

Kroniek e-grond: van onwil tot ontslag, wat mag?

mr. Michelle Kind en mr. Maarten Stekelenburg*

1. Inleiding

Een werkgever kan de arbeidsovereenkomst beëindigen op basis van verwijtbaar handelen of nalaten van een werknemer, zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, zo volgt uit artikel 7:669 lid 1 jo. lid 3 onder e BW. Deze zogenoemde e-grond is net als de andere redelijke gronden voor ontslag ontleend aan het Ontslagbesluit en de Beleidsregels UWV, zoals die golden tot 1 juli 2015.¹ Een uitzondering hierop is natuurlijk de combinatiegrond, die per 1 januari 2020 aan artikel 7:669 lid 3 BW is toegevoegd.

In de oude Beleidsregels UWV werd de huidige e-grond omschreven als een dringende reden-*light*. Het ontslag op staande voet is een uiterst middel en mag alleen worden ingezet als in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd dat hij de arbeidsovereenkomst laat voortduren, ook niet gedurende een ontbindingsprocedure. Volgens de Beleidsregels UWV hoefde verwijtbaar handelen of nalaten niet zodanig ernstig te zijn dat het een ontslag op staande voet rechtvaardigt, maar wel een beëindiging van de arbeidsovereenkomst op termijn. Deze vergelijking tussen de dringende reden en verwijtbaar handelen of nalaten ligt iets genuanceerder, zo overwoog de Hoge Raad (ook recent); verwijtbaarheid van de werknemer is namelijk geen vereiste voor het bestaan van een dringende reden.²

Als voorbeelden van verwijtbaar handelen of nalaten werden in de Beleidsregels UWV onder andere genoemd: onwettig verzuim, het weigeren een opdracht uit te voeren en regelmatig te laat komen.³ In de Beleidsregels UWV werd deze ontslaggrond duidelijk onderscheiden van de disfunctioneren-grond. Zo valt het onderscheid in de meeste gevallen samen met het onderscheid tussen enerzijds onkunde of onmacht (dis-

functioneren) en anderzijds onwil of moedwil (verwijtbaar handelen of nalaten).⁴

Tijdens de parlementaire behandeling van de Wwz is opnieuw uitgebreid stilgestaan bij verwijtbaar handelen of nalaten. Volgens de wetgever is het in beginsel aan de werkgever om te beoordelen of het verwijtbaar handelen of nalaten reden vormt voor ontslag. Daarbij zal de kantonrechter wel toetsen of de werkgever in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen. Dit zal bijvoorbeeld niet het geval zijn als de werkgever ten aanzien van de argumenten voor ontslag zelf ook een verwijt kan worden gemaakt.⁵ Daarmee onderscheidt de e-grond zich van andere ontslaggronden, zoals de a-grond en de g-grond, waarbij de werkgever wél grote invloed kan hebben op het ontstaan van de voldragen redelijke grond. Voorts moet het volgens de wetgever van tevoren duidelijk zijn wat de werkgever wel of niet toelaatbaar acht, tenzij de ontoelaatbaarheid evident is, zoals bij diefstal.⁶

Ook op het gebied van de – in de Wwz gecodificeerde – herplaatsingsplicht onderscheidt de e-grond zich van de andere ontslaggronden, nu uit artikel 7:669 lid 1 BW volgt dat herplaatsing niet in de rede ligt als sprake is van de e-grond. Een werkgever die een rechter kan overtuigen van een voldragen e-grond is daarmee een stap dichterbij zijn uiteindelijke doel: ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

2. Jurisprudentie 2015 – 2020

In dit artikel geven wij een analyse van de rechtspraak over de e-grond, afgezet tegen de invulling gegeven door het UWV. Voor dit artikel hebben wij alle vanaf 1 juli 2015 tot 1 februari 2020 gepubliceerde hogerberoepuitspraken over de e-grond bestudeerd en geanalyseerd. Latere uitspraken zijn niet verwerkt. De hoeveelheid en de casuïstische aard van de uitspraken in eerste aanleg zijn voor ons aanleiding geweest deze in dit artikel buiten beschouwing te laten. Wij hebben het handelen/nalaten van de werknemer dat kan kwalificeren als verwijtbaar onderverdeeld in de volgende categorieën:

* Michelle Kind en Maarten Stekelenburg zijn als advocaat werkzaam bij DingemansVanderKind. Zij danken mr. M.M.A. Kitsz voor haar bijdrage aan dit artikel.

1. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7, p. 43-45.

2. HR 3 maart 1989, *NJ* 1989, 549; HR 29 september 2000, *JAR* 2000/223 en HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:484 (Dräger).

3. UWV, *Ontslagprocedure UWV. Beleidsregels en regelgeving*, Den Haag: Sdu 2013, hoofdstuk 26, par. 4.

4. UWV, *Ontslagprocedure UWV. Beleidsregels en regelgeving*, Den Haag: Sdu 2013, hoofdstuk 26, par. 2.

5. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 45.

6. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 44-46.

- veronachtzaming plichten arbeidsovereenkomst en bedrijfsregels;
- schending re-integratieverplichtingen;
- onwettig verzuim of te laat komen;
- weigeren uitvoeren redelijke bevelen en opdrachten;
- zich schuldig maken aan een strafbaar feit;
- grensoverschrijdend gedrag.

Wij starten met het behandelen van de rechtspraak per categorie. Vervolgens gaan wij in op de factoren die in de rechtspraak als verzachtend worden aangemerkt.

3. Verwijtbaarheid per categorie

3.1. Veronachtzaming plichten arbeidsovereenkomst en bedrijfsregels

In het overgrote gedeelte van de beschikkingen waarin het hof oordeelde dat sprake was van een voldragen e-grond, handelde de werknemer in strijd met een concreet schriftelijk verbod of een concrete schriftelijke regel van de werkgever. Deze verboden of regels zijn opgenomen in de arbeidsovereenkomst zelf of in een bedrijfsregeling, zoals een personeelshandboek. Het gaat hier bijvoorbeeld om een geheimhoudingsbeding, een nevenwerkzaamhedenbeding of een rook- of drugsverbod.⁷ In de andere zaken had de werknemer zonder concrete regels of verboden moeten weten dat de gedraging ontoelaatbaar was. Een uitspraak van Hof Amsterdam is typerend in dit kader. In de zaak ging het om een beveiligingsmedewerker die een fotograaf liet struikelen tijdens wateroverlast.⁸ Hoewel de beveiligingsmedewerker geen concrete regels had overtreden, oordeelde het hof:

‘De genoemde gedraging houdt een zo vergaand tekortschieten van [werknemer] in en raakt zozeer de kern van zijn functie en verantwoordelijkheden dat van [werkgever] redelijkerwijs niet kon worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.’

Dat ook overtreding van niet expliciet uitgeschreven regels of plichten als verwijtbaar handelen of nalaten kan kwalificeren, lijkt ons logisch en wenselijk, omdat niet elke plicht en regel kan worden vervat in reglementen en bovendien niet alle werkgevers de omvang of capaciteit hebben om uitvoerige bedrijfsregels op te stellen. In de geanalyseerde rechtspraak zagen we in een enkel geval dat de in de parlementaire geschiedenis zo belangrijk geachte kenbaarheid van de (on)toelaatbaarheid van de gedraging naar de achtergrond werd gedrukt. Zo achtte Hof Den Bosch dat twee geconstateerde kasverschillen van een veerman, waarvoor hij geen verklaring kon geven, minimaal zijn ontstaan door de onwil van de

veerman om deugdelijk af te rekenen.⁹ Ondanks dat geen expliciete regels bestonden over de wijze van afrekenen en verduistering of diefstal niet werd bewezen (waarvan de ontoelaatbaarheid evident is), oordeelde het hof dat sprake was van een voldragen e-grond.

Een voorbeeld waarbij onduidelijkheid over de regels leidde tot het oordeel dat geen sprake was van een voldragen e-grond, was de zaak tussen een kliniek voor psychische gezondheid en een psychiatrisch verpleegkundige.¹⁰ De verpleegkundige had toegestaan dat een patiënt, die ernstige alcoholproblemen had, een glas wijn dronk. De verpleegkundige had hiervan vervolgens geen melding gemaakt, terwijl het voor de hand lag dat alcoholgebruik relevant was voor de behandeling van de patiënt. Binnen de kliniek bestonden regels, maar die omvatten met name open normen en geen concreet verbod op alcoholgebruik. Ook in de behandelplannen van de patiënt was niet opgenomen dat alcoholgebruik niet was toegestaan, waardoor het volgens het hof onvoldoende duidelijk was voor de verpleegkundige dat de patiënt geen alcohol mocht drinken.

3.2. Schending re-integratieverplichtingen

Artikel 7:671b lid 5 BW bepaalt dat de arbeidsovereenkomst alleen op de e-grond kan worden ontbonden in verband met het niet nakomen van de wettelijke re-integratieverplichtingen (zoals bedoeld in art. 7:660a BW), als aan drie aanvullende voorwaarden is voldaan. Uit de wetsgeschiedenis volgt – en in de rechtspraak is inmiddels bevestigd – dat deze voorwaarden cumulatief zijn.¹¹ Ten eerste geldt dat de werkgever de werknemer schriftelijk moet hebben gemaand tot nakoming van de re-integratieverplichtingen. Ten tweede moet de werkgever om die reden de loondoorbetaling hebben gestaakt. De werkgever dient de werknemer direct kennis te geven van het feit dat het loon niet zal worden betaald wegens het niet nakomen van een re-integratieverplichting.¹² Tot slot dient de werkgever te beschikken over een deskundigenverklaring, zoals bedoeld in artikel 7:629a BW, tenzij dit in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd.¹³

Het deskundigenoordeel moet een oordeel geven over vraag of de werknemer zijn re-integratieverplichtingen is nagekomen (art. 7:629a BW). Opvallend is een beschikking van Hof Den Haag. In deze zaak was het deskundigenoordeel in eerste instantie gericht op de re-integratie-inspanningen van de werkgever. Het deskundigenoordeel gaf echter feitelijk ook een oordeel over de re-integratie-inspanningen van de werknemer en daarom merkte het hof het aan als een deskundigenoordeel als bedoeld in artikel 7:671b lid 5 onder b BW. Hof

7. Hof Den Bosch 1 maart 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:850; Hof Amsterdam 30 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2823; Hof Den Bosch 28 juli 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:3346 en Hof Den Haag 1 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1868.
8. Hof Amsterdam 30 augustus 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3584.

9. Hof Den Bosch 2 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2160.

10. Hof Den Haag 4 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:849.

11. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 107; Hof Arnhem-Leeuwarden 8 juni 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:4868 en Hof Den Bosch 24 augustus 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3683.

12. *Kamerstukken II* 2013/14, 33988, nr. 3, p. 11-12.

13. Hof Den Bosch 1 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:3994.

Arnhem-Leeuwarden oordeelde daarentegen dat het feit dat in een deskundigenrapport een oordeel wordt gegeven over de belastbaarheid van de werknemer, niet betekent dat deze rapportage als een deskundigenoordeel in de zin van artikel 7:671b lid 5 onder b BW kan worden beschouwd. Een verklaring van een deskundige omtrent de verhindering van de werknemer om de bedongen of andere passende arbeid te verrichten is immers niet voldoende, aldus het hof.¹⁴ Verder moet het deskundigenoordeel naar het oordeel van de kantonrechter van een voldoende recente datum zijn.¹⁵ Hof Den Bosch heeft geoordeeld dat het deskundigenoordeel niet voor het eerst in hoger beroep kan worden overgelegd.¹⁶

Als vaststaat dat aan de drie cumulatieve voorwaarden is voldaan, zal een tweede hobbel moeten worden genomen. De kantonrechter zal moeten beoordelen of het schenden van de re-integratieverplichtingen verwijtbaar handelen vormt in de zin van artikel 7:669 lid 3 onder e BW. Het keer op keer niet thuis geven door de werknemer, ondanks de (diverse) loonsanctie(s), vormt volgens Hof Amsterdam verwijtbaar handelen/nalaten.¹⁷ Ook de werknemer die vanwege een ernstige psychische stoornis niet goed beseftte dat zij haar re-integratieverplichtingen zou schenden door haar vertrek naar het buitenland, kon zich niet aan haar re-integratieverplichtingen onttrekken door tijdens haar verblijf in het buitenland geen (direct) contact op te nemen met haar werkgever om te spreken over de re-integratie en handelde verwijtbaar.¹⁸ Interessant is ook de beschikking waarin Hof Den Haag oordeelde dat het herhaaldelijk weigeren om het gesprek aan te gaan over mediation door de werknemer, terwijl hij daartoe medisch gezien wel in staat was, als verwijtbaar handelen/nalaten kwalificeert. De stelling van de werknemer dat de mediation enkel gericht was op een 'exit' en er daarom geen sprake was van niet meewerken aan re-integratie, heeft het hof niet gevolgd.

3.3. Onwettig verzuim of te laat komen

Het zonder gegronde redenen afwezig zijn van werk kan onder omstandigheden een voldragen e-grond vormen. Arbeidsongeschiktheid kan een gegronde reden voor verzuim zijn. Daarbij geldt dat niet leidend is of de werkgever te goeder trouw heeft aangenomen dat de werknemer niet arbeidsongeschikt is. Leidend is of de werknemer feitelijk arbeidsongeschikt was, aldus de Beleidsregels UWV.¹⁹

In de Beleidsregels UWV werden enkele factoren genoemd die bij de beoordeling van de redelijkheid van het ontslag mee kunnen spelen, zoals onder andere fre-

quentie, eerdere waarschuwingen en duidelijke en consequente afspraken of interne regels.²⁰ De werknemer aan wie diverse keren, zowel mondeling als schriftelijk, is medegedeeld dat de werkgever een week, maar niet twee weken, vakantie wilde toestaan, handelde verwijtbaar volgens Hof Amsterdam.²¹ Ook de werknemer die veelvuldig te laat kwam, in strijd met het verzuimreglement handelde en om 15.00 uur in plaats van 9.00 uur is gestart met werken, nadat zijn leidinggevende een verzoek hiertoe had afgewezen, heeft ernstig verwijtbaar gehandeld, zo oordeelde Hof Den Bosch. De stelling van de werknemer dat hij te laat kwam vanwege medische redenen mocht hem niet baten, nu deze stelling volgens het hof onvoldoende was onderbouwd.²² Het liep niet goed af bij Hof Den Haag voor de werkgever die de werknemer heeft gevraagd om een verklaring voor de afwezigheid en na ontvangst van de verklaring heeft besloten de arbeidsovereenkomst te beëindigen, zonder eerst in gesprek te gaan met de werknemer. Belangrijk is dat de werkgever de werknemer eerst waarschuwt en wijst op de gevolgen van zijn onwettige verzuim, zo blijkt uit deze beschikking.²³

Uit voorgenoemde uitspraken volgt dat de relevante factoren, zoals opgenomen in de Beleidsregels UWV, nog steeds richtinggevend zijn. Een, wat ons betreft, andere relevante factor, die niet in de Beleidsregels UWV, maar wel in de rechtspraak is genoemd: de consequentie van het onwettige verzuim. Dat GVB haar varend en rijdend personeel te laat komen zwaar aanreken is terecht volgens Hof Amsterdam, omdat dit directe gevolgen heeft voor de reizigers en bovendien financiële consequenties heeft voor GVB.²⁴

3.4. Weigeren uitvoeren redelijke bevelen of opdrachten

Er moet sprake zijn van een redelijk bevel of redelijke opdracht voor een voldragen e-grond. Bij de beoordeling of een bevel of opdracht redelijk is, dient de werkgever ook de belangen van de werknemer mee te laten wegen. Zo oordeelde Hof Arnhem-Leeuwarden dat van de werknemer niet kon worden gevraagd dat zij zich per fiets naar haar nieuwe werklocatie zou vervoeren, hoewel de nieuwe werklocatie binnen haar werkregio viel. Toch oordeelde het hof dat sprake was van verwijtbaar handelen, omdat de werknemer zelf geen enige poging heeft gedaan om te onderzoeken of zij haar nieuwe werklocatie met het openbaar vervoer kon bereiken, waardoor de omstandigheid dat geen invulling aan haar arbeidsovereenkomst kan worden gegeven aan de werknemer te wijten is.²⁵

De omstandigheid dat een bevel van de werkgever niet redelijk is, leidt er overigens niet toe dat het gerecht-

14. Hof Arnhem-Leeuwarden 8 juni 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:4868.

15. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 107 en Hof Arnhem-Leeuwarden 8 juni 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:4868.

16. Hof Den Bosch 24 augustus 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3683.

17. Hof Amsterdam 18 juni 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2055; Hof Amsterdam 19 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2964.

18. Hof Den Haag 24 juli 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1761.

19. UWV, *Ontslagprocedure UWV. Beleidsregels en regelgeving*, Den Haag: Sdu 2013, hoofdstuk 26, par. 4.

20. UWV, *Ontslagprocedure UWV. Beleidsregels en regelgeving*, Den Haag: Sdu 2013, hoofdstuk 26, par. 4.

21. Hof Amsterdam 31 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4432.

22. Hof Den Bosch 19 januari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:135.

23. Hof Den Haag 29 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2873.

24. Hof Amsterdam 11 september 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3457.

25. Hof Arnhem-Leeuwarden 12 juni 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:5633.

vaardigd is dat de werknemer in strijd met het ‘niet redelijke’ bevel handelt. Hof Den Haag oordeelde dat de omstandigheid dat een werkgever een ziekmelding van de werknemer niet accepteert, nog geen eigenrichting van de werknemer rechtvaardigt. Nadat de werkgever de werknemer te kennen gaf dat zij niet bereid was het loon van de werknemer te betalen, heeft de werknemer zichzelf toegang tot het UWV-portaal verschaft en verzorgde hij zelf de ziekmelding bij het UWV. De werknemer had de weigering, desnoods met de hulp van een advocaat, via de daartoe bestaande procedures moeten aanvechten, maar een en ander rechtvaardigt geen eigenrichting, aldus het hof.²⁶

3.5. Strafbaar feit

Het plegen van diefstal is evident onaanvaardbaar gedrag, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis.²⁷ Wij hebben maar weinig uitspraken gezien waarin het hof zijn vingers heeft willen branden aan het gebruik van strafrechtelijke kwalificaties, zoals diefstal, bij toewijzing van een ontbindingsverzoek op de e-grond.²⁸ De handelingen van de werknemer worden vaak zo feitelijk mogelijk beschreven, zo wordt bijvoorbeeld geoordeeld over het meenemen, wegnemen of het zich toe-eigenen van goederen.²⁹

Een (onherroepelijke) strafrechtelijke veroordeling is overigens voor ontbinding op de e-grond wegens het plegen van een strafbaar feit niet vereist, zo blijkt uit een beschikking van Hof Amsterdam. De werknemer werd ervan verdacht strafbare feiten te hebben gepleegd door gebruikmaking van zijn positie op Schiphol. De werknemer was in eerste aanleg strafrechtelijk veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van 24 maanden. Omdat hoger beroep was ingesteld, was het vonnis nog niet in kracht van gewijsde gegaan. Er was dus enkel sprake van een strafrechtelijke verdenking. Het hof oordeelde, naar onze mening terecht, dat deze strafrechtelijke verdenking, gezien de ernst van de strafbare feiten in combinatie met de vertrouwensfunctie van de werknemer, verwijtbaar handelen vormt in de zin van artikel 7:669 lid 3 onder e BW.³⁰ De civiele procedure staat immers los van de strafrechtelijke procedure. Het civielrecht hanteert ook een andere bewijsnorm dan het strafrecht.³¹

Bij de beoordeling of het plegen van een strafbaar feit kan leiden tot ontbinding op de e-grond zijn verschillende omstandigheden van belang, zo blijkt uit de rechtspraak. Allereerst de functie van de werknemer. Het feit dat de werknemer een leidinggevende functie heeft en het feit dat de werknemer in het bijzijn van onderge-

schikten de regels van zijn werkgever heeft overtreden, heeft Hof Amsterdam – in twee verschillende beschikkingen die op dezelfde dag zijn gegeven – meegenomen in de beoordeling dat sprake was van (ernstig) verwijtbaar handelen.³² Ook de ambulanceverpleegkundige die illegale medicatie (Kamagra-pillen) aan haar collega-chauffeurs heeft verstrekt, had in haar functie beter moeten weten, aldus Hof Arnhem-Leeuwarden.³³

Een andere relevante factor die genoemd wordt in de rechtspraak is de mate waarin de werknemer openheid van zaken heeft gegeven.³⁴ Zo had voorgenoemde ambulanceverpleegkundige niet alleen onjuiste/onvolledige informatie verstrekt aan haar werkgever, maar ook haar handelwijze en de tegen haar aanhangig gemaakte strafzaak gebagatelliseerd. Dit was volgens het hof een relevante omstandigheid.³⁵ Ook van de PGB-zorgverlener die de bankpas van een zorgbehoefte heeft gebruikt voor privétransacties, mocht (zonder twijfel) worden verwacht dat zij openheid van zaken had gegeven, aldus Hof Arnhem-Leeuwarden.³⁶

Tot slot blijkt uit de rechtspraak dat tevens de volgende omstandigheden relevant kunnen zijn: de aanwezigheid van concrete regels,³⁷ of de werknemer in de gelegenheid is geweest het goed uit eigen beweging terug te geven,³⁸ de frequentie van de handelingen van de werknemer³⁹ en of de werknemer voordeel heeft genoten door zijn handelen.⁴⁰

3.6. Grensoverschrijdend gedrag

In veel zaken waarbij grensoverschrijdend gedrag ten grondslag ligt aan het ontbindingsverzoek van de werkgever, kan de werkgever niet terugvallen op bedrijfsregelingen zoals een gedragscode. Zoals uit de parlementaire geschiedenis volgt, moet in dat geval de ontoelaatbaarheid van de gedraging evident zijn. In hoeverre een gedraging evident ontoelaatbaar is, hangt nauw samen met de ernst van de gedraging. Hiervoor blijkt relevant: de soort handeling, de functie van de werknemer en tegen wie de handeling is gericht.

Ongewenste fysieke aanraking of fysieke bedreiging wordt in de geanalyseerde rechtspraak als ernstig beschouwd en leidt vrijwel altijd tot een voldragen e-

26. Hof Den Haag 30 april 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:916.

27. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 44-46.

28. Hof Arnhem-Leeuwarden 17 november 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10329.

29. Hof Amsterdam 23 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3867; Hof Amsterdam 23 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3866 en Hof Den Haag 15 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3325.

30. Hof Amsterdam 15 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3291.

31. J.H. Even, noot bij Hof Amsterdam 15 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3291, AR-Updates.nl 2018-0357.

32. Hof Amsterdam 23 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3867 en Hof Amsterdam 23 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3866.

33. Hof Arnhem-Leeuwarden 2 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:719.

34. Hof Arnhem-Leeuwarden 17 november 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10329.

35. Hof Arnhem-Leeuwarden 2 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:719.

36. Hof Arnhem-Leeuwarden 4 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1967.

37. Hof Arnhem-Leeuwarden 28 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:707; Hof Amsterdam 23 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3867 en Hof Amsterdam 23 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3866.

38. Hof Arnhem-Leeuwarden 17 november 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10329.

39. Hof Arnhem-Leeuwarden 28 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:707.

40. Hof Arnhem-Leeuwarden 28 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:707 en Hof Arnhem-Leeuwarden 4 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1967.

grond.⁴¹ Zo leidt aanraking van billen en borsten van collega's tot een voldragen e-grond, zelfs als binnen de organisatie van werkgever lossere omgangsvormen gelden en de collega's (ogenschijnlijk) geen problemen zouden hebben met de aanraking.⁴² Ook seksuele intimidatie lijkt door de hoven te worden aangemerkt als een ernstige vorm van grensoverschrijdend gedrag.⁴³ Verder blijkt uit de geanalyseerde rechtspraak dat het bekleden van een verantwoordelijke functie relevant is bij de vraag of grensoverschrijdend gedrag leidt tot een voldragen e-grond, zeker als de werknemer de gedraging richt tegen personen voor wie hij of zij verantwoordelijk is, zoals studenten of ondergeschikte medewerkers.⁴⁴ Als de ontoelaatbaarheid van de gedraging minder evident is, is van belang dat de werknemer is gewaarschuwd alvorens de werkgever overgaat tot het starten van een ontbindingsprocedure.⁴⁵

4. Overige relevante omstandigheden

In het voorgaande hebben wij omschreven hoe de hoven invulling geven aan de grond verwijtbaar handelen of nalaten. Voor een goed beeld van deze redelijke grond is in onze ogen voorts relevant in hoeverre bij de beoordeling van de e-grond omstandigheden een rol spelen die niet direct betrekking hebben op het handelen of nalaten van de werknemer, zoals persoonlijke omstandigheden en de bedrijfscultuur.

Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten, kunnen alle relevante omstandigheden een rol spelen, ook als deze omstandigheden geen verband houden met de gedragingen van de werknemer die ten grondslag zijn gelegd aan het ontbindingsverzoek.⁴⁶ De mogelijkheden om bijvoorbeeld persoonlijke omstandigheden van een werknemer in de beoordeling te betrekken lijken daarmee ruimer dan bij de beoordeling van de vraag of sprake is van ernstig verwijtbaar handelen. De Hoge Raad oordeelde in 2019 immers dat omstandigheden van het geval, waaronder persoonlijke omstandigheden, slechts van belang

zijn voor de vraag of sprake is van ernstige verwijtbaarheid voor zover deze omstandigheden van invloed zijn geweest op het handelen of nalaten van de werknemer dat tot het ontslag heeft geleid.⁴⁷ Nog vóór deze beschikking gaven Sagel en Van Haeringen in dit tijdschrift al een aantal voorbeelden van persoonlijke omstandigheden die van invloed zouden kunnen zijn op de verwijtbaarheid van het gedrag van de werknemer.⁴⁸ Zo noemden Sagel en Van Haeringen het voorbeeld van de diefstal van een kinderboek. Zij stelden, in onze ogen terecht, dat het in dit geval voor de verwijtbaarheid zeker uitmaakt of de diefstal werd gepleegd door een laaggeschoolde, enigszins verstandelijk beperkte werknemer met schuldenproblematiek en een meervoudig gehandicapt kind of door een financieel directeur die het boekje meeneemt voor het gezonde zoontje van zijn minnares. Hoewel de tegenstellingen in dit voorbeeld scherp tegen elkaar zijn afgezet, geeft het wel een duidelijk inzicht in persoonlijke omstandigheden die direct van invloed (kunnen) zijn op het handelen of nalaten dat de werknemer wordt verweten. Uit onze analyse blijkt dat persoonlijke omstandigheden die géén verband houden met het handelen of nalaten van de werknemer en dus geen directe invloed hebben op de verwijtbaarheid van dit gedrag, zoals de lengte van het dienstverband,⁴⁹ het goed functioneren⁵⁰ en leeftijd⁵¹ ook niet van (doorslaggevende) betekenis zijn bij de beoordeling van de e-grond. Op basis van de door ons geanalyseerde rechtspraak lijkt het erop dat de invloed van persoonlijke omstandigheden op de verwijtbaarheid in het kader van de e-grond niet of nauwelijks afwijkt van de invloed die persoonlijke omstandigheden dienen te hebben bij de beoordeling van ernstige verwijtbaarheid, zoals de Hoge Raad dat in 2019 formuleerde. Een beschikking die in dit kader het vermelden waard is, is van Hof Den Haag. Het hof achtte de bedrijfscultuur van groot belang voor de beoordeling van de e-grond, ook al hield deze omstandigheid géén direct verband met het handelen of nalaten van de werknemer. In die zaak werd relevant geacht dat werknemers veel vrijheid werd gegund en zij werden gestimuleerd om *out of the box* te denken. Het hof concludeerde dat 'de kans dat beslissingen worden genomen door [werknemers] die achteraf onjuist of minder gelukkig waren, daardoor toeneemt en daarmee – in enige mate – is ingecalculeerd'.⁵²

41. Hof Den Haag 24 augustus 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2722; Hof Den Bosch 2 mei 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1649; Hof Amsterdam 21 augustus 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3033; Hof Amsterdam 8 mei 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1658; Hof Arnhem-Leeuwarden 18 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6726.
42. Hof Den Haag 13 februari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:223.
43. Hof Arnhem-Leeuwarden 23 februari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1561 en Hof Arnhem-Leeuwarden 18 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6726.
44. Hof Den Bosch 21 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2705; Hof Den Bosch 2 mei 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1649; Hof Arnhem-Leeuwarden 18 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6726.
45. Hof Den Haag 21 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3676 en Hof Den Bosch 28 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2817.
46. *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, F (motie-Backer); UWV, *Ontslagprocedure UWV. Beleidsregels en regelgeving*, Den Haag: Sdu 2013, hoofdstuk 26, par. 2; E. Verhulp, noot bij HR 8 februari 2019, *NJ* 2019/308.

47. HR 8 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:203 (Woondroomzorg).
48. S. Sagel & R. van Haeringen, 'De dringende reden en ernstige verwijtbaarheid; twee afwegingen op basis van de omstandigheden van één geval', *TvO* 2018/04. Sagel & Van Haeringen gaan in dit artikel in op persoonlijke omstandigheden die van invloed zouden kunnen zijn op de vraag of sprake is van ernstige verwijtbaarheid. Deze omstandigheden kunnen in onze ogen evengoed relevant zijn in het kader van de beoordeling van de e-grond.
49. Hof Arnhem-Leeuwarden 22 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6005; Hof Amsterdam 23 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3867; Hof Amsterdam 23 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3866 en Hof Den Haag 18 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3731.
50. Hof Den Haag 18 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3731.
51. Hof Arnhem-Leeuwarden 22 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6005 en Hof Den Haag 18 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3731.
52. Hof Den Haag 4 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:849.

5. Conclusie

Na vijf jaar Wwz-rechtspraak kan worden geconcludeerd dat de wijze waarop door hoven invulling wordt gegeven aan de e-grond nauwelijks afwijkt van de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever achter deze ontslaggrond, zoals onder meer blijkt uit de parlementaire geschiedenis. Zo is duidelijk dat de nadruk die de wetgever heeft gelegd op de kenbaarheid van het gedrag dat een werkgever wel of niet toelaatbaar acht, in de praktijk ook een zeer belangrijke rol speelt. Als het gewenste en ongewenste gedrag niet door de werkgever in een duidelijke regel is vervat, is belangrijk dat een werkgever de werknemer van tevoren heeft gewaarschuwd (tenzij sprake is van een evidente ontoelaatbaarheid), zodat op die manier voor werknemer kenbaar is dat zijn of haar gedrag niet toelaatbaar is.

Verder onderscheiden de geanalyseerde uitspraken waarin het ontbindingsverzoek op de e-grond werd toegewezen zich heel duidelijk van disfunctioneren-zaken. Bij disfunctioneren gaat het om wel willen maar niet kunnen, terwijl het bij verwijtbaar handelen/nalaten gaat om onwil of moedwil.

Omstandigheden die volgens de Beleidsregels UWV en de parlementaire geschiedenis wél relevant (kunnen) zijn voor de beoordeling van de e-grond, maar in de praktijk van weinig doorslaggevend belang blijken, zijn de persoonlijke omstandigheden van de werknemer en de blaam die de werkgever treft bij het ontstaan van de omstandigheden die ten grondslag liggen aan het verwijtbare gedrag van de werknemer. Juist deze laatste omstandigheid kan van groot belang zijn voor werknemers die geconfronteerd worden met een ontbindingsverzoek op de e-grond. De wetgever was op dit punt duidelijk: een kantonrechter kan niet overgaan tot ontbinding op de e-grond als de werkgever zelf ook een verwijt valt te maken ten aanzien van de gronden voor ontslag.