

te en had zij de werkzaamheden van [werkneemster] daarop zelfs aangepast. Naar het oordeel van het hof was het gestelde zicht- en vervoersprobleem geen goede reden om de functie van productiemedewerker E niet te aanvaarden. Dit betrof immers een functie in ploegendienst, waarmee [werkgever] tegemoet was gekomen aan het bezwaar van [werkneemster] tegen de twee eerder aangeboden alternatieve functies. [werkgever] heeft naar voren gebracht dat het vervoersprobleem mogelijk oplosbaar geweest was als [werkneemster] had meegewerkt aan een oplossing. Dit heeft [werkneemster] evenwel nagelaten.

3.13. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien dat [werkneemster] in elk geval de derde alternatieve functie (die van productiemedewerker E) niet had kunnen aanvaarden. Voor zover er hiervoor belemmeringen aan haar kant waren, had [werkneemster] na de brief van 13 september 2019 hierover constructief overleg moeten voeren met [werkgever]. Gelet op het voorgaande heeft [werkgever] [werkneemster] niet kunnen herplaatsen wegens de weigerachtige houding van [werkneemster]. [werkneemster] heeft onvoldoende onderbouwd dat [werkgever] haar de alternatieve functies enkel 'pour les besoins de la cause' heeft aangeboden, om het dienstverband te kunnen beëindigen zonder transitievergoeding. Niettegenstaande het feit dat de uitzonderingsgrond van art. 7:673 lid 7, aanhef en onder c, BW terughoudend dient te worden toegepast, is naar het oordeel van het hof het handelen en nalaten van [werkneemster] in deze ernstig verwijtbaar. Daarom is [werkgever] geen transitievergoeding verschuldigd.

3.14. In de gegeven omstandigheden ziet het hof ook geen aanleiding om op grond van art. 7:673 lid 8 BW niettemin de verzochte transitievergoeding geheel of gedeeltelijk aan [werkneemster] toe te kennen. Van een relatief kleine misstap is gelet het op hetgeen hiervoor is overwogen geen sprake. Voorts leggen de door [werkneemster] gestelde persoonlijke omstandigheden, waaronder dat zij twintig jaar bij [werkgever] (en haar rechtsvoorganger) heeft gewerkt en goed heeft gefunctioneerd, onvoldoende gewicht in de schaal.

3.15. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de grieven falen. Aan bewijslevering komt het hof niet toe.

3.16. Op grond van het vorenstaande zal het hof de bestreden beschikking bekrachtigen. Als de in het ongelijk gestelde partij zal [werkneemster] in

de proceskosten van het hoger beroep, zoals verzocht te vermeerderen met wettelijke rente, alsmede in de nakosten worden veroordeeld.

4. De beslissing

Het hof:

bekrachtigt de bestreden beschikking; veroordeelt [werkneemster] in de proceskosten van het hoger beroep, en begroot die kosten tot op heden aan de zijde van [werkgever] op € 760,- aan griffierecht en op € 3.918,- aan salaris advocaat, en voor wat betreft de nakosten op € 157,- indien geen betekening plaatsvindt, dan wel op € 239,- vermeerderd met de exploitkosten indien niet binnen veertien dagen na de datum van deze beschikking is voldaan aan de bij deze beschikking uitgesproken veroordelingen en betekening van deze beschikking heeft plaatsgevonden; bepaalt dat de proceskosten binnen veertien dagen na de dag van deze uitspraak moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW daarover vanaf het einde van voormelde termijn tot aan de dag der voldoening; verklaart voormelde veroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

68

Billijke vergoeding € 200.000 na opzegging wegens langdurige arbeidsongeschiktheid

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
28 januari 2021, nr. 200.278.192/01,
ECLI:NL:GHSHE:2021:239
(mr. Pols, mr. Bervoets, mr. Kloppert)
Noot mr. W.A. Lenders

Intimidatie op de werkvloer. Schending re-integratieverplichtingen. Ernstig verwijtbaar handelen. Berekening billijke vergoeding.

[BW art. 7:669 lid 3 sub b, 7:682 lid 1 sub c]

De werkneemster treedt als caissière in dienst van de werkgever en is laatstelijk werkzaam als expeditiemanager. Op 13 oktober 2014 solliciteert ze naar de functie van distributiemanager, maar

wordt niet benoemd in die functie. Nadat haar leidinggevende lucht krijgt van de sollicitatie, beginnen de pesterijen. De werknemer doet onderbouwd melding van de incidenten bij het hoofd Administratie en Personeelszaken en geeft aan dat de werkrelatie onhoudbaar is. Vanaf 23 oktober 2015 volgen er verschillende interne gesprekken over de kwestie. Op 16 februari 2016 valt de werknemer uit wegens ziekte. De bedrijfsarts rapporteert dat de re-integratie bemoeilijkt wordt door de leidinggevende. Op 4 januari 2018 legt het UWV een loonsanctie op. Nadat de werknemer aangeeft opnieuw met de bedrijfsarts in gesprek te willen gaan, duurt het een jaar voordat het gesprek plaatsvindt. In de periode van uitval doet de werknemer twee keer een zelfmoordpoging. De werkgever zegt de arbeidsovereenkomst per 1 oktober 2019 op. De werknemer verzoekt toekenning van een billijke vergoeding. De kantonrechter wijst het verzoek af.

Het hof stelt vast dat tot aan de ziekmelding geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. Vanaf de ziekmelding is daar wel sprake van. Als de werkgever adequaat had gehandeld, had de werknemer kunnen re-integreren en was opzegging niet nodig geweest. Voor de werkgever waren er vele momenten in een lange periode waarop hij anders had kunnen en moeten handelen. Onder andere door onzekere factoren zoals het herstel van en de mogelijke werkherleving door de werknemer, is het vaststellen van de billijke vergoeding complex. Er wordt een rekenkundige vergelijking gemaakt tussen de hypothetische situatie zonder en met het ernstig verwijtbaar handelen. De looptijd van die vergelijking gaat in vanaf het moment van het ernstig verwijtbaar handelen in 2016. Aannemelijk is dat de werknemer zonder dat handelen na enige maanden van uitval gewoon weer zou werken. De periode van herstel in de huidige situatie wordt, gebaseerd op verschillende rapporten van deskundigen, geschat op vijf jaar, waarbij niet gezegd is dat de werknemer weer op het huidige niveau kan komen te werken. In de berekening wordt een component opgenomen wegens een gemiste promotiekans alsook genoegdoening voor psychisch leed.

NB. Een mooi voorbeeld van een overzichtelijke en goed gemotiveerde begroting van de billijke vergoeding, waarbij acht wordt geslagen op de

verschillende componenten, zoals de gemiste promotiekans en het psychisch leed, en een rekenkundige vergelijking wordt gemaakt tussen de situatie met en zonder ernstig verwijtbaar handelen. Dit is in lijn met HR, «JAR» 2017/188 (New Hairstyle), HR, «JAR» 2018/168 en HR, «JAR» 2020/164 (Blue Circle), met noten van Van Zanten-Baris.

[Werknemer] te [woonplaats] (België),
appellante,
hierna aan te duiden als [werknemer],
advocaat: mr. M. Stroes te Maastricht,
tegen
Aldi [vestiging 1] B.V. te [vestigingsplaats],
verweerster,
hierna aan te duiden als Aldi,
advocaat: mr. D.J. Wentink-Kolk te Utrecht.

1. Het geding in eerste aanleg
(...)

2. Het geding in hoger beroep
(...)

3. De beoordeling

Kern van de zaak

3.1. [werknemer] was in dienst bij Aldi. Aldi heeft de arbeidsovereenkomst opgezegd wegens langdurige arbeidsongeschiktheid van [werknemer]. [werknemer] verzoekt toekenning van een billijke vergoeding, omdat de opzegging volgens haar het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van Aldi. De kantonrechter heeft het verzoek afgewezen. Het hof is echter van oordeel dat Aldi inderdaad ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Aldi is aan [werknemer] een billijke vergoeding verschuldigd.

De feiten

3.2. In hoger beroep kan worden uitgegaan van de volgende feiten.

a. [werknemer], geboren op [geboortedatum] 1968, is op 17 februari 1992 als caissière bij Aldi in dienst getreden. Zij heeft promotie gemaakt en was laatstelijk als expeditie manager bij Aldi in dienst. Zij verdiende toen € 5.593,33 bruto per maand, exclusief vakantietoelage. Haar arbeidsduur bedroeg 40 uur per week.

Op 13 oktober 2014 heeft [werknemer] gesolliciteerd naar de functie van distributiemanager bij

Aldi [vestiging 2] B.V., waarvoor een vacature bestond. Haar direct leidinggevende was op dat moment de heer [leidinggevende], distributiemanager in [vestiging 1]. Hij was met verlof en zij heeft hem niet vooraf op de hoogte gesteld van de sollicitatie. Hij nam haar dat kwalijk.

[werknemer] is niet benoemd in de functie van distributiemanager in [vestiging 2]. Naar aanleiding van haar sollicitatie is wel een High Potential Process coaching traject gestart. Zij werd daarin begeleid door de heer [coach] van [coaching] Coaching.

Begin 2015 hield [leidinggevende] een onaangekondigd beoordelingsgesprek met [werknemer] over 2014. Zij kreeg een minder goede beoordeling dan in voorgaande jaren. [werknemer] heeft op 21 juni 2015 een brief aan de directeur [directeur] geschreven, waarin zij haar ongenoegen hierover uit. Zij schrijft daarin onder meer dat zij [leidinggevende] herhaaldelijk om een feitelijke onderbouwing heeft gevraagd van de punten waarop zij achteruit zou zijn gegaan en dat hij daarop reageerde met "Kan ik niet onderbouwen dat is mijn gevoel". Op 9 juli 2015 vond daarover een gesprek plaats tussen [directeur], [werknemer] en [leidinggevende].

Op 24 juli 2015 heeft [coach] per brief aan [directeur] onder meer bericht dat het coachingstraject is afgesloten, dat [werknemer] zich een gemotiveerd en gedreven coachee heeft getoond en dat zij flinke stappen heeft gezet in de opgestelde/vereiste competenties. Hij verwijst naar het bijgevoegde verslag coachingstraject van 15 juni 2015, waarin onder meer is opgenomen: "aan [coaching] Coaching (is) gevraagd een coachingstraject voor mw. [werknemer] in te richten teneinde na te gaan of en zo ja zij de competenties in huis heeft, dan wel of de aanwezige competenties voldoende ontwikkelbaar zijn om op latere termijn een eventuele functie als Distributiemanager naar behoren te kunnen invullen. (...)" Het advies luidt: "Mw. [werknemer] heeft laten zien dat zij door zelfreflectie in staat is haar 'oude' veren af te schudden en toe is aan een nieuwe uitdaging. Ga serieus de mogelijkheid na om in een andere 'veranderende' Aldi-omgeving haar nieuw verworven vaardigheden tot uitdrukking te laten komen. Zij is klaar voor de volgende Aldi-kilometers..."

Op 19 oktober 2015 heeft [werknemer] een brief geschreven aan het toenmalig hoofd Administratie en Personeelszaken van Aldi, de heer [hoofd

PZ] met als onderwerp: "Intimidatie en pesterijen op de werkvloer". Zij schreef onder meer:

"Sinds ik kenbaar gemaakt heb dat ik gesolliciteerd heb naar de functie distributiemanager (DM) bij Aldi [vestiging 2] B.V. is de werkelatie onhoudbaar, doordat DM dhr. [leidinggevende] mij stelselmatig intimideert en pest op het werk. (...)

Vrijdag 16-10-2015 is voor mij de druppel geweest. Dm pest en intimideert mij zodanig waardoor ik dit niet meer kan accepteren en tolereren. 's Ochtends om ca 9.10u zegt DM tegen mij... [directeur] moet de doelstellingen 2016 van exp. hebben voor 10 uur ... Ik heb geen gegevens zei ik nog ... maar hij loopt gewoon weg naar de testkeuken (...) bij navraag aan mijn collega blijkt dat hij en dm de cijfers gaan bespreken, DM heeft ze al gemaakt, hij brengt mij hierdoor uit mijn balans.

Hij doet uitspraken:

Ik heb mezelf voorgenomen jou 10 keer per dag te raken.

We krijgen volgende week tenten in de aanbidding.. ook jou maat zit erbij

(...)

Ik heb DM ooit al eens gevraagd: irriter ik jou... waarop zijn antwoord was...Even nadenken hoe ik dat moet formuleren. Heb ik een hele dag voor nodig."

In die brief noemde [werknemer] meer voorbeelden van zaken die zij als pesterij of intimidatie ervoer.

Vanaf 19 oktober 2015 heeft [werknemer] zonder medeweten van de andere gespreksdeelnemers veel gesprekken op en rond het werk opgenomen. Op 23 oktober 2015, 5 november 2015 en 9 november 2015 hebben gesprekken naar aanleiding van de brief van [werknemer] plaatsgevonden, waaraan [werknemer], [leidinggevende], [directeur] en [hoofd PZ] hebben deelgenomen. In het door [leidinggevende] opgestelde verslag van het laatste gesprek staat dat dit gesprek door [werknemer] en [leidinggevende] als positief is ervaren, zij de intentie voor een constructieve samenwerking hebben uitgesproken en zij beiden van mening zijn dat er geen ondersteuning hoeft plaats te vinden door het hoofd Administratie en Personeelszaken of een externe partij. [werknemer] heeft het verslag ook ontvangen.

i. Op 12 februari 2016 vond er een aanvaring tussen [werknemer] en [leidinggevende] plaats. [leidinggevende] zei daarbij tegen [werknemer] dat zij dingen over hem had verteld en dat hij wel met een dolk in zijn rug zat.

Op 16 februari 2016 heeft [werknemer] zich ziek gemeld. Op 8 maart 2016 vond een gesprek met de bedrijfsarts plaats. De bedrijfsarts adviseerde als volgt: *“Er is sprake van een arbeidsconflict. Volgens de richtlijn (STECR) is er sprake van ziekte. (...) Omdat de prognose van herstel mede afhankelijk is van de oplossing voor het conflict, is het advies mediation in te zetten.”*

Mediation is opgestart met een intakegesprek op 13 april 2016, maar het kwam toen niet tot een gezamenlijk gesprek om een oplossing te vinden omdat [leidinggevende] dat niet wilde.

De echtgenoot van [werknemer], de heer [echtgenoot], liet op 18 april 2016 in een what's app bericht aan de bedrijfsarts weten dat de door [werknemer] geraadpleegde psycholoog adviseerde om een gespecialiseerde psycholoog in te schakelen die meer op arbeidsgerelateerd vlak werkzaam is. [werknemer] heeft in mei 2016 geprobeerd zelfmoord te plegen. Op 19 mei 2016 heeft zij de vrouwenspersoon ingeschakeld. Op 2 juni 2016 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen [werknemer], [echtgenoot], [directeur] en [hoofd PZ]. Bij aanvang van dat gesprek heeft [werknemer] aan Aldi gemeld dat [leidinggevende] zijn intimiderend en pestend gedrag niet heeft gestaakt, dat ze het idee heeft dat Aldi dit ten onrechte ziet als “ruis in de communicatie”, dat zij het alleen niet redt met [leidinggevende], dat [leidinggevende] geen mediation wilde, dat Aldi niet heeft meegewerkt aan het inschakelen van deskundige hulp en dat het ontbreken van belangstelling vanuit Aldi tijdens ziekte haar heeft gekwetst.

Naar aanleiding van een spreekuurcontact op 4 juli 2016 heeft de bedrijfsarts laten weten dat het nog te vroeg is voor het oppakken van mediation. Ze heeft geadviseerd de contacten vanuit de werkgever door een ander dan [leidinggevende] te laten plaatsvinden.

Op 17 januari 2017 heeft de bedrijfsarts geadviseerd de mediation weer aan te pakken. Dat advies herhaalde zij op 14 februari 2017 en op 14 april 2017. Toen adviseerde zij ook om re-integratie mogelijk in [vestiging 2] te laten plaatsvinden en twee sporen in te zetten. In mei 2017 is mediation gestart. Op 5 juli 2017 vond een intake plaats voor het tweede spoor.

In augustus 2017 is re-integratie bij Aldi in [vestiging 1] gestart. [leidinggevende] was casemanager van de re-integratie. In een brief van 5 september 2017 aan de bedrijfsarts liet [werknemer]

weten dat de re-integratie haar moeilijk wordt gemaakt door [leidinggevende]. Er vond een gesprek tussen [werknemer], de bedrijfsarts en [leidinggevende] plaats en [werknemer] schakelde opnieuw de vrouwenspersoon in. Daarna werd [directeur] in plaats van [leidinggevende] de case-manager van de re-integratie.

De verzekeringsarts van het UWV rapporteert op 22 december 2017 onder meer: *“I.v.m. de re-integratie kan het volgende opgemerkt worden. Reeds onmiddellijk na ziekmelding werd mediation voorgesteld. (...) Mediation ging echter pas daadwerkelijk door op 24-05-2017. Daarnaast werd ook adequate behandeling in de curatieve sector, hoewel reeds eerder voorgesteld, pas in gang gezet vanaf juni 2016. Indien deze beide interventies eerder waren ingezet, kan verwacht worden dat het klachtenbeloop gedurende 2016 korter en minder hevig zou zijn geweest. (...) Vanaf december 2016, toen er een nieuwe behandeling startte, waren er bij cliënt zeker terug meer benutbare mogelijkheden. Een FML werd door bedrijfsarts opgesteld in februari 2017, pas eind augustus 2017 startte cliënt met gedeeltelijk werken in passend werk. Er zijn geen medische redenen hiervoor te benoemen.”* Het arbeidsdeskundig onderzoek van het UWV van 28 december 2017 sluit daarbij aan. Daarin wordt verder onder meer vermeld dat het advies om op een andere locatie te re-integreren niet is opgevolgd en dat de werkgever ook geen gehoor heeft gegeven aan het advies om een tweesporenbeleid te volgen.

Het UWV legde bij besluit van 4 januari 2018 aan Aldi een loonsanctie op, omdat Aldi niet voldoende heeft gedaan om [werknemer] te re-integreren. Het besluit is onherroepelijk.

In het verslag van een spreekuur van 16 januari 2018 constateert de bedrijfsarts dat het herstel helaas niet gaat als gehoopt, omdat onderliggende spanningen weer een toename van de beperkingen geven. De bedrijfsarts adviseert de mediation en tweede spoor activiteiten voorrang te geven. Op 24 januari 2018 schrijft [spoor twee coach] (spoor twee coach) aan Aldi dat de re-integratie inspanningsplicht van Aldi doorloopt en indien Aldi dat wenst, zij [werknemer] verder kan ondersteunen om tot succesvolle re-integratie in het tweede spoor te komen. Daar is door Aldi geen gevolg aan gegeven.

Na een (tweede) zelfmoordpoging begin februari 2018 viel [werknemer] opnieuw volledig uit.

In maart 2018 heeft [echtgenoot] de door [werknemer] gemaakte bandopnames aan [hoofd PZ] gegeven. Aldi heeft vervolgens een extern onderzoek laten uitvoeren door [onderzoeker] van [bedrijf 1]. [onderzoeker] heeft met [werknemer] en met [leidinggevende] gesproken en de door [werknemer] en [echtgenoot] gemaakte bandopnames beluisterd. Over de opnames staat in het op 4 juli 2018 uitgebrachte rapport onder meer: “Volgens uitspraken van sommige, op de opnames te beluisteren medewerkers negeert verweerder [opmerking hof: [leidinggevende]] meldster [opmerking hof: [werknemer]] en heeft hij het op haar voorzien. Tevens wordt aangegeven dat verweerder het soms ook op anderen heeft voorzien en dat hij ‘over lijken’ gaat. Een medewerker heeft gezegd dat verweerder zaken verdraait. (...) De uitspraken van anderen over verweerder konden niet nader onderzocht of gespecificeerd worden nu deze medewerkers niet konden worden gesproken (...)” Verder staat in het rapport: “Als voorlopige slotconclusie stelt de onderzoeker dat er sprake is van een ernstig geëscaleerd arbeidsconflict, met eerste indicaties van ongewenst gedrag/bejegening door verweerder richting meldster.” Finale conclusies kunnen niet worden getrokken. Daarvoor zou verdergaand onderzoek nodig zijn en moet met meer betrokkenen worden gesproken, aldus [onderzoeker]. Het rapport is op 26 oktober 2018 aan [werknemer] verstrekt.

[leidinggevende] is per oktober 2018 overgeplaatst naar Aldi [vestiging 2] B.V.

[werknemer] wilde opnieuw met de bedrijfsarts in gesprek. In een mailbericht van 9 april 2018 heeft [hoofd PZ] haar laten weten dat Aldi hier graag in faciliteert, dat Aldi met de bedrijfsarts heeft afgesproken dat er een consult kan plaatsvinden en dat [werknemer] daar zo snel mogelijk een uitnodiging voor ontvangt. Pas op 3 april 2019 vond een bezoek aan de bedrijfsarts plaats. Op 24 mei 2019 heeft het UWV toestemming aan Aldi gegeven om de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid van [werknemer] op te zeggen. Bij brief van 27 mei 2019 heeft Aldi de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 oktober 2019 opgezegd. Zij heeft het netto equivalent van € 74.493,00 als transitievergoeding aan [werknemer] betaald.

[werknemer] heeft deze procedure aangespannen omdat zij vindt dat Aldi haar naast de transitievergoeding een billijke vergoeding verschuldigd is. Zij heeft Aldi op 19 november 2019 daarnaast

aansprakelijk gesteld voor schade op de voet van artikel 7:658 BW. De verzekeraar van Aldi heeft een expert ingeschakeld om onderzoek naar de toedracht te doen. Er loopt (nog) geen procedure over die schade.

Het verzoek en het verweer

3.3. [werknemer] verzoekt toekenning van een billijke vergoeding van € 755.488,00 netto, danwel subsidiair € 363.829,00 netto, danwel een door de rechter te bepalen billijke vergoeding.

Aan dit verzoek heeft zij, kort samengevat, ten grondslag gelegd dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van Aldi (artikel 7:682 lid 1 aanhef en onder c van het Burgerlijk Wetboek).

3.4. Aldi heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Volgens haar moet [werknemer] niet-ontvankelijk worden verklaard in haar verzoek en in het hoger beroep. Zij betwist verder dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten en voert verweer tegen de hoogte van de verzochte vergoeding.

De beslissing van de kantonrechter en de grieven daartegen

3.5. In de beschikking van 11 februari 2020 heeft de kantonrechter het verzoek van [werknemer] afgewezen en haar in de proceskosten veroordeeld.

3.6. [werknemer] heeft in hoger beroep vier grieven aangevoerd. Zij heeft geconcludeerd tot vernietiging van de beroepen beschikking en tot het alsnog toewijzen van haar verzoek.

3.7. Door middel van de grieven betoogt [werknemer] dat de kantonrechter haar verwijt onvolledig heeft weergegeven, dat hij ten onrechte tot het oordeel is gekomen dat Aldi niet ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en dat hij haar verzoek om een billijke vergoeding dan ook ten onrechte heeft afgewezen. Het hof zal de grieven gezamenlijk behandelen, na beoordeling van de ontvankelijkheidsverweren.

Ontvankelijkheid [werknemer]

3.8. Aldi voert als verweer primair aan dat [werknemer] niet-ontvankelijk is in het hoger beroep. Volgens Aldi stelt [werknemer] niet of onvoldoende dat de opzegging door Aldi het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen. Dit verweer

slaagt niet, want [werknemer] stelt dit wel. Als de stellingen van [werknemer] daarover niet voldoende onderbouwd zouden zijn, heeft dat geen invloed op de ontvankelijkheid in het hoger beroep.

3.9. In eerste aanleg heeft Aldi als verweer gevoerd dat het verzoek van [werknemer] is gebaseerd op gestelde netto inkomensschade, waardoor er volgens Aldi sprake is van een andere grondslag dan artikel 7:682 lid 1 sub c BW en [werknemer] niet ontvankelijk dient te worden verklaard. Dat [werknemer] bij de onderbouwing van de verzochte billijke vergoeding aansluiting zoekt bij de door haar gestelde (netto) inkomensschade is echter niet van invloed op haar ontvankelijkheid in deze verzoekschriftprocedure.

Ernstig verwijtbaar handelen Aldi

3.10. [werknemer] voert aan dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van Aldi dat tot opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid heeft geleid. Zij onderbouwt dit (samengevat) als volgt: – de leidinggevende van [werknemer], [leidinggevende], heeft haar gepest en geïntimideerd, waardoor zij ziek is geworden;

– Aldi heeft daar niet adequaat op gereageerd en heeft nagelaten (voldoende) bij te dragen aan een oplossing van de situatie op de werkvloer;

– Aldi heeft niet voldaan aan haar re-integratieverplichtingen.

3.11. Aldi voert gemotiveerd verweer tegen de gemaakte verwijten. Het hof betreft dit verweer bij zijn beoordeling.

3.12. Het hof stelt het volgende voorop. Voor het aannemen van ernstige verwijtbaarheid als bedoeld in de hier toepasselijke wetbepaling (artikel 7:682 lid 1 aanhef en onder c BW) geldt een hoge drempel. Slechts in uitzonderlijke gevallen wordt deze drempel overschreden. In de wetgeschiedenis is als één van de voorbeelden van ernstige verwijtbaarheid genoemd de situatie waarin de werkgever zijn re-integratieverplichtingen bij ziekte grovelijk heeft veronachtzaamd. Dat het UWV een loonsanctie oplegt omdat de werkgever niet heeft voldaan aan de re-integratieverplichtingen, wil nog niet zeggen dat de werkgever ook een ernstig verwijt kan worden gemaakt. In deze zaak wordt de hoge drempel naar het oordeel van het hof wel overschreden. Dat geldt niet voor het handelen van Aldi tot aan de ziekmelding van [werknemer] op 16 februari 2016, maar wel voor

de periode vanaf die ziekmelding. Hierna zal het hof uitleggen waarom het tot dit oordeel komt.

– De periode tot aan de ziekmelding

3.13. In de periode tot aan de ziekmelding op 16 februari 2016 is er naar het oordeel van het hof geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van Aldi dat mede heeft geleid tot de opzegging van de arbeidsovereenkomst. Dat [leidinggevende] in die periode grievende opmerkingen tegen [werknemer] heeft gemaakt en dat zijn gedrag heeft geleid tot de ziekmelding van [werknemer], staat vast. Voor zover Aldi dit al heeft weersproken, heeft ze dat niet voldoende gemotiveerd gedaan. Of het gedrag van [leidinggevende] ook pesten of intimidatie opleverde, kan in het midden blijven. Het hof is namelijk van oordeel dat Aldi de melding van [werknemer] serieus heeft genomen en in deze fase adequaat heeft gereageerd. Nadat [werknemer] het gedrag van [leidinggevende] bij het hoofd PZ heeft aangekaart, hebben meerdere gesprekken plaatsgevonden, waaraan naast [werknemer] en [leidinggevende] ook het hoofd PZ en de directeur hebben deelgenomen. Het hof gaat er op grond van wat partijen over en weer hebben gesteld van uit dat die gesprekken in november 2015 naar tevredenheid zijn afgerond, dat [werknemer] en [leidinggevende] daarbij hun intentie voor een constructieve samenwerking hebben uitgesproken en dat zij hebben laten weten geen verdere begeleiding van het hoofd PZ of externe begeleiding nodig te vinden. (Het hof verwijst naar het onder 3.2 h weergegeven verslag.) Tijdens de zitting in hoger beroep heeft [werknemer] dat laatste weliswaar weersproken, maar het hof verwijst naar de weergave van de opname van het gesprek op pagina 3-4 en 14 van het beroepschrift. Als [werknemer] in die fase toch verdere begeleiding had gewild, had zij dat tijdens het gesprek of naar aanleiding van het gespreksverslag moeten laten weten. Dat heeft zij niet gedaan en Aldi mocht er daarom van uitgaan dat ook [werknemer] verdere begeleiding op dat moment niet nodig vond en dat er goede afspraken waren gemaakt.

– De periode vanaf de ziekmelding

3.14. In de periode vanaf de ziekmelding van 16 februari 2016 heeft Aldi naar het oordeel van het hof wel ernstig verwijtbaar gehandeld, althans nagelaten. Hoewel de bedrijfsarts al kort na de ziekmelding mediation adviseerde omdat er sprake

ke was van een arbeidsconflict, is deze niet van de grond gekomen omdat [leidinggevende] dat toen niet wilde. Het hoofd PZ was daarvan op de hoogte, maar heeft het daarbij gelaten, zo blijkt uit zijn verklaring ter zitting in hoger beroep. Aldi heeft erop gewezen dat de gebeurtenissen ook voor [leidinggevende] emotioneel zijn geweest, maar dat rechtvaardigt niet dat er daardoor in strijd met het advies van de bedrijfsarts niet al in een vroeg stadium mediation is opgestart om het arbeidsconflict op te lossen. Enige maanden later liet de bedrijfsarts weten dat het op dat moment te vroeg was voor mediation, waarmee dus werd bedoeld op een tweede mediationtraject. Vervolgens heeft de bedrijfsarts vanaf januari 2017 tot drie keer toe geadviseerd mediation op te starten voordat dit in mei 2017 echt is gebeurd. Voor zover de vertraging mede is veroorzaakt door vakantiekantie van [werknemer], zoals Aldi stelt maar [werknemer] betwist, kan deze slechts een klein deel van de vertraging verklaren. Daarnaast bleef de door [werknemer] benodigde toestemming van Aldi voor het inschakelen van een gespecialiseerd psycholoog aanvankelijk uit. Verder heeft Aldi het advies van de bedrijfsarts van juli 2016 niet opgevolgd om een ander dan [leidinggevende] het contact met [werknemer] te laten onderhouden. Dit terwijl [leidinggevende] als gezegd eerder niet bereid was aan mediation met [werknemer] mee te werken en [werknemer] bij Aldi te kennen had gegeven dat zij het alleen niet redt met [leidinggevende]. Toen de re-integratie is opgestart, werd [leidinggevende] als re-integratiemanager ingezet. Dat heeft de re-integratie bemoeilijkt. Als onbetwist staat vast dat het contact met [leidinggevende] stroef verliep en dat hij [werknemer] tijdens de re-integratie onder meer liet weten "ik had je ook een bezem in je hand kunnen geven". Pas nadat [werknemer] opnieuw de vertrouwenspersoon had ingeschakeld, kwam er een nieuwe re-integratiemanager. In strijd met het advies uit het arbeidsdeskundig onderzoek en zonder dat daarvoor een goede reden is gegeven, heeft de re-integratie niet, althans onvoldoende, op een andere locatie plaatsgevonden. Ook het advies om tweesporenbeleid te volgen, heeft Aldi niet voldoende opgevolgd. Voor Aldi had zeker na de rapportages van het UWV van eind 2017 en de beslissing van het UWV tot het opleggen van een loonsanctie begin 2018 duidelijk moeten zijn dat zij haar re-integratieverplichtingen onvoldoende nakwam. Daarbij heeft de bedrijfsarts naar aanlei-

ding van het spreekuur van 16 januari 2018 expliciet geadviseerd de mediation en tweede spoor activiteiten voorrang te geven omdat het niet goed ging met [werknemer]. Ook dit advies heeft Aldi niet of onvoldoende opgevolgd.

Vervolgens heeft Aldi in het derde ziektejaar van [werknemer] niet of nauwelijks inspanningen verricht om re-integratie mogelijk te maken. Hoewel [werknemer] heel duidelijk heeft gemaakt dat zij in het derde jaar nog contact met de bedrijfsarts zou willen hebben, en Aldi heeft toegezegd dat [werknemer] zou worden uitgenodigd voor een gesprek met de bedrijfsarts, heeft het een jaar geduurd voor [werknemer] de bedrijfsarts uiteindelijk weer heeft gezien. Dat was niet aan [werknemer] te wijten. Het verwijt aan Aldi daarover heeft [werknemer] zowel in eerste aanleg als bij het beroepschrift duidelijk uitgesproken, maar Aldi heeft daar niet op gereageerd, zodat het hof uitgaat van de juistheid van het verwijt. Aan de brief van [spoor twee coach] over ondersteuning bij een vervolgtraject tweede spoor heeft Aldi ook geen gevolg gegeven.

Mede gelet op de lange duur van het nalaten van Aldi komt het hof tot de conclusie dat Aldi haar re-integratieverplichtingen grovelijk heeft veronachtzaamd. Er is sprake van ernstig verwijtbaar handelen en nalaten van Aldi.

3.15. [werknemer] stelt dat het ernstig verwijtbaar handelen en nalaten uiteindelijk tot de opzegging wegens langdurige arbeidsongeschiktheid heeft geleid. Als Aldi adequaat had gehandeld had [werknemer] kunnen re-integreren en was de opzegging van de arbeidsovereenkomst niet nodig geweest, voert [werknemer] aan. De rapportage van de verzekeringsarts van het UWV (zie 3.2 onder q) geeft naar het oordeel van het hof steun aan deze stelling. Aldi heeft het causaal verband betwist door aan te voeren dat de langdurige arbeidsongeschiktheid het gevolg lijkt van in de persoon van [werknemer] gelegen factoren. Het gaat hier echter om een veronderstelling, die niet van een deugdelijke onderbouwing is voorzien en waarvoor het hof geen steun in het dossier heeft aangetroffen. Op grond van het voorgaande rekent het hof de uiteindelijke opzegging van de arbeidsovereenkomst toe aan het ernstig verwijtbaar handelen en nalaten van Aldi.

Billijke vergoeding

3.16. In een uitzonderlijk geval als dit, waarin de opzegging vanwege langdurige arbeidsonge-

schiktheid het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, kan de rechter de werkgever veroordelen om een billijke vergoeding aan de werknemer te betalen. Gezichtspunten voor het vaststellen van de hoogte van een billijke vergoeding zijn door de Hoge Raad (niet limitatief) opgesomd in het New Hairstyle arrest (ECLI:NL:HR:2017:1187). Die gezichtspunten lenen zich ook voor toepassing in deze zaak. Niet in alle gevallen kunnen de gevolgen van de opzegging van de arbeidsovereenkomst, voor zover deze zijn toe te rekenen aan de werkgever op grond van het hem te maken verwijt, geacht worden reeds volledig te zijn gecompenseerd door de transitievergoeding. Bij het vaststellen van de billijke vergoeding gaat het er uiteindelijk om dat de werknemer wordt gecompenseerd voor het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Bij de vergelijking van de hypothetische situatie zonder verwijtbaar handelen en de situatie met verwijtbaar handelen kan er mee rekening worden gehouden of de werknemer inmiddels andere inkomsten heeft en met de inkomsten die hij/zij in redelijkheid in de toekomst kan verwerven. Bij de vergelijking dient bovendien de eventueel aan de werknemer toekomende transitievergoeding te worden betrokken. Voor zover elementen van de vaststelling van de billijke vergoeding zien op de vergoeding van schade van de werknemer, lenen de wettelijke regels van art. 6:95 e.v. BW zich voor overeenkomstige toepassing. Het hof dient de billijke vergoeding te bepalen op een wijze die, en op het niveau dat, aansluit bij de uitzonderlijke omstandigheden van het geval.

3.17. [werknemer] verzoekt (primair) toekenning van een billijke vergoeding van € 755.488,00 netto, onder verwijzing naar rapporten van [bedrijf 2]. Genoemd bedrag is de door [bedrijf 2] berekende inkomensschade, uitgaande van promotie van [werknemer]. Zij gaat ervan uit dat zij zonder de opzegging tot aan de AOW-gerechtigde leeftijd bij Aldi zou zijn blijven werken en dat zij ook tot distributiemanager zou zijn uitgroeid en het bijbehorende salaris (bijna) het tweevoudige van haar laatstverdiende salaris had verdiend. Zij stelt dat er in haar huidige situatie van arbeidsongeschiktheid geen enkel zicht op verbetering is. Verder voert zij aan dat zij kosten heeft moeten maken voor onder meer de schadeberekeningen en ook voor aanpassingen aan haar woning vanwege de angststoornissen waar ze nu aan lijdt.

Ook voert ze aan dat zij immateriële schade heeft geleden, die moet meewegen bij het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding.

3.18. Aldi voert verweer tegen de hoogte van de verzochte vergoeding. Zij betwist dat er sprake is van blijvende en duurzame arbeidsongeschiktheid van [werknemer]. In dat verband voert ze aan dat [werknemer] geen IVA-uitkering maar een WGA-uitkering heeft en dat de belastbaarheid van [werknemer] naar verwachting zal verbeteren. Zij betwist dat [werknemer] had kunnen doorgroeien naar distributiemanager, gelet op haar opleidingsniveau en gebrek aan affiniteit met ICT-processen. Aldi heeft het hof verzocht bij het vaststellen van een eventuele billijke vergoeding rekening te houden met de betaalde transitievergoeding. Verder heeft [werknemer] volgens Aldi verwijtbaar gehandeld door heimelijk opnames van gesprekken te maken en moet ook meewegen dat zij nooit een formele klacht heeft ingediend en zelf niet heeft ingezet op het tweede spoor.

3.19. Het hof merkt op dat het vaststellen van een billijke vergoeding hier wordt bemoeilijk doordat er sprake is van een aantal onzekere factoren, die van grote invloed kunnen zijn op de hoogte van de vergoeding. Zo is het onzeker hoe het herstel van [werknemer] zal verlopen en wanneer zij weer in staat zal zijn te werken. Bovendien is het partijdebat over de hoogte van de billijke vergoeding vrij beperkt.

3.20. Het hof zal een vergelijking maken tussen enerzijds de hypothetische situatie zonder het ernstig verwijtbaar handelen en nalaten van Aldi en anderzijds de situatie waarin [werknemer] nu verkeert en naar verwachting in de toekomst zal verkeren. Het hof zal hierna verwijzen naar enerzijds 'de situatie zonder verwijtbaar handelen' en anderzijds 'de situatie met verwijtbaar handelen'. De looptijd van de vergelijking laat het hof ingaan in 2016, aangezien het ernstig verwijtbaar handelen en nalaten sindsdien heeft plaatsgevonden. Het gaat in het navolgende steeds om brutobedragen.

3.21. In de situatie zonder verwijtbaar handelen is het meest waarschijnlijke scenario naar het oordeel van het hof dat [werknemer] tegen een inkomen van minimaal het laatstelijk door haar verdiende inkomen van € 5.593,33 per maand bij Aldi of bij een andere werkgever zou zijn blijven/gaan werken. In die situatie zou [werknemer] weliswaar ook in februari 2016 door ziekte zijn uitgevallen, maar het hof vindt het aannemelijk dat

[werknemer] na enige maanden weer zou kunnen zijn gaan werken, indien mediation direct serieus was ingezet en/of zij ook de gespecialiseerde behandeling door een psycholoog had gekregen waar zij al in een vroeg stadium om heeft gevraagd en/of de re-integratie had plaatsgevonden in een andere werkomgeving zonder [leidinggevende]. Het hof verwijst in dit verband opnieuw naar de rapportage van de verzekeringsarts van het UWV. 3.22. In de situatie met verwijtbaar handelen heeft Aldi het loon tijdens de ziekteperiode gedurende lange tijd doorbetaald, ook vanwege de opgelegde loonsanctie. Het hof gaat uit van de gegevens en bedragen die in de door [werknemer] overgelegde rapporten van [bedrijf 2] daaromtrent zijn vermeld. Deze zijn blijkens de rapporten gebaseerd op salarisspecificaties en jaaropgaven van [werknemer] en zijn door Aldi niet weersproken. Het hof gaat ook uit van de bedragen die door [bedrijf 2] worden vermeld met betrekking tot de door [werknemer] ontvangen en naar verwachting nog te ontvangen WIA-uitkering. Partijen verschillen weliswaar van mening over de vraag of de WIA-uitkering in de toekomst naar verwachting een IVA-uitkering (aldus [werknemer]) of een WGA-uitkering (aldus Aldi) zal zijn, maar de enige concrete bedragen die voorhanden zijn, zijn die uit de rapporten van [bedrijf 2]. De belangrijkste onzekere factor die een rol speelt, is hoe lang [werknemer] afhankelijk zal zijn van een WIA-uitkering. [werknemer] gaat ervan uit dat dit tot haar pensioen zal zijn. Volgens Aldi is dat veel te lang en ligt veel eerder herstel in de rede. Het hof zal de goede en kwade kansen moeten inschatten. Daarbij wegen het rapport van psychiater [psychiater] van 5 maart 2019 van het expertisebureau [expertisebureau] en de verklaring van de huisarts van [werknemer] van 5 maart 2020 mee. Aldi heeft een aantal bezwaren tegen gebruik van het rapport van de psychiater naar voren gebracht, waarvan het belangrijkste is dat het een eenzijdig aangevraagd rapport is. Het hof overweegt dat hoewel Aldi niet betrokken is geweest bij de totstandkoming van het rapport, het rapport is uitgebracht in het kader van de WIA-beoordeling en dat de deskundigheid van [psychiater] niet ter discussie staat. De huisarts laat weten dat [werknemer] medicamenteuze behandeling en behandeling bij de GGZ heeft en dat deze behandelingen vooralsnog weinig verbetering laten zien. De psychiater rapporteert dat de prognose matig gunstig is. Uit het rapport van de psychiater

en de verklaring van de huisarts blijkt dat [werknemer] vóór 2016 geen psychische klachten heeft gehad. Het hof gaat er met de psychiater van uit dat dit een gunstige factor is waar het gaat om verwachting van herstel. Het hof gaat ervan uit dat [werknemer] een lange weg naar herstel zal moeten afleggen, maar dat herstel uiteindelijk wel zal optreden. Het hof houdt daarbij een periode van nog vijf jaar vanaf nu aan voordat [werknemer] weer in staat zal zijn te werken. Het hof realiseert zich dat niet is gezegd dat [werknemer] dan op vergelijkbaar niveau zal kunnen werken als in haar laatste functie bij Aldi. Gelet op de gebleken ambitie van [werknemer] en haar veerkracht, waarvan uit het rapport van de psychiater blijkt, gaat het hof daar veronderstellenderwijs van uit, waarbij het aan de andere kant uitgaat van een lange periode om weer voldoende te herstellen.

3.23. Na de vergelijking van het bovenstaande zal het hof nog ingaan op de eventueel gemiste kans op promotie.

3.24. Als gezegd gaat het hof uit van een vergelijking vanaf 2016 tot en met vijf jaar vanaf begin 2021, dus tot en met 2025. De vergelijking van het inkomen in de hypothetische situatie zonder verwijtbaar handelen en de situatie met verwijtbaar handelen resulteert dan in het volgende.

Situatie zonder verwijtbaar handelen

Inkomen over de periode 2016 t/m 2025, inclusief vakantiebijslag:

€ 72.489,56 (€ 5.593,33 x 12 x 1,08) per jaar x 10 jaar = € 724.895,60

Situatie met verwijtbaar handelen

Inkomen over de periode 2016 t/m 2025, inclusief vakantiebijslag:

€ 510.219,68

(in de periode tot en met 2018 inkomen van € 72.489,56 per jaar en voor de periode daarna ontleend aan pagina 9 van de berekening van [bedrijf 2], productie 27 eerste aanleg [werknemer] (€ 72.489,56 x 3) + € 21.332,00 + € 33.657,00 + (6 x € 39.627,00)).

Het hof gaat dus uit van een inkomensverlies van € 214.675,92.

3.25. In het rapport van [bedrijf 2] is vermeld dat [werknemer] in aanmerking komt voor 100% premievrije voortzetting van haar pensioen bij volledige arbeidsongeschiktheid. Er is dus volgens het rapport geen sprake van pensioenschade en [werknemer] gaat daar zelf ook niet van uit.

3.26. Het is moeilijk in te schatten in hoeverre [werknemer] in de situatie zonder verwijtbaar

handelen nog promotie had kunnen maken. Zij gaat ervan uit dat zij distributiemanager zou zijn geworden, met uiteindelijk bijna een verdubbeling van haar salaris tot gevolg. Aldi betwist dit. Volgens Aldi beschikte zij niet over het vereiste opleidingsniveau en over de vereiste affiniteit met ICT. Dat heeft [werknemer] op haar beurt niet weersproken. [werknemer] heeft verwezen naar stukken van de in 2015 ingeschakelde coach. Die stukken bieden echter op zichzelf onvoldoende concrete aanknopingspunten dat [werknemer] distributiemanager zou zijn geworden. Uit die stukken blijkt van de motivatie van [werknemer] en dat zij tijdens de coaching een duidelijke ontwikkeling heeft doorgemaakt, maar ook dat [werknemer] (nog) niet aan alle competenties voor distributiemanager voldeed en bepaalde competenties, waaronder plannen en organiseren nog diende te verbeteren (pagina 2 van het Verslag coachingstraject van 15 juni 2015, productie 16 van [werknemer] in hoger beroep). [werknemer] heeft niets aangevoerd over hoeveel vacatures voor distributiemanager er te verwachten zijn, en hoe haar kansen zijn vergeleken met andere kandidaten. Gelet op al het voorgaande neemt het hof niet tot uitgangspunt dat [werknemer] distributiemanager zou zijn geworden.

Op grond van de loopbaanontwikkeling van [werknemer] in het verleden, alsook het onweersproken, positieve rapport van de coach (overweging 3.2 onder e) gaat het hof er echter wel van uit dat [werknemer] in de situatie zonder verwijtbaar handelen bij Aldi of elders nog groei in haar loopbaan zou hebben meegemaakt. Daarbij weegt het hof mee dat [werknemer] bij aanvang van het verwijtbaar handelen van Aldi nog maar 47 jaar was, dus ook nog veel jaren voor zich had waarin zij zich verder had kunnen ontwikkelen. Wanneer [werknemer] over een aantal jaar weer zal kunnen werken, zoals het hof in het bovenstaande heeft aangenomen, is zij inmiddels een stuk ouder en is de groei van haar loopbaan lange tijd doorbroken geweest. Het hof houdt rekening met een doorbreking van de loopbaan van [werknemer] gedurende 10 jaar, met het laatstverdiende brutoloon van [werknemer] en met de groei van caissière tot expeditiemanager in de 24 jaar waarin [werknemer] werkzaam was voor zij wegens ziekte uitviel. Het hof zal bij het vaststellen van de billijke vergoeding een bedrag van € 50.000,- meenemen wegens gemiste kans op groei in haar loopbaan.

3.27. [werknemer] heeft het hof verzocht ook met immateriële schade rekening te houden bij de vaststelling van de billijke vergoeding. Zij heeft daaraan geen bedrag verbonden. [werknemer] heeft Aldi, als gezegd, ook aansprakelijk gesteld op de voet van artikel 7:658 BW en zij heeft benadrukt dat zij niet beoogt in deze verzoekschrift-procedure een allesomvattende schadevergoeding te vragen. Het hof zal in de billijke vergoeding een component opnemen als genoegdoening voor [werknemer] voor het psychisch leed als gevolg van het aan Aldi te wijten ontslag. Het hof gaat er namelijk van uit dat, indien Aldi anders had opgetreden na de ziekmelding van [werknemer], haar ziekteverloop heel anders (minder lang en minder heftig) zou zijn geweest en ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid niet aan de orde zou zijn geweest. Deze component bedraagt € 10.000,00.

3.28. Bij de bepaling van de billijke vergoeding houdt het hof rekening met de transitievergoeding van € 74.493,00 die Aldi aan [werknemer] heeft betaald, door deze in mindering te brengen op het inkomensverlies, het bedrag wegens de gemiste kans op groei in de loopbaan en het hier boven genoemde bedrag als genoegdoening voor psychisch leed. Het hof ziet onder ogen dat Aldi ook al met een loonsanctie is geconfronteerd, maar dat leidt niet tot een ander oordeel over de hoogte van de toe te kennen billijke vergoeding.

3.29. [werknemer] heeft nog aangevoerd dat zij diverse kosten heeft moeten maken, maar zij heeft daaraan geen bedragen verbonden, waardoor Aldi zich daar niet tegen heeft kunnen verweren anders dan met het algemeen geformuleerd verweer tegen de hoogte van de verzochte billijke vergoeding. De kosten zijn ook niet uit hoofde van artikel 6:96 BW gevorderd. Het hof laat eventueel door [werknemer] gemaakte kosten (anders dan de proceskosten) daarom verder buiten beschouwing.

3.30. Anders dan Aldi heeft bepleit, ziet het hof geen aanleiding om de billijke vergoeding te verlagen in verband met het handelen of nalaten van [werknemer]. [werknemer] heeft inderdaad heimelijk bandopnames gemaakt, zelfs van de mediation, en het is begrijpelijk dat diverse betrokkenen daar moeite mee hebben. Aldi heeft echter niet (voldoende) gesteld dat handelen of nalaten van [werknemer] heeft bijgedragen aan de langdurige arbeidsongeschiktheid en het daarop gebaseerde ontslag. Aldi stelt wel dat [werknemer]

onvoldoende aan re-integratie in het tweede spoor heeft meegewerkt, maar het tegendeel blijkt uit de stukken van de ingeschakelde spoor twee coach, [spoor twee coach].

3.31. Alles afwegende acht het hof een billijke vergoeding van € 200.000,00 bruto (afgerond bedrag) passend. Het hof is van oordeel dat deze vergoeding aansluit bij het ernstig verwijtbaar handelen en nalaten van Aldi. Aldi heeft naar het oordeel van het hof op aanzienlijke wijze bijgedragen aan de omstandigheden die ertoe hebben geleid dat de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid werd opgezegd. De ernst van het verwijtbaar handelen en nalaten acht het hof aanzienlijk, mede gezien de vele momenten waarop en de lange periode waarin Aldi anders had kunnen en moeten handelen.

3.32. Tijdens de zitting in hoger beroep is nog besproken dat [werknemer] Aldi ook op de voet van artikel 7:658 BW aansprakelijk heeft gesteld en – afhankelijk van de uitkomst van deze procedure – overweegt ook daaromtrent een procedure te starten. In een dergelijke procedure zal de inhoud van deze uitspraak naar aangenomen mag worden meewegen, omdat het hof een deel van de op artikel 7:658 BW gebaseerde schade heeft meegenomen als component van de toegekende billijke vergoeding.

Geen bewijslevering

3.33. Het hof zal geen bewijsopdracht geven. Er is namelijk geen bewijs aangeboden van feiten die, indien deze vast zouden komen te staan, tot een ander oordeel in deze zaak zouden leiden.

Proceskosten

3.34. Het hof zal Aldi als de (overwegend) in het ongelijk gestelde partij in de kosten van beide instanties veroordelen.

De kosten voor de procedure in eerste aanleg aan de zijde van [werknemer] zullen worden vastgesteld op € 486,00 aan griffierecht en € 1.922,00 voor salaris advocaat overeenkomstig het liquidatietarief.

De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van [werknemer] zullen worden vastgesteld op € 332,00 aan griffierecht en € 9.356,00 voor salaris advocaat overeenkomstig het liquidatietarief.

Wettelijke rente

3.35. [werknemer] heeft de wettelijke rente gevorderd vanaf de datum van opeisbaarheid. Wanneer die datum in haar visie is, is niet vermeld. Het hof zal de wettelijke rente toewijzen vanaf een maand na de datum van deze uitspraak.

4. De beslissing

Het hof:

vernietigt de bestreden beschikking en in zoverre opnieuw rechtdoende: verklaart voor recht dat Aldi jegens [werknemer] ernstig verwijtbaar heeft gehandeld; veroordeelt Aldi om binnen veertien dagen na deze uitspraak aan [werknemer] een billijke vergoeding te betalen van € 200.000,00 bruto, te meerderen met de wettelijke rente vanaf een maand na de datum van deze uitspraak tot de dag waarop de vergoeding volledig is betaald; veroordeelt Aldi in de proceskosten van: – de eerste aanleg en begroot die kosten aan de zijde van [werknemer] op € 486,00 aan griffierecht en op € 1.922,00 aan salaris advocaat; – het hoger beroep, en begroot die kosten aan de zijde van [werknemer] op € 332,00 aan griffierecht en op € 9.356,00 aan salaris advocaat voor het hoger beroep; verklaart deze beschikking tot zover uitvoerbaar bij voorraad; wijst af het meer of anders verzochte.

NOOT

Cumulatie van de billijke vergoeding ex art. 7:682 lid 1 sub c BW en schadevergoeding ex art. 7:658 BW

In deze zaak is de arbeidsovereenkomst van werknemster opgezegd wegens langdurige arbeidsongeschiktheid. In hoger beroep gaat het om de toekenning van een billijke vergoeding op grond van art. 7:682 lid 1 sub c BW. Uit de uitspraak blijkt dat werknemster overweegt daarnaast een schadevergoeding te vorderen op grond van art. 7:658 BW in een nog te starten procedure.

Cumulatie van de hier toegekende billijke vergoeding en schadevergoeding op grond van art. 7:658 BW is mogelijk nu deze vergoedingen berusten op een andere grondslag. De grondslag voor de billijke vergoeding is het ernstig verwijtbare gedrag van de werkgever met de opzegging

tot gevolg, die van art. 7:658 BW is het schenden van de zorgplicht door de werkgever waardoor de werknemer schade lijdt. De mogelijkheid van cumulatie is dan het uitgangspunt (HR 14 juni 2002, NJ 2003/112 (*Bramer/Hofman Beheer*)). Dat deze grondslagen mogelijk (deels) worden ingevuld met dezelfde feiten staat aan samenloop van de vergoedingen mijns inziens niet in de weg.

Het verschil in grondslag brengt een verschil in toets met zich mee, zie ook gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (16 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2377) en de daarop volgende conclusie (conclusie P-G F.F. Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2021:21). Voor toekenning van de billijke vergoeding van art. 7:682 lid 1 sub c BW is vereist dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever dat de opzegging tot gevolg heeft. Er moet dus sprake zijn van een causaal verband tussen de ernstige verwijtbaarheid en de opzegging. Niet vereist is een causaal verband tussen de ernstige verwijtbaarheid en de langdurige arbeidsongeschiktheid van de werknemer, zoals nadrukkelijk blijkt uit de wetsgeschiedenis, *Kamerstukken I 2013/2014*, 33818, C, p. 113. Voor de schadevergoeding van art. 7:658 BW is vereist dat de werknemer schade lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Voor deze vergoeding moet de werknemer aantonen dat er een causaal verband bestaat tussen de werkzaamheden en zijn schade. Is dit het geval dan is de werkgever hiervoor aansprakelijk, tenzij hij kan aantonen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan of dat de schade ook zou zijn ontstaan ongeacht of aan deze plicht is voldaan. Bovenstaande doet er niet aan af dat in de eventuele 658-procedure rekening moet worden gehouden met de uitkomst van deze procedure om tegengestelde uitspraken te voorkomen (HR 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI6323, «JAR» 2009/250 (*Arkema/Pekaar*)). Het hof overweegt in de onderhavige kwestie dat Aldi de melding van werkneemster over het gedrag van de leidinggevende serieus heeft genomen en adequaat heeft gereageerd (r.o. 3.13). Dit neemt niet weg dat dit gedrag de oorzaak kan zijn geweest van het uitvallen van werkneemster. Met deze overweging zal in een eventuele 658-procedure echter moeilijk te rijmen zijn dat Aldi in dat verband niet heeft voldaan aan haar zorgplicht. Wat betreft de vaststelling van de hoogte van de billijke vergoeding en de schadevergoeding is

van belang dat de aard van deze vergoedingen verschilt.

De billijke vergoeding is een vergoeding naar billijkheid, waarvan de vaststelling (mede) kan worden gebaseerd op een gemotiveerde schatting. De basis voor de begroting van de billijke vergoeding is de gevalsvergelijking: een vergelijking tussen de hypothetische situatie zonder ernstig verwijtbaar handelen en nalaten van de werkgever, en de (verwachte toekomstige) situatie met ernstig verwijtbaar handelen en nalaten. Het hof merkt in de onderhavige kwestie over de te maken gevalsvergelijking op dat het partijdebat hierover vrij beperkt is en dat sprake is van een aantal onzekere factoren, wat het vaststellen van de billijke vergoeding bemoeilijkt. Desondanks kan het hof op basis van inschattingen en aannames tot een nauwkeurige vergelijking komen met een daaruit voortvloeiend concreet bedrag. Vervolgens worden de verdere door partijen aangevoerde omstandigheden betrokken bij de begroting die kunnen 'plussen en minnen' op de uitkomst van de gevalsvergelijking. Ook de hieraan gekoppelde bedragen zijn naar billijkheid. Opgemerkt zij dat op elementen die zien op schade van de werknemer wel art. 6:95 e.v. BW van toepassing is (HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187, «JAR» 2017/188, m.nt. Van Zanten-Baris (*New Hairstyle*)). In tegenstelling tot de billijke vergoeding betreft een schadevergoeding ex art. 7:658 BW een vergoeding van daadwerkelijk geleden en te lijden materiële en immateriële schade. Hierop zijn de regels van art. 6:95 e.v. BW van toepassing. Bij de vaststelling hiervan bestaat geen ruimte voor een billijkheidsoordeel. Door het verschil in aard van de vergoedingen is cumulatie hiervan mogelijk. Als (deels) dezelfde feiten aan de billijke vergoeding ten grondslag liggen als die in aanmerking worden genomen bij de schadevergoeding, kan de rechter in de 658-procedure rekening houden met de toegekende billijke vergoeding (HR 1 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7342, «JAR» 2002/66, m.nt. Verhulp). Elementen meegewogen in de begroting van de billijke vergoeding kunnen daarnaast zien op daadwerkelijke schade van de werknemer (HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187, «JAR» 2017/188, m.nt. Van Zanten-Baris (*New Hairstyle*)). Voorkomen moet worden dat voor deze zelfde elementen nog eens een vergoeding wordt toegekend. Het hof houdt in casu rekening

met de door werknemster geleden immateriële schade en neemt daarvoor een component op in de billijke vergoeding. Het hof merkt hierover terecht op dat hiermee rekening zal moeten worden gehouden in een eventuele 658-procedure.

mr. W.A. Lenders
Wybenga Advocaten

69

Toepassing voordeelstoerekening op door werknemster te vergoeden schade

Hoge Raad
5 februari 2021, nr. 19/03138,
ECLI:NL:HR:2021:181
(mr. Polak, mr. Tanja-van den Broek, mr.
Sieburgh, mr. Wattendorff, mr. Lock)
(Concl. A-G Van Peurseem)

Werknemersaansprakelijkheid. Bewuste roekeloosheid. Berekening door werknemer terug te betalen bedrag. Voordeelstoerekening.

[BW art. 6:97, 6:100, 7:661]

Door de rechtbank is vastgesteld dat de werknemster, voormalig universitair hoofddocent bij de Universiteit Wageningen (WU), aansprakelijk is voor de schade die de WU heeft geleden in verband met een door de werknemster toegepaste constructie bij de uitvoering van een door de overheid gesubsidieerd kennisoverdrachtproject. Die constructie hield in dat, in strijd met de subsidieregels, de verplichte eigen bijdrage van de bij het project betrokken boerenbedrijven door de WU aan de boerenbedrijven werd terugbetaald. De aan de WU verstrekte subsidie voor het project is door de overheid teruggevorderd en de werknemster is op grond van ernstig plichtsverzuim ontslagen. De WU heeft van de werknemster, de bij het project betrokken stichting en de bestuurder van de stichting vergoeding van de door haar geleden schade gevorderd. Volgens heeft de WU met de stichting en de bestuurder een schikking getroffen. De werknemster is door de rechtbank veroordeeld tot betaling aan de WU van een bedrag van € 1.209.800. In

hoger beroep heeft het hof de aansprakelijkheid van de werknemster bevestigd, maar het door haar terug te betalen bedrag verminderd tot € 35.587. De werknemster heeft cassatieberoep ingesteld.

De Hoge Raad overweegt dat het cassatiemiddel dat inhoudt dat de WU een voordeel heeft genoten door zogenoemde WBSO-inkomsten en dat deze inkomsten moeten worden verrekend met de door de werknemster te vergoeden schade, doel treft. De WU heeft erkend dat zij een bedrag van € 12.581,16 aan WBSO-inkomsten heeft ontvangen. Dit bedrag komt daarom in mindering op het bedrag van € 35.587, zodat een te vergoeden bedrag resteert van € 23.005,84. De overige cassatiemiddelen behoeven geen bespreking, gelet op het bepaalde in art. 81 RO. De Hoge Raad doet de zaak zelf af en veroordeelt de werknemster tot betaling aan de WU van € 23.005,84.

NB. Zie over voordeelstoerekening bij werkgeversaansprakelijkheid HR, «JAR» 2010/272. In zijn conclusie gaat de A-G uitgebreid in op de toe te passen maatstaf bij het beoordelen of sprake is van 'bewuste roekeloosheid' in art. 7:661 BW. De A-G merkt op dat de toets of een werknemer zich voorafgaand aan zijn gedraging bewust was van het gevaar ervan, is toegespitst op art. 7:658 BW en minder goed toepasbaar is bij art. 7:661 BW, maar dat dit geen probleem hoeft te zijn als bewustzijn van de werknemer wordt ingekleurd aan de hand van de objectieve feiten van het geval. Vgl. hof Arnhem-Leeuwarden, «JAR» 2019/219.

[Eiseres] te [woonplaats],
eiseres tot cassatie,
hierna: de werknemster,
advocaat: H.J.W. Alt,
tegen
Wageningen Universiteit te Wageningen,
verweerster in cassatie,
hierna: WU,
advocaat: D. Rijpma.

Conclusie Advocaat-Generaal (mr. Van Peurseem)

Dit is een schadevergoedingszaak in verband met een dienstbetrekking (art. 7:661 lid 1 BW). [eiseres], als universitair hoofddocent in dienst van WU, heeft in 2008 onder de Subsidieregeling innovatievouchers een kennisoverdrachtproject in-