

2. De feiten

2.1 VolkerRail houdt zich hoofdzakelijk bezig met het aanleggen en het onderhoud van spoorwegen en zij onderneemt daarnaast andere activiteiten op infrastructureel gebied.

2.2 ██████████, geboren ██████████, is per 1 maart 2002 bij VolkerRail in dienst getreden als monteur. Hij is later veiligheidswerkzaamheden gaan verrichten en in die sfeer laatstelijk per 3 november 2013 door VolkerRail aangesteld als Leider Werkplekbeveiliging, waarin hij thans een basissalaris verdient van € 3.202,11 bruto per maand. Op de arbeidsovereenkomst is de cao Railinfrastructuur van toepassing.

2.3 Als Leider Werkplekbeveiliging is ██████████ de eindverantwoordelijke voor de veiligheidsorganisatie op de werkplek tijdens en na afloop van de uitvoering van de werkzaamheden. Daartoe geeft hij instructies aan de veiligheidsfunctionarissen, de Leider Lokale veiligheidsman, de werktreinbegeleider, de veiligheidsman, de grenswachter en de ploegleden. Hij dient alert te zijn op onveilige situaties en daar adequaat op te reageren

2.4 Gedurende de dienstbetrekking is ██████████ tot en met 2015 steeds gunstig door VolkerRail beoordeeld (meestal met "goed", soms met "voldoende").

2.5 In de nacht van 12 op 13 oktober 2016 heeft zich om 00.03 uur bij de door VolkerRail uitgevoerde werkzaamheden op het spoor van de Betuweroute, waar ██████████ toen als Leider Werkplekbeveiliging was ingezet, een dodelijk ongeval voorgedaan. Een begeleider bij buitendienst gesteld spoor is toen aangereden door een passerende reizigerstrein ter hoogte van wissel 443 op de lijn Utrecht-Den Bosch. Tussen ██████████ en deze collega waren afspraken gemaakt over de uit te voeren werkzaamheden. ██████████ zou zijn collega telefonisch informeren wanneer het spoor buiten dienst zou zijn genomen. Op het moment dat ██████████ zijn collega wilde informeren over het tijdstip daarvoor, vond de aanrijding plaats. ██████████ hoorde nog de collega met zijn voornaam de telefoon beantwoorden, waarna de verbinding wegviel en ██████████ tegelijkertijd het remmen van de trein zag en het met grote kracht wegslingeren van zijn collega.

2.6 ██████████ had op 12 oktober 2016 zijn minderjarige zoon ██████████ meegenomen naar het werk. ██████████ was aanwezig op de werkplek van ██████████ ten tijde van het dodelijk ongeval.

2.7 De ochtend na het ongeval is ██████████ thuis bezocht door zijn leidinggevende ██████████ waarbij de gebeurtenissen van de voorafgaande nacht zijn besproken. Na dit bezoek heeft ██████████ 's middags ██████████ nog gebeld om te melden dat hij ██████████ had meegenomen naar het werk, iets dat in het gesprek 's ochtends niet door hem ter sprake was gebracht.

2.8 Naar de toedracht van het ongeval hebben de Inspectie SZW en VolkerRail -elk afzonderlijk- een onderzoek ingesteld. In het kader van het eigen onderzoek van VolkerRail heeft ██████████ aan de afdeling Corporate Security zijn (dienst)telefoon afgestaan. Daarbij is naar voren gekomen dat ██████████ op deze telefoon een applicatie heeft geïnstalleerd waarmee (alle) telefoongesprekken automatisch worden opgenomen.

2.9 ██████████ heeft het spreekuur van de bedrijfsarts bezocht op 21 oktober 2016 en 4 november 2016. Naar aanleiding van dat laatste bezoek heeft de bedrijfsarts gerapporteerd: "Huidige klinische beeld is zodanig dat er heden geen argumenten meer zijn voor medische arbeidsongeschiktheid. Hangende het onderzoek krijgt de heer ██████████ per a.s. maandag aangepaste taken. Besproken is dat de heer ██████████ contact opneemt bij opnieuw klachten."

2.9 Op 15 november 2016 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen [REDACTED], [REDACTED] en de algemeen directeur [REDACTED] van VolkerRail. Aan [REDACTED] is toen te kennen gegeven dat er voorlopig geen vertrouwen in hem bestond als veiligheidsfunctionaris en dat hij gedurende de loop van het onderzoek niet als zodanig zou worden ingezet.

2.10 Op 30 januari 2017 heeft [REDACTED] aan de stafmedewerker [REDACTED] van VolkerRail per e-mail gevraagd of er al iets bekend was over het onderzoek van de Arbeidsinspectie. [REDACTED] heeft dezelfde dag per e-mail geantwoord:
"Niets vernomen tot op heden. Zullen we afspreken dat ik contact met je opneem als we iets horen van een instantie?"

Vervolgens heeft [REDACTED] in de avond van 30 januari 2017 nog aan [REDACTED] gemaild:
"Wil je alsjeblieft niet meer mailen naar [REDACTED] of andere personen wat de status is van het onderzoek. Dit hadden we ook met elkaar afgesproken. Zodra er nieuws is over het onderzoek, telefoon of andere zaken komen ze bij mij en zal ik jou informeren."

2.11 Op 1 februari 2017 heeft [REDACTED] een gesprek met [REDACTED] gevoerd over zijn functioneren in 2016. In het opgemaakte beoordelingsrapport is genoteerd dat [REDACTED] op vier van de zeven competenties bij houding en gedrag onvoldoende heeft gefunctioneerd. Deze onvoldoende heeft ook betrekking op "veilig werken uitvoerend", met als toelichting:
"Er is momenteel geen vertrouwen in [REDACTED] om hem in te zetten als veiligheidsfunctionaris. [REDACTED] zal dan voorlopig ook kantoor werkzaamheden gaan doen in Deventer."

2.12 De Inspectie SZW heeft op 8 februari 2017 aan VolkerRail het door de arbeidsinspecteur Gjaltema opgemaakte ongevalsrapport toegezonden. Het hoofdstuk "Bevindingen onderzoek" is als volgt afgesloten:
"Tijdens mijn onderzoek heb ik geen causaal verband kunnen vaststellen tussen een overtreding van de Arbeidsomstandighedenwet en de oorzaak van het, ingevolge artikel 9, 1^e lid van diezelfde wet, meldingsplichtige arbeidsongeval, zoals bedoeld in artikel 1, derde lid onder i, Arbowet. De werkzaamheden hadden zoals ze gepland waren veilig uitgevoerd kunnen worden. In verband hiermee heb ik volstaan met het opmaken van dit ongevalsrapport."

2.13 Eveneens op 8 februari 2017 is het eigen onderzoek van VolkerRail, gedeeltelijk uitgevoerd in samenwerking met ProRail, gereed gekomen en vastgelegd in een (concept) incidentrapportage. Daarin staat onder meer dat [REDACTED] conform de werkvoorbereiding en het werkplan besloten heeft om de wissel handmatig om te laten leggen en voorts dat het een gebruikelijke werkwijze binnen de branche is om één wissel met één steller per persoon zelf c.q. handmatig om te leggen door een veiligheidsfunctionaris.

2.14 VolkerRail heeft [REDACTED] in een gesprek op 20 april 2017 laten weten hem vanwege een gebrek aan vertrouwen niet langer meer in te zetten in een veiligheidsfunctie. Daarop heeft [REDACTED] de volgende dag per e-mail aan VolkerRail geschreven het er niet mee eens te zijn dat hij uit zijn functie is ontheven.

2.15 [REDACTED] heeft zich op 24 april 2017 ziek gemeld.

2.16 Op 23 mei 2017 heeft VolkerRail aan [REDACTED] in een gesprek laten weten dat zij wenst te komen tot beëindiging van het dienstverband. Bij brief van 29 mei 2017 is dit bevestigd en daarin heeft VolkerRail haar beweegredenen uiteengezet, te weten:
*"vanuit VolkerRail is er geen vertrouwen meer. Dit vertrouwen is een aantal keer beschaamd. U heeft een aantal zaken gedaan in 2016 die wij voor een medewerker van VolkerRail in een veiligheidsfunctie onacceptabel vinden. Aangezien er nog een onderzoek loopt naar het ongeval in Meteren, hebben wij niet eerder deze beslissing definitief kunnen maken. Wel bent u na het ongeval niet meer ingezet in een veiligheidsfunctie.
De volgende zaken hebben er (onder andere) voor gezorgd dat het vertrouwen beschaamd is:*

- Een minderjarige zoon meerdere malen meenemen naar de werkplek en ook nog werkzaamheden laten uitvoeren (veiligheidsmiddelen laten uitvoeren);
- Het feit dat je zoon aanwezig was op de werkplek in je auto ten tijde van het dodelijke ongeval, heb je in eerste instantie verzwegen. Later heb je dit alsnog gemeld bij je leidinggevende;
- Opnames maken van het gesprek met uw leidinggevende. Dit is met u besproken. U heeft uw excuses aangeboden voor deze opnames. Daarna heeft u de opnames nogmaals laten horen aan de bovenliggende leidinggevende;
- Diverse handelingen met opnames en gespreksgegevens van uw telefoon wissen."

2.17 ████████ is door de bedrijfsarts gezien op 2 juni 2017 en 11 augustus 2017. De bedrijfsarts heeft telkens geconcludeerd dat ████████ ongeschikt is voor zijn eigen werk en heeft geadviseerd:

"oplossen conflict, mediation nu niet nodig, beide partijen hebben raadslieden."

2.18 In een verwijfsbrief d.d. 11 juli 2017 van de huisarts van ████████ staat onder meer: *"Behandeling (EMDR?) voor herbeleving van traumatische gebeurtenis namelijk collega zien verongelukkig tijdens werkzaamheden in oktober 2016, waarvoor dhr. door werkgever verantwoordelijk werd gehouden. Dit is onderzocht en ongegrond verklaard, echter wg. wil van hem af. Tegenover met vervelende juridische procedure met werkgever en mantelzorg voor echtgenote, die intensieve behandeling voor borstkanker ondergaat, is er sprake van zware overbelasting."*

2.19 Omdat VolkerRail de onderzoeksrapporten van de Inspectie SZW en het interne onderzoek niet heeft willen vrijgeven, heeft ████████ in kort geding op grond van artikel 843a Rv. afgifte daarvan gevorderd. Bij vonnis d.d. 25 augustus 2017 heeft de kantonrechter te Utrecht deze vordering toegewezen, met dien verstande dat het VolkerRail daarbij is toegestaan om de namen van personen te anonimiseren.

2.20 De arbeidsinspecteur Gjaltema heeft op 4 september 2017 per e-mail aan de gemachtigde van ████████ geschreven:

"Bij de verhoren van de heer ████████, was het ons als Inspectie SZW bekend dat de heer ████████ ten tijde van het ongeval zijn zoon bij hem in de auto had zitten."

2.21 Het UWV heeft op verzoek van ████████ op 15 september 2017 een deskundigenoordeel uitgebracht over de re-integratie inspanningen van VolkerRail. Die inspanningen zijn als onvoldoende beoordeeld. Dat oordeel is mede gebaseerd op de rapportage van de arbeidsdeskundige, waarin onder meer staat: *"Er is een spreekuur bij de bedrijfsarts op 2 mei 2017 naar aanleiding van ziekmelding met mogelijkheid arbeidsconflict. [...] Gelet op het bovenstaande is STECR werkwijze arbeidsconflicten door de bedrijfsarts cq. werkgever niet gevolgd, omdat er geen Plan van Aanpak (Poortwachter) en interventieplan is gevolgd. Het niet inzetten van mediation omdat de beide partijen raadslieden hebben zoals de bedrijfsarts stelt is niet juist, omdat volgens de Werkwijzer Arbeidsconflicten dit een reden is om juist arbeidsmediation in te zetten."*

3. Het verzoek

3.1 VolkerRail verzoekt om bij beschikking de arbeidsovereenkomst tussen partijen met ingang van de eerst mogelijke datum te ontbinden wegens de in artikel 7:669 lid 3 aanhef en onder g BW vermelde redelijke grond. Volgens VolkerRail is de arbeidsverhouding tussen haar en ████████ zodanig ernstig verstoord dat voortzetting niet mogelijk is. In dat verband heeft VolkerRail de vier zaken vermeld die zij reeds in haar onder 2.16 weergegeven brief van 29 mei 2017 heeft opgesomd welke er, onder andere, voor hebben gezorgd dat het vertrouwen in ████████ beschaamd is. De gedragingen van ████████ komen er volgens VolkerRail op neer dat hij zich als leidinggevende op de werkplek niet aan de

veiligheidsregels heeft gehouden. Dat is zodanig ernstig en strijdig met wat van een goed werknemer verlangd mag worden dat het bij VolkerRail heeft geleid tot onherstelbaar verlies aan vertrouwen in de professionaliteit en integriteit van [REDACTED]. De manier waarop [REDACTED] aankijkt tegen het belangrijkste in zijn functie -veiligheid- heeft mede geleid tot het gebrek aan vertrouwen in hem. Daardoor is de arbeidsverhouding dusdanig verstoord dat van haar niet meer kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Herplaatsing ligt volgens VolkerRail niet in de rede en is daarbij niet mogelijk. VolkerRail erkent dat zij de wettelijke transitievergoeding aan [REDACTED] verschuldigd is welke zij heeft berekend op € 31.162,38 bruto. Gezien de aanleiding en de redenen van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst is er geen ruimte voor toekenning van enige andere (billijke) vergoeding aan [REDACTED].

3.2 [REDACTED] voert verweer en hij heeft daartoe naar voren gebracht dat, zo de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, dit uitsluitend toewijsbaar is op grond van een door VolkerRail verstoorde arbeidsrelatie zodat op basis daarvan aan hem een transitievergoeding toekomt van € 47.628,92 bruto en een billijke vergoeding van € 157.597,08 bruto. Voorts verzoekt [REDACTED] zo de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, om de datum voor het einde daarvan te bepalen op het tijdstip waarop deze bij regelmatige opzegging zou zijn geëindigd zonder de duur van de procedure in mindering te brengen op de opzegtermijn.

3.3 Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling van het verzoek

4.1 Bij de mondelinge behandeling van het verzoek is voldoende duidelijk geworden dat [REDACTED] géén verweer voert gericht op afwijzing van het ontbindingsverzoek. Daarmee is niet gezegd dat hij het eens is met de door VolkerRail gemaakte verwijten en de daarmee verbonden conclusie dat zij geen vertrouwen meer hoeft te hebben in zijn professionaliteit en integriteit, maar [REDACTED] berust als zodanig in de door VolkerRail nagestreefde ontbinding van de arbeidsovereenkomst, zoals ook een op staande voet ontslagen werknemer die het niet eens is met de daarvoor door de werkgever gehanteerde dringende reden ervoor kan (en mag) kiezen geen vernietiging van het ontslag te verzoeken maar in plaats daarvan financiële compensatie nastreeft voor het baanverlies. In deze situatie is het niet aan de kantonrechter, ook al zou hij van mening zijn dat de aangevoerde ontslaggrond ondeugdelijk is, om het ontbindingsverzoek toch af te wijzen. Een dergelijk inhoudelijk oordeel kan eventueel wel betekenis hebben in de sfeer van de aan de werknemer toe te kennen vergoedingen.

4.2 Tussen partijen is niet in geschil dat aan [REDACTED] de wettelijke transitievergoeding toekomt. Wel is er een verschil van mening over de berekening daarvan. VolkerRail becijfert deze op € 31.162,38 bruto terwijl [REDACTED] in de laatste versie van zijn verweerschrift uitkomt op € 47.628,92 bruto. Deels wordt dat verschil veroorzaakt omdat [REDACTED] bij deze berekening uitgaat van 1 juni 1999 als datum indiensttreding. Die datum komt echter niet overeen met de door VolkerRail in het geding gebrachte arbeidsovereenkomst en alle overige relevante stukken (salarisspecificaties, beoordelingsformulieren) terwijl [REDACTED] daar niets van belang tegenover heeft gesteld. Uitgaande van de door VolkerRail gestelde datum van indiensttreding heeft [REDACTED] in een eerdere versie van zijn verweerschrift de transitievergoeding gesteld op € 40.692,67 bruto. Bij de berekening daarvan heeft hij zich gebaseerd op het gemiddeld door hem verdiende loon met toeslagen in de periode voorafgaand aan de beslissing van VolkerRail om hem niet meer toe te laten tot de eigen functie en vervolgens de ingetreden arbeidsongeschiktheid. VolkerRail heeft deze berekening van [REDACTED] cijfermatig niet bestreden. Hoewel zij van mening is dat [REDACTED] door eigen toedoen in de situatie is geraakt waarin hij zijn eigen

functie niet meer kon uitoefenen, heeft zij zich gerefereerd aan het oordeel van de kantonrechter als het gaat om de juiste berekening van de hoogte van de transitievergoeding (pleitaantekeningen mr. Bekius, sub 25). De kantonrechter volgt de berekening van [REDACTED]. De beslissing van VolkerRail om [REDACTED] niet meer toe te laten tot het verrichten van zijn eigen werk, waardoor hij werd afgesneden van de mogelijkheid om toeslagen op zijn loon te verdienen, komt immers voor rekening van de werkgever ook als de werknemer aanleiding zou hebben gegeven voor de maatregel¹. De werknemer heeft in dat geval recht op het loon met toeslagen krachtens artikel 7:628 BW. Het komt daarom niet juist voor om de referentieperiode van artikel 2 Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding strak te hanteren. In plaats daarvan wordt als referentieperiode het door [REDACTED] aangegeven tijdvak in aanmerking genomen waarin hij een representatief loon heeft verdiend. Dat laatste heeft VolkerRail op zichzelf ook niet bestreden. Aan transitievergoeding zal daarom € 40.692,67 bruto aan [REDACTED] worden toegekend.

4.3 Het geschil gaat dan nog enkel om de vraag of er grond bestaat om aan [REDACTED] ook een billijke vergoeding toe te kennen, en zo ja welke. Daarvoor zal eerst worden nagegaan of VolkerRail beschikt over een toereikende g-grond voor ontbinding. Is dat namelijk het geval, dan valt reeds daarom niet in te zien wat aan VolkerRail ernstig verwijtbaar is te stellen indien zij slechts gebruik maakt van een aan haar toegestane mogelijkheid om aan de werking van een onhoudbaar geworden arbeidsovereenkomst te ontsnappen. Bij de beoordeling van de g-grond past wel een restrictie, in die zin dat niet enkel het subjectieve oordeel van VolkerRail over het bestaan van een verstoorde arbeidsverhouding doorslaggevend is. Een ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de g-grond komt slechts aan de orde indien sprake is van een verstoorde arbeidsovereenkomst die ernstig en/of duurzaam is en op grond waarvan van de werkgever in redelijkheid niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortbestaan. In dat kader is ook van belang welke pogingen door de werkgever zijn ondernomen om eventuele erosie in de arbeidssfeer te voorkomen en/of te herstellen.

4.4 De kantonrechter is samenvattend van oordeel dat de vier zaken welke VolkerRail in de brief van 29 mei 2017 aan [REDACTED] heeft verweten, die zij in de procedure verder heeft toegelicht en uitgewerkt, haar naar redelijkheid niet tot het oordeel had mogen brengen dat de arbeidsverhouding met [REDACTED] ernstig was verstoord. Ook als ervan moet worden uitgegaan dat alle verwijten terecht zijn, had VolkerRail in aanmerking kunnen en moeten nemen dat [REDACTED] gedurende het 15-jarig dienstverband steeds gunstig door haar is beoordeeld. Dat in dat kader ook wel eens een aanmerking is gemaakt over een veiligheidsaspect van het werk doet daar geen afbreuk aan. Om van het ene op het andere moment te oordelen dat [REDACTED] niet meer als leidinggevende verantwoordelijk kan zijn voor de veiligheid van haar medewerkers gaat te ver, temeer nu alle verwijten min of meer samenhangen met gebeurtenissen tijdens en na het dodelijk ongeval in oktober 2016 en er op grond van de ingestelde onderzoeken geen enkel verband is gebleken tussen die verwijten en de toedracht van het ongeval. Buiten die sfeer van niet gebleken causaal verband had VolkerRail, nog steeds wel ervan uitgaande dat de verwijten aan [REDACTED] los daarvan terecht konden worden gemaakt, eenvoudig duidelijk kunnen maken in de vorm van instructie of zelfs waarschuwing wat zij in de toekomst van hem verwachtte. Als de verstoring in de relatie met [REDACTED] vanwege de aard van de verwijten al wel direct als ernstig mocht worden gekwalificeerd, had VolkerRail zich bovendien kunnen en moeten inspannen om die verstoring op te lossen. Dat had zij kunnen doen door dat open en eerlijk tot inzet van de communicatie met [REDACTED] te maken, zonodig met hulp van een mediator. Daarvan is niet gebleken en VolkerRail heeft daarvoor geen ruimte geboden. Bij dat nalaten

¹ HR 21 maart 2003, NJ 2007, 332

mocht in redelijkheid nu juist wel van haar worden gevegd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Het kan ook niet zo zijn dat VolkerRail min of meer slalomt door de ontslaggronden van artikel 7:669 BW en de functioneringsverwijten die zij per saldo aan ██████ maakt niet onderbrengt bij de d-grond, waarmee een daarmee verbonden toetsing wordt vermeden, maar rangschikt onder de g-grond en vervolgens dan nalaat om in dat kader te doen wat aangewezen is. Terecht heeft ██████ opgeworpen dat een dergelijke onderbouwing van een verstoorde arbeidsrelatie de rechtsbescherming van de werknemer ontoelaatbaar uitholt.

4.5 Over de vier door VolkerRail aan ██████ gemaakte verwijten wordt het volgende overwogen. Terecht en begrijpelijk maakt VolkerRail er een punt van dat minderjarige kinderen van werknemers (eigenlijk: derden in zijn algemeenheid) niet op de werkplaats thuis horen. Ook los van alle formele bepalingen waar VolkerRail in dit verband beroep op heeft gedaan ligt dat vanwege de aan het werk te besteden aandacht en zorg alleszins voor de hand. De werkplaats is nu eenmaal geen opvanglocatie voor familie en vrienden, allerm minst als het gaat om de door ██████ uit te voeren verantwoordelijke functie.

In het midden kan blijven of er in dit opzicht vóór oktober 2016 sprake is geweest van een gedoogsfeer, zoals ██████ stelt. Als dat al zo was dan hoefde dit VolkerRail, die zoals zij heeft gesteld eerst door het dodelijk ongeval op de hoogte is gekomen van deze praktijk, op hoger management niveau niet ervan te weerhouden daartegen op te treden. Dat is ook precies wat zij had moeten doen, maar ook niet meer dan dat. Een zelfstandige en toereikende grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst leverde het niet meteen op. Naar zijn aard was deze gebleken handelwijze van ██████ niet dermate grensoverschrijdend en acuut gevaarscheppend dat hij niet meer in de gelegenheid hoefde te worden gesteld zijn gedrag aan te passen

De overige verwijten treffen geen doel. Dat ██████ in het contact met VolkerRail op de dag na het dodelijk ongeval niet direct melding heeft gemaakt van de aanwezigheid van zijn zoon klopt op zichzelf, maar is niet een halszaak. Niet kan worden uitgesloten dat ██████ in zijn getraumatiseerde toestand daar niet direct aan heeft gedacht. Wat daar ook van zij, het staat vast dat de mededeling nog dezelfde dag wél is gedaan. Dat ██████ in dezelfde toestand na het dodelijk ongeval de gespreksgechiedenis op zijn telefoon heeft gewist, kan hem evenmin worden verweten. VolkerRail verbindt hieraan veel te verregaande conclusies en roept hiermee een sfeer op alsof ██████ rondom het dodelijk ongeval iets zou hebben willen verbergen of tegenwerken. In dat opzicht logenstraffen de ingestelde onderzoeken deze conclusies. Blijft over het verwijt dat ██████ een applicatie op zijn telefoon heeft geïnstalleerd waarmee alle gesprekken, ook die met zijn leidinggevende, worden bewaard. Daarvoor heeft ██████ een aannemelijke verklaring gegeven, verband houdende met de aard van zijn werk. Als VolkerRail het nut of de noodzaak daarvan niet wenst te accepteren, had zij eenvoudig een verbod op het gebruik van de applicatie kunnen uitvaardigen. Het is overdreven om hierop de gestelde vertrouwensbreuk te baseren.

4.6 Daarmee is de conclusie dat VolkerRail niet over een voldragen ontslaggrond beschikte en zij dat dan ook niet kan tegenwerpen aan het verzoek van ██████ om aan hem een billijke vergoeding toe te kennen. Doorgaans zal een ondeugdelijke ontslaggrond eenvoudig leiden tot afwijzing van het ontbindingsverzoek. Er is echter in dit geval méér gepasseerd, wat maakt dat ██████ is gekomen tot de keuze om zich niet (langer) tegen de ontbinding van de arbeidsovereenkomst als zodanig te verzetten. Dat heeft met de hierna te bespreken feiten en gebeurtenissen te maken.

VolkerRail heeft er vanwege het dodelijk ongeval op 15 november 2016 voor gekozen om ██████ vrij te stellen van zijn werk. Dat is niet onbegrijpelijk. De onderzoeken naar de toedracht van het ongeval waren toen immers nog in volle gang en er kon niet op voorhand worden uitgesloten dat in verband daarmee iets aan ██████ verwijtbaar was te stellen.

In de communicatie over de non-activiteit is de relatie met de onderzoeken dan ook steeds voorop gesteld. Het is voorstelbaar dat deze ordemaatregel van VolkerRail een zware wissel trok op ██████, niet alleen omdat hij (mede) onderwerp van onderzoek was en daarover in onzekerheid verkeerde maar ook omdat hij als ooggetuige de last van de gebeurtenis met zich mee had (en heeft) te torsen. Dat laatste is al geen sinecure (zoals wel blijkt uit het veelzeggende bericht van de huisarts onder 2.18), dat wordt vanzelfsprekend nog lastiger zolang in de lucht blijft hangen dat er iets mis was met het eigen functioneren in relatie tot het dodelijk ongeval. Terecht wijst ██████ er dan ook op dat hij zeer gebaat was bij het vernemen van de uitkomst van de objectieve rapportages over de toedracht van het ongeval. Als daarin duidelijk zou worden gemaakt dat zijn gedrag conform het veiligheidskader is geweest zou dat louterend en bevorderlijk hebben kunnen werken voor zijn herstel. Daardoor zou dan ook nog eens de voor zijn reputatie schadelijke beeldvorming kunnen worden gestopt, die nu eenmaal ontstond doordat VolkerRail in aansluiting op het ongeval ██████ niet meer toeliet tot het verrichten van zijn eigen werkzaamheden en intern en extern tussen dat één en ander een verband zou kunnen worden gelegd.

Een goed werkgever heeft voor dat alles oog en begrip en draagt er dan ook nauwgezet zorg voor dat de duur van spanning en onzekerheid onder de geschetste omstandigheden voor de betrokken werknemer zo kort mogelijk is. Het lag dan ook op de weg van VolkerRail om de uitkomst van de onderzoeken direkt met ██████ te delen, iets dat zijn leidinggevende overigens ook nadrukkelijk had toegezegd (zie de citaten onder 2.10).

VolkerRail heeft dat echter niet gedaan. Zij heeft de uitkomst van de op 8 februari 2017 beschikbaar gekomen rapporten niet meteen aan ██████ bekend gemaakt en zij heeft hem op een later moment ook niet uitgenodigd om deel te nemen aan een bespreking met het (veiligheids)personeel over de in het interne rapport opgenomen aanbevelingen.

Intussen was ██████ al wel op 1 februari 2017 ongunstig beoordeeld over het jaar 2016 wegens een onvoldoende score op het onderdeel 'veilig werken uitvoerend'.

De non-activiteit van ██████ werd na 8 februari 2017 niet opgeheven, hoewel dat gezien de uitkomst van de onderzoeken wel een logische door VolkerRail te zetten stap zou zijn geweest in het licht van de voor die non-activiteit eerder door haar opgegeven reden.

In plaats daarvan heeft VolkerRail op 20 april 2017 ingezet op een nog vastere verwijdering van ██████ uit zijn eigen functie, terwijl hij op 23 mei 2017 onverhoeds is geconfronteerd met een vertrouwensbreuk waaraan de wens van VolkerRail tot beëindiging van het dienstverband is gekoppeld waarvoor dan op 29 mei 2017 een reeks van concrete verwijten is opgesomd, welke zoals hiervoor is geoordeeld daarvoor ontoereikend zijn.

Ondertussen heeft VolkerRail ██████ nog steeds geen kennis laten nemen van de rapporten, heeft zij deze afgeschermd, zelfs nadat op 27 juni 2017 het ontbindingsverzoek was ingediend waarin buitengewoon veel aandacht is besteed aan het dodelijk ongeval en in verband daarmee voor ██████ zelfs belastende suggesties zijn gedaan.² Pas door het voeren van een kort geding heeft ██████ de beschikking gekregen over de rapporten.

4.7 De kantonrechter oordeelt op grond van hetgeen hiervoor is vastgesteld dat VolkerRail na februari 2017 de arbeidsrechtelijke positie van ██████ stelselmatig tekort heeft gedaan. Dat is haar ernstig verwijtbaar te stellen. Terecht stelt ██████ zich daarom op het standpunt dat hem psychisch herstel en rehabilitatie is onthouden en dat door het ernstig verwijtbaar handelen van VolkerRail de arbeidsrelatie is verstoord. De ontbinding van de arbeidsovereenkomst is daarvan het gevolg en de kantonrechter zal daarom een billijke vergoeding aan ██████ toekennen als bedoeld in artikel 7:671b lid 8 onderdeel c BW.

² De kantonrechter doelt hier op de passage op pagina 5 van het verzoekschrift, welke luidt: "Het verrichten van werkzaamheden op de spoorwegen is niet zonder risico's en komt heel nauw. Indien de regels niet goed worden opgevolgd of er ontstaat miscommunicatie, dan zijn de gevolgen soms niet te voorzien, hetgeen zich heeft bewezen bij het dodelijk ongeluk in oktober 2016."

4.8 Vervolgens rijst de vraag welke billijke vergoeding passend is. [REDACTED] heeft daarvoor aansluiting gezocht bij de New Hairstyle beschikking van de Hoge Raad.³ Hij meent dat daarom alle omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen. In het bijzonder moet dan volgens hem rekening worden gehouden met de geleden en te lijden immateriële schade (reputatieschade en psychische schade) veroorzaakt door de handelswijze van VolkerRail. De psychische schade stelt [REDACTED] op € 25.000,--. Voorts zal hij inkomensschade lijden, aannemende enerzijds dat vanwege zijn goede staat van dienst het dienstverband nog voor een periode van vier jaar zou hebben voortgeduurd en anderzijds vanwege de te verwachten moeite die het hem zal kosten om buiten de zeer specifieke spoorwegbranche waarin hij langdurig werkzaam is geweest ander werk te vinden. Deze inkomensschade stelt [REDACTED] op € 139.533,13 bruto. De billijke vergoeding in totaal stelt hij daarom op € 164.533,13 bruto.

VolkerRail bestrijdt de hoogte van de gevraagde billijke vergoeding. Zij meent in de eerste plaats dat de New Hairstyle beschikking niet kan worden toegepast bij het bepalen van de hoogte van deze billijke vergoeding omdat dit in strijd is met de parlementaire geschiedenis waaruit blijkt dat de gevolgen van het ontslag juist niet moet worden betrokken bij de hoogte van de vergoeding. Voor zover daar anders over wordt geoordeeld merkt VolkerRail op dat niet is voldaan aan de vereisten ex artikel 6:106 BW voor toekenning van immateriële schadevergoeding. De billijke vergoeding mag geen vluchtheuvel zijn voor een juridisch niet goed onderbouwd beroep op artikel 6:106 BW. VolkerRail meent voorts dat het niet reëel is om te veronderstellen dat [REDACTED] langdurig werkloos zal blijven en zij heeft in dat verband gewezen op een reeks vacatures in de branche die volgens haar meer dan geschikt zijn voor [REDACTED]. Daarin is sprake van vergelijkbare arbeidsvoorwaarden. Er is bovendien sprake van een sterk aantrekkende markt als het gaat om ervaren technisch personeel.

4.9 De kantonrechter zal de gevolgen van het ontslag mede betrekken bij het bepalen van de omvang van de billijke vergoeding, nu de redenen die [REDACTED] heeft om afstand te doen van een verweer gericht op afwijzing van het ontbindingsverzoek aan VolkerRail zijn toe te rekenen wegens haar ernstig verwijtbaar handelen. Dat is niet in strijd met het stelsel van de Wvz en de daarin opgenomen forfaitaire transitievergoeding, omdat die afdoening uitgaat van het normale geval waarin over en weer geen ernstig verwijt aan de orde is, terwijl als dat wel zo is “met de gevolgen van het ontslag rekening wordt gehouden bij het bepalen van de omvang van de billijke vergoeding waarop de wet een werknemer aanspraak geeft omdat de werkgever van het ontslag als zodanig een ernstig verwijt kan worden gemaakt, voor zover die gevolgen zijn toe te rekenen aan het de werkgever te maken verwijt mag worden gehouden” (r.o. 3.4.3 in de meergenoemde beschikking van de Hoge Raad).

Verhulp meent in zijn NJ annotatie dat het voor de hand ligt om de wijze van vaststellen van de verschillende billijke vergoedingen niet uiteen te laten lopen. Elders in de literatuur wordt hetzelfde standpunt gehuldigd. Kruit⁴ wijst er daartoe op dat overweging 3.4.3 door de Hoge Raad is geschreven in het algemeen, zonder toe te spitsen op de billijke vergoeding in kwestie, namelijk die van artikel 7:681 lid 1 sub a BW en in zijn optiek geldt het door de Hoge Raad ingenomen standpunt voor alle billijke vergoedingen, ook de meest voorkomende billijke vergoeding, die in de ontbindingsprocedure ex artikel 7:671b lid 8 BW.

In de lagere rechtspraak na de New Hairstyle beschikking wordt daaraan ook op die wijze invulling gegeven⁵ en de kantonrechter sluit zich daarbij aan.

³ HR 30 juni 2017, NJ 2017, 298

⁴ P. Kruit, Billijke vergoeding volgens HR: wel gevolgen ontslag, niet punitief, TAP 2017/260

⁵ Gewezen kan onder meer worden op gerechtshof Den Haag 28 juli 2017, JAR 2017/249, kantonrechter Maastricht 25 augustus 2017, JAR 2017/230 en kantonrechter Enschede 4 oktober 2017, AR Updates.nl 2017-1200

4.10 Om het inkomensverlies van ████████ te bepalen zal de kantonrechter noodzakelijkerwijs tot een schatting daarvan moeten komen, waarbij een afweging van goede en kwade kansen bij voorbaat geschiedt op basis van redelijke uitgangspunten. Het valt immers niet exact te voorspellen wanneer ████████ in ander werk zal kunnen hervatten en of hij daarin dan eenzelfde beloningsniveau zal kunnen realiseren. Daarbij moet een correctie worden toegepast voorzover er aanwijzingen bestaan dat de arbeidsovereenkomst zonder de in deze beschikking behandelde kwestie toch al niet lang zou hebben bestaan. Dat is hier niet aan de orde. Er is sprake geweest van een langdurige vrijwel rimpelloze relatie, terwijl niet aangenomen wordt dat ████████ (stevige) aanwijzingen van VolkerRail zoals bedoeld onder 4.5 in de wind zou hebben geslagen. Het hervattingsperspectief van ████████ is niet rooskleurig. Niet alleen objectieve elementen (de bijna 52-jarige leeftijd van ████████, zijn beperkte opleiding en niet bepaald uitmuntende CV waarop vooral het langdurig dienstverband met VolkerRail prijkt) spelen daarbij een rol, de huidige mentale gesteldheid van ████████ is een forse hinderpaal. Het mag zo zijn dat die gesteldheid voornamelijk is toe te schrijven aan het door het dodelijk ongeval veroorzaakte trauma, het is een omstandigheid die VolkerRail in de benadering van ████████ had kunnen en moeten betrekken. Voorts is aannemelijk dat de na het ongeval ingestelde non-activiteit in de branche waarin ████████ werkzaam is, reputatieschade en daarmee huiver heeft veroorzaakt bij potentiële werkgevers om hem in dezelfde functie aan te stellen. ████████ heeft verder een opleidingsachterstand. Hij heeft zich in de praktijk opgewerkt tot veiligheidsfunctionaris maar hij beschikt niet over een MBO opleiding die in een dergelijke of vergelijkbare functie elders wel wordt verlangd. Alles afwegend schat de kantonrechter in dat het twee jaar zal duren voordat ████████ nieuw werk op hetzelfde beloningsniveau vindt. Als het al eerder lukt werk te vinden is onvoldoende zeker dat hij daarmee het (hoge) loon zal kunnen verdienen zoals hij dat bij VolkerRail verdiende en behoort hij over een langere periode gecompenseerd te worden voor een nominaal kleiner inkomensverschil. Dat alles brengt de kantonrechter samen in een berekening over twee jaar waarin uitgaande van de door ████████ aangeleverde cijfers, die onbestreden zijn gebleven, zijn gemiste jaarinkomen wordt gesteld op € 69.932,-- bruto en de te verwachten WW-uitkering op € 37.737,-- bruto.⁶ Daarmee is de inkomensschade te stellen op € 64.390,--. Een deel van de compensatie daarvoor schuilt in de transitievergoeding. Te verwachten is dat ████████ forse kosten (voor omscholing, begeleiding en outplacement) zal moeten maken om zijn kansen op de arbeidsmarkt te verbeteren. Die component van de transitievergoeding stelt de kantonrechter op € 20.000,--. Het restant van de transitievergoeding van (afgerond) € 40.692,-- bedraagt € 20.692,-- en wordt op het hiervoor genoemde bedrag van € 64.390,-- in mindering gebracht zodat het in de billijke vergoeding op te nemen deel voor vergoeding van inkomensverlies € 43.698,-- bedraagt.

4.11 Als pleister op de wonde in verband met de mate van verwijtbaarheid bij VolkerRail wordt aan de billijke vergoeding nog € 16.302,-- toegevoegd, zodat het totaal uitkomt op € 60.000,-- bruto. De kantonrechter neemt het VolkerRail kwalijk dat zij de non-activiteit van ████████ veel te lang heeft laten voortduren, hem niet (tijdig) heeft voorzien van de noodzakelijke informatie, te lang een sfeer heeft laten voortbestaan waarin de suggestie kon heersen dat ████████ iets te maken heeft gehad met het ontstaan van het dodelijk ongeval, terwijl zij helemaal niets heeft ondernomen om de door haar beleefde verstoring in de arbeidsrelatie weg te nemen. Anders dan VolkerRail meent gaat het daarbij niet om

⁶ Terecht neemt ████████ daarbij het jaarinkomen 2015 tot uitgangspunt toen er nog geen sprake was van non-activiteit, terwijl die beslissing negatief doorwerkt op de hoogte van het WW dagloon dat immers wordt berekend op basis van het sociale verzekeringsloon in het jaar voorafgaand aan de eerste werkloosheidsdag.

immateriële schadevergoeding op de voet van artikel 6:106 BW maar om het tot uitdrukking brengen in de hoogte van de billijke vergoeding van de mate van verwijtbaarheid.

4.12 Nu aan de ontbinding een vergoeding wordt verbonden zal VolkerRail de gelegenheid krijgen het verzoek in te trekken.

4.13 De ontbinding zal worden uitgesproken rekening houdend met de normale opzegregels en -termijn, nu [REDACTED] terecht constateert met verwijzing naar artikel 7:671 lid 8 onder a BW dat in een geval als dit waar ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, de behandelingsduur van het ontbindingsverzoek niet in mindering mag worden gebracht op de opzegtermijn. De voor [REDACTED] geldende opzegtermijn bedraagt vier maanden, zodat de ontbinding zal worden uitgesproken per 1 maart 2018.

4.14 Als de in het ongelijk gestelde partij zal VolkerRail in de proceskosten worden veroordeeld, ongeacht of zij het verzoek intrekt of niet.

5. De beslissing

De kantonrechter:

5.1 stelt partijen in kennis van het voornemen de arbeidsovereenkomst te ontbinden met ingang van 1 maart 2018, met veroordeling van VolkerRail tot betaling van een transitievergoeding van € 40.692,67 bruto en een billijke vergoeding van € 60.000,- bruto, met veroordeling van VolkerRail in de kosten van de procedure,

5.2 stelt VolkerRail in de gelegenheid het verzoek uiterlijk op 15 december 2017 in te trekken middels een schriftelijke verklaring gericht aan de griffie van de rechtbank Gelderland, team kanton en handel, locatie Apeldoorn,

Indien VolkerRail het verzoek niet uiterlijk op 15 december 2017 intrekt:

5.3 ontbindt de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst met ingang van 1 maart 2018,

5.4 veroordeelt VolkerRail aan [REDACTED] te betalen een transitievergoeding van € 40.692,67 bruto en een billijke vergoeding van € 60.000,- bruto,

5.5 veroordeelt VolkerRail in de kosten van de procedure aan de zijde van [REDACTED] begroot op € 800,-,

5.6 wijst af hetgeen meer of anders is verzocht,

5.7 verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad,

Indien VolkerRail het verzoek uiterlijk op 15 december 2017 intrekt:

5.8 veroordeelt VolkerRail in de kosten van de procedure aan de zijde van [REDACTED] begroot op € 800,-,

5.9 wijst af hetgeen meer of anders is verzocht,

5.10 verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

Deze beschikking is gegeven door de kantonrechter mr. J.T.G. Roovers en in aanwezigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 27 oktober 2017.

Voor eerste grosse

De griffier van de
rechtbank Gelderland