

Inhoudsopgave

Bijlage 1	Certificaat interviewtechnieken
Bijlage 2	Toestemmingsverklaringformulier respondent 1
Bijlage 3	Toestemmingsverklaringformulier respondent 2
Bijlage 4	Toestemmingsverklaringformulier respondent 3
Bijlage 5	Toestemmingsverklaringformulier respondent 4
Bijlage 6	Interviewverslag respondent 1
Bijlage 7	Interviewverslag respondent 2
Bijlage 8	Interviewverslag respondent 3
Bijlage 9	Interviewverslag respondent 4
Bijlage 10	Rekentool

Bijlage 1 Certificaat interviewtechnieken

Certificaat

Ondergetekenden verklaren dat

Sabine Lucassen

student aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys

heeft deelgenomen aan de workshop

**“Kwalitatief interviewen &
Kwalitatieve analyse”**

op 13 september en 17 oktober 2016

‘s-Hertogenbosch, 18 oktober 2016

mr. S. (Sheila) Adjiembaks MA

mr. dr. S. (Suzanne) de Rooij

F. (Fatiha) el Maymouni, MA

Workshopleiders / Docenten Juridische Hogeschool Avans-Fontys


Juridische Hogeschool
Avans-Fontys
Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Meerkoldreef 6 - 5042 PN - TILBURG
Postbus 5017 - 5004 EA Tilburg
Tel. 08850-78200 - Fax 08850-78244

Bijlage 2 Toestemmingsverklaringformulier respondent 1

Toestemmingsverklaringsformulier

Titel onderzoek: 'De billijke vergoeding als punitive damage'
Verantwoordelijke onderzoeker: Sabine Lucassen

In te vullen door respondent

Ik verklaar op een voor mij duidelijke wijze te zijn ingelicht over de aard, methode, doel en belasting van het interview. Ik weet dat de gegevens en resultaten van het interview, anoniem en vertrouwelijk in het onderzoek worden verwerkt.

Ik begrijp dat het interview wordt opgenomen. Het opnamemateriaal of de bewerking daarvan, zal uitsluitend voor analyse en/of controle vanuit de onderwijsinstelling worden gehanteerd.

Ik stem geheel vrijwillig in met deelname aan dit interview. Ik behoud me daarbij het recht voor om op elk moment, zonder opgaaf van redenen, mijn deelname aan dit interview te beëindigen. Hieraan zijn geen gevolgen verbonden.

Naam deelnemer: [REDACTED]

Datum: 28-11-2016

Handtekening

In te vullen door verantwoordelijke onderzoeker

Ik heb mondeling en schriftelijke toegelicht waar het onderzoek over gaat. Ik zal resterende vragen over het onderzoek naar vermogen beantwoorden.

De respondent zal van een eventuele voortijdige beëindiging van deelname aan het interview geen nadelige gevolgen ondervinden.

Naam onderzoeker: Sabine Lucassen

Datum: 28-11-2016



Handtekening

Bijlage 3 Toestemmingsverklaringformulier respondent 2

Toestemmingsverklaringsformulier

Titel onderzoek: 'De billijke vergoeding als punitive damage'
Verantwoordelijke onderzoeker: Sabine Lucassen

In te vullen door respondent

Ik verklaar op een voor mij duidelijke wijze te zijn ingelicht over de aard, methode, doel en belasting van het interview. Ik weet dat de gegevens en resultaten van het interview, anoniem en vertrouwelijk in het onderzoek worden verwerkt.

Ik begrijp dat het interview wordt opgenomen. Het opnamemateriaal of de bewerking daarvan, zal uitsluitend voor analyse en/of controle vanuit de onderwijsinstelling worden gehanteerd.

Ik stem geheel vrijwillig in met deelname aan dit interview. Ik behoud me daarbij het recht voor om op elk moment, zonder opgaaf van redenen, mijn deelname aan dit interview te beëindigen. Hieraan zijn geen gevolgen verbonden.

Naam deelnemer: 

Datum: 29-11-2016

Handtekening



In te vullen door verantwoordelijke onderzoeker

Ik heb mondeling en schriftelijke toegelicht waar het onderzoek over gaat. Ik zal resterende vragen over het onderzoek naar vermogen beantwoorden.
De respondent zal van een eventuele voortijdige beëindiging van deelname aan het interview geen nadelige gevolgen ondervinden.

Naam onderzoeker: Sabine Lucassen

Datum: 29-11-2016

Handtekening



Bijlage 4 Toestemmingsverklaringformulier respondent 3

Toestemmingsverklaringsformulier

Titel onderzoek: 'De billijke vergoeding als punitive damage'
Verantwoordelijke onderzoeker: Sabine Lucassen

In te vullen door respondent

Ik verklaar op een voor mij duidelijke wijze te zijn ingelicht over de aard, methode, doel en belasting van het interview. Ik weet dat de gegevens en resultaten van het interview, anoniem en vertrouwelijk in het onderzoek worden verwerkt.

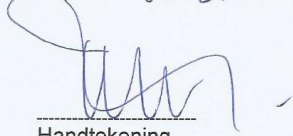
Ik begrijp dat het interview wordt opgenomen. Het opnamemateriaal of de bewerking daarvan, zal uitsluitend voor analyse en/of controle vanuit de onderwijsinstelling worden gehanteerd.

Ik stem geheel vrijwillig in met deelname aan dit interview. Ik behoud me daarbij het recht voor om op elk moment, zonder opgaaf van redenen, mijn deelname aan dit interview te beëindigen. Hieraan zijn geen gevolgen verbonden.

Naam deelnemer:

Datum:

5-12-16



Handtekening

In te vullen door verantwoordelijke onderzoeker

Ik heb mondeling en schriftelijke toegelicht waar het onderzoek over gaat. Ik zal resterende vragen over het onderzoek naar vermogen beantwoorden.

De respondent zal van een eventuele voortijdige beëindiging van deelname aan het interview geen nadelige gevolgen ondervinden.

Naam onderzoeker:

Datum:

Sabine Lucassen
5-12-2016



Handtekening

Bijlage 5 Toestemmingsverklaringformulier respondent 4

Toestemmingsverklaringsformulier

Titel onderzoek: 'De billijke vergoeding als punitive damage'
Verantwoordelijke onderzoeker: Sabine Lucassen

In te vullen door respondent

Ik verklaar op een voor mij duidelijke wijze te zijn ingelicht over de aard, methode, doel en belasting van het interview. Ik weet dat de gegevens en resultaten van het interview, anoniem en vertrouwelijk in het onderzoek worden verwerkt.

Ik begrijp dat het interview wordt opgenomen. Het opnamemateriaal of de bewerking daarvan, zal uitsluitend voor analyse en/of controle vanuit de onderwijsinstelling worden gehanteerd.

Ik stem geheel vrijwillig in met deelname aan dit interview. Ik behoud me daarbij het recht voor om op elk moment, zonder opgave van redenen, mijn deelname aan dit interview te beëindigen. Hieraan zijn geen gevolgen verbonden.

Naam deelnemer: 

Datum: 8-12-2016



Handtekening

In te vullen door verantwoordelijke onderzoeker

Ik heb mondeling en schriftelijke toegelicht waar het onderzoek over gaat. Ik zal resterende vragen over het onderzoek naar vermogen beantwoorden.
De respondent zal van een eventuele voortijdige beëindiging van deelname aan het interview geen nadelige gevolgen ondervinden.

Naam onderzoeker: Sabine Lucassen
Datum: 8-12-2016



Handtekening

Bijlage 6 Interviewverslag respondent 1

Respondent: R1
Functie: kantonrechter te rechtbank Rotterdam
Locatie: Rotterdam
Datum: 28 november 2016
Tijd: 15.50 uur
Duur: 38 minuten

Opmerkingen van de verantwoordelijke interviewster worden aangemerkt met de letter 'S'.
De hoofdvragen die de rode lijn vormen door het interview zijn dikgedrukt.
De antwoorden van de respondent worden weergegeven met de letter 'R1'.
Tussentijdse gebeurtenissen zijn cursief gedrukt.

Respondent 1 heeft vooraf het toestemmingsverklaringsformulier ondertekend.

S: “Behandelt u veel ontbindingszaken uit hoofde van artikel 7:671b lid 8 sub c BW?”

R1: “We hebben hier in Rotterdam niet echt een onderscheid gemaakt, er is geen specialisatie. In beginsel behandelen bijna alle kantonrechters arbeidszaken, Wwz zaken, dus ook arbeidszaken. Alleen de mensen die net overgestapt zijn van een andere sector behandelen nog geen Wwz zaken. Ik ben hier wel degene die de kar trekt, ten aanzien van de Wwz. Ik denk dat ik degene ben die de meeste zaken heeft behandeld van alle kantonrechters.”

S: “Wordt in deze zaken altijd een verzoek gedaan tot toekenning van een billijke vergoeding uit hoofde van artikel 7:671b lid 8 sub c BW?”

R1: “In bijna alle gevallen komt de billijke vergoeding aan de orde. Soms impliciet tijdens de zitting en soms expliciet, in de vorm van een tegenverzoek. In alle ontbindingszaken die ik tot nu toe heb gehad, komt dat punt aan de orde. Soms vraagt de werkgever een verklaring van recht dat hij geen billijke vergoeding verschuldigd is, dat er door ernstige verwijtbaarheid van de zijde van de werknemer geen sprake is van een toekenning van een billijke vergoeding en dat er geen rekening hoeft te worden gehouden met de duur van de opzegtermijn.”

S: “Als ik dit zo hoor, houdt u dus altijd rekening met de mate van eigen schuld van de werknemer?”

R1: “Dat is natuurlijk wel een factor die een rol speelt bij een ontbindingsprocedure. Als er sprake is van ernstige verwijtbaarheid van de kant van de werknemer, dan hoeft er ook geen rekening te worden gehouden met de opzegtermijn.

R1 pakt een dossier uit de kast - hier bijvoorbeeld, zag ik vanochtend dat de advocaat heel nadrukkelijk vraagt om – R1 citeert uit het dossier – “ontbinding en vraagt een verklaring voor recht, dat het eindigen van de arbeidsovereenkomst, zowel de primaire en subsidiaire grond betreft, het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Op basis hiervan komt de werknemer geen transitievergoeding toe. Bij het bepalen van het tijdstip van het einde van de arbeidsovereenkomst, hoeft vanwege het handelen van de werknemer, geen rekening te worden gehouden met het tijdstip in overeenkomst bij regelmatige opzegging zou zijn geëindigd.” In sommige gevallen wordt er dus heel expliciet op ingegaan.”

S: “Als de billijke vergoeding aan bod komt, schriftelijk of mondeling, benoemt de werknemersadvocaat dan een onderbouwd bedrag?”

R1: “Dat ligt eraan. Soms wordt alleen een billijke vergoeding gevraagd, soms wordt er een bedrag aan gekoppeld. Soms wordt er zelfs een waanzinnig hoog bedrag aan gekoppeld.”

S: “Er wordt dus veelal wel een bedrag genoemd, waar u op doorgaat?”

R1: "Soms wel, soms niet. Je ziet soms ook de formulering 'een vergoeding in goede justitie te bepalen'. Het ligt er maar net aan."

S: "Vindt u het in de beoordeling fijner om een onderbouwde vordering te krijgen van een werknemersadvocaat?"

R1: "Dat maakt niet zoveel uit. Als een werknemer een bedrag vraagt is het natuurlijk wel een beetje een richtnoemer. Een kantonrechter zal daar niet snel boven gaan zitten. Ik ben ook voorzitter van de landelijke expertgroep, in deze expertgroep zitten vertegenwoordigers van alle gerechten. Daar hadden we wel discussie over de vraag, of je als kantonrechter meer kunt toewijzen dan gevraagd wordt door een werknemer. Een zaak van een kantonrechter in het noorden van het land, die heeft dit uiteindelijk wel gedaan. In die betreffende zaak waren meerdere werknemers betrokken, het ging over fraude. De werkgever was daar op een rare manier mee omgegaan. Toen heeft de rechter besloten dat er zou worden ontbonden, met toekenning van een billijke vergoeding. De werknemers hadden allemaal verschillende gemachtigde. Een van de gemachtigden had een lagere vergoeding verzocht, terwijl de kantonrechter in een andere zaak een hogere vergoeding had toegekend. Het is dan ook raar, dat je de werknemer slachtoffer laat worden van een fout van de gemachtigde. Toen werd een hogere vergoeding toegekend, maar dat is eerder uitzondering dan dat het regel is."

S: "Mijn idee is dat als een advocaat de vordering goed onderbouwt, u wellicht sneller de vordering toewijst."

R1: "Dat is in zekere zin ook wel zo. Bijvoorbeeld in de zaak van het notariskantoor, waarbij de werkgever een werknemer had uitgescholden, heeft de werknemersadvocaat heel uitgebreid berekend wat de schade was. Waaronder de loonschade, pensioenschade. Aan de hand daarvan is de vergoeding berekend. Dat is een typisch voorbeeld van een zaak waarbij de aanpak van de advocaat succes heeft gehad. Als de advocaat de vordering in deze zaak niet zo goed onderbouwd had, was er ook niet zo'n hoge vergoeding uitgekomen. Die werkgever had de werknemer vreselijk behandeld, de toegekende vergoeding was geloof ik 50.000 euro. Ook in appel heeft dit staande gehouden. Dit is dus een voorbeeld waarbij het zin heeft gehad dat de advocaat de vordering goed heeft onderbouwt."

S: "Discussie bestaat over de vraag hoe de hoogte van de billijke vergoeding moet worden gemotiveerd. Zowel u als rechter vindt dit lastig, als andere arbeidsrechtbeoefenaars, waaronder advocaten. Wat vindt u van het standpunt, dat advocaten een leidende rol moeten nemen in de ontwikkeling van de billijke vergoeding in de rechtspraak?"

R1: "Bedoelt u dan dat de advocaten iets moeten bedenken?"

S: "Ik bedoel zoals in de zaak van het notariskantoor, waarbij de advocaat de vordering goed onderbouwt. U bent degene die hier uiteindelijk over beslist en deze onderbouwing wellicht meeneemt in uw oordeel. Zo ontstaat rechtspraak, wat handvatten kan bieden."

R1: "Het is natuurlijk wel makkelijker, als de advocaten dit proberen. Er is jegen kantonrechters vaak kritiek geuit, dat zij uit de dikke duim een vergoeding hebben toegekend. Je kunt dus zeggen dat je de bal terugkaatst naar de advocatuur, dat zij argumenten moeten aanleveren op basis waarvan je de vergoeding kunt berekenen. Alleen het lastige daarbij is, gelet op de wetsgeschiedenis, zeker ten aanzien van artikel 7:671b BW, dat je geen rekening mag houden, althans je hoeft geen rekening te houden met de gevolgen van het ontslag. Dit is namelijk als verdisconteerd in de transitievergoeding. Dan is de vraag, betekent het dat je met die factor geen rekening hoeft te houden? Mag je er dan wel rekening mee houden? Dat speelde in die zaak van het notariskantoor, want de gevolgen van het ontslag waren voor die werknemer zo ernstig, dat daar wel rekening mee moest worden gehouden. Het hof heeft dit uiteindelijk gesanctioneerd."

S: "Wellicht dat de wetgever deze ruimte heeft geboden voor deze uitzonderlijke gevallen."

R1: "Als je uitgaat van de wetsgeschiedenis ten aanzien van artikel 7:671b BW, lijkt het alsof de wetgever ervan is uitgegaan dat de vergoedingen uit artikel 7:681 BW, artikel 7:682 BW en artikel 7:683 BW allemaal hetzelfde zijn, maar dat is niet zo. De vergoeding van artikel 7:681 BW is meer een compensatie. Als je aanleiding hebt als kantonrechter, dat je niet kan overgaan tot vernietiging van de arbeidsovereenkomst, maar de zaak moet zich vertalen in een billijke vergoeding, heeft dit meer een compensatie of een tegenwaarde van het niet doorgaan van de arbeidsovereenkomst."

S: "Overgaand op mijn onderzoeksresultaten. Een punitive damage is een oneigenlijke schadevergoeding, bestaand uit een schadevergoedingscomponent en een bestraffend component. Wat vindt u ervan als ten aanzien van de billijke vergoeding deze splitsing wordt gemaakt?"

R1: "Dit vind ik nog een lastige. Dit zou kunnen betekenen dat de handelwijze van de ene werkgever en precies dezelfde handelwijze van een andere werkgever, tot verschillende uitkomsten leidt, als je de bakker op de hoekt vergelijkt met een grote multinational."

S: "Hiermee doelt u op de benadering van de heer Kruit, waarbij hij opperde om het punitieve component af te meten op de jaaromzet van een bedrijf. Hier ben ik in mijn onderzoek vanaf gestapt, omdat ik denk dat dit met het oog op de rechtsbescherming niet haalbaar is."

S: "Ik heb gekeken naar het Nederlandse privaatrecht, hoe de billijke vergoeding als punitive damage hierin zou passen. Vanuit het schadecomponent heb ik naar het aansprakelijkheidsrecht en het schadevergoedingsrecht gekeken. Hierbij ben ik schuldaansprakelijkheid uitgegaan, gericht op het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Hoe ziet u dit?"

R1: "Het is geen risicoaansprakelijkheid. Je gaat kijken in hoeverre de werkgever daar een verwijt treft. De wet verlangt ernstige verwijtbaarheid, het muizengaatje. Dat heeft de werkgever tot uiting gebracht door te zeggen dat de lat hoog ligt. Er moet heel wat aan de hand zijn, wil je tot ernstige verwijtbaarheid van de werkgever komen. Hier is nadrukkelijk sprake van schuld, want de mate van schuld wordt gemeten in het begrip "ernstige verwijtbaarheid". Dit staat niet in het kader van risicoaansprakelijkheid, want hierbij kijk je niet naar de schuld. Het is in dat kader zijn verantwoording, of er dan wel of geen sprake is van schuld. Bijvoorbeeld bij artikel 7:685 BW zou je kunnen zeggen, als de werknemer een ongeval treft, dat het risicoaansprakelijkheid is, omdat de werknemer tijdens de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. De werkgever is daar in alle gevallen voor verantwoordelijk. Dat is niet zo, want de Hoge Raad heeft bij herhaling gezegd, het is én blijft schuldaansprakelijkheid. Alleen dan gaat deze schuldaansprakelijkheid vrij ver. Als de werkgever geen verwijt kunt maken, is de werkgever ook niet aansprakelijk. In het geval van risicoaansprakelijkheid is de werkgever in alle gevallen niet thuis."

S: “Voor zover het stukje aansprakelijkheid. Dit loopt over in de onrechtmatige daad, waarbij je kunt zeggen dat de werkgever een wettelijke plicht heeft geschonden, inhoudende goed werkgeverschap van art. 7:611 BW. Dit staat zo ook in de wetsgeschiedenis, dat de gedraging zodanig in strijd is met het beginsel van goed werkgeverschap. Als dit vastgesteld kan worden, vloeit hier het recht op een schadevergoeding uit voort. Mevrouw Peters schreef in haar notatie, dat je de billijke vergoeding zou kunnen berekenen op basis van de beginselen uit boek 6. Het is vergelijkbaar met wat de werknemersadvocaat heeft gedaan in het arrest van het notariskantoor. Wat vindt u daarvan, om die beginselen toe te passen op de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding?”

R1: “In de zaak van de notaris vond ik de uitkomst billijk. De vraag is of je dit in alle gevallen kunt doen. Dan kom je weer terug bij de situatie die we hadden met het kennelijk onredelijk ontslag. De Hoge Raad heeft dat in de twee arresten, Van der Grijp/Stam en Rutten breed, ook gedaan. De Hoge Raad heeft toen bepaald, dat de schadevergoeding op basis van artikel 6:781 BW, het oude kennelijk onredelijk ontslag, een schadevergoeding is die je moet berekenen op basis van de beginselen uit boek 6. Ik ben nog niet zo ver om te kunnen zeggen dat je dit in het nieuwe recht zo kunt toepassen. Ik vind het lastig om te zeggen dat je daar de schadevergoeding van boek 6 op kunt toepassen. De wet heeft het over een billijke vergoeding, hoewel het bij het oude kennelijk onredelijk ontslag een schadevergoeding was. De billijke vergoeding heeft dan een ander karakter.”

S: “De billijke vergoeding heeft een compenserende karakter en een punitief karakter. Het compenserende karakter zou dan gericht zijn op de schade die de werknemer lijdt, als gevolg van het ernstig verwijtbare gedrag van de werkgever. De term schade wordt hier dan toch benoemd?”

R1: “Als je de wetsgeschiedenis bekijkt, is het de vraag of de billijke vergoeding niet veel meer gaat naar de vorm van smartengeld. De werkgever heeft zich ernstig misdragen, dit moet op de een of andere manier resulteren in een immateriële schadevergoeding. Als je de uitgangspunten van de wet neemt, zitten de gevolgen verdisconteerd in de transitievergoeding. Er gaan nu stemmen op om te zeggen, misschien zou er een smartengeldboek moeten worden gemaakt voor de billijke vergoeding van artikel 7:671b BW. Hieruit zou je kunnen zien wat dan een billijke vergoeding zou zijn. Echter, het lukt niet om dit zo op te schrijven, omdat de praktijk zo weerbarstig is.”

S: “Smartengeld is ook opgenomen in boek 6, dus dat is dan ook weer een soort vorm van schadevergoeding vanuit boek 6.”

R1: “Als ik het heb over berekening op basis van boek 6, heb ik het meer over de concrete berekening. Dan kom je weer uit bij het oude kennelijk onredelijk ontslag. Indien niet berekend kan worden ga je begroten of schatten. Dat werkte voor de praktijk heel ongelukkig, met die kennelijke onredelijke ontslagen. Er gaan dan nu stemmen op, dat er wederom een soort kantonrechtersformule moet komen, maar dat wordt door de wetgever expliciet niet beoogd. Ik denk ook niet dat die er gaat komen, want de wetgever heeft gezegd dat het niet de bedoeling is dat er een formule 2.0 komt. We hebben destijds als kantonrechters, toen de Wwz ingevoerd werd, bij elkaar gezeten of we iets zouden kunnen doen met een formule. Toen is er uiteindelijk gezegd, dit gaan we niet doen. In het oude systeem met de kantonrechtersformule was geen hoger beroep mogelijk, daarom moesten kantonrechters onderling zaken afstemmen. De Wwz biedt wel de mogelijkheid om in hoger beroep en cassatie te gaan. Er liggen nu wat zaken bij de Hoge Raad, maar die zien meer toe op de vergoeding van artikel 7:681 BW. Wellicht dat de Hoge Raad nog iets gaat zeggen over het verschil tussen artikel 7:681 BW en artikel 7:671b BW.

S: “Laten we het hopen. Ik denk dat arbeidsrechtbeoefenaars er op zitten te wachten dat hier iets over wordt gezegd.”

S: “U heeft al redelijk wat zaken gehad. Zijn er bepaalde schadeposten van de werknemer, waar u terugkerend rekening mee houdt bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding?”

R1: “Niet concreet. Vaak loonschade en pensioenschade. Ik zou niet weten wat voor andere schadeposten je concreet zou kunnen benoemen.”

S: “Bijvoorbeeld wanneer een werknemer door het ernstig verwijtbare gedrag veel stres heeft ervaren, hierdoor lijdt aan slaapgebrek en gesprekken heeft gehad met een psycholoog.”

R1: “Indien een duidelijk causaal verband kan worden aangetoond, dan zou ik daar wel rekening mee houden. Echter, deze heb ikzelf nog niet voorbij zien komen en ook niet de rechtspraak. Heel vaak wordt het wel gesteld. Natuurlijk is het ook wel in te zien dat een ontslag grote invloed heeft. Dat wil ik ook best aannemen, maar om te zeggen dat dit vervolgens weer allerlei kosten met zich meebrengt, dan zou je dat als werknemer moeten aantonen en meer moeten onderbouwen.”

S: “Dan komt het dus toch weer aan op de advocaat die de vordering naar behoren moet onderbouwen.”

S: “Ten aanzien van het punitieve component, heb ik binnen het privaatrecht en arbeidsrecht gekeken naar bepalingen met een bestraffend karakter. Dan kom ik uit bij de boetebedingen, meer specifiek binnen het arbeidsrecht de concurrentie- en relatiebedingen. In het arbeidsrecht moeten deze contractueel overeengekomen zijn. Stel dat je een boetebeding opneemt in de arbeidsovereenkomst, waarbij je het ernstig verwijtbaar handelen van een werkgever en werknemer kunt beboeten. Mocht er discussie bestaan over het ernstig verwijtbaar handelen, kan dit worden voorgelegd aan de rechter. Zou u zich in dat geval, mocht u vaststellen dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen, gebonden voelen aan het bedrag in een dergelijk beding?”

R1: “Je moet je daar wel aan houden natuurlijk. Gericht op het concurrentiebeding en relatiebeding, deze zien niet toe op ernstig verwijtbaar handelen. Je zou kunnen zeggen, het is ernstig verwijtbaar handelen als de werknemer het beding niet nakomt. Echter, dit is echt gekoppeld aan het beding zelf. Bij ontbinding gaat het vaak om allerlei andere gedragingen van de werkgever ten aanzien van ernstig verwijtbaar handelen. Wat mij betreft is dat niet vergelijkbaar met elkaar. In het privaatrecht kennen we verder het punitieve karakter niet, in artikel 7:611 BW zie je het soms nog terug, maar dat is bij uitzondering dat daar een punitief karakter niet.”

S: “Dat klopt, de rechtsvorm punitive damage is binnen het Nederlandse recht niet bekend. Wat u zegt, “het ernstig verwijtbaar handelen impliceert meer dan alleen”, daarmee bedoel ik dat indien discussie bestaat over iets wat aangemerkt kan worden als ernstig verwijtbaar handelen, kan dat voorgelegd worden aan de rechter. Er wordt enkel een bedrag gekoppeld aan het ernstig verwijtbaar handelen.”

R1: “Zie je het gebeuren dat de werkgever dat gaat opschrijven?”

S: “Het is wel een mogelijkheid om jezelf als werkgever in te dekken.”

R1: “Ik zie het niet gebeuren dat een werkgever op voorhand gaat bedingen, dat wanneer hij het boekje te buiten gaat hij een bedrag verschuldigd is. Bovendien, is het ook de vraag of je er als rechter aan gebonden bent. Dan speelt nog steeds de vraag of er überhaupt sprake is van ernstig verwijtbaar gedrag. Ook speelt de discussie, of je op voorhand kunt uitmaken wat aangemerkt wordt als dwingende reden.”

S: “Dat mag niet, dergelijke bedingen zijn nietig.”

R1: "En dan nog de vraag, hoe schrijf je het op? Het ligt niet erg voor de hand dat partijen bij het aangaan van de overeenkomst al gaan onderhandelen over de situatie wanneer zij het boekje te buiten gaan. Ik heb daar nog nooit voorbeelden van gezien."

S: "Het is wellicht een raar begin, maar verschaft wel duidelijkheid. U zegt dus dat u het praktisch niet haalbaar lijkt."

S: "Heeft u zelf ideeën over hoe het punitieve element kan worden ingekleed?"

R1: "Ik vind het sowieso lastig of je überhaupt rekening moet houden met het punitieve karakter, zoals ik aangaf in een eerder antwoord. Als je zegt het moet punitief zijn, het moet aankomen bij de werkgever, zou het de consequentie kunnen zijn dat de hoogte van de vergoedingen uiteenlopen. Er zijn wel uitspraken waarin het punitieve karakter een rol speelt. Een rechter heeft wat uitgangspunten opgeschreven die voor hem van belang zijn bij de vaststelling van de hoogte van het bedrag, maar over hoe het bedrag is samengesteld blijkt ook nergens uit. Voor de rest heb ik nog niet veel uitspraken gezien waarin dat punitieve karakter wordt verwoord. Ik heb nog nooit uitdrukkelijk het punitieve karakter benoemd. Ik heb wel eens opgeschreven in een artikel 7:681 BW zaak, dat ik vind dat hierbij een billijke vergoeding wordt toegekend in plaats van de vernietiging, daar het punitieve karakter minder een rol speelt dan bij artikel 7:671b lid 8 sub c BW. Bij artikel 7:681 BW speelt het compenserende karakter een grote rol. Als je al zegt, dat als er al verschil moet zijn tussen deze vergoedingen, eerder een punitief karakter is terug te vinden in artikel 7:671b lid 8 sub c BW."

S: "Waar houdt u rekening mee, bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding?"

R1: "In je achterhoofd ga je toch kijken naar de gevolgen van de werknemer. Je probeert te kijken of je het kunt koppelen aan een paar maanden salaris. Ik heb bij een zaak zó getwijfeld over de hoogte. In deze zaak was een man al lang in dienst, stond al een jaar lang op non-actief, waarbij die man nog nooit actie had ondernomen om terug te keren. Dat vind ik omstandigheden die een rol spelen bij bepaling van de hoogte. Hoe je dit een op een toekent, is bijna niet op te schrijven. Dan ga je kijken, wat is redelijk. Dit probeer je te relateren aan maandsalarissen. Wellicht dat je kijkt wat de kantonrechtersformule voor uitkomst heeft, maar dat kun je al helemaal niet opschrijven."

Bijlage 7 Interviewverslag respondent 2

Respondent: R2
Functie: kantonrechter te rechtbank Gelderland
Locatie: Apeldoorn
Datum: 29 november 2016
Tijd: 14.20 uur
Duur: 22 minuten

Opmerkingen van de verantwoordelijke interviewster worden aangemerkt met de letter 'S'.
De hoofdvragen die de rode lijn vormen door het interview zijn dikgedrukt.
De antwoorden van de respondent worden weergegeven met de letter 'R2'.
Tussentijdse gebeurtenissen zijn cursief gedrukt.

Respondent 2 heeft vooraf het toestemmingsverklaringsformulier ondertekend.

S: “Wordt in ontbindingszaken uit hoofde van artikel 7:671b BW door de werknemersadvocaten veelal een beroep gedaan op lid 8 sub c, schriftelijk dan wel mondeling?”

R2: “Dat is meestal wel het geval, alleen deze verzoeken worden nauwelijks gemotiveerd.”

S: “U komt dus weinig gemotiveerde verzoeken tegen?”

R2: “Niet veel. De verzoeken waarbij het gaat om de oude ontbindingen zijn op een hand te tellen. Deze zijn in de minderheid. In de Wvz praktijk tref je meer ontslagen op staande voet, met een tegenverzoek. De start is dan een ontslag op staande voet, waarbij de werknemer vraagt om vernietiging. Hierbij krijg je de cocktail, primair werkhervatting en subsidiair een billijke vergoeding, hierin wordt berust om de termijn veilig te stellen.”

S: “Is het in het voordeel van de verzoekende partij, indien een beroep op lid 8 sub c gemotiveerd wordt?”

R2: “Uiteraard, zeker. Het kan niet zo zijn dat ik als rechter het zelf moet invullen en verzinnen, dat is niet de bedoeling. Je moet hierbij wel onderscheid maken tussen een dwingende reden situatie, waarbij per definitie de situatie is gegeven dat je toekomt aan een billijke vergoeding en situaties waarbij het ontbindingsverzoek van de werkgever wordt bestreden. In dit laatste geval wordt de billijke vergoeding beoogd een muizengatje te zijn. Hier kom je zelden aan toe, het moet dan wel héél bont zijn. Ik heb eigenlijk in het afgelopen half jaar nog geen grond gehad voor toekenning.”

S: “Indien u wel zou aannemen dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever en de werknemer heeft een goed onderbouwde vordering ingediend, zou u die onderbouwing in overweging nemen?”

R2: “Als het hout snijdt, zeker. Dit zijn dan gevallen waarbij werknemers worden weggepest, of werknemers waar verwijten aan worden gemaakt die totaal geen hout snijden, waar een stok wordt gezocht om mee rond te slaan.”

S: “Indien een beroep wordt gedaan op lid 8 sub c, waarbij een concreet bedrag wordt benoemd, is het niet gebruikelijk om als kantonrechter hier boven te gaan zitten. Bent u het daar mee eens?”

R2: “Dat is zeker waar. Het is niet gebruikelijk, maar het is niet uitgesloten. Vroeger in de ontbindingszaken was het ook zo, dat het kon. Je moet wel heel zeker van je zaak zijn om dat te doen, want het is nogal een bruuskering van gemachtigden, die in dat debat hun piketpaaltjes hebben geslagen. Ik geloof dat ik het één keer heb gedaan, maar het is niet gebruikelijk.”

S: “U zegt dat u een beroep op de billijke vergoeding vaker afwijst dan toewijst, zijn er terugkerende factoren op basis waarvan u het ernstig verwijtbare gedrag beoordeelt?”

R2: "Met name situaties van heimelijk wegpesten. Het is dan een overlopend vat. Werkgever komt met iets wat eigenlijk ontoereikend is. Sowieso zijn de ontbindingsverzoeken vergeleken met de Wvz verzoeken erg teruggelopen. Echt in het oog springende gevallen van ernstig onrecht, ben ik nog niet tegengekomen."

S: "Dit strookt dan met het doel van de wetgever, dat de billijke vergoeding enkel in uitzonderlijke gevallen mag worden toegekend."

R2: "Het zou ook kunnen betekenen dat de advocatuur het goed doet en niet met onzin aankomt."

S: "Discussie bestaat over bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding. Wat vindt u van het standpunt dat de advocatuur een leidende rol moet nemen in de ontwikkeling van de billijke vergoeding in de rechtspraak, door vorderingen goed te motiveren?"

R2: "Ik verwacht daar helemaal niets van. Het onderwerp is naar zijn aard zodanig dat geen vuistregels zijn te ontwikkelen. Mocht er aanleiding zijn tot ingrijpen, toekenning van een billijke vergoeding bovenop de transitievergoeding, moet het feitelijke verhaal goed zijn. Het verhaal moet zo stevig zijn, dat als ik naar de markt ga waar ik tien mensen aanspreek, minstens acht van die mensen zeggen: "afschuwelijk wat daar is gebeurd"."

S: "Een punitive damage is een schadevergoeding, bestaand uit een schadecomponent en een punitief component. Gericht op de billijke vergoeding betekent dit dat de schade die de werknemer lijdt door het ernstig verwijtbare gedrag van de werkgever, wordt vergoed. Daarnaast wordt de werkgever bestraft. Dit straffende element is ook te herleiden uit de parlementaire geschiedenis, waarbij de wetgever aangeeft dat voorkomen moet dat de werkgever dergelijk gedrag in de toekomst herhaalt. Hoe kijkt u aan tegen de splitsing van de billijke vergoeding in een compenserend component en punitief component?"

R2: "Daar ben ik het mee eens. Als er echt een reden is om een billijke vergoeding toe te kennen, moet dit ook tot uiting komen in de hoogte van het bedrag. Het bedrag moet een zekere opvoedende en afschrikkende werking hebben. Als je dat labelt als punitive damage, prima."

S: "In mijn onderzoek heb ik onderzocht hoe een punitive damage in het privaatrecht zou passen. Enerzijds gericht op het schadecomponent, kom je uit bij de schadebegrotingsbeginselen van boek 6. Hierbij ben ik uitgegaan van schuldaansprakelijkheid. Dit vloeit voort naar de onrechtmatige daad, waarbij in strijd is gehandeld met goed werkgeverschap uit artikel 7:611 BW. De wetgever heeft dit zo ook letterlijk verwoord in de parlementaire geschiedenis. Hoe vindt u het om het schadecomponent van de billijke vergoeding te berekenen op basis van de beginselen uit boek 6?"

R2: "Je loopt al snel spaak in het schadevergoedingsrecht. Hier wordt dat element niet aanvaard. Je zou het hooguit kunnen zien als smartengeld, maar boek 6 gaat uit van een concrete schadevergoeding."

S: "Concreet of niet concreet, dat ligt aan de schadepost."

R2: "Als je naar het letselschaderecht kijkt, heb je het ok over gevallen waarin je een zeker verwijt kunt maken. Stel een mishandeling, daar is wel geprobeerd om de componenten mee te laten wegen."

S: "Mijn gedachte is, ondanks je dit nog niet veel terugziet in de rechtspraak, dat er gevallen zijn waarbij het ernstige verwijtbare gedrag van de werkgever tot dusdanig veel stres heeft geleid, dat de werknemer gesprekken heeft gehad bij een psycholoog. Dit zou je kunnen scharen onder materiele schade. Daarnaast is er een zaak geweest, betreffende het notariskantoor, waarbij de advocaat een concrete schadeberekening heeft gemaakt. Zo ga ik ervan uit dat je een onderscheid kunt maken tussen concrete en abstracte schadeposten. U vindt een schadeberekening uit hoofde van boek 6 dus niet praktisch?"

R2: "Ik zie geen parallellen, omdat het lastig is binnen boek 6. Je kunt het voor een deel kwijt binnen het smartengeld, maar daar houdt het ook mee op."

S: "Anderzijds heb ik binnen het privaatrecht gekeken naar het punitieve component. Dit is lastig, gezien het feit het privaatrecht weinig punitieve bepalingen kent. De bestraffende werking zie je wél terug in boetebedingen. Gericht op het arbeidsrecht, zie je het karakter terug in een relatie- en concurrentiebeding. Deze bedingen moet je contractueel overeenkomen. Stel, werkgever en werknemer komen een beding overeen waarin een bedrag wordt gekoppeld aan ernstig verwijtbaar gedrag. Het lijkt misschien onlogisch om een dergelijk beding op te nemen, maar de werkgever kan zich juist indekken."

R2: "Nee, want ik zie geen parallel tussen de sfeer van een boetebeding en het concurrentiebeding en relatiebeding. Daar is toewijzing enkel gekoppeld aan iets wat je feitelijk kunt vaststellen, zonder dat daar nog interpretatievragen op los hoeft te laten. In de sfeer van ernstig verwijtbaar handelen, dit is zo'n in te kleuren begrip. Ik zou me daar niet aan gebonden achten. Ik denk ook niet dat er een werkgever is die zijn hals in die strop steekt. Mocht het wel gebeuren, zie ik niet goed hoe je dat ondervangt. Hoe zou je dit op moeten schrijven?"

S: "Je mag niet uitsluiten wat in ernstig verwijtbaar handelen is, een dergelijk beding is nietig. Deze overweging moet een rechter maken. U zegt dus dat een open begrip zoals ernstig verwijtbaar handelen niet past in een voorschrift waar een boetebeding op staat."

S: "Ondanks dat u nog geen billijke vergoedingen uit hoofde van lid 8 sub c heeft toegewezen, heeft u zelf ideeën over hoe u het punitieve element zou toebrengen in een billijke vergoeding?"

R2: "Er is in een zaak C=5 toegekend. Hierbij vroeg men zich af wat die kantonrechter deed. Dit was een zaak waarbij de werknemer was weggepest. Voor de tweede keer ontbinding aangevraagd, de werknemer werd ziek. Dit ging om iemand die lang in dienst had, weinig kansen had, laag salaris. Het was nodig om met factor 5 uit te drukken dat het afschuwelijk was wat er was gebeurd en dat de gevolgen heel ernstig waren. Stel nou een directeur die al 500.000 euro verdient, pakt het anders uit dan iemand die het minimumloon verdient. Dit moet je steeds wegen en betrekken op het concrete geval. Ik begrijp de behoefte om gezichtspunten of een catalogus te hebben, maar wat mij betreft komt die er niet aangezien de materie zich hier niet voor leent."

S: "Nu wordt gezegd dat de billijke vergoeding natte vingerwerk is. Er zijn arbeidsrechtbeoefenaars die het fijn vinden om handvatten te hebben."

R2: "Heel veel gevallen zijn er niet. De verzameling jurisprudentie die bereikt wordt, is al een soort smartengeld gids. Natuurlijk kijk je hiernaar, met name naar wat de hoven doen. Voorheen was er geen sturing, want partijen konden niet in hoger beroep. Sinds de invoering van de Wvz is dit wel mogelijk. De hoven brengen lijn aan in de materie. Je zou eens het artikel moeten lezen van Stefan Sagel, dat gaat over het muizengaatje, waarbij hij zegt als je daar doorheen bent je niet hoeft te aarzelen en je flink mag uitpakken."

Bijlage 8 Interviewverslag respondent 3

Respondent: R3
Functie: kantonrechter te rechtbank Midden-Nederland
Locatie: Utrecht
Datum: 5 december 2016
Tijd: 10.50 uur
Duur: 35 minuten

Opmerkingen van de verantwoordelijke interviewster worden aangemerkt met de letter 'S'.
De hoofdvragen die de rode lijn vormen door het interview zijn dikgedrukt.
De antwoorden van de respondent worden weergegeven met de letter 'R3'.
Tussentijdse gebeurtenissen zijn cursief gedrukt.

Respondent 3 heeft vooraf het toestemmingsverklaringsformulier ondertekend.

S: “Vooraf het interview heeft u te kennen gegeven dat u nog geen billijke vergoedingen heeft toegekend uit hoofde van artikel 7:671b lid 8 sub c BW. U heeft aangehaald dat u in een zaak aangaande artikel 7:681 BW een punitief element heeft toegebracht. Kunt u daar wat over vertellen?

- R3 vertelde voor de start van de opname, dat hijzelf in een uitspraak het punitieve karakter heeft toegepast. Daarbij verwees hij naar een artikel van de heer Sagel, waarin de heer Sagel ingaat op een driestroom die te herkennen is, in de wijzen waarop de billijke vergoeding wordt toegekend. -

R3: “Zoals ik net al zei was er op dat vlak, oktober vorig jaar – *hier doelt de R3 op het jaar 2015* -, nog helemaal niets of bijna niets. Ik ben in deze zaak vanaf het begin af aan begonnen, met de wettekst en de wetsgeschiedenis. Zo ben ik het paadje afgelopen. In deze zaak zijn ze in hoger beroep gegaan. Ik wil het hof niet te kort doen, maar ik heb het idee dat zij het punitieve karakter benadrukt heeft en alle andere aspecten, zoals het gevolgcriterium, uitdrukkelijk heeft weggelaten. In mijn uitspraak heb ik wél gezegd, dat mede de duur van het dienstverband van belang is en de omvang van het dienstverband, omdat hierin de waarde van het dienstverband tot uitdrukking kan komen. Dit heb ik ook gedaan, omdat het in deze zaak een bijzondere situatie betrof. Deze mevrouw werkte maar 4,5 uur per week. Dit is zo weinig, dat komt bijna niet voor. Verder heb ik in het midden gelaten of het gevolgcriterium tot uiting moet komen, omdat ik vanuit het punitieve karakter een bepaalde bodem wilde leggen. Deze is gerelateerd aan de geringe omvang van het dienstverband. Toen was ik in feite al klaar. Ik heb niet alleen gekeken naar het punitieve karakter, maar ook naar een aantal andere omstandigheden van het geval. Daarbij heb ik in het midden gelaten of ik het gevolgcriterium wel of niet meewoog. Het hof is met name gaan zitten op het punitieve karakter. Sagel is hier helemaal overheen gevallen. Zijn artikel gaat over een aantal aspecten. Ten aanzien van de artikel 7:681 BW vergoeding kun je uitgaan van drie verschillende benaderingen. De eerste is dat de ernst van de verwijtbaarheid wordt gebruikt als uitgangspunt, de tweede is punitief karakter, de derde is spiegelen van de economische waarde van het dienstverband. Ik moet zeggen, dat punitieve karakter waar hij bezwaar tegen maakt, staat in de wetsgeschiedenis. Als je dan bij zijn derde komt, spiegelen aan de economische waarde, neemt hij het voorbeeld van de kantonrechter in Zwolle. Die komt erop neer dat je gaat spiegelen bij een situatie waarin je je neerlegt bij een ontslag dat niet klopt, bijvoorbeeld een ontslag op staande voet. Je gaat kijken naar de situatie als de werknemer tegen het ontslag was ingegaan en naar wat er nu gebeurt, nu de werknemer zich bij het ontslag heeft neergelegd. De kantonrechter in Zwolle heeft ten aanzien van de situatie waarin het ontslag niet zou hebben plaatsgevonden gekeken naar hoe lang het dienstverband nog zou hebben geduurd. Dan is er sprake van gemist loon, waar hij de transitievergoeding bij heeft opgeteld waar de werknemer recht op had. Daarbij ervan uitgaande dat het dienstverband langer zou hebben geduurd, dus ook de transitievergoeding zou hoger zijn. Dit verschil heeft hij hier bij opgeteld. Hier heeft hij het recht op een vergoeding wegens onregelmatig ontslag van afgetrokken. Anders zou je het

dubbelop krijgen. Daar heeft hij tevens een derde van het loon ervan afgetrokken, wat die werknemer elders reeds verdiend had. Wat Sagel aanspreekt, waar hij helemaal gelijk in heeft, als je het zo gebeurt maakt de rechter inzichtelijk hoe hij tot de hoogte van de vergoeding komt. Dit zie je niet zo heel vaak. Ik ben daar in mijn zaak ook tegenaan gelopen: 'dit zijn de omstandigheden van het geval, dus we doen dit'. In een andere uitspraak waar de kantonrechter 15.000 euro toewees en het hof kwam met precies dezelfde redenering tot 30.000 euro, maar ze legden niet uit. Sagel zegt dus dat de motivering het goede is aan die uitspraak. Wat hem aanspreekt is dat spiegelen. Wat hij verder zegt, wat mij aanspreekt, is dat daarbij het punitieve karakter kan komen. In een situatie waarbij het einde van de arbeidsovereenkomst zo is gegaan, waarbij de werknemer een tik heeft gekregen, zou er allemaal bijgenomen kunnen worden. Er zouden drie componenten kunnen zijn, het ene is wat ben je misgelopen, het tweede is eventueel immateriële schade en het derde is eventueel het punitieve karakter."

S: "Dit strookt met de gedachtegang van Kruit. Wat ik begrijp uit uw verhaal, wat ik ook terugzie in de jurisprudentie, is dat de kantonrechter ofwel van het punitieve uitgaan ofwel een vergoeding bieden voor de schade. De rechtsvorm punitive damage pakt deze componenten samen, waarbij de werknemer tegemoet wordt gekomen in de geleden schade en daarbij wordt de werkgever gestraft voor het gedrag dat hij heeft vertoond. Dit is te herleiden uit de bewoording van de wetgever in de memorie van toelichting.

- R3 springt in. –

R3: "Na het lezen van het artikel van de heer Kruit dacht ik: ho even, hebben we het over hetzelfde? Het punitieve karakter, zoals ik dat in mijn uitspraak heb gebruikt, was niet bedoeld als punitive damage in die zin dat daar ook nog een stukje schadevergoeding in zit. Ik heb dat volgens mij niet helemaal uitgewerkt in de uitspraak, maar wat de heer Kruit bedoelt is dat we punitive damage hier – *R3 bedoelt binnen Nederland* - niet kennen. Wat ook blijkt uit het artikel van Sagel, dat in het punitieve karakter ook een schadevergoeding zit. Sagel wijst erop dat in andere gebieden van het Nederlandse recht, bijvoorbeeld als buitenlands recht moet worden toegepast, indien je dan te maken hebt met een rechtssysteem waarin een punitive damage naar voren komt, de Nederlandse rechter dan zegt dat dit strijdig is met ons systeem. Dit doen wij gewoon niet.

S: "Klopt. Ik heb ook onderzoek gedaan naar de rechtsvorm punitive damage en waarom wij dit in Nederland niet kennen. Hier zijn verschillende onderzoeken over geschreven. Een van de tegenargumenten is dat een bestraffend instrument wordt betrokken in het privaatrecht, hoewel het niet de bedoeling is dat deze rechtssystemen met elkaar worden verweven."

R3: "Het zou inderdaad vreemd zijn, als wordt gezegd ten aanzien van buitenlands recht dat het in strijd is met onze openbare orde, maar vervolgens doe je het in het arbeidsrecht wel. Daar moet dan verder over worden gediscussieerd."

S: "Dat is inderdaad een diepgaandere discussie."

R3: "Volgens mij is Kruit ervoor om al de gevolgen buiten beschouwing te laten en enkel naar het punitieve karakter te kijken, als ik goed begrijp wat hij zegt. Dat je alleen kijkt naar de werkgeverskant, hoe groot is de werkgever en wat kan hij betalen. Je kijkt dan niet meer naar de werknemerskant. Sagel zegt vanuit de spiegelbenadering, dat je kijkt naar wat de werknemer mist en daarbij kan nog iets punitiefs komen, waarbij je kijkt naar de werkgever."

S: "Dat is ook wat een punitive damage is, wat die rechtsvorm inhoudt. Kruit gaat in dat artikel heel erg uit van dat punitieve, maar daarbij haalt hij een artikel van mevrouw Peters aan. Hierin schrijft Peters dat de schade die de werknemer lijdt door het ernstige verwijtbare gedrag, dus niet de gevolgen vanwege het beëindigen van het dienstverband, kunnen worden berekend volgens de beginselen van boek 6.

R3: "Dan zit je meer in de immateriële sfeer. Deze vergoedingen worden heel terughoudend toegekend. Dit levert in het algemeen niet zo heel veel op."

S: "Kruit gaat uit van het punitieve. Daarbij haalt hij een artikel aan van mevrouw Peters, die toeziet op vergoeding van de schade die is ontstaan door het ernstige verwijtbare gedrag van de werkgever. Als je deze componenten samenbrengt, heb je een punitief karakter, maar kijk je ook naar de werknemer. Dit strookt dan enigszins met de benadering van Sagel, waarin hij zowel kijkt naar de werknemer als de werkgever. Wat vindt u van de benadering, om deze componenten samen te brengen, ten aanzien van de billijke vergoeding?"

R3: "Ik heb dat zelf in mijn uitspraak ook wel gedaan, maar niet zo mooi uitgewerkt als in die uitspraak van de kantonrechter in Zwolle. Ik denk dat ik het meest voel voor de spiegelbenadering van Sagel. Ik heb vanochtend verschillende artikelen doorgenomen, omdat er veel meer is verschenen dan toen ik mijn uitspraak deed. Ik wil niet zeggen dat ik daar definitief uit ben. Om puur te gaan zitten op het punitieve karakter volgens de heer Kruit of een schadevergoeding volgens mevrouw Peters.. terwijl in de parlementaire geschiedenis dat de gevolgen niet de bedoeling is.. je kunt het wel meewegen. Dat is natuurlijk ook lastig aan de wetsgeschiedenis, want die hinkt op twee gedachten, er komen allerlei tegenstrijdigheden in voor. Ik ben nog niet zo ver dat ik kan zeggen, zoals sommige rechters doen, dat ik helemaal niet naar de gevolgen kijk. Je kunt dan namelijk alle omstandigheden meewegen, zoals: heeft de werknemer wel of geen recht op een transitievergoeding en hoe zit het met de vergoeding wegens onrechtmatige opzegging? In het woordje billijk zit redelijk wat rek, waardoor je een redelijke vrijheid krijgt.

- Onderbreking van het interview, R3 draait de verwarming uit want hij heeft het warm. -

Als je zou vragen wat mij het meeste aanspreekt, voelt de spiegelbenadering heel goed. Ook omdat het de mogelijkheid biedt, om ook het punitieve karakter tot uiting te laten komen. Je kunt zo een vergoeding veel meer op maat maken, zoals we dat in de oude ontbindingen konden doen.

S: "Dus het idee om een samenstelling te maken van een punitief karakter met een ander karakter, dan hoeft het niet per se de benadering van Kruit of Peters te zijn of een dergelijke spiegelbenadering, lijkt u toepasbaar? Ik bedoel dat het overgenomen kan worden door rechters, zodat er meer een lijn wordt gevormd voor rechters om de billijke vergoeding zo te benaderen."

R3: "Dat lijkt mij wel. Het is echter wel zo dat ik dit op persoonlijke titel zeg. Het is niet zo dat daar binnen de rechtbank een lijn in wordt uitgezet. Er wordt wel over gediscussieerd. Het is in theorie ook mogelijk om in het arbeidsoverleg uitgangspunten af te spreken, op bepaalde punten doen we dat."

S: "Ik denk ook niet dat het juridische werkveld dit nu al van u verwacht. Het is zo'n korte periode na invoering, de rechtspraak moet de ruimte krijgen om zich te ontwikkelen."

R3: "Het zou natuurlijk wel fijn zijn als binnen een bepaalde tijd meer duidelijkheid ontstaat, zodat advocaten hun vorderingen beter kunnen onderbouwen. Ziet u dat een advocaat een verzoek tot een billijke vergoeding goed onderbouwt?"

R3: "Ik heb dus nog niet super veel zaken gehad, maar over het algemeen kan ik zeggen dat de kwaliteit heel wisselend is. Met name als je het vergelijkt met de kennelijk onredelijkheidszaken van vroeger, die trouwens nog steeds lopen. Het is moeilijk om daar in het algemeen iets over te zeggen."

S: "Veelal wordt de hoogte van het bedrag niet wordt onderbouwd of er zelfs geen bedrag wordt genoemd, dan wordt het aan u overgelaten."

R3: "Dat heb ik inderdaad eerder gehoord, dat kon ik ook niet plaatsen, dat er geen bedrag werd genoemd. Dat vind ik uit tactisch oogpunt niet zo handig."

S: "Mijn idee is dat het altijd slim is om als advocaat een onderbouwde vordering in te dienen. Dit biedt meer mogelijkheid voor de rechter om hierin mee te gaan. U doet vervolgens uitspraak over de redenering achter de vordering, waardoor jurisprudentie ontstaat. Ten aanzien van de billijke vergoeding, kunnen advocaten zo een meer leidende rol aannemen in de ontwikkeling van de billijke vergoeding in de rechtspraak."

R3: "Ik zou het zelf als advocaat nooit zo doen, dat ik de vordering niet onderbouw. Waar je wel voor moet oppassen is dat je niet zo'n bedrag vraagt, dat je van te voren al weet dat het niet wordt toegekend. Dan komt er een soort zweem om de zaak te hangen van overvraging. Dat moet je in de gaten houden."

S: "Ik denk inderdaad dat je dan wel een bedrag naar redelijkheid moet vorderen en deze moet onderbouwen. Als het bedrag dat je vordert te hoog is, dan strookt de redenering niet met het bedrag."

R3: "Het gaat ook om een billijke vergoeding. Daar moet je een verhaal bij hebben."

S: "Gericht op het schadecomponent ben ik uitgegaan van de gevolgen van het ernstige verwijtbare gedrag van de werkgever. Dan zit je vooral in het immateriële deel, omdat het ernstige verwijtbare gedrag voornamelijk een tik uitdeelt aan de werknemer. Wellicht heeft de werknemer heel veel stres ervaren. Het komt nog niet veel voor in de rechtspraak, maar ik kan me voorstellen dat een werknemer dit ervaart. Een einde dienstverband kan voor een werknemer heel ingrijpend zijn. Denkt u dat deze schadeposten volgens de beginselen uit boek 6 berekend kunnen worden?"

R3: "Zoals mevrouw Peters voorstelde?"

S: "Mevrouw Peters schreef algemeen over "de gevolgen". Ik begreep dat de wetgever niet beoogd heeft dat de gevolgen van het ontslag in de billijke vergoeding meegewogen worden. Daarom doel ik enkel op de gevolgen van het ernstige verwijtbare gedrag."

R3: "Ja, als je deze strakke lijn aanhoudt. Ook dat heb ik niet meegemaakt onder de Wwz. Je kunt wel goed aansluiting zoeken bij de kennelijk onredelijk praktijk, zoals de uitspraken Rutten/Breed en Van de Grijp/Stam. Hierin is gezegd dat de rechter inzicht moet geven in de manier waarop hij de schade heeft berekend, dit moet hij ook zo nauwkeurig mogelijk doen. Hier komt de Hoge Raad op terug en zegt dat dit alles moet gebeuren in redelijkheid. Het is voor een rechter een hele moeilijke opdracht om inzicht te geven in zo'n schadeberekening. Als je alleen op de immateriële schadekant gaat zitten, dan is het moeilijk om er een prijskaartje aan te hangen. Het hangt heel erg af van de bijzondere omstandigheden van het geval. Je zou kunnen kijken in de smartengeld gids of je daar iets tegen zou kunnen komen. Daarnaast moet het voldoende aannemelijk zijn dat jouw klachten zijn ontstaan door toedoen van de werkgever. Daar kun je allerlei discussies over krijgen. Stel je bent wat bevattelijker voor dat soort dingen, in principe heb je er nooit last van, maar nu doordat de werkgever zich zo opstelt komt het allemaal naar buiten, kan je aansluiten bij de regel dat je het slachtoffer moet nemen zoals hij is. Of deze regel zo een op een in het arbeidsrecht zou kunnen worden toegepast, kun je ook verschillend over denken. Ik heb in de kennelijk onredelijk praktijk behoorlijk vaak van die redeneringen voorgeschoteld gekregen. Dat werd in het algemeen niet hard genoeg onderbouwd, zodat daar hoogstens een beetje gevoel vanaf komt, dat de situatie heel vervelend is geweest. Toch ben ik situaties waarin een werknemer door toedoen van de werkgever onder behandeling moest worden gesteld, nog nooit tegengekomen. Dat kan wel gebeuren natuurlijk."

S: "Het is heel specifiek. Ik heb inkleuring wat het ernstig verwijtbare gedrag tot gevolgen zou kunnen hebben gehad."

R3: "Dan moet de werkgever zich wel heel slecht hebben gedragen. In die artikelen die ik voor vandaag heb gelezen, staan voorbeelden zoals een werkgever die een werkgever uitrookt, echt wegpest. Als de feiten daarvoor duidelijk worden, ook al zou de werknemer zich niet onder behandeling heeft hoeven stellen, dan kun je daar als kantonrechter wel een prijskaartje aanhangen."

S: "U heeft een billijke vergoeding toegekend. Hoe bent u tot het uiteindelijke bedrag gekomen?"

R3: "Het was een heel klein kappersbedrijf. Ik vond dat er een bodem in moest komen vanwege het punitieve karakter. Daarbij was het een heel klein dienstverband, deze mevrouw verdiende maar ongeveer 200 euro per maand. Ik kan dan een vergoeding bepalen van 500 euro, maar dan denkt de werkgever, dit risico durf ik bij een volgende nog wel een keer te lopen. Dan ben ik gekomen op 4000 euro, maar ook in aanmerking genomen de duur van het dienstverband en de hoogte van het loon. Het probleem vond ik, als je eenmaal de verwijtbaarheid vast hebt staan en de omstandigheden die je wil meewegen, om een vertaling te maken naar een bedrag in euro's. Als je dan de spiegelbenadering van Sagel toepast kun je dingen gaan berekenen. Dan kun je kijken hoe lang het dienstverband zou hebben geduurd als dit niet gebeurd was enzovoort. Dat is ook een berekening met vele onzekerheden, want je kunt niet in de toekomst kijken en je bent afhankelijk van wat partijen hebben aangevoerd. Wat we ook wel eens doen, als we een concreet uitgangspunt willen nemen, dat we bepalen wat redelijk zou zijn om de werkgever als aanvulling te laten betalen op het loon als ww. Om zo één of twee jaar aan te vullen, dat kun je precies uitrekenen. Dat zou ook een benadering zijn."

S: "Hoe heeft u hierin het punitieve karakter toegepast?"

R3: "Als een soort bodem, het is een klein dienstverband en een kleine werkgever. Het is een kwestie van gevoelsmatigheid."

S: "U bent eerst uitgegaan van het punitieve, daar heeft u een bedrag op vastgesteld. Daar bovenop heeft u de extra schadeposten toegekend?"

R3: "Het is een beetje dubieus om als rechter later iets uit te leggen dat niet in de uitspraak staat. Eigenlijk moet je zeggen, het is gegaan zoals het in de uitspraak staat. Als je het niet snapt, dan heeft de rechter die uitspraak niet goed gemotiveerd. Het is lastig om als je eruit bent welke omstandigheden je mee wilt wegen, een vertaalslag te maken naar een bedrag. Als je de spiegelmethode toepast kun je het min of meer uitrekenen. Stel je past het niet toe, omdat het niet geschikt is voor een bepaalde zaak of je kijkt gewoon niet naar de omstandigheden, dan is het iets meer schattenderwijs. Maar goed, als je het hebt over schadebegroting zegt de wet ook, als je de schade niet kunt begroten mag je de schade schatten als rechtbank. Waar we het regelmatig over hebben, is dat we in uitspraken een bepaald tekstblok zien. Hieruit is af te lezen welke omstandigheden zijn meegewogen. Daarna komt er uit de hoge hoed een bedrag tevoorschijn. Pas als je spiegelbenadering toepast, dan kun je gaan rekenen en het inzichtelijk maken."

S: "Ik vind het dan nog steeds lastig hoe het punitieve component in de vergoeding wordt verweven. Kruit zegt je kunt kijken naar de jaaromzet, maar dan krijg hele wisselende rechtspraak. De hoogte van de vergoeding voor de bakker op de hoek is dan anders dan voor Philips. Enerzijds is het correct als je het wil afspiegelen op de werkgever, anderzijds creëert het geen rechtszekerheid. Ook wordt de werknemer benadeeld of bevoordeeld door het bedrijf waar diegene werkzaam is."

S: “In het privaatrecht ben ik gaan kijken naar bepalingen waarin het punitieve karakter naar voren komt. Toen kwam ik uit bij boetebedingen, gericht op het arbeidsrecht concurrentie- en relatiebedingen. Deze bedingen moet je contractueel overeenkomen. Hier heb ik op voort geborduurd, hoe je dit vorm kunt geven. Stel dat een werkgever en een werknemer een beding opnemen in de overeenkomst, waarin ernstig verwijtbaar handelen of nalaten als openstaand begrip is opgenomen. Er is een bedrag gekoppeld aan de overtreding van dit begrip ten gunste van de werknemer, de billijke vergoeding. Dit komen ze contractueel overeen.”

R3: “Die werkgever kan natuurlijk zeggen, dan heb ik een stukje zekerheid, dat het bedrag in ieder geval niet meer is dan dit of dat.”

S: “Precies, het biedt ruimte voor de werkgever om zichzelf in te dekken. Stel een dergelijk beding bestaat, zou u zich dan houden aan het overeengekomen bedrag?”

R3: “dat hangt er wel vanaf. Je hebt natuurlijk altijd artikel 6:248 lid 2 BW. Indien partijen iets zijn overeengekomen, maar op grond van redelijk en billijkheid is het onaanvaardbaar, hoeft ik mij daar niet aan te houden. Daarnaast zit je met het punt ernstige verwijtbaarheid, je kunt dit in de arbeidsovereenkomst niet concretiseren. Je kunt het als uitgangspunt nemen, maar het is altijd mogelijk om te zeggen dat iets er buiten valt. Je kunt niet als rechter zeggen dat iets niet overeengekomen is, maar stel dat het een relatief laag bedrag is kun je zeggen dat in de onderhandelingsfase de werknemer hier niet altijd bij nadenkt. Soms kom je boetebedingen tegen waarvan je denkt: waarom teken je dit? Daar ging het toen niet over, het ging over wat die werknemer ging doen en verdienen en wanneer kon beginnen. Als er een beroep op wordt gedaan kun je als rechter dus niet zeggen dat het er niet staat. Ook is het zo dat de drempel om het artikel in te roepen heel hoog ligt.”

S: “Het zou wel overeen kunnen komen met het ernstige verwijtbare handelen, dat komt in zulke bijzondere situaties voor, dat het muizengaatje ruimte kan bieden voor deze escape.”

R3: “Je zou het als een vingerwijzing kunnen zien. Het hangt er verder ook van af van wat voor functie het is, als het iemand is niveau schoonmaker of directie.”

S: “Dit zou ook tot uiting kunnen komen in het bedrag dat aan het voorschrift wordt gekoppeld. Het is inderdaad wel onzeker dat je niet weet wat de gedachtegang was van partijen bij het aangaan van de overeenkomst.”

R3: “Dan moet je gaan Haviltexen voor de uitleg daarvan.”

S: “Ik heb ook andere rechters geïnterviewd. Zij vonden het moeilijk toepasbaar, omdat je voor een boetebeding een concreet voorschrift moet hebben.”

R3: “Dat kan hierbij niet.”

S: “Klopt. Ik wilde het criterium ernstige verwijtbaarheid, indien daar tussen partijen geschil over bestaat, ter beoordeling aan de rechter overlaten.”

R3: “Als je bij het prijskaartje van ernstige verwijtbaarheid de duur van de arbeidsovereenkomst meeweegt, betekent dat het in jaar een heel anders wordt ingekleurd dan na vijftien jaar. Het wordt steeds moeilijker om te zeggen dat je toen iets hebt afgesproken, maar na vijftien jaar geldt het niet meer.”

S: “Je zou kunnen toepassen dat het bedrag in het beding aan verandering onderhevig is, gekoppeld aan de dienstjaren.”

R3: "Ik weet niet of werkgevers het aandurven om dit op te nemen. Hier gaat een soort bodemwerking van uit. Als het al te laag is zal de rechter zeggen dat je er niet mee uitkomt, maar als de vergoeding behoorlijk hoog is kan de rechter zeggen ik zie dit als bodem, je bent ernstig verwijtbaar dus je krijgt het ook meteen. Ik denk dat de nadelen wellicht groter zijn dan de voordelen, er ontstaat een soort schijnzekerheid."

Bijlage 9 Interviewverslag respondent 4

Respondent: R4
Functie: raadsheer te gerechtshof Den Haag
Locatie: Den Haag
Datum: 9 december 2016
Tijd: 09.30 uur
Duur: 23 minuten

Opmerkingen van de verantwoordelijke interviewster worden aangemerkt met de letter 'S'.
De hoofdvragen die de rode lijn vormen door het interview zijn dikgedrukt.
De antwoorden van de respondent worden weergegeven met de letter 'R4'.
Tussentijdse gebeurtenissen zijn cursief gedrukt.

Respondent 4 heeft vooraf het toestemmingsverklaringsformulier ondertekend.

S: “Heeft u veel zaken behandeld waarin de billijke vergoeding aan bod kwam?”

R4: “Billijke vergoedingen worden in veel Wwz zaken bij ons gevorderd. Heel vaak doen we er niks mee, omdat als het ontslag terecht gegeven is het bijna ondenkbaar is dat de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Dan kom je niet toe aan een billijke vergoeding. Je kunt dan in één zin opschrijven dat de billijke vergoeding niet aan de orde is. Dat is eigenlijk de belangrijkste reden om daar nooit aan toe te komen. De billijke vergoeding ziet toe op gevallen waarin ten onrechte ontslagen is, waarbij nog iets extra's aan de hand moet zijn. Dat heb ik nog nooit aan de orde gehad. Wat ik wel aan de orde heb gehad, maar daar gaat jouw onderzoek niet over, een billijke vergoeding uit hoofde van artikel 7:683 BW. Wij denken daar anders over dan de kantonrechters. Zij wijzen in plaats van herstel, een billijke vergoeding toe. Hier zit geen element van verwijtbaarheid in en daarmee valt het echt niet onder jouw onderzoek.”

S: “U heeft dus nog nauwelijks vastgesteld dat de toewijzing van een billijke vergoeding door een kantonrechter juist was?”

R4: “Volgens mij helemaal niet, zelfs.”

S: “Er komen geluiden vanuit het juridische werkveld, dat zij gebaat zijn bij meer handvatten ten aanzien van de billijke vergoeding. Enerzijds zie ik terug in de jurisprudentie dat advocaten in eerste aanleg hun vordering nauwelijks of niet onderbouwen. Soms wordt een bedrag genoemd, soms wordt dit overgelaten aan de rechter. Anderzijds ben ik enkele uitspraken tegengekomen waarin de advocaten de kostenposten zo specifiek mogelijk weergeven. Wat vindt u van de benadering, dat advocaten een leidende rol kunnen nemen in de ontwikkeling van de billijke vergoeding in de rechtspraak?”

R4: “Dat lijkt mij heel goed. Je hebt twee elementen. Is er ernstig verwijtbaar gehandeld, dat moet je bewijzen als werknemer dus daar zal iets over gezegd moeten worden. Het kan zijn dat dit uit de omstandigheden blijkt die je van te voren al hebt weergegeven. Als dit niet al uit andere omstandigheden blijkt, dan zal je daar echt iets over moeten zeggen voordat je die stap kunt nemen. Daar moeten wij terughoudend in zijn. Het andere element is, dat als wij vinden dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen, dan zitten wij als rechter met hetzelfde levensgrote probleem als de advocaat, hoeveel dan. Daar zijn weinig aanknopingspunten voor.”

S: “Merkt u dat het lastig is om een vertaalslag te maken naar een bedrag?”

R4: “Ik ben nooit een stap verder gekomen dan de stap “is er ernstig verwijtbaar gehandeld”.”

S: “Heeft u daar nog nooit verder over nagedacht?”

R4: "Wel over nagedacht, het is natuurlijk niet makkelijk. De parlementaire geschiedenis biedt wel wat aanknopingspunten, maar is ook tegenstrijdig en soms niet logisch. Ik denk dat het heel goed is, als advocaten zelf komen met wat zij belangrijke elementen vinden en dat kun je benoemen op zoveel euro. Pensioenopbouw, ziektekosten of dat een werknemer in een depressie is geraakt, dat soort dingen. Of wij er iets mee doen is punt twee, maar als je het voorlegt moeten wij er expliciet op ingaan. Daar ben ik het mee eens."

S: "Wat vindt u van de benadering om de billijke vergoeding uit te splitsen in een punitief component en een component die toeziet op de gevolgen?"

- R4 heeft aangegeven te weten wat een punitive damage is, derhalve heb ik de introductie overgeslagen. -

R4: "Ik denk in de eerste plaats dat het een vergoeding voor de gevolgen is. Dan wordt gezegd dat daar de transitievergoeding voor is, maar daar ben ik het ten dele mee eens. De transitievergoeding is een bedrag wat de wetgever heeft verzonnen wat doorgaans genoeg wordt geacht. Dat betekent natuurlijk niet dat de werknemer in werkelijkheid niet meer schade heeft geleden. Juist als er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen, lijkt het mij voor de hand liggen dat je het basisbedrag van de transitievergoeding opzij schuift en kijkt naar wat er werkelijk aan schade is geleden. Dit past volgens mij ook in dit stelsel. Het vermogensrecht, burgerlijk recht, is erop gericht om schadevergoedingen te geven in dit soort situaties. Dat houdt in dat de schade berekend moet worden. Bij het berekenen van de schade kun je in bepaalde opzichten meenemen dat er ernstig verwijtbaar is gehandeld, maar dit is dan hooguit één element uit de hele schadeberekening. Een voorbeeld zou kunnen zijn als je een immateriële schadevergoeding toekent. Als er zo schandelijk is gehandeld door de werkgever, kun je er een immaterieel component opplakken. Dit pak je allemaal samen in de billijke vergoeding en hoef je voor mij part niet helemaal uit te splitsen. Dan is het aller lastigste, dat is waar iedereen tegenaan loopt, als iemand ten onrechte is ontslagen moet je diegene in de positie brengen als ware hij niet ten onrechte ontslagen was."

S: "Dan pas je de vergelijkingstheorie toe."

R4: "Dat is niet te doen."

S: "Dat is eigenlijk schatten."

R4: "Ja, het is schatten. Bovendien, het hoeft niet altijd een honderd procent vergoeding te zijn, omdat het niet goed kan. Daar zit het element billijk in. Het doet me een beetje denken aan letselschade in dat opzicht. Iemand die ernstig gewond is geraakt en zijn beroep niet meer kan uitoefenen, 30 jaar toen het gebeurde. Dan zou je moeten kijken hoe zijn arbeidswegen zich zouden hebben ontwikkeld, zonder dat ongeval. Dat is eigenlijk niet te doen. Doordat nu wordt gezegd dat je niet een schadevergoeding moet toewijzen, maar een billijke vergoeding, kan je daar wat mij betreft wat makkelijker mee uit de voeten."

S: "U denkt dus wel dat de beginselen uit boek 6 onderdeel zijn van de berekening van de billijke vergoeding?"

R4: "Ik denk dat het zo moet zijn. Sterker nog, ik denk dat punitive damages niet kunnen bij ons." – *R4 doelt met "ons" op binnen Nederland.* -

S: "Hoe kijkt u dan aan, tegen de bewoording van de wetgever: "dergelijk handelen in de toekomst voorkomen"."

R4: "Ik denk dat het een fout is."

S: "U vindt dat er geen punitief element zit in de billijke vergoeding?"

R4: "Ik denk als je het scherp zou spelen en de rechter zou zeggen wij wijzen 100.000 euro toe, want de werkgever heeft heel schandelijk gehandeld en op deze manier laat hij het de volgende keer uit zijn hoofd, maar dan netjes opgeschreven, dat dit onderuit gaat bij de Hoge Raad. Dit is namelijk in strijd met artikel 5 EVRM, omdat het in wezen een strafoplegging wordt. Een strafoplegging moet voldoen aan de eisen van artikel 5 EVRM. Dit betekent dat er een delictsomschrijving moet zijn, wat hier absoluut niet is. Het moet duidelijk zijn wat de straf is, dat is het absoluut niet. Het voldoet niet. Het kan zo zijn dat iemand zo schandelijk heeft gehandeld, dat je er wel wat mee wil. Dat zou betekenen dat de werknemer daar zodanig onder heeft geleden, maar dan doe je het in de vorm van een immateriële schadevergoeding. Wellicht bedoel je het dan niet op die manier. Het zou anders betekenen dat de bakker op de hoek minder zou moeten betalen dan Shell, ten aanzien van hetzelfde schandelijk handelen. Dat kan niet de bedoeling zijn."

S: "Dat is wat Kruit heeft geschreven als je het punitieve wilt inkleden. Hij opperde het idee om naar de jaaromzet te kijken. Iedere werkgever is anders, dus voor iedere werkgever zou het punitieve element anders zijn. Daar was ik het niet mee eens, ik denk dat hierdoor te veel verschillende bedragen worden toegekend, wat niet bijdraagt aan de rechtszekerheid."

S: "Ik ben zelf gaan kijken hoe ik het punitieve element zou kunnen inkleden vanuit het privaatrecht. Toen kwam ik uit bij het boetebeding."

R4: het verschil met het boetebeding is, dat beding moet tussen twee mensen overeengekomen zijn: "als jij koffie morst, moet je mij 10 euro betalen".

S: "dat klopt. Vanuit daar heb ik onderzocht of je een beding kunt opnemen in de arbeidsovereenkomst dat toeziet op ernstig verwijtbaar handelen, waaraan je een bedrag koppelt. Aan de ene kant krijg ik reacties waarin wordt gezegd dat er geen werkgevers zullen zijn die dit opnemen."

R4: "Ook, maar het kan."

S: "Ja, anderzijds kan de werkgever zich indekken. De vraag is dan, zou een rechter zich hieraan houden. Een andere kantonrechter benoemde artikel 6:248 BW, mocht het beding onredelijk zijn kan daar altijd naar redelijkheid en billijkheid van af worden geweken."

R4: "Zo zou je het kunnen doen, daar is dan ook niets op tegen. Dan is inderdaad het enige, dat in een gemiddelde arbeidsverhouding, de werkgever niet zo snel geneigd zal zijn om zichzelf alvast van te voren een boete toe te kennen voor eventueel schandelijk handelen, want in de eerste plaats handelt hij nooit schandelijk. – *R4 zegt dit op een sarcastische toon, waarmee ze bedoelt dat de werkgever nooit zal toegeven dat er schuld is vanuit werkgeverskant.* – In de tweede plaats, als een van zijn werknemers zich daarop beroept wil hij niet gebonden zijn aan een gigantisch bedrag. De theorie klopt, maar in de praktijk zal dit niet zo werken. In dat geval is ook die hele bepaling niet meer nodig, artikel 7:671b BW. Die heb je dan niet meer nodig voor het toewijzen van die vergoeding, want dat is dan al contractueel geregeld."

S: "Ik dacht dat je het criterium ernstig verwijtbaar handelen open moet laten, aangezien je dit niet mag uitkristalliseren in de overeenkomst. Als er dan een geding over ontstaat, moet het voorgelegd worden aan de rechter. Dan heb je misschien toch nodig?"

R4: "Nee, dan heb je die bepaling niet nodig. Dan gaat het om wat jij en ik hebben afgesproken over het ernstig verwijtbaar handelen. Dan stel je met z'n tweeën het contract op, in theorie dan, waarbij wordt gezegd als ik ernstig verwijtbaar handel krijg jij bedrag x. Dan zegt de werknemer, waar versta je dat dan onder? Bijvoorbeeld discriminatie, seksuele intimidatie. Dan heeft de werknemer daar een idee bij. Als het dan tot een procedure komt, dan zegt de werknemer dat de werkgever dat voorbeeld toen heeft gegeven. De werkgever zal ontkennen."

S: "Dan wordt door de rechter gehaviltexd."

R4: "Gehaviltexd, vraag om bewijs, et cetera."

S: "Ik heb een uitspraak van het hof Den Haag gelezen, met betrekking tot een toewijzing van een billijke vergoeding van 50.000 euro. Hierin vonden de raadsheren de transitievergoeding niet genoeg voor de totale financiële schade. –

In onderling gesprek blijkt dat R4 hier geen rol in heeft gespeeld. -

In deze uitspraak kwamen schadeposten aan bod zoals inkomensschade en pensioenschade. Wat voor andere schadeposten zouden er nog kunnen voorkomen?"

R4: "Als je mishandelt bent op je werk. Het zal niet zo vaak voorkomen, maar het zal je maar gebeuren dat iemand je een enorme klap op je kop verkoopt. Dat zijn extreme gevallen natuurlijk. Dan heb je lichamelijk letsel en word je arbeidsongeschikt bijvoorbeeld. Er gebeuren rare dingen, maar dat zijn niet de standaard casussen. Voornamelijk denk ik dus inkomensschade en pensioenschade, dan ben je een heel eind. Kosten om te solliciteren. Advocaatkosten, alhoewel dit in de proceskosten wordt verweven."

Bijlage 10 Rekentool

Aan de hand van een simpel rekenvoorbeeld wordt per materiële schadepost toegelicht hoe de concrete berekening kan worden opgebouwd.

Voorbeeld

Werkgever x heeft een verzoek ingediend tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst van werknemer y. De rechter wijst het ontbindingsverzoek toe, maar stelt vast dat de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever. Werknemer y doet een beroep op de additionele billijke vergoeding uit hoofde van artikel 7:671b lid 8 sub c. Op het moment van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst is werknemer y 65 jaar oud. Het laatst verdiende loon bedroeg € 2.000,- per maand. De omvang van het dienstverband was 40 uur per week gedurende 10 jaar, waarvan de dienstjaren zich aaneengesloten hebben opgevolgd. Werknemer y heeft tot op heden een pensioen opgebouwd van € 50.000,-. Werknemer y heeft ten gevolge van deze omstandigheden veel stres en problemen met slapen. Hiervoor is werknemer y naar de dokter geweest en heeft een voorschrift meegekregen voor slaaptabletten.

Concrete materiële schade: loonschade

Beoordeling:

De kans is zeer groot dat werknemer y nog 2 jaar werkzaam zou blijven voor werkgever x, tot het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Werknemer y loopt derhalve maandelijkse inkomstenbron mis voor de duur van deze 2 jaar.

Berekening:

12 maanden (2 jaar) x € 2.000,- = € 24.000,-

Vakantietoeslag 8% = € 1.920,-

Totaal = € 25.920,-

Concrete materiële schade: pensioenschade

Beoordeling:

De kans is zeer groot dat werknemer y nog 2 jaar werkzaam zou blijven voor werkgever x, tot het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Werknemer y loopt derhalve een pensioenopbouw voor 2 jaar mis.

Berekening:

Jaarlijks 2% indexering van € 50.000,- = € 1.000,- per jaar

Totaal = € 2.000,-

Concrete materiële schade: gemiste transitievergoeding

Beoordeling:

De kans is zeer groot dat werknemer y nog 2 jaar werkzaam zou blijven voor werkgever x, tot het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Werknemer y loopt derhalve een opbouw van de waarde van de transitievergoeding voor 2 jaar mis.

Berekening:

Eerste 120 maanden van arbeidsduur (10 jaar) 1/6 maandloon per periode van 6 maanden

20 periodes x 1/6 van € 2.000,- = € 6.666,67

Totaal = € 6.666,67

Concrete materiële schade: personenschade

Beoordeling:

De kans is zeer groot dat werknemer y nog 2 jaar werkzaam zou blijven voor werkgever x, tot het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Werknemer y heeft door de omstandigheden veel leed ervaren, waardoor slaapproblemen zijn ontstaan. De huisarts heeft de werknemer een voorschrift meegegeven voor slaappillen.

Berekening:

Rekening eigen premie overgelegd	= € 100,-
Totaal	= € 100,-

Abstracte immateriële schade: leed

Beoordeling:

De kans is zeer groot dat werknemer y nog 2 jaar werkzaam zou blijven voor werkgever x, tot het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Werknemer y heeft door de omstandigheden veel leed ervaren, waardoor slaapproblemen zijn ontstaan. Vanwege de slaapproblemen heeft werknemer y last gekregen van angstaanvallen, heeft niet kunnen solliciteren en kan zich niet in drukke, openbare ruimtes begeven.

Berekening:

Immateriële schade	= € 1.000,-
Totaal	= € 1.000,-

Vordering

De vordering is gebaseerd op de concrete schadeposten, waaronder loonschade inhoudende € 25.920,-, pensioenschade inhoudende € 2.000,- en de gemiste waarde van de transitievergoeding inhoudende € 6.666,67.

Daarbij behoren schadeposten te worden meegewogen, die het gevolg zijn van het leed dat werknemer y heeft ervaren. Deze schadeposten zien toe op € 100,- eigen premie van de zorgverzekering en € 1.000,- aan immateriële schadevergoeding.

De schadeposten in onderling verband, komen uit op een totaalbedrag van € 35.686,67.

Aan de kantonrechter wordt overgelaten om op basis van deze vordering, in redelijkheid, een bedrag vast te stellen die genoegdoening biedt voor de gevolgen van het ernstige verwijtbare handelen van de werkgever.

Daarbij de opmerking, dat op basis van de wetsgeschiedenis en uitspraken a en b, de kantonrechter rekening dient te houden met het feit dat de vergoeding dergelijk handelen of nalaten in de toekomst dient te voorkomen, bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding.¹ Hieruit kan een punitieve werking worden ontleend. Het bedrag moet dusdanig substantieel zijn, dat werkgever x, op basis van de omstandigheden in onderhavige zaak, wordt gestraft.

¹ Zie hoofdstuk 5.