



'Wanneer kan een werknemer ontslagen worden bij verwijtbaar gedrag?'

**Toetsing van:
Afstudeeronderzoek
HBR-4-AS17-AS**

Hogeschool Leiden

Patrycja Tatara – s1094882

In opdracht van:

Klas 4C

Opleiding HBO-Rechten

Onderzoekdocent:

Mw. I.J.S. van Mierlo - Groot

Afstudeerbegeleider:

Mw. A. Hessing

Dhr. mr. M. Bathoorn
Advocatenkantoor Bos
Noordwijkerhout

17 juni 2018
Reguliere kans
2018-2019

Voorwoord

Voor u ligt mijn scriptie: 'Wanneer kan een werknemer ontslagen worden bij verwijtbaar gedrag?'. Dit onderzoek is in het kader van het afstuderen van Hogeschool Leiden verricht, in opdracht van mr. Mitchell Bathoorn. Een bijzondere dank aan hem dat ik bij Advocatenkantoor Bos mijn scriptie heb mogen schrijven.

Het schrijven van deze scriptie ging niet zonder slag of stoot, omdat ik veel moeite had om al mijn bevindingen gestructureerd op papier te zetten. In overleg met mijn afstudeerbegeleider (mevrouw Anne Hessing) en mijn opdrachtgever (mr. Mitchell Bathoorn) is in gezamenlijk overleg besloten om de resultaten van mijn onderzoek ook te presenteren aan werkgevers in de regio Zuid-Holland. Begin juli 2019 zal ik aan een groot aantal ondernemers die verbonden zijn aan het BNI-netwerk mijn resultaten van dit onderzoek gaan presenteren. Zo worden de uitkomsten van dit onderzoek overgebracht aan ondernemers in de praktijk en kunnen zij (hopelijk) hun personeelsbeleid hierop toepassen, zodat zij proactief kunnen handelen als ze te maken krijgen met een werknemer die verwijtbaar handelt. Op basis van de resultaten van dit onderzoek heb ik voor werkgevers een gestructureerd stappenplan opgesteld die zij kunnen volgen als een werknemer verwijtbaar handelt. Dit stappenplan zal ik tijdens mijn presentatie bij BNI nader toelichten.

Ik wil graag iedereen bedanken die mij hierbij geholpen en ondersteund heeft tijdens het schrijven van deze scriptie.

Ik wens u veel plezier met het lezen van deze scriptie.

Samenvatting

Mr. Mitchell Bathoorn staat geregeld cliënten (werkgevers) bij tijdens ontslagzaken. Deze zaken gaan vaak over verwijtbaar handelen van een werknemer. Mr. Mitchell Bathoorn wil graag weten naar welke factoren de rechter kijkt tijdens het beoordelen van verwijtbaar handelen. Aan de hand van die factoren kan mr. Mitchell Bathoorn nuttige informatie verstrekken aan de werkgever, zodat zij al op voorhand op een proactieve manier kunnen handelen als een werknemer zich niet correct gedraagt.

Het doel van dit onderzoek is om middels een overzichtelijk stappenplan handvatten te bieden bij een zaak rond ontslag op grond van verwijtbaar handelen. Door een theoretisch en praktisch onderzoek te verrichten, zullen de feiten en omstandigheden die door een rechter in eerste aanleg hierbij van belang worden geacht goed in kaart worden gebracht. Hierdoor zal het duidelijk worden hoe werkgevers hun personeelsbeleid moeten inrichten, zodat zij direct kunnen anticiperen op een werknemer die verwijtbaar handelt.

De centrale vraag binnen dit onderzoek luidt:

"Welk advies kan mr. Mitchell Bathoorn zijn cliënten geven bij een ontslag wegens verwijtbaar handelen van werknemers op grond van artikel 7:669 lid 3 sub e BW blijkens de geldende wet- en regelgeving en recente jurisprudentie?"

Deze centrale vraag is beantwoord aan de hand van bestudering van de relevante wetgeving en literatuur. Dit komt terug in de theoretische-/ juridische deelvragen. Daarnaast is het praktijkonderzoek verricht aan de hand van een wetsanalyse.

Uit de theoretische- juridische deelvragen is gebleken dat er eerst moet worden vastgesteld of er geen andere - misschien gemakkelijkere - mogelijkheden zijn om een arbeidsovereenkomst te ontbinden. Om uit te sluiten dat een werkgever geen andere mogelijke optie heeft om een werknemer te ontslaan.

Vervolgens wordt er kort ingegaan op de ontbinding via de kantonrechter. Ontbinding van een arbeidsovereenkomst kan plaatsvinden door middel van artikel 7:671b lid 1 sub a BW. Een ontbindingsverzoek op deze grond moet met een verzoekschrift bij de rechtbank worden ingediend. In het verzoekschrift moet duidelijk worden gemaakt dat er geen opzegverboden zijn waardoor de ontbinding niet plaats kan vinden, zoals ziekte of tijdens zwangerschap (ex artikel 7:670 BW). Als er geen opzegverboden zijn en er is sprake van verwijtbaar handelen (e-grond), hoeft er geen herplaatsing te vinden (ex artikel 7:669 lid 1 BW). De werkgever hoeft dan geen andere mogelijke functie binnen de organisatie aan te bieden aan de werknemer.

Om het verwijtbaar handelen beter te begrijpen is gekeken naar de Memorie van Toelichting. Hieruit blijkt dat er door de wetgever een aantal voorbeelden is gegeven wanneer er sprake is van verwijtbaar handelen, maar deze zijn minimaal toegelicht. Het belangrijkste is dat het voor de werknemer duidelijk is welke gedragingen volgens de werkgever ontoelaatbaar zijn.

In de vakliteratuur wordt de Memorie van Toelichting aangevuld. Het is niet alleen belangrijk dat regels kenbaar zijn, maar dat de werknemer zich er ook van bewust is aan welke regels hij zich moet houden en wanneer hij deze overtreedt. Dit bewustzijn kan bijvoorbeeld worden gecreëerd door middel van waarschuwingen. Daarnaast blijkt uit de literatuur dat ook de persoonlijke omstandigheden worden meegenomen voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van een ontoelaatbare gedraging die tot ontslag kan leiden, zoals de duur van een arbeidsovereenkomst, de functie van een werknemer en relevante privéomstandigheden.

Naast literatuuronderzoek is een uitgebreid jurisprudentieonderzoek verricht. Hieruit blijkt dat rechters het belangrijk vinden of een werkgever duidelijk aan een werknemer heeft gemaakt welk gedrag (on)toelaatbaar en wat de (eventuele) gevolgen zijn bij overtreden van de regels. Zo dient een werkgever de regels goed en duidelijk kenbaar te maken aan een werknemer, voor zover dat eerder nog niet duidelijk was. Ook is het van belang dat een werknemer op de hoogte wordt gesteld van concrete consequenties bij een tweede overtreding. De werkgever moet aantonen dat de werknemer bewust was, althans wetenschap had, van zijn ontoelaatbare gedrag.

Op basis van het verrichte onderzoek zijn er meerdere aanbevelingen gemaakt. Zo wordt aan werkgever aanbevolen de bedrijfsregels te verwoorden in een personeelshandboek. Deze kan voor 'akkoord en gelezen' aangeboden worden aan werknemers, zodat zij verklaren kenbaar te zijn met de regels binnen het bedrijf. Hieruit moet ook blijken welke consequenties er volgen als deze regels niet worden nageleefd. Ook is het van belang dat er meerdere schriftelijke waarschuwingen worden gegeven aan de werknemer die verwijtbaar handelt. De werkgever moet duidelijk maken welk gedrag ontoelaatbaar is en wat de gevolgen zijn als een werknemer dit nog een keer doet. Verder is het van belang om alle overige communicatie tussen werknemer en werkgever vast te leggen, zoals in verslagen en beoordelingsgesprekken. Als het personeelsdossier van de werkgever op orde is, zal er vermoedelijk genoeg bewijsmateriaal zijn om met succes een arbeidsovereenkomst van een werknemer te ontbinden als er sprake is van verwijtbaar handelen.

HOOFDSTUK 1 - INLEIDING	6
1.1 Probleemanalyse.....	7
1.2 Juridisch kader.....	8
1.3 Doelstelling	10
1.4 Centrale vraag.....	10
1.5 Deelvragen.....	10
1.6 Begrippen operationaliseren	11
1.7 Methoden van onderzoek	11
HOOFDSTUK 2 JURIDISCH KADER.....	15
2.1 Wijzen van beëindiging van de arbeidsovereenkomst.....	15
2.1.1 Ontbinding van de arbeidsovereenkomst.....	15
2.2 Verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer	17
2.2.1 Wat houdt verwijtbaar handelen of nalaten in blijkens de (totstandkoming van de) wet- en regelgeving?	17
2.2.2 Wat houdt verwijtbaar handelen of nalaten in blijkens de literatuur? ..	18
2.2.2.1 Kenbaarheid van het verwijt.....	18
2.2.2.2 Waarschuwingen	19
2.2.2.3 Persoonlijke omstandigheden	20
2.3 Deelconclusie.....	20
HOOFDSTUK 3 JURISPRUDENTIE RESULTATEN	22
3.1. Inleiding	22
3.1.1 Op welke manieren kan de kenbaarheid worden bewerkstelligd?.....	23
3.1.2 Op welke wijze zijn de waarschuwingen duidelijk gegeven?	25
3.1.3 Welke persoonlijke omstandigheden kunnen een rol spelen?	27
3.1.4 Deelconclusie	29
HOOFDSTUK 4 CONCLUSIE	30
HOOFDSTUK 5 AANBEVELING.....	32
LITERATUURLIJST.....	34
BIJLAGE 1 STAPPENPLAN.....	36
BIJLAGE 2 JURISPRUDENTIEANALYSE	37

Hoofdstuk 1 - Inleiding

Mijn opdrachtgever is de heer mr. Mitchell Bathoorn en hij is werkzaam voor advocatenkantoor Bos. Mr. Mitchell Bathoorn behandelt veel arbeidszaken en aan mij is in het kader van mijn scriptieopdracht verzocht om nader onderzoek te doen naar de verwijtbaarheid ex artikel 7:669 lid 3 sub e van het Burgerlijke Wetboek (hierna: BW). Het onderzoek richt zich op de vraag welke omstandigheden rechtbanken van belang achten voor de vraag of er sprake is van verwijtbaar handelen.

Mr. Mitchell Bathoorn staat zowel werkgevers als werknemers bij. In beide gevallen is het voor mijn opdrachtgever van belang om te weten welke omstandigheden kantonrechters meewegen om te beoordelen of er sprake is van verwijtbaar handelen. Aan de hand van onderstaand praktijkvoorbeeld zal ik mijn onderzoeksvraag (het praktijkprobleem) nader toelichten.

De heer B. (Bert) van Marrewijk – eigenaar van restaurant Boom – heeft zich bij mijn opdrachtgever gemeld met het verzoek hem bij te staan bij de ontbindingsprocedure van zijn werknemer, de heer P. (Piet) Velthuizen. Piet (27 jaar) werkt al vier jaar in de bediening van restaurant Boom en is derhalve voor onbepaalde tijd in dienst. Hij is verantwoordelijk voor het serveren van eten, drankjes en daarnaast het schoonhouden van het restaurant. Piet speelt een belangrijke rol in het restaurant, want hij is er (mede)verantwoordelijk voor dat klanten een plezierige avond hebben. De eerste drie jaar functioneerde Piet goed. Helaas is dit sinds een jaar niet meer het geval. Piet komt regelmatig te laat op zijn werk. Als het rustig is, zit Piet voortdurend op zijn telefoon. Daarnaast gaat hij vaak buiten roken op momenten dat hij geen pauze heeft.

De werkgever is dit op een gegeven moment zat. De werkgever had Piet al meerdere malen verzocht om op tijd te komen. Ook had de heer Van Marrewijk aan Piet verzocht geen gebruik meer te maken van zijn mobiele telefoon tijdens werktijd. Deze gesprekken heeft de werkgever destijds ook schriftelijk bevestigd aan Piet. De werkgever heeft Piet gevraagd of er een reden was voor zijn lakse gedrag. Daarbij heeft de werkgever aangeboden hem te helpen als Piet daar behoefte aan zou hebben. Piet heeft toen duidelijk aangegeven dat er niets aan de hand was en dat hij zich beter zal gaan gedragen.

Na een half jaar is er nog steeds geen verbetering in het gedrag van Piet en ziet het er naar uit dat deze verandering niet zal komen. De werkgever heeft al meerdere malen een laatste kans gegeven, maar tevergeefs. Het geduld van de werkgever raakt op. Nu Piet zijn lakse gedrag niet kan verklaren wil de werkgever de arbeidsovereenkomst ontbinden.

Een ontslag op staande voet kan niet worden gegeven. Er is namelijk geen sprake van een dringende reden die een directe beëindiging van het dienstverband toelaat. Daarnaast is er ook geen mogelijkheid om Piet elders in het bedrijf te plaatsen. De werkgever wil Piet ontslaan op grond van verwijtbaar handelen. Mijn opdrachtgever wil weten (om zo de werkgever van goed advies te voorzien) welke feiten en omstandigheden van belang zijn voor de vraag of de werkgever Piet kan ontslaan op grond van verwijtbaar handelen.

De bovenstaande casus is een fictieve casus gemaakt aan de hand van praktijkvoorbeelden verstrekt door mr. Mitchell Bathoorn.

1.1 Probleemanalyse

Mr. Mitchell Bathoorn staat geregeld werkgevers bij. Daarbij komt met grote regelmaat de vraag naar voren wanneer een werknemer ontslagen kan worden op basis van verwijtbaar handelen. Waar ligt de (juridische) grens? Zijn cliënten hebben vaak met werknemers te maken die verwijtbaar handelen. De eerder beschreven casus is een realistische situatie die geregeld voorkomt. Werkgevers willen van werknemers zoals Piet af, omdat zij hun werk niet naar behoren uitvoeren en geen goed voorbeeld zijn voor de andere werknemers. Helaas is de term 'verwijtbaar handelen' open en is het voor werkgevers hierdoor niet duidelijk wanneer hiervan sprake is. Hoe zij met succes een arbeidsovereenkomst kunnen ontbinden op grond van verwijtbaar handelen is voor hen onduidelijk.

Door deze onwetendheid missen de werkgevers die bij mr. Mitchell Bathoorn komen meestal bewijsmateriaal waaruit blijkt dat een werknemer verwijtbaar heeft gehandeld. Werkgevers laten hierdoor steken vallen, want in het recht geldt ingevolge artikel 150 Rechtsvordering (hierna: 'Rv'): 'Wie stelt moet bewijzen'. Mr. Mitchell Bathoorn wil hier verandering in brengen door werkgevers te informeren over hoe zij in een eerder stadium stappen kunnen ondernemen, zoals het verzamelen van bewijs waaruit het verwijtbaar handelen blijkt. Dit onderzoek geeft inzicht in welke factoren hierbij van belang zijn, zodat mijn opdrachtgever zijn cliënten hierover in het vervolg (proactief) kan informeren. In dit onderzoek worden verschillende vragen beantwoord, zoals: wat is verwijtbaar handelen volgens de kantonrechters in eerste aanleg? Hoe vaak moet een werkgever een waarschuwing geven om de arbeidsovereenkomst van een werknemer te kunnen ontbinden? En hoe moeten (beleids)regels van het bedrijf kenbaar worden gemaakt? De antwoorden op deze vragen zijn tot nu toe nog steeds niet duidelijk voor mr. Mitchell Bathoorn.

Ondanks dat de beoordeling van een zaak afhankelijk is van zaakspecifieke omstandigheden, is het wel mogelijk om te onderzoeken of er een rode lijn valt te

ontdekken in de jurisprudentie. Aan de hand van de literatuur, wetgeving en relevante jurisprudentie zal de centrale vraag van dit onderzoek worden beantwoord. De centrale vraag staat in 'Hoofdstuk 1.4'.

Het doel van dit onderzoek is dan ook om aan mr. Mitchell Bathoorn handvatten en inzichten te bieden omtrent de feiten en omstandigheden die de kantonrechter meeneemt in zijn beoordeling omtrent het verwijtbaar handelen van de werknemer ex. artikel 7:669 lid 3 sub e BW. Mr. Mitchell Bathoorn wil weten welke criteria de doorslag geven voor het aannemen of verwerpen van verwijtbaar handelen, zodat het meer inzichtelijk wordt hoe hoog de slagingskans is bij een nieuwe zaak. Het onderzoek zal handvatten bieden om zo makkelijker en sneller de rechtspositie van zijn cliënten te kunnen inschatten.

De resultaten van dit onderzoek zullen uiteindelijk aan ondernemers in de Bollenstreek die zijn verbonden aan een netwerk (genaamd: BNI) worden gepresenteerd.¹ Tijdens deze presentatie zal er worden ingegaan op de wijze waarop zij de resultaten van het onderzoek kunnen integreren in hun personeelsbeleid, zodat zij tijdig en adequaat kunnen anticiperen op een werknemer die verwijtbaar handelt.

1.2 Juridisch kader

Sinds 1 juli 2015 is de Wet werk en zekerheid (hierna Wwz) in werking getreden.² Met deze inwerkingtreding zijn er verschillende veranderingen doorgevoerd. Voorbeelden hiervan zijn de acht limitatieve ontslaggronden. Eén daarvan is de zogenaamde e-grond: verwijtbaar handelen. De overige zeven ontslaggronden vallen buiten het bereik van dit onderzoek en zullen niet worden besproken. In de memorie van toelichting wordt informatie gegeven over verwijtbaar handelen, maar dit is minimaal. Zo is de werkgever in eerste instantie degene die moet beoordelen of er sprake is van verwijtbaar gedrag bij een werknemer.³ Wat de beoordeling subjectief maakt en open laat voor interpretatie.

Ook in de wet staan geen duidelijke handvatten naar welke elementen een kantonrechter kijkt bij het beoordelen of er wel of geen sprake is van verwijtbaar handelen. Hierdoor is het voor de mr. Mitchell Bathoorn nog altijd onduidelijk welke factoren er van belang zijn en hoe deze factoren door een rechter worden beoordeeld. In artikel 7:669 lid 3 sub e BW, staat verwijtbaar handelen geregeld. In dit artikel staat als vereiste dat een werknemer niet alleen verwijtbaar moet handelen, maar ook dat het in redelijkheid van de werkgever niet gevergd kan worden om de arbeidsovereenkomst voort te laten duren. Als aan deze twee vereisten is voldaan kan de werkgever op grond van artikel 7:671b lid 1 sub a BW de

¹ <http://bni-nhz.nl/nl/>

² Stb. 2014, 216.

³ *Kamerstukken* // 2013/14, 33818, 3, p. 45

kantonrechterverzoeken om de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Dit moet blijken uit dit artikel bij verzoekschrift worden ingediend. Op grond van artikel 261 Rv blijkt dat als er uit de wet niets anders voortvloeit er gebruik moet worden gemaakt van een verzoekschrift.

Hoewel er een aantal punten wordt besproken in de Memorie van Toelichting zijn er nog steeds onduidelijkheden over hoe het in de praktijk werkt. In het tijdschrift Arbeidsrecht zijn mevrouw E. Wies en mevrouw M.A. Schneider ook ingegaan op de vraag wanneer er volgens de jurisprudentie sprake is van verwijtbaar handelen.

Zo blijkt uit de analyse dat de kantonrechter naar een aantal factoren kijkt bij het beoordelen van verwijtbaar handelen. Kenbaarheid, waarschuwingen en de persoonlijke omstandigheden zijn hierbij van belang. Deze omstandigheden zullen in 'Hoofdstuk 2' verder worden besproken. Deze factoren worden nog steeds zeer casuïstisch ingevuld waardoor dit nog steeds geen duidelijke richtlijn vormt over wanneer er sprake is van verwijtbaar handelen.⁴

Ook is er geen duidelijke of algemene richtlijn volgens Arbeidsrechtadvocate mevrouw Hiebendaal. In haar artikel legt zij uit dat er steeds meer rechtspraak is die gaat over de e-grond, maar dat er nog geen duidelijke richtlijn is over hoe de verschillende factoren moeten worden toegepast.⁵ Dit komt omdat uit de rechtspraak verschillende nieuwe interessante factoren naar voren komen die van belang zijn voor het aannemen of verwerpen van verwijtbaar handelen.⁶

Kortom, het is niet eenvoudig om een concrete algemene richtlijn te ontdekken wanneer er sprake is van verwijtbaar handelen. In dit onderzoek zal gekeken worden naar de jurisprudentie (in eerste aanleg) over de jaren 2018 en 2019 en zal op basis van deze resultaten in kaart worden gebracht welke factoren van belang zijn voor kantonrechters voor de vraag of er sprake is van verwijtbaar handelen.

Het advies van dit onderzoek zal mr. Mitchell Bathoorn in een vorm van een stappenplan ontvangen. Dit is niet alleen overzichtelijk voor hem, maar ook voor zijn cliënten. Aan de hand van het stappenplan is hij voornemens zijn cliënten te informeren over de mogelijkheden om bewijs te verzamelen om zo makkelijker een werknemer te kunnen ontslaan op grond van verwijtbaar handelen.

⁴ Wies 2016, blz. 11

⁵ Hiebendaal 2019, blz. 3

⁶ Hiebendaal 2019, blz. 4

1.3 Doelstelling

Met dit onderzoek wil ik aan mr. Mitchell Bathoorn handvatten bieden om op een snelle en gestructureerde wijze een inschatting te geven over de rechtspositie van een werkgever wanneer er sprake is van verwijtbaar handelen. Hiermee is het voor mijn opdrachtgever inzichtelijk welke factoren voor de kantonrechter van doorslaggevend belang zijn voor de vraag of de arbeidsovereenkomst van een werknemer kan worden ontbonden op grond van artikel 7:669 lid 3 sub e BW.

Om deze vraag te beantwoorden en de problematiek in kaart te brengen, zal er gebruik worden gemaakt van relevante wetgeving, literatuur en jurisprudentie. Daarnaast zal er uiteengezet worden hoe werkgevers dit kunnen integreren in hun personeelsbeleid, zodat zij kunnen anticiperen op een werknemer die verwijtbaar handelt. Met dit stappenplan kan mr. Mitchell Bathoorn zijn cliënten op een gestructureerde wijze duidelijk maken welke factoren van belang om verwijtbaar handelen aan te tonen en welk bewijs een werkgever hiervoor moeten verzamelen. De bedoeling van dit advies is dat mr. Mitchell Bathoorn met behulp van de resultaten van dit onderzoek zijn cliënten vooraf kan adviseren, zodat zijn vaste cliënten dit kunnen integreren in hun personeelsbeleid en dat mijn opdrachtgever - als een cliënt een ontbindingsverzoek wil indienen bij de rechtbank - de haalbaarheid van de zaak beter kan inschatten.

1.4 Centrale vraag

De centrale vraag binnen dit onderzoek luidt als volgt:

Welk advies kan mr. Mitchell Bathoorn zijn cliënten geven bij een ontslag wegens verwijtbaar handelen van werknemers op grond van artikel 7:669 lid 3 sub e BW blijkens de geldende wet- en regelgeving en recente jurisprudentie?

1.5 Deelvragen

Voor het onderzoek zijn er deelvragen opgesteld. Deze deelvragen zullen bijdragen aan de beantwoording van de centrale vraag. Er is een verschil gemaakt tussen theoretische-juridische vragen en praktijkgerichte vragen.

Theoretische- juridische deelvragen:

1. Op welke wijze kan een arbeidsovereenkomst worden ontbonden blijkens wet- en regelgeving en literatuur?
2. Wat houdt verwijtbaar handelen of nalaten in de zin van artikel 7:669 lid 3 sub e BW in blijkens de wet- en regelgeving en literatuur?

Praktijkgerichte deelvragen:

Voor de praktijkgerichte deelvragen zal gebruik worden gemaakt van uitspraken van kantonrechters in eerste aanleg over de jaren 2018 en 2019. Deze uitspraken laten een goed beeld zien welke factoren volgens kantonrechters van belang zijn. Mr. Mitchell Bathoorn behandelt voornamelijk zaken in eerste aanleg. Om die reden is de jurisprudentieanalyse van mijn onderzoek gericht op uitspraken van de kantonrechter in eerste aanleg. De centrale vraag wordt aan de hand van de navolgende praktijkgerichte deelvragen beantwoord:

3. Welke feiten en omstandigheden zijn bepalend voor de kantonrecht ervoor het niet aannemen van verwijtbaar handelen van een werknemer?
4. Welke feiten en omstandigheden zijn bepalend voor de kantonrecht ervoor het wel aannemen van verwijtbaar handelen van een werknemer?

1.6 Begrippen operationaliseren

Proactief: betekent in deze context dat werkgevers (aan de hand van de resultaten van dit onderzoek) hun persoonsbeleid daarop kunnen aanpassen adequaat (middels een stappenplan) kunnen anticiperen indien een werknemer verwijtbaar handelt.

1.7 Methoden van onderzoek

Voor het beantwoorden van de theoretisch-juridische deelvragen is er gekozen voor wetsanalyse. Hierbij wordt gebruik gemaakt van relevante wet- en regelgeving. Voor het beantwoorden van de praktijkgerichte deelvragen zal er gebruik worden gemaakt van jurisprudentieonderzoek.

Het theoretisch-juridisch onderzoeksgedeelte

Om de deelvragen van het theoretisch-juridisch onderzoeksgedeelte zo betrouwbaar mogelijk te beantwoorden zal er gebruik worden gemaakt van verschillende bronnen die in de literatuurlijst zullen worden opgenomen.

1. *Op welke wijze kan een arbeidsovereenkomst worden ontbonden blijkens wet- en regelgeving en literatuur?*

Deze vraag zal worden beantwoord aan de hand van wet- en regelgeving en literatuuronderzoek. Allereerst zal gekeken worden naar de letterlijke tekst in de wet. Daarnaast zal er gebruik worden gemaakt van de literatuur voor verdere invulling. De gegevens die uit de wet- en regelgeving en literatuuronderzoek naar voren komen zijn betrouwbaar voor mijn onderzoek.

2. *Wat houdt verwijtbaar handelen of nalaten door de werknemer in blijkens wet-regelgeving en literatuur?*

Deze vraag zal worden beantwoord aan de hand van wet- en regelgeving en een literatuuronderzoek. Allereerst zal er worden gekeken wat er in de wet staat. Daarnaast zal er gebruik worden gemaakt van de literatuur voor verdere aanvulling. Als laatste zal er gebruik worden gemaakt van de Memorie van Toelichting van de Wvz 2015. De gegevens die uit de wet- en regelgeving en literatuuronderzoek naar voren komen zijn betrouwbaar voor mijn onderzoek.

Het praktijkonderzoek

Om de praktijkgerichte deelvragen van onderzoek zo betrouwbaar mogelijk te beantwoorden zal er gebruik worden gemaakt van jurisprudentieonderzoek. Om te kunnen bepalen welke feiten en omstandigheden bepalend zijn voor het aannemen of verwerpen van verwijtbaar handelen, zal er gebruik worden gemaakt van jurisprudentie. Op basis van wat er beschreven staat in de wet kan er een duidelijk beeld worden geschetst van hoe de wet- en regelgeving in de praktijk kan worden toegepast. Op www.rechtspraak.nl is er gezocht naar de meest relevante jurisprudentie. Hierbij zijn de volgende zoektermen gebruikt: 'Verijtbbaar handelen', 'E-grond', 'Werknemer', 'Arbeidsrecht', 'Rechtbanken', '2018 t/m 2019'. Aan de hand van deze zoektermen zijn er 57 uitspraken waarin wel en geen sprake was van verwijtbaar handelen gevonden. Hiervan zijn 29 uitspraken gebruikt voor de jurisprudentieanalyse. Tijdens het oordelen of de uitspraken van toepassingen zouden zijn voor dit onderzoek is er gekeken naar welke beleidsregels of gedragsregels overtreden zijn. Hierbij is rekening gehouden met zoveel mogelijke verschillende

overtredingen, zodat mr. Mitchell Bathoorn in elk geval inzicht zal krijgen hoe de rechtbanken daarover hebben geoordeeld. Tijdens de presentatie zal ook aandacht worden gegeven hoe een werkgever proactief dient te handelen als een werknemer zich niet aan de regels houdt. De overige 28 uitspraken konden niet worden gebruikt, omdat daar geen duidelijke en concrete motivering werd gegeven door de kantonrechter. Bij deze uitspraken kon er dus geen concrete analyse worden gemaakt op basis van de topics. Ook gaan de 28 uitspraken niet over verwijtbaar handelen, maar worden er andere juridische aspecten behandeld die buiten het bereik van dit onderzoek vallen. De gekozen jurisprudentie is betrouwbaar en actueel. De jurisprudentie is afkomstig van een betrouwbare bron, te weten: rechtspraak.nl. De jurisprudentie is afkomstig van een betrouwbare bron, te weten: rechtspraak.nl.

1. Welke feiten en omstandigheden zijn bepalend voor de kantonrechter voor het niet aannemen van verwijtbaar handelen van een werknemer?

Van de gevonden bruikbare 29 uitspraken zullen er 14 uitspraken worden gebruikt voor de analyse waarin er geen sprake is van verwijtbaar handelen. Voor het onderzoek zijn juist deze 14 uitspraken gebruikt, omdat in deze uitspraken duidelijk wordt door de kantonrechter gemotiveerd waarom er geen sprake is van verwijtbaar handelen. Deze 14 uitspraken behandelen verschillende soorten beleidsregels en gedragsregels die er zijn.

De topics voor de uitspraken waar er ook sprake is van verwijtbaar handelen. Uit de literatuur blijkt dat er drie aspecten zijn voor het opstellen van de topics. Dit zijn: kenbaarheid van het verwijt, gegeven waarschuwingen en de persoonlijke omstandigheden van de werknemer. Uit hoofdstuk 2 blijkt de duur van de arbeidsovereenkomst, functie en privéomstandigheden onder de topic persoonlijke omstandigheden valt. De rest van de topics vloeit voort uit de jurisprudentieanalyse.

Het jurisprudentieonderzoek zal aan de hand van de volgende topics worden geanalyseerd:

- Welke regels de werknemer heeft geschonden;
- De mate van bewustzijn van de werknemer;
- Of de werknemer op de hoogte was van het verwijt door werkgever;
- Het (meermalen) treffen van een maatregel, zoals het geven van een waarschuwing met duidelijke instructies of gevolgen;
- Persoonlijke omstandigheden;
- De feiten en omstandigheden die niet bewezen zijn door de werkgever.

2. *Welke feiten en omstandigheden zijn bepalend voor de kantonrecht ervoor het wel aannemen van verwijtbaar handelen van een werknemer?*

Van de gevonden bruikbare 29 uitspraken zullen er 15 uitspraken waarin er volgens de kantonrechter wel sprake is van verwijtbaar handelen voor de analyse worden gebruikt. In deze 15 uitspraken motiveert de kantonrechter duidelijk welke factoren van belang zijn, en welke niet, voor het beantwoorden van de vraag of er sprake is van verwijtbaar handelen. Daarnaast is er zoveel mogelijk rekening gehouden met gedragingen, zoals het niet houden aan de beleidsregels en gedragsregels.

Uit de literatuur blijkt dat er drie aspecten zijn voor het opstellen van de topics. Dit zijn: kenbaarheid van het verwijt, gegeven waarschuwingen en de persoonlijke omstandigheden van de werknemer. Uit hoofdstuk 2 blijkt dat de duur van de arbeidsovereenkomst, de functie en bijzondere privéomstandigheden onder de topic persoonlijke omstandigheden valt. De rest van de topics vloeit voort uit de jurisprudentieanalyse, zoals een belangrijk topic: het vertrouwen tussen werknemer en werkgever.

Het jurisprudentieonderzoek zal op basis van de volgende topics worden geanalyseerd:

- Welke regels heeft de werknemer geschonden;
- De mate van bewustzijn van de werknemer;
- Het (meermalen) treffen van een maatregel, zoals het geven van een waarschuwing met duidelijke instructies of gevolgen;
- Ernst van het gedrag;
- Persoonlijke omstandigheden;
- Mate van vertrouwen tussen werkgever en werknemer;

Aan de hand van deze topics is er een relevant en betrouwbaar jurisprudentieonderzoek verricht.

Hoofdstuk 2 Juridisch kader

In dit hoofdstuk zal worden besproken hoe de arbeidsovereenkomst kan worden ontbonden als er sprake is van verwijtbaar handelen door een werknemer. Daarnaast zal er worden ingegaan op wat verwijtbaar handelen inhoudt volgens wet- en regelgeving en de vakliteratuur. Binnen het arbeidsrecht bestaan verschillende mogelijkheden om de arbeidsovereenkomst tussen werkgever en werknemer te beëindigen. In dit onderzoek zal worden gefocust op de e-grond om zo de centrale vraag te kunnen beantwoorden. De overige ontslaggronden zullen in dit onderzoek niet worden toegelicht, omdat het niet relevant is voor het beantwoorden van de centrale vraag. Daarbij zijn de verschillende ontslaggronden die staan opgesomd in artikel 7:669 lid 3 BW niet van toepassing op de voorbeeld casus van Piet. Om die reden zal er dus alleen worden ingegaan op het verwijtbaar handelen.

2.1 Wijzen van beëindiging van de arbeidsovereenkomst

In deze paragraaf zal alleen worden opgesomd welke verschillende wijzen van beëindigen van de arbeidsovereenkomst mogelijk zijn. Zo kan een arbeidsovereenkomst worden opgezegd tijdens de proeftijd, beëindigd worden met wederzijds goedvinden of eindigt deze van rechtswege. Daarnaast kan ook sprake zijn van ontslag op staande voet, opzegging via het UWV of er kan ontbinding plaatsvinden via de kantonrechter.⁷ Dit onderzoek zal niet verder ingaan op de andere ontslaggronden en de daarbij behorende wijze van beëindiging en richt zich uitsluitend op de wijze van beëindiging in het kader van artikel 7:669 lid 3 sub e BW, omdat dit buiten mijn onderzoeksvraag valt. De bevindingen die uit deze paragraaf naar voren zijn gekomen, zullen alleen aan het begin van de presentatie aan de ondernemers kort worden geïntroduceerd. Hoewel dit algemene informatie is, is het relevant voor het 'algemene' doel van dit onderzoek, namelijk het volledig informeren van de cliënten (werkgevers) van mr. Mitchell Bathoorn. Ontbinding via de kantonrechter op grond van verwijtbaar handelen is voor dit onderzoek het meest relevant en het juridische en theoretische kader hiervan zal in de volgende paragraaf verder worden toegelicht.

2.1.1 Ontbinding van de arbeidsovereenkomst

Ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan via de kantonrechter op grond van artikel 7:671b lid 1 sub a BW. In dit artikel staat dat er sprake moet zijn van één van de ontslaggronden uit artikel 7:669 lid 3 sub c tot en met h BW. Eén van deze ontslaggronden is het verwijtbaar handelen zoals beschreven in artikel 7:669 lid 3 sub e BW: de "e-grond".

⁷ Loonstra 2017, blz. 216-258

Om een arbeidsovereenkomst met succes te kunnen ontbinden op grond van verwijtbaar handelen moet er allereerst rekening worden gehouden met de opzegverboden uit artikel 7:670 BW.⁸ Zo mag de werkgever haar werknemer bijvoorbeeld niet ontslaan als er sprake is van onder andere ziekte of zwangerschap.⁹ Dit valt verder buiten bereik van mijn onderzoek en zal verder niet inhoudelijk worden besproken. In de Memorie van Toelichting wordt kort uitgelegd waarom ziekte en zwangerschap in de wet zijn opgenomen. Dit is omdat een werknemer geen controle heeft over deze omstandigheden.¹⁰

Het ontslag moet uiteindelijk zijn grondslag vinden in een gegronde reden, zoals het verwijtbaar handelen van de werknemer.¹¹ Hierbij gaat het dus om het gedrag van de werknemer dat aanleiding geeft voor ontslag. Zo kan de arbeidsovereenkomst in beginsel niet worden ontbonden als de werknemer ziek is, maar wel als de werknemer zich tijdens de ziekte niet houdt de re-integratieverplichtingen.¹²

Daarnaast staat in artikel 7:669 lid 1 BW dat de werkgever voor de ontbinding van de arbeidsovereenkomst moet aantonen dat herplaatsing van de desbetreffende werknemer niet in de rede ligt. De werkgever kan het ontslagproces dus pas in gang zetten op het moment dat er geen mogelijkheid meer bestaat om de werknemer te herplaatsen.¹³ Opvallend is dat het verwijtbaar handelen de enige ontslaggrond is waarbij de werkgever zich niet hoeft in te spannen om de werknemer te herplaatsen. Uit de Memorie van Toelichting volgt dat het ontslag als een sanctie voor het verwijtbare gedrag moet worden gezien.¹⁴

Ingevolge artikel 7:671b lid 1 sub a BW dient een ontbinding van de arbeidsovereenkomst bij de kantonrechter worden ingediend. Deze ontbinding kan echter alleen door de kantonrechter worden toegewezen op het moment dat het van de werkgever niet in redelijkerwijze kan worden gevergd om de arbeidsovereenkomst voort te zetten vanwege het verwijtbare gedrag van de werknemer.

In de volgende paragraaf zal er dieper worden ingegaan welke gedragingen als verwijtbaar handelen worden aangemerkt. De eerdergenoemde Memorie van Toelichting geeft enkele aanknopingspunten.

⁸ Artikel 7:671b lid 2 BW

⁹ Artikel 7:670 BW

¹⁰ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, blz. 108

¹¹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, blz. 102

¹² *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, blz. 45

¹³ Van Leeuwen 2019, blz. 411

¹⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, blz. 45

2.2 Verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer

Van het verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer is sprake als er gedragsregels worden overtreden, zoals het niet dragen van de voorgeschreven veiligheidskleding.¹⁵ Als van een werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd dat de arbeidsovereenkomst wordt voortgezet wegens het gedrag van de werknemer, dan kan de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter ontbonden worden.

2.2.1 Wat houdt verwijtbaar handelen of nalaten in blijkens de (totstandkoming van de) wet- en regelgeving?

Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat er gedragingen zijn die kunnen worden gekwalificeerd als verwijtbaar handelen. Situaties waarin de werknemer steelt, bedriegt of andere misdrijven pleegt zijn duidelijk ontoelaatbaar en schaden dan ook het vertrouwen van de werkgever. Een voorbeeld hiervan is een werknemer die zijn productiecijfers gunstiger voordeed dan deze daadwerkelijk waren. Daarnaast moet een werknemer zich houden aan de voorschriften voor het verrichten van de arbeid die door de werkgever zijn gesteld. Er kan ook sprake zijn van verwijtbaar handelen als een werknemer zich niet houdt aan de controlevoorschriften ten tijde van ziekte. Tot slot is er ook sprake van verwijtbaar handelen als een werknemer veelvuldig en zonder gegronde reden te laat komt op zijn werk en daardoor de bedrijfsvoering wordt belemmerd, omdat de er werkzaamheden niet worden uitgevoerd.¹⁶ Het gaat erom dat een werknemer zich schuldig maakt aan het niet-nakomen van de verplichtingen van een werknemer zoals beschreven is in artikel 7:660 BW.¹⁷ Aan de hand van de Memorie van Toelichting kan worden geconcludeerd dat als een werknemer misdrijven pleegt, zich niet aan de (controle) voorschriften houdt of veelvuldig en zonder gegronde reden te laat komt, de werknemer verwijtbaar handelt.

Uit de voorgenoemde Memorie van Toelichting vloeit ook een verplichting voor de werkgever voort. Zo is de werkgever verplicht de regels van de onderneming kenbaar te maken aan haar werknemer. Hiermee wordt bedoeld dat het voor de werknemer duidelijk moet zijn welke gedragingen ontoelaatbaar zijn in de ogen van de werkgever. Dit mogen echter geen regels zijn die in strijd zijn met de wet- en regelgeving en de openbare orde. Als de werkgever zich niet aan deze verplichting houdt kan er geen sprake zijn van verwijtbaar handelen als de werknemer zich niet aan deze regels houdt.¹⁸

¹⁵ Van de Graaf 2018, blz. 549

¹⁶ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, blz. 40

¹⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, blz. 99

¹⁸ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, blz. 45

Uit de Memorie van Toelichting blijkt dus dat bepaalde gedragingen van de werknemer kunnen worden gekwalificeerd als verwijtbaar. Daarnaast geldt er een verplichting voor de werkgever, wel te weten het kenbaar maken van de geldende regels en voorschriften. Als aanvulling op de Memorie van Toelichting zal in de volgende paragraaf verwijtbaar handelen worden besproken met gebruikmaking van de literatuur.

2.2.2 Wat houdt verwijtbaar handelen of nalaten in blijkens de literatuur?

In de Memorie van Toelichting is reeds een aantal voorbeelden in het geval van verwijtbaar handelen genoemd. Door de jaren heen zijn deze gedragingen aangevuld door de jurisprudentie.¹² Een werknemer kan bijvoorbeeld verwijtbaar handelen bij:¹⁹

- Werkweigering;
- Fysiek geweld;
- Misbruik van bedrijfseigendommen;
- Handelen in strijd met geheimhoudingsplicht;
- Misbruik van internet of e-mail.

Dit zijn voorbeelden waarbij het gedrag van een werknemer als verwijtbaar handelen kan worden aangemerkt. Vaak zijn deze gedragingen duidelijk te herkennen als verwijtbaar gedrag, omdat er binnen de organisatieregels en voorschriften zijn opgesteld omtrent deze gedragingen. Op het moment dat een werknemer deze regels niet in acht neemt handelt hij dus verwijtbaar.

Met alleen de vaststelling van het verwijtbaar handelen, is de werkgever er echter nog niet. Als een werkgever namelijk merkt dat een werknemer verwijtbaar handelt, is het belangrijk hoe een werkgever hiermee omgaat. Uit de literatuur blijkt dat de werkgever bepaalde verplichtingen heeft, waaraan voldaan moet zijn voordat verwijtbaar handelen in het kader van een ontslag kan worden aangenomen. Het betreft de kenbaarheid van het verwijt, het geven van (voldoende) waarschuwingen, en het rekening houden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer.

2.2.2.1 Kenbaarheid van het verwijt

Het is allereerst van belang of de werknemer wist dat hij of zij een regel aan het overtreden was. Ook is het van belang hoe de werknemer dit kon weten. Er zijn drie verschillende manieren om een regel kenbaar te maken: het is een feit van algemene bekendheid, het is duidelijk beleid of er is een eerdere waarschuwing afgegeven. Allereerst gaat het om

¹⁹ L. Berrich en M. de Vette , *JutD 2018/0113*, blz.3

gedrag dat algemeen bekend is en wat niet wordt toegestaan op grond van de wet, zoals diefstal. Ten tweede gaat het om het beleid dat wordt gevoerd binnen het bedrijf. Is aan de hand van het beleid voor de werknemers duidelijk welke gedragingen wel of niet geaccepteerd worden? Zo blijkt uit de literatuur dat het verstandig om deze beleidsregels schriftelijk vast te leggen voor een goede bewijsvoering.²⁰ Tot slot kan een regel kenbaar worden gemaakt aan een werknemer door diegene te waarschuwen dat hij of zij onacceptabel gedrag vertoont.²¹

2.2.2.2 Waarschuwingen

Zoals hiervoor genoemd kan een waarschuwing gebruikt worden om kenbaar te maken dat bepaalde regels van toepassing zijn. Als een werknemer dan weer hetzelfde overtreding begaat die in de waarschuwing als regel werd opgelegd, kan de werkgever verzoeken om de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Het is dan van belang dat de laatst gegeven waarschuwing een *recente* waarschuwing is, die als reden kan worden gebruikt bij het ontbinden van een arbeidsovereenkomst. Een waarschuwing van acht jaar eerder geldt dus niet als geldige waarschuwing voor een verwijtbare gedraging van nu. Een werknemer kan dan wel worden aangesproken op zijn gedrag, maar het telt niet mee voor een succesvolle ontbinding. Overigens moeten de waarschuwingen wel over hetzelfde gedrag gaan. Zo kan een werknemer niet worden ontslagen op grond van gedraging van een aantal jaar terug. De werknemer wordt dus als het ware beschermd tegen zijn eerdere gedrag.²²

Uit een klein jurisprudentie onderzoek van Wies blijkt dat er sprake is van een vuistregel omtrent de houdbaarheid van waarschuwingen. Deze vuistregel houdt in dat een waarschuwing "over de datum is" als deze ouder is dan vijf jaar. Deze waarschuwing zou dan niet meer kunnen leiden tot ontbinding.²³ Er bestaat enige onduidelijkheid over het aantal waarschuwingen dat uiteindelijk genoeg is om de ontbinding van de arbeidsovereenkomst te kunnen rechtvaardigen.

Uit een artikel van Advocaten Berrich en De Vette wordt hier verder op ingegaan. Volgens hun ondervindingen op basis van een uitspraak van Gerechtshof Den Haag blijkt dat er geen waarde wordt gehecht aan het aantal keer dat een werknemer is gewaarschuwd.²⁴ De kantonrechter neemt de vraag mee in zijn oordeel of de werknemer zich bewust was van de overtreding.²⁵ Er kan namelijk geen sprake zijn van verwijtbaar handelen op het

²⁰ Van de graaf 2018, blz. 549

²¹ Wies, AR 2018/30, blz. 1

²² Wies, AR 2018/30, Blz. 2

²³ Wies, AR 2016/28, blz. 10

²⁴ Hof Den Haag 14 augustus 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1908

²⁵ L. Berrich en M. de Vette, *JutD 2018/0113*, blz. 3

moment dat de werknemer zich niet bewust is van het feit dat zijn gedraging als verwijtbaar wordt gezien. Het bewustzijn van de werknemer omtrent zijn gedraging zal door de werkgever aannemelijk moeten worden gemaakt. In hoofdstuk 3 wordt duidelijk gemaakt hoe de werkgever dit kan bewijzen.

2.2.2.3 Persoonlijke omstandigheden

Om vast te stellen of er sprake is van verwijtbaar handelen, zal de kantonrechter eerst kijken naar welke regels er geschonden zijn. Dit zijn objectieve feiten. Daarnaast zal de kantonrechter kijken naar de subjectieve omstandigheden. Hierbij moet men denken aan de persoonlijke omstandigheden van de werknemer die verwijtbaar heeft gehandeld. Verder legt Wies uit dat als er eenmaal vast staat dat er sprake is van verwijtbaar handelen, de kantonrechter niet meer kijkt naar andere redenen die ervoor kunnen zorgen dat er géén sprake is van verwijtbaar handelen. Oftewel: tot het moment dat nog niet is vastgesteld dat er sprake is van verwijtbaar handelen, kunnen persoonlijke redenen meespelen bij het beoordelen of er wel of geen sprake was van verwijtbaar handelen.²⁶ Uit de rechtspraak blijkt dat er verschillende factoren meespelen die vallen onder persoonlijke omstandigheden, zoals de duur van de arbeidsovereenkomst, is er sprake van een voorbeeldfunctie of er privéomstandigheden van de werknemer zijn die kunnen meespelen.²⁷ Zo kan de kantonrechter rekening houden met een werknemer die ontslagen wordt, als er sprake is van een slechte arbeidsmarkt en de werknemer wel thuis vijf kinderen heeft die hij moet voeden.²⁸

2.3 Deelconclusie

Tijdens de ontbinding van de arbeidsovereenkomst via de kantonrechter op grond van artikel 7:669 lid 3 sub e BW moet er rekening worden gehouden met de eventuele opzegverboden. In de Memorie van Toelichting is reeds een aantal voorbeelden gegeven van gedragingen van de werknemer die gekwalificeerd kunnen worden als verwijtbaar handelen. Dit is later in de jurisprudentie aangevuld. Bij het vaststellen of een gedraging van de werknemer verwijtbaar is, is het van groot belang of de werkgever al zijn verplichtingen is nagekomen. Het is nodig dat een werknemer zich bewust is van het overtreden van een regel. Daartoe moet de werkgever die regel wel op een juiste wijze kenbaar hebben gemaakt. Hij moet de werknemer bijvoorbeeld recent nog hebben gewaarschuwd met betrekking tot een overtreding. Bovendien moet de werkgever steeds rekening houden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer.

²⁶ Wies, *AR 2018/30*, blz. 3

²⁷ Diebels, 2019, 199

²⁸ De Graaf 2018, blz. 417

In het volgende hoofdstuk zal uit de analyse van de jurisprudentie blijken op welke manieren deze kenbaarheid kan worden bewerkstelligd, op welke wijze de waarschuwingen voldoende duidelijk zijn gegeven en welke persoonlijke omstandigheden een rol kunnen spelen, om vervolgens te kunnen spreken van een verwijtbaar handelen van de werknemer dat ontbinding van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigt.

Hoofdstuk 3 Jurisprudentie resultaten

3.1. Inleiding

In dit hoofdstuk zullen de twee praktische deelvragen worden beantwoord op basis van het jurisprudentieonderzoek. Er zijn in totaal negenentwintig uitspraken onderzocht en geanalyseerd. Voor het onderzoeken van deze deelvragen zijn er twee schema's opgesteld die in bijlage 2 te vinden zijn. Aan de hand van de topics (genoemd in hoofdstuk 1.6) zijn de schema's ingevuld. Tijdens het opstellen van deze schema's is het opgevallen dat er veel overeenkomsten zijn tussen de uitspraken waar wel verwijtbaar handelen is aangenomen en de uitspraken waar geen verwijtbaar handelen is aangenomen. Om de leesbaarheid van deze resultaten te bevorderen is er gekozen om de overeenkomst en verschillen van deze deelvragen samen in één paragraaf te voegen.

Voor de eerste deelvraag zijn uitspraken gebruikt waar geen sprake was van verwijtbaar handelen of nalaten. Dit zijn in totaal veertien uitspraken die in schema A bijlage 2 te vinden zijn. Voor de tweede deelvraag zijn er in totaal vijftien uitspraken gebruikt, deze zijn te vinden in schema B bijlage 2. Tijdens het beoordelen of uitspraken bruikbaar zijn is er zoveel mogelijk rekening gehouden met het soort problemen waar ondernemers tegenaan lopen, zoals het overtreden van beleidsregels (te laat komen) en gedragsregels (negatieve uitlatingen over de werkgever). Daarnaast is er ook gelet op de motivering van de rechter en of de volgende punten er duidelijk in staan verwerkt: de kenbaarheid, het aantal waarschuwingen en de persoonlijke omstandigheden.

In de volgende paragraaf zal uit de analyse van de jurisprudentie blijken op welke manieren deze kenbaarheid kan worden bewerkstelligd, op welke wijze de waarschuwingen voldoende duidelijk zijn gegeven en welke persoonlijke omstandigheden een rol kunnen spelen. Door onder één kopje zowel situaties te behandelen die wel tot ontbinding hebben geleid en die juist geen ontbinding tot gevolg hadden, wordt duidelijk wat het antwoord is op voorgaande vragen, en hoe een werkgever moet handelen voor een succesvolle ontbinding.

De factoren die van belang zijn voor de mr. Mitchell Bathoorn zullen worden samengevat in de conclusie die in het volgende hoofdstuk zal worden behandeld. Tot slot worden aanbevelingen en een stappenplan gegeven op basis van de bevindingen uit de juridisch kader en de resultaten.

3.1.1 Op welke manieren kan de kenbaarheid worden bewerkstelligd?

Verschillende verwijtbare gedragingen

Bij alle 29 uitspraken zijn er uiteraard regels overtreden. Door deze gedragingen uiteen te zetten kan Mr. Mitchell Bathoorn een beter beeld krijgen van welke acties men moet ondernemen bij welke overtredingen. De overtredingen zijn onderverdeeld in vier groepen.

De eerste groep is de meest voorkomende. Het gaat over beleidsregels die worden overtreden. In 10 van de 29 zaken is er sprake van het overtreden van de beleidsregels.²⁹ In deze situatie houdt de werknemer zich niet aan de beleidsregels die omschreven staan in een handboek of de arbeidsovereenkomst. Voorbeelden van beleidsregels zijn het volgen van de werkinstructies of bezig zijn met nevenactiviteiten.

De tweede groep zijn de gedragsregels die niet worden nageleefd door de werknemer. Hierbij moet men denken aan het vertrouwen tussen werknemer en werkgever dat wordt geschaad. Dit gaat met name over negatieve uitlatingen over de werkgever en belangrijke informatie achterhouden voor de werkgever. In 7 van de 29 zaken worden gedragsregels niet nageleefd.³⁰ Deze gedragsregels staan veelal genoemd in handboeken of staan verwerkt in de arbeidsovereenkomst. De handboeken kunnen ook deel uitmaken van de arbeidsovereenkomst door het daarin op te nemen.

De derde groep gaat over re-integratie.³¹ Dit wordt verder inhoudelijk niet behandeld in dit onderzoek, maar voor de presentatie is het van belang om een volledig beeld te geven aan de ondernemers als zij hier vragen over hebben.

In de vierde groep gaat het om de zwaardere overtredingen, zoals seksuele intimidatie, alcohol of drugsgebruik tijdens werk en veiligheidsmaatregelen die niet worden nageleefd. In vier van de veertien zaken is er sprake van een zwaardere overtreding.³²

Was de werknemer zich wel of niet bewust?

Een kantonrechter kijkt bij het beoordelen van verwijtbaar handelen of een werknemer zich wel of niet bewust was van het overtreden van een regel. Uit de jurisprudentie blijkt dat bij uitspraken waar geen verwijtbaar handelen was er bij 9 van de 14 zaken een werknemer zich niet bewust was van het feit dat er een regel werd overtreden. Zo was een werknemer zich er niet van bewust dat hij ook op de werkvloer bereikbaar moest zijn via

²⁹ Zaak geen verwijtbaar handelen 4, 6, 8, 9 en 12, zaak wel verwijtbaar handelen 1, 2, 4, 9 en 10.

³⁰ Zaak geen verwijtbaar handelen 1, 2 en 5, zaak wel verwijtbaar handelen 3, 6, 13 en 15

³¹ Zaak geen verwijtbaar handelen 7, zaak wel verwijtbaar handelen 5,7,14

³² Zaak geen verwijtbaar handelen 13, 10, 11, 14, zaak wel verwijtbaar handelen 8, 11 en 12.

zijn storingstelefoon. De kantonrechter oordeelde in deze zaak dat de werknemer zich hier ook niet bewust van had hoeven te zijn als het niet duidelijk was aangegeven dat dit wel moest. De rechter concludeerde dat er dus geen sprake was van verwijtbaar handelen.³³

In 12 van de 15 uitspraken waar wel sprake is van verwijtbaar handelen was de werknemer juist bewust van het feit dat hij een regel overtrad. Deze bewustheid vloeide voort uit het feit dat de werknemer meerdere malen over deze overtreding was geïnformeerd. Bij een zaak had een werknemer drugs verkocht onder werktijd. De werkgever gaf aan dat in het handboek die aan elke werknemer wordt overhandigd duidelijk staat dat er geen enkele drugs worden geaccepteerd tijdens werktijd. Er was dus sprake van een zero tolerance beleid. Dit houdt in dat er ook geen gedoogbeleid wordt gehanteerd. De rechter oordeelt hierover dat het risico bij de werknemer ligt als hij geen kennisneemt van de inhoud van het handboek van zijn werkgever, terwijl hij wel daartoe in de gelegenheid wordt gesteld.³⁴ Volgens de kantonrechter is het bij de zwaardere overtredingen vanzelfsprekend is dat de werknemer kon weten dat zijn gedraging de regel had overtreden en hier dus bewust van was.³⁵

Als een werknemer handelt uit gewoonte en geen enkele intentie heeft om een werkgever schade aan te richten, kan er geen sprake zijn van verwijtbaar handelen.³⁶ Zo had een werknemer metaalwaren verkocht, terwijl er geen goede afmetingen waren gedaan, waardoor de spullen voor een lagere prijs zijn verkocht. De werknemer had een nieuwe functie en was zich niet bewust van hoe de afmeting correct gedaan moest worden. Er was daarom volgens de kantonrechter geen sprake van verwijtbaar handelen van de werknemer.³⁷

De kantonrechter toetst of de werknemer door de werkgever op de hoogte is gesteld over wat als ontoelaatbaar gedrag wordt gezien. De werknemer moet namelijk bekend zijn met de regels om zich ervan bewust te kunnen zijn dat er regels worden overtreden. Het kan ook zijn dat de regels al voortvloeien uit de wet, waardoor het duidelijk moet zijn dat er regels worden overtreden. Zo kan een werkgever niet verwachten dat een nieuwe medewerker precies weet op welke specifieke manier de taken moeten worden uitgevoerd, als er geen duidelijk uitleg is gegeven.³⁸ Dit zorgde ervoor dat de werknemer ook niet bewust kan zijn van het feit dat er een regel wordt overtreden. Het ontbindingsverzoek kan dan niet worden toegewezen door de kantonrechter. Een werknemer die zich al jarenlang niet aan de werkinstructies houdt, kan niet opeens ontslagen worden op grond

³³ Zaak geen verwijtbaar handelen 6

³⁴ Zaak wel verwijtbaar handelen 11

³⁵ Zaak wel verwijtbaar handelen 10,11, 13

³⁶ Zaak geen verwijtbaar handelen 8,12

³⁷ Zaak geen verwijtbaar handelen 12

³⁸ Zaak geen verwijtbaar handelen 12

van verwijtbaar handelen als de werkgever nooit eerder duidelijk aan heeft gegeven dat dit als ontoelaatbaar gedrag wordt gezien.³⁹ Ook kan een werknemer zich niet bewust zijn van ontoelaatbaar gedrag als het niet duidelijk kenbaar wordt gemaakt, als de functioneringsgesprekken van een werknemer altijd positief waren.⁴⁰ Dit kan wel als een werkgever meerdere malen een werknemer aanspreekt op zijn gedrag en dus kenbaar maakt dat er sprake is van ontoelaatbaar gedrag. Als dan die werknemer is aangesproken op zijn gedrag moet dit wel worden vastgelegd in een gespreksverslag.⁴¹

Als een werkgever regels heeft, moeten deze ook kenbaar worden gemaakt. Een werkgever kan er dus niet vanuit gaan dat een werknemer weet wat wel of niet toelaatbaar is, tenzij het om zwaarwegende overtredingen gaat. Om deze regels op een duidelijke manier kenbaar te maken, kan er worden aangenomen dat het van belang is om de regels omtrent ontoelaatbaar gedrag op een schriftelijke manier kenbaar te maken aan de werknemer. Zo kan er moeiteloos worden voldaan aan de bewijslast. Dit kan zowel vooraf aan de hand van een handboek of achteraf na een mondelinge gesprek waarna het gesprek schriftelijke wordt bevestigd.

3.1.2 Op welke wijze zijn de waarschuwingen duidelijk gegeven?

Aantal waarschuwingen

De werkgever kan op verschillende manieren een maatregel treffen. Deze maatregelen bestaan onder anderen uit schriftelijke waarschuwingen, loonstaking, hoor en wederhoor, een oriëntatieonderzoek en mediation. Zo had een werkgever het vermoeden dat een werknemer niet naar behoren zijn werkzaamheden uitvoerde. Nadat de werkgever de werknemer meerdere malen had aangesproken op zijn gedrag, heeft de werkgever een oriëntatieonderzoek laten verrichten door een objectieve partij. Uit het rapport bleek dat de werknemer bezig was met privé werkzaamheden tijdens werktijd, terwijl dit verboden was. De werkgever kon goed bewijzen dat de werknemer verwijtbaar handelde, doordat die kon bewijzen dat hij de werknemer al meerdere keren was aangesproken op zijn gedrag en door een objectief onderzoek werd zijn ontoelaatbare gedrag bewezen. Er kan dus worden aangenomen dat het verstandig is om alle soorten maatregelen op te nemen in een personeelsdossier.⁴²

De rechter vindt het belangrijk dat een werknemer eerst een waarschuwing krijgt, voor als een werknemer een overtreding nogmaals begaat of als de overtreding nog hersteld kan worden. Zo was in een zaak de werknemer zich er bewust van dat er meer loon uitbetaald

³⁹ Zaak geen verwijtbaar handelen 4

⁴⁰ Zaak geen verwijtbaar handelen 1

⁴¹ Zaak wel verwijtbaar handelen 1

⁴² Zaak wel verwijtbaar handelen 1

werd dan nodig was. Dit had de werknemer mondeling een keer aangegeven. Hier was verder niets mee gedaan. De werknemer wist niet dat er een schriftelijke melding van gedaan moest worden. Toen de werkgever na een lange periode ontdekte dat de werknemer te veel loon kreeg uitbetaald, wilde de werkgever hem ontslaan op grond van verwijtbaar handelen. De rechter vond in deze zaak dat de werkgever eerst een kans had moeten geven aan de werknemer om de fout te herstellen. Denk hierbij aan het terugbetalen van het loon.⁴³ In dit geval had de werkgever dus een eerste officiële schriftelijke waarschuwing moeten geven met een actie om het probleem op te lossen.

De kantonrechter toetst dus hoe vaak een werknemer is aangesproken door zijn werkgever op zijn gedrag. In zes uitspraken waar wel sprake was van een verwijt heeft een werkgever meerdere malen een maatregel getroffen, zoals het voeren van meerdere gesprekken, functioneringsgesprekken of het geven van schriftelijke waarschuwingen.⁴⁴ Ondanks dat er meerdere malen gesprekken hebben plaatsgevonden en meerdere waarschuwingen waren gegeven, was er volgens de kantonrechter geen sprake van verwijtbaar handelen ex artikel 7:699 lid 3 sub e BW. Dit kwam omdat er uit geen van die gesprekken of waarschuwingen concrete gevolgen bleken voor het geval de werknemer nogmaals die overtreding zou begaan.

In de uitspraken waar geen sprake was van meerdere waarschuwingen heeft de werkgever de werknemer vrijwel direct na ontdekking op non-actief gesteld. Dit was voornamelijk bij de zwaardere overtredingen. In dit geval hoeven er geen meerdere waarschuwingen worden gegeven. Tenzij ook in deze gevallen nergens uit blijkt welke gevolgen het begaan van een zware overtreding heeft. Zo was een werknemer op zijn werk verschenen onder de invloed van alcohol. De werkgever heeft de werknemer direct op non-actief gesteld, terwijl er geen consequenties in het handboek stonden vermeld. De werkgever had eerst een waarschuwing moeten geven en daarin moeten verwerken welke consequenties de werknemer kon verwachten als hetzelfde nog een keer zou voorvallen.⁴⁵

Duidelijke gevolgen of instructies gegeven

Als een werkgever ten tijde van een gesprek of een officiële waarschuwing geen duidelijke instructies geeft over hoe het de volgende keer beter moet, door middel van bijvoorbeeld een verbeterplan, zorgt dit nalaten ervoor dat er geen sprake kan zijn van verwijtbaar handelen of nalaten.

Het is van belang dat een werkgever al bij de eerste waarschuwing duidelijke instructies geeft over wat wel en niet kan. Ook moet de werkgever aangeven op welke manier

⁴³ Zaak geen verwijtbaar handelen 2

⁴⁴ Zaak wel verwijtbaar handelen 1, 3, 4, 5, 6 en 7

⁴⁵ Zaak geen verwijtbaar handelen 10

bepaalde werkzaamheden moeten worden verricht als daar onduidelijkheden over zijn. Dit is bij 12 van de 14 zaken het geval. Hierbij was er dus wel sprake van verwijtbaar handelen.⁴⁶ Het is in deze uitspraken opmerkelijk dat de werkgever ten alle tijde kon bewijzen dat de werknemer goed geïnformeerd was over de gevolgen van de overtreding.

Zo heeft het Nova College niet eerst de werknemer aangesproken op zijn gedrag, maar hebben zij direct de arbeidsovereenkomst geprobeerd te ontbinden. Volgens de kantonrechter moest het Nova College de werknemer eerst op zijn gedrag aanspreken en samen concrete en duidelijke afspraken maken. Op deze manier was de werknemer op de hoogte van de verwachtingen van de school.⁴⁷ Bij een andere zaak kon een werkgever niet bewijzen dat een werknemer informatie op een specifieke manier moest aanleveren, waardoor het verzoek tot ontbinding niet slaagde.⁴⁸ Het kon dus niet bewezen worden.

Bij een andere zaak kreeg een werknemer die bij KLM werkte een waarschuwing. Uit de waarschuwing bleek duidelijk welke gevolgen er zouden zijn als de werknemer nogmaals de gedragsregels zou overtreden. In de waarschuwing stond duidelijk dat dit moest worden gezien als een laatste waarschuwing. Dit wetende heeft de werknemer alsnog dezelfde gedragsregel overtreden, terwijl het duidelijk was welke gevolgen dit zou hebben. De kantonrechter oordeelde dat de werknemer daarom verwijtbaar heeft gehandeld.⁴⁹ Het is duidelijk geworden dat de kantonrechter dit ziet als feiten en omstandigheden die ervoor kunnen zorgen dat het verwijtbaar handelen wordt aangenomen.

3.1.3 Welke persoonlijke omstandigheden kunnen een rol spelen?

Duur van het dienstverband, de functie van de werknemer en privéomstandigheden.

In het vorige hoofdstuk is aangegeven dat ook de duur van het dienstverband en de (voorbeeld)functie van de werknemer evenals de privéomstandigheden een rol kunnen spelen bij de beoordeling of sprake is van verwijtbaar handelen van een werknemer. Dit blijkt ook uit de analyse van de jurisprudentie. Bij 6 van de 14 uitspraken waar geen sprake was van verwijtbaar handelen werd de duur van het dienstverband, de functie van de werknemer of de privéomstandigheden van de werknemer expliciet genoemd door de kantonrechter.⁵⁰

De kantonrechter kijkt of een werknemer al langere tijd bij een werkgever in dienst is of niet. Ook let de kantonrechter op of een werknemer goed heeft gefunctioneerd. Dit beoordeelt de kantonrechter aan de hand van concrete bewijsstukken, zoals verslagen van

⁴⁶ Zaak wel verwijtbaar handelen 1, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 en 14

⁴⁷ Zaak geen verwijtbaar handelen 14

⁴⁸ Zaak geen verwijtbaar handelen 1

⁴⁹ Zaak wel verwijtbaar handelen 13

⁵⁰ Zaak geen verwijtbaar handelen 2, 5, 8, 9, 10 en 11

functioneringsgesprekken. Als uit deze functioneringsgesprekken blijkt dat de werknemer zich altijd als goed werknemer heeft gedragen kan dit worden meegenomen in de beoordeling van de kantonrechter. Echter is dit niet doorslaggevend in het eindoordeel van de kantonkantonrechter. Zo was een werknemer al 35 jaar in dienst bij een werkgever en heeft altijd goed werk verricht. Daarnaast was het contact tussen zijn collega's altijd goed. In deze zaak was doorslaggevend dat er geen concreet bewijs was, maar de kantonrechter heeft wel in zijn oordeel de duur van zijn dienstverband en de functionering benoemd.⁵¹

Verder wordt door schema B in bijlage 2 juist bevestigd dat bij wel sprake van verwijtbaar handelen de duur van het dienstverband en de privéomstandigheden weinig tot geen invloed hebben op het oordeel van de kantonrechter als het gaat om de beoordeling van of er wel of geen sprake is van verwijtbaar handelen. Deze twee punten hebben geen invloed op het verwijtbaar handelen, omdat er duidelijke regels waren die de werknemers wisten.

Vertrouwen tussen werkgever en werknemer

Wat wel een belangrijk aspect is wat de rechter meeweegt, is de vraag of de werknemer een voorbeeldfunctie heeft.⁵² Op het moment dat de werknemer een functie heeft waar veel verantwoordelijkheid bij komt kijken, kan het niet van de werkgever verwacht worden dat hij de werknemer regelmatig moet waarschuwen of controleren. Hierbij is dus het vertrouwen tussen de werknemer en werkgever van belang. Dit is verschil is goed te zien in de twee analyses schema's A en B in bijlage 2.

In één van de uitspraken oordeelde de kantonrechter dat de werknemer een hoofdverplichting had. Deze hoofdverplichting is het verrichten van de overeengekomen werkzaamheden waar de werknemer voor is aangenomen. Op het moment dat de werknemer structureel niet aan deze hoofdverplichting voldoet, is er sprake van verwijtbaar handelen door de werknemer. Met name als de werknemer een voorbeeldfunctie heeft en er niet kan worden verwacht dat hij telkens gecontroleerd wordt door zijn werkgever. In deze zaak had de werknemer een (management)functie. De werkgever moest erop kunnen vertrouwen dat de werknemer onder werktijd de verplichte werkzaamheden uitvoerde en zich niet bezighield met privéwerkzaamheden. Op het moment dat de werknemer zich inderdaad niet aan de regels houdt, kan het van de werkgever niet worden verwacht dat hij hem hier regelmatig op moet aanspreken. Op het moment dat de werknemer hiermee het vertrouwen van de werkgever schaadt is er sprake van verwijtbaar handelen.⁵³

⁵¹ Zaak geen verwijtbaar handelen 5

⁵² Zaak wel verwijtbaar handelen zaak 1, 2, 4, 9 en 12

⁵³ Zaak wel verwijtbaar handelen 1

Andere zaken die het vertrouwen tussen werkgever en werknemer kunnen verstoren en zorgen voor verwijtbaar handelen zijn negatieve berichten over de werkgever en /of het niet delen van hele belangrijke informatie met de werkgever.⁵⁴ Zo heeft de werknemer per mail informatie doorgestuurd naar zijn collega's, waarin de werkgever in een kwaad daglicht licht wordt gezet. Dit is in korte tijd twee keer voorgevallen. Om deze reden heeft de werkgever geen vertrouwen eer in haar werknemer.⁵⁵

3.1.4 Deelconclusie

Uit de jurisprudentieanalyse is gebleken dat het minder relevant is welke overtreding wordt begaan, maar dat er grote waarde wordt gehecht aan het feit of de regel kenbaar was voor betreffende werknemer en welke gevolgen er zouden zijn bij overtreding hiervan. De wijze waarop dit blijkt de jurisprudentie kenbaar gemaakt dient te worden zal hieronder worden behandeld.

Zo blijkt uit de jurisprudentieanalyse dat een werkgever in een handboek of door een waarschuwing duidelijk dient aan te geven wat de gevolgen zijn bij het niet naleven van de regels. De kantonrechter geeft aan dat op het moment dat de regels niet worden nageleefd er eerst gekeken moet worden wat hier de oorzaak van is. De werkgever dient de werknemer dan eerst een waarschuwing te geven. Daarbij moet de werkgever concrete acties vermelden die de werknemer moet uitvoeren om te voorkomen dat een regel niet weer wordt overtreden. Meestal wordt een verzoek tot ontbinding dus afgewezen omdat de kantonrechter oordeelt dat de werkgever een verbeterplan had moeten geven. Hierbij is het verstandig dat een werkgever alle verslagen opneemt in het personeelsdossier van de werknemer. Deze schriftelijke vorm zorgt ervoor dat de werkgever dit tijdens de procedure moeiteloos kan indienen als bewijsmiddel.

Ook blijkt uit de analyse dat de duur van de arbeidsovereenkomst en privéomstandigheden werknemer geen doorslaggevende factoren vormen voor het aannemen of verwerpen van het verwijtbaar handelen. De kantonrechter kan dit echter wel meenemen in zijn oordeel. Daarnaast valt het op dat als er sprake is van een voorbeeldfunctie de werkgever de werknemer minder vaak of zelfs niet hoeft te waarschuwen. Gewoonweg omdat de werkgever van de werknemer kan verwachten dat deze op de hoogte is van de regels en de consequenties. Daarbij kan het niet van een werkgever worden verwacht dat hij zijn werknemer, die een voorbeeldfunctie bekleedt, regelmatig moet controleren.

⁵⁴Zaak wel verwijtbaar handelen 10, 15

⁵⁵Zaak wel verwijtbaar handelen 10

Hoofdstuk 4 Conclusie

In hoofdstuk 2 en 3 zijn de deelvragen beantwoord. Aan de hand van de deelvragen en de bevindingen daarvan kan de centrale vraag worden beantwoord. De centrale vraag luidt als volgt:

"Welk advies kan mr. Mitchell Bathoorn zijn cliënten geven bij een ontslag wegens verwijtbaar handelen van werknemers op grond van artikel 7:669 lid 3 sub e BW blijkens de geldende wet- en regelgeving en recente jurisprudentie?"

Om de centrale vraag nog duidelijker en concreter voor ogen te krijgen zullen de bevindingen met betrekking tot alle deelvragen hieronder worden samengevat.

Uit het theoretische- juridische onderzoek blijkt dat er meerdere mogelijkheden zijn om een arbeidsovereenkomst te beëindigen. Zo is er ontslag tijdens proeftijd, beëindiging van het dienstverband van rechtswege bij contract voor bepaalde tijd, ontslag op staande voet, beëindiging met wederzijds goedvinden, opzegging van de arbeidsovereenkomst met toestemming van het UWV en tot slot het ontbinden van de arbeidsovereenkomst middels een verzoek bij de kantonkantonrechter. Nu dit onderzoek specifiek gaat over verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer gaat het theoretisch- juridische onderzoek verder in op de zogenoemde E-grond uit artikel 7:699 lid 3 BW. Uit het juridische kader en de jurisprudentieanalyse blijkt dat er verschillende factoren van belang zijn voor de kantonrechter bij het beoordelen van de vraag of er sprake is van verwijtbaar handelen door een werknemer. Het is van belang dat het kenbaar is bij de werknemer dat er regels worden overtreden. Hieruit blijkt dat er drie verschillende manieren om een regel kenbaar te maken: het is een feit van algemene bekendheid, het beleid van de onderneming of door een eerdere waarschuwing.

Aan de hand van alle drie de mogelijkheden kan het de werknemer kenbaar worden gemaakt dat er regels worden overtreden. Als er dan een regel wordt overtreden moet een waarschuwing worden gegeven. Tot slot kan er sprake zijn van persoonlijke omstandigheden die ervoor kunnen zorgen dat er wel of geen sprake is van verwijtbaar handelen. Onder de persoonlijke omstandigheden vallen de duur van de arbeidsovereenkomst, het soort functie en de privéomstandigheden.

Door de bovenstaande punten is het duidelijk geworden naar welke factoren er gekeken moest worden tijdens het maken van de jurisprudentieanalyse. Uit de jurisprudentieanalyse is gebleken op welke manieren ontoelaatbaar gedrag kenbaar moet worden gemaakt. Ook is daaruit naar voren gekomen op welke wijze de waarschuwingen voldoende duidelijk zijn gegeven en welke persoonlijke

omstandigheden een rol kunnen spelen, om vervolgens te kunnen spreken van verwijtbaar handelen van de werknemer dat ontbinding van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigt.

Zo blijkt uit de jurisprudentieanalyse dat de meeste overtredingen gaan over het overtreden van de beleidsregels van het bedrijf. Dit geldt voor zowel uitspraken waar er wel sprake was van verwijtbaar handelen als bij uitspraken waar geen sprake was van verwijtbaar handelen. Duidelijk komt naar voren dat bij zware overtredingen, zoals diefstal of seksuele intimidatie, een aanname van verwijtbaar handelen sneller en makkelijk kan worden aangenomen. Hierbij is het zeer belangrijk dat ook voor vanzelfsprekende overtredingen duidelijke consequenties kenbaar worden gemaakt. Dit kan door deze consequenties in een handboek te vermelden of in een schriftelijke waarschuwing. Het is uiteindelijk belangrijk voor de kantonrechter dat deze omstandigheden uit bewijsstukken blijken, anders kan de kantonrechter het niet meewegen in de beoordeling.

Ook zijn er belangrijke overwegingen naar voren gekomen die zowel bij verwijtbaar handelen als niet verwijtbaar handelen naar voren kwamen. Dit is het kenbaar maken van de regels die gelden, maar ook de gevolgen bij het overtreden daarvan en eventuele acties voor het herstellen van de overtreding. Als dit niet in een handboek wordt vermeld, dan moet het blijken uit een officiële waarschuwing. Als in een handboek of een waarschuwing deze punten niet worden vermeld is er een grote kans dat het verzoek van een werkgever niet zal slagen.

Als de werkgever wel duidelijk aan de werknemer kenbaar heeft gemaakt welke consequenties er volgen, dan moeten dit duidelijk blijken uit het verstrekte bewijsmateriaal. Uiteindelijk zal dit de doorslaggevende factor zijn voor de kantonrechter om te beslissen of er sprake is van een voldragen e-grond.

Tot slot blijkt uit het praktijkonderzoek dat als een werknemer een voorbeeldfunctie heeft dat de werkgever minder vaak een waarschuwing of zelfs geen waarschuwing hoeft te geven, omdat de werkgever kan verwachten dat de werknemer dit goed weet. Daarnaast kan het van een werkgever niet worden verwacht om een werknemer met een belangrijke voorbeeldfunctie regelmatig te controleren. Hierbij is het wel van belang dat het om een overtreding gaat die niet kenbaar was voor de werknemer en ook niet geacht kon worden.

Door nu duidelijk voor ogen te hebben welke feiten en omstandigheden belangrijk zijn voor verwijtbaar handelen zullen in het volgende hoofdstuk de aanbevelingen volgen.

Hoofdstuk 5 Aanbeveling

Het doel van het onderzoek was het adviseren van mr. Mitchell Bathoorn over ontslag wegens verwijtbaar handelen op een wijze die hij makkelijk kan toepassen. Het onderzoek is uitgevoerd en aan de hand van de onderzoeksresultaten zijn er conclusies getrokken. Om het onderzoek ook direct bruikbaar te maken is er aan de hand van de conclusies een aantal aanbevelingen geformuleerd. Sommige aanbevelingen zijn aan de hand van een extra interview aangevuld met handige tips uit de praktijk. Dit interview is verder buiten het onderzoek gebleven behalve de tips over welke stappen slim zijn om te zetten omtrent het proces van verwijtbaar handelen.

Kenbaarheid van de regels

De eerste aanbeveling over hoe mr. Mitchell Bathoorn zijn cliënten proactief kan adviseren als er sprake is van een werknemer die verwijtbaar handelt, is dat hij aan zijn cliënten duidelijk moet maken dat zij de regels van hun bedrijf kenbaar moeten maken aan hun werknemers. Dit kan bijvoorbeeld door de regels in een handboek te verwerken (en deze voor akkoord en gelezen te laten ondertekenen) en wellicht een aanvullende training te geven over deze regels, zodat alle werknemers hiervan op de hoogte zijn. Als er voorvallen plaatsvinden die niet worden geaccepteerd binnen het bedrijf, maar niet in een handboek staan beschreven, dan dient mijn opdrachtgever te adviseren dat zijn cliënt hierover een duidelijk waarschuwingsbrief moet opstellen aan zijn werknemer.

Waarschuwingen

De tweede aanbeveling is om een werknemer altijd eerst een schriftelijke waarschuwing te geven nadat een regel is overtreden. Ontbinding van een arbeidsovereenkomst kan sneller worden aangenomen als de werkgever meerdere malen de werknemer heeft gewaarschuwd. Een werkgever dient bij voorkeur een officiële schriftelijke waarschuwing te geven als een regel wordt overtreden. Hierin moet duidelijk naar voren komen welke regel is overtreden, waaruit blijkt dat de werknemer de regels zou behoren te kennen, welke consequenties er volgen bij het wederom overtreden van die regel en welke acties er nu moeten worden ondernomen. Als een werknemer een zware overtreding begaat, zoals diefstal, kan een werkgever de werknemer per direct op non-actief zetten en een ontbindingsverzoek indienen.

Bewijsmateriaal

De derde aanbeveling is om voldoende bewijsmateriaal te verzamelen waaruit blijkt dat de werknemer een regel overtreedt. Uit het bewijsmateriaal moet blijken dat de werknemer bekend was met de regels en wat als ontoelaatbaar gedrag wordt gezien door de werkgever. Daarnaast moet uit het bewijsmateriaal blijken dat de werknemer

gewaarschuwd was of dat hij al meerdere keren aangesproken was op zijn gedrag. Ook telefonische contacten moeten hierin worden opgenomen. Als een werknemer klaar is met een telefonisch gesprek is het verstandig om hiervan een mail te sturen naar de werknemer met de punten die telefonisch zijn besproken. Zonder bewijs kan de kantonrechter niet nagaan of dit daadwerkelijk is gebeurd. Het is aan een werkgever om dit bewijs aan een kantonrechter te overleggen.

Persoonlijke omstandigheden

Als vierde aanbeveling is het van belang dat de werkgever rekening houdt met de persoonlijke omstandigheden. Een werkgever dient hierbij mee te nemen vragen als: hoe lang heeft de werknemer voor het bedrijf gewerkt? Welke functie heeft de werknemer? Zijn er al eerder fouten gemaakt? Deze punten kan de kantonrechter namelijk meenemen in zijn oordeel over de verwijtbaarheid. Privéomstandigheden kunnen door de kantonrechter worden meegenomen in zijn oordeel, maar uit het praktijkonderzoek blijkt dat hier niet veel mee wordt gedaan. Om zeker te zijn dat het goed gaat met werknemer is het verstandig om regelmatig een gesprek te houden met de werknemers. Om zo op voorhand te voorkomen dat een werknemer een regel overtreedt door persoonlijke omstandigheden.

Literatuurlijst

Berrich en De Vette, 2018

L. Berrich en M. de Vette , 'Levert het tot driemaal toe de handrem vergeten ernstig verwijtbaar handelen op ex artikel 7:669 lid 1 en 3 onder e BW?', *JutD 2018/0113*, afl. 16.

Diebels, 2019

G.A. Diebels, *De kleine gids voor het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Wolter Kluwer 2019.

Van de Graaf, 2018

M. Van de Graaf, *Arbeidsrecht 2018 voor de professional*, SaMo Rotterdam/ Dordrecht 2018.

Hiebendaal, BB 2019

A. Hiebendaal, *Kroniek Wet Werk en Zekerheid 2018 (II)*, BB 2019/ 26, Blz. 3-4

Loonstra, 2017

C.J. Loonstra, *Hoofdstukken Sociaal Recht*, Groningen: Noordhoff Uitgevers bv 2017.

Van Leeuwen, 2019

C.H.J. van Leeuwen, *Memo Plus Arbeidsovereenkomst en ontslag 2019*, Alphen aan den Rijn: Sandra Britsemmer 2019.

Wies, AR 2016/28

E. Wies, M.A. Schneider, 'Verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer ('e-grond')': een analyse van de rechtspraak onder de WWZ, *AR 2016/28*, afl. 6/7.

Wies, AR 2018/30

E. Wies, M.A. Schneider, 'Verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer ('e-grond')': de lijnen in de rechtspraak uitgekristalliseerd?', *AR 2018/30*.

Kamerstukken

Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3
Staatsblad 2014, 216.

Rechtspraak

Gerechtshof Den Haag van 14 augustus 2018, [ECLI:NL:GHDHA:2018:1908](#)

Jurisprudentie

Uitspraken waar geen sprake is van verwijtbaar handelen

1. Rb. Zeeland-West-Brabant 12 februari 2019, [ECLI:NL:RBZWB:2019:1892](#)
2. Rb. Den Haag 06 mei 2019, [ECLI:NL:RBDHA_2019_3694](#)
3. Rb. Rotterdam 11 januari 2019, [ECLI:NL:RBROT:2019:1488](#)
4. Rb. Midden-Nederland 09 mei 2018, [ECLI:NL:RBMNE:2018:2018](#)
5. Rb. Rotterdam 05 juli 2018, [ECLI:NL:RBROT:2018:5383](#)
6. Rb. Limburg 12 januari 2018, [ECLI:NL:RBLIM:2018:292](#)
7. Rb. Midden-Nederland 13 september 2018, [ECLI:NL:RBMNE:2018:4409](#)
8. Rb. Limburg 22 juni 2018, [ECLI:NL:RBLIM:2018:5928](#)
9. Rb. Noord-Holland 08 februari 2019, [ECLI:NL:RBNHO:2019:1218](#)
10. Rb. Midden-Nederland 17 juli 2018, [ECLI:NL:RBMNE:2018:3339](#)
11. Rb. Rotterdam 15 juni 2018, [ECLI:NL:RBROT:2018:4758](#)
12. Rb. Noord-Holland 25 april 2018, [ECLI:NL:RBNHO:2018:3261](#)
13. Rb. Limburg 22 maart 2018, [ECLI:NL:RBLIM:2018:2766](#)
14. Rb. Noord-Holland 04 mei 2018, [ECLI:NL:RBNHO:2018:3808](#)

Uitspraken waar wel sprake is van verwijtbaar handelen

1. Rb. Den Haag 12 maart 2019, [ECLI:NL:RBDHA:2019:2659](#)
2. Rb. Noord-Holland 23 april 2019, [ECLI:NL:RBNHO:2019:3988](#)
3. Rb. Limburg 25 maart 2019, [ECLI:NL:RBLIM:2019:2734](#)
4. Rb. Midden-Nederland 14 november 2018, [ECLI:NL:RBMNE:2018:5691](#)
5. Rb. Rotterdam 27 februari 2018, [ECLI:NL:RBROT:2018:2008](#)
6. Rb. Midden-Nederland 27 november 2018, [ECLI:NL:RBMNE:2018:5965](#)
7. Rb. Midden-Nederland 28 november 2018, [ECLI:NL:RBMNE:2018:5893](#)
8. Rb. Rotterdam 19 oktober 2018, [ECLI:NL:RBROT:2018:8327](#)
9. Rb. Rotterdam 28 september 2018, [ECLI:NL:RBROT:2018:8153](#)
10. Rb. Oost-Brabant 10 september 2018, [ECLI:NL:RBOBR:2018:4470](#)
11. Rb. Rotterdam 17 juli 2018, [ECLI:NL:RBROT:2018:5901](#)
12. Rb. Midden-Nederland 27 juni 2018, [ECLI:NL:RBMNE:2018:2885](#)
13. Rb. Noord-Holland 25 april 2018, [ECLI:NL:RBNHO:2018:3440](#)
14. Rb. Noord-Holland 25 juni 2018, [ECLI:NL:RBNHO:2018:5332](#)
15. Rb. Midden-Nederland 30 april 2018, [ECLI:NL:RBMNE:2018:1871](#)

Bijlage 1 Stappenplan

Bijlage 2 Jurisprudentieanalyse