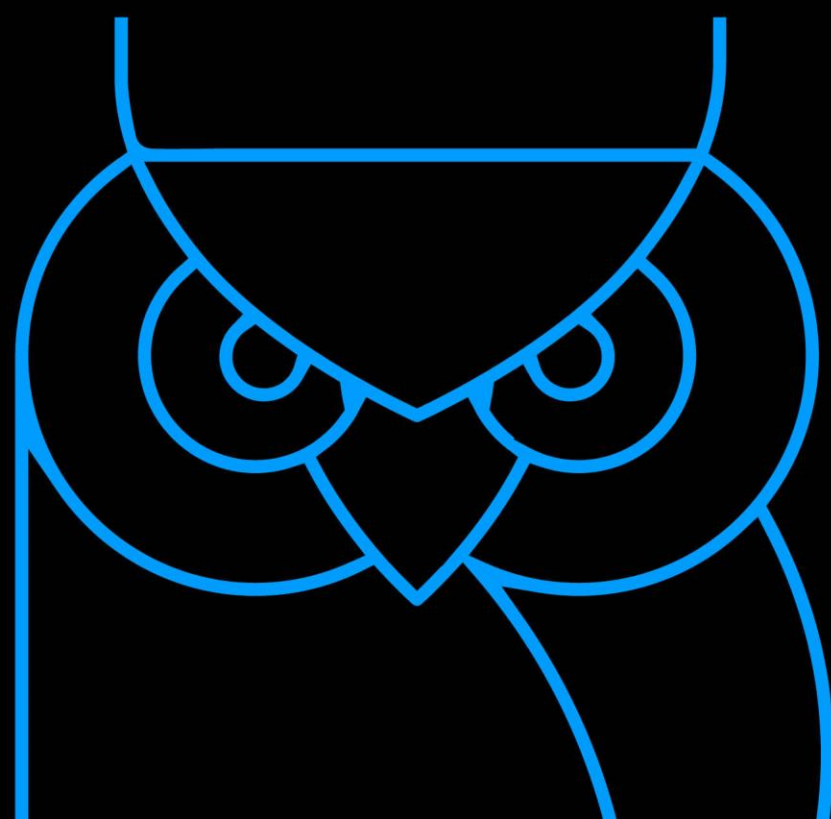
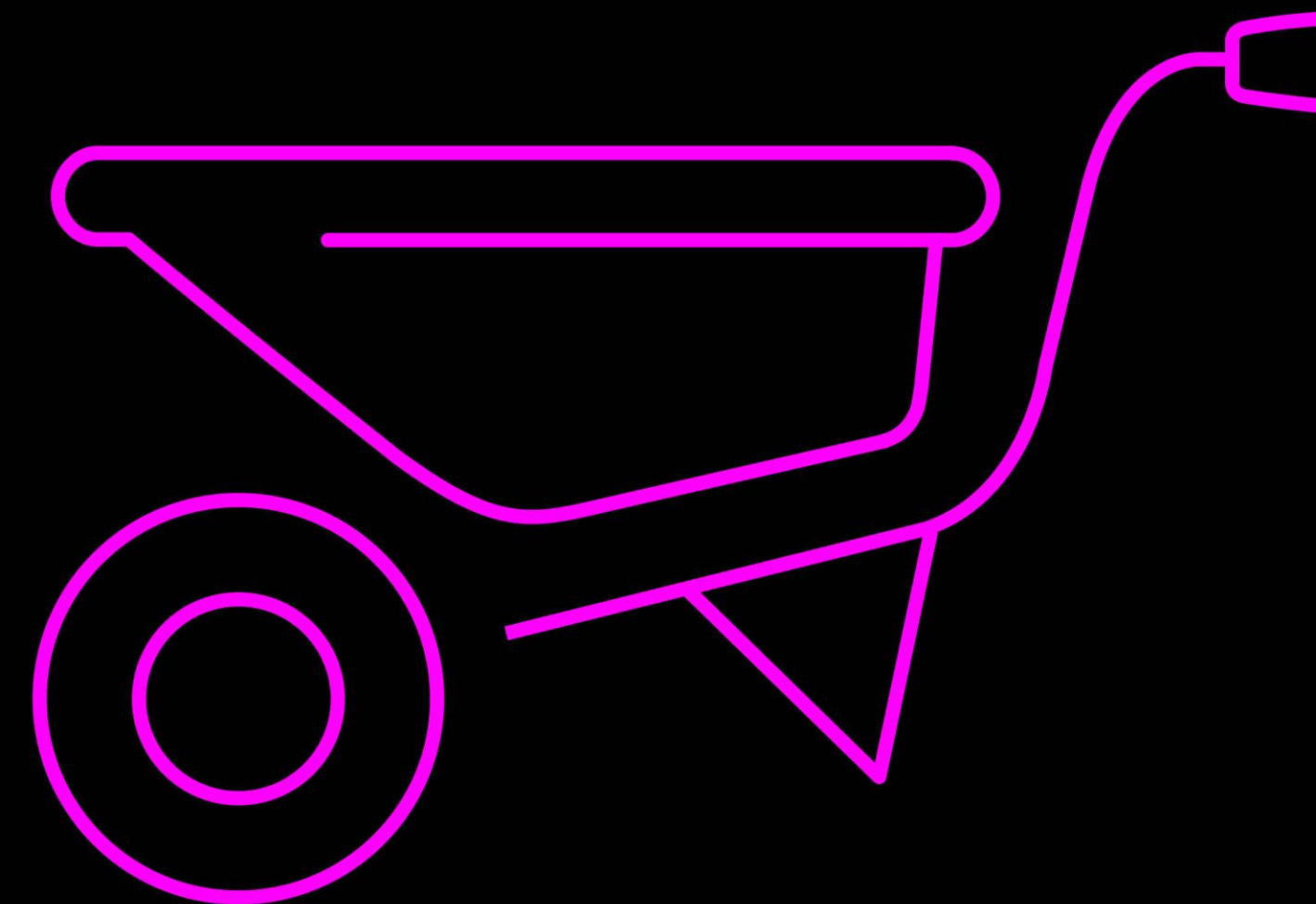
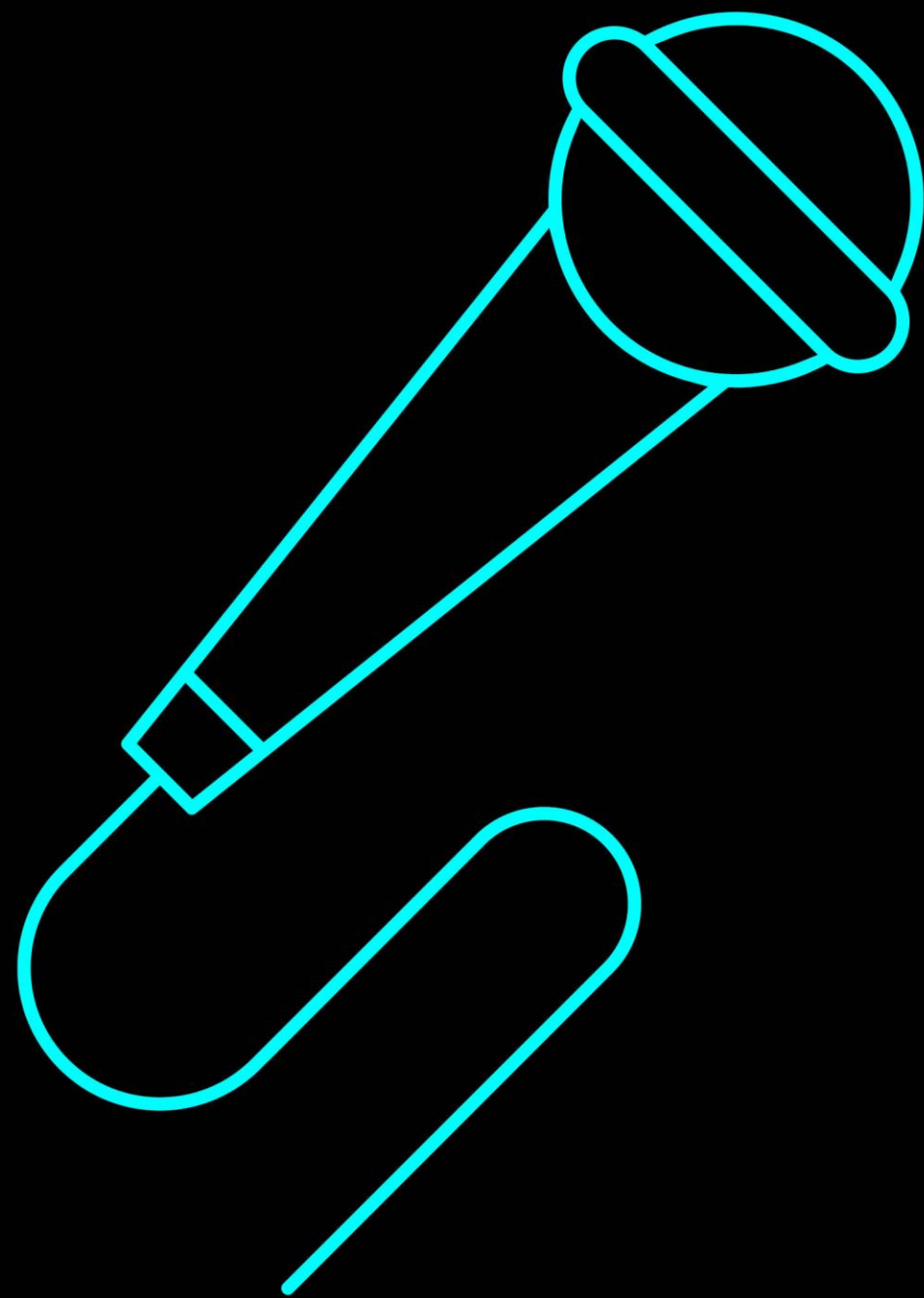


21 nov 2019
DeFabrique

Labour Lawlands



Ontslag op staande voet & andere disciplinaire maatregelen

- Belangrijkste vereisten ontslag op staande voet
- Proces na het opleggen van ontslag op staande voet
- Andere disciplinaire maatregelen

Ontslag op staande voet in het kort

- Opzegging arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang
- Hiervoor dient een “dringende reden” te bestaan
- Geregeld in art. 7:677 & 7:678 BW
- Opzegverboden gelden niet
- In principe geen recht op WW-uitkering
- Toetsing rechter achteraf

Civielrechtelijke variant van het strafontslag

Introductie casus

- Werknemer werkt als chauffeur / belader van dienst die bedrijfsafval voor gemeente inzamelt
- Melding van verschillende onregelmatigheden, o.a. bezit en gebruik harddrugs en illegale inzameling (aannemen meer afval dan overeengekomen)
- Welke stappen neemt u als eerste?

Eis van onverwijldheid

- Arbeidsovereenkomst dient *onverwijld* te worden opgezegd
- Werkgever dient vrijwel onmiddellijk tot actie over te gaan
- Gaat in principe om moment waarop degene die tot ontslag bevoegd is bekend raakt met reden (HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1347)
- Ruimte voor nader onderzoek of nadere besluitvorming mits werkgever daarbij *voortvarend* te werk gaat
- Mate van voortvarendheid afhankelijk van omstandigheden van het geval (HR 15 feb 1980, NJ 1980, 328; Hof A-L 9 feb 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1313)

Eis van onverwijldheid geldt nu niet bij strafontslag

Voorbeelden

- Hof Den Haag 21 maart 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:649: onderzoek duurt 6 maanden, na afgifte rapport ontslag binnen één week: voldoende voortvarend
- Hof A-L 17 juni 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5018: onderzoek van 4 maanden voldoende voortvarend vanwege complexiteit
- Ktr. Rotterdam 9 sept. 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8202: ontslag 2 weken na voorval niet onverwijld

Vervolg casus

- Werkgever heeft melding onderzocht en wil gelijk tot ontslag overgaan zonder werknemer te horen. Mag dat?
- Stel de werkgever keert – op uw advies – op zijn schreden terug en wil de werknemer wel horen. De werknemer is echter ziek en voelt zich niet in staat te verschijnen. Wat adviseert u?

Hoor en wederhoor

- Werkgever is in principe niet verplicht werknemer voorafgaand aan het ontslag te horen (zie o.a. Hof Amsterdam 4 sept 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3243)
- Wel verstandig!
- Zie bijvoorbeeld HR 18 jan 2019 (ECLI:NL:HR:2019:55): werkgever kon niet bewijzen dat werknemer verantwoordelijk was voor kastekort.
- Wachten tot werknemer in staat is zienswijze te geven mag. Zie bijvoorbeeld HR 21 jan. 2000 (ECLI:NL:HR:2010:AA4436): uitstel van 2 weken ivm vakantie acceptabel. Maar alleen als echt niet mogelijk.

Bij strafontslag moet ambtenaar in gelegenheid gesteld worden zienswijze te geven

Vervolg casus

- Stel bezit en gebruik harddrugs (cocaïne) kan worden bewezen, maar niet aannemen van gelden. Is dat voldoende voor ontslag op staande voet?
- Wordt antwoord anders als blijkt dat werknemer verslaafd is aan cocaïne en zich hiervoor inmiddels laat behandelen?

Dringende reden?

- Alle omstandigheden van het geval worden in aanmerking genomen (HR 12 feb 1999 @@ *Schrijvers / Van Essen*)
- O.a. aard en ernst reden, aard en duur dienstbetrekking, functioneren, persoonlijke omstandigheden werknemer.
- Bij beoordeling o.a. relevant of sprake is van:
 - schending duidelijke bedrijfsregels die strikt worden gehandhaafd
 - eerdere gedragingen waarop werknemer is aangesproken
 - voorbeeldfunctie
- Uitkomst vaak onvoorspelbaar. Voorbeeld: HR 20 april 2012 JAR 2012/135 (Bijenkorf)

Dringende reden?

- Vergelijkbaar met materiële vereisten strafontslag (ernstig plichtsverzuim)
- CRvB: hoge eisen aan integriteit ambtenaren gelet op openbare rol, imago openbare dienst → gedragingen in privésfeer rechtvaardigen eerder strafontslag
- Wordt dit anders na de normalisering?

Dringende reden?

- Verwijtbaarheid werknemer is **geen** vereiste (HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:484 *Dräger*, alcoholverslaving)
- Zie ook Ktr. Leeuwarden 10 okt. 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:3945 (onttrekken gelden bankrekening werkgever, verband met gokverslaving, depressie)
- Verwijtbaarheid speelt wel rol. Zie bijv. HR 22 juni 2012, JAR 2012/189 (ongoorloofde afwezigheid, verband met schizofrenie)

Bij strafontslag is wel vereist dat handelwijze aan ambtenaar kan worden toegerekend. Zie bijv. Rb. Den Haag 21 nov 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:13846

Vervolg casus

- Stel partijen komen niet tot een regeling en de werkgever ontslaat de werknemer vanwege (i) het gebruiken van harddrugs tijdens werktijd en (ii) het herhaaldelijk innemen van teveel afval. Stel dit laatste komt niet vast te staan. Houd het ontslag stand?
- Stel achteraf komt alsnog vast te staan dat werknemer gelden heeft aangenomen voor het extra afval. Kan dit nog meewegen bij het ontslag?

Ontslagbrief

- Ontslagreden dient *onverwijld* te worden medegedeeld
- Moet voor werknemer aanstonds duidelijk zijn waarom hij wordt ontslagen
- Formulering redenen van groot belang → bepalend voor ontslaggrond. Deze grond kan niet later worden aangepast of aangevuld.
- Betekent ook dat *deze* redenen moeten kunnen worden bewezen.
- Dringende reden hoeft ten tijde van ontslag nog niet onomstotelijk vast te staan (HR 18 jan 2019 (ECLI:NL:HR:2019:55) → kan in procedure worden geleverd

Bij strafontslag in principe mogelijk motivering aan te passen in b.o.b.

Rechtspraak

- Ktr Den Haag 8 okt 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11152: back up maken op eigen externe schijf kwalificeert niet als buiten het bedrijf brengen van bedrijfsgevoelige informatie in de zin van de NDA
- HR 19 feb 2016, ECLI:NL:HR:2016:290: gebruik van strafrechtelijke begrippen zoals diefstal impliceert niet dat de *delictsomschrijving* volledig bewezen hoeft te worden
- Hof A-L 29 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:6164: deel dringende reden komt vast te staan, was voor wn duidelijk dat ontslag ook alleen op basis van die feiten zou zijn verleend

Ontslagbrief

Bovengenoemde feiten zijn ieder afzonderlijk als ook in hun onderlinge samenhang voor ons een dringende reden om de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang te beëindigen.

Bij deze beslissing hebben wij naast bovenstaande feiten alle overige omstandigheden, waaronder de duur van uw dienstverband alsmede het feit dat een ontslag op staande voet maakt dat u per direct geen werk en geen inkomen meer heeft, meegewogen. Uw handelwijze is echter dermate onacceptabel dat van ons in redelijkheid niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren

Wat te doen als werknemer?

- Art. 7:681 lid 1 sub a BW: vernietiging opzegging of billijke vergoeding
- Keuze van de werknemer
- Moet bij verzoekschrift, kan niet buitengerechtelijk
- Vervaltermijn twee maanden (art. 7:686a lid 4 sub a BW) => geen ambtshalve toetsing (HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2305 (Botobe))
- Switch?

Petitum verzoekschrift

- Primair: - vernietiging opzegging
- Subsidiair: - billijke vergoeding
 - transitievergoeding
 - gefixeerde schadevergoeding

Billijke vergoeding

- HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187 (New Hairstyle)
 - Rechter mag rekening houden met gevolgen ontslag, voor zover die gevolgen zijn toe te rekenen aan het de werkgever te maken verwijt
 - Berekenen als ware het een schadevergoeding
 - Billijke vergoeding heeft niet een specifiek punitief karakter
- HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:878 (Zinzia)
 - Mag middel zijn om werkgever tot gedragsaanpassing aan te sporen

Hoger beroep werknemer

- Art. 7:683 lid 3 BW: herstel arbeidsovereenkomst of billijke vergoeding
- Veel vrijheid hof:
 - HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3241 (Meriant)
 - HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:857
 - HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (Amsta II)
- HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:857: voor vaststelling billijke vergoeding geldt New Hairstyle

Hoger beroep werkgever

- Art. 7:683 lid 6 BW: nieuwe einddatum arbeidsovereenkomst
- In beginsel heeft de werknemer geen recht op loon over de periode tussen de ontslagdatum en de door het hof bepaalde einddatum (HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1209 (Wilco))

Voorwaardelijke ontbinding

- HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998 (Mediant)
 - Voorwaardelijke ontbinding is mogelijk
 - Vernietigings- en ontbindingsprocedure zo mogelijk samen behandelen
 - In eerste aanleg mag niet een voorwaarde worden gehanteerd die op de uitkomst in hoger beroep vooruit loopt
- HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:571 (Vlisco): voorwaardelijke ontbinding kan ook in hoger beroep

Disciplinaire maatregelen - Algemeen

- Arbeidstuchtrecht niet wettelijk geregeld
- Niet geregeld wanneer een disciplinaire maatregel mag worden opgelegd
 - Schriftelijke regels niet noodzakelijk (Ktr. Rotterdam 9 januari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:91 en Ktr. Arnhem 5 augustus 2005, JAR 2005, 209), maar kan wel helpen (Ktr. Den Haag 30 mei 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:6452)
 - Soms toch schriftelijke regels nodig (Ktr. Leeuwarden 8 augustus 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4307 en Ktr. 's-Gravenhage 3 oktober 2002, JAR 2002/269)
 - Beleid moet wel werkelijk worden gehandhaafd (Ktr. Maastricht 7 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6615 en Ktr. Groningen 24 juli 2006, JAR 2007/186)
- Geen opsomming mogelijke disciplinaire maatregelen in de wet

Waarschuwing / berisping (1)

- Grondslag is gezagsverhouding. Zie bijv. Ktr. Bergen op Zoom 14 december 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BO7397
- Zie echter: Ktr. Haarlem 1 november 2006, JAR 2006/273 (CAO kent berisping niet => werkgever heeft dus een niet bestaande maatregel genomen)

Waarschuwing / berisping (2)

- Gewaarschuwd mens telt voor twee. Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 28 maart 2018, RAR 2018, 111 en Hof 's-Gravenhage 18 augustus 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2186
- Waarschuwing mag niet te lang geleden zijn. Zie bijv. Ktr. Haarlem 1 augustus 2013, Prg. 2013, 261
- Waarschuwing moet wel vergelijkbaar gedrag betreffen. Zie bijv. Ktr. Amsterdam 7 augustus 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5588

Schorsing (1)

- Hoge Raad neemt tot op heden geen recht op tewerkstelling aan:
 - HR 26 maart 1965, NJ 1965, 163 (Walsweer c.s./Acmesa)
 - HR 25 januari 1980, NJ 1980, 246 (Possemis/Hoogenboom)
 - HR 27 mei 1983, NJ 1983, 758 (Ruskamp/Welsuria)
 - HR 12 mei 1989, NJ 1989, 801 (Chelbi/Klene)

Schorsing (2)

- Lagere rechtspraak volgt Hoge Raad niet => schorsing vereist goede grond:
 - Vznr. Enschede 31 mei 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BQ7171 (“redelijke grond”)
 - Vznr. Amsterdam 18 januari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV1437: (schorsing slechts in uitzonderlijke gevallen toegestaan)
 - Ktr. Utrecht 2 november 2012, RAR 2013, 35: (“deugdelijke grond”)
 - Vznr. Deventer 21 augustus 2012, ECLI:RBZLY:2012:bx6344: (“voldoende zwaarwegende redenen”)
 - Vznr. Utrecht 1 oktober 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BF5160: (onhoudbare situatie waarvoor geen andere oplossing mogelijk is)

Schorsing (3)

- Soms wordt wedertewerkstelling uitgesteld, hoewel schorsing onterecht is:
 - Ktr. Enschede 29 januari 2013, JAR 2013/58 (grote media aandacht maakt dat partijen tijd nodig hebben om terugkeer werknemer voor te bereiden)
 - Ktr. Apeldoorn 21 mei 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:3274 (vanwege ontstane onrust krijgt werkgever een paar dagen om betrokkenen te informeren over de terugkeer van werknemer)
 - Vznr. 's-Hertogenbosch 3 mei 2012, RAR 2012, 106 (werkgever krijgt een paar dagen om op en rondom de werkplek van werkneemster uit te leggen dat en waarom werkneemster weer terugkeert)

Schorsing (4)

- Soms wordt wedertewerkstelling om praktische redenen afgewezen, hoewel schorsing onterecht is:
 - Pres. Rb. Assen 28 januari 1999, JAR 1999/43 (verstoorde arbeidsverhouding staat aan werkhervatting in de weg)
 - Ktg. Utrecht 3 januari 1996, JAR 1996/49 (werknemer heeft recht op werkhervatting verwerkt door pas zeven maanden na de schorsing een kort geding te starten)

Schorsing (5)

Rechtspraakonderzoek 1990-2015:

	Aantal uitspraken	Percentage
Totaal	156	100%
Hervatting afgewezen	49	31,41%
Hervatting toegewezen	107	68,69%

Schorsing (6)

Beoordelingsschema:

- 1) Staat de aangevoerde reden vast?
- 2a) Zo ja: is deze reden voldoende om schorsing te rechtvaardigen?
- 2b) Zo ja: is ook het voortduren van de schorsing geoorloofd?
- 3) Zo nee: zijn er andere praktische bezwaren tegen terugkeer werknemer?
- 4) Zo nee: moet terugkeer enige tijd worden uitgesteld?

Schorsing (7)

- HR 21 maart 2003, JAR 2003/91 (Van der Gulik/Visser & Partners): een schorsing ligt in de risicosfeer van de werkgever, zodat de werkgever ook tijdens een schorsing verplicht is tot doorbetaling van loon
- Bevestigd in HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1209 (Wilco)?

Boetebeding (1)

- Formeel vereiste: schriftelijkheid (art. 7:650 leden 1 t/m 3 BW)
- Wat schriftelijk overeenkomen?
 - de voorschriften op overtreding waarvan boete is gesteld
 - het bedrag van de boete
 - de bestemming van de boete
- Strikte eis. Zie bijv. Hof Leeuwarden 11 november 2008, RAR 2009, 33

Boetebeding (2)

- Drie materiële vereisten:
 - boete mag niet strekken tot persoonlijk voordeel van de werkgever of degene aan wie de bevoegdheid tot boeteoplegging is verleend (art. 7:650 lid 3 BW)
 - boete moet zijn gesteld op een **bepaald** bedrag, uitgedrukt in de valuta waarin het loon is vastgesteld (art. 7:650 lid 4 BW)
 - boete mag niet hoger zijn dan een halve dag loon (art. 7:650 lid 5 BW)

Boetebeding (3)

- Art. 7:650 leden 1 en 2 BW zijn dwingend recht
- Art. 7:650 leden 3 t/m 5 zijn semi-dwingend recht, mits de werknemer meer verdient dan het minimumloon (art. 7:650 lid 6 BW):
 - boete mag tot voordeel van werkgever strekken
 - boete hoeft niet op een **bepaald** bedrag te zijn gesteld en hoeft ook niet te zijn uitgedrukt in de valuta waarin het loon is vastgesteld
 - boete mag meer mag bedragen dan een halve dag loon

Boetebeding (4)

- In de praktijk vooral problemen wanneer in het geheel geen bestemming is overeengekomen
- Rechtspraak verdeeld:
 - Boetebeding geldig: Ktr. Leeuwarden 24 maart 2009, JAR 2009/119
 - Boetebeding nietig: Ktr. Groenlo 23 september 2002, JAR 2003/3

Boetebeding (5)

- Is afgeweken, dan is de rechter steeds bevoegd de boete te matigen wanneer deze hem “bovenmatig” voorkomt (art. 7:650 lid 6 BW)
- Is niet afgeweken dan heeft de rechter op grond van art. 6:94 BW ook een matigingsbevoegdheid, “indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist”
 - Strengere norm, zie HR 27 april 2007, NJ 2007, 262 (Intrahof/Bart Smit)
 - Zie echter ook Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:1380 en Hof 's-Hertogenbosch 22 mei 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BC9655

Boetebeding (6)

- Art. 7:651 BW verbiedt cumulatie tussen boete en schadevergoeding
- Veel voorkomende clause: *“(...) onverminderd het recht van werkgever om volledige schadevergoeding te vorderen (indien deze meer bedraagt)”*
- Rechtspraak verdeeld over geldigheid van dergelijke clause
 - Nietig: Hof Leeuwarden 16 april 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BC9783
 - Niet nietig: Hof Amsterdam 17 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2324
- Praktisch advies: laat clause achterwege
 - Geldt niet voor bedingen die niet onder het bereik 7:650 en 651 BW vallen (zoals concurrentiebeding). Zie art. 6:92 lid 2 BW

Boetebeding (7)

- Art. 7:650 en 651 BW gelden niet voor boete gesteld op overtreding concurrentiebeding (HR 4 april 2003, JAR 2003/107 (Ghisyawar/LAN-Alyst))
- Onzekerheid over andere bedingen, zoals geheimhoudingsbeding of nevenwerkzaamhedenverbod
- Nut uitzonderingspositie beperkt

Procedurele aspecten (1)

- HR 9 juli 1990, NJ 1991, 127 (Schothorst/Jonker)
 - strafmaatregelen hebben naar hun aard een ingrijpend karakter
 - overtreding procedurevoorschrift leidt tot nietigheid strafmaatregel, tenzij anders voortvloeit uit inhoud of strekking van het voorschrift
 - in het algemeen zal geen plaats zijn voor nietigheid wanneer de werknemer door niet-inachtneming van het voorschrift op geen enkele wijze in zijn verdediging is benadeeld
- Voorbeeld: Ktr. Haarlem 20 september 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:11593 (werknemer is niet in belangen geschaad)

Procedurele aspecten (2)

- Feitenonderzoek noodzakelijk
 - Ktr. Enschede 17 januari 2006, JIN 2006/140
 - Ktr. Dordrecht 14 september 2007, RAR 2008, 10
 - Ktr. Dordrecht 11 september 2008, Prg. 2008, 186
- Hoor en wederhoor moet worden toegepast
 - Vznr. Middelburg 26 januari 2010, JAR 2010/158
 - Ktr. Amsterdam 8 maart 2005, JAR 2005/122
 - Ktr. Middelburg 26 mei 2015, JAR 2015/163 (anonieme verklaringen)

Procedurele aspecten (3)

- Reden disciplinaire maatregel moet worden medegedeeld
 - Ktr. Roermond 22 augustus 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:7440
 - Ktr. Utrecht 2 november 2012, RAR 2013, 35
- Disciplinaire maatregel moet proportioneel zijn
 - Ktr. Lelystad 24 mei 2005, JIN 2005, 299
 - Ktr. Alkmaar 31 oktober 2017, JAR 2018/26
 - Ktr. Alphen aan den Rijn 13 juni 2001, JAR 2001/161