

Voor een 'waterdicht' ontslag op staande voet

Een ontslag op staande voet vereist een weloverwogen en zorgvuldige aanpak. Omdat snel handelen geboden is na de ontdekking van de dringende reden voor ontslag, door onverwijlde mededeling daarvan aan de werknemer, checken sommige werkgevers niet altijd alle formele vereisten die nodig zijn voor een 'waterdicht' ontslag. Is geen sprake van een waterdicht ontslag, dan wordt dit genadeloos door de rechter afgestraft. Om de werkgever het benodigde inzicht te geven in deze formele vereisten, biedt de checklist in dit artikel een mogelijk bruikbaar instrument. De checklist is opgesteld op basis van door jurisprudentie ontwikkelde vereisten.

De werkgever kan de arbeidsovereenkomst onverwijld opzeggen vanwege een dringende reden onder gelijktijdige mededeling van die reden aan de wederpartij (art. 7:677 BW). Een ontslag op staande voet leidt tot een onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst zonder dat de werkgever daarvoor toestemming nodig heeft van het UWV Werkbedrijf. Een ontslag op staande voet heeft vaak grote sociale, financiële en emotionele gevolgen voor de werknemer. Deze zal daarom vrijwel altijd proberen om tegen zijn ontslag juridische actie te ondernemen. Daarbij stelt de werknemer zich dan op het standpunt dat de werkgever heeft opgezegd zonder dringende reden of zonder onverwijlde mededeling aan de werknemer. Er geldt

hiervoor een verjaringstermijn van zes maanden. Deze actie kan ofwel bestaan uit het inroepen van de nietigheid van het gegeven ontslag gevolgd door een vordering tot loondoorbetaling (art. 7:628 BW) en onmiddellijke wedertewerkstelling (art. 7:611 BW). De werknemer kan ook een gefixeerde of volledige schadevergoeding vorderen op de grond dat de werkgever onregelmatig of kennelijk onredelijk heeft opgezegd. De werknemer legt zich dan in eerste instantie neer bij zijn ontslag. Niettemin kan de werknemer zich tussentijds bedenken. Zolang hij geen afstand heeft gedaan van dit overstaprecht en nog geen rechtelijk oordeel is gegeven over de rechtsgeldigheid van het ontslag, kan hij overstappen ('switchen') van het inroepen van de nietigheid

van het ontslag naar het vorderen van voornoemde schadevergoeding.

De wettelijke opzegverboden beperken de werkgever in beginsel niet bij een ontslag op staande voet. Om de nietigheid van het ontslag vast te laten stellen door de rechter zal de werknemer een bodemprocedure moeten starten. Vaak zal eerst een kort geding door de werknemer worden aangespannen om een voorlopig oordeel ('voorziening') van de kortgedingrechter te verkrijgen over de nietigheid van het ontslag en zijn daarmee samenhangende loonvordering.

Checklist

Het voorgaande juridische steekspel toont aan dat het geven van een ontslag op staande voet geen sinecure is en tot mogelijk onvoorziene proces- en financiële risico's voor de werkgever kan leiden. Gelet op de aanhoudende stroom van jurisprudentie over ontslag op staande voet vereist elke ontslagsituatie een eigen zorgvuldige beoordeling. Onderstaande checklist bevat de belangrijkste vereisten die de werkgever bij een ontslagsituatie in acht moet nemen. Voor een meer uitgebreide en inhoudelijke benadering van een ontslag op staande voet kan worden verwezen naar de literatuur die hierover is verschenen.



Zoek juridische bijstand

De werkgever doet er goed aan om niet alleen te oordelen over een ontslag op staande voet en vroegtijdig juridisch advies in te winnen. Een arbeidsdeskundige jurist of advocaat kent immers de weg en weet als derde zaken in hun proporties te zien.

Voorwaardelijk ontbindingsverzoek

Als de werkgever de juridische onzekerheid van een al of niet geldig ontslag wil ontlopen en zijn financiële risico wil beperken, kan hij het gegeven ontslag op staande voet 'afdekken' met een voorwaardelijk ontbindingsverzoek van de arbeidsovereenkomst (art. 7:685 BW). De werkgever is ontvankelijk in zijn ontbindingsverzoek bij de kantonrechter, zolang de verjaringstermijn voor het inroepen van de nietigheid van het ontslag door de werknemer nog niet is verstreken. Vaak wacht de werkgever eerst de reactie van de werknemer af. Aan het voorwaardelijk ontbindingsverzoek mogen dezelfde dringende redenen ten grondslag worden gelegd als die aan het eerder gegeven ontslag op staande voet (waarvan de nietigheid is ingeroepen). De rechtbank zal alleen op uitdrukkelijk verzoek van beide partijen een kort geding procedure en een voorwaardelijk ontbindingsverzoek gezamenlijk willen behandelen. De werkgever kan de kantonrechter verzoeken in de ontbindingsbeschikking op te nemen wanneer en onder de welke voorwaarde de werknemer de vergoeding van de werkgever kan opeisen.

Maak gebruik van het personeelsdossier

Houd voor iedere werknemer een dossier bij en zorg voor een sluitende opbouw daarvan. Als het gaat om een werknemer die al het nodige op zijn kerfstok heeft staan, kan het functioneringsverleden worden gebruikt als het past bij of samenhangt met het voorval of de gedraging die de werkgever als een dringende reden voor ontslag wil aanmerken. Het nieuwe voorval of de gedraging van de werknemer is dan tezamen met het niet smetteloze arbeidsverleden de 'druppel' die de emmer doet overlopen.

Is er sprake van een of meer wettelijke dringende werkgerelateerde redenen?

De wet noemt in artikel 7:678 BW de dringende redenen voor de werkgever om de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang op te zeggen (art. 7: 677 BW). In artikel 7:679 BW worden de dringende redenen voor de werknemer genoemd. Een daad, gedraging of eigenschap van de werknemer moet passen in de gesloten wettelijke definitie van dringende redenen. De omstandigheden van het geval, de bedrijfscultuur en de geldende regelingen van de werkgever zullen verder de wettelijke definitie moeten concretiseren. Voorbeelden van dringende redenen die verband houden met de uitvoering van de arbeidsovereenkomst zijn fraude, diefstal, grove belediging en mishandeling, veelvuldig werkinstructies niet opvolgen, ernstig plichtsverzuim, herhaaldelijke werkweigering of ongeoorloofd verzuim.

Als zich een voorval of gedraging voordoet in de privésfeer van de werknemer, zoals een door de werknemer gepleegd zwaar strafbaar feit, leidt dit vaak niet tot een dringende reden voor een ontslag op staande voet. De werkgever zal dan de gewone opzeggingregels in acht moeten nemen.

Is er sprake van overtreding van kenbare bedrijfsvoorschriften of -regelingen?

Duidelijke bedrijfsregelingen en communicatie over wat een werknemer niet mag of wat hij juist moet naleven, geven richting. Het vergemakkelijkt voor zowel werkgever als werknemer de kwalificatie van een gedraging als een al dan niet dringende reden voor ontslag. De rechter kijkt bij zijn beoordeling of het beleid van werkgever en het

tip

TERUGVORDEREN KOSTEN

Is het voor de onderbouwing van het ontslag noodzakelijk dat de werkgever een extern onderzoek laat uitvoeren? Dan is het veelal mogelijk de noodzakelijk extern gemaakte onderzoekskosten als volledige schadevergoeding op grond van wanprestatie ofwel onrechtmatige daad van de werknemer terug te vorderen.

daaraan gekoppelde sanctiesysteem redelijk en billijk is en herhaaldelijk onder de aandacht is gebracht van de werknemer, zodat deze weet waar hij aan toe is.

Wees terughoudend bij arbeidsongeschiktheid en werkverzuim

In de situatie dat de werknemer zich beroept op arbeidsongeschiktheid waardoor hij niet in staat is te werken, terwijl de werkgever meent dat hij arbeidsgeschikt is, is waakzaamheid geboden. Werkverzuim levert geen grond voor ontslag op staande voet op, indien de werknemer ter rechtvaardiging van het werkverzuim zich beroept op arbeidsongeschiktheid wegens ziekte en in redelijkheid heeft mogen menen arbeidsongeschikt te zijn geweest. Er geldt hier een zekere reflexwerking van het ontslagverbod bij ziekte. Sommaties om naar het werk te komen, die niet worden nageleefd om reden van gerechtvaardigde arbeidsongeschiktheid, leiden dan niet tot een dringende reden. Uiteraard moet de werknemer zijn arbeidsongeschiktheid wel kunnen motiveren, bijvoorbeeld door een deskundigenoordeel van het UWV in combinatie met een huisartsenverklaring.

Het enkele feit dat een werknemer de voorschriften van de werkgever inzake controle van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte niet heeft nageleefd, levert op zichzelf niet een grond voor ontslag op staande voet op. Er zal eerst moeten worden teruggevallen op de in artikel 7:629 lid 6 BW voorziene mogelijkheid van opschorting van betaling van het loon (zie ook Loonzaken 2010, nr. 3, pag. 16).

Als de niet-naleving van controlevoorschriften gepaard gaat met andere feiten en omstandigheden, bijvoorbeeld beledigend gedrag die, in onderlinge samenhang, het oordeel wettigen dat een dringende reden wel aanwezig is, kan een ontslag op staande voet wel gerechtvaardigd zijn.

Verifieer een vermoeden van een dringende reden, zorg voor een gedegen onderzoek

De enkele schijn, het enkele vermoeden of zelfs de enkele ernstige verdenking dat de werknemer betrokken is bij een strafbaar feit of overtreding van bedrijfsregels is onvoldoende voor ontslag op staande voet. De werkgever doet er goed aan voordat de werknemer wordt geconfronteerd met het vermoeden een professioneel onafhankelijk onderzoek te laten uitvoeren. Door eerst gedegen onderzoek te doen, dekt de werkgever zich in tegen onrust op de werkplek, mogelijke schadeclaims of verstoorde arbeidsrelaties.

Zorg voor rechtmatig verkregen bewijs

De werkgever moet zich ervan vergewissen dat hij op een geldige verkregen wijze bewijs in handen aangeleverd krijgt. Is zonder toestemming of medeweten van de werknemer bewijsmateriaal verkregen, dan zal de rechter beslissen dat dit niet mag worden meegewogen bij de vaststelling van de dringende reden, tenzij sprake is van een zeer ernstige gedraging of van een concreet strafbaar feit. Als de werkgever in zijn onderneming gebruik wenst te maken van camera's of een ander volgsysteem bij een verdenking van diefstal van bedrijfseigendommen of een andere overtreding, dan moet de ondernemingsraad of voorhand om een algemene instemming worden verzocht. Op het moment dat een camera wordt geïnstalleerd, kan dan worden volstaan met een melding aan de ondernemingsraad.

Voorts is het raadzaam in de arbeidsvoorwaarden en bedrijfsregelingen vast te leggen dat in voorkomende situaties van een vermoeden van diefstal of onregelmatigheden besloten kan worden tot gebruik van camera's of andere volgsystemen. Dit alles leidt ertoe dat de beelden als rechtmatig verkregen bewijs kunnen worden gebruikt.

Het is in het algemeen niet geoorloofd om zonder toestemming bij de werknemer huiszoeking te doen als geen sprake is van een strafbaar feit en zonder last tot binnentreden van de woning. Bij dergelijke opsporingsmethoden zal de assistentie van een opsporingsambtenaar of gerechtsdeurwaarder moeten worden ingeroepen.

Maak gebruik van getuigenverklaringen

De werkgever is gerechtigd in het kader van het onderzoek getuigen te horen, maar zij hoeven geen zelf belastende verklaringen af te leggen. Vaak zullen getuigen, wetende dat een weigering gevolgen kan hebben voor hun eigen positie, wel willen meewerken aan het onderzoek.

Schors de werknemer onder doorbetaling van loon gedurende het onderzoek

Een onmiddellijke schorsing 'in het belang van het onderzoek' is bij het vermoeden van een dringende reden juridisch gerechtvaardigd, maar zal door de werkgever schriftelijk aan de werknemer moeten worden bevestigd. In de brief aan de werknemer zal melding moeten worden gemaakt dat de werknemer op eerste afroep zich beschikbaar moet houden van de werkgever en moet meewerken aan het onderzoek. Verder kan gewezen worden op de geheimhoudingsplicht van de werknemer tegenover derden. Schorsing voorkomt dat de werknemer nog in de gelegenheid is mogelijk bewijsmateriaal op zijn werkplek te vernietigen of dat hij het onderzoek op andere wijze negatief beïnvloedt. Ook het afsluiten van mobiele telefoon en de toegang tot het digitale netwerk en werkplek, is onderdeel van een schorsing.

Hoor de werknemer en verstrek tijdig inzage in het onderzoeksrapport

Een zorgvuldig onderzoek vereist dat de werknemer die wordt verdacht van een gedraging, feit of eigenschap die grond is voor een dringende reden voor ontslag, wordt gehoord. Dergelijk van tevoren horen is op zich geen geldigheidsvereiste. De werkgever loopt, indien hij dit horen nalaat, wel het risico dat naderhand door de werknemer omstandigheden naar voren worden gebracht die de aanwezigheid van een dringende reden onderuit halen.

tip ADVOCaat

Houdt rekening met de beschikbaarheid van de advocaat van de werknemer bij het plannen van verhoorgesprekken met de werknemer. Wordt een werknemer in het kader van het onderzoek gehoord ondanks dat zijn advocaat heeft gemeld er niet bij te kunnen zijn, of wordt zijn hoorrecht om die reden gepasseerd, dan zal het ontslag op staande voet vaak niet rechtsgeldig zijn.

Om zich behoorlijk te kunnen voorbereiden op een verhoor, zal de werkgever de werknemer tijdig in de gelegenheid moeten stellen om voor hem belastende documenten in te zien of beeld- of geluidsmateriaal te bekijken of te beluisteren. Het achterhouden van belastend materiaal of het uiteindelijke onderzoeksrapport betekent dat deze informatie veelal niet ter motivering van de dringende redenen kan worden gebruikt. De werknemer zou via de rechter afgifte van stukken kunnen vorderen om zijn verdediging te kunnen voorbereiden. De werkgever kan afgifte van stukken weigeren of beperken als de werknemer geen redelijk belang heeft of de wettelijk beschermde privacy van anderen in het geding komt.

Voorkom vertraging bij de uitvoering van onderzoek en besluitvorming

Een werkgever moet voortvarend handelen zodra hij op de hoogte is van een vermoeden van een gedraging van de werknemer die een dringende reden voor ontslag oplevert. De beperkte tijd die de werkgever zichzelf mag gunnen hangt af van de omstandigheden van het geval. Het gaat hierbij om een afweging van de ernst van de gedraging, de behoedzaamheid die bij het instellen van een nader onderzoek geboden is om geen onrust in het bedrijf van de werkgever te wekken, de eventuele noodzaak tot het inwinnen van rechtskundig advies en tot het verzamelen van bewijsmateriaal, en de door de werkgever in acht te nemen zorg om te vermijden dat, bij ongegrondheid van het vermoeden, de werknemer in zijn gerechtvaardigde belangen zou worden geschaad.

Leg het voorgenomen ontslagbesluit tijdig voor

Een ontslag op staande voet moet 'onverwijld' worden gegeven. Personeelszaken of de leidinggevende van de werknemer krijgt daarvoor niet meer dan de redelijkerwijs benodigde tijd om het voorgenomen besluit tot ontslag af te stemmen met de daartoe bevoegde hoogste baas.

Ontslag op staande voet moet passend en noodzakelijk zijn

Een ontslag op staande voet is de uiterste disciplinaire maatregel die de werkgever de werknemer kan opleggen bij een overtreding van zijn arbeidsverplichtingen. Daarom moet eerst beoordeeld worden of geen andere, lichtere sanctie moet worden opgelegd, te beginnen met een waarschuwing, opschorting van loonbetaling of schorsing.

Weeg belangen van werkgever en werknemer zorgvuldig tegen elkaar af

Bij de beoordeling van de vraag of van zodanige dringende reden sprake is, moeten de omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking worden genomen. Het gaat hier om de afweging van de volgende omstandigheden:

- de ernst van de gedraging;
- de duur van de arbeidsovereenkomst;
- de leeftijd en arbeidsmarktpositie van werknemer;
- zijn positie;
- de wijze van functioneren;
- de persoonlijke omstandigheden van werknemer;
- de gevolgen die een ontslag op staande voet voor de werknemer zou hebben.

De werkgever dient verder ook de bijzondere aard van de werkzaamheden, de bedrijfs-cultuur, de in de onderneming geldende en kenbaar gemaakte voorschriften en sanctiebeleid in zijn afweging te betrekken.

Omstandigheden die leiden tot dringende redenen moeten ieder voor zich voldoende zijn voor ontslag op staande voet

De feiten die ten grondslag liggen aan de dringende reden(en) moet ieder voor zich alsook tezamen voldoende ernstig zijn en een verdere voortzetting van de arbeidsovereenkomst onmogelijk of onaanvaard-

baar maken voor de werkgever. Indien slechts een gedeelte in rechte komt vast te staan van een door de werkgever als 'dringende reden' voor ontslag aan de werknemer medegedeeld feitencomplex, zal het ontslag niettemin kunnen gelden als te zijn verleend om een dringende, onverwijld medegedeelde reden. Dit geldt indien

- het wel vaststaande gedeelte op zichzelf beschouwd kan worden als een dringende reden voor ontslag op staande voet, en
- de werkgever heeft gesteld, en ook aannemelijk is, dat hij de werknemer ook op staande voet zou hebben ontslagen indien hij – anders dan hij blijkens de ontslag-aanzegging meende – daarvoor niet meer grond zou hebben gehad dan in rechte is komen vast te staan, en
- dit laatste voor de werknemer in het licht van de gehele inhoud van die aanzegging en de overige omstandigheden van het geval ook duidelijk moet zijn geweest.

De dringende reden voor het ontslag en het ontslag zelf moeten zo snel als mogelijk in een gesprek worden aangezegd

De werknemer moet, als dat kan, eerst in een gesprek duidelijk worden gemaakt wat hij in strijd met zijn plichten heeft gedaan of nagelaten en dat dit een dringende reden voor ontslag oplevert. Is de werknemer niet op het werk, dan moet hij zonodig voor een gesprek worden opgeroepen, zodat hij de gelegenheid wordt gegeven te reageren als dat nog niet eerder is gedaan. Reageert de werknemer niet op deze oproep dan is het zaak om te controleren waarom hij niet komt. Mogelijk verblijft de werknemer op een ander adres of verkeert hij in het buitenland. Voor zover de terugkomst van de werknemer moet worden afgewacht, kan de loonbetaling worden opgeschort. Is duidelijk dat de werknemer ook niet zal komen op een herhaalde oproep, dan kan het ontslag zonder verdere oproep schriftelijk worden bevestigd.

Duidelijke, volledige en foutloze ontslagbrief

De werknemer moet de omstandigheden die een dringende reden voor de werkgever opleveren kunnen herkennen en begrijpen. De werkgever zal de gedragingen van de werknemer moeten beschrijven en met welke bedrijfsregels die in strijd zijn. Voorts moet worden verwezen naar de uitkomsten van een mogelijk onderzoek waarbij de werknemer is gehoord. Verder moet de werkgever alle relevante omstandigheden opsommen, waaronder de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, die zijn afgewogen. Fouten in de ontslagbrief kunnen leiden tot een nietig ontslag.

Pas op met het benoemen van strafbare feiten. De werkgever zal dan moeten bewijzen dat voldaan is aan de delictomschrijving. Omstandigheden of feiten die eerst plaatsvinden na het uitgevoerde onderzoek en na mededeling van het ontslag op staande voet kunnen niet meegenomen worden als onderdeel van de dringende reden in de ontslagbrief.

Ontvangt de werknemer de ontslagbrief daadwerkelijk?

De ontslagbrief dient voor de werkgever als bewijs dat voldaan is aan het vereiste van 'onverwijld' mededeling van het ontslag aan de werknemer. Het is niet verstandig om de ontslagbrief eerst dagen later na de mondelinge ontslagaanzegging op te sturen aan de werknemer. De werknemer verkeert daarmee in een onzekere situatie over zijn ontslag en zou kunnen betwisten dat geen duidelijke onverwijld ontslagaanzegging heeft plaatsgevonden. Een ontslagbrief zal altijd aangetekend (met bericht van ontvangst) aan de werknemer op zijn juiste woon- of verblijfsadres moeten worden verzonden en met een kopie per gewone post. Nog beter is om de brief persoonlijk aan de werknemer te overhandigen en deze te laten tekenen voor ontvangst.

Duidelijke interne en externe communicatie

Voorkom een al te openlijke of onjuiste mededeling over de reden van ontslag of vertrek van de betreffende werknemer. Dit kan afbreuk doen aan de arbeidsrust in de onderneming en de reputatie van werkgever naar buiten. De werknemer zou kunnen overwegen om een vordering in te stellen tot rectificatie en schadevergoeding uit wanprestatie of onrechtmatige daad.

Tot slot

Een ontslag op staande voet is snel gegeven, maar daaraan gaat voor de werkgever wel een denk- en doeproces aan vooraf. Zorgvuldigheid is hierbij een absoluut vereiste. Check dus alle valkuilen waarin je als werkgever in een ontslagsituatie kunt belanden. ■

mr. M.D. Vis, advocaat arbeidsrecht & pensioenrecht, www.mariettevis.nl

Wet: art. 7: 611, 7: 628, 7:677, 7:678, 7:680, 7:681, 7: 683 BW; art. 6, 9 BBA; art. 27 WOR; art. 843a Rv

Jurisprudentie: HR 7-06-2002, nr. C00/222HR (LJN: AE0645); HR 21-10-1983 (NJ 1984, 296); Rb. Haarlem 12-02-2010, nr. 454326 / AO VERZ 10-78 (LJN: BM2041); Ktr. Rotterdam 18-01-2005, nr. 600463 VZ VERZ 04-7777/vw (JAR 2005/75); Gem. Hof NA en Aruba 16-06-2009, (LJN: BM3129); Gem. Hof NA en Aruba 20-04-2010, nr. EJ 2187/08; H-530/08 (LJN: BM3223); HR 14-12-2001, nr. C00/062HR (LJN: AD3959); HR 22-01-1982 (NJ 1982, 470); HR 16-04-2010, nr. 08/04609 (LJN: BL4086); HR 8-10-2004, C03/120HR (LJN: A09549); Rb. Arnhem 30-03-2010, nr. 668261 HA VERZ (LJN: BM3490); HR 4-02-1983 (NJ 1983, 543); HR 13-04-1984 (NJ 1985, 2); Gem. Hof van NA en Aruba 20-04-2010, nr. EJ 142/09 - H 174/09 (LJN: BM3120); Ktr. Breda 14-04-2010, nr. 543440 cv 09-3174 (LJN: BM2354); Hof Den Haag 6-04-2010, nr. 200.040.712/01 (LJN: BM1621); Rb. Haarlem 22-04-2010, 454326 / AO VERZ 10-78 (LJN: BM2041); Hof Amsterdam 15-12-2009, nr. 200.035.897 (LJN: BL8496); HR 12-02-1999 (NJ 1999, 643); Hof Den Bosch 30-03-2010, nr. HD 200.016.616 (LJN: BL9954); Hof Amsterdam 15-12-2009, nr. 200.035.897 (LJN: BL8496); HR 31-12-1993 (JAR 1994/31)

Bron: Prof. Mr. J.C. Loonstra en Prof. Mr. W.A. Zondag, SDU Commentaar Arbeidsrecht 2010

tip

VOORKOM HERHALING

Uit het ontslag kan lering worden getrokken. Het kan nodig zijn bedrijfsvoorschriften en sanctiebeleid aan te scherpen en nog eens duidelijk aan het personeel uit te leggen. Het personeel is dan weer eens goed gewaarschuwd.