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 3

De mededelingseis

3.1 Inleiding

Ingevolge art. 7:677 lid 1 BW, eerste volzin, is "ieder der partijen (…) bevoegd de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen om een dringende reden, *onder gelijktijdige mededeling van die reden aan de wederpartij.*" Op die laatste, cursief weergegeven, zinsnede, ziet dit hoofdstuk. De kernvraag van dit hoofdstuk is – in lijn met de algemene vraagstelling van het onderzoek – wat de betekenis van die eis is en of hij tot daadwerkelijke problemen aanleiding geeft. Kortom; *hoe* functioneert de mededelingseis en *werkt* hij?

Bij de beantwoording van die vragen wordt de navolgende aanpak gehanteerd. Onder 3.2. wordt allereerst een historisch overzicht gegeven van de ontwikkeling van het vereiste. In dat kader wordt met name uitvoerig stilgestaan bij de voor de praktijk belangwekkende vraag of de Wet Flexibiliteit en Zekerheid en de daarop volgende reparatiewetgeving tot een materiële wijziging van het mededelingsvereiste hebben geleid. Daarna wordt, onder 3.3, ingegaan op de materiële kant van de mededelingseis, dat wil zeggen op de vraag hoe (duidelijk) de werkgever de dringende reden aan de werknemer heeft mee te delen. Daarbij wordt eerst een overzicht gegeven van de ontwikkeling van de rechtspraak van de Hoge Raad in de afgelopen 100 jaar en de lessen die daaruit te trekken zijn, waarna mede op basis van de lagere rechtspraak wordt "ingezoomd" op de verschillende factoren die bepalend zijn voor de vraag of de werkgever zich van zijn mededelingsverplichtingen heeft gekweten. Onder 3.4 wordt daarna gekeken naar, wat ik zou willen noemen, de "formele" kant van de mededelingseis, te weten de regel dat de medegedeelde dringende reden het gegeven ontslag moet dragen en daarmee dus ook bepalend is voor de rechtsstrijd tussen partijen. Tot slot wordt, onder 3.5, ingegaan op stelplicht en bewijslast met betrekking tot de mededelingseis, waarna onder 3.6 wordt afgesloten met een conclusie.

3.2 De mededelingseis in (wets)historisch perspectief

3.2.1 De Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907

Anders dan de in het vorige hoofdstuk besproken eis van onverwijlde opzegging, die pas 90 jaar na de inwerkingtreding van de Wet op de arbeidsovereenkomst met zoveel woorden in art. 7:677 BW werd vastgelegd, kende die wet wel reeds vanaf de inwerkingtreding in 1909 een uitdrukkelijke eis inzake de wijze waarop de mededeling van de ontslaggrond diende te geschieden. Art. 1639o BW stelde als voorwaarde

voor een rechtsgeldig ontslag wegens een dringende reden dat het daarbij moest gaan om een "aan de wederpartij onverwijld medegedeelde, reden".

Beziet men de parlementaire geschiedenis van de Wet op de arbeidsovereenkomst, dan blijkt dat deze mededelingseis een aantal wijzigingen heeft ondergaan alvorens hij zijn uiteindelijke vorm verkreeg.[1] In het ontwerp Drucker (art. 54) werd uitgegaan van een systeem waarin de werkgever *"bij het ontslag"* had mede te delen dat dit ontslag wegens een dringende reden werd gegeven.[2] Ook het wetsontwerp van 1901 ging daar, blijkens de Memorie van Toelichting, vanuit. Het ontwerp dat uiteindelijk leidde tot de Wet die in 1907 werd aangenomen, haalde het moment van de mededeling naar voren en wel in die zin dat werd vereist dat de mededeling van de reden aan de verbreking van het dienstverband "vooraf" moest gaan. De ratio van die mededelingseis werd in de Memorie van Toelichting aldus verwoord dat het niet aan het "bon plaisir der opzeggende partij" kon worden overgelaten om te beoordelen of er een valide reden voor de inzet van het ontslag op staande voet was:

> "Vandaar de verplichting om vóór het verbreken der dienstbetrekking aan de wederpartij de reden waarom zulks geschiedt, mede te deelen. De wederpartij kan dan te rade gaan, of het beter is zich bij het oordeel neder te leggen, of dengene, die de dienstbetrekking verbrak, in rechte op te roepen en hem te noodzaken de gegrondheid der opgegeven reden te staven."[3]

Anders gezegd: de mededeling van de ontslaggrond diende te geschieden om de ontslagene in staat te stellen om zijn positie naar aanleiding van het ontslag te bepalen; hij moest op basis van de hem meegedeelde ontslaggrond een beslissing kunnen nemen over de vraag of hij tegen het ontslag wilde opkomen of niet. Het belang van de hier geciteerde passage uit de wetsgeschiedenis is groot, nu de Hoge Raad zich, naar hieronder zal blijken, bij zijn invulling van het mededelingsvereiste bij herhaling door de in die passage vervatte ratio van dat vereiste heeft laten leiden.

In de Tweede Kamer werd kritiek uitgeoefend op het vereiste dat de dringende reden reeds voorafgaand aan het ontslag aan de wederpartij moest worden opgegeven. Betoogd werd – naar hiervoor onder 2.2.1 al is aangestipt – dat zich situaties konden voordoen waarin het niet billijk zou zijn te vereisen dat de dringende reden al *vooraf* werd meegedeeld. Dat werd geïllustreerd aan de hand van het voorbeeld van een dienstmeisje dat oneervol werd bejegend door de heer des huizes. Zo iemand – aldus de desbetreffende kamerleden – zou het toch aan haar vader moeten mogen overlaten om, nadat zij zelf stante pede een veilig heenkomen had gezocht voor haar werkgever, de reden voor dat vertrek aan die werkgever mede te laten delen.[4] Het woord "vooraf" zou dan ook beter vervangen kunnen worden door "terstond" of "onverwijld". De regering bleek niet ongevoelig voor dit schrijnende voorbeeld en wijzigde het woord "vooraf" ingevolge de gemaakte opmerking in "onverwijld". Dat laatste woord zou duidelijk weergeven dat dralen uitgesloten is, "zonder evenwel het plotselinge te bevatten dat in het woord terstond besloten ligt".[5] Anders gezegd: de

1 Zie daarover ook uitvoerig S.W. Kuip, a.w., p. 89 tot en met 91.
2 Bles, IV, p. 93.
3 Bles, IV, p. 100/101.
4 Bles, IV, p. 102.
5 Bles, IV, p. 103.

mededeling moest, als deze niet reeds bij het ontslag werd gegeven, weliswaar voortvarend worden gedaan maar overhaaste spoed was niet meer nodig.

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer kwam de mededelingseis ook slechts kort aan de orde. In dat kader werd met name gesproken over de vraag hoe de werkgever die een werknemer wegens deelname aan een staking op staande voet wilde ontslaan, aan de mededelingseis gehoor zou moeten geven. Bracht deze eis mee dat de werkgever iedere staker individueel zou moeten meedelen dat en waarom hij ontslagen werd of zou dat ook, zoals in het debat gepropageerd door het lid Stork – zelf directeur van de gelijknamige machinefabriek die op dat moment meer dan 1000 werknemers telde – collectief kunnen, te weten door middel van een daartoe strekkend aanplakbiljet of per advertentie? Dat zou, zo Stork, bij grote stakingen waaraan duizenden werknemers deelnamen, toch beduidend praktischer zijn. De Minister, die daarmee – zie hiervoor onder 2.2.1 – de onverwijlde mededeling van de dringende reden en de onverwijldheid van het ontslag door elkaar haalde, gaf aan dat de bedoeling van de verplichting tot onverwijlde mededeling van de ontslaggrond erin was gelegen te voorkomen dat een werkgever een ontslaggrond maanden kon bewaren en dan alsnog zou kunnen ontslaan. Hij gaf vervolgens aan dat er geen bepaling in de wet is die uitdrukkelijk zegt hoe de aanzegging moet gebeuren en die zou uitsluiten dat een "mededeling in de courant, door aanplakking in de fabriek, door de mededeeling aan een comité, enz" zou kunnen. Aan de andere kant, zo de Minister, zou het wel zo veilig kunnen zijn om de stakers individueel te benaderen.[6] De Minister stond dus op het standpunt dat de mededeling vormvrij kon geschieden.

3.2.2 De Hoge Raad omarmt de ratio van de mededelingseis

In twee kort na de inwerkingtreding van de Wet op de arbeidsovereenkomst, te weten in 1917 en 1918, gewezen arresten omarmde de Hoge Raad de door de wetgever aangewezen betekenis van de mededelingseis en verduidelijkte hij dat die eis zowel een materiële, als een formele/procedurele kant, of wellicht beter: betekenis heeft. Het eerstgenoemde arrest van 2 maart 1917 had betrekking op die formele betekenis.[7]

De Hoge Raad had daarin te oordelen over het ontslag van een slager die – naar de Rechtbank feitelijk had vastgesteld – was ontslagen wegens "oneerlijkheid" bestaande in het tegen een te lage prijs verkopen van huiden. Gedurende het geding in eerste aanleg was de werkgever daarop teruggekomen en had hij getracht de opgegeven ontslaggrond in die zin aan te passen dat de handelwijze van de werknemer niet als oneerlijkheid, maar als niet behoorlijke behartiging van de zakelijke belangen van de werkgever was te beschouwen. Dat vond geen genade in de ogen van de Rechtbank, die in navolging van de Kantonrechter besliste dat de aanvankelijk medegedeelde dringende reden "inhield de beschuldiging van oneerlijkheid en dat daarvoor later niet in de plaats kan worden gesteld een ander feit (verwaarloozing van zaak en belangen) waarbij van geen oneerlijkheid sprake was." De Hoge Raad was het daarmee eens en besliste dat indien aan een werknemer als

6 Bles, IV, p. 114.
7 HR 2 maart 1917, NJ 1917, 426.

dringende reden bij (of onverwijld na) het ontslag oneerlijkheid wordt opgegeven, het ontslag niet kan worden gerechtvaardigd door een andere reden, waaruit in het geheel niet van oneerlijkheid blijkt. In het arrest lag daarmee besloten dat de mededelingseis ook meebrengt dat de opgegeven ontslaggrond de dringende reden "fixeert"; het is de medegedeelde ontslaggrond op basis waarvan de werkgever zal hebben aan te tonen dat het ontslag terecht is gegeven en hij kan niet, gedurende de procedure, als hem dat convenieert – bijvoorbeeld omdat hij het bewijs van de *opgegeven* ontslaggrond niet rond krijgt – uitwijken naar een andere ontslaggrond. Dat gevolg van de mededelingseis hangt onlosmakelijk samen met de ratio die de wetgever voor die eis naar voren bracht. De mededeling dient ertoe de werknemer een afweging te laten maken of hij de ontslaggrond als juist aanvaardt, of daartegen in het geweer wenst te komen in rechte. Aan die ratio wordt alleen recht gedaan als de werkgever in de procedure gebonden is aan de opgegeven ontslaggrond en deze niet kan veranderen. Zou de werkgever die ruimte wel hebben, dan zou van de ratio van de mededelingseis, te weten dat de werknemer moet kunnen varen op de hem medegedeelde ontslaggrond, weinig overblijven. Hierna onder 3.4 wordt nader ingegaan op deze formele betekenis van de mededelingseis.

In een arrest van een jaar later liet de Hoge Raad zich uit over de, daarmee samenhangende, materiële betekenis van de onverwijldheidseis.[8] Hij besliste daarin dat die eis meebrengt dat de mededeling van de ontslaggrond zodanig dient te geschieden, dat het de wederpartij "volkomen duidelijk" is welke daden, eigenschappen of gedragingen tot het ontslag aanleiding hebben gegeven. Die eis moet, zo overwoog de Hoge Raad, worden gesteld teneinde de wederpartij in staat te stellen om zich te kunnen beraden "of zij de opgegeven redenen als juist erkent en als 'dringende' redenen aanvaart" (oude spelling in het origineel). Als aan die eis wordt voldaan met een korte mededeling, mag de mededeling ook kort zijn, maar beslissend is of de vereiste hoge mate van duidelijkheid wordt gecreëerd. In een belangrijk, principieel opgezet, arrest uit 1993 werd die leer nog eens herhaald.[9] Ook bij de invulling van de materiële kant van de mededelingseis door de Hoge Raad speelt de door de wetgever aangeduide ratio van die eis dus een doorslaggevende rol. Alleen als het meteen "volkomen duidelijk" is waarom men wordt ontslagen, kan men zich immers tijdig beraden op de vraag of men daartegen op wenst te komen of niet. Op deze materiële betekenis van de mededelingseis wordt hierna onder 3.3 ingegaan.

8 HR 21 juni 1918, NJ 1918, 769.

9 HR 23 april 1993, NJ 1993, 504. Zie rov. 3.2: "Het vereiste dat de dringende reden onverwijld wordt medegedeeld strekt ertoe te waarborgen dat voor de wederpartij onmiddellijk duidelijk is welke eigenschappen of gedragingen de ander hebben genoopt tot het beëindigen van de dienstbetrekking. De wederpartij moet zich immers na de mededeling erover kunnen beraden of hij de opgegeven reden als juist erkent en als dringend aanvaardt. De betreffende mededeling behoeft weliswaar niet steeds met zoveel woorden te worden gedaan en kan ook in een of meer gedragingen besloten liggen, doch ook dan blijft vereist dat daaruit voor de wederpartij aanstonds duidelijk is welke, door de ander als dringend aangemerkte, reden door deze aan de beëindiging van de dienstbetrekking ten grondslag wordt gelegd, althans dat daaromtrent bij de wederpartij, gelet op de omstandigheden van het geval, in redelijkheid geen enkele twijfel kan bestaan."

3.2.3 De Wet Flexibiliteit en Zekerheid; van onverwijld naar gelijktijdig en terug

In de rechtspraak van de Hoge Raad is voorts aanvaard – en ook dat is blijkens het voorgaande in lijn met de wetsgeschiedenis van de Wet op de arbeidsovereenkomst – dat enig tijdsverloop tussen het ontslag en de mededeling van de ontslaggrond aanvaardbaar is.

Te wijzen valt in dit verband op een arrest van de Hoge Raad van 21 april 1989, waarin de Rechtbank het toelaatbaar had geacht dat de werkgever de ontslaggrond – dronkenschap – een dag na het ontslag had medegedeeld aan familieleden van de ontslagen werknemer, die als zijn vertegenwoordiger optraden. De Hoge Raad was van mening dat de Rechtbank aldus geen blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.[10] Aan de andere kant werd door de Hoge Raad ook toegestaan dat de mededeling reeds *voorafgaand* aan het ontslag werd gedaan, bijvoorbeeld in een geval waarin een werknemer voorafgaand aan het ontslag was geschorst onder mededeling van de gronden daarvoor. Nu de werknemer wist dat het besluit tot ontslag slechts kon steunen op die redenen, was de werknemer in de opvatting van de Hoge Raad vooraf in kennis gesteld van de ontslaggrond. In dat geval, zo de Hoge Raad, heeft de eis van onverwijlde mededeling niet de strekking bij of kort na het ontslag nog eens hernieuwde mededeling voor te schrijven.[11] De Hoge Raad verwees daarbij, in het verlengde van A.-G. Besier, naar de wetsgeschiedenis waaruit was af te leiden dat de wetgever oorspronkelijk mededeling van de dringende reden "vooraf" voor ogen had gestaan. Dit begrip was niet vervangen door "onverwijld" omdat mededeling vooraf niet langer toelaatbaar zou zijn, maar om "aan de achterkant" wat meer ruimte te creëren, te weten om ook een mededeling kort na het ontslag nog toelaatbaar te laten zijn.[12] In dezelfde lijn valt ook een arrest van de Hoge Raad van 28 april 1995 te plaatsen, waarin de Hoge Raad besliste dat een werkgever ook op voorhand aan een werknemer kan aangeven dat, wanneer hij op een in de (nabije) toekomst gelegen dag iets (niet) doet, hij zich dan op dat moment deswege als op staande voet ontslagen mag beschouwen. Ook bij zo een ontslag op staande voet bij voorbaat wordt de ontslaggrond dus al voorafgaand aan het daadwerkelijke ontslag meegedeeld.[13]

Er zat, gelet op de rechtspraak van de Hoge Raad, dus naar twee kanten "rek" in de eis van onverwijlde mededeling; die mededeling mocht zowel naar kort voor als naar kort na het ontslagmoment geschoven worden. Dat alles gold in ieder geval tot de inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid.

---

10 HR 21 april 1989, NJ 1989, 553.

11 HR 25 juni 1920, NJ 1920, 827.

12 Zie Conclusie A.-G. Besier voor HR 25 juni 1920, NJ 1920, p. 829, l.k., eerste alinea.

13 HR 28 april 1995, NJ 1995, 651, rov. 3.5: "Niet valt in te zien waarom een werkgever in een situatie zoals die zich blijkens de feitelijke vaststellingen van de Rechtbank hier voordeed, niet ermede zou kunnen volstaan de werknemer die bij voorbaat aankondigt dat hij geen gehoor zal geven aan de opdracht maandag na het weekend op het werk te verschijnen, aan te zeggen dat, als de werknemer metterdaad door weg te blijven bij die weigering mocht volharden, de arbeidsovereenkomst met ingang van die maandag wegens werkweigering zal zijn beëindigd. Het heeft geen goede zin van de werkgever te vergen dat hij, zo de werknemer inderdaad niet verschijnt, hem 's maandags alsnog op staande voet ontslaat."

Zoals in hoofdstuk 2 al is aangegeven, leidde die wet ertoe dat het vereiste van onverwijld ontslag alsnog met zoveel woorden in art. 7:677 BW werd opgenomen. Maar de wet Flexibiliteit en Zekerheid had ook gevolgen voor de mededelingseis. Het aanvankelijke wetsvoorstel stelde niet méér voor dan om in art. 7:677 BW de woorden "zonder opzegging of zonder inachtneming van de voor opzegging geldende bepalingen doen eindigen" te vervangen door de woorden "met onmiddellijke ingang opzeggen", een puur terminologisch bedoeld wijzigingsvoorstel.[14] Het wetsvoorstel werd van verschillende kanten van commentaar voorzien, onder meer van de zijde van de Werkgroep Ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht, die – naar aanleiding van het voorstel – een groot aantal aanbevelingen deed. Aanbeveling 31, afkomstig van Kuip, had betrekking op art. 7:677 lid 1 BW en strekte ertoe die bepaling als volgt te laten luiden:[15]

> "Ieder der partijen is bevoegd de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen om een dringende reden onder *gelijktijdige mededeling* van die reden aan de wederpartij. De partij die dit zonder een dringende aan de wederpartij *onverwijld medegedeelde* reden doet, is schadeplichtig."
> Cursiveringen SFS

Blijkens de toelichting op deze Aanbeveling beoogde dit voorstel uitsluitend de "rek" te weerspiegelen die blijkens de hiervoor in hoofdstuk 2 besproken rechtspraak van de Hoge Raad in de onverwijldheid van het ontslag zat, zowel in de onderzoeksfase, als in de fase tussen de opzegging en de ingangsdatum daarvan.[16] Het tekstvoorstel was, achteraf gezien, ongelukkig verwoord. Door in de eerste volzin *gelijktijdige* mededeling van de dringende reden te vereisen, was namelijk verdedigbaar dat naar de letter bezien gebroken werd met het tot dan toe bestaande regime dat slechts een onverwijlde mededeling van de ontslaggrond vereiste. Dat dat *niet* de bedoeling van de maker van de bovenstaande Aanbeveling was, volgt wel uit de tweede volzin daarvan, die zag – en ziet – op de schadeplichtigheid en waarin valt te lezen dat die schadeplichtigheid ook intreedt wanneer de dringende reden niet "onverwijld medegedeeld" wordt.[17] De tweede volzin duidde veeleer op handhaving van het bestaande systeem en in een latere fase van het wetgevingsproces vroeg de Werkgroep Ontslagrecht van de VvA ook uitdrukkelijk de aandacht voor het feit dat het *niet* de bedoeling was op het punt van de timing van de mededeling van de ontslaggrond een wijziging door te voeren.[18] Toch was met de eerste volzin van de Aanbeveling de kiem gelegd voor een wijziging van de wetstekst die menigeen tegenwoordig beschouwt als een materiële wijziging.

---

14 Zie over deze terminologische kwestie hiervoor onder 2.2.4.

15 Zie S.W. Kuip, Artikel 7:677 Ontslag op staande voet en schadeplichtigheid, SR 1997 – 7/8, p. 215; Parl. Gesch. Flexwet, p. 797.

16 Zie S.W. Kuip, Artikel 7:677 Ontslag op staande voet en schadeplichtigheid, SR 1997 – 7/8, p. 216, l.k. Zie in gelijke zin ook: S.W. Kuip, Ontslag op staande voet en schadeplichtigheid in wetsvoorstel flexibiliteit en zekerheid; rigiditeit en onzekerheid, SMA 1997, p. 381 e.v. Zie in het bijzonder p. 382 en 383.

17 Dat Kuip die wijziging niet daadwerkelijk voorstond, vindt ook steun in zijn (op dat moment) vrij recente proefschrift, waarin de eis van onverwijlde mededeling wordt besproken, maar dat geen aanknopingspunten bevat voor de conclusie dat hij op dit punt een verandering zou voorstaan.

18 Parl. Gesch. Flexwet, p. 802.

Bij Tweede nota van wijziging van 1 oktober 1997 pikte de regering de aanbeveling van de Werkgroep Ontslagrecht op en werd voorgesteld art. 7:677 lid 1 aldus te laten luiden:

> "Ieder der partijen is bevoegd de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen om een dringende reden, onder gelijktijdige mededeling van die reden aan de wederpartij. De partij die dit zonder een dergelijke reden doet, is schadeplichtig."[19]

Waar in de Aanbeveling van de Werkgroep Ontslagrecht dus nog in het kader van de tweede volzin ten aanzien van de schadeplichtigheid een duidelijk aanknopingpunt was te ontwaren voor de stelling dat nog steeds met onverwijlde mededeling van de dringende reden kon worden volstaan, was dat aanknopingspunt in het gewijzigde wetsvoorstel niet uitdrukkelijk teruggekeerd. Van belang is echter wel welke toelichting in de Nota van wijziging werd gegeven op het nieuwe tekstvoorstel voor art. 7:677 BW. Daarin werd benadrukt dat de woorden "met onmiddellijke ingang opzeggen" uit het oorspronkelijke voorstel van wet waren gewijzigd in "onverwijld op te zeggen", juist omdat dat laatste begrip beter aansloot bij het *bestaande* jurisprudentiële kader. Dat noopte niet tot onmiddellijke opzegging, maar tot onverwijlde opzegging.[20] De hierboven geciteerde tekst, zo de toelichting, "beoogt artikel 677 lid 1 in overeenstemming te brengen met de jurisprudentie." Van een eventuele wijziging die het tekstvoorstel impliceerde ten aanzien van de mededelingseis werd ondertussen met geen woord gerept. Ik meen dat uit een en ander, in onderlinge samenhang bezien, slechts kan worden afgeleid dat het van meet af aan zeker *niet* de bedoeling is geweest om ten aanzien van de mededelingseis met de bij Tweede nota van wijziging voorgestelde tekst voor art. 7:677 lid 1 BW een materiële wijziging door te voeren. Het was uitsluitend de intentie om te codiferen wat op grond van de rechtspraak gold met betrekking tot de in hoofdstuk 2 besproken onverwijldheidseis en om verder een terminologische, niet inhoudelijke, update door te voeren.

Bij faxbericht van 30 oktober 1997 attendeerde Kuip het Ministerie er vervolgens op dat ook het BBA nog aangepast diende te worden naar aanleiding van het nieuwe art. 7:677 lid 1 BW en wel in die zin dat daarin zou moeten worden verankerd dat een ontslagvergunning niet gevraagd behoeft te worden "indien de opzegging onverwijld geschiedt om een dringende reden, onder gelijktijdige mededeling van die reden aan de wederpartij." Wederom werd de wetgever hier dus enigszins op het terminologisch verkeerde been van de "gelijktijdige mededeling" van de dringende reden gezet, daar waar het vigerende stelsel niet meer dan "onverwijlde mededeling" daarvan vereiste. En de wetgever volgde ook hier opnieuw het hem gegeven advies, want bij Vierde nota van wijziging werd voorgesteld om de tekst van het BBA aan te passen aan de voor art. 7:677 lid 1 BW voorgestelde tekst.[21]

Art. 7:677 lid 1 BW werd in de Tweede Kamer vervolgens zonder verder debat aangenomen. In de Eerste Kamer kwam de vraag op of de tweede volzin van art. 7:677 lid 1 BW wel voldoende duidelijk tot uitdrukking bracht dat overtreding van de

19 Parl. Gesch. Flexwet, p. 797.
20 Zie daarover hiervoor onder 2.2.4.
21 Parl. Gesch. Flexwet, p. 798.

mededelingseis ook tot schadeplichtigheid zou leiden. Naar de letter genomen, zo werd vanuit de PvdA-gelederen opgemerkt, zag de schadeplichtigheid namelijk slechts op het geval van het ontbreken van een onverwijld ontslag om een dringende reden, nu de tweede volzin van art. 7:677 lid 1 BW stipuleerde dat van schadeplichtigheid sprake zou zijn wanneer er "zonder een dergelijke reden" (op staande voet) wordt ontslagen. Geopperd werd om in de wet te verankeren dat ook schending van de mededelingseis tot schadeplichtigheid zou leiden.[22] Van de zijde van de regering werden daarop bij Memorie van Antwoord geruststellende woorden gesproken. Ook overtreding van de eis van gelijktijdige mededeling zou tot schadeplichtigheid leiden:

> "Echter, indien de bepaling naar haar bedoeling wordt geïnterpreteerd, is zij voor geen andere uitleg vatbaar, gelet ook op het feit dat met dit voorstel niet wordt beoogd te breken met de thans geldende regeling van de nietigheid van het ontslag op staande voet en de rechtspraak terzake."[23]

Wederom werd dus van regeringszijde bevestigd dat art. 7:677 lid 1 BW *niet* beoogde te breken met het geldende systeem en de rechtspraak ter zake van de nietigheid van het ontslag (zich daarbij evenwel klaarblijkelijk niet realiserend dat verdedigbaar was dat de eis van *gelijktijdige* mededeling, als verwoord in de eerste volzin van de bepaling, *naar de letter* wel zo een wijziging meebracht).

De PvdA-fractie nam geen genoegen met de woorden van de Minister en verzocht hem blijkens het Nader voorlopig verslag om de wetstekst "bij de eerstvolgende gelegenheid" alsnog in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever te brengen in die zin dat alsnog met zoveel woorden zou worden verankerd dat ook schending van de mededelingseis tot schadeplichtigheid zou leiden. Bij Nadere Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer gaf de Minister aan daartoe bereid te zijn.[24] Daarop zond Kuip op 16 april 1998 een Voorstel voor een Leemtewet aan de Eerste Kamer, dat met betrekking tot art. 7:677 lid 1 BW geheel gelijk was aan de oorspronkelijke aanbeveling 31 en waarin dus ook weer was opgenomen dat "niet onverwijlde mededeling" van de dringende reden tot schadeplichtigheid zou leiden.[25] Bij brief aan de Eerste Kamer d.d. 8 mei 1998 zegde Minister Melkert vervolgens toe dat hij art. 7:677 lid 1, tweede volzin, aldus ging repareren dat daarin zou worden vermeld dat van schadeplichtigheid sprake zou zijn als een werkgever niet opzegt wegens een "dergelijke aan de wederpartij *onverwijld* medegedeelde reden." In die toezegging van de Minister – waarmee de Kamer tevreden was – lag wederom besloten (i) dat de Wet Flexibiliteit en Zekerheid niet beoogde te breken met datgene wat sinds 1909 gold ter zake van de mededeling van de dringende reden, en (ii) dat het gebruik van het woord "gelijktijdig" in de *eerste volzin* van art. 7:677 lid 1 BW niet méér was dan een tekstuele ongerijmdheid. Onder gelijktijdig in de eerste volzin van art. 7:677 BW moest nog steeds onverwijld worden verstaan. Met dien verstande werd de Wet Flexibiliteit en Zekerheid op 14 mei 1998 uiteindelijk aangenomen.

---

22 Parl. Gesch. Flexwet, p. 799.
23 Parl. Gesch. Flexwet, p. 800.
24 Parl. Gesch. Flexwet, p. 801.
25 Parl. Gesch. Flexwet, p. 801.

3.2.4 Wetsvoorstel 26 257: repareren maakt meer kapot dan je lief is?

En toen werd, op 19 oktober 1998, Wetsvoorstel 26 257 ingediend, dat erop gericht was een aantal onvolkomenheden in de Wet Flexibiliteit en Zekerheid glad te strijken. Dat is, op het hier bedoelde punt, niet gelukt.

In plaats van de door minister Melkert toegezegde herstelwetgeving, kwam een nieuwe Minister van SZW – het kabinet Kok II was inmiddels aangetreden en daarin had Melkert de rol van fractievoorzitter voor de PvdA op zich genomen – met het voorstel om de tweede volzin van art. 7:677 lid 1 BW aldus te laten luiden als hij thans luidt: "De partij die opzegt zonder een dringende reden of zonder gelijktijdige mededeling van de dringende reden is schadeplichtig".[26] De door Minister Melkert toegezegde "onverwijlde mededeling" was daarin niet te ontwaren. Dat bracht de Werkgroep Ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht ertoe opnieuw in de pen te klimmen. Binnen tien dagen nadat het reparatiewetsvoorstel het licht had gezien, reageerde zij bij brief aan de Tweede Kamer op het hier bedoelde punt. De werkgroep verduidelijkte dat voor een rechtsgeldig ontslag op staande voet aan drie vereisten moet zijn voldaan, te weten (i) de dringende reden, (ii) de onverwijlde opzegging – die door de Wet Flexibiliteit en Zekerheid was gecodificeerd – en (iii) de mededelingseis. Ten aanzien van die derde eis werd in de brief opgemerkt dat de Wet Flexibiliteit en Zekerheid daarin "onbewust en waarschijnlijk onbedoeld" verandering bracht:

> "Dan wordt namelijk niet meer vermeld dat de dringende reden onverwijld aan de wederpartij moet worden meegedeeld maar dat sprake moet zijn van een gelijktijdige mededeling van de dringende reden aan de wederpartij. Dit betekent dat in het vervolg de mededeling van de dringende reden gelijktijdig met de opzegging moet geschieden, maar ook geen dag later. (…) Vanzelfsprekend zullen de opzegging en de mededeling van de dringende reden aan de wederpartij in de regel vrijwel gelijktijdig plaatsvinden. Toch komt het wel voor dat enig tijdsverloop plaatsvindt tussen het tijdstip waarop de opzegging plaatsvindt en het tijdstip waarop de dringende reden aan de wederpartij wordt meegedeeld. Enig respijt moet degene die opzegt hierbij worden gegund, met name voor het geval rechtvaardigingsgronden bestaan voor het tijdsverloop. De term 'gelijktijdig' laat geen tijdsverloop toe."

Vervolgens werd gewezen op het feit dat Minister Melkert had toegezegd de woorden "onverwijld medegedeelde reden" op te zullen nemen in de tweede volzin van art. 7:677 lid 1 BW en dat het reparatiewetsvoorstel daaraan niet tegemoet kwam. De werkgroep sloot af met de opmerking dat het gelet op een en ander geboden leek om zowel in de eerste volzin als in de tweede volzin van art. 7:677 lid 1 BW tot uitdrukking te brengen dat sprake moet zijn van een onverwijlde mededeling van de dringende reden.[27] Bij fax van 11 november 1998 vroeg ook Kuip in vrijwel gelijkluidende bewoordingen nog eens aandacht voor dit punt.[28] Ook hij stelde nu voor om zowel in de eerste als de tweede volzin van art. 7:677 lid 1 BW de gelijktijdige

---

26 Parl. Gesch. Flexwet, p. 802.
27 Parl. Gesch. Flexwet, p. 803.
28 Parl. Gesch. Flexwet, p. 803/804. Zie ook S.W. Kuip, Flexibiliteit en zekerheid revisited: de ontwerp-Reparatiewet, SR 1998, p. 334 e.v.

mededeling te vervangen door onverwijlde mededeling.[29] Van de zijde van de leden van de D66 fractie werd de regering uitdrukkelijk verzocht op de interventies van de Werkgroep Ontslagrecht en Kuip in te gaan en dat gebeurde in de Nota naar aanleiding van het verslag van 20 november 1998. De Regering bleek niet van zins om de voorgestelde aanpassing door te voeren. Daartoe werd in de Nota naar aanleiding van het verslag van 20 november 1998 allereerst (ten onrechte) betwist dat de toezegging die Minister Melkert had gedaan, betrekking had op de term "onverwijld". Die toezegging zou er alleen toe hebben gestrekt te bewerkstelligen dat de in de tweede zin van art. 7:677 lid 1 BW verankerde schadeplichtigheid zich ook zou uitstekken tot, kort gezegd, overtreding van de mededelingseis. Daaraan voegde de regering nog toe overigens van mening te zijn dat het niet aangewezen was om, zoals de Vereniging voor Arbeidsrecht voorstelde,

> " (…) mogelijk te maken dat de opzegging wegens een dringende reden en de mededeling van die reden aan de wederpartij op een verschillend tijdstip – niet gelijktijdig – plaatsvinden. Dit schept – onnodig – onduidelijkheid en onzekerheid aan de wederpartij die met de mededeling van een ontslag op staande voet wordt geconfronteerd en tegelijkertijd te horen krijgt dat de reden daarvoor op een later tijdstip wordt meegedeeld. Voor de werknemer is van belang dat hij onmiddellijk begrijpt waarom hij is ontslagen. Hij moet zich erover kunnen beraden of hij dit ontslag als juist erkent. Dit voorstel ligt naar de mening van de regering niet in de lijn van de jurisprudentie, die de partij die meent een dringende reden voor ontslag te hebben enige tijdsruimte geeft voor de ontslagaanzegging. Wordt het ontslag aangezegd, dan dient daarbij echter ook – in het belang van de wederpartij – de reden vermeld te worden."[30]

En daarmee was de spreekwoordelijke kous af. Het wetsvoorstel werd na deze mededeling van regeringszijde op het punt van de mededelingseis van art. 7:677 lid 1 BW zonder nadere opmerkingen of wijzigingen aangenomen.

3.2.5 Betekent gelijktijdig "op hetzelfde moment" of – nog steeds – "onverwijld"?

Veel auteurs, onder wie Beltzer, Verhulp, Kuip en Scholtens alsmede Disselkoen en Jakimowicz, gaan er onder verwijzing naar het bovenstaande wetgevingsproces vanuit dat met het voorgaande vast staat dat de mededeling van de ontslaggrond op hetzelfde moment als de opzegging dient te geschieden. Zo staat het immers in de wet en zo was de bedoeling van de regering.[31] Kuip en Scholtens merken in dit verband op dat de term gelijktijdig een verzwaring oplevert van de bevoegdheid

---

29 In herinnering zij geroepen dat de gelijktijdige mededeling oorspronkelijk afkomstig was van een aanbeveling van zijn hand (zie voetnoot 15). Uit zijn interventie van 11 november 1998 blijkt dat die woorden door hem ongelukkig waren gekozen en dat het destijds niet zijn bedoeling is geweest om op dit punt een materiële wijziging van de wet aan te bevelen.

30 Parl. Gesch. Flexwet, p. 804/805.

31 Verhulp merkt in dit verband op dat de regering uitdrukkelijk heeft gekozen voor gelijktijdige mededeling, zodat geen ruimte bestaat om de mededeling later te doen dan bij de opzegging; E. Verhulp, Kaderpocket Flexibiliteit en zekerheid, 2001, p. 243. R.M. Beltzer, Rechtspraak ontslag op staande voet, Deventer, 2004, p. 14/15; V. Disselkoen en C.M. Jakimowicz 2010, SDU Commentaar arbeidsrecht, 66 BW Boek 7 art. 678, C.1.1.8, p. 981.

wegens een dringende reden op te zeggen. Het criterium is "harder en strenger".[32] Een groot aantal andere auteurs neemt eveneens voetstoots aan dat mededeling van de dringende reden op het moment van het ontslag vereist is, wil een ontslag op staande voet rechtsgeldig zijn.[33]

Er zijn echter ook gezaghebbende auteurs die op een andere lijn zitten. Zo stelt Heerma van Voss in zijn bijdrage aan de Asser-Serie uit 2008 dat de derde eis die aan een ontslag op staande voet moet worden gesteld "is dat de reden voor het ontslag onverwijld moet worden medegedeeld."[34] Bouwens en Duk zien ook nog steeds ruimte voor enig uitstel voor de mededeling na het moment van het ontslag. Zij stellen, onder verwijzing naar rechtspraak uit het pre-Flex- en Zekerheid tijdperk, dat "mededeling van de dringende reden (…) gelijktijdig met de opzegging (dient, toevoeging SFS) plaats te vinden" maar dat "onder omstandigheden een kleine tijdsruimte tussen opzegging en mededeling geoorloofd is, mits opzegging en mededeling van de reden tezamen nog als een onverwijlde reactie op de dringende reden kunnen worden beschouwd."[35] Boot neemt een (mij) wat onduidelijke tussenpositie in. Hij schrijft enerzijds dat de reden van het ontslag "tegelijkertijd" met het ontslag moet worden meegedeeld, maar wijst er daarnaast op dat wanneer de mededeling mondeling geschiedt, de werkgever er verstandig aan doet de schriftelijke bevestiging van het ontslag en de redengeving zeer snel daarna te sturen.[36]

Welke stroming heeft het gelijk aan haar zijde? Hoe moet het woord gelijktijdig in art. 7:677 lid 1 BW worden uitgelegd?

3.2.5.1 Belang voor de praktijk

Vooropgesteld zij dat het antwoord op die vraag voor de praktijk van eminent belang is. Ontslagen op staande voet worden vaak in een conflictueuze situatie mondeling gegeven. De schriftelijke bevestiging van het ontslag volgt dan kort daarop en wordt meestal diezelfde of de volgende dag per post verstuurd. Die bevestiging bereikt de ontslagene dan meestal ook pas een dag of twee nadat het ontslag heeft plaatsgevonden en dus, mede gelet op het bepaalde in art. 3:37 BW, niet tegelijk met de opzegging. Zou nu het begrip "gelijktijdig" in art. 7:677 BW inderdaad aldus moeten worden begrepen dat de ontslagreden *op hetzelfde moment* als het ontslag moet worden meegedeeld, dan zal de werkgever het in die – bepaald gebruikelijke – setting

---

32 Parl. Gesch. Flexwet, p. 794. Idem V. Disselkoen en C.M. Jakimowicz 2010, SDU Commentaar arbeidsrecht, 66 BW Boek 7 art. 678, C.1.1.8, p. 981.

33 Zie J. van Drongelen, W.J.P.M. Fase, P.J.S. de Jong-van den Bogaard en S.F.H. Jellinghaus, Ontslagrecht, Individueel arbeidsrecht III: Ontslagrecht, Zutphen, 2011, p. 215 die ervan uitgaan dat de dringende reden gelijktijdig moet worden meegedeeld, al zijn zij wel van mening dat mededeling achterwege kan blijven als direct duidelijk is waarom wordt ontslagen. Zie ook C.J. Loonstra en W.A. Zondag, Arbeidsrechtelijke themata, Den Haag 2010, p. 433/434. Zie in gelijke zin ook R.M. Beltzer, W.J.P.M. Fase, R.M. Beltzer, S.F.H. Jellinghaus, A.D.M. van Rijs, Handboek ontslagpraktijk, Den Haag, 2003, p. 81; D.M. van Genderen, P.S. Fluit, M.E. Stefels, D.J.B. de Wolff, Arbeidsrecht in de praktijk, Den Haag, 2008, p. 258; J. van Drongelen en A.D.M. van Rijs, De ontslagpraktijk van het UWV, Deventer, 2012, p. 69.

34 Asser-Heerma van Voss, deel V*, nr. 378.

35 W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, Van der Grinten. Arbeidsovereenkomstenrecht, Deventer, 2011, p. 386.

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

alleen moeten hebben van de mondeling medegedeelde reden. De latere bevestiging daarvan is dan, strikt genomen, betekenisloos. Betwist de werknemer namelijk dat de dringende reden als weergegeven in de brief ook mondeling met hem is gedeeld, dan zal de werkgever niet alleen de mondeling opgegeven dringende reden moeten bewijzen, maar ook dat deze mondeling zo duidelijk voor het voetlicht is gebracht dat daarover geen enkel misverstand kon bestaan.[37] Dat alles is des te bezwaarlijker omdat de ervaring leert dat boosheid – en dat gevoel speelt vaak aan beide zijden van de tafel als een ontslag op staande voet wordt meegedeeld – bij de partij die opzegt niet zorgt voor de meest afgewogen woordkeuze, terwijl diezelfde boosheid bij degene die ontslagen wordt wellicht niet steeds de meest vruchtbare voedingsbodem oplevert voor een goed begrip van hetgeen als reden wordt meegedeeld. De werkgever die ontslaat – maar ook de werknemer die ontslag op staande voet neemt – heeft er dus alleen al vanuit die optiek belang bij dat de mededeling van de ontslaggrond iets later mag geschieden dan de opzegging zelf, zij het *onverwijld* daarna. Hoe nu te oordelen over de vraag welke gevolgen verbonden moeten worden aan de invoering van het vereiste van de "gelijktijdige" mededeling in art. 7:677 lid 1 BW?

Ik zou menen dat er krachtige argumenten kunnen worden aangevoerd om het woord gelijktijdig aldus uit te leggen dat daarmee *geen* wijziging is gekomen in de mededelingseis, hetgeen betekent dat ook thans nog geldt dat een mededeling die onverwijld *na* de opzegging is gedaan, als rechtsgeldig heeft te gelden. Men kan het ook zo zeggen: de term "gelijktijdig" zou aldus moeten worden geïnterpreteerd dat een "onverwijlde" mededeling na het ontslag als *voldoende* gelijktijdig wordt aangemerkt. Voor die ruime lezing spreekt een viertal argumenten, te weten de praktische wenselijkheid en redelijkheid ervan, de wetsgeschiedenis, de tekst van de wet en de lagere rechtspraak.

3.2.5.2 De eisen van het maatschappelijk verkeer

First and foremost is het van belang te wijzen op de maatschappelijke, zo men wil "praktische" wenselijkheid van die benadering. In herinnering zij geroepen dat er reeds in het kader van de parlementaire behandeling van de Wet op de arbeidsovereenkomst, aan het begin van de vorige eeuw, met juistheid op is gewezen dat zich gevallen kunnen voordoen waarin de opzeggende partij in redelijkheid enige speling moet hebben bij het aanzeggen van de dringende reden. Destijds werd het – thans wellicht enigszins gedateerde – voorbeeld genoemd van de huishoudster die door de baas onheus was bejegend, *stante pede* diens woning en dienst verliet en het vervolgens aan haar vader overliet om de redenen daarvoor mee te delen. Maar er zijn (ook heden ten dage) allerlei gevallen denkbaar waarin de redelijkheid lijkt te vergen dat enig uitstel in het meedelen van de ontslaggrond toelaatbaar moet worden geacht. Wat te denken van het volgende, aan de praktijk ontleende, scenario. Een

37 Zie voor een voorbeeld van de problemen waartoe dat kan leiden: Ktr. Amersfoort 8 juni 2011, LJN: BQ7980 en zie voor een uitvoerige beschrijving van de eisen waaraan de mededeling moet voldoen hierna onder 3.3.

werkgever heeft de werknemer bij zich geroepen teneinde hem ontslag op staande voet aan te zeggen. Op het moment dat de werkgever het gesprek opent en meedeelt dat ontslag op staande voet wordt gegeven, maar de redenen daarvoor nog niet met de werknemer zijn gedeeld, staat de werknemer op en roept *"jullie zijn allemaal voor mij"*, gooit zijn sleutels naar een andere werknemer en beent het kantoor van de werkgever uit.[38] Het ontslag is dan gegeven, de reden evenwel niet meegedeeld. Of wat te denken van de werkgever die, nadat hij heeft meegedeeld dat er ontslag op staande voet wordt gegeven, niet toekomt aan het meedelen van de dringende reden omdat de werknemer door de onheilstijding zodanig emotioneel van de kaart raakt, dat hij volstrekt niet meer in staat is om te *begrijpen* wat er tegen hem gezegd wordt. Vereist het mededelingsvereiste van art. 7:677 BW dan toch dat de werkgever aan die werknemer tijdens zijn huilbui fijntjes gaat uitleggen wat precies de redenen zijn die aan het ontslag ten grondslag liggen? Of mag de werkgever zich dan eerst om de werknemer bekommeren, hem thuis laten brengen en de redenen voor de opzegging per brief nasturen? Beschaafd hedendaags HRM-beleid en art. 7:611 BW lijken te pleiten voor het mogelijk maken van de tweede oplossing. En wat te denken van de werkgever die, nadat hij de werknemer heeft duidelijk gemaakt dat hij op staande voet wordt ontslagen, maar voordat hij de redenen voor het ontslag heeft kunnen overbrengen, zodanig wordt bedreigd dat hij een veilig heenkomen moet zoeken? Hoe aanvaardbaar is het, dat die werkgever de ontslaggronden niet alsnog per post zou mogen nazenden?

Een rigide uitleg van het begrip gelijktijdig leidt er bovendien niet alleen toe dat rek "aan de achterkant" van de opzegging niet meer mogelijk is, maar ook dat die rek "aan de voorkant" niet meer mogelijk is. Hiervoor is aangegeven dat uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat een mededeling niet strikt noodzakelijk is wanneer de werknemer uit eerdere communicatie – bijvoorbeeld omdat hem de redenen voor een schorsing zijn meegedeeld – duidelijk is waarom hij wordt ontslagen. Gaat men ervan uit dat het begrip gelijktijdig moet worden geïnterpreteerd als "op hetzelfde moment" dan zou zo een mededeling vooraf de toets der kritiek ook niet meer doorstaan; vooraf mededelen is dan immers niet gelijktijdig meedelen. En wat te denken van het hiervoor aangehaalde arrest uit 1993, waarin de Hoge Raad besliste dat de mededeling ook gelegen kan zijn in "een of meer gedragingen" van de werkgever? Ook dat kan, wanneer wordt uitgegaan van een strikt gelijktijdigheidsvereiste, niet meer. De gedragingen waarmee de dringende reden wordt gecommuniceerd, zullen immers vrijwel nimmer samenvallen met het ondeelbare moment waarop de opzegging de werknemer bereikt.

Daarbij komt, dat het vereiste van een daadwerkelijke samenval van het moment van de mededeling van de opzegging en de mededeling van de daarvoor bestaande reden geen redelijk doel lijkt te dienen. Vanzelfsprekend moet de werknemer – al is het maar gelet op de relatief korte termijn van zes maanden waarbinnen hij eventueel een beroep op de nietigheid van het ontslag in verband met het ontbreken van een BBA-ontslagvergunning of op de kennelijke onredelijkheid van het ontslag moet doen – snel

38 Een casuspositie enigszins vrij ontleend aan Ktr. Deventer 20 maart 2003, Prg. 2003, 6055.

na het ontslag weten waarom hij wordt ontslagen.[39] Maar niet valt in te zien dat een werknemer, wanneer de werkgever de ontslaggrond pas een paar dagen na het ontslag meedeelt, onvoldoende tijd over zou hebben om een afgewogen keuze te maken.

Afgezien van het feit dat een strikte uitleg van het vereiste van "gelijktijdige" mededeling onwenselijke gevolgen heeft omdat (i) er gevallen zijn waarin enige speling achteraf billijkheidshalve vereist is en (ii) daarmee ook staande rechtspraak van de Hoge Raad over de mogelijkheid om de reden al vooraf mee te delen op losse schroeven wordt gezet, zijn er ook anderszins geen dwingende argumenten die tot die uitleg zouden nopen. Noch de wetsgeschiedenis van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid, noch de huidige redactie van art. 7:677 BW dwingen ertoe. Integendeel.

3.2.5.3 De aan de wetsgeschiedenis te ontlenen argumenten

Bezien we allereerst de wetsgeschiedenis, een belangrijk – zij het, zoals Hartkamp het bij de invoering van het huidige BW uitdrukte, niet "sacrosanct" – element bij de wetsuitleg.[40] Dat "de wetgever" zich dat zelf ook (wel eens) realiseert, bleek bijvoorbeeld bij de invoering van het huidige BW, toen – in het kader van de behandeling van de Invoeringswet – werd opgemerkt dat de wetgever "principieel de uitleg van zijn eigen producten niet kan afdwingen, ook niet door middel van uitingen die tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel of een later wetsvoorstel zijn gedaan."[41]

Blijkens het voorgaande was het uitdrukkelijk de bedoeling van de wetgever om in het kader van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid in de regeling van het ontslag op staande voet slechts een terminologische wijziging door te voeren – door de woorden "zonder opzegging doen eindigen" te vervangen door "opzegging" – en om het onverwijldheidsvereiste uitdrukkelijk te verankeren. Er is in de wetsgeschiedenis van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid geen enkele aanwijzing te vinden die erop duidt dat met de invoering van het woord gelijktijdig een materiële wijziging is beoogd. Integendeel: in de toelichting op de Nota van Wijziging waarmee het woord gelijktijdig werd voorgesteld valt te lezen dat daarmee werd beoogd "artikel 677 lid 1 in overeenstemming te brengen met de jurisprudentie." Die jurisprudentie stond – zoals hiervoor onder 3.2.2 werd geconstateerd – toe dat er aan beide kanten van de opzegging enige rek zat in de mededeling. Het woord gelijktijdig lijkt daarmee te berusten op, wat men zou kunnen noemen, een redactionele oneffenheid. Daarbij komt – ook dat zij in herinnering geroepen – dat tijdens de parlementaire behandeling van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid door Minister Melkert in de Tweede Kamer

39 Zie art. 9 lid 3 BBA, art. 7:683 BW. Een doorbreking van de vervaltermijn van art. 9 BBA is slechts onder zeer bijzondere omstandigheden denkbaar; de rechtspraak kent daarvan slechts één – hoogst schrijnend – voorbeeld. Zie HR 22 juni 2012, JAR 2012/189 alsmede, voor het arrest van het Hof Amsterdam 12 oktober 2010, JAR 2010/287. Zie over deze uitspraak ook: B. Barentsen en S.F. Sagel, Kroniek van het sociaal recht, NJB 2012, p. 2459.

40 A.S. Hartkamp, Wetsuitleg en rechtstoepassing na de invoering van het nieuwe burgerlijk wetboek (rede UU, 1992), Deventer, 1992, p. 17.

41 Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1005.

is toegezegd dat hij de tweede volzin van art. 7:677 lid 2 BW in die zin zou repareren dat de schadeplichtigheid als in die bepaling genoemd, zich met zoveel woorden zou gaan uitstrekken tot gevallen waarin de dringende reden niet *onverwijld* medegedeeld was. Dat vormt, bij uitstek, een verdere bevestiging van het feit dat de woorden "gelijktijdige mededeling" in de eerste volzin van art. 7:677 BW nog steeds moeten worden begrepen als "onverwijlde mededeling". Met die uitleg van de Minister "op zak" werd de Wet Flexibiliteit en Zekerheid immers vervolgens door de Tweede en Eerste Kamer aanvaard.

De vraag rijst vervolgens wat de betekenis is van de reparatiewetgeving en de opmerking in de Nota naar aanleiding van het verslag dat het naar de opvatting van de regering "niet aangewezen is om (…) mogelijk te maken dat de opzegging wegens de dringende reden en de mededeling van die reden op een verschillend tijdstip – niet gelijktijdig – plaatsvinden."

Doet dat aan het voorgaande (in voldoende mate) af? Ik denk van niet.

In de eerste plaats moet bij de uitleg van de reparatiewetgeving de ratio van die wet worden betrokken; het is *reparatie*wetgeving, dat wil zeggen wetgeving die naar zijn aard niet beoogde om – ten aanzien van het in de Wet Flexibiliteit en Zekerheid geregelde – geheel nieuwe paden in te slaan, maar veeleer om lacunes of onduidelijkheden in die wet te verduidelijken. Een uitleg van de reparatiewet in lijn met hetgeen volgt uit (het wetgevingsproces ter zake van) de Wet Flexibiliteit en Zekerheid ligt alleen al om die reden meer in de rede dan een uitleg van de reparatiewet die ertoe leidt dat datgene wat in de Wet Flexibiliteit en Zekerheid geregeld was, althans wat die wet *beoogde* te regelen, terzijde wordt geschoven. Dat geldt in dit verband des te sterker, nu blijkens de Memorie van Toelichting op de reparatiewet, die wet ten aanzien van art. 7:677 lid 1 BW uitsluitend beoogde buiten twijfel te stellen dat ook het niet gelijktijdig mededelen van de dringende reden – zoals voorgeschreven in de eerste volzin van die bepaling – leidt tot schadeplichtigheid.[42] Een materiële wijziging ten aanzien van de *inhoud* van de mededelingseis zelf werd daarmee dus ten opzichte van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid *niet* beoogd. Dat betekent dus dat als de Wet Flexibiliteit en Zekerheid die wijziging niet meebracht – en dat deed die wet, blijkens het voorgaande, niet – de reparatiewet dat zelf ook niet deed.

Dan rest *last but not least* nog de vraag welk gewicht in dit verband moet worden toegekend aan de hiervoor aangehaalde passage uit de Nota naar aanleiding van het verslag waarin, helemaal aan het einde van het wetgevingsproces, met betrekking tot art. 7:677 lid 1 BW werd aangegeven dat men het van regeringszijde niet aangewezen achtte om mogelijk te maken dat het moment van opzegging en het moment van de mededeling uiteenlopen.

Allereerst moet er op worden gewezen dat het te ver voert om die enkele mededeling tot "wil van de wetgever" te verheffen, zoals in de literatuur wel is gedaan. De regering staat niet gelijk aan de wetgever. Scholten wees er al op dat al te veel wordt gemeend dat, met een beroep op een uiting van een Minister, de vraag naar de interpretatie van de wet zou zijn afgedaan: "Hoe kunnen we weten dat, wat als toelichting van een voorstel door de Minister is gezegd, door de meerderheid van

42 Bijl. Hand. II 26 257, nr. 3., p. 6.

de Tweede en Eerste Kamer is beaamd? Niet de toelichting, maar het wetsvoorstel zelf aanvaardden zij door hun stem." De wijze waarop door menigeen in de arbeidsrechtelijke literatuur de opmerking van de Minister in de Nota naar aanleiding van het verslag als automatisch zonder meer richtingwijzend is aangemerkt voor de betekenis van dat vereiste, vormt een goed voorbeeld van de door Scholten aangeduide misvatting.[43]

Maar belangrijker is nog wel dat de uitlating van de Minister evident is gebaseerd op een onjuiste lezing van zowel (de totstandkoming van) de Wet Flexibiliteit en Zekerheid als de rechtspraak van de Hoge Raad. Blijkens de desbetreffende opmerking werd er van regeringszijde van uitgegaan dat met het verzoek zijdens de Werkgroep Ontslagrecht van VvA om aan de wetstekst toe te voegen dat de dringende reden "onverwijld" kon worden meegedeeld, aan de regering werd gevraagd iets "mogelijk te maken" dat "naar de mening van de regering niet in de lijn van de jurisprudentie" zou liggen. Die opmerking berustte op een dubbel misverstand. In de eerste plaats werd niet gevraagd om iets mogelijk te maken, iets te introduceren wat nog niet bestond. Dat de dringende reden bij een ontslag op staande voet onverwijld moet worden meegedeeld, hetgeen impliceert dat dat ook nog onverwijld na het ontslag kan worden gedaan, gold namelijk al sinds 1909. De Wet Flexibiliteit en Zekerheid had daarin geen wijziging gebracht en de reparatiewetgeving op zijn beurt beoogde geen wijziging te brengen in hetgeen de Wet Flexibiliteit en Zekerheid op dit punt had geregeld. Eveneens was het een misverstand van regeringszijde dat het verzoek niet in lijn zou zijn met de bestaande rechtspraak; zoals hiervoor is aangegeven achtte de Hoge Raad het nog in 1989 niet in strijd met de wettelijke regeling inzake het ontslag op staande voet dat de ontslaggrond kort na het ontslag op staande voet werd meegedeeld. Ook dan kan volgens de Hoge Raad wel degelijk recht zijn gedaan aan het door de regering in de Nota naar aanleiding van het verslag aangehaalde vereiste dat de werknemer onmiddellijk moet begrijpen waarom hij wordt ontslagen, waarmee een onverwijlde mededeling van de ontslaggrond – volgens diezelfde nota – niet te verenigen zou zijn.

Gelet op al het voorgaande meen ik dat de passage in de Nota naar aanleiding van het verslag die betrekking heeft op de mededelingseis van art. 7:677 lid 1 BW niet als een *well informed choice*, maar simpelweg als een evidente misslag moet worden aangemerkt. Daaraan zou bij de uitleg van art. 7:677 lid 1 BW naar mijn mening dan ook voorbijgegaan moeten worden. Vergissingen van de regering moeten niet richtingwijzend zijn bij uitleg van de wet.[44] Dat ook de Hoge Raad het met dat laatste standpunt eens is, vindt steun in zijn rechtspraak. Daarin is eerder voorbijgegaan aan

43 Asser/Scholten Algemeen deel, 2011/11, paragraaf 11. Zie daarover ook Asser/Vranken, Algemeen deel **, nr. 143.

44 Verwezen zij in dit verband naar HR 9 februari 1990, NJ 1991, 462, waarin eveneens voorbij werd gegaan aan uitlatingen van een Minister tegen de Eerste Kamer, die niet strookten met hetgeen in het eerdere wetgevingsproces naar voren was gebracht. Meer in het algemeen geldt dat wanneer de wetsgeschiedenis innerlijk tegenstrijdig is of een onduidelijk beeld oplevert, het belang daarvan bij de wetsuitleg door de rechter gering is. Zie voor een voorbeeld daarvan HR 26 februari 1999, NJ 1999, 717 en daarover Groenewegen, Wetsinterpretatie en rechtsvorming (diss. UvA), Den Haag 2006, p. 110/111.

onjuiste passages uit de parlementaire geschiedenis van de Repa-Flexwet. Verwezen zij in dit verband bijvoorbeeld naar het op 21 maart 2003 door de Hoge Raad gewezen *Van der Gulik-arrest*, dat zag op de vraag of schorsing een oorzaak voor het niet verrichten van de arbeid vormt die in de risicosfeer van de werkgever valt. Ook daarin ging de Hoge Raad uitdrukkelijk in tegen hetgeen van de zijde van de Minister van SZW tijdens onder meer de behandeling van de Repa-Flexwet naar voren was gebracht en liet hij hetgeen volgens de heersende rechtsopvatting had te gelden, prevaleren: "Voor zover bij de behandeling van de wetsvoorstellen 24349 ("Wulbz") en 26257 ("Repa-Flexwet") – overigens in ander verband – gedane uitlatingen van bewindslieden, vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.27-3.35, in een andere richting wijzen, vormen deze geen reden om tot een ander dan het evenvermelde, met de heersende rechtsopvatting omtrent de doorbetaling van loon in geval van schorsing van een werknemer strokende, oordeel te komen."[45]

3.2.5.4 De letter van de wet; het grammaticale argument

Kijkt men tot slot, grammaticaal uitleggend, naar de letter van de wet, dan noopt die evenmin tot de lezing dat de mededeling van de ontslaggrond op hetzelfde moment waarop de opzegging geschiedt, moet plaatsvinden. Volgens Van Dale's groot woordenboek van de Nederlandse taal heeft het woord "gelijktijdig" twee betekenissen. De eerste betekenis die het woordenboek noemt is "afkomstig uit of vallend binnen hetzelfde tijdvak", de tweede betekenis is "op hetzelfde tijdstip geschiedend of plaatshebbend". Het woord gelijktijdig laat dus de mogelijkheid open dat opzegging en mededeling van de grond daarvoor niet op hetzelfde tijdstip, maar binnen een kort tijdvak plaatsvinden.[46] Zo bezien, vereist een uitleg van het begrip "gelijktijdig" in art. 7:677 BW langs de hiervoor bepleite lijn, dat wil zeggen in die zin dat onder gelijktijdig "onverwijld" wordt verstaan, niet van de rechter dat hij *contra legem* uitlegt. De hier bepleite uitleg valt, anders gezegd, binnen de mogelijke woordbetekenis van de bepaling.[47]

Maar zelfs indien men van mening zou zijn, dat het woord gelijktijdig in art. 7:677 BW wel alleen als "op hetzelfde tijdstip geschiedend" kan worden gelezen, dan nog

---

45 HR 21 maart 2003, NJ 2007, 332, rov. 3.5 in fine.

46 Verwezen zij in dit verband naar art. 68 Sr. dat, kort gezegd, verbiedt dat iemand twee keer voor "hetzelfde feit" wordt veroordeeld. Bij de beoordeling of daarvan sprake is moet volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad worden beoordeeld of de gedraging die in de twee betrokken tenlasteleggingen is omschreven, gelet op de verwantschap tussen de delictsomschrijvingen die de gedraging telkens strafbaar doen zijn, is begaan onder omstandigheden waaruit blijkt van een zodanig verband met betrekking tot de *gelijktijdigheid* van die gedragingen en de wezenlijke samenhang in het handelen en in de schuld van de verdachte dat de tenlasteleggingen op hetzelfde feit betrekking hebben. Zie HR 2 november 1999, NJ 2000, 174. Blijkens zijn rechtspraak legt de Hoge Raad het door hem geformuleerde vereiste van gelijktijdigheid niet aldus uit, dat daaraan slechts voldaan is wanneer sprake is van twee gedragingen die op hetzelfde moment plaatsvinden, ook bij (kort) na elkaar plaatsvindende handelingen kan sprake zijn van "gelijktijdigheid" in de hier bedoelde zin. Zie bijvoorbeeld: HR 29 januari 2002, LJN AD8646.

47 Zie daarover F.T. Groenewegen, Wetsinterpretatie en rechtsvorming (diss UvA), Den Haag 2006, p. 91.

zijn de hiervoor aangeduide argumenten ontleend aan de wetshistorie en hetgeen redelijkheid en doelmatigheid vergen zo klemmend, dat ze (bij die uitleg van het begrip "gelijktijdig") een interpretatie *contra legem* rechtvaardigen. In dat verband is van belang dat de Hoge Raad geen grote problemen lijkt te hebben met een interpretatie die in strijd is met de letterlijke tekst wanneer andere interpretatie-argumenten – zoals argumenten ontleend aan de wetsgeschiedenis of aan hetgeen de redelijkheid indiceert – daartoe nopen.[48] Al in 1978 concludeerde Snijders dat met name argumenten van "redelijke wetstoepassing" en het beroep op de utiliteit een belangrijke rol lijken te spelen bij interpretatie *contra legem* door de Hoge Raad.[49] Dat zijn bij uitstek argumenten die ook in dit geval voor een dergelijke interpretatie pleiten, zo men al zou menen tegen de letter van de wet in te moeten gaan door gelijktijdig (nog steeds) als onverwijld te lezen.[50]

3.2.5.5 Steun in de rechtspraak

In de lagere rechtspraak is steun voor de hiervoor bepleite opvatting te vinden. In dit verband kan allereerst worden gewezen op een uitspraak van de Kantonrechter Haarlem uit 2007, waarin deze bij de beoordeling of een ontslag op staande voet dat op 30 oktober 2006 was gegeven, ook de redenen betrok zoals die in de schriftelijke bevestiging daarvan van 6 november 2006 waren aangevoerd.[51] Nog explicieter is een arrest van het Gerechtshof te Leeuwarden van eind december 2006, waarin dat Hof als volgt besliste: "Voor een geldig ontslag op staande voet is nodig dat sprake is van een dringende reden, die *onverwijld* aan de werknemer moet zijn meegedeeld."[52] In dezelfde lijn ligt een arrest van dat Hof uit 2005, waarin het ging om een ontslag op

48 Zie in die zin F.T. Groenewegen, Wetsinterpretatie en rechtsvorming (diss UvA), Den Haag 2006, paragraaf 3.2.4.2.

49 H.J. Snijders, Rechtsvinding door de burgerlijke rechter (diss. Leiden), Deventer 1978, p. 171. Interessant is ook de bevinding van Snijders dat *contra legem* interpretatie door de Hoge Raad in het bijzonder kansrijk is wanneer een cassatiemiddel in het belang der wet wordt voorgedragen. Klaarblijkelijk gaat de Hoge Raad liever met het parket bij de Hoge Raad tegen de wet in dan met een advocaat. Een verklaring zou kunnen zijn dat een cassatie in het belang der wet geen afbreuk kan doen aan de rechten van partijen en de Hoge Raad zich dan vrijer voelt om tegen de wetstekst in te gaan. De gedachte dat justitiabelen moeten kunnen varen op de letter van de wet geeft Snijders in zijn dissertatie – zie pagina 130 daarvan – als mogelijke verklaring.

50 Zie voor voorbeelden: HR 8 juli 1992, NJ 1993, 448; HR 8 oktober 1992, NJ 1993, 730; HR 10 juni 1994, NJ 1995, 284; HR 9 december 1994, NJ 1995, 224; HR 31 maart 1995, NJ 1996, 382; HR 16 juni 2006, NJ 2007, 462.

51 Zie Ktr. Haarlem 19 december 2007, JAR 2008/25 m.nt. Verhulp, die de juistheid van deze benadering "kwestieus" noemt, nu de schriftelijke mededeling niet gelijktijdig geschiedde met de opzegging. Zie ook Ktr. Haarlem 26 maart 2008, LJN: BC8936, rov. 8. Zie ook Ktr. Wageningen 17 juni 2009, LJN: BJ8089, waarin de Kantonrechter oordeelde dat "niet vast (*is, toevoeging SFS*) komen te staan dat de reden voor het ontslag op staande voet conform artikel 7:677 BW onverwijld is meegedeeld.

52 Hof Leeuwarden 20 december 2006, JAR 2007/35 (rov. 6). Arcering in de tekst van het citaat toegevoegd.

staande voet dat op 31 januari 2005 mondeling was gegeven.[53] In de procedure stond vast dat de redenen voor het ontslag bij brief d.d. 31 januari 2005 aan de werknemer waren toegezonden, dat de brief de daarop volgende dag bij het huisadres van de werknemer was aangeboden, maar dat de werknemer de brief toen niet in ontvangst kon nemen, omdat hij niet thuis was. Voorts stond vast dat de werknemer de brief – en de redenen – wel op 2 februari 2005 onder ogen had gekregen. "Onder de geschetste omstandigheden" – zo werd overwogen – "moet het er naar het voorlopig oordeel van het hof, voor worden gehouden dat ontslag op staande voet is geschied onder gelijktijdige mededeling van de dringende reden, zoals art. 7:677 BW ten aanzien van een dergelijk ontslag verlangt." Anders dan in het arrest van 2006 repte het Leeuwardense Hof hier dus wel van een verplichting tot gelijktijdige mededeling, maar legde het Hof het woord gelijktijdig uit als onverwijld. Ook het Amsterdamse Hof wees in 2010 een arrest waarin besloten lijkt te liggen dat ook dat Hof ervan uitgaat dat de dringende reden (nog steeds) onverwijld moet (of wellicht beter: mag) worden meegedeeld. Het Hof stelde in dat arrest bij de beoordeling van een ontslag op staande voet voorop, dat het daarbij aankomt op de navolgende afweging: "Het gaat erom of de gedragingen van [de werknemer] zó ernstig zijn dat van ViFe in redelijkheid niet gevergd kan worden dat de arbeidsovereenkomst voortduurt, en of ViFe het ontslag op staande voet en de daarvoor aangevoerde reden onverwijld aan [de werknemer] heeft medegedeeld".[54]

Tot slot valt in dit verband te wijzen op een arrest dat de Hoge Raad op 14 december 2012 wees.[55] In die zaak werd er in cassatie onder meer over geklaagd dat het Hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd in appel was getreden door tot het oordeel te komen dat een ontslag op staande voet niet geldig was, omdat niet was voldaan aan de eis dat de dringende reden daarbij "onverwijld" moet worden meegedeeld. A.-G. Wuisman achtte de klacht gegrond en overwoog daartoe dat lezing van de processtukken van de werkneemster duidelijk maakte dat zij "inderdaad geen beroep heeft gedaan op het niet voldaan zijn aan de eis in artikel 7:677, lid 1 BW van het onverwijld meedelen van de ontslagreden (…)." De Hoge Raad volgde zijn A.-G. en overwoog in rov. 3.5 van zijn arrest dat het Hof inderdaad buiten de grenzen van de rechtsstrijd was getreden, nu verweerster in cassatie "niet heeft aangevoerd dat deze ontslagreden haar niet onverwijld is meegedeeld." Zowel A.-G. Wuisman als de Hoge Raad spreken hier dus over het vereiste van onverwijlde mededeling, daar waar zij doelen op het vereiste dat in de wet is verankerd als vereiste van "gelijktijdige"

53 Hof Leeuwarden 29 juni 2005, LJN: AT8473 (rov.'en 5 en 6). Verwezen zij ook naar Hof Leeuwarden 23 juni 2004, JAR 2004/206, waaruit valt af te leiden dat het Hof van mening is dat gelijktijdige mededeling van de dringende reden bij het ontslag achterwege kan blijven als het de werknemer volkomen duidelijk is waarom hij wordt ontslagen. Ook dat oordeel bouwt voort op eerdere rechtspraak van de Hoge Raad uit de periode waarin onverwijlde mededeling werd vereist en bevestigt dat het Hof van mening is dat de ontslaggrond niet op straffe van nietigheid gelijk met het ontslag behoeft te worden aangereikt.

54 Hof Amsterdam 24 augustus 2010, LJN: BN5047 (rov. 5.3).

55 HR 14 december 2012, JAR 2013/17 en LJN: BY2241.

mededeling. Dat is een aanwijzing – zij het naar mijn mening ook niet meer dan dat – dat ook zij de wijziging van de wetstekst uit 1999 niet als materiële wijziging beschouwen ten opzichte van hetgeen voordien op dit punt gold. Een harde conclusie dat ook de Hoge Raad op de hiervoor verdedigde lijn zit dat onder het begrip "gelijktijdig" nog steeds "onverwijld" mag worden verstaan, is uit het arrest van 14 december 2012 overigens naar mijn mening niet te trekken, en wel omdat de vraag wat het vereiste van "gelijktijdige mededeling" in art. 7:677 lid 1 BW behelst, in cassatie niet aan de orde was gesteld. Noch de A.-G., noch de Hoge Raad behoefde zich daarin derhalve te verdiepen.

3.2.5.6 "Zie anders"

Volledigheidshalve zij opgemerkt dat tegenover de hiervoor onder 3.2.5.5 aangehaalde jurisprudentie ook uitspraken staan waarin de rechter er wel blijk van geeft een rigide invulling te geven aan het begrip "gelijktijdige" mededeling. In dat verband kan onder meer worden verwezen naar een arrest van het Gerechtshof Den Haag van 17 februari 2009, waarin werd overwogen dat "de dringende reden (…) tegelijk met de opzegging aan de wederpartij (moet, toevoeging SFS) worden medegedeeld".[56] Voorts zij verwezen naar een uitspraak van de Kantonrechter Amersfoort uit 2011, in een zaak waarin een werknemer op 22 maart 2011 mondeling op staande voet was ontslagen en hem bij brief d.d. 23 maart 2011 een bevestiging daarvan werd gestuurd.[57] Bij de beoordeling van de geldigheid van het ontslag hield de rechter uitsluitend rekening met de reden waarvan was komen vast te staan dat die in het ontslaggesprek was meegedeeld, omdat de werknemer betwistte dat de (overige) redenen die in de brief waren bevestigd, ook tijdens het gesprek aan de orde waren geweest. De Kantonrechter beperkte zich dus uitdrukkelijk tot de gelijktijdig met het ontslag opgegeven gronden en liet de onverwijld daarna opgegeven redenen buiten beschouwing.[58]

3.2.5.7 Conclusie en een blik over de grenzen

Gelet op al het voorgaande luidt de conclusie dat noch de Wet Flexibiliteit en Zekerheid, noch de Repa-Flexwet daadwerkelijk een wijziging hebben meegebracht inzake de mededelingseis bij ontslag op staande voet. Het woord gelijktijdig in art. 7:677 BW moet – nog steeds – worden gelezen als onverwijld. Die rek in de onverwijldheidseis is niet alleen wenselijk omdat een strikt "gelijktijdigheidsvereiste" blijkens het voorgaande tot onbillijke resultaten in de praktijk kan leiden, maar ook omdat die rek in lijn is met de wetsgeschiedenis van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid en het doel van de Repa-Flexwet. Dat alles betekent dat de rechtspraak van de Hoge Raad, zoals die is gewezen voor de inwerkingtreding van de zojuist genoemde wetten, zijn gelding heeft behouden. Daardoor geldt ook thans nog dat een dringende reden niet alleen gelijktijdig met het ontslag, maar ook kort daaraan voorafgaand en kort

56 Hof Den Haag 17 februari 2009, LJN: BH5568.
57 Ktr. Amersfoort 8 juni 2011, LJN: BQ7980.
58 In gelijke zin: Ktr. Middelburg 23 november 2009, LJN: BL8854.

daarna mag worden medegedeeld, alsmede dat de mededeling ook in gedragingen van de opzeggende partij van voor of kort na de opzegging gelegen kan zijn.[59] Hoewel die ruime uitleg ook past binnen de betekenis van het woord "gelijktijdig", lijkt het – puur: ter voorkoming van misverstanden op dit punt – aan te bevelen dat de wetgever bij een volgende aanpassing van titel 7.10 BW het woord gelijktijdig alsnog vervangt door het woord onverwijld. Werpt men een blik over onze Zuidelijke en Oostelijke grenzen, dan valt op dat ook daar bij een ontslag op staande voet een zeker uitstel tussen het moment van het ontslag op staande voet en de mededeling van de ontslaggrond wordt toegestaan. In Duitsland bepaalt §626 (2) BGB, laatste volzin: "Der Kündigende muss dem anderen Teil auf Verlangen den Kündigungsgrund unverzüglich schriftlich mitteilen." Ook hier geldt dus slechts een verplichting om de dringende reden *unverzüglich*, dat wil zeggen onverwijld mee te delen (en dan nog alleen als de ontslagen partij daarom vraagt). Enige rek is hier dus toegestaan. Ook in België is enige rek in de mededeling van de dringende reden, gerekend vanaf het moment van de opzegging, toelaatbaar. Daar geldt – zie art. 35 lid 3 Arbeidsovereenkomstenwet – dat de partij die de arbeidsovereenkomst beëindigt om een dringende reden, zijn wederpartij in kennis moet stellen van de feiten die aan het ontslag ten grondslag liggen binnen een termijn van drie werkdagen die begint te lopen op de dag volgend op de dag waarop de arbeidsovereenkomst werd beëindigd.

3.3 De materiële kant van de mededelingseis

3.3.1 Hoe duidelijk moet de mededeling zijn – hoofdlijnen uit 100 jaar cassatierechtspraak

Daarmee wordt thans toegekomen aan een nadere evaluatie van de materiële kant van de mededelingseis, dat wil zeggen aan de vraag waaraan de mededeling van de ontslaggrond inhoudelijk moet voldoen.

Zoals hiervoor reeds kort aan de orde is gesteld, heeft de Hoge Raad al in een arrest van 1918 beslist dat de lat hoog ligt: de dringende reden moet zodanig worden meegedeeld dat het de werknemer "volkomen duidelijk" wordt gemaakt waarom hij wordt ontslagen. In de desbetreffende zaak, waarin de opgegeven ontslaggrond bestond in "vele tekortkomingen en grove nalatigheid" had de Rechtbank geoordeeld dat bij de werknemer in de omstandigheden van het geval geen twijfel omtrent de

59 Overigens geldt dat zelfs indien – anders dan hiervoor is bepleit – bij de uitleg van art. 7:677 lid 1 BW niet voorbijgegaan zou mogen worden aan hetgeen in de Nota naar aanleiding van het verslag ten aanzien van wetsvoorstel 26 257 (Repa-Flexwet) van regeringszijde is opgemerkt over die bepaling, de conclusie naar mijn mening niet behoeft te luiden dat *steeds* een gelijktijdige mededeling van de ontslaggrond vereist zal zijn. Beziet men de betreffende passage uit de Nota naar aanleiding van het verslag, dan was het de regering er vooral om te doen te bewerkstelligen dat de werknemer op het moment van het ontslag de dringende reden werd meegedeeld en om te voorkomen dat die reden later zou worden "nagereikt". Leest men de betreffende passage zo, dan zou dat betekenen dat zelfs indien die passage richtingwijzend wordt geacht bij de uitleg van art. 7:677 lid 1 BW, zulks alleen meebrengt dat de dringende reden *uiterlijk* bij het ontslag moet zijn meegedeeld, zodat die passage dan in ieder geval niet afdoet aan de eerder door de Hoge Raad aanvaarde mogelijkheden van mededeling vooraf en van het in voorafgaande gedragingen van de werkgever besloten liggen van de reden, maar uitsluitend aan de mogelijkheid om de dringende reden ook nog kort na het ontslag op te geven.

redenen waarom hij werd heengezonden, had bestaan. Dat oordeel van de Rechtbank getuigde er volgens de Hoge Raad niet van dat de Rechtbank de zojuist genoemde strenge maatstaf had miskend en was voor het overige niet in cassatie te toetsen, omdat het van feitelijke aard was.[60] De Hoge Raad was daarmee minder streng dan zijn P.-G., die tot vernietiging had geconcludeerd omdat het mededelingsvereiste zijns inziens meebracht dat met zoveel woorden overgebracht moest worden welke feitelijkheden als dringende reden werden aangevoerd. De Hoge Raad zat (en zit) op een ander spoor: als het in de omstandigheden van het geval volstrekt duidelijk is welke concrete feiten de vlag van een generieke beschrijving van wangedrag dekt, mag de werkgever met het hijsen daarvan volstaan. Die leer werd bevestigd in het hiervoor onder 2.7 besproken arrest van 1925 rond het ontslag van de geneesheer van de Sinkeptin-Maatschappij, die werd ontslagen wegens "medische nonchalance". Ook hier besliste de Hoge Raad dat het toelaatbaar was om een zodanig algemene term als ontslaggrond te hanteren en verwees daarbij naar de catalogus van mogelijke dringende redenen als vervat in, wat thans is, art. 7:678 lid 2 BW. De daar opgesomde redenen hebben, zo de Hoge Raad, met regelmaat ook een algemeen karakter. Nu de geneesheer kort voor het ontslag nog was gewezen op een aantal voorbeelden van medische nonchalance en één van die tekortkomingen toen ook door hemzelf als voorbeeld van medische nonchalance was erkend, behoefde de werkgever bij het ontslag niet nader aan te duiden waarom de werknemer werd ontslagen. Onder die omstandigheden, zo de Hoge Raad, moet het de werknemer duidelijk zijn geweest waarom hij werd ontslagen, ook al werd het algemene begrip medische nonchalance gebruikt.[61] De Hoge Raad voegde daaraan nog toe dat, nu de werkgever dat algemene begrip had gebruikt, het de Rechtbank vrijstond bij haar beoordeling of de werkgever het bewijs van de opgegeven dringende reden had geleverd, niet alleen de feiten die kort voor het ontslag met de geneesheer waren gedeeld te betrekken, maar om daarbij álle aan het ontslag voorafgegane verzuimen en misslagen te betrekken die als medische nonchalance te karakteriseren waren.[62] Op dat aspect van de mededelingseis wordt hierna onder 3.4 uitvoerig ingegaan.

Dat het arrest van 19 juni 1925 *niet* moet worden verstaan als een vrijbrief om in zijn algemeenheid te werken met generiek geformuleerde "container-dringende redenen", die vervolgens pas in de procedure van concrete voorbeelden worden

60 Zie HR 21 juni 1918, NJ 1918, 769. Overigens had de P.-G. een andere kant op geredeneerd: zijns inziens was de opgegeven ontslaggrond zo algemeen opgezet, dat de werknemer daaruit niet kon afleiden wat nu de feitelijkheden waren, op basis waarvan hij werd ontslagen en had de Rechtbank miskend dat de mededelingseis vereiste dat die feitelijkheden wel duidelijk naar voren worden gebracht.

61 HR 19 juni 1925, NJ 1925, 936.

62 Een recentere bevestiging van die leer ligt besloten in HR 31 december 1993, JAR 1994/31, waarin de Hoge Raad eveneens besliste dat feiten en omstandigheden die pas na een ontslag op staande voet worden ontdekt, wel degelijk kunnen bijdragen aan het bewijs van de opgegeven dringende reden wanneer die feiten passen binnen het raamwerk van de opgegeven dringende reden. Dit staat de rechter *niet* vrij wanneer de werkgever de dringende reden aldus geconcretiseerd heeft geformuleerd dat één specifieke overtreding als dringende reden is aangemerkt. In dat geval kunnen geen andere voorbeelden van hetzelfde soort wangedrag, die pas in de loop van de procedure naar boven komen, onder het ontslag geschoven worden. Zie HR 22 mei 1987, NJ 1988, 40.

voorzien, volgt uit een arrest uit 1933.[63] In die zaak was sprake van een ontslag op staande voet wegens, onder meer, het feit dat de werknemer "de laatste tijd vanaf Januari 1932 heeft geweigerd aan redelijke bevelen hem door of vanwege de N.V. gegeven te voldoen en bovendien niet naar behooren zijn plichten heeft vervuld." De Rechtbank achtte die reden te vaag om volkomen duidelijk te laten zijn waarin de ontslaggrond was gelegen. De Hoge Raad verwierp het daartegen gerichte middel omdat de weging of de reden voldoende duidelijk was, verweven is met de feiten en omstandigheden van het geval en daarom een beslissing van feitelijke aard oplevert die in cassatie niet toetsbaar is. Een arrest uit 1944 ligt in dezelfde lijn. Daarin was sprake van een werknemer tegen wie bij het ontslag gezegd was "Je weet zeker wel, waarom je ontslagen wordt", waarna de werknemer bevestigend had geantwoord. De Rechtbank besliste dat hiermee niet aan het vereiste van de volkomen duidelijke mededeling was voldaan omdat uit het enkele feit dat de werknemer verklaarde wel begrepen te hebben waarom hij werd ontslagen, niet noodzakelijkerwijs volgt dat hij aan *dezelfde* reden dacht. Denkbaar is, dat de werknemer aan een *andere* reden dacht, dan de reden die hem was medegedeeld.[64] Ook dit oordeel liet de Hoge Raad in stand, zulks wederom door erop te wijzen dat de Rechtbank de juiste toets had aangelegd – was de reden voor ontslag de werknemer volkomen duidelijk? – en de invulling van die toets voor het overige een feitelijke afweging van de omstandigheden van het geval behelsde, die in cassatie in het geheel niet onderzocht kon worden.

Aan het eind van de jaren zeventig van de vorige eeuw bleek de Hoge Raad opeens toch ruimte te zien om het voorheen door hem als puur feitelijk aangemerkte oordeel of de dringende reden "volkomen duidelijk" is gemaakt, aan enige cassatietoetsing te onderwerpen. In een arrest van december 1979 was sprake van een ontslag van een buitenlandse werknemer aan wie, naar de stelling van de werkgever, tijdens twee gesprekken met een tolk duidelijk was gemaakt waarom hij op staande voet was ontslagen. De werknemer betwistte dat. De Rechtbank verwees ter motivering van haar oordeel dat de ontslagreden duidelijk was gemaakt naar de twee gesprekken. Aldus, zo de Hoge Raad, had zij haar oordeel dat de dringende reden volkomen duidelijk was gemaakt, onvoldoende gemotiveerd. Zij had niet mogen volstaan met een enkele verwijzing naar die gesprekken, maar had uiteen moeten zetten *waarom* het op grond van die gesprekken voor de werknemer duidelijk was, waarom hij werd ontslagen.[65] De Hoge Raad trok aldus via de band van motiveringsklachten een zekere controle over de mededeling van de dringende reden in een concreet geval naar zich toe.

In het belangwekkende arrest in de zaak *Bakermans/Straalservice* van 23 april 1993 heeft de Hoge Raad zijn leer inzake de mededeling van de dringende reden nog eens

63 HR 23 november 1933, NJ 1934, 329.
64 HR 4 februari 1944, NJ 1944, 199.
65 HR 14 december 1979, NJ 1980, 292. A.-G. Ten Kate had in zijn conclusie voor het arrest nog tot verwerping geconcludeerd, waarbij hij op het punt waarop de Hoge Raad casseerde wees op het feitelijke karakter van de beslissing of de werkgever de dringende reden volkomen duidelijk heeft gemaakt.

herhaald en iets verder uitgewerkt.[66] In dat arrest besliste hij dat de mededelingseis ertoe strekt dat voor de wederpartij *onmiddellijk duidelijk* is welke gedraging of eigenschap aanleiding heeft gegeven tot het ontslag. Dat betekent dat – anders dan de Rechtbank had aangenomen – *niet* voldoende is dat de werknemer redelijkerwijs heeft "kunnen en moeten begrijpen" waarom hij ontslagen werd.[67] Daaraan werd toegevoegd, dat die mededeling niet steeds met zoveel woorden behoeft te worden gedaan, maar ook besloten kan liggen in een of meer gedragingen van de werkgever.[68] Tot het zetten van die laatste stap had A.-G. Koopmans de Hoge Raad in zijn conclusie voor het arrest opgeroepen, zulks onder verwijzing naar het sprekende – aan de rechtspraak ontleende – voorbeeld van een vertaler die "in een dronken bui lege whiskyglazen van een galerij op de negende verdieping van het Belgische ministerie van buitenlandse zaken af de straat in liet tuimelen, waar een gezelschap Britse journalisten op een minister stond te wachten". "Als iemand" – zo vervolgde Koopmans – "onder die omstandigheden door zijn chef op staande voet wordt ontslagen of geschorst, kan hij zich er m.i. niet over beklagen dat de ontslagreden of de schorsingsgrond niet onverwijld is meegedeeld. Er is dan geen redelijke twijfel mogelijk." Kort samengevat luidt de leer uit het arrest dus ter zake van de mededelingseis: "Vormvrij maar kristalhelder".

Doet men aan *close reading* van het arrest *Bakermans/Straalservice*, dan valt op dat de Hoge Raad daarin, anders dan in de hiervoor aangehaalde uitspraken uit het begin van de vorige eeuw, niet meer eist dat de dringende reden de werknemer zodanig wordt meegedeeld dat deze hem "*volkomen* duidelijk" is. De Hoge Raad zegt thans dat de dringende reden zo duidelijk moet worden meegedeeld dat de werknemer *"onmiddellijk"* – iets verderop in dezelfde rechtsoverweging wordt het woord *"aanstonds"* gebruikt – duidelijk is waarom hij wordt ontslagen. Is hier nu sprake van een versoepeling van de maatstaf? Ik zou menen van niet. Iets is ofwel duidelijk, ofwel niet duidelijk. Het woord volkomen voegt, zo bezien niet daadwerkelijk iets toe. Men kan het ook zo zeggen: als iets niet "volkomen duidelijk" is, is het ook niet "duidelijk". Het gebruik van het woord "onmiddellijk" voegt daarentegen – toegegeven: enigszins theoretisch gezien – wel "iets" toe: denkbaar is immers dat een dringende reden zo wordt meegedeeld dat hij op zich best duidelijk is wanneer de werknemer er maar lang genoeg over nadenkt. Dan is echter niet aan de mededelingseis voldaan: de reden moet *meteen* duidelijk zijn.

Het arrest *Bakermans/Straalservice* bevestigt – in navolging van het hiervoor besproken arrest van 1979 – ook dat de Hoge Raad inmiddels langs de band van de motiveringstoetsing een redelijk strenge controle uitoefent over het oordeel waartoe de rechter in feitelijke instanties komt met betrekking tot de vraag of in het concrete geval een duidelijke mededeling heeft plaatsgevonden. De Hoge Raad

66 HR 23 april 1993, JAR 1993/121. Zie ook conclusie A.-G. Timmerman voor HR 22 april 2011, JAR 2011/138, onder 3.15.

67 Zie rov. 3.2., voorlaatste volzin.

68 De Hoge Raad bouwde daarmee – zij het dat daarop noch in het arrest zelf, noch in de conclusie OM wordt gewezen – in zekere zin voort op HR 7 december 1923, NJ 1924, 145, waarin reeds was beslist dat de mededeling van de dringende reden mag gebeuren op *elke* wijze die in de gegeven omstandigheden, naar de opvattingen van het verkeer, als daartoe deugdelijk mag worden beschouwd. Daarin ligt reeds een opening voor een mededeling in de vorm van een gedraging besloten.

achtte die beslissing ook in de zaak rond het ontslag van de heer Bakermans onvoldoende gemotiveerd, zulks onder meer omdat deze was gebaseerd op de weinig richtingwijzende feiten dat Bakermans zijn mond had gehouden toen hem werd gezegd dat hij "heel goed wist" waarom hij werd ontslagen en de werkgever op de dag van het ontslag "ontevredenheid uitstraalde".

Begin 1995 wees de Hoge Raad wederom een arrest dat getuigt van een strenge invulling van de mededelingseis.[69] Sterker nog: het arrest lijkt eigenlijk niet echt goed te verenigen met de in 1993 aanvaarde leer dat de mededeling van een dringende reden niet noodzakelijkerwijs *expressis verbis* behoeft te geschieden, maar ook besloten kan liggen in één of meer gedragingen van de werknemer. Aan de orde was het ontslag van een werknemer van het Ziekenfonds die een aantal jaren zonder toestemming nevenwerkzaamheden als tussenpersoon voor verzekeringsmaatschappijen had verricht. Begin 1990 werd dat bekend aan het Ziekenfonds, dat de werknemer toen de gelegenheid bood binnen een half jaar zijn privé-portefeuille af te bouwen. Op 1 juli 1990 moest hij documentatie overleggen waaruit bleek dat hij dat had gedaan. Toen hij in gebreke bleef om aan die verplichting te voldoen, volgde ontslag op staande voet. Als ontslaggrond was in de ontslagbrief uitsluitend het niet voldoen aan de documentatieverplichting genoemd. In cassatie werd er onder meer, en voor zover hier relevant, over geklaagd dat de Rechtbank uit het oog had verloren dat ook de eerdere gedraging van de werknemer, bestaande in de gewraakte nevenwerkzaamheden, kon bijdragen aan het aannemen van een dringende reden ook als dat feit niet met zoveel woorden in de ontslagbrief was vermeld. De Hoge Raad verwierp de betreffende klacht met de overweging dat zo de werknemer – Jenneskens – "de afbouw van zijn portefeuille op 1 juli 1990 nog niet had voltooid, (…) zulks niet (kon, toevoeging SFS) worden aangemerkt als een eerdere gedraging van Jenneskens en had zij dus mede als reden in de ontslagbrief moeten worden vermeld, wilde het Ziekenfonds zich daarop kunnen beroepen."

Deze overweging lijkt niet anders gelezen te kunnen worden dan aldus dat de Hoge Raad hier van oordeel is dat de directe, of zo men wil: actuele aanleiding van een ontslag op staande voet, in tegenstelling tot eerdere gedragingen die kunnen meewegen bij de beoordeling of die directe aanleiding een dringende reden vormt, *uitdrukkelijk* in een ontslagbrief moeten zijn verankerd.[70] De beslissing is daarmee, als gezegd, niet te verenigen met de nog geen twee jaar voordien op principiële gronden genomen beslissing dat een dringende reden ook besloten kan liggen in een of meer gedragingen van de werkgever, zodat daarvoor niet steeds een schriftelijke mededeling in het kader van een ontslagbrief vereist is.[71] Dat hier inderdaad sprake lijkt te zijn geweest van een vergissing aan de zijde van de Hoge Raad en dat het *niet* de bedoeling was om terug te komen op de in 1993 gemaakte keuze, volgt uit een arrest dat de Hoge Raad in 1996 wees. Daarin werd in cassatie geklaagd, kort gezegd, dat de Rechtbank uit het oog had verloren dat de dringende reden niet steeds

69 HR 24 februari 1995, JAR 1995/67.

70 Zie in die zin ook H.M.M. Steenberghe, Perikelen bij ontslag op staande voet, ArbeidsRecht 1995, 41, p. 4, l.k.

71 Zie ook: J. Riphagen, Problemen rond het ontslag op staande voet: de dringendheid, de gemaakte afspraken en de niet genoemde reden, AA 44 (1995) 11, p. 894 l.k. die opmerkt dat de Hoge Raad hier wel wat "erg kort door de bocht" gaat.

uitdrukkelijk behoeft te worden meegedeeld. De Hoge Raad liet de klacht falen bij gebrek aan feitelijke grondslag. Zijns inziens had de werkgever zich er in feitelijke instanties niet op beroepen dat van zo een geval sprake was. Interessant is hoe de Hoge Raad de verwerping van de desbetreffende cassatieklacht precies formuleert, te weten aldus dat de Rechtbank "kennelijk en niet onbegrijpelijk in de stellingen van (de werkgever) niet [heeft, toevoeging SFS] gelezen dat volgens deze zich hier *het uitzonderlijke geval* voordeed waarin voor de ontslagen werknemer ook zonder mededeling duidelijk was welke door de werkgever als dringende aangemerkte reden door deze aan het ontslag ten grondslag werd gelegd." De hiervoor cursief weergegeven woorden vormen een duidelijke vingerwijzing van de Hoge Raad dat de in het arrest van 1993 geopende mogelijkheid dat de mededeling van de dringende reden ook in gedragingen van de werkgever besloten kan liggen, slechts bij zeer hoge uitzondering aanvaard kan worden. Het moet, in de omstandigheden van het geval, daadwerkelijk evident zijn dat de werknemer ook zonder mededeling begrijpt waarin de dringende reden gelegen is.

Het voorgaande valt als volgt samen te vatten. De Hoge Raad stelt van oudsher strenge eisen aan de mededeling van de dringende reden. Het moet de werknemer onmiddellijk duidelijk zijn gemaakt waarin die reden is gelegen; daaromtrent mag "redelijkerwijs geen enkele twijfel bestaan".[72] Dat betekent niet, dat de werkgever bij de opgave van de dringende reden nimmer zou mogen volstaan met een algemeen geformuleerde ontslaggrond, of de mededeling van de ontslaggrond niet in gedragingen zijnerzijds – zoals een betekenisvolle vingerwijzing naar het spreekwoordelijke gat van de deur – besloten zou mogen laten liggen. Ook in dat laatste geval *kan*, in daadwerkelijk *uitzonderlijke* gevallen, voldaan zijn aan het vereiste dat er bij de werknemer "redelijkerwijs geen enkele twijfel kan bestaan omtrent de dringende reden". Of de mededeling zo is gedaan dat de werknemer "onmiddellijk duidelijk" is waarom hij wordt ontslagen, hangt uiteindelijk af van de omstandigheden van het geval. Waar de Hoge Raad het oordeel of in een specifiek geval sprake is van een aanstonds duidelijke mededeling in de eerste decennia na de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst als strikt feitelijke weging *off limits* plaatste voor cassatietoetsing, geldt thans dat de Hoge Raad daarop, binnen de beperkingen die de motiveringstoetsing nu eenmaal meebrengt, een relatief strenge controle uitoefent. Een vergelijkbare ontwikkeling heeft zich, naar hierna onder 4.3 aan de orde zal komen, bij de dringende reden voorgedaan. De rechter zal zijn beslissing dat in de omstandigheden van het geval geen enkele twijfel kon bestaan omtrent de ontslaggrond, afdoende moeten motiveren. Met name de meest recente rechtspraak van de Hoge Raad over de mededelingseis ademt een hoge mate van gestrengheid. De Hoge Raad lijkt een benadering voor te staan waarin de ontslaggrond in beginsel uitdrukkelijk en concreet moet worden geformuleerd en waarin de rechter, wanneer hij aanneemt dat het de werknemer ook zonder zo een concrete en uitdrukkelijke mededeling duidelijk moet zijn geweest waarin de ontslaggrond was gelegen, gedegen dient te motiveren waaruit dat dan blijkt.

72 Zie voor die term HR 23 april 1993, JAR 1993/121.

Overigens verdient tot slot vermelding dat indien de werkgever op staande voet heeft ontslagen en de dringende reden mondeling is meegedeeld of zelfs in een gedraging besloten ligt, hij op verzoek van de werknemer gehouden is om de ontslaggrond schriftelijk te bevestigen. Dit volgt uit art. 7:669 BW, een bepaling die in het kader van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid is ingevoerd. Daarbij is echter wel van belang te onderkennen dat voor de beoordeling of is voldaan aan de mededelingseis, voor de rechter slechts leidend kan zijn de wijze waarop de dringende reden uiterlijk onverwijld na het ontslag is meegedeeld. Anders gezegd: een kristalheldere schriftelijke bevestiging op de voet van art. 7:669 BW die de werknemer bereikt nadat de periode voor gelijktijdige – in de zin van onverwijlde (zie hiervoor onder 3.2.5.7) – mededeling is verstreken, zal een gebrekkige mededeling bij, of kort na, het geven van het ontslag op staande voet niet kunnen "helen". Het is mosterd na de maaltijd.

3.3.2 De omstandigheden die bepalen of de ontslaggrond duidelijk is meegedeeld nader bezien

3.3.2.1 Woorden zijn slechts tekens

Bij de beantwoording van de vraag of het de werknemer zo duidelijk is gemaakt waarin de dringende reden is gelegen dat daaromtrent redelijkerwijs geen enkele twijfel kan bestaan, komt het vanzelfsprekend aan op een afweging van omstandigheden van het geval.[73] Het gaat daarbij in feite om een kwestie van uitleg van de inhoud van een (eenzijdige) rechtshandeling. De "feitelijke context" waarin de mededeling is gedaan, wordt daarbij natuurlijk belangrijker naarmate de ontslaggrond minder concreet is geformuleerd en is helemaal van doorslaggevend belang wanneer de opgave van de ontslaggrond besloten ligt in een of meer gedragingen van de werkgever. Is, aan de andere kant van het spectrum, de ontslaggrond duidelijk en concreet uiteengezet in een ontslagbrief, dan zal de werkgever minder snel zijn toevlucht hoeven te nemen tot een beroep op aanvullende omstandigheden waaruit blijkt dat het de werknemer wel degelijk volkomen duidelijk was wat hij bedoelde, en zal de werknemer minder snel met een beroep op de context waarin de mededeling is gedaan kunnen betogen dat hij niet begreep waarom hij werd ontslagen. Dat laat echter onverlet dat ook bij een, op het oog, duidelijke (schriftelijke) opgave van de ontslaggrond discussie kan ontstaan omtrent de vraag of, in de omstandigheden van het geval, sprake is van een voldoende duidelijke mededeling. Ook hier gaat ten volle op wat Scholten in het jaar van de inwerkingtreding van de Wet op de arbeidsovereenkomst in WPNR schreef over de uitleg van rechtshandelingen:

> "Woorden zijn nooit anders dan teekens, middelen om een voorstelling of gedachte weer te geven. (…) Omdat woorden op zichzelf slechts middelen zijn om datgene wat er achter ligt te benaderen, zal het altijd slechts mogelijk zijn deze teekenen te beschouwen in verband met andere, en zal het resultaat dat men vindt nooit alleen door de woorden maar altijd slechts door de woorden in verband met de omstandigheden worden bepaald."[74]

---

73 Zie ook Hof Leeuwarden 23 juni 2004, LJN: AP3806, rov. 13.
74 P. Scholten, Uitlegging van testamenten, WPNR 2058 (1909), p. 310.

Dat alles geldt ook bij de beoordeling/uitleg of een dringende reden op tot "onmiddellijke duidelijkheid" leidende wijze is medegedeeld. De Rechtbank Alkmaar overwoog in dat verband al eens kernachtig dat de vraag of de mededeling van de ontslagreden voldoende exact is niet "alleen afhankelijk [is, toevoeging SFS] van de tekst van de ontslagbrief, maar ook van de contekst, waarin deze ontslagbrief moet worden geplaatst".[75] Zelfs als de bewoordingen volstrekt duidelijk *lijken*, zal toch ook naar de omstandigheden van het geval moeten worden gekeken om te beoordelen of zij dat ook daadwerkelijk *zijn.* Net zoals op het eerste gezicht onduidelijk of vaag lijkende bewoordingen in een ontslagbrief in de omstandigheden van het geval voor de werknemer van begin af aan *luce clarius* kunnen zijn.

Zondag heeft in dit verband wel eens opgemerkt dat een ontslagbrief niet louter grammaticaal dient te worden uitgelegd, maar vraagt om een "Haviltex-bril".[76] Buijs heeft daartegen ingebracht dat de Haviltex-maatstaf "niet goed bruikbaar" is bij een per definitie eenzijdige rechtshandeling als opzegging.[77] Het gaat, zijns inziens, veeleer om invulling van de norm in hoeverre een bepaalde formulering voldoende duidelijk is voor de werknemer om in een procedure verweer te voeren tegen een ontslag op staande voet. En dan, zo vervolgt Buijs, ligt het accent alleen op het inzicht dat de werknemer gelet op zijn positie, zijn werkzaamheden, de aard van de verwijten en het inzicht dat van hem mocht worden verwacht, in de opgegeven reden heeft. Theoretisch gezien heeft Buijs gelijk. De Haviltex-maatstaf is ontwikkeld voor de uitleg van overeenkomsten, meerzijdige rechtshandelingen dus. Het gaat daarbij om het vaststellen van "de zin die *partijen* in de gegeven omstandigheden *over en weer* redelijkerwijs aan de contractuele bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten". Waar het te dezen om gaat is de uitleg die aan de inhoud van een eenzijdige gerichte rechtshandeling, de opzegging, moet worden gegeven en daarbij ligt het accent inderdaad op de vraag of *de werknemer*, in de omstandigheden van het geval, (onmiddellijk) begreep wat de ontslaggrond was, veeleer dan op de bedoeling van de werkgever. Dat laat evenwel onverlet, dat ook bij die uitleg van een eenzijdige rechtshandeling – die een toepassing vormt van de in art. 3:35 BW verankerde vertrouwensleer – factoren die ook binnen het kader van de Haviltex-uitleg van belang zijn, zoals de taalkundige betekenis van de bewoordingen waarin een mededeling is vervat, de maatschappelijke positie van partijen en de daarmee gepaard gaande kennis, etc. van groot belang zijn. Dat verbaast niet wanneer men bedenkt dat de Haviltex-maatstaf zelf, zoals Brunner al opmerkte in zijn noot onder het gelijknamige arrest uit 1981, een toepassing *avant la lettre* van diezelfde bepaling – 3:35 BW – vormt.[78]

---

75 Zie Rb. Alkmaar 1 december 1983, Prg. 1984, 2108, die overweegt dat de vraag of de mededeling van de ontslagreden voldoende exact is niet "alleen afhankelijk van de tekst van de ontslagbrief, maar ook van de contekst, waarin deze ontslagbrief moet worden geplaatst" is.

76 W.A. Zondag, noot onder JIN 2007/627.

77 D.J. Buijs, De niet integere werknemer en ontslag op staande voet, AI 2008/2, p. 92/93.

78 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635, zie de noot van Brunner onder 2.

3.3.2.2 Voorop staat: de taalkundige betekenis van de woorden en het begrip van de Nederlandse taal

Wanneer de mededeling van de ontslaggrond niet slechts besloten ligt in een of meer gedragingen van de werkgever maar, zoals vrijwel steeds het geval is, mondeling en/of schriftelijk is gecommuniceerd, zal het eerste aangrijpingspunt ter beantwoording van de vraag of de dringende reden duidelijk is medegedeeld, vanzelfsprekend gelegen zijn in de taalkundige betekenis van de bewoordingen waarvan de werkgever zich heeft bediend. Dat ligt ook in de lijn van de benadering die de Hoge Raad meer in het algemeen bij uitlegkwesties voorstaat. In het arrest *DSM/Fox* van 20 februari 2004 overwoog de Hoge Raad in dat verband dat hoewel de uitleg van een schriftelijk contract – en voor een eenzijdige rechtshandeling zal hetzelfde hebben te gelden – niet dient plaats te vinden op grond van alleen maar de taalkundige betekenis van de bewoordingen waarin het is gesteld, de taalkundige betekenis die deze bewoordingen "gelezen in de context van het geschrift als geheel, in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijk verkeer normaal gesproken hebben, bij de uitleg van het geschrift vaak wel van groot belang" is.[79]

In dit verband zal ook bij een ontslagbrief hebben te gelden, dat de daarin vervatte mededelingen beschouwd zullen mogen worden in het licht van de context van de gehele brief.[80] Voorts zal in dit verband hebben te gelden dat naarmate de werkgever in concretere bewoordingen aangeeft waar de dringende reden in gelegen is, eerder voldaan zal zijn aan het vereiste van een duidelijke mededeling. Hoewel de Hoge Raad blijkens het voorgaande toestaat dat onder omstandigheden ook een algemene formulering kan volstaan om voldoende duidelijkheid te bieden, neemt de werkgever daarmee, als men de lagere rechtspraak beziet, toch ontegenzeggelijk een risico. Er zijn verschillende voorbeelden van uitspraken waarin de werkgever erop werd afgerekend dat de gebruikte woorden te vaag of algemeen waren om de vereiste "onmiddellijke duidelijkheid" te bieden. Een aantal voorbeelden kan dat illustreren.

Een even fraaie als vage ontslaggrond biedt een uitspraak van de Kantonrechter Haarlem van 6 maart 1953 waarin de werkgever volstond met de navolgende mededeling: "Met ingang van 26 juli 1952 bent U ontslagen uit mijn bedrijf. Reden hiervan zijn, daar U niet voldoet aan mijn eisen."[81] Te vaag, aldus de Kantonrechter. Hetzelfde lot was een werkgever beschoren die een werknemer ontsloeg omdat deze zich niet "aan zijn instructie" had gehouden.[82] Ook dat was te vaag omlijnd, nu onduidelijk bleef *welke* instructie niet was gevolgd.[83] Interessant is ook een uitspraak

79 HR 20 februari 2004, JAR 2004/83, rov. 4.5. Zie over dat arrest ook S.F. Sagel, DSM/Fox en de uitleg van arbeidsrechtelijke contracten – het laatste woord?, ArA 2004/3, p. 59.

80 Zie voor een voorbeeld: conclusie A.G. Wuisman voor HR 14 maart 2008, JOL 2008, 198 onder 2.3 en 2.4.

81 Ktg. Haarlem 6 maart 1953, NJ 1953, 712.

82 Ktg. Amsterdam 20 april 1950, NJ 1951, 292.

83 In gelijke zin: Ktg. Amsterdam 21 september 1914, RBA VI, 3/4, p. 16, "*je hebt je plichten niet gedaan*" niet duidelijk genoeg. Ktg. Sliedrecht 28 april 1910, RBA II, 11, p. 38 "*op onbehoorlijke wijze zich kwijten van haar taak*" is te vaag in de omstandigheden van het geval.

van de Rechtbank Utrecht uit 1940, waarin werd beslist dat een enkele korte verwijzing naar een aantal van de wettelijke "voorbeelden" van mogelijke dringende redenen als vervat in de catalogus van (thans) art. 7:678 lid 2 BW, in het algemeen niet volstaat als voldoende duidelijke reden in een concreet geval.[84]

Een interessante vraag in dit verband is voorts of een werknemer zich op het standpunt kan stellen dat de ontslaggrond niet onmiddellijk duidelijk was omdat hij de taal waarin de ontslaggrond was verwoord – meestal zal dat het Nederlands zijn – niet machtig was. Vooropgesteld zij, dat de wet geen expliciete verplichting kent om de ontslaggrond in een bepaalde taal mede te delen. De wet schrijft evenmin voor dat dat in het Nederlands dient te geschieden, en evenmin schrijft de wet met zoveel woorden voor dat de mededeling in een taal dient te geschieden die de werknemer goed beheerst.[85] Art. 7:669 BW bevat slechts een algemene verplichting voor de opzeggende partij om, indien de andere partij daarom verzoekt, een schriftelijke opgave van de ontslaggrond te verstrekken. Omtrent *de taal* waarin dat zou moeten gebeuren, wordt met geen woord gerept. De wetsgeschiedenis zwijgt daaromtrent ook in alle talen.[86]

Toch zou ik menen dat de zojuist bedoelde vraag onder omstandigheden inderdaad in het voordeel van de werknemer die zich beroept op tekortschietende taalkennis beantwoord moet worden. In dit verband is allereerst relevant dat in de literatuur wel is bepleit dat bij de beoordeling van de vraag of zich een dringende reden voordoet, mede rekening mag worden gehouden met de taalbeheersing van de werknemer. In een annotatie uit 1977 heeft Van den Heuvel betoogd dat het feit dat bij de beoordeling of sprake is van een dringende reden, ook gekeken moet worden naar de persoon van de werknemer, tevens betekent "oog hebben voor diens niveau van verbale uitdrukkingsvaardigheid." Factoren die dat kunnen beïnvloeden, zo vervolgt Van den Heuvel, zijn onder meer intelligentie, opleidingsniveau en taalbeheersing.[87] Ik denk dat die opvatting juist is en naadloos past in de nadien

84 Rb. Utrecht 1 mei 1940, NJ 1941, 822.

85 In België bestaat wel een verplichting om de ontslagbrief in het Nederlands te formuleren indien de werkgever in het Nederlandse taalgebied gevestigd is. Het "Decreet van 19 juli 1973 tot regeling van het gebruik van de talen voor de sociale betrekkingen tussen de werkgevers en de werknemers, alsmede van de voor de wet en de verordeningen voorgeschreven akten en bescheiden van de ondernemingen", dat van toepassing is op natuurlijke personen en rechtspersonen die een "exploitatiezetel" in het Nederlandse taalgebied hebben en het taalgebruik van de "sociale betrekkingen tussen de werkgevers en de werknemers" regelt bevat daartoe in art. 5 de navolgende verplichting: "Worden door de werkgever in het Nederlands gesteld: alle wettelijke voorgeschreven akten en bescheiden van de werkgevers, alle documenten welke bestemd zijn voor hun personeel. Zo de samenstelling van het personeel zulks rechtvaardigt en op eenparige aanvraag van de werknemers-leden van de ondernemingsraad of bij ontstentenis van een ondernemingsraad op eenparige aanvraag van de syndicale afvaardiging of bij ontstentenis van beide op verzoek van een afgevaardigde van een representatieve vakorganisatie dient de werkgever evenwel bij de berichten, mededelingen, akten, getuigschriften en formulieren bestemd voor het personeel, een vertaling te voegen in één of meer talen."

86 Parl. Gesch. Flexwet, p. 628 e.v.

87 Annotatie J.H. van den Heuvel onder Rb. Utrecht 20 juli 1977, Prg. 1977, 1210. E.J.W. Anssems is Van den Heuvel bijgevallen in zijn noot onder Ktg. Tilburg 17 juni 1976, Prg. 1978, 1233.

ook door de Hoge Raad voorgeschreven benadering dat bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet moet worden gekeken naar de persoonlijke omstandigheden van de werknemer. Als van de werkgever verwacht mag worden dat hij bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, rekening houdt met de taalbeheersing van de werknemer, valt niet goed in te zien waarom hij daarmee niet ook rekening zou moeten houden bij de beantwoording van de daarmee samenhangende vraag of die dringende reden ook duidelijk is meegedeeld aan de werknemer.[88]

Een wellicht nog belangrijker argument vormt de parallel die kan worden getrokken met de rechtspraak die de Hoge Raad heeft gewezen ten aanzien van de vraag of mag worden aangenomen dat een werknemer heeft ingestemd met een beëindiging van het dienstverband. De Hoge Raad stelt daaraan – zoals hiervoor onder 2.7.1 reeds uiteen is gezet – hoge eisen. De werknemer moet duidelijk en ondubbelzinnig te kennen hebben gegeven dat zijn wil op een beëindiging van het dienstverband gericht is. Dat kan blijkens een arrest van de Hoge Raad uit 1983 bij een buitenlandse werknemer die de Nederlandse taal niet (goed) machtig is, meebrengen dat de werkgever niet mag varen op de ondertekening door die werknemer van een door de werkgever in het Nederlands opgestelde verklaring houdende beëindiging van het dienstverband.[89] De werkgever zal er zich dan volgens de Hoge Raad met redelijke zorgvuldigheid van moeten vergewissen of de werknemer daadwerkelijk duidelijk was dat daarmee zijn instemming met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst werd gevraagd. Hoewel de Hoge Raad dat niet met zoveel woorden heeft beslist, lijkt in zijn arrest besloten te liggen dat van een werkgever op wie een verplichting rust om een werknemer die de Nederlandse taal niet machtig is iets (in hoge mate) duidelijk te maken, onder omstandigheden meer mag worden verwacht dan een enkele bevestiging van het desbetreffende feit in het Nederlands. Uit het feit dat een bevestiging in het Nederlands onder omstandigheden niet volstaat om iets duidelijk te maken, volgt logischerwijs dat in zo een geval – klaarblijkelijk – vereist kan zijn om de boodschap in een *andere*, voor de werknemer wel begrijpelijke taal over te brengen. Die verplichting kan ver gaan, naar blijkt uit een uitspraak van de Kantonrechter te Leeuwarden uit 1994. Daarin werd beslist dat een werkgever die een werknemer afkomstig van de Kaapverdische eiladen een in het Nederlands en Portugees opgestelde beëindigingsovereenkomst had laten tekenen en daarop ook een Engelse toelichting had gegeven, de werknemer gelet op zijn beperkte kennis van die *drie* talen daarmee desondanks onvoldoende duidelijk had gemaakt waaraan hij

88 Overigens wordt verschillend gedacht over de vraag of een slechte beheersing van de Nederlandse taal en een daarmee samenhangende moeilijke bemiddelbaarheid op de arbeidsmarkt, steeds omstandigheden zijn die als verzachtende omstandigheden hebben te gelden bij de beoordeling van de gerechtvaardigdheid van een ontslag. In Ktr. Groningen 28 juli 2005, Prg. 2005, 163 werd een slechte beheersing van de Nederlandse taal, nadat de werknemer al geruime tijd in Nederland verbleef, aangemerkt als omstandigheid die bij de begroting van de schadevergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag tot een neerwaartse aanpassing leidde. De Kantonrechter vond dat deze omstandigheid in de risicosfeer van de werknemer lag.

89 HR 14 januari 1983, NJ 1983, 457. Zie voor een arrest met een vergelijkbare strekking: HR 15 april 1983, NJ 1983, 458, waarin het ging om de vraag of een werkgever een werknemer mocht houden aan een afstandsverklaring ter zake van zijn aanspraken in verband met een vernietigd ontslag op staande voet.

zich committeerde.[90] Zulks terwijl het Portugees toch de officiële taal is van de desbetreffende eilandengroep, zij het dat daar in de praktijk van alle dag met name Crioulo, een mengvorm van Portugees en Afrikaanse talen, wordt gesproken.

Ook het hiervoor onder 3.3.1 reeds aangehaalde arrest van 14 december 1979 biedt steun voor de gedachte dat de Hoge Raad kritisch is op het hier bedoelde punt.[91] In die zaak had de werkgever tot twee keer toe in aanwezigheid van een tolk over de ontslaggrond gesproken, maar betwistte de werknemer desondanks die grond begrepen te hebben. De Rechtbank motiveerde haar beslissing dat de ontslaggrond duidelijk was gemaakt, met niet meer dan een verwijzing naar de gesprekken. Die motivering volstond wat de Hoge Raad betreft niet. De Rechtbank had, wat hem betreft, moeten aangeven *waarom* de ontslaggrond tijdens die gesprekken duidelijk was gemaakt.

Een laatste parallel valt hier te trekken met de verplichtingen van de werkgever om de werknemer voor te lichten over de veiligheidsrisico's verbonden aan het werk. Ook op dit punt bevat de wet, meer specifiek art. 8 Arbowet, een verstrekkende "mededelingsplicht" voor de werkgever. Volgens die bepaling is de werkgever gehouden om de werknemer doeltreffend voor te lichten over de te verrichten werkzaamheden en de daaraan verbonden risico's, alsmede over de maatregelen die erop gericht zijn deze risico's te voorkomen of te beperken. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat "doeltreffende voorlichting en onderricht impliceert (…) dat de voorlichting en het onderricht zijn afgestemd op onder meer de capaciteiten, de taal, kennis en ervaring van de betrokken werknemers."[92] Een werkgever is op grond van de Arbeidsomstandighedenwet dus in beginsel verplicht om werknemers voor te lichten in een taal die zij begrijpen. Die publiekrechtelijke verplichting vult de zorgplicht van art. 7:658 BW zoals bekend mede in. Dat betekent dat een werkgever die in het kader van art. 7:658 BW tot waarschuwing of instructie gehouden is, dat in beginsel ook zal moeten doen in een taal die de werknemer verstaat. Een uitspraak van het Haagse Gerechtshof van 11 mei 2007 bevestigt dat. Die zaak zag op een werknemer (een lasser) die tijdens de uitoefening van de werkzaamheden op een motorschip was uitgegleden toen hij van het "luikhoofd" stapte en daarbij gewond was geraakt aan zijn knie. De inlener die door de werknemer aansprakelijk werd gesteld had zich er, ter staving van zijn standpunt dat aan de zorgplicht was voldaan, op beroepen dat er zichtbare veiligheidsvoorschriften hingen in het kantoor van de beveiliging en op andere koffiepunten. Het Hof overwoog daaromtrent dat het

90 Ktr. Leeuwarden 13 oktober 1994, JAR 1994/240. De Kantonrechter overwoog, onder meer, van oordeel te zijn "dat door [de werkgever] voorhands onvoldoende aannemelijk is gemaakt, dat [de werknemer] daadwerkelijk heeft geweten, wat hij heeft ondertekend en ook daadwerkelijk de onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft gewenst dan wel geaccepteerd. Twijfelachtig is of [de werknemer] gezien zijn – kennelijk toch beperkte – beheersing van het Portugees de tekst van het hem voorgelegde stuk heeft begrepen, hetgeen bijvoorbeeld kan blijken uit het feit, dat in het stuk wordt gesproken over de inachtneming van de in de individuele arbeidsovereenkomst opgenomen opzegtermijn, zijnde 14 dagen, terwijl in strijd met dit gedeelte van de inhoud van het voorgelegde stuk zonder opzegtermijn werd beëindigd. Aannemelijk is ook, dat [de werknemer] de volgens [de werkgever] in het Engels gegeven toelichting – voor zover deze al gegeven is – niet heeft begrepen.

91 HR 14 december 1979, NJ 1980, 292.

92 Kamerstukken II 1997–1998, 25 879, nr. 3, p. 39.

plaatsen van deze veiligheidsvoorschriften niet als een effectieve maatregel ten aanzien van de werknemer kon worden beschouwd, nu niet was gesteld of gebleken dat de voorschriften in een voor de werknemer begrijpelijke taal waren gesteld.[93]

Betekent het voorgaande nu ook dat sprake is van een *harde regel* die ertoe verplicht om een dringende reden mede te delen in een taal die de werknemer zo goed beheerst dat hem *alleen al* op basis van hetgeen hem mondeling of schriftelijk wordt medegedeeld onmiddellijk duidelijk is waarom hij wordt ontslagen? Zo ver zou ik niet willen gaan. Een beperkte beheersing door de werknemer van de taal waarin de dringende reden is opgegeven, is naar mijn mening wel een belangrijke factor die meeweegt bij de op een afweging van *alle* omstandigheden van het geval neerkomende beoordeling of voldaan is aan het vereiste dat de dringende reden de werknemer onmiddellijk duidelijk is gemaakt. In het licht van het voorgaande is goed verdedigbaar dat wanneer een werkgever een werknemer die de Nederlandse taal slecht beheerst op staande voet ontslaat, en daarbij de dringende reden in het Nederlands opgeeft, zulks er in sterke mate toe kan bijdragen dat de conclusie dient te luiden dat niet is voldaan aan die eis. Veel zal (ook hier) afhangen van de overige omstandigheden van het geval. Als de werknemer enige, zij het beperkte, kennis van de Nederlandse taal heeft, kan hem de dringende reden, al begrijpt hij de bewoordingen van een hem ter hand gestelde Nederlandse ontslagbrief wellicht niet volledig, desalniettemin "onmiddellijk duidelijk" zijn omdat andere omstandigheden van het geval – die hierna onder 3.3.2.3 e.v. nader worden besproken – in voldoende mate bijdragen aan de vereiste mate van helderheid. Spreekt de werknemer geen woord Nederlands, dan zal hem een in het Nederlands verwoorde ontslaggrond evenwel slechts onder zeer bijzondere omstandigheden die vereiste "onmiddellijke duidelijkheid" brengen.

3.3.2.3 De overige omstandigheden van het geval

Als gezegd, moeten de bewoordingen waarin de dringende reden is vervat nimmer op zichzelf worden beschouwd bij de beoordeling of een ontslaggrond zo is meegedeeld dat deze onmiddellijk duidelijkheid verschafte. In het arrest *Bartels/CL* van 1987 heeft de Hoge Raad enige richting gegeven voor de beantwooding van de vraag welke overige omstandigheden in dat verband een rol spelen.[94]

Na (nog eens) voorop te hebben gesteld dat de mededelingseis ertoe strekt de werknemer in staat te stellen zijn standpunt met betrekking tot het gegeven ontslag te bepalen en om hem ervan op de hoogte te brengen met welke ontslaggrond hij in een eventueel rechtsgeding zal worden geconfronteerd, overwoog de Hoge Raad dat wat in een bepaald geval voor een werknemer duidelijk moet worden geacht, zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Als gezichtspunten die in dat verband onder meer een rol kunnen spelen wijst de Hoge Raad op (i) de aard van de functie van de werknemer, op (ii) de aard van de hem kennelijk verweten feiten en op (iii) het inzicht dat van iemand met een zodanige functie ter zake van dergelijke feiten mag worden verwacht.

---

93 JA 2007/159.
94 HR 20 november 1987, NJ 1988, 282.

Het arrest *Bartels/CL* illustreert naar mijn mening bij uitstek dat bij de uitleg van de medegedeelde dringende reden niet uitsluitend moet worden gevaren op de bewoordingen van de ontslagbrief. Het gaat erom vast te stellen welke reden de werknemer die kennis nam van de ontslagbrief daarmee onmiddellijk duidelijk was, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen. Dat kan, gelet op die overige omstandigheden, zelfs een wat andere toedracht zijn dan de letter van de ontslagbrief suggereert. Als de ontslagen werknemer bij kennisname van die brief maar precies wist waar het om ging, dan is het niet in strijd met de mededelingseis om vervolgens in de procedure uit te gaan van die dringende reden, ook al wijkt die enigszins af van de letterlijke tekst van de opgegeven dringende reden.[95] Het spreekt overigens voor zich dat het hier zal gaan om uitzonderingsgevallen en dat het vereiste dat de werknemer "onmiddellijk duidelijk" moet zijn waarom hij wordt ontslagen, tot een zeer grote mate van terughoudendheid noopt bij het aanvaarden dat een werknemer bij het ontslag duidelijk was dat hij eigenlijk om een (iets) andere reden werd ontslagen dan hem schriftelijk werd opgegeven. De marges waarbinnen kan worden aangenomen dat een werknemer duidelijk was dat de reden waarom hij werd ontslagen enigszins afweek van de bewoordingen waarin de ontslaggrond is gesteld, zullen smal zijn.

De hiervoor uiteengezette benadering waarin een werknemer onder omstandigheden een hem opgegeven ontslaggrond net even anders moet hebben begrepen dan de letter van de tekst meebrengt, sluit ook naadloos aan bij hetgeen bij het verwante leerstuk van contractsuitleg geldt. Ook daar kan de uitleg van een schriftelijk contract ertoe leiden, dat wordt gekomen tot een interpretatie die anders is dan, ja zelfs strijdig is met, hetgeen de letter van de tekst suggereert. Dat geldt zelfs bij toepassing van de zogenaamde CAO-norm, die de Hoge Raad ontwikkelde voor de uitleg van horizontale CAO-bepalingen die gelden tussen individuele werknemers en werkgevers die vaak niet bij de totstandkoming van de CAO betrokken waren en derhalve, voor de interpretatie daarvan, primair zijn aangewezen op de letter van de tekst. De Hoge Raad schrijft voor dat voor de uitleg van dergelijke bepalingen de bewoordingen ervan, gelezen in het licht van de gehele tekst van de CAO en een eventuele toelichting daarop, in beginsel van doorslaggevend belang zijn.[96] Van een grammaticale uitleg is evenwel geen sprake, veeleer gaat het erom de bedoeling te achterhalen die naar objectieve maatstaven – dat wil zeggen op basis van objectief kenbare interpretatiefactoren – volgt uit de letter van de tekst.[97] Dat betekent weer, dat zelfs bij de uitleg van CAO-bepalingen kan worden gekomen tot een uitleg die tegen de letter van de

95 Overigens zal hierna onder 3.4.6 nog terug worden gekomen op het arrest Bartels/CL en wel in de context van de vraag in hoeverre het mogelijk is een opgegeven dringende reden na het ontslag nog nader in te kleuren.

96 HR 17 september 1993, NJ 1994, 173 en HR 24 september 1993, NJ 1994, 174.

97 Zie onder meer HR 31 mei 2002, JAR 2002/153; HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493; HR 2 april 2004, NJ 2005, 495; HR 20 mei 2005, RAR 2005/87; HR 12 januari 2007, NJ 2007, 47; HR 2 oktober 2009, NJ 2009, 479; HR 19 december 2008, NJ 2009, 27; HR 5 maart 2010, RAR 2010/62. Zie daarover voorts: C.J. Loonstra, Over normen, feiten en de uitleg van cao-bepalingen in: S.F. Sagel (red.), Door Duk en dun, Deventer 2011, p. 171; H.A. Groen, Hoe leg ik het uit?, in: S.F. Sagel (red.), Door Duk en dun, Deventer 2011, p. 215; S.F. Sagel, DSM/Fox en de uitleg van arbeidsrechtelijke contracten – het laatste woord?, ArA 2004/3, p. 59 e.v.; T.H. Tanja-van den Broek, De Hoge Raad, CAO's en uitleg, in S.F. Sagel en E. Verhulp (red). Voor De Laat: de Hoge Raad, Geschriften VvA nr. 34., Deventer 2005, p. 139; R.A.A. Duk, De Hoge Raad en uitleg van CAO's, SMA 1998, p. 471.

tekst ingaat, als die uitleg maar helder volgt uit andere objectief kenbare interpretatiefactoren.

> Het voorbeeld bij uitstek daarvan wordt gevormd door het arrest van de Hoge Raad van 28 juni 2002 in een zaak rond een aantal scholieren die werkzaam waren bij Motel Akersloot.[98] Zij werden betaald als "hulpkrachten" in de zin van de toepasselijke CAO, maar bestreden de juistheid daarvan omdat zij incidenteel ook op andere uren hadden gewerkt dan tijdens de uren waarop hulpkrachten volgens de definitiebepaling in de CAO "uitsluitend" mochten werken. De Hoge Raad was van mening dat in de CAO-bepaling over hulpkrachten duidelijk de bedoelingen van CAO-partijen vielen te ontwaren. Gelet op (i) het in de definitie van hulpkracht gebezigde woord "vakantiewerker", (ii) de bij het dagonderwijs aansluitende werktijden van hulpkrachten, alsmede (iii) het feit dat hulpkrachten slechts het minimumloon verdienden, was de Hoge Raad van mening dat de CAO-partijen met de hulpkrachtenbepaling klaarblijkelijk een aparte regeling voor scholieren en studenten die "in hun vrije tijd iets willen bijverdienen" in het leven hadden willen roepen. Deze kennelijke strekking bracht volgens de Hoge Raad mee dat het woord "uitsluitend" in de definitiebepaling niet naar de letter moest worden opgevat, maar dat – kort samengevat – een werkende scholier ook hulpkracht blijft als hij incidenteel buiten de "hulpkracht-uren" werkt. Aldus werd gekomen tot een uitleg die tegen de letter van de CAO-bepaling inging. Uitsluitend bleek niet geheel uitsluitend te zijn.[99]

3.3.2.4 De aard van de functie

Het eerste gezichtspunt dat blijkens het arrest *Bartels/CL*, naast de bewoordingen van de ontslagbrief, betrokken kan worden bij de beoordeling of de ontslaggrond de werknemer onmiddellijk duidelijk is gemaakt, is gelegen in de *aard van de functie* van de werknemer. Dat de *aard van de functie* van een werknemer in de beschouwing wordt betrokken bij de beoordeling of een dringende reden voldoende duidelijk is gemaakt, ligt om verschillende redenen voor de hand. In de eerste plaats omdat de aard van de functie (meestal) nauw samenhangt met het opleidingsniveau en begripsvermogen van een werknemer. Van een directeur van een bank zal, uitzonderingen daargelaten, meestal verwacht mogen worden dat het spreekwoordelijke kwartje wat sneller valt, dan bij een medewerker groenvoorziening in de WSW. Maar het meewegen van de aard van de functie heeft ook nog andere componenten. In de eerste plaats kan de aard van de functie meebrengen dat de werknemer bepaald, voor zijn functie specifiek "jargon" dat in de ontslagbrief is gehanteerd, kent, terwijl een werknemer in een andere functie die terminologie wellicht niet "onmiddellijk" duidelijk is. De aard van de functie kan voorts – en dat is vermoedelijk een belangrijker aspect – ook aldus gewicht in de schaal leggen dat juist de functie die de werknemer bekleedt ook zonder veel uitleg evident doet zijn dat bepaald gedrag volstrekt ontoelaatbaar is. Verwezen kan in dit verband worden naar een arrest van het Haagse Gerechtshof rond het ontslag op staande voet van een hoge beleggingsmanager bij een pensioenfonds, voor wie – in de woorden van het Hof – "betrouwbaarheid en onkreukbaarheid onmisbaar zijn". Gelet op die vereisten van de functie

98 HR 28 juni 2002, JAR 2002/168.

99 Zie daarover ook S.F. Sagel, De objectief-tekstuele uitleg van CAO-bepalingen: betekenis en reikwijdte (I), ArbeidsRecht 2003, 49, waaraan deze passage is ontleend.

moest de werknemer, zo besliste dat Gerechtshof in 2007, ook zonder veel uitleg begrijpen dat zijn werkgever het plegen van frauduleuze handelingen als dringende reden aanmerkte en om welke handelingen het daarbij precies ging.[100]

3.3.2.5 De aard en de ernst van de aan de werknemer verweten feiten

De Hoge Raad wijst verder op de *aard van de aan de werknemer verweten feiten*. In het kader van dit gezichtspunt zal naar mijn idee allereerst rekening gehouden mogen worden met de *ernst* van de feiten die voorliggen.[101] Naar in het volgende hoofdstuk uiteengezet zal worden, vergt de beoordeling of sprake is van een dringende reden een afweging van de omstandigheden van het geval. Dat brengt mee dat zich grensgevallen kunnen voordoen waarin verschillend gedacht kan worden over de vraag of zich een dringende reden voordoet. Er zijn echter ook allerlei gevallen waarin de feiten waaraan de werknemer zich schuldig heeft gemaakt zodanig ernstig zijn, dat in redelijkheid geen enkele twijfel over het bestaan van een dringende reden kan bestaan, zoals in gevallen van ernstige tegen de werkgever gerichte vermogensdelicten of gevallen van zware mishandeling op de werkvloer.[102] In dat soort gevallen zal de werknemer, wanneer de werkgever volstaat met een korte mededeling van de ontslaggrond of die zelfs geheel achterwege laat, minder snel kunnen betogen dat hem niet duidelijk was waarom hij werd ontslagen dan wanneer sprake is van een aaneenrijging van kleinere tekortkomingen waaruit blijkt dat de werknemer de bekwaamheden om de functie goed uit te oefenen mist en die voor de wederpartij *over time* zijn aangewassen tot een dringende reden. In dat laatste geval zal de opzeggende partij concreet moeten aangeven waarin de dringende reden is gelegen, wil aan de mededelingsplicht voldaan zijn. Voor een oud – maar nog steeds verhelderend – voorbeeld daarvan zij verwezen naar een uitspraak van de Kantonrechter Rotterdam uit 1913. Het ging hier om een zaak waarin de bezwaren van de werkgever tegen de werknemer waren dat laatstgenoemde "niet vlug genoeg werkte en niet gemakkelijk in den omgang was". De Kantonrechter overwoog dat in zo een geval een uitdrukkelijke omschrijving van de dringende reden vereist was, omdat de werknemer zonder zo een omschrijving niet kon weten, dat de werkgever "die grieven zoo zwaar liet wegen als hij nu doet voorkomen, zoodat in casu die redenen met zoovele woorden aan eischer had moet zijn medegedeeld."[103] Een recenter voorbeeld kan worden gevonden in een arrest van het Haagse Gerechtshof uit

100 Zie Hof Den Haag 21 september 2007, RAR 2008/8 en JIN 2007/627.

101 Zie in die zin ook Rb. Alkmaar 1 december 1983, Prg. 1984, 2108.

102 Zie voor een oude uitspraak waarin de werknemer zich er vanwege de ernst van de feiten vergeefs op beriep dat hem niet was gezegd waarom hij werd ontslagen Ktg. Arnhem 9 maart 1926, RBA XIV, 1/2, p. 4. In die zaak was sprake van een boerenknecht die toen een watersnood de hoeve van zijn werkgever bedreigde en alle arbeidskrachten nodig waren "ter redding van have en vee" een dagje vrij *vroeg* en – toen hem dat niet werd toegestaan – die dag gewoon vrij *nam*. De rechter besliste dat, gelet op de ernstige omstandigheden, de werknemer voldoende duidelijk moest zijn waarom hij ontslagen was. Zie ook Ktg. Rotterdam 4 maart 1918, RBA VII, 23/24, p. 95. Mededeling van de werknemer dat hij de werkgever van kant gaat maken, levert ook zonder dat de werkgever dit aan de werknemer meedeelt een dringende reden op, gelet op de ernst ervan.

103 Ktg. Rotterdam 17 maart 1913, RBA V, 25/26, p. 104.

2009, waarin sprake was van een moeizame samenwerking tussen een advocaat en een juridisch medewerker.[104] De advocaat stuurde op 18 juli 2003 een uitvoerige brief (11 pagina's) naar de werknemer waarin zij beschreef hoe zij tegen de samenwerking aankeek. De werknemer zegde daarop de arbeidsovereenkomst op staande voet op en voerde als dringende reden onder meer aan dat de brief getuigde van "fantasie" en dat daarin "leugens" stonden, zonder dat nader te concretiseren. Nu kan het debiteren van onwaarheden in de richting van de wederpartij bij een arbeidsovereenkomst afhankelijk van de omstandigheden van het geval op enig moment zo ontwrichtend werken op de arbeidsrelatie, dat redelijkerwijs niet langer gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst voort te zetten, maar die afweging is bepaald minder "zwart/wit" dan de beoordeling of een werknemer een dringende reden heeft gegeven door zich schuldig te maken aan een ernstig vermogensdelict gericht tegen de werkgever.[105] De inhoud van de leugen – waarvan wordt de werknemer ten onrechte beticht? – en de reden van de leugen – is sprake van een leugentje om bestwil of van een leugen om iemand te schaden? – kunnen de uitkomst volstrekt verschillend laten zijn. Om de wederpartij in staat te stellen te kunnen beoordelen of op grond van "leugens en fantasie" terecht is opgezegd, zal de opzeggende partij dus concreet moeten aangeven wat hij als een zodanig ernstige leugen beschouwt dat deze onmiddellijke verbreking van het dienstverband rechtvaardigt. Dat is, zonder zo een concrete toelichting, niet duidelijk – naar ook het Hof besliste. Al met al denk ik dat waar het het gezichtspunt van de aard van de aan de werknemer verweten feiten betreft, de vuistregel zal gelden dat naarmate gelet op de ernst van de feiten evidenter is dat zich een dringende reden voordoet, eerder aanvaard kan worden dat de werkgever afziet van een geconcretiseerde specifieke omschrijving van de dringende reden. Hoe ernstiger de feiten, hoe duidelijker de dringende reden uit zichzelf al is.

3.3.2.6 Eerdere mededelingen; schorsing, waarschuwingen en gedragsregels

Ik zou verder menen dat bij de beoordeling of de dringende reden zo is meegedeeld dat deze onmiddellijk duidelijk is, naast aan de door de Hoge Raad in het arrest *Bartels/CL* genoemde omstandigheden, veel belang zal toekomen aan, wat ik hier maar kortheidshalve zal noemen, *eerdere mededelingen* van de werkgever met betrekking tot het gedrag dat uiteindelijk de dringende reden vormt. Heeft bijvoorbeeld kort voor het ontslag een gesprek plaatsgevonden tussen werkgever en werknemer, waarin de werknemer is gehoord over de tegen hem bestaande verdenking en is hij tijdens die bijeenkomst geschorst onder aanzegging van de redenen daarvoor, dan kan die mededeling meewegen bij de beoordeling of de werknemer vervolgens ook de ontslaggrond onmiddellijk moet hebben begrepen. Verwezen zij in

104 Hof Den Haag 17 februari 2009, LJN: BH5568.

105 Zie ook Ktr. Rotterdam 18 september 2008, Prg. 2008, 194, waarin een werknemer was ontslagen wegens onder meer negatieve uitlatingen bij opdrachtgevers. Waaruit die opmerkingen bestonden was evenwel niet geconcretiseerd. De Kantonrechter achtte deze mededeling onvoldoende concreet. Dat lijkt een juiste benadering omdat negatieve opmerkingen bij klanten inderdaad een dringende reden kunnen zijn, maar niet noodzakelijkerwijs hoeven te zijn. Veel zal, juist hier, afhangen van de ernst van de uitlating. Om die te kunnen bepalen zal de werknemer in beginsel wel concreet moeten worden gemeld wat hij gezegd zou hebben.

dit verband naar de zaak rond het ontslag op staande voet van de wielrenner Rasmussen, die betwistte dat hem de dringende reden voor zijn ontslag – hij had gelogen omtrent zijn *whereabouts* in een bepaald tijdvak – voldoende duidelijk was meegedeeld. In rechte werd geoordeeld dat de dringende reden wel degelijk duidelijk was medegedeeld, mede in het licht van een gesprek – één dag voor het ontslag – waarin Rasmussen geschorst was, alsmede in het licht van een persconferentie – twee dagen voor het ontslag – waarin de kwestie van de verblijfsplaats van Rasmussen ook aan de orde was geweest.[106] De uitspraak is in lijn met oudere rechtspraak van de Hoge Raad waarin werd beslist dat de dringende reden, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, voldoende duidelijk kan zijn medegedeeld wanneer de redenen reeds bij een aan het ontslag voorafgaande schorsing met de werknemer zijn gedeeld. Herhaling van die redenen bij het ontslag is dan niet steeds noodzakelijk.[107] Overigens verdient opmerking dat vooral niet moet worden gedacht dat deze oude rechtspraak aldus moet worden begrepen dat wanneer de redenen voor een schorsing duidelijk zijn medegedeeld, zulks automatisch betekent dat derhalve kan worden afgezien van mededeling van de dringende reden. Integendeel: de werkgever die nadat een schorsing heeft plaatsgevonden ontslaat zonder de ontslaggrond mee te delen, neemt een (aanzienlijk) risico. Denkbaar is immers dat de rechter oordeelt dat de dringende reden aldus niet duidelijk is opgegeven, bijvoorbeeld omdat daarmee de mogelijkheid is opengelaten dat uiteindelijk slechts wegens een deel van de oorspronkelijke schorsingsgronden is ontslagen, of dat er is ontslagen wegens hangende de schorsing opgekomen aanvullende gronden.

Ik denk voorts dat in de afweging of een dringende reden voldoende duidelijk is opgegeven, ook gewicht zal toekomen aan eerdere *waarschuwingen* die de werkgever aan de werknemer heeft verstrekt, dan wel aan algemene interne *gedragsregels*, mits duidelijk gecommuniceerd. Niet alleen kunnen dergelijke vingerwijzingen meewegen bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet – zij zullen in dit verband een verzwarend effect kunnen hebben (zie daarover hierna onder 4.5.2) – maar ook zal daarvan effect kunnen uitgaan op de beoordeling of de werknemer voldoende duidelijk is gemaakt waarom hij werd ontslagen. Waarschuwt een werkgever keer op keer duidelijk dat bepaald gedrag niet getolereerd zal worden en binnen zijn organisatie als dringende reden zal worden aangemerkt, dan zal de werknemer wanneer hij zich aan het betreffende gedrag schuldig maakt minder snel kunnen betogen dat hij niet begreep waarom hem de wacht werd aangezegd. Ook in het kader van de mededelingseis telt een (duidelijk) gewaarschuwd mens voor twee.

3.3.2.7 Tijdsverloop

Een laatste gezichtspunt dat mede van invloed is op de beoordeling of een ontslaggrond voldoende duidelijk voor het voetlicht is gebracht, is mijns inziens gelegen in

106 Ktr. Utrecht 2 juli 2008, LJN: BD6001, JAR 2008/198, Prg. 2008, 135; RAR 2008/154 rov.'en 4.6 tot en met 4.9. Het Gerechtshof te Amsterdam heeft de redenering van de Kantonrechter in appel overgenomen en tot de zijne gemaakt, zie Hof Amsterdam 19 juni 2012, LJN: BW8595, JAR 2012/201 rov. 5.16.

107 HR 25 juni 1920, NJ 1920, 827; HR 19 januari 1923, NJ 1923, 421; zie ook Hof Den Haag 23 maart 1922, NJ 1922, 934. Zie anders: Ktg. Amsterdam 14 maart 1917, RBA VII, 13/14, p. 54.

eventueel *tijdsverloop* tussen het moment waarop de dringende reden zich heeft voorgedaan en het moment waarop de ontslaggrond wordt medegedeeld. In dat kader zal hebben te gelden dat, naarmate de mededeling van de ontslaggrond sneller volgt op het moment waarop deze zich heeft voorgedaan, dat er in het algemeen toe zal bijdragen dat die ontslaggrond voor de werknemer duidelijker is.[108] Als een werknemer op heterdaad wordt betrapt met zijn vingers in de kas en hij op dat moment direct wordt ontslagen zonder dat uitdrukkelijk de dringende reden wordt genoemd, zal eerder zijn voldaan aan de eis dat de dringende reden de werknemer (desondanks) aanstonds duidelijk is gemaakt dan wanneer dat wangedrag pas na maanden wordt ontdekt en er dan ontslag wordt aangezegd zonder dat de reden concreet wordt benoemd. Het verband tussen de gedraging en de opzegging is in het eerste geval evident, in het tweede (in beginsel) niet. Verwezen zij in dit verband naar een arrest van de Hoge Raad uit 1985 waarin de vraag aan de orde was of een werknemer terecht was ontslagen wegens diefstal van een b.h. en van herenondergoed. De Rechtbank beantwoordde die vraag bevestigend en nam daarbij mede in aanmerking dat de werknemer zich vier jaar voor het ontslag ook al eens aan een vergelijkbare kwestie schuldig had gemaakt. De Hoge Raad casseerde die beslissing omdat zijns inziens zonder nadere motivering onbegrijpelijk was hoe voor de werknemer duidelijk was dat dat vier jaar voordien gelegen feit mede aan zijn ontslag ten grondslag was gelegd.

3.3.2.8 Conclusie; vuistregels

Het voorgaande laat zich als volgt samenvatten. De afweging of de dringende reden zo is medegedeeld dat daaromtrent onmiddellijke duidelijkheid is ontstaan, is ten gronde een kwestie van uitleg. Dat betekent dat de bewoordingen die de werkgever hanteert om de ontslaggrond aan te duiden, nimmer op zichzelf moeten worden beschouwd, maar steeds in de context waarin zij zijn gebruikt. Bij de beantwoording van de vraag of de bewoordingen – of de gedraging(en) – van de werkgever zo duidelijk zijn dat de werknemer aanstonds duidelijk was waarom hij werd ontslagen, zal mede moeten worden gelet op "Haviltex-factoren" als de functie van de werknemer en het daarmee gepaard gaande opleidings- en begripsniveau, de aard en de ernst van de gedraging en de daarmee samenhangende evidentie van de dringende

108 Rb. Zutphen 20 oktober 1928, RBA XVI 9/10, p. 35. Dringende reden – dronkenschap onder werktijd – moest werknemer duidelijk zijn nu hij de dag erop meteen is geschorst en vier dagen erna is ontslagen. Ktg. Rotterdam 29 maart 1915, RBA VI, 17/18, p. 70, waarin werd beslist dat als uit hetgeen *onmiddellijk* voor het ontslag is voorgevallen duidelijk blijkt waarom ontslag is gegeven, de dringende reden niet bij het ontslag uitdrukkelijk behoeft te worden genoemd. Ook verhelderend is Ktg. Maastricht 14 oktober 1910, RBA II, 16/17, p. 64, waarin een werkneemster werd ontslagen onmiddellijk nadat zij haar werkgever ervan had beticht schuldig te zijn aan haar zwangerschap, maar zonder aan te geven dat die beschuldiging de dringende reden vormde. De Kantonrechter oordeelde dat nu de opzegging direct volgde op de beschuldiging, de werkneemster duidelijk moet zijn geweest waarom zij werd heengezonden. Uitdrukkelijke mededeling van de dringende reden was "volkomen overbodig". Men kan zich, al die jaren later, wel de vraag stellen of dit nu wel zo een juiste uitspraak was. Als de werkgever inderdaad de vader was, kan het natuurlijk ook zo zijn geweest dat hij ontsloeg om de verplichtingen van het vaderschap te ontlopen. Of de werkgever de vader was, liet de Kantonrechter – in een tijd waarin men van DNA nog nooit gehoord had – maar in het midden.

reden, eerdere aankondigingen van de werkgever dat bepaald gedrag niet wordt getolereerd en als dringende reden wordt aangemerkt en tijdsverloop tussen het moment waarop de feiten die ten grondslag liggen aan het ontslag en de mededeling van de dringende reden. Harde regels zullen niet gegeven kunnen worden, maar bij wijze van vuistregels zal hebben te gelden dat

(i) naarmate de bewoordingen waarin de ontslaggrond is gesteld, concreter tot uitdrukking brengen welke specifieke feiten aan de werknemer worden verweten;
(ii) naarmate de ontslaggrond ernstiger en evidenter is;
(iii) naarmate de werkgever door een schorsing, waarschuwingen, gedragsregels of anderszins reeds voorafgaand aan het ontslag duidelijker heeft gemaakt dat hij bepaald gedrag niet door de vingers zal zien; en
(iv) naarmate het tijdsverloop tussen het moment waarop de ontslaggrond zich voordeed en het ontslag korter is;

eerder zal zijn voldaan aan het vereiste dat de ontslaggrond aanstonds duidelijk moet zijn gemaakt. Het voorgaande betekent, vanzelfsprekend, niet dat de werkgever niet zou kunnen volstaan met een korte, globale aanduiding van de ontslaggrond, maar in dat geval gaan de zojuist met (ii), (iii) en (iv) aangeduide gezichtspunten wel extra zwaar drukken, in die zin dat daaruit dan aanknopingspunten moeten zijn af te leiden die de conclusie wettigen dat het de werknemer ondanks de globale mededeling toch meteen in detail duidelijk was waarom hij werd ontslagen. Dat laatste is immers wel vereist.

3.3.3 De mededeling van de dringende reden en het in aanmerking nemen van eerdere gedragingen

Een *specialis* van de vraag of de dringende reden voldoende duidelijk is meegedeeld, vormt de vraag in hoeverre de werkgever, als hij zich in rechte ter onderbouwing van zijn betoog dat zich een dringende reden voordoet ook wil beroepen op aan de directe aanleiding voor het ontslag voorafgaande feiten, die eerdere gedragingen bij het geven van het ontslag expliciet moet meedelen. Over die kwestie heeft de Hoge Raad zich, met name in de jaren '80 van de vorige eeuw, een groot aantal keren moeten buigen.

In een arrest van 10 februari 1978 speelde het ontslag van een kelner, die was ontslagen omdat hij de uitbater van het café waar hij werkte – in aanwezigheid van gasten – had uitgemaakt voor "zuiperd" en hem ervan had beschuldigd het "te houden" met de echtgenote van de kelner.[109] In de procedure stelde de werkgever dat de werknemer zich al eerder schuldig had gemaakt aan incorrect gedrag in de richting van de gasten, maar de Rechtbank oordeelde dat dat feit in de afweging niet mee kon wegen, omdat de werkgever niet achteraf een beroep kan doen op feiten en omstandigheden die niet in de voor de werknemer "evidente ontslagreden" besloten liggen.[110] In cassatie werd daarover vergeefs geklaagd. De Hoge Raad besliste dat de

109 HR 10 februari 1978, NJ 1979, 244.
110 Vide rov. 5 van het vonnis waarvan beroep.

vraag of eerdere omstandigheden meegewogen mogen worden, afhangt van de aard van de gedraging, de aard van de opgegeven reden voor het ontslag en de overige omstandigheden van het geval. De Rechtbank had dat volgens de Hoge Raad, door te beslissen dat de eerdere gedragingen in dit geval onvoldoende verband vertoonden met de opgegeven ontslaggrond, niet miskend.

In een arrest van 1982 werkte de Hoge Raad dit verder uit.[111] Daarin besliste hij dat de ratio van de mededelingseis meebrengt dat

> "(…) in een ter zake van het ontslag gevoerd rechtsgeding met eerdere gedragingen van de werknemer, ter beoordeling van de dringendheid van de ontslagreden, alleen rekening mag worden gehouden indien het voor de werknemer ten tijde van de mededeling van de ontslagreden duidelijk was dat die eerdere gedragingen mede bepalend waren voor het oordeel van de werkgever dat ontslag op staande voet op zijn plaats was. Aan deze eis is voldaan niet alleen als die eerdere gedragingen in de medegedeelde ontslagreden zijn aangeduid, maar ook als de werknemer in de gegeven omstandigheden heeft moeten begrijpen dat eerdere – niet met zoveel woorden aangeduide – gedragingen van hem hebben bijgedragen tot voormeld oordeel van de werkgever."

Om dat te kunnen begrijpen is, zo vervolgt de Hoge Raad, niet per definitie nodig dat de vroegere gedragingen, al is het maar globaal, in de medegedeelde ontslaggrond zijn aangeduid. Deze leer werd in een reeks van arresten uit 1984, 1985, 1986 en 1987 keer op keer bevestigd, waarbij bij herhaling werd benadrukt dat van de vereiste duidelijkheid ter zake van het meewegen van de eerdere gedragingen sprake is wanneer de werknemer dat bij de mededeling van de dringende reden "heeft kunnen of moeten begrijpen".[112] Van belang is tot slot dat de Hoge Raad in een zaak waarin op 15 februari 1991 arrest werd gewezen, werd gevraagd om zijn leer in die zin aan te scherpen dat eerdere gedragingen alleen dan zouden mogen meewegen bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet als niet alleen (i) zulks bij de mededeling van de ontslaggrond duidelijk was, maar ook (ii) een nauw verband tussen de vroegere gedragingen en de directe aanleiding voor het ontslag bestaat, althans beide gedragingen van dezelfde aard zijn. De Hoge Raad verwierp die benadering zonder veel omhaal; er bestond zijns inziens geen goede grond om de oordeelsvrijheid van de rechter aldus te beperken. Dat betekent dat ook eerdere

---

111 HR 6 november 1981, NJ 1982, 100.

112 In HR 28 september 1984, NJ 1985, 245 werd deze leer bevestigd. Daar had de Rechtbank geoordeeld dat eerdere gedragingen alleen konden meewegen wanneer deze uitdrukkelijk in de ontslagbrief waren verankerd. Dat vond – gelet op het arrest van 6 november 1981 weinig verrassend – geen genade in de ogen van de Hoge Raad. Daarna werd de leer uit 1981 bevestigd in HR 17 mei 1985, NJ 1985, 714 (rov. 3.3.) en in HR 12 december 1986, NJ 1987, 905. In laatstgenoemd arrest benadrukte de Hoge Raad nog eens dat het de werknemer niet alleen duidelijk kan zijn dat eerdere gedragingen hebben meegewogen wanneer deze uitdrukkelijk in de ontslagbrief zijn vermeld, maar ook wanneer de "werknemer in de gegeven omstandigheden moet hebben begrepen dat eerdere – niet met zoveel woorden aangeduide – gedragingen van hem hebben bijgedragen tot voormeld oordeel van de werkgever" (zie rov. 3.4). In HR 22 mei 1987, NJ 1988, 40 werd nogmaals beslist dat eerdere gedragingen mogen meewegen wanneer de werknemer ten tijde van de aanzegging van de dringende reden heeft "kunnen of moeten begrijpen" dat die eerdere gedragingen voor de werkgever mede redengevend waren voor het ontslag (zie rov. 3.3.). Een volgende bevestiging valt te vinden in HR 20 november 1987, NJ 1988, 282.

gedragingen van andere aard dan de directe aanleiding voor het ontslag wel degelijk kunnen meewegen bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, mits de werknemer bij de ontslagaanzegging maar heeft kunnen of moeten begrijpen dát die eerdere gedragingen meewegen.

Bij nauwkeurige bestudering van de zojuist besproken rechtspraak blijkt dat de maatstaf die de Hoge Raad voorschrijft ter beoordeling of ter zake van aan de directe aanleiding voor het ontslag voorafgaande gedragingen is voldaan aan de mededelingseis, enigszins afwijkt van de algemene maatstaf die hij voor die eis heeft ontwikkeld. Blijkens het hiervoor onder 3.3.1 besproken arrest in de zaak *Bakermans/Straalservice* moet de dringende reden aldus worden meegedeeld dat het de werknemer "onmiddellijk duidelijk" is waarom hij wordt ontslagen, hetgeen meebrengt dat daaromtrent "in redelijkheid geen enkele twijfel kan bestaan". Dat is volgens de Hoge Raad in dat arrest een andere, strengere maatstaf dan dat de werknemer "heeft kunnen en moeten begrijpen wat de ontslagreden was." De mededelingslat ter zake van eerdere gedragingen ligt blijkens de zojuist behandelde rechtspraak van de Hoge Raad (iets) lager: eerdere gedragingen/feiten mogen meewegen als het de werknemer ten tijde van de mededeling van de ontslaggrond "duidelijk" – dus niet: *onmiddellijk* duidelijk – was dat zij meetelden, hetgeen volgens de Hoge Raad meebrengt dat de werknemer heeft "kunnen en moeten begrijpen" dat de eerdere gedragingen mede redengevend waren, zulks terwijl dat blijkens het arrest in de zaak *Bakermans/Straalservice* nu juist (net) niet voldoende was om aan de in dat arrest geformuleerde maatstaf te voldoen.

Het zou kunnen dat de Hoge Raad bewust heeft gekozen voor het verschil in "duidelijkheidsgradatie" tussen datgene wat men de "kern" van de dringende reden zou kunnen noemen enerzijds en de "achtergrond" van die dringende reden anderzijds. Theoretisch is best denkbaar dat de werknemer onmiddellijk moet begrijpen wat het kernverwijt is dat hem gemaakt wordt, terwijl ten aanzien van de achtergrond waartegen dat kernverwijt moet worden bezien, geldt dat de werknemer dat slechts (op enig moment) heeft kunnen en moeten begrijpen. Toch zou ik menen dat die benadering niet wenselijk is. In de eerste plaats niet, omdat het hier aangeduide verschil me theoretisch niet aanspreekt. Als de werkgever vroegere feiten mede ten grondslag legt aan een ontslag op staande voet, dan maken die feiten evenzeer deel uit van de dringende reden als de directe aanleiding voor het ontslag en valt alleen al daarom niet in te zien waarom ter zake van de vroegere feiten dan wel een ander, minder strikt, mededelingsregime zou hebben te gelden. Dat geldt des te sterker wanneer wordt bedacht dat de directe aanleiding voor een ontslag op staande voet in veel gevallen slechts bij de gratie van de achtergrond waartegen zich die aanleiding voordoet, een dringende reden wordt. Men kan het ook zo zeggen: baseert de werkgever een ontslag mede op vroegere feiten, dan bestaat de dringende reden uit het samenstel van de rechtstreekse aanleiding en de achtergrond. De achtergrond kan – zeker bij zaken die vallen in de categorie van de zogeheten "druppel/emmertheorie", waarbij de aanleiding niet meer is dan de druppel die de emmer doet overlopen – zelfs relatief veel belangrijker zijn dan de directe aanleiding voor het ontslag. In zo een geval brengt de ratio van de mededelingseis naar mijn mening mee dat voor de gehele dringende reden – dus aanleiding *plus* achtergrond – geldt dat

deze de werknemer zo moet worden meegedeeld, dat deze hem onmiddellijk duidelijk is.

Daarnaast komt een verschil in "mededelingsintensiteit" mij ook praktisch niet goed werkbaar voor. Eén eenduidige mededelingsmaatstaf voor zowel de "kern" als de "achtergrond" van de dringende reden lijkt te prefereren om de mededelingseis niet onnodig ingewikkeld te maken en te voorkomen dat partijen verwikkeld raken in weinig constructieve discussies over de vraag welk deel van de dringende reden nu langs welke mededelingslat gelegd moet worden. Ik zou, gelet op al het voorgaande, dan ook willen bepleiten om, voor zover de Hoge Raad inderdaad beoogd heeft om het hiervoor beschreven verschil in mededelingsgradaties aan te brengen, daarop *terug te komen.* Het lijkt, gelet op het voorgaande, juister om uit te gaan van één maatstaf ter zake van de eisen waaraan de mededeling van de dringende reden moet voldoen. Legt een werkgever aan zijn betoog dat zich een dringende reden voordoet mede in het verleden gelegen gebeurtenissen ten grondslag, dan zal voor de gehele dringende reden – en dus ook voor de in het verleden gelegen feiten – moeten gelden dat de reden zo wordt meegedeeld dat hij de werknemer onmiddellijk duidelijk is en dat daarover redelijkerwijs geen enkele twijfel mogelijk is. Of aan die maatstaf is voldaan, zal moeten worden beoordeeld op basis van de onder 3.3.2 beschreven afweging van de omstandigheden van het geval.

3.3.4 Ontvangsttheorie; ook ter zake van de mededeling van de dringende reden

Hiervoor onder 2.7.1 is besproken dat op de opzegging van het dienstverband de ontvangsttheorie toepassing vindt. Art. 3:37 lid 3 BW brengt mee dat de verklaring gericht op beëindiging pas doel treft – dat wil zeggen: dat de opzegging pas heeft plaatsgevonden – zodra deze de werknemer heeft bereikt, althans – kort gezegd – er een situatie intreedt waarin het feit dat die opzegging hem niet heeft bereikt, redelijkerwijze voor zijn rekening behoort te komen. Hetzelfde zal hebben te gelden voor de verklaring waarmee de dringende reden wordt meegedeeld. Vanzelfsprekend zal de mededeling van de dringende reden in de meeste gevallen samenvallen met de mededeling van de opzegging, maar noodzakelijk is dat niet. Zoals hiervoor uiteen is gezet, kunnen zich gevallen voordoen waarbij de opzegging en de mededeling van de dringende reden niet samenvallen en ook onder het huidige wettelijke regime is enig tijdsverloop tussen die twee rechtsmomenten nog toelaatbaar.[113] Ook dan zal de werkgever, althans een vertegenwoordiger daarvan, er echter zorg voor moeten dragen dat ook die verklaring de werknemer *bereikt* binnen de grenzen die de eisen van de onverwijlde mededeling daaraan stellen.[114] Hoewel op dit punt weinig rechtspraak voorhanden is, leert een arrest uit 1987 in ieder geval dat wanneer de werknemer verblijft in het buitenland, desondanks volstaan mag worden met toezending van de reden aan het adres van de werknemer in Nederland wanneer de werkgever er redelijkerwijs vanuit mag gaan dat de werkgever op dat moment

113 Zie hiervoor onder 3.2.3 tot en met 3.2.6.

114 Zie voor een geval waarin sprake was van mededeling van de ontslaggrond door een vertegenwoordiger van de opzeggende partij: Rb. Winschoten 7 november 1928, RBA XVI, 25/26, p. 102.

weer in Nederland teruggekeerd zou zijn.[115] Zorgt de werknemer er in dat geval niet voor dat zijn post wordt gelezen of doorgezonden, dan valt dat in zijn risicosfeer.[116] Dat is een voorbeeld van de situatie waarop de laatste zinsnede van art. 3:37 lid 3 BW ziet, het geval dat het "niet bereiken" voor rekening van de ontvangende partij komt. Voor het overige zij verwezen naar hetgeen onder 2.7.1 is opgemerkt over de ontvangsttheorie en de onverwijlde opzegging, hetgeen van overeenkomstige toepassing is op de onverwijlde mededeling van de dringende reden. De werkgever doet er goed aan geen enkel risico te nemen teneinde er zeker van te zijn dat de mededeling van de dringende reden niet alleen onverwijld wordt verzonden, maar ook onverwijld wordt ontvangen. Dat laatste is namelijk beslissend.

3.4 De formele kant van de mededelingseis

3.4.1 De hoofdregel; aanvulling van de ontslaggrond mag niet

Naast de hiervoor onder 3.3. besproken materiële kant – welke eisen mogen inhoudelijk aan de opgave van de dringende reden gesteld worden? – kent de mededelingseis als vervat in art. 7:677 BW ook een belangrijke "formele" kant. Die houdt kort gezegd in dat de bij het ontslag – of onverwijld daarna – medegedeelde dringende reden de omvang van de rechtsstrijd afbakent. Het is, zo besliste de Hoge Raad al in 1917, de opgegeven ontslaggrond waaraan getoetst moet worden of het ontslag terecht is gegeven en wel in die zin dat de werkgever in rechte dient te bewijzen (i) dat de opgegeven ontslaggrond zich feitelijk heeft voorgedaan en (ii) dat deze als dringende reden kwalificeert. De werkgever kan, nadat hij de dringende reden heeft medegedeeld, niet in de ontslagprocedure nog een aanvullende dringende reden onder het ontslag schuiven; hij zal, anders gezegd, bij het onderbouwen van de geldigheid van het ontslag binnen de grenzen van de door hem opgegeven dringende reden moeten blijven.[117]

3.4.2 Mag wel worden aangevuld binnen de grenzen van de onverwijlde mededeling?

Gelet op het belang van de opgegeven dringende reden – hij moet het ontslag kunnen dragen – en de onmogelijkheid om, nadat de dringende reden eenmaal *is* opgegeven, nog nadere ontslaggronden onder een gegeven ontslag op staande voet te schuiven, komt allereerst de vraag op of de opzeggende partij wel *binnen de grenzen van het vereiste van de onverwijlde mededeling* van de dringende reden de ruimte heeft om de ontslaggrond aan te vullen.

Zoals hiervoor onder 3.2.5 is betoogd, moet de verplichting tot "gelijktijdige" mededeling van de dringende reden aldus worden geïnterpreteerd dat de opzeggende partij – zoals dat van 1909 tot 1999 ook uitdrukkelijk in de wet stond – de dringende reden *onverwijld* moet meedelen. Dat brengt naar mijn mening mee dat de

115 HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 118.
116 Zie conclusie A.-G. Leijten voor het arrest van 23 oktober 1987, onder 17 en 18.
117 Zie onder meer: HR 2 maart 1917, NJ 1917, p. 426; HR 19 juni 1925, NJ 1925, 936; HR 28 november 1969, NJ 1970, 139; HR 16 november 1973, NJ 1974, 262; HR 31 december 1993, JAR 1994/31; HR 26 januari 2001, JAR 2001/40; HR 23 maart 2007, JAR 2007/111.

werkgever die ontslag op staande voet geeft, de ruimte heeft om binnen de grenzen van die onverwijlde mededeling de dringende reden aan te vullen. Daarbij moet met name gedacht worden aan het scenario waarin de werkgever de werknemer mondeling op staande voet ontslaat, daarbij een korte samenvatting geeft van de (hoofd) reden voor ontslag, waarna een dag of twee later de werknemer de schriftelijke bevestiging van het ontslag ontvangt, waarin de dringende reden nader is uitgewerkt en aangevuld. Mijns inziens zou dat niet tot problemen moeten leiden, zulks enerzijds niet omdat daarmee geen afbreuk wordt gedaan aan de ratio van het mededelingsvereiste, te weten dat de werknemer ten tijde, althans zeer kort na het ontslag moet weten waarom hij wordt ontslagen en anderzijds niet omdat het aanvaarden van deze mogelijkheid een redelijk belang dient van de opzeggende partij. Het geeft die partij immers de mogelijkheid om, nadat *in the heat of the moment* van het ontslag een wellicht niet geheel zuiver geformuleerde ontslaggrond is opgegeven, (wellicht: na overleg met een juridisch adviseur) een wat scherper of uitgebreider geformuleerde grond "na te sturen".

In de rechtspraak die dateert van vóór de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid is de mogelijkheid van aanvulling van de dringende reden binnen de grenzen van het vereiste van de onverwijlde mededeling met enige regelmaat aanvaard. Nu die wet en de Repa-Flexwet volgens mij zo moeten worden uitgelegd dat zij op het punt van de mededelingseis als vervat in art. 7:677 BW geen materiële wijziging met zich brachten, heeft die rechtspraak zijn gelding naar mijn mening behouden.

In de eerste plaats valt in dit verband te wijzen op een oude, maar nog steeds relevante uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 11 april 1913, die een principiële overweging bevat op het hier bedoelde punt. De Rechtbank overwoog dat er

> "(…) zeer zeker omstandigheden denkbaar zijn, waarin de mededeeling van de dringende redenen, die aanleiding geven tot een ontslag van dusdanigen aard zijn, dat, alhoewel de werkgever genoodzaakt is den werknemer op staanden voet te ontslaan, de meer nauwkeurig omschreven aanduiding van de redenen niet terstond bij het ontslag, maar korten tijd daarna plaats heeft en, naar de omstandigheden, ook dan nog als onverwijld medegedeeld is te beschouwen."[118]

Van veel recentere datum, maar in dezelfde lijn, is een uitspraak van de Kantonrechter Tilburg van 13 augustus 1981, waarin een werkneemster op 22 augustus 1980 een ontslagbrief kreeg uitgereikt, die niets meer behelsde dan de boodschap dat sprake was van ontslag op staande voet.[119] De werkgever stelde dat hij de ontslaggrond diezelfde dag mondeling met de werkneemster had gedeeld, hetgeen door de werkneemster werd betwist en dus niet kwam vast te staan. De Kantonrechter achtte dit evenwel niet beslissend. Zijns inziens was doorslaggevend dat vaststond dat de werkgever in ieder geval op 25 augustus 1980, dus drie dagen na het ontslag, de dringende reden voor het ontslag had meegegeven. "Die mededeling op dat tijdstip",

118 Rb. Amsterdam 11 april 1913, RBA V, 17/18, p. 65 (zie in het bijzonder p. 67, l.k.).
119 Ktg. Tilburg 13 augustus 1981, Prg. 1981, 1646.

zo overwoog de Kantonrechter, "kan nog worden aangemerkt als een onverwijlde mededeling in de zin van de Wet".[120]

Gelet op het voorgaande kan het ervoor gehouden worden dat de opzeggende partij de mogelijkheid heeft om tot het moment waarop niet meer gezegd kan worden dat sprake is van een onverwijlde mededeling van de dringende reden, een eerder opgegeven dringende reden aan te vullen en te preciseren. Die ruimte is, gerekend vanaf het moment waarop het ontslag wordt gegeven, vanzelfsprekend beperkt – het zal hooguit om een aantal dagen gaan – maar hij bestaat wel. Dat is een voor de praktijk belangrijke constatering.

3.4.3 De opgegeven dringende reden bepaalt de rechtsstrijd: niet alleen feiten, maar ook verwijten

De regel dat de medegedeelde dringende reden door de werkgever in rechte moet worden bewezen, heeft niet alleen betrekking op de feitelijke toedracht als vervat in de ontslagbrief, maar strekt zich tevens uit tot de verwijtbaarheid van de handelwijze van de werknemer *wanneer de werkgever die verwijtbaarheid tot bestanddeel van de opgegeven dringende reden heeft gemaakt.* Ontslaat de werkgever wegens een dringende reden, waarvan deel uitmaakt dat de werknemer dat *opzettelijk* heeft gedaan, althans dat hem daarvan *schuld* treft, dan zullen die bestanddelen moeten worden bewezen.[121]

Het vermoedelijk meest verhelderende recente voorbeeld van die leer vormt het arrest in de zaak *Wapenaar/Taxi Hofman* uit 2001.[122] In die zaak werd een taxichauffeur – Wapenaar – ontslagen wegens "verduistering" van taxirittengelden. In de procedure bij de Kantonrechter ontkende de werknemer dat hij ritgelden niet had afgedragen en voor zover dit wel zou zijn gebeurd, was hem dat niet te verwijten

120 Verwezen zij voorts naar Ktg. Breda 6 oktober 1993, JAR 1994/6, waarin sprake was van een ontslag bij brief d.d. 7 juli 1993 wegens het niet bedekken van tatoeëringen. Bij fax van 19 augustus 1993 had de gemachtigde van de werkgever de redengeving voor het ontslag nader aangevuld. De Kantonrechter hield bij zijn beoordeling geen rekening met die omstandigheden, nu niet was gesteld of gebleken dat: "binnen de korte tijd die de wet eist mededeling is gedaan dat het ontslag mede daarop is gegrond." Daarin ligt besloten dat ook hier aanvulling na de mededeling wel mogelijk werd geacht, mits binnen de periode van de onverwijlde mededeling. Die was in dit geval ruim overschreden.

121 Zie in die zin reeds HR 2 maart 1917, NJ 1917, p. 426 – waarin de werknemer wegens oneerlijkheid was ontslagen, hetgeen verwijtbaarheid impliceerde, waardoor de opgegeven dringende reden niet kon worden bewezen zonder dat enige mate van verwijtbaarheid kwam vast te staan. Zie ook HR 28 november 1969, NJ 1970, 139, waarin een werknemer was ontslagen wegens het aannemen van steekpenningen, hetgeen evenzeer een ernstig verwijt impliceerde. Toen de werkgever in de loop van de procedure aangaf dat hij "aan dat woord niet wilde vasthouden en dat het te kritiseren" viel, werd hij er desondanks door de Rechtbank op afgerekend. Het woord steekpenningen – en de daarin besloten liggen verwijtbaarheid – waren onderdeel van de dringende reden en moesten dan ook bewezen worden. Nu de werkgever daarin, naar hij zelf al ten processe had aangegeven, niet kon slagen – omdat hij die term achteraf onjuist gekozen vond – werd het ontslag "als nietig" beschouwd. De Hoge Raad omarmde die benadering. Zie over deze problematiek ook R.M. Beltzer, Kroniek opzegging 2006, nihil novum sub sole, AI 2006/4, p. 48, l.k.

122 HR 26 januari 2001, JAR 2001/40.

omdat zulks dan door concentratiestoornissen door een whiplash veroorzaakt zou zijn. De Kantonrechter gelastte een deskundigenonderzoek om de juistheid van dit verweer te laten vaststellen. De werkgever appelleerde tussentijds en met succes. De Rechtbank oordeelde, kort gezegd, dat het deskundigenonderzoek niet nodig was omdat Wapenaar in ieder geval viel te verwijten dat hij zijn werkgever niet van zijn medische conditie op de hoogte had gesteld. Dat had hij moeten doen om te voorkomen dat hij door die conditie zou tekortschieten in het afdragen van taxi-rittengelden. Dit alles leidde de Rechtbank ertoe te beslissen dat de zaak eenvoudig kon worden afgedaan met de volgende overweging:

> "4.8. (…) Nu vast staat dat Wapenaar enkele malen verzuimd heeft rittengelden aan Hofman af te dragen, levert zulks een dringende reden op in de zin van artikel 7:677 BW. De oorspronkelijke vorderingen van Wapenaar zullen dan ook worden afgewezen."

De Hoge Raad was dat iets té eenvoudig. Wapenaar had in cassatie een motiverings-klacht aangevoerd tegen de beslissing van de Rechtbank die luidde dat onbegrijpelijk was hoe het enkele verzuim om taxigelden af te dragen, de door Hofman aan het ontslag ten grondslag gelegde verduistering kon opleveren. Voor verduistering is – naar blijkt uit art. 321 Sr. – immers opzet vereist en de Rechtbank had niet vastgesteld dat daarvan sprake was.[123] Deze klacht liet de Hoge Raad slagen, waarin besloten ligt dat ook hij van mening is dat wanneer alleen wegens verduistering wordt ontslagen, de verduistering – *inclusief het daarvoor vereiste opzet* – ook bewezen zal moeten worden.[124] Overigens moet het arrest van 2001 niet in die zin worden misverstaan dat van een rechtsgeldig ontslag steeds alleen sprake kan zijn wanneer de werkgever opzet of schuld van de werknemer aantoont. Een dringende reden kan zich ook voordoen wanneer geen sprake is van verwijtbaarheid van de werknemer, zo heeft de Hoge Raad al verschillende keren beslist.[125] Een ontslag op staande voet is, zo overwoog de Hoge Raad (onder meer) in het *Nutricia-arrest* van 29 september 2000

> "(…) ook mogelijk indien de werknemer geen verwijt treft; het hangt af van de aard van de dringende, voor het ontslag op staande voet aangevoerde reden, en, zo die aard niet reeds meebrengt dat de eis van verwijtbaarheid moet worden gesteld, van de afweging van de concrete omstandigheden van het geval, of het verweer van de werknemer dat die reden niet toereikend is voor een ontslag op staande voet omdat die gedraging hem niet valt te verwijten, doel kan treffen."[126]

---

123 Art. 321 Sr.: "Hij die *opzettelijk* enig goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort en dat hij anders dan door misdrijf onder zich heeft, wederrechtelijk zich toeëigent, wordt, als schuldig aan verduistering, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vijfde categorie."; cursivering toegevoegd, SFS.

124 Van de advocaat van de werknemer heb ik begrepen dat de werkgever in de procedure na verwijzing bij het Gerechtshof te Den Haag uiteindelijk niet slaagde in het hem door het Hof opgedragen bewijs aan te tonen dat de werknemer de ritgelden opzettelijk onder zich had gehouden. De werkgever liep tegen een aanzienlijke loonvordering op.

125 HR 3 maart 1989, NJ 1989, 54.

126 HR 29 september 2000, RvdW 2000, 196. Zie over de problematiek van de verwijtbaarheid bij de beoordeling van de dringende reden nader onder 4.5.2.8 e.v.

Maar *als* de aard van de opgegeven dringende reden, zoals in het arrest *Wapenaar/Taxi Hofman*, meebrengt dat de opgegeven ontslaggrond het bestaan van opzet omvat, dan zal dat opzet ook bewezen moeten worden.[127]

Die les uit het arrest *Wapenaar/Taxi Hofman* vindt bevestiging in het *Tetterode-arrest*, een uitspraak van 23 maart 2007, waarin de werknemer was ontslagen wegens "fraude/diefstal", daarin bestaande dat een groot aantal keren benzine was getankt met het aan hem ter beschikking gestelde tankpasje van zijn leaseauto die op diesel reed.[128] De werknemer voerde als verweer dat niet hij, maar zijn echtgenote, zich schuldig had gemaakt aan het oneigenlijke gebruik van de tankpas. Het Hof overwoog dat, uitgaande van die lezing, onderzocht moest worden of de werknemer "wist dan wel behoorde te weten" van het oneigenlijke gebruik van de tankpas. Uiteindelijk concludeerde het Hof dat de werknemer de stelling van de werkgever dat hij zulks inderdaad "wist dan wel behoorde te weten" onvoldoende gemotiveerd had betwist, zodat aan die betwisting voorbij werd gegaan. In cassatie werd, onder meer onder verwijzing naar het arrest van 2001, betoogd dat het Hof aldus was uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, nu het Hof aldus had miskend dat, wilde de opgegeven ontslaggrond "diefstal" bewezen kunnen zijn, minst genomen wetenschap van de werknemer vereist was. Blijkens art. 310 Sr. is voor diefstal immers het *oogmerk* van wederrechtelijke toeëigening vereist – één van de zwaarste vormen van opzet – en wanneer iemand slechts "behoort te weten" van een bepaalde gang van zaken, maar daarvan geen wetenschap heeft, kan van dergelijk oogmerk geen sprake zijn. Het Hof had dus verzuimd om de opgegeven ontslaggrond vast te stellen en het ontslag gewettigd geacht op een andere dan de opgegeven ontslaggrond.

De Hoge Raad zocht – en vond – een creatieve oplossing om het arrest van het Hof in stand te laten en ondertussen toch duidelijk te maken dat het uitgangspunt van het cassatiemiddel dat voor een ontslag wegens diefstal moet komen vast te staan dat de werknemer wetenschap heeft van die diefstal, juist is. Die oplossing bestond erin dat de Hoge Raad aan het cassatiemiddel toegaf dat het er "op het eerste gezicht" inderdaad de schijn van had dat het Hof in het midden had gelaten of de werknemer van het oneigenlijke gebuik wist, maar dat wanneer men – kort gezegd – de rechts-overwegingen van het Hof in onderlinge samenhang en verband las, de conclusie diende te luiden dat het Hof bedoelde te zeggen dat de werknemer wel degelijk de

127 Dit blijkt ook uit HR 24 maart 2006, JAR 2006/99, een zaak waarin was ontslagen wegens diefstal maar het oogmerk van wederrechtelijke toe-eigening niet was komen vast te staan volgens de appelrechter. Het ontslag ging daarop onderuit. Het daartegen gerichte cassatiemiddel werd op de voet van art. 81 RO verworpen. A.-G. Huydecoper wees erop dat het Hof zichzelf de juiste vraag had gesteld, door te onderzoeken of sprake was van diefstal: "10. In deze zaak was er niets aangevoerd dat ertoe strekte dat het aan Middelkoop gegeven ontslag ook dan gerechtvaardigd zou kunnen zijn, wanneer de hem verweten ontvreemdingen niet met (boos) opzet (maar bijvoorbeeld uit slordigheid, of door laakbare miskenning van de geldende administratieve procedures binnen het bedrijf van Elsinghorst) zouden hebben plaatsgehad. Het lag ook daarom in uitgesproken mate in de rede dat de rechters in de feitelijke instanties de voor het ontslag opgegeven ontslagreden zouden opvatten als: opzettelijke (en dienovereenkomstig laakbare) diefstal/verduistering; en dat in het vervolg daarvan (alleen) zou worden onderzocht en beoordeeld, of terecht op *die* reden een beroep was gedaan."

128 HR 23 maart 2007, JAR 2007/111; RAR 2007/157.

vereiste wetenschap had. Het cassatiemiddel faalde dus omdat het getuigde van een onjuiste lezing van het arrest van het Hof.

Ook dit arrest vormt daarmee, hoewel het cassatiemiddel op "formele" gronden faalde, een bevestiging van het feit dat, wanneer een werknemer wegens diefstal wordt ontslagen, het daarvoor vereiste opzet inderdaad aangetoond moet worden. Zonder wetenschap van het gewraakte feit kan van dat opzet geen sprake zijn. Omdat de Hoge Raad dat onderkende, moest hij de wetenschap aan de zijde van de werknemer in het arrest van het Hof "inlezen". Het *Tetterode-arrest* is ook leerzaam omdat het maar weer eens aantoont dat de Hoge Raad een ruime bandbreedte heeft om, als hij wil – bijvoorbeeld omdat hij het materieel eens is met de uitkomst waartoe de appelrechter is gekomen – een in hoger beroep gewezen uitspraak overeind te houden, door daarin – soms bijna tegen de letter van de uitspraak in – een rechtens juiste benadering in te lezen. Bij de beoordeling of cassatie kansrijk is, moet dan ook verder worden gekeken dan alleen naar de vraag of het middel, gelet op de stand van de rechtspraak, technisch gezien gegrond is; het antwoord op die vraag hangt evenzeer samen met de vraag of vernietiging van de in appel gewezen uitspraak een in de ogen van de Hoge Raad rechtvaardige uitkomst te zien geeft.[129]

Overigens betekent het gebruik van strafrechtelijk *angehauchte* terminologie in een ontslagbrief niet noodzakelijkerwijs steeds dat aan alle elementen van een eventuele strafrechtelijke delictsomschrijving voldaan moet zijn. Als een opgegeven dringende reden weliswaar strafrechtelijke terminologie bevat, maar – alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen – er geen enkele twijfel over kan zijn dat die dringende reden aldus moet worden begrepen dat de werkgever daarmee iets anders bedoelde, zal dat "andere" de te bewijzen ontslaggrond zijn. Aldus kunnen de al te scherpe randjes van de hoofdregel worden afgeslepen. Dit blijkt uit een arrest van 24 april 2009 waarin sprake was van een werknemer die werd ontslagen omdat hij dagstaten waarop hij moest invullen wanneer hij wat deed, bij herhaling niet juist had ingevuld. De werkgever beschreef deze handelwijze in de ontslagbrief en kwalificeerde deze bovendien als "dagrapportfraude". Het Hof overwoog het niet van belang te achten of het niet correct invullen als fraude was aan te merken, omdat de kern van de zaak was dat de werknemer de begin- en eindtijden van zijn werkzaamheden niet correct had ingevuld, terwijl hij wist of moest weten dat hij dit wel moest doen. In cassatie werd er, in het licht van eerdere cassatierechtspraak: op zich niet onbegrijpelijk, over geklaagd dat het Hof aldus had miskend dat de opgegeven dringende reden de ontslaggrond "fixeert" en dat het Hof dus wel had moeten onderzoeken of sprake was van fraude. De Hoge Raad ging daaraan voorbij met het argument dat het arrest van het Hof klaarblijkelijk aldus moest worden uitgelegd dat de werkgever met het begrip dagrapportfraude niet meer bedoelde dan "het bewust onjuist invullen van administratieve registratielijsten" en

129 Kritisch over het arrest is Buijs, die opmerkt dat het enerzijds wel begrijpelijk is dat de Hoge Raad het arrest van het Hof redde, maar zijns inziens "had de Hoge Raad in de eerste plaats het criterium van het Hof moeten corrigeren voor wat betreft het deel 'behoorde te weten' en in de tweede plaats was de ontslaggrond dat de werknemer het zelf had gedaan verlaten. (…) Achteraf bezien was de dringende reden het minst genomen slordig omgaan met een door de werkgever ter beschikking gestelde pas." D.J. Buijs, De niet-integere werknemer en ontslag op staande voet, AI 2008/2, p. 91.

niet fraude in strafrechtelijke zin, zodat voor de beoordeling niet van belang was of van dat laatste sprake was.[130]

Voor zo een oplossing is dan, zo zou ik menen, in het licht van de maatstaf uit het arrest *Bakermans/Straalservice* wel vereist dat die bedoeling van de werkgever ten tijde van het ontslag "onmiddellijk duidelijk" is voor de werknemer. Over de vraag of daaraan in dit geval voldaan was, kan men verschillend denken, juist nu de werknemer het begrip fraude klaarblijkelijk wel in strafrechtelijke zin had opgevat. A.-G. Wuisman concludeerde mede gelet hierop tot vernietiging van het bestreden arrest. Zijns inziens was, juist in het licht van de strenge norm uit het arrest *Bakermans/Straalservice*, door het Hof onvoldoende gemotiveerd dat en waarom de medegedeelde ontslaggrond (door de werknemer onmiddellijk) aldus begrepen moest worden dat waar de werkgever de werknemer fraude verweet, hij daarmee iets anders bedoelde. In de beslissing van de Hoge Raad ligt besloten dat hij klaarblijkelijk van mening was, dat aan de maatstaf uit het arrest van 1993 wel was voldaan en dat bij de werknemer redelijkerwijs geen enkele twijfel kon hebben bestaan dat zijn werkgever het begrip fraude niet in strafrechtelijke zin bedoelde te hanteren.[131] Duk ziet in het arrest van 24 april 2009 een zekere relativering van de leer dat voor de werknemer ondubbelzinnig duidelijk moet zijn op grond waarvan hij ontslag op staande voet krijgt.[132] Ik zou aan het arrest niet zo een algemene strekking willen toekennen. Een relativering van de norm van het arrest *Bakermans/Straalservice* moet daarin naar mijn mening niet worden gelezen met name nu de Hoge Raad de norm uit dat arrest niet eens noemt. Mijns inziens valt de zaak veeleer in de categorie waarin ook het eerdere *Tetterode-arrest* uit 2007 te plaatsen valt; het zijn beide zaken waarin de Hoge Raad de grenzen van een door hem gestelde norm opzoekt om een hem materieel welgevallige uitspraak van de appelrechter overeind te houden.

3.4.4 Praktisch onwerkbare doorgeslagen juristerij?

In de literatuur wordt de hierboven beschreven problematiek wel aangegrepen om te bepleiten dat (i) het formuleren van een dringende reden "hogere wiskunde" zou zijn – hoe moet een "gewone werkgever" immers weten welke bewijslast hij binnenhaalt als hij zich bedient van strafrechtelijke terminologie – en (ii) de werkgever er verstandig aan doet om geen strafrechtelijk geïnspireerde kwalificaties te bezigen.[133] Zou Taxichauffeur Wapenaar ontslagen zijn wegens het niet afdragen van taxirittengelden, dan zou de werkgever niet tegen een nietig ontslag

130 HR 24 april 2009, JAR 2009/129 en RAR 2009/88.

131 Dat de Hoge Raad de leer uit het arrest *Bakermans/Straalservice* even niet op het netvlies had staan toen het arrest van 24 april 2009 werd geconcipieerd – hij refereert namelijk niet aan die norm – lijkt mij onaannemelijk, nu aan de betekenis van dat arrest voor de voorliggende casuspositie wel uitdrukkelijk aandacht was besteed door de A.-G.

132 R.A.A. Duk, Cassatierechter en arbeidsovereenkomst: een mager jaar met een daverende finale, TRA 2010, 37.

133 H. Dammingh en E. Schoenmaker-Tijsseling, Formulering ontslag op staande voet: nog steeds hogere wiskunde?, ArbeidsRecht 2007, 2; D.J. Buijs, De niet-integere werknemer en ontslag op staande voet, AI 2008/2, p. 90 die de werkgever adviseert af te zien van gespierde strafrechtelijke taal. In gelijke zin ook C.M. Jakimowicz en V. Disselkoen, Procedurele aspecten van ontslag op staande voet, AI 2007/2, p. 109,.l.k., die tot "uiterste terughoudendheid" manen bij het hanteren van strafrechtelijke kwalificaties in een ontslagbrief.

zijn aangelopen; nu die werkgever koos voor een ontslag wegens verduistering wel, zo lijkt de gedachte bij velen en is dat dan geen al te ver doorgeslagen "juristerij"?

Dat is het, naar mijn mening, niet. Ook hier weer hoort de ratio van de mededelingseis voorop te staan. De werknemer moet weten waaraan hij toe is als hij wordt ontslagen. Kiest een werkgever er, zoals in de zaak *Wapenaar/Taxi Hofman*, voor te ontslaan wegens verduistering, dan moet de werknemer zich erop kunnen beraden of hij vindt dat die ernstige beschuldiging terecht is. Het "verduisteren" van ritgelden is een andere en veel zwaardere beschuldiging dan het "niet afdragen van ritgelden", nu bij dat laatste geen opzet in het spel is. Het gaat daarbij om meer dan een nuance, te weten om het verschil tussen het plegen van een strafbaar feit of het niet plegen van een strafbaar feit. Dat dat ook arbeidsrechtelijk gezien een substantieel verschil is, althans kan zijn, blijkt mede uit het bepaalde in art. 7:678 lid 2 sub d waarin "verduistering" door de wetgever met zoveel woorden als mogelijke dringende reden is aangeduid. Het onopzettelijk niet afdragen van gelden valt daar niet te traceren. In een ontslag wegens verduistering ligt dan ook bepaald niet noodzakelijkerwijs besloten dat de werkgever ook wegens het onopzettelijk niet afdragen van ritgelden zou hebben willen ontslaan en dat betekent dat een werknemer die alleen wegens verduistering wordt ontslagen zich ook alleen behoeft te beraden op de vraag of hij die grond – verduistering – als juist erkent. Juist bij een ontslag wegens een dringende reden ligt het immers in de rede dat daarvan eerder gebruik zal worden gemaakt naarmate het gedrag van de werknemer ernstiger is en dus omvat het meerdere – te weten: ontslag wegens verduistering – op dat terrein *niet* noodzakelijkerwijs het mindere – te weten: ontslag wegens het niet afdragen van gelden. Wil de werkgever (ook) ontslaan wegens de minder zwaarwegende grond – onopzettelijk niet afdragen van ritgelden – dan zal hij dat reeds bij het ontslag duidelijk moeten maken, zodat de werknemer de keuze om al dan niet tegen het ontslag op te komen (ook) daarop kan afstemmen. Doet hij dat niet, dan is het niet meer dan logisch dat de werkgever vast zit aan de grote broek die hij heeft aangetrokken door wegens de forse beschuldiging van een misdrijf te ontslaan. Van degene die zijn werknemer daarvan beticht, mag verwacht worden dat hij dat waarmaakt.

Een tegenovergestelde benadering, waarin de werkgever die ontslaat met gebruikmaking van een strafrechtelijke term die opzet of culpa omvat zich er in de procedure vervolgens op zou kunnen beroepen dat hij zich dat niet gerealiseerd heeft en niet aan de daarmee gepaard gaande bewijslast gehouden zou mogen worden, lijkt mij ook onbillijk in het licht van het navolgende. Nog los van het feit dat ons rechtssysteem is gebaseerd op de gedachte, of wellicht beter: fictie, dat een ieder de wet behoort te kennen – zodat mag worden aangenomen dat een werkgever die ontslaat wegens verduistering, ook weet wat dat inhoudt – komt de gedachte dat het voor de gemiddelde werkgever niet goed te begrijpen is welke bewijslast hij zichzelf op de hals haalt door wegens strafrechtelijke vergrijpen te ontslaan, zodat hij daaraan niet "opgehangen" zou moeten worden, op mij wat onevenwichtig over.[134] Die

134 Zie A.-G. Spier in zijn conclusies voor HR 3 september 2010, LJN: BM7150 onder 5.26 en HR 26 november 2004, LJN: AR1739 onder 4.29.1, die opmerkt dat het hier inderdaad een fictie betreft, maar wel een fictie waarvan elk beschaafd rechtsstelsel heeft uit te gaan, omdat bij gebreke daarvan chaos dreigt.

gedachtegang aanvaarden zou immers in de kern genomen meebrengen dat in een geval waarin de werkgever de werknemer een ernstig verwijt maakt de wet te hebben miskend – door zich schuldig te maken aan verduistering – zich er vervolgens op zou mogen beroepen dat hij zelf de vereisten die de wet voor het bestaan van verduistering stelt, niet kent en daarop, arbeidsrechtelijk, niet afgerekend zou mogen worden. Dat is niet consequent. Bovendien geldt dat een werkgever, zoals in hoofdstuk 2 aan de orde is gesteld, vanuit het oogpunt van de onverwijldheidseis gezien best de tijd kan nemen om juridisch advies in te winnen teneinde zich over de formulering van de dringende reden (wel of geen strafrechtelijke terminologie) te laten adviseren.

Tot slot verdient het verschil tussen enerzijds het gebruik als ontslaggrond van een strafrechtelijke term die opzet als bestanddeel omvat – zoals: verduistering van ritgelden – en anderzijds het hanteren van een neutraal geformuleerde term – zoals: niet afdragen van ritgelden – relativering. In veel gevallen zal dat verschil voor de uiteindelijke uitkomst van een procedure niet veel uitmaken. Dat heeft ermee te maken dat ook als de opgegeven dringende reden niet verwijtbaarheid als bestanddeel omvat, die verwijtbaarheid wel een belangrijke rol zal spelen bij de vervolgvraag of de opgegeven ontslaggrond, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, als dringende reden kwalificeert. Anders gezegd: ook als de werkgever niet verduistering of diefstal als ontslaggrond hanteert, maar het niet afdragen van ritgelden, is hij van een discussie over de verwijtbaarheid van de handelwijze van de werknemer niet verlost. Die discussie speelt dan echter niet in het kader van de beoordeling of de opgegeven ontslaggrond is komen vast te staan, maar in het kader van de beoordeling of die vaststaande grond als dringende reden kwalificeert. Beziet men de rechtspraak, dan komt het beeld op dat wanneer van verwijtbaarheid geen sprake is, dit er vaak toe leidt dat de vraag of sprake is van een dringende reden ontkennend wordt beantwoord. Illustratief in dit verband is een arrest van de Hoge Raad van 13 april 1984.[135] De ontslaggrond was gelegen in het ontstaan van een kastekort zonder dat de werknemer daarvoor een verklaring kon geven. De Rechtbank achtte het ontslag terecht gegeven, zonder zich te buigen over eventuele verwijtbaarheid van de werknemer. De Hoge Raad achtte dat niet toelaatbaar en overwoog:

> "3. Vooropgesteld moet worden dat het enkele feit dat een werknemer die geld en/of goederen van zijn werkgever onder zich heeft, geen verklaring kan geven van een te dier zake geconstateerd tekort, nog geen dringende reden tot ontslag oplevert, en dat bij het oordeel of een zodanige reden aanwezig is, in het bijzonder niet in het midden kan worden gelaten in hoeverre aan de werknemer ter zake van het tekort een verwijt te maken valt. De bewijslast te dier zake rust in beginsel op de werkgever. (…) Na verwijzing zal alsnog moeten worden onderzocht of Schrijen ter zake van het tekort een verwijt valt te maken dat ontslag op staande voet wettigt."

Daarmee formuleerde de Hoge Raad als subregel dat een ontslag op staande voet wegens een kastekort alleen dan een dringende reden kan opleveren als ter zake enig verwijt aan de werknemer te maken is. In zo een geval maakt het voor de werkgever dus nauwelijks uit of hij wegens "verduistering" of wegens het neutraal

135 HR 13 april 1984, NJ 1985, 2.

geformuleerde "laten ontstaan van een kastekort" ontslaat. In het eerste geval moet *opzet* worden aangetoond om het bewijs van de opgegeven ontslaggrond rond te krijgen. In het tweede geval behoeft opzet niet te worden aangetoond om het bewijs van de opgegeven ontslaggrond rond te krijgen, maar moet in het kader van de vervolgvraag of de opgegeven ontslaggrond als dringende reden kwalificeert, wel verwijtbaarheid hard worden gemaakt. Er is dan hoogstens sprake van een nuanceverschil ten voordele van de werkgever; voor het aantonen van verwijtbaarheid kan het bewijs van enige mate van schuld volstaan; opzet hoeft daarvoor niet te worden aangetoond. Al met al is het dus maar zeer de vraag of Taxi Hofman tot een voor haar meer bevredigende uitkomst zou zijn geraakt wanneer zij Wapenaar wegens het niet afdragen van taxirittengelden had ontslagen; die ontslaggrond zit immers wel erg dicht tegen het laten ontstaan van een kastekort aan.

Maar ook in andere gevallen waarvoor de Hoge Raad niet een harde vuistregel als zojuist besproken heeft gesteld – "zonder verwijtbaarheid is een kastekort geen dringende reden" – zal de afwezigheid van enige mate van verwijtbaarheid er meestal toe leiden dat van een dringende reden geen sprake is, ook al bevat de opgegeven ontslaggrond verwijtbaarheid niet als bestanddeel. Het ontbreken van verwijtbaarheid is in het algemeen een belangrijke aanwijzing dat geen sprake is van een dringende reden.[136]

Slechts in uitzonderlijke gevallen zal, wanneer verwijtbaarheid al geen onderdeel van de opgegeven ontslaggrond vormt, het ontbreken van die verwijtbaarheid vervolgens niet in de weg staan aan het oordeel dat sprake is van een dringende reden. Een voorbeeld uit die, bijzondere, categorie wordt gevormd door een uitspraak van het Gerechtshof 's-Gravenhage van 20 april 2010, waarin sprake was van een Surinaamse werknemer van Postkantoren B.V. die op grote schaal vertrouwelijke klantgegevens aan een derde had verstrekt. In de procedure stelde de werknemer dat hem dat niet te verwijten viel, omdat hij onder invloed van zwarte magie zou hebben gehandeld. Het Hof ging aan dat betoog voorbij door er eerst op te wijzen dat in dit geval de aard van de opgegeven dringende reden niet reeds meebracht dat de eis van verwijtbaarheid moet worden gesteld.: "Postkantoren heeft werknemer niet ontslagen wegens een dringende reden waarin het vereiste van verwijtbaarheid ligt besloten." Er was dus geen "sprake van een geval waarin bij gebreke van verwijtbaarheid de opgegeven dringende reden niet kan komen vast te staan." Dat gezegd zijnde, was het Hof van oordeel dat zelfs indien (i) zou komen vast te staan dat werknemer had gehandeld onder invloed (van de bedreiging die uitging) van zwarte magie of onder invloed van waanvoorstellingen zoals door zijn psychiater in diens verklaringen over de werknemer beschreven, en zelfs wanneer (ii) geoordeeld moest worden dat dit betekende dat werknemer geen enkel verwijt trof van zijn

136 Zie in die zin Hof Amsterdam 12 oktober 2010, RAR 2011/14, waarin het Hof in rov. 2.10 overwoog: "Het is waar dat het enkele feit dat de werknemer ter zake van een gedraging geen verwijt te maken valt, onvoldoende is om een ontslag op staande voet te blokkeren. ABN AMRO lijkt met haar herhaalde verwijzing hiernaar echter te miskennen dat het uitgangspunt dat een ontslag op staande voet in beginsel ook mogelijk is indien de werknemer geen verwijt treft onverlet laat dat het ontbreken van verwijtbaarheid een belangrijk gezichtspunt kan zijn bij de beantwoording van de vraag of van de werkgever redelijkerwijze niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren." Het arrest van het Hof is in cassatie zonder succes bestreden, zie HR 22 juni 2012, LJN: BW5695.

handelwijze, zulks, gelet op de ernst van de feiten, niet afdeed aan het bestaan van een dringende reden.[137]

Al het voorgaande betekent dat het uiteindelijk maar relatief zelden voor de werkgever daadwerkelijk een groot verschil zal maken of hij (a) ontslaat wegens een dringende reden waarin de aanwezigheid van verwijtbaarheid besloten ligt, of dat hij (b) ontslaat wegens een ontslaggrond waarin die verwijtbaarheid niet zit ingebakken. Dat verschil bestaat, grof gezegd, alleen in gevallen waarin (i) de werkgever er niet in slaagt de verwijtbaarheid aan te tonen en (ii) de handelwijze van de werknemer, gelet op de bijzonder (ernstige) omstandigheden van het geval, desondanks als dringende reden kan worden aangemerkt. In die setting zal het ontslag wel standhouden wanneer is gekozen voor ontslaggrond (b), terwijl het ontslag in dat geval indien is gekozen voor ontslaggrond (a) niet overeind kan blijven, omdat de opgegeven ontslaggrond dan niet is komen vast te staan.

3.4.5 Mag het wel minder zijn?

3.4.5.1 De medegedeelde reden die gedeeltelijk komt vast te staan; rechtspraak van de Hoge Raad

Naar hiervoor is aangegeven, zal een opgegeven ontslaggrond hangende de procedure niet mogen worden uitgebreid. Evenmin zal een andere grond onder het ontslag mogen worden geschoven. Een enkele vermindering, binnen de grenzen van de opgegeven ontslaggrond, is daarentegen onder omstandigheden wel toelaatbaar. De Hoge Raad heeft aanvaard, dat een ontslag op staande voet geldig kan zijn wanneer slechts een deel van de opgegeven ontslaggrond komt vast te staan. In een arrest van 7 oktober 1988 heeft de Hoge Raad beslist dat daarvoor evenwel voldaan zal moeten zijn aan drie eisen. In de eerste plaats (a) zal het deel van de opgegeven dringende reden dat komt vast te staan, ernstig genoeg moeten zijn om in zichzelf als dringende reden te kwalificeren. In de tweede plaats (b) moet de werkgever hebben gesteld – en moet ook aannemelijk zijn – dat hij de werknemer ook op staande voet zou hebben ontslagen wanneer hij, anders dan hij bij het ontslag meende, daarvoor niet meer redenen zou hebben gehad dan in rechte zijn komen vast te staan en in de derde plaats (c) moet dat laatste voor de werknemer in het licht van de gehele inhoud van de ontslagaanzegging en de overige omstandigheden van het geval destijds ook duidelijk zijn geweest.[138]

De leer uit 1988 werd nauwelijks een jaar later, in een belangrijk arrest van 10 maart 1989, bevestigd. Die zaak had betrekking op het ontslag op staande voet van een maatschappelijk werker in dienst van een stichting die zich erop toelegde jeugdige delinquenten – in de ontslagbrief als "klantjes" aangeduid – op het spreekwoordelijke rechte pad te houden.[139] De betreffende werknemer was, blijkens diezelfde ontslagbrief, in zijn contacten met de klantjes zelf enigszins van *the path of the righteous man* afgedwaald door (a) van één van hen een fototoestel ter waarde van NLG 300,- te kopen

137 Hof Den Haag 20 april 2010, RAR 2011/78.
138 HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 258 (zie rov. 3.5).
139 HR 10 maart 1989, NJ 1990/185.

voor een paar tientjes en (b) datzelfde klantje te verzoeken een paar Ball-spijkerbroeken voor hem te "versieren", door (c) een ander klantje aan te zetten om samen cheque fraude te plegen en door (d) in aanwezigheid van diverse klantjes een fiets van weer een andere jongere mee naar huis te nemen als vergelding voor het feit dat zij zijn fiets had gestolen.[140] In de ontslagbrief was niet met zoveel woorden verankerd dat deze vier ontslaggronden ieder voor zich aan het ontslag ten grondslag werden gelegd.

In rechte kwamen uiteindelijk alleen de met (b) en (d) aangeduide voorvallen vast te staan. De Rechtbank besliste dat het ontslag desondanks terecht was gegeven en overwoog ter zake dat de dringende reden als vervat in de ontslagbrief bestond uit het "volstrekt onaanvaardbare gedrag" van de werknemer, "zoals naar voren gekomen in de vier aangevoerde voorvallen". Gelet op de aard en de ernst van de twee vaststaande feiten, gezien in samenhang met de aan de werkzaamheden van een maatschappelijk werker te stellen eisen van integriteit, kon – zo besliste de Rechtbank – van de stichting niet gevergd worden het dienstverband in stand te laten. In cassatie zag de Hoge Raad zich geplaatst voor de vraag of de Rechtbank niet de eisen als geformuleerd in het arrest van 7 oktober 1988 uit het oog had verloren. A.-G. Biegman-Hartogh en in navolging van haar ook de Hoge Raad kwamen de werkgever te hulp door een wel heel verregaande mate van welwillendheid te betrachten bij de lezing van het vonnis van de Rechtbank. Dat aan de in het arrest van 1988 geformuleerde met (b) en (c) aangeduide eisen was voldaan, werd in feite ingelezen in het vonnis van de Rechtbank. "Klaarblijkelijk", zo overwoog de Hoge Raad, heeft de Rechtbank aannemelijk geoordeeld dat de werkgever ook zou hebben ontslagen wanneer zich slechts de twee uiteindelijk overeind gebleven omstandigheden zouden hebben voorgedaan. In dat verband wees de Hoge Raad erop dat de Rechtbank kennelijk de vier met (a) tot en met (d) aangeduide omstandigheden slechts als voorbeelden zag van de volstrekt ontoelaatbare handelwijze van de werknemer. Ook het met (c) aangeduide vereiste dat de werknemer bij het ontslag duidelijk heeft moeten zijn dat hij ook zou zijn ontslagen als de werkgever op dat moment niet meer ontslaggrond had dan hij uiteindelijk in rechte bleek te hebben, had de Rechtbank niet uit het oog verloren. "Kennelijk", zo overwoog de Hoge Raad op dat punt, had de Rechtbank geoordeeld dat de werknemer de ontslagbrief, "gelet op de inhoud daarvan en gezien de aard van de functie en de ernst van de genoemde voorvallen aldus heeft moeten begrijpen dat de daarin genoemde voorvallen slechts voorbeelden waren van onaanvaardbaar gedrag en dat de werkgever ook tot ontslag zou zijn overgegaan, als zich slechts een deel daarvan zou hebben voorgedaan."

Het arrest is om verschillende redenen van belang. In de eerste plaats omdat daaruit valt af te leiden dat de Hoge Raad niet steeds vereist dat de feitenrechter met zoveel woorden tot uitdrukking brengt dat hij heeft getoetst aan de in het arrest van 7 maart 1988 genoemde criteria. Ligt in de uitspraak van de appelinstantie *besloten* dat aan die vereisten is voldaan, dan is dat (klaarblijkelijk) ook voldoende. Hoge motiveringseisen worden daarmee niet aan het voldaan zijn van de bedoelde vereisten gesteld.

140 Ontleend aan Ezekiel 25:17 en Jules Winnfield.

Een bevestiging hiervan ligt besloten in een arrest uit 1999, waarin ontslag was gegeven aan een medewerkster van een psychologisch adviesbureau wegens het meenemen van de gehele know how van de werkgever met de kennelijke bedoeling een eigen bedrijf te beginnen, alsmede wegens het daardoor overtreden van bepalingen in de arbeidsovereenkomst en het geven van een testtraining aan een potentiële cliënt[141]. De Rechtbank had alleen het meenemen van de know how vastgesteld en op die grond beslist dat het ontslag terecht was gegeven, zulks (i) zonder met zoveel woorden in te gaan op de vraag of de werkgever ook zou hebben ontslagen als hij ten tijde van het ontslag had geweten dat hij alleen over die ontslaggrond beschikte en eveneens (ii) zonder *expressis verbis* in te gaan op de vraag of dat de werkneemster op dat moment ook duidelijk was. De werkneemster voerde in cassatie dan ook aan dat de Rechtbank aldus de met (b) en (c) aangeduide eisen uit het arrest van 1988 uit het oog had verloren. A.-G. De Vries Lentsch concludeerde tot verwerping en overwoog daartoe dat de Rechtbank "kennelijk" had geoordeeld dat er zonder meer vanuit mocht worden gegaan dat de werkgever ook zou hebben ontslagen, als hij "alleen" had geweten van het meenemen van de know how, en dat de werkneemster dat ook zonder meer heeft moeten begrijpen. Zij achtte dat *impliciete* oordeel van de Rechtbank niet onbegrijpelijk, juist nu het meenemen van de know how evident de basis vormde van de dringende reden en de niet vaststaande delen van ondergeschikt belang waren. Een nadere motivering was ook niet vereist, nu de werkneemster in feitelijke instanties geen aandacht had gevraagd voor de regels die volgen uit het arrest van 1988 en niet had benadrukt dat voor haar niet duidelijk was dat het meenemen van de know how de kern van de zaak was. De Hoge Raad achtte het cassatiemiddel evenmin gegrond en deed het beroep af op de voet van – wat thans is – art. 81 RO.

Het arrest van 10 maart 1989 is in de tweede plaats van belang omdat het inzicht biedt in de omstandigheden die bepalen of aan het met (c) aangeduide deelvereiste is voldaan, de vraag of het de werknemer ten tijde van het ontslag duidelijk was dat de werkgever ook zou hebben ontslagen wegens alleen het uiteindelijk vastgestelde deel van de ontslaggrond. In dat verband omarmt de Hoge Raad de gedachte van de Rechtbank dat de betreffende duidelijkheid in dit geval inderdaad bestond, gelet op (i) de inhoud van de ontslagbrief, (ii) de aard van de functie en (iii) de ernst van de in de brief genoemde voorvallen. Dat zijn dezelfde soorten gezichtspunten die, blijkens hetgeen hiervoor onder 3.3.2.3 tot en met 3.3.2.8 is opgemerkt, ook bepalend zijn voor de beoordeling of de werknemer onmiddellijk duidelijk is waarom hij wordt ontslagen. Dat is logisch omdat de afweging of de werknemer duidelijk was dat de werkgever ook wegens een deel van de opgegeven dringende reden zou hebben ontslagen, naar mijn smaak in feite niets anders is dan een species van de algemene afweging of de werkgever de werknemer "onmiddellijk duidelijk" heeft gemaakt waarom hij werd ontslagen. Ik zou menen dat op het met (c) aangeduide deelcriterium dan ook precies dezelfde maatstaf zal moeten worden toegepast als de Hoge Raad in het arrest *Bakermans/Straalservice* uiteenzette; het moet de werknemer "onmiddellijk duidelijk" zijn geweest dat hij ook wegens het uiteindelijk vastgestelde deel zou zijn ontslagen.

Zowel Verhulp als Dammingh en Schoenmaker-Tijsseling hebben er overigens op gewezen dat het met (c) aangeduide "duidelijkheids"-criterium in het kader van de gedeeltelijk vastgestelde dringende reden – i.e. "duidelijk moet zijn geweest" – iets lichter lijkt te zijn dan het "algemene" criterium uit het arrest *Bakermans/Straalservice*,

141 Zie in dit verband ook HR 12 november 1999, JAR 1999/274.

waar de Hoge Raad immers spreekt over "geen enkele twijfel".[142] Ik herken dat in taalkundig opzicht sprake is van een nuanceverschil, net zoals dat, naar hiervoor onder 3.3.3 werd geconstateerd, ook het geval is wanneer men de maatstaf uit het arrest *Bakermans/Straalservice* afzet tegen de maatstaf die bepaalt of bij de beoordeling van de dringende reden rekening mag worden gehouden met *eerdere gedragingen* van de werknemer. Toch zou ik menen dat aan het lichte terminologische verschil geen materiële betekenis behoort toe te komen en dat, anders gezegd, het met (c) aangeduide criterium veeleer in lijn met de strenge maatstaf uit het arrest inzake *Bakermans/Straalservice* uitgelegd zou moeten worden. Dat criterium is immers, zoals ik hiervoor al schreef – en zoals ook Verhulp constateert –, niet meer dan een uitvloeisel of species van het criterium uit *Bakermans/Straalservice* en heeft dezelfde ratio. Het ligt dan ook in de rede dezelfde gradatie aan duidelijkheid voor beide normen te vereisen.

Steun voor deze opvatting kan naar mijn mening worden gevonden in een recente conclusie van A.-G. Timmerman, waarin deze opmerkt dat juist door aan de door de Hoge Raad ter zake van de gedeeltelijk vastgestelde dringende reden geformuleerde regels strikt de hand te houden, "niet de situatie kan ontstaan, dat er tussen werkgever en werknemer *enige onduidelijkheid* bestaat wat precies de dringende reden voor een ontslag is."[143] In het gebruik van die (door mij) cursief weergegeven woorden lijkt besloten te liggen dat ook Timmerman de ratio van de door de Hoge Raad geformuleerde deelvereisten uitlegt in lijn met de strenge eis uit het arrest *Bakermans/Straalservice.* Het zou goed zijn wanneer ook de Hoge Raad in de toekomst zodanige *Gleichlauf* tussen het met (c) aangeduide deelvereiste en de algemene norm uit het zojuist genoemde arrest duidelijker zou omarmen, door de bewoordingen van het deelvereiste en de algemene norm gelijk te trekken.

> Zijdelings zij nog opgemerkt dat Rood de juistheid van de met (c) aangeduide deelregel heeft bestreden. Zijns inziens volgt die regel niet uit het wettelijk systeem. "Het moet", zo schrijft Rood in een bijdrage uit 1989, "immers gaan om daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer die ten gevolge hebben dat van de werkgever niet gevergd kan worden de dienstbetrekking voort te zetten (art. 1639p eerste lid BW). Die wetsbepaling spreekt niet van een zich realiseren van die gevolgen door de werknemer. Het gaat om een reactie op zijn daad, eigenschap of gedraging. Aan die gedraging worden strenge eisen gesteld, vertaald in objectieve- en subjectieve dringendheid van de reden. Daarover gaan de eerste twee, juist genoemde regels. Voor een extra regel is geen plaats." Rood lijkt daarmee over het hoofd te zien, dat de met (c) aangeduide deelregel geen uitvloeisel is van het vereiste van een dringende reden, destijds verankerd in het door hem genoemde art. 1639p BW, maar van de wettelijke eis dat die dringende reden onverwijld volkomen duidelijk moet worden gemaakt. De deelregel vindt dan ook wel degelijk steun in de wet, zij het in een andere bepaling – 1639o BW – dan de door Rood aangehaalde.[144]

142 E. Verhulp, JAR Verklaard 6, 2006, p. 10, r.k.; H. Dammingh en E. Schoenmaker-Tijsseling, Formulering ontslag op staande voet; nog steeds hogere wiskunde? ArbeidsRecht, 2007, 2.

143 Zie conclusie A.-G. Timmerman voor HR 1 september 2006, JAR 2006/228 onder 2.7.

144 M.G. Rood, Ontslag op staande voet, slechts deel van de medegedeelde dringende reden komt vast te staan, TVVS 1989, p. 131, r.k.

Als gezegd heeft de Hoge Raad in het arrest van 10 maart 1989 als gezichtspunten die (mede) bepalend zijn voor de beoordeling of voldaan is aan het met (c) aangeduide vereiste gewezen op de inhoud van de ontslagbrief, de aard van de functie en de ernst van de in de brief genoemde voorvallen. Om met die laatste twee gezichtspunten te beginnen. In het algemeen zal mogen worden aangenomen dat, naarmate het deel van de opgegeven ontslaggrond dat komt vast te staan, mede gelet op de aard van de functie, ernstiger is, eerder voldaan zal zijn aan zowel het deelvereiste (b) dat de werkgever aannemelijk moet maken dat hij ook alleen wegens dat deel zou hebben ontslagen, als aan het deelvereiste (c) dat het de werknemer bij het ontslag al duidelijk was dat dat het geval was.[145] Evenzeer zal in het met (c) aangeduide verband het, eveneens met de functie samenhangende, opleidingsniveau en daarvoor vereiste begripsniveau van belang zijn. Hoe hoger dat niveau, hoe eerder de werknemer duidelijk zal zijn dat de werkgever ook voor een deel van de opgegeven grond ontslagen zou hebben. Een CFO van een beursgenoteerd fonds die wordt ontslagen omdat hij driemaal heeft gehandeld met voorkennis, zal wanneer nadien in de procedure komt vast te staan dat hij dat "maar" twee keer gedaan heeft, minder snel kunnen betogen dat hem niet meteen ten tijde van het ontslag duidelijk was dat hij ook zou zijn ontslagen als hij dat maar twee keer had gedaan dan een werknemer van de sociale werkvoorziening die op staande voet werd ontslagen omdat hij drie keer vijf minuten te laat op het werk kwam en die achteraf in werkelijkheid maar twee keer te laat bleek te zijn geweest.

Waar het de inhoud van de ontslagbrief betreft, zal in de eerste plaats hebben te gelden dat naarmate minder van de opgegeven dringende reden in rechte is komen vast te staan, de werkgever moeilijker zal kunnen voldoen aan de met (b) en (c) aangeduide criteria. Bovendien, zo meen ik uit de rechtspraak van de Hoge Raad te mogen afleiden, wordt ook de cassatiecontrole intenser, naarmate het deel van de opgegeven ontslaggrond dat komt vast te staan, minder groot is. Is maar een betrekkelijk klein deel van de opgegeven dringende reden komen vast te staan, dan blijkt de Hoge Raad minder snel bereid om een in appel gewezen arrest waarin niet *expressis verbis* is getoetst aan de door hem ontwikkelde criteria met een welwillende lezing overeind te houden. Dat blijkt bijvoorbeeld wanneer men het hiervoor besproken arrest van 12 november 1999 afzet tegen een arrest van de Hoge Raad van 16 juni 2006, waarin sprake was van een hypotheekadviseur – X – die blijkens de ontslagbrief werd ontslagen omdat hij op verschillende dagen twee vrouwelijke klanten – A en B – bij zich thuis had uitgenodigd en zich daarbij, in kennelijke staat van dronkenschap, had misdragen, door beide dames ongepaste vragen te stellen en hen seksueel te intimideren (door hen te betasten).[146] A overkwam dat één keer, B twee keer. B was bovendien volgens de ontslagbrief daarna nog regelmatig telefonisch lastig gevallen door een kennelijk dronken X, zulks laatstelijk tijdens haar vakantie. Het Hof nam, zonder daarbij in te gaan op de hiervoor met (b) en (c) aangeduide vereisten, aan dat het ontslag terecht was gegeven en baseerde dat op niet meer dan de vaststelling dat

145 Zie in die zin ook de conclusie van A.-G. De Vries Lentsch-Kostense voor HR 12 november 1999, JAR 1999/274.

146 HR 16 juni 2006, NJ 2006, 340. Zie over dat arrest ook R.M. Beltzer, Kroniek opzegging 2006, nihil novum sub sole, AI 2006/4.

X twee keer B onheus had bejegend terwijl hij onder invloed van alcohol verkeerde. Het Hof had daarbij evenwel *niet* vastgesteld dat X B ook seksueel had geïntimideerd/betast tijdens de beide bezoeken, terwijl het Hof wel had overwogen dat dat de ernstigste beschuldiging was van het samenstel waaruit de dringende reden bestond. Al met al was dus slechts wat men zou kunnen noemen een klein deel van de opgegeven dringende reden komen vast te staan, zowel wat de omvang van de opgegeven reden als wat de ernst ervan betreft.[147] Onder die omstandigheden greep de Hoge Raad wel in en was hij niet bereid om in het in cassatie bestreden arrest "in te lezen" dat het Hof "klaarblijkelijk" had gemeend dat aannemelijk was dat de werkgever ook wegens het uiteindelijk beperkte deel van de dringende reden dat was komen vast te staan zou hebben ontslagen en dat zulks de werknemer ook bij het ontslag duidelijk was. Het arrest van het Hof werd vernietigd omdat het Hof de aan een terecht ontslag op staande voet wegens een gedeeltelijk vastgestelde dringende reden te stellen eisen had miskend.

In dezelfde lijn ligt een arrest van 1 september 2006, dat zag op een ontslag op staande voet wegens bedreigingen die een werkneemster had geuit, althans doen uiten. In de ontslagbrief werd slechts kort gerept van drie bedreigingen (aan het adres van drie verschillende personen). Het Hof nam uiteindelijk op grond van één daarvan aan dat zich een dringende reden voordeed, zonder na te gaan of ten tijde van het ontslag aan de hiervoor met (b) en (c) aangeduide eisen was voldaan. Ook in dit geval casseerde de Hoge Raad wegens miskenning van de door hem geformuleerde eisen voor een rechtsgeldig ontslag bij een gedeeltelijk vastgestelde dringende reden.[148]

Overigens kan de werkgever het zichzelf met betrekking tot de met (b) en (c) aangeduide criteria makkelijk maken door in de ontslagbrief al één of meer veiligheidskleppen in te bouwen voor het geval dat niet de gehele ontslaggrond komt vast te staan en wel door in die brief helder op te sommen – bijvoorbeeld onder gebruikmaking van randnummers – welke gedragingen als dringende reden worden aangemerkt en daaraan, tot slot, de navolgende twee mededelingen toe te voegen: (i) dat de werkgever alle bovenstaande feiten zowel ieder voor zich als in onderling verband beschouwd als dringende reden aanmerkt en (ii) dat dat, ter vermijding van misverstanden, betekent dat de werknemer ook zou zijn ontslagen wanneer slechts één, of enig willekeurig samenstel, van de bovenstaande feiten aan de werkgever bekend zou zijn geweest. Wordt die formule gehanteerd, dan zit de werkgever wat de eisen (b) en (c) betreft *on the safe side.* De werkgever kan dan aannemelijk maken dat hij ook zou hebben ontslagen wanneer zich slechts één van de feiten in de ontslagbrief had voorgedaan en de werknemer kan dan in redelijkheid niet meer het standpunt innemen dat dat hem niet duidelijk was.[149] Iets minder veilig lijkt mij het "tekstvoorstel" van Vermeulen, die adviseert te volstaan met de opmerking: "U wordt ontslagen vanwege het geheel van bovengenoemde ontslaggronden in onderlinge samenhang, met dien verstande dat ieder van die ontslaggronden het ontslag zelfstandig kan

147 *Wel* was vast komen te staan: 2x onheuse bejegening onder invloed van alcohol van B, *niet* was daarentegen vast komen te staan: 2x sexuele intimidatie van B, herhaaldelijk in beschonken toestand telefonisch lastig vallen van B, het onder invloed van alcohol onheus bejegenen en sexueel intimideren van A.

148 HR 1 september 1006, JAR 2006/228.

149 Zie voor een voorbeeld: Vzgr. Rb. Breda 25 juli 2008, RAR 2008/138 en JAR 2008/246.

dragen."[150] Daarmee worden, strikt genomen, geen willekeurige combinaties van de ontslaggronden als dringende reden aangemerkt, en wordt bovendien niet geëxpliciteerd dat ontslag ook zou zijn gegeven als zich slechts één van de ontslaggronden zou hebben voorgedaan. Dat ieder der ontslaggronden het ontslag *kan* dragen wil immers nog niet noodzakelijkerwijs zeggen dat de werkgever ook om die reden *zou hebben* ontslagen.

3.4.5.2 Wederom kritiek in de literatuur; wederom ten onrechte?

In de literatuur is, afgezien van het hiervoor al besproken "dogmatische" bezwaar van Rood, vooral uit praktisch oogpunt kritiek geuit op de drieledige toets die de Hoge Raad aanlegt bij de beoordeling of een ontslag op staande voet bij een gedeeltelijk bewezen dringende reden rechtsgeldig kan worden bevonden. Zo heeft Tan naar aanleiding van het hiervoor besproken arrest van 16 juni 2006 met betrekking tot de "allesbehalve professionele hypotheekadviseur" betoogd dat de Hoge Raad daarin een kans zou hebben gemist.[151] Hoewel het terecht zou zijn dat bij een ontslag op staande voet strenge eisen moeten worden gesteld, moet het de werkgever niet moeilijker worden gemaakt dan noodzakelijk is. Met de door de Hoge Raad aangereikte criteria, zo vervolgt Tan, is het voor de werkgever niet haalbaar een wanpresterende werknemer te ontslaan zonder voorzien te zijn van hooggekwalificeerde steun. Verder, zo verwijt Tan de Hoge Raad, kunnen die criteria *in extremis* leiden tot consequenties waar "ieder weldenkend mens zich voor zal schamen". Tan illustreert dat aan de hand van het voorbeeld van een werknemer die een collega zodanig mishandelt dat deze blijvend invalide raakt. De werkgever ontslaat op staande voet, maar neemt "zekerheidshalve" ook nog in de dringende reden mee dat de werknemer de dag ervoor te laat op het werk kwam en dat al eerder had gedaan. In de procedure komt het te laat komen niet vast te staan. Als in zo een geval, aldus Tan, de werkgever heeft verzuimd duidelijk te maken dat hij ook alleen wegens de mishandeling zou hebben ontslagen, is de kans levensgroot dat het voor hem "verkeerd afloopt", ook al is de mishandeling evident een dringende reden. De Hoge Raad had volgens Tan een situatie als zojuist beschreven kunnen voorkomen door aan te geven dat de door hem gegeven criteria moeten worden toegepast, tenzij dat zou leiden tot een onaanvaardbare uitkomst. Ook Dammingh en Schoenmaker-Tijsseling hebben zich in een bijdrage uit 2007 kritisch uitgelaten over de leer van de Hoge Raad. Zij voeren met name aan dat de werkgever in een te moeilijke positie wordt geplaatst doordat de Hoge Raad vereist dat de werkgever stelt dat hij ook zou hebben ontslagen als hij slechts zoveel aan dringende reden had als hij uiteindelijk in de procedure bleek te hebben en dat dat de werknemer ook duidelijk moet zijn geweest. Zulks omdat meestal pas in de loop van een procedure komt vast te staan dat de werkgever niet de gehele dringende reden kan bewijzen.

Het komt mij voor dat al deze kritiek niet daadwerkelijk hout snijdt.

---

150 K.P.D. Vermeulen, Ontslag op staande voet bij gedeeltelijk bewezenverklaarde feiten, Bedrijfsjuridische Berichten 2006, 43. Zie in vergelijkbare zin ook: H. Dammingh en E. Schoenmaker-Tijsseling, Formulering ontslag op staande voet, ArbeidsRecht 2007/2.

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

Laat ik voorop stellen dat degene die betoogt dat de leer van de Hoge Raad op dit punt onredelijk bezwarend zou zijn voor de werkgever, naar mijn mening allereerst over het hoofd ziet dat de Hoge Raad, juist door de mogelijkheid te aanvaarden dat een ontslag op staande voet ook rechtsgeldig kan zijn wanneer achteraf maar een deel van de opgegeven dringende reden komt vast te staan, de werkgever – want dat is de partij die meestal van de rechtsfiguur gebruik maakt – juist in verregaande mate *tegemoet* is gekomen. Duikt men de wetsgeschiedenis in, dan zijn daarin ook wel aanknopingspunten te vinden voor de stelling dat wanneer niet de gehele dringende reden die is opgegeven, kan worden aangetoond, zulks met zich moet brengen dat het gegeven ontslag niet geldig is. Zo staat in de Memorie van Toelichting op het wetsontwerp dat leidde tot de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst dat de partij die op staande voet afscheid wil nemen, maar *van te voren* heeft te bedenken of zij de opgegeven reden wel hard kan maken. Kan zij dat achteraf niet, dan leidt dat tot een verplichting tot vergoeding van schade:

> "Elke der partijen, die van de dienstbetrekking wil bevrijd worden, *heeft te voren te overwegen* of grondige redenen daarvoor bestaan. Kunnen deze niet worden aangevoerd, of berusten zij slechts op vermoedens, die, hoewel in het dagelijksch leven van sterken invloed, in rechte voor *bewijs* niet geldig zijn, dan zal zonder opgave van redenen, doch met schadeloosstelling de dienstbetrekking kunnen worden beëindigd."[152]
> Cursivering SFS

De Hoge Raad heeft zo ver dus niet willen gaan en staat toe dat ook wanneer maar een deel van de opgegeven dringende reden komt vast te staan, het mede daarop gebaseerde ontslag geldig kan zijn, maar vereist vervolgens wel – want meer dan dát beogen de door de Hoge Raad gestelde eisen naar mijn mening niet te bewerkstelligen – dat ook ten aanzien van een op dat deel te baseren ontslag is voldaan aan de eisen die ook aan een rechtsgeldig ontslag op staande voet op grond van de gehele opgegeven ontslaggrond gesteld worden. De werkgever moet, anders gezegd, aantonen dat ook wanneer het niet bewijsbare deel van de opgegeven dringende reden wordt "weggedacht", er voor het overige aan de vereisten van een geldig ontslag op staande voet moet zijn voldaan. Dat brengt logischerwijs in de eerste plaats mee dat het resterende deel van de opgegeven dringende reden in zichzelf een dringende reden moet opleveren. Daarmee is de noodzaak van het door de Hoge Raad met (a) aangeduide vereiste gegeven. In de tweede plaats zal voor een rechtsgeldig ontslag op staande voet wegens het wel aantoonbare deel van de opgegeven dringende reden vereist zijn dat de werkgever dat deel ook daadwerkelijk zou hebben gebruikt om een einde aan arbeidsovereenkomst te maken. Een dringende reden die niet wordt gebruikt, leidt immers niet tot een rechtsgeldig ontslag op staande voet. Dat leidt tot de noodzaak van het met (b) aangeduide criterium. Anders dan Dammingh en Schoenmaker-Tijsseling zie ik niet in waarom de werkgever doordat op hem de stelplicht wordt gelegd dat aan dit criterium is voldaan, in een te moeilijke positie wordt gebracht. Het moge zo zijn dat, zoals deze auteurs aanvoeren, vaak pas in de loop van een procedure blijkt dat niet de gehele dringende reden komt vast te

152 Bles, IV, p. 101.

staan, dat betekent niet dat de werkgever ook pas dan aan zijn stelplicht zou kunnen voldoen. Niets belet de werkgever om in de procedure van begin af aan te preluderen op het feit dat mogelijk maar een deel van de opgegeven dringende reden komt vast te staan, door bij wijze van subsidiair verweer aan te voeren dat ook wegens één of meer delen van de opgegeven ontslaggrond zou zijn ontslagen. Zo kan de werkgever eenvoudig voorkomen dat hij "klem" komt te zitten met zijn stelplicht, wanneer uiteindelijk in de procedure niet de gehele opgegeven dringende reden komt vast te staan.

Overigens verdient opmerking dat de Hoge Raad de werkgever op het met (b) aangeduide deelcriterium ook al tegemoet is gekomen omdat hij niet vereist dat de werkgever *bewijst* dat hij ook zou hebben ontslagen wegens het uiteindelijk in rechte vastgestelde deel van de dringende reden, maar dat slechts *aannemelijk* behoeft te maken.

Het met (c) aangeduide criterium tot slot is een logisch uitvloeisel van de voor een rechtsgeldig ontslag op staande voet geldende mededelingseis, die ertoe strekt de werknemer in staat te stellen de afweging te maken of het zinvol is tegen het ontslag op te komen. De opgegeven ontslaggrond is het kompas waarop de werknemer moet kunnen varen bij de beoordeling of de dringende reden juist is en daarmee of het ontslag gewettigd is. Dat betekent dat wanneer men, ten faveure van de werkgever, aanvaardt dat de werknemer ook kan "aanlopen" tegen een rechtsgeldig ontslag op staande voet als maar een deel van de opgegeven ontslaggrond komt vast te staan, de werknemer ook moet zijn medegedeeld dat hij zich tegen een ontslag op *alleen die grond* heeft te verweren. Wordt die eis niet gesteld, maar staat men wel toe dat een ontslag op staande voet wegens een gedeeltelijk vastgestelde dringende reden geldig is, dan staat men in feite toe dat de werknemer bij het ontslag op staande voet op het verkeerde been wordt gezet ten aanzien van de inhoud van de dringende reden waartegen hij zich, als hij besluit tegen het ontslag op te komen, heeft te verweren. Dat is evident in strijd met de ratio van de mededelingseis.

De kritiek van Tan tot slot, dat de leer van de Hoge Raad leidt tot consequenties "waar ieder weldenkend mens zich voor zal schamen", te weten dat een ontslag op staande voet wegens een dringende reden bestaande in een zeer ernstig vergrijp in combinatie met een relatief onbetekenende misstap ongeldig zal kunnen worden bevonden, ziet er – naar Ruizeveld in een bijdrage uit 2006 ook heeft geconstateerd – aan voorbij dat uit de rechtspraak van de Hoge Raad nu juist blijkt, dat in zulke gevallen snel mag worden aangenomen dat aan de door de Hoge Raad ontwikkelde criteria is voldaan.[153] Het hiervoor besproken arrest van 1999 spreekt in dit verband boekdelen: is sprake van een samengestelde dringende reden als door Tan bedoeld, die bestaat uit een zeer ernstig deel – dat vaststaat – en een ondergeschikt verwijt dat niet komt vast te staan, dan zal de rechter zonder uitvoerige motivering kunnen aannemen (i) dat de werkgever ook zou hebben ontslagen voor alleen het vaststaande deel en dat (ii) dat voor de werknemer destijds ook duidelijk moet zijn geweest. Het

153 M.D. Ruizeveld, 'Less is more' bij meerdere redenen voor een ontslag op staande voet, SR 2006, 55 (zie onder 6). Zie ook Buijs, die eveneens van mening is dat de door de Hoge Raad gestelde regel niet onnodig belemmerend werkt in het ontslaan van wanpresterende werknemers. Hij is, net als ik, van mening dat de "soep niet zo heet wordt gegeten" als Tan hem opdient. D.J. Buijs, De niet-integere werknemer en ontslag op staande voet, AI 2008/2, p. 95, l.k.

door Tan geconstateerde probleem is daarmee van een hoog theoretisch gehalte. Tan verwijt de Hoge Raad voorts dat deze niet als regel heeft geformuleerd dat de door hem geformuleerde criteria niet gelden wanneer dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Ook dat verwijt lijkt mij niet terecht, want wanneer de door de Hoge Raad geformuleerde regels tot een daadwerkelijk onaanvaardbaar resultaat zouden leiden, dan kan de rechter via de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid *altijd* een noodverband leggen, ook wanneer de Hoge Raad die mogelijkheid niet met zoveel woorden heeft benoemd. *Iedere* tussen partijen geldende ontslagrechtelijke regel kan immers langs de band van art. 6:2 BW worden geëcarteerd wanneer die regel een naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar resultaat te zien geeft.[154] Het zou te ver voeren van de Hoge Raad te vereisen om dat bij iedere door hem geformuleerde regel te expliciteren; de Hoge Raad heeft het te druk om ook nog open deuren te moeten intrappen. Men kan het ook zo zeggen: wat Tan de Hoge Raad verwijt niet te hebben geregeld, is geldend recht.

Al met al zou ik menen dat de kritiek die is geuit op de leer van de Hoge Raad inzake de mogelijkheid om een ontslag op staande voet rechtsgeldig te achten wanneer maar een deel van de opgegeven dringende reden komt vast te staan, niet terecht is. Die regels zijn dogmatisch juist en noodzakelijk en leiden evenmin tot een onwerkbare situatie. De kern van de zaak is, ook op dit leerstuk, dat de werknemer ten tijde van het ontslag duidelijk moet zijn waarom hij ontslagen wordt, zodat hij zijn rechtspositie voorafgaand aan het entameren van een procedure kan inschatten. Dat betekent dat wanneer de werkgever de mogelijkheid wil hebben een ontslag op staande voet te baseren op slechts een deel van datgene wat hij als dringende reden opgeeft, ook dat duidelijk moet worden gemaakt aan de werknemer. Daarbij stelt de Hoge Raad in evidente gevallen helemaal geen overdreven strenge eisen aan het vervuld zijn van de door hem geformuleerde criteria. Komt vast te staan dat een werknemer zich schuldig heeft gemaakt aan slechts een deel van de opgegeven dringende reden, maar is dat deel wel evident zeer ernstig, of komt vast te staan dat de werknemer zich aan verreweg het grootste deel van de hem verweten feiten heeft schuldig gemaakt (en komt slechts een ondergeschikt deel niet vast te staan), dan zal de rechter al snel mogen aannemen dat het de werknemer duidelijk was dat de werkgever hem ook alleen voor dat deel zou hebben ontslagen. Dat geldt dan zelfs wanneer dat niet *expressis verbis* in de ontslagbrief was vermeld.

3.4.5.3 De gedeeltelijk vaststaande samengestelde dringende reden en de onverwijldheidseis – moet er nog een deelvereiste "d" bij?

Tot slot moet een opmerking worden gemaakt over de verhouding tussen het leerstuk van de gedeeltelijk vastgestelde dringende reden en de in het vorige hoofdstuk besproken onverwijldheidseis. Hoewel die verhouding in de rechtspraak van de

154 Zie voor een voorbeeld: HR 22 juni 2012, LJN BW5695, waarin de Hoge Raad besliste dat zelfs de vervaltermijn van art. 9 BBA onder zeer bijzondere omstandigheden buiten toepassing behoort te blijven, wanneer toepassing ervan een naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar resultaat te zien geeft.

Hoge Raad nog niet aan de orde is gesteld – en in de hiervoor besproken deelcriteria niet met zoveel woorden naar voren komt – vergt dat punt naar mijn mening wel degelijk aandacht. Ik zou menen dat wanneer sprake is van een samengestelde dringende reden waarvan slechts een deel komt vast te staan, slechts dan sprake kan zijn van een rechtsgeldig ontslag op staande voet wanneer *ten aanzien van dat vaststaande deel* ook aan de onverwijldheidseis is voldaan. Dat kan met name tot problemen leiden in gevallen waarin de directe aanleiding voor het ontslag niet komt vast te staan, maar een aantal eerdere misdragingen wel. Waren die eerdere gedragingen al geruime tijd bekend aan de tot ontslag bevoegde functionaris, dan kan naar mijn mening van een rechtsgeldig ontslag op staande voet wegens alleen die feiten alleen al wegens het onverwijldheidsvereiste geen sprake meer zijn. Men kan het ook zo zeggen: een ontslag op staande voet wegens een gedeeltelijk vaststaande dringende reden kan alleen rechtsgeldig zijn wanneer het ontslag onverwijld heeft plaatsgevonden gerekend vanaf het moment waarop (het vermoeden van) dat deel ter kennis is gekomen van de tot ontslag bevoegde functionaris. Dat is dus in feite nog een vierde rechtsgeldigheidseis die aan de reeds met zoveel woorden door de Hoge Raad geformuleerde voorwaarden valt toe te voegen. Stelt men die eis niet, dan kan de onverwijldheidseis bij ieder ontslag op staande voet eenvoudig worden omzeild door aan een oude dringende reden op grond waarvan inmiddels niet meer onverwijld ontslagen kan worden, een nieuwe, maar evident ongegronde dringende reden toe te voegen en, gerekend vanaf het ontstaan daarvan, op staande voet te ontslaan.

Steun voor de hier bepleite benadering valt onder meer te vinden in een vonnis van de Kantonrechter Rotterdam van 21 augustus 2008, waarin zich inderdaad de situatie voordeed dat de directe aanleiding voor het ontslag niet was komen vast te staan.[155] De ontslagbrief bevatte daarnaast nog een aantal andere verwijten aan het adres van de werknemer, die echter alle dateerden van (ruim) voor de aanleiding van het ontslag en de werkgever al geruime tijd bekend waren. De Kantonrechter besliste dat in het midden kon blijven of deze verwijten, of sommige daarvan, gegrond waren, omdat uit de toelichting van de werkgever niet bleek dat men eerst kort voor het tijdstip van het ontslag had ontdekt dat de werknemer zich hieraan schuldig had gemaakt. Anders gezegd: de Kantonrechter passeerde het beroep op de overige omstandigheden omdat met betrekking tot dat resterende deel van de dringende reden niet was voldaan aan de stelplicht ter zake van de onverwijldheidseis. Die beslissing komt juist voor.

3.4.6 Billijkheidscorrectie op de regel dat aanvulling of wijziging niet mag?

"Geen regel zonder uitzondering", zo wordt wel eens gezegd, en dat gezegde lijkt – wanneer men de rechtspraak van de Hoge Raad beziet – ook te gelden ten aanzien van de regel dat de werkgever een opgegeven dringende reden hangende een procedure niet mag vervangen door een andere ontslaggrond. De Hoge Raad heeft in het verleden een enkele keer wel eens een uitspraak gewezen waarin hij het – op zijn zachtst gezegd – zelf niet zo nauw nam met de hiervoor besproken harde regel dat de werkgever de door hem opgegeven dringende reden in rechte niet kan vervangen

155 Ktr. Rotterdam 18 september 2008, LJN: BF3717 (rov. 4.4).

door een *andere*, bij het ontslag niet opgegeven grond. Het hiervoor reeds aangehaalde arrest in de zaak *Bartels/CL* is daarvan hét voorbeeld. De Hoge Raad stond daarin toe dat een ontslag hangende de procedure werd onderbouwd met een andere, zij het wel aan de oorspronkelijk opgegeven gelieerde, ontslaggrond die pas na het ontslag was opgekomen.

Het ging in die zaak om de rechtsgeldigheid van het ontslag van een bankdirecteur – Bartels – die in privé een bedrag van NLG 745.000,- aan renteopbrengst, afkomstig van een rekening van een cliënte van de bank, had ontvangen. In de ontslagbrief was vermeld dat de werknemer dit bedrag "onrechtmatig had ontvangen" en dat hij zich dit bedrag "had toegeëigend in plaats van dit bedrag aan de bank te doen toekomen". Deze toedracht (in het vonnis van de Rechtbank aangeduid als mogelijkheid a) had de bank gebaseerd op een verklaring die de werknemer zelf bij de politie had afgelegd.

Later, hangende de procedure, kwamen twee mogelijke andere toedrachten voor het ontvangen van het bedrag op. De werknemer betoogde dat het geld hem geschonken was door degene – ene Dumee – op wiens naam de rekening stond (optie c). Een derde mogelijke toedracht (optie b) – die eveneens pas hangende de procedure opkwam – was dat het bedrag een vergoeding was voor bancaire adviesdiensten die de werknemer aan Dumee had verleend, buiten de bank om en in strijd met een op grond van de CAO voor hem geldend verbod van nevenwerkzaamheden. Het scenario van de schenking werd door de Rechtbank als onjuist van tafel geveegd. Welke van de beide overige lezingen juist was – a of b – liet de Rechtbank in het midden. Haar beslissing kwam er in de kern op neer dat het ontslag wegens de verkrijging van een bedrag van NLG 745.000,- terecht was verleend, ongeacht volgens welke van de twee resterende scenario's het geld bij Bartels terecht was gekomen – dat wil zeggen het in de ontslagbrief genoemde scenario a of het later opgekomen scenario b – nu de verkrijging van het bedrag in beide gevallen een dringende reden opleverde. Ook was, volgens de Rechtbank, voldaan aan de eis dat het de werknemer duidelijk was gemaakt waarom hij werd ontslagen. Zulks nu (i) de werknemer heel goed had begrepen dat hem in de kern genomen werd verweten dat hij het bedrag van NLG 745.000,- had verkregen, terwijl (ii) het hem van begin af aan, als geen ander, duidelijk moest zijn geweest welke van de twee mogelijke manieren waarop hij aan dat geld was gekomen juist was en er bij hem dus geen enkel misverstand over kon bestaan tegen welk feitencomplex hij zich dus ter zake van zijn ontslag had te verweren. Daarbij woog – althans zo las de Hoge Raad het vonnis van de Rechtbank – voor de Rechtbank zwaar dat de werknemer directeur van een bank was, hij de bank onkundig had gelaten van de ontvangst in privé van het grote bedrag van een rekening van een klant en dat hij de ware toedracht van begin af aan kende, maar voor de bank had verzwegen.

De werknemer kwam in cassatie tegen het vonnis van de Rechtbank op en vond A.-G. Mok aan zijn zijde. Die concludeerde op mijns inziens overtuigende gronden tot vernietiging en wel omdat het de Rechtbank zijns inziens niet vrijstond "de alternatieve mogelijkheid van wanprestatie door handelen in strijd met de CAO, die niet onverwijld was medegedeeld, in de plaats te stellen van de wel onverwijld medegedeelde wederrechtelijke toeeigening."[156]

156 Conclusie A.-G. Mok voor HR 20 november 1987, NJ 1988, 282 onder 6, in fine.

De Hoge Raad liet het vonnis van de Rechtbank evenwel in stand, en overwoog daartoe in algemene zin dat niet geheel uitgesloten is dat bij de beoordeling van de dringendheid van de ontslagreden mede rekening mag worden gehouden met omstandigheden waarvan voor de werknemer ten tijde van de mededeling duidelijk was dat hij daarmee wegens hun samenhang met de opgegeven ontslaggrond in een rechtsgeding zou worden geconfronteerd zodat hij zijn proceshouding ook daarop zou moeten afstemmen, *ook al waren deze omstandigheden in die mededeling niet vermeld omdat zij toen slechts aan de werknemer en nog niet aan de werkgever bekend waren.* In het licht daarvan achtte de Hoge Raad het niet onjuist dat de Rechtbank het ontslag in stand had gelaten, ondanks dat zij in het midden had gelaten of scenario a (dat bij het ontslag als dringende reden was opgegeven) of scenario b (dat pas later als mogelijke verklaring was opgekomen) zich had voorgedaan. Bij het aanvaarden daarvan speelde ook voor de Hoge Raad een belangrijke rol dat de bankdirecteur van aanvang af de ware toedracht kende, maar voor de bank had verzwegen (hoewel hij daarnaar gevraagd was).

In een bijdrage uit 1988 duidt Rood het arrest van de Hoge Raad aldus dat niet geheel is uitgesloten dat het ontslag achteraf door een andere dan de meegedeelde reden wordt gedragen, maar dat die andere reden dan wel zodanig met de meegedeelde reden moet samenhangen dat de werknemer kon weten dat zij bij betwisting te voorschijn kon komen.[157] Ook Duk – die als cassatieadvocaat van de werkgever bij de zaak betrokken was – en Bouwens lijken op dat spoor te zitten, waarbij zij het arrest zo lezen dat "een onjuistheid in de beschrijving van de reden (…) de werkgever ook niet behoeft op te breken als de werknemer, over de kwestie gehoord, geen openheid over de gang van zaken geeft".[158] Zij taxeren het arrest dus zo dat de regel dat de opgegeven ontslaggrond niet kan worden vervangen door een later opgekomen andere ontslaggrond, onder omstandigheden moet wijken wanneer de onjuistheid van de grond is te wijten aan het feit dat een werknemer zelf heeft "gejokt" en de werkgever daardoor op het verkeerde spoor is gezet.[159]

Ik ben het met voorgaande auteurs eens dat het arrest van de Hoge Raad inderdaad niet anders kan worden gelezen dan als een uitzondering op de regel dat het slechts de opgegeven dringende reden is die een ontslag op staande voet kan dragen en dat de Hoge Raad zich er, in de bijzondere omstandigheden van het geval, toe heeft laten verleiden goed te keuren dat een opgegeven ontslaggrond – het zich onrechtmatig toe-eigenen van NLG 745.000,- afkomstig van een rekening van een klant – hangende een procedure werd "omgekat" in een andere ontslaggrond – te weten: het in strijd met een verbod van nevenwerkzaamheden ontvangen van NLG 745.000,-, – *die de werkgever pas na het ontslag had ontdekt.* Voor de Hoge Raad zal daarbij vermoedelijk leidend zijn geweest de overweging dat (i) die beide ontslaggronden als gemene deler hadden dat een bankdirecteur in strijd met de verplichtingen uit zijn arbeidsovereenkomst NLG 745.000,- had ontvangen, dat (ii) zulks, gelet op de functie, rechtsom of linksom volstrekt onaanvaardbaar is en

157 Zie M.G. Rood, Ontslag op staande voet, juiste reden meegedeeld?, TVVS 1988, p. 55/56.

158 W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, Van der Grinten. Arbeidsovereenkomstenrecht, Deventer 2011, p. 386.

159 Zie over het arrest ook (kort) V. Disselkoen, Ontslag op staande voet, bijna (of toch) goed, in: S.F. Sagel (red.), Vrienden door Duk en dun, Deventer 2011, p. 323.

dat (iii) het dan simpelweg niet aangaat dat de werknemer die zelf verborgen heeft gehouden welke van de twee ontoelaatbare scenario's het juiste is, van zijn stilzwijgen zou kunnen profiteren, omdat de werkgever dan net de verkeerde ontslaggrond heeft opgegeven.

Voor mij valt het arrest in de categorie: *hard cases make bad law*, of wellicht nog beter de variatie daarop: *good lawyers turn hard cases into bad law.* De Hoge Raad heeft duidelijk geworsteld met de problematiek en geprobeerd om zijn beslissing zo te verwoorden dat deze zou passen binnen de ratio van de mededelingseis. Hij heeft er daartoe op gewezen dat dat vereiste er, blijkens eerdere rechtspraak, op is gericht dat de werknemer wordt duidelijk gemaakt waarom hij wordt ontslagen. Daaraan kan, zo lees ik het arrest van de Hoge Raad, ook voldaan zijn als de werknemer op het moment waarop hij wordt ontslagen wegens verduistering van NLG 745.000,- heel goed weet dat hem dat geld inderdaad niet toekomt, maar niet omdat hij dat heeft ontvreemd van de bank, maar omdat hij dat in strijd met een verbod van nevenwerkzaamheden heeft verdiend. Maar dat is een redenering die voorbij gaat aan de kern van het mededelingsvereiste, dat nu juist erop is gericht om de werknemer enkel klaarheid te verschaffen omtrent de reden op grond waarvan de werkgever *heeft ontslagen*, niet om hem duidelijkheid te verschaffen omtrent *andere* dan de daadwerkelijk gehanteerde (en daarom opgegeven) ontslaggronden, die wellicht ook tot ontslag op staande voet *hadden kunnen* leiden maar dat niet hebben gedaan omdat de werkgever die redenen nog niet kende. Er is, zo blijkt uit het voorgaande, bij de totstandkoming van de Wet op de arbeidsovereenkomst voor gekozen om een rechtsgeldig ontslag op staande voet slechts mogelijk te achten op grond van een dringende reden die de werkgever ten tijde van het ontslag kende – in de wetsgeschiedenis ligt immers besloten dat de werkgever zich *vooraf* dient te beraden omtrent het bestaan ervan – en bij het ontslag *opgeeft.* Daar past niet bij om de opgegeven ontslaggrond in rechte te vervangen door een pas *na* het ontslag opgekomen, andere ontslaggrond die de werkgever ten tijde van het ontslag niet kende.

Maar er zijn meer bezwaren van principiële aard die zich naar mijn idee verzetten tegen het aanvaarden dat een werkgever de opgegeven dringende reden, zoals de Hoge Raad in het geval *Bartels/CL* de facto liet gebeuren, kan inwisselen voor een andere, later opgekomen dringende reden. De belangrijkste daarvan is dat een ontslag op staande voet niet met terugwerkende kracht kan worden gegeven. De Hoge Raad heeft dat in een arrest van 1984 beslist.[160] Zou men nu aanvaarden dat een eenmaal gegeven ontslag in rechte kan worden voorzien van een andere dringende reden die de werkgever pas na het ontslag heeft ontdekt, dan heeft dat veel weg van een ontslag op staande voet met terugwerkende kracht. Er wordt immers gerealiseerd dat een later bij de werkgever opgekomen dringende reden een in het verleden gelegen opzegging legitimeert. En hoe verdraagt die constructie zich eigenlijk met de onverwijldheidseis, die voorschrijft dat de werkgever onverwijld na het ontdekken van een dringende reden moet ontslaan? Dat vereiste geldt, in de benadering van de Hoge Raad, klaarblijkelijk niet ten aanzien van de later opgekomen dringende reden;

160 HR 14 september 1984, NJ 1985, 244, zie ook HR 24 mei 1984, NJ 1984, 598 en Rb. Den Bosch 13 oktober 2000, JAR 2000/258.

nergens staat dat die later opgekomen ontslaggrond in elk geval onverwijld na ontdekking alsnog in rechte moet worden benoemd of aangezegd.

Een ander, meer praktisch bezwaar is dat een benadering waarin de werkgever een niet bij het ontslag opgegeven dringende redenen later alsnog onder een ontslag kan schuiven, omdat die reden *hem* bij het ontslag niet bekend was, terwijl – om het in de woorden van de Hoge Raad te zeggen – *de werknemer* wel duidelijk moest zijn dat "hij zijn proceshouding daarop diende af te stemmen", ook misbruikgevoelig is en zelfs tot onzorgvuldig werkgeversgedrag kan leiden. Zulks in die zin, dat die benadering in de hand kan gaan werken dat een werkgever die vermoedt dat er iets "mis is" eerder tot ontslag op staande voet zal overgaan op grond van niet meer dan een vermoeden van een bepaalde toedracht, zulks in de wetenschap, althans hoop, dat hij – wanneer de toedracht anders blijkt te zijn – de kaart zal kunnen spelen dat de werknemer ook maar met die andere toedracht behoorde rekening te houden in zijn proceshouding. De door de Hoge Raad in het arrest *Bartels/CL* aanvaarde *escape* staat zo bezien op gespannen voet met de leer van de Hoge Raad omtrent de onverwijldheidseis, als uiteengezet in het *GTM-arrest*.[161] Die leer is er nu juist op gericht de werkgever de ruimte te bieden om zorgvuldig onderzoek te doen en hem alle tijd te gunnen, zodat hij pas ontslaat – en pas hoeft te ontslaan – als hij het bewijs rond heeft.

Het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Bartels/CL* is wat mij betreft een ontslagrechtelijk bedrijfsongeval, het is bovendien een vreemde eend in de bijt van de cassatierechtspraak nu die juist voordien en – belangrijker nog: – ook daarna altijd streng de hand heeft gehouden aan de begrenzende werking van de mededelingseis in die zin dat niet werd toegestaan dat een werkgever in rechte een gegeven ontslag met een andere dan de bij het ontslag opgegeven dringende reden kon onderbouwen.

Ik merk tot slot op, dat de benadering van de Hoge Raad in het arrest *Bartels/CL* eens te meer ongelukkig is, omdat het daarin gelegde noodverband, dat niet goed verenigbaar is met de ratio van de mededelingseis, ook in het geheel niet nodig is om onwenselijke consequenties te voorkomen. Is inderdaad sprake van een geval waarin de opgegeven ontslaggrond niet komt vast te staan – omdat achteraf blijkt dat de werknemer de werkgever om de tuin heeft geleid ter zake van de ware toedracht – terwijl de werknemer zich wel aan een andere, volstrekt ontoelaatbare gedraging heeft schuldig gemaakt die minstens evenzeer als dringende reden zou hebben gekwalificeerd, dan zijn er andere methodes om zonder de mededelingseis geweld aan te doen, tot een billijk resultaat te komen. In de eerste plaats zou de werkgever, op het moment dat de echte ontslaggrond alsnog wordt ontdekt, ervoor kunnen kiezen om nog een tweede keer, voor zover vereist op staande voet te ontslaan, teneinde de loonvordering van de werknemer te beperken. Zo een tweede ontslag op staande voet verdraagt zich immers zonder meer met de onverwijldheidseis, mits het maar onverwijld wordt gegeven nadat de "echte" reden ontdekt is.[162] Maar belangrijker nog dan dat is dat de rechter die wordt geconfronteerd met een loonvordering van een werknemer die niet rechtsgeldig is ontslagen omdat zijn werkgeefster door zijn toedoen de verkeerde dringende reden heeft opgegeven, terwijl zich op dat moment

161 HR 15 februari 1980, NJ 1980, 328, zie hoofdstuk 2.3.1.

162 Zie S.F. Sagel, Ontslag op staande voet voor zover vereist – wie Aaa zegt, mag geen bee meer zeggen?, SR 2007, 23 naar aanleiding van Hof Leeuwarden 24 januari 2007, SR 2007, 23.

wel een andere zeer zwaarwegende ontslaggrond voordeed, via de band van art. 7:680a BW kan zorgen voor een billijkheidscorrectie. Langs die weg kan, al gelden daarvoor natuurlijk strenge eisen, de loonvordering worden gematigd tot drie maanden loon, waarbij bovendien geldt dat – in echt extreme gevallen – het laatste restje loonaanspraak zelfs via de band van art. 6:248 lid 2 BW kan worden "weggewerkt."[163] Die mogelijkheden maken dat voor noodoplossingen als waarvoor in het arrest *Bartels/CL* werd gekozen en waarmee de Hoge Raad, kort en een beetje onaardig gezegd, zijn voor het overige terecht eenduidige en rechtlijnige toepassing van de mededelingseis bij ontslag op staande voet op het spel zette, geen noodzaak bestaat. Komt na een ontslag boven water dat een werkgever op grond van de verkeerde dringende reden heeft ontslagen – terwijl er wel een geldige dringende reden bestond –, dan is dat geen reden om te gaan marchanderen met de mededelingseis. Die eis beoogt de duidelijkheid en rechtszekerheid te dienen en verdient om die reden een heldere en eenduidige toepassing. Dat betekent dat de werkgever het echt moet hebben van de reden die hij opgaf, niet van redenen die hij zou hebben kunnen opgeven als hij ze ten tijde van het ontslag had gekend. *Bartels/CL* verdient, in voorkomend geval, bepaald heroverweging en ik zou aan dat arrest dan ook algemene strekking willen ontzeggen.

3.4.7 Inkleuring is geen aanvulling?

Zoals hiervoor is aangegeven, kan de werkgever de dringende reden, wanneer de (korte) periode waarbinnen de (onverwijlde) mededeling van de ontslaggrond dient plaats te vinden, eenmaal is verstreken, niet meer aanvullen. Maar dat betekent niet steeds, dat de werkgever na de ontslaggrond te hebben opgegeven, per definitie in rechte geen nadere feiten meer kan aanvoeren om de dringende reden te onderbouwen die hij bij het ontslag zelf niet uitdrukkelijk heeft genoemd. Er moet hier, blijkens de rechtspraak, een nauwkeurig onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds *inkleuring* en anderzijds *aanvulling* van de ontslaggrond.

Van *inkleuring* van de ontslaggrond is sprake wanneer een algemeen geformuleerde ontslaggrond in rechte nader wordt onderbouwd met feiten die dienen ter illustratie en bewijs van de opgegeven ontslaggrond. Het moet, anders gezegd, gaan om feiten die vallen binnen de grenzen zoals getrokken door de medegedeelde ontslaggrond. Heeft de werkgever de ontslaggrond aldus geformuleerd dat slechts één specifieke overtreding als dringende reden is aangemerkt, dan zal hij later geen andere voorbeelden van hetzelfde soort wangedrag, die pas in de loop van de procedure naar boven zijn gekomen, "onder het ontslag mogen schuiven" in die zin dat die gronden deel gaan uitmaken van de dringende reden die het ontslag moet kunnen dragen.[164] Is de ontslaggrond echter algemener geformuleerd, dan ligt dat genuanceerd anders, naar de Hoge Raad al in het hiervoor reeds vaker aangehaalde arrest met betrekking tot het ontslag op staande voet van de "Indische geneesheer" uitmaakte. De opgegeven ontslaggrond luidde in dat geval "medische nonchalance" en de Hoge Raad stond toe dat de Rechtbank bij de beantwoording van de vraag of de

163 HR 1 juni 2012, JAR 2012/173.
164 HR 22 mei 1987, NJ 1988, 40.

werknemer zich daaraan schuldig had gemaakt (en zulks een dringende reden opleverde) niet alleen acht sloeg op een aantal voorbeelden waarop de werknemer kort voor zijn ontslag was gewezen, maar op *alle* voorbeelden van medische nonchalance die aan het ontslag vooraf waren gegaan. Daarbij wees de Hoge Raad er uitdrukkelijk op dat de werknemer niet was ontslagen wegens die recent genoemde voorbeelden alleen, maar wegens medische nonchalance *in het algemeen*.[165]

Ik denk dat de mogelijkheden tot zulke "inkleuring" met grote terughoudendheid betracht moeten worden. De benadering die spreekt uit het arrest van 1925 *kan* zich naar mijn mening inderdaad verdragen met de ratio van de mededelingseis, maar wel *alleen* zolang als de werknemer ten tijde van het hem gegeven ontslag maar onmiddellijk duidelijk was dat hij mede (i) wegens *alle* eerdere gevallen van medische nonchalance werd ontslagen en (ii) hem op dat moment ook duidelijk is om *welke* gevallen het daarbij volgens de werkgever gaat (dat wil zeggen: welke gedragingen van de werknemer de werkgever allemaal als medische nonchalance heeft aangemerkt en dus aan het ontslag ten grondslag heeft gelegd). Is een en ander *niet* onmiddellijk duidelijk bij het ontslag, dan verdraagt de ratio van de mededelingseis zich er naar mijn idee niet mee dat de werkgever in de procedure wel die eerdere voorbeelden mag aanvoeren ter onderbouwing van de opgegeven dringende reden. De werknemer krijgt dan immers in de procedure te maken met feiten waarvan voor hem onmiddellijk na de opgave van de dringende reden niet duidelijk was dat hij mede vanwege die feiten werd ontslagen, zodat hij zijn beslissing om al dan niet in het ontslag te berusten daarop niet heeft kunnen afstemmen. "Inkleuring" van een algemeen geformuleerde ontslaggrond is, anders gezegd, naar mijn mening alleen mogelijk wanneer de werknemer reeds bij het ontslag onmiddellijk duidelijk was welke kleurpotloden de werkgever in een procedure zou gaan gebruiken. Wordt de werknemer in rechte "verrast" met nieuwe kleuren, dan verdraagt zich dat naar mijn mening niet met (de ratio van) de mededelingseis.[166] Daar komt nog bij dat de werkgever zich moet realiseren dat wanneer hij volstaat met een zo breed geformuleerde ontslaggrond – "medische nonchalance in het algemeen" – dat daaronder *alle* gevallen van medische nonchalance vallen, hem door de werknemer kan worden tegengeworpen dat hij in lijn met het hiervoor onder 3.4.3 gerelateerde dan ook *al* die gevallen zal hebben te bewijzen, omdat anders de opgegeven ontslaggrond in beginsel niet komt vast te staan. Dat zal slechts anders zijn wanneer de werknemer ten tijde van de opgave van de ontslaggrond duidelijk was dat al die gevallen ook ieder voor zich door de werkgever als dringende reden werden aangemerkt en hij ook wegens één van die gevallen zou zijn ontslagen. Verwezen zij in dat verband naar hetgeen hiervoor onder 3.4.5 is opgemerkt.

Een interessante discussie in dit verband betreft tot slot de vraag in hoeverre de werkgever zich in rechte ook kan beroepen op nieuwe feiten die hij ten tijde van het ontslag nog niet kende, maar die na het ontslag alsnog ontdekt worden en die naadloos passen binnen de algemene omschrijving van de dringende reden die bij

165 Zie HR 19 juni 1925, NJ 1925, 936, zie met name p. 939, r.k., onder 2°.

166 HR 21 juni 1918, NJ 1918, 769 ademt ook die gedachte; een ontslaggrond mag beknopt zijn, maar dat kan alleen als wel meteen duidelijk is wat ermee bedoeld wordt.

het ontslag is opgegeven. Kan de werkgever de opgegeven ontslaggrond in rechte "inkleuren" met zulke, hem ten tijde van het ontslag nog onbekende, feiten die wel vallen binnen de omschrijving van de dringende reden die bij het ontslag is opgegeven en wel in die zin dat die latere feiten een onderdeel van de dringende reden vormen, die het ontslag draagt?

Ik geloof uiteindelijk niet dat dat mogelijk zou moeten zijn. In lijn met de ratio van de mededelingseis moet ook hier beslissend zijn wat de werknemer bij het ontslag *onmiddellijk* uit de algemeen geformuleerde ontslaggrond *duidelijk* is geworden ter zake van de redenen die de werkgever aan dat ontslag ten grondslag beoogde te leggen. Ik meen dat dat vereiste logischerwijs met zich brengt dat inkleuring met pas later ontdekte feiten niet goed denkbaar is. Hoe – zo dringt zich de vraag aan – kan een werkgever een werknemer met een algemeen geformuleerde ontslaggrond onmiddellijk duidelijk maken dat hij de werknemer mede wenst te ontslaan wegens een feit dat hij – de werkgever – nog niet eens kent? Het is een vraag ten aanzien waarvan de wetten van de logica slechts één antwoord lijken toe te staan: te weten het antwoord "niet". Dat een werknemer uit een algemeen geformuleerde ontslaggrond eens te minder "onmiddellijk" duidelijk zal (behoeven te) zijn dat zijn werkgever hem daarmee beoogt mede te ontslaan wegens een hem (nog) onbekend feit, ligt eens te meer in de rede nu het bepaalde in art. 7:611 BW meebrengt dat een fatsoenlijk werkgever niet "zo maar", dat wil zeggen zonder dat hij de grond daarvoor kent, ontslaat op staande voet. Aanvaarding van de mogelijkheid dat een algemeen geformuleerde ontslaggrond na het ontslag wordt ingekleurd met na dat ontslag opgekomen ontslaggronden verdraagt zich daarbij evenmin goed met de leer van de Hoge Raad dat een ontslag op staande voet niet met terugwerkende kracht kan worden gegeven. Indien en voor zover een werkgever een algemeen geformuleerde dringende reden ten processe zou mogen onderbouwen met nieuwe voorbeelden van het gewraakte gedrag in die zin dat die voorbeelden dan mede de dringende reden gaan vormen, komt dat uitgangspunt in het gedrang. Ten aanzien van die voorbeelden is dan immers de facto sprake van een ontslag met terugwerkende kracht, te weten vanaf het moment dat die feiten en omstandigheden alsnog worden ontdekt, tot het moment van de oorspronkelijke ontslagdatum.[167]

Betekent dit nu dat feiten en omstandigheden die de werkgever na het ontslag ontdekt in het geheel betekenisloos zijn in de afweging of zich een dringende reden heeft voorgedaan? Dat is niet het geval. Zulke nova kunnen weliswaar, in mijn opvatting, niet gebruikt worden om de opgegeven dringende reden in die zin in te kleuren dat de opgegeven reden mede die omstandigheden gaat omvatten (zodat het ontslag mede daarop kan steunen). Maar dat laat onverlet dat zulke latere feiten en omstandigheden wel kunnen dienen als *steunbewijs* om hard te maken dat de feiten die ten tijde van het ontslag wèl bekend waren (en als dringende reden zijn opgegeven) inderdaad bewezen geacht kunnen worden. Een voorbeeld kan dat illustreren.

Stel: werknemer X wordt op staande voet ontslagen wegens de algemeen geformuleerde ontslaggrond "seksuele intimidatie". Voor de werknemer is bij het ontslag

167 HR 14 september 1984, NJ 1985, 244, rov. 3.4: "In de laatste alinea van onderdeel 2 wordt miskend, dat de wet niet een ontslag op staande voet met terugwerkende kracht toelaat."

slechts onmiddellijk duidelijk dat daarmee door de werkgeefster gedoeld wordt op het enige bij haar op dat moment bekende geval van zodanige intimidatie, te weten een intimidatie van werkneemster A die heeft plaatsgevonden op de dag van het ontslag. Ruimschoots ná het ontslag, hangende de procedure, melden zich los van elkaar twee collega's B en C bij de werkgeefster die vertellen dat zij voorafgaand aan het ontslag ook seksueel zijn geïntimideerd door de ontslagen werknemer. In zo een setting kan het bewijs van die eerdere misstappen jegens B en C wel degelijk relevant zijn, *niet* omdat die eerdere misstappen ook (alsnog) als onderdeel van de opgegeven dringende reden aan het ontslag ten grondslag gelegd kunnen worden – dat de ontslaggrond zo begrepen moest worden was de werknemer immers ten tijde van het ontslag niet duidelijk – maar veeleer omdat het bewijs van die eerdere misstappen bijdraagt aan de aannemelijkheid dat de werknemer zich inderdaad schuldig gemaakt heeft aan seksuele intimidatie van A (nu uit de latere verklaringen van B en C blijkt dat hij inderdaad uit dat verkeerde hout gesneden is). In deze setting is van een inkleuring van de medegedeelde ontslaggrond in die zin dat de later ontdekte gevallen alsnog onderdeel worden van de dringende reden geen sprake. De werkgever zal het dan, om het ontslag overeind te houden, alleen "moeten hebben" van de intimidatie van A, maar kan zich om dat geval te bewijzen wel beroepen op het "steunbewijs" dat volgt uit de latere gevallen.

Hoe kijkt de Hoge Raad aan tegen deze kwestie? Van belang zijn in elk geval de volgende twee arresten uit 1973 en 1993. Gewezen zij allereerst op het arrest *Jaring/Duivenée* van 16 november 1973, een zaak die draaide om het ontslag van een, als men de werkgever – Jaring – moest geloven, hoogst onplezierige procuratiehoudster wegens

> "(…) ondermijnende activiteiten, openlijke tegenwerking, het leven mejuffrouw Lakmaker op kantoor onmogelijk makend, bij afwezigheid van de heer C. Jaring personeel opruien, employé, die in ziektewet loopt ziekengeld twee weken niet uitkeren met mededeling dat procuratie is opgezegd, terwijl duidelijk gesteld was dat loon kon worden uitbetaald en het banksaldo ruim voldoende was, het achterhouden van loonzakjes met geld van personeelsleden, het niet meer doorgeven van boodschappen, aan de directeur, de heer C. Jaring, Uw tartende houding."[168]

In appel was door de Rechtbank bewijslevering gelast. De werkgever had een aantal collega's van de ontslagen werkneemster doen horen, die hadden verklaard over hetgeen zij hadden gezien van de handelwijze van Duivenée. De Rechtbank had vervolgens beslist dat een aantal van die verklaringen niet konden bijdragen tot de bewijslevering "daar deze getuigen allen hebben verklaard dat zij de door hen gerelateerde feiten eerst geruime tijd na het ontslag van Duivenée aan Jaring of mevrouw Jaring hebben medegedeeld, zodat op die feiten het ontslag wegens dringende redenen niet gebaseerd kan zijn geweest." De Hoge Raad casseerde omdat de Rechtbank zijns inziens daarmee had miskend "dat toch niet is uitgesloten dat zodanige verklaringen, al betreffen zij feiten welke de werkgever eerst na het ontslag

168 HR 16 november 1973, NJ 1974, 262, zie voor de uitkomst van de procedure na verwijzing Hof Amsterdam 1 mei 1974, NJ 1974, 491. Zie voor het andere arrest: HR 31 december 1993, JAR 1994/31.

bekend zijn geworden, kunnen bijdragen tot het bewijs van de daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer, welke de dringende redenen voor het ontslag zijn geweest en als zodanig aan de werknemer zijn meegedeeld."

Een arrest van 31 december 1993 bevestigt die leer één op één. In die zaak was sprake van een ontslag op staande voet wegens, onder meer, het verrichten van ontoelaatbare voor de werkgever schadelijke nevenwerkzaamheden. De Rechtbank was voorbijgegaan aan een aanbod van de werkgever om daarover een getuige te horen en de Hoge Raad besliste dat indien de Rechtbank dat gedaan had omdat zij van mening was dat de verklaring van de betreffende getuige niet tot het bewijs van de dringende reden kon bijdragen, omdat diens verklaring betrekking zou hebben op gedragingen van de werknemer die de werkgever ten tijde van het ontslag onbekend waren, de beslissing getuigde van een onjuiste rechtsopvatting: "Niet uitgesloten is immers dat die verklaring, al betreft zij feiten die de werkgever eerst na het ontslag bekend zijn geworden, kan bijdragen tot het bewijs van de gedragingen die de dringende reden voor het ontslag zijn geweest."[169]

Hoe moeten deze beslissingen nu precies worden geduid? Betekenen zij (i) dat een werkgever hangende een procedure een algemeen geformuleerde ontslaggrond wel kan "inkleuren met feiten die hem ten tijde van het ontslag nog *niet* bekend waren in die zin dat deze feiten als constituerende (sub)onderdelen van de opgegeven, dringende reden kunnen worden gebruikt, zolang als zij maar vallen binnen de grenzen van de opgegeven ontslaggrond, of bedoelt de Hoge Raad niet méér te zeggen dan (ii) dat de latere feiten kunnen meewegen als steunbewijs voor de bij het ontslag bekende en opgegeven gedragingen, zonder zelf deel te gaan uitmaken van de opgegeven ontslaggrond?

Beziet men de bewoordingen van met name het meest recente arrest van de Hoge Raad dan lijkt mij die tweede lezing – die in lijn is met mijn hiervoor weergegeven analyse – goed verdedigbaar. Letterlijk overweegt de Hoge Raad daarin immers dat "Niet uitgesloten is (…) dat (een) verklaring, al betreft zij feiten die de werkgever eerst na het ontslag bekend zijn geworden, kan bijdragen tot het bewijs van de gedragingen die de dringende reden voor het ontslag zijn geweest." De Hoge Raad zegt dus *niet* dat feiten die de werkgever eerst na het ontslag bekend zijn geworden, zelf onderdeel kunnen worden van een dringende reden, hij lijkt veeleer een onderscheid te maken tussen de "na het ontslag bekend geworden" feiten enerzijds en "de gedragingen die de dringende reden voor het ontslag zijn geweest" anderzijds, waarbij de eerstgenoemde feiten weliswaar kunnen bijdragen aan het bewijs van de laatstgenoemde gedragingen, maar daar geen onderdeel van uitmaken.

Nu de Hoge Raad een zekere inkleuring van een algemeen geformuleerde ontslaggrond in rechte toestaat zou de vraag kunnen opkomen of de werkgever er in het algemeen goed aan doet om een dringende reden zo "algemeen" of "vaag" mogelijk te formuleren. Het antwoord op die vraag luidt, in zijn algemeenheid, ontkennend. De voor de hand liggende reden daarvoor is dat wanneer wordt volstaan met een vaag of algemeen geformuleerde ontslaggrond de werkgever het risico loopt het verwijt te krijgen niet te hebben voldaan aan de eis uit het *Bakermans/Straalservice-arrest* dat de

169 HR 31 december 1993, JAR 1994/31.

reden aldus moet worden meegedeeld dat deze de werknemer "onmiddellijk duidelijk" is. Hoe vager de reden, hoe eerder de werknemer zal kunnen bepleiten dat daarmee de vereiste onmiddellijke duidelijkheid niet is gecreëerd, dat het hem niet duidelijk genoeg was welke gedragingen, feiten en omstandigheden met de opgave van die algemene ontslaggrond allemaal werden "gesanctioneerd". Bovendien haalt de werkgever blijkens het voorgaande een verstrekkende bewijslast in huis. Hij zal in beginsel alle voorbeelden die vallen onder de algemeen omschreven ontslaggrond, hebben te bewijzen. Daar komt bij dat een werkgever die denkt "slim" te zijn door een algemeen geformuleerde ontslaggrond te hanteren, uiteindelijk in die zin "bedrogen" uit kan komen dat de werknemer daar handig op in kan spelen, bijvoorbeeld door zich puur uit tactisch oogpunt op het standpunt te stellen dat hij (naast of in plaats van) de feiten en omstandigheden die de werkgever onder de algemeen verwoorde dringende reden begrijpt, ook nog iets anders heeft begrepen waarvan hij weet dat de werkgever het niet kan bewijzen. Als de rechter zulk een betoog volgt door aan te nemen dat de werknemer de ontslaggrond inderdaad zo mocht begrijpen als hij stelt deze te hebben begrepen, waardoor de werkgever niet de gehele ontslaggrond kan aantonen en hij vervolgens evenmin in staat is hard te maken dat is voldaan aan de eisen van een rechtsgeldig ontslag wegens een gedeeltelijk vastgestelde dringende reden, is de schade daar. Gelet op dit alles, geniet het altijd de voorkeur om een dringende reden *zo concreet mogelijk* te beschrijven en deze, eveneens: zo mogelijk, op te delen in verschillende te onderscheiden (verwijtbare) gedragingen waaruit de dringende reden is samengesteld en daarbij aan te geven dat ieder van die gedragingen zowel voor zich, als in onderling verband met de overige gedragingen als dringende reden wordt aangemerkt.

3.5 Stelplicht en bewijslast

Tot slot dient kort te worden stilgestaan bij stelplicht en bewijslast ten aanzien van de mededelingseis. Die berusten, net zoals dat geldt bij de in het vorige hoofdstuk besproken eis van onverwijlde opzegging, bij de werkgever. Dat werd in de lagere rechtspraak al kort na de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst aanvaard. De Kantonrechter te Amsterdam overwoog reeds in een vonnis van december 1909 dat de op staande voet ontslagen werknemer niet behoeft te stellen dat hij is ontslagen zonder dat hem onverwijld een dringende reden is meegedeeld.[170] Het ligt op de weg van de werkgever die ontslaat en de geldigheid van dat ontslag in rechte inroept ter afwering van de vordering van de werknemer, om te stellen dat aan die eis wel is voldaan. Zie in die zin ook een uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 1 mei 1924, waarin voorbij werd gegaan aan het beroep van de werkgever op een rechtsgeldig ontslag op staande voet, nu de werkgever niet had gesteld de dringende reden "onverwijld te hebben medegedeeld, waarom haar beroep op een dringende reden bevrijdend karakter mist." [171] De Hoge Raad heeft die benadering uiteindelijk ook omarmd, naar onder meer blijkt uit een arrest van 26 april 1996 dat hiervoor onder 2.8

170 Ktg. Amsterdam 24 december 1909, RBA I, 25/26, p. 108. Zie ook Ktg. Amsterdam 16 april 1912, RBA IV, nr. 3, p. 9.
171 Rb. Den Haag 1 mei 1924, RBA XII, 23/24, p. 91.

reeds aan de orde is geweest.[172] De Hoge Raad overwoog daarin met zoveel woorden dat de Rechtbank er in die zaak terecht van was uitgegaan dat de stelplicht ter zake van de eis van onverwijlde mededeling van de dringende reden bij de werkgever ligt.[173]

> Heeft de werkgever eenmaal gesteld te hebben voldaan aan de mededelingseis, dan is het vervolgens aan de werknemer om de juistheid van die stelling te betwisten. Doet hij dat *niet*, dan staat het de rechter niet vrij om het ontslag wegens schending van de mededelingseis ongeldig te achten. Doet hij dat wel, dan treedt hij buiten de grenzen van de rechtsstrijd, naar blijkt uit een arrest van 14 december 2012.[174]

Hoe ver gaat de stelplicht van de werkgever op het punt van de mededelingseis? In zijn algemeenheid heeft, zo zou ik menen, te gelden dat de werkgever niet alleen zal hebben te stellen – en toe te lichten – dat en waarom voldaan is (i) aan de eis dat de reden gelijktijdig – in de zin van onverwijld – is meegedeeld, maar ook (ii) dat voorts voldaan is aan de eis dat de reden zo is meegedeeld dat deze "onmiddellijk duidelijk" was voor de betrokken werknemer. De stelplicht ziet, anders gezegd, niet alleen op de *tijdigheid* van de mededeling, maar ook op de *inhoud* ervan. Dat laatste vindt bijvoorbeeld bevestiging in een uitspraak van de Kantonrechter Haarlem uit 2008, waarin sprake was van een leidinggevend functionaris die werd ontslagen wegens pesterijen en gevaarzettend gedrag jegens een homoseksuele collega. De leidinggevende had die collega, toen deze op een stoel zat, van achteren "beslopen" met een vorkheftruck en vervolgens gepoogd om hem met stoel en al op te tillen. Vervolgens was hij van de heftruck afgestapt, had hij de collega van achteren beetgepakt en was hij tegen hem "aan gaan rijden", waarna hij de ruimte verliet met de mededeling "is voor jou toch heel normaal dit …". Een andere collega was zo vriendelijk videobeelden van het gebeurde nadien op YouTube te plaatsen. De werkgever vond de handelwijze van de leidinggevende – begrijpelijkerwijs – allesbehalve normaal en ontsloeg op staande voet. De werknemer stelde in de procedure dat de ontslaggrond "onvoldoende specifiek" was meegedeeld. De rechter ging daaraan voorbij door erop te wijzen dat de werkgever gemotiveerd had gesteld dat hij de werknemer op de dag van het ontslag heel specifiek op de gemaakte filmbeelden had aangesproken, mede in verband met zijn positie als voorman.[175] Nu gesteld was dat die filmbeelden waren besproken, had de werkgever voldaan aan zijn stelplicht ter zake van de materiële kant van de mededelingsplicht, de eis om ten aanzien van de ontslaggrond redelijkerwijs geen enkele twijfel te laten bestaan.

---

172 HR 26 april 1996, NJ 1996, 609.

173 Zie ook Hof Amsterdam 19 juni 2012, LJN: BW8595, rov. 5.15 "De stelplicht en bewijslast met betrekking tot het bestaan van (een) – objectieve en subjectieve – dringende reden(en) die aan het ontslag op staande voet ten grondslag is/zijn gelegd, de gelijktijdige mededeling van die reden(en) en het onverwijld geven van het ontslag op staande voet zelf rust op Rabo".

174 HR 14 december 2012, JAR 2012/17 en LJN: BY2241. Met dank aan de cassatieadvocaat aan de zijde van eiser en eisers tot cassatie, die mij inzage verleende in de processtukken. Uit die processtukken valt af te leiden dat de werkgever in die zaak inderdaad in feitelijke instanties had gesteld dat aan de mededelingseis voldaan was, waarna zulks door de werkneemster niet was betwist. Het arrest moet niet aldus worden misverstaan dat daarin besloten ligt dat de stelplicht ter zake van de mededelingseis bij de werknemer zou liggen, een gedachte die bij vluchtige lezing van de korte overweging van de Hoge Raad op dit punt (rov. 3.5) zou kunnen opkomen.

175 Ktr. Haarlem 26 maart 2008, LJN: BC8936.

Met de opmerking dat de stelplicht ter zake van de mededelingsplicht ziet op zowel de tijdigheid als de inhoud van de mededeling, is nog niet gezegd hoe gedetailleerd, of wellicht beter: gespecificeerd, de werkgever aan die stelplicht moet voldoen. Dat zal in sterke mate van de omstandigheden van het geval afhangen. Er kunnen slechts vuistregels worden gegeven.

Is de dringende reden *schriftelijk* medegedeeld aan de werknemer en beroept de werkgever zich in rechte op niet meer dan *dezelfde ontslaggrond*, dan – zo zou ik menen – zal de werkgever er *in zijn algemeenheid* mee kunnen volstaan te stellen (i) dat en wanneer de werknemer die brief onder ogen heeft gekregen – teneinde zodoende aan het "tijdigheids-element" van de stelplicht met betrekking tot de mededelingseis te voldoen – en daarnaast (ii) te wijzen op de inhoud van de brief. Het is dan vervolgens aan de werknemer om, in het kader van zijn betwistingsplicht, aan te geven dat en waarom met die brief, in de omstandigheden van het geval, niet "onmiddellijk duidelijk" is gemaakt waarin de ontslaggrond was gelegen, bijvoorbeeld omdat hij de taal waarin de brief gesteld was, niet beheerste, of omdat hij – gelet op andere bijzondere omstandigheden van het geval – de inhoud niet of anders had begrepen.

Onder bijzondere omstandigheden kan, zo zou ik menen, een enkele verwijzing naar een schriftelijke ontslagbrief evenwel niet volstaan om aan de stelplicht te voldoen, te weten wanneer die brief zo onbegrijpelijk is dat hij als "obscuur libel" is aan te merken of omdat de ontslaggrond daarin zo vaag is aangeduid dat nadere context vereist is om te begrijpen wat de werknemer wordt verweten. In dat geval zal de werkgever hebben te stellen op grond van welke feiten en omstandigheden de werknemer ondanks de vage omschrijving toch meteen duidelijk was waarom hij werd ontslagen.[176] Wil de werkgever zich in rechte naast de schriftelijk opgegeven dringende reden ook nog op andere gronden beroepen – bijvoorbeeld op eerdere feiten die niet met zoveel woorden in de ontslagbrief staan – of stelt de werkgever dat de dringende reden anderszins anders moet worden begrepen dan uit de tekst van de brief blijkt, dan zal zijn stelplicht meebrengen dat hij toelicht dat en waarom een en ander bij het meedelen aan de werknemer onmiddellijk duidelijk was.

Heeft de werkgever niet uitdrukkelijk schriftelijk meegedeeld waarin de ontslaggrond gelegen was, maar ligt de mededeling van de ontslaggrond besloten in één of meer gedragingen van de werkgever, dan is verdedigbaar dat op de werkgever een verzwaarde stelplicht rust, nu de Hoge Raad – naar hiervoor onder 3.3.1. is verduidelijkt – heeft aangenomen dat dan slechts in *uitzonderlijke* gevallen is voldaan aan het criterium dat geen enkele twijfel kan bestaan met betrekking tot de dringende reden. De stelplicht van de werkgever zal dan meebrengen dat hij gespecificeerd de feiten en omstandigheden stelt die meebrengen dat en waarom de werknemer, ondanks het ontbreken van een uitdrukkelijke mededeling, toch meteen duidelijk is geweest waarom hij is ontslagen.

176 Zie voor een geval waarin de schriftelijk medegedeelde ontslaggrond tamelijk vaag was, maar de rechter oordeelde dat hij aan de "minimale wettelijke eisen" voldeed, Ktr. Terneuzen 12 april 2000, Prg. 2000, 5526.

3.6 Conclusie

Keren wij thans terug naar de kernvraag van dit hoofdstuk – (hoe) werkt de mededelingseis? –, dan moet allereerst worden vastgesteld dat dat vereiste reeds bij de totstandkoming van de Wet op de arbeidsovereenkomst in 1907 een heldere ratio had, die inhield dat de dringende reden op een zodanige wijze moest worden meegedeeld dat er bij de werknemer geen twijfel over kon bestaan waarom hij was ontslagen. Zulks teneinde hem in staat te stellen de afweging te maken of hij tegen het ontslag in rechte wilde opkomen, of er de voorkeur aan gaf daarin te berusten omdat hij de opgegeven grond als feitelijk juist en als dringende reden erkende. De werknemer moet kunnen varen op de hem opgegeven reden en de werkgever heeft zich om die reden voor het ontslag te beraden op de vraag welke reden hij heeft, kan bewijzen en wil opgeven.

Nadat het oorspronkelijke wetsontwerp de verplichting bevatte om de dringende reden voorafgaand aan het ontslag mee te delen, is er uiteindelijk op aangeven van de Tweede Kamer voor gekozen om niet uit te gaan van een al te rigide benadering ter zake van het moment waarop de mededeling dient te geschieden. Er zouden zich, zo realiseerde men zich al voordat de wet in werking trad, gevallen kunnen voordoen waarin redelijkheid en billijkheid meebrengen dat de mededeling van de reden pas kort na het ontslag zelf wordt gedaan. Om dat mogelijk te maken kwam in de wet te staan dat de mededeling van de ontslaggrond "onverwijld" dient te geschieden. In het kader van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid en de Repa-Flexwet is het woord "onverwijld" vervangen door het woord "gelijktijdig". In de literatuur wordt veelal aangenomen dat daardoor een materiële wijziging tot stand is gekomen en wel in die zin dat de mededeling van de dringende reden nu (uiterlijk) op hetzelfde moment als de opzegging dient plaats te vinden. Er zou sprake zijn van een verscherping van de norm. Dat lijkt bij nadere bestudering een onjuiste aanname. Beziet men de wetsgeschiedenis, dan was het *niet* de bedoeling om op het hier bedoelde punt tot een wijziging te komen. De enige uitlating in het wetgevingsproces van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid en de Repa-Flexwet die wel in de richting wijst van een materiële wijziging – te weten een opmerking van regeringszijde in de Nota naar aanleiding van het verslag met betrekking tot het wetsvoorstel Repa-Flexwet – is gebaseerd op een misvatting omtrent hetgeen op dat moment geldend recht was en zou, alleen al om die reden, niet richtingwijzend moeten zijn. Ook de huidige tekst van art. 7:677 BW en dan in het bijzonder het woord gelijktijdig noopt niet tot een strengere benadering dan sedert 1909 geldend recht was. Het woord gelijktijdig betekent immers ondermeer "in hetzelfde tijdvak", hetgeen een zeker tijdsverloop tussen opzegging en mededeling van de reden mogelijk doet zijn. Veel belangrijker dan dat is evenwel dat een rigide uitleg van het woord "gelijktijdig" – in die zin dat daaronder "op hetzelfde moment" wordt verstaan – tot onbillijke uitkomsten kan leiden, nu daarmee enerzijds geen enkel redelijk belang van de werknemer wordt gediend, terwijl er anderzijds allerlei gevallen zijn waarin het redelijk voorkomt dat de werkgever enig uitstel wordt verleend voor mededeling van de reden. Daarbij kan worden gedacht aan het geval dat de werknemer na te horen te hebben gekregen dat hij wordt ontslagen de benen neemt of een *nervous breakdown* krijgt waardoor de werkgever helemaal niet in staat

is om de reden tegelijkertijd mee te delen en deze noodgedwongen moet nazenden. Onder gelijktijdig in art. 7:677 BW moet dus nog steeds onverwijld worden verstaan.

Vervolgens werd onder ogen gezien dat de mededelingseis bij uitstek een medaille met twee kanten is. Enerzijds heeft de eis een materiële betekenis, die betrekking heeft op de vraag waaraan de mededeling van de dringende reden inhoudelijk heeft te voldoen. Anderzijds heeft diezelfde eis een formele, of zo men wil, processuele kant, die inhoudt dat de opgegeven ontslaggrond de rechtsstrijd in een eventuele procedure over het ontslag op staande voet afbakent. De opgegeven ontslaggrond moet door de werkgever feitelijk worden bewezen en deze moet het ontslag ook kunnen dragen, hetgeen wil zeggen dat die grond als dringende reden moet worden aangemerkt. Beide kanten van de mededelingseis hangen nauw met elkaar samen; het is juist vanwege de formele rol die de mededelingseis speelt, dat aan de materiële kant strenge eisen worden gesteld. Omdat de opgegeven ontslaggrond uiteindelijk in de procedure bepaalt of terecht op staande voet is ontslagen, moet het de werknemer meteen duidelijk zijn waarom hij wordt ontslagen, zodat hij zich erop kan beraden of een procedure beginnen überhaupt zinvol is.

De Hoge Raad stelt vanouds strenge eisen aan de materiële kant van de mededelingseis. De mededeling moest aanvankelijk zo worden overgebracht dat de ontslaggrond de werknemer "volkomen duidelijk" was, sinds het arrest *Bakermans/ Straalservice* uit 1993 formuleert de Hoge Raad het aldus dat de ontslaggrond de werknemer "onmiddellijk duidelijk" moet zijn; meer dan een nuance zit daar echter niet tussen. De lijn van de Hoge Raad op dit punt is dus de afgelopen honderd jaar steeds consistent geweest. Verder is van belang te onderkennen dat de Hoge Raad weliswaar streng, maar niet nodeloos formalistisch of rigide is ter zake van de mededeling. De mededeling is vormvrij en hoeft dus niet noodzakelijkerwijs schriftelijk te geschieden. Hij kan ook mondeling worden overgebracht of zelfs in gedragingen besloten liggen.[177] Ook mag de werkgever volstaan met een globale aanduiding. Maar al die vrijheid vindt *steeds* zijn begrenzing in de ratio van de mededelingseis: hoe de boodschap ook wordt overgebracht, hij moet leiden tot onmiddellijke duidelijkheid over de reden die de werkgever bij het ontslag voor ogen heeft gestaan. Over die reden (en de bewijsbaarheid daarvan) heeft de werkgever zich, blijkens de wetsgeschiedenis, immers vóór het ontslag te beraden. Dat betekent dat de gevallen waarin gezegd kan worden dat de werkgever, hoewel hij bij het ontslag niet concreet heeft aangegeven waarin de ontslaggrond is gelegen, desondanks voor de vereiste onmiddellijke duidelijkheid daaromtrent heeft gezorgd, in de ogen van de Hoge Raad toch wel de absolute uitzonderingsgevallen zijn. Bij dat alles geldt dat de Hoge Raad, na de rechterlijke beoordeling of in een specifiek geval aan het door hem geformuleerde strenge criterium is voldaan, jarenlang als feitelijke en in cassatie onaantastbare beslissing te hebben aangemerkt, eind jaren '70 de teugels is gaan aanhalen. Thans wordt die beslissing wel degelijk op begrijpelijkheid getoetst en uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat zeker wanneer de rechter van mening is dat zich de "uitzonderlijke" situatie voordoet waarin de werknemer,

177 Vanzelfsprekend wordt deze vrijheid begrensd door het bepaalde in art. 7:669 BW, dat degene die de arbeidsovereenkomst opzegt ertoe verplicht de andere partij op diens verzoek schriftelijk opgave van de reden van opzegging te geven.

zonder dat concreet en duidelijk schriftelijk is meegedeeld waarom hij wordt ontslagen, toch de vereiste duidelijkheid is verschaft, zulks grondig heeft te motiveren.

De beoordeling of aan de werknemer de vereiste onmiddellijke duidelijkheid is verschaft, is in feite een kwestie van uitleg, waarbij nooit alleen mag worden gelet op de bewoordingen waarin de ontslaggrond is vervat. Vanzelfsprekend is de taalkundige betekenis van de gebruikte bewoordingen – zeker bij een schriftelijke opgave van de ontslaggrond – een belangrijk aanknopingspunt, maar daarnaast moet op andere omstandigheden worden gelet, zoals de aard van de functie en het daarmee gepaard gaande opleidingsniveau, de ernst van de feiten, eventuele eerdere waarschuwingen van de werkgever dat bepaald gedrag als dringende reden zal worden aangemerkt en tijdsverloop tussen het moment waarop het gewraakte gedrag heeft plaatsgevonden en het ontslag. Als de handelwijze van een werknemer, gelet op de aard van zijn functie, bijzonder ernstig is en de werkgever vooraf heeft gewaarschuwd dat hij bij die handelwijze onherroepelijk tot ontslag zal overgaan, zal die werknemer zich er niet snel op kunnen beroepen dat hem niet onmiddellijk duidelijk was waarom hij werd ontslagen, ook als de ontslaggrond vaag – of wellicht zelfs niet geheel correct – was geformuleerd. De Hoge Raad staat, ook hier, een van realiteitszin getuigende benadering voor. Aan de ene kant wordt van de werkgever verwacht dat hij geen misverstand laat bestaan over de ontslaggrond die hem bij het geven van het ontslag voor ogen staat, maar aan de andere kant zal een werknemer die heel wel weet waarom hij is heengezonden, niet "wegkomen" met een chicaneus verweer dat hij niet begrijpt wat er aan de hand is. Dat alles is volstrekt in lijn met de gedachte die ten grondslag ligt aan de mededelingseis.

Wat verder opvalt, is dat de Hoge Raad bij de beantwoording van de vraag of eerdere gedragingen van de werknemer die aan de directe aanleiding van het ontslag voorafgaan, maar die de werkgever wel onderdeel wil laten uitmaken van de opgegeven ontslaggrond, een wat "verdund" mededelingsvereiste lijkt te hanteren. Eerdere gedragingen/feiten mogen meewegen als het de werknemer ten tijde van de mededeling van de ontslaggrond *"duidelijk"* was dat zij meetelden, hetgeen volgens de Hoge Raad meebrengt dat de werknemer heeft *"kunnen en moeten begrijpen"* dat de eerdere gedragingen mede redengevend waren, zulks terwijl dat laatste blijkens het arrest in de zaak *Bakermans/Straalservice* nu juist niet voldoende was om aan de in dat arrest geformuleerde algemene mededelingsmaatstaf van "*onmiddellijke duidelijkheid*" te voldoen. Dat verschil – zo de Hoge Raad het al bewust heeft gemaakt – spreekt niet aan en verdient heroverweging. Baseert de werkgever een ontslag mede op vroegere feiten, dan bestaat de dringende reden uit het samenstel van de rechtstreekse aanleiding en de achtergrond en valt alleen al om die reden niet in te zien waarom ter zake van de vroegere feiten een ander, minder strikt, mededelingsregime zou hebben te gelden. Sterker nog: de oude feiten kunnen – zeker bij zaken die vallen in de categorie van de zogenaamde druppel/emmer-theorie, waarbij de aanleiding niet meer is dan de druppel die de emmer doet overlopen – zelfs relatief veel belangrijker zijn dan de directe aanleiding voor het ontslag. In zo een geval brengt de ratio van de mededelingseis mee dat voor de gehele dringende reden – dus aanleiding plus achtergrond – geldt dat deze de werknemer zo moet worden meegedeeld, dat deze hem onmiddellijk duidelijk is. Verder lijkt het ook praktisch veel beter werkbaar om uit te gaan van één maatstaf, te weten die uit het arrest

Bakermans/Straalservice. De nuance die de Hoge Raad hier aanbrengt, lijkt me één nuance te veel van het goede. Hij verdient heroverweging.

Bij de beschouwing van de formele of processuele kant van de mededelingseis werd geconstateerd dat de Hoge Raad ook daar vrijwel steeds trouw betoont aan de ratio van de mededelingseis. De werknemer mag, in een procedure over de rechtsgeldigheid van het ontslag, varen op het kompas van de hem bij – of kort na – het ontslag opgegeven ontslaggrond. *Aanvulling* van de ontslaggrond na het ontslag is niet toegestaan, behoudens voor zover die aanvulling *onverwijld* plaatsvindt. Naar mijn mening is er – en in de lagere rechtspraak valt steun voor die gedachte te vinden – geen bezwaar tegen dat de werkgever de opgegeven ontslaggrond nadat een eerste indicatie van de grond daarvoor is gegeven, nog wat nader preciseert of uitbreidt, mits die precisering of uitbreiding maar geschiedt binnen het korte onverwijldheids-tijdvak dat na de opzegging (nog) voor de mededeling beschikbaar is. Daarbij zal het in beginsel hooguit om dagen gaan, niet om weken. Is dat tijdvak voorbij, dan zit de werkgever vast aan de door hem opgegeven ontslaggrond. Hij zal deze in beginsel integraal hebben te bewijzen. Dat betekent dat wanneer de werkgever een ontslaggrond hanteert die opzet of schuld omvat, hij niet alleen het *feit*, maar ook het ver*wijt* (dat besloten ligt in het opzettelijk of culpoos handelen) zal moeten bewijzen. Slaagt hij daarin niet, dan komt de opgegeven ontslaggrond niet vast te staan en vindt het ontslag reeds daarin zijn Waterloo. De kritiek dat de gemiddelde werkgever aldus wordt opgezadeld met een bewijslast die hij zich bij het ontslag niet realiseert, treft naar mijn smaak geen doel. De ratio van de mededelingseis verzet zich ertegen om, wanneer een werkgever kiest voor strafrechtelijk geïnspireerde ontslagterminologie, de werkgever vervolgens niet te belasten met de daarmee gepaard gaande bewijslast ter zake van de in die terminologie besloten liggende verwijtbaarheid. Wordt een werknemer ontslagen wegens diefstal of verduistering, dan moet hij zich erop kunnen beraden of *die* ontslaggrond, inclusief de daarvoor vereiste (mate van) opzet, aanwezig is. Juist bij een ontslag wegens een dringende reden ligt het voor de hand dat daarvan eerder gebruik zal worden gemaakt naarmate het gedrag van de werknemer ernstiger is en dat betekent weer dat op dit terrein een ontslag wegens het meerdere – bijvoorbeeld: verduistering – niet noodzakelijkerwijs betekent dat ook wegens het mindere – bijvoorbeeld: het ontstaan van een kastekort – zou zijn ontslagen. Wil de werkgever ook ontslaan wegens de minder zwaarwegende grond dan zal hij dat reeds bij het ontslag onmiddellijk duidelijk moeten maken, zodat de werknemer de keuze om al dan niet tegen het ontslag op te komen ook daarop kan afstemmen. Doet hij dat niet, dan is het niet meer dan logisch dat de werkgever vast zit aan de bewijslast die een ontslag wegens een misdrijf meebrengt. Onbillijk is dat niet; ook een werkgever wordt geacht de wet te kennen en dat geldt zeker voor een werkgever die zijn werknemer verwijt de wet in ernstige mate te hebben overtreden. Bovendien moet niet uit het oog worden verloren dat het maar in weinig gevallen veel verschil zal maken of de werkgever nu heeft ontslagen wegens een dringende reden die opzet of schuld als bestanddeel bevat, of wegens een daarop lijkende, maar "kleurloze" ontslaggrond. In dat laatste geval zal namelijk het eventuele ontbreken van verwijtbaarheid eveneens een belangrijke rol spelen in de beoordeling van de geldigheid van het ontslag. In dat geval niet bij de beoordeling of de opgegeven ontslaggrond feitelijk is komen vast te staan, maar wel bij de daarop volgende afweging of die ontslaggrond wel als dringende

reden kwalificeert. In die afweging is de verwijtbaarheid een belangrijk gezichtspunt en zonder verwijtbaarheid zal meestentijds geen dringende reden worden aangenomen.

Op de regel dat de opgegeven ontslaggrond integraal moet worden bewezen, heeft de Hoge Raad ten faveure van de werkgever als uitzondering aanvaard dat een ontslag onder omstandigheden ook rechtsgeldig kan zijn wanneer slechts een deel van de grond komt vast te staan, zij het dat aan die mogelijkheid voorwaarden zijn gekoppeld. Die voorwaarden houden in dat (a) het deel van de ontslaggrond dat komt vast te staan, in zichzelf ernstig genoeg moet zijn om als dringende reden te kwalificeren, dat (b) de werkgever stelt en aannemelijk maakt dat hij ook zou hebben ontslagen als hij alleen over het vastgestelde gedeelte zou hebben beschikt en (c) dat dat ten tijde van het ontslag ook duidelijk was voor de werknemer. De meest recente bevestigingen door de Hoge Raad van deze leer zijn hem op – soms gepeperde – kritiek komen te staan. De benadering van de Hoge Raad zou leiden tot resultaten waar "ieder weldenkend mens zich voor zou schamen", omdat de met (b) en (c) aangeduide deelvereisten (kunnen) meebrengen dat een ontslag dat is gegeven wegens zowel (i) een bijzonder ernstig feit als (ii) een ondergeschikte bagatel, door nietigheid kan worden getroffen wanneer alleen de bagatel niet komt vast te staan. Die kritiek snijdt niet daadwerkelijk hout. In de eerste plaats zijn de door de Hoge Raad geformuleerde deelcriteria dogmatisch noodzakelijk. Het met (c) aangeduide deelvereiste vloeit dwingend voort uit de in dit hoofdstuk besproken mededelingseis, die beoogt veilig te stellen dat de werknemer vlak na het ontslag weet waartegen hij zich in rechte heeft te verweren. Wil men het toelaatbaar achten dat een ontslag in rechte op grond van een deel van de opgegeven dringende reden stand kan houden, dan moet de werknemer om recht te doen aan die ratio van de mededelingseis wel reeds bij het ontslag geweten hebben dat hij ook alleen wegens dat deel van de dringende reden werd ontslagen, zodat hij zijn proceskeuze ook op die mogelijkheid heeft kunnen afstemmen. De met (a) en (b) aangeduide deelvereisten zijn evenmin eisen die uitgaan boven hetgeen bij een normaal ontslag op staande voet geldt. Zo een ontslag kan immers alleen maar rechtsgeldig zijn wanneer zich een dringende reden voordoet (deelvereiste (a)) en de werkgever die reden ook heeft aangegrepen om daadwerkelijk te ontslaan (deelvereiste (b)). Dogmatisch is op de benadering van de Hoge Raad dus niets af te doen, behoudens dat opvalt dat de mate van duidelijkheid bij de werknemer die deelvereiste (c) vereist – het moet de werknemer bij het ontslag "duidelijk" zijn geweest dat hij ook alleen wegens het uiteindelijk vaststaande deel zou zijn ontslagen – iets afwijkt van de algemene norm uit het arrest *Bakermans/Straalservice*, die een nuance strenger lijkt te zijn (*"onmiddellijk duidelijk"*). Voor dat onderscheid is geen goede reden te geven – deelvereiste (c) is immers niets meer dan een species van de algemene mededelingseis – en het ligt dan ook in de rede dat deelvereiste streng, dat wil zeggen in lijn met de norm uit het arrest *Bakermans/Straalservice* uit te leggen. Het zou ook hier goed zijn wanneer de Hoge Raad het tekstuele gat tussen het deelvereiste (c) en de algemene norm zou dichten door het deelvereiste te verzwaren naar het niveau van de algemene norm.

De hiervoor genoemde kritiek op de leer van de Hoge Raad is eens te meer onjuist, nu uit de rechtspraak blijkt dat de Hoge Raad geen overdreven rigide toepassing van de deelcriteria (b) en (c) voorstaat. Is het deel van de opgegeven ontslaggrond dat komt vast te staan bijzonder ernstig en/of komt verreweg het grootste deel van de

opgegeven ontslaggrond vast te staan, dan mag de rechter zonder veel omhaal aannemen, dat aan die deelcriteria is voldaan. Dat ligt besloten in het feit dat de Hoge Raad in zo een setting meer dan eens uitspraken van appelrechters waarin niet uitdrukkelijk op die deelcriteria was ingegaan, overeind hield, ofwel door erop te wijzen dat de rechter die criteria klaarblijkelijk vervuld had geacht, ofwel door het cassatieberoep af te doen op de voet van art. 81 RO. Onrealistische eisen worden ook hier niet gesteld. De door de Hoge Raad geformuleerde criteria ter zake van de toelaatbaarheid van een rechtsgeldig ontslag op staande voet wegens een gedeeltelijk vastgestelde dringen reden zijn gelet op al het voorgaande, afgezien van een zekere aanscherping van het met (c) aangeduide deelvereiste, niet aan heroverweging toe. Daarnaast is goed verdedigbaar dat aan de drie door de Hoge Raad geformuleerde eisen nog een *vierde* deelvereiste moet worden toegevoegd dat luidt dat ook ten aanzien van het uiteindelijk vastgestelde deel van de ontslaggrond moet zijn voldaan aan de in het vorige hoofdstuk besproken eis van onverwijld ontslag. Was het overgebleven deel van de ontslaggrond al geruime tijd bekend bij de tot ontslag bevoegde functionaris toen het ontslag uiteindelijk plaatsvond (als reactie op het niet vastgestelde deel), dan is aan die eis niet voldaan.

Zoals hiervoor is aangegeven, komt uit de rechtspraak van de Hoge Raad over de afgelopen eeuw het beeld op dat de Hoge Raad streng de hand houdt aan de regel dat de bij het ontslag opgegeven dringende reden in een procedure niet mag worden aangevuld of gedenatureerd in een andere grond die niet in de bij het ontslag opgegeven reden besloten ligt. Slechts een enkele keer is hij van dat pad afgedwaald, zoals in het arrest *Bartels/CL*, waarin in feite werd toegestaan dat de werkgever de opgegeven dringende reden – ontvreemding van bijna een half miljoen – ten processe mocht aanvullen met een weliswaar gelieerde, maar materieel toch wel echt andere ontslaggrond – te weten het in strijd met een verbod van nevenwerkzaamheden verdienen van datzelfde bedrag –, *die pas na het ontslag was opgekomen.* De Hoge Raad aanvaardde dat, kort gezegd, omdat de werknemer zelf niet eerlijk was geweest omtrent de toedracht en hemzelf van begin af aan de juiste toedracht bekend was geweest. In het voorgaande is aangegeven dat er allerlei redenen van zowel theoretische als meer praktische aard zijn die de door de Hoge Raad in dit arrest gekozen benadering – die een (incidentele) breuk oplevert met de duidelijke lijn dat een opgegeven ontslaggrond niet in rechte kan worden aangevuld of veranderd – veroordelen. Bovendien werd geconstateerd dat die systematisch onjuiste benadering ook niet nodig is om onbillijke resultaten te voorkomen; daarvoor zijn andere middelen voorhanden zoals de matigingsbevoegdheid van art. 7:680a BW en de mogelijkheid om een tweede ontslag op staande voet voor zover vereist te geven zodra (ten processe) blijkt dat de werkgever een verkeerde ontslaggrond heeft opgegeven. Marchanderen met een helder criterium dat de rechtszekerheid beoogt te dienen, lijkt daarvoor niet de aangewezen route.

Tot slot werd geconstateerd dat waar het mededelingsvereiste meebrengt dat *aanvulling* van de opgegeven ontslaggrond niet is toegestaan, *inkleuring* van die ontslaggrond hangende de procedure binnen bepaalde grenzen niet ontoelaatbaar is. Is de ontslaggrond ruim of algemeen geformuleerd, dan kan de werkgever de opgegeven ontslaggrond nog in de procedure onderbouwen met concrete voorbeelden die vallen binnen de grenzen van hetgeen is medegedeeld. Zo besliste de Hoge

Raad al halverwege de jaren '20 van de vorige eeuw in het arrest rond de Indische geneesheer, en zo bevestigde hij in een arrest van 1993 opnieuw. Hoewel de Hoge Raad zich daarover nog niet met zoveel woorden heeft uitgelaten, zou ik zelf menen dat het juist en systematisch consequent is om ook deze mogelijkheid van "inkleuring" van een algemeen geformuleerde ontslaggrond weer haar begrenzing te laten vinden in de ratio van de mededelingseis, dat het de werknemer wel meteen duidelijk moet zijn geweest waarom hij werd ontslagen. Dat betekent twee dingen. Het betekent in de eerste plaats dat inkleuring van een algemeen geformuleerde ontslaggrond met voorbeelden alleen toelaatbaar is wanneer het de werknemer reeds bij de mededeling van de ontslaggrond duidelijk was, dat de desbetreffende voorbeelden mede redengevend waren voor het ontslag op de algemeen geformuleerde grond. Stelt men die eis niet, dan krijgt de werknemer immers in de procedure te maken met feiten waarvan voor hem onmiddellijk na de opgave van de dringende reden niet duidelijk was dat hij mede vanwege die feiten werd ontslagen, zodat hij zijn beslissing om al dan niet in het ontslag te berusten daarop niet heeft kunnen afstemmen. Dat lijkt zich niet met de mededelingseis, zoals uitgelegd door de Hoge Raad in onder meer het arrest *Bakermans/Straalservice*, te verdragen. Maar het betekent in de tweede plaats ook dat de invulling van de dringende reden met die voorbeelden geen vrijblijvend karakter meer heeft. De werkgever zal in beginsel *alle* voorbeelden waarvan het de werknemer onmiddellijk duidelijk was dat zij onder de algemeen geformuleerde ontslaggrond vallen, hard *moeten* maken. Die voorbeelden vormen immers samen de opgegeven dringende reden. Die verplichting om alle voorbeelden hard te maken, kan natuurlijk wel uitzondering lijden wanneer het de werknemer bij het ontslag onmiddellijk duidelijk was dat hij ook wegens één (of enig deel) van die voorbeelden zou zijn ontslagen en ook voor het overige is voldaan aan de vereisten van een rechtsgeldig ontslag wegens een gedeeltelijk vastgestelde dringende reden. Inkleuring van een algemeen geformuleerde ontslaggrond met feiten en omstandigheden die de werkgever pas na het ontslag zijn gebleken, in die zin dat die omstandigheden hangende een procedure mede constituerende onderdelen van de opgegeven ontslaggrond gaan vormen, lijkt mij niet goed te verenigen met de ratio van de mededelingseis, die behelst dat de werknemer moet kunnen varen op hetgeen hem bij het ontslag als reden wordt medegedeeld. Niet valt in te zien hoe een werknemer bij een ontslag op een algemeen geformuleerde grond "onmiddellijk duidelijk" kan zijn dat de werkgever daarmee ook beoogt te ontslaan wegens feiten die hij helemaal nog niet kent. "Onmiddellijk duidelijkheid" verschaffen over iets waarvan men geen weet heeft, lijkt op gespannen voet te staan met de wetten van de logica. Zou men de mogelijkheid van inkleuring van een algemeen geformuleerde ontslaggrond met pas na het ontslag bekend geworden feiten wel omarmen, dan zou dat materieel gezien betekenen dat de werkgever de opgegeven ontslaggrond in rechte kan aanvullen; de algemeen geformuleerde grond gaat dan immers hangende een procedure meer omvatten dan op het moment van het ontslag en bovendien is dan, in ieder geval ten aanzien van een deel van de dringende reden, sprake van een ontslag op staande voet met terugwerkende kracht. Wel kunnen later opgekomen feiten fungeren als steunbewijs voor de stelling dat datgene wat wèl ten tijde van het ontslag bij de werkgever bekend was en dus door hem als dringende reden kón worden opgegeven, zich inderdaad heeft voorgedaan.

Tot slot zagen wij onder ogen dat de stelplicht en de bewijslast ter zake van het voldaan zijn aan de mededelingseis, ook bij de werkgever liggen. Die zal hebben te stellen – en bij gemotiveerde betwisting hebben te bewijzen – niet alleen (i) dat de ontslaggrond gelijktijdig in de zin van onverwijld is medegedeeld, maar ook (ii) dat die mededeling zodanig heeft plaatsgevonden dat daaromtrent bij de werknemer "redelijkerwijs geen enkele twijfel" heeft bestaan. Harde regels met betrekking tot de vraag hoe gespecificeerd de werkgever die stelplicht heeft in te vullen, zijn niet te geven, wel vuistregels. Is de ontslaggrond schriftelijk uitgereikt en in een ontslagbrief concreet omschreven, dan zal de werkgever in het algemeen kunnen volstaan met een verwijzing naar de desbetreffende brief. Is, aan de andere kant van het spectrum, sprake van de – volgens de Hoge Raad – "uitzonderlijke" situatie waarin de werkgever heeft volstaan met een mededeling die in een gedraging besloten ligt, dan zal de werkgever moeten specificeren gelet op welke feiten en omstandigheden de ontslaggrond desondanks onmiddellijk duidelijk was.

Al het voorgaande overziend, dient de conclusie te zijn dat de mededelingseis een vereiste is met een duidelijke strekking, te weten het verschaffen van duidelijkheid aan de werknemer omtrent de reden voor het ontslag, teneinde hem in staat te stellen de afweging te maken of hij daartegen in rechte op wil en kan komen. Zowel de materiële eisen die de Hoge Raad aan de mededeling van de ontslaggrond stelt als de formele/procedurele gevolgen die de Hoge Raad daaraan verbindt, volgen even logischer- als noodzakelijkerwijs uit die ratio.[178] Daarbij komt dat de koers die de Hoge Raad volgt bij de beoordeling of aan die eisen is voldaan van realiteitszin getuigt. De eisen die aan de werkgever worden gesteld zijn hoog, maar daar staat tegenover dat een werknemer die verdraaid goed weet waarom hij wordt ontslagen, zich niet snel zal kunnen verschuilen achter het feit dat hij niet wist wat er speelde. Gechicaneer wordt niet beloond.

178 S.W. Kuip, Ontslagrecht met bijzondere aandacht voor de dringende reden, Deventer 1993, p. 106 trekt als ik het goed zie een vergelijkbare conclusie.