



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het ontslag op staande voet

Sagel, S.F.

Citation

Sagel, S. F. (2013, May 30). *Het ontslag op staande voet*. Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/21061>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/21061>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/21061> holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Sagel, Stefan

Title: Het ontslag op staande voet

Issue Date: 2013-05-30

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1.1 The winner takes it all ...

Alles of niets. Bij weinig vraagstukken in het arbeidsrecht liggen de gevolgen van een beslissing zo zwart/wit als bij de beantwoording van de vraag of een ontslag op staande voet terecht is gegeven.¹ Indien de rechter het ontslag op staande voet rechtsgeldig acht, heeft de werknemer recht op niets. De arbeidsovereenkomst eindigt met onmiddellijke ingang, zonder dat de geldende opzegtermijn in acht genomen moet worden. De verplichting om een ontslagvergunning aan te vragen op grond van het BBA en de wettelijke opzegverboden, zoals vervat in onder meer art. 7:670 BW, missen toepassing.² De terecht op staande voet ontslagen werknemer heeft geen recht op enige vergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag.³ Daarenboven zal hij in het algemeen ook geen aanspraak op een WW-uitkering hebben. De aanwezigheid van een dringende reden leidt, mits die dringende reden ook verwijtbaar is aan de werknemer, tot verwijtbare werkloosheid.⁴ Indien de arbeidsovereenkomst na het ontslag op staande voet op verzoek van één der partijen is ontbonden op de voet van art. 7:685 BW “voor zover vereist” en daarbij een vergoeding is toegekend, is ook de verschuldigdheid van die vergoeding afhankelijk van de vraag of het ontslag op staande voet terecht is gegeven.⁵ Wanneer terecht op staande voet is ontslagen, bestaat – ook hier – recht op niets.

1 Zie in die zin ook L.H. van den Heuvel, Ontslag op staande voet, kan dat nog?, ArA 2001/2, p. 97.

2 Zie art. 6 lid 2 sub a BBA en art. 7:670b BW.

3 HR 12 februari 1999, NJ 1999, 643. Zie daarover onder meer: J.A.J. Peeters, De man met de hamer, SMA 1999, p. 136; J. Pel, Geldig ontslag op staande voet niet tegelijk onredelijk, Advocatenblad 1999, p. 500; S.F. Sagel, Ontslag op staande voet, kennelijke onredelijkheid en de omstandigheden van het geval, ArbeidsRecht 1999, 35; J. Riphagen, De ruzie met de hamer: het ontslag op staande voet en de gevolgen voor de werknemer, AA 48 (1999) 12, p. 941 e.v.; E. Verhulp, Arbeidsrechtelijke beginselen of systemen, SMA 2007, p. 213; T. Veling, Een terecht ontslag op staande voet kan niet kennelijk onredelijk zijn, SR 1999, p. 276.

4 Zie art. 24 lid 2 WW waarin is bepaald dat sprake is van verwijtbare werkloosheid wanneer: De werknemer is verwijtbaar werkloos geworden indien: “aan de werkloosheid een dringende reden ten grondslag ligt in de zin van artikel 678 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en de werknemer terzake een verwijt kan worden gemaakt.” Zie over de toetsing of de aanwezigheid van een dringende reden tot verlies van een WW-aanspraak leidt ook C.B.G. Derks, Centrale Raad van Beroep spreekt zich uit over de verwijtbaarheidstoets in de Werkloosheidswet, Bb 2009, 35, alsmede CRvB 18 februari 2009, LJN BH2387; LJN BH2388; LJN BH2390; LJN BH2392; LJN BH2393 en LJN BH2394.

5 Zie in die zin HR 5 september 1997, NJ 1998, 421, alsmede daarover W.H.A.C.M. Bouwens, ‘De voorwaardelijke ontbinding’, Sociaal Recht 2004, 2, p. 182; S.F. Sagel, Bijzondere ontbindingen: voorzover vereist, onder voorwaarde(n) of met vergoeding onder voorwaarde(n) Deel 1: De ontbinding voorzover vereist, ArbeidsRecht 2002, 24; A.R. Houweling en G.W. van der Voet, De voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst na een ontslag op staande voet, TAP 2009/4, p. 149. Zie ook Vzgr. Rb. Amsterdam 11 augustus 2011, JAR 2011/254; Vzgr. Rb. Haarlem 19 maart 2004, Prg. 2004, 6197; Ktr. Tiel 13 juli 2005, JAR 2005/200; Ktr. Rotterdam 13 december 2002, JAR 2003/7.

Aan de andere kant: ook de werkgever die op staande voet ontslaat, speelt tot op grote hoogte *va banque*. Als het ontslag ten onrechte gegeven wordt bevonden, is zijn *exposure* groot. Heeft de werknemer tijdig de vernietigbaarheid van het ontslag ingeroepen en zich beschikbaar gehouden voor de arbeid, dan zal hij recht hebben op loon tot het moment waarop de arbeidsovereenkomst alsnog rechtsgeldig is geëindigd. Die claim zal behoorlijk kunnen oplopen, nu de wet blijkens art. 7:680a BW weliswaar uitdrukkelijk voorziet in de mogelijkheid van matiging van een vordering tot doorbetaling van loon die gegrond is op de vernietigbaarheid van de opzegging, maar de Hoge Raad op dit punt terecht terughoudend is. De lat ligt hoog: voor een succesvol beroep op matiging is vereist dat sprake is van *onaanvaardbare* gevolgen bij integrale toewijzing van de vordering en de Hoge Raad ziet er blijkens zijn rechtspraak zeer streng op toe dat de lagere rechter daaraan de hand houdt. Keer op keer zijn de afgelopen jaren appelrechters gecorrigeerd die “te makkelijk” naar de matigingsbevoegdheid hadden gegrepen.⁶

Vanzelfsprekend – het werd hiervoor al kort genoemd – kan worden getracht om het hier bedoelde “loonrisico” nog verder te mitigeren door de (kanton)rechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst na het ontslag op staande voet te ontbinden “voor zover vereist”. Is dat gebeurd en is daarbij – zoals vaak geschiedt, omdat de rechter er in de ontbindingsprocedure veronderstellenderwijze van uitgaat dat zich geen dringende reden heeft voorgedaan – een substantiële vergoeding toegekend aan de werknemer, dan zal ook die vergoeding verschuldigd zijn wanneer het ontslag op staande voet ten onrechte is gegeven.⁷ Daar komt de wettelijke rente vanaf de ontbindingsdatum dan nog eens overheen.⁸

Bij een ten onrechte gegeven ontslag op staande voet bestaan ook andere risico's voor de werkgever. De werknemer kan er ook voor hebben gekozen om, in plaats van een mogelijk beroep op de vernietigbaarheid van het hem gegeven ontslag, een beroep te doen op de onregelmatigheid en de kennelijke onredelijkheid daarvan. Een ten onrechte gegeven ontslag op staande voet kan namelijk, anders dan een terecht gegeven ontslag op staande voet, terdege kennelijk onredelijk zijn. In dat geval geldt als uitgangspunt dat de werkgever aan de werknemer *alle* schade zal moeten vergoeden die deze in concreto heeft geleden ten gevolge van datgene wat het ontslag

6 HR 19 januari 2001, NJ 2001, 264; HR 16 april 2010, NJ 2010, 228; HR 1 juni 2012, LJN: BV7347, zie rov. 3.4.: ‘Bij de beoordeling van het middel wordt het volgende vooropgesteld. De rechter is op grond van art. 7:680a BW slechts bevoegd een vordering tot doorbetaling van loon die gegrond is op de vernietigbaarheid van de opzegging van de arbeidsovereenkomst te matigen, indien toewijzing in de gegeven omstandigheden tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden. Zoals de Hoge Raad in de door het middel genoemde arresten reeds oordeelde, dient de rechter bij de uitoefening van deze bevoegdheid een mate van terughoudendheid te betrachten die met deze maatstaf strookt en van die terughoudendheid in zijn motivering te doen blijken, en dient hij alle bijzonderheden van het geval in aanmerking te nemen bij zijn oordeel omtrent de aanvaardbaarheid van de gevolgen van toewijzing van de vordering tot loondoorbetaling.’

7 Vaak wordt van een inhoudelijk oordeel en bewijslevering ter zake van de dringende reden in de ontbinding voor zover vereist afgezien omdat de ontbindingsrechter de bodemrechter niet “voor de voeten wil lopen”. Ktr. Den Haag 25 november 1998, Prg. 1999, 5107. Zie voor een ander voorbeeld de zaak die leidde tot HR 23 maart 2007, JAR 2007/111.

8 Zie, opnieuw, HR 5 september 1997, NJ 1998, 421.

op staande voet kennelijk onredelijk heeft gemaakt.⁹ Die schade moet worden bepaald aan de hand van de regels van boek 6 BW. Pas als begroten niet mogelijk is, kan worden geschat, dan wel – uiteindelijk – een bedrag naar billijkheid worden bepaald. Daarbij geldt dat de ten onrechte op staande voet ontslagen werknemer ook nog eens aanspraak kan maken op smartengeld als aan de daarvoor geldende eisen is voldaan.¹⁰ De schadevergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag is, anders dan de vergoedingen in de ontbindingsprocedure, die worden berekend op grond van de zogenaamde Kantonrechtersformule, niet aan enig ander plafond dan de omvang van de geleden schade gebonden. Dat betekent, zeker wanneer de kennelijke onredelijkheid van het ontslag daarin schuilt dat de werkgever überhaupt tot ontslag is overgegaan – bijvoorbeeld omdat zich geen dringende reden voordeed, maar de werknemer zich ten tijde van het ontslag wel kon beroepen op een ontslagverbod – dat de schadevergoeding bepaald *in de papieren* kan lopen. In dat geval zal de werknemer namelijk kunnen vorderen dat hem de schade vergoed wordt die hij heeft geleden door de beëindiging van het dienstverband. Daarin is in zo een geval immers de tekortkoming gelegen die het ontslag kennelijk onredelijk heeft gemaakt en die vergoed moet worden.

Daarbij moet bedacht worden dat de werknemer in beginsel ook nog eens kan “switchen” van een beroep op de vernietigbaarheid van het hem gegeven ontslag naar een beroep op de onregelmatigheid en de kennelijke onredelijkheid daarvan, bijvoorbeeld omdat de uitkomst in de (meestal door de werkgever geïnitieerde) ontbindingsprocedure voor zover vereist voor hem niet bevredigend is. Er zijn gevallen waarin de werknemer, na aanvankelijk min of meer “bot” te hebben gevangen met zijn beroep op de vernietigbaarheid – omdat de arbeidsovereenkomst kort na de ontslagdatum werd ontbonden voor zover vereist zonder vergoeding, of met een geringe vergoeding – alsnog de spreekwoordelijke hoofdprijs wist te scoren, door zich neer te leggen bij het ontslag als zodanig en zich te beroepen op de schadeplichtigheid daarvan. De Hoge Raad heeft die mogelijkheid uitdrukkelijk aanvaard in het arrest *Greeven/Connexxion* uit 2002.¹¹ Hoe raar de arbeidsrechtelijke hazen in dit verband kunnen lopen ervoer bijvoorbeeld het Riagg Oostelijk-Zuid Limburg in 1999 na het ontslag op staande voet van een psychotherapeut wegens ongewenste intimiteiten, waaronder het “ongevraagd aanraken en verplaatsen van een schouderbandje, dat deel uitmaakt van een kledingstuk dat onder de normale kleding wordt gedragen” van een collega.¹² De werknemer had eerst de vernietigbaarheid ingeroepen. In kort geding

9 HR 27 november 2009, NJ 2010, 493 en HR 12 februari 2010, NJ 2010, 494. Zie voorts: D.J. Buijs, Schadevergoeding na kennelijk onredelijk ontslag: nadere uitleg van de Hoge Raad, TRA 2010, 49; R.A.A. Duk, De arresten van 27 november 2009 en 12 februari 2010 en de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters: wie heeft gelijk?, TRA 2010, 46; M.V.E.E. Jansen, De Hoge Raad zet koers uit bij kennelijk onredelijk ontslag, ArbeidsRecht, 2010, 1; G.J.J. Heerma van Voss, J.J.M. de Laat, S.F. Sagel, E. Verhulp, Begroot, schat, vergoed en bewonder: de begroting van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding na 12 februari 2010, TRA 2010, 47. Zie voorts D.J. Buijs, Kennelijk onredelijk ontslag vanuit historisch perspectief verklaard, ArA 2010/2; D.J. Buijs, Schadevergoeding na kennelijk onredelijk ontslag: hoe nu verder?, TRA 2010, 4. Kritisch is O. van der Kind, Het Van de Grijp/Stam-arrest: de techniek klopt, maar het werkt niet, TRA 2010, 5.

10 Zie in die zin HR 12 februari 2010, NJ 2010, 494.

11 HR 7 juni 2002, NJ 2003, 125, een arrest dat voortborduurt op HR 7 oktober 1994, NJ 1995, 171. Zie over het arrest van 7 juni 2002 ook G.C. Boot, De switch, ArbeidsRecht 2002, 53.

12 Rb. Maastricht 9 september 1999, JAR 2000/149.

werd zijn vordering afgewezen en de arbeidsovereenkomst werd in de gevoegde ontbindingsprocedure ontbonden voor zover vereist zonder enige vergoeding. Daarmee leek de kous af. De werknemer verlegde evenwel zijn koers en begon alsnog een bodemprocedure uit kennelijk onredelijk ontslag. Zijn vorderingen werden in prima afgewezen. In appel trok hij echter alsnog aan het langste eind. De Rechtbank Maastricht achtte de verwijten aan het adres van de werknemer weliswaar terecht – zijn gedrag was “ongeacht de vraag of hij nu wel of niet wist dat het een bh-bandje betrof” ongepast – maar desondanks werd een vergoeding van NLG 600.000,- toegekend. Een duur bandje, al met al.

Zoals Heerma van Voss in zijn noot in de NJ onder het arrest in de zaak *Greeven/Connexion* heeft opgemerkt, is de aanvaarding van de mogelijkheid om te switchen, “niet zo onredelijk als het lijkt” en wel omdat ook werkgevers na een ontslag op staande voet “voor twee ankers plegen te gaan liggen: de opzegging op staande voet en een voorwaardelijk ontbindingsverzoek.” Ik zou daaraan nog willen toevoegen dat het ook vanuit het oogpunt van rechtsbescherming geïndiceerd is om de switch te omarmen. De ontbindingsprocedure (voor zover vereist) waarin de werknemer die zich genoodzaakt ziet om te switchen klaarblijkelijk nul (of weinig) op het rekest heeft gekregen, is een procedure die met (te) weinig waarborgen is omgeven.¹³ Geen recht om bewijs te leveren en geen mogelijkheid van appel, waarbij de uitzonderingen op die laatste regel zo beperkt zijn dat men zich in gemoede kan afvragen of zij niet in strijd zijn met het bepaalde in art. 6 EVRM.¹⁴ Zelfs bij het ontbreken van enige vorm van fatsoenlijke motivering is er geen mogelijkheid van appel.¹⁵ Door de mogelijkheid van de switch wordt in gevallen waarin sprake is van een ontslag op staande voet een processuele nooduitgang gecreëerd voor gevallen waarin de werknemer aanloopt tegen een “foute” ontbindingsbeschikking voor zover vereist. Die is weliswaar niet reparabel door appel tegen de beschikking in te stellen, maar wel door uit te wijken naar de met alle waarborgen omklede bodemprocedure die is aangegeven voor de vordering ex art. 7:681 BW.¹⁶

13 Zie voor kritiek daarop vanuit kringen rond de Hoge Raad: conclusie A.-G. Spier voor HR 14 februari 2003, JAR 2003/72, onder 3.1 en 3.6, diens conclusie voor HR 12 september 2008, JAR 2008/259 en de conclusie van A.-G. Huydecoper voor HR 18 juni 2004, JAR 2004/168 onder 16-21.

14 Zie daarover ook M. Kuijter en S.F. Sagel, Het appelverbod van art. 7:685 lid 11 BW in het licht van art. 6 EVRM, SR 2001, 2; B.D. Hengstmengel A.C. Mahabiersing, Doorbreking van het appelverbod ex art. 7:685 lid 11 BW wegens verzuim van essentiële vormen TAP 2009/6, p. 229-237. Zie ook V. Bij de Vaate, Procesrechtelijke bijzonderheden in de ontbindingsprocedure, Deel 1: het rechtsmiddelenverbod, 2012/5, www.arbac.nl. Bij de Vaate komt op grond van een uitvoerige analyse tot de conclusie dat de rechtspraak van de Hoge Raad dat zelfs evident ondeugdelijk gemotiveerde ontbindingsbeschikkingen geen doorbrekingsgrond opleveren niet in lijn is met de rechtspraak van het EHRM inzake de verplichtingen die volgen uit art. 6 EVRM.

15 HR 4 maart 1988, NJ 1989, 4; HR 3 juli 1989, NJ 1989, 857; HR 8 januari 1993, JAR 1993/32; HR 24 september 1993, NJ 1993, 758; HR 15 oktober 1993, JAR 1993/246; HR 23 juni 1995, NJ 1995, 661; Hof Amsterdam 18 januari 2007, LJN BA5931; Hof Amsterdam 20 maart 2008, JAR 2008/126.

16 Dat de Hoge Raad die procedure zelf ook prefereert boven de ontbindingsroute van art. 7:685 BW vindt ook bevestiging in HR 11 december 2009, JAR 2010/17. Daarin verwees de Hoge Raad de werknemer die ontbinding tijdens de opzegtermijn verzoekt, voor de beantwoording van de vraag welke schadevergoeding is aangewezen in verband met de beëindiging van het dienstverband, kort gezegd, naar de kennelijk onredelijk ontslagprocedure. De ontbindingsvergoeding kan in zo een geval slechts betrekking hebben op, kort gezegd, de gemiste inkomsten in de periode tussen de ontbindingsdatum en de datum waarop de arbeidsovereenkomst tengevolge van de opzegging zou zijn geëindigd.

Bij dit alles moet tot slot ook nog eens bedacht worden dat daar waar de Hoge Raad heeft aanvaard dat de werknemer na het beroep op de vernietigbaarheid kan switchen naar een beroep op de schadeplichtigheid van het ontslag, de werkgever niet de mogelijkheid heeft om eenzijdig terug te komen op zijn beslissing om op staande voet te ontslaan. Gedane zaken nemen voor hem geen keer, tenzij de werknemer daarmee instemt.¹⁷ De beslissing om ontslag op staande voet te geven is – daar moet de werkgever in ieder geval bij het geven daarvan van uitgaan – onomkeerbaar. Hij kan dat ontslag, anders dan naar mijn idee in de praktijk vaak wordt gedacht, niet “intrekken” als hij bij nader inzien op zijn schreden terug wenst te keren.

Het voorgaande brengt mee dat voor *beide* partijen bij de arbeidsovereenkomst geldt dat de juridische en financiële gevolgen die voor hen verbonden zijn aan al dan niet gegrondbevinding van een ontslag op staande voet, zeer verstrekkend zijn. Is het ontslag geldig, dan heeft de werknemer niets meer te vorderen. Is het dat niet, dan hangt de werkgever een breed palet aan in potentie hoog oplopende claims boven het hoofd. Juist bij beslissingen die zulke “alles of niets” gevolgen hebben, waarbij de rechter niet aan beide partijen “een beetje gelijk” kan geven, bestaat grote behoefte aan duidelijkheid vooraf. De werkgever moet vooraf een redelijke inschatting kunnen maken of het door hem te geven ontslag op staande voet zal standhouden, zodat hij niet wordt geconfronteerd met de zojuist genoemde vorderingen. De werknemer heeft eveneens belang bij die voorspelbaarheid en wel omdat hij een keuze moet maken of het zin heeft om tegen het ontslag te ageren en om de kosten van verschillende, mogelijk langdurige procedures te kunnen afwegen tegen zijn kansen daarin.

Maar – en ook daar moet de aandacht op gevestigd worden – er is meer dan alleen een juridische en financiële kant aan dit probleem. Uit verschillende, voornamelijk buitenlandse, onderzoeken volgt dat het verlies van werk hoog scoort in de lijst van meest traumatische gebeurtenissen die iemand kan meemaken – onder meer door de onzekerheid die daardoor wordt veroorzaakt – en dat de impact van een ontslag zich kan vertalen in verschijnselen als fysieke gezondheidsklachten, depressie en relatieproblemen.¹⁸ Een ieder die werkt in de praktijk van het ontslagrecht en af en toe een werknemer heeft bijgestaan die op staande voet werd ontslagen, zal kunnen beamen dat dergelijke nadelige sociaal-emotionele effecten zich bij die ontslagvorm bij uitstek openbaren. De impact van die maatregel is groot, mede gelet op het diffamerende karakter ervan, evenals de ontredender die erna intreedt. Hoewel op dit punt weinig harde gegevens beschikbaar zijn, lijken de wel beschikbare buitenlandse onderzoeken uit te wijzen dat werknemers die wegens *cause* worden ontslagen, daardoor veel

17 HR 30 juni 1995, JAR 1995/152 en HR 16 februari 1979, NJ 1979, 454. Zie daarover ook E. Verhulp, Na de voorwaardelijke ontbinding, ArbeidsRecht 2003, 6.

18 R.H. Price, J. Choi, en A.D. Vinokur, Links in the chain of adversity following job loss: How financial strain and loss of personal control lead to depression, impaired functioning and poor health, Journal of Occupational Health Psychology, 2002, 7(4), 302-312. Zie ook R.H. Price, D.S. Friedland, A.D. Vinokur, Job loss: Hard times and eroded identity, in: J.H. Harvey (red.) Perspectives on loss: A sourcebook, Philadelphia, 1998, in het bijzonder p. 304 en de daar vermelde literatuur.

harder geraakt worden dan werknemers die ten gevolge van bedrijfseconomische redenen moeten afvloeien.¹⁹

Ook vanuit dat meer psychologische perspectief gezien is er een groot belang dat binnen redelijke grenzen voorspelbaar is wanneer het *ultimum remedium* van het ontslagrecht *wel* en wanneer dat *niet* mag worden ingezet. Naarmate beter is te voorspellen wanneer een ontslag op staande voet gegeven mag worden, zal dat ertoe bijdragen dat (in elk geval: fatsoenlijke) werkgevers minder vaak ten onrechte op staande voet zullen ontslaan, met alle negatieve “immateriële” gevolgen van dien. Anders gezegd: verwacht mag worden dat het aantal *false positives* afneemt omdat de meeste werkgevers – en in ieder geval de “goede werkgevers” in de zin van art. 7:611 BW – niet willens en wetens ten onrechte op staande voet zullen willen ontslaan.²⁰ Tegelijkertijd biedt rechtszekerheid ter zake van de vraag wanneer een ontslag op staande voet gewettigd is ook steun (i) aan de *ten onrechte* ontslagen werknemer en wel omdat hij uit die rechtszekerheid de geruststelling kan putten dat hij – naar alle waarschijnlijkheid – niet vergeefs aan het procederen is, en (ii) aan de *terecht* op staande voet ontslagen werknemer omdat de rechtszekerheid ten aanzien van het ontslag op staande voet hem ertoe aanzet de zaak zo snel mogelijk af te sluiten en de blik op de toekomst te richten.

1.2 De zekerheid van één nachtje ijs?

Met het voorgaande is het grote belang bij een heldere regeling inzake het ontslag op staande voet gegeven. Geconcludeerd kan worden dat het gelet op de ingrijpende gevolgen van een ontslag op staande voet van eminent belang is dat de betekenis van de (wettelijke) vereisten die voor een rechtsgeldige inzet van dat wapen gelden, inhoudelijk duidelijk is en dat de toepassing van die criteria een redelijke mate van uniformiteit vertoont.

Bezie men de rechtsgeleerde literatuur, dan blijkt dat nu juist op die beide punten met enige regelmaat harde noten worden gekraakt over de regeling als thans vervat in de artt. 7:677 BW en 7:678 BW. Blijkens die regeling valt het ontslag op staande voet uiteen in drie cumulatieve vereisten waaraan voldaan moet zijn. Er moet sprake zijn van (i) een dringende reden, op grond waarvan de werkgever (ii) onverwijld heeft ontslagen, (iii) onder gelijktijdige mededeling van die reden. Al die drie elementen worden in de literatuur van soms gepeperde kritiek voorzien. Centraal staat daarbij het kernvereiste, het bestaan van een dringende reden. Zeker sinds de Hoge Raad, aan het einde van de afgelopen eeuw, besliste – een beslissing die hij sindsdien overigens bij herhaling heeft bevestigd – dat bij de beantwoording van de vraag of zich een

19 M.V. Miller en S.K. Hoppe, Attributions for job termination and psychological distress, *Human Relations*, 1994, 47, 307-326. Zie ook: K.A. Hanish, *Journal of Vocational Behavior* 55, 188-220 (1999), zie in het bijzonder p. 192-193, waar naar voren komt dat uit het voornoemde onderzoek van Miller en Hoppe blijkt dat “fired men had the highest levels of symptoms for anxiety and depression, the continuously employed had the lowest, and laid-off workers were in the middle of the two groups.”

20 De werkgevers die kiezen voor het tactisch inzetten van dat middel daargelaten. Zie daarover hierna onder 4.7.6.6.

dringende reden voordoet, een genuanceerde afweging van alle omstandigheden van het geval dient plaats te vinden, is over dit vereiste de staf gebroken door verschillende arbeidsrechtelijke geleerden. Met name de Rotterdamse hoogleraar Loonstra en zijn voormalige Amsterdam(Zuid)se collega Van den Heuvel hebben betoogd dat de rechtspraak inzake het bestaan van een dringende reden (daarmee) hoogst onzeker is (geworden). Letterlijk schreef Loonstra in dit verband in een bijdrage uit 2005 in het Nederlands Juristenblad dat het bij de afweging of zich zo een dringende reden voordoet in rechte "iedere keer weer kan vriezen en dooien".²¹ In die "Rotterdamse" school valt ook Quist te plaatsen, die in een bijdrage uit 2007 met klem heeft bestreden dat het "wel mee zou vallen met de onzekerheid of een bepaalde gedraging of eigenschap een dringende reden constitueert."²² Klaarblijkelijk verkeert dus ook Quist in onzekerheid omtrent de dringende reden. Datzelfde geldt voor Schneider en Houweling.²³ Overigens heeft Loonstra ook bezwaren van andere aard tegen het ontslag op staande voet. Hij vindt dat middel, kort gezegd, niet meer van deze tijd en trekt de vergelijking met de "verbanning" – een straf die heden ten dage ook niet meer wordt toegepast.²⁴ Houweling heeft daar nog een schep bovenop gedaan door het ontslag op staande voet zelfs als de "arbeidsrechtelijke doodstraf" te discrediteren.²⁵ Volgens Van den Heuvel is het geven van ontslag op staande voet voor de werkgever met name een "hachelijke zaak" geworden doordat bij de beoordeling of de ontslaggrond als dringende reden kwalificeert ook met persoonlijke omstandigheden van de werknemer rekening gehouden moet worden.²⁶ Ook Heerma van Voss lijkt die mening tot op zekere hoogte te delen, waar hij – in de eerste druk van zijn bijdrage aan de Asser-serie – opmerkt dat "deze aanscherping van de eisen maakt dat het geven van ontslag op staande voet met nog meer onzekerheden is omgeven dan vroeger."²⁷ De Haagse cassatieadvocaat Van Staden ten Brink (sr.) heeft zich in een bijdrage uit 2005 in nog sterkere bewoordingen uitgelaten. Hij is van mening dat de Hoge Raad zich soms ronduit "balsturig" opstelt – voor degenen die dat mooie oude woord niet kennen, de betekenis daarvan varieert van "on gezeglijk" tot "onhandelbaar" – en dat zijn rechtspraak inzake de dringende reden daarvan een voorbeeld is. Die rechtspraak zou het geven van ontslag op staande voet voor de werkgever zelfs tot een "heel lastige en riskante zaak maken".²⁸

Maar de kritiek in de literatuur is niet beperkt gebleven tot de dringende reden. Ook de andere twee deelveisen voor een rechtsgeldig ontslag op staande voet

21 C.J. Loonstra, Snijden in het ontslagrecht, NJB 2005, p. 295: "Van iedere zaak weer, moet vaak worden gezegd, dat het kan vriezen en dooien, hoewel vaak de werknemer toch ook weer op punten wint."

22 J.P. Quist, De gezichtspuntencatalogus bij ontslag op staande voet: wordt de Hoge Raad op de voet gevolgd?, ArA 2007/1, p. 46.

23 Noot onder JIN 2012/94.

24 <http://www.mr-online.nl/mr-van-de-week/mr-van-de-week/mr-van-de-dinsdag-prof-cj-loonstra.html>.

25 Noot onder JIN 2011/66, zie over die vergelijking ook S.F. Sagel, Een onvoorwaardelijke veroordeling voor het ontslag op staande voet in verband met een strafrechtelijke veroordeling?, TRA 2011, 88.

26 L. H. van den Heuvel, Ontslag op staande voet, kan dat nog?, ArA 2001/2, p. 81.

27 G.J.J. Heerma van Voss, Asser 7-V*, 379.

28 E.H. van Staden ten Brink, De Hoge Raad, stokpaarden en desinteresse, in: S.F. Sagel en E. Verhulp, Voor De Laat: de Hoge Raad, Reeks VvA 34, Deventer, 2005, p. 18.

leiden tot discussie over hun exacte inhoud en de mate waarin zij voorspelbaar – en daarmee “werkbaar” – zijn en staan om die reden aan kritiek bloot.

Ten aanzien van de zogenaamde “mededelingseis” is er onenigheid in de rechtsgeleerde literatuur over de vraag hoe het vereiste van *gelijktijdige* mededeling moet worden uitgelegd. Betekent dat dat de werkgever de dringende reden op precies hetzelfde moment als waarop wordt ontslagen moet meedelen, of mag het ook nog kort daarna?²⁹ Maar ook ten aanzien van de meer materiële kant van de mededelingseis, dat wil zeggen de vraag hoe de ontslaggrond moet worden verwoord, worden kritische noten gekraakt. Zo wordt wel geschreven dat de wijze waarop de werkgever de ontslaggrond moet overbrengen aan de werknemer door toedoen van de rechtspraak van de Hoge Raad zou zijn te kwalificeren als “hogere wiskunde”, waarbij het voor de werkgever nauwelijks meer te overzien zou zijn hoe hij de reden moet verwoorden.³⁰ De Rotterdamse advocaat Tan heeft zich in een bijdrage uit 2006 in nog veel hardere bewoordingen uitgelaten. Zijns inziens leidt de rechtspraak van de Hoge Raad op dit punt zelfs tot resultaten waarvoor “ieder weldenkend mens zich zou schamen”.³¹ Dat is geen milde kritiek voor de hoogste nationale rechter.

Dan is er nog het onverwijldheidsvereiste. Ook ten aanzien daarvan doen verschillende gedachten de ronde. Sommige auteurs bepleiten dat dat vereiste de werkgever geen tijd gunt om zich te bezinnen. “Hem wordt niet gegund er nog eens een nachtje rustig over te slapen en zijn eerste wellicht te emotionele reactie om te zetten in een weloverwogen rationele beslissing”, zo schreef bijvoorbeeld Van Spaendonck en trok – onder meer daaruit – de verstrekkende conclusie dat het het beste zou zijn het ontslag op staande voet zelf maar te ontslaan.³² Anderen hebben een veel genuanceerder beeld van de inhoud van dit vereiste. Zo schrijft Boot bijvoorbeeld dat de werkgever zich over het vereiste van onverwijldheid ten gronde niet daadwerkelijk zorgen behoeft te maken zolang hij maar “iedere keer iets binnen twee of drie dagen” doet aan het onderzoek naar mogelijk wangedrag van de werknemer.³³ Dat geeft een geheel ander signaal aan de werkgever af.

1.3 Onderzoeksvraag; afbakening; do's and dont's

Uit het voorgaande vloeit de tweeledige onderzoeksvraag voort die in dit onderzoek centraal staat. Die luidt of (i) bij de huidige stand van de wetgeving en rechtspraak gezegd kan worden dat met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld wat de inhoud van de drie deelveisen voor een ontslag op staande voet is en of (ii) die vereisten zo uniform worden toegepast dat vooraf met een voldoende mate van zekerheid te voorspellen is of een ontslag op staande voet zal standhouden. Voor de

29 Zie bijv. C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke thema's*, Den Haag, 2010, p. 433 en 434 en R.M. Beltzer, W.J.P.M. Fase, S.F.H. Jellinghaus, A.D.M. van Rijs, *Handboek ontslagpraktijk*, Den Haag, 2003, p. 81 vs. W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, Van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer, 2011, p. 386.

30 H. Dammingh en E. Schoenmaker-Tijsseling, *Formulering ontslag op staande voet: nog steeds hogere wiskunde?* *ArbeidsRecht* 2007, 2.

31 S.A. Tan, Hoge Raad mist kans in arrest bij ontslag op staande voet, *FD* 13 juli 2006.

32 G.C. van Spaendonck, *Ontslag aan het ontslaan op staande voet*, *NJB* 1979, p. 973. Kritisch over deze bijdrage is M.G. Rood, *Naar een nieuw ontslagrecht*, *NJB* 1980, p. 289 e.v.

33 G.C. Boot, *Ontslag op staande voet: een weg met vele valkuilen*, *SR* 2005, 35.

beantwoording van die vragen is, in het navolgende, een even voor de hand liggende als – naar ik hoop – voor de praktijk handzame aanpak gehanteerd die daarin bestaat dat in de hoofdstukken 2, 3 en 4 achtereenvolgens aan ieder deelvereiste een hoofdstuk wordt gewijd. In hoofdstuk 2 wordt aandacht besteed aan de onverwijldheidseis, in hoofdstuk 3 wordt de eis van gelijktijdige mededeling van de dringende reden behandeld en hoofdstuk 4 wordt gewijd aan het vereiste van (het bestaan van) een dringende reden. In elk van die hoofdstukken wordt afgetrapt met een overzicht van de lessen die te trekken zijn uit de wetsgeschiedenis. Veel daarvan betreft “oude” wetsgeschiedenis, uit de periode van de totstandkoming van de Wet op de arbeidsovereenkomst van 13 juli 1907. Dat heeft er in de eerste plaats mee te maken dat, enige vrij ondergeschikte wijzigingen ter zake van het mededelingsvereiste en – in mindere mate – het onverwijldheidsvereiste daargelaten, de regeling inzake het ontslag op staande voet in de afgelopen eeuw vrijwel ongewijzigd is gebleven. De beschouwingen die daaraan aan het begin van de vorige eeuw in de Tweede en Eerste Kamer werden gewijd, zijn, zo bezien, nog steeds van belang. Daarbij komt dat deze auteur niet behoort tot de categorie die van mening is dat jong per definitie beter is dan oud. Net zoals ook het betoog dat oude rechtspraak van de Hoge Raad min of meer automatisch zijn waarde verliest naarmate de jaren verstrijken – wie zich in feitelijke instanties beroept op een arrest van de Hoge Raad van vóór 1960, vraagt bijna om een sneer van de wederpartij, zo is mijn ervaring –, mij nooit heeft weten te charmeren, laat staan overtuigen, geldt datzelfde ter zake van de wetsgeschiedenis.³⁴ Leest men de wetsgeschiedenis ten aanzien van de totstandkoming van de Wet op de arbeidsovereenkomst, dan heeft het destijds gevoerde debat op veel momenten een diepgang waar men – wanneer men kennisneemt van het niveau waarop tegenwoordig in met name de Tweede Kamer wordt gesproken – slechts met enige weemoed aan kan terugdenken. Daar komt bij dat veel van de destijds geuite gedachten rondom het ontslag op staande voet, weliswaar oud, maar daarmee zeker niet verouderd zijn. Naar hierna zal blijken, komt men de overwegingen en argumenten die heden ten dage een rol spelen in de rechtspraak en de literatuur ook in de debatten van destijds al tegen. Ook vanuit dat licht bezien, spreekt er veel voor om nog steeds te rade te gaan bij hetgeen de wetgever in 1907 voor ogen stond. Daarbij valt op dat meer dan eens de sleutel voor de oplossing van actuele vraagpunten en voor het beëindigen van bestaande verwarring in het parlementaire verleden ligt.

Vervolgens wordt in de verschillende hoofdstukken ingegaan op de lessen die zijn te trekken uit de rechtspraak (van de Hoge Raad) en wordt, per deelvereiste, gekomen tot een beantwoording van de onderzoeksvraag. Daarbij staat het materiële recht centraal, maar daarnaast wordt ook in elk hoofdstuk een afsluitende beschouwing gewijd aan vraagstukken rond stelplicht en bewijslast ten aanzien van het voorliggende deelvereiste. Zulks vanuit de overtuiging dat de gewenste rechtszekerheid *vooraf* alleen dan kan bestaan wanneer niet alleen duidelijk is wat inhoudelijk/materieel gezien bepaalt of een ontslag op staande voet terecht is gegeven, maar ook wie ter zake de stelplicht en bewijslast, en daarmee ook: het bewijsrisico, draagt.

34 Dat de Hoge Raad zijn eigen “oude werken” wel degelijk op waarde blijft schatten moge blijken uit onder meer HR 6 december 2002, LJN AE9258: Opzegging arbeidsovereenkomst na faillissement. De Hoge Raad verwijst ter onderbouwing van zijn beslissing naar HR 10 februari 1928, NJ 1928, 887.

In hoofdstuk 5 worden de lijnen uit het voorgaande bijeengebracht en wordt een antwoord gegeven op de centrale vraagstelling. Bovendien worden daar, in het verlengde daarvan, enige beschouwingen gewijd aan de vraag of afschaffing of handhaving van het ontslag op staande voet als rechtsfiguur wenselijk is.

Wat, tot slot, behandelt dit boek *niet*? In 1993 promoveerde Kuip op een proefschrift, getiteld “Ontslagrecht met bijzondere aandacht voor de dringende reden”. De overlap tussen dat werk en dit onderzoek is uiteindelijk zeer gering. Sterker nog: de beide boeken zijn veeleer complementair dan dat zij in elkaars vaarwater zitten. Kuip heeft het verschijnsel van het ontslag op staande voet beschreven in zijn verhouding tot andere onderdelen van het ontslagrecht, zoals de reguliere opzeggingsroute, de ontbinding wegens gewichtige redenen en het Nederlandse stelsel voorts vergeleken met de rechtssystemen in omliggende landen. Het onderhavige onderzoek legt de focus anders; het beoogt een detailanalyse te geven van de vereisten voor een rechtsgeldig ontslag op staande voet en de problemen die daaromtrent worden ervaren. Men kan het ook zo zeggen: waar Kuip een “macro-juridische” invalshoek hanteerde, wordt in dit boek het “micro-juridische” niveau opgezocht. Dat betekent dat in dit onderzoek – zij het dat daarover vanzelfsprekend wel hier en daar opmerkingen zullen worden gemaakt voor zover zulks nodig is ter beantwoording van de voorliggende vraagpunten – geen apart hoofdstuk wordt gewijd aan ontslagrechtelijke vraagstukken die aan het ontslag op staande voet gelieerd zijn, zoals de matiging van de loonvordering (ex art. 7:680a BW), de betekenis van de ontbinding voor zover vereist (art. 7:685 BW) en de verhouding tussen het kennelijk onredelijk ontslag en het ontslag op staande voet. Mijn opvattingen met betrekking tot in het bijzonder die laatste twee onderwerpen heb ik reeds eerder elders in extenso aan het papier toevertrouwd. Ik volsta, ter vermijding van herhaling en ter voorkoming dat te veel (overigens: interessante) zijpaden afleiden van de kern van de onderzoeksvraag, voor het overige met een verwijzing naar die eerdere bijdragen.³⁵

35 S.F. Sagel, Bijzondere ontbindingen: voorzover vereist, onder voorwaarde(n) of met vergoeding onder voorwaarde(n) (I), ArbeidsRecht 2002/24 en S.F. Sagel, Bijzondere ontbindingen: voorzover vereist, onder voorwaarde(n) of met vergoedingen onder voorwaarde(n) (II), ArbeidsRecht 2002/43. Voor mijn opvatting over de samenloop tussen het ontslag op staande voet en kennelijk onredelijk ontslag zij verwezen naar S.F. Sagel, Ontslag op staande voet, kennelijke onredelijkheid en de omstandigheden van het geval, ArbeidsRecht 1999/35.