Transitievergoeding: wanneer spreekt men van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer?

**Onderzoeksrapport**

**Instelling: Hogeschool Leiden**

**Opleiding: HBO-rechten VT**

**Module: Afstudeeronderzoek RE441C**

**Student: M.C. de Graaf**

**Studentnummer: 1065843**

**Klas: Re4C**

**Onderzoeksdocente: mr. I.J.S. van Mierlo-Groot**

**Afstudeerbegeleider: mr. J.P.S. Boonman**

**Opdrachtgever: mr. R.R.F. van der Mark**

 **Berlinger Advocaten**

**26 mei 2016**

# Voorwoord

Voor u ligt het onderzoeksrapport waarmee ik hoop de opleiding Hbo-rechten af te ronden aan de Hogeschool van Leiden. Dit onderzoek is uitgevoerd in opdracht van Berlinger Advocaten.

Ik wil graag de mensen bedanken die ervoor gezorgd hebben dat ik dit onderzoek heb kunnen uitvoeren alsmede de mensen die mij in dit traject hebben begeleid.

Tot slot rest mij niks meer dan u veel plezier te wensen met het lezen van dit rapport.

# Samenvatting

De opdrachtgever, Berlinger Advocaten, heeft aangegeven dat door het in werking treden van de Wet werk en zekerheid het moeilijker is geworden om haar klanten te adviseren met betrekking tot het toekennen van de transitievergoeding. Zij hebben de opdracht gegeven om uit de zoeken wanneer er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, zodat de transitievergoeding niet is verschuldigd. Het beroepsproduct bestaat uit een flowchart welke Berlinger Advocaten kan gebruiken om haar klanten zo correct mogelijk te adviseren aangaande het al dan niet verschuldigd zijn van de transitievergoeding.

Het verzochte onderzoek bestaat uit een theoretisch en een praktisch gedeelte. Het theoretische gedeelte behandelt de wetgeving en de literatuur, met betrekking tot het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Het praktische gedeelte bestaat uit een jurisprudentie onderzoek waarin 32 zaken met betrekking tot het vermeend ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer wordt behandeld. In deze zaken wordt geanalyseerd wanneer er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer en wanneer de transitievergoeding niet meer verschuldigd is.

Uit het onderzoek is naar voren gekomen dat de wetgever in de Memorie van Toelichting van de Wet werk en zekerheid voorbeelden heeft gegeven wanneer er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Deze lijst met voorbeelden is niet limitatief, wat betekent dat er in meerdere gevallen dan de gegeven voorbeelden sprake kan zijn van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. De rode lijn is dat de gedraging van de werknemer het vertrouwen van de werkgever ernstig dient te schaden.

Uit het jurisprudentie onderzoek blijkt dat de rechter in een ruime meerderheid van alle gevallen de gedraging toetst aan de voorbeelden uit de Memorie van Toelichting. Wanneer de gedraging in een lijn valt met de voorbeelden, dan is de gedraging ernstig verwijtbaar en anders niet. Ook is naar voren gekomen dat er enkele schulduitsluitingsgronden zijn, die ervoor zorgen dat wanneer de werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of heeft nagelaten, hij alsnog de transitievergoeding toegewezen krijgt. Dit is het geval wanneer de werknemer kortgezegd ontoerekeningsvatbaar is, de gedraging voortvloeit uit onmacht of de gedraging dusdanig onbewust was. Ook wordt er geen transitievergoeding toegekend wanneer de gedraging van de werknemer voortvloeit uit een onredelijke eis van de werkgever of wanneer het niet toekennen van de transitievergoeding onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

# Inhoudsopgave

Afkortingen 5

1. Inleiding 6

1.1 Aanleiding 6

1.2 Probleem 7

1.3 Doelstelling 7

1.4 Vraagstelling 8

1.4.1 Centrale vraagstelling 8

1.4.2 Deelvragen 8

1.4.2.1 Beantwoording theoretisch gedeelte 9

1.4.2.2 Beantwoording praktisch gedeelte 9

2. Juridisch kader 10

2.1 Wat is de Wet werk en zekerheid? 10

2.1.1 Wijzigingen ontslagrecht 10

2.1.2 De transitievergoeding 12

2.1.2.1 Toepasselijkheid van de transitievergoeding 12

2.1.2.2 De hoogte van de transitievergoeding 14

2.1.2.3 Aftrekbare kosten van de transitievergoeding 15

2.2 Wanneer is er, volgens de wet en de literatuur, sprake van ernstig verwijtbaar handelen dan wel nalaten van de werknemer? 16

3. Praktijkonderzoek 19

3.1 Uitvoering 19

3.1.1 Topics 19

3.1.2 Toewijzing transitievergoeding onderzochte zaken 23

3.2 Bevindingen 23

3.2.1 Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer 24

3.2.2 Geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer 25

4. Resultaten 27

4.1 Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer 27

4.1.1 Gedraging is een voorbeeld uit de Memorie van Toelichting 27

4.1.2 Vertrouwen van werkgever is ernstig geschaad 27

4.2 Geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer 28

4.2.1 Gedraging niet in lijn met voorbeelden Memorie van Toelichting 28

4.2.2 Werkgever voert ernstig verwijtbaar handelen of nalaten onvoldoende aan 29

4.2.3 Onmacht of niet bewust van gedraging 29

4.2.4 Gedraging niet ernstig genoeg 30

4.2.5 Onredelijke eis werkgever 31

4.3 Ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer met toewijzing van de transitievergoeding 31

5. Conclusie 33

6. Aanbevelingen 36

7. Beroepsproduct 38

7.1 Uitleg flowchart 38

7.2 Flowchart 40

Literatuurlijst 43

Bijlage I 45

Bijlage II 52

# Afkortingen

WWZ - Wet werk en zekerheid

MvT - Memorie van Toelichting

UWV - Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen

Cao - Collectieve arbeidsovereenkomst

# 1. Inleiding

In dit hoofdstuk zal een inleiding worden gegeven van het onderzoek. Verder worden de aanleiding en het probleem besproken. Ook wordt in dit hoofdstuk de doelstelling van het onderzoek behandelt alsmede de centrale vraagstelling met de bijbehorende deelvragen.

## 1.1 Aanleiding

1 juli 2015 is de Wet werk en zekerheid (hierna: WWZ) in werking getreden. Deze wet betreft het aanpassen van het arbeidsovereenkomstenrecht. Het arbeidsovereenkomstenrecht biedt de werknemer bescherming tegen willekeur van de werkgever bij een mogelijk ontslag en schept tegelijkertijd een duidelijk kader voor de werkgever om, indien nodig, op voorgeschreven wijze afscheid te kunnen nemen van een werknemer. Het arbeidsovereenkomstenrecht biedt ook mogelijkheden om werknemers voor een bepaalde tijd aan te nemen, maar beperkt de mogelijkheden om werknemers langdurig in te zetten op basis van flexibele contracten. Tevens biedt de arbeidsovereenkomst ook toegang tot de werknemersverzekeringen, zoals de Werkloosheidswet.[[1]](#footnote-1) Voor dit onderzoek beperk ik mij tot de aanpassingen die zijn ingevoerd met betrekking tot het ontslagrecht.

Door het in werking treden van de WWZ vinden er een aantal veranderingen plaats met betrekking tot het ontslagrecht. Zo kan er geen keuze meer worden gemaakt tussen het beëindigen van de arbeidsovereenkomst via het UWV of de kantonrechter. Het is namelijk in de wet vastgelegd welke methode voor welke situatie geldt. Verder kunnen de werknemers nu in hoger beroep treden wanneer zij het niet eens zijn met de beslissing van het UWV of de kantonrechter.[[2]](#footnote-2) Dit was voor 1 juli 2015 niet het geval. Ook is een ontslagvergoeding via de kantonrechter niet meer standaard, maar enkel wanneer de werkgever verwijtbaar heeft gehandeld. Dit onderzoek zal zich richten op de toewijzing van de transitievergoeding aan de werknemer.

De transitievergoeding is een vergoeding die in beginsel altijd is verschuldigd wanneer de werknemer wordt ontslagen op initiatief van de werkgever. De wetgever geeft in het Burgerlijk Wetboek een aantal uitzonderingen wanneer de werkgever geen transitievergoeding verschuldigd is aan de (ex)werknemer. De transitievergoeding is niet verschuldigd aan een werknemer die jonger is dan 18 jaar en gemiddeld maximaal twaalf uur per week arbeid heeft verricht, ook is de transitievergoeding niet verschuldigd wanneer de werknemer de pensioenleeftijd heeft bereikt of wanneer het beëindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.

## 1.2 Probleem

De opdrachtgever voor het onderzoek is advocatenkantoor Berlinger Advocaten. Berlinger Advocaten is een firma die zich voornamelijk bezig houdt met het arbeidsrecht. De advocaten van Berlinger Advocaten treden vaak op voor werkgevers in zaken met betrekking tot het ontslag van werknemers. Het is gebruikelijk dat de klanten van Berlinger Advocaten aangeven dat zij niets meer willen betalen aan de (ex)werknemer.

Volgens het nieuwe ontslagrecht heeft in beginsel elke werknemer waarvan de arbeidsovereenkomst wordt opgezegd, wordt ontbonden of van rechtswege op initiatief van de werkgever niet aansluitend wordt voortgezet, recht op de transitievergoeding. Het is aan Berlinger Advocaten om hun klanten te adviseren over de mogelijkheden voor het niet verschuldigd zijn van de transitievergoeding aan de (ex)werknemer.

Dit onderzoek zal zich buigen over het vraagstuk wanneer er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Berlinger Advocaten kan op dit moment, doordat de wetswijziging dusdanig recent is, haar klanten niet direct informeren over het al dan niet verschuldigd zijn van de transitievergoeding. De Memorie van Toelichting spreekt van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer wanneer er door de werknemer een vertrouwensbreuk wordt vastgesteld met de werkgever[[3]](#footnote-3).

Het is op dit moment niet duidelijk voor Berlinger Advocaten wanneer de rechtspraktijk spreekt van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer wat resulteert in het feit dat de transitievergoeding niet verschuldigd is aan de (ex)werknemer. Het gevolg hiervan is dat de advocaten van Berlinger Advocaten geen passend advies kunnen geven aan haar klanten met betrekking tot het al dan niet verschuldigd zijn van de transitievergoeding.

## 1.3 Doelstelling

De doelstelling van dit onderzoek is om Berlinger Advocaten een eindproduct te overhandigen dat aangeeft wanneer er sprake is ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer bij ontslag of ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Dit eindproduct zal, in de vorm van een flowchart, inzicht

geven of er in een bepaald geval sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.

Om het bovengenoemde doel te bereiken is er kennis nodig. Deze kennis die nodig is weerhoudt zich tot het vraagstuk “wanneer is er sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer op grond van de Wet werk en zekerheid?”. Deze kennis wordt enerzijds vergaard door middel van wetsanalyse en een literatuur onderzoek en anderzijds door een jurisprudentie onderzoek.

Wanneer Berlinger Advocaten over deze kennis beschikt, dan kan zij haar klanten adviseren of zij de transitie vergoeding verschuldigd zijn aan de (ex)werknemer.

## 1.4 Vraagstelling

Deze paragraaf zal de vraagstelling van het onderzoek behandelen. De eerste sub-paragraaf zal zich richten op de centrale vraag. De tweede sub-paragraaf richt zich op de deelvragen. De tweede sub-paragraaf zal zich verder opsplitsen in het theoretische gedeelte en het praktijk gedeelte.

### 1.4.1 Centrale vraagstelling

De centrale vraag voor dit onderzoek luidt als volgt:

*“Wat kan Berlinger Advocaten haar klanten adviseren met betrekking tot het al dan niet verschuldigd zijn van de transitievergoeding bij ontslag of ontbinding van de arbeidsovereenkomst op basis van vermeend ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer op grond van de Wet werk en zekerheid blijkens wetsanalyse, literatuuronderzoek en jurisprudentieonderzoek?”*

Met het begrip “klanten”, welke in de centrale vraagstelling staat genoemd, wordt in het kader van dit onderzoek de klanten bedoeld welke in de hoedanigheid als werkgever zich tot Berlinger Advocaten wenden.

### 1.4.2 Deelvragen

Om de hierboven genoemde centrale vraag te beantwoorden zal er gebruik worden gemaakt van deelvragen. De volgende deelvragen komen aan bod in dit onderzoek:

1. *Wat is de Wet werk en zekerheid?*
2. *Wanneer is er, volgens de wet en de literatuur, sprake van ernstig verwijtbaar handelen dan wel nalaten van de werknemer?*
3. *Onder welke feiten en omstandigheden is er, blijkens jurisprudentie onderzoek, wel of geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer?*

#### 1.4.2.1 Beantwoording theoretisch gedeelte

Voor de beantwoording van de hiervoor genoemde deelvragen 1 en 2 zal ik gebruik maken van de methoden wetsanalyse en literatuuronderzoek. Ik zal hiervoor de wet, de wetsgeschiedenis en de literatuur analyseren. De beantwoording van deze deelvragen komt aan bod in Hoofdstuk 2.

#### 1.4.2.2 Beantwoording praktisch gedeelte

Voor de beantwoording van de hiervoor genoemde deelvraag 3 zal ik gebruik maken van de methode jurisprudentieonderzoek. Deze deelvraag gaat over de toepassing van het begrip ‘ernstig verwijtbaar handelen of nalaten’ door de werknemer in de praktijk. Voor dit jurisprudentieonderzoek ga ik een 36-tal zaken vergelijken om aan te kunnen geven welke voorwaarden van belang zijn voor het al dan niet toewijzen van de transitievergoeding bij kennelijk ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De 36 zaken welke vergeleken worden in het onderzoek, zijn allemaal na 1 juli 2015 behandeld door de rechterlijke macht.

Om de 36 zaken te vergelijken zal ik gebruik maken van een topiclijst. Door het gebruik van een topiclijst worden de verschillende zaken op dezelfde punten behandeld en kan er eenduidigheid in de rechtspraak gevonden worden. De topiclijst zal verder worden besproken in Hoofdstuk 3. De verdere beantwoording van het praktijkgedeelte van dit onderzoek zal worden behandeld in de Hoofdstukken 3 en 4.

# 2. Juridisch kader

Dit hoofdstuk bevat het juridisch kader van het onderzoek. Het juridisch kader zal bestaan uit de beantwoording van de theoretische deelvragen. Paragraaf 1 zal de eerste deelvraag behandelen en paragraaf 2 behandelt de tweede deelvraag.

## 2.1 Wat is de Wet werk en zekerheid?

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, L.F. Asscher, heeft op 29 november 2013 het wetsvoorstel Wet werk en zekerheid bij de Tweede Kamer aanhangig gemaakt[[4]](#footnote-4). Zoals eerder genoemd geeft het arbeidsovereenkomstenrecht bescherming aan de werknemer en schept het een duidelijk kader voor de werkgever. Minister Asscher stelt dat arbeidsverhoudingen met de maatschappij mee veranderen en dat de wetgeving op dit gebied vraagt om continu onderhoud. De essentie van het ontslagrecht is sinds de Tweede Wereldoorlog ongewijzigd gebleven.[[5]](#footnote-5)

In de Memorie van Toelichting van de WWZ wordt het begrip werkzekerheid als overkoepelend begrip en als uitgangspunt van het hedendaagse arbeidsmarktbeleid geïntroduceerd. Het huidige arbeidsrecht en sociaal recht sluiten volgens Minister Asscher hier niet of onvoldoende mate op aan. De Memorie van Toelichting stelt dan ook dat het flexrecht, ontslagrecht en het werkloosheidsrecht moeten worden aangepast zodat het arbeidsrecht en sociaal recht daarom de huidige ontwikkelingen op de arbeidsmarkt hervinden.[[6]](#footnote-6)

Omdat dit onderzoek zich richt op het ontslagrecht, zal de WWZ vanuit het ontslagrecht worden benaderd. Het ontslagrecht zal, volgens de Memorie van Toelichting, eenvoudiger, sneller, eerlijker en minder kostbaar voor werkgevers moeten zijn en meer gericht zijn op het vinden van een nieuwe baan.

### 2.1.1 Wijzigingen ontslagrecht

Het ontslagrecht is door het in werking treden van de WWZ sinds 1 juni 2015 aanzienlijk gewijzigd. De volgende systematische wijzigingen met betrekking tot het ontslagrecht komen naar voren in de Memorie van Toelichting en worden door Barbara Veldmaat en Fleur van Assendelft d Coningh als volgt beschreven.[[7]](#footnote-7)

* De grondslag voor ontslag bepaald waar de werkgever terecht kan. Voorheen kon de werkgever kiezen tussen een procedure bij het UWV of bij de kantonrechter. Na intreding van de WWZ is het UWV bevoegd wanneer een ontslag is gebaseerd op bedrijfseconomische redenen of na langdurige arbeidsongeschiktheid. De kantonrechter is bevoegd wanneer een ontslag om persoonlijke redenen, waaronder disfunctioneren, voorkomt. Het blijft wel mogelijk om een beëindigingsovereenkomst te sluiten met wederzijds goedvinden;
* De kantonrechtersformule verdwijnt. In de plaats komt de transitievergoeding. De transitievergoeding is wettelijk opeisbaar en is in beginsel van toepassing op elke werknemer;
* Billijke vergoeding. Naast de transitievergoeding kan de werknemer in uitzonderlijke gevallen ook aanspraak maken op een billijke vergoeding. Deze vergoeding is van toepassing wanneer de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever;
* Op of na het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd kan de arbeidsovereenkomst zonder preventieve toets op grond van het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd door de werkgever worden opgezegd, tenzij schriftelijk anders overeengekomen is;
* Hoger beroep en cassatie worden mogelijk bij een ontbindingsbeschikking van de kantonrechter.

Of de hierboven aangegeven wijzigingen een verbetering zijn voor het ontslagrecht valt volgens advocate E. Knipschild nog te bezien[[8]](#footnote-8). Volgens E. Visser, advocaat arbeidsrecht, lijken de procedures met betrekking tot het ontslag er niet eenvoudiger op te worden terwijl dit wel het doel is van de wetgever[[9]](#footnote-9). Ook advocaat B. den Heeten geeft aan dat de kritiek vanuit de advocatuur, waarin aangegeven wordt dat het ontslagrecht ingewikkelder wordt gemaakt door de WWZ in plaats van makkelijker, terecht is[[10]](#footnote-10). Tot slot concludeert mr. drs. H.J.M. Richters dat de transitievergoeding in deze vorm niet bijdraagt aan het doel, er ontbreekt namelijk een duidelijke keuze tussen enerzijds compensatie voor het ontslag en anderzijds het vergemakkelijken van de overgang naar nieuw werk[[11]](#footnote-11). Mr. drs. H.J.M. Richters concludeert dan ook dat de transitie vergoeding te vrijblijvend is en dat deze voor andere zaken gebruikt kan worden dan het vinden van een nieuwe baan.

Zoals hierboven is weergegeven is het werkveld zeer sceptisch over de werking van het nieuwe ontslagrecht na het in werking treden van de WWZ.

### 2.1.2 De transitievergoeding

Dit onderzoek buigt zich over het vraagstuk wanneer er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Dit vraagstuk is relevant wanneer een werknemer wordt ontslagen of dat zijn werkgever een ontbindingsverzoek indient bij de rechtbank. Dit is het geval omdat, zoals in de vorige sub-paragraaf is aangegeven, de transitie vergoeding een wettelijk opeisbare vergoeding is waar in beginsel elke werknemer die, simpel gezegd, zijn baan kwijtraakt op initiatief van de werkgever recht op heeft.

De transitievergoeding is vanaf 1 juli 2015 van kracht en houdt in dat de werknemer een vergoeding krijgt die enerzijds is bedoeld als compensatie voor het ontslag en anderzijds de werknemer in staat stelt de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken[[12]](#footnote-12). Daarnaast wordt met de invoering van een meer eenduidig vergoedingensysteem beoogd de rechtszekerheid te vergroten en het oude onderscheid tussen de UWV-route en de ontbindingsroute alsmede tussen werknemers met arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd dan wel onbepaalde tijd zo veel mogelijk weg te nemen[[13]](#footnote-13).

Door de intreding van de transitievergoeding beoogt de wetgever te hoge ontslagvergoedingen te voorkomen. Tevens beoogt de wetgever de ontslagvergoedingen onafhankelijk te maken van de te volgen ontslagroute, namelijk opzegging of ontbinding, en van het type arbeidsovereenkomst, namelijk voor bepaalde tijd of onbepaalde tijd.[[14]](#footnote-14)

#### 2.1.2.1 Toepasselijkheid van de transitievergoeding

De transitievergoeding is in beginsel altijd verschuldigd[[15]](#footnote-15). De transitievergoeding is afdwingbaar bij wet. Dit was bij de “oude” ontslagvergoeding niet het geval en moest de zogeheten ontslagvergoeding door de rechter worden toegewezen. Volgens art. 7:673, lid 1 BW is de werkgever aan de werknemer een transitievergoeding verschuldigd indien de arbeidsovereenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd en:

1. De arbeidsovereenkomst:
2. Door de werkgever is opgezegd;
3. Op verzoek van de werkgever is ontbonden; of
4. Na een einde 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 tussenpoos van ten hoogste zes maanden; of
5. De arbeidsovereenkomst als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever:
6. Door de werknemer is opgezegd;
7. Op verzoek van de werknemer is ontbonden; of
8. Na een einde van rechtswege op initiatief van de werknemer niet aansluitend is voortgezet.

Dit onderzoek beperkt zich alleen tot de situaties hiervoor beschreven onder 1. Dit betreft de situaties waarin het ontslag of de ontbinding op initiatief van de werkgever is gebeurd.

De wet kent ook uitzonderingen op de toepassing van de transitievergoeding. Art. 7:673, lid 7 BW geeft aan dat de transitievergoeding niet is verschuldigd indien het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst:

1. Gebeurt wanneer de werknemer nog geen achttien jaar oud is en de gemiddelde omvang van het verrichte arbeid ten hoogste twaalf uur per week heeft bedragen;
2. Geschiedt in verband met het bereiken van de pensioenleeftijd;
3. Het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.

De transitievergoeding is volgens de wet dus niet verschuldigd wanneer een werknemer minderjarig is en het aantal werkuren per week beperkt is. Verder is de transitievergoeding ook niet van toepassing wanneer de arbeidsovereenkomst eindigt doordat de pensioenleeftijd van de werknemer is bereikt. Tot slot is de transitievergoeding niet verschuldigd wanneer het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.

Dit onderzoek beperkt zich tot de uitzondering, hiervoor genoemd onder 3, aangaande het ernstige verwijtbare handelen of nalaten van de werknemer.

De Memorie van Toelichting geeft een verdere invulling van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Samengevat dient er sprake te zijn van een vertrouwensbreuk die de werknemer creëert tussen hem en de werkgever. Het criterium voor het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer is slechts bedoeld voor uitzonderlijke situaties[[16]](#footnote-16). De wetgever geeft in de Memorie van Toelichting de volgende voorbeelden van het begrip ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer:[[17]](#footnote-17)

* De situatie waarin de werknemer zich schuldig maakt aan diefstal, verduistering, bedrog of andere misdrijven, waardoor hij 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;
* De situatie waarin de werknemer controlevoorschriften bij ziekte herhaaldelijk, ook na toepassing van loonopschorting, niet naleeft en hiervoor geen gegronde reden bestaat;
* 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.

Echter, wanneer er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer kan de rechter alsnog besluiten om de transitievergoeding, gedeeltelijk dan wel in zijn geheel, toe te kennen aan de werknemer. Dit doet de rechter wanneer het niet toekennen van de transitievergoeding onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. De wetgever geeft hiervoor het voorbeeld wanneer de werknemer een relatief kleine misstap begaat na een heel lang dienstverband[[18]](#footnote-18). Dit is, volgens de wetgever, alleen bedoeld voor uitzonderlijke situaties.

#### 2.1.2.2 De hoogte van de transitievergoeding

De wet limiteert in art. 7:673, lid 2 BW de transitievergoeding tot een hoogte van € 76.000,- of een bedrag gelijk aan ten hoogste het loon over twaalf maanden indien dat loon hoger is dan de hiervoor genoemde € 76.000,-. De transitievergoeding is over de eerste 120 maanden van de arbeidsovereenkomst gelijk aan een zesde van het loon per maand voor elke periode van zes maanden dat de arbeidsovereenkomst heeft geduurd en gelijk aan een kwart van het loon per maand voor elke daaropvolgende periode van zes maanden. Dit betekent dat de werknemer na een dienstverband van 37 maanden, 1 maandsalaris aan transitievergoeding ontvangt[[19]](#footnote-19).

Een belangrijke aanvulling op de berekening voor de hoogte van de transitievergoeding is dat de maanden waarin de werknemer voor zijn achttiende verjaardag gemiddeld twaalf uur of minder per week arbeid heeft verricht, niet wordt meegeteld voor de berekening van de omvang van de transitievergoeding.[[20]](#footnote-20)

Omdat werknemers die bij ontslag 50 jaar of ouder zijn vooralsnog een slechtere arbeidsmarktpositie hebben tot 1 januari 2020, krijgen zij een hogere berekeningsmaatstaf over de jaren dat zij na hun vijftigste bij een werkgever in dienst zijn. Voorwaarde hiervoor is wel dat zij ten minste tien jaar in dienst zijn geweest bij die werkgever. Deze maatstaf bedraagt een maandsalaris per dienstjaar. De wetgever geeft hiervoor de reden dat doordat er al een langere tijd geen transitie van werk-naar-werk buiten deze werkgever heeft plaatsgevonden, dit het vinden van een andere baan bemoeilijkt. Door deze hogere berekeningsmaatstaf wordt het gevolg van de minder gunstige arbeidsmarktpositie niet alleen door de werknemer gedragen, maar dus ook door de werkgever.[[21]](#footnote-21)

#### 2.1.2.3 Aftrekbare kosten van de transitievergoeding

Bepaalde kosten die worden gemaakt door de werkgever kunnen ook van de transitievergoeding worden afgetrokken. Dit zijn zogenoemde transitie- en inzetbaarheidskosten. Transitiekosten zijn de kosten die de werkgever maakt om, de periode van, werkloosheid van een werknemer te voorkomen of te verkorten. Inzetbaarheidskosten zijn kosten die de werkgever maakt om de werknemer breder inzetbaar te maken voor de arbeidsmarkt. Voorbeeld hiervan is wanneer de werkgever bepaalde cursussen aanbiedt aan de werknemer.

Voordat deze kosten in mindering kunnen worden gebracht op de transitievergoeding dient er te zijn voldaan aan een aantal voorwaarden. Deze voorwaarden staan beschreven in het Besluit voorwaarden in mindering brengen kosten op transitievergoeding. Jurist mr. M. Stekelenburg omschrijft deze voorwaarden als volgt[[22]](#footnote-22).

Voordat de transitie- en inzetbaarheidskosten worden gemaakt dient de werknemer schriftelijk toestemming te geven om specifieke transitie- en inzetbaarheidskosten in mindering te laten brengen op een toekomstige transitievergoeding. Deze schriftelijke toestemming is niet vereist wanneer het maken van de kosten voortvloeit uit afspraken tussen de werkgever (vertegenwoordigers) en de werknemer (vertegenwoordigers), bijvoorbeeld bij vaststellingsovereenkomst of sociaal plan met betrekking tot een outplacementtraject.

Verder moeten de inzetbaarheidskosten het doel bevatten om de werknemer breder inzetbaar te maken voor de arbeidsmarkt. Deze inzetbaarheidskosten mogen niet in directe relatie staan tot de functie van de werknemer bij de werkgever of bijdragen aan een bredere inzetbaarheid bij deze werkgever.

Voorts mogen transitiekosten in de vorm van loonkosten alleen in mindering worden gebracht op de transitievergoeding als het loonkosten betreft die de werkgever maakt door het in acht nemen van een langere dan tussen partijen geldende opzegtermijn. Gedurende deze periode moet de werknemer zijn vrijgesteld van werkzaamheden.

Tot slot mogen de transitie- en inzetbaarheidskosten alleen worden afgetrokken van de transitievergoeding wanneer deze zijn gemaakt in een periode van vijf jaar voorafgaand aan het moment dat de werkgever de transitievergoeding is verschuldigd aan de werknemer en in redelijke verhouding staan tot het doel. Ook mogen alleen de kosten in mindering worden gebracht die zijn gemaakt in de periode waarover de transitievergoeding is berekend, en dus niet de kosten die daarvoor zijn gemaakt.

## 2.2 Wanneer is er, volgens de wet en de literatuur, sprake van ernstig verwijtbaar handelen dan wel nalaten van de werknemer?

Art. 7:673 lid 7, sub c BW stelt dat de werkgever de transitievergoeding niet verschuldigd is wanneer het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. In deze paragraaf wordt er ingegaan op het begrip ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.

Een handeling is volgens het Nederlands woordenboek, de Van Dale, een manier van doen of een verrichting. Nalaten is, volgens de Van Dale, iets niet doen, waarvan het doen vrij natuurlijk geweest zou zijn.

Het begrip verwijtbaar komt niet voor in de Van Dale. Het werkwoord verwijten wordt wel in de Van Dale beschreven en betekent het berispend wijzen op een tekortkoming.

Het begrip verwijtbaar komt zoals eerder genoemd niet voor in de Van Dale. Het begrip verwijtbaar wordt wel veelvuldig gebruikt in het strafrecht. Volgens het strafrecht mag niemand gestraft worden zonder dat deze persoon een bepaalde mate van schuld heeft. Schuld dient in deze zin te worden opgevat als verwijtbaarheid. Er is sprake van verwijtbaarheid in het strafrecht wanneer persoon A om redelijkheid kan eisen van persoon B dat hij zich anders had kunnen gedragen dan dat hij deed. [[23]](#footnote-23) Dit houdt in geval van het verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer in, dat wanneer de werknemer een andere optie had dan het vermeende handelen of nalaten maar dit niet deed, dan is het handelen of nalaten verwijtbaar.

Het begrip verwijten uit de Van Dale en het begrip verwijtbaarheid uit het strafrecht komen overeen. Als een persoon een andere optie had dan het vermeende handelen of nalaten, maar dit niet deed, dan kan hem dit worden verweten.

Uit deze afleiding kan worden opgemaakt dat het begrip verwijtbaar als het berispend kunnen wijzen op een tekortkoming kan worden gezien. Dit geeft aan dat verwijtbaar in deze zin betekend dat iets, de tekortkoming, je is aan te rekenen. Een verwijtbare handeling is dus een verrichting die je is aan te rekenen.

Een stap verder is de bepaling wanneer iets als ernstig is aan te merken. Het begrip “ernstig” is een stuk moeilijker te definiëren, want wat voor de een is te bestempelen als ernstig is voor de ander niet te bestempelen als ernstig. De Van Dale geeft de volgende invulling aan het begrip “ernstig”:

*Ernstig als bijvoeglijk naamwoord:*

*- Niet gestemd tot spot; serieus;*

*- Het werkelijk menend*

*Ernstig als bijwoord:*

*- In of met ernst: iemand ernstig waarschuwen.*

Ook de bovenstaande invulling van de Van Dale geeft niet aan wat precies ernstig is. Het is dus erg persoonlijk wat als ernstig is te bestempelen. De wetgever heeft in dit geval toch een handvat gegeven voor het begrip ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. De volgende voorbeelden zijn genoemd in de Memorie van Toelichting van de WWZ.[[24]](#footnote-24)

* de situatie waarin de werknemer zich schuldig maakt aan diefstal, verduistering, bedrog of andere misdrijven, waardoor hij 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;
* de situatie waarin de werknemer controlevoorschriften bij ziekte herhaaldelijk, ook na toepassing van loonopschorting, niet naleeft en hiervoor geen gegronde reden bestaat;
* 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.

De lijst met voorbeelden die de wetgever in de Memorie van Toelichting van de WWZ heeft aangedragen is limitatief. Dit houdt in dat de genoemde voorbeelden niet alle voorbeelden zijn wanneer er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer en dat er nog situaties naast de gegeven voorbeelden kunnen zijn die als ernstig verwijtbaar handelen of nalaten kunnen worden gezien.

De wetgever heeft voor het begrip “ernstig verwijtbaar handelen of nalaten” de hierboven genoemde voorbeelden gegeven. Deze voorbeelden hebben allemaal een ding met elkaar gemeen, er is namelijk in alle gevallen sprake van het feit dat de werkgever de werknemer niet meer kan vertrouwen doordat de werknemer het vertrouwen ernstig heeft geschaad. Wanneer dit het geval is dan is de werkgever geen transitievergoeding verschuldigd aan de werknemer. De werkgever dient zich er wel van te vergewissen dat het een structureel probleem is. Wanneer het probleem incidenteel is, dan kan de rechter de werknemer alsnog de transitievergoeding toewijzen omdat het niet toewijzen van de transitievergoeding onaanvaardbaar zou zijn naar maatstaven van de redelijkheid en de billijkheid[[25]](#footnote-25).

De onderzochte literatuur aangaande het begrip ernstig verwijtbaar handelen of nalaten verwijst keer op keer terug naar de voorbeelden uit de Memorie van Toelichting, die hierboven zijn beschreven. Verder wordt er in de literatuur aangegeven dat de praktische invulling van het begrip ernstig verwijtbaar handelen dan wel nalaten van de werknemer moet blijken uit de beoordelingen van de rechter. Dit betekent dat het begrip ernstig verwijtbaar handelen of nalaten moet worden gedefinieerd naar aanleiding van jurisprudentie. Een jurisprudentieonderzoek is inbegrepen in dit onderzoek en wordt behandeld in deelvraag 3.

# 3. Praktijkonderzoek

Dit hoofdstuk geeft de werkwijze alsmede de bevindingen weer van het praktijkgedeelte van het onderzoek. Het praktijkgedeelte van het onderzoek behelst een onderzoek naar de rode draad in de jurisprudentie aangaande het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.

## 3.1 Uitvoering

Dit onderzoek is uitgevoerd door bestudering van een 36-tal zaken. Deze zaken worden geanalyseerd door de topiclijst toe te passen welke verderop in het hoofdstuk zal worden besproken. Van de 36 onderzochte zaken is na bestudering ervan gebleken dat een viertal zaken niet relevant zijn voor dit onderzoek. Deze vier zaken zijn dan ook buiten beschouwing gelaten in dit onderzoek. Dit betekent dat het praktische onderzoek bestaat uit het bestuderen en analyseren van de overige 32 zaken. Een lijst van de gebruikte jurisprudentie is terug te vinden in Bijlage I.

Van de voornoemde zaken zullen de topics, die zijn vermeld in Tabel 1, vergeleken worden om uiteindelijk tot een conclusie te komen wat de rode draad in de jurisprudentie is aangaande het al dan niet van toepassing zijn van de transitievergoeding na kennelijk ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werknemer.

### 3.1.1 Topics

Tabel 1 geeft de topics weer die aan de grondslag liggen van het jurisprudentieonderzoek. In deze sub-paragraaf zal worden besproken waarom de opgesomde topics van belang zijn.

Allereerst is het van belang wat het feit is waarom de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd. Er kan dan een vergelijking worden gemaakt tussen soortgelijke zaken aangezien er erg veel redenen kunnen zijn waarin de werkgever van mening kan zijn dat de werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of heeft nagelaten. Als er bijvoorbeeld in een zaak sprake is van diefstal en dat is ook het geval in een andere zaak, dan kunnen deze onder dezelfde noemer geplaatst worden.

Verder is het van belang of de werkgever ook benoemd dat de gedraging van de werknemer ernstig verwijtbaar is naar zijn mening. Het is hier de vraag of het voor de rechter uitmaakt of de werkgever aangeeft dat de gedraging of het nalaten ernstig verwijtbaar is voordat hij deze zal toetsen.

Ook dient het vermeende ernstige verwijtbare handelen of nalaten van de werknemer voldoende gemotiveerd te zijn. De rechter kan oordelen over datgene dat hem bekend word gemaakt. Met dit topic zal worden bekeken of het motiveren van het ernstige verwijtbare handelen of nalaten van belang is voor het al dan niet toewijzen van de transitievergoeding.

Daarnaast dient er gekeken te worden of het handelen of nalaten van de werknemer valt onder een van de voorbeelden welke zijn genoemd in de Memorie van Toelichting van de WWZ. De voorbeelden uit de Memorie van Toelichting zijn de enige voorbeelden die de wetgever aan de rechter heeft gegeven om de beoordeling te maken of het handelen of nalaten van de werknemer gezien kan worden als ernstig verwijtbaar.

Vervolgens is het van belang om te kijken of er sprake is van recidive, oftewel is de werknemer eerder gewaarschuwd hiervoor? Dit zou de verwijtbaarheid ernstiger kunnen maken omdat de werknemer dan al weet uit eerdere ervaringen dat het handelen of nalaten niet op prijs wordt gesteld. Ook blijkt, zoals is aangegeven in Hoofdstuk 2.2 dat wanneer het een structureel probleem is, de rechter eerder geneigd is de gedraging als ernstig verwijtbaar te bestempelen.

Ook worden de zaken via de topiclijst getoetst aan het feit of er een ontbinding door de werkgever wordt gevorderd of dat de werknemer eerst een ontslag op staande voet heeft gehad. Het kan zo zijn dat wanneer een gedraging door de werkgever als zodanig ernstig wordt beschouwd, hij de werknemer op staande voet ontslaat. Met deze topics zal duidelijk worden of het uitmaakt voor de beoordeling van de rechter aangaande het al dan niet toekennen van de transitievergoeding of de werknemer eerst op staande voet is ontslagen of dat er een ontbindingsverzoek van de werkgever komt.

Er wordt dan uiteraard ook gekeken naar het feit of het ontbindingsverzoek of ontslag op staande voet gegrond wordt geacht door de rechter. Het kan zo zijn dat wanneer het ontbindingsverzoek of het ontslag op staande voet ongegrond is geacht, dat dit van invloed is voor het bepalen van de rechter om de transitievergoeding toe te wijzen.

Vervolgens wordt gekeken wat de lengte van het dienstverband is van de werknemer. In de Memorie van Toelichting wordt aangegeven dat de rechter de transitievergoeding toch (gedeeltelijk) kan toekennen bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Dit is dan het geval wanneer een werknemer na een lang dienstverband een keer in de fout gaat. Hieruit kan worden opgemaakt dat de lengte van het dienstverband wellicht van belang is voor de beslissing van de rechter.

Dit geldt ook voor de leeftijd van de werknemer. De transitievergoeding dient ervoor om de transitie naar een nieuwe baan te vergemakkelijken. Oudere mensen hebben in principe meer moeite met het vinden van een nieuwe baan. Dit zou invloed kunnen hebben op de beslissing van de rechter en wordt daarom meegenomen in de topiclijst.

Verder wordt er nog onderscheid gemaakt tussen het handelen van de werknemer en het nalaten van de werknemer. Deze twee topics zijn ook in de lijst opgenomen om na te gaan of er een verschil zichtbaar is bij de beslissing van de rechter hieromtrent.

Ook wordt er gekeken naar het feit of het handelen of nalaten verwijtbaar is. Immers kan een handelen of nalaten dat niet verwijtbaar is ook niet ernstig verwijtbaar zijn. Daarnaast dient het handelen of nalaten ernstig te zijn. Het kan voorkomen dat wanneer het handelen of nalaten ernstig verwijtbaar is, dat de rechter toch een transitievergoeding toekent. Om deze reden dient via de topiclijst te worden aangegeven of de gedraging ernstig verwijtbaar is.

Het kan ook zo zijn dat er een voorziening, die gelijkwaardig is aan de transitievergoeding, is opgenomen in de betreffende cao. Wanneer dit het geval is kan de rechter afwijken van de wettelijke regeling voor de transitievergoeding. Of deze voorziening uit de cao ook geld wanneer er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen kan niet worden bepaald in dit onderzoek. Om dit te weten te komen dient er in de verschillende cao’s gekeken te worden over de voorwaarden van de voorziening. Het is daarom wel van belang om te bepalen of er een voorziening, die gelijkwaardig is aan de transitievergoeding, is opgenomen in de betreffende cao omdat hierdoor de rechter kan afwijken van de procedure.

Vervolgens kan het zo zijn dat wanneer het handelen of nalaten van de werknemer ernstig verwijtbaar is, dat de rechter alsnog kan beslissen dat de werknemer de transitievergoeding toegewezen krijgt. Dit is het geval wanneer het niet toekennen van de transitievergoeding onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Dit is, volgens de wetgever, een hoge drempel. Het is daarom van belang om naast de bepaling van de rechter of het handelen of nalaten van de werknemer ernstig verwijtbaar is, ook te kijken naar het feit of het niet toekennen van de transitievergoeding onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

Tot slot dient er aangegeven te worden op de topiclijst of de rechter de transitievergoeding toekent aan de werknemer. Zo kunnen de zaken met elkaar worden vergeleken en kunnen er conclusies worden getrokken.

*Tabel 1: Topiclijst*

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Topics** |
| 1. | Feit |
| 2. | Feit is volgens werkgever ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer |
| 3. | Feit is voldoende gemotiveerd door werkgever |
| 4. | Feit is een misdrijf van werknemer |
| 5. | Feit is geen motivatie werknemer. Niet komen opdagen, te laat komen |
| 6. | Werknemer heeft vertrouwen werkgever geschaad |
| 7. | Werknemer heeft de gedragsregels van de werkgever niet nageleefd |
| 8. | Werknemer is eerder gewaarschuwd |
| 9. | Ontbinding door werkgever |
| 10. | Ontslag op staande voet |
| 11. | Ontbinding of ontslag gegrond |
| 12. | Lengte dienstverband |
| 13. | Leeftijd werknemer |
| 14. | Is het handelen van de werknemer |
| 15. | Is het nalaten van de werknemer |
| 16. | Is het handelen of nalaten van de werknemer verwijtbaar? |
| 17. | Is het verwijtbare handelen of nalaten van de werknemer ernstig? |
| 18. | Voorziening gelijkwaardig aan transitievergoeding in cao |
| 19. | Is het niet toekennen van de transitievergoeding aanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid? |
| 20. | Toekenning transitievergoeding |

### 3.1.2 Toewijzing transitievergoeding onderzochte zaken

Van elk der 32 onderzochte jurisprudentiezaken is de topiclijst uit Tabel 1 ingevuld. Deze ingevulde topiclijsten bevinden zich in Bijlage II. Als eerste is er een onderscheid gemaakt op de vraag in welke zaken de transitievergoeding wel is toegewezen aan de werknemer en in welke zaken er geen transitievergoeding is toegewezen aan de werknemer. Wanneer de transitievergoeding wel is toegewezen, is er geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer. Wanneer de transitievergoeding niet is toegewezen, is er wel sprake van ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer. In een enkel zeldzaam geval is de transitievergoeding verschuldigd wanneer er wel sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer. Tabel 2 geeft de resultaten weer van dit onderscheid.

*Tabel 2: toewijzing transitievergoeding*

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  |  | **Zaken** **(zie Bijlage I)** | **Totaal** |
| **1.** | Transitievergoeding toegewezen | 2, 4, 6, 7, 10, 11, 13, 14, 15, 17, 19, 23, 26, 27, 30, 31, 32. | 17 gevallen |
| **2.** | Transitievergoeding niet toegewezen wegens ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer | 3, 5, 8, 9, 12, 16, 20, 22, 24, 28, 29, 33, 34, 36. | 14 gevallen |
| **3.** | Transitievergoeding toegewezen en ook sprake van ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer | 1. | 1 geval |
| **4.** | Zaken waarin de transitievergoeding en het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer niet voorkomt. | 18, 21, 25, 35. | 4 gevallen |

## 3.2 Bevindingen

Zoals uit Tabel 2 kan worden opgemaakt is er in 17 van de 32 gevallen de transitievergoeding aan de werknemer toegewezen. Dit betekent dat in deze zaken de werknemer niet ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. In 14 gevallen is het handelen of nalaten van de werknemer wel ernstig verwijtbaar en wordt er geen transitievergoeding toegekend. In een enkel geval is er wel degelijk sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, maar beslist de rechter dat deze toch recht heeft op een transitievergoeding. Uit deze cijfers blijkt dat het niet toewijzen van de transitievergoeding wegens ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer niet een zeldzaam fenomeen is en dat dit geregeld voorkomt. De cijfers uit Tabel 2 geven verder geen verdiepende informatie. De verdiepende informatie komt voort uit de ingevulde topiclijsten en zal worden besproken in Hoofdstuk 4.

### 3.2.1 Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer

In Tabel 3 is te zien dat van de 14 zaken waarin er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, er in 10 gevallen letterlijk sprake is van een voorbeeld van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer zoals is terug te vinden in de Memorie van Toelichting van de WWZ[[26]](#footnote-26). In de andere vier gevallen is er sprake van het feit dat de werknemer het vertrouwen van de werkgever ernstig schaadt. Dit valt in dezelfde lijn als de voorbeelden uit de wetsgeschiedenis.

In de hierboven genoemde alinea komt naar voren dat in elk onderzocht geval, waar er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, er een directe link is met de voorbeelden die de wetgever heeft aangedragen in de Memorie van Toelichting van de WWZ.

*Tabel 3: Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Zaak (zie Bijlage I)** | **Gedraging is voorbeeld uit de wetsgeschiedenis** | **Vertrouwen van werkgever is ernstig geschaad** |
| 3. | X |  |
| 5. | X |  |
| 8. | X |  |
| 9. | X |  |
| 12. |  | X |
| 16. | X |  |
| 20. | X |  |
| 22. | X |  |
| 24. | X |  |
| 28. |  | X |
| 29. |  | X |
| 33. | X |  |
| 34. | X |  |
| 36. |  | X |

### 3.2.2 Geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer

Tabel 4 geeft globaal weer welke redenen er zijn waardoor de rechter bepaalt dat er geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten en dat de transitievergoeding wordt toegewezen.

Uit Tabel 4 blijkt dat van de 17 zaken waarin er volgens de rechter geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen, de rechter in zeven zaken verwijst naar de voorbeelden uit de wetsgeschiedenis en aangeeft dat de gedragingen niet in een lijn vallen met deze voorbeelden. In drie van deze zaken oordeelt de rechter dat de werkgever onvoldoende heeft aangevoerd dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer. In drie zaken beoordeelt de rechter dat er sprake is van ofwel onmacht of dat de gedraging niet bewust is. Drie zaken hebben betrekking op een gedraging die niet ernstig genoeg is zodat het niet toewijzen van de transitievergoeding niet rechtvaardig is. Verder is er één zaak waarbij er sprake is van een arbeidsconflict en waarbij de werkgever iets eist wat niet van de werknemer gevraagd kan worden.

In de zaken waarin er geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer lopen de redenen veel meer uiteen. In ongeveer de helft van de onderzochte zaken toetst de rechter de gedragingen aan de voorbeelden die de wetgever heeft aangedragen in de Memorie van Toelichting van de WWZ.

*Tabel 4: redenen wanneer geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten volgens de rechter*

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Zaak (zie Bijlage I)** | **Gedraging niet in lijn met voorbeelden MvT** | **Werkgever voert ernstig verwijtbaar handelen onvoldoende aan** | **Onmacht of niet bewust van gedraging** | **Gedraging niet ernstig genoeg** | **Onredelijke eis werkgever** |  |
| 2. |  | X |  |  |  |  |
| 4. | X |  |  |  |  |  |
| 6. | X |  |  |  |  |  |
| 7. | X |  |  |  |  |  |
| 10. |  |  | X |  |  |  |
| 11. |  | X |  |  |  |  |
| 13. |  |  |  | X |  |  |
| 14. | X |  |  |  |  |  |
| 15. |  |  | X |  |  |  |
| 17. | X |  |  |  |  |  |
| 19. |  |  |  | X |  |  |
| 23. |  | X |  |  |  |  |
| 26. |  |  |  |  | X |  |
| 27. |  |  |  | X |  |  |
| 30. |  |  | X |  |  |  |
| 31. | X |  |  |  |  |  |
| 32. | X |  |  |  |  |  |

# 4. Resultaten

Na het bestuderen van de bevindingen die voortvloeien uit de ingevulde topiclijsten kunnen meerdere conclusies getrokken worden voor verschillende situaties. In dit hoofdstuk worden de bevindingen uit het vorige hoofdstuk nader toegelicht.

## 4.1 Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer

In het vorige hoofdstuk is besproken dat er in 14 van de 32 onderzochte zaken sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Tabel 3 geeft aan dat in al deze gevallen er sprake is van een ernstige vertrouwensbreuk, hetzij enerzijds doordat de gedraging overeenkomt met de voorbeelden uit de Memorie van Toelichting van de WWZ, hetzij anderzijds doordat de gedraging op zichzelf een ernstige vertrouwensbreuk oplevert.

### 4.1.1 Gedraging is een voorbeeld uit de Memorie van Toelichting

Van de 14 gevallen waarin er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, is er in tien zaken sprake van een gedraging die als voorbeeld staat gegeven in de Memorie van Toelichting van de WWZ. Dit resultaat laat zien dat de voorbeelden die de wetgever heeft gegeven primaire leidraad zijn voor de rechtbank om te oordelen of het handelen of nalaten van een werknemer ernstig verwijtbaar is krachtens de WWZ.

### 4.1.2 Vertrouwen van werkgever is ernstig geschaad

Van de 14 gevallen waarin er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, is er in vier zaken sprake van een gedraging waardoor het vertrouwen van de werkgever ernstig is geschaad. Deze gedragingen zijn in dezelfde lijn te zien als de voorbeelden die zijn gegeven in de Memorie van Toelichting van de WWZ.

In zaak nummer 12 heeft een werknemer zich structureel niet gehouden aan het naleven van gedragsregels en richtlijnen van de werkgever die dienden ter voorkoming van integriteitschendingen en onrechtmatig handelen. De werkgever wijst de werknemers hier veelvuldig op. De rechter oordeelt dat hier sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer.

In zaak nummer 28 heeft een werknemer, terwijl dit niet haar taak was, uitgaande post geopend en gelezen waarna de post in een andere envelop is gedaan en is verzonden. De rechter oordeelt dat het vertrouwen ernstig is geschaad doordat de werknemer welbewust vertrouwelijke, niet voor haar bestemde post heeft geopend met het doel hiervan kennis te nemen, terwijl haar taak was om de gesloten enveloppen te versturen. Werkgevers moeten erop kunnen vertrouwen dat hun werknemers eerlijk en integer handelen. Deze gedraging valt daarom te zien als ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer.

In zaak nummer 29 heeft een werknemer herhaaldelijk de urenlijst onjuist ingevuld, terwijl hij hiervoor al eerder is gewaarschuwd. De rechter oordeelt dat in dit geval er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer.

In zaak nummer 36 heeft de werknemer zich bediend van een valse identiteit en heeft zij gelogen over haar opleiding en werkervaring om door de werkgever in dienst te worden genomen. De rechter oordeelt dat er in dit geval sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer omdat de vertrouwensrelatie tussen de partijen door toedoen van de werknemer onherstelbaar is beschadigt. De oorzaak hiervan is dat de werknemer foutieve informatie heeft verstrekt over haar naam en overige persoonlijke gegevens.

In alle vier van de hierboven genoemde zaken is er sprake van een ernstige vertrouwensbreuk die tot stand is gekomen door het handelen of nalaten van de werknemer. Als de werknemer dan ook eerder is gewaarschuwd voor dit gedrag, dan maakt dit de gedraging bij recidive ernstig verwijtbaar.

## 4.2 Geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer

In het vorige hoofdstuk is besproken dat er in 17 van de 32 onderzochte zaken geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. De redenen zoals genoemd in Tabel 4 worden in de volgende sub-paragrafen verder uitgelegd.

### 4.2.1 Gedraging niet in lijn met voorbeelden Memorie van Toelichting

Zoals kan worden gezien in Tabel 4, is er in zeven van de onderzochte zaken door de rechter bepaald dat de gedraging niet in lijn is met de voorbeelden die de wetgever aandraagt in de Memorie van Toelichting van de WWZ. Uit deze zaken kan de conclusie getrokken worden dat wanneer de rechter zich ontfermd over de vraag of er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, hij de situatie direct vergelijkt met de voorbeelden die de wetgever aandraagt in de Memorie van Toelichting van de WWZ. Dit is geen letterlijke overname van de precieze voorbeelden. De rechter geeft aan of de situatie in dezelfde lijn is als deze voorbeelden. Uit deze zaken blijkt dat de Memorie van Toelichting van de WWZ een zeer belangrijk document en ook een handvat is voor de rechter om te beslissen wanneer er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.

### 4.2.2 Werkgever voert ernstig verwijtbaar handelen of nalaten onvoldoende aan

Uit de onderzochte zaken blijkt dat voor het toewijzen van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, het van belang is dat de werkgever de gedraging van de werknemer duidelijk en voldoende moet toelichten. Uit deze zaken kan de conclusie getrokken worden dat de gedraging die niet voldoende is aangevoerd, niet beoordeeld kan worden door de rechter. Immers, wat de rechter niet weet, kan hij ook niet beoordelen.

In zaak nummer 2 is de werknemer, ondanks meerdere verzoeken daartoe, meermalen niet op haar werk verschenen. Het ontslag wordt hierdoor toegekend, maar de werkgever heeft niet, althans onvoldoende gesteld en onderbouwd dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.

### 4.2.3 Onmacht of niet bewust van gedraging

Uit een drietal zaken komt naar voren dat het handelen of nalaten van een werknemer niet wordt gezien als ernstig verwijtbaar wanneer er sprake is van onmacht, het niet toe te rekenen is of dat de werknemer zich niet bewust is van de gedraging.

In zaak nummer 15 is er sprake van een werknemer die zich schuldig heeft gemaakt aan diefstal van alcohol. Diefstal is een van de voorbeelden die genoemd is door de wetgever in de Memorie van Toelichting van de WWZ. Op basis hiervan zou de lijn der verwachting zijn dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer. Echter, omdat het kan zijn dat de werknemer een alcoholprobleem heeft, oordeelt de rechter in deze zaak dat het moeilijker is om ernstig verwijtbaar te zijn wanneer er sprake is van een alcoholprobleem. Dit heeft volgens de rechter te maken met het feit of de gedraging de werknemer valt toe te rekenen. In feite is de werknemer dan ontoerekeningsvatbaar. In het strafrecht wordt de term ontoerekeningsvatbaar veelvuldig gebruikt. De verwijtbaarheid ontbreekt bij een persoon die ontoerekeningsvatbaar is.[[27]](#footnote-27) Wanneer de verwijtbaarheid wordt weggenomen en dus ontbreekt, kan de werknemer ook niet ernstig verwijtbaar handelen of nalaten.

In zaak nummer 30 oordeelt de rechter dat ondanks dat de werknemer vaker is gewaarschuwd, het onvoldoende is gebleken dat de werknemer welbewust op grensoverschrijdend gedrag dan wel frustratie van het werkproces of de verhouding met collega’s uit was. Door het hiervoor genoemde oordeelt de rechter dat er geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer. Dit betekent dat wanneer de werknemer niet welbewust op grensoverschrijdend gedrag uit was, hij niet ernstig verwijtbaar heeft gehandeld.

In zaak nummer 10 oordeelt de rechter dat er niet vast is komen te staan dat er sprake is van onwil van de werknemer, maar dat er mogelijk sprake is van onmacht voor de werknemer om zijn houding en gedrag aan te passen. Dit maakt zijn handelen wel verwijtbaar volgens de rechter maar niet ernstig verwijtbaar. Hieruit kan worden geconcludeerd dat wanneer het handelen of nalaten van de werknemer voortvloeit uit het feit dat de werknemer zijn houding en gedrag niet kan aanpassen door onmacht, hij ook niet ernstig verwijtbaar is, en recht heeft op een transitievergoeding.

In deze zaken komt naar voren dat wanneer een werknemer niet bewust kwaadwillend een bepaalde gedraging doet, deze gedraging niet kan worden gezien als ernstig verwijtbaar. Er kan dus geconcludeerd worden dat er bepaalde uitsluitingsgronden zijn voor het ernstig verwijtbare handelen of nalaten van de werknemer.

### 4.2.4 Gedraging niet ernstig genoeg

Uit weer een drietal zaken komt naar voren dat de gedragingen niet ernstig genoeg zijn om als ernstig verwijtbaar te worden bestempeld. In deze zaken oordeelt de rechter dat de werknemer te zwaar gestraft zou worden als hij naast het kwijtraken van zijn baan ook geen transitievergoeding zou ontvangen.

In zaak nummer 13 is een werknemer van een kinderdagverblijf een kind vergeten in de auto bij een buitentemperatuur van 30 graden. Het kind is na anderhalf uur uit de auto gehaald. De werknemer is zelf ook zeer erg geschrokken, er was geen enkele vorm van opzet in het spel en de werknemer heeft tot het incident ruim 3 jaar goed gefunctioneerd. Mede door het voornoemde heeft de rechter geoordeeld dat er geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer. In deze zaak wordt er dus geoordeeld dat omdat er geen sprake is van opzet, de werknemer zelf ook erg geschrokken is en dat de werknemer tot het incident ruim 3 jaar goed heeft gefunctioneerd, de gedraging niet ernstig verwijtbaar is.

In zaak nummer 19 heeft een werknemer een aankoop gedaan voor het bedrijf voor € 1.900,- zonder overleg. De werknemer heeft achteraf ook nog aangeboden aan de werkgever om het bedrag zelf te betalen, dit aanbod heeft de werkgever afgeslagen. De rechter heeft hierdoor geoordeeld dat de gedraging niet ernstig genoeg is om het te bestempelen als ernstig verwijtbaar.

In zaak nummer 27 heeft een werknemer geld van zijn werkgever gebruikt voor het betalen van een verjaardagscadeau aan zijn dochter. Het is niet vast komen te staan dat de werknemer de intentie had om het geld voor zichzelf te behouden. Omdat de werknemer het geld later weer wilde terugstorten en omdat er de laatste 12 jaar geen soortgelijke gedragingen hebben plaatsgevonden, oordeelt de rechter dat de gedraging niet erg genoeg is om te worden bestempeld als ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.

In deze zaken is ook de intentie van de werknemer van belang. Wanneer de werknemer geen foute of ernstige intenties heeft en ook een goede staat van dienst heeft bij de werkgever, dan geeft de rechter minder snel het oordeel dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.

### 4.2.5 Onredelijke eis werkgever

In zaak nummer 26 komt een werknemer haar re-integratieverplichtingen niet na, zelfs na een loonstop en deskundigenoordeel. Dit is een van de voorbeelden die genoemd wordt in de Memorie van Toelichting van de WWZ en dus zou de logische gedachte zijn dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Echter, de rechter oordeelt dat er sprake is van een arbeidsconflict en dat dit conflict niet geheel los gezien kan worden van de discussie tussen partijen over vooral het werken op vrijdag. Omdat dit een eis betreft die de werkgever niet in redelijkheid kan verlangen van de werknemer, is er geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.

Uit deze zaak kan geconcludeerd worden dat wanneer de gedraging van de werknemer voortvloeit uit een eis van de werkgever die als onredelijk kan worden gezien, er geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.

## 4.3 Ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer met toewijzing van de transitievergoeding

In een enkel geval van de 32 onderzochte zaken kwam het voor dat er sprake was van ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer en dat deze werknemer toch de transitievergoeding kreeg toegewezen. Dit heeft, zoals is vermeld in Hoofdstuk 2, te maken met het feit dat het niet toewijzen van de transitievergoeding onaanvaardbaar zou zijn naar maatstaven van de redelijkheid en de billijkheid.

In zaak nummer 1 heeft een werknemer, die werkzaam is als docent havo, op de vooravond van een toets afname een leerlinge via social media de antwoorden verschaft van deze toets. De rechter oordeelt in dit geval dat het vertrouwen van de werkgever ernstig is geschonden door de werknemer en dat er om die reden sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer. Echter, kent de rechter wel de transitievergoeding toe aan de werknemer. De reden hiervoor is dat de gedraging van de docent een relatief kleine misstap is na een heel lang dienstverband van bijna 10 jaar. Het handelen van de docent is voortgekomen uit een te grote betrokkenheid met de betreffende leerlinge. De werknemer heeft zichzelf financieel of anderszins niet bevoordeeld en van enig strafbaar feit is ook niet gebleken. De rechter geeft aan dat wanneer er geen transitievergoeding zou worden toegekend, dat de dat de werknemer voor zijn eenmalige, grote misstap te veel gestraft zou worden.

# 5. Conclusie

In dit hoofdstuk zal er antwoord gegeven worden op de centrale vraag, welke is terug te vinden in Hoofdstuk 1.4, door middel van de antwoorden die zijn verkregen door het beantwoorden van de deelvragen.

Door de invoering van de Wet werk en zekerheid is het Nederlandse ontslagrecht aanzienlijk veranderd. De meest belangrijke verandering is de invoering van de transitievergoeding. Door de invoering van de transitievergoeding is er een vaste vergoeding voor werknemers die worden ontslagen, of waarvan de arbeidsovereenkomst niet wordt verlengd. Dit betekent dat de veel gebruikte kantonrechtersformule is verdwenen en dat gelijke gevallen gelijk behandeld worden.

De transitievergoeding is in beginsel altijd verschuldigd en is afdwingbaar bij wet. Echter, de wet kent een drietal uitzonderingen wanneer de transitievergoeding niet is verschuldigd. Dit is het geval wanneer de werknemer de leeftijd van 18 jaar nog niet heeft bereikt en het verrichte arbeid ten hoogste 12 uur per week bedraagt, het niet doorzetten van de arbeidsovereenkomst geschied in verband met het bereiken van de pensioenleeftijd of wanneer het niet doorzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.

De hoogte van de transitievergoeding is wettelijk gemaximeerd op € 76.000,- of is gelijk aan een jaarsalaris, wanneer deze hoger is dan de € 76.000,-. De werkgever kan in bepaalde gevallen gemaakte kosten van de transitievergoeding aftrekken. De kosten die hiervan kunnen worden afgetrokken zijn kosten die de werkgever heeft gemaakt om de periode van werkloosheid van een werknemer te voorkomen of te verkorten. Ook de kosten die de werkgever maakt om de werknemer breder inzetbaar te maken voor de arbeidsmarkt kunnen in mindering worden gebracht op de transitievergoeding.

In dit onderzoek is er dieper ingegaan op het begrip ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. De wet geeft geen omschrijving van het begrip ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. De wetgever heeft in de Memorie van Toelichting van de WWZ een aantal voorbeelden gegeven van situaties waarin sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Deze voorbeelden zijn als volgt:

* de situatie waarin de werknemer zich schuldig maakt aan diefstal, verduistering, bedrog of andere misdrijven, waardoor hij 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;
* de situatie waarin de werknemer controlevoorschriften bij ziekte herhaaldelijk, ook na toepassing van loonopschorting, niet naleeft en hiervoor geen gegronde reden bestaat;
* 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.

Ook de literatuur geeft geen duidelijke omschrijving van het begrip ernstig verwijtbaar handelen. In de onderzochte literatuur wordt er aangegeven dat doordat de WWZ nog betrekkelijk nieuw is, de interpretatie van de rechter hiervan nog moet worden onderzocht. Wel verwijst de literatuur keer op keer naar de voorbeelden welke zijn gegeven door de wetgever in de Memorie van Toelichting van de WWZ.

Voor dit onderzoek is een jurisprudentieonderzoek uitgevoerd om erachter te komen onder welke feiten en omstandigheden er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Uit dit jurisprudentieonderzoek komt naar voren dat de rechter veelal verwijst naar de Memorie van Toelichting van de WWZ en dat de rechter dicht bij de uitleg van de wetgever blijft met zijn beslissingen.

Om te beoordelen of er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, stelt de rechter vast of de gedraging voorkomt in de voorbeelden uit de Memorie van Toelichting. Wanneer dit wel het geval is dan is er sprake van een ernstig verwijtbare gedraging, tenzij er sprake is van bijvoorbeeld onmacht van de werknemer of wanneer de gedraging niet valt toe te rekenen aan de werknemer. Wanneer er geen sprake is van een gedraging die direct genoemd staat in de Memorie van Toelichting van de WWZ, dan wordt er gekeken of het feit in een lijn kan worden gezien met de voorbeelden. Dit houdt in dat er een ernstige schending moet zijn van het vertrouwen van de werkgever. Uit het onderzoek blijkt dat dit het geval is wanneer werknemers niet eerlijk en integer handelen, herhaaldelijk zich niet aan de regels houden terwijl zij de regels kennen en wanneer zij liegen om aangenomen te worden.

Uit het onderzoek komt ook naar voren dat werkgevers de gedraging, die zij als ernstig verwijtbaar bestempelen, voldoende moeten motiveren. Dit voorkomt dat de rechter te weinig informatie heeft om de gedraging als ernstig verwijtbaar te bestempelen. Ook kan het zo zijn dat de gedraging weliswaar is aan te merken als ernstig verwijtbaar, maar dat de transitievergoeding toch wordt toegekend omdat het niet toekennen van de transitievergoeding onaanvaardbaar zou zijn volgens redelijkheid en billijkheid. Verder kan het zo zijn dat de gedraging ernstig verwijtbaar is, maar dat deze gedraging voortvloeit uit een onredelijke eis van de werkgever. In dit laatste geval wordt de transitievergoeding alsnog toegekend aan de werknemer.

Tot slot wordt een gedraging minder snel gekwalificeerd als ernstig verwijtbaar wanneer de werknemer een goede staat van dienst heeft in de jaren dat hij werkzaam is bij de werkgever en de gedraging een eerste keer is dat de werknemer zo in de fout gaat.

# 6. Aanbevelingen

Dit hoofdstuk zal de aanbevelingen weergeven die gedaan kunnen worden naar aanleiding van het uitgevoerde onderzoek.

Het belangrijkste voor Berlinger Advocaten is dat zij de situatie van de klant helder moeten hebben. Om deze situatieschets te kunnen maken dient Berlinger Advocaten zich bekend te maken met de situatie die zich voordoet tussen de klant en de werknemer. Om dit te doen dient Berlinger Advocaten, indien beschikbaar, het dossier van de werknemer te bestuderen.

Middels de situatieschets die de klant geeft alsmede het werknemersdossier krijgt Berlinger Advocaten een overzicht van de situatie. Deze situatie dient vervolgens beoordeeld te worden door middel van het beroepsproduct, de flowchart, welke is weergegeven in Hoofdstuk 7.

De voornoemde flowchart behandeld elk geval van vermeend ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer stap voor stap. Er wordt eerst beoordeeld of de gedraging overeenkomt met een van de voorbeelden, welke genoemd worden in de Memorie van Toelichting van de WWZ, dan wel het vertrouwen van de werkgever ernstig schaadt conform de voorbeelden uit de onderzochte jurisprudentie. Indien dit het geval is, dan wordt er verder gegaan naar de volgende stap.

In de tweede stap wordt beoordeeld of het niet toekennen van de transitievergoeding onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Hierbij is ook een voorbeeld weergegeven uit de onderzochte jurisprudentie. Wanneer dit niet het geval is, gaan we naar stap 3.

In stap 3 wordt beoordeeld of er sprake is van een zogenaamde uitsluitingsgrond in de vorm van ontoerekeningsvatbaarheid, onmacht of een onbewuste gedraging. Ook hiervan worden voorbeelden uit de onderzochte jurisprudentie aangehaald. Als hier ook geen sprake van is, gaan we naar de laatste stap.

In de laatste stap wordt beoordeeld of de gedraging voortvloeit uit een onredelijke eis van de werkgever. Wederom wordt er een voorbeeld gegeven uit de jurisprudentie wanneer dit het geval is. Als hier geen sprake van is en de hele flowchart is doorgelopen, dan kan de werkgever er van uit gaan dat het handelen of nalaten van de werknemer ernstig verwijtbaar is, en dat de werkgever de werknemer geen transitievergoeding is verschuldigd.

Indien blijkt dat de gedraging niet voorkomt in de voorbeelden van de Memorie van Toelichting van de WWZ en de gedraging ook niet het vertrouwen ernstig schaadt van de werkgever, conform de onderzochte jurisprudentie, dan mag er van uit gegaan worden dat er geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer en dient de werkgever rekening te houden met het betalen van de transitievergoeding aan de werknemer.

Wanneer er sprake is van een situatie zoals besproken in de voornoemde stappen 2, 3 en 4, dan is er sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Echter, dient de werkgever toch rekening te houden met het feit dat hij alsnog de transitievergoeding verschuldigd is aan de werknemer.

Het beroepsproduct dient te worden gebruikt door Belinger Advocaten om een zo goed mogelijk advies te geven aan hun klanten. Het doorlopen van de flowchart en de uitkomsten daarvan bieden inzicht in wat de klant kan verwachten gebaseerd op eerdere situaties. De uitkomsten bieden geen zekerheid in wat de rechter beslist. De onderzochte jurisprudentie kan als bron dienen voor Berlinger Advocaten in de zaken van hun klanten.

# 7. Beroepsproduct

Dit hoofdstuk bevat het beroepsproduct, welke het resultaat is van het onderzoek, die in de praktijk gebruikt kan worden. De bedoeling is dat het beroepsproduct, in de vorm van een flowchart, gebruikt wordt door Berlinger Advocaten om te kunnen beoordelen of haar klanten een transitievergoeding aan de werknemer dienen te betalen wanneer deze vermeend ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of heeft nagelaten.

## 7.1 Uitleg flowchart

Als eerste zal het vermeende ernstig verwijtbare handelen of nalaten van de werknemer moeten worden geïdentificeerd. Er dient dan ook gekeken te worden of de gedraging een van de voorbeelden is die de wetgever noemt in de Memorie van Toelichting van de WWZ.

Wanneer de gedraging niet een van de voorbeelden betreft van de wetgever, dan dient er te worden gekeken of de gedraging in een lijn kan worden gezien met de voorbeelden uit de Memorie van Toelichting. Dit betekent dat er wordt gekeken naar het feit of de gedraging een ernstige schending van het vertrouwen van de werkgever betreft. Hierbij kan gedacht worden aan het zich structureel niet houden aan gedragsregels en richtlijnen terwijl deze wel bekend zijn bij de werknemer, het niet eerlijk en integer handelen van de werknemer, het herhaaldelijk en onjuist invullen van urenlijsten ondanks waarschuwingen alsmede het liegen om de betreffende baan te bemachtigen. Hierbij geldt dat er eerder sprake is van ernstig verwijtbaar handelen wanneer dit herhaaldelijk is voorgekomen en de werknemer er al voor is gewaarschuwd. Wanneer dit het geval is dan wordt de gedraging als ernstig verwijtbaar bestempeld en heeft de werknemer in beginsel geen recht op de transitievergoeding.

Indien de gedraging een van de voorbeelden is die de wetgever noemt in de Memorie van Toelichting van de WWZ, dan is de gedraging ernstig verwijtbaar en heeft de werknemer in beginsel geen recht op de transitievergoeding.

Er bestaan uitzonderingen wanneer de werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld, en hij toch recht heeft op een transitievergoeding. Dit is het geval wanneer het niet toekennen van de transitievergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Dit is het geval wanneer een werknemer in een zeer lang dienstverband een relatief kleine misstap begaat. In de praktijk komt dit voor wanneer de gedraging van de werknemer is voortgekomen uit een te grote betrokkenheid en hij zichzelf financieel of anderszins niet bevoordeeld en er geen sprake is van een strafbaar feit. Ook kan de transitievergoeding worden toegewezen wanneer de ernstig verwijtbare gedraging van de werknemer voortvloeit uit onmacht, ontoerekeningsvatbaarheid door bijvoorbeeld een verslaving of dat de gedraging onbewust is.

Tot slot kan de werknemer ernstig verwijtbaar gehandeld of nagelaten hebben door een onredelijke eis van de werkgever. Ook in dit geval heeft de werknemer dan toch recht op de transitievergoeding. De rechtspraak heeft het volgende voorbeeld hierover. Een werknemer heeft met de werkgever besproken dat de werknemer niet kan werken op vrijdagen in verband met het feit dat zij geen geld heeft voor een oppas voor haar kinderen. Nu raakt zij ziek en volgt een re-integratie plan waarin staat dat zij het werk dient te hervatten op vrijdagen. Zij heeft eerder afgesproken dat zij niet kan op vrijdagen en komt herhaaldelijk dan ook niet opdagen ondanks loonopschorting. Dit is te zien als een ernstig verwijtbare handeling. Echter komt deze gedraging tot stand door een onredelijke eis van de werkgever, die haar namelijk op vrijdag wilt laten werken, terwijl hij weet dat zij dan niet kan. In dit geval heeft de werknemer alsnog een transitievergoeding toegewezen gekregen.

Bijkomende zaken waarbij rekening moet worden gehouden is dat de werkgever de ernstig verwijtbare gedraging voldoende dient te motiveren. De werkgever dient de rechter voldoende bewijs te geven om de gedraging te kunnen classificeren als ernstig verwijtbaar.

## 7.2 Flowchart



\* Voorbeelden uit de MvT:

* De situatie waarin de werknemer zich schuldig maakt aan diefstal, verduistering, bedrog of andere misdrijven, waardoor hij 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;
* de situatie waarin de werknemer controlevoorschriften bij ziekte herhaaldelijk, ook na toepassing van loonopschorting, niet naleeft en hiervoor geen gegronde reden bestaat;
* 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.

\*\* Voorbeelden ernstige schending vertrouwen werkgever:

(Bijlage I zaak nummers 12, 28, 29 en 36)

* Het niet eerlijk en integer handelen van de werknemer;
* het herhaaldelijk zich niet aan de regels houden terwijl zij de regels wel kennen;
* wanneer de werknemer liegt over belangrijke dingen als zijnde opleidingsniveau om een bepaalde functie/baan te verkrijgen.

\*\*\* Voorbeeld wanneer het niet toekennen van de transitievergoeding onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid:

(Bijlage I zaak nummer 1)

* De werknemer heeft zichzelf financieel of anderszins niet bevoordeeld en er is ook geen sprake van enig strafbaar feit, terwijl de werknemer een lange (10 jaar) tijd een goede staat van dienst heeft.

\*\*\*\* Voorbeeld van onmacht, ontoerekeningsvatbaarheid en onbewuste gedraging:

(Bijlage I zaak nummers 10, 15 en 30)

* Onmacht: onmacht van de werknemer om zijn houding en gedrag aan te passen;
* ontoerekeningsvatbaarheid: een verslaving;
* onbewuste gedraging: werknemer was niet welbewust op grensoverschrijdend gedrag dan wel frustratie van het werkproces of de verhouding met collega’s uit.

\*\*\*\*\* Voorbeeld onredelijke eis werkgever:

(Bijlage I zaak nummer 26)

* De ernstig verwijtbare gedraging komt voort uit een eis die de werkgever aan de werknemer oplegt welke onredelijk is.

# Literatuurlijst

*R.M. Beltzer e.a. 2015, p. 34*

R.M. Beltzer, E.J.A. Franssen, N. Jansen, M.C.A. te Poel, K. Wiersma, Handboek Wet werk en zekerheid, SDU Uitgever 2015

*B.G.N. Gubbels,* [*www.wetrecht.nl/het-nieuwe-ontslagrecht*](http://www.wetrecht.nl/het-nieuwe-ontslagrecht)

B.G.N. Gubbels, <http://www.wetrecht.nl/het-nieuwe-ontslagrecht/>, Het nieuwe ontslagrecht

*M.A. Goldschmidt, Bb, 2014/41, p. 3*

M.A. Goldschmidt, Naar een nieuw ontslagrecht (5): van kantonrechtersformule naar transitievergoeding, Bedrijfsjuridische berichten, 2014/41, p. 3

*B. den Heeten,* [*www.dirkzwagerarbeidsecht.nl*](http://www.dirkzwagerarbeidsecht.nl)*, 5 mei 2014*

B. den Heeten, [www.dirkzwagerarbeidsrecht.nl/2014/05/05/ontslagrecht-eenvoudiger-dat-valt-nog-te-bezien-a/](http://www.dirkzwagerarbeidsrecht.nl/2014/05/05/ontslagrecht-eenvoudiger-dat-valt-nog-te-bezien-a/), 05 mei 2014, Ontslagrecht eenvoudiger? Dat valt nog te bezien…

*E. Knipschild,* [*www.mt.nl*](http://www.mt.nl)*, 6 december 2013*

E. Knipschild, [www.mt.nl/547/83148/arbeidsrecht/het-nieuwe-ontslagrecht-de-6-belangrijkste-wijzigingen.html](http://www.mt.nl/547/83148/arbeidsrecht/het-nieuwe-ontslagrecht-de-6-belangrijkste-wijzigingen.html), 06 dec 2013, Het nieuwe ontslagrecht: de 6 belangrijkste wijzigingen

*M.J. Kronenberg en B. de Wilde, 2010, p. 34*

M.J. Kronenberg en B. de Wilde, Grondtrekken van het Nederlandse strafrecht, Kluwer, Deventer, 2010

*M.J. Kronenberg en B. de Wilde, 2010, p. 35*

M.J. Kronenberg en B. de Wilde, Grondtrekken van het Nederlandse strafrecht, Kluwer, Deventer, 2010

*C.J. Loonstra en P.Th. Sick, TAP, 2014, nr. 1, p. 4*

C.J. Loonstra en mr. P.Th. Sick, Het Wetsvoorstel werk en zekerheid (33818) in vogelvlucht: dekt de vlag de lading?, Tijdschrift Arbeidsrecht Praktijk, 2014, nr. 1, p. 4

*C.J. Loonstra en P.Th. Sick, TAP, 2014, nr. 1, p. 5*

C.J. Loonstra en mr. P.Th. Sick, Het Wetsvoorstel werk en zekerheid (33818) in vogelvlucht: dekt de vlag de lading?, Tijdschrift Arbeidsrecht Praktijk, 2014, nr. 1, p. 5

*H.J.M. Richters, TRA 2015/47, p. 19*

H.J.M. Richters, Hoe de transitievergoeding productiever zou kunnen worden ingericht bij het vinden van nieuw werk, Tijdschrift Recht en Arbeid, 2015/47, p. 19

*B. Schouten, TAP, 2014, nr. 1, p. 60-61*

B. Schouten, Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten: over de omvang van een muizengaatje, Tijdschrift Arbeidsrecht Praktijk, 2014, nr. 1, p. 60-61

*B. Schouten, TAP, 2014, nr. 1, p. 62*

B. Schouten, Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten: over de omvang van een muizengaatje, Tijdschrift Arbeidsrecht Praktijk, 2014, nr. 1, p. 62

*M. Stekelenburg, CMS Newsflash Employment and Pensions, 2014, nr. 9*

M. Stekelenburg, De invulling van de transitievergoeding onder de WWZ, CMS Newsflash Employment and Pensions, 2014, nr. 9

*B. Veldmaat en F. Van Assendelft d Coningh, CMS Newsflash Employment & Pensions, 2013, nr. 16*

B. Veldmaat en F. Van Assendelft d Coningh, Wat betekent de hervorming van het arbeidsrecht voor de werkgever?, CMS Newsflash Employment & Pensions, 2013, nr. 16

*E. Visser,* [*www.akd.nl*](http://www.akd.nl)*, 20 december 2013*

E. Visser, [www.recht.nl/proxycache.html?cid=146127](http://www.recht.nl/proxycache.html?cid=146127), 20-12-2013, Arbeids- en ontslagrecht 2.0.

**Parlementaire documenten:**

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

Memorie van Toelichting Wet werk en zekerheid

*Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 7*

Nota naar aanleiding van het verslag

1. Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 2 [↑](#footnote-ref-1)
2. B.G.N. Gubbels, [www.wetrecht.nl/het-nieuwe-ontslagrecht](http://www.wetrecht.nl/het-nieuwe-ontslagrecht) [↑](#footnote-ref-2)
3. Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 39-40 [↑](#footnote-ref-3)
4. C.J. Loonstra en P.Th. Sick, TAP, 2014, nr. 1, p. 4 [↑](#footnote-ref-4)
5. Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 2 [↑](#footnote-ref-5)
6. C.J. Loonstra en P.Th. Sick, TAP, 2014, nr. 1, p. 5 [↑](#footnote-ref-6)
7. B. Veldmaat en F. Van Assendelft d Coningh, CMS Newsflash Employment & Pensions, 2013, nr. 16 [↑](#footnote-ref-7)
8. E. Knipschild, [www.mt.nl](http://www.mt.nl), 6 december 2013 [↑](#footnote-ref-8)
9. E. Visser, [www.akd.nl](http://www.akd.nl), 20 december 2013 [↑](#footnote-ref-9)
10. B. den Heeten, [www.dirkzwagerarbeidsecht.nl](http://www.dirkzwagerarbeidsecht.nl), 5 mei 2014 [↑](#footnote-ref-10)
11. H.J.M. Richters, TRA 2015/47, p. 19 [↑](#footnote-ref-11)
12. R.M. Beltzer e.a. 2015, p. 34 [↑](#footnote-ref-12)
13. Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 7, p. 69 [↑](#footnote-ref-13)
14. B. Schouten, TAP, 2014, nr. 1, p. 60-61 [↑](#footnote-ref-14)
15. Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 39-40 [↑](#footnote-ref-15)
16. B. Schouten, TAP, 2014, nr. 1, p. 62 [↑](#footnote-ref-16)
17. Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 39-40 [↑](#footnote-ref-17)
18. Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 113 [↑](#footnote-ref-18)
19. M.A. Goldschmidt, Bb, 2014/41, p. 3 [↑](#footnote-ref-19)
20. Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 40 [↑](#footnote-ref-20)
21. Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 40-41 [↑](#footnote-ref-21)
22. M. Stekelenburg, CMS Newsflash Employment and Pensions, 2014, nr. 9 [↑](#footnote-ref-22)
23. M.J. Kronenberg en B. de Wilde, 2010, p. 34 [↑](#footnote-ref-23)
24. Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 40 [↑](#footnote-ref-24)
25. Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 113 [↑](#footnote-ref-25)
26. Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 39-40 [↑](#footnote-ref-26)
27. M.J. Kronenberg en B. de Wilde, 2010, p. 93 [↑](#footnote-ref-27)