

**ECLI:NL:HR:2018:484**

## **Uitspraak**

### **HOGE RAAD DER NEDERLANDEN**

Eerste Kamer

Uitspraak: 30 maart 2018

Zaaknummer: 17/01642

in de zaak in cassatie van:

[verzoeker] ,  
wonende te [woonplaats] ,

VERZOEKER tot cassatie, verweerder in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,

advocaat: mr. S.F. Sagel,

t e g e n

DRÄGER NEDERLAND B.V.,  
gevestigd te Zoetermeer,

VERWEERSTER in cassatie, verzoekster in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,

advocaat: mr. H.J.W. Alt.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [verzoeker] en Dräger.

#### **1 Het geding in feitelijke instanties**

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de beschikking in de zaak 5081453/16-50373 van de kantonrechter te Den Haag van 28 juli 2016;
- b. de beschikking in de zaak 200.198.614/01 van het gerechtshof Den Haag van 17 januari 2017.

De beschikking van het hof is aan deze beschikking gehecht.

## **2 Het geding in cassatie**

Tegen de beschikking van het hof heeft [verzoeker] beroep in cassatie ingesteld. Dräger heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. Het cassatierekest en het verweerschrift tevens houdende voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep zijn aan deze beschikking gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer een verweerschrift tot verwerping van het beroep ingediend.

De conclusie van de Advocaat-Generaal R.H. de Bock strekt in het principale en in het incidentele cassatieberoep tot vernietiging en verwijzing.

De advocaat van [verzoeker] heeft bij brief van 26 januari 2018 op die conclusie gereageerd.

De conclusie leest als volgt:

### **1 Feiten**

In deze zaak kan van de volgende feiten worden uitgegaan, grotendeels ontleend aan rechtsoverweging 2.2 van de beschikking van het hof van 17 januari 2017.[2](#)

#### **1.1**

[verzoeker] is op 22 juli 1991 in dienst getreden bij Dräger als magazijnbeheerder/bediende. Hij werkte 40 uur per week tegen een salaris van laatstelijk € 2.745,- bruto per maand.

#### **1.2**

Dräger is producent van technische apparatuur, waaronder ademanalyseapparatuur. Bij Dräger is een regeling alcohol- en drugsbeleid van toepassing, die inhoudt dat werknemers voor aanvang en tijdens het werk niet onder invloed van alcohol, drugs en/of medicijnen mogen verkeren. De artikelen 4.1 en 4.12 van deze regeling luiden als volgt:

*"4.1 Werknemers mogen voor aanvang en tijdens het werk niet onder invloed van alcohol, drugs en/of medicijnen die van negatieve invloed zijn op de werkprestatie, verkeren. Deze bepaling geldt zowel voor alle werkplekken (ook bij klanten) als in (lease c.q. bedrijfswagens en andere vervoermiddelen.*

(...)

#### 4.12

*Aan werknemers, van wie de werkgever van oordeel is dat zij een structureel alcohol- en/of drugsprobleem hebben, al dan niet vastgesteld met tussenkomst van de bedrijfsarts, wordt door de werkgever eenmaal hulp aangeboden via de bedrijfsarts. In overleg met voornoemde deskundige wordt een hulpplan opgesteld. De werknemer dient zijn medewerking te verlenen aan een correcte uitvoering van dit hulpplan. Tijdens dit hulptraject zal de werknemer regelmatig worden gecontroleerd (al dan niet door middel van een alcohol-, drugs- of andere test(en)) op de gemaakte afspraken."*

#### 1.3

Op 19 augustus 2015 is [verzoeker] gevallen waarbij hij zijn schouder heeft bezeerd. Hij is daarna, ruikend naar alcohol, op zijn werk verschenen. In verband daarmee heeft hij op 8 september 2015 de volgende officiële waarschuwing ontvangen:

*"Op 7 september 2015 heeft er een gesprek plaatsgevonden tussen jou en je leidinggevende (...). In dit gesprek ben je aangesproken op je alcoholgebruik naar aanleiding van een voorval op 19 augustus 2015.*

*Op laatstgenoemde datum ben je bij de fietsenstalling onwel geworden en gevallen. Een tweetal collega 's heeft je overeind geholpen en toen een alcohollucht bij je geroken. Je leidinggevende heeft je dezelfde ochtend geconfronteerd met deze constatering. Je hebt toegegeven de avond ervoor gedronken te hebben. Vervolgens ben je naar huis gestuurd, aangezien het naar alcohol ruiken en onder invloed daarvan verkeren niet acceptabel is. Dit is ook terug te lezen in onze bedrijfsregeling alcohol- en drugsbeleid. Drager heeft haar naam hoog te houden bij (interne) klanten en staat voor veiligheid. Het zal je volstrekt duidelijk zijn dat overmatig alcoholgebruik daarbij uit den boze is. Wij sluiten de regeling als bijlage bij, zodat je deze kunt nalezen.*

*In het gesprek heb je aangegeven je eigen gedrag te betreuren. Je bent van je eigen handelen geschrokken. Je bent niet zo 'n prater en je huisarts heeft je derhalve geadviseerd om met een maatschappelijk werker in gesprek te gaan. Je hebt die afspraak gepland op 14 september 2015.*

*Als bedrijf willen we graag op de hoogte zijn en blijven van de gezondheid en het welbevinden van onze medewerkers. Daarom hebben we de bedrijfsarts op de hoogte gebracht van dit gebeuren en hebben we, zoals besproken, een afspraak tussen jullie gepland. De bedrijfsarts kan met je meedenken. Welke problemen zijn er, welke invloed hebben die problemen op je je werk, maar ook op je privéleven en hoe kun je deze problemen aanpakken?*

*Je ontvangt van ons bij deze een officiële waarschuwing. Indien zich in de komende twaalf maanden een vergelijkbare situatie voordoet (naar alcohol ruiken en/of onder invloed daarvan verkeren), voelen wij ons genoodzaakt ons te beraden over je toekomst bij Drager.”*

1.4

[verzoeker] is door Drager naar de bedrijfsarts verwezen. De bedrijfsarts heeft op 21 september 2015 als volgt gerapporteerd:

"(...)

*Betrokken medewerker heeft het niet over zijn alcohollucht gehad maar wel benoemd dat hij is gevallen in de fietsenstalling. Jullie hebben hem hierop aangesproken en heb het bewust zo gelaten om het volgende moment af te wachten.*

*Zijn signaal was wel de werkdruk van de afgelopen tijd in het magazijn. Hij nam zijn werk ook mee naar huis en kon het niet loslaten: gedachte aan wat er nog gedaan moet worden.*

*Mijns inziens is het niet de bedoeling om een alcohollucht eens geroken direct te medicaliseren.*

*Wat de verwijzing naar Maatschappelijk Werk stel ik voor om dit voorlopig buiten het werk te houden. Hij heeft dit niet uit zichzelf benoemd. Ik heb het laten rusten.*

*Zijn visie en houding naar het werk is van wat ik heb opgemerkt / getoetst positief. Verzuimfrequentie is normaal/goed.*

*Ik heb lichamelijk onderzoek gedaan. Geen balans/evenwicht problemen die mij zijn opgevallen, die kunnen wijzen op overmatig alcohol gebruik.*

*Qua etnische achtergrond en de mate van bewegen —> dus fietsen naar zijn werk is mij bekend dat niet velen van zijn afkomst dat doen.*

*Hij is ook blijven werken met aanpassing van zijn werk. In dat opzicht een reële indruk.*

*In deze cultuur is hierover praten beladen en gezichtsverlies speelt een grote rol.*

*Vlak voor zijn vakantie heb ik de druk niet verhoogd.*

*Ik heb in het aanvraagformulier van jullie geen info gelezen m.b.t. de aanleiding Maatschappelijk Werk (MW) dat hij met jullie heeft gedeeld.*

*Na 1 contact met MW is nog niet veel te delen met mij vanuit de behandelaar.*

*Advies:*

*Goed gehandeld door een gesprek aan te gaan met de medewerker.*

*Houd het in de gaten en zo nodig een tweede gesprek bij de bedrijfsarts na zijn vakantie.*

*(...)."*

1.5

[verzoeker] heeft naar aanleiding van de val ook zijn huisarts bezocht. Deze heeft hem doorverwezen naar een Sociaal Psychiatrisch Verpleegkundige, alwaar hij vanaf medio september enkele gesprekken heeft gehad. [verzoeker] heeft zich vervolgens op 16 februari 2016 gewend tot een coach van Brijder (een instelling op het gebied van verslavingszorg).

1.6

Op 17 maart 2016 is [verzoeker] onderweg naar zijn werk van zijn fiets gevallen. Hij is door een collega naar zijn werk gebracht. [verzoeker] liep moeilijk, was moeilijk te verstaan en rook naar alcohol. Op verzoek van Drager heeft [verzoeker] op het werk een alcoholtest laten afnemen; de uitkomst van deze test was een alcoholpromillage van 3,52. In een tas van [verzoeker] is een fles wodka aangetroffen.

1.7

Drager heeft [verzoeker] diezelfde dag op staande voet ontslagen omdat hij onder invloed van alcohol op zijn werk was verschenen. Het ontslag is bij brief van 17 maart 2016 bevestigd.<sup>3</sup> Deze brief luidt, voor zover van belang, als volgt:

*"Hierbij bevestigen wij dat je op staande voet bent ontslagen, aangezien je vanochtend op 17 maart 2016 onder invloed van alcohol op het werk bent verschenen.*

*Op 8 september 2015 hebben wij je reeds een officiële waarschuwing gegeven en je aangesproken op je alcoholgebruik naar aanleiding van een voorval op 19 augustus 2015. Net als op laatstgenoemde datum hebben collega's je wederom overeind moeten helpen, nadat je omstreeks 8.30 uur met de fiets was gevallen.*

*Onafhankelijk van elkaar hebben minimaal vijf medewerkers bij het management aangegeven dat je een sterke alcoholwalm met je meedroeg en op je benen wankelde. De Bedrijfshulpverlening (BHV) heeft jou overeind geholpen en je tas voor je opgeraapt. Zij hebben geconstateerd dat er een fles Vodka in je tas zat.*

*Wij verzochten je daarop mee te werken aan een alcoholtest, aangezien wij ernstige vermoedens hadden dat je alcohol had genuttigd. Je ontkende dit in eerste instantie, maar gaf vervolgens aan op 16 maart 2016 een feestje te hebben gehad. Onder toezicht van een gekwalificeerd persoon is een alcoholtest bij je afgenomen. Daaruit is gebleken dat je op het moment van afname 3,52 promille alcohol in je bloed had. Het moment van afname was om 9.00 uur. Beïnvloeding van de meting door mondalcohol is uitgesloten, aangezien je tussen 08.30 en 09.00 uur onder begeleiding van de BHV bent geweest.*

*Het voorval van vanochtend in combinatie met onze eerdere constatering, levert een reden op voor een ontslag op staande voet. (...)*

*In het gesprek heb je aangegeven op een feestje op 16 maart 2016 te hebben gedronken. Verontwaardigd vroeg je of je ook geen feestjes meer mocht bezoeken. Op het hoge alcoholpromillage van 3,52 ‰ gaf je geen reactie.*

*Aangezien het ontslag in jouw huidige toestand slecht tot je door wilde dringen, hebben we je gewezen op de mogelijkheid om juridische bijstand in te schakelen. In het gesprek hebben we gevraagd of wij je vrouw in mochten lichten, maar dit wilde je niet. Na het gesprek hebben we je naar huis gebracht.*

*(...)”*

1.8

[verzoeker] is sinds 1 april 2016 onder behandeling van een verslavingsarts en psychiater van Brijder.

## **2 Procesverloop**

2.1

[verzoeker] heeft de kantonrechter bij inleidend verzoekschrift primair verzocht te verklaren voor recht dat hij niet schriftelijk met de opzegging heeft ingestemd en geen dringende reden voor ontslag op staande voet heeft gegeven, en om de opzegging te vernietigen en Dräger te veroordelen tot doorbetaling van loon, alsmede tot betaling van vakantiebijslag, de wettelijke verhoging en de proceskosten. Subsidiair heeft hij verzocht om toekenning van een billijke vergoeding van €

40.000,- en om toekenning van een transitievergoeding van € 41.215,- vermeerderd met proceskosten. Daartoe heeft hij aangevoerd, kort samengevat, dat er geen sprake is van een dringende reden en dat de arbeidsovereenkomst ten onrechte is beëindigd.

## 2.2

Dräger heeft daartegen verweer gevoerd waarbij zij primair heeft geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen. Subsidiair heeft zij ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzocht wegens verwijtbaar handelen van [verzoeker] en meer subsidiair wegens een verstoorde arbeidsverhouding.

## 2.3

De kantonrechter heeft bij beschikking van 28 juli 2016 geoordeeld dat sprake is van een dringende reden en heeft het primaire en subsidiaire verzoek afgewezen.

## 2.4

[verzoeker] is van de beschikking van de kantonrechter in hoger beroep gekomen. Dräger heeft verweer gevoerd.

## 2.5

Bij beschikking van 17 januari 2017 heeft het hof de beschikking van de kantonrechter bekrachtigd. Overwogen is, kort samengevat, dat ook als de resultaten van de blaastest buiten beschouwing worden gelaten, voldoende is komen vast te staan dat [verzoeker] onder invloed van alcohol op het werk is verschenen. Alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, rechtvaardigt dat een ontslag op staande voet. Daarbij overweegt het hof dat de vraag of [verzoeker] alcoholafhankelijk was buiten beschouwing kan worden gelaten, omdat niet is gebleken dat Dräger ten tijde van het ontslag op staande voet bekend was of had behoren te zijn met de gestelde alcoholafhankelijkheid.

## 2.6

Bij verzoekschrift van 30 maart 2017 heeft [verzoeker] cassatieberoep ingesteld.

Dräger een verweerschrift ingediend en tevens voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. [verzoeker] heeft een verweerschrift in het incidentele cassatieberoep ingediend.

### **3 Bespreking van het eerste onderdeel**

#### 3.1

Het principale cassatiemiddel bestaat uit vijf onderdelen. Het eerste onderdeel ziet op het beleid van het gerechtshof Den Haag om in ontslagzaken waarop het sinds 1 juli 2015 geldende ontslagrecht van toepassing is, een enkelvoudige mondelinge behandeling te laten plaatsvinden.

#### 3.2

Op 22 december 2017 heeft de Hoge Raad een tweetal arresten gewezen, waarin is geoordeeld dat het beleid van het hof Den Haag niet in overeenstemming is met het recht.<sup>4</sup> Uiterlijk bij de oproeping aan partijen had hen moeten worden meegedeeld dat de mondelinge behandeling, die mede tot doel had dat de rechter partijen in de gelegenheid stelde hun stellingen toe te lichten, zou plaatsvinden ten overstaan van een raadsheer-commissaris in plaats van door een meervoudige kamer. Bovendien had partijen gelegenheid moeten worden gegeven om te verzoeken dat de mondelinge behandeling toch zal worden gehouden ten overstaan van de meervoudige kamer die de beslissing zal nemen. Behoudens zwaarwegende gronden, had een dergelijk verzoek in beginsel moeten worden ingewilligd. Het onderdeel slaagt derhalve.

#### 3.4

Het slagen van het eerste onderdeel brengt mee dat de beschikking reeds op deze grond moet worden vernietigd. De zaak zal na verwijzing opnieuw moeten worden behandeld volgens de in de arresten van 22 december 2017 gegeven regels.

### **4. Ontslag op staande voet en de transitievergoeding**

#### 4.1

De overige onderdelen van het principale cassatieberoep werpen verschillende vragen op in verband met het ontslag op staande voet. Het tweede onderdeel gaat over 's hofs beoordeling van de dringende reden en of het hof daarbij had moeten betrekken dat [verzoeker] alcoholafhankelijk was. Het derde onderdeel stelt aan de orde of de werknemer uit zichzelf informatie over de aard van zijn als ziekte te kwalificeren alcoholverslaving zou moeten verstrekken. Het vierde onderdeel ten slotte is gericht tegen het oordeel van het hof dat [verzoeker] niet in aanmerking komt voor een transitievergoeding.



## 4.2

Nu het hof de zaak opnieuw zal moeten behandelen en beoordelen, zal ik het tweede en derde onderdeel niet bespreken om het verwijzingshof niet voor de voeten te lopen (zie hierna onder 5.1 en 5.2). Het vierde onderdeel stelt echter een na de inwerkingtreding van de Wwz gerezen, principiële vraag aan de orde, namelijk of bij een ontslag op staande voet aanspraak kan bestaan op een transitievergoeding, zodat steeds zal moeten worden nagegaan of, gelet op de mate van verwijtbaarheid, aanspraak bestaat op die vergoeding. Gelet op het belang van duidelijkheid hierover voor de feitenrechtspraak en het belang van rechtseenheid, denk ik dat het goed is dat de Hoge Raad hierover uitsluitsel geeft. De onderhavige zaak leent zich daar mijns inziens voor.

*Het ontslag op staande voet onder de Wwz*

## 4.3

Onder de per 1 juli 2015 in werking getreden Wet Werk en Zekerheid (Wwz) zijn de gronden voor ontslag gedetailleerd in de wet opgenomen en is niet meer sprake van een ruime, algemene maatstaf voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst, zoals deze bestond in het oude ontslagrecht. Daarmee is sprake van een semi-gesloten systeem van ontslaggronden.<sup>5</sup> De preventieve toetsing van een ontslag is in de Wwz gehandhaafd. Die toetsing moet worden uitgevoerd door hetzij het UWV, hetzij de kantonrechter, afhankelijk van de grond die voor het ontslag wordt gegeven.

## 4.4

De regel dat een ontslag preventief getoetst moet worden lijdt uitzondering wanneer sprake is van een dringende reden voor het onverwijld opzeggen van de arbeidsovereenkomst (art. 7:677 lid 1 BW). Bij een ontslag op staande voet is dus geen toestemming van het UWV of ontbinding door de kantonrechter vereist. De bevoegdheid tot onverwijld opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden komt zowel toe aan de werkgever als aan de werknemer. Bij de onverwijld opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden, geldt niet het algemene uitgangspunt van de Wwz, dat de werkgever de arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig kan opzeggen zonder schriftelijke instemming van de werknemer, zo blijkt uit art. 7:671 lid 1 sub c BW. Ook de opzegverboden van art. 670 BW, zoals het opzegverbod tijdens ziekte, gelden niet bij een ontslag op staande voet (art. 670a lid 2 sub c BW).

## 4.5

Ontslag op staande voet is een ingrijpende maatregel, die alleen mag worden genomen wanneer voortzetting van de arbeidsovereenkomst, hoe dan ook, niet meer kan worden verlangd.<sup>6</sup> Het ingrijpende karakter van het ontslag op staande voet is erin gelegen dat de werknemer van de ene op de andere dag geen werk en dus geen loon meer ontvangt. Bovendien is er een grote kans dat de werknemer geen aanspraak kan maken op een werkloosheidsuitkering, omdat hij als verwijtbaar werkloos wordt aangemerkt (art. 24 Werkloosheidswet). Het UWV zal dat overigens zelfstandig moeten toetsen. Tenslotte gold onder het oude ontslagrecht (pre-Wwz) dat geen recht kon bestaan op schadevergoeding wegens een kennelijk onredelijke opzegging (zie hierover nader onder 4.12). Met andere woorden, bij een ontslag op staande voet staat de werknemer met lege handen. De werknemer heeft recht op niets, zoals Sagel het uitdrukt.<sup>7</sup> Om deze reden worden er strenge eisen gesteld aan een ontslag op staande voet en moet ontslag op staande voet als een uitzondering worden beschouwd in het stelsel van ontslagrecht.

## 4.6

De in art. 7:677 lid 1 BW neergelegde bevoegdheid tot onverwijld opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden, onder onverwijld mededeling van die reden aan de wederpartij, was in vrijwel gelijklopende bewoordingen opgenomen in art. 7:677 BW (oud). Het enige verschil is dat in art. 7:677 lid 1 BW (oud) stond dat de dringende reden 'gelijktijdig' aan de wederpartij moest worden meegedeeld, terwijl nu gesproken wordt over 'onverwijld mededeling'. De reden voor deze wijziging is dat "*wetsgeschiedenis en rechtspraak duidelijk maken dat een zeer korte tijdspanne tussen de opzegging en de ontslagmededeling is toegestaan*".<sup>8</sup> De wettelijke eis van gelijktijdige mededeling gold dus in feite niet. Met de nieuwe bewoordingen is derhalve geen inhoudelijke wijziging beoogd, maar codificatie van de onder het oude recht op dit punt ontwikkelde rechtspraak.

## 4.7

Uit art. 7:677 lid 1 BW blijkt dat er drie vereisten zijn voor een rechtsgeldig ontslag wegens een dringende reden:

1. de arbeidsovereenkomst moet onverwijld zijn opgezegd;
2. om een dringende reden;
3. met onverwijld mededeling van de dringende reden.

Deze vereisten golden ook bij de toepassing van art. 7:677 BW (oud). Er zijn in de wetsgeschiedenis van de Wwz geen aanwijzingen te vinden dat bij de invulling of toepassing van deze vereisten inhoudelijke wijzigingen

zijn beoogd ten opzichte van het oude arbeidsrecht. Aangenomen wordt dan ook dat de regeling van het ontslag op staande voet onder de Wwz niet is gewijzigd.[9](#)

#### 4.8

Dat geen wijzigingen van het ontslag op staande voet zijn beoogd, blijkt ook uit het feit dat art. 7:678 BW onder de Wwz niet is gewijzigd. Lid 1 van art. 7:678 BW geeft een nadere omschrijving van de dringende reden voor de werkgever: *“Zodanige daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer die ten gevolge hebben dat van de werkgever redelijkerwijze niet kan gevergd worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.”* Lid 2 bevat een niet-limitatieve opsomming van situaties waarin een dringende reden geacht kan worden aanwezig te zijn. Deze niet-limitatieve opsomming brengt tot uitdrukking, zoals Loonstra en Zondag schrijven, dat enerzijds een dringende reden niet aanwezig hoeft te zijn, ook al valt een daad, eigenschap of gedraging van de werknemer onder een van de onderwerpen van de opsomming, en dat anderzijds een dringende reden aanwezig kan zijn zonder vermelding van het geval in de opsomming.[10](#) Lid 3 houdt in dat de werkgever niet kan bedingen dat een bepaalde gedraging van de werknemer een dringende reden oplevert. Geen van deze artikelliden zijn met de inwerkingtreding van de Wwz gewijzigd. In de wetsgeschiedenis is de bepaling ook niet aan de orde gekomen. Hetzelfde geldt voor het (zelden toegepaste) art. 7:679 BW, waarin op vergelijkbare wijze een uitwerking is gegeven aan de dringende reden voor opzegging door de werknemer.

*Ontslag op staande voet wegens een dringende reden versus ontslag op de e-grond*

#### 4.9

Ter afbakening van het ontslag op staande voet met een ontslag op de e-grond van art. 7:669 lid 3 BW (verwijtbaar handelen of nalaten, zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren) geldt met name het vereiste van *onverwijldheid*. Bij een ontslag op de e-grond geldt niet de eis dat het ontslag onverwijld moet worden verzocht.[11](#) Deze afbakening gold ook onder het arbeidsrecht, voor het verschil tussen een ontslag op staande voet en een ontslag wegens een gewichtige reden (art. 7:685 BW (oud)). Verder is uit de wetsgeschiedenis af te leiden dat een ontslag op staande voet wegens een dringende reden sowieso grond voor ontbinding op de e-grond oplevert:[12](#)

*“e. Verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Dit handelen of nalaten dient zodanig ernstig te zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. (...)*

*Ook is hiervan uiteraard sprake bij omstandigheden die een dringende reden opleveren als bedoeld in artikel 7:678 BW. Dan kan immers van de werkgever in ieder geval niet worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren."*

Met andere woorden, als sprake is van een dringende reden vormt dat ook grond voor een ontslag op de e-grond. Op dit punt zal hierna nog nader worden ingegaan, zie onder 4.36.

#### *Gefixeerde schadevergoeding bij opzet of schuld aan dringende reden*

##### 4.10

Art. 7:677 lid 2 BW houdt in dat de partij die door opzet of schuld aan de wederpartij een dringende reden heeft gegeven om de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen, aan de wederpartij een vergoeding is verschuldigd, indien de wederpartij van die bevoegdheid gebruik heeft gemaakt. Dit betekent dat de werknemer die zich schuldig maakt aan gedrag dat een dringende reden voor een ontslag op staande voet oplevert, schadeplichtig kan zijn jegens de werkgever als sprake is van opzet of schuld. Op grond van lid 3 is deze vergoeding gefixeerd op (a) een bedrag ter hoogte van het loon over de opzegtermijn die zonder het ontslag op staande voet in acht had moeten worden genomen bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd of een tussentijds opzegbare arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, of (b) een bedrag ter hoogte van de resterende looptijd bij een niet tussentijds opzegbare arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Lid 5 geeft de rechter *sub a* een matigingsbevoegdheid, en *sub b* de bevoegdheid om de vergoeding naar billijkheid op een hoger bedrag te stellen bij opzegging door de werknemer.

##### 4.11

Dit systeem van schadevergoeding bij opzet of schuld aan het geven van een dringende reden voor ontslag op staande voet is niet helemaal hetzelfde als wat hierover onder het oude ontslagrecht was bepaald. Op grond van art. 7:677 lid 3 BW (oud) jo. art. 7:677 lid 4 BW (oud) kon bij opzet of schuld aan de dringende reden namelijk ofwel gefixeerde schadevergoeding (volgens art. 7:680 BW (oud)) ofwel volledige schadevergoeding worden gevorderd. Thans is het niet meer mogelijk is om volledige schadevergoeding te vorderen, behoudens de rechterlijke bevoegdheid om de vergoeding bij opzegging door de *werknemer* naar billijkheid op een hoger bedrag te stellen, volgens het hiervoor genoemde art. 7:677 lid 5 sub b BW.[13](#)

*Oud recht: bij ontslag op staande voet geen vergoeding wegens kennelijk onredelijke opzegging*

#### 4.12

Onder het oude arbeidsrecht kon de werknemer op grond van art. 7:681 BW (oud) schadevergoeding van de werkgever vorderen wegens kennelijk onredelijke opzegging van de arbeidsovereenkomst. In art. 7:681 lid 2 BW (oud) was bepaald dat van een kennelijk onredelijke opzegging onder meer sprake was wanneer (sub a) deze geschiedde zonder opgave van redenen of onder opgave van een voorgewende of valse reden, of (sub b) wanneer de gevolgen van de opzegging voor de werknemer, mede in aanmerking genomen de voor de hem getroffen voorzieningen en de voor hem bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden, te ernstig waren in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging (het zogenoemde 'gevolgencriterium'). Van een kennelijk onredelijke opzegging kon ook sprake zijn wanneer de werkgever van het UWV een ontslagvergunning had om de werknemer te ontslaan.<sup>14</sup> Zoals bekend is onder de Wvz de vergoeding wegens een kennelijk onredelijk opzegging vervallen. Deze vergoeding is vervangen door de transitievergoeding en, in bijzondere gevallen, de billijke vergoeding.

#### 4.13

In het arrest *Schrijver/Van Essen* heeft de Hoge Raad beslist dat de verplichting tot schadevergoeding op grond van kennelijk onredelijk ontslag zich niet laat verenigen met de omstandigheid dat de werknemer die wegens een dringende reden is ontslagen zelf schadeplichtig kan zijn, namelijk in geval van opzet of schuld aan de dringende reden.<sup>15</sup> In het arrest werd het volgende overwogen:

*"4.3 Blijkens art. 1639o lid 1 is de werkgever niet schadeplichtig indien hij de dienstbetrekking doet eindigen om een dringende aan de werknemer onverwijld medegedeelde reden. Daarmee laat zich, hoewel de bewoordingen van art. 1639s lid 1 en lid 2 onder 2° zich daartegen niet verzetten, bezwaarlijk rijmen dat een wegens een dringende reden gegeven ontslag desondanks kennelijk onredelijk kan zijn en op die grond wel tot schadeplichtigheid van de werkgever kan leiden.*

#### 4.4

*Een dergelijk systeem past ook overigens niet in de wettelijke regeling van het einde van de arbeidsovereenkomst in het BW. Een dringende reden voor de werkgever bestaat ingevolge art. 1639p in 'dadens, eigenschappen of gedragingen' van de werknemer die ten gevolge hebben dat 'van de werkgever redelijkerwijs niet kan worden gevergd de dienstbetrekking te laten voortduren'. Bij de beoordeling van de vraag of van zodanige dringende reden sprake is, moeten de omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking worden genomen. Daarbij behoren in de eerste plaats in de beschouwing te worden betrokken de aard en de ernst van hetgeen de werkgever als*

*dringende reden aanmerkt, en verder onder meer de aard van de dienstbetrekking, de duur daarvan en de wijze waarop de werknemer die dienstbetrekking heeft vervuld, alsmede de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals zijn leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben. Ook indien de gevolgen ingrijpend zijn, kan een afweging van deze persoonlijke omstandigheden tegen de aard en de ernst van de dringende reden tot de slotsom leiden dat een onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst toch gerechtvaardigd is.*

*De vraag of de gevolgen van de beëindiging van de dienstbetrekking voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de beëindiging, behoort derhalve te worden beantwoord in het kader van de vraag of sprake is van een dringende reden. Is deze laatste vraag bevestigend beantwoord, dan is geen plaats meer voor het oordeel dat het ontslag niettemin kennelijk onredelijk is op de in art. 1639s lid 2 onder 2° vermelde grond.*

*Tenslotte verdient nog aantekening dat een verplichting van de werkgever tot schadevergoeding in geval van ontslag wegens een dringende reden op de grond dat beëindiging van de dienstbetrekking kennelijk onredelijk is om de in art. 1639s lid 2 onder 2° vermelde reden, zich niet laat verenigen met de in art. 1639o lid 3 voorziene mogelijkheid dat de werknemer in geval van een ontslag wegens een dringende reden jegens de werkgever schadeplichtig is en evenmin met de omstandigheid dat de wet, anders dan bij ontbinding wegens verandering in de omstandigheden, niet voorziet in de mogelijkheid van een schadevergoeding bij of na ontbinding wegens een dringende reden op verzoek van de werkgever.”*

#### 4.14

Het arrest *Schrijver/Van Essen* komt er dus op neer dat hoewel de tekst van de wet (BW-oud) zich daartegen niet verzette, het instellen van een vordering tegen de werkgever wegens kennelijk onredelijk ontslag bij een geldig ontslag op staande voet wegens een dringende reden, als een niet te verenigen combinatie van rechtsfiguren werd beschouwd. De gevolgen van het ontslag van de werknemer dienen te worden meegewogen bij de vraag of het ontslag op staande voet terecht is gegeven en niet in een afzonderlijke schadevergoedingsactie wegens kennelijk onredelijk ontslag. Bovendien beschouwde de Hoge Raad een vordering tot schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag bij een geldig ontslag op staande voet, als onverenigbaar met de mogelijkheid dat de werknemer bij opzet of schuld aan de dringende reden schadeplichtig kan zijn jegens de werkgever (zie onder 4.10-4.11). De weg van het door werknemer en werkgever over en weer instellen van schadevorderingen bij een geldig ontslag op staande voet – de werknemer jegens de werkgever wegens kennelijk onredelijk ontslag en de werkgever jegens de werknemer

wegens opzet of schuld aan de dringende reden –, die dan wellicht verrekend konden worden, wilde men dus nadrukkelijk níet bewandelen.[16](#)

#### *Meewegen persoonlijke omstandigheden bij ontslag op staande voet*

##### 4.15

Volgens vaste rechtspraak moeten bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden, de persoonlijke omstandigheden van de werknemer worden betrokken.[17](#) Dit vereiste kan ook als een vierde eis voor een rechtsgeldig ontslag op staande voet worden beschouwd.[18](#) Het vereiste dat bij de beoordeling van de dringende reden rekening moet worden gehouden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, hangt samen met het hiervoor besproken uitgangspunt dat een opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden zich niet laat verenigen met een toekenning van schadevergoeding op grond van kennelijk onredelijk ontslag omdat de gevolgen van het ontslag te ernstig zijn voor de werknemer (zie onder 4.9-4.10). De gevolgen van het ontslag voor de werknemer moeten niet aan de orde worden gesteld in een afzonderlijke schadevordering, maar worden betrokken bij de vraag of sprake is van een dringende reden. In de beschouwing moeten worden betrokken de aard en de ernst van wat de werkgever als dringende reden aanmerkt, en verder onder meer de aard van de dienstbetrekking, de duur daarvan en de wijze waarop de werknemer die dienstbetrekking heeft vervuld, alsmede de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals zijn leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben. Deze omstandigheden moeten in onderlinge samenhang worden beoordeeld. Ook indien de gevolgen voor de werknemer ingrijpend zijn, kan een afweging van deze persoonlijke omstandigheden tegen de aard en de ernst van de dringende reden tot de slotsom leiden dat een onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst toch gerechtvaardigd is, aldus de Hoge Raad. De omschreven omstandigheden worden in de literatuur wel de 'gezichtspuntencatalogus' genoemd.[19](#)

##### 4.16

In latere arresten is nader uitgewerkt op welke wijze de dringende reden en de daarbij te betrekken persoonlijke omstandigheden van de werknemer moet worden beoordeeld. In het arrest *[B] /Hema* overwoog de Hoge Raad dat de rechtbank bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden, in de motivering aandacht moet besteden aan de door de werknemer aangevoerde persoonlijke omstandigheden.[20](#) In het arrest *[C/D]* is geoordeeld dat de rechter de persoonlijke omstandigheden niet ambtshalve hoeft te onderzoeken.[21](#) Uit het arrest *[E/F]* is af te leiden dat de rechter ook acht moet slaan op omstandigheden die uit het dossier blijken maar waar in de processtukken

geen uitdrukkelijk beroep op is gedaan, zoals de leeftijd van de werknemer en de duur van het dienstverband.<sup>22</sup> Verder volgt uit het arrest *Vixia/ [G]* dat het begrip 'persoonlijke omstandigheden' ruim moet worden uitgelegd.<sup>23</sup> Het hof had in die zaak de psychische gesteldheid van [G] , in combinatie met een alcoholprobleem, het overlijden van zijn moeder en de daarmee samenhangende depressiviteit en psychische decompensatie, meegewogen in zijn oordeel dat geen sprake was van een dringende reden. In cassatie werd bepleit dat dit geen omstandigheden zijn die bij het oordeel over de dringende reden een rol kunnen spelen. De Hoge Raad oordeelde echter dat de omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking moeten worden genomen, waaronder begrepen de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, en laat het arrest in stand.

#### *Verwijtbaarheid van de dringende reden*

##### 4.17

Voor het oordeel dat sprake is van een dringende reden is op zichzelf niet vereist dat de verweten gedraging verwijtbaar is.<sup>24</sup> In het arrest *Drop/Deouas* oordeelde de Hoge Raad dat ook sprake kan zijn van een gedraging die ontslag op staande voet rechtvaardigt als deze niet aan de werknemer kan worden verweten.<sup>25</sup> In deze zaak was een schoonmaakster na een woordenwisseling slaags geraakt met een van haar collega's. Zij voerde aan dat zij zonder aanleiding was aangevallen door de collega die buiten zinnen was geraakt. De Hoge Raad oordeelde dat "*in haar algemeenheid kan niet als juist worden aanvaard de opvatting dat het bij een klant betrokken raken bij een vechtpartij met een medewerknemer slechts dan een dringende, een ontslag op staande voet wettigende reden kan opleveren indien de betrokken werknemer ter zake van dit gevecht enig verwijt treft.*"

Nog duidelijker was de Hoge Raad in het arrest *Choaibi/NS*.<sup>26</sup> Daarin ging het om een werknemer die in overspannen toestand een stoel in de richting van de bedrijfsarts gooide die daardoor letsel opliep. Toen de werknemer naar aanleiding hiervan op staande voet werd ontslagen, voerde hij als verweer aan dat de gedraging hem vanwege zijn psychische situatie niet zodanig kon worden toegerekend dat ontslag gerechtvaardigd was. De Hoge Raad overwoog in rov. 3.2 het volgende:

*"In haar algemeenheid kan niet als juist worden aanvaard de aan onderdeel 1 ten grondslag liggende opvatting, dat een daad of gedraging van een werknemer slechts dan ten gevolge kan hebben dat van de werkgever redelijkerwijs niet kan worden gevergd de dienstbetrekking te laten voortduren, indien de werknemer terzake van die daad of gedraging een verwijt kan worden gemaakt. Het hangt af van de aard van de dringende, voor het ontslag op staande voet aangevoerde reden en, aangenomen dat niet reeds die aard 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 de aangevoerde dringende reden niet toereikend is voor een ontslag op staande voet omdat die gedraging hem niet valt te verwijten, doel kan treffen.”*

Het hangt dus af van de aard van de dringende reden of vereist is dat aan de werknemer een verwijt kan worden gemaakt. Dit is herhaald in het arrest *Van D/Nutricia*, waar het ging om een ontslag op staande voet van een werknemer die zich ziek meldde omdat hij wegens overmatig gebruik van alcohol niet in staat was te werken.<sup>27</sup> Aangevoerd werd dat het excessieve alcoholmisbruik van de werknemer moet worden beschouwd als een ziekte, die een gevolg was van onvrede met zijn werksituatie en daaruit voortvloeiende depressiviteit, waardoor geen sprake zou zijn van verwijtbaarheid. De Hoge Raad overwoog onder verwijzing naar het arrest *Chaoibi/NS* dat ontslag op staande voet in beginsel ook mogelijk is 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.”* Het oordeel van de rechtbank dat niet aannemelijk was geworden dat er voor de werknemer vanwege zijn depressieve gevoelens geen andere mogelijkheid openstond dan het alcoholmisbruik, legde de Hoge Raad aldus uit dat daarmee tot uitdrukking werd gebracht dat het verweer dat de werknemer geen verwijt kan worden gemaakt, in de gegeven omstandigheden geen doel kan treffen.

#### 4.18

De rechtspraak van de Hoge Raad houdt dus in dat voor een ontslag op staande voet niet in zijn algemeenheid de eis kan worden gesteld dat de verweten gedraging verwijtbaar is. Uit het arrest *Van D/Nutricia* blijkt echter dat ook zeker niet het omgekeerde geldt, dat verwijtbaarheid *nooit* is vereist. Bij de vraag of sprake is van een dringende reden kan (de mate van) verwijtbaarheid wel degelijk een belangrijk gezichtspunt vormen.<sup>28</sup> In de eerste plaats *kan* in de aard van de dringende reden besloten liggen dat verwijtbaarheid is vereist. Een voorbeeld hiervan biedt het arrest *[H/I]*, waarin het ging om een taxichauffeur die op staande voet werd ontslagen, omdat hij een deel van het geld van de taxiriten niet zou hebben afgedragen.<sup>29</sup> Omdat de werkgever ‘verduistering’ aan het ontslag ten grondslag had gelegd, sneuvelde het arrest in cassatie omdat voor verduistering opzet is vereist en de rechtbank niet had vastgesteld dat daarvan sprake was. Een ander voorbeeld is het arrest *Nederlandse Reassurantiegroep*, waarin als dringende reden werd aangevoerd dat de werknemer ‘door opzet of roekeloosheid buiten staat geraakt of blijft de bedongen arbeid te verrichten’ (art. 1639p lid 2 onder 12e BW (oud)).<sup>30</sup>

De Hoge Raad oordeelde dat de woorden 'door opzet of roekeloosheid' veronderstellen dat de werknemer een verwijt kan worden gemaakt, zodat de rechtbank niet in het midden had mogen laten of betrokkene, die naar zijn zeggen in een toestand van geestelijke ontwrichting brand had gesticht, daarvan een verwijt kon worden gemaakt.

In de tweede plaats kunnen er situaties zijn waarin een afweging van alle omstandigheden van het geval meebrengt dat het ontbreken van verwijtbaarheid leidt tot de conclusie dat geen sprake is van een dringende reden. Dit betekent dat bij de beoordeling van de geldigheid en de ernst van een ontslagreden de mate van verwijtbaarheid in veel gevallen toch (doorslaggevend) gewicht in de schaal zal leggen.<sup>31</sup> Een voorbeeld biedt het eerder genoemde arrest *Vixia/ [G]*, waarin de psychische gesteldheid van de werknemer, in combinatie met zijn alcoholprobleem en het overlijden van zijn moeder, meegewogen werden bij het oordeel dat geen sprake was van een dringende reden.<sup>32</sup>

#### 4.19

In de literatuur is uitvoerig geschreven over de lijn in de rechtspraak, dat voor een ontslag op staande voet niet in zijn algemeenheid de eis kan worden gesteld dat de verweten gedraging verwijtbaar is. Volgens sommige auteurs is deze benadering niet in overeenstemming met de wetsgeschiedenis van de Wet op de arbeidsovereenkomst uit 1907.<sup>33</sup> Bovendien zou de rechtspraak van de Hoge Raad niet parallel lopen met die van de Centrale Raad van Beroep in ambtenarenzaken.<sup>34</sup> Verder zou een benadering waarin een werknemer die geen enkel verwijt te maken valt niet op staande voet kan worden ontslagen, beter aansluiten bij het rechtsgevoel.<sup>35</sup> De rechtspraak van de Hoge Raad laat echter voldoende ruimte om in zo'n situatie tot het oordeel te komen dat géén sprake is van een dringende reden.<sup>36</sup> Zondag wijst in dit verband ook op wat hij aanduidt als 'de beschermende rol van subnormen'.<sup>37</sup> Daarbij gaat het om in de rechtspraak ontwikkelde regels die voor bepaalde, specifieke situaties inhouden dat de afwezigheid van elk verwijt aan de werknemer in *die* situatie geen dringende reden voor een ontslag op staande voet oplevert. Zo'n subnorm is bijvoorbeeld de regel dat een ontslag op staande voet op grond van onwettig verzuim, ten onrechte is gegeven wanneer de werknemer ten tijde van het verzuim ziek was of te goeder trouw mocht aannemen arbeidsongeschikt wegens ziekte te zijn.<sup>38</sup> Via zo'n subnorm wordt bereikt dat in het concrete geval de afwezigheid van verwijtbaarheid geen dringende reden kan opleveren.

#### 4.20

In relatie tot de vraag of een dringende reden altijd verwijtbaarheid moet zijn, is ook wel gewezen op het in lid 1 van art. 7:678 BW (en eerder in art. 6:678 lid 1 BW (oud)) gemaakte onderscheid tussen 'daden, eigenschappen of gedragingen ...'.<sup>39</sup> Als voorbeeld van een dringende reden in verband met een 'eigenschap' geldt het arrest

*Hendrikx/Amsterdams Volkstoneel*, waarin het ging om een musicus die op staande voet ontslagen werd omdat hij niet in staat bleek bladmuziek te lezen.<sup>40</sup> De dringende reden werd hier overigens opgehangen aan 'het in ernstige mate blijken te missen van de bekwaamheid of geschiktheid voor de arbeid' (art.7:678 lid 2 sub b BW, destijds art. 1639p lid 2 sub 2e BW (oud)).

De eis van verwijtbaarheid van de dringende reden zou dan wel moeten gelden voor daden en gedragingen, maar niet voor eigenschappen. Deze benadering is bepleit door A-G Franx<sup>41</sup> en A-G Biegman-Hartogh.<sup>42</sup> Deze benadering is echter niet overgenomen door de Hoge Raad. Ik neem aan dat de reden daarvoor is dat het onderscheid tussen enerzijds daden en gedragingen en anderzijds eigenschappen, niet scherp is. Over het onderscheid tussen gedrag en eigenschappen van mensen bestaan ook geen eenduidige opvattingen. De in de onderhavige zaak aan de orde zijnde kwestie van alcoholverslaving is daar een goed voorbeeld van.<sup>43</sup> Bovendien zou je kunnen zeggen dat eigenschappen pas juridisch relevant zijn wanneer zij zich uiten in daden of gedragingen, zodat het in feite *altijd* zal gaan om daden of gedragingen van de werknemer. Ontslag op grond van een eigenschap van de werknemer zonder dat die eigenschap in gedragingen naar voren is gekomen, is moeilijk voorstelbaar.<sup>44</sup>

*Ontslag op staande voet bij 'bagateldelicten'*

#### 4.21

Bij de beoordeling van de dringendheid van de reden is van groot belang of de werknemer van tevoren duidelijk is gewaarschuwd dat een bepaalde gedraging tot ontslag zal leiden. Indien een werknemer voor een vergelijkbare gedraging al eens een waarschuwing heeft gekregen, zal over het algemeen eerder tot een dringende reden worden geconcludeerd dan wanneer dat niet het geval is geweest. Hetzelfde geldt als de werkgever in het algemeen heeft gewaarschuwd of duidelijke gedragsregels heeft die bij de werknemer bekend zijn en waarvan hij weet dat ze consequent worden gehandhaafd.<sup>45</sup> Het gevolg hiervan is dat relatief onschuldige gedragingen ('bagateldelicten'<sup>46</sup>) soms toch als een dringende reden kunnen worden aangemerkt.<sup>47</sup> Overigens blijkt bij nadere lezing dat in deze zaken soms toch meer aan de hand was dan één enkele, geringe misstap.

*De transitievergoeding*

#### 4.22

Art. 7:673 BW bepaalt, kort gezegd, dat indien de werkgever een arbeidsovereenkomst beëindigt van een werknemer van wie de arbeidsovereenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd, een transitievergoeding verschuldigd is. Het verschuldigd zijn van de transitievergoeding geeft invulling aan de zorgplicht die de werkgever

heeft ten opzichte van de werknemer die wordt ontslagen of waarvan het contract niet wordt verlengd.[48](#) In lid 1, onder a, van art. 673 BW is uitgewerkt welke situaties zich in dit verband precies kunnen voordoen. Deze kenmerken zich alle erdoor dat beëindiging van de arbeidsovereenkomst *op initiatief van de werkgever* plaatsvindt.[49](#) Het gaat om de volgende gevallen:

1. opzegging door de werkgever;
2. ontbinding op verzoek van de werkgever;
3. na een einde van rechtswege op initiatief van de werkgever niet aansluitend voortzetten en voor het eindigen van de arbeidsovereenkomst geen opvolgende arbeidsovereenkomst aangaan, die tussentijds kan worden opgezegd en ingaat na een tussenpoos van ten hoogste zes maanden.

Daarnaast bepaalt art. 673 lid 1, onder b, BW dat een transitievergoeding is verschuldigd indien, kort gezegd, sprake is van beëindiging van de arbeidsovereenkomst *op initiatief van de werknemer* wegens ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.

#### 4.23

In de memorie van toelichting is vermeld dat de transitievergoeding enerzijds is bedoeld als compensatie voor het ontslag en anderzijds om de werknemer met behulp van de hiermee gemoeide financiële middelen in staat te stellen de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken.[50](#) Dit tweeledige doel geeft de transitievergoeding volgens de regering een eigen, hybride karakter.[51](#) De vergoeding kan, maar hoeft niet, te worden gebruikt voor scholing of begeleiding naar ander werk.[52](#) Ook indien transitie naar ander werk vrijwel is uitgesloten (bijvoorbeeld ten gevolge van volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid), is de transitievergoeding verschuldigd.[53](#) De transitievergoeding is ook verschuldigd indien de werknemer reeds een andere baan heeft gevonden.[54](#) De transitievergoeding moet dus niet worden beschouwd als een aanvullende inkomensvoorziening bij werkloosheid.[55](#) In zijn algemeenheid geldt dat de verschuldigdheid van de transitievergoeding los staat van de vraag of de werknemer daadwerkelijk schade heeft ondervonden door het ontslag. Dat dit geen rol speelt, sluit aan bij het vervallen van het criterium of het ontslag redelijk is mede in het licht van de gevolgen van het ontslag voor de werknemer en de door de werkgever getroffen voorzieningen om deze gevolgen te vervallen (het oude 'gevolgencriterium').[56](#)

#### 4.24

De wijze van berekening van de transitievergoeding is in de wet vastgelegd (art. 7:673 lid 2-6 BW). De factoren die de hoogte van de transitievergoeding bepalen zijn het aantal halve dienstjaren en het loon (art. 7:673 lid 2 BW). Aangezien een van de doelen van de Wvz was om het ontslag voor werkgevers minder kostbaar te maken en het stelsel, ook voor oudere werknemers, meer te richten op het vinden van een nieuwe baan, is de leeftijd van de werknemer bij de opbouw van de transitievergoeding geen bepalende factor meer.<sup>57</sup> De transitievergoeding is gemaximeerd op € 75.000,- (art. 7:673 lid 2 BW) of op een jaarsalaris indien dit hoger is dan € 75.000,-. Dit bedrag wordt jaarlijks aangepast (art. 7:673 lid 3 BW).<sup>58</sup> De belangrijkste reden voor het op deze wijze maximeren is het voorkomen van te hoge ontslagkosten voor werkgevers en dat werknemers met een hoger inkomen over het algemeen beschikken over een betere arbeidsmarktpositie.<sup>59</sup> Ook zou maximering van de transitievergoeding het in dienst nemen van met name oudere werknemers bevorderen.<sup>60</sup>

#### *Uitzondering op de verschuldigdheid van de transitievergoeding*

#### 4.25

In beginsel heeft elke werknemer met een dienstverband van ten minste 24 maanden en wiens arbeidsovereenkomst wordt beëindigd in een van de situaties genoemd in art. 7:673 lid 1 BW, recht op een transitievergoeding. Hiermee is gekozen voor een eenduidig systeem, dat de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid bevordert en dat duidelijke handvatten geeft aan partijen voor het kunnen beëindigen van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, zo stelt de regering.<sup>61</sup> Art. 7:673 lid 7 BW noemt drie uitzonderingen op de verschuldigdheid van de transitievergoeding. De werkgever is de transitievergoeding niet verschuldigd in het geval:

- a. de werknemer minderjarig is;
- b. de werknemer aansluitend de pensioengerechtigde leeftijd bereikt;
- c. het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst een gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.

Voor de discussie of ook bij een ontslag op staande voet een transitievergoeding verschuldigd is, is relevant het geval sub c, het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.

## *Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten*

### 4.26

Wat precies moet worden verstaan onder ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer in de zin van art. 7:673 lid 7 sub c BW, is niet nader omschreven in de wetsgeschiedenis. Te lezen is dat, omdat een van de doelen van de Wwz het vereenvoudigen van het ontslagrecht en het bevorderen van de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid is, in mindere mate rekening gehouden is met het feit dat in ontslagzaken de verwijtbaarheid over en weer verschillende gradaties kent.[62](#) 'Gewoon' verwijtbaar handelen of nalaten leidt daarmee niet tot het verlies van de transitievergoeding. Dat laatste doet zich alleen voor indien sprake is van *ernstig* verwijtbaar handelen of nalaten.[63](#) Nu 'gewoon' verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer wel een van de opzeggingsgronden van art. 7:669 BW is, namelijk die in lid 3, onder e ('de e-grond'), betekent dat dat bij ontbinding op de e-grond toekenning van de transitievergoeding mogelijk is.

### 4.27

In de wetsgeschiedenis is een aantal voorbeelden gegeven van gevallen waarin de werkgever geen of een lagere transitievergoeding verschuldigd is omdat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten:[64](#)

- de situatie waarin de werknemer zich schuldig maakt aan diefstal, verduistering, bedrog of andere misdrijven, waardoor hij het vertrouwen van de werkgever onwaardig wordt;
- de situatie waarin de werknemer in strijd met eigen in de praktijk toegepaste en voor de werknemer kenbare gedragsregels van de organisatie van de werkgever, geld leent uit de bedrijfskas en zulks leidt tot een vertrouwensbreuk;
- de situatie waarin de werknemer controlevoorschriften bij ziekte herhaaldelijk, ook na toepassing van loonopschorting, niet naleeft en hiervoor geen gegronde reden bestaat;
- de situatie waarin de werknemer veelvuldig en zonder gegronde reden te laat op zijn werk verschijnt, hierdoor de bedrijfsvoering wordt belemmerd en de werkgever de werknemer hier al tevergeefs op heeft aangesproken;
- de situatie waarin de werknemer op oneigenlijke wijze heeft geprobeerd zijn productiecijfers gunstiger voor te stellen en hij hierdoor het vertrouwen van de werkgever ernstig heeft beschaamd.

#### 4.28

In de feitenrechtspraak zijn al veel uitspraken gedaan waarin is geoordeeld over de vraag of sprake was van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Veel gevallen waarin ernstig verwijtbaar handelen is vastgesteld sluiten aan bij de in de wetsgeschiedenis genoemde voorbeelden: fraude of diefstal,[65](#) seksuele intimidatie,[66](#) het structureel niet-naleven van re-integratievoorschriften,[67](#) het herhaaldelijk en zonder deugdelijke reden niet verschijnen op het werk,[68](#) het handelen in verdovende middelen,[69](#) het verstrekken van onjuiste informatie over identiteit en opleiding bij sollicitatie,[70](#) het openen van vertrouwelijke poststukken,[71](#) het onbevoegd uitschrijven van recepten door een doktersassistente,[72](#) agressief en intimiderend gedrag jegens collega's,[73](#) het besturen van een bedrijfsbusje met cliënten onder invloed van alcohol,[74](#) en het onbevoegd raadplegen van een elektronisch patiëntendossier.[75](#) In al deze gevallen was de werkgever geen transitievergoeding verschuldigd.

#### *Het 'luizengaatje'*

#### 4.29

Op de regel dat bij ernstige verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer geen transitievergoeding is verschuldigd, geeft art. 7:673 lid 8 BW een uitzondering indien het niet toekennen daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De uitzondering van lid 8 is in de arbeidsrechtelijke literatuur aangeduid als 'het luizengaatje'.[76](#) Daarmee wordt bedoeld dat sprake is van een nog beperktere uitzondering dan bij het 'muizengaatje' van de billijke vergoeding.[77](#) Als voorbeeld van een geval waarin toepassing van de hardheidsclausule op zijn plaats is, is in de memorie van toelichting genoemd het geval dat de werknemer een relatief kleine misstap heeft begaan na een langdurig dienstverband.[78](#) Dit zou een voorbeeld kunnen zijn van een 'bagateldelict', zoals hiervoor is besproken onder 4.21. De toets dat het niet toekennen van de transitievergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, komt overeen met de maatstaf van art. 6:2 lid 2 BW en 6:248 lid 2 BW. Daarmee ligt het in de rede dat, net als bij de toepassing van deze artikelen, de rechter terughoudend zal moeten zijn bij de toepassing van art. 7:673 lid 8 BW.[79](#)

#### *Transitievergoeding bij een ontslag op staande voet?*

#### 4.30

De vraag rijst – daarop heeft het derde onderdeel van het cassatiemiddel betrekking – of ook bij een ontslag op staande voet een transitievergoeding verschuldigd kan zijn. Verschillende auteurs hebben die vraag bevestigend beantwoord; anderen komen tot een ontkennende

beantwoording. Dit maakt het van belang om na te gaan welke argumenten in deze discussie worden gehanteerd en hoe sterk die zijn.

#### 4.31

Voorop is te stellen dat art. 7:673 lid 1 sub a, 1° BW het recht op een transitievergoeding in zijn algemeenheid verbindt aan 'opzegging door de werkgever'. Niet nader wordt gespecificeerd om welke soort opzegging het gaat: een opzegging op de voet van art. 7:669 BW of een opzegging op de voet van art. 7:677 BW (ontslag op staande voet). Nu ook art. 7:677 BW *niet* inhoudt dat art. 7:673 BW niet van toepassing is, betekent dit dat het wettelijk systeem op zichzelf niet uitsluit dat bij opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden, recht kan bestaan op een transitievergoeding. Met name op grond van dit wetssystematische argument stellen Van Slooten, Zaal en Zwemmer dat ook een opzegging wegens een dringende reden kan leiden tot een recht op een transitievergoeding.<sup>80</sup> Terzijde merk ik op dat (los van de opzegging wegens dringende reden) niet alle mogelijke beëindigingsvormen van de arbeidsovereenkomst in de opsomming van art. 7:673 BW zijn opgenomen.<sup>81</sup>

#### 4.32

De meeste auteurs die bepleiten dat ook bij een opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden in beginsel aanspraak kan bestaan op een transitievergoeding, beroepen zich op het gegeven dat *enerzijds* in de rechtspraak onder het oude arbeidsrecht is uitgemaakt dat voor een ontslag op staande voet geen verwijtbaarheid is vereist (zie onder 4.17-4.18), terwijl *anderzijds* de aanspraak op een transitievergoeding pas vervalt bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. Hieruit zou volgens hen logischerwijs de gevolgtrekking moeten worden gemaakt dat ook bij een ontslag op staande voet aanspraak kan bestaan op een transitievergoeding, tenzij sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer (art. 7:673 lid 7 sub c BW). Ik noem dit hierna kortweg 'de in-beginsel-aanspraak op een transitievergoeding'. Zo schrijft Heerma van Voss het volgende:<sup>82</sup>

*"In de memorie van toelichting gaf de regering een aantal voorbeelden van situaties van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer waarin de transitievergoeding niet (of een lagere transitievergoeding) verschuldigd is:*

[A-G: hierna volgt de opsomming als opgenomen onder punt 4.27].

*Bij deze opsomming valt op dat de voorbeelden verwantschap vertonen met de dringende reden, maar vrijwel steeds nadere eisen stellen ten opzichte van de opsomming van voorbeelden van dringende reden van art. 7:678 BW. Daarnaast blijkt uit de jurisprudentie over de dringende reden dat daarbij verwijtbaarheid niet steeds als eis wordt gesteld (zie nr.*



427). Dit leidt tot de conclusie dat een dringende reden niet zonder meer kan leiden tot ontzegging van een transitievergoeding. "

Ook Duk en Bouwens volgen deze lijn:[83](#)

*"Onder het criterium ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer vallen ook gedragingen die niet als een dringende reden in de zin van art. 678 kunnen worden beschouwd. Wanneer sprake is van een terecht ontslag op staande voet, zal veelal geen transitievergoeding verschuldigd zijn omdat de werknemer een ernstig verwijt treft. Dit is echter niet per definitie het geval. Voor een onverwijld opzegging wegens een dringende reden is namelijk niet steeds vereist dat de werknemer een verwijt kan worden gemaakt, laat staan een ernstig verwijt.*

*Indien sprake is van ernstige verwijtbaarheid van de werknemer, heeft de rechter de mogelijkheid om de werknemer de transitievergoeding toch geheel of gedeeltelijk toe te kennen. Dit is echter slechts mogelijk indien het niet toekennen ervan gezien de specifieke omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 673 lid 8). De regering geeft als voorbeeld van zodanige situatie een ontslag wegens een relatief kleine misstap na een heel lang dienstverband."*

En Vestering en Wetzels schrijven het volgende:[84](#)

*"In de eerste plaats zal de werknemer immers betwisten dat sprake was van een dringende reden, maar ook kan hij mogelijk betwisten dat sprake was van ernstig verwijtbaar handelen in de zin van artikel 673 lid 7 sub c. Deze twee begrippen dienen elk op zichzelf beoordeeld te worden; het is mogelijk dat ook indien sprake is van een dringende reden, toch geen sprake is van ernstige verwijtbaarheid, zodat de werknemer nog wel recht heeft op een transitievergoeding. Voorts is het mogelijk dat de rechter ondanks ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, toch (deels) een transitievergoeding toekent (art. 673 lid 8); de werknemer kan zich daar eventueel subsidiair een beroep op doen."*

Deze auteurs gaan er dus vanuit dat bij een ontslag op staande voet een in-beginsel-aanspraak op een transitievergoeding bestaat, en dat het vervolgens van de mate van de verwijtbaarheid van de dringende reden afhangt of er inderdaad recht op een transitievergoeding bestaat. Dit zal per geval moeten worden beoordeeld.

#### 4.33

Als argument voor de gedachte dat ook een ontslag op staande voet kan leiden tot een recht op een transitievergoeding wordt in de literatuur verder gewezen op een opmerking die minister Asscher tijdens de

parlementaire behandeling van de Wwz in de Eerste Kamer heeft gemaakt. Hij zei daar het volgende:[85](#)

*"De heer Ester vroeg naar de termen ernstige verwijtbaarheid, laakbaar gedrag en dringende reden. Zijn die voldoende afgebakend? Kan dit niet een probleem opleveren wegens de verschillende rechtsgevolgen die daaraan zijn verbonden? Verwacht ik niet dat dit leidt tot een hausse aan ontslagzaken en dat ik daarom hierop moet terugkomen bij de evaluatie? Op zichzelf genomen 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 nodig dan slechts een dringende reden .*

*In de memorie van toelichting heb ik voorbeelden gegeven van situaties waarin er sprake is van ernstige verwijtbaarheid: discriminatie, arbeidsongeschiktheid als gevolg van verwijtbaar handelen en onvoldoende zorg voor de arbeidsomstandigheden. Omdat het criterium beperkt is geformuleerd, verwacht ik niet dat het een aanzuigende werking zal hebben. De rechter zal ernstige verwijtbaarheid niet snel aanwezig achten. De Raad van State heeft die verwachting onderschreven. Van "laakbaar gedrag" spreekt het wetsvoorstel niet; het wordt slechts genoemd als een voorbeeld. Als laakbaar gedrag van de werkgever leidt tot ontslag van de werknemer, kan er sprake zijn van ernstige verwijtbaarheid. De effecten van het zogenoemde muizengaatje op de vraag of dit een aanzuigende werking heeft, zullen meegenomen worden in de evaluatie; dat heb ik reeds toegezegd."*

Met name Sagel heeft uit deze opmerking afgeleid dat ook als sprake is van een geldig ontslag wegens een dringende reden, er recht kan bestaan op een transitievergoeding.[86](#) Volgens hem is er in de eerste plaats recht op een transitievergoeding 'in die incidentele gevallen waarin sprake is van een dringende reden zonder enige verwijtbaarheid aan werknemerszijde'. Daarnaast zie hij echter ook mogelijkheden om een transitievergoeding toe te kennen in de veel ruimere categorie van gevallen waarin geen sprake is van het ontbreken van elke verwijtbaarheid, maar ook niet is voldaan aan de hoge grens van 'ernstige verwijtbaarheid'.

4.34

Naar mijn mening zijn er echter vraagtekens te zetten bij de uitleg die Sagel geeft aan de opmerking van de minister. Voor een goed begrip vermeld ik ook de vraag van kamerlid Ester, waarop de opmerking een antwoord was:[87](#)

*"Arbeidsjuristen hebben erop gewezen dat de termen "ernstige verwijtbaarheid", "laakbaar gedrag" en "dwingende reden" in het wetsvoorstel onvoldoende zijn afgebakend. Dit knelt omdat de rechtsgevolgen van deze ontslaggronden verschillen, ook wat betreft de zojuist genoemde transitievergoeding. Hierover is veel discussie ontstaan. Kan de minister hierin toch enige finale klaarheid brengen? Hoe beoordeelt hij de verwachting dat deze onduidelijkheid tot een hausse aan rechtszaken zal leiden? Wordt deze kwestie onderdeel van de evaluatie?"*

Wanneer vraag en antwoord in samenhang worden gelezen, kan worden vastgesteld dat de opmerking van de minister niet specifiek betrekking had op de vraag of bij een ontslag op staande voet aanspraak kan bestaan op een transitievergoeding. Veeleer ging het in zijn algemeenheid om de afbakening van de begrippen 'dringende reden' en 'ernstige verwijtbaarheid', waarbij het antwoord erop neerkomt dat deze niet dezelfde inhoud hebben. Dit maakt het naar mijn mening twijfelachtig of de minister inderdaad scherp op het netvlies had dat voor een ontslag op staande voet een dringende reden is vereist, maar dat daarvoor niet altijd (ernstige) verwijtbaarheid nodig is. Uit verschillende andere, hierna nog te bespreken, passages uit de parlementaire geschiedenis is af te leiden dat bij de regering niet scherp op het netvlies stond dat voor een geldig ontslag op staande voet niet altijd is vereist dat de werknemer van de gedraging een (ernstig) verwijt kan worden gemaakt. Daarmee is het maar zeer de vraag of de minister met zijn opmerking tot uitdrukking wilde brengen dat ook bij een ontslag op staande voet recht op een transitievergoeding kan bestaan. In ieder geval blijkt uit het antwoord van de minister wel duidelijk dat met het wetsvoorstel Wvz niet is beoogd wijzigingen aan te brengen in de inhoud van het begrip 'dringende reden'.

#### 4.35

Dat de minister *niet* bedoelde te zeggen dat ook bij een ontslag op staande voet recht op een transitievergoeding kan bestaan, wordt aannemelijk wanneer andere passages uit de wetsgeschiedenis in ogenschouw worden genomen. Daarbij is in de eerste plaats te wijzen op de memorie van toelichting, waarin expliciet vermeld is dat bij een ontslag op staande voet geen recht op een transitievergoeding bestaat: [88](#)

*"De mogelijkheid tot verhoging van de vergoeding aan de werkgever ten laste van de werknemer bij een ontslag op staande voet ontbreekt. Dit wordt verklaard door het feit dat ook in het geval van een normale opzegging die (al dan niet ernstig) aan de werknemer is te verwijten, de werknemer geen vergoeding verschuldigd is aan de werkgever. Wel vervalt bij ernstige verwijtbaarheid van de werknemer – en dus ook bij een ontslag op staande voet – de aanspraak van deze werknemer op de transitievergoeding ."*

Ook hier is verwarrend dat aangenomen lijkt te worden dat bij een ontslag op staande voet altijd sprake is van (ernstige) verwijtbaarheid van de werknemer; dat is immers niet het geval (zie onder 4.17-4.18). De veronderstelling dat een dringende reden sowieso ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer oplevert, blijkt ook uit wat in de memorie van toelichting is vermeld over ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de e-grond (zie de passage aangehaald bij punt 4.9). Wat daarvan ook zijn, duidelijk wordt gesteld dat bij een ontslag op staande voet geen aanspraak bestaat op een transitievergoeding.

4.36

Even verderop is in de memorie van toelichting het volgende te lezen: [89](#)

*" Het criterium ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, is ruimer dan alleen een ontslag om een dringende reden als bedoeld in de artikelen 7:677 en 7:678 BW. Dat betekent in relatie tot artikel 24, tweede lid, onderdeel a, van de WW dat, als een werknemer om de genoemde reden geen aanspraak heeft op een transitievergoeding, dat niet betekent dat er ook geen recht zal bestaan op een WW-uitkering vanwege verwijtbare werkloosheid. Een werknemer wordt immers op grond van genoemd artikel als verwijtbaar werkloos aangemerkt als aan de werkloosheid een dringende reden ten grondslag ligt in de zin van artikel 7:678 BW (en de werknemer ter zake een verwijt kan worden gemaakt ) of als hij – kort gezegd – zelf ontslag neemt. Dit vergt een individuele beoordeling door UWV."*

Uit deze passage blijkt dat ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, waardoor er geen aanspraak bestaat op een transitievergoeding, niet per sé tot verwijtbare werkloosheid in de zin van de Werkloosheidswet hoeft te leiden. Dat laatste is bij een dringende reden wel het geval, mits de werknemer een verwijt kan worden gemaakt (zie ook onder 4.5). In relatie tot de aanspraak op een WW-uitkering wordt hier dus wel onder ogen gezien dat niet bij elke dringende reden de werknemer een verwijt kan worden gemaakt.

De gevolgtrekking die m.i. uit deze passage kan worden gemaakt is dat de lat voor een 'dringende reden' hoger ligt dan voor 'ernstige verwijtbaarheid'. Dit strookt met de eerder aangehaalde passage over de dringende reden en ontbinding op de e-grond (zie onder 4.9): elke dringende reden levert ook ernstig verwijtbaar handelen of nalaten op, maar niet elk ernstig verwijtbaar handelen of nalaten leidt tot een dringende reden. Als elke dringende reden ernstige verwijtbaarheid (in de zin van art. 7:673 lid 7 sub c BW) oplevert, betekent dat – in lijn met de onder 4.35 geciteerde tekst uit de memorie van toelichting – dat bij een ontslag wegens een dringende reden géén transitievergoeding is verschuldigd.

4.37

In het kader van de onderhavige discussie wordt door Sagel<sup>90</sup> en Verhulp<sup>91</sup> ook verwezen naar de volgende passage uit de nota naar aanleiding van het verslag:<sup>92</sup>

*"Artikel 7:669 BW Redelijke grond*

*(...)*

*Met betrekking tot onderdeel e dringt zich bij de adviescommissie de vraag op of een arbeidsovereenkomst alleen kan worden ontbonden bij een dringende reden voor ontslag. Dat is uiteraard niet het geval en volgt ook niet uit de formulering van het betreffende onderdeel, noch uit de toelichting daarop. Wat betreft de vraag over een dringende reden in combinatie met geen verwijtbaarheid van de werknemer en het wel/niet niet verschuldigd zijn van de transitievergoeding, luidt het antwoord dat in die situatie uiteraard een transitievergoeding verschuldigd is. Ook de daarop volgende vraag wanneer – ondanks dit verwijtbaar handelen van de werknemer – sprake kan zijn van het in redelijkheid van de werkgever vergen dat de arbeidsovereenkomst voortduurt, kent een voor de hand liggend antwoord, namelijk als het handelen niet zodanig ernstig is dat ontslag gerechtvaardigd is. Hierbij geldt dat enkel de mate van verwijtbaar handelen of nalaten bepalend is voor de vraag of van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren."*

Om deze passage goed te kunnen plaatsen vermeld ik ook de vragen van de Adviescommissie van de NOvA waar de bovenstaande passage een reactie op was:<sup>93</sup>

*"Bij de bepalingen sub e. dringt zich de vraag op of van verwijtbaar handelen als daar bedoeld, sprake kan zijn, ook al ontbreekt een dringende reden. Verder: van een dringende reden kan onder (bijzondere) omstandigheden ook sprake zijn zonder verwijtbaarheid van de werknemer. Is de transitievergoeding dan wel of niet verschuldigd? Wanneer kan voortduren, ondanks dat handelen, toch "in redelijkheid" van de werkgever worden gevergd."*

Duidelijk is dat de vraag primair betrekking heeft op de uitleg van de 'e-grond', verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren (art. 7:669 lid 3 sub e BW). Het antwoord daarop is dat de begrippen niet samenvallen. Voor het antwoord op de tweede vraag, naar het verschuldigd zijn van de transitievergoeding bij een dringende reden zonder dat sprake is van verwijtbaarheid, geldt dat hierin inderdaad een aanwijzing kan worden gelezen voor een in-

beginsel-aanspraak op een transitievergoeding bij een ontslag wegens een dringende reden. Evengoed kan echter worden gesteld dat niet duidelijk blijkt dat inderdaad bedoeld is te zeggen dat bij een ontslag op staande voet een aanspraak op de transitievergoeding kan bestaan.

#### 4.38

Ten slotte is over de transitievergoeding bij een ontslag op staande voet in de memorie van antwoord het volgende vermeld: [94](#)

*"Artikel 7:677, tweede lid, BW regelt dat de werknemer (in dit voorbeeld als zijnde de partij die door opzet of schuld de wederpartij een dringende reden heeft gegeven) aan de werkgever een vergoeding verschuldigd is ter hoogte van (derde lid, onderdeel a) het loon dat is verschuldigd over de opzegtermijn. De beperking van de vergoeding tot loon dat is verschuldigd over de opzegtermijn wordt verklaard door het feit dat ook in het geval van een normale opzegging die (al dan niet ernstig) aan de werknemer is te verwijten, de werknemer geen vergoeding verschuldigd is aan de werkgever. Wel vervalt bij ernstige verwijtbaarheid van de werknemer – gevolgd door een ontslag op staande voet – de aanspraak van deze werknemer op de transitievergoeding ."*

De kern van deze passage lijkt mij onmiskenbaar in overeenstemming te zijn met de hiervoor aangehaalde passages uit de memorie van toelichting: bij een ontslag op staande voet bestaat geen aanspraak op een transitievergoeding.

#### 4.39

Voor wat betreft de parlementaire geschiedenis van de Wwz is wat mij betreft de slotsom dat waar expliciet het ontslag op staande voet wordt besproken, duidelijk wordt gesteld dat er géén aanspraak is op de transitievergoeding. Voor zover wordt ingegaan op de dringende reden, is sprake van verschillende uitlatingen, die moeilijk met elkaar te verenigen zijn en blijk lijken te geven van verwarring over de inhoud van het begrip 'dringende reden' in relatie tot het vereiste van verwijtbaarheid. Hoe dan ook is vast te stellen dat nergens uitdrukkelijk is vermeld dat ook bij een ontslag op staande voet aanspraak kan bestaan op een transitievergoeding.

#### 4.40

Ook Loonstra en Zondag zijn van mening dat uit de parlementaire geschiedenis niet blijkt dat het de bedoeling van de regering is geweest dat de werkgever bij een niet ernstig verwijtbaar ontslag op staande voet een transitievergoeding is verschuldigd. Volgens hen moet worden aangenomen dat bij een ontslag op staande voet geen transitievergoeding

is verschuldigd.[95](#) Hetzelfde geldt voor Verhulp, die het volgende schrijft:  
[96](#)

*"(...) Waar eerst de regering uitging van de gedachte dat bij een opzegging wegens een dringende reden de werkgever geen vergoeding verschuldigd was, werd dat later anders. Minister Asscher is (pas) in de Eerste Kamer over deze vergoeding in relatie tot een opzegging wegens een dringende reden ondervraagd en hij zei toen: 'Op zichzelf genomen verandert het wetsvoorstel niets aan de term dringende reden. De situatie die tot een dringende reden leidt, hoeft niet altijd gepaard te gaan met verwijtbaarheid. Voor ernstige verwijtbaarheid is meer nodig dan slechts een dringende reden. Het begrip dringende reden speelt een rol bij de vraag of er een grond is voor het ontslag en het begrip ernstige verwijtbaarheid bij de vraag of een aanvullende vergoeding aan de orde is.<sup>43</sup> Deze parlementaire gang van zaken wekt niet de indruk dat de regering goed heeft nagedacht over de gevolgen van deze mededeling, zoals dat overigens bij de behandeling van de Wwz wel meer het geval is."*

Ook Alt – cassatieadvocaat van Dräger – is die mening toegedaan:[97](#)

*"M.i. heeft de wetgever zich in de haast kennelijk niet gerealiseerd dat er ook ontslagen op staande voet mogelijk zijn, waarbij de dringende reden niet (ernstig) verwijtbaar is. Aldus is er m.i. sprake van een weeffout van de wetgever. Het gaat hier immers in dat geval weliswaar om een niet verwijtbaar handelen van de werknemer, maar het betreffen dan wel gedragingen, uitspraken of eigenschappen van de werknemer die in beginsel voor zijn risico komen. Ware dat anders dan heeft de werkgever geen redelijke grond voor ontslag. Nergens in de parlementaire geschiedenis is overwogen dat een breuk is beoogd met betrekking tot de bestendige jurisprudentiële lijn dat er in het geval van een ontslag op staande voet geen plaats is voor een vergoeding (naar oud recht op grond van kennelijk onredelijk ontslag).*

*Bovendien volgt uit het karakter van het ontslag op staande voet als ultimum remedium dat slechts in uitzonderlijke, ernstige gevallen sprake is van een (geldige) dringende reden, zodat, met uitzonderingen van die gevallen waarbij er geen schuld is, de ernstige verwijtbaarheid en de dringende reden samen zullen vallen. Ik zie dan ook geen 'dubbeltje op zijn kant'-situaties: een ontslag op staande voet is óf zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden verwacht de arbeidsovereenkomst te laten voortduren óf het is minder fraai maar onvoldoende voor een ontslag op staande voet. Is dat laatste het geval dan heeft de werknemer zodanige gedragingen of eigenschappen aangetoond, dat een acuut einde van de arbeidsovereenkomst geboden is. Niet valt in te zien dat en waarom een werkgever dan toch een transitievergoeding moet betalen. Gelijk in ons schadevergoedingsrecht de hoofdregel nog altijd is dat ieder geacht wordt zijn eigen schade te*

*dragen, is een werkgever m.i. niet gehouden een vergoeding te betalen indien de beëindiging van de arbeidsovereenkomst in de risicosfeer van de werknemer ligt.”*

#### 4.41

Afgezien van wat in de parlementaire geschiedenis is vermeld met betrekking tot de transitievergoeding en de dringende reden, zou ik veel gewicht willen toekennen aan het andere argument van Alt, namelijk dat met de Wwz niet beoogd is om het leerstuk van het ontslag op staande voet te wijzigen. Het is van belang onder ogen te zien dat het bieden van een in-beginsel-aanspraak op een transitievergoeding bij ontslag wegens een dringende reden in de zin van art. 7:677 BW, wél kan leiden tot een ingrijpende wijziging van het leerstuk van ontslag op staande voet. Niet alleen omdat dan, anders dan onder het oude ontslagrecht het geval was, de werknemer ook bij een geldig ontslag op staande voet (in beginsel) aanspraak kan maken op een vergoeding. Bij elk ontslag op staande voet zal dan expliciet moeten worden beoordeeld wat de mate van verwijtbaarheid van de werknemer is en of deze de drempel van 'ernstige verwijtbaarheid' al dan niet haalt.

Belangrijker is dat de *mogelijkheid* van een vergoeding de drempel kan verlagen om een ontslag op staande voet te aanvaarden. De transitievergoeding zal, net als voorheen de ontslagvergoeding bij een ontslag wegens gewichtige redenen (art. 7:685 BW (oud)), gaan fungeren als 'smeermiddel' in situaties dat betwijfeld kan worden of een onverwijld opzegging van de arbeidsovereenkomst inderdaad noodzakelijk is.

#### 4.42

Dat de transitievergoeding wordt ingezet als 'smeermiddel' is ook precies wat Sagel bepleit: [98](#)

*"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. (...) In het nieuwe WWZ-systeem zullen terechte 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 geforfaiterde karakter van de transitievergoeding natuurlijk nogal beperkt is."*

#### 4.43

Wellicht is er iets te zeggen voor zo'n derde smaak, maar ik heb er moeite mee om zo'n ingrijpende wijziging aan te brengen in het leerstuk van het ontslag op staande voet, als nevengevolg van de invoering van de Wwz, zonder dat er enige duidelijke aanwijzing is – in wettekst of wetsgeschiedenis – dat dit beoogd is. Sagel toonde zich in zijn proefschrift al voorstander van de mogelijkheid om 'de angel' uit een ontslag op staande voet te halen door de werkgever een financiële voorziening voor de werknemer te laten treffen. Het treffen van zo'n voorziening zou kunnen meewegen bij de vraag of sprake is van een dringende reden voor een ontslag op staande voet, vergelijkbaar aan de toepassing van het gevolgcriterium bij een kennelijk onredelijk ontslag.[99](#) Dit klinkt misschien aantrekkelijk, maar het leidt ook tot een verwatering van de strenge eisen aan een ontslag op staande voet, zoals Verhulp terecht naar voren brengt:[100](#)

*"Naar mijn mening is het toekennen van een vergoeding aan de op staande voet ontslagen werknemer niet alleen maar positief te waarderen, zeker niet als dat wordt gezien in relatie tot de andere regels en de bedoeling van de Wwz. Het toekennen van een vergoeding aan de op staande voet ontslagen werknemer verhoudt zich naar mijn mening minder goed met het ontslagstelsel, het leidt ertoe dat de dringende reden om op staande voet te ontslaan verwatert en het stuurt de rechter nog meer op het glibberige pad van de beoordeling van de verschillende vormen van verwijtbaarheid. Het maakt het ontslagrecht complex en onoverzichtelijk, terwijl het nu juist de bedoeling van de wetgever met de Wwz was het ontslagrecht te vereenvoudigen en voorspelbaarder te maken."*

Ontslag op staande voet is altijd bedoeld als een uitzondering op het systeem van preventieve toetsing van het ontslag, vanwege de ingrijpende gevolgen die het heeft: van de ene op de andere dag geen inkomen meer, geen ontslagvergoeding en geen recht op een WW-uitkering (zie ook onder 4.5). Het is de vraag of het mitigeren van die gevolgen uiteindelijk niet tot het – m.i. onwenselijke – gevolg leidt dat *sneller* ontslag op staande voet wordt gegeven.[101](#)

#### 4.44

Hierbij komt nog het volgende. Een belangrijke aanwijzing dat níet is beoogd om bij een ontslag op staande voet een in-beginsel-aanspraak op een transitievergoeding te geven, is dat de transitievergoeding in het leven is geroepen ter vervanging van de ontslagvergoedingen van art. 7:681 BW (oud) en art. 7:685 BW (oud). Zie bijvoorbeeld de volgende passage uit de wetsgeschiedenis:

*"Dit tweeledige doel geeft de transitievergoeding dan ook een eigen, hybride, karakter. In reactie op de vragen van de D66-fractie is van belang op te merken dat in verband met de introductie van de transitievergoeding en overige wijzigingen in het ontslagrecht het criterium of het ontslag redelijk is mede in het licht van de gevolgen voor het ontslag voor de werknemer en de door de werkgever getroffen voorzieningen deze gevolgen te verzachten, is komen te vervallen. Gekozen is voor een eenduidig systeem, waarbij elke werknemer met een dienstverband dat ten minste 24 maanden heeft geduurd recht heeft op een transitievergoeding en de wijze van opbouw van dit recht wettelijk is verankerd. Dit bevordert de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid en geeft duidelijke handvatten aan partijen voor het kunnen beëindigen van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden. (...)*

*De zorgplicht waar de leden van de SGP-fractie aan refereren is op zichzelf niet nieuw en volgt uit het goed werkgeverschap. Op grond van het criterium kennelijk onredelijk ontslag zoals we dat thans in het BW kennen kan een ontslag kennelijk onredelijk zijn als de werkgever zich onvoldoende heeft ingespannen om de gevolgen van het ontslag voor de werknemer te verzachten, het zogenoemde gevolgcriterium. Met onderhavig wetsvoorstel komt dit gevolgcriterium te vervallen en daarvoor in de plaats is de werkgever bij ontslag (in de regel) een transitievergoeding verschuldigd ."*

Bij het vervangen van de ontslagvergoedingen zoals die onder het oude arbeidsrecht bestonden, was een belangrijke doelstelling dat het ontslag voor de werkgever minder kostbaar zou moeten worden:

*"Één van de doelen van het wetsvoorstel is het minder kostbaar maken van het ontslag voor werkgevers en het stelsel meer te richten op het vinden van een nieuwe baan. Dat de gemiddelde vergoedingen in het nieuwe stelsel, mede door de aftrekbaarheid van kosten van maatregelen gericht op het voorkomen of verkorten van werkloosheid, lager zijn dan in het huidige systeem, draagt bij aan lagere werkgeverskosten bij ontslag. Daardoor wordt niet alleen het aangaan van vaste contracten bevorderd, maar – gelet op de onafhankelijkheid van het betalen van de transitievergoeding van de gevolgde ontslagroute en van het soort contract – worden ook de verschillen tussen vaste en tijdelijke werknemers verkleind. (...) Het wetsvoorstel introduceert een wettelijke genormeerde transitievergoeding."*

Zie ook de memorie van antwoord:

*"Die wijziging [van het ontslagrecht – A-G] is niet alleen gericht op het bevorderen van de rechtsgelijkheid bij ontslag maar ook op het verminderen van met ontslag verband houdende kosten wat de doorstroom van tijdelijke naar vaste contracten mede kan bevorderen. In het huidige duale ontslagstelsel is het ontslagrecht enerzijds geregeld in*

*het Burgerlijk Wetboek (BW) (het civielrechtelijke ontslagrecht), anderzijds in het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA 1945) (het publiekrechtelijke ontslagrecht). Dat heeft niet alleen geleid tot verschillende ontslagroutes (voor dezelfde grond), de ontbinding van de arbeidsovereenkomst via de kantonrechter en toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst via het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) maar ook tot verschillende uitkomsten, al naar gelang de door de werkgever gekozen route. Bijvoorbeeld als het gaat om de vergoeding bij ontslag, maar ook door verschillen in toe te passen criteria door UWV enerzijds en de kantonrechter anderzijds. (...) Met onderhavig wetsvoorstel wordt voorzien in een meer eenduidig en eenvoudiger ontslagrecht, gericht op het bevorderen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid. Het wetsvoorstel beoogt tevens hoge ontslagvergoedingen te voorkomen, deze onafhankelijk te maken van de te volgen ontslagroute en van het soort contract (vast of tijdelijk) en meer te richten op de aanwending hiervan voor de transitie naar een andere baan. Daartoe wordt een wettelijke vergoeding geïntroduceerd bij ontslag, de zogenoemde transitievergoeding ."*

En even verderop in de memorie van antwoord:

*"Ontslagrecht volgens het wetsvoorstel (op hoofdlijnen)*

*Met onderhavig wetsvoorstel wordt het ontslagrecht in de eerste plaats vereenvoudigd door het laten vervallen van het BBA 1945 en het in hoofdzaak regelen van het ontslagrecht in het BW. (...)*

*In de tweede plaats wordt in de wet (en nadere regelgeving) concreet uitgewerkt wanneer en op welke gronden een werkgever een werknemer kan ontslaan. (...).*

*In de derde plaats komt het zogenoemde gevolgcriterium zoals we dat thans in het BW kennen (zie hiervoor) te vervallen . In plaats daarvan zal iedere werknemer, anders dan nu het geval is en volgens in de wet gestelde voorwaarden, bij ontslag recht hebben op een transitievergoeding. Die voorwaarden zijn dat het dienstverband ten minste twee jaar heeft bestaan en het ontslag niet het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer (voorbeelden hiervan zijn genoemd in de memorie van toelichting). De rechter kan een additionele – billijke – vergoeding toekennen als het ontslag het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Ook hiervan zijn voorbeelden genoemd in de memorie van toelichting. Ook deze wijziging is gericht op het vereenvoudigen van het ontslagrecht en het bevorderen van de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid waarbij in mindere mate rekening wordt gehouden met het feit dat in ontslagzaken de verwijtbaarheid over en weer verschillende gradaties kent . Zoals in de nota naar aanleiding van het verslag is opgemerkt (pagina 65) betekent het hiermee rekening willen houden, dat de gang naar de rechter snel zal*

*zijn gemaakt en dat is wat de regering en ook sociale partners nu juist willen voorkomen. Hierbij snijdt het mes aan twee kanten. Een ontslag dat het gevolg is van verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, zal niet leiden tot het verlies van zijn transitievergoeding, behoudens in die gevallen waar het gedrag als ernstig verwijtbaar is te kwalificeren. (...)*"

#### 4.45

Met het geschetste doel van de invoering van de transitievergoeding – vervanging van de oude ontslagvergoedingen door een vast bedrag om (i) het ontslag voor de werkgever minder kostbaar te maken en (ii) meer rechtszekerheid te bieden – is naar mijn mening moeilijk te verenigen dat een recht op een transitievergoeding kan bestaan bij opzegging van de arbeidsovereenkomst in gevallen *waarin nooit recht heeft bestaan op een ontslagvergoeding*. Volgens de onder het oude ontslagrecht ontwikkelde rechtspraak laat een opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden zich immers niet verenigen met een toekenning van schadevergoeding op grond van kennelijk onredelijk ontslag (zie het arrest *Schrijver/Van Essen*, besproken onder 4.13-4.14). Bij een ontslag op staande voet bestond dus nooit aanspraak op een ontslagvergoeding.

#### 4.46

Verder is nog op te merken, zoals Verhulp ook naar voren brengt, dat het aan het arrest *Schrijver/Van Essen* ten grondslag liggende argument van onverenigbaarheid van een ontslag op staande voet met schadeplichtigheid van de werkgever, nog onverkort geldt.<sup>102</sup> Althans, ik zie niet waarom dit argument onder de Wvz zijn relevantie zou hebben verloren. Hetzelfde geldt voor de in het arrest *Schrijver/Van Essen* besloten liggende gedachte, dat het onwenselijk is als partijen elkaar over en weer met vorderingen bestoken: tegenover de vordering tot betaling van een transitievergoeding kan de werkgever immers een vordering instellen tot schadeplichtigheid wegens opzet of schuld aan de dringende reden (zie onder 4.13-4.14). Deze hele discussie wordt weer binnengehaald als een op staande voet ontslagen werknemer aanspraak kan maken op een transitievergoeding, zo blijkt wel uit de volgende opmerking van Sagel:<sup>103</sup>

*"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."*

Het voorstel van Sagel is dus dat in voorkomende gevallen de transitievergoeding die de werkgever aan de werknemer is verschuldigd, kan worden verrekend met de schadevergoeding die de werknemer op zijn beurt verschuldigd kan zijn aan de werkgever. Dat is een weinig aantrekkelijk perspectief. In de woorden van A-G Spier in zijn conclusie bij het arrest *Schrijver/Van Essen*: *“Een systeem waarin partijen elkaar kunnen bestoken met vorderingen op talloze grondslagen, waarbij telkens andere vragen rijzen eist maatschappelijk een onnodig hoge tol. Zeker voor de werknemer, maar ook bij kleine(re) werkgevers is er een in het oog springend belang mee gediend dat ontslagkwesties zonder onnodige complicaties ten einde kunnen worden gebracht.”* [104](#)

#### 4.47

In de feitenrechtspraak zijn weinig voorbeelden van zaken waarin bij een ontslag op staande voet een transitievergoeding toegekend. Afgezien van twee gevallen waarin bij een ontslag op staande voet op grond van art. 7:673 lid 8 BW een transitievergoeding werd toegekend (de hardheidsclausule, waarop hierna bij 4.48-4.50 nog zal worden ingegaan), heb ik slechts enkele uitspraken kunnen vinden.[105](#) In een uitspraak van de kantonrechter Zwolle werd het ontslag op staande voet van een werknemer die met een naar alcohol ruikende adem op het werk verscheen geldig geacht, maar werd wel een transitievergoeding toegekend omdat het gedrag van de werknemer vanwege haar alcoholverslaving volgens de kantonrechter niet ernstig verwijtbaar was.[106](#) De kantonrechter Den Haag achtte het ontslag op staande voet van een werknemer die een oproep van de arbo-arts had genegeerd terecht, maar kende wel een transitievergoeding toe, omdat *“de werknemer niet eerder in een dergelijke situatie is geraakt en (...) de verhouding tussen werkgever en werknemer goed was en (...) zij als vrienden met elkaar omgingen, hetgeen op de wijze van communiceren door de werknemer van invloed kan zijn geweest”*, en omdat *“niet is komen vast te staan dat de psychische gesteldheid van de werknemer in de weg stond aan het opnemen van contact met de arbo-arts of de werkgever”*.[107](#) In andere gepubliceerde uitspraken is, voor zover ik heb kunnen nagaan, bij een ontslag op staande voet geen transitievergoeding toegekend.

#### *Toepassing hardheidsclausule?*

#### 4.48

Een laatste vraag die beantwoord moet worden is of de hardheidsclausule van art. 7:673 lid 8 BW gebruikt zou kunnen worden om bij een ontslag op staande voet in bijzondere gevallen toch aanspraak te geven op een transitievergoeding. Als wordt uitgegaan van het hiervoor verdedigde systeem, dat een ontslag op staande voet wegens een dringende reden zich niet laat verenigen met een transitievergoeding, zou het antwoord

strikt genomen ontkennend moeten zijn. De hardheidsclausule voorziet immers in een uitzondering op de regel dat bij ernstig verwijtbaar handelen geen recht bestaat op een transitievergoeding. Als ervan wordt uitgegaan dat geen aanspraak bestaat op een transitievergoeding bij een ontslag op staande voet, wordt niet toegekomen aan toepassing van de hardheidsclausule.

#### 4.49

Daar staat echter tegenover dat het toepassen van de hardheidsclausule de rechter de mogelijkheid biedt om in bijzondere, dat wil zeggen: *uitzonderlijke*, gevallen recht te doen aan alle omstandigheden van het geval. Als ik het goed zie, is dat ook de opvatting van Verhulp (zij het dat hij tevens van mening is dat het leerstuk dat voor ontslag op staande voet geen verwijtbaarheid nodig is, toe is aan herziening en dat alleen bij ernstige verwijtbaarheid ontslag op staande voet zou mogen volgen).[108](#) Daarbij is te denken aan de eerder besproken bagatel delicten (zie onder 4.21), waarbij een ontslag op staande voet wellicht terecht maar wel bijzonder – onevenredig – hard voor de werknemer is.[109](#) Maar ook andere gevallen zijn denkbaar. Het kunnen toekennen van een transitievergoeding zou de rechter net wat meer ruimte kunnen bieden om recht te doen aan de bijzondere omstandigheden van het geval, zonder dat de basisregel, geen transitievergoeding bij een ontslag op staande voet, wordt doorbroken en het systeem van het ontslag op staande voet op de helling wordt gezet. Door 'het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn' is bovendien duidelijk dat het om een zeer uitzonderlijke situatie zal moeten gaan, namelijk het 'luizengaatje' van art. 7:673 lid 8 BW (zie onder 4.29).

#### 4.50

In de feitenrechtspraak zijn enkele voorbeelden te vinden van het in dergelijke gevallen toepassen van de hardheidsclausule, dus bij een geldig ontslag op staande voet.[110](#) In een uitspraak van de rechtbank Noord-Holland werd een transitievergoeding toegekend aan een beveiligers op Schiphol die, in strijd met het protocol, éénmaal een koffer niet op de voorgeschreven wijze had doorzocht en daarom op staande voet ontslagen werd.[111](#) De kantonrechter achtte het ontslag op staande voet terecht, maar kende vanwege het lange dienstverband van de werknemer waarin hij altijd goed gefunctioneerd had en zijn leeftijd op grond van de hardheidsclausule een transitievergoeding toe. En de rechtbank Oost-Brabant kende een transitievergoeding toe aan een UPS-bezorger, die drie pennen uit een beschadigd postpakket had gepakt.[112](#) Ook hier werd het ontslag op staande voet terecht geacht, maar werd in het licht van het langdurig dienstverband waarin de werknemer altijd goed had gefunctioneerd, zijn leeftijd en de relatief kleine misstap, een (gedeeltelijke) transitievergoeding toegekend. De transitievergoeding

diende hier overigens verrekend te worden met de door werknemer aan de werkgever verschuldigde schadevergoeding ex art. 7:677 lid 2 BW.

#### 4.51

De conclusie zou m.i. moeten zijn dat als hoofdregel heeft te gelden dat bij een ontslag op staande voet geen aanspraak bestaat op een transitievergoeding, ongeacht de mate van verwijtbaarheid van de gedraging van de werknemer. In uitzonderlijke gevallen, in het bijzonder bij een ontslag op staande voet wegens een relatief kleine misstap na een lang dienstverband, waarin het niet toekennen van een transitievergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, kan met toepassing van art. 7:673 lid 8 BW evenwel toch een transitievergoeding worden toegekend.

### **5 Bespreking van de overige onderdelen van het principale cassatiemiddel**

#### 5.1

Het tweede onderdeel van het principale cassatiemiddel richt zich met verschillende klachten tegen 's hofs beoordeling van de dringende reden, waarbij in het bijzonder wordt aangevoerd dat het hof bij zijn beoordeling verzuimd heeft te betrekken de vraag of [verzoeker] alcoholafhankelijk is en de wetenschap die Dräger daarover had of redelijkerwijs had moeten hebben. Nu het verwijzingshof opnieuw zal moeten beoordelen of sprake is van een dringende reden, waarbij alle omstandigheden van het geval zullen moeten worden betrokken, zal ik deze klachten onbesproken laten.

#### 5.2

Het derde onderdeel richt zich tegen de overweging van het hof in 2.15, waarin het hof volgens het onderdeel er ten onrechte vanuit gaat dat [verzoeker] een spontane mededelingsplicht had jegens Dräger over zijn alcoholverslaving. Ook dit onderdeel zal ik onbesproken laten, om het verwijzingshof niet voor de voeten te lopen bij de vraag of en in hoeverre de (mogelijke) alcoholverslaving van [verzoeker] moet worden meegewogen.

#### 5.3

Het vierde onderdeel ziet op rov. 2.12 tot en met 2.17 van de beschikking van het hof. Aangevoerd wordt dat het hof ten onrechte niet is ingegaan op de vraag of [verzoeker] aanspraak kan maken op de transitievergoeding, terwijl [verzoeker] een grief (grief VI) heeft gericht tegen het oordeel van de kantonrechter dat sprake was van ernstig verwijtbaar handelen. Voor zover het hof ervan uitgaat dat een terecht ontslag op staande voet impliceert dat geen recht bestaat op een



transitievergoeding heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting volgens het onderdeel omdat voor de kwalificatie 'ernstig verwijtbaar handelen' meer nodig is dan slechts een dringende reden. Subsidiar wordt aangevoerd dat deze beslissing zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk is omdat niet wordt toegelicht waarom het gedrag van [verzoeker] als ernstig verwijtbaar moet worden aangemerkt. Dit is temeer onbegrijpelijk nu [verzoeker] uiteen gezet heeft dat hem vanwege zijn alcoholverslaving geen, althans hooguit een gering, verwijt kan worden gemaakt.

#### 5.4

Hiervoor heb ik uiteengezet dat als hoofdregel zou moeten gelden dat bij een geldig ontslag op staande voet geen aanspraak bestaat op een transitievergoeding. Dit betekent dat de rechter, als eenmaal is vastgesteld dat sprake is van een dringende reden die ontslag op staande voet rechtvaardigt, geen afzonderlijk oordeel hoeft te geven over de vraag of de gedraging die aan het ontslag op staande voet ten grondslag is gelegd, ernstig verwijtbaar is en of aanspraak bestaat op een transitievergoeding. Daarmee falen de klachten.

#### 5.5

Onderdeel 5 bouwt voort op de eerdere klachten en behoeft geen afzonderlijke bespreking.

### **6 Bespreking van het incidentele cassatiemiddel**

#### 6.1

Dräger heeft voor het geval een van de door [verzoeker] aangevoerde klachten mocht slagen, een voorwaardelijk incidenteel middel ingesteld. Nu het eerste onderdeel van het principale cassatieberoep slaagt, is die voorwaarde vervuld.

#### 6.2

Het eerste onderdeel van het incidentele cassatiemiddel is gericht tegen rov. 2.9, waarin het hof overweegt dat de vraag of Dräger een blaastest had mogen afnemen bij [verzoeker], onbesproken kan blijven. Nu het verwijzingshof zich opnieuw zal moeten buigen over de vraag of [verzoeker] onder invloed van alcohol was en daarbij ook de kwestie van de blaastest onder ogen zal moeten zien, zal ik deze klacht onbesproken laten.

### 6.3

Het tweede onderdeel klaagt erover dat het hof ten onrechte in het midden heeft gelaten of op 17 maart 2016 bij [verzoeker] sprake was van alcoholafhankelijkheid. Ook dit punt zal na verwijzing opnieuw moeten worden beoordeeld, zodat ik daarop niet nader zal ingaan.

### 6.4

Het derde onderdeel bouwt voort op de eerdere onderdelen en heeft geen zelfstandige betekenis.

## **7 Conclusie in het principale en incidentele cassatieberoep**

De conclusie strekt tot vernietiging en verwijzing.

De Procureur-Generaal bij de

Hoge Raad der Nederlanden

A-G

1 HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3259 en HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3264.

2 Gerechtshof Den Haag 17 januari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3.

3 Prod. 4 bij inleidend verzoekschrift.

4 HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3259 en HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3264.

5 Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 7, p. 44 (nota naar aanleiding van het verslag).

6 Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/424.

7 S.F. Sagel, *Het ontslag op staande voet* (diss.), 2013, § 1.1.

8 Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 115 (memorie van toelichting).

9 J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, 2015, § 5.7.1.

10 Loonstra & Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, 2013, p. 777.

11 Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 106 (memorie van toelichting).

12 Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 99 (memorie van toelichting).

13 Idem *T&C Arbeidsrecht*, aant. 8 bij ar. 7:677 BW (Verhulp). Zie over het onder de Wwz vervallen van de mogelijkheid om volledige schadevergoeding te vorderen (ook in andere situaties dan de onderhavige) ook J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, 2015, § 8.4.2.

14 HR 5 april 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0191, NJ 1991/422 (*Dkourou/Domburg*). Zie over de rechterlijke toetsing van de (on)redelijkheid van het ontslag met vergunning van het UWV ook mijn conclusie van 13 oktober 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1058, onder punt 3.4 (*[A] /Decor*).

15 HR 12 februari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2849, NJ 1999/643 m.nt. P.A. Stein (*Schrijver/Van Essen*).

16 Zie daarover ook de conclusie voor het arrest van A-G Spier, onder 3.8.

17 Zie hierover uitvoerig S.F. Sagel, *Het ontslag op staande voet* (diss.), 2013, § 4.5.

18 Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/432.

19 Zie J.P. Quist, 'De gezichtspuntencatalogus bij ontslag op staande voet: wordt de Hoge Raad op de voet gevolgd?', *ArA* 2007/1; S.F. Sagel en E. Verhulp, 'Onzekere tijden voor het ontslag op staande voet?', in: *Voor De Laat: de Hoge Raad*, red. S.F. Sagel en E. Verhulp, 2005, Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 34, p. 83-118; S.F. Sagel, *Het ontslag op staande voet* (diss), 2013, § 4.5.2.

20 HR 21 januari 2000, ECLI:NL:2000:AA4436, NJ 2000/190, *JAR* 2000/45 (*[B] /Hema*).

21 HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1347, NJ 2001/421 m.nt. P.A. Stein (*[C/D]*).

22 HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9430, NJ 2003/174 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (*[E/F]*). Zie conclusie A-G De Vries Lentsch-Kostense onder punt 12.

23 HR 8 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9549, NJ 2007/480 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (*Vixia/ [G]*).

24 Zie over de vraag van verwijtbaarheid van de dringende reden nader S.F. Sagel, *Het ontslag op staande voet* (diss), 2013, § 4.5.2.8-4.5.2.9; Loonstra & Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, 2015, § 13.5.1; Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/427.

25 HR 19 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9899, NJ 1988/77 (*Drop/Deouas*).

26 HR 3 maart 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB8339, NJ 1989/549 m.nt. P.A. Stein (*Choabi/NS*).

27 HR 29 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7282, NJ 2001/560 m.nt. P.A. Stein, JAR 2000/223 m.nt. E. Verhulp (*Van D/Nutricia*).

28 S.F. Sagel, *Het ontslag op staande voet* (diss.). 2014, § 4.5.2.9.

29 HR 26 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9664, JAR 2001/40 m.nt. E. Verhulp (*[H/I]*).

30 HR 5 december 1986, ECLI:NL:HR:1986:AB9247, NJ 1987/404 m.nt. P.A. Stein (*Nederlandse Reassurantiegroep*).

31 Zie conclusie A-G Huydecoper (onder 9) voor HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8323, JAR 2006/99 (*[J/K]*).

32 HR 8 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9549, NJ 2007/480 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (*Vixia/ [G]*).

33 S.W. Kuip, *Ontslagrecht met bijzondere aandacht voor de dringende reden*, 1993, p. 34 e.v.

34 W.A. Zondag, *De dringende reden en het ontbreken van verwijtbaarheid: wat te doen met het avasverweer?* In: *Vrienden door Duk en Dun* (red. S.F. Sagel), 2011, p. 48.

35 E. Verhulp, *Een transitievergoeding na een terecht gegeven ontslag op staande voet?* In: *TvO* 2017/1.

36 S.F. Sagel, *Het ontslag op staande voet*, (diss) 2014, p. 4.5.2.8-4.5.2.9; W.A. Zondag, *De dringende reden en het ontbreken van verwijtbaarheid: wat te doen met het avasverweer?* In: *Vrienden door Duk en Dun* (red. S.F. Sagel), 2011, p. 39-57.

37 W.A. Zondag, *De dringende reden en het ontbreken van verwijtbaarheid: wat te doen met het avasverweer?* In: *Vrienden door Duk en Dun* (red. S.F. Sagel), 2011, p. 48.

38 HR 22 januari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4320, NJ 1982/470 (*Chemlall/Jaarbeurs*).

39 Zie onder meer Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/427.

40 HR 3 maart 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB8337, NJ 1989/489 m.nt. P.A. Stein (*Hendrikkx/Amsterdams Volkstoneel*).

41 Zie de conclusie van A-G Franx voor het arrest HR 22 januari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4320, NJ 1982/470 (*Chemlall/Jaarbeurs*), onder punt 3, alsmede zijn conclusie voor het arrest HR 13 april 1984, ECLI:NL:HR:1984:AC3001, NJ 1985/2 m.nt. P.A. Stein (*Schrijen/Veders*), onder punt 3.

42 Zie de conclusie van A-G Biegman-Hartogh voor het arrest HR 7 november 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC0032, NJ 1987/379 m.nt. P.A. Stein (*Dreierink/Wermelink*), onder punt 12; HR 5 december 1986, ECLI:NL:HR:1986:AB9247, NJ 1987/404 m.nt. P.A. Stein (*Nederlandse Reassurantiegroep*), onder punt 7. Zie over de verwijtbaarheid ook nog de conclusie van A-G Mok voor het arrest HR 27 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0342, NJ 1988/783 (*Den Hartogh/Luit*), onder punt 13 en 14.

43 Zie voor recente inzichten over de oorzaken van verslavingsproblematiek bijvoorbeeld: Alan C. Swann, Gerard F. Moeller, Marijn Lijffijt, *Neurobiology of Addictions*. Oxford 2016.

44 Idem E. Verhulp, Een transitievergoeding na een terecht gegeven ontslag op staande voet? In: *TvO* 2017/1, par. 2.

45 Zie S.F. Sagel, *Het ontslag op staande voet* (diss.), 2014, § 4.5.2.3 en de daar aangehaalde jurisprudentie.

46 Zie S.F. Sagel, *Het ontslag op staande voet* (diss.), 2014, § 4.5.2.7; Loonstra & Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, 2015, p. 783-785.

47 Zoals de winkelmedewerker die op zijn laatste werkdag twee flessen motorolie meeneemt, zie HR 21 januari 2000, ECLI:NL:2000:AA4436, NJ 2000/190, JAR 2000/45 (*[B] /Hema*); het eten van een handje pinda's die weggegooid zouden worden, zie Pres. Rb. Haarlem 17 oktober 2000 en Ktr. Haarlem 16 november 2000, ECLI:NL:RBHAA:2000:AG2763, JAR 2001/9 m.nt. E. Verhulp (*pinda-zaak*); het meenemen van een pen, zie Ktr. Helmond 10 februari 2003, ECLI:NL:RBSHE:2003:AG8026, JAR 2003/80. Het nemen van een hap uit een donut werd niet beschouwd als een geldige dringende reden, maar wel als een grond voor ontbinding op de e-grond, zie Rb. Noord-Holland 23 maart 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:2592, RAR 2017/105. Ook het eten van een handje cashewnoten werd niet als een dringende reden aanvaard, zie Rb.

Haarlem 2 januari 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BC1646, JAR 2008/26 m.nt. E. Verhulp (*cashewnoten*).

48 Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 7, p. 79 (nota naar aanleiding van het verslag).

49 Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 39 (memorie van toelichting).

50 Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 34 en p. 38 (memorie van toelichting).

51 Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 7, p. 69 (nota naar aanleiding van het verslag).

52 Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 110 (memorie van toelichting).

53 Kamerstukken I, 2013-2014, 33 818, C, p. 96 (memorie van antwoord).

54 Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 7, p. 70 (nota naar aanleiding van het verslag).

55 Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 7, p. 70 (nota naar aanleiding van het verslag).

56 Vgl. Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 38 (memorie van toelichting).

57 Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 7, p. 71 (nota naar aanleiding van het verslag).

58 Per 1 januari 2018 bedraagt de transitievergoeding maximaal € 79.000,-. Zie de Regeling indexering transitievergoeding, *Stcrt.* 10 oktober 2017, nr. 56938.

59 Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 39 (memorie van toelichting).

60 Handelingen II, 2013-2014, 33 818, nr. 54, item 9, p. 21.

61 Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 7, p. 69 (nota naar aanleiding van het verslag).

62 Kamerstukken I, 2014-2014, 33 818, C, p. 32 (memorie van antwoord).

63 Kamerstukken I, 2014-2014, 33 818, C, p. 32 (memorie van antwoord).

64 Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 40 (memorie van toelichting); Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 7, p. 80 (nota naar aanleiding van het verslag).

65 Gerechtshof Den Haag 15 april 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1052; Rb Noord-Holland, locatie Alkmaar, 9 oktober 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9114; Rb Noord-Nederland, locatie Groningen, 15 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4865; Rb Den Haag 30 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12582; Rb Rotterdam 22 december 2015, *AR Updates* 2016-0050.

66 Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem, 18 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6726, *JAR* 2016/232, *RAR* 2017/3; Rb Rotterdam 13 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1415, *RAR* 2017/82.

67 Hof Amsterdam 25 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1647; Rb Noord-Holland, locatie Alkmaar, 28 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:8197; Rb Noord-Holland, locatie Zaanstad 26 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:10552; Rb Midden-Nederland, locatie Utrecht, 6 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1748; Rb Den Haag 8 februari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4890; Rb Limburg, 12 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:4387.

68 Rb Oost-Brabant, locatie Eindhoven, 30 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5821.

69 Hof 's-Hertogenbosch 6 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4487.

70 Rb Den Haag 27 augustus 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10145, *JAR* 2015/231 m.nt. A.M. Helstone.

71 Rb Noord-Holland, locatie Haarlem, 13 oktober 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9910.

72 Rb Den Haag 30 oktober 2015, *AR Updates* 2015-1130.

73 Rb Gelderland, zittingsplaats Zutphen, 12 november 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7645, *JAR* 2016/4.

74 Rb Rotterdam 26 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7329.

75 Hof Den Haag 11 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1971.

76 Bijvoorbeeld S.F. Sagel tijdens de 'Transitienacht van de arbeid', <http://vaanvva.nl/wp-content/uploads/2015/02/Verslag-Transitienacht-van-de-Arbeid.pdf>, p. 24.

77 Het 'muizengaatje' ziet op de situatie van ontbinding of opzegging van de arbeidsovereenkomst, waarin bij ernstig verwijtbaar handelen door de werkgever aan de werknemer een billijke vergoeding kan worden toegekend. Dit zal zich slechts in zeer uitzonderlijke gevallen voordoen, omdat in beginsel alleen aanspraak bestaat op de transitievergoeding. Zie over het muizengaatje nader mijn conclusie voor HR 26 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187, *JAR* 2017/188 (*New Hairstyle*), onder 3.19-3.20.

78 Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 113 (memorie van toelichting).

79 J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, 2015, § 8.2.2.4.

80 J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, 2015, § 8.2.2.2.

81 Zie daarover nader K. Janssens, De verschuldigdheid van de transitievergoeding bij diverse beëindigingsmodaliteiten. In: *TvO* 2017/3.

82 Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/10.12 en 10.14

83 Van der Grinten, bew. door W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, 2015, § 33.2.

84 P.G. Vestering en W.J.J. Wetzels, *Praktisch arbeidsprocesrecht onder de WWZ*, 2015, p. 96.

85 Kamerstukken I, 2013-2014, 33 818, nr. 32-14-14.

86 S.F. Sagel, Het ontslag op staande voet en de WWZ (I). In: *TRA* 2015/45, onder 3. Zie ook S.F. Sagel, De Wwz, het ontslag op staande voet en de rechter. In: *TRA* 2016/85.

87 Kamerstukken I, 2013-2014, 33 818, nr. 32-10-6.

88 Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 49-50 (memorie van toelichting).

89 Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 112 (memorie van toelichting).

90 Verzoekschrift in cassatie van mr. S.F. Sagel, toelichting op de klachten van onderdeel 4, sub (v).



91 *T&C Arbeidsrecht*, aant. 7 bij art. 7:673 BW (Verhulp).

92 Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 7, p. 130-131 (nota naar aanleiding van het verslag).

93 Advies van de Adviescommissie Arbeidsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten d.d. 17 januari 2014, p. 9, te vinden op de website van de NOvA.

94 Kamerstukken I, 2013-2014, 33 818, C, p. 81 (memorie van antwoord).

95 Loonstra & Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, 2015, p. 706-707, in het bijzonder noot 115.

96 E. Verhulp, Een transitievergoeding na een terecht gegeven ontslag op staande voet? In: *TvO* 2017/1.

97 H.J.W. Alt, *Stelplicht en bewijslast in het nieuwe arbeidsrecht*, 2017, § 12.4.31.

98 S.F. Sagel, Het ontslag op staande voet en de WWZ (I). In: *TRA* 2015/45.

99 S.F. Sagel, *Het ontslag op staande voet* (diss.), 2014, § 4.5.5.6.

100 E. Verhulp, Een transitievergoeding na een terecht gegeven ontslag op staande voet? In: *TvO* 2017/1.

101 Zie in deze zin ook de noot van J. Dop in *JAR* 2016/136, mede in verband met de uitspraak van de rechtbank Overijssel van 25 april 2016, *JAR* 2016/142, waarin een alcoholverslaafde werknemer met toekenning van een transitievergoeding op staande voet werd ontslagen: "*...terwijl wellicht eerder een ontslag op staande voet in stand gelaten zal worden nu toekenning van een vergoeding mogelijk is. Ernstige verwijtbaarheid van de werknemer zal immers vaak ontbreken indien sprake is van een alcoholverslaving, terwijl tegelijkertijd wél een situatie kan ontstaan waar zich voor de werkgever een geldige dringende reden voordoet.*"

102 E. Verhulp, Een transitievergoeding na een terecht gegeven ontslag op staande voet? In: *TvO* 2017/1.

103 S.F. Sagel, Het ontslag op staande voet en de WWZ (I). In: *TRA* 2015/45, onder punt 6.

104 Zie de conclusie van A-G Spier voor HR 12 februari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2849, *NJ* 1999/643 m.nt. P.A. Stein, onder 3.8 (*Schrijver/Van Essen*).

105 Ook in een onderzoek van Beukhof en Rietveld naar vergoedingen bij een ontslag op staande voet (onderzocht zijn uitspraken gepubliceerd op rechtspraak.nl en AR-updates.nl in de periode van 1 juli 2015 tot en met 31 oktober 2016) zijn geen voorbeelden genoemd. Zie M. Beukhof en R. Rietveld, Het ontslag op staande voet in cijfers. In: *TvO* 2017/1.

106 Rechtbank Zwolle 25 april 2016, *JAR* 2016/142 m.nt. Dop.

107 Kantonrechter Den Haag, 15 november 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:14341. Ik merk op dat de beschikking van het gerechtshof Den Bosch waarnaar de kantonrechter in rov. 5.18 verwijst (ECLI:NL:GHSHE:2016:2514 (*Snowworld*)), het ontslag op staande voet géén stand hield zodat de arbeidsovereenkomst onterecht was opgezegd. Om die reden werd een transitievergoeding en een billijke vergoeding toegekend.

108 E. Verhulp, Een transitievergoeding na een terecht gegeven ontslag op staande voet? In: *TvO* 2017/1, par. 8.

109 Anderzijds rijst in die zaken dan ook direct de vraag of, gelet op alle omstandigheden van het geval, wel sprake is van een dringende reden.

110 Deze voorbeelden zijn ontleend aan het onderzoek van M. Beukhof en R. Rietveld, Het ontslag op staande voet in cijfers. In: *TvO* 2017/1.

111 Rb. Noord-Holland, locatie Haarlem, 18 mei 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9049.

112 Rb. Oost-Brabant, locatie 's-Hertogenbosch, 30 juni 2016, *AR Updates* 2016/727.

### **3. Uitgangspunten in cassatie**

(i) [verzoeker] is op 22 juli 1991 in dienst getreden bij Dräger als magazijnbeheerder/bediende. Hij werkte 40 uur per week tegen een salaris van (laatstelijk) € 2.745,-- bruto per maand.

(ii) Bij Dräger is een regeling alcohol- en drugsbeleid van toepassing, die inhoudt dat werknemers voor aanvang en tijdens het werk niet onder invloed van alcohol, drugs en/of medicijnen mogen verkeren.

(iii) Op 19 augustus 2015 is [verzoeker] ruikend naar alcohol op zijn werk verschenen. In verband daarmee heeft hij op 8 september 2015 een officiële waarschuwing gekregen.

(iv) Op 17 maart 2016 is [verzoeker] op staande voet ontslagen omdat hij onder invloed van alcohol op zijn werk was verschenen.

3.2.1 In dit geding heeft [verzoeker] verzocht voor recht te verklaren dat hij niet heeft ingestemd met de opzegging en dat hij geen dringende reden voor ontslag heeft gegeven. Voorts heeft [verzoeker] verzocht de opzegging te vernietigen en Dräger te veroordelen tot onder meer doorbetaling van loon. Subsidiar heeft [verzoeker] verzocht om toekenning van een billijke vergoeding van € 40.000,-- en een transitievergoeding van € 41.215,--.

De kantonrechter heeft de verzoeken afgewezen. Volgens de kantonrechter is sprake van een dringende reden en van ernstig verwijtbaar handelen van [verzoeker] .

3.2.2 Het hof heeft de beschikking van de kantonrechter bekrachtigd. Het heeft zijn beschikking gegeven na een mondelinge behandeling ten overstaan van een raadsheer-commissaris, waarbij partijen de gelegenheid hebben gekregen hun standpunten toe te lichten. Van de mondelinge behandeling is proces-verbaal opgemaakt.

#### **4 Beoordeling van het middel in het principale beroep**

##### 4.1.1

Onderdeel 1 van het middel klaagt dat de beslissing van het hof om de mondelinge behandeling ten overstaan van een raadsheer-commissaris te laten plaatsvinden, blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting of onvoldoende begrijpelijk is gemotiveerd.

##### 4.1.2

Deze klacht slaagt. Omdat de mondelinge behandeling in deze meervoudig te beslissen zaak mede tot doel had partijen de gelegenheid te geven hun stellingen toe te lichten, had uiterlijk bij de oproeping van partijen voor de mondelinge behandeling aan partijen moeten worden meegedeeld dat was bepaald dat de mondelinge behandeling zou worden gehouden ten overstaan van een raadsheer-commissaris, waarbij partijen de gelegenheid had moeten worden gegeven om te verzoeken dat de mondelinge behandeling zou worden gehouden ten overstaan van de meervoudige kamer die de beslissing zou nemen (HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3259 en ECLI:NL:HR:2017:3264, rov. 3.6.2 en 3.6.3). In cassatie moet ervan worden uitgegaan dat het hof zo'n mededeling niet heeft gedaan, nu het proces-verbaal van de mondelinge behandeling en de beschikking hierover niets vermelden. Daarom dient de beschikking van het hof te worden vernietigd en dient een nieuwe mondelinge behandeling plaats te vinden waarbij – als bepaald wordt dat deze voor een raadsheer-commissaris zal worden gehouden – hetgeen in de hiervoor genoemde uitspraken is overwogen, in acht moet worden genomen.

## 4.2

De overige onderdelen van het middel klagen alle inhoudelijk over het door het hof gegeven oordeel.

Deze klachten behoeven geen behandeling omdat, wegens het slagen van onderdeel 1, vernietiging moet volgen en de zaak in hoger beroep opnieuw moet worden behandeld en beslist.

### 4.3.1

Ten overvloede wordt naar aanleiding van onderdeel 4 het volgende overwogen.

### 4.3.2

Onderdeel 4 heeft betrekking op de transitie-vergoeding. Het voert aan dat [verzoeker] in hoger beroep mede grieven heeft gericht tegen het oordeel van de kantonrechter dat sprake is van ernstige verwijtbaarheid en tegen de afwijzing van het verzoek om toekenning van een transitievergoeding. Het hof heeft de beschikking van de kantonrechter bekrachtigd, maar heeft over de verwijtbaarheid en over de aanspraak op een transitievergoeding niets overwogen. Als het hof van oordeel is geweest dat in geval van een rechtsgeldig ontslag op staande voet nooit recht bestaat op een transitievergoeding, is dat oordeel onjuist. Het hof heeft dan miskend dat met de vaststelling van het bestaan van een dringende reden niet is gegeven dat het ontslag te wijten is aan ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Als het hof dat niet heeft miskend, heeft het zijn beslissing onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd, nu [verzoeker] gemotiveerd heeft bepleit dat hem wegens zijn alcoholverslaving geen of hooguit een gering verwijt kan worden gemaakt, aldus het onderdeel.

### 4.3.3

Op grond van art. 7:673 lid 1, aanhef en onder a, BW is de werkgever aan de werknemer een transitievergoeding verschuldigd indien de arbeidsovereenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd en, kort gezegd, de werkgever het initiatief heeft genomen tot het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst. De werkgever is geen transitievergoeding verschuldigd indien het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer (art. 7:673 lid 7, aanhef en onder c, BW). Ondanks ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer kan de rechter de transitievergoeding toch geheel of gedeeltelijk toekennen indien het niet toekennen ervan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 7:673 lid 8 BW).

#### 4.3.4

Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten in de zojuist bedoelde zin kan niet worden aangenomen op de enkele grond dat sprake is van een dringende reden voor onverwijld opzegging als bedoeld in art. 7:677 lid 1 BW. Voor het aannemen van een dringende reden is immers niet vereist dat de werknemer van zijn gedragingen een verwijt kan worden gemaakt (zie bijvoorbeeld HR 29 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7282, NJ 2001/560, rov. 3.3). De Wet werk en zekerheid (hierna: Wwz) heeft hierin geen verandering gebracht, zoals blijkt uit hetgeen de minister tijdens de beraadslaging in de Eerste Kamer heeft opgemerkt:

“Op zichzelf genomen 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 nodig dan slechts een dringende reden.”  
(Handelingen I 2013-2014, nr. 32-14-14)

#### 4.3.5

Uit de tekst van de wet volgt niet dat geen transitievergoeding verschuldigd kan zijn bij het bestaan van een dringende reden voor onverwijld ontslag. Ook uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Wwz blijkt niet dat de wetgever een transitievergoeding bij ontslag op staande voet heeft willen uitsluiten. In de memorie van toelichting valt weliswaar te lezen:

“Wel vervalt bij ernstige verwijtbaarheid van de werknemer – en dus ook bij een ontslag op staande voet – de aanspraak van deze werknemer op de transitievergoeding.” (Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 50).

Die passage berust evenwel klaarblijkelijk op de veronderstelling dat ontslag op staande voet altijd gepaard gaat met ernstige verwijtbaarheid. Die veronderstelling is echter, zoals blijkt uit het later bij de parlementaire behandeling opgemerkte, niet juist (zie hiervoor in 4.3.4). Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Wwz als geheel gelezen, kan worden afgeleid dat de wetgever de verschuldigdheid van een transitievergoeding heeft willen laten afhangen van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werknemer, en dat de wetgever – indien ernstige verwijtbaarheid ontbreekt – ook bij een rechtsgeldig ontslag op staande voet toekenning van een transitievergoeding mogelijk heeft geacht. Dit blijkt in het bijzonder uit de Nota naar aanleiding van het verslag (Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 7), waarin op p. 131 het volgende is vermeld:

“Wat betreft de vraag over een dringende reden in combinatie met geen verwijtbaarheid van de werknemer en het wel/niet verschuldigd zijn van de transitievergoeding, luidt het antwoord dat in die situatie uiteraard een transitievergoeding verschuldigd is.”

#### 4.3.6

Uit het voorgaande volgt dat niet is uitgesloten dat een werknemer die rechtsgeldig op staande voet is ontslagen, recht heeft op een transitievergoeding.

De rechter zal daarom, indien hij van oordeel is dat sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet, de aanspraak van de werknemer op een transitievergoeding afzonderlijk moeten beoordelen. De klachten van onderdeel 4 zijn dan ook terecht voorgesteld.

### **5 Beoordeling van het middel in het voorwaardelijk incidentele beroep**

Nu het middel in het principale beroep doel treft (zie hiervoor in 4.1.2), is de voorwaarde vervuld waaronder het incidentele beroep is ingesteld. De onderdelen van het incidentele middel klagen alle inhoudelijk over het door het hof gegeven oordeel. Deze klachten behoeven geen behandeling omdat, wegens het slagen van onderdeel 1 van het middel in het principale beroep, de zaak in hoger beroep opnieuw moet worden behandeld en beslist. In verband hiermee zal de Hoge Raad de kosten van het incidentele beroep reserveren tot de einduitspraak.

### **6 Beslissing**

De Hoge Raad:

*in het principale beroep:*

vernietigt de beschikking van het gerechtshof Den Haag van 17 januari 2017;

verwijst het geding naar het gerechtshof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Dräger in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verzoeker] begroot op € 392,07 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris;

*in het incidentele beroep:*

reserveert de beslissing omtrent de kosten van het geding in cassatie tot de einduitspraak;

begroot deze kosten tot op de uitspraak in cassatie aan de zijde van Dräger op € 68,07 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris, en aan de zijde van [verzoeker] op € 68,07 aan verschotten en € 1.800,-- voor salaris.

Deze beschikking is gegeven door de vice-president E.J. Numann als voorzitter en de raadsheren M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek, C.E. du Perron en M.J. Kroeze, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer T.H. Tanja-van den Broek op 30 maart 2018.