

ANNOTATIE

Onverwijldheid vs. zorgvuldigheid bij ontslag op staande voet

Mr. V.M. van Erpers Roijaards

Annotatie bij Rechtbank Rotterdam, 13-09-2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7739 (AR-2022-1073)

Inleiding

Enerzijds wordt van een werkgever de nodige voortvarendheid verwacht bij een ontslag op staande voet, anderzijds moet een werkgever – op grond van goed werkgeverschap – zorgvuldigheid in acht nemen jegens een werknemer. Handelt een werkgever niet voortvarend genoeg bij het geven van een ontslag op staande voet, dan bestaat het risico dat het ontslag wordt vernietigd omdat het niet onverwijld is gegeven. De vraag is of de voortvarendheid die een werkgever moet betrachten niet ten koste gaat van de in acht te nemen zorgvuldigheid.

Aan de hand van de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 13 september 2022^[1] bespreek ik hoe de eis van onverwijldheid en zorgvuldigheid zich tot elkaar verhouden, specifiek met betrekking tot een door een werkgever ingesteld onderzoek naar het vermoeden van een dringende reden.

Uitspraak rechtbank Rotterdam

Feiten

Wat was er aan de hand?^[2] Werknemer trad per 1 september 2011 in dienst bij Rotterdam Rail Feeding B.V. (RRF) in de functie van directeur Finance EU. Samen met X (in de uitspraak aangeduid als [naam 1]) maakte werknemer onderdeel uit van het management van RRF. Werknemer was daarnaast statutair bestuurder van vier zustervennootschappen van RRF.^[3]

RRF verzorgt goederenvervoer over het spoor en rangeerdiensten voor spoorwegondernemingen in Nederland en Duitsland. RRF verricht haar werkzaamheden in de Rotterdamse haven en meer specifiek op het emplacement Waalhaven Zuid. Voor de toegang en het gebruik van het Nederlandse spoorwegennet heeft RRF een zogeheten toegangsovereenkomst gesloten met ProRail.[4]

Op 13 september 2019 werd het emplacement Waalhaven Zuid met onmiddellijke ingang gesloten voor treinen met gevaarlijke stoffen vanwege veiligheidsproblemen. Als gevolg van deze sluiting (de ‘Waalhavenbeperking’) moesten treinen worden omgeleid naar andere emplacementen in het Rotterdamse havengebied en dus een langere afstand afleggen. Om dat te ondervangen heeft RRF extra middelen moeten inzetten, waaronder het uitvoeren van extra diensten (waarvoor extra machinisten nodig waren).[5] Naar aanleiding hiervan bood ProRail een compensatieregeling aan RRF aan.[6]

Op 5 oktober 2020 trok een voormalig machinist bij ProRail aan de bel nadat hij in opdracht van RRF de facturen van zijn gewerkte diensten moest voorzien van een onjuiste omschrijving, waardoor – met het oog op het verkrijgen van een hogere compensatie – de gefactureerde kosten (ten onrechte) werden verbonden aan de Waalhavenbeperking.[7]

Na inschakeling van Hoffmann Bedrijfsrecherche om de beschuldiging nader te onderzoeken, heeft ProRail bij brief van 12 april 2021 RRF in kennis gesteld van haar bevindingen omtrent de facturen van RRF met een onjuiste omschrijving. Naar aanleiding hiervan is op 3 mei 2021 opdracht gegeven tot een intern onderzoek bij RRF. Dit onderzoek ving medio mei 2021 aan. Op 11 februari 2022 is het definitieve onderzoeksrapport uitgebracht.[8] Vervolgens heeft Genesee & Wyoming UK Europe Limited (GW UK) – enig aandeelhouder van RRF – bij brief van 23 februari 2022 aan werknemer bericht dat zij voornemens is hem op staande voet te ontslaan. Werknemer is bij die brief uitgenodigd voor de aandeelhoudersvergadering van RRF en de vier zustervennootschappen op 11 maart 2022, waar het voorgenomen ontslagbesluit als agendapunt is opgenomen. Werknemer is bij deze brief eveneens vrijgesteld van werkzaamheden.[9]

Aan het ontslag op staande voet heeft GW UK – samengevat – ten grondslag gelegd dat werknemer in zijn functie als financieel directeur een – actieve – rol had bij de geconstateerde onregelmatigheden in de facturen op grond waarvan RRF probeerde extra compensatie van ProRail te krijgen voor de Waalhavenbeperking en in dat verband ook actief opdroeg aan de machinisten om onjuiste omschrijvingen op te nemen op hun facturen.[10]

Tijdens de aandeelhoudersvergadering van 11 maart 2022 is het besluit genomen werknemer te ontslaan als werknemer van RRF en als statutair bestuurder van de vier

zustersverenigingen (en aan X als statutair bestuurder van RRF en de vier zustersverenigingen). Bij brief van 16 maart 2022 heeft RRF het ontslag op staande voet aan werknemer bevestigd.[11]

Werknemer heeft berust in het gegeven ontslag en vraagt in deze procedure alleen om toekenning van verschillende vergoedingen met betrekking tot het einde van zijn dienstverband. Hieraan heeft werknemer ten grondslag gelegd dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is, onder meer omdat het ontslag niet onverwijld zou zijn gegeven.[12]

Oordeel

Bij de beoordeling of het ontslag op staande voet rechtsgeldig is gegeven, loopt de rechtbank de vereisten voor ontslag op staande voet af, zoals neergelegd in artikel 7:677 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW). Artikel 7:677 lid 1 BW bepaalt dat zowel werkgever als werknemer bevoegd is de arbeidsovereenkomst (1) onverwijld op te zeggen (2) om een dringende reden, (3) onder onverwijld mededeling van die reden aan de wederpartij.

Met betrekking tot de eis van onverwijldheid (onder (1)), heeft de rechtbank Rotterdam geoordeeld dat hieraan niet is voldaan, nu het ingestelde (interne) onderzoek niet met de nodige voortvarendheid is verricht. Het onderzoek werd met de nodige vertraging pas na negen maanden afgerond. Het ontslag op staande voet werd daarmee ook pas na die negen maanden gegeven. De redenen die RRF voor de vertraging had gegeven volstonden niet, aldus de rechtbank Rotterdam:[13] *‘De door haar [RRF] opgevoerde redenen – drukte aan de kant van de werknemers van RRF, vakantie en ziekte van zowel de werknemers als de onderzoekers en het ontvangen van data dumps wat veel tijd kostte om te ontcijferen – rechtvaardigen dat niet. Daarmee is onvoldoende verklaard waarom, terwijl het onderzoek al vanaf mei 2021 liep, relevante mailberichten pas eind augustus en medio oktober 2021 met de onderzoekers werden gedeeld en waarom de interviews met [naam 1] en [naam verzoeker] pas in oktober 2021 hebben plaatsgevonden. Deze omstandigheden getuigen niet van een voortvarend onderzoek. Dat in december 2021, na inbeslagname van stukken door het OM, aan het licht kwam dat [naam 1] en [naam verzoeker] niet alle (relevante) mailberichten aan de onderzoekers hadden verstrekt, leidde weliswaar tot een (nog) langere duur van het onderzoek maar doet er niet aan af dat het onderzoek op dat moment al onnodig lang duurde. [naam verzoeker] stelt terecht dat die vertraging voor rekening komt van RRF.’*

Commentaar

Juridisch kader

Zoals hierboven reeds opgemerkt, dient een ontslag op staande voet onverwijld te worden gegeven, waarbij ook de reden(en) van het ontslag onverwijld dien(t)(en) te worden meegedeeld. In de wetsgeschiedenis is verduidelijkt dat een korte tijdspanne tussen de opzegging en de ontslagmededeling evenwel is toegestaan.[14]

Bij de afweging of een ontslag op staande voet onverwijld is gegeven, komt het aan op de omstandigheden van het geval. In de jurisprudentie zijn hiervoor de volgende handvatten gegeven:[15]

- (a) de aard en omvang van een eventueel noodzakelijk onderzoek;
- (b) de behoedzaamheid die bij het instellen van een dergelijk onderzoek kan zijn geboden;
- (c) het verzamelen van bewijsmateriaal;
- (d) voorkomen van onrust in het bedrijf;
- (e) de eventuele noodzaak tot het inwinnen van rechtskundig advies; en
- (f) de door een werkgever in acht te nemen zorg om te vermijden dat bij een ongefundeerd vermoeden een werknemer in zijn belangen wordt geschaad.

Een werkgever kan dus een onderzoek instellen als enig vermoeden is ontstaan van een dringende reden om zich van de juistheid van dit vermoeden te verzekeren. Daarmee voorkomt hij dat een werknemer ten onrechte en op basis van onjuist gebleken verdenkingen op staande voet wordt ontslagen. Uit de jurisprudentie valt af te leiden dat een werkgever bij een ontslag op staande voet tijd mag nemen voor een zorgvuldig onderzoek.[16] Deze zorgvuldigheidsplicht, voortvloeiende uit de norm van goed werkgeverschap, komt ook tot uitdrukking in bovengenoemde overwegingen. Daar staat tegenover dat het onderzoek voortvarend moet worden ingesteld en afgerond. Met andere woorden: het onderzoek mag niet langer duren dan nodig is.

Voorts heeft de Hoge Raad geoordeeld dat op het moment dat een werkgever overgaat tot ontslag op staande voet, de dringende reden die ten grondslag ligt aan dit ontslag nog niet onomstotelijk hoeft vast te staan. Een werkgever hoeft pas in de procedure waarin een werknemer het ontslag aanvecht en de dringende reden betwist, bewijs te leveren van de dringende reden.[17] In lijn met deze overweging heeft de rechtbank Rotterdam in onderhavige procedure overwogen dat op het tijdstip dat het ontslag op staande voet wordt gegeven '*[s]prake moet zijn van een geïndividualiseerd en geconcretiseerd vermoeden, dat wil*

zeggen een redelijke mate van duidelijkheid over welke werknemer het betreft en de feitelijke grondslag die het bestaan van een dringende reden voor ontslag van die werknemer redelijkerwijs aannemelijk maakt.’[18] Vanaf dat moment dient de opzeggende partij onverwijld over te gaan tot het ontslag op staande voet (waarbij hij enig, maar niet veel, respijt heeft).[19]

Met betrekking tot de hierboven genoemde onverwijld mededelingseis volgt uit een recente uitspraak van de Hoge Raad van 23 september 2022[20] dat de letterlijke tekst van een ontslagbrief niet steeds van doorslaggevend betekenis is. Het gaat erom of het voor een werknemer duidelijk is welke dringende reden tot de opzegging heeft geleid. Het gerechtshof Den Haag[21] oordeelde in die zaak dat de vermelde redenen voor het ontslag op staande voet geen afzonderlijke, cumulatief geformuleerde, ontslagredenen vormden, maar dat sprake was van een samenhangend feitencomplex dat aan de werknemer werd verweten. Dat in een dergelijk geval maar een gedeelte van de aan een werknemer meegedeelde redenen voor ontslag komt vast te staan, kan niettemin ertoe leiden dat het ontslag geldt als te zijn verleend om een dringende, onverwijld meegedeelde reden.[22]

Bij de beoordeling van de onverwijldheid van het ontslag komt het dus uiteindelijk erop neer dat een werkgever kan uitleggen waarom een ontslag op staande voet niet eerder mogelijk was en – in het verlengde daarvan – waarom een eventueel ingesteld onderzoek een bepaalde tijd in beslag heeft genomen. Steeds geldt dat met de nodige voortvarendheid moet worden gehandeld. Hierop is het in de onderhavige uitspraak voor RRF nu juist misgegaan.

Onverwijldheid vs. zorgvuldigheid

Hoewel een onderzoek van negen maanden erg lang is, kan hierbij wel de vraag worden gesteld hoe zich dit verhoudt tot de in acht te nemen zorgvuldigheid.[23] Een werkgever zal immers onderzoek moeten doen naar de feiten die het vermoeden geven tot een ontslag op staande voet. De zorgvuldigheid is immers een van de factoren die een rol spelen bij de vraag of het ontslag onverwijld is gegeven.

Had RRF in het onderhavige geval het onderzoek niet moeten afwachten en in plaats daarvan – naar aanleiding van de brief van ProRail aan RRF van 12 april 2021[24] – moeten overgaan tot ontslag op staande voet zonder verder onderzoek? Dat de dringende reden nog niet vast hoeft te staan (een concreet vermoeden is immers voldoende) en dat een werkgever in een eventuele latere procedure (aanvullend) bewijs kan leveren, bevestigen een dergelijke conclusie. Er lijkt hier dus een spanningsveld te ontstaan tussen aan de ene kant de eis van zorgvuldigheid (de onderzoeksplicht) en aan de andere kant de eis van onverwijldheid, waarbij blijkt dat de zorgvuldigheid van het onderzoek ten koste kan gaan van de voortvarendheid die de eis van onverwijldheid stelt.

De vraag is in hoeverre dit spanningsveld strookt met de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht, in het bijzonder gelet op de impact van een ontslag op staande voet voor een werknemer (zoals per direct stopzetting van het loon en geen recht op een WW-uitkering). Zou tegen die achtergrond de eis van zorgvuldigheid niet voor moeten gaan op die van onverwijldheid in plaats van dat ze daar onderdeel van is?[25] In dit verband heeft een werkgever bovendien de mogelijkheid een werknemer voor de periode van de (extra) duur van het onderzoek – al dan niet met stopzetting van loondoorbetaling – te schorsen.[26] Daarmee kan al worden bewerkstelligd dat een werknemer niet meer aanwezig is op de werkvloer en dit geeft een werkgever de mogelijkheid het onderzoek zorgvuldig te verrichten.

Hier valt echter tegen in te brengen dat een werkgever er belang bij heeft een werknemer op een zo kort mogelijke termijn te kunnen ontslaan bij onregelmatigheden. De regeling van ontslag op staande voet is juist daarvoor in het leven geroepen. Daar komt bij dat een werkgever in de regel niet zal overgaan tot ontslag op staande voet wanneer hij dit niet aannemelijk kan maken. Een ontslag op staande voet is immers ook risicovol voor een werkgever. Het risico bestaat dat een werknemer het ontslag zal aanvechten bij de rechter en in dat verband herstel van de arbeidsovereenkomst zal vorderen (met loondoorbetaling vanaf het moment van ontslag op staande voet) of een – forse – billijke vergoeding bij een niet rechtsgeldig gebleken ontslag op staande voet.

In ieder geval leert deze uitspraak – overeenkomstig de algemene lijn in de jurisprudentie – dat een werkgever zich moet inspannen voor een voortvarend onderzoek. Kort gezegd moet een werkgever ervoor zorgen dat het onderzoek geen onnodige vertraging oploopt. Een werkgever zal dit in een procedure moeten kunnen aantonen en in dat verband een afdoende verklaring moeten kunnen geven waarom het onderzoek een bepaalde tijd heeft geduurd. Een rechter zal vertraging of stilvallen van het onderzoek niet snel accepteren; een werkgever zal met een goed verhaal moeten komen. Dit geldt ook wanneer het onderzoek, zoals hier het geval was, door een derde partij wordt verricht. Voor een werkgever is het in dat geval dus van belang het proces actief te monitoren en eventueel in te grijpen bij vertraging of stilvallen om te voorkomen dat hij later bij de rechter nul op het rekest krijgt.

Afsluitende opmerking

Tot slot wil ik in het kader van deze uitspraak nog één punt belichten. Het feit dat enig tijdsverloop is opgetreden in verband met het in acht nemen van wettelijke of interne (procedure)voorschriften die zijn gesteld aan een ontslag, hoeft niet te betekenen dat niet kan worden voldaan aan de onverwijldheidseis. Zo leidt inachtneming van de wettelijke oproepingstermijn voor een algemene vergadering bij ontslag van een statutair bestuurder er in principe niet toe dat het ontslag niet onverwijld is gegeven.[27]

Als gezegd was werknemer bij RRF in dienst in de functie van directeur Finance EU en maakte hij daarnaast deel uit van het management van RRF. Hij was echter geen statutair bestuurder van RRF; dat was hij enkel van de vier zustervennootschappen van RRF.[28] Aangezien werknemer geen statutair bestuurder was op het niveau van RRF waar het ontslag plaatsvond, hoefde het ontslag van werknemer (bij RRF) dan ook niet te worden aangezegd en de aandeelhoudersvergaring niet te worden afgewacht. De rechtbank Rotterdam oordeelt dat door toch de aandeelhoudersvergadering af te wachten, ook daarom het ontslag niet onverwijld is gegeven.[29] Naar mijn mening kan hier worden gesproken van een misrekening van RRF als werkgever door de aandeelhoudersvergadering af te wachten en dit had mijns inziens gemakkelijk kunnen worden voorkomen. Mogelijk dat bij RRF verwarring bestond doordat werknemer statutair bestuurder was van de vier zustervennootschappen of doordat X, aan wie eveneens ontslag op staande voet is verleend, wel statutair bestuurder was van RRF. Het is dus van belang alert te blijven op welk niveau het arbeidsrechtelijk ontslag plaatsvindt en of de desbetreffende werknemer op dat niveau ook statutair bestuurder is. Zo niet, dan is er geen reden tot dralen.

Mr. V.M. (Vera) van Erpers Roijaards

[1] Rb. Rotterdam 13 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7739.

[2] Zie voor een uitgebreide uiteenzetting van de feiten *AR-Updates* 2022-1073.

[3] Rb. Rotterdam 13 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7739, r.o. 2.3 t/m 2.5.

[4] Rb. Rotterdam 13 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7739, r.o. 2.2.

[5] Rb. Rotterdam 13 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7739, r.o. 2.6. Hierbij zij opgemerkt dat de machinisten deels in dienst zijn bij RRF en deels zijn ingeschakeld als zelfstandige of via een detacheringsbureau (de *contractors*), zie Rb. Rotterdam 13 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7739, r.o. 2.2.

[6] Rb. Rotterdam 13 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7739, r.o. 2.8.

[7] Rb. Rotterdam 13 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7739, r.o. 2.11.

[8] Rb. Rotterdam 13 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7739, r.o. 2.11 t/m 2.14.

[9] Rb. Rotterdam 13 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7739, r.o. 2.17.

[10] Rb. Rotterdam 13 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7739, r.o. 2.17 en 2.18.

- [11] Rb. Rotterdam 13 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7739, r.o. 2.21 en 2.22.
- [12] Rb. Rotterdam 13 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7739, r.o. 3. RRF heeft op haar beurt verzocht tot een veroordeling van werknemer tot betaling van een schadevergoeding in verband met de handelwijze van werknemer, zie Rb. Rotterdam 13 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7739, r.o. 4.
- [13] Rb. Rotterdam 13 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7739, r.o. 5.21.
- [14] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 115.
- [15] HR 15 februari 1980, *NJ* 1980/328 en HR 21 januari 2000, *NJ* 2000/190. Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 9 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1313, r.o. 5.4.
- [16] Hof Arnhem-Leeuwarden 5 augustus 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BD9901.
- [17] HR 31 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:AG0712, *JAR* 1994/31 (*Aristo Pers/Ligthart*) en HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:55, r.o. 3.3.2 (*Stichting Mondriaan*).
- [18] Rb. Rotterdam 13 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7739, r.o. 5.20.
- [19] *Ibidem*.
- [20] HR 23 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1271, *AR Updates* 2022-1076. De Hoge Raad heeft deze zaak afgedaan met art. 81 Wet RO, nu de klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van de beschikkingen.
- [21] Hof Den Haag 15 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2474.
- [22] Hof Den Haag 15 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2474, r.o. 5.3 en 5.4.
- [23] Deze vraag is ook gesteld door A. Bungener & L. Mordaunt in 'Ontslag op staande voet. Disbalans tussen zorgvuldig onderzoek en onverwijldheid?', *TvO* 2019/3, waarin zij ingaan op de verhouding tussen de zorgvuldigheidsplicht en onverwijldheidseis bij een door een werkgever gegeven ontslag op staande voet.
- [24] Rb. Rotterdam 13 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7739, r.o. 2.12.
- [25] Zie ook Bungener & Mordaunt, *TvO* 2019/3.
- [26] Ex art. 7:628 BW.
- [27] Hof Leeuwarden 6 augustus 2008, *JAR* 2008/242, r.o. 10. Dit geldt bijvoorbeeld ook

wanneer op basis van een interne bevoegdheidsverdeling alleen een specifiek lid van de directie bevoegd is het ontslag te geven, zie HR 18 september 1987, *NJ* 1988/238 en Hof Amsterdam 15 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BL8496. Hiervan was, voor zover bekend, geen sprake in onderhavige uitspraak.

[28] Rb. Rotterdam 13 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7739, r.o. 2.3, 2.4 en 2.5.

[29] Rb. Rotterdam 13 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7739, r.o. 5.22.