

Zo komt u van een dwarse medewerker af

'Onlangs besteedde PersoneelsZaken aandacht aan de mogelijkheden die een werkgever heeft om een 'dwarse medewerker' weer in het gareel te krijgen. Ons bedrijf hakt met hetzelfde bijtje. Een werknemer vertoont negatief gedrag en volhardt daarin, ondanks onze inspanningen zoals correctiegesprekken, waarschuwingen en zelfs een tijdelijke schorsing. Na een recente harde confrontatie is voor ons de maat nu vol: wij willen hem liefst zo snel mogelijk ontslaan. Hoe kunnen we dat aanpakken?'

Om van een dwarse medewerker af te komen heeft u verschillende mogelijkheden, die hierna worden behandeld: 1) het ontslag op staande voet, 2) de ontbindingsprocedure voor zover vereist na een ontslag op staande voet, 3) de ontbinding wegens een dringende reden, 4) de voorwaardelijke opzegging en 5) het opzeggen van de arbeidsovereenkomst wegens verwijtbaar handelen of nalaten. De zogenoemde pro forma-ontbinding met vergoeding via de kantonrechter laten we buiten beschouwing, maar afhankelijk van de concrete omstandigheden kan dat natuurlijk ook een optie zijn.

1. Ontslag op staande voet

Het ontslag op staande voet is de zwaarste vorm van ontslag. Wilt u daartoe overgaan, dan moet er sprake zijn van een dringende reden waardoor van u in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsrelatie voort te zetten. Een ontslag op staande voet volgt vaak na een ernstig incident, bijvoorbeeld diefstal of fysiek geweld op de werkvloer. Het ontslag moet zowel subjectief als objectief dringend zijn. Objectief dringend wil zeggen, dat de aangevoerde reden voor een redelijk handelend en denkend mens begrijpelijk is. Met subjectieve dringendheid wordt tot uitdrukking gebracht dat degene die zich hierop beroept, moet laten blijken dat hij die dringende reden ook daadwerkelijk zo ervaart. Beide criteria lopen in elkaar over en voorts geldt: de subjectieve dringendheid vindt zijn beperking in de eis dat de dringende reden ook objectief dringend moet zijn. Zo werd bijvoorbeeld een werknemer beschuldigd van het lastigvallen van vrouwelijke klanten en om die reden op staande voet ontslagen, maar de rechtbank oordeelde het gedrag van de werknemer niet zodanig ernstig dat dit een dringende reden voor ontslag oplevert, hoe zwaar een werkgever ook aan dit gedrag kan tillen.

Belangrijke arresten

De Hoge Raad heeft zich in twee arresten, gewezen in 1999 en 2004, uitgesproken over de maatstaven die bij beoordeling van de dringende reden gelden. Centraal in de uitspraken van de Hoge Raad staat, dat het ontslag op staande voet vaak het gevolg is van een - soms jarenlange - keten van gebeurtenissen, waarbij uiteindelijk de laatste gebeurtenis de bekende druppel is die de

emmer doet overlopen. Om te kunnen beoordelen of het ontslag op staande voet al dan niet terecht is gegeven, moeten alle omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking worden genomen en niet uitsluitend de bewuste gebeurtenis. Tot die omstandigheden behoren in de eerste plaats de aard en ernst van wat de werkgever als dringende reden aanmerkt. Verder zijn onder meer van belang de aard van de dienstbetrekking, de duur daarvan en de wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld, alsmede de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals zijn leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem hebben. Ook als de gevolgen ingrijpend zijn, kan een afweging van de persoonlijke omstandigheden tegen de aard en de ernst van de dringende reden ertoe leiden dat een onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst toch gerechtvaardigd is. De vraag of de gevolgen van de beëindiging van de dienstbetrekking voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij beëindiging, moet daarom worden beantwoord in het kader van de vraag of er sprake is van een dringende reden.

TIP Het arrest van de Hoge Raad geeft aan welke criteria u in acht moet nemen om te beoordelen of er sprake is van een dringende reden die een ontslag op staande voet rechtvaardigt. Ook persoonlijke omstandigheden horen daarbij, maar dit moet de werknemer dan wel stellen.

Voorbeelden uit jurisprudentie

Voortbordurend op de arresten van de Hoge Raad hebben rechters de afgelopen jaren tal van uitspraken gedaan over het ontslag op staande voet. We geven enkele voorbeelden. Zo werd een ontslag op staande voet gerechtvaardigd geacht bij een werknemer die zich wegens overmatig alcoholgebruik ziek had gemeld en bij een verkoopster vanwege verduistering, ook al was in het laatste geval door een verborgen camera inbreuk gemaakt op haar privacy. Verder oordeelde de rechter dat een werknemer verplicht is na genezing van een ziekte zijn werk te hervatten en niet eerst de schriftelijke herstelverklaring hoeft af te wachten. Een ontslag op staande voet was ook toegestaan nadat een werknemer

bij herhaling niet voldeed aan een redelijke opdracht van de werkgever. Aangezien de werknemer er geen blijk van gaf zijn gedrag te willen verbeteren, kreeg de laatste overtreding het gewicht van een dringende reden.

Voorts is in de jurisprudentie uitgemaakt dat het uitoefenen van specifieke werkzaamheden, bijvoorbeeld in de beveiliging of bij een geldtransport, bijzondere eisen aan een werknemer stelt. Dit betekent echter niet dat het verzaken van een bijzondere zorgplicht zonder meer een dringende reden oplevert. De werkgever zal die omstandigheden specifiek moeten stellen en aantonen.

TIP Bovenstaande uitspraken maken duidelijk dat rechters weliswaar alle omstandigheden laten meetellen bij hun beslissing, maar daardoor is het in hoge mate onvoorspelbaar hoe een rechter in een concrete situatie oordeelt. Ga daarom niet over een nacht ijs als u een medewerker op staande voet wilt ontslaan, maar laat u begeleiden door uw juridisch adviseur of advocaat.

2. De voorwaardelijke ontbinding

Wanneer u een werknemer op staande voet heeft ontslagen, kan hij dat aanvechten bij de kantonrechter. Als de rechter hem gelijk geeft, is het ontslag nietig. De arbeidsovereenkomst is dan blijven bestaan, met als gevolg dat de werknemer wedertewerkstelling, loondoorbetaling en/of schadevergoeding kan eisen. Bij twijfel of u een werknemer terecht op staande voet heeft ontslagen, kunt u de kantonrechter verzoeken de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk te ontbinden. De voorwaardelijke ontbinding werkt als 'veiligheidsklep', omdat de arbeidsovereenkomst door de voorwaardelijke ontbindingsbeschikking toch tot een einde is gekomen, ook als de rechter het ontslag op staande voet niet valide acht. Als werkgever kunt u zich hiermee een tactisch voordeel verschaffen, omdat alle initiatieven met betrekking tot bijvoorbeeld het herstel van de arbeidsovereenkomst of de doorbetaling van loon bij de werknemer worden gelegd. In principe gelden voor de voorwaardelijke ontbinding dezelfde argumenten als bij het ontslag op staande voet (zie uitgebreid over de ontbinding voor zover vereist: PersoneelsZaken 9/2005, pag. 4).

3. Ontbinding wegens dringende reden

Een minder abrupte stap dan het ontslag op staande voet is het verzoek aan de kantonrechter om de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden te ontbinden. Het algemene criterium hierbij is dat de kwestie wel als ernstig wordt beschouwd, maar tegelijk onvoldoende ernstig om de werknemer op staande voet te ontslaan.

▣ lees verder op pagina 9

☐ *vervolg van pagina 8*

LET OP! Bij een ontbinding wegens dringende redenen gelden dezelfde gronden als bij het ontslag op staande voet, alleen ontbreekt de spoedeisendheid. Dit betekent niet dat u de zaak kunt laten sloffen, u moet voortvarend handelen.

Als de kantonrechter de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden ontbindt, zal hij geen vergoeding aan de werknemer toekennen. U moet wel het salaris doorbetalen tot het moment van de ontbinding. Het voordeel van deze aanpak is dat bij ontbinding het einde van de arbeidsovereenkomst definitief vaststaat. Overigens kan de kantonrechter besluiten dat er geen sprake is van een dringende reden maar wel van een gewichtige reden, waarna hij alsnog een vergoeding aan de werknemer kan toekennen.

4. De voorwaardelijke opzegging

Na een ontslag op staande voet kunt u ook aan de Centrale Organisatie voor Werk en Inkomen (CWI) vragen voorwaardelijk toestemming tot opzeggen te verlenen, waarna de arbeidsovereenkomst met inachtneming van de geldende opzegtermijn kan worden opgezegd. Bij een voorwaardelijke opzegging vermijdt u een mogelijke 'switch' van de werknemer dat hij (alsnog) berust in het ontslag op staande voet, maar een beroep doet op de onregelmatigheid en uit dien hoofde een schadevergoedingsprocedure start.

5. Ontslag wegens wangedrag via CWI

Op grond van het Ontslagbesluit kunt u aan de CWI toestemming vragen de arbeidsovereenkomst op te zeggen wegens disfunctioneren dan wel verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.

Disfunctioneren

De CWI verleent niet zomaar toestemming voor ontslag wegens disfunctioneren. Daaraan worden harde voorwaarden gesteld. Wanneer u disfunctioneren als grond voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst aanvoert, moet u kunnen aantonen dat de werknemer:

- A. in onvoldoende mate aan de gestelde functie-eisen voldoet *en*
- B. *derhalve* ongeschikt is voor zijn functie. Als hieraan is voldaan wordt de toestemming verleend indien:
- C. u deze ongeschiktheid aannemelijk heeft gemaakt, *en*
- D. is vastgesteld dat deze ongeschiktheid niet voortvloeit uit ziekte of gebreken van de werknemer, *en*
- E. de werkgever voldoende contact heeft gehad met de werknemer en serieus tracht verbetering teweeg te brengen in diens functioneren, *en*
- F. aannemelijk is dat het disfunctioneren van de werknemer niet toe te schrijven is aan onvoldoende zorg voor de arbeidsomstandigheden van de zijde van de werkgever.

Dit zijn zware eisen, maar in de praktijk blijkt dat disfunctioneren van een werknemer slechts zelden de enige reden voor het ontslag is. Wanneer u van oordeel bent dat de werknemer niet goed functioneert en verbeterpogingen niet het gewenste effect hebben, is de kiem voor een verstoorde arbeidsrelatie gelegd.

Verwijtbaar handelen of nalaten

In het Ontslagbesluit wordt verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer afzonderlijk als ontslaggrond genoemd. Een ont-

slagvergunning op die grond wordt slechts verleend wanneer u als werkgever aannemelijk maakt dat u haar terecht heeft aangevoerd en van u in redelijkheid niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

LET OP! U ziet de gelijkenis met de definitie van het begrip dringende reden. Aan verwijtbaar handelen van de werknemer worden echter niet zulke hoge eisen gesteld. Bij ontslag op staande voet is de ontslaggrond zodanig dringend dat onmiddellijke verbreking van de arbeidsrelatie geboden is, terwijl het aanvragen van een ontslagvergunning impliceert dat beëindiging van de arbeidsovereenkomst nog enige tijd uitgesteld kan worden.

Een belangrijk criterium is het 'aannemelijk maken'. Dit betekent dat u de omstandigheden voldoende concreet moet kunnen maken. Voorbeelden van verwijtbaar handelen zijn het handelen in strijd met voorschriften van de onderneming, het regelmatig te laat komen en werk weigeren, zoals een opdracht niet uitvoeren of onwettig verzuim.

Voorts kunnen onder het begrip verwijtbaar handelen worden gebracht het niet meewerken aan de reïntegratie en de vraag of er sprake is van strafbare feiten. Voor de goede orde merk ik op dat het Ontslagbesluit als afzonderlijk element naast ontslag noemt de mogelijkheid tot overplaatsing van de werknemer. ■

Mr. Frits Hommersom
post@hommersomadvocatuur.nl



COMMENTAAR

Mr. F.J. Hommersom
advocaat
Hommersom advocatuur
Utrecht

In *PersoneelsZaken 8/2005* heb ik naar aanleiding van een lezersvraag de disciplinaire maatregelen behandeld, die u als werkgever kunt nemen om 'dwarse medewerker' weer in het gareel te krijgen. Ik som ze nog eens kort op:

1. De waarschuwing of berisping, de meest eenvoudige sanctie die (mede) van belang is voor de dossiervorming.
2. Geldboete: mogelijk bij het negeren van bijvoorbeeld internetvoorschriften en overtreding van uiteenlopende voorschriften, die u als werkgever duidelijk in een reglement moet hebben vastgelegd.
3. Schorsing of non-actiefstelling: bedoeld

als afkoelings- of onderzoeksperiode om de aan de werknemer verweten gedragingen te onderzoeken en vaak dienend als voorportaal voor het ontslag op staande voet.

4. Aanpassing arbeidsvoorwaarden: hieronder vallen bijvoorbeeld de overplaatsing, functiewijziging en het intrekken c.q. verminderen van bonus of gratificatie.

Wanneer u een dwarse medewerker wilt ontslaan, moet u goed beslagen ten ijs komen. Om te beginnen moet u als werkgever kunnen aantonen dat u er alles aan heeft gedaan om de arbeidsrelatie te harmoniseren. Het is daarom van groot belang dat u adequate procedures creëert voor het behandelen van klachten, het begeleiden en toetsen van uw werknemers. Voorts moeten er in uw bedrijf duidelijke regle-

menten bestaan, waarin expliciet is bepaald wat de werknemer wel en niet is toegestaan inclusief de sancties bij overtreding. U moet deze reglementen consequent handhaven en werknemers bij overtreding in gelijke mate straffen.

Vanaf het moment dat u onregelmatigheden constateert moet u, bij voorkeur in het bijzijn van uw P&O-medewerker als getuige, de werknemer confronteren met uw bevindingen, deze gesprekken vastleggen en zorgen voor een zorgvuldige dossieropbouw. Alleen zo kunt u de kantonrechter of de CWI duidelijk maken wat de feiten zijn geweest die uiteindelijk tot het ontslag hebben geleid. Tevens kunt u dan aantonen dat terecht van u als werkgever niet meer gevergd kan worden het dienstverband voor te zetten.