

Verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer ('e-grond'): de lijnen in de rechtspraak uitgekristalliseerd?

E. Wies & M.A. Schneider, datum 09-05-2018

Datum

09-05-2018

Auteur

E. Wies & M.A. Schneider^[4]

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

Vakgebied(en)

Arbeidsrecht / Algemeen

In onze artikelen in *ArbeidsRecht* 2016/28^[1] en *ArbeidsRecht* 2017/29^[2] analyseerden wij de rechtspraak van 1 juli 2015 tot 24 april 2017 op de 'e-grond', verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Inmiddels zijn we een jaar verder. Is de e-grond na drie jaar Wwz uitgekristalliseerd?^[3]

1. Onderzoeksrapport Hugo Sinzheimer Instituut

Het criterium 'ernstig verwijtbaar handelen' is op 1 juli 2015 in het arbeidsrecht geïntroduceerd. In de memorie van toelichting is aangekondigd dat het criterium uiterlijk in 2017 zou worden geëvalueerd om te bezien of het niet te vaak leidt tot toekenning van een billijke vergoeding (bij ernstig verwijtbaar handelen door de werkgever) of tot het verspelen van de transitievergoeding (bij ernstig verwijtbaar handelen van door de werknemer).^[5] Op 20 december 2017 heeft het Hugo Sinzheimer Instituut het onderzoeksrapport "Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten in de Wwz" uitgebracht.^[6] De vraag of het criterium ernstig verwijtbaar handelen of nalaten er in de praktijk toe leidt dat slechts in uitzonderlijke gevallen een billijke vergoeding aan de werknemer wordt toegekend of geen transitievergoeding verschuldigd is, wordt in dit rapport bevestigend beantwoord. Het is blijkens de memorie van toelichting de bedoeling dat het kabinet in samenspraak met de Stichting van de Arbeid naar aanleiding van het onderzoeksrapport conclusies over het criterium zal trekken die vervolgens aan de Tweede Kamer zullen worden voorgelegd.

In het rapport komt niet alleen het effect van het criterium ernstig verwijtbaar handelen op de vergoeding aan de orde, maar wordt ook bezien hoe het criterium ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer door de rechter wordt toegepast. De onderzoekers constateren dat er 8 categorieën van ernstig verwijtbaar handelen door de werknemer zijn aan te merken: (i) schending van gedragsregels; (ii) zich schuldig maken aan misdrijven; (iii) schending van controlevoorschriften bij ziekte; (iv) veelvuldig te laat komen; (v) werkweigering en aanverwante kwesties; (vi) grensoverschrijdend gedrag; (vii) verstoorde verhoudingen; en (viii) een restcategorie.^[7] In ons vorige artikel hebben wij getracht 'gewone' verwijtbaarheid in categorieën te vatten en de afbakening met ernstig verwijtbaar handelen weergegeven. Dat sluit hier mooi bij aan. De verschillende categorieën geven in ieder geval een goed beeld van welk gedrag als (ernstig) verwijtbaar handelen of nalaten kan worden bestempeld.

2. Kenbaarheid van verwijtbaar handelen

Uit de rechtspraak blijkt dat het onverminderd van belang is dat het een werknemer kenbaar is dat het gedrag dat hem wordt verwezen niet is toegestaan. Kenbaarheid kan op verschillende manieren ontstaan: 1) het gedrag is evident niet toegestaan; 2) er is beleid dat kenbaar maakt dat bepaald gedrag niet is toegestaan; of 3) een werknemer is voor hetzelfde gedrag al eens gewaarschuwd.

In de eerste categorie valt een uitspraak over een werknemer die voor zijn dochter en zoon tegels, verf en gipsplaten kreeg van leveranciers van zijn werkgever, Woonpunt.^[8] De werknemer nam die materialen als meerwerk op in een project dat hij voor Woonpunt begeleidde. De kantonrechter oordeelde dat, hoewel Woonpunt weinig had gedaan om zijn werknemers bewust te maken van integriteitsdilemma's, hier sprake was van frauduleus handelen dat de werknemer evident achterwege had moeten laten. Ook een betoog over de bedrijfscultuur, waar dit gedrag schering en inslag zou zijn, kon de werknemer niet baten. Hij had niet aannemelijk gemaakt dat Woonpunt dit soort gedrag toestond of gedoogde. Ontbinding op de e-grond volgde. Ook in een geval waarin een werknemer haar blinde collega per e-mail betitelde als "blind varken" en "kutmongool" vond de kantonrechter dat het de werknemer duidelijk had moeten zijn geweest dat dit gedrag niet zou

worden geaccepteerd.^[9] Ook hier volgde ontbinding wegens verwijtbaar handelen.

In de tweede categorie maakte een strikt bedrijfsbeleid dat de arbeidsovereenkomst van een operator bij een 'gesnedengroenteproducent' op de e-grond werd ontbonden. ^[10] De werknemer had in strijd met de personeelsgids maaltijdsalades meegenomen die eigenlijk zouden moeten worden vernietigd. De werknemer was bekend met het sanctiebeleid dat bovendien jaarlijks aan iedere medewerker werd uitgereikt.^[11] Ook speelde mee dat de werknemer de leidinggevende was van de mensen die de producten al aan het weggooiden waren en hij de salades onder hun neus had meegenomen.

Ook waarschuwingen maken dat voor een werknemer kenbaar is dat bepaald gedrag niet wordt getolereerd. Zo werd de arbeidsovereenkomst van een gezinsmanager bij Jeugdbescherming wegens verwijtbaar handelen ontbonden omdat zij na het versturen van een vertrouwelijk rapport aan onbevoegden, waar zij op was aangesproken, doorging met het delen van vertrouwelijke informatie aan derden.^[12] De kantonrechter oordeelt dat dit gedrag haar was te verwijten, 'zeker nu er sprake was van bestendig gedrag'.

Het blijft wel een punt van discussie welke waarschuwingen recent genoeg zijn om relevant te kunnen zijn bij de beoordeling van het gedrag waarvoor ontbinding wordt gevraagd. Aan incidenten die te ver in het verleden liggen wordt door kantonrechters geen waarde gehecht. Dat is ook niet onredelijk, hoewel de Kantonrechter Overijssel in een uitspraak van 13 november 2017 deze benadering wel erg werknemersvriendelijk toepast.^[13] De kantonrechter overweegt dat het niet zo kan zijn dat incidenten die in een te ver verleden liggen een werknemer zijn hele carrière blijven achtervolgen. Dat geldt temeer als een geruime periode is verstreken waarin geen incidenten zijn geregistreerd. In dit geval hadden zich in de periode van 2009 tot de tweede helft van 2013 geen incidenten voorgedaan. De kantonrechter betreft alleen de incidenten vanaf de tweede helft van 2013. Dat is niet zo verbazingwekkend, maar de kantonrechter gaat nog verder. De kantonrechter acht van belang dat in de brief waarin een laatste waarschuwing voor ontslag is gegeven, geen eindtermijn is gegeven. Volgens de kantonrechter is het illusoir om te veronderstellen dat de werknemer tot het einde van zijn dienstverband geen enkele vergissing zou begaan. Het volgende incident heeft vervolgens een half jaar na de laatste waarschuwing plaatsgevonden. Dit acht de kantonrechter niet dermate ernstig dat het dienstverband niet kan worden voortgezet. De Kantonrechter Haarlem vond een waarschuwing wegens te lang pauze houden, gegeven na een periode van tien maanden van onberispelijk gedrag, onvoldoende voor ontslag.^[14] Omdat er sprake was van een 'lange periode van verbetering' kan de nieuwe waarschuwing volgens de kantonrechter niet met de drie eerder gegeven officiële waarschuwingen tot de conclusie van verwijtbaar handelen leiden.

In ons vorige artikel leidden wij uit de jurisprudentie de vuistregel af dat waarschuwingen ouder dan vijf jaar in ieder geval te lang geleden zijn om te worden meegewogen. Uit bovengenoemde uitspraken kan echter niet een dergelijke absolute regel worden afgeleid. Belangrijker dan het tijdsverloop is de kenbaarheid. Verder lijkt de bescherming van de werknemer tegen zijn eigen verleden een belangrijker rol te spelen dan voorheen het geval was. Als de werknemer een periode van verbetering heeft laten zien, moet een werkgever van goeden huize komen om de eerdere waarschuwingen nog mee te kunnen tellen. Wij zijn het met deze lijn in de jurisprudentie niet eens. Het is op zichzelf terecht dat een werknemer die tweemaal is gewaarschuwd vanwege te laat komen, de derde keer niet wordt ontslagen als geruime tijd tussen dit gedragingen zit. Toch menen wij dat aan eerdere incidenten in het algemeen een zwaarder gewicht mag worden toegekend dan door deze kantonrechters is gedaan en dat zij de opeenvolgende maatregelen mogen kleuren.

Uitgaande echter van de lijn dat een periode van verbetering de werknemer een schone lei oplevert, zou het ambtenarenrecht de werkgever wellicht behulpzaam kunnen zijn. Dat kent een 'voorwaardelijk strafontslag': dat is een strafontslag (een soort ambtenaarrechtelijk ontslag op staande voet) waarbij wordt bepaald dat deze niet ten uitvoer zal worden gelegd, als de ambtenaar zich gedurende een bepaalde termijn niet schuldig maakt aan soortgelijk plichtsverzuim als waarvoor de bestraffing plaatsvindt, of aan enig ander plichtsverzuim.^[15] Gebruikelijk is dat een termijn van twee jaar wordt gekozen.^[16] Ook in het arbeidsrecht zou men een dergelijke termijn aan het opleggen van een waarschuwing of disciplinaire maatregel kunnen koppelen. Dat komt de kenbaarheid ten goede en daarmee de bruikbaarheid in een procedure.

Gedrag waarop een medewerker in een te ver verleden is aangesproken kan dus niet leiden tot ontbinding. Dat geldt nog sterker voor gedrag waarvoor de werknemer in het verleden niet is bestraft of waar hij zelfs in het geheel niet op is aangesproken. De Kantonrechter Groningen overweegt dat voorbij moet worden gegaan aan incidenten waaraan de werkgever geen gevolg heeft gegeven, althans waaraan door het tijdsverloop het gewicht van ernstig verwijtbaar handelen is ontnomen.^[17] De door de werkgever opgesomde "schier onuitputtelijke reeks van incidenten" wordt daarom door de kantonrechter deels niet meegewogen.

Ook de Kantonrechters Rotterdam, Amsterdam en Assen overwegen dat het aanspreken van de werknemer of het treffen van maatregelen voor de hand ligt, als de werkgever van mening is dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen. Als dat niet gebeurt, kan dat gedrag niet ter onderbouwing van het ontbindingsverzoek worden gebruikt.^[18] De Kantonrechter Overijssel oordeelt in gelijke zin dat het van de werkgever eerst had mogen worden verwacht de werknemer via disciplinaire maatregelen in het gareel te krijgen voordat wordt overgegaan tot ontslag.^[19] Deze uitspraken benadrukken naar onze mening ook het belang van een goede dossieropbouw. Daarmee kan kenbaarheid worden aangetoond. Als goed wordt vastgelegd dat en hoe een werkgever op verwijtbaar handelen heeft gereageerd, kan dat later worden meegewogen.

Paradoxaal genoeg kan ook het feit dat een werknemer juist wél is bestraft voor een incident, betekenen dat het incident niet meer ten grondslag kan worden gelegd aan een ontbindingsverzoek. In een uitspraak van de Rechtbank Den Haag werd ontbinding gevraagd wegens 'ongewenste intimiteiten in de werksfeer'. [20] Een werknemer had een stagiaire die na een kerstdiner vanwege het late tijdstip niet meer met de trein thuis kon komen, aangeboden bij hem thuis te blijven slapen. Toen zij niet inging op zijn pogingen haar te zoenen, liet hij haar midden in de nacht en zonder portemonnee op straat achter. Zijn werkgever gaf hem daarop een officiële waarschuwing. Daarna werd dit incident ten grondslag gelegd aan het ontbindingsverzoek. De kantonrechter oordeelde echter dat het incident met de officiële waarschuwing was afgedaan en niet (meer) bestraft kon worden met de zwaardere sanctie van ontslag.[21]

Wat kunnen we nu van het voorgaande leren? Zoals opgemerkt gaven wij in ons vorige artikel al enkele vuistregels voor de vraag welke gedraging uit het verleden wel, en welke niet kan worden meegenomen.[22] Wij voegen daar de volgende tips aan toe:

Evident ontoelaatbaar gedrag:

- Evident verwijtbaar handelen, kan door de werkgever in beginsel onverkort worden gesanctioneerd.
- Ga wel na of soortgelijk gedrag in het verleden door de vingers is gezien, lichter is bestraft of er sprake is van een gedoogbeleid. Is dat het geval, communiceer dan duidelijk in de gehele organisatie dat het gedrag dat aan de orde is vanaf het moment van communiceren niet meer zal worden gedoogd.

Bedrijfsbeleid:

- Ga na of er bedrijfsbeleid is dat de verweten gedraging sanctioneert.
- Is de medewerker bekend met het beleid?
- Wordt het bedrijfsbeleid consequent toegepast?

Waarschuwing:

- Is de werknemer eerder voor soortgelijk gedrag bestraft?
- Van hoe lang geleden dateren de eerdere waarschuwingen?
- Is in de eerdere waarschuwing opgenomen dat ontslag zou kunnen volgen bij soortgelijk of ander verwijtbaar gedrag en is daarvoor een termijn opgenomen?

3. Persoonlijke omstandigheden

Persoonlijke omstandigheden spelen nog steeds onmiskenbaar een rol bij de beoordeling van een ontslag op de e-grond. Wij stelden in onze eerdere artikelen de vraag op welke wijze deze worden meegewogen: bij de vaststelling van de verwijtbaarheid van het handelen of daarna, bij de vraag of vanwege de handelwijze ontslag kan volgen. In de literatuur[23] wordt het standpunt ingenomen dat na de vaststelling dat er sprake is van verwijtbaar handelen geen toets meer van de overige omstandigheden kan plaatsvinden. Die moeten worden meegenomen bij de vaststelling van de verwijtbaarheid. Wij hebben dit onderschreven en in de jurisprudentie komt deze benadering ook het meest terug. We bespreken enkele uitspraken.

De Kantonrechter Roermond oordeelt over het (hierboven al aangehaalde) ontslag van een werknemster die haar blinde collega 'blind varken' had genoemd. [24] De kantonrechter oordeelt dat ook als rekening zou worden gehouden met het 23-jarig dienstverband, haar goede functioneren en de goede band met haar overige blinde collega's, dit niet maakt dat er "geen sprake meer is van verwijtbaar handelen".

Ook het Hof Den Haag weegt de persoonlijke omstandigheden mee bij de vraag of er verwijtbaar is gehandeld.[25] Het hof stelt vast dat er sprake is van verwijtbaar handelen en overweegt dan:

"De door [verzoeker] gestelde persoonlijke omstandigheden, (...) zijn lange dienstverband zonder eerdere klachten, zijn financiële omstandigheden en slechte kansen op de arbeidsmarkt, zijn onvoldoende zwaarwegend voor een ander oordeel."

Blijkens deze overweging van het hof worden de persoonlijke omstandigheden meegewogen bij de beoordeling van de verwijtbaarheid. Datzelfde geldt voor het Hof Arnhem-Leeuwarden.[26] Het hof oordeelde over het ontslag van een boswachter die zich 'stalkerig' had gedragen jegens een collega en in strijd met strikte instructies van zijn werkgever contact met haar had opgenomen. Het hof oordeelt dat de door de werknemer aangevoerde omstandigheden, waaronder de lange duur van zijn dienstverband, zijn wens om het uit te praten en dat hij verder goed functioneerde, hem niet baten. De Kantonrechter Rotterdam hanteert een bijzondere benadering.[27] De kantonrechter stelt vast dat de werknemer verwijtbaar heeft gehandeld door bij herhaling niet op tijd terug te keren na vakantie. Er is sprake van een voldragen e-grond. Persoonlijke omstandigheden worden niet (merkbaar) bij dit oordeel betrokken. De conclusie dat sprake is van verwijtbaar handelen wordt dan echter gevolgd door een overweging waarin de rechtbank de persoonlijke omstandigheden van de werknemer lijkt aan te grijpen om de toewijzing van de ontbinding te rechtvaardigen. Opgemerkt wordt dat de werknemer er door dit ontslag weliswaar financieel op achteruit zal gaan, maar dat twee van zijn vier thuiswonende kinderen een baan hebben en zouden kunnen bijdragen aan de kosten van het huishouden. Verder wordt opgemerkt dat de arbeidsmarkt op dit moment gunstig is, zodat de kans reëel wordt geacht dat de werknemer snel een andere baan vindt. Dat

hij laagopgeleid en 44 jaar is, hoeft daar volgens de kantonrechter niet aan in de weg te staan.

De lijn in de jurisprudentie lijkt derhalve – net als in de literatuur – te zijn dat persoonlijke omstandigheden mee worden gewogen bij de vraag of een werknemer verwijtbaar heeft gehandeld. Dat betekent dat in een ontslag op de e-grond een redelijkheidstoets gebakken zit, waar persoonlijke omstandigheden een rol in spelen. Het verdient dus aanbeveling deze omstandigheden in een procedure aan te voeren en zo veel mogelijk te specificeren.

4. Seksuele intimidatie: niet altijd verwijtbaar

Niet alleen in de media is #metoo een *trending topic*. Het valt ons op dat ook in de rechtspraak zeer regelmatig sprake is van ontbindingsverzoeken vanwege seksuele intimidatie. Dat er sprake is van veel verzoeken betekent echter niet dat ze allemaal worden gehonoreerd. De door een docent gemaakte opmerkingen ‘ik moet even tussen je benen grabbelen’, ‘I’m not looking at your tits’ en ‘strek je niet uit want anders krijg ik het helemaal heet’ blijken niet genoeg voor een ontbinding, ook niet in combinatie met verschillende racistische opmerkingen die de docent ook had gemaakt. De Kantonrechter Alkmaar oordeelt dat de belofte van de docent dat hij zich in het vervolg zakelijker zal opstellen, maakt dat de werkgever een minder vergaande maatregel dan ontslag dient te kiezen.^[28] De kantonrechter suggereert dat de docent ook voor een klas kan worden geplaatst met voornamelijk jongens. Barentsen heeft zich in een noot bij deze uitspraak^[29] al boos gemaakt en hoewel Sagel de uitspraak in zijn recente artikel^[30] niet noemt, laat het zich gezien zijn betoog raden wat hij van deze uitspraak vindt. Sagel noemt wel de uitspraak van het Hof Den Haag,^[31] dat een beroep van een medewerker op een ‘knuffelcultuur’ honoreert. Hoewel het vaststond dat de werknemer borsten en billen van collega’s had betast, hecht het hof er belang aan dat de medewerksters doorgaans zelf het initiatief namen tot geknuffel en er geen sprake was van dwang van de werknemer. Het hof ziet niet in dat de werkgever niet had kunnen volstaan met het geven van een ernstige waarschuwing.

Dat een beroep op een knuffelcultuur werknemers kan baten, blijkt ook uit een uitspraak van de Kantonrechter Haarlem.^[32] Een leidinggevende in een supermarkt voerde aan dat hij een ‘open mensenmens’ was en geen seksuele bedoelingen had toen hij ondergeschikten ongewenst aanraakte. De kantonrechter achtte dat aannemelijk. Hoewel er evengoed werd ontbonden wegens ernstig verwijtbaar handelen, kreeg de werknemer wel op grond van artikel 7:673 lid 8 BW een transitievergoeding mee.

Een beroep op een vrije manier van met elkaar omgaan, helpt de werknemer echter niet altijd. In een uitspraak van het Hof Den Haag wordt wel aangenomen dat er sprake was van een amicale en aanrakerige sfeer, maar dat maakt nog niet dat een werknemer, een halmedewerker in een amusementshal, billen en borsten van zijn collega’s mocht aanraken. ^[33] De werknemer had redelijkerwijs moeten begrijpen dat hij met dit gedrag grenzen overschreed.

Twee andere uitspraken sluiten aan bij wat we hiervoor hebben opgemerkt over de kenbaarheid van verwijtbaar handelen. Tegelijkertijd staan beide uitspraken ook tegenover elkaar: in een kwestie waarin een manager bij een accountantskantoor een sollicitant via WhatsApp had laten weten dat ze er ‘fantastisch uitzag’ en informeerde of ze vaker zulke hoge hakken droeg, oordeelde de Kantonrechter Leeuwarden dat geen ontbinding kon volgen omdat er sprake was van een incident en geen doorgaand gedrag.^[34] De Kantonrechter Amsterdam oordeelde echter over een docent bij de Hogeschool die al jaren grensoverschrijdend gedrag vertoonde richting studentes, dat juist omdat er sprake was van doorgaand gedrag geen ontbinding kon volgen.^[35] De docent was voor dit gedrag immers wel gewaarschuwd maar er waren geen disciplinaire maatregelen opgelegd.

Het is dus balanceren voor de werkgever die een seksueel intimiderende werknemer in dienst heeft. Er moet wel gewaarschuwd worden en ook disciplinair bestraft, maar niet te zwaar en te snel. Wellicht was immers sprake van een incident en volgt beterschap. Met Barentsen en Sagel menen wij dat de bescherming van de geïntimideerde werknemers meer op de voorgrond mag komen te staan. Wat wij verder onbegrijpelijk vinden is dat regelmatig in het voordeel van de werknemer wordt meegewogen dat de (ondergeschikte) geadresseerden van de seksuele intimidatie het gedrag betitelden als “ongepaste grappen”. ^[36] Uit dezelfde uitspraken blijkt immers ook dat het gedrag juist vanwege de ondergeschiktheidsrelatie door de betrokkenen wordt ‘weggelachen’ om te voorkomen dat er gespannen verhoudingen ontstaan. Het zou rechtbanken sieren als dit copingsmechanisme in het vervolg niet meer in het voordeel van de werknemer wordt uitgelegd.

5. Het ‘luizengaatje’

Ook het luizengaatje blijft interessante materie. Het luizengaatje betreft de situatie van artikel 7:673 lid 8 BW: een werknemer krijgt een (gedeeltelijke) transitievergoeding, ondanks het feit dat hij ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Dat is mogelijk als de rechter het ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar’ vindt om geen transitievergoeding toe te kennen.

Wij concludeerden in ons vorige artikel dat rechters aansluiting zoeken bij de aanwijzing die in de parlementaire geschiedenis is gegeven. Het luizengaatje kan worden benut in geval van een relatief kleine misstap bij een lang en verder

^[37]

onberispelijk dienstverband.^[37] Deze lijn heeft zich in het derde jaar van de Wwz doorgezet. Dat is bijvoorbeeld zichtbaar in drie gevallen waarin het beroep op artikel 7:673 lid 8 BW werd afgewezen. Tweemaal werd geoordeeld dat er geen sprake was van een kleine misstap (in geval van verduistering van een aan de werkgever, COA, gedoneerd Nijntje speelhuis en het frustreren van re-integratie)^[38] en eenmaal dat er geen sprake was van een onberispelijke staat van dienst.^[39] Uit de rechtspraak die wij analyseerden ten behoeve van onze vorige artikelen bleek daarnaast dat ook andere omstandigheden worden betrokken bij de toets of het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om geen transitievergoeding toe te kennen. Dat is een jaar later nog steeds het geval. Ook omstandigheden als arbeidsongeschiktheid, het verzwijgen van het gedrag dat als ernstig verwijtbaar wordt bestempeld, het zijn van een gewaardeerde collega, de financiële gevolgen van een ontbinding en het feit dat de werknemer mede gelet op zijn leeftijd niet makkelijk een andere vergelijkbare baan zal vinden tegen hetzelfde salaris, spelen een rol bij de afweging of het luizengaatje moet worden toegepast.^[40] Wij onderschrijven dat ook andere omstandigheden van belang zijn. Wij constateerden al dat het luizengaatje bij uitstek geschikt lijkt voor toepassing bij zogenoemde bagatel delicten (bijvoorbeeld het nemen van een hap uit een donut).^[41] Dat zijn immers relatief kleine misstappen. Bij ander gedrag dat kwalificeert als ernstig verwijtbaar handelen, kunnen wij ons dat minder goed voorstellen. In zulke gevallen kunnen de overige omstandigheden echter wel maken dat het luizengaatje wordt toegepast. Bij een beroep op het luizengaatje wordt de werknemer soms een handje geholpen door de kantonrechter. In een uitspraak van de Kantonrechter Alkmaar was er sprake een werknemer die na een uitdrukkelijke instructie van zijn leidinggevende had geweigerd om zijn werkzaamheden te hervatten.^[42] Hij had tegen zijn leidinggevende geschreeuwd:

“als je nou niet opflikkert, gooi ik deze emmer water over je heen.”

Daarna had de werknemer de emmer water daadwerkelijk over zijn leidinggevende heen gegooid. Deze ‘grove fout’ achtte de kantonrechter ernstig verwijtbaar. De kantonrechter vat vervolgens – vrij coulant – de verwijzing van de werknemer naar zijn persoonlijke omstandigheden en de gevolgen van het ontslag op als een beroep op artikel 7:673 lid 8 BW. En dat beroep heeft succes. De kantonrechter oordeelt dat er sprake is van een eenmalige fout, in die zin dat eerdere waarschuwingen niet (geheel) betrekking hadden op dezelfde gedragingen. Dat achten wij nogal tegenstrijdig. Eerdere waarschuwingen impliceren immers dat geen sprake is van een *eenmalige* fout dan wel een onberispelijk dienstverband. Niettemin weegt de kantonrechter dit mee in zijn vaststelling dat er sprake is van een situatie waarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat er geen transitievergoeding wordt toegekend. Hij weegt ook het langdurige dienstverband (23 jaar), de gevolgen van de ontbinding voor de inkomenssituatie en het feit dat de werknemer mede gelet op zijn leeftijd niet makkelijk een andere vergelijkbare baan zal vinden tegen hetzelfde salaris mee. De kantonrechter kent een transitievergoeding van 50% toe.

Ook de supermarktmanager van Albert Heijn (hierboven bij het kopje ‘seksuele intimidatie’ ook behandeld) die volgens de kantonrechter ernstig verwijtbaar handelde kreeg (ongeveer) de helft van de transitievergoeding.^[43] De supermarktmanager had zich seksueel intimiderend gedragen tegenover jongere medewerkers. Zo erkende de manager onder meer dat hij ongevraagd het naambordje van een medewerkster boven haar borst had verwijderd en een medewerkster over haar schouder had gewreven. Voorts had hij toegegeven dat het zou kunnen dat hij de billen van een medewerkster had aangeraakt. De manager gaf toe dat hij te direct en amicaal was geweest, maar hij wees er ook op dat, zoals wij hierboven citeerden, hij een ‘open mensenmens’ is en geen seksuele bijbedoelingen had. In combinatie met het feit dat de manager zich twaalf jaar voor Albert Heijn had ingezet en de gevolgen van het ontslag voor hem aanzienlijk zouden zijn vanwege zijn leeftijd en gezondheidsproblemen, was het volgens de kantonrechter onaanvaardbaar om geen transitievergoeding toe te kennen.

Verder is voor het eerst bij de beoordeling van een beroep op artikel 7:673 lid 8 BW betrokken dat de werknemer inmiddels een nieuwe baan had. Het Hof Amsterdam oordeelt dat een secretaresse terecht op staande voet was ontslagen, nadat zij meermaals zonder reden vertrouwelijke persoons-, medische en andere gegevens van patiënten had ingezien in het elektronisch patiëntendossier (EPD).^[44] In dat verband acht het hof van belang dat zij bekend was met de interne gedragscode voor het gebruik van het EPD, waarin was opgenomen dat misbruik zou leiden tot een waarschuwing of arbeidsrechtelijke maatregelen. De secretaresse was bovendien al eerder officieel gewaarschuwd vanwege het onterecht inzien van patiëntengegevens. Het hof is van oordeel dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen. De werknemster doet een beroep op artikel 7:673 lid 8 BW. Tijdens de zitting blijkt dat de werknemster inmiddels een nieuwe baan heeft gevonden. Zij stelt in dat verband dat dit een baan onder haar niveau zou zijn, maar onderbouwt dat niet nader. Het wordt door het hof ook van onvoldoende gewicht geacht. Het beroep van de medewerkster op het luizengaatje gaat niet op. Hoewel het hof het ter onderbouwing niet noemt, was hier ook geen sprake van een eenmalige misstap. Ook daarom had het beroep op het luizengaatje kunnen worden afgewezen.

Ook in een kwestie waarin uiteindelijk werd ontbonden op basis van verstoorde verhoudingen, kwam het luizengaatje aan de orde. Een werknemer in dienst van een in Rotterdam gevestigde logistieke dienstverlener was veroordeeld voor strafbare handelingen in de privésfeer (drugsbezit en hennepcultuur). De kantonrechter vindt een ontbinding op de e-grond te ver gaan omdat er geen verband bestaat met de uitoefening van de functie, maar oordeelt dat sprake is van een voldragen g-grond.^[45] Daarbij is volgens de kantonrechter sprake van ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer zodat hem op

grond van artikel 7:673 lid 7 onder c BW geen transitievergoeding toekomt. De kantonrechter past vervolgens artikel 7:673 lid 8 BW toe. Hij weegt mee dat de werknemer ruim negen jaar goed heeft gefunctioneerd, dat hij in detentie geen uitkering zal kunnen krijgen en voor de periode na detentie geldt dat de kansen op de arbeidsmarkt aanzienlijk verminderd zullen zijn vanwege het feit dat hij waarschijnlijk geen VOG meer zal krijgen. De kantonrechter kent een gedeeltelijke transitievergoeding toe van € 5.000,- in plaats van het gehele bedrag van ongeveer € 13.000,-.

Zoals ook in het onderzoeksrapport van het Hugo Sinzheimer Instituut is vermeld, blijkt uit de rechtspraak dat rechters zeer terughoudend zijn in het toepassen van het luizengaatje. Slechts in incidentele gevallen wordt een (gedeeltelijke) transitievergoeding toegekend bij ernstig verwijtbaar handelen. Vanaf de inwerkingtreding van de Wwz zijn slechts acht uitspraken gepubliceerd waarbij werknemers door het luizengaatje pasten.^[46] Dat is niet altijd omdat werknemers daar zelf een beroep op doen. Kantonrechters interpreteren stellingen soms vrij coulant (zoals in de hierboven besproken uitspraak van de Kantonrechter Alkmaar), maar zelfs werkgevers schieten werknemers soms te hulp.^[47] In een kwestie waarin het verzoekschrift subsidiair strekte tot ontbinding op de e-grond had de werkgever opgenomen bereid te zijn de transitievergoeding te betalen. De kantonrechter oordeelde dat dit aanbod kennelijk betekende dat de werkgever het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar achtte om de werknemer een transitievergoeding te onthouden. De volledige transitievergoeding werd toegekend. Wellicht speelde mee dat het hier ging om een tamelijk laag bedrag van nog geen € 1.500,-.

Opvallend is dat in alle gevallen waarin een transitievergoeding op grond van artikel 7:673 lid 8 BW wordt toegekend, nauwelijks wordt gemotiveerd waarom het geheel of een gedeelte wordt toegekend.^[48] Het verdient wat ons betreft aanbeveling dat rechters daar meer aandacht aan besteden. Wellicht kan voor de motivering met een schuin oog worden gekeken naar de *New Hairstyle*-beschikking van de Hoge Raad.^[49] De hoogte van de billijke vergoeding wordt immers – evenals het luizengaatje – vastgesteld op basis van de omstandigheden van het geval. Het gaat erom welk bedrag gegeven de feiten die zich hebben voorgedaan redelijk is. Gelet op dit vergelijkbare karakter zou voor de begroting van de transitievergoeding op grond van artikel 7:673 lid 8 BW aansluiting kunnen worden gezocht bij de *Hairstyle*-criteria.

6. Afronding

De rechtspraak over de e-grond begint zich duidelijk uit te kristalliseren: we zien duidelijke lijnen in de rechtspraak over het kenbaarheidsvereiste, het luizengaatje en de rol van persoonlijke omstandigheden. Het luizengaatje is juridisch een interessante categorie maar wordt in de praktijk zelden toegepast, hetgeen ook bij het karakter van deze bepaling past. De rechtspraak over seksuele intimidatie is wat diffuser van aard. Het zal interessant zijn te bezien hoe de beoordeling van dit soort kwesties zich ontwikkelt, ook in het licht van de metoo-beweging.

Voetnoten

[\[1\]](#)

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

[\[2\]](#)

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

[\[3\]](#)

In dit artikel hebben wij rechtspraak geanalyseerd die is gepubliceerd op www.rechtspraak.nl in de periode van 25 april 2017 tot 19 april 2018. Ook de niet-gepubliceerde rechtspraak die in voornoemde periode is ingezonden via AR-updates hebben wij betrokken in onze analyse.

[\[4\]](#)

Mevrouw mr. E. Wies en mevrouw mr. M.A. Schneider zijn beiden advocaat bij Pels Rijcken & Droogleeve Fortuijn te Den Haag. M.A. Schneider is daarnaast docent bij afdeling Sociaal Recht van de Universiteit Leiden.

[\[5\]](#)

Kamerstukken II 2013/14, 3818, 3, p. 34.

[\[6\]](#)

J.H. Bennaars, R.D. Rietveld & E. Verhulp, *Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten in de Wwz*, Hugo Sinzheimer Instituut 20 december 2017, www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2018/02/05/onderzoeksrapport-ernstig-verwijtbaar-handelen-of-nalaten-in-de-wwz.

[\[7\]](#)

J.H. Bennaars, R.D. Rietveld & E. Verhulp, *Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten in de Wwz*, Hugo Sinzheimer Instituut 20 december 2017, p. 5.

[\[8\]](#)

Rechtbank Limburg 22 januari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:588.

[9]

Rechtbank Limburg 8 november 2017, ECLI:RBLIM:2017:10808.

[10]

Rechtbank Noord-Holland 19 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:9750 en ECLI:NL:RBNHO:2017:9744.

[11]

Bekendheid met bedrijfsbeleid speelde bijvoorbeeld ook een rol in de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland 20 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5105 en Hof Den Haag 23 januari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:55.

[12]

Rechtbank Amsterdam 6 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9875.

[13]

Rechtbank Overijssel 13 november 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:4208.

[14]

Rechtbank Noord-Holland 28 september 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:7912.

[15]

Voor rijksambtenaren is dit vastgelegd in artikel 81 lid 3 van het Algemeen Rijksambtenarenreglement.

[16]

Als een ambtenaar na deze periode plichtsverzuim pleegt, is de voorwaarde niet vervuld en kan niet meer op die grond strafontslag worden opgelegd. Het plichtsverzuim als zodanig kan echter nog wel worden meegewogen bij het bepalen van een eventuele nieuwe disciplinaire maatregel.

[17]

Rechtbank Noord-Nederland 27 oktober 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:5002.

[18]

Rechtbank Amsterdam 8 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:10379, Rechtbank Amsterdam 8 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9966, Rechtbank Noord-Nederland 18 december 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4996; Rechtbank Rotterdam 6 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2137.

[19]

Rechtbank Overijssel 1 november 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:4251.

[20]

Rechtbank Den Haag 1 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:2670.

[21]

Zie in soortgelijke zin: Rechtbank Rotterdam 6 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2137.

[22]

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

[23]

O. van der Kind, annotatie bij Rechtbank Noord-Nederland 15 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4342, *TRA* 2015/103; prof. mr. B. Barentsen & prof. mr. R.A.A. Duk, 'Het ontslagrecht van de WWZ. De honden blaffen maar de karavaan trekt verder', *TRA* 2015/67; prof. mr. B. Barentsen & mr. dr. M.Y.H.G. Erkens, 'Kroniek Wwz', *TRA* 2017/27.

[24]

Rechtbank Limburg 8 november 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:10808.

[25]

Gerechthof Den Haag 13 februari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:223.

[26]

Gerechthof Arnhem-Leeuwarden 28 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4162.

[27]

Rechtbank Rotterdam 13 november 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:9214.

[28]

Rechtbank Noord-Holland 31 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:9753.

[29]

Rechtbank Noord-Holland 31 oktober 2017, *JAR* 2018/26 (m.nt. B. Barentsen).

[30]

S.F. Sagel, 'Too weak @ #metoo', *TRA* 2018/1, 4 december 2017.

[31]

Hof Den Haag 18 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:957, *JAR* 2017/272.

[32]

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

[33]

Hof Den Haag 13 februari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:223, *JAR* 2018/68.

[34]

Rechtbank Noord-Nederland 27 september 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:3709, *JAR* 2017/282.

[35]

Rechtbank Amsterdam 8 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9966.

[36]

Hof Den Haag 18 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:957, Rechtbank Amsterdam 8 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9966, r.o. 10 en 13.

[37]

[Kamerstukken II 2013/14, 33318, 3](#), p. 113.

[38]

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 november 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10329 en Rechtbank Zeeland-West-Brabant 31 januari 2018, *AR* 2018/0237.

[39]

Rechtbank Midden-Nederland 6 december 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6010.

[40]

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 22 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:11325 (beroep op artikel 7:673 lid 8 BW afgewezen) en Gerechtshof Amsterdam 23 januari 2018, *AR* 2018/0146 (beroep op artikel 7:673 lid 8 BW toegewezen).

[41]

Kantonrechter Zaanstad 23 maart 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:2592.

[42]

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

[43]

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

[44]

Gerechtshof Amsterdam 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:409.

[45]

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

[46]

Uit het onderzoeksrapport 'Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten in de Wwv' volgt dat in de onderzoeksperiode ruim 1000 ontslagzaken zijn gepubliceerd.

[47]

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

[48]

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 23 november 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:7552; Kantonrechter Haarlem 18 mei 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9049; Rechtbank Oost-Brabant 30 juni 2016, *AR* 2016-0727; Kantonrechter Zaanstad 23 maart 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:259; Rechtbank Noord-Holland 11 mei 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:3665; Gerechtshof Amsterdam 23 januari 2018, *AR* 2018/0146; Rechtbank Noord-Holland 20 september 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:11593.

[49]

Hoge Raad 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187.