

Tijdschrift Recht en Arbeid, Het ontslag op staande voet en de WWZ (I)

Vindplaats: TRA 2015/45

Auteur: Prof. mr. S.F. Sagel¹

Bijgewerkt tot: 14-04-2015

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

Samenvatting

Het ontslag op staande voet blijft onder de WWZ bestaan. De wettelijke regeling ervan, als verankerd in art. 7:677 lid 1 BW jo. art. 7:678 BW en art. 7:679 BW, ondergaat per 1 juli 2015 zelf maar een kleine aanpassing die ziet op de zogeheten mededelingseis. Maar de radicale wijzigingen die de WWZ meebrengt in het ontslagrechtelijke landschap dat het ontslag op staande voet omgeeft, laten die rechtsfiguur niet onberoerd. In deze bijdrage, die in twee delen uiteenvalt, wordt een aantal van de effecten die het WWZ-ontslagrecht op het ontslag op staande voet heeft, in kaart gebracht. In dit eerste deel wordt ingegaan op de mededelingseis, de eis van onverwijld ontslag in verhouding tot de door de WWZ geïntroduceerde bedenktijd voor beëindigingsovereenkomsten en op de relatie tussen de transitievergoeding en het ontslag op staande voet. In het tweede deel wordt de korte vervaltermijn besproken waarbinnen vanaf 1 juli 2015 in rechte tegen een ontslag op staande voet moet worden opgekomen en wordt, tot slot, uitvoerig stilgestaan bij de billijke vergoeding van het nieuwe art. 7:681 BW waarvoor de ontslagen werknemer, als alternatief voor vernietiging van het ontslag, kan opteren.

1. Het ontslag op staande voet overleeft

Het zal je maar gebeuren: je schrijft een proefschrift over een bepaalde rechtsfiguur en een week of zes voor de verdediging ervan wordt een verstrekkende wetswijziging aangekondigd die dat leerstuk naar de mestvaalt der juridische ideeëngeschiedenis verwijst. Een nachtmerriescenario. Het was dan ook met trillende vingers dat ik op 12 april 2013 – mijn proefschrift over het ontslag op staande voet lag net bij de drukker – door het Sociaal Akkoord bladerde. Stond die ene dodelijke passage ergens: “het ontslag op staande voet wordt afgeschaft”? Groot was mijn opluchting toen ik dat zinnetje niet aantrof. Sterker nog: er werd met geen woord gerept over het ontslag op staande voet. Wie in het *“Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020”* zocht op de term “voet” kwam slechts uit bij de voetbalbranche – die zou worden uitgezonderd van de nieuwe ketenregeling-beperkingen – en bij de discontovoet. En ook de op het Sociaal Akkoord voortbouwende WWZ heeft niet gedaan waarvoor door verschillende arbeidsrechtelijke geleerden, onder wie Loonstra, Houweling en Grapperhaus, de afgelopen decennia met vuur is gepleit: de WWZ heeft het ontslag op staande

voet niet afgeschaft.^[2] Dat arbeidsrechtelijke machtsmiddel bij uitstek om orde op zaken te stellen in de onderneming, blijft ondanks de kritiek van de zojuist genoemde abolitionisten – die het middel op één lijn stelden met middeleeuws aandoende strafmaatregelen als de verbanning of zelfs de doodstraf – bestaan. Het ontslag op staande voet heeft de WWZ overleefd. Dat ik dat een goede zaak vind, zal hen die zich tot pagina 480 van mijn proefschrift heen hebben weten te slaan, niet verbazen. Ik ga mijn argumenten voor behoud van de rechtsfiguur hier ter voorkoming van mosterd na de maaltijd niet herhalen.^[3] Centraal in deze bijdrage staat wat de WWZ nu eigenlijk betekent voor het ontslag op staande voet. Het ontslag op staande voet heeft overleefd, maar hoe? De wettekst waarin de rechtsfiguur zelf is geregeld, is nauwelijks gewijzigd. Maar de regels die het ontslag op staande voet omringen zijn door de WWZ wel ingrijpend veranderd. Wat betekent dat voor het ontslag op staande voet? Dat is de kernvraag die deze bijdrage, die in twee delen uiteenvalt, aan de orde stelt. In dit eerste deel wordt daarbij ingegaan op de zogeheten mededelingseis bij ontslag op staande voet en op de eis van onverwijld ontslag, in het bijzonder in verhouding tot de mogelijkheid om voorafgaand aan zulk een ontslag aan de werknemer een beëindigingsvoorstel te doen. Daarna wordt de vraag beantwoord hoe de door de WWZ geïntroduceerde transitievergoeding zich verhoudt tot het ontslag op staande voet.

2. De mededelingseis – Asscher lost de belofte van Melkert in

Aan een rechtsgeldig ontslag op staande voet worden volgens art. 7:677 lid 1 BW drie eisen gesteld. Er moet sprake zijn van een dringende reden, op grond daarvan moet onverwijld zijn ontslagen en tot slot moet die reden tijdig en voldoende duidelijk aan de werknemer zijn meegedeeld. De letter van de wet is door de WWZ slechts op het laatstgenoemde punt aangepast. De mededelingseis strekt er van oudsher toe te bewerkstelligen dat de werknemer zich kan beraden op de vraag of de ontslaggrond feitelijk juist is en of ook hij deze als dringende reden kwalificeert.^[4] De werknemer moet, anders gezegd, zijn positie kunnen bepalen – “ga ik procederen of niet?” – aan de hand van de meegedeelde dringende reden. De Hoge Raad stelt gelet op die ratio strenge eisen aan de mededeling; die moet zo worden gedaan dat het de werknemer “onmiddellijk duidelijk” is waarom hij wordt ontslagen.^[5] De Hoge Raad heeft dat in twee in 2014 gewezen arresten nog eens uitdrukkelijk bevestigd.^[6] De mededelingseis heeft ook een formele, processuele kant, die behelst dat de werkgever, wanneer een werknemer zich niet wenst neer te leggen bij het hem gegeven ontslag op staande voet, het in rechte ook moet hebben van de meegedeelde ontslaggrond. Die reden zal in de procedure moeten worden bewezen en de rechter mag een ontslag niet gewettigd achten op grond van een andere dan de opgegeven grond.^[7]

Op al deze principiële punten brengt de WWZ *geen* wijziging. De enige verandering die de WWZ (in elk geval: naar de letter van de wet) meebrengt ten aanzien van de mededelingseis betreft het *tijdstip* van de mededeling. Daar waar de wettekst nu nog bepaalt dat de arbeidsovereenkomst “onder *gelijktijdige* mededeling” van de dringende reden moet worden opgezegd, wijzigt de WWZ deze verplichting aldus dat de opzegging dient te geschieden “onder *onverwijld* mededeling” van de dringende reden. Daarmee keert de wetgever terug naar het systeem dat vanaf de inwerkingtreding van de Wet op de arbeidsovereenkomst in 1909 tot de inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid per 1 januari 1999 heeft gegolden. Bij de totstandkoming van de Wet op de arbeidsovereenkomst van 13 juli 1907 is uitvoerig gesproken over de vraag wanneer de opzeggende partij de dringende reden moest meedelen. Het oorspronkelijke wetsvoorstel bepaalde dat dat al vóór het geven van het ontslag moest gebeuren.^[8] Tijdens de parlementaire behandeling is die eis versoepeld. Vanuit de Kamer werd het schrijnende voorbeeld genoemd van een dienstmaagd die door de heer des huizes oneervol werd

belaagd. Zo een werkneemster moest toch halsoverkop ontslag kunnen nemen en het aan haar vader overlaten om kort *na* het ontslag, namens haar, de dringende reden te komen mededelen. De regering zag de redelijkheid van die wens wel in, en paste de mededelingseis aldus aan dat de mededeling uiterlijk “onverwijld” *na* het ontslag diende plaats te vinden. En zo hielp de belaagde dienstmaagd ook werkgevers vanaf 1909 aan enige speelruimte om zich na een ontslag te beraden op de formulering van de dringende reden. Die speelruimte is belangrijk omdat, als gezegd, de werkgever in de procedure over de rechtsgeldigheid van het ontslag vastzit aan de door hem opgegeven ontslaggrond. Is die onhandig geformuleerd, bijvoorbeeld omdat de reden zo is weergegeven dat die net niet bewezen kan worden, of omdat een belangrijk additioneel aspect uit het oog is verloren, dan is de werkgever daaraan wel gebonden. Een paar dagen extra speling kan de werkgever de ruimte geven om na een “in the heat of the moment” gegeven ontslag op staande voet nog even met een juridisch adviseur te overleggen over de beste formulering. Ook de Hoge Raad aanvaardde in 1989 uitdrukkelijk de mogelijkheid dat een dringende reden pas kort na het geven van het ontslag zelf wordt meegedeeld.^[9]

Tijdens de vorige grote herziening van titel 7.10 – de Wet Flexibiliteit en Zekerheid – is de wet in die zin gewijzigd dat de verplichting tot onverwijld mededeling van de dringende reden werd veranderd in een verplichting tot *gelijktijdige* mededeling van die reden bij het geven van ontslag. Deze wijziging berustte in de kern op een ongelukkige voorzet vanuit de wetenschap tot herformulering van art. 7:677 BW met als doel om in die bepaling de eis van onverwijld *opzegging* tot uitdrukking te brengen.^[10] Bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer zei de toenmalige Minister Melkert van SZW toe dat hij de wet zo spoedig mogelijk in die zin zou repareren dat daarin – zoals sinds 1909 had gegolden – zou worden vastgelegd dat sprake was van een eis van “onverwijld” in plaats van “gelijktijdige” mededeling.^[11] Maar de toezegging van minister Melkert werd vervolgens, bij de totstandkoming van de zogeheten Repa-flexwet, niet ingelost door zijn opvolger, De Vries. Laatstgenoemde gaf aan dat hij “niet mogelijk (wilde) maken” dat de mededeling van het ontslag en van de daaraan ten grondslag liggende reden “op een verschillend tijdstip” zouden kunnen plaatsvinden omdat dit “– onnodig – onduidelijkheid en onzekerheid” zou meebrengen voor de wederpartij van degene die ontslag op staande voet geeft (of neemt).^[12] Hier zag de nieuwe minister evenwel over het hoofd dat hem niet verzocht werd iets mogelijk *te maken* wat tot dat moment niet mogelijk was, maar slechts om iets mogelijk *te laten* wat al 90 jaar kon en waarvan zijn voorganger had beloofd dat het zou blijven kunnen.

Bezieet men de rechtspraak van de afgelopen jaren, dan is daarin verschillend omgegaan met de eis van “gelijktijdige mededeling”. Sommige rechters waren strikt in de leer; zo besliste de Kantonrechter Amersfoort dat een werkgever die op 22 maart 2011 mondeling op staande voet ontsloeg, geen beroep toekwam op een daags daarna verzonden schriftelijke ontslagbrief waarin de dringende reden werd bevestigd. Die werkgever kon zich alleen beroepen op hetgeen op de 22e mondeling was meegedeeld.^[13] Er werden echter ook uitspraken gedaan die de wettelijke eis van gelijktijdige mededeling nog steeds als eis van onverwijld mededeling uitlegden en dus enige rek tussen het moment van het ontslag en het moment van de mededeling aanvaardden.^[14] Ook de Hoge Raad bleef spreken over het vereiste van *onverwijld* mededeling van de dringende reden, al werd hem nooit de vraag voorgelegd of de terminologische wijziging uit 1999 een materiële wijziging had opgeleverd ten aanzien van het uiterste mededelingsmoment.^[15] Voor de rekkelijke benadering van het begrip gelijktijdig waren, blijkens het voorgaande, sterke argumenten te geven, waarvan het krachtigste misschien nog wel was dat het bij de aanvaarding van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid nooit de

bedoeling was geweest om wijziging in het leerstuk van het ontslag op staande voet aan te brengen en de huidige wettekst ten gronde op niet meer dan een vergissing van de regering berust.^[16] De literatuur was verdeeld.^[17]

De WWZ beslecht deze discussie tussen rekkelijken en preciezen nu in het voordeel van eerstgenoemden. De memorie van toelichting verduidelijkt dat het woord gelijktijdig wordt vervangen door het woord onverwijld “omdat wetsgeschiedenis en rechtspraak duidelijk maken dat een zeer korte tijdspanne tussen de opzegging en de ontslagmededeling is toegestaan”.^[18] Heel gelukkig geformuleerd is ook dat weer niet; het gaat immers niet om een tijdspanne tussen de opzegging en de ontslagmededeling – de opzegging *is* immers de ontslagmededeling – maar om een tijdspanne tussen de opzegging en de mededeling van de *reden*. Maar een kniesoor die daar een punt van maakt, gelet op de letter van de wet is duidelijk genoeg dat de partij die ontslag op staande voet geeft enige tijd mag nemen om de reden voor die rechtshandeling mee te delen. De vraag die daarmee wel opkomt is: *hoe veel* tijd mag dat dan zijn?

Ik denk dat het uitstel in het algemeen op zijn best twee, hooguit drie dagen, zal kunnen betreffen. In de eerste plaats pleiten daarvoor natuurlijk de zojuist geciteerde woorden “een zeer korte tijdspanne” in de memorie van toelichting. Het ligt eens te meer voor de hand nu de *strekking* van deze onverwijldheidseis beperkt is. De onverwijldheidseis ten aanzien van de *mededeling* van de dringende reden beoogt niet om de werkgever tijd te gunnen om vast te stellen of zich een dringende reden voordoet. Voor de beantwoording van *die* vraag biedt de *andere* onverwijldheidseis van art. 7:677 lid 1 BW de ruimte, te weten de eis van onverwijldde opzegging, die aan de eis van de onverwijldde mededeling *voorafgaat*. De eis van onverwijldde opzegging begint bij het ontstaan van een vermoeden van een dringende reden en eindigt in beginsel op het moment van de opzegging, nu de opzeggingshandeling bij een ontslag op staande voet vrijwel steeds samenvalt met het moment waarop de arbeidsovereenkomst ook eindigt.^[19] Op dat moment – bij de opzegging – gaat de *tweede onverwijldheidseis* lopen, te weten die ten aanzien van de mededeling van de reden. De eis van onverwijldde opzegging dient er naar vaste rechtspraak toe om feitenonderzoek te doen, bewijs te verzamelen, maar ook om de werkgever in staat te stellen om juridisch advies in te winnen over de vraag of de ontdekte feiten een dringende reden opleveren. Dat onderzoek dient zorgvuldig plaats te vinden *voorafgaand aan* het ontslag en daartoe biedt de eerste onverwijldheidseis blijkens de rechtspraak ook alle ruimte, juist om te voorkomen – zoals de Hoge Raad in het standaard arrest uit 1980 over deze onverwijldheidseis opmerkte – dat het ontslag achteraf ten onrechte blijkt te zijn geëffectueerd.^[20] Nu de eis van onverwijldde *mededeling* die pas bij de opzegging een aanvang neemt, niet de *strekking* heeft om onderzoek te doen naar het bestaan van een dringende reden – dat onderzoek behoort al vóór de opzegging plaats te vinden – kan tijdsverloop tussen de opzegging en de mededeling dan ook niet door nader onderzoek naar het bestaan van een dringende reden worden gerechtvaardigd. De ratio van de onverwijldde mededelingseis is er uitsluitend in gelegen de opzeggende partij iets van speling te geven om een reeds vastgestelde dringende reden correct te formuleren en mee te delen en om *daarbij* de assistentie in te roepen van een derde. De wetsgeschiedenis van 1907 noemt de vader van de belaagde dienstmeid, maar in de praktijk zal het bij die derde vaker gaan om de advocaat van de werkgever die te hulp wordt geroepen om de dringende reden op papier te zetten en over te brengen aan de ontslagen werknemer. Dat moet een advocaat, uitzonderlijke omstandigheden daargelaten, binnen een dag, uiterlijk twee, voor elkaar kunnen hebben, zeker in het licht van alle communicatiemiddelen die hem tegenwoordig ten dienste staan.

Een laatste argument om de werkgever ten aanzien van de eis van onverwijldde mededeling onder de

WWZ slechts beperkte speling te gunnen, bestaat erin dat de WWZ de termijn waarbinnen de werknemer zich moet beroepen op de vernietigbaarheid van het hem gegeven ontslag, ingrijpend beperkt. De werknemer heeft daarvoor onder het huidige recht zes maanden de tijd (art. 9 lid 3 BBA). De WWZ brengt die periode terug naar twee maanden. Bovendien kan de werknemer die een ontslag op staande voet wil vernietigen vanaf 1 juli 2015 niet langer volstaan met een éénregelige brief of een telefoontje waarmee hij buitengerechtelijk de vernietiging inroept. De mogelijkheid van buitengerechtelijke vernietiging bestaat niet langer; daarvoor in de plaats treedt een systeem waarin alleen de rechter de vernietiging kan uitspreken, nadat daartoe (dus: binnen twee maanden) een verzoekschrift is ingediend. Dat betekent dat de werknemer onder de vigeur van de WWZ veel minder tijd heeft na een ontslag op staande voet om dat te doen waartoe de mededelingseis hem in de gelegenheid beoogt te stellen; zich beraden op de vraag of hij de opgegeven dringende reden als juist aanvaardt, dan wel daartegen in rechte wil opkomen. Die periode wordt teruggebracht tot twee maanden en begint al te lopen bij het ontslag op staande voet (de opzegging) en niet pas bij de daaropvolgende mededeling van de dringende reden die daaraan ten grondslag ligt. Dat gegeven zal in zichzelf een behoorlijke druk zetten op de periode die de werkgever mag nemen om de dringende reden na het ontslag mee te delen. Iedere dag extra die een werkgever neemt om de dringende reden mee te delen, gaat immers ten koste van de toch al korte periode die de werknemer geboden wordt om zich te beraden op de vraag of hij tegen het ontslag in rechte wil opkomen en de daarvoor vereiste stappen te zetten.

Hiervoor is aangegeven dat de eis van onverwijld mededeling er niet toe strekt om nader onderzoek te doen naar het bestaan van een dringende reden. Is het de werkgever dan wel toegestaan om, wanneer hij reeds bij het geven van het ontslag een reden heeft opgegeven, binnen de periode van onverwijld mededeling die reden nog wat verder aan te vullen of te preciseren? Ik denk dat dat mogelijk moet zijn, vanuit de gedachte dat “wie het meerdere mag, ook het mindere kan”. Staat het de opzeggende partij vrij om bij het ontslag geheel af te zien van het meedelen van enige reden teneinde de gehele mededeling aan een derde over te laten die die mededeling kort na het ontslag voor zijn rekening neemt (het ‘meerdere’), dan zou het hem ook vrij moeten staan om bij het ontslag een deel van de reden op te geven, of een reden “op hoofdlijnen” mee te delen, en het vervolgens aan een derde over te laten om binnen het zeer korte tijdvak van de onverwijld mededeling over te gaan tot aanvulling of precisering van de dringende reden (het ‘mindere’). Lagere rechtspraak uit de periode voor de inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid, toen de wet de werkgever ook verplichtte tot onverwijld mededeling van de dringende reden, bevestigt het bestaan van die mogelijkheid.^[21] Het is ook in lijn met de gedachte dat de opzeggende partij zich bij de mededeling van de dringende reden moet kunnen laten assisteren, om deze mogelijkheid te aanvaarden. Vaak wordt een ontslag op staande voet in *the heat of the moment* gegeven en die hitte komt de zorgvuldigheid van formuleringen meestal niet ten goede. Het spreekt ook vanuit dat perspectief niet aan om de partij die zich bij het ontslag wellicht niet geheel correct heeft uitgedrukt, niet de kans te geven om onverwijld daarna alsnog de reden mee te (laten) delen die wel geheel *spot on* is, terwijl de partij die er in de hitte van het ontslag helemaal niet aan is toegekomen om een reden te noemen, die kans wel krijgt.^[22]

3. De eis van onverwijld opzegging, de beëindigingsovereenkomst en de bedenktijd

Vanaf 1 juli 2015 gelden voor het ontslag op staande voet dus twee onverwijldheidseisen. Eén ten

aanzien van de opzegging en één ten aanzien van de mededeling van de dringende reden. Er is geen reden te veronderstellen dat de WWZ wijziging heeft gebracht in eerstgenoemde eis. Maar de WWZ werpt wel een interessante vraag op ten aanzien van de verhouding tussen de eis van onverwijld opzegging en de nieuwe regeling inzake de arbeidsrechtelijke beëindigingsovereenkomst en de daarvoor geldende bedenkttermijn, die is vervat in het nieuwe art. 7:670b BW.

In een voor de praktijk belangrijk arrest uit 1983 heeft de Hoge Raad aanvaard dat de werkgever die een dringende reden heeft vastgesteld, de werknemer niet meteen op staande voet hoeft te ontslaan, maar ook kan kiezen voor een wat minder agressieve aanvliegroute, die erin bestaat dat de werknemer onder mededeling van de vastgestelde dringende reden wordt geschorst met de aankondiging dat het voornemen bestaat om hem vanwege die dringende reden te ontslaan, waarbij hem tegelijkertijd een beëindigingsvoorstel wordt gedaan waarover de werknemer dan een week mag nadenken.^[23] Accepteert hij het voorstel tijdig, dan blijft ontslag op staande voet achterwege. Accepteert hij het niet binnen de gestelde termijn, dan staat het de werkgever vrij om alsnog op staande voet te ontslaan wegens de eerder meegedeelde reden. De Hoge Raad onderbouwde de acceptatie van deze constructie, die zich op het eerste gezicht wat moeilijk lijkt te verdragen met de eis van onverwijld ontslag, vanuit het perspectief van de praktische wenselijkheid ervan. Aldus worden, zo de Hoge Raad, “de mogelijkheden voor het vinden van een andere, meer bevredigende oplossing dan ontslag wegens een dringende reden vergroot”.

Per 1 juli 2015 wordt de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden te beëindigen voorzien van een specifieke wettelijke regeling. Art. 7:670b BW gaat, kort gezegd, bepalen dat zo een overeenkomst nog slechts schriftelijk aangegaan kan worden. In die overeenkomst moet vermeld zijn dat voor de werknemer een bedenkttermijn van twee weken geldt, waarbinnen hij door middel van een schriftelijke verklaring aan de werkgever terug kan komen op de bereikte overeenstemming. Verzuimt de werkgever de werknemer schriftelijk op die bedenkttermijn te wijzen, dan geldt een verlengde bedenkttermijn van drie weken.^[24]

Hoe verhoudt deze regeling zich nu tot de in 1983 door de Hoge Raad ontworpen vluchtroute? Stel, een werknemer aanvaardt op de laatste dag van de hem gegeven termijn van een week het beëindigingsvoorstel, dat keurig vermeldt dat voor de overeenkomst die bij aanvaarding ervan tot stand komt, een bedenkttermijn van twee weken geldt. Op de laatste dag van de bedenkttermijn – we zijn dan inmiddels drie weken verwijderd van het moment waarop de dringende reden aan de werknemer is aangezegd – beroept de werknemer zich op de hem door art. 7:670b BW gegeven “call optie”, waardoor de arbeidsovereenkomst herleeft. Kan de werkgever hem dan alsnog op staande voet ontslaan; is dat ontslag nog onverwijld?

Ik denk dat die vraag, in deze setting, bevestigende beantwoording verdient. Het tijdsverloop dat gepaard gaat met de bedenkttermijn is tijdsverloop dat door een dwingendrechtelijke bepaling wordt veroorzaakt; van de wettelijke bedenkttermijn kan niet worden afgeweken.^[25] Beziet men de rechtspraak, dan blijkt dat de rechter tijdsverloop dat door de correcte naleving van wettelijke (of statutaire) bepalingen wordt veroorzaakt, in het kader van de beoordeling of een ontslag op staande voet onverwijld is gegeven, niet aan de werkgever wenst tegen te werpen. Te wijzen valt op tijdsverloop dat ontstaat doordat voorafgaand aan het ontslag van een statutair directeur de wettelijke oproepingstermijn in acht moet worden genomen.^[26] Ik meen dat hetzelfde zou moeten gelden voor het verstrijken van de tijd gemoeid met de wettelijke bedenkttermijn van twee weken. Het met die bedenkttermijn gemoeide tijdsverloop is geen tijdsverloop dat wordt veroorzaakt doordat de werkgever niet voortvarend heeft gehandeld; het is tijdsverloop dat hem door naleving van een wettelijke

verplichting “overkomt”. Wel zal de werkgever vanzelfsprekend onmiddellijk na een beroep op de bedenkttermijn, per omgaande het ontslag moeten effectueren. Treuzelt hij dan alsnog, dan zal dat wel aan de onverwijldheid van het ontslag in de weg staan. Bovendien zal voor het oordeel dat tijdsverloop dat is gemoeid met het verstrijken van de bedenkttermijn niet in de weg staat aan de onverwijldheid van een ontslag dat direct nadat de werknemer zich op de bedenkttermijn heeft beroepen, wordt gegeven, in het algemeen wel vereist zijn dat de werknemer tijdens de bedenkttermijn niet heeft gewerkt voor de werkgever.

En hoe zit het als de werkgever verzuimt om in het beëindigingsvoorstel aan de met ontslag op staande voet bedreigde werknemer op te nemen dat voor die overeenkomst de bedenkttermijn van art. 7:670b BW geldt, waardoor de bedenkttermijn wordt verlengd met een week?²⁷ Dat lijkt weinig en toch zou juist die ene week extra de werkgever zeer wel de onverwijldheidsdas kunnen omdoen. Komt de werknemer op de laatste dag van de verlengde bedenkttermijn terug op het door hem gegeven woord en ontslaat de werkgever de dag daarop alsnog op staande voet, dan is er in feite sprake geweest van een extra tijdsverloop van een (dikke) week dat niet door een dwingend wettelijk voorschrift werd veroorzaakt, maar veeleer door onzorgvuldigheid en stilzitten van de kant van de werkgever. Die heeft immers verzuimd te doen wat de wet hem voorschreef, te weten de werknemer wijzen op zijn wettelijke bedenkttermijn, in welk geval slechts een bedenkttermijn van twee weken zou hebben gegolden. Daar waar de rechtspraak tijdsverloop in het kader van de eis van onverwijldde opzegging over het algemeen welwillend tegemoet treedt zolang dat tijdsverloop maar wordt veroorzaakt door streven naar zorgvuldigheid, zoals het toepassen van hoor en wederhoor, zal *onnodig* tijdsverloop door onzorgvuldig handelen en overtreding van arbeidsrechtelijke beschermingsnormen vermoedelijk een beduidend minder begripvolle bejegening ontmoeten. En dat lijkt me ook terecht. Een variant op het voorgaande is nog de situatie waarin de werkgever verzuimt de werknemer op de bedenkttermijn te wijzen, waardoor een bedenkttermijn van drie weken ontstaat, maar de werknemer al binnen twee weken een beroep doet op die termijn en de werkgever onmiddellijk daarna op staande voet ontslaat. In zo een geval is weer goed verdedigbaar dat het ontslag wel onverwijld is gegeven, want de verstreken tijd volgt hier uit de wettelijk voorgeschreven minimumtermijn en niet uit extra en onnodig tijdsverloop door het niet naleven van de wettelijke waarschuwingsplicht ten aanzien van de bedenkttermijn. Voor de calculerende werknemer die een ontslag op staande voet boven het hoofd hangt en die een beëindigingsovereenkomst zonder bedenkttermijn aangeboden heeft gekregen, valt hieruit een belangrijke les te trekken. Hij kan zich het beste pas aan het einde van de derde week op de bedenkttermijn beroepen.

Een andere vraag die in dit verband nog opkomt, is of de werkgever de werknemer er in de beëindigingsovereenkomst op mag wijzen dat een beroep op de bedenkttermijn met zich brengt dat ontslag op staande voet zal volgen, in de hoop dat een beroep op die termijn achterwege zal blijven. Verdraagt dat zich met het laatste lid van art. 7:670b BW dat bepaalt dat ieder beding dat het recht beperkt om een beroep op de bedenkttermijn te doen, nietig is? Ik denk dat zo een waarschuwing op zichzelf niet ontoelaatbaar is. Het beperkt de mogelijkheden van een beroep op de bedenkttermijn niet, maar informeert slechts over de gevolgen daarvan.

Een alternatief voor de hier beschreven route van het aanbieden van een beëindigingsovereenkomst, is er – blijkens het arrest uit 1983 – in gelegen dat de werknemer het aanbod krijgt om gedurende een periode van een week na aankondiging van de ontdekte dringende reden, zelf op te zeggen. Kiest de werkgever voor die variant, dan zal hij wanneer de werknemer gebruikmaakt van de hem geboden mogelijkheid, niet geconfronteerd worden met de problematiek rond de bedenkttermijn. De wetgever

heeft er immers willens en wetens vanaf gezien om de regeling inzake de bedenkttermijn ook uit te strekken tot werknemersopzeggingen. Betekent dat nu dat werkgevers die een dringende reden hebben, maar de werknemer een “way out” willen bieden, beter kunnen gaan kiezen voor de alternatieve route van het aanbieden van de mogelijkheid om zelf ontslag te nemen? Ik denk het niet. Het grote voordeel van het aanbod tot beëindiging met wederzijds goedvinden is dat de werkgever bij die benadering een voorstel kan doen tegen finale kwijting, terwijl die kwijting bij een opzegging door de werknemer niet goed bedongen kan worden. De werknemer kan immers opzeggen zonder kwijting te verlenen. Bovendien is de route van de beëindigingsovereenkomst op initiatief van de werkgever ook vanuit werknemersperspectief te prefereren. De werknemer behoudt daarmee immers een kans op een WW-uitkering. Een succesvolle schikking lijkt bij het aanbod om een beëindigingsovereenkomst te sluiten dan ook makkelijker te realiseren dan wanneer een werknemersopzegging wordt voorgesteld. Daarbij geldt, als gezegd, dat de werkgever zich naar mijn mening ook geen zorgen hoeft te maken over de bij de beëindigingsovereenkomst geldende bedenkttermijn, als hij de werknemer maar wijst op het bestaan daarvan en, in het onverhoopte geval dat de werknemer er inderdaad tijdig een beroep op doet, alsnog per omgaande op staande voet ontslaat.

4. De belofte van Wientjes, de transitievergoeding en de dringende reden

Het is de werkgevers in Nederland door hun voormalige voorman Wientjes als één van de grote zegeningen van het door hem gesloten Sociaal Akkoord verkocht. Het ontslaan van werknemers zou eindelijk “een stuk goedkoper” worden.^[28] Het lijkt erop dat de belofte van Wientjes in elk geval ten aanzien van rechtsgeldige ontslagen op staande voet geen hout snijdt. Die konden al niet goedkoper worden dan ze nu zijn, want ze zijn nu “gratis”. Een terecht gegeven ontslag op staande voet, zo werd immers in 1999 door de Hoge Raad beslist, kan niet kennelijk onredelijk zijn op grond van het gevolgen criterium.^[29] Reeds in het kader van de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, moet namelijk rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval en dat betekent dat ook de gevolgen van het ontslag voor de werknemer in de weging moeten worden betrokken. Zijn alle omstandigheden, waaronder de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, gewogen in het kader van art. 7:678 BW en heeft dat geleid tot het eindoordeel dat zich een dringende reden voordoet omdat de gevolgen van het ontslag niet opwegen tegen de aard en ernst van het gebeurde, dan is daarmee ook gegeven dat van kennelijke onredelijkheid geen sprake kan zijn. Samenloop van een terecht gegeven ontslag op staande voet met schadevergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag op grond van het gevolgen criterium is dus niet denkbaar.^[30] Goedkoper kon de WWZ een terecht ontslag op staande voet dus inderdaad niet maken, wel duurder. En het lijkt erop dat dat, tegen alle mooie beloftes voor werkgevers in, ook gebeurd is.

De WWZ voert de rechtsfiguur van de transitievergoeding in. Die vergoeding is in beginsel standaard verschuldigd wanneer een arbeidsovereenkomst na twee jaar op initiatief van de werkgever wordt opgezegd of ontbonden, dan wel een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet langer door hem wordt verlengd.^[31] Bij opzegging door de werknemer of beëindiging met wederzijds goedvinden is de vergoeding niet verschuldigd en dat geldt ook wanneer de beëindiging door ernstige verwijtbaarheid van de werknemer is veroorzaakt.

Hoe verhoudt die laatste uitzondering zich tot een terecht ontslag op staande voet? Bij lezing van de memorie van toelichting leek er nog geen vuiltje aan de lucht voor werkgevers. Net als in het huidige

systeem zou bij een terecht ontslag op staande voet geen aanspraak bestaan op enige vergoeding. De memorie van toelichting vermeldt namelijk dat “bij ernstige verwijtbaarheid van de werknemer – en dus ook bij een ontslag op staande voet – de aanspraak van deze werknemer op de transitievergoeding” vervalt.^[32] Simpel dus: een terecht ontslag op staande voet leidt niet tot een transitievergoeding, want zo een ontslag valt altijd in de categorie van ernstige verwijtbaarheid. Een pagina of vijftig verderop wordt dat standpunt nog eens bevestigd. Daar staat:

“Tot slot bestaat er geen recht op deze vergoeding als het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. (...) Het criterium ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, is ruimer dan alleen een ontslag om een dringende reden als bedoeld in de art. 7:677 BW en art. 7:678 BW.”^[33]

Kort en goed: de categorie ernstig verwijtbaar handelen dat de transitievergoeding doet vervallen omvat in elk geval “ontslag om een dringende reden” en daarnaast ook nog andere situaties waarin (nog) geen dringende reden, maar wel ernstige verwijtbaarheid, aan de orde is.

Deze passages in de memorie van toelichting deden de wenkbrouwen fronsen. Klopte het wel dat bij een terecht gegeven ontslag op staande voet hoe dan ook geen sprake is van een transitievergoeding omdat met de rechtsgeldigheid van het ontslag, ernstige verwijtbaarheid gegeven is?

Dat kán alleen maar kloppen als met de invoering van de WWZ ook de inhoud van het begrip “dringende reden” in de zin van art. 7:678 BW is gewijzigd, want naar huidig recht vereist een dringende reden niet steeds verwijtbaarheid, laat staan ernstige verwijtbaarheid. Of verwijtbaarheid vereist is, hangt – naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad – allereerst af van de aard van de opgegeven dringende reden. Wordt bijvoorbeeld wegens diefstal ontslagen dan zal opzet bewezen moeten worden. Als de aard van de opgegeven dringende reden niet noopt tot het bewijzen van verwijtbaarheid dan hangt het van de omstandigheden van het geval af of ook zonder het bestaan van verwijtbaarheid toch een dringende reden kan worden aangenomen.^[34] In de praktijk gebeurt dat weliswaar niet vaak, maar toch met enige regelmaat.^[35] Uit het verdere verloop van het wetgevingsproces blijkt duidelijk dat een wijziging van het begrip dringende reden in die zin dat voor het bestaan daarvan steeds verwijtbaarheid vereist is, helemaal niet is beoogd. Tijdens het debat in de Eerste Kamer merkte minister Asscher over de verhouding tussen de begrippen ernstige verwijtbaarheid en dringende reden het navolgende op:

“Op zichzelf verandert het wetsvoorstel niets aan de term dringende reden. In het wetsvoorstel is bewust gekozen voor de nieuwe term ernstige verwijtbaarheid en is geen aansluiting gezocht bij de reeds bestaande term dringende reden. De situatie die tot een dringende reden leidt, hoeft niet altijd gepaard te gaan met verwijtbaarheid. Voor ernstige verwijtbaarheid is meer vereist dan slechts een dringende reden.”^[36]

Dat is een opmerkelijke draai ten opzichte van hetgeen in de memorie van toelichting werd opgemerkt. Stond daar nog dat het begrip ernstige verwijtbaarheid in elk geval de dringende reden omvatte, maar daarnaast ook nog andere gevallen, bij de behandeling in de Eerste Kamer werd daarvan teruggekomen en verdedigd dat het enkele bestaan van een dringende reden bepaald niet noodzakelijkerwijs het bestaan van ernstige verwijtbaarheid meebrengt. Wat betekent dit alles voor de verschuldigheid van een transitievergoeding bij een terecht ontslag op staande voet?

Het betekent in de eerste plaats dat in die incidentele gevallen waarin sprake is van een dringende

reden zonder enige verwijtbaarheid aan werknemerszijde, een transitievergoeding sowieso verschuldigd is.^[37] Maar de reikwijdte van de transitievergoeding bij terechte ontslagen op staande voet is ruimer. Er is immers een heel spectrum aan verwijtbaarheidsgradaties bij de dringende reden. Dat loopt van gevallen waarin verwijtbaarheid geheel ontbreekt, via gevallen van “lichte” of “enige verwijtbaarheid”, tot gevallen van “gewone” of “niet gekwalificeerde” verwijtbaarheid en eindigt bij gevallen van “ernstige verwijtbaarheid”. Pas als die laatste grens is overschreden, vervalt de aanspraak op een transitievergoeding. Dat betekent dat er vanaf 1 juli 2015 een nieuwe tweedeling zal ontstaan in het begrip dringende reden. De rechter zal zich bij elke zaak waarin hij een dringende reden aanneemt, moeten afvragen of de dringende reden valt in de categorie “ernstig verwijtbaar” of in de categorie “niet, althans niet ernstig verwijtbaar”. In de tweede categorie zal steeds aanspraak bestaan op een transitievergoeding.

Dat de wettelijke regeling inderdaad zo moet worden begrepen, is ook vanuit de grondslagen van de WWZ bezien een dwingende conclusie. Eén van de belangrijkste doelen van de WWZ is om het ontslagrecht eerlijker te maken doordat de door werkgever gekozen ontslagroute niet langer bepalend is voor de uitkomst waarmee de werknemer zich geconfronteerd ziet. De keuzemogelijkheid die de werkgever in het huidige systeem heeft om ongeacht de ontslaggrond, ofwel een ontbindingsverzoek bij de kantonrechter in te dienen, ofwel een ontslagvergunning aan te vragen, leidt – zo vermeldt de memorie van toelichting – “tot ongelijke behandeling in soortgelijke gevallen”. Dat moet niet langer mogelijk zijn:

“Het wetsvoorstel maakt een eind aan de mogelijkheid tot willekeur van het huidige duale recht.”^[38]

Om dat te bewerkstelligen wordt de ontslaggrond in beginsel bepalend voor de ontslagroute en toetst de rechter, wanneer het UWV een ontslagvergunning op een aan hem toebedeelde ontslaggrond weigert, “in the rebound” aan dezelfde criteria als het UWV. Bovendien maakt het om die reden voor de verschuldigdheid van de transitievergoeding niet uit of de arbeidsovereenkomst eindigt door opzegging door de werkgever of omdat deze op zijn initiatief is ontbonden door de rechter.^[39] De gevolgde procedure behoort niet langer bepalend te zijn voor de aanspraak op een ontslagvergooting. De dringende reden is een wat vreemde eend in de bijt van de WWZ-ontslaggrondensystematiek. Want anders dan bij de in art. 7:669 BW genoemde “reguliere” beëindigingsgronden a tot en met h, ten aanzien waarvan de wetgever dwingend een bepaalde beëindigingsroute voorschrijft – en wel in die zin dat bij de a- en de b-grond (primair) een ontslagvergunning moet worden gevraagd (en pas ontbinding kan worden verzocht als die vergunning wordt geweigerd), terwijl de c- tot en met de h-grond zijn toebedeeld aan de ontbindingsrechter (tenzij de werknemer heeft ingestemd met opzegging op zo een grond) – heeft de werkgever bij de dringende reden veel meer keuzevrijheid ten aanzien van de beëindigingsroute gehouden. Hij kan op die grond opzeggen – in welk geval sprake is van ontslag op staande voet – maar hij kan er ook, net als in het oude recht op grond van art. 7:685 BW, voor kiezen om ontbinding te vragen op de zogeheten e-grond van art. 7:669 BW, mits maar sprake is van een enigszins verwijtbare dringende reden. Bij zo een ontbinding wegens een dringende reden geldt de onverwijldheidseis niet.^[40] De e-grond bepaalt dat ontbinding gevraagd kan worden wegens “verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren” en omvat dus gevallen waarin ook opzegging wegens een verwijtbare dringende reden mogelijk geweest zou zijn. Indien een werkgever ervoor kiest om, geconfronteerd met een verwijtbare gedraging van de werknemer die een dringende reden oplevert in de zin van art. 7:678 BW, niet op die grond op te zeggen, maar dat

gedrag verpakt als e-grond aan de ontbindingsrechter voor te leggen – wellicht zelfs zonder daarbij aan te geven dat volgens hem sprake is van een dringende reden – dan brengt art. 7:673 lid 1 BW ontegenzeggelijk mee dat wanneer ontbinding op die e-grond volgt, zonder dat sprake is van *ernstige* verwijtbaarheid, de werknemer aanspraak kan maken op de transitievergoeding. Het verdraagt zich dan niet met de bedoeling van de wetgever dat het voor de uitkomst van een ontslagprocedure en de aanspraken van de werknemer op een vergoeding niet mag uitmaken welke route wordt gevolgd, wanneer diezelfde werknemer de transitievergoeding niet zou krijgen, wanneer zijn werkgever ervoor kiest om diezelfde feiten en omstandigheden niet als e-grond te verpakken, maar als dringende reden aan te merken en deswege te ontslaan. Wat de wetgever wil, is gelijke behandeling van gelijke gevallen, ongeacht de gevolgde procedure.

Een volgende vraag is of zich in de praktijk vaak de situatie zal voordoen dat een dringende reden weliswaar verwijtbaar, zij het niet ernstig verwijtbaar, tot stand is gekomen zodat de werknemer aanspraak heeft op de transitievergoeding. De huidige rechtspraak geeft op dat punt weinig richting. Dat is niet vreemd; de mate van verwijtbaarheid kan bij de beoordeling of sprake is van een dringende reden ook in het huidige recht wel een rol spelen, maar er is nu voor de rechter veel minder aanleiding om daarop specifiek in te gaan. Bezieet men de jurisprudentie over de afgelopen jaren, dan wordt in het huidige systeem vaak volstaan met de opmerking dat de rechter de handelwijze van de werknemer “verwijtbaar” acht, zonder dat de mate van verwijtbaarheid nader wordt geëxpliciteerd.^[41] Slechts een enkele keer stelt de rechter ernstige verwijtbaarheid vast.^[42] In veel andere uitspraken waarin een dringende reden aanwezig wordt geacht, wordt zelfs in het geheel niet gerept over de mate van verwijtbaarheid, terwijl op grond van de feiten toch wel vrij evident is dat de werknemer minstens enig verwijt gemaakt kan worden.

Ik verwacht dat er bij de beoordeling of van een ernstig verwijtbare dringende reden sprake is, veel gewicht zal toekomen aan de vraag of een werknemer uitdrukkelijk gewaarschuwd is om bepaald ongewenst gedrag niet te vertonen. Is daarvan sprake, dan heeft dat in het algemeen een verzwarend effect op de arbeidsrechtelijke verwijtbaarheid omdat dan sprake is van een gekwalificeerde misstap; niet alleen maakt de werknemer zich schuldig aan ongewenst gedrag, maar daarenboven ook nog eens aan insubordinatie. Een gewaarschuwd werknemer telt voor twee.^[43] Tegen die achtergrond bezien, neemt het belang van duidelijke regels op de werkvloer met de inwerkingtreding van de WWZ dus alleen nog maar verder toe. Waren zulke regels in het verleden al van belang bij de beoordeling of zich een dringende reden voordeed, vanaf 1 juli 2015 zal het bestaan ervan mede bepalend zijn voor het antwoord op de vraag of een dringende reden ernstig verwijtbaar tot stand is gekomen, waardoor geen aanspraak op een transitievergoeding bestaat. Dat waarschuwingen, ongeacht of die nu op individuele basis gegeven zijn of besloten liggen in binnen de onderneming geldende gedragsregels, inderdaad kunnen bijdragen aan het oordeel dat een handelwijze in strijd daarmee als ernstig verwijtbaar heeft te gelden en dus leidt tot verval van de aanspraak op de transitievergoeding, vindt ook steun in de memorie van toelichting van de WWZ gegeven voorbeelden van ernstig verwijtbaar handelen als bedoeld in art. 7:673 BW. Daar worden namelijk naast misdrijven zoals “diefstal en verduistering” waarin de aanwezigheid van (zware) verwijtbaarheidsvormen besloten ligt, nog vier andere voorbeelden genoemd, waarvan zich er maar liefst drie door kenmerken dat het gewraakte gedrag wordt vertoond nadat de werknemer onmiskenbaar door waarschuwingen, eerdere sancties of procedureregels duidelijk is gemaakt dat zulk gedrag niet “deugt”.^[44]

Overigens zal de werkgever de aanspraak van de werknemer op een transitievergoeding in die gevallen

waarin de werknemer rechtsgeldig op staande voet is ontslagen wegens een verwijtbaar, zij het niet ernstig verwijtbare dringende reden, wat kunnen terugbrengen door zich op zijn beurt te beroepen op de schadeplichtigheid van het ontslag in de zin van art. 7:677 lid 2 BW. Bij een ontslag op staande voet uit deze categorie – terecht ontslag op staande voet wegens een verwijtbare, zij het niet ernstig verwijtbare dringende reden – is er immers sprake van dat de werknemer de werkgever *door zijn schuld* een dringende reden heeft gegeven. Dat betekent, gelet op art. 7:677 lid 3 BW, dat de werkgever bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en een tussentijds opzegbare arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, aanspraak kan maken op een vergoeding gelijk aan het loon over de termijn dat het dienstverband bij regelmatige opzegging door de werknemer had voortgeduurd. Bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die niet tussentijds opzegbaar is, bedraagt de wettelijke schadeloosstelling het loon over de periode tot het moment waarop de arbeidsovereenkomst van rechtswege zou zijn geëindigd.^[45] Met die aanspraak van de werkgever zal de aanspraak op een transitievergoeding van de werknemer in elk geval verrekend kunnen worden. Bij een terecht ontslag op staande voet wegens een in het geheel niet verwijtbare dringende reden is voor zulke verrekening geen plaats; zo een ontslag op staande voet leidt niet tot schadeplichtigheid.

Tot slot rijst de vraag welk effect het feit dat bij het bestaan van een niet ernstig verwijtbare dringende reden aanspraak zal bestaan op een transitievergoeding, zal hebben op de beoordeling of een bepaalde handelwijze überhaupt als dringende reden kan worden aangemerkt. Uit eerdere rechtspraak van de Hoge Raad is bekend dat bij de beoordeling of een dringende reden bestaat, mede de gevolgen van het ontslag op staande voet moeten worden meegenomen en dat daartoe ook reguliere wettelijke gevolgen zoals het vervallen van een aanspraak op een WW-uitkering, behoren.^[46] Recent besliste het Gerechtshof Den Haag nog – naar ik met Van der Kind denk: terecht – dat ook het risico dat de werknemer bij een terecht ontslag op staande voet financieel getroffen wordt door een aanspraak voor de werkgever op de wettelijke schadeloosstelling, eveneens meeweegt in de beoordeling of zich een dringende reden voordoet.^[47] In het nieuwe WWZ-systeem zullen terecht ontslagen op staande voet die gebaseerd zijn op een niet ernstig verwijtbare dringende reden als wettelijk gevolg de verschuldigdheid van een transitievergoeding hebben. Dat gevolg zal in het verlengde van de zojuist genoemde rechtspraak dan eveneens van invloed zijn op de afweging of een bepaalde gedraging kwalificeert als een dringende reden. Want de aanspraak op de transitievergoeding heeft, net als het risico dat de wettelijke schadeloosstelling aan de werkgever betaald moet worden, effect op de gevolgen van het ontslag voor de werknemer. Door de verschuldigdheid van de transitievergoeding zullen die gevolgen minder ernstig zijn dan wanneer bij een ontslag op staande voet geen enkele financiële aanspraak meer bestaat. Het vangnet van de transitievergoeding kan dus maken dat de gevolgen van het ontslag (net) niet meer opwegen tegen de aard en de ernst van de gedraging op grond waarvan de werknemer wordt ontslagen, zodat de afweging of een dringende reden bestaat in het voordeel van de werkgever uitvalt, daar waar die weging zonder dat vangnet (net) in het voordeel van de werknemer zou zijn uitgevallen. Daarbij zal natuurlijk ook weer in aanmerking genomen moeten worden wat er van de aanspraak op de transitievergoeding overblijft, wanneer de werkgever zich op zijn beurt kan beroepen op de schadeplichtigheid van het ontslag, omdat de dringende reden aan de werknemer verwijtbaar is ontstaan. Is sprake van een korte opzegtermijn van de werknemer en een aanzienlijke aanspraak op transitievergoeding, dan resteert zelfs bij verrekening van de wettelijke schadeloosstelling van art. 7:677 lid 3 BW met de transitievergoeding van art. 7:673 BW nog een aardig bedrag.

De verschuldigdheid van de transitievergoeding bij een ontslag wegens gedrag dat weliswaar

verwijtbaar, maar niet ernstig verwijtbaar is, zou er dus best eens toe kunnen leiden dat dat gedrag sneller dan voor 1 juli 2015 als dringende reden wordt aangemerkt. Juist in de categorie 'sneue zaken' waarin de werknemer weliswaar 'fout' gehandeld heeft, maar de gevolgen van het ontslag voor die werknemer zeer verstrekkend zijn, zal het voor de rechter makkelijker worden om een dringende reden aan te nemen als hij weet dat de werknemer in elk geval nog een transitievergoeding ontvangt om de ergste nood te lenigen. Sterker nog; de rechter krijgt een zekere speelruimte om wat meer maatwerk in het ontslag op staande voet te brengen door via een uitdrukkelijke keuze met betrekking tot de kwalificatie van het gedrag van de werknemer in termen van verwijtbaarheid – te weten: door daar al dan niet het label “ernstig verwijtbaar” op te plakken – de werknemer wel of geen aanspraak op de transitievergoeding te verlenen. De WWZ geeft meer ontslag op staande voet-smaken dan het huidige recht, waarin zo een ontslag ofwel ondanks ernstige persoonlijke gevolgen terecht is – zonder enige aanspraak op vergoeding – ofwel door de ernstige persoonlijke gevolgen niet terecht is, met een in potentie grote loonvordering als gevolg. Daarnaast treedt in het nieuwe systeem een derde smaak, te weten het terechte ontslag op staande voet met op zich genomen ernstige gevolgen, waar de rechter de scherpste randen vanaf vijlt door de dringende reden niet als ernstig verwijtbaar te betitelen met de transitievergoeding als gevolg. Ik vind dat best een sympathieke ontwikkeling, zij het dat de mate waarin maatwerk kan worden geleverd door het geforfaiteerde karakter van de transitievergoeding natuurlijk nogal beperkt is.

Voor de volledigheid zij hier tot slot nog opgemerkt dat de WWZ in bepaalde extreme gevallen ook nog de mogelijkheid kent dat de werkgever zelfs een transitievergoeding, of een deel daarvan, verschuldigd is bij een dringende reden ten aanzien waarvan de werknemer een *ernstig* verwijt treft. Dat is een gevolg van art. 7:673 lid 8 BW waarin is opgenomen dat de transitievergoeding bij ernstig verwijtbaar gedrag van de werknemer geheel of gedeeltelijk kan worden toegekend als het (in het geheel) niet toekennen daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De regering noemt in de memorie van toelichting het voorbeeld van “een relatief kleine misstap na een heel lang dienstverband”.^[48] De casuspositie uit het arrest *Hema/Prins* doemt bij lezing van dat voorbeeld op; wellicht is het wel zo dat de HEMA vanaf 1 juli 2015 een filiaalmanager die na een dienstverband van 35 jaar op zijn laatste werkdag wordt betrapt op het wegnemen van twee flessen motorolie *wel* rechtsgeldig op staande voet kan ontslaan, omdat die werknemer dan via de band van art. 7:673 lid 8 BW aanspraak kan maken op een transitievergoeding, hetgeen dan weer meebrengt dat de (aldus gemitigeerde) gevolgen van het ontslag niet opwegen tegen de aard en ernst van de verwijtbare gedraging van de werknemer, zodat een dringende reden wel aanwezig wordt geacht.^[49] De toekomst zal het leren.

Duidelijk is in ieder geval dat de invoering van de transitievergoeding ook het ontslag op staande voet bepaald niet onberoerd zal laten en dat de belofte van voormalig VNO-topman Wientjes dat de WWZ het ontslag goedkoper zou maken, in elk geval ten aanzien van het terechte ontslag op staande voet niet wordt ingelost. Dat wordt bij alle dringende redenen die niet, althans niet ernstig, verwijtbaar zijn aan de werknemer, veel duurder dan nu. Maar tegelijkertijd moet geconstateerd worden dat de verschuldigdheid van een transitievergoeding bij een niet ernstig verwijtbare dringende reden, de mogelijkheid tot het geven van ontslag op staande voet iets zou kunnen “versoepelen”.

Voetnoten

- [1] Prof. mr. S.F. Sagel (m) is advocaat in Amsterdam en hoogleraar arbeidsrecht aan de Universiteit Leiden. Deze bijdrage vormt een bewerking van een voordracht die is gehouden tijdens het Nationaal Arbeidsrechtcongres 2014.
- [2] C.J. Loonstra, mr-online.nl/mrs-van-de-week/mr-van-de-week/2632-mr-van-de-dinsdag-prof-cj-loonstra; A.R. Houweling, annotatie onder *JIN* 2011/66; F.B.J. Grapperhaus, 'Weg met het ontslag op staande voet', *TRA* 2013/65, afl. 8/9.
- [3] S.F. Sagel, *Het ontslag op staande voet* (diss. Leiden), Deventer 2013, p. 480-489, instemmend W.H.A.C.M. Bouwens, *TRA* 2014/50.
- [4] Zie S.F. Sagel, *Het ontslag op staande voet* (diss. Leiden), Deventer 2013, p. 131 e.v.
- [5] HR 23 april 1993, *NJ* 1993/504.
- [6] HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2806, *NJ* 2014/408; HR 7 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3126, *NJ* 2014/498.
- [7] HR 7 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3126, *NJ* 2014/498.
- [8] A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst* ('s-Gravenhage 1907-09, 4 dln), deel IV, p. 93.
- [9] HR 21 april 1989, *NJ* 1989/553.
- [10] Zie S.F. Sagel, *Het ontslag op staande voet* (diss. Leiden), Deventer 2013, p. 135 e.v.
- [11] Parl. Gesch. Flexwet, p. 801.
- [12] Parl. Gesch. Flexwet, p. 804-805.
- [13] Ktr. Amersfoort 8 juni 2011, *LJN* BQ7980.
- [14] Hof Leeuwarden 29 juni 2005, ECLI:NL:GHLEE:2005:AT8473.
- [15] Zie HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2806, *NJ* 2014/408; HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY2241, *JAR* 2013/17.
- [16] Zie S.F. Sagel, *Het ontslag op staande voet* (diss. Leiden), Deventer 2013, p. 141-151.
- [17] Zie voor de standpunten S.F. Sagel, *Het ontslag op staande voet* (diss. Leiden), Deventer 2013, p. 140.
- [18] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 115.
- [19] Zie daarover uitgebreid S.F. Sagel, *Het ontslag op staande voet* (diss. Leiden), Deventer 2013, hfdst. 2. De Hoge Raad heeft wel eens aanvaard dat een ontslag op staande voet kan worden gegeven met een 'opzegtermijn' van enkele dagen, HR 30 oktober 1924, *NJ* 1924/1211.
- [20] HR 15 februari 1980, *NJ* 1980/328.
- [21] Rb. Amsterdam 11 april 1913, *RBA V*, 17/18, p. 65; Ktg. Tilburg 13 augustus 1981, *Prg.* 1981, 1646.
- [22] Ik zou zelfs menen dat de werkgever die in de zeer korte periode van de onverwijldede mededeling een 'panklare' nieuwe dringende reden ontdekt, ook die reden nog onder het reeds gegeven ontslag kan schuiven. Wat niet kan, is dat onderzoek naar een mogelijke nieuwe dringende reden wordt aangevoerd om uitstel van de mededeling te realiseren. De eis van onverwijldede mededeling is immers niet gericht op onderzoek.
- [23] HR 4 november 1983, *NJ* 1984/187.
- [24] Zie over de bedenkttermijn: E.M. Hoogeveen, 'De opzegging met instemming, de beëindigingsovereenkomst en de bedenkttermijn: nieuwe wegen vol valkuilen', *ArbeidsRecht* 2014/48; L.G. Verburg, 'Schikken in het nieuwe ontslagrecht: bedenken eer ge begint', *ArA* 2014/2.
- [25] Art. 7:670b lid 6 BW.
- [26] HR 20 januari 1921, *NJ* 1921/359; Hof Leeuwarden 6 augustus 2008, *JAR* 2008/22.
- [27] Art. 7:670b lid 3 BW.
- [28] fd.nl/Print/krant/Pagina/In_het_nieuws/17453/de-politieke-wereld-is-totaal-volatiel-en-werkt-niet-meer.
- [29] HR 12 februari 1999, *NJ* 1999/643, *JAR* 1999/102.
- [30] Hoewel het arrest *Schrijver/Van Essen* alleen zag op samenloop tussen een terecht ontslag op staande voet en kennelijke onredelijkheid op grond van het gevolgcriterium, lijkt de leer uit dat arrest – gelet op de argumenten die de Hoge Raad voor het afwijzen van die samenloop aanvoerde – evenzeer op te gaan voor de overige gronden voor kennelijke onredelijkheid. Zie S.F. Sagel, *Het ontslag op staande voet* (diss. Leiden), Deventer 2013, p. 417.
- [31] Art. 7:673 BW.
- [32] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 49-51.
- [33] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 110-113.
- [34] HR 29 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7282, *JAR* 2000/223.
- [35] Zie bijv. Hof 's-Gravenhage 20 april 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BQ6312, *RAR* 2011/78.
- [36] *Handelingen I* 2013/14, 33818, 3 juni 2014, 32-14-14.
- [37] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7, p. 131.
- [38] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 5.

- [39] Art. 7:673 lid 1 BW.
- [40] *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, p. 106.
- [41] Hof Amsterdam 1 maart 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA9979.
- [42] Zie Ktr. Leiden 15 november 2010, *JAR* 2010/285; Ktr. Hilversum 19 december 2001, *JAR* 2002/38, r.o. 5; Ktr. Heerenveen 4 juli 2012, *RAR* 2012/142, handelwijze ernstig verwijtbaar, maar geen dringende reden.
- [43] HR 20 april 2012, *NJ* 2012/263.
- [44] [Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3](#), p. 39-40.
- [45] Art. 7:677 lid 5 BW biedt de rechter de mogelijkheid om de wettelijke schadeloosstelling te matigen, maar niet tot minder dan het loon over de periode die de arbeidsovereenkomst bij inachtneming van de wettelijke opzegtermijn van art. 7:672 BW zou hebben moeten voortduren.
- [46] Zie HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9430, *NJ* 2003/174.
- [47] Hof Den Haag 25 februari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:310, *RAR* 2014/113; O. van der Kind, *TRA* 2014/55, afl. 6/7.
- [48] *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, nr. 3, p. 113.
- [49] HR 21 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4436, *NJ* 2000/190.