

Gepubliceerd op: 19 juni 2018

Auteur(s): Peter Schaap & Robin Veenhuis

Aangeboden door: Hogeschool Leiden

Verwijtbaar handelen als ontslaggrond

Na de introductie van de Wet werk en zekerheid (hierna: 'Wwz') is een veelgehoorde vraag binnen de arbeidsrechtpraktijk wanneer er, in het kader van ontbinding van de arbeidsovereenkomst, sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Dit artikel is geschreven door de twee bovengenoemde studenten van de studie HBO-rechten aan Hogeschool Leiden. Allebei hebben zij hun afstudeerscriptie dit voorjaar (voor verschillende opdrachtgevers) geschreven over dit onderwerp. Onder begeleiding van docent Arbeidsrecht mr. V.A. (Vincent) Jongste hebben zij nadien hun bevindingen gedeeld; hetgeen heeft geresulteerd in deze publicatie

Aanleiding

Het is alweer bijna drie jaar geleden dat de Wet werk en zekerheid (hierna: Wwz) is ingevoerd.^[1] De Wwz heeft het ontslagrecht rigoureus gewijzigd en bracht onder andere met zich mee een limitatieve opsomming aan ontslaggronden op basis waarvan een arbeidsovereenkomst via de rechter kan worden ontbonden. Eén van deze ontbindingsgronden staat in art. 7:669 lid 3 sub e BW. Deze zogenaamde 'E-grond' houdt in dat de arbeidsovereenkomst van een werknemer via de rechter kan worden ontbonden als de werknemer zodanig heeft gehandeld of nagelaten dat het van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd om de arbeidsovereenkomst langer te laten voortduren. De wetgever geeft in de wettekst en in de Memorie van Toelichting erg weinig handvatten ter zake de vraag wanneer er nou sprake is van "zodanig handelen" van een werknemer dat ontbinding van de arbeidsovereenkomst gerechtvaardigd is. Zodoende heeft dit van het begin af aan voor veel onduidelijkheid gezorgd en heeft de wetgever (bewust?) ruimte gegeven aan de 'rechtspraak' om invulling te geven aan de vraag wanneer er nou sprake is van een 'voldragen' E-grond.²

Wij, Peter Schaap en Robin Veenhuis, hebben in onze scripties onderzocht of er een duidelijke lijn in de jurisprudentie te vinden is over wat verwijtbaar handelen precies is en onder welke omstandigheden een ontbindingsverzoek op die grond al dan niet wordt toegewezen. Deze onderzoeken zijn gedaan door middel van een uitgebreide jurisprudentieanalyse. Uit beide analyses is een aantal criteria naar voren gekomen die een grote rol spelen bij de vraag of een ontbindingsverzoek op basis van de E-grond al dan niet wordt gehonoreerd. Hieronder worden vijf criteria beschreven die in beide onderzoeken sterk naar voren kwamen.

De criteria

Verwijtbaarheid

Werkgevers voeren in ontbindingszaken vaak aan dat hun werknemer zich verwijtbaar heeft gedragen. De kantonrechters gaan niet zomaar mee in die kwalificatie omdat als uitgangspunt heeft te gelden dat dat het voor de werknemer duidelijk moet zijn geweest wat al dan niet toelaatbaar gedrag is. Bij evidentere zaken als diefstal wordt er vanuit gegaan dat dit bekend is.^[2] Daarentegen is in meerdere uitspraken gebleken dat wanneer de werkgever tekort is geschoten in het overbrengen van de (interne) beleidsregels, de gedraging de werknemer al

snel niet kan worden verweten en het ontbindingsverzoek wordt afgewezen.^[3] Zo wees de kantonrechter een ontbindingsverzoek af waarbij een werknemer betonplaten had verduisterd. De rechter vond deze verduistering niet 'ontbindingswaardig' omdat de werkgever geen (duidelijk) beleid had inzake de particuliere afname van goederen door werknemers.^[4]

Andersom vindt de kantonrechter een zeer milde gedraging, zoals te vroeg van de werkplek vertrekken, soms wel weer een zodanig verwijtbare gedraging dat ontbinding gerechtvaardigd is, omdat de werkgever duidelijk de ontoelaatbaarheid van die gedraging heeft aangegeven. Zo wees de kantonrechter een ontbindingsverzoek toe nadat een werknemer van Arriva zich meermalen, ondanks diverse schriftelijke waarschuwingen, zich niet hield aan zijn diensttijden.^[5] In deze kwestie betrof het een werknemer van vervoersorganisatie Arriva die diverse malen voortijdig zijn dienst beëindigde (zonder dat hij daarvoor toestemming had van zijn meerdere). Het hielp daarbij volgens de rechter niet dat hij bij het controleren van de vervoersbewijzen op eigen initiatief mobiele telefoons van klanten/reizigers innam, teneinde (naar eigen zeggen) te voorkomen dat deze klanten zonder te betalen (en zonder dat de bekeuring was uitgeschreven) de bus zouden verlaten.

Gedraging

Soms is de aard van de gedraging zodanig evident dat alleen al een bewezenverklaring daarvan voldoende is om tot een voldragen ontbindingsgrond te leiden. Dit was bijvoorbeeld het geval bij de werknemer die onder invloed van alcohol een bus met zorgcliënten heeft bestuurd,^[6] alsook de docent die strafrechtelijk was veroordeeld voor het in bezit hebben van kinderporno en het heimelijk filmen van derden tussen de 18 en 21 in zijn woning waardoor het, voor die functie zo broodnodige vertrouwen in diens integriteit werd geschaad.^[7] Daarentegen kan een gedraging die op zichzelf niet ernstig oogt, ook reden zijn voor ontbinding. Hierbij kan gedacht worden aan zaken als structureel te laat komen of (zoals gezegd) het vroegtijdig de dienst beëindigen. Wel betekent dit dat er meer van de bewijsvoering wordt gevergd om de verwijtbaarheid aan te tonen. Iedereen komt immers wel eens te laat op het werk en dat op zich zal, vooral wanneer er geen sprake is van structureel gedrag, geen voldoende reden voor ontbinding zijn. Die ontbinding is wel weer mogelijk als een werknemer ter zake die gedraging meermalen schriftelijk is gewaarschuwd.^[8]

Het gedrag van werknemer mag de werkgever niet verweten kunnen worden

De arbeidsovereenkomst van een werknemer die structureel passende arbeid weigert zal in beginsel worden ontbonden. Echter, wanneer de aangeboden arbeid aantoonbaar niet passend blijkt kan dit de werkgever (in het licht van het schenden van het beginsel van 'goed werkgeverschap') worden verweten en kan dit de werknemer niet worden verweten.^[9]

Zonder deugdelijke bewijsvoering geen ontbinding

Het lijkt zo logisch, maar in de jurisprudentieanalyse was het soms ronduit schokkend met hoe weinig onderbouwing stellingen, ofwel verwijtbare handelingen, werden aangevoerd. Dit was bijvoorbeeld het geval bij een werkgever die de arbeidsovereenkomst wilde laten ontbinden omdat de werknemer zich buiten werktijd zou hebben misdragen in een uitgaansgelegenheid (hetgeen nooit is komen vast te staan).^[10] Ook de werkgevers die het ontbindingsverzoek verzochten zonder een deskundigenoordeel van het UWV, een té summier functioneringsrapport of beeldmateriaal waaruit de verweten handeling niet kon worden opgemaakt kregen van de kantonrechter nul op het rekest.^[11]

Persoonlijke omstandigheden leiden soms tot het wegvallen van de verwijtbaarheid

Het (gedurende lange tijd) goed functioneren van de werknemer, de duur van het dienstverband en omstandigheden die gelegen zijn in de privésfeer van de werknemer worden door de kantonrechters meegenomen in de beoordeling of er sprake is van zodanig verwijtbaar handelen van de werknemer dat ontbinding gerechtvaardigd is.^[12] Een goed voorbeeld hiervan is de zaak waarbij de werknemer een cliënt van zijn werkgever heeft bijgestaan vanuit zijn eigen privéonderneming zonder de werkgever hiervan op de hoogte te stellen. De rechter oordeelde dat hier weliswaar sprake was van verwijtbaar handelen (vanwege belangenverstrengeling), maar de arbeidsovereenkomst werd desondanks niet ontbonden omdat de werknemer altijd uitstekend had gefunctioneerd, zoals ook bleek uit de functioneringsrapporten en de uitgekeerde bonussen.^[13]

Conclusie

Hoewel de rechtspraak zeer casuïstisch is, en het daarom soms lastig is om te zien wanneer feiten en omstandigheden ontbinding van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigen, hebben onze onderzoeken wel inzichtelijk gemaakt dat er een lijn te vinden is in de ontbindingen gebaseerd op de zogenaamde 'E-grond'. Hoe milder de gedraging, hoe meer er van de bewijsvoering wordt gevergd om de verwijtbaarheid van de gedraging aan te tonen. Een werkgever kan een succesvolle ontbinding echter wel degelijk baseren op diezelfde 'milde' misdraging van zijn werknemer, mits hij (op voorhand) goed communiceert met zijn personeel welke (op zichzelf kleine) 'vergripen' als ontoelaatbaar worden gekwalificeerd. Wanneer het geen (evidente) wetsovertreding (zoals diefstal en mishandeling) behelst, zijn het immers de interne regels van de werkgever die leidend zijn in het bepalen van de (on)toelaatbaarheid van bepaald gedrag.

Recente uitspraak (na het voltooien van de scripties) bevestigt de conclusie

Op 21 maart 2018 is een uitspraak gepubliceerd van de rechtbank Amsterdam waarbij de Hogeschool van Amsterdam (hierna: HvA) de arbeidsovereenkomst met een docent wilde ontbinden op grond van verwijtbaar handelen; de 'E-grond' dus.^[14] De HvA verzocht ontbinding van de arbeidsovereenkomst omdat er in de loop der jaren diverse studentes klachten hadden ingediend bij de HvA vanwege seksuele intimidatie door de bewuste docent. Ondanks dat in sociale context het gedrag van de docent als hoogst ontoelaatbaar wordt beschouwd (ook door de kantonrechter), is de arbeidsovereenkomst niet ontbonden. De rechter overwoog dat het handelen van de HvA ten aanzien van de klachten van de studenten niet voortvarend en adequaat is geweest. Bij de eerste klacht (in 2013) is er door de HvA niet ingegrepen of gehandeld, sterker nog deze klacht is nooit als zodanig behandeld (conform het 'Klachtenprotocol') en de docent is hier tevens niet van op de hoogte gesteld, noch berispt. De afhandeling van de daaropvolgende klachten, of beter gezegd het niet, of niet adequaat, afhandelen van die klachten, tekent het gebrek aan inspanningen van de HvA om de docent aan zijn verstand te brengen dat zijn gedrag ontoelaatbaar is. Pas in 2017 pakt de HvA eindelijk door inzake de klachten tegen de docent; klachten die dan soms al 4 jaar oud zijn. De kantonrechter neemt het de HvA zeer kwalijk dat in tussentijdse (functionerings)gesprekken met de docent hem slechts in omfloerste termen is medegedeeld dat hij zich van dergelijke gedragingen in de toekomst diende te onthouden. In combinatie met de zeer trage wijze van handelen door de HvA heeft dit ertoe geleid dat de bewijs- en dossiervoering onvoldoende gestalte heeft gekregen. In dit geval zijn er dus twee van de vijf door ons gegeven criteria, te weten goed werkgeverschap en zorgvuldige bewijsvoering, onvoldoende onderbouwd en is het ontbindingsverzoek op grond van verwijtbaar handelen afgewezen.

Resumerend

Ja, de wetgever heeft inderdaad heel veel ruimte gelaten aan 'de rechtspraak' om invulling te geven aan de vraag wat dan 'zodanig handelen van de werknemer is dat de arbeidsovereenkomst ontbonden dient te worden'. Velen zien de 'E-grond' (wellicht terecht) als te vaag en te onduidelijk. Niettemin, naar onze mening verdient een nieuwe wet de tijd en de ruimte om door de rechtspraak te worden bijgeschaafd. Wij zien in onze analyse meer dan voldoende aanknopingspunten in de rechtspraak om, ondanks de onduidelijkheid van de wettekst en nuance van de omstandigheden van het geval, ontbindingsverzoeken op voorhand (met enige mate van zekerheid) te toetsen op haalbaarheid. Voor werkgevers, en rechtshulpverleners van die werkgevers, wel alle aanleiding om nog eens even heel goed te kijken naar de vraag of hun eigen (gedrags)protocollen wel duidelijk en transparant zijn!

[\[1\]](#) Stb.2014, 216.

[\[2\]](#) Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 45.

[\[3\]](#) Rb. Noord-Nederland 22 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:677; Rb. Limburg 30 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8422.

[\[4\]](#) Rb. Limburg 30 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8422.

[\[5\]](#) Rb. Limburg 6 januari 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:83.

[\[6\]](#) Rb. Rotterdam 29 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7329.

[\[7\]](#) Rb. Rotterdam 4 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1913.

[\[8\]](#) Rb. Limburg 6 januari 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:83.

[\[9\]](#) Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr.3, p. 44-45; Rb. Limburg 20 februari 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:1478.

[\[10\]](#) Rb. Limburg 21 oktober 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:9150.

[\[11\]](#) Rb. Midden-Nederland 21 februari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:844; Rb. Limburg 14 september 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:8026; Rb. Limburg 30 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:8422.

[\[12\]](#) Rb. Limburg 4 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6350; Rb. Midden-Nederland 21 mei 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:2622.

[\[13\]](#) Rb. Noord-Nederland 13 april 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:5846.

[\[14\]](#) Rb. Amsterdam 8 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9966.