



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Annotatie - Over de hoge lat voor ernstige verwijtbaarheid en het optellen van verwijten

Conclusie A-G Timmerman 9 maart 2018, ECLI:NL:PHR:2018:210

Jansen, N.

DOI

[10.5553/TvO/254253152018002003003](https://doi.org/10.5553/TvO/254253152018002003003)

Publication date

2018

Document Version

Final published version

Published in

Tijdschrift voor Ontslagrecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Jansen, N. (2018). Annotatie - Over de hoge lat voor ernstige verwijtbaarheid en het optellen van verwijten. Case note on: PHR, 9/03/18, ECLI:NL:PHR:2018:210 *Tijdschrift voor Ontslagrecht*, 2018(3), 91-95.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, P.O. Box 19185, 1000 GD Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (<https://dare.uva.nl>)

Annotatie – Over de hoge lat voor ernstige verwijtbaarheid en het optellen van verwijten. Conclusie A-G Timmerman 9 maart 2018, ECLI:NL:PHR:2018:210

mr. Niels Jansen*

1. Inleiding

Onder welke condities een werknemer aanspraak kan maken op een transitievergoeding is geregeld in artikel 7:673 e.v. BW. Kort gezegd brengt de wettelijke regeling mee dat in beginsel iedere werknemer met een dienstverband van langer dan twee jaar recht heeft op een transitievergoeding als de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever is beëindigd. Het recht op een transitievergoeding vervalt indien een werknemer zich ernstig verwijtbaar heeft gedragen.¹ In het Dräger-arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een rechtsgeldig ontslag op staande voet kan samenlopen met het recht op een transitievergoeding.² Reden hiervoor is dat een dringende reden niet altijd ernstig verwijtbaar hoeft te zijn. Een rechter die oordeelt over het ontslag op staande voet zal ook afzonderlijk moeten beoordelen of sprake is van ernstige verwijtbaarheid. Met het Dräger-arrest is duidelijk geworden dat het criterium ernstig verwijtbaar handelen of nalaten niet gelijk is aan de dringende reden, maar daarmee is nog niet helder wanneer het gedrag van een werknemer kwalificeert als ernstig verwijtbaar. Uit de wetsgeschiedenis en de rechtspraak volgt weliswaar dat de lat voor ernstige verwijtbaarheid hoog ligt, maar waar die lat precies ligt is moeilijk te zeggen. Een daarmee verband houdende onduidelijkheid betreft de vraag hoe die lat kan worden bereikt, en meer specifiek of een combinatie van meerdere op zichzelf niet ernstige verwijtbare gedragingen toch ernstige verwijtbaarheid kan opleveren. A-G Timmerman lijkt in zijn conclusie van 9 maart 2018 van mening dat dit niet kan³ en in deze annotatie bespreek ik deze con-

clusie en kom ik tot de conclusie dat dit standpunt niet houdbaar is.

2. Feiten

Werknemer was sinds 14 augustus 1989 bij werkgever in dienst als veerman. Laatstelijk was hij werkzaam op de veerdienst Lottum-Arcen. In 2015 heeft werkgever een ontbindingsverzoek ingediend wegens verwijtbaar handelen van werknemer en een verklaring voor recht gevorderd dat geen recht op een transitievergoeding bestaat omdat werknemer zich ernstig verwijtbaar zou hebben gedragen. Werkgever heeft aan het verzoek ten grondslag gelegd dat hij van collega's en klanten klachten had ontvangen over werknemer. Hij zou weigeren klanten over te varen indien zij niet gepast konden betalen, hij zou klanten schofferen en intimideren en wisselgeld in auto's of in de Maas smijten en hij zou weigeren bonnetjes te verschaffen.

Daarnaast verweet werkgever werknemer dat hij te weinig omzet afdroeg. Werkgever heeft de omzetten van werknemer vergeleken met de omzet van collega's op dezelfde veerdienst in de eerste helft van 2015. Op basis van die vergelijking kwam de werkgever tot een verschil per maand van ongeveer € 1 500. Naar aanleiding van deze bevinding heeft werkgever een bedrijfsrecherchebureau ingeschakeld dat een onderzoek heeft ingesteld. Met een verborgen camera zijn video-opnamen gemaakt. Mede op basis van de video-opnamen kon worden vastgesteld dat werknemer dagelijks ongeveer € 50 te weinig omzet afdroeg.

3. Eerste aanleg en appel

In eerste aanleg heeft de kantonrechter het ontbindingsverzoek bij beschikking van 23 december 2015 afgewezen.⁴ In hoger beroep heeft Hof Den Bosch bij tussenbeschikking van 2 juni 2016 de arbeidsovereenkomst als-

91

* Niels Jansen is universitair docent aan de Universiteit van Amsterdam en verbonden aan de vakgroep arbeidsrecht.

1. Op deze regel bestaat een uitzondering. In afwijking van art. 7:673 lid 7 onder c BW kan de kantonrechter de transitievergoeding geheel of gedeeltelijk aan de werknemer toekennen indien het niet toekennen ervan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Deze uitzondering laat ik in verder onbesproken.
2. HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:484.
3. Concl. A-G Timmerman 9 maart 2018, ECLI:NL:PHR:2018:210.

4. Ktr. Roermond 23 december 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:10934 (niet gepubliceerd).

nog doen eindigen en de einddatum bepaald op de datum van de beschikking. Op grond van de voornoemde feiten kwam het hof tot de conclusie dat sprake was van verwijtbaar handelen in de zin van artikel 7:669 lid 3 aanhef en onder e BW. In de beschikking van 2 juni 2016 heeft het hof werkgever opgedragen bewijs te leveren van feiten en omstandigheden die tot de conclusie kunnen leiden dat werknemer structureel te weinig omzet heeft afgedragen. De aard en de ernst van de overige verwijten (onder andere weigeren klanten over te varen, schofferen en intimideren) waren volgens het hof, ook in onderlinge samenhang bezien en tegen de achtergrond van de in de parlementaire geschiedenis gegeven voorbeelden van ernstig verwijtbaar handelen, niet zodanig dat daaruit de gevolgtrekking gemaakt zou kunnen worden dat werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Het hof overwoog daarbij dat voor de vraag of sprake is van ernstige verwijtbaarheid als bedoeld in artikel 7:673 lid 7 aanhef en onder c BW een hoge lat moet worden aangelegd, zoals dat ook geldt voor de aanvullende billijke vergoeding van artikel 7:671b lid 8 aanhef en onder c BW. Om die reden is het hof van oordeel dat sprake moet zijn van meer dan incidenten. Wanneer van structureel niet in rekening brengen en/of niet afdragen van veergelden sprake is geweest, dan levert dat naar het oordeel van het hof een zodanig handelen/nalaten op van werknemer, dat dit vergelijkbaar is met de voorbeelden uit de wetsgeschiedenis.⁵

In de eindbeschikking van 13 juli 2017 kwam Hof Den Bosch tot het oordeel dat werkgever niet in de bewijsopdracht was geslaagd dat structureel te weinig omzet zou zijn afgedragen en is de vordering van werkgever dat geen transitievergoeding verschuldigd is, afgewezen.⁶ Werkgever heeft beroep in cassatie ingesteld tegen het oordeel van het hof dat geen sprake is van ernstige verwijtbaarheid.

4. Conclusie A-G en Hoge Raad

In cassatie heeft werkgever onder meer geklaagd dat het hof heeft miskend dat bij de vraag of sprake is van ernstige verwijtbaarheid alle omstandigheden van het geval, ook in samenhang met elkaar, moeten worden meegewogen. Het hof had bij de beoordeling niet alleen de te lage omzetten moeten betrekken, maar ook de andere verwijten die werknemer zijn gemaakt. A-G Timmerman heeft hierover in de conclusie opgemerkt dat het hof onderscheid heeft gemaakt tussen het gedrag ten opzichte van klanten enerzijds en het gedrag van werknemer met betrekking tot het afdragen van te weinig omzet anderzijds. Over het gedrag ten opzichte van de klanten heeft het hof volgens Timmerman geoordeeld dat die gedragingen op zichzelf onvoldoende zijn om te

kwalificeren als ernstig verwijtbaar. Over het gedrag ten aanzien van de omzetten heeft het hof volgens Timmerman geoordeeld dat dit alleen ernstig verwijtbaar is, als dit gedrag een structureel karakter heeft. Volgens Timmerman zeggen de gedragingen met betrekking tot de klanten niets over het incidentele of structurele karakter van het gedrag met betrekking tot het afdragen van te weinig omzet en volgens Timmerman heeft het hof de verschillende gedragingen dan ook terecht niet gezamenlijk besproken. Timmerman heeft geconcludeerd dat voor zover de klacht tot uitgangspunt neemt dat de gedragingen gezamenlijk genomen ernstig verwijtbaar handelen opleveren, de klacht uitgaat van een onjuiste redenering. 'In geval zich diverse van elkaar losstaande niet ernstig verwijtbare gedragingen hebben voorgedaan, leveren deze bij elkaar opgeteld geen ernstig verwijtbare gedraging van de werknemer op. De werknemer is dan steeds onder de hoge lat van ernstige verwijtbaarheid gebleven', aldus Timmerman.⁷ Timmerman heeft in het licht hiervan geconcludeerd tot verwerping van de cassatiemiddelen. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de cassatiemiddelen niet tot cassatie kunnen leiden en heeft het beroep verworpen.⁸

5. Annotatie

5.1 Het optellen van verwijten: mag het wel of niet?

In deze zaak ging het om een veerman wiens gedrag aanleiding was voor een ontbindingsverzoek zonder toekenning van een transitievergoeding wegens ernstige verwijtbaarheid. Het hof oordeelde als volgt over de ernstige verwijtbaarheid:

'Het hof is van oordeel dat voor de vraag of sprake is van ernstige verwijtbaarheid als bedoeld in artikel 7:673 lid 7 aanhef en onder c BW een hoge lat moet worden aangelegd, zoals dat ook geldt voor de aanvullende billijke vergoeding van artikel 7:671b lid 8 aanhef en onder c BW. Om die reden is het hof van oordeel dat sprake moet zijn van meer dan incidenten. Wanneer van structureel niet in rekening brengen en/of niet afdragen van veergelden sprake is geweest, dan levert dat naar het oordeel van het hof een zodanig handelen/nalaten op van [verweerder], dat dit vergelijkbaar is met de hiervoor gegeven voorbeelden [voorbeelden uit de wetsgeschiedenis, NJ].

De aard en de ernst van de (...) genoemde gedragingen van [verweerder] (...) zijn, ook in onderlinge samenhang en tegen de achtergrond van de in r.o. 3.23 gegeven voorbeelden [voorbeelden uit de wetsgeschiedenis, NJ], naar het oordeel van het hof niet zodanig dat daaruit de gevolgtrekking gemaakt zou kunnen worden dat [verweerder] ernstig verwijt-

5. Hof Den Bosch 2 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2160.

6. Hof Den Bosch 13 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3267.

7. Concl. A-G Timmerman 9 maart 2018, ECLI:NL:PHR:2018:210.

8. HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:687.

baar heeft gehandeld als bedoeld in art. 7:673 lid 7 aanhef en onder c BW.⁹

In de eindbeschikking herhaalde het hof voornoemd oordeel:

‘Ten aanzien van de verzochte verklaring voor recht dat [Veerbedrijf] (...) geen transitievergoeding verschuldigd is heeft het hof geoordeeld dat de aard en de ernst van de gedragingen (...) noch elk voor zich, noch in hun onderlinge samenhang beschouwd, niet van dien aard zijn dat zij de conclusie rechtvaardigen dat [verweerder] *ernstig* verwijtbaar heeft gehandeld (...).¹⁰

Het hof heeft de verwijten die de veerman zijn gemaakt gewogen en te licht bevonden, zowel elk voor zich als in onderling verband beschouwd. De lat voor de ernstige verwijtbaarheid ligt hoog en die is volgens het hof niet gehaald, ook niet door de losse verwijten in onderlinge samenhang te beschouwen. Uit het oordeel van het hof volgt dat het niet is uitgesloten dat verschillende op zichzelf beschouwd niet ernstig verwijtbare gedragingen samen kunnen leiden tot het oordeel dat toch sprake is van *ernstige* verwijtbaarheid. Dit uitgangspunt is mijns inziens goed verdedigbaar.

A-G Timmerman nam in zijn conclusie een ander standpunt in en stelde het als volgt:

‘In geval zich diverse van elkaar losstaande niet ernstig verwijtbare gedragingen hebben voorgedaan, leveren deze bij elkaar opgeteld geen ernstig verwijtbare gedraging van de werknemer op. De werknemer is dan steeds onder de hoge lat van ernstige verwijtbaarheid gebleven.¹¹

In het licht van de hiervoor aangehaalde overwegingen van het hof is deze overweging van A-G Timmerman enigszins opmerkelijk. Timmerman lijkt immers in het algemeen uit te sluiten dat diverse niet ernstig verwijtbare gedragingen samen kunnen leiden tot het oordeel dat sprake is van ernstige verwijtbaarheid, terwijl het hof ruimte laat voor een beoordeling van alle verwijten in onderlinge samenhang bezien. De uitgangspunten van Timmerman en het hof lijken daarmee haaks op elkaar te staan.¹²

5.2 Wetsgeschiedenis: geen belemmering voor optellen

In de wetsgeschiedenis van de Wwz is een aantal (niet-limitatieve) voorbeelden gegeven van situaties waarin

sprake is van ernstige verwijtbaarheid van de werknemer:

- 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.¹³

Over deze lijst met niet-limitatieve voorbeelden heeft de regering in de wetsgeschiedenis opgemerkt dat dit sprekende voorbeelden zijn van situaties waarin sprake is van ernstige verwijtbaarheid en dat mede aan de hand van deze voorbeelden mag worden aangenomen dat dit een voor de praktijk hanteerbaar criterium zal zijn om een (geslaagd) beroep daarop beperkt te houden. Het gaat steeds om duidelijke en uitzonderlijke gevallen van onrechtmatige *gedragingen* die te kwalificeren zijn als duidelijk strijdig met goed werknemerschap.¹⁴ Tijdens de parlementaire behandeling van de Wwz werd nog de vraag gesteld of een werknemer die bijvoorbeeld al zicht heeft op een andere baan, het op een ontslag kan laten aankomen met als enige doel nog een transitievergoeding te ontvangen. De regering antwoordde hierop dat van het ‘op ontslag laten aankomen’ omwille van het verkrijgen van een transitievergoeding niet snel sprake zal zijn nu de werkgever daaraan niet aanstonds medewerking zal verlenen. ‘Nog los van de gevolgen van een dergelijk handelen voor zijn of haar eigen werkplezier zal met uitlokking van ontslag omwille van de transitievergoeding de werknemer zijn of haar doel ook niet snel bereiken. De werkgever is immers geen transitievergoeding verschuldigd als het ontslag het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer’, aldus de regering.¹⁵

Uit de wetsgeschiedenis volgt niet precies wat moet worden verstaan onder ernstig verwijtbaar gedrag, maar uit de niet-limitatieve lijst met voorbeelden en de aanvullende opmerkingen van de regering kan worden afgeleid dat de wetgever de lat hoog heeft gelegd. Daarover

9. Hof Den Bosch 2 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2160 (tussenuitspraak), r.o. 3.26 en 3.27.

10. Hof Den Bosch 13 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3267 (einduitspraak), r.o. 6.1.

11. Concl. A-G Timmerman 9 maart 2018, ECLI:NL:PHR:2018:210, r.o. 3.10.

12. De Hoge Raad heeft zich niet inhoudelijk uitgelaten in deze zaak en het cassatieberoep afgedaan op grond van art. 81 lid 1 Wet RO (HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:687).

13. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 39-40.

14. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 63-65.

15. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, C, p. 10-15.

bestaat geen discussie. Er moet steeds sprake zijn van bijzondere omstandigheden die het oordeel kunnen dragen dat sprake is van ernstig verwijtbaar gedrag. Op basis van de wetsgeschiedenis kan naar mijn mening echter niet de conclusie worden getrokken dat die hoge lat niet zou kunnen worden gehaald door het optellen van diverse – op zichzelf beschouwd – niet (of minder) ernstig verwijtbare gedragingen van een werknemer. De lijst met voorbeelden uit de wetsgeschiedenis is niet-limitatief en de regering heeft geëxpliciteerd dat het bij ernstig verwijtbaar gedrag moet gaan om duidelijke en uitzonderlijke gevallen van onrechtmatige gedragingen die duidelijk strijdig zijn met goed werknemerschap. Nergens is hierbij door de regering de beperking gesteld dat gedragingen niet kunnen worden opgeteld, terwijl het gebruik van het meervoud (lees: gedragingen en niet gedrag) er juist op wijst dat meerdere handelingen kunnen cumuleren bij de beoordeling van de vraag of sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. Voorts heeft de regering opgemerkt dat een werknemer die het ‘op ontslag laat aankomen’ ernstig verwijtbaar kan handelen. Het ‘op een ontslag laten aankomen’ zal in de praktijk veelal neerkomen op een werknemer die door middel van kleine op zichzelf beschouwd niet ernstig verwijtbare gedragingen (denk aan een combinatie van te laat komen, afspraken niet nakomen, slordigheden, ongepast gedrag en het schenden van ‘zachte’ gedragsregels) zijn werkgever tot een zekere wanhoop probeert te drijven in de hoop dat zijn werkgever hem ontslaat. Dat dit soort gedrag kan kwalificeren als ‘ernstig verwijtbaar’ onderschrijft naar mijn mening dat een optelsom van niet ernstig verwijtbare gedragingen toch kan leiden tot de conclusie dat sprake is van ernstig verwijtbaar gedrag van een werknemer. Daarmee moet niet uit het oog worden verloren dat de lat voor ernstige verwijtbaarheid erg hoog ligt en dat er dus heel wat nodig zal zijn om die lat te halen. Ik keer daarmee terug naar het begin van deze alinea, dat het er in de kern uiteindelijk steeds op aankomt of alle omstandigheden van het geval het oordeel kunnen dragen dat sprake is van ernstige verwijtbaarheid. Die omstandigheden kunnen worden gevormd door een enkele gedraging van een werknemer die ver over de schreef gaat, maar ook door een samenstel van minder ernstige gedragingen die onderling in meer of mindere mate samenhangen.

5.3 Rechtspraak

Dat de lat voor het aannemen van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer ook in de rechtspraak hoog ligt, volgt uit een in 2017 gepubliceerd onderzoek van het HSI in opdracht van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.¹⁶ Een deel van dit onderzoek ziet op de ernstige verwijtbaarheid van werknemers. Onder meer is onderzocht hoe het criterium ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer door de rechter is toegepast.¹⁷ In het onderzoek is het in de rechtspraak gekwalificeerde ernstig verwijtbare

gedrag van de werknemer geclassificeerd in acht categorieën, waarbij zo veel mogelijk is aangesloten bij de voorbeelden uit de wetsgeschiedenis (zie hiervoor). Uit het onderzoek volgt niet dat bij de beoordeling van de vraag of sprake is van ernstig verwijtbaar gedrag diverse op zichzelf beschouwd niet ernstig verwijtbare gedragingen niet kunnen worden opgeteld (of in samenhang bezien). Sterker, uit een in het rapport met name genoemde uitspraak van Rechtbank Noord-Holland van 2 mei 2016 is steun te vinden voor de opvatting dat minder ernstige gedragingen juist kunnen worden opgeteld. In deze zaak had een werknemer in twee jaar tijd tien schriftelijke waarschuwingen gekregen in verband met te laat komen en verkeerde ziekmeldingen. Werkgever voerde een strikt beleid en waarschuwde werknemer, maar werknemer reageerde niet en beterde zijn leven ook niet. Daarnaast was werknemer al eens geschorst wegens een eenzijdige afmelding van het werk wegens voorlopige hechtenis. Toen werknemer weer eens te laat kwam, was dat voor werkgever de bekende druppel. De rechtbank oordeelde dat in casu sprake was van ernstig verwijtbaar handelen.¹⁸ Ook Kantonrechter Leeuwarden overwoog dat verschillende verwijten die werknemer werden gemaakt tezamen kwalificeerden als ernstig verwijtbaar gedrag. Daarbij moet wel de kanttekening worden geplaatst dat de verschillende verwijten dezelfde normschending betroffen, namelijk het handelen in strijd met kenbare gedragsregels van de organisatie.¹⁹ Ook bij Rechtbank Den Haag werden verschillende verwijten van dezelfde aard (verkoop van alcohol aan minderjarigen) samengevoegd en leverden ernstige verwijtbaarheid op aan de zijde van de werknemer.²⁰ Dat was ook aan de orde in een zaak die speelde bij Kantonrechter Rotterdam. Onterechte en foutieve declaraties van onkosten in combinatie met dubieuze facturen kwalificeerden als ernstig verwijtbaar handelen.²¹ Tot slot wijs ik op een uitspraak van Kantonrechter Amsterdam van 28 juni 2017. In een zaak die speelde bij Kantonrechter Amsterdam was een werknemster weliswaar akkoord gegaan met een verbetertraject, maar zij had zich vervolgens niet veel gelegen laten liggen aan de opvattingen van de leidinggevenden omtrent de wijze waarop zij haar functie moest uitoefenen. De kantonrechter overwoog dat het in een samenwerkingsverband onaanvaardbaar is dat een werknemer zich blijvend buiten de orde stelt. Dergelijk gedrag tast de kern van de rechtsverhouding (samenwerking in ondergeschiktheid) aan en dat is ernstig verwijtbaar.²² Tot slot wijs ik op een uitspraak van Kantonrechter Alkmaar van 11 mei 2017.²³ In deze zaak werden verschillende verwijten (instructies weigeren, schelden en het gooien van een emmer water) in samenhang beoordeeld en werd mede tegen de achter-

16. *Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten in de Wwz* (rapport van HSI), bijlage bij *Kamerstukken II 2017/18*, 34351, 26.

17. Onderzoekperiode 1 juli 2015 tot 1 oktober 2017.

18. Rb. Noord-Holland 2 mei 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:6133.

19. Ktr. Leeuwarden 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4668. Zie ook Hof Amsterdam 25 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1647 waarbij structureel het verzuimprotocol werd geschonden.

20. Rb. Den Haag 24 mei 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:5675.

21. Ktr. Rotterdam 15 mei 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3871.

22. Ktr. Amsterdam 28 juni 2017, *JAR* 2017/209.

23. Ktr. Alkmaar 11 mei 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:3665.

grond van eerdere waarschuwingen geoordeeld dat sprake was van ernstig verwijtbaar handelen.²⁴

Dat meerdere gedragingen tezamen kunnen leiden tot het oordeel dat sprake is van ernstig verwijtbaar gedrag is overigens in lijn met de wijze waarop wordt beoordeeld of sprake is van de aanwezigheid van een dringende reden. Soms gaat het bij het aannemen van een dringende reden om een enkele gedraging, zoals diefstal, maar soms gaat het om meerdere gedragingen die in onderlinge samenhang bezien een dringende reden opleveren. Ik wijs in dit verband ter illustratie op het arrest *Vixia/Gerrits*, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de enkele schending van controlevoorschriften onvoldoende is voor een ontslag op staande voet, maar dat dit niet de mogelijkheid uitsluit dat de niet-naleving van dergelijke voorschriften gepaard gaat met andere feiten en omstandigheden die, in onderlinge samenhang, wel het oordeel wettigen dat een dringende reden in de zin van artikel 7:677 lid 1 BW aanwezig is.²⁵ Precies die onderlinge samenhang kan bij diverse niet ernstig verwijtbare handelingen toch het oordeel dragen dat van ernstig verwijtbaar handelen sprake is. Op welke punten verschillen dan het ontslag op staande voet en de ernstige verwijtbaarheid? Een belangrijk verschil is in de eerste plaats dat het bij de beoordeling van de dringende reden ook kan gaan om gedragingen die op zichzelf niet verwijtbaar hoeven te zijn, terwijl dat bij de ernstige verwijtbaarheid naar mijn mening niet mogelijk is. Het criterium ernstige verwijtbaarheid impliceert naar mijn mening dat het steeds moet gaan om gedragingen die op zichzelf beschouwd verwijtbaar zijn.²⁶ Een tweede verschil tussen het ontslag op staande voet en de ernstige verwijtbaarheid betreft de weging van de persoonlijke omstandigheden. Bij het oordeel of een ontslag op staande voet terecht is gegeven wegen de persoonlijke omstandigheden mee, terwijl daarvoor bij de beoordeling van de ernstige verwijtbaarheid naar mijn mening geen plaats behoort te zijn. Dat neemt niet weg dat bepaalde persoonskenmerken wel effect kunnen hebben op de mate van verwijtbaarheid. Denk daarbij aan bepaalde lichamelijke of geestelijke beperkingen van een werknemer die meebrengen dat bepaalde gedragingen niet zonder meer verwijtbaar zijn, laat staan ernstig verwijtbaar.²⁷ Mocht het overigens zo zijn dat de persoonlijke omstandigheden zodanig zijn dat het verlies van de (gehele) transitievergoeding te bezwaarlijk is, dan biedt artikel 7:637 lid 8 BW daarvoor de oplossing.

Bij de beoordeling van de mate waarin een werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld worden in de rechtspraak verwijten overigens ook samengenomen. Illustratief in dit kader is de casus die leidde tot het *Zinzia*-arrest van 8 juni 2018.²⁸ *Werkneemster* had in deze zaak zelf om ontbinding verzocht. De kantonrechter en het hof kwamen tot het oordeel dat sprake was van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever.²⁹ Dit ernstig verwijtbaar handelen van *Zinzia* bestond uit: (a) het aan *werkneemster* verwijten van disfunctioneren zonder voorafgaand functioneringsgesprek en onderzoek naar de gegrondheid van klachten waarbij direct een mogelijk ontslag op tafel werd gelegd; (b) het ontbreken van beschuldigingen van *werkneemster* dat zij een aantekening in het BIG-register had en dat had verzwegen; (c) het op non-actief stellen en het opleggen van een contactverbod met collega's zonder *werkneemster* eerst deugdelijk te horen en (d) het voorleggen van een onvolkomen verbeterplan waarbij de sfeer is getoontzet door daarin te vermelden dat *werkneemster* 'aangeschoten wild' is, dat 'jouw naam op tafel' ligt en dat 'het vergrootglas' op haar functioneren ligt.

6. Afronding

Het is communis opinio dat de lat voor de ernstige verwijtbaarheid hoog ligt. Dit volgt niet alleen uit de wetsgeschiedenis, maar ook uit de rechtspraak. Van ernstig verwijtbaar gedrag van een werknemer kan worden gesproken wanneer het gaat om duidelijke en uitzonderlijke gevallen van onrechtmatige gedragingen die te kwalificeren zijn als duidelijk strijdig met goed werknemerschap. Dit kan een enkele gedraging zijn waarmee de werknemer ver over de schreef is gegaan. Het is naar mijn mening evenwel niet uitgesloten dat diverse, op zichzelf beschouwd niet ernstig verwijtbare gedragingen, in samenhang beschouwd (en daarmee in zekere zin opgeteld) kwalificeren als ernstig verwijtbaar handelen. Dat daarvan niet te snel sprake is mag duidelijk zijn. De lat ligt immers hoog. Mogelijk leidt die hoge lat niet altijd tot een bevredigd rechtsgevoel, maar het bevordert wel de rechtszekerheid.³⁰

24. Ktr. Alkmaar 11 mei 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:3665: 'Naar het oordeel van de kantonrechter is sprake van ernstig verwijtbaar handelen, met name vanwege de ondermijning van het gezag van leidinggevende op 3 maart 2017, de schending van diens integriteit, het bedreigende van de handeling en de vertrouwensbreuk die hiervan het gevolg is.'

25. HR 8 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9549 (*Vixia/Gerrits*).

26. In de wetsgeschiedenis heeft de regering opgemerkt dat het steeds moet gaan om duidelijke en uitzonderlijke gevallen van onrechtmatige gedragingen die te kwalificeren zijn als duidelijk strijdig met goed werknemerschap. Ook met het gebruik van het woord 'onrechtmatigheid' wordt een zekere mate van verwijtbaarheid geïmpliceerd.

27. Zie bijvoorbeeld: Ktr. Rotterdam 26 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3163.

28. HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:878.

29. Hof Arnhem-Leeuwarden 27 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:827.

30. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 63-65.