bijlage I – ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer – geen transitievergoeding	Fout!
Bladwijzer niet gedefinieerd.	
Bijlage II – ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer - wel transitievergoeding	Fout!
Bladwijzer niet gedefinieerd.	

Afkortingen

BW	-	Burgerlijk Wetboek
HSI	-	Hugo Sinzheimer Instituut
MvT	-	Memorie van Toelichting
Wwz	-	Wet werk en zekerheid

Hoofdstuk 1 – inleiding

In dit hoofdstuk wordt omschreven wat de aanleiding en probleemstelling van dit onderzoek is. Vervolgens worden de doelstelling, centrale vraag en deelvragen weergegeven. Tot slot wordt per deelvraag de onderzoeksmethode toegelicht.

1.1 – aanleiding

Een werknemer was al een half jaar ontevreden over zijn werkzaamheden en heeft dit meerdere keren aangegeven bij zijn leidinggevende. De leidinggevende in kwestie heeft niets met zijn ontevredenheid gedaan. Totdat het op een middag helemaal fout ging. De werknemer kreeg een woede-uitbarsting en heeft een collega meerdere keren bedreigd. De bedreigingen liepen uiteen van 'ik wil dat je dood gaat' tot 'wacht maar tot we buiten zijn, dan sla ik je in elkaar'. Naast de bedreigingen waren er regelmatig scheldpartijen op de werkvloer tussen de betrokken werknemer en andere collega's. De werkgever wil de werknemer ontslaan op grond van verwijtbaar handelen, art. 7:669 lid 3 sub e BW. De werkgever vindt het gedrag van de werknemer ernstig verwijtbaar en vindt dat de werknemer, op grond van art. 7:673 lid 7 sub c BW, geen recht heeft op een transitievergoeding. De werknemer eist bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst een transitievergoeding, omdat hij vindt dat er geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen.

1.2 – de opdrachtgever

[Redacted text block containing 14 lines of blacked-out content]

1.3 – juridische achtergrond

In 2015 heeft de Wvz ingrijpende wijzigingen doorgevoerd binnen het arbeidsrecht. Op 1 juli 2015 zijn de wijzigingen binnen het ontslagrecht inwerking getreden. De kantonrechttersformule heeft

plaatsgemaakt voor de transitievergoeding. De transitievergoeding wordt nader toegelicht in paragraaf 1.3.2. Daarnaast zijn de begrippen ‘verwijtbaar’ en ‘ernstig verwijtbaar’ handelen of nalaten van een werknemer geïntroduceerd. Naar aanleiding van de invoering van deze begrippen zijn in de praktijk onduidelijkheden ontstaan. De Wvz is verwerkt in boek zeven van het BW waarin alle wetgeving rondom het arbeidsrecht is opgenomen. De regels omtrent het einde van een arbeidsovereenkomst staan beschreven in afdeling negen van boek zeven van het BW. In art. 7:669 BW zijn de regels opgenomen voor de opzegging van een arbeidsovereenkomst door de werkgever. Op grond van art. 7:669 lid 1 BW kan een arbeidsovereenkomst worden opgezegd indien daar een redelijke grond voor is en herplaatsing van de werknemer niet mogelijk is. Tevens wordt aangegeven dat bij verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer niet in de rede ligt om de werknemer te herplaatsen. Wat een redelijke grond is, staat beschreven in art. 7:699 lid 3 sub a t/m h BW. Dit zijn: het vervallen van arbeidsplaatsen (sub a), het disfunctioneren van een werknemer (sub d), een verstoorde arbeidsrelatie (sub g) en verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer (sub e).

1.3.1 – verwijtbaar handelen of nalaten werknemer

De e-grond luidt als volgt: ‘onder een redelijke grond wordt verstaan verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren’. Volgens de MvT is sprake van verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer als een werknemer de verplichtingen bij ziekte uit art. 7:660a BW niet nakomt of wanneer er een dringende reden voor ontslag is op grond van art. 7:678 BW.¹ Voor een rechtsgeldig ontslag op staande voet wordt gekeken naar de omstandigheden van het geval.² Handelt een werknemer direct verwijtbaar als hij niet meewerkt aan de re-integratieprocedure of een werknemer die meerdere collega’s heeft bedreigd? In iedere procedure wordt beoordeeld of de werknemer wist of de gedraging als wel of niet toelaatbaar wordt gezien door de werkgever.³ Uiteindelijk is de kantonrechter op grond van art. 7:671b lid 1 sub a BW bevoegd om een arbeidsovereenkomst te ontbinden van een werknemer die verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten.

1.3.2 – transitievergoeding

De transitievergoeding is de ontslagvergoeding die in eerste instantie iedere werknemer ontvangt wanneer de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden op verzoek van de werkgever. De transitievergoeding is bedoeld als compensatie voor het ontslag en om de werknemer te helpen met

¹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818 nr. 3.

² Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2017, p. 169

³ Van Drongelen, Klingeman & van Rijs 2017

de overgang naar een andere baan.⁴ De regels en voorwaarden omtrent de transitievergoeding staan in art. 7:673 BW. Ten eerste moet de arbeidsovereenkomst tussen de werkgever en werknemer ten minste 24 maanden hebben geduurd. Daarnaast staat in art. 7:673 lid 1 sub a BW dat de arbeidsovereenkomst:

1. Door de werkgever is opgezegd;
2. Op verzoek van de werkgever is ontbonden;
3. Na beëindiging van rechtswege op initiatief van de werkgever niet aansluitend is voortgezet en voor het eindigen van de arbeidsovereenkomst geen opvolgende arbeidsovereenkomst is aangegaan die tussentijds kan worden opgezegd en ingaat na een onderbreking van maximaal zes maanden.

1.3.3 – ernstig verwijtbaar handelen of nalaten werknemer

Volgens art. 7:673 lid 7 sub c BW is een werkgever geen transitievergoeding verschuldigd indien de beëindiging van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. In de MvT is een niet-limitatieve lijst opgenomen met voorbeelden van gedragingen die aangemerkt worden als ernstig verwijtbaar handelen of nalaten:

- De situatie waarin de werknemer zich schuldig maakt aan diefstal, verduistering, bedrog of andere misdrijven;
- De situatie waarin de werknemer in strijd handelt met gedragsregels;
- De situatie waarin de werknemer veelvuldig en zonder gegronde reden te laat op zijn werk verschijnt.⁵

De wetgever heeft benadrukt dat het begrip ‘ernstig verwijtbaar handelen of nalaten’ in uitzonderlijke gevallen toegepast mag worden door de rechter.

De afgelopen drie jaar zijn veel uitspraken gewezen met betrekking tot het al dan niet aannemen van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer en het toekennen van een transitievergoeding.⁶ Het HSI van de Universiteit van Amsterdam heeft een onderzoek verricht naar het begrip ernstig verwijtbaar handelen. Uit dit onderzoek blijkt dat in uitzonderlijke gevallen wordt aangenomen dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer.⁷

⁴ Van Drongelen, Klingeman & van Rijs 2017, p. 224

⁵ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818 nr. 3, p. 39-40

⁶ Hillebrandt, Oberman & Adnani, *Advocatenblad* 2018/4, p. 69

⁷ Bennaars, Rietveld & Verhulp 2017

Uit de rechtspraak blijkt dat er pas sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten als de werknemer welbewust uit is op grensoverschrijdend gedrag.⁸ In september 2018 heeft de kantonrechter in Oost-Brabant een opmerkelijke uitspraak gewezen inzake de ontbinding van een arbeidsovereenkomst op grond van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer.⁹ De kantonrechter oordeelt dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen, omdat de werknemer zonder reden meerdere keren een vertrouwelijke e-mail van de directeur heeft doorgestuurd aan alle MT-leden. De werknemer heeft met het doorsturen van de e-mail het vertrouwen van de directeur geschonden. De uitspraak wordt geanalyseerd in het jurisprudentieonderzoek en zal in hoofdstuk drie nader worden toegelicht. De uitspraak heeft voor vragen in de praktijk gezorgd. De lat voor het aannemen van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer ligt hoog maar verschillende professionals zijn van mening dat deze uitspraak daar verandering in brengt. Zij vinden dat de ondergrens voor het aannemen van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten en het verliezen van het recht op een transitievergoeding door deze uitspraak laag ligt.¹⁰

In afwijking van art. 7:673 lid 7 sub c BW kan de kantonrechter op grond van art. 7:673 lid 8 BW wel een transitievergoeding toekennen wanneer het niet toekennen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. In 2018 heeft de kantonrechter in Rotterdam een uitspraak gewezen waarin de rechter zijn uitzonderingsbevoegdheid uit art. 7:673 lid 8 BW heeft toegepast. De werkgever komt te weten dat de werknemer is aangehouden op verdenking van drugshandel en hennepsteelt. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden op grond van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. De rechter kent een gedeeltelijke transitievergoeding toe aan de werknemer. Geen toekenning van de transitievergoeding is volgens de kantonrechter naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.¹¹ Deze uitspraak wordt eveneens meegenomen in het jurisprudentieonderzoek en zal nader worden toegelicht in hoofdstuk drie.

Deze uitspraken laten zien dat drie jaar na de invoering van de Wwz nog steeds geen lijn valt te ontdekken in de rechtspraak over het al dan niet toekennen van een transitievergoeding bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer.

⁸ I. van Aalst, 'Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer: wanneer is daar sprake van?', *7 Laws of Persuasion* 19 oktober 2017, hetarbeidsrechtadvocatenkantoor.nl.

⁹ Rb. Oost-Brabant 10 september 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:4470

¹⁰ M. Faber, 'Geen transitievergoeding bij ernstig verwijtbaar handelen: hoe hoog ligt de lat?', *sdu.nl* 2 oktober 2018.

¹¹ Rb. Rotterdam 9 januari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:454

1.4 – onderzoek

Naar aanleiding van het probleem dat is geschetst in paragraaf 1.1 en de onduidelijkheden in de rechtspraak heeft de afdeling HR van [REDACTED] verzocht een praktijkgericht juridisch onderzoek te verrichten. [REDACTED] wil namelijk meer kennis en inzicht onder welke feiten en omstandigheden een transitievergoeding al dan niet wordt toegekend bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer. Dit onderzoek zal leiden tot een advies omtrent het toekennen van een transitievergoeding bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer waarmee [REDACTED] in de toekomst handvatten heeft.

1.5 – doelstelling

Het doel van dit onderzoek is de afdeling HR van [REDACTED] een advies geven met betrekking tot het al dan niet toekennen van een transitievergoeding bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer. Met behulp van de feiten en omstandigheden die de rechters meenemen in de beoordeling is het mogelijk om dit advies te formuleren.

1.6 – centrale vraag en deelvragen

De centrale vraag die wordt beantwoord is: welk advies kan aan [REDACTED] worden gegeven wanneer er al dan niet een transitievergoeding wordt toegekend bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer blijkens wet- en regelgeving, literatuur en jurisprudentieonderzoek?

Theoretische deelvragen:

1. Wat houdt de transitievergoeding in blijkens wet- en regelgeving en literatuuronderzoek?
2. Wat houdt ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer in blijkens wet- en regelgeving en literatuuronderzoek?

Praktijkdeelvragen:

3. Onder welke feiten en omstandigheden wordt bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer *geen* transitievergoeding toegekend volgens jurisprudentieonderzoek?
4. Onder welke feiten en omstandigheden wordt bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer *wel* een transitievergoeding toegekend volgens jurisprudentieonderzoek?

1.7 – verantwoording deelvragen

Theoretische deelvragen

1. Wat houdt de transitievergoeding in blijkens wet- en regelgeving en literatuuronderzoek?

Om een betrouwbaar en valide onderzoek te verrichten zal gebruik worden gemaakt van meerdere onderzoeksmethoden. De kennis over de transitievergoeding zal door middel van wet- en regelgeving en literatuuronderzoek worden verkregen. Eerst zal de wet- en regelgeving omtrent de transitievergoeding toegelicht worden. De analyse van art. 7:673 BW staat hierbij centraal, omdat in dit artikel alle relevante regelgeving omtrent de transitievergoeding is opgenomen. Daarnaast wordt de memorie van toelichting gebruikt voor de beantwoording van deze deelvraag. Met behulp van de memorie van toelichting zal worden beschreven wat de wetgever met de transitievergoeding heeft bedoeld. Naast de analyse van wet- en regelgeving wordt literatuuronderzoek toegepast.

Literatuuronderzoek wordt toegepast om meer inzicht te krijgen in de kennis van de praktijk inzake de transitievergoeding. De volgende bronnen worden gebruikt om de kwaliteit van dit onderzoek te garanderen:

- Het ontslagrecht in de praktijk van Van Drongelen, Klingeman en Van Rijs;
- Memorie van toelichting Wwz;
- Individueel arbeidsrecht deel 3 ontslagrecht van Van Drongelen, Fase en Jellinghaus;
- De kleine gids voor het Nederlandse arbeidsrecht van Diebels.

Daarnaast zullen een aantal vakbladen en weblogs worden gebruikt om deze deelvraag te beantwoorden. De geraadpleegde bronnen en literatuur zijn valide en betrouwbaar, omdat deze zijn geschreven door professionals. Daarnaast is de meest recente literatuur gebruikt. De betrouwbaarheid van wet- en regelgeving spreekt voor zich.

2. Wat houdt ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer in blijkens wet- en regelgeving en literatuuronderzoek?

Ter beantwoording van de tweede deelvraag wordt gebruikgemaakt van wet- en regelgeving en literatuuronderzoek. Allereerst zal de wet- en regelgeving rondom 'verwijtbaar' en 'ernstig verwijtbaar' handelen of nalaten van een werknemer worden toegelicht. Het is van belang onderscheid tussen deze begrippen te maken vanwege het feit dat bij 'verwijtbaar' handelen de werknemer recht heeft op een transitievergoeding en bij 'ernstig verwijtbaar' handelen niet.

Bij de beantwoording van deze deelvraag staan art. 7:669 BW en art. 7:673 lid 7 sub c BW centraal.

Daarnaast zal de memorie van toelichting een belangrijke rol innemen om deze deelvraag te beantwoorden, omdat dan duidelijk wordt wat de wetgever heeft bedoeld met deze begrippen.

Vervolgens wordt literatuuronderzoek toegepast om te bekijken hoe de begrippen in de praktijk een

nadere invulling hebben gekregen. De volgende bronnen worden gebruikt om de kwaliteit van dit onderzoek te garanderen:

- Het ontslagrecht in de praktijk van Van Drongelen, Klingeman en Van Rijs;
- Memorie van toelichting Wwz;
- Evaluatierapport van het Hugo Sinzheimer instituut van de Universiteit van Amsterdam;
- Individueel arbeidsrecht deel 3 ontslagrecht van Van Drongelen, Fase en Jellinghaus;
- De kleine gids voor het Nederlandse arbeidsrecht van Diebels.

Daarnaast zullen een aantal vakbladen en weblogs worden gebruikt om deze deelvraag te beantwoorden. De geraadpleegde bronnen en literatuur zijn valide en betrouwbaar, omdat deze zijn geschreven door professionals. Daarnaast is de meest recente literatuur gebruikt. De betrouwbaarheid van wet- en regelgeving spreekt voor zich.

Praktijkdeelvragen

3. Onder welke feiten en omstandigheden wordt bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer geen transitievergoeding toegekend volgens jurisprudentieonderzoek?

Ter beantwoording van deelvraag drie zal gebruik worden gemaakt van jurisprudentieonderzoek. Om de resultaten uit het jurisprudentieonderzoek overzichtelijk in kaart te brengen, wordt een schema opgesteld. In dit schema wordt per uitspraak beschreven welke elementen de rechter meeneemt in zijn overweging om geen transitievergoeding toe te kennen bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer. Op deze manier wordt achterhaald welke feiten en omstandigheden van belang zijn bij het al dan niet toekennen van een transitievergoeding bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer. De analyse wordt verricht aan de hand van de volgende topics:

- De aard van de gedraging van de werknemer;
- Het gevolg van de gedraging van de werknemer;
- In strijd handelen met het beleid;
- De werknemer is eerder gewaarschuwd;
- Functie van de werknemer;
- Termijn van de gedraging.

De topics zijn de meest voorkomende elementen die de rechter betreft in zijn oordeel om geen transitievergoeding toe te kennen bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer.

4. Onder welke feiten en omstandigheden wordt bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer wel een transitievergoeding toegekend volgens jurisprudentieonderzoek?

De tweede praktijkdeelvraag staat in het teken van de uitzondering uit art. 7:673 lid 8 BW. Door middel van jurisprudentieonderzoek wordt antwoord gegeven op deelvraag vier. De uitspraken worden aan de hand van de volgende topics geanalyseerd:

- Aard van de gedraging;
- Gevolg van de gedraging;
- Persoonlijke omstandigheden;
- Duur dienstverband;
- Leeftijd werknemer;
- Functioneren van de werknemer;
- De werknemer heeft eerder een waarschuwing gehad.

Dit zijn de meest voorkomende elementen die de rechter betreft in zijn oordeel om wel een transitievergoeding toe te kennen bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer. Door het analyseren van deze topics wordt in kaart gebracht welke feiten en omstandigheden van belang zijn voor de rechter om bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer toch een transitievergoeding geheel of gedeeltelijk toe te kennen. De analyse van de jurisprudentie van deelvraag vier wordt eveneens in een schema opgenomen.

1.8 – leeswijzer

Het onderzoek bestaat uit vier hoofdstukken die als volgt worden ingedeeld. In hoofdstuk twee wordt antwoord gegeven op de theoretische deelvragen. De theorie omtrent de transitievergoeding, 'verwijtbaar' en 'ernstig verwijtbaar' handelen of nalaten van een werknemer zal worden beschreven. Allereerst komt de transitievergoeding aan bod waarbij de vereisten uit art. 7:673 BW worden weergegeven om aanspraak te maken op een transitievergoeding. Vervolgens wordt de berekening van de hoogte van de transitievergoeding toegelicht. Vervolgens komen de begrippen 'verwijtbaar' en 'ernstig verwijtbaar' handelen of nalaten van een werknemer aan de orde. Nadat de theoretische deelvragen zijn behandeld, wordt gestart met het praktijkgedeelte. In hoofdstuk drie worden de resultaten besproken uit de jurisprudentieanalyse. In totaal zijn er voor dit praktijkonderzoek 29 uitspraken geanalyseerd aan de hand van vooraf bepaalde topics. In hoofdstuk vier wordt de conclusie weergegeven. Tot slot worden in hoofdstuk vijf aanbevelingen gedaan.

Hoofdstuk 2 – de transitievergoeding

In hoofdstuk twee wordt antwoord gegeven op de theoretische deelvragen: ‘Wat houdt de transitievergoeding in blijkens wet- en regelgeving en literatuuronderzoek?’ en ‘Wat houdt ernstig verwijtbaar handelen of nalaten in blijkens wet- en regelgeving en literatuuronderzoek?’ Allereerst worden de voorwaarden om een transitievergoeding te verkrijgen uit art. 7:673 BW toegelicht. Vervolgens wordt de berekening van de hoogte van de transitievergoeding beschreven. Tot slot worden de begrippen ‘verwijtbaar’ en ‘ernstig verwijtbaar’ handelen of nalaten van een werknemer nader toegelicht.

2.1 – de transitievergoeding

Bij het niet voortzetten of beëindigen van een arbeidsovereenkomst is de werkgever onder bepaalde voorwaarden een transitievergoeding verschuldigd aan de werknemer. De transitievergoeding is bedoeld als compensatie voor het ontslag en om de werknemer met behulp van financiële middelen de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken.¹² De werknemer is niet verplicht de vergoeding voor scholing of een transitie naar een andere baan te gebruiken.¹³ De werknemer is vrij om te bepalen waar hij de transitievergoeding voor gebruikt.¹⁴

De werkgever heeft op grond van art. 7:611 BW de plicht zich als een goed werkgever te gedragen. Het goed werkgeverschap houdt in dat de werkgever moet voldoen aan de zorgplicht. Volgens de wetgever hoeft de zorgplicht niet zo breed opgevat te worden dat de werkgever verantwoordelijk is voor het betalen van een vergoeding bij de beëindiging van een arbeidsovereenkomst die korter dan 24 maanden heeft geduurd.¹⁵ Hieruit volgt de eerste voorwaarde uit art. 7:673 lid 1 BW. De eerste voorwaarde luidt als volgt:

‘De werkgever is aan de werknemer een transitievergoeding verschuldigd indien de arbeidsovereenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd’.

De berekening van de termijn van 24 maanden staat omschreven in art. 7:673 lid 4 BW. Dit artikel is onderverdeeld in twee subleden. In art. 7:673 lid 4 sub a BW staat de omvang van de arbeid en de minimumleeftijd van de werknemer beschreven. De omvang van de arbeid houdt in dat de arbeid ten minste twaalf uur per week is verricht voor een periode van 24 maanden. De arbeidsjaren voor

¹² Kamerstukken II 2013/14, 33818 nr. 3. p. 38

¹³ Van Drongelen, Klingeman & Van Rijs 2017, p. 224

¹⁴ Diebels 2018, p. 185

¹⁵ Kamerstukken II 2013/14, 33818 nr. 3. p. 38

het achttiende levensjaar van de werknemer worden buiten beschouwing gelaten. Een tweede aanvulling op de definitie van een arbeidsovereenkomst van 24 maanden staat beschreven in art. 7:673 lid 4 sub b BW. Uit dit lid blijkt dat één of meerdere voorafgaande arbeidsovereenkomsten tussen dezelfde partijen bij elkaar opgeteld mogen worden. De voorwaarde is dat de tijd tussen de arbeidsovereenkomsten maximaal zes maanden bedraagt. Dit is eveneens van toepassing indien de werknemer achtereenvolgens bij verschillende werkgevers in dienst is geweest en ten aanzien van de arbeid wordt gezien als elkaars opvolger. De tweede voorwaarde uit art. 7:673 BW lid 1 sub a BW luidt als volgt:

‘Indien de arbeidsovereenkomst door de werkgever is opgezegd of op verzoek van de werkgever is ontbonden of na een einde van rechtswege’.

In de regel krijgt een werknemer alleen een transitievergoeding uitgekeerd wanneer is voldaan aan bovengenoemde voorwaarden. In art. 7:673 lid 7 BW staat beschreven onder welke omstandigheden de werkgever geen transitievergoeding is verschuldigd aan een werknemer. Zoals hiervoor beschreven is de werkgever geen transitievergoeding verschuldigd bij beëindiging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst van een werknemer die jonger is dan 18 jaar en de bedongen arbeid minder is dan 12 uur per week. Ten tweede volgt uit art. 7:673 lid 7 sub b BW dat de werkgever geen transitievergoeding verschuldigd is wanneer de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt of een andere vastgestelde leeftijd waarop de werknemer recht heeft op pensioen. Ten derde is de werkgever geen transitievergoeding verschuldigd wanneer het eindigen van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Onder deze omstandigheden heeft de werknemer bij beëindiging van een arbeidsovereenkomst geen recht op een transitievergoeding.

Daarnaast is de werkgever geen transitievergoeding verschuldigd als de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd met wederzijds goedvinden of via een vaststellingsovereenkomst, ook al is deze op initiatief van de werkgever opgesteld.¹⁶

De kantonrechter heeft op basis van art. 7:673 lid 8 BW een uitzonderingsbevoegdheid van de wetgever gekregen. De kantonrechter kan bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer alsnog gedeeltelijk of geheel een transitievergoeding toekennen als het niet toekennen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Uit de MvT blijkt dat hier sprake

¹⁶ Van Drongelen, Fase & Jellinghaus 2018, p. 354

van is wanneer een werknemer een relatief kleine misstap na een lang dienstverband maakt.¹⁷ Uit de literatuur blijkt dat er onderscheid moet worden gemaakt tussen de vraag of er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer en de vraag of het niet toekennen van de transitievergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Advocaat Frans Dekker is van mening dat bij de beëindiging van een arbeidsovereenkomst op grond van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten de nadruk moet liggen op de reden waarom een arbeidsovereenkomst wordt beëindigd, dus op een redelijke ontslaggrond.¹⁸ Hierbij is er geen ruimte om aspecten te bespreken die niet van belang zijn voor de ontslagreden, zoals: het functioneren, de leeftijd of de arbeidsmarktpositie van de werknemer. Deze aspecten moeten volgens hem worden meegenomen in de vraag of het niet toekennen van een transitievergoeding onaanvaardbaar is.¹⁹

2.2 – hoogte transitievergoeding

In paragraaf 2.1 is beschreven onder welke voorwaarden een werknemer recht heeft op een transitievergoeding. In paragraaf 2.2 wordt de berekening van de hoogte van de transitievergoeding beschreven. Op grond van art. 7:673 lid 2 BW wordt bij de berekening van de transitievergoeding onderscheid gemaakt tussen de arbeidsovereenkomst die maximaal tien jaar heeft geduurd en de arbeidsovereenkomst die langer dan tien jaar heeft geduurd. Daarom is het van belang om eerst de lengte van een arbeidsovereenkomst vast te stellen. De vergoeding over de eerste tien jaar van de arbeidsovereenkomst is gelijk aan een zesde van het loon per maand voor elke periode van zes maanden.²⁰ Dit houdt in dat voor iedere zes maanden in dienst maximaal een zesde van het maandsalaris als transitievergoeding wordt uitgekeerd. Dit zal worden toegelicht met een voorbeeld.

Voorbeeld:

Shaunie is 25 jaar oud en is 4 jaar en 11 maanden in dienst bij haar werkgever. Haar maandsalaris bedraagt €2.900,-- per maand (inclusief vakantietoeslag). Shaunie heeft recht op een transitievergoeding van negen keer een zesde van haar maandsalaris. Dit houdt in dat zij recht heeft op een transitievergoeding van €4.350,--.

Voor een werknemer die langer dan tien jaar in dienst is, gelden andere regels. De werknemer heeft volgens art. 7:673 lid 2 BW recht op een zesde deel over zes maanden over de eerste tien jaar. Over de overige periodes van zes maanden heeft de werknemer recht op een kwart van het loon per

¹⁷ Kamerstukken II 2013/14, 33818 nr. 3. p. 113

¹⁸ Dekker, *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2016, afl. 3.

¹⁹ Dekker, *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2016, afl. 3.

²⁰ Van Drongelen, Fase & Jellinghaus 2018, p. 365

maand. De berekening van de transitievergoeding over de eerste tien jaar zal bij iedere werknemer hetzelfde zijn. Voor de opvolgende periodes van zes maanden krijgt de werknemer een vierde deel van zijn maandsalaris in plaats van een zesde deel. Ook dit zal worden toegelicht met een voorbeeld.

Voorbeeld:

Linda is 46 jaar oud en is 13 jaar en 7 maanden in dienst bij haar werkgever. Haar maandsalaris bedraagt €2.100,-- per maand (inclusief vakantietoelage). Linda heeft recht op een transitievergoeding van twintig keer een zesde van haar maandsalaris en zeven keer een vierde deel. In totaal krijgt zij een transitievergoeding van €10.675,-- (7.000+3675).

De maximale hoogte van de transitievergoeding is in 2018 vastgesteld op €79.000,-- bruto of een jaarsalaris als dat meer is.²¹

Uit het bovenstaande volgt dat de werkgever een transitievergoeding verschuldigd is aan de werknemer wanneer de arbeidsovereenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd, de arbeidsovereenkomst door de werkgever is opgezegd, de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever is ontbonden of wanneer de arbeidsovereenkomst van rechtswege is beëindigd. Daarnaast is beschreven hoe de hoogte van de transitievergoeding wordt bepaald. Kort is aangegeven dat een werknemer geen recht heeft op een transitievergoeding wanneer de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. In de volgende paragrafen wordt uitgelegd wat er wordt verstaan onder 'verwijtbaar' en 'ernstig verwijtbaar' handelen of nalaten van de werknemer'.

2.3 – verwijtbaar handelen of nalaten werknemer

Sinds de inwerkingtreding van de Wvz in 2015 is 61% van de verzoeken op de e-grond, zie paragraaf 1.3, afgewezen. De rechtspraak laat zien dat de kantonrechters een strenge toetsing hanteren.²² In deze paragraaf wordt het begrip verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer nader toegelicht. In art. 7:669 lid 3 sub e BW wordt inhoudelijk weinig toegevoegd aan de invulling van het begrip verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer. De uitleg die dit artikel geeft luidt als volgt: 'onder een redelijke grond wordt verstaan: verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren'. Daarnaast geeft de MvT eveneens geen concrete invulling van dit begrip. Hierin staat enkel een aantal aanwijzingen hoe er met dit begrip omgegaan

²¹ Diebels 2018, p. 187

²² Houweling, Kruit & Kersten, *Tijdschrift Arbeidsrecht Praktijk* 2018/7, p. 6

moet worden. Allereerst geeft de MvT aan dat het voor de werknemer duidelijk moet zijn welke verwijtbare handelingen zodanig ernstig zijn dat ontbinding van de arbeidsovereenkomst daarvan het gevolg is.²³ Deze verplichtingen moeten gangbaar en niet buitensporig zijn. Buitensporige handelingen zijn bijvoorbeeld handelingen in strijd met wet- en regelgeving.²⁴ De werkgever kan de verwijtbare handelingen bekendmaken aan de werknemer door ze op te nemen in het bedrijfsreglement.

De wetgever geeft, zoals hiervoor beschreven, een paar aanwijzingen om invulling te geven aan het begrip verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer. Volgens een aantal professionals moet de scheidslijn tussen verwijtbaar en ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer blijken uit jurisprudentie, omdat zij er niet in zijn geslaagd om een concreet onderscheid te maken.²⁵ Uit een artikel van Wies en Schneider blijkt dat zij, middels jurisprudentieanalyse, de verwijtbare handelingen in categorieën hebben onderverdeeld. Deze categorieën zijn onderverdeeld in: verwijtbaar handelen bij welbewust handelen van de werknemer, verwijtbaar handelen vanwege het feit dat de werknemer geen spijt of zelfreflectie heeft en verwijtbaar handelen, omdat de werknemer geen openheid van zaken geeft.²⁶ De categorieën worden niet toegelicht, omdat ze buiten het bereik van deze scriptie vallen.

2.4 – ernstig verwijtbaar handelen of nalaten werknemer

Net zoals bij het begrip verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer heeft de wetgever voor ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer geen definitie gegeven. Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten is opgenomen in art. 7:673 lid 7 BW. In dit artikel is aangegeven dat een werknemer geen transitievergoeding krijgt indien de beëindiging van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. Bij de invoering van het begrip heeft de wetgever beoogd dat het criterium alleen in uitzonderlijke gevallen toegepast mag worden. De rechtspraak van de Hoge Raad bevestigt dit.²⁷ Zelfs wanneer sprake is van een rechtsgeldig ontslag op staande voet behoeft geen sprake te zijn van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.²⁸

²³ Kamerstukken II 2013/14, 33818 nr. 3. p. 99

²⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33818 nr. 3. p. 45

²⁵ Wies & Schneider, *Arbeidsrecht* 2016/28

²⁶ Wies & Schneider, *Arbeidsrecht* 2017/29

²⁷ HR 13 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2626

²⁸ HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:484

De wetgever geeft in de MvT een aantal voorbeelden van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer. Dit is een niet-limitatieve lijst en dient in de toekomst door jurisprudentie te worden uitgebreid. De volgende voorbeelden staan in de MvT:²⁹

- de situatie waarin de werknemer zich schuldig maakt aan diefstal, verduistering, bedrog of andere misdrijven, waardoor het vertrouwen van de werkgever onwaardig wordt;
- de situatie waarin de werknemer in strijd met eigen in de praktijk toegepaste en voor de werknemer kenbare gedragsregels van de organisatie van de werkgever, geld leent uit de bedrijfskas en zulks leidt tot een vertrouwensbreuk;
- wanneer de werknemer controlevoorschriften bij ziekte herhaaldelijk, ook na toepassing van loonopschorting, niet naleeft en hiervoor geen gegronde reden heeft;
- de situatie waarin de werknemer veelvuldig en zonder gegronde reden te laat op zijn werk verschijnt, hierdoor de bedrijfsvoering wordt belemmerd en de werkgever de werknemer hier al tevergeefs op heeft aangesproken;
- de situatie waarin de werknemer op oneigenlijke wijze heeft geprobeerd zijn productiecijfers gunstiger voor te stellen en hij hierdoor het vertrouwen van de werkgever ernstig heeft beschaamd.

Al deze gedragingen hebben met elkaar gemeen dat er een flinke vertrouwensbreuk tussen de werkgever en werknemer ontstaat. Uit de literatuur blijkt dat het waarschuwen van een werknemer naar aanleiding van zijn verwijtbare handeling een grote rol speelt bij de beoordeling of er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten.³⁰ In opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft het HSI van de Universiteit van Amsterdam in 2017 een onderzoek verricht naar het begrip 'ernstig verwijtbaar handelen of nalaten'. Tijdens dit onderzoek zijn uitspraken van de kantonrechter en gerechtshoven tussen 1 juli 2015 en 1 oktober 2017 geëvalueerd en zijn er interviews afgenomen met rechters en rechtsbijstandsverleners om een breder inzicht te verkrijgen in de praktijk. Uit dit onderzoek blijkt dat gedragingen die worden aangenomen als ernstig verwijtbaar in de volgende categorieën onderverdeeld worden:³¹

- schending van gedragsregels;
- zich schuldig maken aan misdrijven;
- schending van controlevoorschriften bij ziekte;
- veelvuldig te laat komen;
- werkweigering en aanverwante kwesties;

²⁹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818 nr. 3, p. 39-40

³⁰ I. van Aalst, 'Verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer: wanneer is ontslag mogelijk?', *7 Laws of Persuasion* 20 april 2018, hetarbeidsrechtadvocatenkantoor.nl.

³¹ Bennaars, Rietveld & Verhulp 2017, p. 5

- grensoverschrijdend gedrag;
- verstoorde verhouding;
- een restcategorie.

De eerste vier categorieën vallen samen met de voorbeelden uit de MvT. Daarnaast blijkt uit dit rapport dat het in bijna alle categorieën van belang is of de werknemer eerder een waarschuwing heeft gehad en of sprake is van een incident of herhaling. Naast de waarschuwing betreft het gedragingen van een werknemer die uit is op eigen voordeel of een werknemer die het vertrouwen van de werkgever ernstig heeft beschadigd. De overige factoren die een rol spelen bij het aannemen van 'ernstig verwijtbaar' zijn: de functie van de werknemer en het strenge beleid dat de werkgever voert. Voor de werknemer moet het beleid vooraf duidelijk zijn geweest.³² Verder blijkt dat een rechtvaardigingsgrond, zoals ontoerekeningsvatbaarheid, tot gevolg heeft dat er geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen.³³ Uit het onderzoek blijkt dat het begrip 'ernstig verwijtbaar' niet vaak wordt toegepast.

2.5 – deelconclusie

De werkgever is aan een werknemer een transitievergoeding verschuldigd op het moment dat de arbeidsovereenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd. Daarnaast moet de arbeidsovereenkomst zijn opgezegd door de werkgever, zijn ontbonden op verzoek van de werkgever of zijn beëindigd van rechtswege. Onder bepaalde omstandigheden is de werkgever geen transitievergoeding verschuldigd. Een van deze omstandigheden is wanneer er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer. Wanneer sprake is van 'verwijtbaar' of 'ernstig verwijtbaar' handelen of nalaten van een werknemer is in de MvT niet geheel duidelijk gemaakt door de wetgever. Eveneens is onduidelijk waar het precieze onderscheid ligt tussen de twee begrippen. Wel kan worden geconcludeerd dat de volgende factoren een rol spelen bij de kantonrechter om de gedragingen als ernstig verwijtbaar aan te merken:

- het strenge beleid dat de werkgever voert;
- het meerdere keren waarschuwen van een werknemer;
- het uit zijn op eigen gewin van de werknemer;
- de functie van de werknemer;
- het ernstig beschadigen van het vertrouwen van de werkgever.

³² Bennaars, Rietveld & Verhulp 2017, p. 30

³³ Bennaars, Rietveld & Verhulp 2017, p. 5

Daar staat tegenover dat de volgende factoren ervoor zorgen dat een gedraging van een werknemer niet is aan te merken als ernstig verwijtbaar:

- het aanwezig zijn van een rechtsvaardigheidsgrond;
- het incidentele karakter van de gedraging.

Hoofdstuk 3 – resultaten

In het voorgaande hoofdstuk is de theorie omtrent de transitievergoeding, ‘verwijtbaar’ en ‘ernstig verwijtbaar’ handelen of nalaten van een werknemer aan bod gekomen. Daarmee is antwoord gegeven op de theoretische deelvragen en is dit gedeelte afgerond. In hoofdstuk drie wordt antwoord gegeven op de praktijkdeelvragen: ‘Onder welke feiten en omstandigheden wordt bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer *geen* transitievergoeding toegekend volgens jurisprudentieonderzoek?’ en ‘Onder welke feiten en omstandigheden wordt bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer *wel* een transitievergoeding toegekend volgens jurisprudentieonderzoek?’. In paragraaf 3.1 wordt de verantwoording van de jurisprudentie voor de eerste praktijkdeelvraag uiteengezet. Vervolgens worden de resultaten uit de jurisprudentieanalyse weergegeven. Hierbij is gekeken naar de feiten en omstandigheden als gevolg waarvan de werknemer geen transitievergoeding krijgt toegekend vanwege ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. Om het overzicht te bewaren wordt vervolgens een deelconclusie geformuleerd. Vervolgens wordt in paragraaf 3.2 de verantwoording van de jurisprudentie uiteengezet ter beantwoording van de tweede praktijkdeelvraag. Na de verantwoording van de jurisprudentie volgen de resultaten uit het jurisprudentieonderzoek. Tot slot eindigt dit hoofdstuk met een deelconclusie. De deelvragen worden beantwoord door middel van jurisprudentieonderzoek. In totaal zijn er 29 uitspraken geanalyseerd die in bijlage I en II zijn genummerd van 1 tot en met 29. In dit hoofdstuk worden de uitspraken per nummer vermeld.

3.1 – ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer, geen transitievergoeding

In deze paragraaf worden de resultaten van het onderzoek weergegeven voor de situatie dat een werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten en geen transitievergoeding krijgt toegekend.

3.1.1 – verantwoording jurisprudentie

De jurisprudentie voor het onderzoek is gezocht op rechtspraak.nl. Na de invoering van de Wwz zijn honderden uitspraken gewezen omtrent ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer en het al dan niet toekennen van een transitievergoeding. De volgende zoektermen zijn gebruikt om de meest relevante en recente jurisprudentie te zoeken: ‘ernstig verwijtbaar handelen of nalaten werknemer’ en ‘transitievergoeding’. Daarnaast zijn de uitspraken gefilterd op de volgende punten: 2018, rechtbanken en gerechtshoven. Voor dit onderzoek is een selectie gemaakt van uitspraken in de periode 1 januari 2018 tot en met 30 november 2018. In totaal zijn twintig uitspraken geselecteerd om een valide jurisprudentieonderzoek te verrichten. In deze twintig uitspraken heeft de werknemer ernstig verwijtbaar gehandeld of nagelaten en is geen transitievergoeding toegekend. In bijlage I is de analyse per topic opgenomen.

Voorafgaand aan de jurisprudentieanalyse zijn een zestal topics geformuleerd, zoals opgenomen in paragraaf 1.7. Deze topics zijn gebruikt om de jurisprudentieanalyse uit te voeren. Aan de hand van de topics kan worden beschreven onder welke feiten en omstandigheden de werknemer geen transitievergoeding krijgt bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten.

3.1.2 – de analyse

- Gevolg van de gedraging

In drie uitspraken (**5, 16 en 19**) heeft de gedraging van de werknemer de reputatie of goede naam van de werkgever geschaad. De rechter oordeelt in uitspraak **16** dat het onterecht inzien van patiëntendossiers als ernstig verwijtbaar wordt beschouwd. De werkneemster had geen behandelrelatie met de patiënt van wie zij het dossier heeft ingezien. Volgens de werkneemster heeft zij per ongeluk op de verkeerde dossiers geklikt. De rechter acht dit ongeloofwaardig en stelt dat een onjuiste omgang met privacygevoelige dossiers van patiënten de reputatie van de werkgever kan schaden.³⁴

In twee uitspraken (**3 en 15**) heeft de werknemer de werkgever ernstig benadeeld. In uitspraak **3** wordt hier een goed voorbeeld van gegeven. De werknemer heeft jaarlijks facturen op naam en ten laste van de werkgever gemaakt terwijl de geleverde diensten en producten voor de werknemer privé waren bedoeld.³⁵ De werkgever is op financieel vlak ernstig benadeeld door de werknemer. Opvallend is dat de rechter in deze uitspraak de ernst van het financieel benadelen van de werkgever als doorslaggevende factor gebruikt om de gedraging van de werknemer aan te merken als ernstig verwijtbaar. Hieruit blijkt dat de gevolgen van een gedraging een belangrijk element is voor de rechter.

Uit de jurisprudentie blijkt dat de rechter het standpunt van de werkgever volgt zodra hij stelt dat er een verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan. Een verstoorde arbeidsrelatie is in vijf van de twintig uitspraken (**2, 4, 13, 14 en 18**) het gevolg van de gedraging van de werknemer. In deze vijf uitspraken neemt de rechter het standpunt omtrent de verstoorde arbeidsrelatie over van de werkgever.

Tot slot is opgevallen dat in elf van de twintig uitspraken (**1, 2, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 17, 19 en 20**) een vertrouwensbreuk is ontstaan tussen de werkgever en werknemer. In uitspraak **1** wordt hier een goed voorbeeld van gegeven. De werknemer heeft zonder toestemming vertrouwelijke

³⁴ Hof Amsterdam 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:409, r.o. 3,7

³⁵ Rb. Limburg 11 april 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:3431, r.o. 4.14

e-mailcommunicatie tussen haar en de directeur doorgestuurd naar alle leden van het MT. De rechter oordeelt dat het handelen van de werknemer ernstig verwijtbaar is, omdat de werknemer geen enkele aanleiding had om het vertrouwen van de directeur te schenden.³⁶ In twee andere uitspraken (**8 en 20**) komt de werknemer regelmatig te laat of niet op zijn werk. Hierdoor is de bedrijfsvoering belemmerd, omdat op aanwezig van de werknemers werd gerekend. De collega's en de werkgever verwachten niet dat de werknemer zijn gedrag ten aanzien van zijn beschikbaarheid zal verbeteren. De rechter volgt de werkgever in zijn standpunt omtrent de ontstane vertrouwensbreuk en neemt de vertrouwensbreuk mee in zijn overweging om het gedrag van de werknemer aan te merken als ernstig verwijtbaar.

- *In strijd handelen met het beleid*

In twaalf van de twintig uitspraken (**2, 4, 5, 7, 10, 12, 14 en 16 t/m 20**) heeft de werknemer in strijd gehandeld met het beleid dat binnen de organisatie gehanteerd werd. In uitspraak **12** heeft een werknemer in strijd gehandeld met duidelijke gedragsregels die binnen de organisatie gelden voor het aangaan van een seksuele relatie met cliënten. De rechter oordeelde dat de werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld, omdat zij geen openheid van zaken heeft gegeven over haar relatie met een cliënt en de ware aard daarvan verborgen heeft gehouden. De werknemer wist dat de relatie met de cliënt verboden was op grond van de beroepscode van verpleegkundige, het protocol grensoverschrijdend gedrag en de brochure 'het mag niet, het mag nooit'.³⁷ Binnen de organisatie en de opleiding tot verpleegkundige wordt voldoende aandacht besteed aan de protocollen dus er was geen mogelijkheid dat de werknemer geen kennis had van het gehanteerde beleid. Opvallend is dat in de twaalf uitspraken de werkgever stelt dat de werknemer kennis had van het gehanteerde beleid. In de meeste uitspraken wordt niet aangegeven hoe de werknemer kennis heeft genomen van het beleid. Onder de feiten staat dat een bepaald beleid of gedragsregel wordt gehanteerd en de rechter gaat hier derhalve van uit. De rechter verricht geen onderzoek om te controleren of de werknemer daadwerkelijk kennis had van het gehanteerde beleid. Alleen in uitspraak **18** wordt specifiek aangegeven dat de werknemer een functioneringsverslag heeft ondertekend, waarin zij zegt bekend te zijn met de huisregels.³⁸

Opgemerkt moet worden dat in zes van de twintig uitspraken (**1, 6, 8, 9, 11 en 15**) niet wordt benoemd dat de werknemer in strijd handelt met het beleid dat binnen de organisatie gehanteerd wordt, maar van de werknemer voldoende eigen inzicht verwacht mag worden te handelen conform

³⁶ Rb. Rotterdam 10 september 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:4470, r.o. 5.10

³⁷ Rb. Noord-Holland 27 februari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:1725, r.o. 5.9

³⁸ Rb. Noord-Holland 29 november 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:10490, r.o. 5,8

algemeen aanvaarde normen en waarden.³⁹ Een goed voorbeeld hiervan wordt in uitspraak **11** gegeven. In deze uitspraak wordt niet aangegeven dat de werknemer in strijd handelt met het beleid dat binnen de organisatie werd gehanteerd. De rechter oordeelt: *“Hoe vrijelijk een omgang met collega’s ook mag zijn, met het beetpakken dan wel bewust aanraken van de borsten, het leggen van een hand op de billen en/of het van achteren om de middel beetpakken van een gebukt staande vrouwelijke collega, heeft de werknemer verre de grenzen overschreden die er ook voor een wat lossere omgang tussen collega’s gelden, zelfs als een (vrouwelijke) collega daarmee (ogenschijnlijk) geen problemen zou hebben.”*⁴⁰ De werknemer had zich van dit gedrag moeten onthouden en gezien de ernst van zijn gedrag had hij dit redelijkerwijs moeten begrijpen. In uitspraak **(8 en 15)** kwam de werknemer geregeld te laat of niet op zijn werk. Van deze werknemers had eveneens naar eigen inzicht verwacht mogen worden dat zij op tijd op de werkvloer aanwezig zijn. De rechter neemt dit element in deze twee uitspraken niet mee in zijn overweging. Hieruit blijkt dat wanneer niet specifiek wordt aangegeven dat in strijd wordt gehandeld met het gehanteerde beleid het afhangt van de ernst van de gedraging of de rechter dit element meeneemt in zijn overweging.

- Functie van de werknemer

In de uitspraken **2, 4, 5, 6, 9, 11, 12, 13, 17 en 19** speelt de functie van een werknemer een rol bij de beoordeling van de rechter of een werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten. Een goed voorbeeld hiervan wordt gegeven in uitspraak **5**: *“Juist van een vlieger die voor de vliegveiligheid (mede)verantwoording draagt, en dienovereenkomstig wordt beloond, mag worden verwacht dat hij zich distantieert van een voor professionals in de luchtvaart bedenkelijke groepsdynamiek, als door (verweerder) geschetst, waarin drankgebruik en cafébezoek tot in de late uren wel erg ver afstaan van wat een gemiddelde passagier mag verwachten.”*⁴¹ In deze uitspraak neemt de rechter de functie van de werknemer en het gehanteerde beleid mee als elementen om tot de beoordeling ernstig verwijtbaar te komen.

In uitspraak **4** is de functie van de werknemer de doorslaggevende factor geweest om de gedraging van de werknemer aan te merken als ernstig verwijtbaar. De rechter oordeelde dat: *“Zeker in haar functie, waarbij het juist haar taak was om het risicobewustzijn binnen de organisatie te bevorderen en toe te zien op de naleving van (onder meer) de 2017 gedragscode van NN Group, die specifieke regels geeft voor belangenverstrengeling, heeft werknemer door vermenging van zakelijke belangen*

³⁹ Rb. Rotterdam 15 mei 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3871, r.o. 5.11

⁴⁰ Hof Den Haag 13 februari 2018, ECLI:NL:GDHA:2018:223, r.o. 14

⁴¹ Rb. Midden-Nederland 19 oktober 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5099, r.o. 5.8

*en privébelangen ernstig verwijtbaar gehandeld.*⁴² De functie van de werknemer heeft de doorslag gegeven om het handelen van de werknemer aan te merken als ernstig verwijtbaar, omdat de werknemer gelet op zijn functie belangenverstrengeling dient te voorkomen. Daarnaast valt in deze uitspraak op dat de functie van de werknemer en het gehanteerde beleid samenvallen in de overweging van de rechter.

Opvallend is dat in uitspraken waar de functie wordt meegenomen in de overweging van de rechter de werknemer een voorbeeldfunctie vervult. Van de werknemer mag worden verwacht dat hij zich niet schuldig zou maken aan handelingen die in strijd zijn met het gehanteerde beleid of de algemene aanvaarde normen en waarden. Dit is terug te zien in uitspraak **19** waar de werknemer voor een veilige omgeving voor zijn studenten moest zorgen. Daarentegen heeft de werknemer in zijn functie bepaalde producten van LifePlus verkocht aan de leerlingen en gevraagd om deelnemer te worden. Bij LifePlus worden dubieuze gezondheids- en financiële producten verkocht. Verder wordt vastgesteld dat de werknemer geprobeerd heeft om leerlingen te bewegen geld in te leggen in een soort piramidespel.⁴³ De werknemer heeft met zijn handelen de veiligheid van de leerlingen in gevaar gebracht. De school moet een veilige omgeving zijn voor haar leerlingen, hetgeen niet het geval is als leerlingen worden benaderd om speciale producten te kopen of om riskante beleggingen te doen.⁴⁴

- Termijn van de gedraging

Uit de analyse blijkt dat in twee uitspraken (**5 en 14**) de werknemer een eenmalig misstap heeft begaan. Zoals in de paragraaf 'functie van de werknemer' is aangegeven, worden in uitspraak **5** meerdere elementen meegenomen in de overweging van de rechter om de gedraging aan te merken als ernstig verwijtbaar. In deze uitspraak was volgens de werknemer sprake van 'een eenmalige uitglijder'. In uitspraak **5** is de eenmalige misstap van de werknemer niet genoeg om de gedraging aan te merken als ernstig verwijtbaar. De rechter oordeelt: *"Wanneer een eenmalige overschrijding van de maximaal toegestane alcoholpromillage zulke grote schade tot gevolg kan hebben als dat in het vliegverkeer het geval is, hoeft ook geen enkele misstap niet te worden geduld."*⁴⁵ Uit deze uitspraak blijkt dat de periode waarin het gedrag heeft plaatsgevonden alsmede de functie van de werknemer en het gehanteerde beleid, elementen zijn die de rechter meeneemt in zijn oordeel om de gedraging aan te merken als ernstig verwijtbaar.

⁴² Rb. Den Haag 13 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1506, r.o. 5.11

⁴³ Rb. Rotterdam 18 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3115

⁴⁴ Rb. Rotterdam 18 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3115, r.o. 5.12

⁴⁵ Rb. Midden-Nederland 19 oktober 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5099, r.o. 5.6

In negen van de twintig uitspraken (**2, 3, 6, 8, 11, 12, 15, 17 en 18**) neemt de rechter de periode waarin het gedrag heeft plaatsgevonden mee in zijn overweging om de gedraging van de werknemer aan te merken als ernstig verwijtbaar. In uitspraak **2** wordt hier een goed voorbeeld van gegeven. De rechter oordeelt: *“Er is geenszins sprake van een relatief kleine misstap, gelet op de omvang van de bedragen waarop het handelen van (verweerder) ziet en de duur van de periode waarin (verweerder) zich van de betreffende handelwijze heeft bediend.”*⁴⁶ De rechter benadrukt in deze uitspraak dat de periode waarin het gedrag heeft plaatsgevonden een belangrijk element is om de gedraging als ernstig verwijtbaar aan te merken. In uitspraak **18** benadrukt de rechter dit opnieuw: *“Maar (verzoekster) heeft niet eenmalig een fout gemaakt. Zij heeft anderhalf jaar lang goederen van Hema weggenomen.”*⁴⁷ Opvallend is dat de aard van de gedraging van de werknemer die over een lange periode heeft plaatsgevonden als belangrijk element wordt meegenomen om tot de conclusie ernstig verwijtbaar te komen. Daarentegen zijn bij een eenmalige misstap van de werknemer andere elementen eveneens van groot belang om de gedraging aan te merken als ernstig verwijtbaar. Dit zijn de functie van de werknemer en het gehanteerde beleid.

- Waarschuwing

Het waarschuwen van de werknemer wordt in zeven van de twintig uitspraken (**1, 6, 7, 8, 15, 16 en 20**) meegenomen door de rechter in zijn beoordeling om een gedraging aan te merken als ernstig verwijtbaar. Uit de uitspraken is gebleken dat de werknemers hun gedrag na een waarschuwing niet hebben verbeterd. In uitspraak **8, 15 en 20** heeft een werknemer ernstig verwijtbaar gehandeld, omdat hij meerdere keren te laat op zijn werk verscheen. In uitspraak **8** staat vast dat de werknemer met grote regelmaat te laat op zijn werk verscheen en soms zelfs helemaal niet kwam opdagen. Daarvoor is hij meermaals gewaarschuwd maar de werknemer heeft zijn handelen op dit punt niet aangepast.⁴⁸ Doordat de werknemer zijn gedrag niet heeft aangepast, is de kantonrechter van oordeel dat hij ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Opvallend is dat in uitspraak **8 en 15** de aard van de gedraging samenvalt met de waarschuwing die de werknemer heeft gekregen. In deze uitspraken neemt de rechter geen andere elementen mee in zijn overweging om het gedrag van de werknemer aan te merken als ernstig verwijtbaar. In uitspraak **20** neemt de rechter andere elementen mee in zijn overweging. Naast de aard van de gedraging en de waarschuwing neemt de rechter het gehanteerde beleid en de gevolgen van de gedraging van de werknemer mee in zijn overweging om de gedraging aan te merken als ernstig verwijtbaar.

⁴⁶ Rb. Rotterdam 15 mei 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3871, r.o. 5.12

⁴⁷ Rb. Noord-Holland 29 november 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:10490, r.o. 5.14

⁴⁸ Rb. Limburg 26 februari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:1817, r.o. 4.4

In uitspraak **7** is de werkneemster een relatie gestart met een van haar toevertrouwde patiënten. Een relatie aangaan met een van de patiënten is verboden. De werkneemster heeft voor haar gedrag één waarschuwing gekregen. De waarschuwing heeft voor haar niet in de weg gestaan om zich van haar gedrag te weerhouden. De rechter overweegt het volgende: “(Verweerster) heeft dus niet alleen de binnen Pameijer geldende regels niet nageleefd dat een (seksuele) relatie met een cliënt niet is toegestaan, maar is hiermee doorgegaan ondanks hiervoor te zijn gewaarschuwd en heeft hierover gelogen.”⁴⁹ Uit deze overweging blijkt dat een waarschuwing die de werknemer heeft gehad alsmede het in strijd handelen met het gehanteerde beleid belangrijke elementen zijn voor de rechter om de gedraging van de werknemer aan te merken als ernstig verwijtbaar.

In drie van de twintig uitspraken (**2, 11 en 12**) heeft de werknemer geen waarschuwing gehad van zijn werkgever. De werkgever had in deze uitspraken geen kennis van het verwijtbare gedrag van de werknemer. Zodoende had de werkgever geen reden om een waarschuwing te geven. In alle drie de uitspraken had de werkgever niet kunnen weten dat de werknemer zich schuldig maakte aan ernstig verwijtbaar gedrag. In uitspraak **2, 11 en 12** is de werkgever door zijn personeel gewezen op het verwijtbare gedrag van de werknemer. De werkgever is direct na de meldingen van zijn personeel een ontbindingsverzoek gestart. De rechter verwijt de werkgever niet dat hij geen waarschuwing heeft gegeven aan de werknemer.

- Aard van de gedraging

Uit de analyse blijkt dat de gedragingen zijn onder te verdelen in de volgende categorieën:

- plegen van een misdrijf (diefstal, fraude et cetera);
- structureel te laat komen;
- werkweigering;
- schenden van het beleid/de gedragsregels;
- grensoverschrijdend gedrag;
- restcategorie (zoals alcoholmisbruik);
- verstoorde verhouding.

Zoals hiervoor beschreven, verschilt het per gedraging welke elementen de rechter meeneemt in zijn overweging om uiteindelijk de gedraging aan te merken als ernstig verwijtbaar. De aard van de gedraging komt overeen met de voorbeelden uit de MvT en het rapport van het HSI die in hoofdstuk twee zijn weergegeven.

⁴⁹ Rb. Rotterdam 28 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:7995, r.o. 5.5

Daarnaast blijkt uit de analyse dat de rechter naast de bovengenoemde elementen eveneens andere elementen meeneemt in zijn overweging. Dit zijn: het willens en wetens handelen en geen openheid van zaken geven. Zoals hiervoor beschreven, heeft de werknemer in uitspraak **1** willens en wetens een vertrouwelijke e-mail doorgestuurd naar de leden van het MT. Het willens en wetens handelen wordt de werknemer zwaar aangerekend maar valt in de overweging van de rechter samen met de functie van de werknemer, de vertrouwensbreuk die het gevolg is van het gedrag en de waarschuwing. De rechter neemt in uitspraak **1** vier elementen mee in zijn overweging om de gedraging aan te merken als ernstig verwijtbaar. In uitspraak **12** wordt geconstateerd dat: *“verzoeker geen openheid van zaken heeft gegeven aan de Raphaëlstichting over zijn relatie met de bewoner, maar de ware aard daarvan verborgen heeft gehouden.”*⁵⁰ In deze uitspraak valt het element geen openheid van zaken geven samen met de periode waarin het gedrag heeft plaatsgevonden en de functie van de werknemer. Uiteindelijk vallen de elementen ‘willens en wetens handelen’ en ‘geen openheid van zaken’ samen met de elementen die in paragraaf 3.1.2 zijn weergegeven.

3.1.3 – deelconclusie

Uit de jurisprudentieanalyse kunnen een aantal conclusies worden getrokken. Allereerst is duidelijk naar voren gekomen dat er geen sluitend antwoord kan worden gegeven op de vraag welke feiten en omstandigheden leiden tot een ernstig verwijtbare gedraging waardoor de werknemer geen transitievergoeding krijgt toegekend. Ieder element dat door de rechter wordt meegenomen in zijn overweging is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In iedere zaak zijn de omstandigheden anders. Uit de analyse is naar voren gekomen dat er twee of meer elementen aanwezig moeten zijn om een gedraging aan te merken als ernstig verwijtbaar, zoals:

- binnen de organisatie wordt een duidelijk beleid gehanteerd;
- het vertrouwen van de werkgever is beschadigd;
- de werknemer geeft geen openheid van zaken;
- de werknemer is eerder gewaarschuwd en heeft zijn gedrag niet aangepast. Als de werkgever geen waarschuwing heeft gegeven omdat hij een verkeerde voorstelling van zaken had, wordt dit de werkgever niet verweten;
- de werknemer heeft willens en wetens gehandeld;
- de functie van de werknemer of werkzaamheden waaruit blijkt dat hij een voorbeeldfunctie uitoefent.

Deze genoemde elementen geven een richtlijn, maar sluiten niet uit dat andere elementen mede van belang zijn om de gedraging van de werknemer aan te merken als ernstig verwijtbaar. Aan de hand

⁵⁰ Rb. Noord-Holland 27 februari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:1725

van de omstandigheden wordt beoordeeld welke elementen de rechter meeneemt in zijn overweging om de gedraging aan te merken als ernstig verwijtbaar waardoor de werknemer geen transitievergoeding krijgt.

3.2 – ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer, wel een transitievergoeding

In deze paragraaf worden de resultaten van het onderzoek weergegeven voor de situatie dat een werknemer bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten wel een transitievergoeding krijgt toegekend.

3.2.1 – verantwoording jurisprudentie

De jurisprudentie voor de tweede praktijkdeelvraag is gezocht op rechtspraak.nl. In de periode van 1 juli 2015 tot en met 30 november 2018 zijn uitspraken gezocht. Hieruit volgt dat er weinig uitspraken zijn geweest, waarin de rechter geheel of gedeeltelijk een transitievergoeding toekent bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer. De volgende zoektermen zijn gebruikt om de meest relevante en recente jurisprudentie te zoeken: ‘ernstig verwijtbaar handelen of nalaten werknemer’ en ‘transitievergoeding’. Daarnaast zijn de uitspraken gefilterd op de volgende punten: 2015, 2016, 2017, 2018, rechtbanken en gerechtshoven. Om een valide jurisprudentieonderzoek te verrichten, zijn er in totaal 9 uitspraken geselecteerd. In al deze uitspraken heeft de werknemer een gehele of gedeeltelijke transitievergoeding gekregen.

Voor de analyse zijn een achttal topics geformuleerd, zoals beschreven in paragraaf 1.7. De analyse per topic is opgenomen in bijlage II. Een gedeelte van de topics komt overeen met de topics van deelvraag drie. In de uitspraken valt op dat de rechter zijn beslissing om art. 7:673 lid 8 BW toe te passen uitgebreid motiveert. Deze uitgebreidere motivering om af te wijken van de standaardregel leidt tot de toevoeging van de topics ten opzichte van deelvraag drie.

3.2.2 – de analyse

Gedeeltelijk toekenning van de transitievergoeding

In zes uitspraken (**21 t/m 26**) heeft de rechter ondanks ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer gedeeltelijk een transitievergoeding toegekend. Hierna volgen de feiten en omstandigheden die de rechter meeneemt in zijn overweging om tot een besluit te komen om gedeeltelijk een transitievergoeding toe te kennen.

- Persoonlijke omstandigheden

In vijf van de zes uitspraken (**22 t/m 26**) neemt de rechter het element persoonlijke omstandigheden mee in zijn overweging om alsnog gedeeltelijk een transitievergoeding toe te kennen. Een goed voorbeeld hiervan wordt gegeven in uitspraak **25**. De werknemer heeft ernstig verwijtbaar

gehandeld vanwege het in het bezit hebben van harddrugs en hennepsteelt. Daarnaast heeft de werknemer zich schuldig gemaakt aan misdrijven, waardoor het vertrouwen van de werkgever onwaardig is geworden.⁵¹ De rechter overwoog: *“Nu als weersproken vaststaat dat hij sinds zijn indiensttreding, en dus ruim 9 jaar, goed heeft gefunctioneerd alsmede gelet op de ontstane persoonlijke omstandigheden van (verweerder), een en ander in het licht bezien van de ratio van de transitievergoeding. (Verweerder) zal zolang hij in detentie zit namelijk geen aanspraak kunnen maken op enige uitkering en voor de periode na detentie geldt dat de kantonrechter, mede omdat (verweerder) naar alle waarschijnlijk geen VOG zal krijgen voor werkzaamheden als hij gewend was te verrichten bij ECT, aannemelijk acht dat de kansen van (verweerder) op de arbeidsmarkt aanzienlijk verminderd zullen zijn.”*⁵² Uit deze overweging blijkt dat de persoonlijke omstandigheden van de werknemer een belangrijk element is voor de rechter om alsnog een transitievergoeding toe te kennen. In deze uitspraak heeft de werknemer zich schuldig gemaakt aan een zware overtreding. Daarnaast valt in deze uitspraak de duur van het dienstverband samen met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer.

In uitspraak **24** heeft de werknemer ernstig verwijtbaar gehandeld vanwege het nemen van een hap uit een donut. Het wegnemen van producten van de werkgever is in strijd met de huisregels. De werknemer heeft een gedeeltelijke transitievergoeding gekregen. De rechter neemt een aantal elementen mee in zijn overweging, waaronder de persoonlijke omstandigheden van de werknemer. In de uitspraak heeft de ontbinding van de arbeidsovereenkomst gevolgen voor de inkomenssituatie van de werknemer. Hij is alleenstaande ouder en gezien zijn eenzijdige arbeidsverleden zal het voor hem niet gemakkelijk zijn om in de toekomst een vergelijkbare baan te vinden.⁵³ Daarnaast is sprake van een langdurig dienstverband van zeventien jaar. In vergelijking met uitspraak **25** is dit een lichte overtreding maar in beide uitspraken heeft de rechter toch besloten een gedeeltelijke transitievergoeding toe te kennen. Opvallend is dat de persoonlijke omstandigheden samenvallen met de duur van het dienstverband terwijl die in beide uitspraken erg verschillen van elkaar.

Uit de analyse blijkt dat de persoonlijke omstandigheden uiteenvallen in de volgende categorieën:

- de financiële gevolgen voor de werknemer van het ontslag,
- gezondheidsklachten van de werknemer,
- door het eenzijdige arbeidsverleden zijn de kansen van de werknemer op de arbeidsmarkt beperkt.

⁵¹ Rb. Rotterdam 9 januari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:454, r.o. 5.6

⁵² Rb. Rotterdam 9 januari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:454, r.o. 5.8

⁵³ Rb. Noord-Holland 23 maart 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:2592, r.o. 5.33

- Duur dienstverband

In zes van de zes uitspraken neemt de rechter de duur van het dienstverband mee in zijn overweging. In uitspraak **21** heeft de werknemer ernstig verwijtbaar gehandeld vanwege het stelselmatig en opzettelijk negeren van redelijke instructies van zijn werkgever. De werknemer heeft voor zijn verwijtbare gedrag meerdere waarschuwingen gehad. De rechter gaf het langdurige dienstverband de doorslag om gedeeltelijk een transitievergoeding toe te kennen. De rechter oordeelde in deze uitspraak het volgende: *“Omdat (verzoekster, tevens verweerder) echter ook stelt dat (verweerder, tevens verzoeker) een goed vakman is en voor de overige gedurende het dienstverband van bijna 30 jaar goed heeft gefunctioneerd, acht de kantonrechter het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat (verweerder, tevens verzoeker) in het geheel geen transitievergoeding zou ontvangen.”*⁵⁴ Naar aanleiding van de duur van zijn dienstverband heeft de rechter alsnog een gedeeltelijke transitievergoeding toegekend.

In uitspraak **22, 23, 24, 25 en 26** is de duur van het dienstverband eveneens meegenomen als element in de overweging van de rechter. De werknemers zijn 9, 17, 23, 12 en 29 jaar in dienst. Hieruit blijkt dat er geen lijn is te vinden in de overweging van de rechter wanneer sprake is van een langdurig dienstverband. Opvallend is dat in de uitspraken de duur van het dienstverband altijd samenvalt met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer. Een voorbeeld hiervan is gegeven in de vorige paragraaf, persoonlijke omstandigheden, waarin een werknemer zich schuldig had gemaakt aan een zware overtreding. De werknemer was nog maar negen jaar in dienst maar de rechter oordeelde uiteindelijk dat er sprake was van een langdurig dienstverband. De duur van het dienstverband en de persoonlijke omstandigheden hebben bijgedragen aan het oordeel van de rechter om alsnog een gedeeltelijke transitievergoeding toe te kennen.

- Functioneren van de werknemer

In uitspraak **21, 22 en 24** is het dienstverband niet geheel vlekkeloos verlopen maar kreeg de werknemer toch een gedeeltelijke transitievergoeding toegekend. Zoals hiervoor beschreven heeft in uitspraak **24** de werknemer een hap uit een donut genomen terwijl dit in strijd is met de huisregels. Een paar jaar eerder heeft de werknemer een waarschuwing gehad voor het schenden van de huisregels. De waarschuwing die de werknemer heeft gehad voor de hap uit de donut ziet niet op (geheel) dezelfde schendingen van de huisregels.⁵⁵ In uitspraak **22** is eveneens eerder een waarschuwing gegeven aan de werknemer. Net zoals in uitspraak **24** ziet in uitspraak **22** de

⁵⁴ Rb. Midden-Nederland 27 november 2018: ECLI:NL:RBMNE:2018:5965, r.o.5.8

⁵⁵ Rb. Noord-Holland 23 maart 2017, ECLI:NL:RBNHO:2018:2592, r.o. 5.33

waarschuwing niet op precies dezelfde schending van de huisregels. De rechter overwoog in beide uitspraken dat de werknemers goed hebben gefunctioneerd tijdens hun lange dienstverband en laat de eerdere waarschuwingen buiten beschouwing. In uitspraak **21** weegt de waarschuwing niet op tegen de lengte van het dienstverband. Hieruit blijkt dat in vergelijking met de eerste praktijkdeelvraag de rechter het functioneren van de werknemer nauwelijks meeneemt in zijn overweging om alsnog een transitievergoeding toe te kennen.

- Leeftijd van de werknemer

De leeftijd van de werknemer wordt in drie van de zes uitspraken (**22, 23 en 26**) meegenomen in de overweging van de rechter. In een van de drie uitspraken (**22**) wordt de leeftijd niet precies beschreven maar stelt de rechter dat, gelet op zijn leeftijd, het lastig is voor de werknemer om een andere baan te vinden. In uitspraak **23 en 26** is de werknemer boven de 50 jaar oud en is de rechter eveneens van oordeel dat, gelet op zijn leeftijd, de werknemer niet gemakkelijk aan een nieuwe baan zal komen. Opvallend is dat de leeftijd van de werknemer in alle drie de uitspraken samenvalt met de duur van het dienstverband en de persoonlijke omstandigheden.

In uitspraak **23** wordt een goed voorbeeld gegeven dat meerdere elementen samenvallen met de leeftijd van de werknemer. De rechter overwoog het volgende: *“Dat (werknemer) zich twaalf jaar lang voor Albert Heijn heeft ingezet, dat hij voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat hij zelf geen seksuele bijbedoelingen bij de hem verweten gedragingen heeft gehad en dat de gevolgen van het ontslag voor hem aanzienlijk zijn, mede gelet op zijn leeftijd en zijn gezondheidsproblemen”*.⁵⁶ De werkgever heeft eerder geen problemen ervaren met de werknemer. De rechter overwoog dat het niet toekennen van een transitievergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De elementen die de rechter betreft in zijn overweging zijn: de duur van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer en de persoonlijke omstandigheden. In paragraaf 3.1.1 – in strijd handelen met het beleid – is eenzelfde soort casus beschreven. In deze paragraaf stond uitspraak **11** centraal en is geen transitievergoeding toegekend aan de werknemer. Het verschil met uitspraak **23** waarin wel een gedeeltelijke transitievergoeding wordt toegekend ligt in de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, de duur van het dienstverband en de leeftijd van de werknemer. In uitspraak **11** heeft de aard van de gedraging de doorslag gegeven om de gedraging aan te merken als ernstig verwijtbaar zonder toekenning van een transitievergoeding. Daarentegen neemt de rechter in uitspraak **23** eveneens andere elementen mee in zijn overweging om alsnog gedeeltelijke een transitievergoeding toe te kennen.

⁵⁶ Rb. Noord-Holland 20 september 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:11593, r.o. 5,9

In de uitspraken valt het op dat de functie van de werknemer en de gevolgen van de gedraging van de werknemer niet als elementen worden meegenomen in de overweging van de rechter.

- Gehele toekenning van de transitievergoeding

In drie van de negen uitspraken (**27, 28 en 29**) heeft de rechter geheel een transitievergoeding toegekend aan de werknemer. In uitspraak **27** heeft de werknemer ernstig verwijtbaar gehandeld doordat hij niet heeft meegewerkt aan zijn re-integratieverplichting. De werkgever heeft in het verzoekschrift aangegeven bereid te zijn aan de werknemer een transitievergoeding te betalen. De kantonrechter volgt dit standpunt van de werkgever en kent een gehele transitievergoeding toe aan de werknemer.⁵⁷ Opvallend is dat de kantonrechter verder geen elementen benoemt in zijn overweging. De toezegging van de werkgever is voldoende om geheel een transitievergoeding toe te kennen. In uitspraak **26** voldoet de werknemer eveneens niet aan zijn re-integratieverplichting alleen wordt in deze uitspraak door de rechter een gedeeltelijke transitievergoeding toegekend. Hieruit blijkt dat een toezegging van de werkgever om bereid te zijn een transitievergoeding te betalen van groot belang is.

In uitspraak **28** heeft de werknemer antwoorden van de eindtoets aan een leerling gegeven. De gedraging wordt aangemerkt als ernstig verwijtbaar maar de werknemer krijgt alsnog een gehele transitievergoeding toegekend. De rechter overwoog het volgende: *“In het onderhavige geval is sprake van een werknemer die (bijna) 10 jaar in dienst is van de werkgever en wiens handelen, zo is de kantonrechter tijdens de zitting duidelijk geworden, is voortgekomen uit een te grote betrokkenheid met de betreffende leerlinge. Daarbij heeft (verweerder) zichzelf financieel of anderszins niet bevoordeeld en is van enig strafbaar feit evenmin gebleken. Wanneer (verweerder) onder deze omstandigheden (ook) geen transitievergoeding zou worden toegekend, zou hij voor zijn éénmalige, grote misstap naar het oordeel van de kantonrechter te veel gestraft worden.”*⁵⁸ Uit deze overweging blijkt dat de rechter de duur van het dienstverband en het functioneren van de werknemer meeneemt in zijn overweging. Opvallend is dat de rechter oordeelt dat de werknemer te veel wordt gestraft als er geen transitievergoeding wordt toegekend. De kantonrechter ziet, vanwege de omstandigheden, onvoldoende aanleiding om slechts een gedeeltelijke transitievergoeding toe te kennen.

⁵⁷ Rb. Overijssel 30 augustus 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3502, r.o. 3.5

⁵⁸ Rb. Zeeland-West-Brabant 23 november 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:7552

In een van de drie uitspraken **(29)** heeft de werknemer ernstig verwijtbaar gehandeld vanwege het bewust niet openmaken van een koffer waarbij was aangegeven dat de koffer een bedreiging vormde op Schiphol.⁵⁹ De rechter overwoog gezien de leeftijd van de werknemer (55 jaar), de duur van zijn dienstverband (15 jaar) en het goede functioneren van de werknemer om een gehele transitievergoeding toe te kennen. De rechter ziet geen reden om gedeeltelijk een transitievergoeding toe te kennen, omdat de werkgever zich niet heeft verzet tegen een gehele toekenning van een transitievergoeding.

Opvallend is dat in deze drie uitspraken, in vergelijking met de uitspraken waarin gedeeltelijk een transitievergoeding wordt toegekend, een beperkte motivering wordt gegeven waarom een gehele transitievergoeding wordt toegekend.

3.2.3 – deelconclusie

Wanneer de rechter gebruik maakt van de uitzonderingsbevoegdheid op grond van art. 7:673 lid 8 BW, kan geconcludeerd worden dat in de meeste gevallen gedeeltelijk een transitievergoeding wordt toegekend. Daarnaast kan geconcludeerd worden dat de duur van het dienstverband en de persoonlijke omstandigheden van de werknemer als een rode draad door de uitspraken van de rechter loopt. In de meeste uitspraken worden eveneens andere elementen meegenomen in de overweging van de rechter om alsnog een transitievergoeding toe te kennen. Dit zijn de volgende elementen:

- de leeftijd van de werknemer;
- functioneren van de werknemer;
- de gevolgen van het ontslag;
- de kansen van de werknemer op de arbeidsmarkt;
- eerdere waarschuwingen.

Daarnaast is gebleken dat de transitievergoeding ook gedeeltelijk wordt toegekend wanneer er sprake is van een niet vlekkeloos dienstverband.

Een gehele transitievergoeding wordt bijna nooit toegekend. In de volgende gevallen wordt wel een gehele transitievergoeding toegekend:

- wanneer de werknemer teveel wordt gestraft door het niet toekennen;
- wanneer de werkgever geen verzet voert tegen de toepassing van de uitzondering;
- wanneer de werkgever aangeeft bereid te zijn om een transitievergoeding te betalen.

⁵⁹ Rb. Noord-Holland 16 mei 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9049, r.o. 5.11

In vergelijking met de uitspraken waarin gedeeltelijk een transitievergoeding wordt toegekend, is het heel bijzonder wanneer de rechter een gehele transitievergoeding toekent.

Hoofdstuk 4 – conclusie

In voorgaande hoofdstukken is de theorie rondom de transitievergoeding, verwijtbaar en ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer uiteengezet. Vervolgens zijn de resultaten uit het jurisprudentieonderzoek weergegeven. In hoofdstuk vier volgt de conclusie waarin antwoord zal worden gegeven op de centrale vraag. De centrale vraag luidt als volgt:

“Welk advies kan aan [REDACTED] worden gegeven wanneer er al dan niet een transitievergoeding wordt toegekend bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer blijkens wet- en regelgeving, literatuur en jurisprudentieonderzoek?”

De werkgever is aan een werknemer een transitievergoeding verschuldigd op het moment dat de arbeidsovereenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd. Daarnaast moet de arbeidsovereenkomst zijn opgezegd door de werkgever, zijn ontbonden op verzoek van de werkgever of zijn beëindigd van rechtswege. Uit de wet- en regelgeving en literatuuronderzoek kan worden geconcludeerd dat er geen sluitend antwoord kan worden gegeven op de vraag wanneer sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer.

Uit het jurisprudentieonderzoek is gebleken dat de rechter een aantal elementen meeneemt in zijn overweging om een gedraging aan te merken als ernstig verwijtbaar waardoor de werknemer het recht op een transitievergoeding verliest. Ieder element dat door de rechter wordt meegenomen in zijn overweging, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Uit het onderzoek is naar voren gekomen dat er twee of meer elementen aanwezig moeten zijn om een gedraging aan te merken als ernstig verwijtbaar, zoals:

- binnen de organisatie wordt een duidelijk beleid gehanteerd;
- het vertrouwen van de werkgever is beschadigd;
- de werknemer geeft geen openheid van zaken;
- het uit zijn op eigen gewin van de werknemer;
- de werknemer is eerder gewaarschuwd en heeft zijn gedrag niet verbeterd. Als de werkgever geen waarschuwing heeft gegeven omdat hij een verkeerde voorstelling van zaken had, wordt dit de werkgever niet verweten;
- de werknemer heeft willens en wetens gehandeld;
- de functie van de werknemer of werkzaamheden waaruit blijkt dat hij een voorbeeldfunctie uitoefent.

Aan de hand van de omstandigheden van ieder geval wordt beoordeeld welke elementen de rechter meeneemt in zijn overweging om de gedraging aan te merken als ernstig verwijtbaar. Dit zijn

elementen die een richtlijn geven en sluiten niet uit dat andere elementen mede van belang zijn om de gedraging van de werknemer aan te merken als ernstig verwijtbaar. De werkgever hoeft geen transitievergoeding te betalen aan een werknemer die ernstig verwijtbaar heeft gehandeld indien sprake is van een gedraging die is benoemd in de MvT of het rapport en de werkgever kan aantonen dat minimaal twee van de voornoemde elementen aanwezig zijn.

De uitzonderingsbevoegdheid van de rechter op grond van art. 7:673 lid 8 BW om toch een transitievergoeding toe te kennen, wordt in uitzonderlijke situaties toegepast. In de meeste gevallen wordt gedeeltelijk een transitievergoeding toegekend. De duur van het dienstverband en de persoonlijke omstandigheden van de werknemer lopen als een rode draad door de uitspraken van de rechter om bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten toch gedeeltelijk een transitievergoeding toe te kennen. In de meeste uitspraken zijn de twee elementen niet voldoende en worden andere elementen meegenomen in de overweging van de rechter. Dit zijn de volgende elementen:

- de leeftijd van de werknemer;
- functioneren van de werknemer;
- de gevolgen van het ontslag;
- de kansen op de arbeidsmarkt;
- eerdere waarschuwingen.

De persoonlijke omstandigheden en de duur van het dienstverband in samenhang met een van de overige elementen hebben tot gevolg dat de werkgever een gedeeltelijke transitievergoeding moet uitkeren aan de werknemer.

Een minder sluitend antwoord kan worden gegeven met betrekking tot een gehele toekenning van een transitievergoeding. In uitzonderlijke gevallen wordt een gehele transitievergoeding toegekend aan de werknemer. In de volgende gevallen wordt wel een gehele transitievergoeding toegekend:

- wanneer de werknemer teveel wordt gestraft door het niet toekennen;
- wanneer de werkgever geen verzet voert tegen de toepassing van de uitzondering;
- wanneer de werkgever aangeeft bereid te zijn om een transitievergoeding te betalen.

De overige elementen die bij een gedeeltelijke toekenning zijn weergegeven spelen geen rol in de overweging van de rechter om een gehele transitievergoeding toe te kennen.

Hoofdstuk 5 – aanbevelingen

In het laatste hoofdstuk van dit onderzoeksrapport worden de aanbevelingen aan de opdrachtgever gegeven. De aanbevelingen zijn tot stand gekomen op basis van wet- en regelgeving, literatuur- en jurisprudentieonderzoek. In paragraaf 1.1 is een probleem geschetst waarin de opdrachtgever geen transitievergoeding wil uitkeren aan een werknemer die ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. In dit hoofdstuk zullen handvatten worden geven aan de opdrachtgever, zodat in het vervolg duidelijk is hoe deze zal moeten handelen.

- Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten – geen transitievergoeding

Allereerst zal de opdrachtgever moeten aantonen dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer. Belangrijk hierbij is dat [REDACTED] de geschetste gedragingen uit de MvT en het rapport van het HSI raadpleegt. De opdrachtgever kan met behulp van de MvT en het rapport nagaan of de gedraging van de werknemer aangemerkt wordt als ernstig verwijtbaar.

Ten tweede wordt aanbevolen dat wanneer het duidelijk is of de gedraging van de werknemer aangemerkt wordt als ernstig verwijtbaar de werknemer op de hoogte moet zijn van het feit dat de gedraging als ontoelaatbaar wordt gezien door de werkgever. Hierbij is het van belang dat de werkgever een duidelijk beleid hanteert. De kantonrechter neemt in veel uitspraken, waarin geen transitievergoeding wordt toegekend, dit element mee in zijn overweging. Voor [REDACTED] kan het van belang zijn om bij de indiensttreding van een werknemer te benadrukken dat er een bepaald beleid van toepassing is. Daarnaast is het verstandig voor [REDACTED] om de nieuwe werknemer te wijzen op de vindplaats van het beleid.

Ten derde is aan te raden een werknemer tijdig een waarschuwing te geven [REDACTED] van mening is dat de werknemer zich schuldig heeft gemaakt aan een gedraging die in strijd is met het gehanteerde beleid. De werknemer krijgt de mogelijkheid om zich te verbeteren en mocht het gedrag van de werknemer niet verbeteren kan [REDACTED] een ontbindingsverzoek indienen bij de rechtbank. Bij het niet toekennen van een transitievergoeding acht de rechter het van belang dat de werknemer een waarschuwing heeft gehad. Zowel het gehanteerde beleid en de waarschuwing spelen samen een belangrijke rol om geen transitievergoeding toe te kennen aan een werknemer. Zodra [REDACTED] kan aantonen dat in strijd wordt gehandeld met het gehanteerde beleid en daarvoor een waarschuwing heeft gegeven is de kans klein dat er een transitievergoeding toegekend wordt aan de werknemer.

Ten vierde wordt aanbevolen om na te gaan of er meerdere elementen aanwezig zijn die het verzoek van de ontbinding zonder het toekennen van een transitievergoeding kunnen onderbouwen. Dit zijn de volgende elementen:

- het uit zijn op eigen gewin van de werknemer;
- de functie van de werknemer. Indien de werknemer een voorbeeldfunctie heeft, mag daar van verwacht worden dat hij niet in strijd handelt met het beleid;
- de gevolgen van de gedraging van de werknemer. Hierbij kan gedacht worden aan het vertrouwen van de werkgever dat is beschadigd;
- de werknemer heeft geen openheid van zaken gegeven;
- de werknemer heeft willens en wetens gehandeld.

Indien er aan twee van deze elementen is voldaan, kan de gedraging aangemerkt worden als ernstig verwijtbaar en hoeft de werkgever geen transitievergoeding te betalen.

- Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer – wel transitievergoeding

Indien er toch een transitievergoeding toegekend wordt aan de werknemer die ernstig verwijtbaar heeft gehandeld wordt het volgende geadviseerd:

Allereerst wordt aanbevolen om alle omstandigheden van het geval in kaart te brengen. Wanneer de persoonlijke omstandigheden van de werknemer bekend zijn en de ontbinding zware gevolgen heeft voor de werknemer, kan de rechter ervoor kiezen om gedeeltelijk een transitievergoeding toe te kennen. Aan [REDACTED] wordt geadviseerd om alle omstandigheden van de werknemer van tevoren in kaart te brengen. Zo heeft [REDACTED] vooraf inzicht in de situatie en kan deze zich bij de rechter verzetten tegen de toekenning van de transitievergoeding. Uit de geanalyseerde jurisprudentie blijkt dat de rechter een transitievergoeding toekent als het ontslag grote gevolgen heeft voor de werknemer en de werkgever zich er niet tegen verzet.

Het is belangrijk dat [REDACTED] gezien de jurisprudentieanalyse, geen bereidheid dient te tonen tot het betalen van een transitievergoeding. De rechter gaat alleen mee in het toekennen van een gehele transitievergoeding als de werkgever aangeeft dat de werknemer toch voor een transitievergoeding in aanmerking komt. De rechter neemt, zoals bij een gedeeltelijke toekenning van een transitievergoeding, geen elementen mee zijn beoordeling maar volgt het standpunt van de werkgever.

Ten derde kan aanbevolen worden dat [REDACTED] moet aantonen dat de werknemer niet te zwaar wordt gestraft door het niet toekennen van een transitievergoeding. Uit de geanalyseerde

jurisprudentie blijkt dat wanneer de rechter van oordeel is dat een werknemer te zwaar wordt gestraft bij het niet krijgen van een transitievergoeding, deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, ambtshalve wordt toegewezen door de rechter.

Literatuurlijst

Literatuur

Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2017

W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl & W.L. Roozendaal, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Dekker, Tijdschrift Recht en Arbeid 2016, afl. 3

F.M. Dekker, 'Niet toekennen transitievergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2016, afl. 3.

Diebels 2018

M. Diebels, *De Kleine Gids voor het Nederlandse Arbeidsrecht 2018*, Deventer: Wolter Kluwer 2018.

Hillebrandt, Oberman & Adnani, Advocatenblad 2018/4

K. Hillebrandt, C. Oberman & N. Adnani, 'Kroniek Arbeidsrecht', *Advocatenblad* 2018/4.

Houweling, Kruit & Kersten, Tijdschrift Arbeidsrecht Praktijk 2018/7

A.R. Houweling, P. Kruit & I.H. Kersten, 'Voorpublicatie van Evaluatierapport ontbindingspraktijk WWZ 2015-2018', *Tijdschrift Arbeidsrecht praktijk* 2018/7.

Van Drongelen, Fase & Jellinghaus 2018

J. van Drongelen, W.J.P.M. Fase & S.F.H. Jellinghaus, *Individueel Arbeidsrecht Deel 3 Ontslagrecht*, Zutphen: uitgeverij Paris 2018.

Van Drongelen, Klingeman & van Rijs 2017

J. van Drongelen, S. Klingeman & A.D.M. van Rijs, *Het ontslagrecht in de praktijk*, Zutphen: uitgeverij Paris 2017.

Wies & Schneider, ArbeidsRecht 2016/28

E. Wies & M.A. Schneider, 'Verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer ('e-grond'): een analyse van de rechtspraak onder de WWZ', *ArbeidsRecht* 2016/28.

Wies & Schneider, ArbeidsRecht 2017/29

E. Wies & M.A. Schneider, 'Twee jaar verwijtbaar handelen door de werknemer: een analyse van de rechtspraak', *ArbeidsRecht* 2017/29.

Jurisprudentie ten behoeve van de theorie

Hoge Raad

HR 13 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2626

HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:484

Rechtbank

Rb. Rotterdam 9 januari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:454

Rb. Oost-Brabant 10 september 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:4470

Kamerstukken

Kamerstukken II 2013/14, 33818 nr. 3.

Rapport

Bennaars, Rietveld & Verhulp 2017

J.H. Bennaars, R.D. Rietveld & E. Verhulp, rapport '*Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten in de Wwz*', Universiteit van Amsterdam, 20 december 2017; voortvloeiend uit de bijlage bij *Kamerstukken II*, 2017/18, 34351, nr. 26.

Weblogs

I. van Aalst, 'Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer: wanneer is daar sprake van?', 7 *Laws of Persuasion* 19 oktober 2017, www.hetarbeidsrechtadvocatenkantoor.nl.

I. van Aalst, 'Verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer: wanneer is ontslag mogelijk?', 7 *Laws of Persuasion* 20 april 2018, www.hetarbeidsrechtadvocatenkantoor.nl.

M. Faber, 'Geen transitievergoeding bij ernstig verwijtbaar handelen: hoe hoog ligt de lat?', www.sdu.nl 2 oktober 2018.

Jurisprudentielijst ten behoeve van het jurisprudentieonderzoek

Gerechtshoven

Gerechtshof Amsterdam

Hof Amsterdam 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:409

Hof Amsterdam 4 september 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3243

Gerechtshof Den Haag

Hof Den Haag 13 februari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:223

Rechtbank

Rechtbank Amsterdam

Rb. Amsterdam 17 augustus 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6202

Rechtbank Den Haag

Rb. Den Haag 13 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1506

Rechtbank Limburg

Rb. Limburg 3 januari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:41

Rb. Limburg 26 februari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:1817

Rb. Limburg 11 april 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:3431

Rechtbank Midden-Nederland

Rb. Midden-Nederland 19 oktober 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5099

Rb. Midden-Nederland 27 november 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5965

Rechtbank Noord-Holland

Rb. Noord-Holland 18 mei 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9049

Rb. Noord-Holland 23 maart 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:2592

Rb. Noord-Holland 11 mei 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:3665

Rb. Noord-Holland 20 september 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:11593

Rb. Noord-Holland 27 februari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:1725

Rb. Noord-Holland 2 oktober 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:8563

Rb. Noord-Holland 29 november 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:10490

Rechtbank Oost-Brabant

Rb. Oost-Brabant 10 september 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:4470

Rechtbank Overijssel

Rb. Overijssel 30 augustus 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3502

Rb. Overijssel 29 mei 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:1849

Rb. Overijssel 31 oktober 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:4120

Rechtbank Rotterdam

Rb. Rotterdam 9 januari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:454

Rb. Rotterdam 18 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3115

Rb. Rotterdam 15 mei 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3871

Rb. Rotterdam 19 juli 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:5901

Rb. Rotterdam 4 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8109

Rb. Rotterdam 28 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:7995

Rb. Rotterdam 28 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8262

Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Rb. Zeeland-West-Brabant 23 november 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:7552