



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het ontslag op staande voet

Sagel, S.F.

Citation

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

Version: Corrected Publisher's Version

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

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

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

Cover Page



Universiteit Leiden



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

Author: Sagel, Stefan

Title: Het ontslag op staande voet

Issue Date: 2013-05-30

HOOFDSTUK 4

De dringende reden

4.1 Inleiding

De derde en laatste eis die wordt gesteld aan een rechtsgeldig ontslag op staande voet, is de aanwezigheid van een dringende reden. Die eis staat centraal in dit vierde hoofdstuk en ook hier weer vanuit de centrale vraagstelling: wat houdt die eis in en hoe voorspelbaar is het, gelet daarop, of een door de werkgever gegeven ontslag op staande voet zal standhouden? Bij de behandeling van die vraag zal dezelfde benadering worden gehanteerd als in de voorgaande hoofdstukken en wel in die zin dat allereerst een (wets)historische beschouwing zal worden gewijd aan (de ontwikkeling van) de dringende reden. Bezien zal in dat verband achtereenvolgens worden welke gedachten daaromtrent bij de wetgever bestonden (paragraaf 4.2) en hoe de Hoge Raad vervolgens in de afgelopen eeuw kleuring en sturing aan de dringende reden heeft gegeven (paragraaf 4.3). Na een kort intermezzo waarin wordt ingegaan op de vraag of er – zoals in de literatuur en de rechtspraak wel gebeurt – onderscheid gemaakt moet worden tussen de zogenaamde “objectief” dringende reden en de “subjectief” dringende reden (paragraaf 4.4) wordt vervolgens uitvoerig stilgestaan bij de betekenis van de algemene maatstaf die thans geldt ter beoordeling of zich een dringende reden voordoet (paragraaf 4.5), als door de Hoge Raad voor het eerst uitdrukkelijk geformuleerd in het arrest *Schrijver/Van Essen* van 12 februari 1999.¹ Die maatstaf houdt in dat bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, met alle omstandigheden van het geval rekening moet worden gehouden, waaronder in de eerste plaats 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. De betekenis en inhoud van al die factoren wordt aan een kritische analyse onderworpen. Daarna wordt, in paragraaf 4.6, geëvalueerd hoe terecht de kritiek is die die “gezichtspuntencatalogus-rechtspraak” in de literatuur heeft ontvangen. Vervolgens wordt gezien of het mogelijk is om de rechtspraak nog meer richting te laten geven aan de dringende reden dan thans reeds het geval is. In paragraaf 4.7 wordt allereerst onderzocht of er niet meer sturing mogelijk is door middel van het formuleren, door de Hoge Raad, van vuistregels ter zake van gedrag dat (in beginsel) al dan niet als dringende reden kwalificeert. Daarna wordt in die paragraaf ingegaan op de vraag of er “winst” kan worden geboekt en meer richting kan worden gegeven aan de dringende reden, door

¹ NJ 1999, 643.

het denken daarover mede te plaatsen in de sleutel van het goed werkgeverschap, en de verschillende beginselen die daaruit worden afgeleid. Daarna volgt, net als in de twee voorafgaande hoofdstukken over de onverwijldheids- en de mededelingseis, een beschouwing over de bewijslastverdeling ter zake van de dringende reden (paragraaf 4.8), waarna wordt afgesloten met een conclusie waarin de lijnen uit het voorgaande bijeen worden gehaald (paragraaf 4.9).

4.2 De dringende reden in (wets)historisch perspectief

4.2.1 De Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907

Slaat men Bles erop na, dan valt op dat het begrip “dringende reden” al in het oorspronkelijke wetsontwerp van Drucker voorkwam. Art. 54 daarvan luidde aldus dat indien de werkgever de dienstbetrekking eigenmachtig verbrak door de arbeider te ontslaan, die beëindiging onrechtmatig was en de werkgever schadeplichtig maakte, zulks “tenzij hij bij het ontslag den arbeider te kennen geeft, dat hij dezen ontslaat wegens dringende redenen.”² Art. 55 bevatte vervolgens een bepaling die een sterke gelijkenis vertoonde met het huidige art. 7:678 BW. Dat ontwerp-artikel bepaalde namelijk dat het voorgaande artikel (54) onder een dringende reden “zoodanige eigenschappen of gedragingen van den arbeider (verstaat, toevoeging SFS), die ten gevolge hebben dat van de werkgever redelijkerwijze niet gevergd kan worden, de dienstbetrekking te laten voortduren” en bevatte vervolgens een voorbeeldcatalogus met mogelijke dringende redenen, die zeer sterke overeenkomsten vertoonde met hetgeen thans in lid 2 van art. 7:678 BW te vinden is. Alleen het nu in art. 7:678 BW onder h. opgenomen voorbeeld ontbrak.³ Reeds gelet op die grote overeenkomst met de huidige wettelijke regeling, verdient het aanbeveling nader te kijken naar hetgeen de geestelijk vader van die lijst met voorbeelden daarmee voor ogen stond.

De catalogus bevatte, zo schreef Drucker in de Memorie van Toelichting, een aantal “typische voorbeelden” die dienden “ter nadere bepaling van het begrip en als leidraad voor de partijen en voor den rechter”. Een uitputtend karakter had de opsomming niet:

“Een uitputtend karakter kan, vooral bij eene algemeene regeling, aan zulk eene opsomming moeilijk worden gegeven. Trouwens, de rechtszekerheid, waardoor eene limitatieve lijst zich oppervlakkig aanbeveelt, is meer schijn dan werkelijkheid. Aan de andere kant wordt de vrijheid gelaten, hetgeen in het algemeen als eene dringende reden zou gelden, met het oog op bijzondere omstandigheden niet als zoodanig te beschouwen.”⁴

Het was de bedoeling om een aantal voorbeelden te geven die alle een enigszins algemene strekking hadden. Redenen die zich slechts bij een enkele dienstbetrekking

² Bles, IV, p. 93. Art. 56 bevatte een gelijklopende bepaling voor de spiegelbeeldige situatie.

³ “wanneer hij opzettelijk, of ondanks waarschuwing roekeloos, zich zelf of anderen aan ernstig gevaar blootstelt.”

⁴ Bles, IV, p. 119.

kunnen voordoen, werden niet genoemd. Verder lichtte Drucker nog toe dat er weinig aanleiding zou zijn om de lijst contractueel aan te vullen of om daarvan af te wijken. Verboden was dat echter niet. Wat wel verboden diende te worden, was dat aan één der partijen werd toegestaan bindend te beslissen of zich een dringende reden voordeed. Beroep op de rechter om de dringende reden te laten toetsen moest in ieder geval openstaan. Ook op dat punt heeft het ontwerp van Drucker vrijwel ongewijzigd het Staatsblad gehaald.

Kennisname van de Memorie van Toelichting van het ontwerp Drucker leidt tot de constatering dat reeds aan de ontwerper van dat eerste voorstel voor ogen stond dat *hard and fast rules* niet mogelijk zijn bij de beoordeling wanneer sprake is van een dringende reden, omdat de “bijzondere omstandigheden” van het individuele geval daarvoor uiteindelijk bepalend zijn. *Vuistregels* van de strekking dat bepaald gedrag *in beginsel* wel een dringende reden zal zijn, kunnen daarentegen wel gegeven worden en daarin beoogde de door Drucker geformuleerde catalogus dan ook te voorzien.

In het op het ontwerp van Drucker volgende wetsontwerp van 1901 was de bepaling inzake de onmiddellijke eenzijdige beëindiging van het dienstverband opgenomen in art. 1639q. De regeling was ten opzichte van het ontwerp Drucker enigszins gewijzigd en wel in die zin dat de schadeplichtigheid wegens “eigenmachtige verbreking” verviel wanneer daarvoor een “grondige reden” bestond. Als onrechtmatig werd de eenzijdige beëindiging zonder grondige reden niet langer meer aangemerkt.⁵ Uit de Memorie van Toelichting op art. 1639q valt af te leiden dat de wetgever voor ogen stond dat voor het bestaan van een grondige reden in elk geval vereist was dat sprake was van een “goede reden”, en dat daarvan *geen* sprake was bij enkele “vermoedens (...) van oneerlijkheid, onzedelijkheid, enz.”, alsmede bij een “verschil in temperament of karakter”. In art. 1639r was vervolgens een algemene beschrijving te vinden van hetgeen als grondige reden werd aangemerkt. Het ging daarbij om “eigenschappen, daden en gedragingen van den arbeider, welke in strijd zijn met de zeden, of welke, in aanmerking genomen des arbeiders bekwaamheid, redelijker wijze van hem niet konden verwacht worden en in het algemeen omstandigheden welke, teweeggebracht door opzet of schuld van de zijde des arbeiders, de verdere voortdurende dienstbetrekking voor de werkgever of diens huisgezin in ernstige mate nadeelig maken”. Een catalogus aan voorbeelden, zoals het ontwerp van Drucker die bevatte, was in het wetsvoorstel niet opgenomen. Het uiteindelijke wetsvoorstel sloot op het zojuist genoemde punt tamelijk naadloos aan bij het ontwerp van 1901; ook daarin werd – aanvankelijk – niet gesproken over een *dringende*, maar over een *grondige* reden en bovendien ontbrak een catalogus zoals die wel in het ontwerp Drucker was voorgekomen.⁶ Ook in de Memorie van Toelichting werd, ter illustratie van hetgeen moest worden verstaan onder een grondige reden, teruggesproken op hetgeen reeds was vermeld in de Memorie van Toelichting op het ontwerp van 1901. Wederom werd benadrukt dat het bij een gegronde reden

⁵ Bles, IV, p. 97.

⁶ Aan art. 1639q was wel toegevoegd dat de ontslaggrond vooraf aan de werknemer moest worden meegedeeld.

die onmiddellijke beëindiging zonder verplichting tot betaling van een schadeloosstelling kon rechtvaardigen, om “harde feiten” moest gaan. Enkele vermoedens van een misstand, van onzedelijkheid of oneerlijkheid die niet bewezen konden worden, waren niet als grondige reden aan te merken.⁷

Vanuit de Tweede Kamer werd in de eerste plaats kritiek geuit op de term “grondige reden” en werd betreurd dat niet de term “dringende reden” uit het ontwerp Drucker was gehanteerd. Die term “dringend” zou beter dan het woord “grondig” tot uitdrukking brengen dat het moet gaan om omstandigheden die tot “onmiddellijke” beëindiging nopen. Door het gebruik van het woord “dringend” zou die vereiste urgentie beter tot zijn recht komen en zou ook een helderder onderscheid gemaakt worden met de term “gewichtige redenen” die tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst aanleiding konden geven.⁸ Groot was in de tweede plaats de teleurstelling in de Tweede Kamer dat in het wetsontwerp was gekozen voor een algemene omschrijving van hetgeen als grondige reden was aan te merken en dat daaraan niet, zoals in het ontwerp Drucker was geschied, voorbeelden ter verheldering waren toegevoegd. De door de regering gekozen omschrijving was veel Kamerleden te vaag en onduidelijk – hoewel werd erkend dat dat bij een begrip als hier aan de orde, “bezwaarlijk anders kan” – en gaf daarmee volgens hen te weinig houvast aan partijen en de rechter.

Blijkens de Memorie van Antwoord gaf de Minister zich niet meteen op beide punten gewonnen. Hij was wel bereid om terug te keren naar de term “dringende reden” – de Minister liet zich daarbij met name overtuigen door het argument dat met die term de urgentie van de reden beter tot zijn recht kwam –, maar ten aanzien van de wens om de wet in navolging van Drucker van “eenige typische voorbeelden” te voorzien gaf hij na rijpe overweging geen duimbreed toe.⁹ Voorbeelden ter illustratie van de betekenis van een wettelijke term zouden principieel niet in de wet zelf thuishoren, maar bijvoorbeeld in de Memorie van Toelichting. Daarbij was de Minister bezorgd dat, met hoeveel zorg men ook zou aangeven dat de voorbeelden enuntiatief bedoeld waren, zij als limitatief zouden worden opgevat: “Rechtspraak en praktijk gaan langzamerhand eene neiging vertoonen om andere gevallen te verwerpen, eenvoudig omdat zij niet onder de voorbeelden zijn vermeld.”¹⁰ Wel was de Minister bereid de definitie van de dringende reden ietwat aan te scherpen om daarin uitdrukkelijker dan voorheen aan te geven dat het bij een dringende reden zou moeten gaan om een jegens de wederpartij *onbetamelijke* handelwijze. De dringende reden zou, zo werd het in de Memorie van Antwoord verwoord, een “odieuus” karakter dragen. Zulks in tegenstelling tot de gewichtige redenen die ontbinding konden wettigen en die zich juist ook “zonder eenige schuld aan de zijde van de wederpartij” zouden kunnen voordoen.¹¹

7 Bles, IV, p. 100/101.

8 Bles, IV, p. 102/103.

9 Bles, IV, p. 104/105, alsmede Bles, IV, p. 121/122.

10 Bles, IV, p. 122.

11 Zie over de vraag of een dringende reden verwijtbaarheid vereist hiervoor onder 3.4.3 en hierna onder 4.5.2.8.

De Tweede Kamer gaf zich niet gewonnen. Tijdens het Mondeling Overleg werd nogmaals gepoogd de Minister te overtuigen van de wenselijkheid van een voorbeeld-catalogus “à la Drucker”. Maar weer gaf de Minister tegengas: het geven van voorbeelden zou er alleen maar weer toe leiden, dat er van de voorbeelden voorbeelden gegeven zouden moeten worden, teneinde volledig te zijn. Maar daar stelde de Commissie tegenover dat het niet de bedoeling van een voorbeeld catalogus zou zijn om volledig te zijn, maar veeleer om de graad aan te geven waaraan de wetgever bij een dringende reden dacht, zoals bijvoorbeeld zou spreken uit voorbeelden als “het zich overgeven aan dronkenschap”, of “hardnekkige” weigering. Een enkel neutje is geen “overgeven aan” en wie *eenmaal* weigert is in het algemeen geen “onwilligen bok”, die men zelfs volgens de sociaal democratische geleiding in de Kamer op staande voet de laan mocht uitsturen.¹² De Minister bracht daar weer tegenin dat hij dat geenszins als een voordeel beschouwde, omdat hij zich kon voorstellen dat ook eenmalige dronkenschap onder bijzondere omstandigheden best een dringende reden kon vormen.

Uiteindelijk kreeg de Kamer toch zijn zin: bij Tweede Nota van Wijziging kwamen ook de zo vurig gewenste voorbeelden van de dringende reden alsnog in het wetsvoorstel terecht. De regeling die Drucker had voorgesteld, werd alsnog overgenomen en belandde uiteindelijk ook met enige ondergeschikte wijzigingen in het Staatsblad. De belangrijkste daarvan was, dat in de loop van het verdere wetgevingsproces door een amendement het thans met h. aangeduide voorbeeld werd toegevoegd aan de lijst, dat inhoudt dat een dringende reden aanwezig kan zijn wanneer de werknemer opzettelijk of bewust roekeloos zichzelf of anderen aan gevaar blootstelt.¹³

Het gaat het bestek van deze beschouwing te buiten om in detail in te gaan op hetgeen tijdens de beraadslagingen in de Tweede Kamer over de verschillende mogelijke dringende redenen als vervat in de “catalogus van Drucker” is opgemerkt. Op deze plaats wordt volstaan met een bespreking van hetgeen voor de beoordeling van de dringende reden in zijn algemeenheid aan die beraadslagingen kan worden ontleend. De naar mijn mening belangrijkste drie conclusies die uit het debat in de Tweede Kamer kunnen worden gedistilleerd, zijn dat de regering (en een groot aantal Kamerleden) blijkens dat debat duidelijk voor ogen hadden dat (i) het bestaan van een dringende reden slechts in daadwerkelijk “abnormale”, dat wil zeggen zeer ernstige gevallen mocht worden aangenomen, (ii) dat bij de beoordeling of van een dringende reden sprake was, steeds naar de omstandigheden van het geval gekeken moest worden en dat dat (iii) onontkoombaar meebracht dat volledige zekerheid omtrent het bestaan van een dringende reden vooraf, naar zijn aard, niet steeds te geven zou zijn.

Om dat laatste – dat wil zeggen: volledige (rechts)zekerheid ten aanzien van de dringende reden, werd wel gevraagd. Zo stelde het Kamerlid Van Doorn – van huis uit advocaat – een amendement voor dat ertoe strekte het woord “kunnen” uit de eerste volzin van, wat thans is, art. 7:678 lid 2 BW te verwijderen, zodat die bepaling de

12 Zie daarover S.F. Sagel, 100 jaar werknemersongehoorzaamheid: naar een gezichtspuntencatalogus voor de belangenafweging van art. 7:678 lid 2 sub j BW?, in: C.J. Loonstra (red.), De werkgever in beweging, Den Haag, 2009, p. 57-91.

13 Zie daarover Bles, IV, p. 127.

zekerheid met zich zou brengen dat wanneer zich één van de voorbeelden genoemd in het tweede lid feitelijk zou voordoen, de dringende reden daarmee een gegeven zou zijn. De rechter zou dan niet meer de vrijheid hebben om te beslissen dat het vertoonde gedrag niet als dringende reden zou kwalificeren.¹⁴ Zou de rechter, ondanks dat sprake is van gedrag dat valt binnen één van de voorbeelden uit de catalogus van het tweede lid, toch de vrijheid hebben om te zeggen dat zich gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval desondanks *geen* dringende reden voordoet, dan zou vooraf niet meer te voorspellen zijn of een ontslag op staande voet nu wel of niet gegeven kon worden omdat dat oordeel dan aan de persoonlijke voorkeuren van de rechter is overgelaten. Van Doorn illustreerde dat met het navolgende aan zijn eigen advocatuurlijke praktijk ontleende, maar imaginaire, voorbeeld:

“Stel dat dit wetsontwerp wet is geworden en dat iemand bij mij als advocaat komt en zegt: deze feiten hebben zich bij mij voorgedaan, of deze feiten heeft zich de werkgever tegenover mij veroorloofd, zijn dit nu ‘dringende redenen’? Ik ga het lijstje na en vraag of zij het kunnen bewijzen. Ja, dat kan, want met de bewijsmiddelen is men beter af dan tegenwoordig. De werkmans heeft zich aan dronkenschap schuldig gemaakt, of de werkgever heeft den werkmans beledigd. Doch vraagt men mij nu: zal ik nu het dienstcontract doen eindigen? Dan moet ik antwoorden: dat moet gij weten, want ik weet niet hoe de kantonrechter zal oordeelen. Wanneer er staat, dat dit of dat als dringende reden kan worden aangenomen, dan impliceert dit dat de kantonrechter het ook niet kan doen. Als ik in zijn plaats was zou ik het als een dringende reden beschouwen, maar ik weet niet of de kantonrechter zich niet zal laten verlokken en verleiden om te zeggen: dit is nu zooo verschrikkelijk hard voor den arbeider, strijk maar eens met de hand over het hart. Bij een dergelijk ingrijpend recht als het eigenmachtig verbreken van het contract (...) moet objectief vaststaan of men iets mag doen ja dan neen en door dit woord ‘kunnen’ komt het subjectief oordeel van den rechter er bij, dat ik er uit verwijderd wil hebben.”¹⁵

Het Tweede Kamerlid De Savornin Lohman stelde zelfs voor om het gehele tweede lid maar weer te schrappen, omdat dit toch maar een “schijnbepaling” zou zijn. Nu de voorbeelden uit het tweede lid steeds “beheerscht” werden door het vereiste van het eerste lid dat van een dringende reden pas sprake is wanneer redelijkerwijze niet gevegd kan worden het dienstverband voort te zetten, betekent het feit dat zich één van de voorbeelden van het tweede lid voordoet niet dat men de zekerheid heeft dat van een dringende reden sprake is. De voorbeelden voegden, zo bezien, niets toe, aldus De Savornin Lohman.¹⁶

De kritiek van Van Doorn werd niet breed gedeeld in de Tweede Kamer en bovendien met kracht van argumenten weerlegd van de zijde van de regering en de Commissie van Rapporteurs. Naar aanleiding van het Amendement van Van Doorn stelde Drucker – voorzitter van de Commissie van Rapporteurs – in de Kamer namelijk voorop dat een ontslag op staande voet een “zeer abnormale bevoegdheid” betreft, die aan een van beide partijen het recht geeft eigenmachtig een einde aan de

¹⁴ Bles, IV, p. 126/127.

¹⁵ Bles, IV, p. 137.

¹⁶ Bles, IV, p. 145.

overeenkomst te maken. “Daarvoor moet een volkomen afdoende reden bestaan”, aldus Drucker, die daarmee leek te willen aangeven dat de gevallen van twijfel *naar hun aard* sowieso minder goed passen bij de rechtsvorm van het ontslag op staande voet.¹⁷ Het voorstel van Van Doorn om de catalogus aldus vorm te geven, dat wanneer zich één van de daar genoemde gevallen zou voordoen, zulks automatisch zou betekenen dat dan ook een dringende reden aanwezig zou zijn, ontraadde Drucker omdat deze daarvoor niet geschikt waren. Het waren algemene vingerwijzingen, die beoogden aan te geven dat onder normale omstandigheden die feiten een dringende reden zullen vormen, maar dat zij de mogelijkheid open laten dat daarover onder bijzondere omstandigheden anders wordt gedacht. Datgene waar Van Doorn om vroeg – te weten een lijst met ontslaggronden waarvan vooraf met zekerheid gezegd kan worden dat zij in een concreet geval een dringende reden vormen – was volgens Drucker vragen om een zekerheid die ten gronde gewoonweg niet te geven valt:

“Er worden namelijk eenige gevallen opgenoemd onder no. 1 tot no. 11, die in den regel, in normale omstandigheden, geacht zullen worden te vormen het feit, dat in het eerste lid is omschreven.

Ik zeg, in den regel, maar het zal niemand kunnen gelukken, die gevallen zóó scherp te omschrijven, dat men van die gevallen vooraf kan zeggen, dat zij altijd zullen vallen onder de algemeene omschrijving van het eerste lid.

Terwijl aan den enen kant buiten de nummers 1-11 nog mogelijk blijven andere gevallen, die ook behooren onder de algemeene categorieën, en waarvoor dienen de woorden ‘onder anderen’, zal het herhaaldelijk voorkomen, dat er een geval is, dat strikt genomen tot de nrs. 1-11 behoort, maar dat toch niet valt in de algemeene omschrijving van het artikel.

Wil men den weg opgaan van den heer van Doorn, dan zou men bij de redactie dier nummers 1-11 moeten betrachten een geheel andere mate van nauwkeurigheid, dan bij het stellen dier nummers tot nog toe is betracht geworden.

Men heeft ze tot nog toe beschouwd als een algemeene vingerwijzing aan de partijen en aan den rechter; maar wanneer men daarmee beoogt aan den rechter te geven voor hem bindende regels, dan zal men de bepalingen der nummers 1-11 moeten redigeeren met een veel verder strekkende nauwkeurigheid dan tot nog toe is geschied, een nauwkeurigheid, waarvan ik twijfel of zij te bereiken zou zijn. Ik zou het vrijwel een onmogelijk pogen achten die gevallen zoo te omschrijven, dat wij vooruit met zekerheid kunnen zeggen: telkens wanneer dergelijk geval zich voordoet, is er een dringende reden in den zin der algemeene omschrijving.”¹⁸

Wat later in het wetgevingsproces voegde Drucker daaraan nog toe, dat het eens te meer niet mogelijk was om met vooraf volledige zekerheid biedende voorbeelden te werken, nu het wetsontwerp bestemd was zeer verschillende maatschappelijke verhoudingen te regelen. En zelfs als de voorbeelden nog gedetailleerder geregeld zouden worden, dan nog zou het steeds de vraag blijven of een zekere feitelijke constellatie daar nu net wel, of net niet onder viel. “Of bij voorbeeld een bevel des

17 Bles, IV, p. 131.

18 Bles, IV, p. 131.

werkgevers redelijk is of niet, zal in een concreet geval moeilijk te beslissen zijn en zal de eene kantonrechter allicht anders uitmaken dan de andere”.¹⁹ De voorbeelden van het tweede lid zouden met name “pedagogische” betekenis hebben voor de betrokkenen en erop gericht zijn de graad aan te geven waaraan bij een dringende reden gedacht moest worden. Maar een wet van Meden en Perzen leveren die voorbeelden niet op, omdat – zo vervolgde Drucker – bij ieder voorbeeld “bijzondere omstandigheden van het leven” denkbaar zijn die meebrengen dat, hoewel de desbetreffende graad is bereikt, toch moet worden gezegd dat van een dringende reden geen sprake is.²⁰ Die opmerking van Drucker was in feite niets minder dan een verwijzing, *avant la lettre*, naar het belang van de persoonlijke omstandigheden van de ontslagene bij de beoordeling van de dringende reden.²¹ Het stond de geestelijk vader van de regeling inzake het ontslag op staande voet dus al destijds voor ogen dat ook met zulke omstandigheden rekening gehouden moest worden bij de afweging of zich een dringende reden voordoet.

Van de zijde van minister Van Raalte werd in het verlengde van hetgeen door Drucker was gesteld, benadrukt dat het niet alleen *onvermijdelijk* was om de rechter enige armslag te geven om te beoordelen of een gedraging die een dringende reden *kan zijn*, dat ook daadwerkelijk *is* in de omstandigheden van het concrete geval, maar dat dat ook *aanbevelenswaardig* was.²²

Dat het *onvermijdelijk* is, volgde volgens Van Raalte uit het feit dat van een dringende reden sprake is als “redelijkerwijs” niet gevergd kan worden de dienstbetrekking te laten voortduren. Wat redelijk is, zo lijkt Van Raalte te willen zeggen, is immers onlosmakelijk verbonden met de feiten en omstandigheden van het geval. De wet, zo Van Raalte, noemt een aantal dringende redenen die een beëindiging in beginsel mogelijk maken. In hoeverre er echter speciale omstandigheden zijn die een andere beschouwing rechtvaardigen, is een punt dat aan de beslissing van de rechter moet worden overgelaten. Kort daarna drukte Van Raalte het aldus kernachtig uit:

“In één woord, zo ergens dan geldt hier het *jus in causa positum*, en behooren wij aan het oordeel van den rechter over te laten, de verschillende gevallen nauwkeurig te waarderen.”²³

Ook voor Van Doorn, die zich had afgevraagd hoe hij als advocaat zou moeten adviseren over een mogelijk ontslag op staande voet, als hij vooraf geen absolute zekerheid had of bepaald gedrag als dringende reden kwalificeert, nu dat uiteindelijk zou afhangen van de manier waarop de rechter de omstandigheden van het geval zou taxeren, had de Minister gratis goede raad.²⁴ Als hij als advocaat zou menen dat zich een dringende reden voordeed, dan kon hij dat gerust tegen zijn cliënt zeggen, mits hij daaraan veiligheidshalve toevoegde dat “altijd de mogelijkheid bestaat dat de rechter er ten slotte anders over denkt.” Maar dat daardoor met enige onzekerheid moet

¹⁹ Bles, IV, p. 141.

²⁰ Bles, IV, p. 147.

²¹ Zie daarover uitvoerig onder 4.5.5.

²² Bles, IV, p. 133.

²³ Bles, IV, p. 133.

²⁴ Bles, IV, p. 143.

worden geleefd, is – zo voegde de Minister daaraan toe – niet iets dat alleen eigen is aan de dringende reden, het is niet iets bijzonders:

“Maar nu moet men zoo iets niet voorstellen als iets zeer bijzonders, want wij weten het allen, dat in de practijk van het leven er geen enkele overeenkomst is, welke ook, waarbij niet meer of min quaestieuse gevallen voorkomen en waarbij de vraag te pas komt: in welken zin behoort de wet hier nu toegepast te worden?”

De argumenten van de zijde van de Minister en Drucker gehoord hebbende, trok De Savornin Lohman zijn amendement tot intrekking van de catalogus met dringende reden-voorbeelden in; hij had zich naar eigen zeggen door die argumenten alsnog laten overtuigen van het nut ervan. Het amendement van Van Doorn, dat ertoe strekte het woord “kunnen” uit het eerste lid van het huidige art. 7:678 BW te schrappen, werd wel in stemming gebracht maar met een ruime meerderheid van 50 tegen 8 stemmen verworpen. Dat wekte, gelet op het verdere debat in de Kamer weinig, verbazing omdat daarin door velen begrip werd getoond voor het standpunt van de regering – en van Drucker – dat de vraag wanneer sprake is van een dringende reden, gelet op de samenhang daarvan met de omstandigheden van het geval, niet in harde regels te vangen is en dat de keerzijde daarvan nu eenmaal is dat (soms) enige mate van onzekerheid zal bestaan. Kernachtig werd dat besef dat juist veeleer het formuleren van harde regels tot onbillijke uitkomsten zou kunnen leiden onder woorden gebracht door het conservatieve lid Van Idsinga, die het amendement van Van Doorn aanvankelijk nog had gesteund, maar die steun vervolgens introk door erop te wijzen dat bij alle van de in art. 7:678 lid 2 BW genoemde gevallen de vraag of daarin een dringende reden gelegen is “(...) afhangt van de bijkomstige omstandigheden, en ook van de mate waarin deze zich voordoen, zoodat, indien men het den rechter niet mogelijk maakt om die omstandigheden daarbij in rekening te brengen, men hem zal verplichten om in vele gevallen een onbillijke uitspraak te doen.”²⁵

Van Idsinga zorgde er ondertussen ook door middel van een amendement van zijn hand voor dat aan de regeling van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen – art. 1639w, thans art. 7:685 BW – werd toegevoegd dat die gewichtige redenen niet alleen gelegen zouden kunnen zijn in veranderingen in de persoonlijke of vermogenstoestand van de verzoeker, maar ook in een dringende reden die tot ontslag op staande voet zou hebben kunnen leiden. De ratio van dit amendement was er (mede) in gelegen om, nu ten aanzien van de vraag of zich een dringende reden voordeed, soms onzekerheid kon bestaan, de partij die ter zake geen risico wilde lopen de gelegenheid te bieden op die grond ontbinding te vragen en het oordeel dus aan de rechter over te laten. Van regeringszijde werd het amendement, zij het met enige reserve, gesteund.²⁶

²⁵ Bles, IV, p. 138.

²⁶ Zie Bles, IV, p. 164/265. De reserve van de regering werd veroorzaakt doordat men het amendement eigenlijk als overbodig beschouwde, omdat de partij die het risico van een ontslag op staande voet niet wilde nemen, ook zou kunnen kiezen voor de, reeds bestaande, mogelijkheid van ontbinding wegens wanprestatie. Dat de regering het amendement toch steunde vond zijn oorzaak daarin dat zich gevallen kunnen voordoen waarin wel sprake is van een dringende reden, die evenwel niet als wanprestatie – volgens het huidige BW: een toerekenbare tekortkoming in de nakoming – kan worden aangemerkt.

Ook aan de andere zijde van het politieke spectrum – te weten in het kamp van de SDAP – bestond er begrip voor dat de dringende reden niet in detail in de wet geregeld kon worden en dat het aan de rechter moest worden overgelaten de dringende reden nader te concretiseren. Het Kamerlid Schaper verwees in dat verband naar het voorbeeld van de mogelijkheid van het ontslag op staande voet wegens het weigeren van een redelijke opdracht en vroeg zich af welke betekenis men aan de woorden “redelijke bevelen” moest toekennen:

“Men zal zeggen dat de rechter het maar moet uitmaken, omdat het moeilijk is te omschrijven. Het zij zoo.”²⁷

Maar daaraan voegde hij wel een waarschuwing toe: als de beoordeling van hetgeen een dringende reden is noodgedwongen aan de rechter wordt overgelaten, dan moet de rechtspraak wel zo goed mogelijk worden gemaakt, want “daar komt vooral in zulke dingen zooveel op aan”.²⁸

Aan de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer zijn veel minder interessante gezichtspunten te ontleen, zij het dat ook daar nog eens van regeringszijde werd bevestigd dat het, wil een dringende reden aangenomen kunnen worden, daadwerkelijk om een *uitzonderlijke* situatie moet gaan. Er moet, zoals dat in de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer werd uitgedrukt, sprake zijn van *periculum in mora*. Niet iedere onbekwaamheid van de werknemer is voldoende, maar slechts een onbekwaamheid die zich in ernstige mate voordoet. En ook vindt in die Memorie van Antwoord nogmaals bevestiging dat bij de beoordeling of sprake is van een dringende reden, de gedraging niet op zichzelf moet worden beschouwd, maar moet worden gezien in de context van de omstandigheden van het geval, in welk verband uitdrukkelijk werd gewezen op de aard van de arbeid en de door de werknemer beklede positie.²⁹

4.2.2 Ontwikkelingen sedert 1907; geen nieuwe inzichten bij de wetgever

Sedert de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst aan het begin van de vorige eeuw hebben zich veel en vaak ingrijpende wijzigingen voltrokken in het ontslagrecht dat de regeling inzake het ontslag op staande voet omringt. De hoofdpunten daarvan zijn (i) de invoering van het BBA 1945, dat er – in navolging van een reeds door de bezetter tijdens de Tweede Wereldoorlog genomen maatregel – toe leidde dat de werkgever in beginsel op straffe van vernietigbaarheid van de opzegging vooraf een ontslagvergunning diende te verkrijgen, (ii) de wetwijziging van 1953, die onder meer de mogelijkheid van acties uit kennelijk onredelijk ontslag en de opzegverboden gedurende ziekte en militaire dienst introduceerde, alsmede tot een

²⁷ Zie over de wetsgeschiedenis van de dringende reden wegens het weigeren van een redelijke opdracht uitvoerig: S.F. Sagel, 100 jaar werknemersongehoorzaamheid: naar een gezichtspunten-catalogus voor de belangenafweging van art. 7:678 lid 2 sub j BW?, in C.J. Loonstra (red.), *De werkgever in beweging*, Den Haag, 2009, in het bijzonder p. 57-61.

²⁸ Bles, IV, p. 130.

²⁹ Bles, IV, p. 151.

verlenging van de opzegtermijnen leidde en (iii) de invoering – in de jaren daarna – van een groot aantal additionele bijzondere ontslagverboden. Bezieet men de desbetreffende wetswijzigingen, dan dringt zich de op het eerste gezicht wat vreemde, want ogenschijnlijk innerlijk tegenstrijdige, conclusie aan dat deze wetswijzigingen tegelijkertijd *veel* en anderzijds *geen* invloed hebben gehad op de regeling van het ontslag op staande voet en meer in het bijzonder de vraag of zich een dringende reden voordoet.

Geen invloed hebben de wetswijzigingen gehad in die zin dat de rechtsfiguur van het ontslag op staande voet en meer in het bijzonder de regeling inzake de dringende reden als zodanig (vrijwel) ongewijzigd bleef.³⁰ De wettelijke regeling van het ontslag op staande voet was een vast baken in een veranderend landschap. Sterker nog: bij de invoering van veel van de zojuist genoemde wijzigingen, zoals met betrekking tot de in het BBA opgenomen verplichting om een ontslagvergunning aan te vragen en met betrekking tot de bijzondere ontslagverboden, werd uitdrukkelijk bepaald dat zij uitzondering zouden lijden wanneer sprake was van een rechtsgeldig ontslag op staande voet. Ten aanzien van de mogelijkheid van het instellen van een vordering uit kennelijk onredelijk ontslag was het, een enkele uitzondering daargelaten, ook *communis opinio* dat daarop geen beroep kon worden gedaan wanneer sprake was van een rechtsgeldig ontslag op staande voet.³¹ Maar juist doordat aan het ontslag op staande voet steevast een uitzonderingspositie werd toegekend bij de uitbreiding van de reguliere ontslagbescherming, in die zin dat die bescherming bij een rechtsgeldig ontslag op staande *niet* kon worden ingeroepen, nam de *impact* van het oordeel inzake de rechtsgeldigheid van een gegeven ontslag op staande voet voor beide partijen toe. Kuip heeft die ontwikkelingen in Deel II van zijn dissertatie uitvoerig en bijzonder goed gedocumenteerd beschreven en het komt niet opportuun voor dat werk hier nog eens over te doen. Volstaan zij met twee voorbeelden.

Allereerst het BBA. Voorafgaand aan de invoering daarvan kon de werkgever die zonder dringende reden op staande voet had ontslagen slechts oplopen tegen de wettelijke schadeloosstelling of de verplichting om volledige schadevergoeding te betalen wegens onregelmatigheid van de opzegging. Beide vorderingen waren in tijd beperkt.³² Door de invoering van de verplichting om een ontslagvergunning aan te vragen, werd het enerzijds aantrekkelijker voor de werkgever om ontslag op staande voet te geven, omdat in dat geval geen ontslagvergunning behoefde te worden aangevraagd alvorens kon worden opgezegd. Maar dat voordeel had een keerzijde: kleefde aan het gegeven ontslag op staande voet een gebrek, bijvoorbeeld omdat geen sprake was van een dringende reden, dan kon de werknemer de nietigheid daarvan inroepen, hetgeen een omvangrijke loonvordering kon meebrengen die de voorheen mogelijke vorderingen vele malen overtrof. Een vergelijkbare problematiek deed zich voor ten gevolge van de invoering van de bijzondere opzegverboden gedurende een bepaald tijdvak, zoals de eerste twee jaar van ziekte. Ook daar gold

30 Zie voor een ondergeschikte wijziging die in verband met de invoering, in 1953, van het ontslagverbod tijdens ziekte werd doorgevoerd in art. 7:678 lid 2 sub 12, S.W. Kuip, a.w., p. 257.

31 Een opvatting die in HR 12 februari 1999, NJ 1999, 643 uiteindelijk ook door de Hoge Raad werd omarmd.

32 Zie ook S.W. Kuip, a.w., p. 165.

namelijk dat de werkgever enerzijds belang kreeg bij het geven van ontslag op staande voet doordat een geldig ontslag wegens een dringende reden de werking van het desbetreffende opzegverbod ophief, terwijl anderzijds de risico's van een ontslag op staande voet groter werden, zeker toen in de jaren '70 de nietigheidssanctie ook aan overtreding van die verboden werd gekoppeld. Stein heeft het in zijn noot onder het in hoofdstuk 2 uitvoerig besproken *GTM-arrest* als volgt uitgedrukt:

“Naarmate de bescherming van de werknemer tegen ongevraagd ontslag van meer waarborgen werd voorzien, groeide de betekenis van het ontslag op staande voet op grond van een onverwijld aan de werknemer meegedeelde dringende reden. Bij een dergelijk ontslag blijven de bepalingen betreffende de opzegtermijn buiten toepassing en de directeur van het GAB behoeft geen toestemming te geven, terwijl de werkgever de loonbetaling met onmiddellijke ingang zal stopzetten. Het lijkt een machtig wapen, doch het is een tweesnijdend zwaard, want als de werknemer vervolgens wegens nietigheid van het ontslag doorbetaling van het loon vordert, dan kan dat de werkgever duur te staan komen, wanneer hij in de procedure het onderspit delft.”

Hoewel de mogelijke *gevolgen* van een ontslag op staande voet, door de ingrijpende wijzigingen die sinds 1945 in zijn ontslagrechtelijke *Umfeld* werden doorgevoerd, in de loop der jaren bepaald ingrijpender of verderstrekkend werden, zijn in de wetsgeschiedenis die betrekking heeft op die wijzigingen geen echt interessante of vernieuwende gezichtspunten te vinden met betrekking tot de vraag die thans voorligt, te weten hoe – in zijn algemeenheid – moet worden beoordeeld of zich een dringende reden voordoet. Er is, sedert de totstandkoming van de Wet van 1907, nimmer aanleiding gezien die discussie opnieuw in de breedte te voeren. De meest voor de hand liggende verklaring daarvoor lijkt te zijn dat de regeling inzake het ontslag op staande voet zelf – en dan in het bijzonder de bepaling inzake de dringende reden – als gezegd niet meer dan marginaal werd aangepast en dat klaarblijkelijk niet het gevoel bestond dat die regeling zodanig slecht werkte en/of onvoorspelbaar was dat een hernieuwd debat over de wenselijkheid van de bestaande regeling geïndiceerd was.

Wel is, waar in het parlementaire proces aan de orde kwam dat een rechtsgeldig ontslag op staande voet tot een doorbreking van bepaalde nieuw in te voeren, additionele bescherming zou leiden, soms opnieuw gewezen op het uitzonderingskarakter van het ontslag op staande voet. Drie voorbeelden. In de eerste plaats kan worden gewezen op de manier waarop in het kader van het wetgevingsproces dat leidde tot de herziening van het ontslagrecht van 1953 werd omgegaan met de vanuit de Tweede Kamer gedane suggestie om mogelijk te maken dat een ontslag op staande voet op termijn zou kunnen worden gegeven, juist om de werknemer tegemoet te komen. Dat voorstel, dat hiervoor in hoofdstuk 2 al kort aan de orde was, werd van regeringszijde verworpen door te wijzen op het zeer bijzondere karakter van het ontslag wegens een dringende reden.³³ Het moest bij een ontslag op staande voet echt gaan om een geval zo ernstig dat geen enkel uitstel te dulden viel. Het continueren

³³ Zie daarover ook hiervoor, onder 2.2.3.

van het dienstverband zou echt “ondraaglijk” en “onhoudbaar” voor de beëindigende partij moeten zijn.³⁴

Zo'n twintig jaar later, aan het begin van de jaren '70 van de vorige eeuw, liet de regering zich in het kader van het wetsvoorstel dat mede strekte tot invoering van een opzegverbod wegens huwelijk in vergelijkbare zin uit. Naar aanleiding van een vraag uit de Tweede Kamer werd toen van regeringszijde opgemerkt dat “een ontslag op staande voet naar zijn aard een *noodmaatregel* is en dat een zodanig ontslag dan ook op staande voet moet worden gegeven.”³⁵ Ook meer recente uitlatingen van regeringszijde liggen in die lijn. Zo gaf de regering in 2009 in de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer met betrekking tot de wijziging van de Wajong-wetgeving aan dat bij een dringende reden gedacht moest worden aan ernstig wangedrag, zoals mishandeling of diefstal.³⁶

Er zijn, zo bezien, aan de spaarzame passages in de wetsgeschiedenis waarin “iets” werd gezegd over hoe tegen het bestaan van een dringende reden aangekeken moet worden, naar mijn mening in ieder geval *geen* aanknopingspunten te ontleen voor de gedachte dat de wetgever sedert 1907 een relevant *andere* kijk heeft gekregen op de dringende reden. Het werd in den beginne gezien als een uitzonderingsgeval, als iets abnormaals, en dat is zo gebleven. Sterker nog: juist in het vrijwel ontbreken van parlementaire discussie over hetgeen het begrip dringende reden behelst sinds 1907 vindt dat bevestiging. Als de inzichten daarover niet daadwerkelijk wijzigen, dan is er ook nauwelijks aanleiding tot debat.

4.2.3 De dringende reden; conclusies uit de wetsgeschiedenis

Uit de wetsgeschiedenis van het begrip dringende reden uit 1907 – en daarna – zijn nog steeds belangwekkende conclusies te trekken. Bezie men de parlementaire stukken uit die tijd en hetgeen tijdens de behandeling in de beide Kamers naar voren is gebracht, dan is evident dat van begin af aan is beoogd een dringende reden slechts in abnormale, zeer ernstige situaties aanwezig te achten. Een dringende reden zou slechts aangenomen moeten worden in gevallen waarin sprake was van een volkomen onhoudbare situatie, waarin enig uitstel niet te vergen valt. De spaarzame vindplaatsen in de parlementaire geschiedenis van ná 1907 waarin is ingegaan op de materiële betekenis van een dringende reden bevestigen dat beeld; er wordt dan gesproken van een “noodmaatregel”, die een eind moet maken aan een ondraaglijke situatie.

Verder blijkt uit de wetsgeschiedenis van 1907 dat de wetgever voor ogen stond dat het zowel wenselijk als onontkoombaar is dat ter zake van de beoordeling of zich een dringende reden voordoet door de rechter maatwerk aan de hand van de individuele omstandigheden van het geval wordt toegepast, ook al leidt dat in bepaalde gevallen – onontkoombaar – tot enige onzekerheid vooraf over de beoordeling van de dringende reden. *Individualgerechtigheid* werd bewust geprefereerd boven de (schijn) zekerheid van harde regels. Om die reden werd in de eerste volzin

34 Bijl. Hand. II, 1951-1952, 881, nr. 6, p. 33.

35 Bijl. Hand. II, 1973-1974, 12 403, nr. 6, p. 4; cursivering toegevoegd, SFS.

36 Bijl. Hand. I, 2009-2010, 31 780, C, p. 12.

van art. 7:678 lid 2 BW ook het woord “kunnen” opgenomen en – ondanks een tot verwijdering daarvan strekkend amendement – gehandhaafd.³⁷ Er zijn geen aanwijzingen dat de wetgever over dit alles sedertdien anders is gaan denken.

4.3 De Hoge Raad en sturing aan de dringende reden; van passief tot activistisch

4.3.1 De toetsing in cassatie: feit versus recht

In een prikkelende bijdrage uit 2005 heeft de Haagse cassatieadvocaat E.H. van Staden ten Brink de stelling betrokken dat, hoewel de mogelijkheden van toetsing in cassatie op papier duidelijk zijn, de Hoge Raad in de praktijk veel ruimte heeft (of beter: neemt) om op bepaalde terreinen wel en op andere terreinen niet in te grijpen.³⁸ Formeel worden de toetsingsmogelijkheden in cassatie bepaald door de aard van de beslissing waarover wordt geklaagd. Is sprake van een zuivere rechtsbeslissing, dan kan deze in cassatie vol op juistheid worden getoetst. Aan de andere zijde van het spectrum ligt de zuiver feitelijke beslissing, waarover de Hoge Raad zich, behoudens toetsing op begrijpelijkheid en volledigheid van de motivering, in het geheel niet kan buigen. Daartussen in bevinden zich de zogenaamde gemengde beslissingen, die zowel een feitelijke als een juridische component hebben en die de Hoge Raad dus slechts deels kan onderzoeken op juistheid – te weten wat het juridische aspect betreft – en deels op begrijpelijkheid – wat het feitelijke aspect betreft.³⁹ Van Staden ten Brink betoogt, in de kern, dat de “geharnaste formuleringen” die gebruikt worden om aan te geven dat iets vanwege zijn “feitelijke karakter” in cassatie (dus) onaantastbaar is, onwrikbaar *lijken*, maar dat in de praktijk vaak niet *zijn*. Steeds weer, zo stelt Van Staden ten Brink, valt op “hoeveel er eigenlijk kan, als men maar wil.” Maar als de Hoge Raad niet meer “wil”, een onderwerp hem klaarblijkelijk niet meer of minder interesseert, dan wordt opeens “een muur van desinteresse gebouwd” en wordt “alles (...) feitelijk en in cassatie onaantastbaar”. Overigens is de constatering van Van Staden ten Brink niet nieuw; hij had illustere voorgangers in dat betoog. Al in 1932 schreef Scholten: “De cassatie onderstelt scherpe scheiding van feit en recht; met feiten laat de Hoge Raad zich niet in. Is nu de vraag: handelt de gedaagde in strijd met de goede zeden, had hij schuld, was er overmacht, een feitelijke of een rechtsvraag? De H.R. wankelt. Nu eens laat hij de beslissing over dergelijke punten aan den lageren rechter, dan weer trekt hij ze aan zich, in den laatsten tijd bestaat een neiging tot het tweede standpunt.”⁴⁰

37 Zie in die zin ook reeds, in een bijdrage uit 1916: A.J. Marx, De aanwezigheid der dringende reden en hare gevolgen, RBA VII, no. 1/2, p. 4: “In dat woordje ‘kunnen’ zien we des wetgevers wil uitgedrukt, dat slechts het feit in verband met de omstandigheden dringende reden kan zijn (...)”. Zie tevens J. Ligtenstein, Casuïstiek van de dringende reden, SMA 1959, p. 57.

38 E.H. van Staden ten Brink, De Hoge Raad, stokpaarden en desinteresse, in: Voor De Laat, de Hoge Raad, Deventer, 2005, p. 11 e.v.

39 Zie Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), p. 224.

40 Asser-Scholten, Handleiding, Algemeen Deel, Zwolle, 1932, p. 11.

Een sprekend voorbeeld van de ruimte die de Hoge Raad inderdaad heeft om een beslissing al dan niet toetsbaar te laten zijn in cassatie, vormt het terrein van de dringende reden. Er heeft zich, sedert de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst in 1909, op dat terrein een opvallende ontwikkeling voorgedaan en wel – om in de terminologie van Van Staden ten Brink te blijven – in die zin dat de Hoge Raad de controle steeds verder heeft uitgebreid.

4.3.2 De eerste vijftig jaar: de dringende reden is feitelijk

Na de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst werd vrijwel direct duidelijk dat de Hoge Raad zich bij de beoordeling van de dringende reden uiterst terughoudend wenste op te stellen. Het oordeel of in een concreet geval sprake was van een dringende reden werd al snel als in hoge mate feitelijk en derhalve aan cassatietoetsing onttrokken aangemerkt.

In een arrest van 1914 lag de vraag voor of het wegblijven van toneelrepetities door twee acteurs die in dienst waren van het Frascati Ensemble, een dringende reden vormde.⁴¹ Kantonrechter en Rechtbank hadden die vraag bevestigend beantwoord. In cassatie werd daartegen opgekomen. De Hoge Raad besliste dat voor zover het cassatiemiddel aldus moest worden begrepen dat het beoogde aan te voeren dat dergelijk wegblijven van repetities *nimmer* een dringende reden oplevert, zulks “in hare algemeenheid onjuist is”, terwijl “de vraag of dit in een bepaald geval moet worden aangenomen als van geheel feitelijke aard niet in cassatie kan worden onderzocht.” Meijers trok daaruit de conclusie dat de Hoge Raad slechts zeer beperkte controlemogelijkheden in cassatie zag. Slechts als in cassatie werd aangevoerd dat (de appelrechter ten onrechte had beslist dat) bepaalde gedragingen *altijd* of *nooit* een dringende reden constitueren, dan zou dit een rechtsvraag opleveren die in cassatie kon worden onderzocht. Er was dan immers sprake van een harde (sub)rechtsregel over de dringende reden, waarvan de juistheid door de Hoge Raad getoetst kon worden. Indien de beslissing echter minder zwart/wit lag dan dat en dus ook maar enigszins afhing van een nadere afweging van de omstandigheden van het geval, dan taxeerde de Hoge Raad de beoordeling als van feitelijke aard en dus als aan cassatietoetsing onttrokken.⁴²

Illustratief voor de vrijheid die de Hoge Raad de feitenrechter op dit terrein wenste te laten, is een arrest van 4 maart 1927, dat draaide om de rechtsgeldigheid van een ontslagname op staande voet omdat de werkgever een deel van het loon had ingehouden. Daarin besliste de Hoge Raad – volstrekt in lijn met de hiervoor

41 HR 15 mei 1914, RBA V, 25/26, 2.

42 Zie de noot van Meijers in RBA, 5^e serie, 25/26, 2. In gelijke zin HR 13 november 1919, NJ 1920, 5, waarin werd beslist dat voor zover het middel mocht beweren dat het wegblijven van het werk zonder bericht “nimmer kan zijn een dringende reden om de desbetreffende arbeidsovereenkomst onmiddellijk te doen eindigen, die bewering in hare algemeenheid is onjuist, terwijl de beslissing, dat dit in een bepaald geval moet worden aangenomen, als van feitelijken aard in cassatie onaantastbaar is (...).”

beschreven wetsgeschiedenis – dat de wettelijke omschrijving van het begrip dringende reden alsmede “de woordkeus van den aanhef van het tweede lid – ‘dringende redenen zullen o.a. aanwezig geacht kunnen worden’ – (...) den rechter voor waardeering van feiten en omstandigheden hier alle vrijheid liet.”⁴³ In een arrest van 30 november 1933 werd die lijn voortgezet. Ook in die zaak overwoog de Hoge Raad dat het antwoord op de vraag of met het oog op de feiten van de werkgever redelijkerwijs al dan niet kan worden gevegd de diensbetrekking te laten voortduren, “voor rekening moet blijven van den feitelijke rechter en in cassatie niet met vrucht (kan, toevoeging SFS) worden aangevallen” al liet de Hoge Raad in die zaak de deur opnieuw op een kier staan voor enige vorm van toetsing, te weten wanneer zou blijken dat de rechter “aan het begrip dringende reden een onjuiste uitleg heeft gegeven.”⁴⁴

Hoewel de Hoge Raad zich met dit alles, extreme gevallen daargelaten, niet leek te willen mengen in de beoordeling of zich gelet op de feiten en omstandigheden van een individueel geval een dringende reden voordeed, zei hij met de zojuist besproken rechtspraak *impliciet* wel iets over de beoordeling daarvan *in zijn algemeenheid*, en wel dat bij die beoordeling de omstandigheden van het geval bepalend zijn. Dat uitgangspunt van de Hoge Raad sloot, als gezegd, naadloos aan bij de wetsgeschiedenis van de regeling inzake de dringende reden. Men kan het ook zo zeggen: juist *omdat* de Hoge Raad er van begin af aan van uitging dat de aanwezigheid van een dringende reden slechts door een weging van de feiten en omstandigheden van het individuele geval kan worden vastgesteld – een inzicht dat pas vele jaren later door hem uitdrukkelijk tot een harde *verplichting* voor de rechter werd verheven –, achtte hij zich in het individuele geval niet vrij om de beslissing inzake een dringende reden te toetsen. Dat zou immers neerkomen op het interfereren in een feitelijke afweging.

Zijdelings zij hier nog opgemerkt dat de Hoge Raad ook in de eerste decennia na de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst een enkele keer de verleiding niet kon weerstaan om zich toch intensiever te bemoeien met de beoordeling van de dringende reden, zij het niet om een uitspraak van de feitenrechter te corrigeren, als wel om de juistheid daarvan te bevestigen. In een arrest van 4 juni 1926 was sprake van een ontslagname op staande voet door een directeur omdat de werkgever zich beduidend kapitaalkrachtiger had voorgedaan dan hij daadwerkelijk was. Het Hof achtte dat een dringende reden. De Hoge Raad besliste enerzijds dat het hier een “geheel feitelijke en in cassatie onaantastbare beslissing” betrof maar anderzijds dat het Hof “terecht” had aangenomen dat sprake was van een dringende reden.⁴⁵ Dat

43 HR 4 maart 1927, NJ 1927, 703. Zie in gelijke zin de conclusie van A.-G. Besier voor HR 9 februari 1933, NJ 1933, p. 597: “Het derde middel schijnt mij vergeefs op te komen tegen een feitelijke beslissing van het Hof, namelijk de waardeering der aan eischeres toegeschreven gedragingen als dringende redenen voor het ontslag. Immers of zoodanige redenen inderdaad dringend zij, hangt afgezien van art. 1639p BW geheel af van de omstandigheden; daarover kan alleen de rechter over de feiten van geval tot geval beslissen.”

44 HR 30 november 1933, NJ 1934, 657. Zie in die zin ook HR 6 februari 1936, NJ 1936, 980;

45 HR 4 juni 1926, NJ 1926, 838.

kwam hem op kritiek te staan van Vos, die in een bijdrage uit 1934 betoogde dat de Hoge Raad zich er aldus “ten onrechte” toe zou hebben laten verleiden te treden in het oordeel of bepaald gedrag in een concreet geval een dringende reden vormde; toetsing van een feitelijk oordeel dus.⁴⁶ Inderdaad komt de uitspraak van de Hoge Raad inconsequent voor want een echt feitelijke beslissing kan in cassatie nu eenmaal niet op juistheid worden getoetst. Even verrassend in het licht van de zojuist besproken hoofdlijn in de vroege rechtspraak van de Hoge Raad over de dringende reden is een arrest van 1926, waarin de vraag voorlag of de weigering van een redelijke opdracht bestaande in het overleggen van tijdens het dienstverband gevoerde correspondentie, een dringende reden opleverde.⁴⁷ P.-G. Noyon concludeerde conform de zojuist genoemde lijn dat deze vraag, verweven als hij was met waardering van de feiten, in cassatie niet ten toets kon komen.⁴⁸ De Hoge Raad koos ook hier voor een andere route en besliste ook in deze zaak dat de lagere rechter de weigering van de werknemer *terecht* als dringende reden had aangemerkt, nu – naar het oordeel van de Hoge Raad – in een bepaalde gedraging van de werknemer “onmiskkenbaar was gelegen de uiting van zijn wil om aan den gestelden eisch niet te voldoen en daarbij te blijven volharden, dat is: hardnekkig te weigeren aan het hem namens zijn werkgever verstrekte bevel te voldoen.”⁴⁹ Daarmee betrad de Hoge Raad in zo mogelijk nog sterkere mate het terrein van de feiten: de beoordeling of een werknemer met een bepaalde gedraging een bepaalde bedoeling heeft gehad, hetgeen neerkomt op de uitleg van een wilsuiting, is een bij uitstek feitelijke beslissing. De twee zaken van halverwege de jaren ‘20 waren evenwel, zoals Duk dat in een bijdrage uit 1982 uitdrukte, “zwaluwen die geen zomer maakten”.⁵⁰ In de decennia die volgden, bevestigde de Hoge Raad keer op keer zijn terughoudende benadering van de dringende reden, zoals hiervoor beschreven.

Het duurde uiteindelijk meer dan 50 (!) jaar na de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst voordat de beroemde cassatieadvocaat Wijckerheld Bisdom de kleine opening die de Hoge Raad in arresten als de hiervoor genoemde van 1914 en 1933 had gelaten voor toetsing van de dringende reden, succesvol wist te gebruiken om een beslissing inzake de dringende reden gecasseerd te krijgen.

46 M.B. Vos, De dringende reden in cassatie, RBA, XX, nr. 9, p. 2.

47 HR 30 april 1925, NJ 1925, 659.

48 Zie daarover ook S.F. Sagel, 100 jaar werknemersongehoorzaamheid: naar een gezichtspunten-catalogus voor de belangenafweging van art. 7:678 lid 2 sub j BW?, in: De werkgever in beweging, Den Haag 2009, p. 63/64.

49 In een annotatie onder HR 20 maart 1941, NJ 1941, 794 deed Meijers een manhaftige poging om deze twee arresten uit 1925 en 1926 in lijn te brengen met de hoofdregel dat de vraag of een dringende reden zich voordeed in cassatie niet toetsbaar was. Meijers betoogde dat daartussen geen “tegenspraak” zou bestaan: “Soms immers zijn de feiten op zich sprekend genoeg, om een dringende reden aan te nemen of te ontkennen, in andere gevallen echter is op de grondslag van de in het vonnis naar voren gebrachte feiten geen uitspraak in algemeenen zin te geven, maar kan degene, die slechts het vonnis en de daarin als bewezen aangenomen feiten kent, niet verder komen dan te verklaren, dat de mogelijkheid om op grond van die feiten een dringende reden aan te nemen bestaat of ontbreekt.” Erg overtuigend acht ik deze uitleg niet. De beide arresten vallen niet in de categorie waarin de Hoge Raad een harde sub(rechts)regel formuleerde.

50 R.A.A. Duk, De Hoge Raad en het ontslag op staande voet, SMA 1982, p. 523.

4.3.3 De tweede vijftig jaar: drie methodes van sturing

4.3.3.1 De (toetsing aan) harde subregels en vuistregels

Na de eerste 50 jaar tamelijk “werkeloos” te hebben toegezien op de wijze waarop de lagere rechtspraak omging met de dringende reden, kwam daar aan het begin van de jaren ‘60 van de vorige eeuw verandering in. De Hoge Raad ging op drie verschillende manieren leiding geven. De eerste daarvan betrof de toetsing aan en formulering van jurisprudentiële sub- en vuistregels op grond van art. 7:678 BW.

Het eerste voorbeeld daarvan kan worden gevonden in een arrest van 3 november 1961.⁵¹ De zaak draaide, kort gezegd, om de vraag of een werknemer – Bodde – zijn werkgever – Waarheid – een dringende reden had gegeven door eigenmachtig een snipperdag op te nemen. De werkgever had die snipperdag geweigerd omdat eerder al andere werknemers verlof hadden gevraagd en gekregen en hij (om die reden) niet zonder de werknemer kon. De Rechtbank besliste dat de handelwijze van de werknemer geen dringende reden kon opleveren, nu de toepasselijke CAO de werknemer recht gaf op een aantal snipperdagen en bepaalde dat die door de werkgever in overleg met de werknemer moesten worden vastgesteld. De werknemer had dus, volgens de Rechtbank, een zekere mate van medezeggenschap bij de vaststelling van de snipperdagen en dat alleen bracht reeds mee dat het opnemen van de dag, hoewel de werkgever daar niet mee had ingestemd, *nimmer* het predikaat dringende reden verdiende. In cassatie werd betoogd dat de Rechtbank aldus een onjuiste toepassing had gegeven aan het begrip dringende reden, zulks primair omdat de Rechtbank had miskend dat het op eigen gezag opnemen van een snipperdag uit de aard der zaak *altijd* een dringende reden vormde en subsidiair omdat de Rechtbank in ieder geval bij haar beoordeling niet voorbij had mogen gaan aan de door de werkgever gestelde omstandigheid dat hij de werknemer (had gezegd dat hij hem) niet kon missen. De Hoge Raad vernietigde en overwoog daartoe dat de Rechtbank eraan voorbij had gezien

“(…) dat voor de beoordeling van de vraag of van den werkgever redelijkerwijs kan worden gevergd de dienstbetrekking te laten voortduren nadat de werknemer eigenmachtig een snipperdag heeft opgenomen deze medezeggenschap wel van belang kan zijn, bijvoorbeeld indien de werkgever bij de beslissing over aangevraagde snipperdagen zich niet heeft gedragen naar den geest van de gemaakte regeling, doch de Rb. door te oordelen dat het enkele bestaan van deze regeling medebrengt, dat de gedraging van Bodde geen grond kan opleveren voor ontslag op staanden voet, een onjuiste toepassing heeft gegeven aan het in de artt. 1639o en p BW bepaalde.”

In deze zaak uit 1961 zag de Hoge Raad – dus: voor het eerst sinds de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst in 1909 (!) – ruimte tot ingrijpen in het oordeel van een appelrechter inzake het bestaan van een dringende reden en wel omdat het vonnis van de Rechtbank aldus werd uitgelegd dat daarin een uit de algemene norm van art. 7:678 lid 1 BW afgeleide harde subregel was gehanteerd, te weten: het

51 HR 3 november 1961, NJ 1962, 192.

eigenmachtig opnemen van een snipperdag kan geen dringende reden opleveren als de werknemer ter zake van het opnemen enige medezeggenschap toekomt.⁵² Die subregel, die de Hoge Raad als rechtsbeslissing kwalificeerde en dus toetsbaar achtte, was volgens de Hoge Raad onjuist en dus casseerde hij. Overigens ligt in het arrest besloten dat de Hoge Raad de primair door de werkgever aangevoerde *omgekeerde* subregel die de Rechtbank volgens het cassatiemiddel miskend zou hebben – te weten: het eigenmachtig opnemen van een snipperdag is *altijd* een dringende reden – eveneens onjuist achtte. Op die grond casseerde de Hoge Raad immers niet. Zou hij de door de werkgever primair aangevoerde subregel wel juist hebben geacht, dan zou hij de zaak zelf hebben kunnen afdoen door de vordering van de werknemer in cassatie af te wijzen. Nader feitelijk onderzoek zou dan niet meer nodig zijn geweest, nu vaststond dat de werknemer eigenmachtig de snipperdag had opgenomen. Wat *niet* vaststond, waren de precieze omstandigheden waaronder dat was gebeurd en om die feiten uit te zoeken werd de zaak door de Hoge Raad doorverwezen. Wat de Hoge Raad dus ten gronde besliste, was dat bij de beoordeling van de vraag of het eigenmachtig opnemen van een snipperdag een dringende reden is, een zeker medezeggenschapsrecht van de werknemer wel een rol speelt, maar niet in zichzelf doorslaggevend is voor het oordeel dat daarvan geen sprake is. Bij die beoordeling moet ook naar de overige omstandigheden van het geval worden gekeken. Dat lijkt een beslissing die ook vandaag de dag nog leidend is bij de beoordeling of het feit dat een werknemer verzuimt omdat hij zonder overleg een vakantiedag opneemt, een dringende reden geeft.

Het arrest vormt met dat alles een mooi voorbeeld van één van de manieren waarop de Hoge Raad sedert 1960 richting is gaan geven aan de dringende reden, te weten (i) door controle op de juistheid van “harde subregels” waarvan lagere rechters bij hun beoordeling van een dringende reden zijn uitgegaan en (ii) door beoordeling van de juistheid van in cassatie door de in appel verliezende partij aangedragen harde subregels, die de feitenrechter zou hebben miskend.

Cassatiemiddelen waarin is getracht de Hoge Raad een harde subregel te ontlokken zijn overigens zelden succesvol geweest. De Hoge Raad is terughoudend gebleven in het omarmen van regels dat bepaald gedrag *nooit* een dringende reden oplevert. Soms evenwel lukte het. Het voorbeeld bij uitstek vormt (nog steeds) de zaak *Gelens/Oudgenoeg* uit 1979.⁵³ In die zaak had de Rechtbank aangenomen dat de werkneemster op staande voet was ontslagen omdat zij had meegedeeld dat zij, ondanks een daartoe strekkende opdracht van de werkgever, op twee dagen niet op haar werk aanwezig zou zijn. Zij zou dan met haar ouders een standplaats voor hun caravan gaan zoeken en kon dus niet komen werken. Ten processe beriep de werkneemster zich erop dat van haar niet verlangd kon worden dat zij op de desbetreffende vrijdagavond en zaterdag werkte omdat, indien zij dat wel zou hebben gedaan, het maximum aantal uren dat zij krachtens de Arbeidswet 1919 mocht werken in de week waarin die dagen vielen, zou zijn overschreden. De Rechtbank

52 Zie in die zin ook G.J. Wiarda, in: 2000 weken rechtspraak, Wijckerheld Bisdom bundel, Zwolle 1978, p. 72.

53 HR 6 april 1979, NJ 1979, 492. Overigens werd de minderjarige werkneemster Gelens ten processe vertegenwoordigd door haar vader, de wederpartij had dat – begrijpelijkerwijs – niet nodig.

achtte het ontslag – in de omstandigheden van het geval – wel rechtsgeldig, ondanks het feit dat de opdracht in strijd kwam met de geldende arbeidstijdenwetgeving.⁵⁴ In cassatie werd aangevoerd dat de Rechtbank aldus de harde subregel had miskend dat

“(…) niet als een dringende reden kan worden aangemerkt de mededeling van een werknemer dat hij in een bepaalde week zijn werk zal beëindigen op een moment waarop hij reeds het maximaal per week bij de wet toegestane aantal arbeidsuren zal hebben gewerkt alsmede het feit dat hij zich aan die mededeling houdt, waaraan in dit geval niet kan afdoen dat Gelens een andere reden voor het niet komen werken op vrijdagavond en zaterdag heeft opgegeven dan het wettelijke verbod, (…).”

Anders gezegd: in cassatie werd aangevoerd dat de Hoge Raad een harde subregel moest formuleren dat de weigering van een opdracht om in strijd met arbeidstijdenwetgeving te werken, *nimmer* een dringende reden kan opleveren. En zo geschiedde. De Hoge Raad besliste:

“Als dringende reden in de zin van art. 6, lid 2, onder a, i.v.m. art. 1, aanhef en onder i, BBA en van art. 1639 o, lid 3, i.v.m. art. 1639p BW kan niet worden aangemerkt het niet gevolg geven aan het verlangen van de werkgever om langer arbeid te verrichten dan ingevolge de Arbeidswet 1919 geoorloofd is. Dit geldt ook wanneer zich het door de Rb. hier aanwezig geachte geval voordoet, dat de arbeid van de werknemer voor de werkgever juist van bijzonder belang is in de uren waarop de werknemer niet werkte en ingevolge de wet niet mocht werken.”⁵⁵

Door het formuleren van een harde subregel als deze creëert de Hoge Raad maximale duidelijkheid. De werkgever weet vooraf met 100% zekerheid dat hij nimmer rechtsgeldig wegens die reden op staande voet kan ontslaan.⁵⁶ Desondanks heeft de Hoge Raad zich de afgelopen 50 jaar slechts bij hoge uitzondering tot een zo vergaande stellingname laten verleiden en dat is niet onbegrijpelijk wanneer men bedenkt dat

54 Daarbij speelde, als men het vonnis van de Rechtbank terugleest, een voorname rol dat de Rechtbank het argument van de strijd met de Arbeidstijdenwetgeving niet al te sympathiek vond, nu het aanvankelijk gevoerde “caravan-verweer” de echte reden voor de afwezigheid leek te zijn geweest en de werkgever daadwerkelijk belang had gehad dat de werknemster op de twee dagen zou werken:

“24. Nu echter Oudgenoeg eveneens onbestreden heeft gesteld, dat de werkzaamheden van Gelens speciaal van belang waren voor de verkoop in de winkel op vrijdagavond en zaterdag, had het op de weg van Gelens gelegen, indien zij niet meer uren wenste te maken dan toegelaten, om in overleg met Oudgenoeg het aantal te werken uren te regelen bijv. door op woensdag of donderdag niet of slechts ten dele te werken.

25. Het gaat onder deze omstandigheden niet aan zich achteraf te beroepen op een te groot aantal arbeidsuren, een argument dat zij ook niet heeft gebruikt, toen zij mededeelde op de betreffende vrijdagavond en zaterdag niet op het werk te zullen komen; zij gaf immers als reden voor haar afwezigheid op, dat zij met haar ouders een standplaats voor hun caravan ging zoeken.”

55 Zie voor een recent voorbeeld van een dergelijke harde subregel: HR 8 oktober 2004, RAR 2005/1. Overtreding van controlevoorschriften tijdens ziekte vormt in zichzelf nimmer een dringende reden.

56 Zie in vergelijkbare zin: Gem. Hof NA en Aruba 15 oktober 2002, NJ 2004, 93.

een dergelijke regel de beoordelingsvrijheid van de feitenrechter geheel ecarteert.⁵⁷ Er is dan geen enkele ruimte meer voor een nadere weging van de omstandigheden van het geval, terwijl dat – blijkens de wetsgeschiedenis – nu juist is wat de wetgever *wel* voor ogen stond. Daarbij komt dat een zekere terughoudendheid aan de kant van de cassatierechter bij het stellen van dat soort *hard and fast rules* ook meer in het algemeen begrijpelijk is, al is het maar omdat vaak moeilijk is te voorzien of zo een regel in alle gevallen billijk uitwerkt. Dan is een terughoudender benadering, waarin wordt gewerkt met vuistregels die een *escape* bieden in het individuele geval, veiliger. Als wordt beslist dat iets *in beginsel* geen dringende reden oplevert, kan daar onder bijzondere omstandigheden van worden afgeweken. Duk heeft het wel eens treffend aldus uitgedrukt:

“‘Fools rush in where angels fear to tread’: wie als hoogste rechter de eerste aan hem voorgelegde zaak aangrijpt om direct als wetgever-plaatsvervanger de materie met behulp van ‘hard and fast rules’ in kaart te brengen, zal al snel ervaren dat hij veelal niet goed in staat was de gevolgen van zijn ingrijpen onmiddellijk in de volle breedte te overzien, en zal regelmatig genoodzaakt blijken vervolgens allerlei verfijningen aan te brengen.”⁵⁸

Bij een regel die enige speelruimte overlaat voor de lagere rechter, doet zich dat probleem in veel mindere mate voor. Ook vermeldenswaardig is dat de Hoge Raad tot nog toe helemaal nooit een regel heeft gesteld dat bepaald gedrag *steeds* een dringende reden oplevert; het spiegelbeeld dus van een regel zoals die werd geformuleerd in het arrest van 1979. Daaraan lijkt ook niet daadwerkelijk behoefte te bestaan. Om het wederom in de woorden van Duk te zeggen: “de mogelijkheid dat bijzondere omstandigheden vergoelijken wat normaliter niet aanvaardbaar is, kan niet steeds geheel worden uitgesloten”.⁵⁹

Het stellen van een regel dat bepaald gedrag *altijd* een dringende reden vormt, lijkt ook niet verenigbaar met de wetsgeschiedenis van het begrip “dringende reden”, zoals hiervoor besproken. In herinnering zij geroepen dat het Tweede Kamerlid Van Doorn door middel van een amendement de voorbeelden van art. 7:678 lid 2 BW het karakter van *dwingende* dringende redenen wilde geven. Dat amendement redde het niet, nadat het van regeringszijde als onwenselijk was betiteld om een dergelijk dwingend karakter aan de lijst toe te kennen. De rechter zou de vrijheid moeten hebben om onder bijzondere omstandigheden ook in de daar genoemde gevallen tot een andere uitkomst te komen.

57 Zie HR 8 oktober 2004, RAR 2005/1 (overtreding van controlevoorschriften bij ziekte is in zichzelf beschouwd geen dringende reden); HR 7 november 1986, NJ 1987, 379 (handelwijze echtgenoot van werknemer is geen dringende reden voor werknemer). S.W. Kuip, Ontslag op staande voet van werknemer door gedrag derde?!, *ArbeidsRecht* 1995, 69.

58 R.A.A. Duk, Over getuigschriften en zo – 100 jaar wet op de Arbeidsovereenkomst, *ArA* 2009 8 (3), p. 15. Zie ook: R.A.A. Duk, Cassatierechter en arbeidsovereenkomst: van “*ius in causa positum*” en “*hard and fast rules*”, *TRA* 2009-8/9, p. 26-27.

59 R.A.A. Duk, De Hoge Raad en het ontslag op staande voet, *SMA* 1982, p. 523. Zie in gelijke zin: S.F. Sagel en E. Verhulp, Onzekere tijden voor het ontslag op staande voet?, in S.F. Sagel en E. Verhulp, Voor De Laet: de Hoge Raad, Reeks VvA nr. 34, Deventer 2005, p. 100.

In het licht van het voorgaande wekt het geen verbazing dat de Hoge Raad – eveneens: sinds de jaren ‘60 van de vorige eeuw – veel vaker gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om de dringende reden bij te sturen door het formuleren van vuistregels. Vuistregels zijn te karakteriseren als een gemitigeerde variant van de zojuist besproken harde subregels. Een vuistregel is een *light*-versie van de subregel en houdt in dat er, net als bij de subregel, een gespecificeerde, concrete regel uit het bepaalde in art. 7:678 BW wordt afgeleid voor een bepaald soort (wan)gedrag, die evenwel nog enige nadere feitelijke inkleuring vereist. Het is, anders gezegd, een regel die in beginsel geldt, maar waarvan de feitenrechter toch mag afwijken als de omstandigheden daartoe nopen.⁶⁰ De vuistregel geeft daarmee dus weliswaar richting aan de feitenrechter, maar dwingt hem – anders dan de harde subregel – niet steeds om ook in die richting te beslissen. Ook hier ziet de Hoge Raad ruimte tot toetsing, omdat ook de vuistregel – “handelwijze X vormt in beginsel een dringende reden, tenzij” – het karakter van een rechtsregel heeft, die dus in zoverre in cassatie ten toets kan komen.

Een vroeg voorbeeld van een vuistregel in de hier bedoelde zin vormt een arrest van de Hoge Raad van 24 april 1964, waarin de vraag voorlag of de weigering van een werknemer om een schriftelijk stuk betreffende zijn aanstelling te tekenen, een dringende reden vormde in de zin van art. 7:678 lid 2 sub j BW, de bepaling die stipuleert dat sprake kan zijn van een dringende reden wanneer de werknemer een redelijke opdracht van de werkgever weigert.⁶¹ De Hoge Raad formuleerde in die zaak zelf de regel dat, hoewel er zeker gevallen denkbaar zijn waarin voor een werknemer een verplichting kan bestaan tot het tekenen van een dergelijk stuk,

“(...) het niet nakomen van deze verplichting, welke niet de uitvoering van den ingevolge de arbeidsovereenkomst te verrichten arbeid betreft en in het algemeen voor den werkgever alleen administratieve betekenis heeft, slechts bij aanwezigheid van *bijzondere omstandigheden* ten gevolge zal hebben, dat van den werkgever redelijkerwijs niet kan worden gevergd de dienstbetrekking te laten voortduren, zoals indien schriftelijke vastlegging van de arbeidsovereenkomst bij het aangaan ervan uitdrukkelijk is bedongen dan wel indien uit de weigering om te tekenen een voor den werkgever in het gegeven geval niet te aanvaarden gezindheid van de werknemer blijkt.”⁶²

Als voorbeeld van een geval waarin de Hoge Raad niet zelf een vuistregel formuleerde, maar de juistheid van een door de lagere rechter geformuleerde vuistregel onderzocht en, deze onjuist bevindend, tot vernietiging kwam, kan gewezen worden op een uitspraak van 19 juni 1987.⁶³ Daarin was de Rechtbank uitgegaan van de vuistregel dat een werknemer die, met name wanneer hij arbeidsongeschikt is, niet ervoor zorgt dat zijn werkgever over zijn juiste adres beschikt of kan beschikken, zich schuldig maakt aan een verzuim van dien aard dat daarmee in beginsel – behoudens door de

60 De Hoge Raad hanteert de begrippen vuist- en subregel niet geheel consistent. Verwezen zij naar HR 17 december 2010, NJ 2011, 351, waarin de Hoge Raad een door een cassatiemiddel voorgestelde vuistregel dat bepaald gedrag als dringende reden aanmerkt, zelf als subregel aanduidt.

61 Zie over het arrest ook R.A.A. Duk, *Redelijk bevel en dringende reden*, SMA 1976, p. 95/96.

62 HR 24 april 1964, NJ 1964, 266; cursivering toegevoegd, SFS.

63 HR 19 juni 1987, NJ 1988, 78.

werknemer te stellen en zo nodig te bewijzen rechtvaardigingsgronden – een dringende reden voor ontslag op staande voet gegevens is. De Hoge Raad achtte die regel te verstrekken. Of een dergelijk verzuim ontslag op staande voet wettigt, moet volgens de Hoge Raad worden beoordeeld door afweging van alle bijzonderheden van het gegeven geval. Voor een “in beginsel”-regel is hier volgens de Hoge Raad geen plaats.

Het eerder genoemde arrest van 24 april 1964 illustreert dat het belang van een vuistregel (of subregel) die in een individuele zaak wordt geformuleerd, vaak een grotere reikwijdte heeft die de specifieke casuspositie die voorligt, overstijgt. Een vuistregel die voor een specifiek geval wordt geformuleerd, zal namelijk vaak ook een uitstralingseffect hebben met betrekking tot andere gevallen die behoren tot hetzelfde “genus” van dringende redenen, in dit geval de weigering van een redelijke opdracht. Zo valt naar mijn mening uit de zojuist geformuleerde vuistregel ter zake van het weigeren van de opdracht om een schriftelijk arbeidscontract te tekenen af te leiden dat in de ogen van de Hoge Raad *in zijn algemeenheid* het weigeren van opdrachten die slechts *administratieve* betekenis voor de werkgever hebben, niet spoedig een dringende reden zal opleveren. De ruimere strekking van de beslissing van de Hoge Raad lijkt te zijn dat wanneer een werknemer een opdracht weigert die niet de uitvoering van het werk zelf betreft, maar voor de werkgever slechts administratieve betekenis heeft, dat slechts onder bijzondere omstandigheden als dringende reden kwalificeert. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan gevallen waarin de administratieve handeling ertoe strekt om fraude te voorkomen – zoals bij de verplichting om te “klokken” bij binnenkomst – of het niet naleven van de administratieve voorschriften het primaire bedrijfsproces van de werkgever verstoort, bijvoorbeeld omdat hij bij gebreke van die administratie niet kan factureren. In zulke gevallen is van een “puur administratieve betekenis” van de voorschriften in feite ook geen sprake meer. Daarnaast valt – tot op zekere hoogte: *a contrario* – uit het arrest af te leiden dat de Hoge Raad klaarblijkelijk in beginsel wel zwaar tilt aan gevallen waarin een opdracht wordt geweigerd die de uitvoering van de arbeid, dat wil zeggen de kernverplichting van de werknemer uit hoofde van de arbeidsovereenkomst, betreft. Aldus bevat het arrest, dat op het eerste gezicht alleen richting lijkt te geven ter zake van de vraag of een werknemer die weigert zijn schriftelijke arbeidscontract te tekenen deswege ontslagen kan worden, bij nader inzicht twee veel algemenere vingerwijzingen voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een dringende reden in de zin van art. 7:678 lid 2 sub j BW.

Hetzelfde “uitstralingseffect” geldt voor het hiervoor besproken arrest van 1979, waarin de Hoge Raad de harde subregel formuleerde dat de weigering van een opdracht om in strijd met de arbeidstijdenwetgeving te werken, geen dringende reden oplevert. Ook aan die regel zal, zo zou ik menen, een bredere strekking kunnen worden toegekend. Niet valt immers in te zien dat over een opdracht in strijd met veiligheidsvoorschriften uit de arbo-wetgeving, die in feite grotendeels dezelfde strekking heeft als de arbeidstijdenwetgeving – bescherming van het welzijn en de gezondheid van de werknemer – anders gedacht zou moeten worden. Een werknemer die weigert om een opdracht in strijd met de arbo-wetgeving uit te voeren zal deswege ook niet op staande voet ontslagen behoren te (kunnen) worden.

Het is voorts van belang te constateren dat de Hoge Raad werkt met verschillende “gradaties” aan vuistregels. Sommige vuistregels zijn sterker dan andere, in die zin dat afwijking van de geformuleerde hoofdregel in bepaalde gevallen sneller zal mogen worden aangenomen dan in andere gevallen.⁶⁴ Daarin onderscheiden vuistregels zich van subregels die immers een “alles of niets-karakter” hebben. Subregels bevatten een volledig verbod van ontslag op staande voet wegens een bepaalde handelwijze, ongeacht de overige omstandigheden. Bij vuistregels heeft de Hoge Raad meer smaken tot zijn beschikking staan. Hij kan de kracht van de vuistregel laten fluctueren, al naar gelang de ruimte voor afwijkingen die hij wil openlaten. De minste ruimte om een ontslag op staande voet gewettigd te achten, laat de Hoge Raad de rechter met de vuistregel dat bepaald gedrag “behoudens bijzondere omstandigheden geen dringende reden oplevert”, in welk geval de rechter in feitelijke instanties wel met hele goede argumenten moet komen om een ontslag op staande voet gewettigd te achten.⁶⁵ Daarna volgt, iets minder krachtig maar nog steeds in het voordeel van de werknemer, de regel dat bepaald gedrag “in beginsel” geen dringende reden oplevert.⁶⁶ De rechter zal dan wat sneller mogen afwijken van het uitgangspunt dat in beginsel geen dringende reden gegeven is, maar ook daar zal een geldig ontslag op staande voet in de regel niet mogelijk zijn. Vervolgens komt – in het midden van het spectrum – de “neutrale” categorie gevallen waarin geen vuistregel bestaat, noch de ene, noch de andere kant op.⁶⁷ Daarna volgt de categorie waarin bepaald gedrag “in beginsel” wel als dringende reden kwalificeert.⁶⁸ Tot slot, aan de andere kant van het “vuistregel-spectrum”, bevindt zich het gedrag of de eigenschap die “behoudens bijzondere omstandigheden” als dringende reden kwalificeert.⁶⁹

64 Zie in die zin ook R.A.A. Duk, De Hoge Raad en het ontslag op staande voet, SMA 1982, p. 523, r.k.

65 Zie voor voorbeelden: HR 24 april 1964, NJ 1964, 266 en HR 8 oktober 1993, NJ 1994, 188, waarin werd overwogen: “Uitgangspunt voor het antwoord op de vraag of een beding als het onderhavige (dat de werknemer verplicht alle door hem ontvangen fooien aan zijn werkgever af te dragen en waarbij de werkgever deze geheel voor zichzelf behoudt) al dan niet in strijd is met art. 1637s lid 1, is beslissend of de fooien, indien zodanig beding niet is gemaakt, tot de ‘overige inkomsten’ – in de zin van voormelde bepaling – van de werknemer behoren. De rechtbank heeft laatstbedoelde vraag, kennelijk ervan uitgaande dat de fooien door de restaurantgasten niet waren bestemd voor anderen dan de werknemer zelf, terecht bevestigend beantwoord. Het niet nakomen door de werknemer van een met de wet strijdige en mitsdien nietige verplichting zal slechts onder bijzondere omstandigheden een dringende reden tot ontslag op staande voet opleveren.”

66 Zie voor een voorbeeld: HR 21 februari 1969, NJ 1969, 261: “In haar algemeenheid is onjuist de stelling, dat het uitlokken van het faillissement van de werkgever door de werknemer, ook al heeft deze een aanzienlijke vordering op de werkgever, een zodanige daad of gedraging van de werknemer is dat van de werkgever redelijkerwijs niet kan worden gevergd de arbeidsverhouding te laten voortduren. Dit geldt ook, indien de werkgever een naamloze vennootschap is, die ingevolge het bepaalde in art. 55K. wordt ontbonden door haar insolventie na faillietverklaring.”

67 HR 19 juni 1987, NJ 1988, 78; HR 17 december 2011, NJ 2011, 351.

68 Zie bijvoorbeeld: HR 20 juni 2003, NJ 2003, 523.

69 Zie HR 26 april 1996, NJ 1996, 489: “Mede gezien het bepaalde in art. 7A:1639p BW, levert hardnekkig weigeren te voldoen aan een opdracht die, ook al heeft de werknemer daartegen steekhoudende bezwaren, na afweging daarvan tegen het belang dat de werkgever bij die opdracht heeft, als ‘redelijk’ moet worden aangemerkt, in beginsel een dringende reden in de zin van art. 7A:1639o op. Onder bijzondere omstandigheden kan zulks anders zijn.” Voor een geval waarin vergeefs werd getracht om zo een regel ingang te doen vinden HR 17 december 2011, NJ 2011, 351. Zie voor een ander geval waarin zo een regel werd voorgehouden aan de Hoge Raad de zaak onder rolnr. C12/02915 (Wagenborg/De Boer), een cassatieberoep waarmee wordt opgekomen tegen Hof Leeuwarden 11 april 2012, Prg. 2012, 152, waarin op het moment van publicatie nog geen arrest was gewezen door de Hoge Raad.

Het verschil tussen sterke en zwakke vuistregels brengt ook een verschil mee in de motiveringsplicht die op de rechter zal rusten en – in het verlengde daarvan – van de toetsingsmogelijkheden in cassatie. Als, zoals de Hoge Raad in 1964 besliste, de schending van een puur administratieve opdracht die niets van doen heeft met de uitvoering van het werk als zodanig slechts bij hoge uitzondering, wanneer bijzondere omstandigheden bestaan, als dringende reden kwalificeert, zal de rechter die desondanks daarin een dringende reden wenst te zien, gedegen hebben te motiveren waarin die bijzondere omstandigheden dan gelegen zijn. Het vereiste van bijzondere omstandigheden vertaalt zich, zo bezien, ook naar een verzwaarde motiveringsplicht.⁷⁰ Zulks terwijl de rechter, wanneer “slechts” een normale weging van de omstandigheden vereist is, ook kan volstaan met een “reguliere” motivering.

Tot slot is het van belang om, in zijn algemeenheid, op te merken dat het bepaald niet zo is dat de Hoge Raad sedert 1961 in alle zaken waarin hem zulks gevraagd werd, richting heeft willen geven door het formuleren van sub- of vuistregels. Het kwam ook daarna nog met enige regelmaat voor dat de Hoge Raad, conform het voordien gebruikelijke sjabloon, cassatieklachten tegen de beslissing inzake de dringende reden verwierp met een verwijzing naar het feitelijke karakter van de afweging.⁷¹ Het is moeilijk een duidelijke lijn te ontwaren in het beleid van de Hoge Raad op dit punt. In ieder geval is het niet zo, dat het enkele feit dat aan de dringende reden in kwestie een in hoge mate “principiële” karakter zat, de Hoge Raad steeds wist te verleiden tot het geven van richting. Er zijn gevallen waarin de Hoge Raad, ondanks het hoogst principiële karakter van een vraag, toch niet tot het uitspreken van een vuistregel te porren was. Een voorbeeld bij uitstek daarvan is een hierna nog nader te bespreken arrest van 25 november 1977, waarin de vraag centraal stond of deelname aan een politieke staking een dringende reden opleverde. De Rechtbank had die vraag ontkennend beantwoord, waarna – nota bene: gelet op het principiële karakter van de zaak – cassatie in het belang der wet werd ingesteld. Het beroep trachtte een harde subregel ingang te doen vinden van de strekking dat deelname aan een staking die gericht is tegen een voorgenomen maatregel van de regering in zijn algemeenheid “voor de werkgever beschouwd kan worden als een dringende reden in de zin van het eerste lid van art. 1639o BW, althans in een geval als het onderhavige waarin een arbeider, die deelgenomen heeft aan een staking, gericht tegen een voorgenomen en/of aangekondigde maatregel van de Regering, geweigerd heeft gevolg te geven aan de opdracht van de werkgeefster de bedongen arbeid te verrichten.”

De Hoge Raad besliste dat het middel afketste op het feitelijke karakter van de weging van de dringende reden, waardoor het voor de Hoge Raad niet mogelijk was de juistheid van de beslissing van de Rechtbank te toetsen. De terughoudendheid van de Hoge Raad in een principiële zaak als deze heeft tot kritiek geleid.⁷² Het laat zich niet met zekerheid zeggen waarom de Hoge Raad zich in zo een belangwekkende

70 Zie in dat verband ook: E. Korthals Altes, Het motiveringsvereiste in burgerlijke zaken als toetsingsgrond in cassatie, in: P.A. Wackie Eysten e.a., *Gemotiveerd gehuldigd: Opstellen aangeboden aan Mr C.D. van Boeschoten*, Zwolle 1993, p. 89 e.v.

71 HR 8 juni 1962, NJ 1963, 526; HR 24 juni 1966, NJ 1966, 457; HR 18 december 1970, NJ 1971, 153; HR 24 november 1973, NJ 1973, 55; HR 25 november 1977, NJ 1978, 176.

72 M.G. Rood, *Stakingsoproep Mercurius*, AA 1979, p. 32.

zaak, nota bene uitgedaagd door zijn P.-G., zo terughoudend heeft betoond, terwijl hij in andere, veel minder principiële gevallen wel de richtingaanwijzer heeft aangezet. Een mogelijke verklaring daarvoor is dat hij zich niet in het op dat moment ook politiek hoogst gevoelige onderwerp van het stakingsrecht wenste te mengen; een andere verklaring kan ook geweest zijn dat men het – zoals dat zo mooi heet – “in de boezem van de Hoge Raad” niet eens was over de richting die uitgezet zou moeten worden en de beslissing om die reden maar “feitelijk” liet.

Overziet men het gehele spectrum aan sub- en vuistregels die de Hoge Raad de afgelopen decennia formuleerde, dan valt wel op dat hij op bepaalde terreinen actiever is geweest dan op andere. Hét voorbeeld bij uitstek uit de categorie van hoog activisme, vormt de (potentiële) werknemer die ziek is, althans met medische beperkingen kampt. Die werknemer is de Hoge Raad met verschillende sub- en vuistregels tegemoet gekomen. Zo formuleerde de Hoge Raad onder meer de regels (i) dat het verzwijgen bij indiensttreding van een ziekte of kwaal slechts dan een dringende reden oplevert als de werknemer had moeten begrijpen dat de kwaal hem arbeidsongeschikt maakte, (ii) dat wanneer fysieke beperkingen een werknemer verhinderen een opdracht uit te voeren, de weigering daarvan geen dringende reden kan zijn wanneer de werknemer die beperkingen tijdig heeft gecommuniceerd aan de werkgever, (iii) dat overtreding van controlevoorschriften wegens ziekte in zichzelf nimmer een dringende reden kan zijn en (iv) dat afwezigheid nadat de werknemer hersteld is verklaard alleen dan een dringende reden kan opleveren, wanneer ook daadwerkelijk komt vast te staan dat de werknemer hersteld was.⁷³ In een bijdrage uit 1983 – waarvan de *scope* overigens beperkt was tot de vraag of werkverzuim waarvoor ziekte als reden werd opgegeven, een dringende reden kon opleveren – concludeerde Rood dan ook dat de Hoge Raad de rol van de dringende reden op dit terrein had teruggedrongen door van ontslag om die reden een hachelijke zaak te maken.⁷⁴ De vraag dient zich aan waarom de Hoge Raad hier nu juist wel, en in andere gevallen veel minder actief was. Een begin van beantwoording valt te vinden bij Van Schellen, die in een lezing uit 1979 al heeft bepleit dat de Hoge Raad het niet zozeer zou opnemen voor arbeiders in het algemeen, maar dat deze wel “bijzonder gevoelig” zou zijn voor “diegenen die ook binnen de kring van de werknemers zwak staan: ik denk dus aan domme werknemers, zieke werknemers en jeugdige werknemers”. Hij besloot zijn beschouwing dan ook met de navolgende wervende woorden voor zijn cassatiepraktijk:

“Wanneer u mij een dossier stuurt met een jonge domme zieke werknemer, dan is er alle kans, dat ik er perspectief in zie!”⁷⁵

Rood heeft, met de nodige voorzichtigheid, een vergelijkbaar standpunt ingenomen. Ook hij bespeurt een zekere tendens van de cassatierechter om juist bij de dringende

73 Zie respectievelijk: ad (i) HR 20 maart 1981, NJ 1981, 507; ad (ii) HR 13 maart 1981, NJ 1981, 513; ad (iii) HR 8 oktober 2004, RAR 2005/1; ad (iv) o.a. HR 13 januari 1984, NJ 1984, 371 en HR 14 december 2001, NJ 2002, 58.

74 M.G. Rood, Ontslag op staande voet, ziekte en de Hoge Raad, NJB 1983, p. 1101 e.v.

75 J. van Schellen, Wat doet de Hoge Raad, Kanttekening bij de koers van de moderne cassatierecht-spraak, Deventer 1980, p. 17.

reden met name de economisch zwakkere partij bescherming te bieden.⁷⁶ Toch is die “meelij-factor”, hoewel niet onbelangrijk, vermoedelijk slechts een deel van het verhaal.⁷⁷ Een andere belangrijke reden voor de activiteit op dit gebied zal zijn gelegen in het wettelijk kader dat de wetgever rond de zieke werknemer heeft opgetrokken, met voorop de wettelijke ontslagbescherming bij ziekte, die haar intrede deed bij de wetswijziging van 1953. Kuip heeft er in zijn dissertatie – in navolging van Christe – op gewezen dat dat ontslagverbod tijdens de eerste twee jaar van ziekte, net als de overige ontslagverboden, een “opwaartse” druk uitoefent op de dringende reden.⁷⁸ Om het in zijn woorden te zeggen:

“De aan de arbeider gedurende een bepaalde tijdvak geboden bescherming tegen opzegging gaat verloren zodra de werkgever ontslag op staande voet om een dringende reden verleent. Die omstandigheid oefent mijns inziens een opwaartse druk uit op de eisen die aan de dringende reden moeten worden gesteld. Tevens komt het ontslag op staande voet om een dringende reden door de invoering van de ontslagverboden ‘gedurende’ weer meer onder spanning te staan. Indien immers een ontslagverbod ‘gedurende’ van toepassing is en het de werkgever dus verboden is de dienstbetrekking door opzegging of zonder opzegging te doen eindigen, kan het ontslag op staande voet om een dringende reden voor hem een aantrekkelijke ontsnappingsmogelijkheid bieden.”⁷⁹

Dergelijke argumenten zullen vermoedelijk eveneens voor een (belangrijk) deel kunnen verklaren waarom de Hoge Raad bij ontslagen op staande voet die verband houden met ziekte van de werknemer actief is geweest. Het ontslagverbod tijdens ziekte brengt tot uitdrukking dat de zieke werknemer in verregaande mate bescherming tegen ontslag verdient. Die bescherming zou worden uitgehold en met die gedachte verdraagt zich niet goed wanneer de werkgever wel, tamelijk eenvoudig, op staande voet zou kunnen ontslaan om een reden die weliswaar niet gelegen is in de ziekte zelf, maar daar wel dicht tegenaan zit, althans daaraan gelieerd is. Dat komt nog wel het meest duidelijk tot uitdrukking in een arrest van de Hoge Raad

76 M.G. Rood, Vage normen in het sociaal recht, in: Gratia Commerci, Zwolle 1981, p. 240/241.

77 Ik zal nooit de anekdote vergeten die mijn compagnon Mr H.J.A. Knijff mij eens vertelde over een zaak die hij, voor de fusie tussen de kantoren De Brauw en Blackstone, deed tegen zijn latere sectiegenoot Mr R.M. Schutte, destijds verbonden aan kantoor Blackstone. Knijff stond een onderneming bij die een werknemer op staande voet had ontslagen wegens een vermogensdelict, begaan in de uitoefening van de functie. Over het bewijs bestond geen verschil van inzicht; dat was aanwezig. Schutte spande desondanks een kort geding wedertewerkstelling aan. Dat verbaasde hem gelet op de feiten, maar wat nog meer verbaasde was dat Schutte, nadat een datum was bepaald, geen contact opnam om een mogelijke minnelijke regeling te bespreken. Kort voor de zittingsdatum nam Knijff zelf contact op met Schutte, maar die gaf aan dat er niets te schikken viel. Op de dag van de zitting stond Knijff met zijn zegsman in de gang van de Rechtbank te wachten, zich samen verbazend dat Schutte met zo een verloren zaak zo hard *va banque* durfde te spelen. Vlak voordat de zitting begon, viel alles op zijn plaats. Schutte kwam de hoek om. Vervolgens zijn cliënt. Daarna huppelde een kind van een jaar of zes diezelfde hoek om. Tot slot de echtgenote van de cliënt, met aan de ene hand een innemende kleuter en op de andere arm een net geboren baby. De wedertewerkstelling werd toegewezen.

78 Zie hierover ook D. Christe, De rechter in arbeidszaken. Bandenlapper of vormgever?, AA 30 (1981), 7, p. 335, die betoogde dat het ontslag op staande voet door de toegenomen wettelijke en buitenwettelijke ontslagbescherming een veel zwaarder wapen was geworden en dat om die reden verwacht mocht worden dat de rechtspraak het ontslag op staande voet naar de grenzen van het ontslagrecht zou hebben teruggedrongen, “tot alleruiterste middel” zou hebben gemaakt.

79 S.W. Kuip, a.w., p. 261.

van 22 januari 1982, waarin hij uitdrukkelijk verwees naar het ontslagverbod tijdens ziekte als redengevend voor de door hem geformuleerde subregel dat werkverzuim door ziekte veroorzaakt in zichzelf geen dringende reden kan zijn.⁸⁰

Concluderend kan worden vastgesteld dat de Hoge Raad sinds het begin van de jaren '60 van de vorige eeuw door het formuleren van een groot aantal sub- en vuistregels een belangrijke sturing heeft gegeven aan het denken over de dringende reden. Op veel gebieden heeft hij lijnen uitgezet, waaruit vaak ook lessen zijn te trekken voor aanpalende deelterreinen. Dat heeft een belangrijke bijdrage geleverd aan het denken over hetgeen wel en hetgeen niet als dringende reden kwalificeert. Overigens lijkt de sturing door middel van sub- en vuistregels inmiddels over zijn hoogtepunt heen. Zeker sinds de eeuwwisseling heeft de Hoge Raad vrijwel geen gebruik meer gemaakt van dat middel. Op die ontwikkeling wordt hierna onder 4.7.2 e.v. teruggekomen.

4.3.3.2 *De vuistregelrechtspraak gedistilleerd; grondbeginselen van de dringende reden*

Voor de totstandkoming van dit boek zijn alle gepubliceerde uitspraken van de Hoge Raad op het terrein van de dringende reden bestudeerd. Ik heb mij afgevraagd of het de gedachtevorming over (de voorspelbaarheid van) het ontslag op staande voet verder brengt om een overzicht te geven van alle sub- en vuistregels die de Hoge Raad de afgelopen 50 jaar geformuleerd heeft. Ik denk dat dat, gelet op het casuïstische karakter van zo een opsomming, niet zo is. Wie kennis wil nemen van al die sub- en vuistregels, kan te rade gaan bij handboeken als de “losbladige” arbeidsovereenkomst, waarin Luttmer-Kat de afgelopen jaren een hoogst nuttig overzicht heeft bijgehouden over de geformuleerde regels, per “voorbeeld” uit de catalogus van art. 7:678 lid 2 BW gerangschikt.⁸¹ Wat mij, in het kader van dit onderzoek, meer interesseerde is om in kaart te brengen of men wellicht een aantal grondbeginselen ter zake van de dringende reden kan afleiden uit het brede en geschakeerde palet aan door de Hoge Raad geformuleerde regels. Het bevestigende antwoord op die vraag is, met het voorgaande, in feite al gegeven. Uit de vuistregels die de Hoge Raad heeft geformuleerd is inderdaad een aantal algemene uitgangspunten, of – zo men wil – “grondbeginselen” ter zake van de dringende reden te distilleren. Ik kom tot het navolgende overzicht.

I Het overriding principle: geen dringende reden zonder daadwerkelijke substantie

Een eerste grondbeginsel dat uit de rechtspraak van de Hoge Raad valt af te leiden met betrekking tot de dringende reden is dat de Hoge Raad – overigens: net als de wetgever – voor ogen staat dat een dringende reden niet behoort te worden aangenomen en een werkgever niet op staande voet behoort te ontslaan zonder dat, in de concrete omstandigheden van het geval, sprake is van een daadwerkelijk

⁸⁰ HR 22 januari 1982, NJ 1982, 470.

⁸¹ A.M. Luttmer-Kat, Art. 7:678, aant. 14 e.v., in G.J.J. Heerma van Voss (red.) Arbeidsovereenkomst (Losbl.) Deventer.

zeer zwaarwegende grond.⁸² Men kan het wellicht ook zo zeggen: een dringende reden kan niet worden aangenomen als de werkgever niet in hoge mate “last heeft van” datgene wat hij als dringende reden aanmerkt. Deze grondgedachte, of wellicht beter: dit *overriding principle*, vindt men op allerlei verschillende manieren terug in de (vuistregel)rechtspraak van de Hoge Raad, soms expliciet, soms meer impliciet. Een aantal voorbeelden ter illustratie. In de eerste plaats kan worden gewezen op het hiervoor besproken arrest van 24 april 1964, waarin werd beslist dat de weigering van een opdracht met *slechts administratieve betekenis* voor de werkgever in beginsel geen dringende reden kan opleveren. Dezelfde gedachte spreekt uit de rechtspraak van de Hoge Raad dat het verzwijgen van een medische kwaal tijdens de sollicitatiefase, zonder dat daarover een vraag is gesteld, alleen dan een dringende reden kan opleveren indien de werknemer wist of had moeten begrijpen dat deze kwaal hem *ongeschikt maakt* voor de betrekking waarnaar hij solliciteerde.⁸³ Ook de leer van de Hoge Raad dat het enkele feit dat een werknemer die gelden en/of goederen van zijn werkgever onder zich heeft, geen verklaring kan geven voor een geconstateerd tekort, nog geen dringende reden tot ontslag oplevert, en dat bij het oordeel of een zodanige reden aanwezig is, in het bijzonder niet in het midden kan worden gelaten in hoeverre aan de werknemer ter zake van het tekort een verwijt te maken valt, ligt in die lijn.⁸⁴ Ook die rechtspraak bevestigt dat er sprake moet zijn van een zodanige situatie dat het voor de werkgever daadwerkelijk onhoudbaar is om het dienstverband te continueren. Kastekorten zijn vervelend, maar pas als de werknemer daarvan een verwijt valt te maken is de zaak voor de Hoge Raad serieus genoeg om daarin een dringende reden te zien. Enkele slordigheid is in beginsel geen dringende reden; het te kwader trouw verduisteren van goederen of gelden vanzelfsprekend wel. In diezelfde lijn ligt een arrest van 19 juni 1987 waarin de Hoge Raad de opvatting van de Rechtbank dat het enkele niet opgeven van een juist adres aan de werkgever bij arbeidsongeschiktheid een dringende reden is, kraakte. Volgens de Hoge Raad is dat pas onder bijzondere omstandigheden mogelijk het geval.⁸⁵ Ook hier geldt weer dat de Hoge Raad lijkt te willen zeggen dat vooral niet te snel tot een dringende reden moet worden geconcludeerd wanneer de ernst van de gedraging niet meteen tot de verbeelding spreekt.⁸⁶

82 Zie in die zin ook de literatuur: M.E. Smorenburg, De verwijtbaarheid van de Hoge Raad, *ArbeidsRecht*, 2001, 1, die stelt: “De ernstige gevolgen van het ontslag op staande voet kunnen en mogen alleen voor rekening van de werknemer komen indien onomwonden is komen vast te staan dat er sprake is van een dringende reden.”

83 HR 20 maart 1981, NJ 1981, 507. Zie daarover ook R.F. Kötter, De rechtspositie van de sollicitant en van de werknemer tijdens de proeftijd (diss. Leiden), Deventer 2010 p. 63. Zie ook HR 2 november 1984, RvdW 1984, 183 (verzwijging van handicap wel dringende reden als werknemer daardoor niet de bedongen arbeid kan verrichten). Zie ook HR 3 maart 1989, NJ 1989, 80: indien de werknemer een gebrek aan bekwaamheid bezit om de overeengekomen arbeid te verrichten waar de werkgever redelijkerwijs van mocht uitgaan en dat niet meldt aan de werkgever is de hoofdregel dat dit een dringende reden voor ontslag oplevert.

84 HR 13 april 1984, NJ 1985, 2.

85 HR 19 juni 1987, NJ 1988, 78.

86 Overigens zij opgemerkt dat het arrest is ingehaald door het op 8 oktober 2004 gewezen arrest in de zaak Vixia/Gerrits, waarin de Hoge Raad nog stelliger was en op grond van de wetsgeschiedenis van de WULBZ concludeerde dat een overtreding van controlevoorschriften tijdens ziekte naar zijn aard geen dringende reden kan opleveren. Zie HR 8 oktober 2004, NJ 2007, 480.

Tot slot valt in dit verband te wijzen op het arrest *Van der Wal/Junius* van 26 april 1996.⁸⁷ In die zaak werd een poging ondernomen om de Hoge Raad de regel te ontlokken dat de enkele omstandigheid dat het de eerste maal is dat de werknemer zich aan werkweigering schuldig maakt, al dan niet in verbinding met het feit dat de werknemer in het verleden steeds naar tevredenheid heeft gefunctioneerd, “steeds of in de regel heeft te gelden als zodanige bijzondere omstandigheid, die eraan in de weg staat die weigering als een dringende reden aan te merken.” Uit de beslissing van de Hoge Raad blijkt dat de cassatieadvocaat van de werknemer – Barendrecht – in zijn schriftelijke toelichting had getracht de Hoge Raad warm te maken voor deze regel door uiteen te zetten dat in de lagere rechtspraak te soepel werd omgegaan met de dringende reden. De Hoge Raad verwierp de voorgestelde regel omdat deze de redelijkerwijs aan de werkgever te laten beoordelingsvrijheid te veel zou inperken en tekende daarbij aan dat hij “niet ervan is overtuigd” dat in de lagere rechtspraak “het buitengewoon en voor de werknemer bezwarend karakter van het ontslag op staande voet onvoldoende in het oog wordt gehouden.” Daarmee was de zaak door Barendrecht weliswaar verloren, maar zijn *punt* had hij desalniettemin gemaakt. De Hoge Raad bevestigde met de zojuist geciteerde overweging immers impliciet dat de rechter bij de beoordeling van de geldigheid van een ontslag op staande voet het “buitengewoon” en “voor de werknemer bezwarend” karakter van een ontslag op staande voet *in het oog moet houden*. En dat bevestigt, te enen male, de juistheid van het hier besproken eerste grondbeginsel, dat overigens ook geheel en al in lijn is met de wetsgeschiedenis.

II Alleen *eigen* eigenschappen, handelen of nalaten van de werknemer kunnen een dringende reden opleveren

Een tweede grondbeginsel van de dringende reden is dat een werknemer niet ontslagen behoort te worden op staande voet wegens gedragingen of eigenschappen van anderen. Gedragingen van derden kunnen in het kader van de beoordeling van de dringende reden niet gelden als gedraging van de werknemer. Het gaat bij de dringende reden om handelingen of eigenschappen van de werknemer *zelf* die van dien aard zijn dat van de werkgever redelijkerwijze niet gevergd kan worden de dienstbetrekking te laten voortduren. De handelwijze van haar echtgenoot, die met “wapperende handjes” verhaal gaat halen bij haar werkgeefster, kan een werknemer niet worden toegerekend als dringende reden.⁸⁸ Hetzelfde geldt voor de handelwijze van een advocaat van de werknemer.⁸⁹ Dat kan pas anders zijn als de gedragingen van derden als gedragingen van de werknemer zelf moeten worden beschouwd omdat deze daarbij – bijvoorbeeld door die gedragingen uit te lokken of daaraan mee te werken – actieve betrokkenheid heeft.⁹⁰ Deze door de Hoge Raad

87 HR 26 april 1996, NJ 1996, 489.

88 HR 7 november 1986, NJ 1987, 379.

89 HR 12 september 1997, NJ 1997, 734.

90 Zie voor een voorbeeld in deze lijn: HR 23 maart 2007, JAR 2007/111 (gebruik tankpas lease auto werknemer door echtgenote met medeweten van werknemer). Zie eveneens: Gemeensch. Hof van Justitie v.d. Ned. Antillen en Aruba 20 januari 2009, *LJN*: BH3053: Werkneemster terecht op staande voet ontslagen nadat is komen vast te staan dat werkneemster haar vriend heeft aangezet tot mishandeling van haar manager. De mishandeling vond plaats nadat werkneemster twee dagen was geschorst wegens misdragingen op de werkvloer.

omarmde grondregel vindt steun in het redactionele verschil tussen art. 7:678 lid 2 sub e BW – waarin staat dat een dringende reden gegeven kan zijn wanneer de werknemer de werkgever, diens familieleden of huisgenoten mishandelt of grovelijk beledigt – waar in art. 7:679 lid 2 sub a BW staat dat, andersom, van een dringende reden voor de werknemer sprake kan zijn wanneer de werkgever datzelfde doet met de werknemer, *althans gedooft dat zijn huisgenoten of werknemers dat doen*.⁹¹ De wet voorziet er dus uitdrukkelijk in dat de werkgever ook door gedrag van anderen een dringende reden kan geven, terwijl bij de werknemer niet in die mogelijkheid is voorzien.

Is een uitzondering op dit tweede grondbeginsel denkbaar?

Wellicht kan, onder zeer extreme omstandigheden, een gedraging of eigenschap van een ander dan de werknemer – ik denk daarbij met name aan diens levenspartner/echtgenote – wellicht toch een dringende reden *voor de werknemer* opleveren en wel wanneer gezegd kan worden dat het enkele hebben van de relatie met die ander een zodanige eigenschap van de werknemer is, dat van de werkgever redelijkerwijze niet langer te vergen is het dienstverband voort te zetten. De rechtspraak van de Hoge Raad laat die variant open. Bij wijze van voorbeeld valt te denken aan het geval dat een personeelslid van een kinderopvangorganisatie in zijn eigen woning voor zijn werkgever op kinderen past, en de werkgever erachter komt dat de partner van die werknemer, die in datzelfde huis woont, is veroordeeld wegens seksueel misbruik van jonge kinderen. In zo een, extreem, geval kan men zich voorstellen dat het enkele feit dat de werknemer samenwoont met een persoon die is veroordeeld wegens misbruik van kinderen, mede gelet op de aard van de functie, een dringende reden oplevert (ook al valt de werknemer geen – aantoonbaar – verwijt te maken van de handelwijze van zijn levenspartner/huisgenoot).

III Een verdenking is geen dringende reden

Een volgend grondbeginsel bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, dat overigens ook nauw samenhangt met het eerste hiervoor onderscheiden beginsel, is dat een enkel *vermoeden* van het bestaan van een dringende reden niet voldoende is om ontslag op staande voet te wettigen.⁹² Ter onderbouwing van dit beginsel zij in het bijzonder gewezen op de hierboven onder 4.3.3.1 reeds genoemde vuistregels inzake de vraag of afwezigheid wegens veronderstelde arbeidsongeschiktheid een dringende reden kan opleveren als de werkgever ten tijde van het ontslag op goede gronden *meende* dat de werknemer arbeidsgeschikt was. De Hoge Raad beantwoordde die vraag ontkennend. Beslissend is of de werknemer echt arbeidsgeschikt was.⁹³ In dezelfde lijn passen de daar genoemde uitspraken van de Hoge Raad waarin werd aangenomen dat een ontslag op staande voet wegens fraude of verduistering slechts dan in stand kan blijven wanneer daadwerkelijk komt vast te staan dat een werknemer zich daaraan

91 Zie ook de noot van Stein onder NJ 1987, 379.

92 Zo leest ook het Gem. Hof van Justitie NA en Aruba 20 april 2010, RAR 2010/117 de rechtspraak van de Hoge Raad.

93 HR 6 juni 1975, NJ 1975, 484; HR 13 januari 1978, NJ 1978, 433; HR 21 mei 1982, NJ 1982, 605; HR 13 januari 1984, NJ 1984, 371, r.o. 3.1 slot. HR 13 januari 1984, NJ 1984, 371 en HR 14 december 2001, NJ 2002, 58.

daadwerkelijk schuldig heeft gemaakt. Het enkele feit dat de werknemer gelden niet heeft afgedragen, waardoor de verdenking van fraude is ontstaan, is daarvoor niet voldoende.

In dit verband vraagt nog wel (de betekenis van) een arrest van de Hoge Raad van 5 februari 1988 de aandacht.⁹⁴ Door sommigen wordt dat arrest namelijk zo begrepen dat ook een “putatieve dringende reden”, dat wil zeggen: een ten tijde van het ontslag veronderstelde dringende reden die uiteindelijk niet blijkt te bestaan, ten grondslag kan liggen aan een rechtsgeldig ontslag op staande voet.⁹⁵ Ik meen dat zulks uit dat arrest niet moet worden afgeleid.

Het ging in de desbetreffende zaak, in de kern genomen, om de vraag of een Amsterdamse bioscoop-exploitant op goede gronden was gekomen tot een ontslag van twee cassières, die tijdens een politieverhoor bekend hadden dat zij hadden gefraudeerd. Later kwamen zij op die verklaringen terug. De Rechtbank achtte het ontslag terecht gegeven. In cassatie werd gedebatteerd over de vraag of ook een redelijk vermoeden van een dringende reden ontslag op staande voet kon wettigen, of dat daarvoor alleen een daadwerkelijk achteraf bewezen bestaande dringende reden in aanmerking kwam. A.-G. Franx wijdde in zijn conclusie voor het arrest enige bespiegelingen aan dit vraagstuk. Hij merkte in dat verband op dat de tekst van de wet, dat wil zeggen het bepaalde in art. 7:678 lid 2 sub d BW, erop duidt dat van een dringende reden wegens fraude alleen sprake kan zijn wanneer de werknemer zich daaraan daadwerkelijk schuldig heeft gemaakt. Daar staat immers dat een dringende reden aanwezig geacht kan worden indien de werknemer zich “schuldig maakt” aan diefstal, verduistering, bedrog of andere misdrijven waardoor hij het vertrouwen des werkgevers onwaardig wordt. “Deze woorden” – zo A.-G. Franx – “wijzen erop dat van een dringende reden geen sprake is indien achteraf blijkt dat geen sprake is geweest van diefstal enz. De putatieve dringende reden is, in de letterlijke betekenis van die tekst, geen wettelijke dringende reden.” Vervolgens merkt de A.-G. op dat de wetsgeschiedenis op dit punt helaas “geen bijdrage tot opheldering” zou verschaffen. De kwestie is volgens hem “bij de totstandkoming van de bepaling niet onder ogen gezien, althans daarvan blijkt niet”. Dat lijkt niet helemaal juist. Sterker nog: de wetsgeschiedenis van art. 7:678 BW bevat, naast de tekst van de bepaling, veeleer een hele duidelijke tweede aanwijzing dat vermoedens en verdenkingen *niet* voldoende zijn om als dringende reden te kwalificeren. In de Memorie van Toelichting op het wetsvoorstel dat leidde tot de wet van 13 juli 1907 staat namelijk het volgende te lezen:

“Partijen kunnen vermoedens hebben tegenover elkaar, van oneerlijkheid, onzedelijkheid enz., daarvan kunnen aanwijzingen bestaan, geheel onvoldoende tot eenig bewijs in rechte; (...) In die gevallen moet de dienstbetrekking kunnen worden verbroken. Niets is evenwel billijker dan dat de partij die tot de beëindiging der dienstbetrekking besluit, aan de wederpartij eene schadeloosstelling geve. (...)”

⁹⁴ HR 5 februari 1988, NJ 1988, 892.

⁹⁵ Zie voor die lezing M.G. Rood, *Ontslag op staande voet, dringende reden hoewel die achteraf niet komt vast te staan*, TVVS 1988, p. 127. Die meent dat de beslissing van de Hoge Raad zo moet worden gelezen dat een dringende reden onder omstandigheden ook rechtsgeldig kan zijn als het bestaan ervan niet komt vast te staan.

Zijn werkelijk goede redenen tot verbreking der dienstbetrekking bewijsbaar, dan behoort evenwel de gelegenheid te bestaan de dienstbetrekking te doen eindigen, zonder dat men verplicht zij schadeloosstelling te betalen.”⁹⁶

Veel duidelijker kan de wetgever zich niet uitdrukken. Wat hier staat, is niets meer of anders dan dat (onbewijsbare) vermoedens en aanwijzingen van oneerlijkheid weliswaar een reden voor beëindiging kunnen opleveren, maar geen *dringende* reden daartoe. Voor het bestaan van een dringende reden is vereist dat de feiten en omstandigheden waarvan de werkgever de werknemer verdenkt ook daadwerkelijk bewijsbaar zijn. Oftewel: een verdenking levert geen dringende reden op.

De A.-G. concludeerde in de door de bioscoopcassières aangespannen cassatie-procedure uiteindelijk tot verwerping van het cassatieberoep en wel omdat, zijns inziens, in dit geval de putatieve dringende reden “gelijk stond aan” een *werkelijke* dringende reden. Hij gaf daartoe in die zin een “draai” aan de zaak dat hij de ontslaggrond zo uitlegde dat was ontslagen wegens een verlies aan vertrouwen wegens de erkenning van fraude bij de politie. *Die* ontslaggrond was feitelijk vast komen te staan – en zo gezien was er van een putatieve ontslaggrond geen sprake. De Hoge Raad volgde, als ik het goed zie, dezelfde koers. Hij besliste:

“Met name wanneer de werknemer door uitlatingen zijnerzijds zelf aan de werkgever goede grond heeft gegeven tot de overtuiging dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan frauduleuze handelingen, en daarom het mede gelet op zijn functie noodzakelijke vertrouwen in hem is komen te ontbreken, behoeft de omstandigheid dat het verweten gedrag achteraf niet met zekerheid komt vast te staan, niet in de weg te staan aan het aanwezig achten van een dringende reden tot ontslag op staande voet.”

Ik lees deze beslissing zo dat wanneer de werknemer ten overstaan van de politie verklaart dat hij fraudeert en de werkgever daardoor begrijpelijkerwijs het vertrouwen verliest in de werknemer, dat verlies aan vertrouwen door de bekende verklaring een dringende reden vormt (die ook feitelijk kan komen vast te staan, wanneer de fraude zelf niet met zekerheid komt vast te staan).⁹⁷ Alleen zo gelezen, past de uitspraak naar mijn mening (met enige goede wil) in de lijn van de wetsgeschiedenis, alsmede in de lijn van de eerdere rechtspraak van de Hoge Raad dat voor het aannemen van een dringende reden een verdenking niet voldoende is. Wordt echt alleen ontslagen wegens fraude, dan zal die fraude ook bewezen moeten worden.⁹⁸

⁹⁶ Bles, IV, p. 100.

⁹⁷ Dammingh en Schoenmaker-Tijsseling nemen een mij niet geheel duidelijk standpunt in over de vraag of de Hoge Raad de mogelijkheid van een terecht ontslag op staande voet wegens een vermeende dringende reden omarmt. Zij schrijven: “Uit het arrest van de bioscoopcassière kan worden afgeleid dat een putatieve of vermeende dringende reden voldoende kan zijn voor een ontslag op staande voet. Deze situatie zal zich met name voordoen als de werknemer de feiten in eerste instantie heeft bekend, zonder dat hij daarbij onder druk is gezet. Zou daadwerkelijk zijn komen vast te staan dat de dringende reden zich niet heeft voorgedaan, dan zou het ontslag uiteraard geen stand hebben gehouden.” H. Dammingh en E. Schoenmaker-Tijsseling, Formuleringsontslag op staande voet: nog steeds hogere wiskunde?, *ArbeidsRecht* 2007, 2.

⁹⁸ Zie ook conclusie A.-G. Asser voor HR 10 augustus 1992, JAR 1992/75 onder 2.18 die opmerkt: “Ik zou eerlijk gezegd ook niet te snel een putatieve grond voor ontslag op staande voet willen aannemen.” Asser lijkt de mogelijkheid als zodanig wel te aanvaarden, maar wel op te roepen tot terughoudendheid.

Daarbij zij wel aangetekend dat een rechter dat bewijs ook geleverd kan achten wanneer een werknemer eerst bekent en later zijn bekenkende verklaring weer intrekt. De rechter is immers vrij in de waardering van de overgelegde bewijsmiddelen en hoeft op basis van de betwisting van een bij de politie afgelegde verklaring die verklaring niet in een civiele procedure van het bewijs uit te sluiten.⁹⁹

IV Een ontslaggrond *contra legem* levert in beginsel geen dringende reden op

Een laatste algemeen grondbeginsel dat uit de vuistregels van de Hoge Raad te distilleren valt, is dat de Hoge Raad terughoudend is bij het aanvaarden van de aanwezigheid van een dringende reden wanneer die dringende reden *contra legem* is. Staat het aannemen van een dringende reden op gespannen voet met het wettelijk kader dat de relatie tussen werkgever en werknemer beheerst omdat (i) de dringende reden is gelegen in (of nauw gelieerd is aan) gedrag dat de werknemer gelet op de wet juist *mag* vertonen of *mag weigeren* te vertonen, of (ii) omdat de dringende reden is gelegen in, of is gelieerd aan, een eigenschap of hoedanigheid van de werknemer waarin de wetgever nu juist aanleiding ziet tot ontslagbescherming, dan zal zo een reden, zo überhaupt, slechts onder zeer bijzondere omstandigheden aangenomen kunnen worden. De rechtspraak van de Hoge Raad biedt daarvan verschillende voorbeelden. Zo werd in een arrest van 22 januari 1982 beslist dat het wettelijk verbod om een arbeidsovereenkomst te beëindigen gedurende de tijd dat de werknemer door ziekte arbeidsongeschikt is, weliswaar de mogelijkheid van ontslag op staande voet open laat, maar dat dit verbod zich er wel tegen verzet werkverzuim dat enkel aan arbeidsongeschiktheid valt te verwijten, op zichzelf aan te merken als een voldoende reden voor zulk ontslag.¹⁰⁰ Bij andere ontslagverboden die ontslag tijdens een bepaald tijdvak verbieden – zoals zwangerschap – zal hetzelfde hebben te gelden. Voor ontslagverboden wegens een bepaalde hoedanigheid – zoals vakbondslidmaatschap – zal vanzelfsprekend reeds op grond van de wet gelden dat niet wegens die hoedanigheid ontslagen kan worden. Maar daar zal dan eveneens gelden dat wanneer een werknemer wordt ontslagen wegens handelingen die *een uitoefening van de hoedanigheid* vormen, of daaraan gelieerd zijn, eveneens de grootst mogelijke mate van terughoudendheid betracht moet worden.

Te wijzen valt voorts op het hiervoor reeds aangehaalde arrest van 6 april 1979, waarin de Hoge Raad besliste dat niet als dringende reden kan worden aangemerkt het niet gevolg geven aan het verlangen van de werkgever om langer arbeid te verrichten dan ingevolge de Arbeidswet 1919 geoorloofd is, een leer die nadien nog verschillende keren werd bevestigd. Ook daaraan ligt de gedachte ten grondslag dat de werknemer niet ontslagen behoort te worden vanwege gedrag dat hij, gelet op de bescherming die de wet hem beoogt te bieden, moet kunnen vertonen.¹⁰¹ In diezelfde lijn kan een uitspraak van de Hoge Raad van 1969 geplaatst worden, waarin de Hoge Raad het oordeel van de rechtbank kraakte dat het uitlokken van het

99 Zie in dit verband: HR 5 februari 1988, NJ 1988, 892.

100 HR 22 januari 1982, RvdW 1982, 40.

101 Zie HR 12 januari 1990, NJ 1990, 475: onder verwijzing naar de subregel van HR 6 april 1979, NJ 1979, 492; zie ook HR 27 januari 1995, RvdW 1995, 41.

faillissement van de werkgever door de werknemer, ook al heeft deze een aanzienlijke vordering op de werkgever, in de regel een zodanige daad of gedraging van de werknemer is dat van de werkgever redelijkerwijs niet kan worden gevergd de arbeidsverhouding te laten voortduren, in haar algemeenheid niet juist is.¹⁰² Ook die beslissing laat zich begrijpen tegen de achtergrond van de wettelijke rechten die een werknemer nu eenmaal als crediteur van zijn werkgever heeft. Uitoefening daarvan behoort dan in beginsel geen dringende reden te zijn. In deze lijn valt ook een arrest van de Hoge Raad van 8 oktober 1993 te plaatsen, waarin de Hoge Raad besliste dat het niet nakomen door de werknemer van een met de wet strijdige en mitsdien nietige verplichting – in casu een beding tot afdracht van fooien – slechts onder bijzondere omstandigheden een dringende reden tot ontslag op staande voet kan opleveren. Ook hier geldt weer, dat – om het in de woorden van A.-G. Koopmans in zijn conclusie voor dat arrest te zeggen – “als de werkgever iets van de werknemer verlangt waarop hij rechtens geen aanspraak kan maken, (...) de weigering van de werknemer geen dringende reden voor ontslag” oplevert.¹⁰³ In diezelfde lijn staat ook het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Vixia/Gerrits*, waarin de Hoge Raad besliste dat een overtreding van controlevoorschriften tijdens ziekte door de werkgever niet als dringende reden mag worden aangemerkt. Zulks omdat nu juist uit de wetsgeschiedenis van art. 7:629 BW volgt dat de wetgever voor ogen staat dat de werknemer, gelet op zijn grondrecht op bescherming van zijn lichamelijke integriteit, “te allen tijde” de vrijheid moet hebben om te weigeren zich te laten controleren. Ook hier was dus het wettelijk kader, dat de werknemer beoogde de vrijheid te bieden om bepaald door de werkgever gewenst gedrag *niet* te vertonen, doorslaggevend voor het oordeel dat zulk een “niet vertonen” geen dringende reden opleverde.¹⁰⁴

4.3.3.3 Een algemene norm met gezichtspunten

De – zeker sinds het einde van de 20^e eeuw – belangrijkste wijze waarop de Hoge Raad sturing heeft gegeven aan de dringende reden is door het formuleren van, wat wel is genoemd, de “gezichtspuntenrechtspraak”. De Hoge Raad heeft op velerlei terrein van het civiele recht waar algemeen geformuleerde, open normen bestonden,

¹⁰² HR 21 februari 1969, NJ 1969, 261.

¹⁰³ HR 8 oktober 1993, JAR 1993, 245.

¹⁰⁴ Vgl. ook HR 22 april 1988, NJ 1989, 952, waaruit valt af te leiden dat ook een ontslag op staande voet wegens deelname (binnen de grenzen van het actieparool) aan een door een erkende vakbond uitgeroepen staking, geen dringende reden zal zijn, totdat in rechte – in kort geding – is uitgemaakt dat die staking onrechtmatig is. De Hoge Raad overwoog: “vooropgesteld moet worden dat, wanneer een collectieve actie als de onderhavige met een doel als hier aan de orde is, op gezag van een erkende vakbond wordt ondernomen, de werknemers die aan deze actie deelnemen er in beginsel van mogen uitgaan dat het gaat om een geoorloofde uitoefening van het recht op collectief optreden, zoals dit in Nederland ingevolge art. 6 aanhef en onder 4 ESH wordt erkend, zulks tot op het tijdstip dat bekend wordt dat de rechter deze actie onrechtmatig heeft geoordeeld. Dit met het collectieve karakter samenhangende uitgangspunt brengt mee dat in beginsel geen plaats is voor het opleggen van disciplinaire maatregelen door individuele werkgevers aan individuele werknemers ter zake van binnen het actieparool gebleven gedragingen van die werknemer, welke hebben plaatsgevonden voordat de rechter een oordeel als voormeld heeft uitgesproken”.

richting gegeven door in zijn rechtspraak omstandigheden te noemen waarmee, bij de toepassing van die norm in het individuele geval, rekening kon of moest worden gehouden. Een bekend en vroeg voorbeeld daarvan is het *Kelderluik-arrest*, waarin de Hoge Raad “gezichtspunten” aandroeg voor de beoordeling of sprake is van aansprakelijkheid wegens gevaarzetting.¹⁰⁵ In dat verband moet onder meer worden gelet op de mate van waarschijnlijkheid dat niet de vereiste oplettendheid in acht wordt genomen, de kans op het ontstaan van een ongeval, de ernst van de daaruit volgende schade en de bezwaarlijkheid van daartegen te nemen preventieve maatregelen. Deze gezichtspunten heeft de Hoge Raad in latere rechtspraak ook weer laten meewegen bij de beoordeling of sprake is van een schending van de zorgplicht van art. 7:658 BW, eveneens een in hoge mate “vage” norm die aan de hand van de omstandigheden van het geval moet worden ingevuld.¹⁰⁶ Ook voor velerlei andere, min of meer “vage” of “algemene” normen zijn door de Hoge Raad lijsten met aanknopingspunten geformuleerd die in de beoordeling betrokken kunnen worden en moeten helpen om partijen en de feitenrechter richting te geven bij de beoordeling of zo een vage of algemene norm in het concrete geval vervuld is. Het gaat daarbij om thema's die uiteenlopen van de uitleg van overeenkomsten, de vraag of alimentatie gestaakt moet worden, of reclame misleidend is, tot de zorgplicht van de bank.¹⁰⁷ Meestal zijn de gezichtspunten die de Hoge Raad formuleert limitatief noch imperatief. De rechter behoeft niet in elk individueel geval met alle door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten rekening te houden en mag daarnaast ook andere omstandigheden in de beschouwing trekken. Het partijdebat bepaalt dan uiteindelijk welke omstandigheden wel en niet worden meegewogen. In een enkel geval draagt de gezichtspuntenrechtspraak wel een dwingend karakter, zoals bijvoorbeeld bij de beantwoording van de vraag of de absolute verjaringstermijn van art. 3:310 BW doorbreking verdient. In het arrest *Van Hese/De Schelde* van 28 april 2000 heeft de Hoge Raad aanvaard dat een dergelijke doorbreking op de voet van het bepaalde in art. 6:2 BW in uitzonderlijke gevallen mogelijk is. Of zich zo een uitzonderlijk geval voordoet, zal aan de hand van alle omstandigheden van het geval moeten worden bepaald, waarbij de Hoge Raad echter vervolgens voorschrijft dat de rechter “in ieder geval” een zevental door hem met zoveel woorden genoemde omstandigheden zal hebben te betrekken. Hier zijn de gezichtspunten dus wel imperatief, maar niet limitatief.¹⁰⁸

105 HR 5 november 1965, NJ 1966, 136.

106 HR 9 juli 2004, NJ 2005, 260 (omstandigheden van het geval bepalend bij de beoordeling of zorgplicht van art. 7:658 BW geschonden is). HR 11 november 2005, JAR 2005/287; NJ 2008, 460: 3.3.2 (...) Van de werkgever moet dan ook worden verwacht dat hij onderzoekt of afdoende preventieve maatregelen mogelijk zijn dan wel of een veiliger werking van de machine mogelijk is, en, zo dat niet het geval is, of op een voldoende effectieve wijze voor het gevaar kan worden gewaarschuwd. In dat kader is van belang met welke mate van waarschijnlijkheid de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht, de hogegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben en de mate van bezwaarlijkheid van de te nemen veiligheidsmaatregelen.” Zie daarover ook C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, De zorgplicht van de werkgever op grond van artikel 7:658 BW, ArA 2006/3, p. 101 e.v.

107 Zie respectievelijk HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635; HR 11 juni 1982, NJ 1983, 595; HR 29 maart 1985, NJ 1985, 591 en HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103.

108 HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 en HR 26 november 2004, NJ 2006, 228.

Reeds in een bijdrage uit 1977 heeft Wiarda, onder verwijzing naar het arrest *Saladin/HBU* uit 1965, waarin de Hoge Raad gezichtspunten had geformuleerd die bepalend (kunnen) zijn bij de beoordeling of een beroep op een exonerationclausule kan worden gedaan, geopperd dat de Hoge Raad dat op het gebied van de dringende reden ook zou kunnen gaan doen. Hem waren op dat moment daarvan nog geen voorbeelden bekend, maar hij achtte “een ontwikkeling in die richting denkbaar.”¹⁰⁹ Dat bleek een juiste inschatting.

In een bijdrage uit 2007 over de “Gezichtspuntencatalogus bij ontslag op staande voet” noemt Quist het arrest in de zaak *Schrijver/Van Essen* van 12 februari 1999 als eerste voorbeeld van een zaak waarin de Hoge Raad een lijst met feiten en omstandigheden formuleerde die bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, in de beschouwing behoren te worden betrokken. De gedachte dat in die zaak voor het eerst een algemene gezichtspuntencatalogus zou zijn geformuleerd, leeft breder, maar is onjuist. Wiarda werd namelijk door de Hoge Raad al in november 1977 en dus “op zijn wenken” bediend. In het hiervoor reeds aangehaalde arrest van 25 november van dat jaar, waarin de Hoge Raad zich te buigen had over een cassatie in het belang der wet met betrekking tot de vraag of deelname aan een korte proteststaking tegen overheidsbeleid (op het gebied van de arbeidsvoorwaardenvorming) een dringende reden opleverde, pikte de Hoge Raad Wiarda's suggestie op.¹¹⁰ Hij besliste in die zaak als volgt:

“Of een werkgever een gedraging van een werknemer mag beschouwen als een dringende reden voor ontslag op staande voet, hangt af van de omstandigheden van het geval, die dienen te worden vastgesteld en tegen elkaar dienen te worden afgewogen door de rechter die over de feiten oordeelt. Over onjuistheid van diens vaststelling of afweging kan in cassatie niet worden geklaagd.

Het eerste middel verwijt de Rb. dat zij bij haar oordeel dat er in dit geval geen dringende reden tot ontslag was, een onjuiste maatstaf heeft aangelegd. Dit verwijt treft geen doel. De Rb. heeft – gelijk zij behoorde te doen – rekening gehouden met de omstandigheden van het geval waaronder die welke in het middel zijn vermeld.

Het tweede middel bestrijdt dat de beslissing van de Rb. juist is in het licht van het feit dat het hier gaat om deelneming aan een staking die tegen een maatregel van de regering was gericht. Zoals uit het boven overwogene volgt, kan dit door de HR niet worden onderzocht. Het antwoord op de vraag of het voor de werkgever een dringende reden oplevert, dat de werknemer deelneemt aan een staking die tegen de regering is gericht, hangt immers af van de – aan de HR onttrokken – vaststelling en afweging van omstandigheden van feitelijke aard als bijvoorbeeld of het werk is neergelegd voor bepaalde tijd (en zo ja, voor hoe lang) of voor onbepaalde tijd, de aard van het bedrijf van de werkgever, de aard van de bedongen arbeid, de bereidheid van de werknemer om de verloren tijd in te halen, de tijd gedurende welke de werknemer reeds in dienst van de werkgever is, en zo meer.”

Het arrest is om een aantal redenen van belang. In de eerste plaats omdat de Hoge Raad daarin, in zijn algemeenheid, de regel formuleert dat de rechter die over de feiten oordeelt, ter beoordeling of zich een dringende reden voordoet, alle omstandigheden

¹⁰⁹ G.J. Wiarda, a.w., p. 74, r.k.

¹¹⁰ HR 25 november 1977, NJ 1978, 176.

van het geval *dient* af te wegen. De Hoge Raad formuleert daarmee een rechtsregel. Waar de Hoge Raad in vroegere rechtspraak – verwezen zij bijvoorbeeld naar het hiervoor onder 4.3.2 aangehaalde arrest van 4 maart 1927 – dus nog sprak van een *vrijheid* van de rechter om de omstandigheden af te wegen, is dat blijkens het arrest van 1978 een vrijheid in gebondenheid. De rechter *moet* alle aangevoerde en vastgestelde omstandigheden afwegen, en is vervolgens slechts in hoge mate *vrij* waar het de uitkomst betreft waartoe hij op grond van die weging komt. Men kan het ook zo zeggen: er is geen vrijheid ter zake van de vraag *of* alle aangevoerde omstandigheden moeten worden afgewogen – op dat punt bestaat een verplichting – de vrijheid bestaat slechts ter zake van de vraag *hoe* er wordt gewogen.

Uit het arrest blijkt voorts dat het stellen van die regel gevolgen heeft voor de toetsingsmogelijkheden in cassatie. Als de rechter die over de feiten gaat de regel dat hij alle omstandigheden moet toetsen uit het oog verliest, kan daarover met een rechtsklacht worden geklaagd.¹¹¹ In dit geval ging die klacht niet op, omdat de Rechtbank de omstandigheden van het geval *had* afgewogen; voor het overige werd de weging zelf door de Hoge Raad als feitelijke en in cassatie onaantastbare beslissing aangemerkt. Het arrest is daarnaast van gewicht omdat de Hoge Raad daarin een groot aantal aanknopingspunten formuleerde voor omstandigheden die bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet van belang zijn en waarmee partijen en de feitenrechter dus bij hun oordeelsvorming over de vraag of zich een dringende reden voordoet, hun voordeel kunnen doen. De Hoge Raad noemde in dat verband omstandigheden die in vrij hoge mate waren toegespitst op de casuspositie die voorlag, maar daarin zijn al duidelijk de algemene(re) gezichtspunten te herkennen die de Hoge Raad in de sedert 1999 ontwikkelde rechtspraak benoemde. Zo achtte de Hoge Raad al in 1977 klaarblijkelijk de aard en de ernst van de misstap van de werknemer van groot gewicht (tot uitdrukking komend in het eerste en vierde gezichtspunt). Ook de aard van de onderneming, de aard van het werk en de lengte van het dienstverband werden van belang geacht. In het arrest *Schrijver/Van Essen* uit 1999 werd de lijn uit het arrest van 1977 doorgezet en formuleerde de Hoge Raad een *algemene* gezichtspuntenmaatstaf.¹¹²

“Bij de beoordeling van de vraag óf 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.”

¹¹¹ Zie voor een voorbeeld: HR 21 januari 2000, NJ 2000, 190.

¹¹² HR 12 februari 1999, NJ 1999, 643. Zie over het arrest onder meer J.A.J. Peeters, De man met de hamer, SMA 1999, p. 136; J. Pel, Geldig ontslag niet kennelijk onredelijk, Advocatenblad 1999/9, p. 9; T. Veling, Een terecht ontslag op staande voet kan niet kennelijk onredelijk zijn, SR 1999, p. 276.

De Hoge Raad breidde de lijst met aandachts- of gezichtspunten dus in 1999 uit met met name in het domein van de werknemer gelegen omstandigheden, zoals de wijze waarop deze de dienstbetrekking heeft vervuld en zijn persoonlijke omstandigheden, zoals zijn leeftijd en de gevolgen van het ontslag. De Hoge Raad gaf daarmee uitdrukkelijk aan bij de beoordeling van de dringende reden *in zijn algemeenheid*, dat wil zeggen: ongeacht de ontslaggrond, *steeds* een genuanceerde benadering voor te staan.¹¹³ Zoals Van der Heijden het uitdrukte: voor *hard and fast rules* is op dat terrein volgens de Hoge Raad geen plaats.¹¹⁴ Ook in op het eerste – en zelfs op het tweede – gezicht ernstige gevallen moet de rechter verder kijken dan alleen naar de misdraging zelf; die mag van de Hoge Raad nooit in zichzelf redengevend zijn voor het oordeel dat zich een dringende reden voordeed. Dat was een belangrijke vingerwijzing voor de lagere rechtspraak, waarin zich de jaren ervoor een lijn had afgetekend waarin bij bepaalde misdragingen bij wijze van automatisme een dringende reden werd aangenomen.¹¹⁵

Het is van belang te onderkennen dat de Hoge Raad door gezichtspunten te formuleren in het kader van de algemene regel hoe de dringende reden beoordeeld wordt, ook weer de mogelijkheden voor zichzelf om richting te geven, ingrijpend heeft vergroot. De vraag of bij de beoordeling van de dringende reden een juiste maatstaf is gehanteerd – de “alle omstandigheden tellen mee-maatstaf” – is, als gezegd, een rechtsnorm die in cassatie dus vol op juistheid getoetst kan worden. Dat betekent naar mijn mening dat in cassatie ook de reikwijdte en de betekenis van de individuele gezichtspunten, die immers onderdeel uitmaken van de algemene norm, op juistheid kunnen worden onderzocht. De vraag naar de reikwijdte en invulling van die begrippen/gezichtspunten, zoals “de aard van de dienstbetrekking” of “de persoonlijke omstandigheden van de werknemer” zijn immers *deelvragen* van de rechtsvraag hoe het bestaan van een dringende reden moet worden beoordeeld. Een deelvraag van een rechtsvraag is zelf ook een rechtsvraag.¹¹⁶

Een mooi arbeidsrechtelijk voorbeeld van de “volheid” waarmee de Hoge Raad kan beoordelen of de feitenrechter een juiste toepassing heeft gegeven aan een eerder door hem ontwikkeld gezichtspunt, wordt gevormd door de wijze waarop de afgelopen jaren door de Hoge Raad nader richting is gegeven aan de betekenis van een aantal gezichtspunten die bij de beoordeling of doorbreking van de absolute verjaringstermijn op de voet van art. 6:2 BW geïndiceerd is, in de beschouwing moeten worden betrokken.¹¹⁷ Ook op het terrein van de dringende reden heeft de Hoge Raad van deze mogelijkheid gebruik gemaakt, bijvoorbeeld door een ruime uitleg te geven aan het gezichtspunt van de “persoonlijke omstandigheden” die in dat kader, blijkens het hiervoor besproken arrest van 1999, meewegen.¹¹⁸ Op die rechtspraak wordt hierna onder 4.5.5, waar de betekenis van de gezichtspunten nader wordt onderzocht,

113 Zie in die zin: S.F. Sagel, *Ontslag op staande voet, kennelijke onredelijkheid en de omstandigheden van het geval*, *ArbeidsRecht* 1999, 35.

114 P.F. van der Heijden, *JAR* verklaard, 29 juni 1999, p. 12.

115 Zie daarover S.F. Sagel en A.M. Ubink, *Over bommeldingen, knokpartijen en een paar gestolen sokken in het ontslagrecht*, *AA* 1997, p. 672-683, in het bijzonder p. 679-680.

116 Zie in die zin S.F. Sagel en E. Verhulp, *Onzekere tijden voor het ontslag op staande voet*, in: *Voor De Laat*, de Hoge Raad, Deventer 2005, p. 94-95.

117 HR 26 november 2004, NJ 2006, 228 en HR 25 november 2005, NJ 2009, 103.

118 Zie HR 8 oktober 2004, RAR 2005/1.

ingegaan. Meer in het algemeen kan worden opgemerkt, dat uit de na 1999 gewezen rechtspraak blijkt dat de Hoge Raad veel belang lijkt te hechten aan de door hem geformuleerde algemene norm; er is sindsdien vrijwel geen arrest op dit terrein gewezen – de op basis van art. 81 RO gewezen arresten vanzelfsprekend daargelaten – waarin de norm niet herhaald is. Verschillende uitspraken van lagere rechters werden “gekraakt”, omdat zij bleken de hier bedoelde norm uit het oog te hebben verloren door een volle weging van de omstandigheden achterwege te laten.¹¹⁹

4.3.3.4 Sturing door motiveringseisen en -toetsing

Daarmee zijn wij aangekomen bij de vierde en laatste methode waarop de Hoge Raad sturing heeft gegeven aan de dringende reden.¹²⁰ Dat is, zeker de afgelopen decennia, ook in toenemende mate via de band van motiveringsklachten gebeurd.

De motiveringsplicht van de rechter is verankerd in art. 30 Rv., dat echter niet méér bepaalt dan dat vonnissen, arresten en beschikkingen de gronden inhouden waarop zij berusten. Hoe ver de motiveringsplicht strekt, wordt in art. 30 Rv. niet beantwoord. Blijkens een arrest van de Hoge Raad van 4 juni 1993, dat betrekking had op een verbod op octrooi-inbreuk in kort geding, hangt de zwaarte van de motiveringsplicht af van de omstandigheden van het geval.¹²¹ In het arrest van 4 juni 1993 werd allereerst de aard van de bij de procedure betrokken rechten als relevante omstandigheid bij de bepaling van de zwaarte van de motiveringsplicht aangemerkt. Ten aanzien van de aard van het recht als relevante factor bij de beoordeling van de motiveringsplicht wordt wel bepleit dat beslissingen die rechten betreffen die raken aan primaire levensbehoeften van natuurlijke personen bij uitstek een gedegen motivering vereisen. Vranken heeft dat als volgt verwoord:

“Een eerste belangrijke factor is de aard van het recht. Het aantasten of afnemen van rechten die de primaire levensbehoeften van mensen betreffen, zoals persoonlijke relaties, wonen, werken en inkomen, luistert naar mijn mening in het algemeen scherper dan – om maar iets te noemen – de vraag of een zekerheidsrecht kan worden uitgewonnen door de bank of door de fiscus die bodembeslag heeft gelegd. Ik meen dat de huidige rechtspraak hiervan sterk doordrongen is.”¹²²

In het arrest van 4 juni 1993 wees de Hoge Raad voorts de bij de procedure betrokken belangen van partijen aan als relevante omstandigheden voor de zwaarte van de motiveringsplicht. In het verlengde daarvan heeft Korthals Altes betoogd dat voor beslissingen die raken aan *werknemersbelangen* in het algemeen verzwaarde motiveringseisen gelden.¹²³ Vranken heeft ook de aard van het rechtsgebied als medebepalend voor de motiveringslat aangemerkt. Zijns inziens kan verschil gemaakt

¹¹⁹ Zie HR 21 januari 2000, NJ 2000, 190 (rov. 3.9.1); HR 22 februari 2002, NJ 2003, 174.

¹²⁰ Paragraaf 4.3.2.4 vormt een vrije bewerking van de (door de auteur geschreven) paragraaf 6.7 van zijn met Verhulp gepubliceerde bijdrage: Onzekere tijden voor het ontslag op staande voet, a.w., p. 102/106.

¹²¹ HR 4 juni 1993, NJ 1993, 659.

¹²² Asser/Vranken, nr. 228.

¹²³ E. Korthals Altes, Het motiveringsvereiste in burgerlijke zaken als toetsingsgrond in cassatie, in: Gemotiveerd gehuldigd: Opstellen aangeboden aan Mr C.D. van Boeschoten, Zwolle 1993, p. 102.

worden tussen personen- en familierecht en “sociaal vermogensrecht” enerzijds en de rest van het vermogensrecht anderszijds, waarbij binnen het eerste deelgebied zwaardere eisen zouden gelden dan binnen het tweede.¹²⁴

Neemt men dit alles in aanmerking, dan mag het geen verbazing wekken dat de Hoge Raad de afgelopen jaren de teugels ter zake van de motivering van beslissingen rond het bestaan van een dringende reden strak heeft aangetrokken. Het betreft hier immers een beslissing waarin alle voornoemde wegingsfactoren die de zwaarte van de motiveringsplicht bepalen, wijzen in de richting van “verzwaren”. Beslissingen ten aanzien van het bestaan van de dringende reden zijn (i) gelegen op het gebied van het sociaal vermogensrecht, (ii) raken aan rechten die verband houden met de mogelijkheid om door middel van werk in inkomen te voorzien, en (iii) grijpen om die reden diep in de belangen van de werknemer in.

Een goed voorbeeld van een arrest waaruit blijkt hoe hoog de motiveringseisen ten aanzien van de dringende reden zijn, vormt het arrest *Prins/Hema* van 21 januari 2000 dat in hoofdstuk 2 reeds uitvoerig aan de orde kwam in verband met de daar besproken onverwijldheidseis. Prins was, na een dienstverband van 35 jaar op staande voet ontslagen wegens het zonder betaling meenemen van twee blikken motorolie. Het ontslag leidde ertoe dat de suppletieregeling die met hem overeen was gekomen, om de periode tot zijn pensioendatum te overbruggen, zou vervallen. Prins voerde in de procedure die volgde een aantal omstandigheden aan die zijns inziens aan het bestaan van een dringende reden in de weg stonden, te weten dat hij na het meenemen van de blikken niet meer zou werken, dat het ontslag disproportionele gevolgen zou hebben, nu hij daardoor financieel in zeer grote problemen zou komen, alsmede dat hij 35 jaar in dienst was geweest en een onberispelijke staat van dienst had. De Rechtbank besteedde aan geen van deze omstandigheden op kenbare wijze aandacht. De Hoge Raad casseerde. Door de door Prins aangevoerde omstandigheden niet bij haar beoordeling te betrekken, had de Rechtbank blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting – te weten wanneer zij die omstandigheden niet in haar beoordeling had betrokken omdat zij deze niet relevant achtte – ofwel haar beslissing dat sprake was van een dringende reden onvoldoende gemotiveerd.¹²⁵

De motiveringsplicht die de Hoge Raad de feitenrechter oplegt ter zake van de dringende reden gaat dus ver: hij zal in zijn overwegingen op kenbare wijze aandacht moeten besteden aan de door de werknemer aangevoerde (persoonlijke) omstandigheden. Vanzelfsprekend hangt die strenge toetsing ook samen met de hiervoor geformuleerde regel dat de rechter *verplicht is* bij de beoordeling van de dringende reden met *alle* omstandigheden van het geval rekening te houden. Een vrijheid van de feitenrechter om met bepaalde omstandigheden wel en met andere geen rekening te houden, bestaat niet meer. Dat legt, vanzelfsprekend, ook druk op de motiveringsplicht van de rechter. Die zal ook *kenbaar* met die omstandigheden rekening moeten houden. Naar mijn mening zal daarbij niet kunnen worden volstaan met sjabloonachtige overwegingen als dat “de gedraging van de werknemer zodanig ernstig is dat sprake is van een dringende reden en dat hetgeen overigens is aangevoerd daaraan

124 J.B.M. Vranken, Keuzevrijheid en verantwoordingsplicht, in: *Gemotiveerd gehuldigd: Opstellen aangeboden aan Mr C.D. van Boeschoten*, Zwolle 1993, p. 241 en Asser/Vranken, nr. 230.

125 HR 21 januari 2000, NJ 2000, 190.

niet afdoet.” De rechter zal *daadwerkelijk* inzicht moeten geven in de wijze waarop hij de argumenten heeft gewogen. Daaraan schort het in de lagere rechtspraak nog wel eens. De motiveringsplicht gaat echter weer niet zo ver dat de rechter ambtshalve zal moeten onderzoeken of omstandigheden als de leeftijd, de duur van het dienstverleden, etc. aan het aannemen van een dringende reden in de weg staan. In het *Wennekes Lederwaren-arrest* van 27 april 2001 verwierp de Hoge Raad een klacht van de strekking dat de Rechtbank ambtshalve had behoren te onderzoeken of zich aan de zijde van een werknemer die zich aan verduistering schuldig had gemaakt, verzachtende omstandigheden voordeden die in de weg stonden aan het aannemen van een dringende reden.¹²⁶ Interessant is, dat A.-G. Spier daar in zijn conclusie voor het arrest genuanceerder over dacht. Hij bepleitte dat de feitenrechter in ieder geval ambtshalve had behoren te onderzoeken en te motiveren of de lengte van het dienstverband – 19 jaar –, die uit het procesdossier viel af te leiden, aan het aannemen van een dringende reden in de weg stond. De Hoge Raad wilde daar in 2001 niet aan. Minder dan een jaar later, in een arrest van 22 februari 2002, werd die stap wel gezet.¹²⁷ Er was in die zaak sprake van een werknemer die, naar ten processe vast stond en ook door de rechtbank bij haar omschrijving van de feiten voorop was gesteld, ten tijde van het hem gegeven ontslag op staande voet 50 jaar oud was en die kon terugzien op een onberispelijk dienstverband van ruim 32 jaar. De werknemer had in de inleidende dagvaarding slechts gesteld dat het ontslag hem in ernstige financiële problemen had gebracht. De werknemer had echter niet uitdrukkelijk aangevoerd dat die omstandigheid, alsmede zijn goede functioneren gedurende een lang dienstverband, aan het aannemen van een dringende reden in de weg stonden. In cassatie werd erover geklaagd dat de Rechtbank, die het ontslag geldig had bevonden, bij haar beoordeling van de dringende reden geen rekening had gehouden met voornoemde feiten en omstandigheden. Dat middel slaagde. De Hoge Raad besliste dat de Rechtbank door deze omstandigheden niet in haar afweging te betrekken ofwel was uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, ofwel haar oordeel onvoldoende had gemotiveerd. Het feit dat de Rechtbank de lengte van het dienstverband en de leeftijd van de werknemer bij de beschrijving van de feiten voorop had gesteld, werd in deze zaak door de Hoge Raad klaarblijkelijk niet voldoende geacht om te oordelen dat de Rechtbank die omstandigheden klaarblijkelijk in haar beoordeling van de dringende reden had betrokken.

Daarmee is de Hoge Raad naar mijn mening niet teruggekomen van zijn beslissing dat de rechter niet ambtshalve behoeft te onderzoeken of zich, hoewel de werknemer deze niet heeft gesteld, toch feiten en omstandigheden voordoen die aan het aannemen van een dringende reden in de weg staan. In een eerdere bijdrage stelde ik mij, met Verhulp, op het standpunt dat uit het arrest wel valt af te leiden dat de feitenrechter bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, steeds ook verzachtende feiten en omstandigheden zal moeten meewegen die weliswaar door

¹²⁶ HR 27 april 2001, NJ 2001, 421.

¹²⁷ HR 22 februari 2002, NJ 2003, 174. Zie over dat arrest ook E. Verhulp, *De dringende reden en het ontslag op staande voet*, in: *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, Deventer 2003, p. 72-74.

de werknemer zijn gesteld, maar ten aanzien waarvan door hem niet uitdrukkelijk is aangevoerd dat zij aan het aannemen van een dringende reden in de weg staan.¹²⁸ De motiveringsplicht van de rechter, zo betoogden wij destijds, gaat daarmee erg ver. Hij moet zelfstandig onderzoeken of de ten processe vaststaande feiten verzachtende omstandigheden bevatten en er blijkt van geven dat hij die omstandigheden in zijn beoordeling van de dringende reden heeft betrokken. Heerma van Voss stelde zich in zijn NJ-noot onder het arrest op een vergelijkbaar standpunt. “Kennelijk” – zo schreef hij – “dient de rechter de relevante gegevens wel uit de stukken te destilleren indien zij daarin zijn terug te vinden, ook als dit niet is gebeurd met het expliciete verzoek deze te gebruiken voor de bedoelde afweging.”

Latere rechtspraak toont aan dat de Hoge Raad toch niet (steeds) helemaal zo streng wil zijn als wij toen dachten. In het *Hyatt-arrest* van 14 september 2007, dat draaide om de vraag of een serveerster in het Arubaanse Hyatt-casino op staande voet ontslagen mocht worden wegens overtreding van het daar geldende, strenge, drugs-beleid, in combinatie met de weigering om aan een afkickprogramma deel te nemen, was in cassatie ook de vraag aan de orde of het Hof zich, bij zijn bevestigende beantwoording van die vraag, wel (voldoende) had bekommerd om een aantal persoonlijke omstandigheden die de werkneemster ten processe had aangevoerd. Het cassatiemiddel wees daarbij in het bijzonder op onder meer de stelling van werkneemster dat (i) zij een dienstverband van twaalf jaar had en dat (ii) het ontslag voor haar als alleenstaande en werkende moeder van twee kinderen verstrekken gevolgen had, alsmede op (iii) een aantal bezwaren die de werkneemster tegen de opname in de kliniek had. Ten aanzien van die laatste bezwaren had het Hof overwogen dat zij niet aan het bestaan van een dringende reden afdeden, maar van de eerste twee omstandigheden had het Hof met geen woord gerept, anders dan dat de lengte van het dienstverband uit de beschrijving van de feiten viel af te leiden. Enige zorg aan de zijde van Hyatt over de slagingskansen van deze klacht was dan ook gewettigd in het licht van het zojuist genoemde arrest van 22 februari 2002. Die zorg bleek evenwel achteraf onnodig. Zowel de A.-G. als de Hoge Raad meende dat de motivering van het Hof volstond. De A.-G. wees er daarbij – in navolging van het ter zake door Hyatt in cassatie gevoerde verweer – op dat, met de vermelding van de duur van het dienstverband onder de beschrijving van de feiten, dat gezichtspunt “in de beslissing verdisconteerd” was en dat de gevolgen van het ontslag voor de werkneemster als alleenstaande moeder met twee kinderen “evident” waren en dat in het vonnis van het Gerecht in eerste aanleg hieromtrent was overwogen dat Hyatt al voldoende rekening had gehouden met de persoonlijke omstandigheden van de werkneemster door haar niet meteen te ontslaan, maar haar de mogelijkheid te bieden tot het volgen van het rehabilitatieprogramma. “Het hof heeft zich bij dit oordeel aangesloten. Daarmee is de motivering voldoende begrijpelijk”, aldus de A.-G. Dat was een bepaald ruimhartige lezing van het vonnis van het Hof, want daarin stond met zoveel woorden niet te lezen dat men de overwegingen van het Gerecht tot de zijne had gemaakt. Ook de Hoge Raad sauveerde het bestreden vonnis met de

128 S.F. Sagel en E. Verhulp, a.w., p. 105.

overweging dat het Hof “Bij zijn oordeel dat, mede in aanmerking genomen dat Hyatt D. de gelegenheid heeft geboden ontslag te voorkomen door deelname aan het rehabilitatieprogramma, aan het ontslag een dringende reden ten grondslag ligt, (...) de “overige” door D. genoemde omstandigheden *kennelijk* wel in aanmerking (heeft, toevoeging SFS) genomen maar onvoldoende geacht om tot een andere conclusie te leiden.”¹²⁹ De Hoge Raad vereiste in deze zaak dus, anders dan in het hiervoor besproken arrest van 2002, geen *uitdrukkelijke* weging van alle persoonlijke omstandigheden waarop de werknemster zich ten processe had beroepen. Het is de vraag waardoor dit verschil in benadering verklaard kan worden. Aan de ene kant waren de persoonlijke omstandigheden die in het arrest van 2002 speelden wat pregnanter – de duur van het dienstverband, die niet was meegewogen, was daar drie keer zo lang als in de Arubaanse kwestie – maar daar staat tegenover dat de persoonlijke gevolgen van een ontslag op staande voet voor een alleenstaande kostwinner met twee kleine kinderen toch ook in het oog springen. Toch zou ik niet menen dat een materiële koerswijziging is beoogd; de overweging van de Hoge Raad dat het Hof *kennelijk* met de genoemde omstandigheden rekening heeft gehouden, impliceert immers dat de Hoge Raad dat nog steeds nodig acht. Dat de Hoge Raad niet vernietigde hoewel die uitkomst (op dit punt) best pleitbaar was geweest, nu het Hof de betreffende omstandigheden niet, althans in ieder geval: niet allemaal, *expliciet* had meegewogen lijkt dan ook veeleer te zijn ingegeven door het feit dat de cassatierechter het materieel eens was met de uitkomst waartoe het Hof was gekomen. Zeker bij motiveringslachten zijn de marges om ze al dan niet gegrond te achten, redelijk ruim.

Al met al lijkt me dat de conclusie die uit het arrest van 14 september 2007, gelezen in samenhang met de hiervoor besproken arresten, kan worden getrokken, als volgt luidt. De motiveringslat ter zake van de dringende reden ligt in het algemeen hoog en dat kan zelfs meebrengen dat gewichtige omstandigheden die ten processe weliswaar naar voren zijn gekomen, maar waarop niet *expressis verbis* een beroep is gedaan ter onderbouwing van het betoog dat geen sprake is van een dringende reden, in de motivering moeten worden betrokken. Maar als de materiële uitkomst waartoe de appelrechter is gekomen de Hoge Raad aanspreekt, wordt er op dat punt wel eens een kleine plooi gladgestreken en iets als “kennelijk meegewogen” beschouwd wat niet met zoveel woorden is benoemd.¹³⁰ Zeker in gevallen waarin evident is dat die omstandigheden niet daadwerkelijk aan de bereikte uitkomst kunnen afdoen, lijkt me dat een alleszins verdedigbare benadering, ook al vanuit het beginsel *litis finiri oportet*. Niemand schiet iets op met een vernietiging op een cassatiegrond die na verwijzing met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid toch geen ander resultaat te zien geeft. Maar die gevallen zijn de uitzondering, niet de regel.¹³¹

¹²⁹ Cursivering toegevoegd.

¹³⁰ HR 17 oktober 2008, JAR 2008/294 lijkt een ander voorbeeld in die categorie te zijn. Het ging daarin om een zaak waarin het Hof kennelijk geen aandacht had besteed aan de lengte – 22 jaar – van het dienstverband. De HR deed de zaak op de voet van art. 81 RO af.

¹³¹ In Duitsland gaat het BAG er in zijn algemeenheid vanuit dat wanneer feiten zijn gerelateerd in de feitenvaststelling ervan mag worden uitgegaan dat de appelrechter deze in zijn beoordeling of zich een *wichtiger Grund* heeft voorgedaan, heeft verdisconteerd. BAG 5 april 2001, EzA §626 BGB nF Nr 187.

Tot slot rijst de vraag welke sturing de Hoge Raad nu eigenlijk geeft aan de dringende reden door de hiervoor besproken, in het algemeen strenge, motiverings-eisen. Die sturing vindt op twee manieren plaats. In de eerste plaats zou de strenge rechtspraak van de Hoge Raad ten aanzien van de motivering van de dringende reden ertoe moeten leiden dat de lagere rechters hun beslissingen rond de dringende reden daadwerkelijk (gaan) voorzien van een uitvoerige motivering die inzichtelijk maakt op welke wijze de verschillende aspecten en belangen die bij een ontslag zijn betrokken, worden gewogen. Dat maakt niet alleen de aanvaardbaarheid van de beslissing groter – ook wanneer deze in het nadeel van de werknemer uitvalt – maar draagt met name ook bij aan een grotere voorspelbaarheid van opvolgende beslissingen. Als (appel)rechters goed motiveren hoe “verzachtend” respectievelijk “verzwarend” bepaalde als “verzachtende” respectievelijk “verzwarende” omstandigheden aangevoerde feiten door de rechter worden getaxeerd en hoe veel gewicht de verschillende omstandigheden in de weegschaal leggen, zal de voorspelbaarheid van de dringende reden in volgende gevallen alleen maar groter worden. In dit verband kan een parallel worden getrokken met hetgeen de Hoge Raad in het arrest in de zaak *Van der Grijp/Stam* van 27 november 2009 overwoog ten aanzien van de begroting van de schadevergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag.¹³² De Hoge Raad besliste in dat arrest, kort gezegd, dat de leer die het Haagse Gerechtshof een jaar voordien op dat punt had ontwikkeld en die er, kort gezegd, op neerkwam dat de berekening van die schadevergoeding diende te geschieden aan de hand van de zogenaamde Kantonrechtersformule verminderd met 30% onjuist was. De Hoge Raad achtte het hanteren van zo een vaste formule, die volledig abstraheert van de werkelijk geleden schade, niet verenigbaar met de aard van de kennelijk onredelijk ontslag vergoeding – schadevergoeding – die weer samenhangt met de aard van de procedure waarin die vergoeding wordt vastgesteld. De Hoge Raad overwoog vervolgens dat ook de door het Hof beoogde voorspelbaarheid van dit soort frequent voorkomende beslissingen, mede in verband met de rechtszekerheid, weliswaar een belangrijk gezichtspunt is, maar dat ook daarin niet een rechtvaardiging kan worden gevonden voor het hanteren van een zo globale maatstaf dat afbreuk wordt gedaan aan de hiervoor uiteengezette aard van de vergoeding en de daarmee samenhangende wijze van begroting ervan. De Hoge Raad gaf tot slot aan – en dat argument gaat ook bij de dringende reden op – de oplossing voor het probleem van de voorspelbaarheid van de schadevergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag niet in een vaste formule te zien, maar veeleer in een betere motivering van de beslissing inzake de schadevergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag:

“4.6 (...) Uit het hiervoor overwogene volgt dat de voorspelbaarheid van beslissingen waarbij deze vergoeding wordt toegekend, in belangrijke mate afhankelijk is van het inzicht dat de

132 HR 27 november 2009, NJ 2010, 493. Zie over dat arrest onder meer ook M.V.E.E. Jansen, De Hoge Raad zet koers uit bij kennelijk onredelijk ontslag, *ArbeidsRecht* 2010/1, alsmede G.J.J. Heerma van Voss, J.J.M. de Laat, S.F. Sagel, E. Verhulp, Begroot, schat, vergoed en bewonder: de begroting van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding na 12 februari 2010, *TRA* 2010, 47 en R.A.A. Duk, De arresten van 27 november 2009 en 12 februari 2010 en de Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters: wie heeft gelijk?, *TRA* 2010, 46.

rechter geeft in de wijze waarop deze beslissingen tot stand zijn gekomen, met name wat betreft de factoren die bij de bepaling van de vergoeding een rol spelen. Daarbij is overigens denkbaar dat de rechters die over deze vergoedingen beslissen, een zekere mate van harmonisatie tot stand brengen door de van belang zijnde factoren duidelijk te benoemen en door inzichtelijk te maken welke financiële gevolgen in soortgelijke gevallen eventueel aan de verschillende factoren kunnen worden verbonden, zonder dat zij één bepaalde algemene formule als vuistregel hanteren.”

Daarnaast is uit de in het algemeen bijzonder zware motiveringseisen die de Hoge Raad aan de dringende reden stelt, een nog verdergaande les te trekken. Ook uit die eisen valt namelijk af te leiden dat de Hoge Raad de dringende reden met terughoudendheid beoordeeld wenst te zien. De strenge motiveringseisen geven, zo zou ik menen, aan dat binnen de Hoge Raad het besef leeft dat een ontslag op staande voet een zwaar middel is dat diep ingrijpt in het leven van de werknemer en dat om die reden de geldigheid van een ontslag op staande voet niet licht mag worden aangenomen. Daarmee is in die zware motiveringseisen niet alleen een waarschuwing voor de feitenrechter, maar ook voor de werkgever die ontslag op staande voet overweegt, vervat. Nu een dringende reden met terughoudendheid moet worden beoordeeld, doet hij er goed aan dat wapen slechts in zeer duidelijke gevallen te hanteren. Zo bezien vormen de motiveringseisen een bevestiging van het eerste grondbeginsel dat hiervoor onder 4.3.3.2 uit de vuistregels van de Hoge Raad is afgeleid en “ademen” de motiveringseisen van de Hoge Raad op dit punt de geest van de wetgever.

4.3.3.5 Motiveringsbeslissingen als verkapte vuistregel

Er is, naast de hierboven beschreven “algemene” les die uit de in het algemeen strenge motiveringseisen van de Hoge Raad inzake de dringende reden valt te trekken, nog een tweede, meer specifieke, manier waarop de Hoge Raad met hetgeen hij zich over de motivering van beslissingen van de feitenrechter inzake de dringende reden laat ontvallen, in sommige gevallen richting geeft aan de dringende reden. Soms geeft de wijze waarop de Hoge Raad zich uitlaat over de begrijpelijkheid van zo een beslissing van de lagere rechter in zo sterke mate inzicht in de wijze waarop de Hoge Raad zelf denkt over een specifieke dringende reden, dat daaruit een verkapte vuistregel kan worden afgeleid. Dat kan als volgt worden toegelicht.

Het gebruikelijke jargon van de Hoge Raad bij de verwerping van motiveringsklachten luidt dat de bestreden beslissing “niet onbegrijpelijk”, of “voldoende gemotiveerd” is. Andersom, als de motiveringsklacht wel slaagt, luidt het oordeel dat de bestreden beslissing van de appelrechter “onbegrijpelijk” dan wel “niet voldoende gemotiveerd” of “onvoldoende gemotiveerd” is. Een enkele keer laat de Hoge Raad zich echter in duidelijker, of: zo men wil: hardere, bewoordingen uit. In dit verband valt te wijzen op een arrest van 20 april 2012, waarin de Hoge Raad kreeg te oordelen over de beslissing van het Haagse Hof dat een medewerker van De Bijenkorf, ondanks een tot dat moment vlekkeloos dienstverband en het feit dat hij kostwinner was voor twee minderjarige kinderen, terecht was ontslagen wegens (een poging

tot) diefstal van een aantal producten die waren overgebleven na een actie tot verkoop onder het personeel tegen symbolische prijzen.¹³³ In cassatie heerste verdeeldheid. A.-G. Huydecoper, die overigens aangaf zich te realiseren dat de toetsing in cassatie in die zin beperkt was dat de Hoge Raad niet de overweging van het Hof had over te doen, maar slechts had te oordelen over de begrijpelijkheid van het oordeel van het Hof, concludeerde tot vernietiging.¹³⁴ Hij kwam tot het eindoordeel dat de motivering die het Hof voor zijn oordeel had gegeven, de lat net niet haalde, in het bijzonder omdat de waarde van de goederen gering was – hetgeen het vergrijp niet direct ernstig deed voorkomen – terwijl de persoonlijke omstandigheden wel duidelijk in het voordeel van de werknemer pleitten. De Hoge Raad volgde zijn A.-G. niet, maar verwierp het cassatieberoep. Hij volstond daarbij echter niet met het oordeel dat de beslissing van het Hof dat zich wel een dringende reden voordeed, “begrijpelijk” was, maar gebruikte veel sterkere bewoordingen. Hij vond de beslissing van het Hof niet “gewoon” begrijpelijk, maar *alleszins* begrijpelijk:

“3.5 Ingevolge art. 7:678 lid 2, aanhef en onder d, BW kunnen dringende redenen onder andere aanwezig worden geacht wanneer de werknemer zich schuldig maakt aan diefstal, waardoor hij het vertrouwen van de werkgever onwaardig wordt. Het oordeel van het hof komt erop neer dat De Bijenkorf voldoende zwaarwegende redenen had om haar bedrijfsbeleid tegen diefstal door het eigen personeel strikt te handhaven, en dat in het onderhavige geval de aan het ontslag ten grondslag gelegde redenen dit ontslag ook overigens kunnen dragen nu A. van dat bedrijfsbeleid op de hoogte was, wist dat dit daadwerkelijk werd gehandhaafd en door zijn eigen handelwijze aanleiding heeft gegeven tot een vertrouwensbreuk met zijn werkgever. Dit oordeel berust op een juiste rechtsopvatting en is *alleszins* begrijpelijk. Datzelfde geldt voor het oordeel van het hof dat de gevolgen die dit ontslag voor A. had, niet konden afdoen aan de gerechtvaardigdheid daarvan.”
Cursivering toegevoegd, SFS

Het gebruik van dat woord “alleszins” is, voor “HR-Kremlin-watchers”, opvallend.¹³⁵ De Hoge Raad gebruikt, zo is mijn overtuiging, dat woord niet zo maar. Het brengt tot uitdrukking dat de Hoge Raad de afweging van het Hof zo volkomen voor de hand liggend acht dat een andere afweging eigenlijk nauwelijks denkbaar ware geweest. Daarmee komt dit “begrijpelijkheidsoordeel” dicht in de buurt van een vuistregel, te weten – in dit geval – de vuistregel dat diefstal van bedrijfseigendommen door werknemers bij daartegen gericht bedrijfsbeleid, behoudens zeer bijzondere omstandigheden, een dringende reden oplevert. Men kan het ook zo zeggen: uit het volgens de Hoge Raad “alleszins begrijpelijk” zijn van het oordeel van het Hof laat zich afleiden dat de Hoge Raad zo een vuistregel wel op het netvlies

133 HR 20 april 2012, NJ 2012, 263.

134 Conclusie A.-G. Huydecoper onder 7.

135 Met dank aan mede “Kremlin-watcher” Barentsen, die het door de Hoge Raad gehanteerde woord “alleszins” ook opviel, voor de term. Zie hierover ook B. Barentsen en S.F. Sagel, *Kroniek van het Sociaal Recht*, NJB 2012, 2453.

moet hebben staan, want alleen tegen de achtergrond van zo een regel is het oordeel van het Hof alleszins begrijpelijk.¹³⁶

4.3.4 Conclusie; guidance in drievoud

Het voorgaande overziend, dient de conclusie te luiden dat de Hoge Raad, na zich de eerste 50 jaar na inwerkingtreding van de Wet op de arbeidsovereenkomst bijzonder terughoudend te hebben opgesteld, die schroom in de 50 daarop volgende jaren in verregaande mate van zich heeft afgeworpen. Dat heeft geleid tot een jurisprudentieel bouwwerk dat bestaat uit een algemene norm, inhoudende dat bij de beoordeling van de dringende reden alle omstandigheden van het geval moeten worden betrokken, vergezeld van een aantal gezichtspunten die in dat verband relevant zijn, zoals de aard en ernst van de gedraging, de aard van het dienstverband, de lengte daarvan en de persoonlijke omstandigheden van de werknemer. De Hoge Raad ziet er, zeker de laatste decennia, ook middels het stellen van strenge motiveringseisen op toe, dat de rechter ook daadwerkelijk gehoor geeft aan de verplichting om een genuanceerde afweging te laten plaatsvinden. Ik taxeer dat in zichzelf als vingervijzing dat terughoudendheid bij de inzet van het middel geboden is. De voorgaande ontwikkelingen in de rechtspraak van de Hoge Raad zijn volledig in lijn met hetgeen de wetgever in 1907 voor ogen had: men zag het ontslag op staande voet toen als een zwaar wapen dat slechts in uitzonderlijke situaties gebruikt mag worden en of van zo een uitzonderlijk geval sprake is zou volgens de wetgever – zoals de Hoge Raad thans ook eist – alleen aan de hand van een weging van de omstandigheden van het geval kunnen plaatsvinden. Naast deze twee pijlers heeft de Hoge Raad een heel scala aan sub- en vuistregels ontwikkeld ter zake van de dringende reden. Uit die regels zijn vaak bredere lessen te trekken ten aanzien van de wijze waarop over de dringende reden moet worden gedacht dan bij eerste kennisname van de regel gedacht zou kunnen worden. Met enige goede wil is aan het samenstel van de sedert het begin van de jaren '60 geformuleerde regels een aantal grondbeginselen van de dringende reden te distilleren. Die beginselen zijn hiervoor onder 4.3.3.2 opgesomd. De eerste daarvan geeft hetzelfde signaal af als in de motiveringseisen van de Hoge Raad besloten ligt: zonder daadwerkelijke *substance* geen dringende reden. Het kanon van het "o.o.s.v." behoort niet op arbeidsrechtelijke muggen te schieten.

¹³⁶ Zie voor andere beslissingen waarin de Hoge Raad die sterke terminologie – "alleszins begrijpelijk" – hanteerde HR 5 juni 1998, NJ 1998, 817, waarin werd beslist dat het "alleszins begrijpelijk" werd geacht dat de Rechtbank de aard van de opdracht, ten aanzien waarvan zij oordeelde dat de opgedragen taak een gevaarlijk werk betrof, van betekenis heeft geacht bij de beoordeling van de vraag of de Stichting tekortgeschoten is in de nakoming van de ingevolge art. 1638x op haar rustende verplichtingen. Zie ook HR 20 september 2010, NJ 2012, 195 (verjaring RSI-claim), waarin de Hoge Raad beslist dat alleszins begrijpelijk was het oordeel van het Hof dat de relatieve verjaringstermijn van art. 3:130 BW al was gaan lopen tijdens het dienstverband. Zie daarover zeer kritisch: C.J. Loonstra en A.R. Houweling, Toenemende verprivatisering van het arbeidsrecht, TAP 2011/5, p. 177 e.v., die bepleiten dat zo een verjaringstermijn pas na het einde van de arbeidsovereenkomst zou moeten gaan lopen. Zie in reactie hierop ook: E. Verhulp, De eigenaardigheid van het arbeidsrecht, in: S.F. Sagel (red.): Door Duk en dun, Deventer 2011, p. 231, alsmede de discussie gevoerd ten tijde van het Arbeidsrechtcongres 2011, zie C.J. Frikkee e.a., Arbeidsprocesrecht in beweging, Den Haag, 2011, p. 111/112.

In het navolgende wordt thans nader gezien hoe – en of – de *algemene* maatstaf van de Hoge Raad dat bij de beoordeling van de dringende reden met alle omstandigheden van het geval rekening moet worden gehouden, in de praktijk werkt. Daarbij wordt in het bijzonder gezien welke betekenis toekomt aan de verschillende door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten en of uit de lagere rechtspraak wellicht nog belangrijke additionele gezichtspunten zijn af te leiden. Voordat aan die meer praktische vraagpunten wordt toegekomen, volgt hierna allereerst – men zou kunnen zeggen: bij wijze van intermezzo – een beschouwing over een discussie die met name de wetenschappelijke gemoederen geruime tijd bezig heeft gehouden, te weten het door veel auteurs gemaakte onderscheid tussen de objectieve en de subjectieve dringende reden. Zelf heb ik dat altijd een wat verwarrend begrippenpaar gevonden, wellicht niet geheel ten onrechte, naar moge blijken uit de navolgende analyse.

4.4 De objectieve en de subjectieve dringende reden?

4.4.1 Inleiding

In de literatuur wordt vaak een onderscheid gemaakt tussen wat wel wordt genoemd de objectief dringende reden en de subjectief dringende reden.¹³⁷ Ook wordt wel gesproken over de objectieve dringendheid en de subjectieve dringendheid. De opvattingen over de betekenis van die termen lopen evenwel nogal uiteen, hetgeen naar mijn mening niet bevorderlijk is voor de helderheid van het debat over de dringende reden.

4.4.2 De lijn Levenbach/Van der Grinten

Zie ik het goed, dan is het onderscheid terug te voeren op een bijdrage van Levenbach uit 1941, getiteld “De dringendheid van de dringende reden”.¹³⁸ Levenbach schrijft daarin dat het begrip dringende reden, zoals dat in de regeling van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wordt gebruikt, een dringendheid heeft die niet verdraagt dat de werkgever bepaalde daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer als een dringende reden beschouwt en dan desondanks met inachtneming van een opzegtermijn opzegt: “De dringendheid der dringende reden is een kenmerk, dat volgens onze B.W.-regeling niet ‘objectief’ kan bestaan in den zin van ‘los van de wijze waarop de werkgever reageert’”. In het begrip van de dringendheid speelt, zo vervolgt Levenbach, “mee het (wat men zou kunnen noemen ‘subjectieve’) element, dat de werkgever erop moet reageren met onmiddellijke beëindiging.” Zoals hiervoor onder 2.2.1 al is uiteengezet, bouwde de opvatting van Levenbach voort op de wetsgeschiedenis. Welbeschouwd las Levenbach door middel van wat hij noemde het subjectieve element van de dringende reden in dat begrip datgene in wat wij

¹³⁷ Zie ook S.F. Sagel, Over een lommerrijk bestaan en achterhaalde theorieën over de dringende reden, in S.F. Sagel (red.), Door Duk en dun, Deventer 2011, p. 141 e.v., waarin een bewerking van deze paragraaf is opgenomen.

¹³⁸ M.G. Levenbach, De Dringendheid der dringende reden, RBA XXVII, p. 41.

heden ten dage verstaan als de onverwijldheidseis. Dat is, in de kern, wat hij onder het vereiste van de ook *subjectief* dringende reden verstond.

Reeds in de eerste druk van zijn “Arbeidsovereenkomstenrecht” onderscheidde ook Van der Grinten een vereiste van objectieve en subjectieve dringendheid. Hij schreef:

“De verbreking moet aan de navolgende vereischten voldoen, wil zij rechtmatig zijn:

- 1) Er moet objectief een dringende reden aanwezig zijn. (...)
- 2) De reden moet ook subjectief voor den betrokkene dringend zijn, zoodat hij niet bereid is het dienstverband, zij het ook nog maar kort, te handhaven.
- 3) De dringende reden moet aan de wederpartij worden medegedeeld.
- 4) Deze mededeeling moet onverwijld geschieden.”¹³⁹

Van der Grinten beschouwde het vereiste van de subjectieve dringendheid dus als een afzonderlijk vereiste, overeenkomend met de huidige onverwijldheidseis. Levenbach zat, naar bleek uit een artikel van zijn hand uit 1950 waarin hij reageerde op Van der Grintens opvatting, toch op een net even ander spoor. Hij merkte naar aanleiding van de opvatting van Van der Grinten op dat de subjectieve dringendheid geen losstaande eis was, maar besloten lag in het vereiste van een dringende reden.¹⁴⁰ Voor de praktijk maakte dat niet daadwerkelijk verschil.

Ook Kamphuisen was de mening toegedaan dat het niet-te-vergen-zijn van voortzetting van de dienstbetrekking vereist voor het aannemen van een dringende reden “niet een geheel objectief element” was. Hij schreef dat het “min of meer” van de partij die dringend ontslag overweegt afhangt “of hij het nog kan uithouden tot het tijdstip, waarop hij regelmatig de dienstbetrekking kan beëindigen.” Uit hetgeen op die passage volgt, kan afgeleid worden dat ook Kamphuisen het “min of meer” subjectieve element van de dringende reden zag in de verplichting om de arbeidsovereenkomst snel te beëindigen, nadat de dringende reden ter kennis van de werkgever was gekomen. De onverwijldheidseis dus.¹⁴¹ In latere bijdragen hebben ook auteurs als Naber en Phaff vergelijkbare standpunten ingenomen.¹⁴² Een recente bevestiging van deze leer vindt men bij Jacobs, die in 2000 opmerkte dat de reden voor ontslag op staande voet subjectief dringend moet zijn “en dat moet daaruit blijken dat de daad bij het woord wordt gevoegd. Wie langer laat doorwerken, toont aan dat dit kan en dat de reden subjectief niet als dringend wordt ervaren.”¹⁴³ In vrijwel gelijklopende bewoordingen hebben Heerma van Voss en Riphagen zich uitgelaten.¹⁴⁴ Ook Kuip en Bosse zien het vereiste van subjectieve dringendheid, in

139 W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Alphen aan den Rijn, 1943, p. 107/108.

140 M.G. Levenbach, *Nogmaals de dringendheid der dringende reden*, NJB 1950, p. 169/177.

141 P.W. Kamphuisen, *De collectieve en de individuele arbeidsovereenkomst*, Leiden, 1956, p. 209/210. Zie ook Asser-Kamphuisen, Zwolle, 1950, p. 387.

142 H. Naber, *Ontslagrecht in Nederland*, Deventer, 1983, p. 84. T.W.J. Phaff, *Naar een nieuw ontslagrecht*, Arnhem, 1986, p. 118 die het ook heeft over subjectiviteit in de zin dat de dringende reden ook snel moet worden gehanteerd om een rechtsgeldig ontslag op staande voet te realiseren.

143 A.T.J.M. Jacobs, *Elementair sociaal recht*, Groningen 2000, p. 150.

144 G.J.J. Heerma van Voss, *Inleiding tot het Nederlands Sociaal recht*, Den Haag, 2011, p. 146. Zie ook zijn noot onder NJ 2003, 174. J. Riphagen, *Problemen rond het ontslag op staande voet: de dringendheid, de gemaakte afspraken en de niet genoemde reden*, AA 1995, p. 889.

navolging van Levenbach, als verplichting voor de opzeggende partij om per omgaande nadat de ontslaggrond te zijner kennis is gekomen, op te zeggen.¹⁴⁵ Deze eerste stroming kan bogen op enige *support* uit de kring van het parket bij de Hoge Raad. In zijn conclusie voor het *GTM-arrest* merkte A.-G. Ten Kate in dit verband het navolgende op:

“Onder genoemd hoofd behandelde de Rb. echter zoals gezegd in feite een andere vraag, namelijk die naar de dringendheid van de dringende reden. Deze dringendheid vindt hierin zijn omgrenzing dat de reden zo dringend is voor de werkgever, dat hij de gewone ontslagregeling niet kan volgen. Het ontslag zal dan ook praktisch op staande voet gegeven moeten worden. (...) Ter voorkoming van misverstand voeg ik nog toe dat (...) de vraag naar de onverwijldheid van het ontslag en die naar de subjectieve dringendheid van de dringende reden in elkaar opgaan en in wezen dezelfde vraag zijn. Of een ontslag als onverwijld gegeven kan worden beschouwd, vindt zijn antwoord in de vraag of de opgegeven reden in dat licht nog als dringend voor de werkgever kan worden gezien.”¹⁴⁶

In een conclusie van een aantal jaar nadien heeft A.-G. Biegman-Hartogh zich op gelijke wijze uitgelaten. Ook zij was van mening dat het subjectieve element, ook wel de dringendheid van de dringende reden, gelijk is aan het vereiste van het geven van onverwijld ontslag:

“3. Het vereiste van het onverwijld geven van ontslag daarentegen is veeleer een maatstaf om het werkelijk dringende van de reden voor het ontslag aan af te meten; de redenering is deze, dat indien men degene wiens gedrag een reden tot ontslag oplevert, niet onverwijld, op staande voet, ontslag aanzegt, deze reden dan ook kennelijk niet dringend genoeg was om er de bepalingen omtrent tijdstip en termijn van opzegging van de dienstbetrekking voor opzij te zetten. Dit vereiste wordt ook wel het subjectieve element, ofwel de dringendheid van de dringende reden genoemd.”¹⁴⁷

Ook in de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep wordt het onderscheid tussen een objectieve en een subjectieve dringende reden in de hier bedoelde zin gemaakt.¹⁴⁸

¹⁴⁵ S.W. Kuip, a.w., p. 84 e.v. Zie C. Bosse, *Bewijslastverdeling in het Nederlandse en Belgische arbeidsrecht* (diss. Tilburg), Deventer, 2003, p. 257. Bosse verstaat onder de objectief dringende reden dat de dringende reden “ook voor een derde” een dringende reden zou vormen (a.w., p. 256). Ook Duk lijkt in de lijn geplaatst te kunnen worden. Hij spreekt in 1982 al over de onverwijldheiseis en tekent daarbij aan dat dat is wat “men” ook wel als de dringendheid van de dringende reden pleegt aan te duiden. Zie R.A.A. Duk, *De Hoge Raad en het ontslag op staande voet*, SMA 1982, p. 508.

¹⁴⁶ A.-G. Ten Kate's conclusie voor HR 15 februari 1980, NJ 1980, 328, p. 1038, r.k.

¹⁴⁷ Conclusie voor HR 18 mei 1984, NJ 1984, 720. Met instemming aangehaald door A.-G. Vranken in zijn conclusie voor HR 27 september 1996, NJ 1997, 42 onder 18 en door A.-G. Franx in zijn conclusie voor HR 13 mei 1983, NJ 1983, 794. Zie ik het goed, dan heeft de Hoge Raad zelf de term subjectief dringende reden nimmer gebruikt. In de lagere rechtspraak wordt de term wel af en toe gebruikt in de hier bedoelde zin. Zie bijvoorbeeld *Gem Hof NA en Aruba* 23 februari 2011, LJN: BQ8756. Zie ook *Ktr. Nijmegen* 30 mei 2012, LJN: BW7284 (rov. 4.5).

¹⁴⁸ Zie bijvoorbeeld *CRvB* 31 oktober 2012, LJN: BY2044 (rov'en 5.6.3 en 5.6.4 "Gelet op de voortvarendheid waarmee de werkgever heeft gehandeld, is hier derhalve ook in subjectieve zin sprake van een dringende reden"). Zie ook *CRvB* 5 september 2012, LJN: BX6558 en daarover L. van den Berg, *Subjectief dringende reden*, TRA 2012/101.

4.4.3 De lijn Van den Heuvel/Rood

Van den Heuvel hanteert het onderscheid tussen de objectieve en de subjectieve dringendheid op geheel andere wijze. Het vereiste van objectieve dringendheid houdt in zijn benadering in dat de dringende reden “objectief bezien, van een zodanige aard (moet, toevoeging SFS) zijn, dat de onmiddellijke beëindiging van de dienstbetrekking erdoor wordt gerechtvaardigd.” Dat brengt mee dat een “opgeblazen peuleschil” niet voldoende is en dat het ontslag algemeen gezien geen uitstel kan lijden. Vervolgens komt de subjectieve eis van dringendheid aan de orde. Die houdt, in de benadering van Van den Heuvel, in dat datgene wat in het algemeen – dat wil zeggen: objectief beschouwd – een dringende reden oplevert, dat ook in het concrete geval moet zijn, gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval.¹⁴⁹ Er is dus sprake van cumulatieve eisen. De subjectiviteit zit hier dus niet in de onverwijldheid waarmee het ontslag moet worden gegeven, maar in de beoordeling of iets dat in het algemeen wel als dringende reden kwalificeert, dat ook in de specifieke omstandigheden van het geval doet. Op deze tweede lijn zat ook Rood. In zijn “Introductie in het sociaal recht” besprak hij het vereiste dat de reden zowel objectief als subjectief dringend moet zijn los van de onverwijldheideis en kende daaraan de volgende betekenis toe:

“De rechtspraak neemt aan dat de reden zowel objectief als subjectief gezien dringend moet zijn. Daarmee wordt erop gedoeld dat de reden in het algemeen dringend moet worden geacht, doch bovendien dat in de onderneming van de werkgever daarover niet anders blijkt te worden gedacht. Zo zal herhaaldelijk te laat op het werk komen, zeker na eerdere waarschuwingen, in het algemeen (dus objectief) een dringende reden zijn. Maar wanneer in de betrokken onderneming alle werknemers regelmatig te laat komen zonder dat daartegen wordt opgetreden, is het de vraag of ook van subjectieve dringendheid sprake is.”¹⁵⁰

Van Drongelen, Fase, Van den Bogaard en Jellinghaus zitten eveneens op deze lijn. Zij zien de vereisten van een objectieve dringende reden en van een subjectieve dringende reden als cumulatieve vereisten die los moeten worden gezien van het vereiste van een onverwijld opzegging.¹⁵¹ De objectieve eis van dringendheid is in hun benadering daarin gelegen dat de aangevoerde reden “door ieder weldenkend mens als dringend moet worden ervaren.” De subjectieve dringendheid behelst dat ook de werkgever zelf in dit geval de reden als dringend beschouwt. Daarbij kan een rol spelen of in het verleden is gewaarschuwd voor vergelijkbaar gedrag, of andere werknemers om dezelfde reden zijn ontslagen. Los daarvan moet bovendien aan de eis worden voldaan dat het ontslag onverwijld wordt geëffectueerd. Ook Boot en Van

149 L.H. van den Heuvel, *Ontslagrecht*, studiepockets privaatrecht 53, Zwolle 1996, p. 53/54.

150 M.G. Rood, *Introductie in het sociaal recht*, Deventer 1998, p. 66.

151 J. van Drongelen, W.J.P.M. Fase, P.J.S. van den Bogaard en S.F.H. Jellinghaus, *Individueel arbeidsrecht*, Zutphen 2007, p. 192/193.

der Voet hebben zich bij deze benadering aangesloten.¹⁵² Deze tweede stroming ziet de subjectiviteit van de dringende reden dus niet in het vereiste van een snel handelen nadat de reden ter kennis van de werkgever is gekomen, maar in de vraag of een gedraging die in zijn algemeenheid als dringende reden kwalificeert, dat ook doet in de omstandigheden van het individuele geval, in het bijzonder gelet op de wijze waarop de werkgever in het verleden met dergelijk gedrag is omgegaan.¹⁵³ Alt noemt ter illustratie van zijn opvatting omtrent het verschil tussen de objectieve en de subjectieve dringende reden, die eveneens in deze tweede stroming te plaatsen valt, het voorbeeld van onbeschoft taalgebruik. Datgene wat in zijn algemeenheid – objectief – daaronder wordt verstaan, behoeft dat in de Rotterdamse haven niet te zijn.¹⁵⁴

Ook deze tweede betekenis van het begrip “subjectieve dringendheid” komt men een enkele keer tegen in conclusies van het parket bij de Hoge Raad en in de lagere rechtspraak. Verwezen zij in dit verband naar de conclusie van A.-G. Vranken voor het arrest *Van der Wal/Junius* van 26 april 1996 en naar een vonnis van de President van de Rechtbank Haarlem van 1987, waarin een verschil in behandeling tussen twee werknemers tot twijfel leidde over de subjectieve dringendheid zoals die in deze tweede leer wordt begrepen:¹⁵⁵

“Voorts en ten overvloede bestaat er aanleiding tot twijfel aan de (subjectieve) dringendheid van de aan het ontslag van eiser ten grondslag liggende reden(-en). De opstelling en gedragingen van eisers collega Sabajo zijn (voor wat betreft de overwerk-kwestie) immers gelijk te stellen met het verwijt aan eiser. Sabajo heeft echter een waarschuwing gekregen bij brief d.d. 25 sept. 1986, en hem is de gelegenheid geboden de gewraakte declaratie te corrigeren. Gedaagde heeft aangevoerd dat het verschil in behandeling tussen beiden wordt gerechtvaardigd door het gunstiger arbeidsverleden van Sabajo. Naar gedaagde heeft erkend is ook Sabajo in het verleden gewaarschuwd wegens ongeoorloofde afwezigheid, doch naar aanleiding van (een) minder ernstig verwijt, namelijk als gevolg van te late ziekmeldingen. Het komt de Pres. echter weinig aannemelijk voor dat een dergelijk, relatief futiel verschil in arbeidsverleden de afwijkende behandeling van eiser ten opzichte van Sabajo zou kunnen

152 G.C. Boot, Ontslag op staande voet, een weg met vele valkuilen, SR 2005, 35. Boot merkt op: “Die ernst, die dringende reden, moet zowel in objectieve zin (‘ieder redelijk denkende werkgever’) vast staan, als in subjectieve zin (‘ook deze werkgever heeft er blijk van gegeven dergelijk gedrag absoluut niet te accepteren’).” Zie G.W. van der Voet, noot onder JAR 2012/135, die schrijft dat “In de literatuur (...) wel onderscheid (wordt, toevoeging SFS) gemaakt tussen de ‘objectiviteit van de dringende reden’ (is er naar objectieve maatstaven sprake van een dringende reden?) en de ‘subjectiviteit van de dringende reden’ (vormt die reden in dit concrete geval, voor deze concrete werkgever ook een dringende reden?).”

153 In die zin ook: V. Disselkoen, Op staande voet en toch kennelijk onredelijk?, *ArbeidsRecht* 1995, 68.

154 Zie H.J.W. Alt, Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht, Deventer, p. 208. Zie voor dat onderscheid tussen de subjectieve en de objectieve dringende reden ook V. Disselkoen, Op staande voet en toch kennelijk onredelijk, *ArbeidsRecht* 1995, 68.

155 HR 26 april 1996, NJ 1996, 489; zie de conclusie van A.-G. Vranken onder 6 tot en met 8; Pres. Rb. Haarlem 21 oktober 1986, KG 1987, 10, rov. 3.8.

rechtvaardigen, hetgeen twijfels doet rijzen omtrent de voornoemde dringendheid van de ontslagreden(-en).¹⁵⁶

4.4.4 De opvattingen van Loonstra/Zondag en Lanting

Nog weer een andere benadering kiezen Loonstra en Zondag. Ook zij onderscheiden de subjectiviteit van de dringende reden en de objectiviteit daarvan. Onder het vereiste van de objectieve dringende reden verstaan zij dat in de ogen van de rechter de reden om tot het ontslag te komen toereikend moet zijn geweest. Daarnaast staat de eis van de subjectiviteit van de dringende reden. Die omvat, in hun benadering, zowel (i) dat de werkgever op basis van de objectieve dringende reden ook onverwijld tot ontslag moet zijn overgegaan als (ii) dat de dringende reden ook gelijktijdig moet worden meegedeeld aan de werknemer. Kort samengevat vallen in de benadering van Loonstra en Zondag dus zowel de onverwijldheids- als de mededelingseis samen in het begrip subjectiviteit van de dringende reden.¹⁵⁷ Dan is er tot slot nog de opvatting van Lanting, die de subjectiviteit van de dringende reden als volgt omschrijft:

“Vormt deze gedraging voor de betreffende werkgever in de specifieke arbeidsverhouding inderdaad een dringende reden en wordt daarom op de kortst mogelijke termijn ontslag verleend? Is de reden onverwijld medegedeeld aan de werknemer en werden zijn persoonlijke omstandigheden bij het ontslag op staande voet in beschouwing genomen?”¹⁵⁸

Hier wordt dus onder de subjectiviteit van de dringende reden zowel (i) de onverwijldheidseis, (ii) de mededelingseis als (iii) de verplichting om bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet de persoonlijke omstandigheden van de werknemer in aanmerking te nemen, verstaan.

4.4.5 Eigen opvatting: onderscheid objectieve en subjectieve dringende reden? Verwarrend en achterhaald!

Mijn eigen opvatting is dat het beter is afscheid te nemen van het onderscheid tussen de subjectieve en de objectieve dringende reden. Gelet op het voorgaande kan allereerst worden geconstateerd dat er grote onenigheid bestaat over de betekenis van de begrippen. Het gaat daarbij niet om, wat men zou kunnen noemen, “afrondingsverschillen”, maar om daadwerkelijk principieel verschillende betekenissen van de begrippen. Dat leidt tot verwarring, hetgeen in zichzelf al onwenselijk is bij een zo belangrijk begrip als de dringende reden. Belangrijker dan dat is evenwel dat op het onderscheid tussen de subjectief dan wel objectief dringende reden ongeacht welke van de bovenstaande theorieën men aanhangt, iets is af te doen.

¹⁵⁶ Zie in die zin ook: Ktr. Leeuwarden 1 februari 2011, JAR 2011/80; Prg. 2011, 107. Zie eveneens Gem. Hof van Justitie NA en Aruba 16 september 2008, RAR 2008/162 en LJN: BF1913.

¹⁵⁷ C.J. Loonstra en W.A. Zondag, Arbeidsrechtelijke Themata, Den Haag 2010, p. 433 e.v.

¹⁵⁸ B.B.B. Lanting, noot onder CRvB 22 juni 2011, AB 2011/256.

De eerste theorie, waarin het onderscheid tussen de objectief en de subjectief dringende reden in de kern genomen inhoudt dat het eerste vereiste – objectieve dringendheid – meebrengt dat de werkgever een dringende reden moet hebben en het tweede – subjectieve dringendheid – meebrengt dat de werkgever deze ook onverwijld heeft gebruikt, is in het licht van de huidige wetstekst *achterhaald*. Zoals hiervoor onder 2.2 onder ogen werd gezien, is de huidige wettelijke onverwijldheidseis inderdaad voortgekomen uit het begrip “dringende reden”, waarin de eis van een onverwijldde beëindiging, naar de Hoge Raad al in 1913 besliste, besloten lag. Lange tijd omvatte de dringende reden dus inderdaad ook het subjectieve element dat de werkgever de dringende reden onverwijld moest gebruiken. Maar daarin is met de wetswijziging van 1999 verandering gekomen. Toen werd – en ook dat is onder 2.2.4 uitvoerig besproken – de onverwijldheidseis/de eis van subjectieve dringendheid “losgeweekt” uit het begrip dringende reden. Het begrip mocht, zo kan men het ook zeggen, na een eeuw eindelijk op eigen benen staan. De onverwijldheidseis maakt dus sedert 1999 geen deel meer uit van de dringende reden en dan lijkt het dogmatisch onjuist om de onverwijldheidseis nog langer als onderdeel van de dringende reden te beschouwen.

De bezwaren tegen de tweede theorie zijn van andere aard. In die theorie houdt het verschil tussen de “objectieve” en de “subjectieve” dringendheid, als gezegd, in dat onderscheid wordt gemaakt tussen datgene wat in zijn algemeenheid als dringende reden kwalificeert en de vraag of dat gedrag ook in een individueel geval als dringende reden kan worden aangemerkt. Die benadering lijkt me moeilijk te verenigen met de benadering die de Hoge Raad blijkens het voorgaande bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, zo dwingend voorschrijft; of dat zo is kan steeds enkel en alleen worden beoordeeld aan de hand van een afweging van alle omstandigheden van het individuele, voorliggende, geval. De Hoge Raad staat niet een tweetrapsraket voor waarin eerst, los van de omstandigheden van het voorliggende geval, wordt onderzocht of bepaald gedrag in zijn algemeenheid wel als dringende reden kwalificeert en pas als die vraag bevestigend is beantwoord, bekeken wordt of er wellicht in het voorliggende geval reden is om van dat uitgangspunt af te wijken. Er is sprake van een enkelvoudige toets, waarbij meteen en bij uitsluiting de omstandigheden van het geval beslissend zijn. De tweede leer is naar mijn mening eens te meer onjuist omdat hij miskent dat uit de rechtspraak volgt dat gedrag dat wellicht in zijn algemeenheid geen dringende reden oplevert – bijvoorbeeld: één keer te laat komen – dat in een individueel geval, gelet op de bijzondere omstandigheden daarvan, wel kan doen. In de benadering die de aanhangers van de tweede leer aanhangen is dat niet denkbaar: daar moet een dringende reden zowel in het algemeen (objectief), als in de omstandigheden van het geval (subjectief) een dringende reden zijn. Alleen als de reden zowel objectief als subjectief dringend is, is de ontslaggrond rechtsgeldig. Dat hoeft echter niet zo te zijn: er zijn regelmatig gevallen waarin iets wat in zijn algemeenheid geen dringende reden is, dat in de specifieke omstandigheden wel kan zijn. De wetsgeschiedenis heeft die mogelijkheid omarmd – zie hiervoor onder 4.3.3.1 – en de Hoge Raad ook, blijkens zijn vuistregels waarin hij aanneemt dat bepaald gedrag slechts onder bijzondere

omstandigheden een dringende reden kan zijn.¹⁵⁹ Dat zijn dus gevallen waarin, wederom: in de terminologie van de aanhangers van de tweede leer, de objectieve dringendheid ontbreekt en er wel sprake is van een geldige dringende reden. Een opgeblazen peuleschil kan, anders gezegd, in de specifieke omstandigheden wel degelijk een dringende reden zijn. De rechtspraak kent daarvan genoeg voorbeelden, met als één van de meest (in)fameuze exponenten de zaak rond de werknemer die werd ontslagen op staande voet wegens het eten van een handje pinda's uit een retour gekomen, geopende zak.¹⁶⁰ De specifieke omstandigheden zijn *het enige* wat voor de beoordeling van de dringende reden van betekenis is. Dat is wat de tweede leer miskent.

De derde stroming – de leer Loonstra/Zondag – waarin (i) onder het begrip objectiviteit van de dringende reden wordt verstaan dat de rechter de reden voor het ontslag, alle omstandigheden in aanmerking genomen, als een dringende reden moet aanmerken en (ii) onder de subjectiviteit van de dringende reden de onverwijldheidseis en de eis van gelijktijdige mededeling wordt verstaan, lijdt in de eerste plaats aan hetzelfde euvel als de eerste stroming. Hij is in zoverre achterhaald, dat de onverwijldheidseis thans een afzonderlijk wettelijk vereiste is, dat – anders dan tot de inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid – losstaat van de dringende reden, zodat het dogmatisch wat vreemd aandoet om de onverwijldheidseis nog steeds aan te merken als onderdeel van de dringende reden. Hetzelfde geldt met betrekking tot het scharen van de mededelingseis onder de subjectieve dringendheid: de mededelingseis is reeds sedert de inwerkingtreding van de Wet op de arbeids-overeenkomst in 1909 een afzonderlijk vereiste voor een rechtsgeldig ontslag op staande voet, dat geen deel uitmaakt van het begrip dringende reden.

De theorie van Lanting, die onder de subjectiviteit van de dringende reden zowel de onverwijldheidseis als de mededelingseis als de verplichting om bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet de persoonlijke omstandigheden van de werknemer mee te wegen, is in feite niet meer dan een combinatie van de voorgaande drie theorieën en behoeft in het licht van het voorgaande dan ook geen afzonderlijke bespreking meer. Waarom mij ook die benadering niet aanspreekt, volgt uit de bespreking van de bezwaren tegen de eerste drie theorieën.

Al het voorgaande in aanmerking genomen, lijkt het aangewezen om het verschil tussen de objectief en de subjectief dringende reden (of de objectiviteit en de subjectiviteit van de dringende reden) achter ons te laten. De begrippen en het verschil dat zij beogen tot uitdrukking te brengen zijn, afhankelijk van de inhoud die

159 Zie bijvoorbeeld HR 24 april 1964, NJ 1964, 266 en HR 8 oktober 1993, NJ 1994, 188, waarin werd overwogen: "Uitgangspunt voor het antwoord op de vraag of een beding als het onderhavige (dat de werknemer verplicht alle door hem ontvangen fooien aan zijn werkgever af te dragen en waarbij de werkgever deze geheel voor zichzelf behoudt) al dan niet in strijd is met art. 1637s lid 1, is beslissend of de fooien, indien zodanig beding niet is gemaakt, tot de 'overige inkomsten' – in de zin van voormelde bepaling – van de werknemer behoren. De rechtbank heeft laatstbedoelde vraag, kennelijk ervan uitgaande dat de fooien door de restaurantgasten niet waren bestemd voor anderen dan de werknemer zelf, terecht bevestigend beantwoord. Het niet nakomen door de werknemer van een met de wet strijdige en mitsdien nietige verplichting zal slechts onder bijzondere omstandigheden een dringende reden tot ontslag op staande voet opleveren."

160 Pres. Rb. Haarlem 17 oktober 2000, JAR 2001/9.

men eraan geeft, in het licht van de huidige wetstekst en de rechtspraak van de Hoge Raad inzake de manier waarop de dringende reden moet worden beoordeeld, op zijn best achterhaald en op zijn slechtst onjuist. Daarbij komt dat de begrippen, gelet op de verschillende uitleg die eraan wordt gegeven, verwarrend zijn. *Onnodig* verwarrend, want onder het regime van de sinds 1999 geldende wetstekst bestaat aan dit begrippenpaar geen behoefte meer. De wetstekst van art. 7:677 BW stelt drie eisen voor een rechtsgeldig ontslag: (i) onverwijld opzegging, (ii) gelijktijdige mededeling en (iii) een dringende reden. Of aan die met (iii) aangeduide eis is voldaan moet steeds worden beoordeeld aan de hand van een integrale, zo men wil “holistische”, weging van alle omstandigheden van het individuele geval. Die weging kan meebrengen dat iets wat vaak of in zijn algemeenheid een dringende reden is, dat in een specifiek geval niet is; maar evenzeer dat iets wat meestal of in zijn algemeenheid niet als zodanig kwalificeert, dat in de bijzondere omstandigheden van het geval wel is. Een onderscheid tussen een objectieve en een subjectieve dringende reden is dan ook overbodig, zo niet misleidend. Er is in de omstandigheden van het voorliggende geval een dringende reden of niet; dat is het enige wat ter beslissing voorligt. Zeker bij een toch al moeilijk onderwerp, lijkt het raadzaam de zaak niet onnodig nog complexer te maken.

4.5 De dringende reden en de omstandigheden van het geval

4.5.1 *Schrijver/Van Essen revisited; de gezichtspunten van de Hoge Raad*

In het hiervoor onder 4.3.3.4 reeds aangehaalde arrest *Schrijver/Van Essen* van 12 februari 1999 formuleerde de Hoge Raad als gezegd niet alleen de regel dat bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet alle omstandigheden van het individuele geval moeten worden betrokken, maar noemde hij ook een aantal gezichtspunten die in dat verband zoal meegewogen moeten worden:

“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 óf 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.”

Als relevante gezichtspunten worden dus aangemerkt:

1. De aard en de ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt
2. De aard van de dienstbetrekking

3. De duur van de dienstbetrekking en de wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld
4. De persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals zijn leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben.

In het navolgende wordt onder 4.5.2 tot en met 4.5.5 allereerst de betekenis onderzocht die blijkens de rechtspraak aan de bovenstaande gezichtspunten moet worden toegekend en wordt een aantal problemen besproken die zich in dat verband in de praktijk doen gevoelen. Daarna wordt, onder 4.6, ingegaan op de kritiek die de gezichtspuntendoctrine van de Hoge Raad en de naar aanleiding daarvan gewezen lagere rechtspraak ten deel is gevallen en wordt beoordeeld of die kritiek terecht is.

4.5.2 De aard en de ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt

4.5.2.1 Het vertrek(gezichts)punt

Waar het de *aard* van de dringende reden betreft, zou ik menen dat daaronder moet worden verstaan de *soort* van handelwijze, gedraging of eigenschap die aanleiding heeft gegeven tot het ontslag. Onder de *ernst* van datgene wat de werkgever als dringende reden aanmerkt, moet dan worden verstaan de *gradatie* waarin het tot het ontslag aanleiding gevende gedrag zich heeft voorgedaan, dan wel de *mate* waarin de eigenschap die daartoe aanleiding heeft gegeven, zich heeft geopenbaard.

In een bijdrage uit 2007 heeft Quist opgemerkt dat de Hoge Raad zou hebben overwogen dat “in de eerste plaats in de beschouwing dient te worden betrokken de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt.” Hieruit kan, zo vervolgt Quist, worden afgeleid dat de rechter gehouden zou zijn in ieder geval het eerste gezichtspunt in zijn beschouwing te betrekken.¹⁶¹ Ik ben het volkomen met Quist eens dat het niet goed voorstelbaar is, dat de rechter een oordeel kan geven over de vraag of zich een dringende reden voordoet zonder daarin de aard en de ernst van de dringende reden te betrekken. Sterker nog: uit de wetsgeschiedenis volgt dat, wil sprake zijn van een dringende reden, sprake moet zijn van een geval dat uitzonderlijk ernstig is. Zonder de aard en de ernst van de ontslaggrond vast te stellen, zal de rechter niet kunnen beoordelen of het vereiste *periculum in mora* aanwezig is. Een (naar zijn aard) ernstige gedraging of eigenschap is *conditio sine qua non* voor het aannemen van een dringende reden. Zie in dat verband ook hetgeen hiervoor onder 4.3.3.3 als eerste grondbeginsel ten aanzien van de dringende reden uit de rechtspraak van de Hoge Raad is afgeleid.

¹⁶¹ J.P. Quist, De gezichtspuntencatalogus bij ontslag op staande voet, wordt de Hoge Raad op de voet gevolgd?, ArA 2007/1, p. 15.

4.5.2.2 De aard van de gedraging; veel duidelijke lijnen, hier en daar onzekerheid

Beziet men de rechtspraak dan is het zo, dat daarin op veel gebieden duidelijke lijnen zijn te ontdekken tussen enerzijds gedragingen of eigenschappen die in beginsel *naar hun aard* wel als dringende reden kwalificeren en anderzijds gedragingen of eigenschappen die dat, naar hun aard, niet, of in mindere mate doen. Bij wijze van voorbeeld kunnen hier diefstal en verduistering in dienstbetrekking gepleegd worden afgezet tegen, om maar wat te noemen, misbruik van computerfaciliteiten op het werk om pornografische websites te bezoeken anderzijds. Beziet men de rechtspraak, dan wordt fraude/diefstal/verduistering vrijwel steeds als dringende reden aangemerkt.¹⁶² Alleen bij de echte “bagateldelicten” – waarop hierna nog

162 Zie in die zin ook W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, Van der Grinten. Arbeidsovereenkomstenrecht, Deventer 2011, p. 397, die opmerken dat fraude in het algemeen een dringende reden zal opleveren. Zie over deze lijnen in de rechtspraak ook S.F. Sagel en E. Verhulp, Onzekere tijden voor het ontslag op staande voet, in: S.F. Sagel en E. Verhulp, Voor De Laet, de Hoge Raad, Reeks VvA 34, Deventer 2005, p. 87 e.v. Deze lijn vindt overigens bevestiging in HR 20 april 2012, LJN: BV9532, waarin de Hoge Raad het oordeel van het Hof dat diefstal door winkelpersoneel een dringende reden vormde, mede gelet op het beleid dat de werkgever voerde, “alleszins begrijpelijk” noemde, ook al was sprake van nijpende persoonlijke omstandigheden. Zie voorts onder meer: Ktr. Utrecht 20 augustus 1997, JAR 1997/204; Ktr. Rotterdam 13 september 2002, JAR 2002/239; Ktr. Utrecht 9 mei 1995, JAR 1995/166; Rb. Haarlem 3 mei 1994, JAR 1994/165; Ktg. Rotterdam 17 december 1994, JAR 1994/262 (diefstal benzine); Rechtbank Amsterdam 21 december 1994, JAR 1995/31 (diefstal vleeswaren uit bedrijfskantine door schoonmaker, ondanks nijpende persoonlijke omstandigheden dringende reden), Ktg. Utrecht 9 mei 1995, JAR 1995/166 (diefstal winkelvoorraden); Ktg. Schiedam 8 juli 1997, JAR 1997/189 (diefstal blikjes frisdrank uit afgesloten kast ondanks waarschuwing); Ktg. Haarlem 17 oktober 2000, JAR 2001/9 (ontvreemden en oppeuzelen van enige retour gekomen nootjes door streng bedrijfsbeleid dringende reden); Ktr. Helmond 10 februari 2003, JAR 2003/80 (verduistering van één pen dringende reden); Ktr. Amsterdam 27 augustus 2003, Prg. 2003, 6163 (verduistering rok uit winkel); Ktr. Haarlem 10 maart 2004, LJN: AO9728 (frisdrank pakken zonder af te rekenen tijdens lunchpauze gepleegd dringende reden mede door duidelijk bedrijfsreglement); Ktr. Maastricht 6 april 2005, JAR 2005/108 (ontvreemden poststempel mede gezien duidelijke beleidslijn dringende reden); Vzgr. Groningen 25 januari 2006, LJN: AV1682 (poging diefstal drie pakjes shag); Ktr. Maastricht 25 augustus 2008, LJN: BV7639; Gem. Hof van Justitie NA en Aruba 6 maart 2009, LJN: BH8673; Ktr. Eindhoven 17 juli 2009, Prg. 2010, 143; Ktr. Heerenveen 3 februari 2010, RAR 2010/58 (meenemen pakje shag uit rokersruimte); Rechtbank Leeuwarden 17 augustus 2011, RAR 2011/154 (zonder toestemming meenemen van zaken in beginsel, ongeacht de waarde ervan, een dringende reden, behoudens bijzondere omstandigheden – die zich hier voordoen); Ktr. Almelo 24 februari 2012, LJN: BV6973 (verduistering geld van een verkochte telefoonkaart – EUR 5 – en fooi – EUR 1 – is dringende reden). Ktr. Haarlem 27 augustus 2004, LJN: AT0645 (diefstal van welk bedrag dan ook hoe dan ook ontoelaatbaar). Zie vooral ook HR 20 april 2012, LJN: BV9532, waarin de Hoge Raad het – anders dan A.-G. Huydecoper die tot vernietiging van het in cassatie bestreden arrest concludeerde – “alleszins” begrijpelijk acht dat diefstal door winkelpersoneel van een aantal afgeprijsde producten van geringe waarde als dringende reden is aangemerkt door het Hof. Zie voor uitzonderingen op de regel, waarin meestal gelet op de geringe omvang van het vergrijp, in combinatie met het ontbreken van een duidelijke beleidslijn of wegens de nijpende persoonlijke omstandigheden geen dringende reden werd aangenomen: HR 21 januari 2000, JAR 2000/45 (diefstal twee flessen motorolie kan wellicht geen dringende reden zijn, gelet op nijpende persoonlijke omstandigheden, Rechtbank heeft die omstandigheden ten onrechte niet meegewogen); Ktr. Haarlem 2 januari 2008, JAR 2008/26 (opeten van een paar retour gekomen cashewnootjes); Ktr. Leeuwarden 20 januari 2010, LJN: BL0363 (weggeven van één plakje kaas aan een collega, waarmee een hamburger tot cheeseburger wordt ge-upgrade wegens ontbreken boos opzet en geringe waarde geen dringende reden); Ktr. Amsterdam 18 juli 2006, JAR 2006/195 (meenemen zes flesjes bier geen dringende reden, werknemer is *first offender* en bovendien zouden de flesjes hoe dan ook door werknemers op kosten van de werkgever zijn opgedronken).

wordt teruggekomen – is de lagere rechtspraak verdeeld. Internetmisbruik daarentegen wordt naar zijn aard in beginsel *niet* als dringende reden aangemerkt, zodat alleen in bijzonder ernstige gevallen met extra verzwarende omstandigheden een dringende reden wordt geconstateerd.¹⁶³ Te denken valt aan het geval waarin een werknemer collega's (ongevraagd) trakteert op de vruchten van zijn digitale zoektochten, terwijl er een duidelijke regel is die het surfen naar erotische sites verbiedt. Hetzelfde geldt voor, om maar wat te noemen, incidenteel te laat komen. Ook dat wordt naar zijn aard in het algemeen als onvoldoende beschouwd voor de conclusie "dringende reden".¹⁶⁴ Zo wordt ook gedacht over het missen van de geschiktheid om het werk te doen.¹⁶⁵ Een werknemer die "gewoon" disfunctioneert, omdat hij niet *up to the job* is, behoort in beginsel niet om die reden op staande voet ontslagen te worden. Daarvoor zijn de reguliere beëindigingsroutes voorgeschreven. Daarnaast zijn er bepaalde misdragingen waarbij het beeld veel minder eenduidig is. In sommige gevallen ligt dat eraan dat de aard van een gedraging klaarblijkelijk verschillend getaxeerd wordt in de rechtspraak. Een voorbeeld daarvan vormt, naar mijn mening, seksuele intimidatie; dat is een ontslaggrond waar de ene rechter geheel anders tegenaan kijkt dan de andere. Er is een strenge en een "softe" lijn.¹⁶⁶

163 Zie: Ktr. Almelo 30 september 1999, Prg. 1999, 5365; Ktr. Haarlem 16 juni 2000, JAR 2000/170; Ktr. Utrecht 13 juli 2000, JAR 2000/199 (zelfs geen verandering in de omstandigheden); Ktr. Hilversum 6 september 2000, JAR 2000/216, met noot Verhulp, die eveneens aangeeft dat het misbruik van internet geen dringende vormt, maar meestal wel een verandering in de omstandigheden; Rb. Haarlem 15 februari 2002, JAR 2002/55; Ktr. Rotterdam 7 juni 2004, JAR 2004/156; Ktr. Utrecht 31 maart 2008, NJF 2008, 298; Rb. Maastricht 1 oktober 2009, LJN: BJ9222 (ondanks protocol geen dringende reden, ernstige waarschuwing was meer op zijn plaats geweest); Ktr. Utrecht 14 oktober 2009, JAR 2009/296 (ondanks protocol geen dringende reden, mede omdat er – de werknemer was advocaat – geen duidelijk onderscheid meer was tussen werk en privé); zie voorts o.a.: Ktg. Sittard 3 december 2001, JAR 2002/105; Ktg. Sittard 21 december 2001, JAR 2002/28; Ktr. Alkmaar 27 juni 2002, JAR 2002/171; Ktr. Tilburg 12 juni 2003, JAR 2003/176; Ktr. Den Haag 3 oktober 2002, JAR 2002/269; Ktr. Haarlem 3 april 2003, JAR 2003/117; Ktr. Venlo 27 juni 2003, JAR 2003/217; Ktr. Amsterdam 17 juni 2005, JAR 2005/177. Anders Ktr. Haarlem 4 augustus 2005, LJN: AU2880 – wel dringende reden wegens duidelijk protocol en individuele waarschuwing; Rb. Arnhem 27 maart 2012, LJN: BW0238 (bezoek seks- en goksites dringende reden wegens internetprotocol). Zie ook R.E.G. Scheepstra, Email- en internetmisbruik door werknemers, ArbeidsRecht 2001, 2, die opmerkt: "Geldt er binnen de organisatie van de werkgever geen gedragscode, dan is een ernstige waarschuwing voor de gevolgen van misbruik aan het adres van de werknemer wel op zijn plaats. In deze laatste situatie en ook in het geval dat de werkgever zelf de gedragscode niet consequent handhaaft, levert misbruik van e-mail en internet echter géén dringende reden op." D.E. Pauw, De werkvloer; het 'thuis' van de werknemer?, Praktisch Procederen, 2007/6, p. 169, r.k.

164 Zie voor incidenteel te laat komen: R.M. Beltzer, Rechtspraak ontslag op staande voet, Kluwer: Deventer 2004, p. 14. Praktijkids Arbeidsrecht 2007, Deventer: Kluwer, p. 459; J. Dop, L.H. van den Heuvel (red.), Handboek Ontslagrecht, Apeldoorn: Maklu, p. 110. Zie voor rechtspraak waarin (incidenteel) te laat komen geen dringende reden opleverde: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 9 december 2008, LJN: BG6625; Ktg. Amsterdam 27 augustus 1997, JAR 1997/210; Ktr. Rotterdam 19 februari 1985, Prg. 1985, 2342; Ktr. Beetsterzwaag 10 januari 1984, Prg. 1984, 2058. Dit kan anders zijn wanneer een werknemer bij herhaling te laat komt en daarvoor keer op keer is gewaarschuwd. Ktr. Dordrecht 19 mei 2005, Prg. 2005, 105; Rb. 's-Gravenhage 26 juni 1974, Prg. 1975, 1020.

165 Rb. Arnhem 18 juli 2003, LJN: AI1617; Hof Den Bosch 31 mei 2005, RAR 2005/101 (met name rov.4.6); Ktr. Dordrecht 26 oktober 2006, RAR 2007/21 (disfunctioneren geen dringende reden, mede gelet op het ontbreken van duidelijke waarschuwingen); Ktr. Almelo 17 december 2009, LJN: BK7673; Hof Den Bosch 17 mei 2011, LJN: BQ5308 (werkgever kon niet volstaan met enkel signaleren van achterblijvende prestaties, maar had gericht dienen aan te geven wat er verbeterd moest worden en hoe hij dit ging begeleiden. Nu dat niet is gebeurd, geen dringende reden).

166 Zie in dit verband hierna onder: 4.7.4.

Anderzijds zijn er ook ontslaggronden, zoals de weigering van een redelijke opdracht, die weliswaar naar hun aard een dringende reden *kunnen* opleveren, maar waarbij die aard van de ontslaggrond toch niet zo richtingwijzend is omdat het geheel van de ernst van de weigering afhangt of deze een dringende reden oplevert.

4.5.2.3 *De ernst van de gedraging; het eminente belang van waarschuwingen en gedragsregels*

Beziet men de rechtspraak, dan komt daaruit het beeld naar voren dat bij de taxatie van de ernst van een gedraging veel gewicht wordt toegekend aan waarschuwingen die de werkgever de werknemer heeft verstrekt.¹⁶⁷ Het kan daarbij zowel gaan om waarschuwingen die de werknemer zelf zijn verstrekt naar aanleiding van eerdere misstappen – individuele waarschuwingen – als om generieke waarschuwingen, vervat in door de werkgever gehanteerde gedragsregels die inhouden dat bepaald gedrag niet toelaatbaar is. Bij dat laatste kan worden gedacht aan interne instructies in personeelshandboeken, waarschuwingen die op mededelingsborden zijn geplaatst, vingerwijzingen die in personeelskrantjes worden gedaan e.d., waaruit volgt dat bepaald gedrag binnen de onderneming ontoelaatbaar is.

Het gewicht dat bij de beoordeling van de ernst van een dringende reden aan eerdere waarschuwingen en algemene instructies wordt gehecht, is zeer groot. Een gewaarschuwd werknemer telt bij veel rechters niet voor twee, maar (minstens) voor drie.¹⁶⁸ Dat blijkt met name uit de rechtspraak waarin met regelmaat in absolute zin wellicht relatief onschuldige overtredingen toch als dringende reden worden aange-merkt, juist vanwege het feit dat de werknemer al eerder over dezelfde schreef is gegaan en daarvoor is gewaarschuwd, of omdat de werkgever ter zake een streng beleid voert dat door middel van gedragsregels aan de werknemers is verduidelijkt.¹⁶⁹

In de rechtspraak van de Hoge Raad valt zonder meer steun te vinden voor deze benadering; door hem is erkend dat zowel (i) individuele waarschuwingen naar aanleiding van eerdere misstappen, (ii) individuele waarschuwingen vooraf zonder zo een eerdere misstap, als (iii) algemene gedragsregels een verzwarend effect kunnen hebben op de beoordeling of zich een dringende reden voordoet.

In de eerste categorie valt het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Wickel/Klene*. Daarin was sprake van het ontslag op staande voet van een werknemer die een aantal keren huisregels inzake roken en het nemen van pauze had overtreden.¹⁷⁰ Hij had daarvoor bij herhaling waarschuwingen ontvangen, laatstelijk met de aantekening

167 Quist heeft opgemerkt dat hij zich afvraagt of eventuele eerdere waarschuwingen thuishoren bij het gezichtspunt van de ernst van de gedraging. Waarom hij zich dat afvraagt, blijft onbesproken. Hij bespreekt eerdere waarschuwingen als afzonderlijk gezichtspunt en constateert eveneens dat het daarbij gaat om een belangrijk aspect in de beoordeling. Onze opvattingen ter zake lopen materieel dan ook niet daadwerkelijk uiteen, als ik het goed zie. J.P. Quist, *De gezichtspunten-catalogus bij ontslag op staande voet*: wordt de Hoge Raad op de voet gevolgd, *ArA* 2007/1, p. 24.

168 Hof Leeuwarden 23 juni 2004, *JAR* 2004/188; verduistering brandstof dringende reden waarbij schriftelijke waarschuwing voor het Hof zwaar weegt.

169 Ktr. Rotterdam 26 juli 2006, *Prg* 2006, 154 (weglopen bij bespreking had dringende reden kunnen zijn, indien vooraf gewaarschuwd was).

170 HR 20 juni 2003, *NJ* 2003, 523 en *JAR* 2003/179. Zie ook conclusie A.G. Wuisman voor HR 14 maart 2008, *JOL* 2008, 198 onder 2.11.

dat bij een volgende overtreding ontslag op staande voet zou volgen. Toen de werknemer daarna weer de pauzeregeling overtrad, voegde de werkgever de daad bij het woord. De Rechtbank achtte dat, ondanks de gelet op de leeftijd van de werknemer bijzonder ernstige gevolgen, gewettigd waarbij de gegeven waarschuwingen een belangrijke schakel in de redenering vormden. De Hoge Raad meende dat dat niet van een onjuiste rechtsopvatting getuigde.¹⁷¹

Dat ook aan aanwijzingen die de werkgever vooraf op individuele basis heeft gegeven *zonder dat daaraan een overtreding ten grondslag ligt*, een verzwarend effect mag worden toegekend, volgt uit een arrest van de Hoge Raad van 7 december 1984, dat draaide om het ontslag van een hovenier wegens het bijklussen buiten de baas om. De werkgever had bij ondertekening van de arbeidsovereenkomst duidelijk gemaakt dat hij dat, anders dan de vorige werkgever, niet aanvaardbaar achtte. Toen het toch geschiedde, volgde meteen ontslag op staande voet. In cassatie werd vergeefs betoogd dat een waarschuwing pas dan gewicht in de schaal kan leggen, wanneer daaraan een concrete misstap van de werknemer ten grondslag ligt. De Hoge Raad besliste dat het feit dat de werkgever aan de werknemer vooraf op individuele basis duidelijk heeft gemaakt, dat hij bepaald wangedrag niet wenst te tolereren, er zonder meer toe kan bijdragen dat wanneer dat wangedrag toch wordt vertoond, meteen de eerste keer sprake is van een dringende reden.¹⁷²

Het *Hyatt-arrest* van 14 september 2007 bevestigt tot slot dat ook algemene instructies of gedragscodes een verzwarend effect hebben.¹⁷³ In die zaak, die draaide om het ontslag van een horeca-medewerkster van het Hyatt hotel op Aruba wegens overtreding van een *drugfree workplace code*, werd in cassatie onder meer geklaagd dat het Hof zou hebben miskend dat de werkgever met een minder zware sanctie had kunnen volstaan. De Hoge Raad verwierp die klacht met de navolgende overweging:

“3.4.6. Voorzover in onderdeel 2.2 wordt geklaagd dat met een minder zware sanctie had kunnen worden volstaan, ziet de klacht eraan voorbij dat Dirksz niet ontslagen is alleen wegens de positieve drugstest, maar op grond van de combinatie van die test en de weigering van het volgen van een rehabilitatieprogramma, *terwijl het hof in dit verband van belang heeft kunnen achten dat in het kader van de hiervoor in 3.1 ii bedoelde training Hyatt zich ervan heeft overtuigd dat de strekking en de gevolgen van het stringente antidrugsbeleid voldoende bekend zijn bij de werknemers.*”

Cursivering SFS

De Hoge Raad gaf daarmee aan dat het Hof met juistheid had geoordeeld dat de overtreding van de anti-drugs code juist een dringende reden opleverde, omdat het hotel de inhoud van die code en het belang van naleving daarvan met nadruk bij zijn personeel had “ingepeperd”. Er was daarover voorlichting gegeven – zowel schriftelijk als mondeling – en de gevolgen van overtreding waren eveneens vooraf duidelijk gecommuniceerd.

171 Zie in gelijke zin ook HR 27 februari 1987, NJ 1987, 585 en HR 2 april 2004, JAR 2004/115.

172 HR 7 december 1984, NJ 1985, 315.

173 HR 14 september 2007, JAR 2007/250.

Beziet men de bovenstaande uitspraken, dan komt daaruit niet het beeld naar voren dat de Hoge Raad een verschil aanbrengt in gewicht tussen enerzijds individuele waarschuwingen die naar aanleiding van een eerdere misstap zijn gegeven, en waarschuwingen die besloten liggen in door de werkgever vastgestelde gedragscodes. Dat daartussen geen verschil wordt gemaakt, is goed verdedigbaar: in de kern gaat het immers in al die gevallen om hetzelfde, te weten dat de werkgever duidelijk maakt dat hij bepaald gedrag niet (meer) wil hebben en dat hij daartegen dus zal optreden.

Overigens moet de hiervoor besproken rechtspraak niet aldus worden misverstaan dat een voorafgaande waarschuwing *altijd* meebrengt dat sprake is van een dringende reden. Ook na een waarschuwing zal een ontslag op staande voet nimmer een automatisme mogen zijn. Een Amerikaans aandoend *three strikes and you're out-systeem* heeft dan wellicht de charme van de eenvoud, de werkgever die daarop vertrouwt en bij de derde overtreding niet meer naar de overige omstandigheden van het geval kijkt, moet niet vreemd opkijken dat de rechter toch een keertje anders oordeelt.¹⁷⁴

Het enkele feit dat de werkgever in het verleden naar aanleiding van een eerdere misstap heeft gewaarschuwd of preventief gedragsregels heeft uitgevaardigd, brengt zelfs niet *altijd* een (ten voordele van de werkgever) verzwarend effect mee in de beoordeling of zich een dringende reden voordoet. Voorwaarde voor dat verzwarend effect is wel dat de gestelde regels of de gegeven waarschuwing *redelijk* zijn (geweest). Was een individuele waarschuwing bijvoorbeeld achteraf ten onrechte gegeven omdat de werknemer zich niet aan het gewraakte gedrag had schuldig gemaakt, dan zal dat aan het gewicht van die waarschuwing kunnen afdoen, zo volgt uit een arrest van de Hoge Raad van 31 maart 1978.¹⁷⁵ Dat arrest moet overigens naar mijn mening niet aldus worden misverstaan dat een waarschuwing die aan een werknemer is gegeven hoewel hij zich toen niet aan het gewraakte gedrag schuldig had gemaakt, helemaal geen gewicht in de schaal kan leggen. De werkgever heeft immers met die waarschuwing hoe dan ook duidelijk gemaakt dat hij het gedrag waarvan hij ten onrechte meende dat de werknemer zich eraan had schuldig gemaakt, niet wil hebben.

Evenmin kan het zo zijn dat een werkgever door te waarschuwen tegen bepaald gedrag dat naar zijn aard geen dringende reden behoort op te leveren – bijvoorbeeld omdat de werkgever zich er niet mee behoort te bemoeien – aan dat gedrag alsnog het karakter van een dringende reden kan geven. Men denke aan het “voorschrift” van een pizzeria-exploitant dat zijn werknemers slechts in een rode auto van een Italiaans merk naar de zaak mogen komen, omdat de werkgever rood een mooie kleur vindt en de Italiaanse automobiellindustrie een warm hart toedraagt. In die zin heeft zich ook A.-G. Franx uitgelaten in zijn conclusie voor het hiervoor genoemde arrest van 7 december 1984; een waarschuwing om bepaald gedrag achterwege te laten mag zijns inziens ook gegeven worden als de werknemer nog geen misstap heeft begaan,

174 Ktr. Gouda 12 december 2002, KG 2003/27.

175 Zie HR 31 maart 1978, NJ 1978, 326.

maar wat wel vereist is, is een redelijke grond voor die aanwijzing.¹⁷⁶ Maar, zo zou ik menen, bij de beoordeling of gestelde voorschriften – en naar aanleiding daarvan gegeven waarschuwingen – redelijk zijn, past de rechter wel enige terughoudendheid. Vanzelfsprekend zal de werkgever bij het stellen van dergelijke gedragsvoorschriften binnen de grenzen moeten blijven van hetgeen de wet, art. 7:611 BW daaronder begrepen, toelaat. Het instructierecht van art. 7:660 BW brengt dat nu eenmaal met zich.¹⁷⁷ Of de werkgever binnen die grenzen is gebleven, zal de rechter dan ook ten volle kunnen toetsen. Maar *binnen* die grenzen is respect voor het *managerial prerogative* op zijn plaats; het is immers in beginsel aan de werkgever om te beslissen hoe hij zijn onderneming inricht en dat betekent dat de werkgever zijn instructiebevoegdheid daartoe ook mag aanwenden zoals het hem goedgevindt.¹⁷⁸ Wil een onderneming een streng beleid voeren tegen bijvoorbeeld fraude en wordt om die reden keer op keer door de werkgever benadrukt dat fraude streng zal worden aangepakt, dan is dat – in zichzelf – een alleszins redelijke keuze en zal van die mededelingen dus ook een verzwarend effect uitgaan bij de beoordeling van de ernst van de zaak wanneer ondanks de gegeven waarschuwingen toch fraude wordt gepleegd.

4.5.2.4 Gedragsregels bij CAO of met de medezeggenschap overeengekomen

Zoals hiervoor is opgemerkt, kan uit de rechtspraak van de Hoge Raad niet worden afgeleid dat bij de beoordeling van een dringende reden verschil wordt gemaakt in het gewicht van een waarschuwing, al naar gelang die op individuele basis is gegeven (naar aanleiding van een misstap) of besloten ligt in een door de werkgever vastgestelde gedragsregel die voor het gehele personeel, of een deel daarvan, geldt. Dat daartussen geen principieel verschil wordt gemaakt, is – naar hiervoor werd aangegeven – verdedigbaar omdat deze waarschuwingen gemeen hebben dat de werkgever daardoor eenzijdig aangeeft wat hij niet wil hebben binnen zijn onderneming.

176 “Bedoeld zijn vooral gevallen waarin onbenulligheden bij voorbaat, door een waarschuwing, worden opgeblazen tot dringende redenen. (...) Niet iedere wanprestatie van de werknemer levert een dringende ontslagreden op (...), m.i. ook niet wanneer de werkgever de desbetreffende gedraging bij voorbaat tot dringende reden heeft bestempeld en dat aan de werknemer heeft meegedeeld. Zulks leidt er echter niet toe dat een voorafgaande waarschuwing altijd op een concrete feitelijke misdraging van de werknemer moet slaan. Voldoende is naar mijn mening dat de waarschuwing niet zomaar uit de lucht is komen vallen, anders gezegd: dat er een redelijke aanleiding voor zo’n waarschuwing was.”

177 Zie over dat instructierecht met name W.A. Zondag, *Gezagsuitoefening in relatie tot het directierecht en de bevoegdheid tot het opleggen van disciplinaire sancties*, in: *De werkgever in beweging*, Den Haag 2009, p. 21 e.v.; C.J. Loonstra, en W.A. Zondag, *Het instructierecht*, in: C.J. Loonstra en W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht 2008/2009*, deel 1.

178 Zie Ktg. Den Haag 24 september 1992, JAR 1992/136 (beleidsvrijheid om te reorganiseren); Ktr. Haarlem 29 juli 2008, LJN: BD8957 (beleidsvrijheid werkgever om organisatie zo in te richten als haar goedgevindt); Ktr. Middelburg 20 mei 2010, LJN: BO9036 (beleidsvrijheid om een bepaald onderdeel van onderneming te verkopen); Ktr. Nijmegen 30 september 2009, LJN: BJ9358 (beleidsvrijheid werkgever om afdeling te sluiten, maar beleidsvrijheid wordt begrensd door goed werkgeverschap); Hof Arnhem 26 juli 2011, JAR 2011/241 (rov. 5.5; beleidsvrijheid van ondernemer brengt mee dat hij in beginsel vrij is onderneming zo efficiënt te maken als hem goedgevindt), Hof Amsterdam 15 juni 2010, JAR 2010/179 (voorschrift om geen zichtbaar kruis te dragen).

Wel denk ik dat bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet een (verdere) verzwaring van het gewicht van een voorafgaande waarschuwing optreedt wanneer die waarschuwing besloten ligt in een gedragsregel die niet eenzijdig door de werkgever, maar in samenwerking met de medezeggenschap of zelfs bij kracht van CAO tot stand is gebracht. Hetzelfde zal hebben te gelden als sprake is van een individuele waarschuwing die is opgelegd na goedkeuring door, of in samenwerking met, een paritair samengesteld beroepsorgaan. Dat kan als volgt worden toegelicht.

Vooropgesteld zij, dat zelfs wanneer partijen *overeenkomen* dat bepaald gedrag een dringende reden *zal* opleveren – bijvoorbeeld doordat een werknemer een door de werkgever opgestelde brief of notitie waarin dat is vastgelegd, voor akkoord tekent – die afspraak niet afdwingbaar is. In een arrest van 24 februari 1995 besliste de Hoge Raad dat de Rechtbank terecht ervan was uitgegaan dat partijen niet rechtsgeldig kunnen overeenkomen dat bepaald gedrag een dringende reden zal opleveren. Ten nadele van de werknemer kan niet rechtsgeldig worden bedongen wat in afwijking van de wet tussen partijen bij een arbeidsovereenkomst als dringende reden voor ontslag van de werknemer zal gelden.¹⁷⁹ De werknemer mag, anders gezegd, niet worden beroofd van de bescherming die de wet hem biedt doordat het uiteindelijke oordeel of zich alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen een dringende reden voordoet, bij de rechter is neergelegd.¹⁸⁰ Maar dat laat onverlet, zo ligt in het arrest eveneens besloten, dat de betreffende afspraak wel als *feitelijk* gegeven gewicht in de schaal kan leggen, als één van de omstandigheden in de zojuist genoemde afweging door de rechter.

In het verlengde hiervan denk ik dat het feit dat een in een gedragsregel besloten liggende waarschuwing is overeengekomen met de medezeggenschap of met representatieve vakorganisaties bij CAO, een verzwarend effect heeft op het belang van dat gezichtspunt in de beoordeling of zich een dringende reden voordoet.¹⁸¹ Zulks omdat in dat geval, juist door betrokkenheid van de medezeggenschap dan wel de vakorganisaties bij de totstandkoming van de desbetreffende waarschuwing, mag worden aangenomen dat het in die onderneming – of bij een bedrijfstak-CAO zelfs: binnen die bedrijfstak – tot op grote hoogte *communis opinio* is dat bepaald gedrag niet door de vingers kan worden gezien. Uit de vastlegging in de CAO of de instemming van de medezeggenschap blijkt, anders gezegd, dat dat niet alleen een “werkgeversstandpunt” is. Dat is van belang, omdat bij de beoordeling wat een dringende reden vormt, door de rechter natuurlijk ook rekening moet worden gehouden met hetgeen binnen de onderneming, dan wel de bedrijfstak als toelaatbaar wordt beschouwd. Zijn werkgever(s) vertegenwoordigers en werknemersvertegenwoordigers het erover eens dat bepaald gedrag niet acceptabel is dan is dat, zo zou ik menen, van meer gewicht dan wanneer een werkgever eenzijdig bepaalt dat hij bepaald

179 HR 24 februari 1995, NJ 1995, 450. Zie daarover ook M.G. Rood, Ontslag op staande voet, ziekte en de Hoge Raad, NJB 1983, p. 1103. Zie daarover ook hierna onder: 4.7.6.3 bij de bespreking van de rol van het vertrouwensbeginsel bij de beoordeling van de dringende reden.

180 Zie hierover ook: J. Riphagen, Problemen rond het ontslag op staande voet: de dringendheid, de gemaakte afspraken en de niet genoemde reden, AA 1995, p. 895, l.k.

181 Zie over het belang van de representativiteit van de vakorganisaties: S.F. Sagel, Representativiteit van vakbonden en gebondenheid van werknemers aan cao's, ArbeidsRecht 2006, 8/9, p. 23-42.

gedrag niet acceptabel *vindt*. Een arrest van het Amsterdamse Gerechtshof van 2009 bevestigt dat beeld tot op zekere hoogte.¹⁸² Daarin stond de vraag centraal of een werknemer, werkzaam in een vertrouwensfunctie in de bagageafhandeling op Schiphol, op staande voet mocht worden ontslagen nadat zijn Schipholpas was ingetrokken (in verband met de verdenking van betrokkenheid bij malversaties). In de toepasselijke CAO was vermeld dat een dienstverband kan eindigen “Na intrekking en/of weigering (geïnitieerd door derden) van de voor de functieuitoefening benodigde licenties, hetgeen als dringende reden wordt beschouwd”. De werkgever beriep zich ter onderbouwing van zijn standpunt dat de intrekking van de pas een dringende reden opleverde op de CAO. Het Hof overwoog op dit punt dat de betreffende bepaling in de CAO bij de beoordeling van de gerechtvaardigdheid van het ontslag zonder meer een rol speelde. Hoewel de bepaling niet automatisch meebracht dat het niet beschikken over de benodigde licenties een dringende reden oplevert, werd met de CAO-bepaling wel het *zwaarwegende* belang van de werkgever bij die licenties benadrukt. Hoewel een afweging van de omstandigheden van het geval het Hof er uiteindelijk toe bracht om desondanks geen dringende reden aan te nemen, bevestigt dit arrest dus dat een in een CAO-bepaling vervatte waarschuwing dat bepaald gedrag als dringende reden zal worden aangemerkt, bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, veel gewicht in de weegschaal kan leggen. Overigens haast ik me bij het voorgaande aan te tekenen dat het verschil in gewicht dat bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet toekomt aan enerzijds gedragsregels die eenzijdig door de werkgever zijn vastgesteld en anderzijds bij CAO vastgelegde regels ter zake van het bestaan van een dringende reden, niet moet worden gezien als een tegenstelling, waarbij aan de eerstgenoemde regels weinig en aan de tweede groep veel gewicht toekomt. Het zal, veeleer, gaan om het verschil tussen veel en nog meer invloed.

Sommige CAO's of personeelsreglementen bevatten bepalingen op grond waarvan een waarschuwing slechts na toetsing van de gerechtvaardigdheid daarvan door een paritair samengestelde commissie kan worden opgelegd. Is een waarschuwing met zulke waarborgen omgeven, dan zal daarvan – langs de hiervoor bedoelde lijnen – eveneens een extra verzwarend effect kunnen uitgaan bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet.

4.5.2.5 *Moet de waarschuwing onderdeel zijn van de opgegeven ontslaggrond?*

Blijkens het voorgaande is er een duidelijke lijn in zowel de rechtspraak van de Hoge Raad als de lagere jurisprudentie die inhoudt dat bij de beoordeling van de ernst van de gedraging – en in het verlengde daarvan: bij de beoordeling van de vraag of zich een dringende reden voordoet – veel gewicht toekomt aan door de werkgever gegeven waarschuwingen en door hem gestelde gedragsregels. Ik meen dat die lijn in de rechtspraak juist is. Is een redelijke waarschuwing gegeven en vertoont de werknemer het desbetreffende gedrag toch, dan is dat in die zin een verzwarend

¹⁸² Hof Amsterdam 6 oktober 2009, RAR 2010/113. Zie anders – en naar mijn mening onjuist – Ktr. Haarlem 14 maart 2008, RAR 2008/82, waarin bij de beoordeling volledig voorbij werd gegaan aan de desbetreffende CAO-bepaling.

factor, dat de werknemer niet alleen het gewraakte gedrag zelf vertoont, maar ook de instructie van de werkgever niet opvolgt. Er is geen sprake meer van een “kale misstap”, maar van een *misstap* die wordt gecombineerd met een *insubordinatie*. Dat maakt van de misstap een gekwalificeerde misstap. Er is om die reden meer aan de hand dan wanneer de werknemer niet gewaarschuwd is en er zal om die reden eerder ontslag kunnen volgen. Dat werpt dan wel de vervolgvraag op of de werkgever, wanneer hij zich in rechte wil beroepen op het feit dat de werknemer gewaarschuwd was, zodat de ontslaggrond om die reden extra ernstig was, zulks ook bij het geven van het ontslag moet hebben meegedeeld, althans zulks bij het geven van het ontslag in ieder geval onmiddellijk duidelijk moet zijn geweest.¹⁸³

Ik meen dat die vraag, in het licht van het voorgaande, in beginsel inderdaad bevestigende beantwoording verdient en wel omdat – gezien langs de voorstaande lijn – de werkgever die de werknemer verwijt *ondanks waarschuwing* bepaald gedrag te hebben vertoond, de werknemer daarmee wegens een andere, zo men wil: gekwalificeerde, ontslaggrond ontslaat dan het *enkele* wangedrag op zichzelf beschouwd. Dat ook de wetgever een onderscheid ziet tussen een gewone misstap en een misstap *ondanks waarschuwing*, wordt duidelijk uit de tekst van art. 7:678 lid 2 sub c, g en h BW, waarin is bepaald dat sommige gedragingen (in beginsel pas) als dringende reden kunnen worden aangemerkt als zij *ondanks waarschuwing* hebben plaatsgevonden. Slaat men de wetsgeschiedenis erop na, dan blijkt dat er in de Tweede Kamer met name *in extenso* is gedebatteerd over de vraag waarom het *zich overgeven aan dronkenschap* pas na een waarschuwing als zodanig ernstig is aan te merken, dat het als dringende reden kwalificeert. Daarbij speelde onder meer een rol, dat “dikwijls (...) de patroon ten minste even liederlijk als de gezel” is. Vanuit SDAP-hoek werd betoogd dat nu werkgevers vaak het verkeerde voorbeeld gaven, ja zelfs hun werklieden gewend lieten raken aan dronkenschap, een herhaalde waarschuwing vereist was om het zich overgeven aan dronkenschap een dringende reden te laten zijn. Uiteindelijk werd het een compromis: in de wet werd opgenomen dat het zich na waarschuwing overgeven aan dronkenschap een dringende reden kan opleveren.¹⁸⁴

Ik zou menen dat nu de ontslaggrond dat iemand na waarschuwing een bepaalde misstap begaat materieel een andere ontslaggrond is dan dat iemand die misstap zonder waarschuwing begaat, dat impliceert dat wanneer de werkgever zich in een procedure, ter onderbouwing van de ernst van de zaak, wil beroepen op een eerdere waarschuwing, die eerdere waarschuwing wel deel moet hebben uitgemaakt van de opgegeven ontslaggrond, althans het de werknemer – naar hiervoor onder 3.3.3 is uitgewerkt – bij het ontslag onmiddellijk duidelijk moet zijn geweest dat hij mede wegens de eerdere waarschuwing werd ontslagen. Voert een werkgever een helder beleid, waarbij keer op keer wordt ingeprent welk belang de werkgever hecht aan de door hem gestelde gedragsregels en wat die regels behelzen, of heeft de werknemer vlak voordat hij de misstap die de directe aanleiding voor het ontslag was beging een waarschuwing gehad, dan zal de rechter vrij snel kunnen aannemen dat die vereiste duidelijkheid (onmiddellijk) bestond, ook als de werkgever die eerdere

183 Zie hiervoor in hoofdstuk 3.

184 Bles, IV, p. 126, p. 135, p. 140.

waarschuwing niet met zoveel woorden in de ontslagaanzegging heeft benoemd. Vanzelfsprekend strekt het tot aanbeveling om het daarop niet aan te laten komen; een voorafgaande waarschuwing verankeren in de ontslagbrief verdient bepaald de voorkeur.¹⁸⁵

4.5.2.6 *Een algemene waarschuwingsplicht als conditio sine qua non voor de dringende reden?*

Een laatste vraag die opkomt wanneer men het gewicht beziet dat in de rechtspraak bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, nu al wordt toegekend aan eerdere waarschuwingen van de werkgever, is of die lijn in de rechtspraak niet nog verder moet worden doorgetrokken. Zulks in die zin dat moet worden aangenomen dat de werkgever, wil hij op staande voet kunnen ontslaan, vooraf *moet* hebben gewaarschuwd dat hij het desbetreffende gedrag als dringende reden aanmerkt, althans minst genomen *moet* hebben laten weten dat dat gedrag (streng) verboden is binnen zijn onderneming. Een voorafgaande waarschuwing zou dan in wezen tot *conditio sine qua non* voor het kunnen aannemen van een dringende reden worden bestempeld.

Enige steun voor die – verstrekkende – gedachte kan worden ontleend aan de recente rechtspraak van de Hoge Raad, waarin op grond van het bepaalde in art. 7:611 BW soms verstrekkende informatieverplichtingen op de werkgever zijn gelegd, zodat de werknemer weet waar hij aan toe is, zijn positie kan bepalen, en zijn gedrag daarop kan afstemmen.¹⁸⁶ Zo moet de werkgever de werknemer die betrokken is bij een overgang van onderneming volledig informeren over zijn rechten in dat verband. Is een goed beeld, zo kan men zich afvragen, van hetgeen de werkgever als een dringende reden beschouwt niet minstens even belangrijk voor die werknemer? En betekent dat dan niet dat de werknemer ook op dat punt – te weten wat de werkgever als gronden voor ontslag op staande voet beschouwt – volledig en vooraf moet worden geïnformeerd door de werkgever, wil die werkgever tot ontslag op staande voet op één van die gronden overgaan?

Zo ver wil de Hoge Raad, als ik het goed zie, (vooralsnog) niet gaan bij de dringende reden. Dit lijkt afgeleid te kunnen worden uit het arrest *Van der Wal/Junius* uit 1996. Daarin besliste de Hoge Raad dat het enkele feit dat een werknemer zich *niet eerder* aan werkweigering schuldig had gemaakt (en deswege dus ook niet gewaarschuwd is) en ook voor het overige terug kon kijken op een brandschoon arbeidsverleden, niet betekende dat hij niet wegens die eerste weigering op staande voet zou kunnen worden ontslagen. Een strakke sub- of vuistregel dat “de enkele omstandigheid dat het de eerste maal is dat de werknemer zich aan een dergelijke weigering schuldig maakt, al dan niet in verbinding met het feit dat de werknemer in het verleden steeds naar tevredenheid heeft gefunctioneerd, steeds of in de regel heeft te gelden als (...) bijzondere omstandigheid, die eraan in de weg staat die weigering als

¹⁸⁵ Zie nader Hoofdstuk 3 over de formulering van de ontslaggronden.

¹⁸⁶ HR 18 maart 2005, NJ 2009, 328; HR 26 oktober 2007, NJ 2008, 504; HR 26 juni 2009, NJ 2011, 154.

een dringende reden aan te merken” achtte de Hoge Raad onjuist, omdat deze te zeer “de redelijkerwijs aan de werkgever te laten beoordelingsvrijheid” zou beperken.¹⁸⁷

Die benadering van de Hoge Raad komt mij juist voor en het aanvaarden van een harde subregel als hiervoor gesuggereerd – geen dringende reden zonder voorafgaande waarschuwing – ongewenst. In de eerste plaats volgt noch uit de wetsgeschiedenis van art. 7:678 BW, noch uit de letter van de wet dat slechts dan sprake kan zijn van een dringende reden voor ontslag op staande voet wanneer de werkgever vooraf duidelijk heeft gemaakt dat hij dat gedrag als dringende reden zal aanmerken, of minst genomen: als ontoelaatbaar beschouwt. Integendeel: zoals hiervoor is aangegeven blijkt juist uit de voorbeeld-catalogus van art. 7:678 lid 2 BW dat de wetgever bij sommige gedragingen heeft aangegeven dat zij na waarschuwing een dringende reden kunnen vormen, terwijl die woorden bij de meeste categorieën mogelijke dringende redenen ontbreken. Dat duidt erop dat de wetgever voor ogen stond dat in die gevallen een waarschuwing niet, althans niet in de regel, nodig is.

Een harde subregel als hiervoor geformuleerd, komt ook onbillijk voor, omdat er in de praktijk allerlei gedragingen zijn waarvan (i) een ieder ook zonder waarschuwing vooraf weet, althans *behoort* te weten, dat zij volstrekt ontoelaatbaar zijn, zoals mishandeling van collega's, ernstige vormen van fraude, het ontvreemden van concurrentiegevoelige bedrijfsgeheimen, het bedreigen van een leidinggevende met de dood, of ernstige vormen van seksuele intimidatie, terwijl (ii) tegelijkertijd niet van de werkgever kan worden gevergd om de werknemer – wanneer hij dat gedrag eenmaal vertoond heeft – nog een tweede kans te geven. Zeker in dat soort sprekende gevallen valt niet in te zien waarom geen dringende reden zou kunnen worden aangenomen als vooraf niet is gewaarschuwd voor de ontoelaatbaarheid van het desbetreffende gedrag. De werknemer weet immers ook *zonder* de waarschuwing dat hij met zijn gedrag het gevaar loopt zijn baan kwijt te raken en de werkgever wordt onevenredig benadeeld als hij, hoewel redelijkerwijs van hem niet te vergen is het dienstverband voort te zetten, dat wel moet doen simpelweg omdat er geen voorafgaande waarschuwing is verstrekt. Men kan het ook zo zeggen: er zijn allerlei gevallen waarin de werknemer, ook zonder voorafgaande gele kaart, weet dat zijn wangedrag meteen een rode kaart wettigt. Onder die omstandigheden valt niet in te zien waarom de werkgever als dat gedrag wordt vertoond, eerst een gele kaart zou moeten trekken.

Een, wellicht op het eerste gezicht niet voor de hand liggende, maar toch illustratieve parallel kan hier worden getrokken met het terrein van de werkgevers-aansprakelijkheid. Ook daar geldt dat de Hoge Raad niet eist dat de werkgever steeds voor alle mogelijke gevaren die aan het werk verbonden zijn, waarschuwt. Voor algemeen bekende gevaren die de werknemer ook in het dagelijks leven loopt, behoeft de werkgever in het algemeen *niet* te waarschuwen. Zo weet een ieder – althans behoort een ieder te weten – dat men zich aan een scherp broodmes kan snijden.¹⁸⁸ Daarvoor hoeft dus niet gewaarschuwd te worden. Dat zelfde geldt voor

187 HR 26 april 1996, NJ 1996, 489. Zie over dat arrest ook: M.G. Rood, TVVS 1996, 123.

188 HR 4 oktober 2002, NJ 2004, 175

het gevaar verbonden aan het opdweilen van een koffievlek,¹⁸⁹ het gevaar verbonden aan het (buiten) lopen over een door een plensbui natte tegelvloer,¹⁹⁰ het gevaar van het pakken van een doos boven grijphoogte,¹⁹¹ alsmede het gevaar dat een laaddeur van een vrachtwagen door de wind dichtklapt.¹⁹² In al die gevallen behoefde de werkgever niet voor het gevaar te waarschuwen, zulks – kort gezegd – omdat de gevaren ook voor ter zake niet gewaarschuwd personen voldoende bekend zijn *zonder een waarschuwing*. Met andere woorden: de zorgplicht van art. 7:658 BW strekt ver, maar niet zo ver dat de werkgever open deuren hoeft in te trappen. Dat argument legt ook bij de dringende reden gewicht in de schaal. Zeker in gevallen waarin voor de werknemer ook zonder waarschuwing helder behoorde te zijn dat hij iets volstrekt ontoelaatbaars deed waardoor het gevaar van ontslag (op staande voet) werd gelopen, komt een waarschuwingsplicht, ook vanuit het perspectief van art. 7:611 BW, onbillijk voor. Daarmee wordt, in dat soort gevallen, alleen maar de kwade trouw beschermd van de werknemer die, hoewel hem dat niet uitdrukkelijk vooraf is gezegd, heel goed heeft moeten weten dat wat hij deed ontoelaatbaar was.

Nu zou men kunnen tegenwerpen dat de werkgever de hiervoor gesuggereerde problematiek toch eenvoudig kan voorkomen door de werknemer bij indiensttreding een gedragscode uit te reiken waarin waarschuwingen zijn vervat voor *alle* misdadingen die de werkgever als dringende reden beschouwt. Blijkens de rechtspraak van de Hoge Raad worden ook zulke waarschuwingen *vooraf* immers als rechtsgeldige waarschuwingen aangemerkt. Toch lijkt ook dat geen realistische optie, al is het maar omdat eenieder die de zeer overvloedige rechtspraak over de dringende reden erop naslaat, weet dat op voorhand nimmer een uitputtende concrete opsomming van alle mogelijke dringende redenen te geven valt. Dat zal dus betekenen dat de werkgever die toch vooraf alles wil afdekken zal moeten terugvallen op *Generalklausel*-achtige verbodsbepalingen, die wederom geen duidelijkheid verschaffen aan de werknemer.

Interessant is overigens om in dit verband een vergelijking te trekken met het Duitse recht. Daar wordt als uitgangspunt gekozen dat een werkgever, wanneer een werknemer een misstap begaat, in zijn algemeenheid wel eerst een zogenaamde *Abmahnung* aan de werknemer moet verstrekken, voordat een *Fristlose Kündigung* op grond van art. 626 BGB kan plaatsvinden. Deze verplichting wordt dan afgeleid uit art. 314 lid 2 BGB, dat betrekking heeft op duurovereenkomsten in het algemeen en waarin is bepaald dat een opzegging wegens een tekortkoming in de nakoming pas toelaatbaar is wanneer vergeefs (i) een termijn is gesteld om de tekortkoming op te heffen of (ii) een voorafgaande *Abmahnung* is verstrekt. Deze *Abmahnung* was ingevolge de rechtspraak van het BAG aanvankelijk alleen vereist wanneer sprake was van tekortkomingen ter zake van de kwaliteit van de geleverde prestatie (*Leistungsbereich*).¹⁹³ Bij tekortkomingen die afbreuk deden aan het in de werknemer gestelde vertrouwen (*Vertrauensbereich*), waarbij in het bijzonder gedacht moet worden aan tegen de werkgever gerichte vermogensdelicten, werd de verplichting tot een *Abmahnung* lange tijd niet aangenomen.¹⁹⁴ Zulks vanuit de gedachte dat een misstap die tot een

189 HR 12 september 2003, NJ 2004, 177.

190 HR 2 maart 2007, NJ 2007, 143.

191 HR 7 december 2007, JAR 2008/33.

192 HR 8 februari 2008, LJN: BB7423.

193 BAG 17 februari 1994, EzA § 611 Abmahnung Nr 30.

194 BAG 4 april 1974, EzA § KSchG nF Nr. 1.

vertrouwensbreuk leidt, niet herstelbaar is. In recente rechtspraak is het BAG teruggekomen van deze leer. Ook bij tekortkomingen in de *Vertrauensbereich* moet thans steeds onderzocht worden of een *Abmahnung* wellicht vereist is.¹⁹⁵ Aldus lijkt het Duitse recht op het eerste oog op een ander spoor te zitten dan het Nederlandse, waar geen algemene waarschuwingsplicht geldt. Toch zijn de verschillen minder groot dan het op het eerste gezicht lijkt. Bezieet men de Duitse rechtspraak nader, dan blijkt dat de verplichting om steeds te onderzoeken of een *Abmahnung* nodig is, er zeker niet toe leidt dat zo een verplichting ook steeds wordt aangenomen. Zo is in de eerste plaats een *Abmahnung* in zijn algemeenheid *niet* vereist wanneer de werkgever er reeds *vooraf* op heeft gewezen – bijvoorbeeld door gedragsregels – dat bepaald gedrag ontoelaatbaar is. Een dergelijke waarschuwing *vooraf* wordt dus – anders dan hiervoor besproken – niet zelf als *Abmahnung* beschouwd, maar leidt materieel wel tot dezelfde consequentie, te weten dat de werknemer als gewaarschuwd mens heeft te gelden, hetgeen wanneer hij over de schreef gaat een zodanig verzwarend effect heeft dat meteen ontslagen kan worden (zonder eerst een individuele *Abmahnung* te geven).¹⁹⁶ Verder is een *Abmahnung* volgens het BAG niet vereist wanneer het gaat om zeer ernstige overtredingen (*schwerwiegende Pflichtverletzungen*) waarvan het de werknemer ook zonder voorafgaande waarschuwing volstrekt duidelijk is, althans moet zijn, dat zijn handelwijze ontoelaatbaar is en een voortzetting van het dienstverband niet mogelijk is, omdat de schending van het vertrouwen zodanig ernstig is dat zelfs goed functioneren in de toekomst niet tot herstel van het vertrouwen zal leiden.¹⁹⁷ Overziet men het voorgaande, dan luidt de conclusie dat waar in het Duitse recht het vertrekpunt in zekere zin tegenovergesteld is aan het vertrekpunt in het Nederlandse recht, – doordat in Duitsland wel wordt uitgegaan van de regel dat een voorafgaande *Abmahnung* vereist is – het eindresultaat zo verschillend nog niet blijkt te zijn, doordat in de Duitse rechtspraak allerlei uitzonderingen op het uitgangspunt worden aanvaard, waardoor van een harde regel, evenals in het Nederlandse recht, geen sprake is.

4.5.2.7 De aard en ernst van de gedraging en de problematiek van het bagateldelict

Een harde regel die meebrengt dat in alle gevallen een voorafgaande waarschuwing vereist is om een dringende reden aan te kunnen nemen, moet gelet op al het voorgaande verworpen worden. Dat laat onverlet dat in bepaalde specifieke casusposities wel geldt dat zonder zo een voorafgaande waarschuwing geen dringende reden kan worden aangenomen. Er zijn, anders gezegd, (grens)gevallen waarin het *juist* de waarschuwing is die van de ontslaggrond die dat anders (net) niet geweest zou zijn, een dringende reden maakt. We raken daarmee aan de lastige problematiek rond het ontslag op staande voet wegens “bagatel-delicten”, die naar mijn mening aparte bespreking in het kader van het hier aan de orde zijnde gezichtspunt van de aard en de ernst van de ontslaggrond wettigt.

Onder een bagateldelict versta ik daarbij een gedraging die weliswaar valt te betitelen als fraude en die dus naar zijn *aard* inderdaad ernstig is (vandaar het woord *delict*), maar in omvang/ernst gering (vandaar het woord *bagatel*). De gepubliceerde rechtspraak kent veel voorbeelden van dergelijke gevallen, met name gelegen in de

¹⁹⁵ BAG 4 juni 1997, EzA § 626 BgB nF Nr. 168.

¹⁹⁶ LAG Köln 12 november 1993, LAGE § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 95.

¹⁹⁷ BAG 31 maart 1993, EzA § 626 Ausschlussfrist, Nr. 5, BAG 10 februari 1999, EzA § 15 nF KSchG Nr. 47; BAG 12 augustus 1999, EzA § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 8, waarin het ging om verduistering ter waarde van een bedrag van slechts EUR 8,-.

sfeer van, wat ik maar zal noemen, vermogensdelicten, waarbij werknemers op staande voet werden ontslagen wegens bijvoorbeeld het opeten van een handje pinda's uit een retour gekomen zak,¹⁹⁸ het meenemen van een poststempel om een aantal brieven privé te frankeren,¹⁹⁹ het inpikken van een enkele balpen,²⁰⁰ of het achteroverdrukken van een geopend pakje shag of twee citroenen.²⁰¹ In al die zojuist genoemde gevallen werd, ondanks de in absolute zin geringe materiële schade en soms langdurige dienstverbanden, door de rechter toch een dringende reden aangenomen.²⁰² Dat gebeurde weer niet in gevallen waarin een werknemer zes flesjes bier mee naar huis nam,²⁰³ een greep deed in een zak cashewnootjes (overigens: bij dezelfde werkgever als de werknemer die wegens het eten van pinda's was ontslagen),²⁰⁴ of zich schuldig maakte aan diefstal van een waterbroes.²⁰⁵ Ook dit is, wederom, niet meer dan een kleine greep uit een veel bredere collectie.

De problematiek van de bagateldelicten is gecompliceerd, omdat het daarbij gaat om gevallen waarin men te maken heeft met een frauduleuze gedraging van de werknemer die naar zijn aard ontoelaatbaar is (meestal gaat het om delicten als diefstal en verduistering) en reeds daarom een dringende reden kan zijn, terwijl anderzijds gelet op de geringe ernst van het vergrijp toch twijfel mogelijk is over de vraag of die gedraging dat in het individuele geval ook is. Het gaat dus om gevallen waarin het startgezichtspunt uit het arrest *Schrijver/Van Essen* – te weten: de aard en de ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt – tegengestelde signalen afgeeft.

Ik heb zelf in het verleden geworsteld met dit soort zaken omdat ik vind dat zowel iets te zeggen valt voor een strenge leer, waarin in wezen de aard van de gedraging de doorslag geeft, als voor een mildere leer waarin de geringe ernst (in de zin van omvang) van de benadeling doorslaggevend is. De ontboezeming van die worsteling durf ik hier wel te doen omdat ik weet dat die worsteling in de rechtspraak niet (veel) minder is.²⁰⁶

Voor een strenge – zo men wil: werkgeversvriendelijke – benadering, waarin de aard van de misdraging tot uitgangspunt wordt genomen en waar om die reden in beginsel wordt uitgegaan van een dringende reden, pleit in de eerste plaats het praktische argument dat het niet goed mogelijk is om ter zake van fraude een andere

198 Pres. Rb. Haarlem 17 oktober 2000, JAR 2001/9.

199 Vzgr. Rb. Maastricht 6 april 2005, JAR 2005/108.

200 Ktr. Helmond 10 februari 2003, JAR 2003/80.

201 Ktr. Heerenveen 3 februari 2010, RAR 2010/58, respectievelijk Gem. Hof van Justitie NA en Aruba 17 augustus 2010, LJN: BO4983.

202 Zie in die zin ook onder meer: Hof Den Bosch 21 november 2006, RAR 2007, 66: kassamedewerker geeft spaarzegels aan familie in strijd met huisregels; Vzgr. Rb. Groningen 25 januari 2006, LJN: AV1682: poging van werknemer om drie pakjes shag mee te nemen;; Ktg. Utrecht 5 maart 1997, JAR 1997/77: ontslag op staande voet wegens bijschrijven Airmiles op eigen pas in strijd met waarschuwing werkgever.

203 Ktr. Amsterdam 18 juli 2006, JAR 2006/195.

204 Ktr. Haarlem 2 februari 2008, JAR 2008/26.

205 Ktr. Alkmaar 13 juni 2005, Prg. 2005, 135, JAR 2005/162.

206 Tijdens een cursus die ik in 2012 voor SSR aan een groep van zo'n 40 Kantonrechters en Raadsheren gaf en waarin ik een zestal aan de hier genoemde rechtspraak ontleende casusposities besprak, was er geen enkele rechter die in alle zes de gevallen correct voorspelde tot welke uitspraak in de zaak was gekomen. Men was het erover eens dat er onder rechters verdeeldheid heerste hoe met dit soort *petty crime*-kwesties om te gaan.

lijn aan te houden dan de absolute nullijn. Men neme het voorbeeld van de werknemer die op staande voet werd ontslagen wegens het wegnemen van een handje pinda's.²⁰⁷ Waar had de werkgever dan de grens moeten trekken? Bij een halve zak pinda's? Een hele zak? Een doos met zakken? Een pallet met dozen met zakken? Men kan het ook zo zeggen; elke andere grens dan de nullijn is arbitrair en daarmee niet goed te verdedigen.

Een ander belangrijk argument voor de strenge leer is het argument van de generale preventie binnen de onderneming. Wanneer een werkgever bij gepleegde diefstal, verduistering of andere vormen van fraude niet mag ontslaan gaat daarvan een verkeerd signaal uit, te weten dat "een beetje stelen" mag, althans door de vingers moet worden gezien. De Kantonrechter te Amsterdam bracht dit belang voor een strenge lijn in een uitspraak van 2002, waarin een werknemer in de buitendienst van KPN na een lang dienstverband op staande voet werd ontslagen wegens het frauduleus declareren van een maaltijd bami compleet ter waarde van EUR 12,-, aldus kernachtig onder woorden:

"(...) een gebleken valsheid rechtvaardigt strenge maatregelen om te voorkomen dat de moraal erodeert."²⁰⁸

Een derde argument, verweven met de voorgaande twee, dat spreekt voor een harde lijn, is dat het voor de beantwoording van de vraag of van de werkgever redelijkerwijs gevegd kan worden het dienstverband voort te zetten, uiteindelijk niet zozeer de *omvang* van de benadeling van gewicht is als wel dat de werknemer klaarblijkelijk niet volledig te *vertrouwen* is. Dat vertrouwens-argument klemmt vanzelfsprekend extra in gevallen waarin de werknemer een vertrouwensfunctie vervult, zoals het geval is bij (bepaalde) medewerkers van de bank, maar ook bij winkelpersoneel ten aanzien van de aan hen toevertrouwde voorraden.²⁰⁹ Het is met name Hansma geweest die er, één keer in een met Van Empel geschreven bijdrage en één keer in een met Koning geschreven artikel, op heeft gewezen dat dit vertrouwens-argument voor veel rechters van groot gewicht is voor hun oordeel dat medewerkers van de bank hun werkgever ook met in absolute zin geringe frauduleuze handelingen toch een dringende reden geven. Een werkgever van de bank moet nu eenmaal "brandschoon" en "onkreukbaar" zijn, zo tekent Hansma op uit rechterlijke beslissingen.²¹⁰ Dat leidt ertoe dat zelfs een fraude ter waarde van nog geen drie dubbeltjes – in het gulden-tijdperk – voor een bankmedewerker toch

207 Pres. Rb. Haarlem 17 oktober 2000, JAR 2001/9.

208 Ktr. Amsterdam 3 juli 2002, JAR 2002/176.

209 Zie in dit verband Ktr. Amsterdam 4 september 2009, JAR 2009/259 en LJN: BJ8584; ontslag op staande voet van bankmedewerker met 40 dienstjaren gewettigd, waarbij de Kantonrechter zwaar leunde op de vertrouwensfunctie: rov. 17. "Voor een financiële instelling als ABN AMRO, waarbij zowel de bank, als ook de klanten, als ook de overige omgeving van de bank volledig op de integriteit van de bank en de aldaar werkzame medewerkers moet kunnen vertrouwen, is het terecht komen te vervallen van die vertrouwensbasis zo ernstig, dat de persoonlijke belangen van [eiser], zoals vermeld onder punt 6, minder zwaar wegen."

210 L.M. Koning en R. Hansma, Een medewerker van de bank moet brandschoon zijn, *ArbeidsRecht* 1997, 1. A.H. van Empel en R. Hansma, Foute all finanz-medewerkers en de rechter, *ArbeidsRecht* 1999, 47.

een dringende reden opleverde.²¹¹ Ook winkelpersoneel mocht om diezelfde reden eveneens met regelmaat op vergelijkbaar “harde” uitspraken rekenen, zoals een medewerker van de Hema die een paar sokken had ontvreemd, bij de Kantonrechter te Utrecht ondervond.²¹² Een kleine dief is ook een dief, en daarmee het vertrouwen onwaardig, zo valt dit laatste argument samen te vatten. In de Duitse literatuur vond ik het volgende aardige gedachtenexperiment:

“Wie würden all die mitleidigen oder empörten Menschen reagieren, wenn sie zu Hause um einen geringen Betrag bestohlen würden und einen durch Tatsachen belegten dringenden Verdacht hätten, dass es die Reinigungskraft oder der zur Untermiete wohnende Student gewesen sei? Würden diese sich der Gefahr weiterer Diebstähle aussetzen wollen?”²¹³

Een laatste argument voor een strenge leer vormt de rechtszekerheid. Hanteert de werkgever de absolute nullijn – en volgt de rechter hem daarin – dan weten ook werknemers waar zij aan toe zijn. Dat is uiteindelijk ook in hun eigen belang.

Het zijn naar mijn mening allemaal belangwekkende argumenten waaraan kracht (in meerdere of mindere mate) niet ontszegd kan worden.

Maar daar staat wel het argument tegenover dat een ontslag op staande voet, als *ultimum remedium* van het ontslagrecht, vanzelfsprekend proportionaliteit vereist tussen de maatregel en de misstap. Is die evenredigheid niet zoek wanneer een werknemer na jaren van trouwe dienst wegens het achteroverdrukken van een paar dubbeltjes wordt ontslagen? Verliezen de protagonisten van een strenge benadering niet enigszins de maatschappelijke realiteit uit het oog als een bagatel alleen vanwege de aard van de handeling en ongeacht de geringe *ernst* draconische gevolgen moet hebben?²¹⁴

In de rechtspraak is ook voor deze tweede benadering steun te vinden. Er zijn allerlei uitspraken waarin rechters benadrukken dat wel degelijk onderscheid moet worden gemaakt tussen verschillende gradaties van fraude. Zo besliste de Amsterdamse Kantonrechter in 1996 dat het beleid van de toenmalige PTT dat op fraude ongeacht de omvang naar zijn aard maar één reactie mogelijk is – te weten ontslag – “bijstelling” behoeft:

“De ene fraude is namelijk de andere niet en daarom is toepassing van één sanctie – de zwaarste die het arbeidsrecht kent – bij ook de lichtere fraudegevallen te ongenueanceerd.”²¹⁵

211 Ktg. Amsterdam 12 september 1996, VV-nr. 96-3922. Zie voor een vergelijkbare casuspositie in het EURO-tijdperk: Ktr. Zaandam 25 oktober 2005, RAR 2006/8 (0,50 uit jaszak collega gestolen; ontbinding zonder vergoeding, onduidelijk of de ontbinding wegens een dringende reden of veranderingen in de omstandigheden plaatsvindt, al duidt het feit dat de rechter zich de vraag naar de vergoeding gesteld heeft, op het laatste).

212 Ktr. Utrecht 20 mei 1992, Prg. 1992, 3750.

213 V. Rieble, Barbara Emme: Ein Lehrstück über den Umgang mit der Justiz, NJW 2009, p. 2105, l.k. (onder 3).

214 Zie in dat verband R. Hampsink, Schoner dan de bank, ArbeidsRecht 1997, 41. Een bijdrage die een kritische bespreking vormt van het hiervoor besproken artikel van Koning en Hansma.

215 Ktg. Amsterdam 16 december 1996, Prg. 1997, nr. 4705.

Hoe nu met dit soort zaken om te gaan?

Voorop zou mijns inziens moeten staan dat het niet wenselijk is dat in de rechtspraak een harde ondergrens wordt gesteld ter zake van de schade die minstens moet worden toegebracht wil een dringende reden kunnen worden aangenomen. Anders gezegd, dat misstappen in de sfeer van het vermogensdelict nooit een dringende reden kunnen vormen wanneer zij onder een bepaalde financiële drempel blijven. Ik ben een zodanige uitspraak in de rechtspraak ook niet tegengekomen. Het aanvaarden van zo een “*de minimis*-vereiste” lijkt me niet te verenigen met de open norm van art. 7:678 BW. Bovendien volgt uit het bepaalde in art. 7:678 BW ook niet dat de werkgever noodzakelijkerwijs schade (in enige omvang) moet hebben geleden wil een dringende reden aangenomen kunnen worden. Verwezen zij in dat verband bijvoorbeeld naar het in art. 7:678 lid 2 sub h BW bepaalde, waarin het door de werknemer aan gevaar blootstellen *van zichzelf* een dringende reden oplevert. In een arrest van het Haagse Gerechtshof uit 2010 is, in lijn hiermee, ook overwogen dat financiële schade geen vereiste is voor het aannemen van een dringende reden.²¹⁶ Het stellen van zo een grens lijkt me ook onwenselijk omdat, zoals hiervoor al werd aangegeven, *elke* grens arbitrair en daarmee niet goed verdedigbaar zou zijn. Bovendien, als men al een grens zou stellen van – bijvoorbeeld – een benadeling van EUR 50,-, zulks weer tot allerlei vervolgdiscussies zou leiden. Indien bijvoorbeeld sprake is van een zeer geringe overschrijding van zo'n “grensbedrag”, zou dat dan opeens wel een dringende reden zijn? Kortom: het stellen van een harde, jurisprudentiële ondergrens is ongewenst.

Andersom komt het mij eveneens onjuist voor om een harde subregel te introduceren waarbij tegen de werkgever gerichte vermogensdelicten ongeacht de omvang daarvan *steeds* een dringende reden vormen. Zo een subregel is in de lagere rechtspraak in het verleden wel met enige regelmaat aangenomen. Een bekend voorbeeld daarvan was de hiervoor reeds kort aangestipte zaak rond een werknemer van de Hema die een paar sportsokken had trachten te verduisteren door deze in zijn

216 Hof Den Haag 20 april 2010, RAR 2011/78, rov. 3.4: Het ging in deze zaak om een medewerker van een postkantoor die – naar zijn zeggen: onder invloed van voodoo-praktijken – vertrouwelijke informatie over klanten aan een Nigeriaanse man had afgestaan: “Zo juist mocht zijn dat tengevolge van de handelwijze van werknemer geen schade in financiële zin is toegebracht aan de klanten van wie de klantgegevens door werknemer ten onrechte aan de Nigeriaanse man zijn verstrekt, doet dat aan het bestaan van een dringende reden ook niet af. Er kan immers vanuit worden gegaan dat de handelwijze van werknemer dergelijke schade wel degelijk had kunnen toebrengen en dat Postkantoren mede om die reden belang heeft bij strikte naleving van de strenge regels terzake van het hanteren van klantgegevens.” Zie in gelijke zin: Ktr. Amersfoort 8 oktober 2009, JAR 2009/272, rov. 3.5: “Bij de beoordeling van de situatie waarin de werkgever stelt dat van haar niet geveerd kon of kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren in verband met een gedraging (als die in geschil) van de werknemer, is niet vereist dat de werknemer de gedraging opzettelijk heeft verricht of dat de werkgever schade zou hebben geleden.” Overigens zal het ontbreken van schade bij de werkgever wel kunnen worden meegewogen als verzachtende omstandigheid bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet. Zie Ktr. Leeuwarden 1 februari 2011, LJN: BP4009 (deelname aan erotische film door leerling kok levert geen schade op voor werkgever, nu zij geen klantencontact had); Ktr. Utrecht 11 november 2009, JAR 2010/31 (ontbreken grote financiële schade draagt bij aan oordeel dat geen sprake is van dringende reden). Zie in die zin ook A.-G. Huydecoper in zijn conclusie voor HR 24 mei 2002, JOL 2002, 291, onder 19.

onderbroek het bedrijfspannend uit te smokkelen. Een oplettende medewerker van de bedrijfsrecherche zag echter een klein streepje witte stof boven de broek van de man uitsteken en zo werd de misstap ontdekt. De Kantonrechter te Utrecht oordeelde hard en besliste dat “het verduisteren door winkelpersoneel van voorraden die (mede) onder hun verantwoordelijkheid vallen in alle gevallen een dringende reden oplevert.”²¹⁷ Die harde regel is onjuist, want naar zijn aard te ongenueanceerd in het licht van de door de Hoge Raad voorgestane “holistische” benadering, waarin de aard van de gedraging nooit op zichzelf beschouwd behoort te worden en altijd onderzocht moet worden of er wellicht verzachtende omstandigheden zijn die aan het bestaan van een dringende reden afbreuk kunnen doen.²¹⁸

Dat de Hoge Raad ook in gevallen van vermogensdelicten van geringe omvang geen dringende reden-automatisme wenst, volgt heel duidelijk uit zijn arrest van 21 januari 2000 in de zaak *Prins/Hema*, waarin sprake was van een (poging tot) verduistering van twee blikken motorolie ter waarde van NLG 4,95 elk.²¹⁹ De Rechtbank deed de zaak in feite af op basis van weinig meer dan een verwijzing naar de aard van de misstap. De Hoge Raad casseerde. Voor harde subregels bij kleine delicten in de vermogenssfeer is dus geen plaats, noch de ene, noch de andere kant op. Maar daarmee is niet gezegd, dat een duidelijke *vuistregel* op dit punt ook is uitgesloten.

Ik zou menen dat het, uitgaande van het feit dat er zonder meer valide argumenten zijn voor een werkgever om ook waar het kleine vermogensdelicten in de werksfeer betreft, streng te zijn, wel mogelijk is om zo een regel te formuleren. Nu (i) het trekken van enige andere grens dan een nullijn arbitrair is, (ii) het vertrouwen van de werkgever ook door “een beetje diefstal” ernstig geschonden kan raken, (iii) er vanuit preventief oogpunt belang bestaat bij het hanteren van een strenge lijn en (iv) de werknemer uiteindelijk ook gebaat is bij duidelijkheid, lijkt mij het voeren van een beleid waarin ook een eerste, in omvang geringe, misstap als dringende reden wordt aangemerkt, niet onredelijk. Het lijkt mij, anders gezegd, binnen de beleidsvrijheid van de ondernemer te vallen om ter zake van vermogensdelicten op de werkvloer, *zero tolerance*-beleid te hanteren.²²⁰ Maar juist nu blijkens het voorgaande over de vraag of een eerste, in omvang geringe, misstap in de vermogensdelictenrechtelijke sfeer al een dringende reden vormt, verschillend gedacht kan worden en er – anders gezegd – ook argumenten zijn die ervoor pleiten dat dan niet meteen een dringende reden wordt aangenomen, zou ik menen dat de werkgever in zijn relatie met de werknemer geen enkele twijfel mag laten bestaan welk, in zichzelf legitiem, beleid hij op dat punt voorstaat. Men kan het ook zo zeggen: juist omdat sprake is van een enigszins grijs gebied, moet de werkgever vooraf kleur bekennen door middel van een duidelijke waarschuwing, dat in zijn organisatie de (beleids) keuze wordt gemaakt om ook kleine vermogensdelicten niet door de vingers te zien

217 Ktr. Utrecht 31 mei 1995, JAR 1995/166, in vergelijkbaar (en dus onjuiste) zin: Ktr. Arnhem 18 december 1995, Prg. 1996, 4458 en Ktr. Utrecht 20 mei 1992, Prg. 1992, nr. 3750.

218 Zie ook kritisch over deze uitspraak: D.J. Buijs, De dringende reden en de loondoorbetalingsplicht van de werkgever, SR 2004, 19, onder 9.

219 HR 21 januari 2000, NJ 2000, 190.

220 Zie ook Ktr. Heerlen 9 september 2011, LJN: BW8112.

en dat in dat geval ontslag op staande voet dreigt. Doet de werkgever dat, past hij zijn beleid vervolgens ook consequent toe en draagt hij het consequent uit, waardoor de werknemer duidelijk gewaarschuwd is dat ook bij een eerste, in omvang relatief klein vergrijp, gelet op de aard ervan, een dringende reden wordt aangenomen, dan is een dringende reden naar mijn mening zonder meer gegeven, behoudens zeer bijzondere (persoonlijke) omstandigheden. Is een werknemer uitdrukkelijk en ondubbelzinnig gewaarschuwd dat ook “een beetje stelen” binnen de onderneming geen enkele keer wordt geaccepteerd en tot ontslag op staande voet zal leiden, dan verliest naar mijn mening dat beetje zijn verontschuldigende karakter.²²¹ De werknemer kan dan niet meer de kaart spelen dat hij zich niet goed realiseerde hoe ernstig datgene wat hij deed, eigenlijk was. Het verzwarende effect van de waarschuwing vooraf doet dat excuus dan te niet, waardoor behoudens daadwerkelijk bijzondere omstandigheden – want die *escape* voor de werknemer blijft altijd bestaan – een dringende reden gegeven zal zijn. Is daarentegen een voorafgaande waarschuwing niet gegeven, maakt de werkgever niet duidelijk dat binnen zijn onderneming het hiervoor beschreven, strenge beleid geldt, dan zal de rechter veel eerder doorslaggevend gewicht kunnen toekennen aan de in omvang geringe ernst van de misstap en beslissen dat, nu de werknemer niet gewaarschuwd was, zo een waarschuwing eerst vereist is wil wegens een bagatel delict op staande voet ontslagen kunnen worden.

Steun voor de hiervoor bepleite opvatting valt in de lagere rechtspraak te vinden. Regelmatig wordt daar juist bij de beantwoording van de vraag of een bagatel delict een dringende reden is, scherp gelet op de vraag of de werkgever ter zake vooraf een duidelijke waarschuwing van zijn strengheid op dit punt heeft verstrekt, individueel of door gedragsregels te stellen. Het meest pregnante voorbeeld daarvan vormt misschien wel de hiervoor reeds kort aangehaalde uitspraak van de President van de Rechtbank te Haarlem, waarin de vraag voorlag of het onrechtmatig consumeren van een aantal pinda's een dringende reden vormde. Die vraag werd bevestigend beantwoord, omdat de werkgever er geen enkele twijfel over had laten bestaan dat hij, mede gelet op de aard van de onderneming – een cateringbedrijf waarbij continu producten in- en uitgaan –, geen enkele vorm van vermogensdelicten op de werkvloer toestond. Dat was in een gedragscode op niet mis te verstane wijze gecommuniceerd en ook in het personeelsblad werd met enige regelmaat aandacht besteed aan de inhoud en achtergrond van het beleid, juist “(...) omdat het heel hard aankomt en toch nog wel eens onbegrip wekt als iemand KCS onmiddellijk moet verlaten als hij of zij een blikje tonic van de klant opdrinkt of zonder toestemming de jas uit de kledingkast van zijn collega meeneemt.”

Doordat de werkgever zijn, zeker gelet op de aard van de onderneming: niet onredelijke, beleid duidelijk had gecommuniceerd en vooraf (bij herhaling) had gewaarschuwd, deed een handje pinda's een werknemer hier de arbeidsrechtelijke

²²¹ Zie in dit verband ook Ktr. Winschoten 15 september 2011, LJN: BT1645, RAR 2011/166, waarin overtreding van een rookverbod niet als dringende reden werd aangemerkt omdat de werkgever weliswaar op naleving had aangedrongen maar niet duidelijk had gemaakt dat overtreding van het beleid meteen als dringende reden zou worden aangemerkt. Het voorwaardelijk ontbindingsverzoek in de zaak werd eveneens afgewezen, zie Ktr. Winschoten 15 september 2011, LJN: BT1646.

das om. De portee van de beslissing is duidelijk: als de bedrijfsinterne “wet” redelijk is en duidelijk is ingeprent, is het adagium *lex dura sed lex* alleen nog maar met heel bijzondere omstandigheden terzijde te schuiven. Een vergelijkbare redenering treft men aan in een arrest van het Gerechtshof Den Bosch van 21 november 2006, waarin sprake was van het achteroverdrukken door een cassière van spaarzegeltjes waar klanten recht op hadden, maar geen aanspraak op maakten.²²² De cassière gaf de “vrijgevallen” zegeltjes aan familieleden die haar de zegeltjes na werktijd teruggaven, zodat zij deze zelf kon inwisselen. Ook hier was voornamelijk redengevend voor het oordeel van het Hof dat de werkgeefster er vooraf geen enkele twijfel over had laten bestaan dat zij dit gedrag niet tolereerde – hetgeen volgens het Hof een alleszins redelijke beleidslijn was – en dat dit voor haar aanleiding zou zijn tot ontslag op staande voet.

“4.3.2 (...) Spaarzegels vertegenwoordigen een financiële waarde – dit was ook de reden voor X. om deze zegels te verzilveren – zodat Z. er een vanzelfsprekend belang bij heeft aan haar medewerkers duidelijke voorschriften te verstrekken over de wijze waarop zij met die spaarzegels dienden om te gaan. Evenzeer vanzelfsprekend is dat Z. bij naleving van die regels groot belang heeft, hetgeen Z. bovendien in haar regelgeving zelf heeft benadrukt. Van een kassamedewerkster als X. mag, mede gelet op haar verantwoordelijkheid bij het omgaan met geld en andere financiële waarden zoals spaarzegels van haar werkgever, worden verwacht dat zij deze regels loyaal nakomt. Het ten eigen bate schenden van die regels behoeft, bijzondere omstandigheden daargelaten, door de werkgever niet te worden getolereerd.”

Een laatste voorbeeld in dezelfde sfeer vormt een uitspraak van de Kantonrechter Haarlem van 2 december 2010, waarin sprake was van het zich toe-eigenen door een medewerkster van een supermarkt – Dekamarkt – van belminuten die bij wijze van reclameactie aan producten waren toegekend. Ook hier was het doorslaggevende argument voor het oordeel dat de eerste, relatief geringe schending van de regels – leidend tot een bevoordeling van nog geen EUR 30,- – ondanks het naderen van de pensioengerechtigde leeftijd een dringende reden vormde, gelegen in het feit dat de werkgever (i) een gerechtvaardigd belang had bij zijn beleidskeuze en (ii) over dat beleid geen enkel misverstand liet bestaan.

“(…) Dekamarkt heeft ter zitting uitvoerig toegelicht dat zij een groot belang heeft bij een strikte naleving van het bedrijfsreglement. In verband hiermee wijst Dekamarkt haar werknemers regelmatig op de consequenties van overtreding hiervan. [eiseres] heeft, door in strijd met deze regels te handelen, willen en wetens haar arbeidsovereenkomst in de waagschaal gesteld. Het beroep op haar persoonlijke omstandigheden kan [eiseres] niet baten, nu naar het voorlopig oordeel van de kantonrechter het belang van Dekamarkt bij strikte naleving van het verbod op diefstal en fraude zwaarder weegt dan de gevolgen die het ontslag op staande voet heeft voor [eiseres].”²²³

222 Hof Den Bosch 21 november 2006, RAR 2007/66.

223 Ktr. Haarlem 2 december 2010, LJN: BO8991.

Het is slechts een aantal voorbeelden uit een veel breder scala aan uitspraken, waarin juist de voorafgaande waarschuwing ter zake van het op zich redelijke, maar wel strenge beleid datgene wat op het oog een bagatel is, toch tot dringende reden promoveerde.²²⁴ “Omgekeerde” voorbeelden, dat wil zeggen uitspraken waarin een eerste bagatel-vergrijp juist *geen* dringende reden werd bevonden omdat de werkgever *niet* duidelijk had gemaakt streng op te treden, zijn eveneens voorhanden. In dit verband valt bijvoorbeeld te wijzen op een uitspraak van de Kantonrechter Rotterdam, die in 1999 besliste dat als de werkgever een in omvang geringe overtreding als het meenemen van drie courgettes en rode pepers tot ontslaggrond wilde betitelen dat wel vooraf duidelijk moet zijn gemaakt.²²⁵ Een tweede voorbeeld uit diezelfde lijn wordt gevormd door een arrest van het Gerechtshof Den Haag uit 2005. Daarin werd het verduisteren van enkele kantoorartikelen niet als dringende reden aangemerkt, met name omdat geen streng beleid werd gevoerd waarin volstrekt duidelijk werd gemaakt dat ook het meenemen van zaken van geringe waarde streng zou worden bestraft. Het Hof overwoog dat wanneer de nieuwe eigenaar op dat punt een strenger beleid wilde voeren dan zijn voorganger, dit eerst duidelijk had moeten worden gecommuniceerd.²²⁶

De hier bepleite opvatting vindt naar mijn mening ook steun in een arrest dat de Hoge Raad op 20 april 2012 wees en waarop hiervoor onder 4.3.3.5 reeds is ingegaan.²²⁷ De zaak draaide om het ontslag op staande voet van een medewerker van De Bijenkorf wegens het ontvreemden van een broek en een jasje die bij een uitverkoopactie onverkocht waren gebleven. Bij De Bijenkorf golden strenge huisregels ter zake van diefstal door het personeel die inhielden dat bij diefstal/fraude door een medewerker altijd ontslag op staande voet volgt. De huisregels werden regelmatig toegezonden en de werknemers werd het belang van naleving ook tijdens bijeenkomsten ingeprent. In 2009 hield De Bijenkorf een uitverkoopactie waarbij de werknemers vijf artikelen naar keuze mochten kopen tegen betaling van in totaal EUR 10,-. De werknemer in kwestie maakte van die gelegenheid gebruik en vroeg de volgende dag aan zijn leidinggevende of hij ook nog enkele andere goederen die onverkocht waren gebleven mocht kopen

224 Ktr. Utrecht 5 maart 1997, JAR 1997/77 (onrechtmatige toe-eigening van airmiles dringende reden omdat werknemer net algemene waarschuwing had ontvangen dat werknemers geen door klanten ongebruikte airmiles op hun eigen pas mochten bijschrijven); Vzgr. Rb. Maastricht 6 april 2005, JAR 2005/108 (onrechtmatig gebruik poststempel is dringende reden, met name nu werkgever heel duidelijk verbod hanteert).

225 Ktr. Rotterdam 27 juli 1999, JAR 1999/222.

226 Hof Den Haag 14 januari 2005, Prg. 2005, 130. Zie in dit verband ook Ktr. Bergen op Zoom 10 december 2008, JAR 2009/114, waarin een werkgever “keihard” werd afgerekend op het feit dat hij weliswaar stelde een *zero tolerance* beleid te voeren, maar nergens uit bleek dat dit beleid bestond, laat staan dat het met de medewerker in kwestie was gedeeld: “Het door Van Gansewinkel gestelde *zero tolerance* beleid blijkt dan ook nergens uit. De kantonrechter is met Nuijtemans van mening dat volstrekt helder moet zijn wat een werkgever van zijn werknemers verwacht door duidelijk beleid te bepalen. Dit beleid moet voorts aantoonbaar kenbaar zijn gemaakt aan de werknemers en tevens moet duidelijk zijn welke sancties gelden in geval een werknemer zich niet houdt aan het gestelde beleid. Van Gansewinkel is echter tekortgeschoten op alle drie de facetten. Er is immers niet aannemelijk gemaakt dat er duidelijk beleid is bepaald, dat dit beleid deugdelijk kenbaar is gemaakt aan Nuijtemans en wat de consequenties zijn bij overtreding van enig beleid.”

227 HR 20 april 2012, NJ 2012, 263, JAR 2012/135, RAR 2012/99, LJN: BV9532. Zie ook TRA 2012/68 voor een annotatie onder het arrest van O. van der Kind.

tegen dezelfde gereduceerde prijzen, hetgeen niet werd toegestaan. Een paar dagen later bleek bij controle dat de werknemer een broek en een jasje die bij de uitverkoopactie onverkocht waren gebleven, zonder betaling of toestemming trachtte mee te nemen uit het winkelpand van De Bijenkorf. Ontslag op staande voet volgde. De kantonrechter had, met name gelet op de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, die alleenverdiener was en twee jonge kinderen had, geoordeeld dat het ontslag op staande voet niet gerechtvaardigd was. Het Hof kwam tot een tegenovergesteld oordeel. Hij oordeelde dat het ontslag terecht was gegeven, juist vanwege (i) het grote belang van De Bijenkorf bij naleving van de regels en (ii) het feit dat de werkgeefster het belang van naleving ervan consequent had ingeprent bij haar werknemers. De Hoge Raad verwierp het daartegen gerichte cassatieberoep met de navolgende overweging:

“3.5 Ingevolge art. 7:678 lid 2, aanhef en onder d, BW kunnen dringende redenen onder andere aanwezig worden geacht wanneer de werknemer zich schuldig maakt aan diefstal, waardoor hij het vertrouwen van de werkgever onwaardig wordt. Het oordeel van het hof komt erop neer dat De Bijenkorf voldoende zwaarwegende redenen had om haar bedrijfsbeleid tegen diefstal door het eigen personeel strikt te handhaven, en dat in het onderhavige geval de aan het ontslag ten grondslag gelegde redenen dit ontslag ook overigens kunnen dragen nu [eiser] van dat bedrijfsbeleid op de hoogte was, wist dat dit daadwerkelijk werd gehandhaafd en door zijn eigen handelwijze aanleiding heeft gegeven tot een vertrouwensbreuk met zijn werkgever. Dit oordeel berust op een juiste rechtsopvatting en is alleszins begrijpelijk. Datzelfde geldt voor het oordeel van het hof dat de gevolgen die dit ontslag voor [eiser] had, niet konden afdoen aan de gerechtvaardigdheid daarvan.”

Bij *close reading* van deze passage valt, naar hiervoor onder 4.3.3.5 al is opgemerkt, in de eerste plaats op dat de Hoge Raad aan zijn beslissing dat het oordeel van het Hof dat zich in de gegeven omstandigheden een dringende reden voordoet *begrijpelijk* is, het woord “alleszins” heeft toegevoegd. Dat oordeel is niet gewoon begrijpelijk, maar “alleszins” begrijpelijk. Dat lijkt een klein verschil, maar is het naar mijn mening niet. Zoals hiervoor reeds is betoogd, lijkt goed verdedigbaar dat de Hoge Raad ermee tot uitdrukking heeft bedoeld te brengen dat hij de door het Hof gekozen benadering verreweg de meest voor de hand liggende uitkomst vindt (en dat een tegenovergestelde weging van de feiten dus niet voor de hand had gelegen). Het woord “alleszins” levert daarmee een vingerwijzing op dat ook de Hoge Raad van mening is dat kan worden uitgegaan van de vuistregel dat fraude of diefstal ook bij zaken van relatief geringe waarde in beginsel een dringende reden oplevert wanneer de werkgever vooraf duidelijk heeft laten weten zulk gedrag niet te zullen tolereren. Afwijking van die regel is slechts dan gewettigd wanneer er wel heel bijzondere omstandigheden zijn die een andere kant op wijzen.²²⁸

228 Zie voor een andere ontslag op staande voet zaak waarin de Hoge Raad juist het oordeel van het Hof dat geen sprake was van een dringende reden eveneens “alleszins” begrijpelijk achtte HR 17 december 2010, NJ 2011, 351. Aan het begrip alleszins werden in de literatuur toen overigens nogal verschillende interpretaties gegeven: zie A.R. Houweling, noot onder JIN 2011/66; M. Frikkee, ontslag op staande voet wegens strafrechtelijke veroordeling, TRA 2011, 28, onder 3 en S.F. Sagel, Een onvoorwaardelijke veroordeling voor het ontslag op staande voet in verband met een strafrechtelijke veroordeling?, TRA 2011, 88.

Overigens schuilt er in het hierboven weergegeven citaat nog een tweede aanwijzing dat de Hoge Raad inderdaad een duidelijk signaal heeft willen afgeven aan de lagere rechtspraak. Die aanwijzing is dat de Hoge Raad de beslissing van het Hof niet alleen *alleszins* begrijpelijk acht, maar deze ook vindt getuigen van een *juiste* rechtsopvatting. Dat is sterker taalgebruik dan het vaker gebezigde, negatief geformuleerde, begrip dat een bepaalde uitspraak getuigt van een rechtsopvatting die “niet onjuist” is. Wat het Hof heeft gedaan is – kort gezegd – *the right thing*.

Steun voor de hiervoor bepleite vuistregel – waarvoor ook de Hoge Raad lijkt te hebben gekozen – is tot slot (tot op zekere hoogte) ook te vinden in recente rechtspraak van het Duitse Bundesarbeitsgericht.²²⁹ In Duitsland heeft, kort geleden, een voor een arbeidsrechtelijke kwestie ongekennd hevige publieke discussie gewoed op het hier besproken terrein, waarin de hiervoor aangeduide belangen(tegenstellingen) pregnant voor het voetlicht kwamen. Aanleiding voor die discussie was het ontslag van een cassière bij een Berlijnse supermarkt, genaamd Barbara Emme en door de media al snel (liefkozend) in “Emmely” omgedoopt, die in februari 2008 na een dienstverband van 31 jaar op staande voet was ontslagen wegens het ten onrechte inwisselen van twee gevonden statiegeldbonnetjes ter waarde van EUR 0,48 en EUR 0,82 die haar door de bedrijfsleider van haar vestiging “in bewaring” waren gegeven. De rechter oordeelde in eerste aanleg dat het ontslag terecht was gegeven. Ook in appel bleef het ontslag in stand. Bij vonnis van 24 februari 2009 besliste het Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg dat het ontslag terecht was gegeven, ook al was de werkneemster *niet* vooraf gewaarschuwd. Gelet op de aard van het vergrijp – een vermogensdelict – was een herstel van het vertrouwen uitgesloten en was het bovendien voor de werkneemster vooraf duidelijk dat de werkgever het gedrag ook niet één keer zou tolereren; om die reden was een *Abmahnung*, waarbij haar nog een laatste kans werd geboden, in dit geval niet vereist. De geringe omvang van de financiële benadeling achtte de appellinstantie van onvoldoende gewicht om aan te nemen dat een onmiddellijke beëindiging niet gerechtvaardigd was, waarbij erop werd gewezen dat het, naar vaste rechtspraak van het Bundesarbeitsgericht, in dit soort zaken met name aankomt op het verlies aan vertrouwen, door de aard van de gedraging, waarbij bovendien het gezichtspunt van de preventie binnen de onderneming voor de rechter zwaar telde:

“56. Zugunsten der Beklagten wiederum war in Rechnung zu stellen, dass es bei Vermögensdelikten nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auf den Wert alleine jedoch nicht ankommt. In Fällen solcher Pflichtverletzungen wiegt vielmehr der eingetretene Vertrauensverlust in die Redlichkeit der Arbeitnehmerin ungleich schwerer; hinzukommt, dass der Arbeitgeber gerade im Einzelhandel bei seinen Reaktionen auf Vermögensdelikte präventive Gesichtspunkte beachten muss und beachten darf.”²³⁰

De uitspraak in deze zaak leidde tot een golf van protest. De toenmalige vice-president van de Bondsdag, Thierse – van SPD-huize – sprak er schande van. Er zou

229 BAG 10 juni 2010, 2 AZR 541/09 (Emmely).

230 LArbG Berlin-Brandenburg vom 24. Februar 2009 – AZ: 7 Sa 107/08.

Kenbaar via <http://www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de/jportal/?quelle=jlink&docid=JURE090028314&psml=sammlung.psml&max=true&bs=10>.

sprake zijn van een “barbarisches Urteil von asozialer Qualität” dat zelfs het vertrouwen in de rechtsstaat zou kunnen schaden.²³¹ Dat kwam hem op een publiekelijke reprimande van de president van het gerecht te staan, die opmerkte dat zulke diffamerende uitlatingen over de rechtspraak volstrekt ontoelaatbaar waren, zeker uit de mond van één van de hoogste volksvertegenwoordigers van het land. De Orde van Advocaten sloot zich bij die kritiek aan en eiste – vergeefs – het terugtreden van Thierse. Die zag daarin alleen maar aanleiding om er nog een schepje bovenop te doen en noemde het oordeel nu “gnadenlos und unbarmherzig” en wees op het hiervoor aangehaalde proportionaliteits-argument:

“Es muss das Gerechtigkeitsgefühl eines einigermaßen sozial empfindsamen Menschen beleidigen, wenn eine Frau, die 30 Jahre in einem Betrieb gearbeitet hat und dann einen kleinen Fehler im Wert von nicht einmal einem Laib Brot macht, in die Arbeitslosigkeit entlassen wird. Gleichzeitig verspielen Bankmanager und Wirtschaftsbosse ganze Unternehmen und gefährden Arbeitsplätze. Und die werden sogar noch mit Abfindungen oder Boni bedacht. Dieses Missverhältnis muss Thema der öffentlichen Debatte sein.”²³²

Het BAG vernietigde de beslissing van de appelinstantie op 10 juni 2010, maar deed dat met een bijzonder genuanceerd arrest. Daarbij stelde het BAG – voortbouwend op eerdere rechtspraak waarop ook het Landesarbeitsgericht zich had gebaseerd – voorop dat wanneer de werknemer op het werk een tegen de werkgever gericht vermogensdelict pleegt, zulks een zwaarwegende schending van zijn arbeidsrechtelijke zorgplicht jegens de werkgever en een inbreuk op het in hem gestelde vertrouwen constitueert. Zulk gedrag, aldus het BAG, kan ook dan een dringende reden zijn wanneer het gaat om zaken van geringe waarde of er zelfs helemaal geen schade is.²³³ Dat is in lijn met hetgeen voor het Nederlandse recht kan worden aangenomen. Uitdrukkelijk verwierp het BAG vervolgens de door sommige lagere rechters wel verkondigde leer dat geringe vermogensdelicten reeds naar hun aard buiten het bereik van (de mogelijkheid van) een *Fristlose Kündigung* zouden vallen.²³⁴ Hier heeft namelijk te prevaleren, zo overweegt het BAG, dat de schending van het vertrouwen die veroorzaakt wordt door zo een vermogensdelict intreedt ongeacht de daadwerkelijk hoogte van de benadeling. Bovendien valt het aanbrengen van een ondergrens in het financiële belang van de benadeling niet te rijmen met de open norm van de *wichtige Grund* zoals die in de wet is verankerd en zou het vastleggen van zo een grens ook tot allerlei vervolgvragen aanleiding geven, zoals de vraag wat te doen met marginale overschrijdingen van de gestelde grens. Naar hiervoor is uiteengezet, komt aan dat argument ook in de Nederlandse setting gewicht toe. Gelet op al het voorgaande oordeelde ook het BAG dat een en ander

231 Wolfgang Thierse in de Berliner Zeitung, 26 Februari 2009.

232 <http://www.stern.de/politik/deutschland/wolfgang-thierse-zu-kassierer-in-urteil-die-reaktion-war-nicht-kalkuliert-656218.html>.

233 BAG 13. Dezember 2007 – 2 AZR 537/06; BAG 12. Augustus 1999 – 2 AZR 923/98; BAG 17. Mai 1984 – 2 AZR 3/83.

234 LAG Köln 30. September 1999 – 5 Sa 872/99; LAG Hamburg 8. Juli 1998 – 4 Sa 38/97; ArbG Reutlingen 4. Juni 1996 – 1 Ca 73/96 – RzK I 6 d Nr. 12.

meebracht dat de handelwijze van de cassière naar zijn aard een zwaar plichtsverzuim opleverde en daarmee in beginsel een dringende reden zou kunnen opleveren, ongeacht de in financiële zin verwaarloosbare waarde van de benadeling.

Vervolgens riep het BAG evenwel in herinnering dat het zich – zoals hiervoor al werd aangestipt – sedert enige jaren op het standpunt stelt dat ook wanneer sprake is van tekortkomingen in de “vertrouwenssfeer”, dat wil zeggen bij wangedrag in de vorm van misstappen in de vermogenssfeer tegen de werkgever (ongeacht of het daarbij nu gaat om strafbare feiten), steeds onderzocht moet worden of, in de omstandigheden van het individuele geval, niet *eerst* een waarschuwing (*Abmahnung*) verstrekt moet worden, alvorens tot ontslag mag worden overgegaan. Die verplichting, zo het BAG, volgt onder meer uit de gedachte dat het ontslag op staande voet een *ultimum remedium* is. Wil dat ingezet kunnen worden dan zal, ook hier, onderzocht moeten worden of niet met een andere, minder vergaande maatregel – lees: een *Abmahnung* – volstaan had kunnen worden. Het BAG oordeelde dat de appellinstantie nu precies op dit punt tot een onjuist oordeel was gekomen. Er was, naar opvatting van het BAG, in die beoordeling te weinig gewicht gehecht aan het 30-jarige vlekkeloze dienstverband van de werknemers. Te gemakkelijk was ervan uitgegaan dat een gedurende vele jaren opgebouwde en nimmer geschonden vertrouwensband door een eerste tekortschieten volledig en onomkeerbaar verstoord was. Het BAG drukte het als volgt uit: “Je länger eine Vertragsbeziehung ungestört bestanden hat, desto eher kann die Prognose berechtigt sein, dass der dadurch erarbeitete Vorrat an Vertrauen durch einen erstmaligen Vorfall nicht vollständig aufgezehrt wird.” Gelet juist op het langdurige dienstverband was het BAG uiteindelijk van oordeel dat de cassière eerst een waarschuwing had moeten krijgen alvorens ontslag op staande voet aan de orde had kunnen zijn. Bij gebreke van die waarschuwing kon naar objectieve maatstaven niet geoordeeld worden dat zich reeds een situatie voordeed waarin niet te vergen viel het dienstverband nog langer voort te zetten.

4.5.2.8 Verwijtbaarheid: niet altijd vereist maar wel steeds belangrijk

In het kader van “de aard en de ernst van de gedraging” dient ook nog te worden stilgestaan bij de vraag of voor het aannemen van een dringende reden verwijtbaarheid vereist is. Zoals onder 3.4.3 al kort aan de orde is gesteld, hanteert de Hoge Raad niet als hard vereiste voor het aannemen van een dringende reden dat de werknemer van de ontslaggrond een verwijt kan worden gemaakt. Een dergelijke eis ligt volgens de Hoge Raad niet besloten in de wettelijke formulering van het begrip dringende reden, te weten “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”. De Hoge Raad leidt uit die definitie af dat “niet vereist is dat de werknemer van zijn gedragingen een verwijt kan worden gemaakt, zodat uitgangspunt behoort te zijn dat ontslag op staande voet in beginsel ook mogelijk is indien de werknemer geen verwijt treft.”²³⁵ Het hangt, zo vervolgt de Hoge Raad, af van de aard van de dringende, voor het ontslag op staande voet

235 HR 29 september 2000, NJ 2001, 560.

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.

Met zijn verwijzing naar de aard van de dringende reden, waaruit een vereiste van verwijtbaarheid kan volgen, doelt de Hoge Raad in de eerste plaats op de situatie waarin de opgegeven ontslaggrond verwijtbaarheid omvat. De werknemer wordt, anders gezegd, medegedeeld dat hij wordt ontslagen omdat hij iets *verwijtbaar* heeft gedaan of nagelaten. Daarvan is bijvoorbeeld sprake bij de in art. 7:678 lid 2 sub g BW bedoelde ontslaggrond, het opzettelijk of ondanks waarschuwing bewust roekeloos, eigendom van de werkgever blootstellen aan gevaar. Eveneens zal verwijtbaarheid vereist zijn bij de in art. 7:678 lid 2 onder d BW bedoelde ontslaggrond, diefstal of verduistering. In de tweede plaats heeft de Hoge Raad een enkele keer een harde subregel geformuleerd dat bepaald gedrag alleen dan een dringende reden kan opleveren wanneer de werknemer van die handelwijze een verwijt kan worden gemaakt. Ook daar brengt dus de aard van de ontslaggrond mee dat een eis van verwijtbaarheid moet worden gesteld. Hèt voorbeeld daarvan vormt een arrest van 13 april 1984, waarin de Hoge Raad besliste dat het ontstaan van een kastekort niet als dringende reden kan worden aangemerkt als de werknemer ter zake niet minst genomen enig verwijt kan worden gemaakt.²³⁶ In een arrest van 19 juni 1987 werd die eis niet gesteld bij een ontslag wegens het betrokken raken bij een vechtpartij onder werktijd. Dat kan in de ogen van de Hoge Raad ook een dringende reden zijn als geen sprake is van verwijtbaarheid.²³⁷ Een zelfde beslissing ligt besloten in een arrest van 3 maart 1989, dat draaide om een ontslag wegens het gooien van een stoel in de richting van een bedrijfsarts, waardoor deze een middenhandsbeentje brak. Ook voor een ontslag op die grond is verwijtbaarheid niet steeds vereist om sprake te laten zijn van een dringende reden.

Is verwijtbaarheid geen *conditio sine qua non* voor het aannemen van een dringende reden, dan speelt de mate van verwijtbaarheid nog steeds wel een belangrijke rol bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet en wel in die zin dat naarmate de werknemer een geringer verwijt valt te maken, er minder snel sprake zal zijn van een dringende reden.²³⁸ Een dringende reden zonder verwijtbaarheid is de absolute uitzondering.²³⁹

²³⁶ HR 13 april 1984, NJ 1985, 2.

²³⁷ HR 19 juni 1987, NJ 1988, 77. Zie voor een andere uitleg van het arrest: G.R. André de la Porte, *De tweede klap kost meer dan een daalder*, Prg. 1988, p. 227.

²³⁸ HR 3 maart 1989, NJ 1989, 549.

²³⁹ Zie ook conclusie A.-G. Huydecoper voor HR 24 maart 2006, JAR 2006/99, die erop wijst dat ofschoon een dringende reden voor ontslag aan de kant van de werkgever ook k n bestaan zonder dat die aan de werknemer verwijtbaar is, "bij de beoordeling van de geldigheid en de ernst van een ontslagreden de mate van verwijtbaarheid toch in veel gevallen gewicht in de schaal legt, en ook doorslaggevend gewicht in de schaal kan leggen."

4.5.2.9 Verwijtbaarheid: de kritiek van Kuip kritisch beschouwd

In zijn dissertatie uit 1993 heeft Kuip, in navolging van Van den Heuvel, kritiek geuit op de leer van de Hoge Raad dat een dringende reden onder omstandigheden ook kan worden aangenomen wanneer geen sprake is van verwijtbaarheid aan de zijde van de werknemer.²⁴⁰ Zijns inziens volgt uit de wetsgeschiedenis van de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 *luce clarius* dat dat niet was wat de wetgever voor ogen stond. Kuip wijst erop dat het wetsontwerp dat leidde tot de Wet van 1907 het begrip dringende reden aanvankelijk aldus definieerde dat sprake moest zijn van:

“(…) eigenschappen, daden en gedragingen van den arbeider, die in strijd zijn met de goede zeden of die, in aanmerking genomen het door den arbeider bedongen loon, redelijker wijze van hem niet konden verwacht worden en in het algemeen omstandigheden, welke, teweeggebracht door opzet of schuld van de zijde des arbeiders, de verdere voortdurende dienstbetrekking voor den werkgever of diens huisgezin in ernstige mate nadeelig maken.”²⁴¹

Van regeringszijde werd ter toelichting hierop opgemerkt dat dringende redenen als hier bedoeld gelegen zijn in “een onbetamelijke handelwijze van de zijde van de wederpartij; zij dragen een odieus karakter, terwijl bij de gewichtige redenen louter billijkheidsoverwegingen, zonder eenige schuld aan de zijde der wederpartij (...) de ontbinding der overeenkomst rechtvaardigen.”²⁴² Uiteindelijk is, naar hiervoor onder 4.2.1 is beschreven, de tekst van art. 1639p ingrijpend gewijzigd, omdat onder druk van de Tweede Kamer werd teruggekeerd naar het tekstvoorstel uit het eerste ontwerp van Drucker, dat – anders dan het wetsvoorstel – een lijst met voorbeelden van mogelijke dringende redenen omvatte. Doordat, om die reden, werd teruggekeerd naar het voorstel van Drucker, kwamen ook de woorden opzet of schuld in art. 1639p te vervallen, zonder dat daaraan in het parlementaire proces aandacht werd besteed. Het voorontwerp van Drucker repte namelijk niet van opzet of schuld. Kuip leidt uit het feit dat uiteindelijk zonder tegenspraak van de Kamer is gekozen voor de begripsomschrijving van het voorontwerp Drucker, waarin de termen opzet of schuld ontbreken, kan worden afgeleid “dat de wetgever aan beide formuleringen een gelijke betekenis heeft toegekend. Zij kunnen klaarblijkelijk onderling uitgewisseld worden, zonder dat daardoor het karakter van de dringende redenen verandert.”

Ik zou menen dat de argumenten van Kuip veel minder dwingend zijn dan hij ze heeft gepresenteerd. Het zojuist genoemde argument dat het vervallen van de woorden opzet en schuld niet tot debat heeft geleid, kan men immers ook omdraaien en wel in het voordeel van de lezing dat opzet en schuld niet vereist zijn. Het feit dat het vervallen van de woorden niet tot debat heeft geleid, kan ook betekenen dat ook reeds in het oorspronkelijk wetsvoorstel opzet en schuld niet steeds vereist waren.

240 Zie S.W. Kuip, a.w., p. 34. e.v. Zie ook L. van den Heuvel, *De redelijkheidstoetsing van ontslagen*, Deventer 1983, p. 110.

241 Bles, IV, p. 120.

242 Bles, IV, p. 122.

Daar is, wanneer men de tekst van het oorspronkelijke voorstel leest, best wat voor te zeggen. Die, hierboven ingesprongen weergegeven, tekst kan namelijk anders dan Kuip lijkt te willen betogen, ook heel wel aldus worden gelezen dat onder dringende redenen werden aangemerkt enerzijds “eigenschappen, daden en gedragingen van den arbeider, die in strijd zijn met de goede zeden of die, in aanmerking genomen het door den arbeider bedongen loon, redelijker wijze van hem niet konden verwacht worden” – waarvoor opzet of schuld dus geen *conditio sine qua non* waren – en anderzijds “in het algemeen omstandigheden, welke, teweeggebracht door opzet of schuld van de zijde des arbeiders, de verdere voortdurende der dienstbetrekking voor den werkgever of diens huisgezin in ernstige mate nadeelig maken” – waarvoor opzet of schuld *wel* vereist waren. Daar komt bij, dat met name ook het wetgevingsproces ter zake van de ontbinding ex art. 1639w – het huidige art. 7:685 BW – een duidelijke aanwijzing bevat dat een dringende reden voor de werkgever onder omstandigheden ook aangenomen kan worden zonder dat sprake is van verwijtbaarheid aan de zijde van de werknemer. Zoals hiervoor onder 4.2.1 reeds kort is besproken, diende het Kamerlid Van Idsinga een amendement in door middel waarvan aan de wettelijke regeling van art. 7:685 BW (destijds 1639w) de mogelijkheid werd toegevoegd van ontbinding wegens een dringende reden. Van regeringszijde werd dat amendement, bij monde van Minister Van Raalte, aanvankelijk als overbodig aangemerkt omdat de werkgever die werd geconfronteerd met een dringende reden, maar het niet aandurfde deswege op staande voet te ontslaan, steeds ontbinding wegens wanprestatie zou kunnen vragen, omdat een dringende reden steeds een toerekenbare tekortkoming in de nakoming zou opleveren. Iets verderop onderkende de Minister evenwel dat er ook dringende redenen kunnen zijn die geen wanprestatie opleveren, zodat het toevoegen van de mogelijkheid om in het kader van art. 1639w ontbinding wegens een dringende reden te vragen, niet geheel overbodig was. Van Raalte noemde als voorbeeld van een geval van een dringende reden die geen ontbinding wegens wanprestatie zou wettigen:

“Wanneer de arbeider door ziekte of andere oorzaken zonder zijn toedoen buiten staat geraakt den bedongen arbeid te verrichten” Hier ook hebben wij een geval, waarin een dringende reden is en toch geen aanleiding om een vordering volgens art. 1303 in te stellen.”²⁴³

Die opmerking impliceert naar mijn mening dat men ook destijds de mogelijkheid wenste open te laten dat zich een dringende reden kon voordoen wanneer de werknemer daarvoor geen enkel verwijt kon worden gemaakt. Raakt een werknemer door ziekte *zonder zijn toedoen* buiten staat te werken, dan is dat bij uitstek een geval waarin geen enkele vorm van verwijtbaarheid aan de orde kan zijn.

Daar komt bij dat ook in het tekstuele verschil tussen het huidige art. 7:677 lid 1 BW enerzijds en art. 7:677 lid 3 BW anderzijds besloten ligt dat een dringende reden wel degelijk zonder verwijtbaarheid kan bestaan. Lid 3 bepaalt dat de partij die de wederpartij “door opzet of schuld” een dringende reden geeft, schadeplichtig is wanneer de arbeidsovereenkomst deswege is opgezegd of ontbonden, terwijl lid 1

²⁴³ Bles, IV, p. 265.

bepaalt dat de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden onverwijld kan worden opgezegd. Zou nu iedere opzegging wegens een dringende reden verwijtbaarheid vereisen, dan zouden de woorden “door opzet of schuld” in het derde lid zinledig zijn. In dat geval zou immers het vereiste van opzet of schuld al in het bestaan van een dringende reden besloten liggen. Er is dus blijkbaar een verschil tussen het door opzet of schuld geven van een dringende reden – de categorie van lid 3 – en de ruimere categorie van een dringende reden – lid 1 –, hetgeen de juistheid bevestigt van de gedachte dat een dringende reden ook zonder verwijtbaarheid kan worden aangenomen. In dat geval is echter geen sprake van schadeplichtigheid in de zin van lid 3. Die wetsuitleg spreekt ook aan, omdat niet goed valt in te zien waarom de werknemer die zonder dat hem enig verwijt treft op staande voet is ontslagen, ook nog eens de privaatrechtelijke “boete” van de schadeplichtigheid zou moeten voldoen.

Overigens is Kuip niet de enige die heeft bepleit dat een dringende reden voor de werkgever niet aangenomen kan worden wanneer geen sprake is van enige verwijtbaarheid aan de zijde van de werknemer. Zelfs door het parket bij de Hoge Raad der Nederlanden is dat standpunt in gemitigeerde vorm wel bepleit. Zo hebben de A.-G.'s Franx en Biegmán-Hartogh in verschillende in de jaren '80 van de vorige eeuw genomen conclusies betoogd dat in ieder geval bij handelingen of gedragingen een verwijtbaarheidsvereiste zou hebben te gelden; voor het aanmerken van eigenschappen als dringende reden zou dat vereiste dan weer niet hebben te gelden.²⁴⁴ Het lijkt me de vraag of dat onderscheid in de praktijk zou werken; de werkgever die de werknemer wegens een niet verwijtbare gedraging zou willen ontslaan, zou het onderscheid relatief eenvoudig kunnen omzeilen door de gewraakte niet verwijtbare gedraging te vertalen naar een niet verwijtbare eigenschap. Met enige creativiteit – dan wel het inroepen van een psycholoog – kan elke gedraging wel worden gezien als een uiting van een (karakter)eigenschap.²⁴⁵ Wat daarvan verder zij, de discussie is in feite achterhaald omdat de Hoge Raad inmiddels bij herhaling en in duidelijke bewoordingen heeft aangegeven niet aan een harde verwijtbaarheidseis te willen, noch zoals door Kuip bepleit voor een dringende reden in al zijn verschijningsvormen, noch – zoals door Biegmán-Hartogh en Franx bepleit – alleen bij handelingen en gedragingen.

Ik denk dat die keus een juiste is en gehandhaafd moet blijven.²⁴⁶ Niet alleen noopt de wetsgeschiedenis niet dwingend tot zo een vereiste en lijkt de opzet van art. 7:677 lid 1, gelezen in samenhang met lid 3 daarvan een andere kant op te wijzen, maar – veel – belangrijker is dat verwijtbaarheid als *conditio sine qua non* voor ieder

244 Conclusie A.-G. Franx voor HR 22 januari 1982, NJ 1982, 470 onder 3 en conclusie A.-G. Biegmán-Hartogh voor HR 5 december 1986, NJ 1987, 404 onder 7, die zelfs in zijn algemeenheid opmerkt: “Een werkkring behoort men niet te kunnen verliezen door daden of gedragingen waaraan men geen enkele schuld heeft.” Dat lijkt een in al zijn verstrekkendheid wel heel vergaande opmerking. Zou die stelling juist zijn, dan zouden reorganisatie en arbeidsongeschiktheid door een ziekte aan het ontstaan waarvan de werknemer geen enkele schuld heeft, geen ontslaggrond meer zijn. Zo ver gaat het ontslagrecht niet.

245 Zie in dit verband ook M.E. Smorenburg, De verwijtbaarheid van de Hoge Raad, ArbeidsRecht 2001, 1, die aangeeft dat de grens tussen eigenschappen en gedragingen moeilijk te trekken valt. Zij werpt de vraag op of een alcoholverslaving die in de familie van de werknemer wel vaker voorkomt wellicht een eigenschap te noemen valt.

246 Zie in dit verband ook W.A. Zondag, De dringende reden en het ontbreken van verwijtbaarheid: wat te doen met het avasverweer?, in: S.F. Sagel (red.), Vrienden door Duk en dun, Deventer 2011, p. 39 e.v.

rechtsgeldig ontslag op staande voet in de praktijk hoogst onwenselijke, niet uitlegbare, effecten kan hebben. Het voor het aannemen van een dringende reden vereiste *periculum in mora* kan soms ook bestaan als de werknemer geen verwijt van zijn handelwijze treft. Men denke aan het geval dat de werknemer een vreselijke misstap begaat onder invloed van een geestelijke stoornis. Het zou goed kunnen zijn dat het deze overtuiging is geweest die de Hoge Raad tot zijn beslissing heeft gebracht. In ieder geval is dat hoe A.-G. Spier de ratio van deze leer beziet. Hij schrijft in zijn conclusie voor het hiervoor genoemde arrest van 29 september 2000 dat een categorisch ontkennende beantwoording van de in die zaak aan de orde zijnde vraag of een werknemer die niet valt te verwijten tot dronkenschap te vervallen maar daardoor wel wegblijft van zijn werk, op staande voet ontslagen kan worden, consequenties kan hebben “die moeilijk zijn te overzien en die maatschappelijk niet gemakkelijk kunnen worden aanvaard.” Daaraan voegt hij het navolgende toe:

“3.2. (...) Veronderstellenderwijs aannemend dat bijvoorbeeld kleptomanie, pyromanie, bepaalde seksuele of gewelddadige uitpattingen moeten worden toegeschreven aan een ziekte waarvan de werknemer niets valt te verwijten, zou ontslag op staande voet te dier zake onmogelijk zijn. Zo’n regel valt niet uit te leggen.

3.3. In *elk* geval heeft daarom te gelden dat de *enkele omstandigheid* dat de werknemer ter zake van de gedraging waarvan hem geen verwijt valt te maken, welke gedraging ten gevolge van een ziekte of ziekelijke afwijking is verricht, onvoldoende is om een ontslag op staande voet wegens die gedraging te blokkeren.”

Het voorgaande laat zich aldus samenvatten dat verwijtbaarheid thans niet in alle gevallen *conditio sine qua non* is voor het aannemen van een dringende reden. Dat is wel het geval wanneer de aard van de opgegeven ontslaggrond verwijtbaarheid vereist. In alle overige gevallen zal het ontbreken van verwijtbaarheid een verzachtend effect hebben op de beoordeling of zich een dringende reden voordoet. Ik meen, de lagere rechtspraak van de afgelopen jaren overziend, daaruit de vuistregel te mogen distilleren dat wanneer van verwijtbaarheid in het geheel geen sprake is en met name wanneer dat komt omdat de werknemer door een psychische aandoening niet in staat is (de consequenties van) zijn handelwijze te overzien, slechts onder bijzondere omstandigheden sprake zal zijn van een dringende reden. Slordigheid en klunzigheid zijn vervelend voor de werkgever, maar in beginsel geen dringende reden; met boos opzet schade toebrengen is dat in beginsel wel.

In dit verband valt onder meer te wijzen op een arrest van het Gerechtshof Amsterdam uit 2010, waarin sprake was van een ontslag van een werknemer wegens werkverzuim en het zich niet houden aan door de bank gedane oproepen. De werknemer was evenwel – en de bank *wist* dat ten tijde van het ontslag – acuut psychotisch toen hij zich aan de gewraakte handelwijze schuldig maakte. In de procedure die volgde tamboereerde de bank (overigens vanuit haar procespositie bezien: begrijpelijk) op het feit dat een ontslag op staande voet ook mogelijk is zonder verwijtbaarheid. Het Hof erkende dat dat laatste waar is, maar overwoog vervolgens dat de bank met haar herhaalde verwijzing hiernaar leek te miskennen dat het uitgangspunt dat een ontslag op staande voet in beginsel ook mogelijk is indien de werknemer geen verwijt treft “onverlet laat dat het ontbreken van verwijtbaarheid

een *belangrijk* gezichtspunt kan zijn bij de beantwoording van de vraag of van de werkgever redelijkerwijze niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren." Het volledig ontbreken van verwijtbaarheid aan de zijde van de werknemer door zijn psychose en de wetenschap daarvan aan de zijde van de bank, stonden wat het Hof betreft aan het aannemen van een dringende reden in de weg.²⁴⁷ De Hoge Raad hield dat oordeel in cassatie overeind.²⁴⁸ In veel andere uitspraken wordt de vraag naar het bestaan van een dringende reden eveneens ontkennend beantwoord wegens het ontbreken van verwijtbaarheid, doordat de werknemer in verband met een psychische aandoening niet wist wat hij deed, althans hem daar om die reden geen verwijt van valt te maken.²⁴⁹ Deze rechtspraak vindt op haar beurt weer bevestiging in uitspraken waarin de rechter overwoog dat een bepaalde handelwijze *wel* een dringende reden vormt, omdat *niet* is aangetoond dat hij door een psychische stoornis, althans psychische klachten tot die handelwijze is gekomen.²⁵⁰ Bezieet men de zaken waarin ondanks dat verwijtbaarheid wellicht

247 Hof Amsterdam 12 oktober 2010, JAR 2010/287. Zie over het arrest ook O. van der Kind, TRA 2011, 5.

248 HR 22 juni 2012, JAR 2012/189.

249 Zie in vergelijkbare zin ook: Ktr. Haarlem 31 augustus 2009, JAR 2009/239 (wangedrag van een piloot kan niet als dringende reden worden aangemerkt nu dit gedrag werd veroorzaakt door een psychische stoornis. De piloot was na zijn eigen woning te hebben gesloopt opgenomen in een psychiatrische kliniek); Hof Den Haag 11 april 2003, LJN: AI0359 (Sterke indicaties van psychische problemen maken dat ontslag op staande voet wegens poging tot mishandeling niet toelaatbaar is); Ktr. Enschede 30 juni 2005, Prg. 2005, 129 (Psychische problemen kunnen werkweigering rechtvaardigen); Vzgr. Rb. Dordrecht 26 juni 2006, RAR 2006/127 (te laat komen geen dringende reden omdat het zijn oorzaak vindt in psychisch ziektebeeld, dat verantwoordelijk is voor verstoord dag/nacht ritme waardoor werknemer soms een "gat in de dag slaapt"). Ktr. Rotterdam 5 december 2006, LJN: AZ4553 (psychische problemen rechtvaardigen overtreden verzuimvoorschriften); Vzgr. Rb. Haarlem 15 mei 2007, RAR 2007/106 (posttraumatisch stress-syndroom na gewapende roofoverval draagt, met een aantal andere verzachtende omstandigheden in de privé-sfeer, bij aan oordeel dat diefstal van EUR 200,- geen dringende reden oplevert); Ktr. Amsterdam 1 juli 2008, LJN: BD6663 (psychische stoornis "rechtvaardigt" verkeerde declaraties en het voorwenden van afspraken door bankdirecteur); Ktr. Den Bosch 27 juli 2009, LJN: BJ3888 (werkweigering geen dringende reden wegens psychische problemen van de werknemer); Hof Arnhem 29 september 2009, LJN: BL1324 (bij herhaling overtreden van verzuimreglement geen dringende reden, nu depressie daartoe zal hebben geleid); Ktr. Dordrecht 22 juli 2010, Prg 2010, 209 (door psychische problemen niet communiceren met werkgever is geen dringende reden); Ktr. Amsterdam 18 maart 2010, RAR 2010/106 (psychologische problemen geven kader waarbinnen werkgever bedreiging had moeten beoordelen in plaats van meteen deswege op staande voet te ontslaan). Ktr. Gouda 31 augustus 2000, Prg. 2000, 5576 (werknemer wordt op staande voet ontslagen omdat hij versuft/slapend op toilet werd aangetroffen; geen dringende reden nu werknemer aannemelijk weet te maken dat dit werd veroorzaakt door psycho-somatische aandoening); Ktr. Oud-Beijerland 26 juni 2006, RAR 2006/127 (met regelmaat te laat komen geen dringende reden door psychische ziekte).

250 Ktr. Haarlem 26 november 2008, LJN: BG6277 (geen medische onderbouwing voor het feit dat werknemer geen verwijt treft van het niet verstrekken van juiste informatie); Ktr. Deventer 22 februari 2007, Prg 2007, 70 (niet nakomen afspraken kan niet worden gerechtvaardigd door psychische problemen, nu er geen afdoende medische onderbouwing voor die stelling is verstrekt). Hof Den Bosch 1 mei 2007, JAR 2007/160 (psychische problemen staan niet vast en zijn ook niet aannemelijk, dus kunnen zij aan bestaan dringende reden niet afdoen). Hof Leeuwarden 23 juni 2004, JAR 2004/203 (psychische klachten zijn niet bewezen en kunnen dus niet aan bestaan dringende reden afdoen). Ktr. Zwolle 6 juni 2005, Prg 2005, 141 (geweld kan onder omstandigheden worden gerechtvaardigd door totale *black out*, maar die *black out* moet dan wel met medische gegevens worden onderbouwd). Ktr. Sittard-Geleen 10 april 2003, JAR 2003/119 (onvoldoende aanknopingspunten dat werknemer door overspannenheid fraudeerde).

volstrekt afwezig was wegens een psychische stoornis, toch een dringende reden werd aangenomen, dan valt op dat het daarbij in verreweg de meeste gevallen gaat om, arbeidsrechtelijk gezien, zeer ernstige vormen van wangedrag, zoals het langdurig en in steeds ernstiger vormen stalken van een leidinggevende en zijn gezin,²⁵¹ het hebben van seksueel contact met een minderjarige leerlinge door een leraar²⁵² alsmede het door een medewerker van een postkantoor op grote schaal verstrekken van strikt vertrouwelijke bancaire klantgegevens aan een derde.²⁵³ Dat bevestigt de hiervoor aangenomen vuistregel dat bij het geheel ontbreken van verwijtbaarheid slechts in uitzonderlijke gevallen plaats zal zijn voor het oordeel dat zich desondanks een dringende reden voordoet. Voor een harde subregel moge dan geen plaats zijn, die vuistregel geldt wel.

Waar het de verwijtbaarheid betreft, zij voorts nog opgemerkt dat niet alleen psychische problemen of stoornissen aanleiding kunnen vormen voor het oordeel dat de werknemer geen daadwerkelijk verwijt treft van zijn handelwijze. Ook fysieke ongemakken en beperkte intelligentie of cognitieve vermogens kunnen blijkens de rechtspraak een verzachtend effect hebben op de arbeidsrechtelijke verwijtbaarheid van een gedraging. In de eerste categorie valt een uitspraak van de Kantonrechter Lelystad rond een medewerker van een vleesbedrijf die bij het afleveren van vleesproducten aan Holland Casino had geplast in een leeg voedingsmiddelenkrat. De werknemer – Van Deenen – stelde dat hem daarvan geen verwijt viel te maken omdat hij al enige dagen last had van zijn blaas en bevreesd was het toilet niet meer te zullen halen. De Kantonrechter achtte dat betoog aannemelijk en de met het urineren gepaard gaande overtreding van de geldende hygiënevoorschriften onvoldoende verwijtbaar om een dringende reden op te leveren. “Mogelijk” – zo overwoog de Kantonrechter – “kan Van Deenen verweten worden dat hij, wetende dat hij last had van zijn blaas, te lang met het toiletbezoek heeft gewacht, maar deze inschattingsfout van Van Deenen, is van onvoldoende gewicht om daaraan de verregaande gevolgen van een ontslag op staande voet te verbinden.”²⁵⁴ In de tweede categorie valt een recent arrest van het Gerechtshof te Leeuwarden. Daarin werd beslist dat het feit dat een werknemer – werkzaam in de WSW – een “eenvoudig en verbaal niet weerbaar” man was, meebracht dat hem niet een zodanig verwijt van een fysieke bejegening van een leidinggevende kon worden gemaakt dat een dringende reden kon worden aangenomen.²⁵⁵ Op de betekenis van het intelligentie-, opleidings- en kennisniveau van de werknemer bij de beoordeling van de dringende reden wordt hierna onder 4.5.5.7 in het kader van de bespreking van het gezichtspunt van de persoonlijke omstandigheden nog nader teruggekomen.

251 Hof Amsterdam 4 maart 2004, JAR 2004/203.

252 Ktr. Amsterdam 1 oktober 2009, JAR 2009/274.

253 Hof Den Haag 20 april 2010, RAR 2011/78.

254 Ktr. Lelystad 25 februari 2004, JAR 2004/106.

255 Hof Leeuwarden 5 oktober 2010, RAR 2011/7. Zie ook: Ktr. Heerlen 20 februari 2008, LJN: BC 8785 (cognitieve beperkingen en andere verzachtende omstandigheden bij de werknemer leiden ertoe dat poging tot diefstal van bossen bloemen geen dringende reden is); Ktr. Alkmaar 7 juli 2000, JAR 2000/181 (zwakbegaafde werknemer in de WSW kan gevolgen van zijn handelen niet goed overzien).

Tot slot zij nog aangetekend dat wanneer de werknemer uit zichzelf een misstap opbiecht voordat deze door de werkgever is ontdekt, ook daarvan een mitigerend effect uitgaat op de verwijtbaarheid. Die blijft op zichzelf wel bestaan, maar wordt wel verminderd. Dat kan er, zeker in gevallen waarin de werknemer een min of meer “plausibele” verklaring heeft voor zijn misstap, toe leiden dat de werkgever genade voor “recht” moet laten gaan. Verwezen zij in dit verband naar een arrest van het Gerechtshof Den Haag uit 2007, waarin een vrachtwagenchauffeur een op zich niet onaanzienlijk bedrag aan ontvangen remboursgelden niet had afgedragen omdat hij het geld door privé-problemen nodig had om van te leven.²⁵⁶ De echtgenote van de werknemer stuurde enige tijd later een brief aan de werkgever waarin dit werd opgebiecht en werd aangeboden om het bedrag zo spoedig mogelijk terug te betalen. Onder die omstandigheden achtte het Hof de handelwijze niet zodanig verwijtbaar dat sprake was van een dringende reden. Het gezegde *beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald* kan dus ook arbeidsrechtelijk effect sorteren, zij het dat het geen garantie op succes betekent. Of, zoals Duk in een kritische bespreking van het arrest in herinnering roept, in dit leven geldt nu eenmaal “Eén moment onbedachtzaamheid, kan maken dat men eeuwig schreit”.²⁵⁷

4.5.3 De aard van de dienstbetrekking

Het tweede gezichtspunt dat de Hoge Raad, na de aard en de ernst van de ontslaggrond, noemt bij de beoordeling van de dringende reden is “de aard van de dienstbetrekking”. Het betreft hier een gezichtspunt ter zake waarvan in de rechtspraak eveneens bepaald duidelijke lijnen zijn te ontwaren.

4.5.3.1 Voorbeeldfuncties, vertrouwensfuncties en representatieve functies

De aard van de dienstbetrekking werkt in die zin door dat sommige werknemers een misstap gelet op de door hen vervulde functie extra zwaar wordt aangerekend. Wat in de ene functie nog net aanvaardbaar is, kan bij een andere functie maken dat van de werkgever redelijkerwijs niet meer gevergd kan worden de dienstbetrekking voort te zetten. Dat heeft te maken met het leerstuk van, wat in het strafrecht wel wordt genoemd, de *Garantenstellung*. Dat leerstuk houdt kort gezegd in dat van een werknemer, gelet op de functie die hij uitoefent, een bepaalde kwaliteit verwacht wordt.²⁵⁸

In de eerste plaats kan er in dit verband op worden gewezen dat in de rechtspraak brede steun valt te vinden voor de gedachte dat werknemers in (leidinggevende)

256 Hof Den Haag 17 augustus 2007, JAR 2007/279.

257 Zie R.A.A. Duk, Hoe dringend is dringend, in: W. Plessen, H. van Drongelen en F. Hendrickx (red.), Sociaal recht: tussen behoud en vernieuwing, Zutphen 2011, p. 322 die spreekt van een typisch geval van *mercy over justice*.

258 Zie over de betekenis van het beginsel, dat afkomstig is uit het strafrecht nader: J. Rummelink, Mr D. Hazewinkel-Suringa's inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht, Deventer 1996, p. 312 en 324/325; J.M. ten Voorde, De *Garantenstellung* van politieambtenaren bij vuurwapengebruik en de aanname van noodweer, DD 2008, 56.

voorbeeldfuncties, zoals bij uitstek (statutair) directeuren, maar ook HR-managers en bedrijfs- of afdelingsleiders aan (nog) hogere eisen wat integriteit en normbesef betreft dienen te voldoen dan “reguliere” werknemers. Het Gerechtshof Den Haag heeft dat wel eens kernachtig aangeduid met het adagium “hoge bomen vangen veel wind”.²⁵⁹

Is het arbeidsrechtelijk juist om wangedrag aan werknemers in leidinggevende voorbeeldfuncties zwaarder aan te rekenen dan aan werknemers in “normale” functies? Ik zou menen dat die vraag inderdaad bevestigend beantwoord kan worden, te weten omdat onderdeel van de functie van zo een leidinggevend werknemer uitmaakt dat hij zich in zijn algemeenheid op (en in verband met) het werk “voorbeeldig” gedraagt. Juist teneinde anderen te laten zien welk gedrag daar van hen verwacht wordt.²⁶⁰ *Guiding by example* heet dat ook wel. Gaat zo een werknemer over de schreef, bijvoorbeeld door zich schuldig te maken aan frauduleuze handelingen, dan is, net als bij een waarschuwing, sprake van een “gekwalficeerde” misstap; er is niet sprake van fraude “sec” maar daarenboven ook van het schenden van de contractuele verplichting om anderen tot voorbeeld te strekken. Die verplichting kan zeker voor werknemers in directieposities, maar ook voor werknemers in leidinggevende posities daaronder, niet alleen worden aangenomen wanneer deze expliciet contractueel is verankerd, maar vloeit – wanneer dat niet is gebeurd – naar mijn mening evenzeer als *implied term* voort uit het bepaalde in art. 7:611 BW. Het is, zo kan men ook zeggen, *eigen* aan het vereiste van goed werknemerschap bij een leidinggevende positie.²⁶¹

Een sprekend voorbeeld uit deze lijn wordt gevormd door een uitspraak van de Kantonrechter Emmen uit 2001, waarin het ging om de vraag of een leidinggevend personeelsfunctionaris zijn werkgever een dringende reden had gegeven door onder werktijd pornografische bestanden te downloaden die door een ongelukkige digitale samenloop van omstandigheden automatisch waren gekopieerd naar de computers van zijn ondergeschikten. De Kantonrechter beantwoordde die vraag bevestigend, daartoe overwegend dat de werkgever van de werknemer “als leidinggevend personeelsfunctionaris die een voorbeeldfunctie voor het overige personeel behoorde te vervullen, mocht verwachten en verlangen dat hij strikt integer was.” Dit hield mede in dat hij zich, ongeacht wat het internetbeleid van de werkgever moge zijn, in de werksfeer diende te onthouden van “bezigheden die in Nederland veelal nog steeds als immoreel worden ervaren”. Doordat de desbetreffende bestanden ook op de computers van zijn ondergeschikten terecht waren gekomen had de werknemer

259 Hof Den Haag 8 december 2006, JAR 2007/45. Zie in dezelfde zin ook Hof Amsterdam 13 januari 1994, NJ 1996, 75 (aan directeur met aanzienlijk salaris mogen hoge eisen wat integriteit betreft worden gesteld).

260 Ktr. Roermond 20 mei 2009, JAR 2009/192 (verhogen eigen kredietlimieten door leidinggevend functionaris van de bank), Ktr. Hilversum 13 juni 2000, JAR 2000/171 en 19 december 2001, JAR 2002/38 (managing director overtreedt eigen effectenreglement).

261 Zie in die zin onder meer Ktr. Zwolle 28 januari 2011, JAR 2011/103; Ktr. Helmond 12 juni 1998, JAR 1999/47 (statutair directeur heeft voorbeeldfunctie voor het gehele personeel wat integriteit betreft).

het zichzelf onmogelijk gemaakt als leidinggevend personeelsfunctionaris geloofwaardig te blijven functioneren en was een dringende reden gegeven.²⁶²

Een tweede categorie werknemers voor wie een dergelijke *Garantenstellung* geldt, zijn werknemers in zogenaamde *vertrouwensfuncties*. Te denken valt daarbij onder meer aan medewerkers in de beveiliging aan wie de bewaking van de goederen van de werkgever is toevertrouwd, aan medewerkers van de bank of een casino/spielhal die toegang hebben tot de geldstromen die daar plaatsvinden, maar ook aan personeel van scholen of opvangcentra aan wie de zorg voor kinderen, zieken of ouderen is toevertrouwd. Indien medewerkers in dergelijke vertrouwensfuncties zich schuldig maken aan gedrag waarmee ze hun specifieke, verzwaarde zorgplicht – hun *Garantenstellung* – schenden, wordt hen dat in de rechtspraak zwaar aangerekend. Verwezen kan in dat verband worden naar een uitspraak van de Kantonrechter Hilversum, waarin deze overwoog dat “aan een beveiligingsbeambte zware eisen (mogen, toevoeging SFS) worden gesteld met betrekking tot integriteit, normbesef en betrouwbaarheid” zodat het mee naar huis nemen van een achtergelaten stofzuiger zonder meer als dringende reden voor beëindiging kwalificeerde.²⁶³ Vergelijkbare uitspraken wees het Gerechtshof Den Haag met betrekking tot werknemers (i) die, gelet op de aard van hun functie, op de hoogte waren van vertrouwelijke concurrentiegevoelige gegevens en daarmee een concurrerende onderneming meenden te moeten opzetten dan wel (ii) die als één van de weinigen binnen de onderneming op grond van hun functie toegang hadden tot een oliepomp en met de sleutel daarvan olie stalen.²⁶⁴ Ook in een uitspraak van de Kantonrechter Helmond van 2003, die betrekking had op een diefstal van één pen door een medewerkster van een verzorgingshuis, speelde dit element een belangrijke rol.²⁶⁵

Ook ten aanzien van medewerkers van de bank worden in de rechtspraak vaak extra strenge eisen wat de vereiste betrouwbaarheid betreft gesteld, gelet op de verantwoordelijkheden die zij hebben. Illustratief is in dit verband het jurisprudentieoverzicht dat Hansma en Koning een aantal jaren geleden hebben gegeven.²⁶⁶ Zij halen daarin onder meer een niet gepubliceerde uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam aan, waarin deze zelfs in zijn algemeenheid zou hebben overwogen dat een medewerker van de bank “brandschoon” moet zijn.²⁶⁷ Ik zou menen dat dat, in zijn algemeenheid, een stap te ver is. Het enkele feit dat men bij de bank werkt, betekent nog niet dat men daarmee een *Garantenstellung* heeft; om te bezien of dat zo is, zal moeten worden bezien of de specifieke *functie* van de werknemer meebrengt dat voor hem in versterkte mate geldt dat hij zich van bepaald gedrag onthoudt. Zo zal

262 Ktr. Emmen 23 januari 2002, JAR 2002/73.

263 Ktr. Hilversum 28 september 1995, Prg. 1995, 4409.

264 Hof Den Haag 25 maart 1987, NJ 1988, 523 en Hof Den Haag 14 maart 2003, KG 2003/154.

265 Ktr. Helmond 10 februari 2003, JAR 2003/80.

266 Zie R. Hansma en L.M. Koning, Een medewerker van de bank moet brandschoon zijn, *Arbeids-Recht* 1997, 1.

267 Ktg. Amsterdam 12 september 1996, VV-nr. 96-3922.

van een manager consumptieve kredietverlening, die – in de woorden van de Kantonrechter Rotterdam – gehouden is “de morele ge goedheid van klanten te beoordelen” inderdaad verwacht mogen worden dat hij er zelf op het punt van financiële moraliteit een hoge standaard op nahoudt. Wanneer dat niet zo blijkt te zijn, zal dat inderdaad een in sterke mate verzwarend effect hebben op de beoordeling of sprake is van een dringende reden.²⁶⁸ Maar niet valt in te zien waarom datzelfde effect ook zou hebben te gelden bij de medewerker van het bancaire bedrijfsrestaurant die slechts de borden wast.

Men hoede zich er, anders gezegd, voor om enkel en alleen op grond van de aard van de onderneming aan te nemen dat een ieder die daar werkt, een vertrouwenspositie bekleedt, waarvan dan vervolgens een verzwarend effect uitgaat op de beoordeling of sprake is van een dringende reden. En zelfs als men inderdaad tot de conclusie komt dat een werknemer een bepaalde *Garantenstellung* heeft, behoeft dat niet steeds te betekenen dat daarvan bij de beoordeling of een bepaalde gedraging een dringende reden vormt, een verzwarend effect uitgaat. Beoordeeld moet worden of de desbetreffend gedraging in strijd is met de specifieke “kwaliteit” die de werknemer gelet op zijn functie moet hebben.²⁶⁹ Een tweetal voorbeelden ter illustratie. Allereerst dat van de docent aan wie de zorg voor kinderen is toevertrouwd. Verleidt zo een docent een minderjarige scholiere, dan schendt hij zijn specifieke zorgverplichting op flagrante wijze en zal dat een verzwarend effect op de beoordeling hebben.²⁷⁰ Scheldt de docent daarentegen de rector in de docentenkamer uit voor de spreekwoordelijke rotte vis, zonder dat de leerlingen daar weet van hebben, dan schendt hij daarmee de aan zijn functie inherente *Garantenstellung* niet. Een tweede voorbeeld. Ten aanzien van een senior medisch adviseur van het CBR die zich uit hoofde van zijn functie toelegt op het bestrijden van alcohol in het verkeer, zal mogen worden aangenomen dat voor hem *in versterkte mate* geldt dat hij zichzelf niet aan rijden onder invloed schuldig mag maken.²⁷¹ Maar doet zo een werknemer een greep in de kas, dan geldt die *Garantenstellung* niet. Hij heeft op dat punt geen verzwaarde zorgplicht. Daarmee wil niet gezegd zijn dat dat geen dringende reden kan zijn, maar wel dat voor een “verzwaard” verwijt, gelet op de functie, dan geen aanleiding bestaat.

Tot slot valt in dit verband nog te wijzen op werknemers in representatieve functies, met – zoals dat heet – klantcontact. Ook ten aanzien van hen wordt aangenomen dat op grond van hun functie soms strengere eisen gesteld mogen worden dan gemiddeld, hetgeen onder meer bevestiging vindt in het *Hyatt-arrest* van de Hoge Raad van 14 september 2007. Daarin achtte de Hoge Raad het niet onjuist dat

268 Ktg. Rotterdam 19 november 1996, KG-nr. 146.207/VV.

269 Zie Hof Amsterdam 13 januari 2009, LJN: BH4674 (werknemer vervult functie waarin hij verantwoordelijk is voor de veiligheid van anderen, juist daarom is het ernstig verwijtbaar dat de werknemer dronken op het werk verschijnt).

270 Ktr. Amsterdam 1 oktober 2009, JAR 2009/274.

271 Ktr. Utrecht 1 december 2010, JAR 2011/62.

de appelrechter bij zijn oordeel dat de overtreding van een *drugsfree workplace policy* een dringende reden opleverde, had betrokken dat de werknemer in kwestie een “representatieve functie als die van casino beverage server vervult”.²⁷² De *Garantenstellung* van de werknemer in een representatieve functie houdt in dat voor hem in verzwaaarde mate geldt dat hij zich – zeker onder werktijd – heeft te onthouden van gedrag dat aan de goede naam van de werkgever afbreuk doet. Verwezen zij in dit verband ten slotte naar het sprekende voorbeeld van een werknemer die als “buurtmeester” in dienst was van een woningbouwvereniging en die als zodanig namens de woningbouwvereniging contacten met huurders onderhield en toezag op naleving van de regels. Toen brand in de woning van de buurtmeester uitbrak – een woning die hij overigens huurde van zijn werkgever – werd daar een hennepplantage ontdekt. De Kantonrechter vond dat, juist vanwege de “publieksfunctie” van de werknemer, die de andere bewoners tot voorbeeld had te strekken, terecht onaanvaardbaar.²⁷³

4.5.3.2 De aard van de onderneming van de werkgever

Als sub-onderdeel, of zo men wil species, van het gezichtspunt “de aard van de functie” valt ook “de aard van de onderneming” aan te merken waarbinnen een functie wordt uitgeoefend. Een zelfde functie kan in verschillende soorten ondernemingen verschillende eisen wat integriteit en normbesef betreft met zich brengen.²⁷⁴ Bepaald gedrag kan dan ook voor een werknemer in een bepaalde functie bij de ene onderneming wel als dringende reden kwalificeren, terwijl datzelfde gedrag van een werknemer in een gelijke of vergelijkbare functie bij een onderneming van andere aard niet zo een dringende reden oplevert. In dit verband valt in de eerste plaats te denken aan werknemers in dienst van bedrijven waarbinnen, gelet op het productieproces, strenge veiligheids- of hygiënevoorschriften gelden. Daar zal, gelet op de aard van de onderneming, de werkgever veel gewicht mogen hechten aan naleving van die regels en zal overtreding ervan dus ook sneller een dringende reden vormen. Gewezen kan in dit verband worden op overtreding van een rookverbod binnen een onderneming waar met brandbare stoffen dan wel met stoffen waarbij ontploffingsgevaar bestaat, wordt gewerkt. De aard van de onderneming brengt dan bij uitstek mee dat de werkgever strikte naleving van een rookverbod kan eisen, en daarop ook snel met ontslag op staande voet mag reageren wanneer zo een verbod wordt overtreden. In een uitspraak van 13 augustus 2010 besliste de Kantonrechter

272 HR 14 september 2007, JAR 2007/250, rov. 3.4.4, eerste alinea, laatste volzin.

273 Ktr. Rotterdam 5 november 2003, JAR 2003/288 (ontbinding werd overigens hier niet wegens een dringende reden verzocht, maar wegens veranderingen in de omstandigheden. Er werd dan ook op die grond ontbonden, overigens zonder toekenning van een vergoeding. Naar mijn mening had een dringende reden hier zeker aangenomen kunnen worden).

274 In HR 25 november 1977, NJ 1978, 176 werd de aard van de onderneming door de Hoge Raad zelfs als afzonderlijk gezichtspunt aangemerkt.

Enschede dan ook dat het feit dat een werknemer eenmaal achter een bepaalde lijn had gerookt – waar dat streng verboden was – een dringende reden opleverde, juist gelet op de aard van de onderneming.

“Het betreft hier een chemisch productiebedrijf dat grondstoffen produceert hoofdzakelijk bestemd voor de verfindustrie. Er wordt met brandbare stoffen gewerkt en in verband daarmee wordt er geproduceerd in overeenstemming met milieuvergunningen van Provincie en Brandweer. Op de naleving daarvan wordt jaarlijks gecontroleerd. De gevolgen van een mogelijke brand of ontploffing zijn niet te overzien voor de omgeving van het bedrijf en de naast gelegen stad Delden. Uit het oogpunt van veiligheid en betrouwbaarheid heeft Elementis dan ook letterlijk een streep getrokken, de gele lijn, waarachter sedert 1 juli 2008 niet meer gerookt mag worden.”²⁷⁵

Deze uitspraak staat bepaald niet op zichzelf, naar blijkt uit onder meer een eerdere uitspraak over een automonteur die – naar het oordeel van de Kantonrechter Utrecht – terecht op staande voet was ontslagen wegens het opsteken van een sigaret terwijl een collega benzine aan het overgieten was. Van een monteur in een autowerkplaats waar wordt gewerkt met brandgevaarlijke stoffen zoals olie en benzine, mocht volgens de Kantonrechter verwacht worden dat hij zich bewust is van dergelijke (brand)gevaaren en zich onthoudt van het creëren van gevaarlijke situaties.²⁷⁶ Hetzelfde geldt, volgens het Gerechtshof Den Haag, voor een matroos die werkt voor een onderneming die zich erop toelegt producten naar een petroleumhaven te vervoeren.²⁷⁷ Een ander fraai voorbeeld in deze lijn vormt een uitspraak van de Rechtbank Utrecht uit 1971, waarin sprake was van roken door een werknemer in een fabriekshal waar een groot brandgevaar bestond. Er hing een bord “streng verboden te roken” waaraan na een brand de woorden “Als er toch gerookt wordt zijn de gevolgen voor U” waren toegevoegd. Toen een werknemer aan de personeelschef vroeg wat daarmee bedoeld werd, antwoordde deze: “Als je rookt dan schop ik je er uit”. De werknemer stak een rokertje op en kreeg de schop die hem was beloofd. Terecht, zo oordeelde de Rechtbank, zulks mede vanwege het brandgevaar dat in de onderneming bestond.²⁷⁸ In dezelfde lijn staat de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak

²⁷⁵ Ktr. Enschede 13 augustus 2010, JAR 2010/221. Volstrekt onjuist lijkt me de in deze zaak gedane uitspraak in de bodemprocedure, waarin net geen dringende reden werd aangenomen, omdat de werkgever ook zou hebben kunnen volstaan met inhouding van een paar weken salaris. Ktr. Almelo 5 juli 2011, JAR 2011/213. Wie ondanks heldere instructies speelt met het leven van zijn collega's, verdient de zwaarste arbeidsrechtelijke sanctie. Terecht werd dit vonnis dan ook in appel vernietigd door het Arnhemse Gerechtshof. Hof Arnhem 2 oktober 2012, JAR 2012/257. Zie ook Ktr. Groningen 15 september 2011, LJN: BT1645, waarin overtreding van een rookverbod niet als dringende reden werd aangemerkt omdat de werkgever een gedoogbeleid had gevoerd, althans onvoldoende duidelijk had gemaakt dat sprake zou zijn van ontslag op staande voet bij overtreding.

²⁷⁶ Ktr. Utrecht 6 juli 2005, JAR 2005/240.

²⁷⁷ Hof Den Haag 11 februari 2005, JAR 2005/114.

²⁷⁸ Rb. Utrecht 23 december 1970, Prg 1971, 641. Zie ook Ktr. Rotterdam 9 februari 1977, Prg. 1979, 1385.

Wickel/Klene, waaruit valt af te leiden dat de Hoge Raad het niet onjuist of onbegrijpelijk achtte dat de rechter in feitelijke instanties bij zijn beoordeling dat overtreding van een rookverbod een dringende reden opleverde mede in aanmerking had genomen dat bij de werkgever – een dropfabriek – strenge hygiënevoorschriften golden.²⁷⁹

Ook het feit dat een werkgever een onderneming is die belang heeft bij een hoge mate aan representativiteit zal een rol kunnen spelen bij de beoordeling of wangedrag een dringende reden vormt. Dat blijkt uit het hiervoor reeds aangehaalde *Hyatt-arrest* van 14 september 2007, waarin de Hoge Raad accordeerde dat de appelrechter bij zijn oordeel dat overtreding van een *drugsfree workplace policy* van het Hyatt hotel op Aruba een dringende reden opleverde, veel gewicht had toegekend aan het grote belang van het hotel bij een immer representatieve uitstraling in de richting van de gasten.²⁸⁰ Van belang is dat de beoordeling of aan de aard van de onderneming een verzwarend effect toekomt bij de beoordeling of sprake is van een dringende reden, niet los kan worden gezien van de aard van de door de werkgever gewraakte gedraging. De aard van de onderneming zal alleen dan een verzwarend effect op de weging hebben wanneer deze meebrengt dat juist bij een onderneming als die van de werkgever het vertoonde gedrag in versterkte mate ontoelaatbaar is. Bij een raffinaderij zal, gelet op de aard van de onderneming, roken op de werkvloer in versterkte mate ontoelaatbaar zijn dan bij een gemiddelde werkgever waar geen brand- of ontploffingsgevaar is te duchten. Bij de beoordeling of diefstal van de portemonnee van een collega een dringende reden vormt daarentegen zal het feit dat de werknemer bij een raffinaderij werkt, datzelfde verzwarende effect niet hebben. De aard van de onderneming brengt bij dat vergrijp niet mee dat het *extra* ontoelaatbaar is. Dat zal weer wel gelden bij een detailhandelsorganisatie, die erop moet kunnen vertrouwen dat haar cassières geen greep in de kas doen.

4.5.4 De duur van de dienstbetrekking en de wijze waarop de werknemer deze heeft vervuld

4.5.4.1 Algemeen

In het kader van de lijst met gezichtspunten die de Hoge Raad in 1999 formuleerde, werd door hem in de derde plaats ook “de duur van de dienstbetrekking en de wijze waarop de werknemer deze heeft vervuld” als in aanmerking te nemen gezichtspunt genoemd. Bezieet men de lagere rechtspraak, dan dringt zich de conclusie op dat de rechter naarmate de werknemer langer goed heeft gefunctioneerd, een misstap eerder accepteert. Een langdurig vlekkeloos dienstverband heeft, anders gezegd, vrijwel steeds een “verzachtend” effect in de weging. Er zijn heel veel uitspraken waarin de rechter, juist of in ieder geval mede gelet op het feit dat de werknemer al geruime tijd goed functioneerde, ontslag op staande voet een te vergaande maatregel

²⁷⁹ HR 20 juni 2003, NJ 2003, 523; JAR 2003/179.

²⁸⁰ HR 14 september 2007, JAR 2007/250.

achte.²⁸¹ Dat betekent overigens bepaald niet dat een lang en (relatief) “schoon” dienstverband steeds een “garantie voor clementie” oplevert. Ook werknemers met een lang dienstverband zijn niet per definitie immuun voor ontslag op staande voet. Er zijn allerlei uitspraken waarin aan een lang en vrijwel onberispelijk dienstverband weliswaar een verzachtend effect werd toegekend, maar dat effect onvoldoende was om de aard en de ernst van de zaak te ecarteren.²⁸²

4.5.4.2 Duur dienstbetrekking en wijze van dienstvervulling: samen of apart bezien?

In de literatuur worden de lengte van het dienstverband en de wijze waarop daaraan invulling is gegeven, wel gezien als twee afzonderlijke vereisten, die los van elkaar in de afweging of zich een dringende reden voordoet, zouden moeten worden

281 Hof Den Bosch 11 maart 2007, LJN: BD5653 (overtreding van hygiënevoorschriften geen dringende reden, mede gelet op dienstverband van 27 jaar dat naar tevredenheid was vervuld); Hof Den Haag 20 februari 2004, LJN: AO7375 (achterhouden van post bestemd voor tijdschrift “Rosie” rechtvaardigt, mede gelet op lengte van het dienstverband – werknemer was ten tijde van het ontslag op staande voet op een week na 40 jaar in dienst – en het feit dat hij de laatste tien jaar “steeds goede beoordelingen” had gehad, geen ontslag op staande voet); Ktr. Haarlem 7 september 2010, RAR 2011/45 (verdenking van fraude rechtvaardigt geen ontslag wegens dringende reden, mede gelet op onberispelijk dienstverband van 37 jaar); HR 17 december 2010, NJ 2011, 351 (strafrechtelijke veroordeling tot langdurige celstraf wegens seksueel misbruik in de privé-sfeer is mede gelet op uitmuntend dienstverband van 35 jaar geen dringende reden); Ktr. Haarlem 13 november 2006, RAR 2007/32 (weggooien in plaats van bezorgen reclamdrukwerk door postbode, gelet op lengte en vakinhoudelijk overigens onbesproken dienstverband van bijna 30 jaar, net geen dringende reden); Rb. Arnhem 2 maart 1995, JAR 1995/74 (eenmalige “ontremming” bestaande in poging tot mishandeling, is gelet op de lengte van het onberispelijke dienstverband geen dringende reden); Ktr. Lelystad 17 juli 2002, JAR 2002/194 (opzettelijk aanrijden wegwerker door buschauffeur wegens vermeend getreiter, waarvoor de buschauffeur strafrechtelijk wordt veroordeeld rechtvaardigt in beginsel ontslag wegens dringende reden. Hier toch geen beëindiging gelet op lengte van het dienstverband – 20 jaar –, overigens onberispelijk functioneren en mogelijkheid om binnenkort vervroegd uit te treden); Ktr. Utrecht 9 april 2008, LJN: BC9851 (diensttijd van 22 jaar waarin werknemer naar tevredenheid heeft gefunctioneerd vormt verzachtende omstandigheid die bevoordeling familielid bij aanvraag verzekering geen dringende reden laat zijn); Hof Den Haag 17 augustus 2007, JAR 2007/279 (17-jarig dienstverband waarin goed, althans naar behoren is gefunctioneerd, weegt mee in voordeel werknemer); Ktg. Rotterdam 16 september 1993 en 20 juni 1994, JAR 1995/165 (diefstal 30 liter benzine geen dringende reden wegens (onberispelijk) dienstverband van 43 jaar).

282 Ktr. Groningen 3 december 1998, Prg. 1999, 5159 (ondanks 35 dienstjaren levert dronkenschap van vorkheftruckchauffeur een dringende reden op, dienstverband “niet geheel onberispelijk verlopen”); Ktr. Zwolle 10 januari 2006, Prg. 2006, 63 (zwaaien met mes waardoor collega schrammen oploopt, levert dringende reden op ondanks 34 dienstjaren waarin zich nimmer vergelijkbare voorvallen hebben voorgedaan, mede gelet op eerdere waarschuwingen wegens opvliegend karakter. De werknemer heeft de grens te ver overschreden om de duur van het dienstverband en zijn leeftijd aan onmiddellijke beëindiging in de weg te laten staan); Ktr. Amsterdam 4 september 2009, JAR 2009/259 (ernstige fraude door bankmedewerker die zich geldsbedragen van klanten toe-eigent is ondanks dienstverband van 40 jaar waarin goed is gefunctioneerd een dringende reden); Ktr. Roermond 20 mei 2009, JAR 2009/192 (in strijd met interne regelgeving verhogen van eigen kredietlimieten door bankmedewerker ondanks 29-jarig dienstverband waarin “goed zou zijn gefunctioneerd” dringende reden. Goede functioneren komt door handelwijze in ander daglicht te staan); Ktr. Amsterdam 30 september 1996, JAR 1996/211 (grove vorm van seksuele intimidatie dringende reden na goed 20-jarig dienstverband); Hof Amsterdam 19 juni 1996, JAR 1997/151 (aannemen waardevolle geschenken van zakelijke relatie door medewerker bank ondanks 30-jarig dienstverband een dringende reden).

betrokken.²⁸³ Ik denk niet dat dat is wat de Hoge Raad voor ogen staat. In herinnering zij geroepen dat de Hoge Raad in het arrest *Schrijver/Van Essen* het navolgende overwoog ter zake van de maatstaf aan de hand waarvan moet worden onderzocht of zich een dringende reden voordoet:

“4.4. Bij de beoordeling van de vraag òf 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.”²⁸⁴
Cursivering toegevoegd, SFS

Doet men aan *close reading* van deze passage, dan blijkt dat de Hoge Raad de duur van de dienstbetrekking en de wijze waarop de werknemer die dienstbetrekking heeft vervuld als één gezichtspunt beschouwt die (net als “de aard en de ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden beschouwt”) door het woordje “en” met elkaar zijn verbonden.²⁸⁵ Zou hij de duur en de wijze van vervulling als twee afzonderlijk in aanmerking te nemen gezichtspunten hebben beschouwd, dan had het in de rede gelegen dat de Hoge Raad na de woorden “de duur daarvan” een komma had geplaatst in plaats van het woord “en”.

Die uitleg ligt ook in die zin in de rede dat alleen wanneer men de beide gezichtspunten samen neemt, goed valt te rechtvaardigen waarom aan de lengte van het dienstverband gewicht toekomt in de beoordeling van de dringende reden. Die rechtvaardiging is daarin gelegen dat voor het antwoord op de vraag of van de werkgever redelijkerwijs niet gevergd kan worden het dienstverband nog langer voort te zetten, mede bepalend is hoeveel *credits* de werknemer in het verleden al heeft opgebouwd. Als een werknemer geruime tijd in dienst is geweest en steeds goed, althans zonder noemenswaardige problemen, heeft gefunctioneerd dan – zo mag men aannemen – heeft hij veel vertrouwen opgebouwd. Misdraagt hij zich dan vervolgens, dan kan het zo zijn dat juist gelet op de loyaliteit die staande het lange dienstverband is getoond en het vertrouwen dat daarmee is “opgespaard”, minder snel gezegd kan worden dat de werkgever door de misdraging geen enkel vertrouwen meer in de werknemer kan hebben, zodat redelijkerwijs niet meer van hem gevergd kan worden het dienstverband voort te zetten. Zulks terwijl dat bij een werknemer die door een kort dienstverband pas weinig van zulke *loyalty-points* op zijn werknemersspaar kaart heeft staan, wel het geval kan zijn. Deze gedachte spreekt ook uit de hiervoor onder 4.5.2.7 besproken beslissing van het BAG in de zaak Emmely, waarin door het BAG als volgt werd overwogen:

283 J.P. Quist, De gezichtspuntencatalogus bij ontslag op staande voet: wordt de Hoge Raad op de voet gevolgd?, ArA 2007/1, p. 27.

284 HR 12 februari 1999, NJ 1999, 643; zie in gelijke zin ook HR 22 februari 2002, NJ 2003, 174, rov. 3.5.

285 Overigens beschouwt Quist “de aard en de ernst van de dringende reden” weer wel als één gezichtspunt. Zie J.P. Quist, De gezichtspuntencatalogus bij ontslag op staande voet: wordt de Hoge Raad op de voet gevolgd?, ArA 2007/1, p. 22.

*“Je länger eine Vertragsbeziehung ungestört bestanden hat, desto eher kann die Prognose berechtigt sein, dass der dadurch erarbeitete Vorrat an Vertrauen durch einen erstmaligen Vorfall nicht vollständig aufgezehrt wird.”*²⁸⁶

In deze benadering kan de lengte van het dienstverband dus niet daadwerkelijk los worden gezien van de wijze waarop daaraan invulling is gegeven; het gaat daarbij om een twee-eenheid. Dat spreekt aan: niet valt immers in te zien waarom het enkele feit dat een werknemer ergens lang heeft gewerkt, maar in al die jaren eigenlijk nauwelijks iets aan vertrouwen heeft opgebouwd, enkel vanwege de lengte van het dienstverband *extra* bescherming tegen ontslag op staande voet zou verdienen. Bezieet men de lagere rechtspraak, dan valt op dat daar vaak “in één adem” wordt verwezen naar de lengte van het dienstverband en de wijze waarop daaraan invulling is gegeven.²⁸⁷ Dat is in lijn met de hiervoor aan de rechtspraak van de Hoge Raad gegeven uitleg.

Een benadering waarin het enkele feit dat een werknemer kan terugzien op een lang dienstverband wordt aangemerkt als een op zichzelf staande wegingsfactor, die ongeacht de wijze waarop gedurende die periode is gefunctioneerd, kan meebrengen dat bepaald gedrag geen dringende reden oplevert – terwijl het dat bij een werknemer met een kort dienstverband wel is – lijkt mij ook op gespannen voet te staan met het wettelijk verbod van leeftijdsdiscriminatie. Verdedigbaar is dat wanneer bij de beoordeling of bepaald gedrag onmiddellijke verbreking van het dienstverband wettigt, rekening wordt gehouden met de lengte van het dienstverband *als zodanig*, indirect onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt. Werknemers die ouder zijn, hebben meestal een langer dienstverband. Een parallel valt hier te trekken met het diensttijdgerelateerde onderscheid dat besloten ligt in de zogenaamde a-factor van de Kantonrechttersformule, dat ten gevolge heeft dat de uitkomst van die formule hoger wordt naarmate de werknemer langer in dienst is. Ook daarvan wordt in zijn algemeenheid aangenomen dat daarmee onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt, dat – derhalve – een objectieve rechtvaardiging vergt.²⁸⁸ Beschouwt men een lang dienstverband “los” van het functioneren van de werknemer als omstandigheid die in de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, steeds meeweegt in het voordeel van de werknemer, dan wordt voorbijgezien aan het feit dat voor het daarmee gemaakte onderscheid in het concrete geval wel een objectieve rechtvaardiging moet kunnen worden gevonden. Zulk grofmazig leeftijdsonderscheid is moeilijk verdedigbaar in het licht van de rechtspraak op dat terrein, in het bijzonder het *Mangold-arrest* van 2005.²⁸⁹ Uit dit arrest van het HvJ EG valt, kort gezegd, af te leiden dat het maken van generiek leeftijdsonderscheid, waarbij gewicht wordt toegekend

²⁸⁶ BAG 10 juni 2010, 2 AZR 541/09 (Emmely).

²⁸⁷ Zie Ktr. Amsterdam 28 juli 2000, JAR 2000/156; Ktr. Amsterdam 31 mei 2000, JAR 2000/196; Ktr. Bergen op Zoom 29 juni 2001, JAR 2001/146; Ktr. Roermond 27 juni 2003, JAR 2003/217; Hof Amsterdam 4 maart 2004, JAR 2004/203, Vzgr. Rb. Maastricht 21 mei 2005, JAR 2005/108, LJN: AV1682 en Hof Den Bosch 28 februari 2006, JAR 2006/117.

²⁸⁸ M. Heemskerk, *Discrimineert de kantonrechter naar leeftijd?*, ArbeidsRecht 2006, 23; M. Heemskerk, *De arbeidsdeelname van oudere werknemers*, dissertatie VU, Deventer, 2009, p. 164; J.M. van Slooten, *De inbedding van het gelijke behandelingsrecht in de arbeidsrechtpraktijk*, ArbeidsRecht 2007, 40, p. 35-36.

²⁸⁹ HvJ EG 22 november 2005, JAR 2005/289.

aan de factor leeftijd, zonder dat er acht wordt geslagen op de vraag of dat onderscheid in de omstandigheden van het individuele geval, maar minst genomen in de bedrijfstak waarin de werknemer werkzaam is, wel noodzakelijk is, de toets der kritiek niet snel zal kunnen doorstaan.²⁹⁰ In de benadering van de Hoge Raad, waarin de duur van het dienstverband relevant is *in samenhang bezien* met de in die periode geleverde prestatie, wordt wel recht gedaan aan het vereiste van een objectieve rechtvaardiging voor het meewegen van de lengte van het dienstverband en het daaraan toekennen van “extra bescherming”. In die benadering leidt de duur van het dienstverband alleen dan tot een betere bejegening van de werknemer voor zover deze gedurende die lange periode goed gepresteerd heeft, althans zich loyaal heeft betoond. Dat betekent dat er dus steeds in concreto wordt onderzocht of het meewegen van het lange dienstverband ten faveure van de desbetreffende werknemer wordt gerechtvaardigd door de in die periode geleverde prestaties.

4.5.4.3 Het effect in de weging

In aanvulling op het voorgaande komt het mij voor dat het gezichtspunt van “de duur van het dienstverband en de wijze waarop daaraan invulling is gegeven” in de weging of zich een dringende reden voordoet uitsluitend een verzachtend effect zal kunnen hebben. Het is naar mijn mening niet een gezichtspunt dat ertoe kan leiden dat een bepaalde gedraging, die alle overige omstandigheden in aanmerking genomen niet als dringende reden kwalificeert, het dat karakter wel kan geven. Dat valt als volgt toe te lichten.

Zoals hiervoor is aangegeven, moet de ratio van het gezichtspunt aldus worden geduid dat een lange periode van goed, althans voldoende functioneren, ertoe kan leiden dat de werknemer zoveel krediet/vertrouwen heeft opgebouwd, dat die voorraad zodanig is dat hij niet al door een eenmalige misstap door het voor continuering van het dienstverband vereiste minimum niveau heenzakt. Het gezichtspunt kan dus, zo bezien, leiden tot een extra buffer tegen het oordeel dat een handeling als dringende reden kwalificeert. Is van langdurig goed functioneren geen sprake, dan is van die extra buffer geen sprake. Het gezichtspunt werkt dan niet in het voordeel van de werknemer, hetgeen betekent dat de werknemer niet ontkomt aan de uitkomst die op grond van de overige omstandigheden van het geval geïndiceerd is. Verwezen zij in dit verband, bij wijze van voorbeeld, naar een uitspraak van de Kantonrechter Rotterdam van 12 januari 2011, waarin de vraag aan de orde was of

²⁹⁰ Zie in die zin ook: A.G. Veldman, Communautaire beschermingsbeginselen en de gevolgen voor het nationaal arbeidsmarkt- en werkgelegenheidsbeleid, ArA 2006/3, p. 95: “In Mangold sneuvelt het generieke gebruik van een leeftijdsgrens op het vereiste van de noodzakelijkheid van de maatregel. Het is niet aantoonbaar dat het generieke gebruik van leeftijd, zonder dat gekeken wordt naar de betrokken arbeidsmarkt of de persoonlijke situatie van betrokkene (ook wordt nog genoemd of de betrokkene werkloos is en de duur van deze eventuele werkloosheid), noodzakelijk is voor het bevorderen van het gestelde werkgelegenheidsdoel. (...) De strikte wijze van toetsing van proportionaliteit heeft vooral grote gevolgen wanneer het wordt toegepast op algemene regels van wetgeving of beleid, in plaats van op incidenteel, discriminerend handelen. Hoe strikter de proportionaliteit, hoe meer in feite naar individuele rechtvaardigheid wordt gezocht. Een middel is al snel niet langer aantoonbaar noodzakelijk wanneer het in concrete omstandigheden niet opgaat.”

een docent op staande voet kon worden ontslagen omdat hij strafrechtelijk was veroordeeld wegens het in bezit hebben van kinderporno. De Kantonrechter beantwoordde die vraag bevestigend en nam daarbij “tevens in overweging dat het dienstverband van de werknemer (...) van relatief korte duur is”.²⁹¹ De werknemer had in die korte periode (ca. drie jaar) onvoldoende krediet opgebouwd om ervoor te zorgen dat in afwijking van de uitkomst die gelet op alle overige omstandigheden in de rede lag, toch geen dringende reden werd aangenomen.

Niet toelaatbaar lijkt het me daarentegen dat de werkgever het hier bedoelde gezichtspunt hangende een procedure zou kunnen aanwenden om een door hem opgegeven ontslaggrond die, alle overige omstandigheden in aanmerking genomen, niet als dringende reden kwalificeert, alsnog dat karakter te geven door tijdens de procedure te wijzen op slecht functioneren in het verleden. Zoals hiervoor onder 3.3.3 uiteen is gezet, staat de Hoge Raad op het standpunt dat wil bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet met eerdere gedragingen van de werknemer rekening gehouden kunnen worden, aan strenge eisen voldaan moet zijn. Dat kan alleen indien het voor de werknemer ten tijde van de mededeling van de ontslagreden duidelijk was dat die eerdere gedragingen mede bepalend waren voor het oordeel van de werkgever dat ontslag op staande voet op zijn plaats was. Aan deze eis is voldaan niet alleen als die eerdere gedragingen in de medegedeelde ontslagreden zijn aangeduid, maar ook als de werknemer in de gegeven omstandigheden heeft moeten begrijpen dat eerdere – niet met zoveel woorden aangeduide – gedragingen van hem hebben bijgedragen tot voormeld oordeel van de werkgever.²⁹² Dit alles betekent dat, willen aan de aanleiding voor het ontslag voorafgaande gedragingen ten nadele van de werknemer, dat wil zeggen als verzwarende omstandigheid kunnen meetellen bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, die eerdere, verzwarende, feiten onderdeel van de (opgegeven) ontslaggrond moeten zijn.²⁹³ Dergelijk eerder disfunctioneren mag dus niet na het ontslag alsnog onder de opgegeven ontslaggrond worden geschoven, teneinde te realiseren dat de wel opgegeven ontslaggrond tot dringende reden promoveert.

Dat ligt ook vanuit (de ratio van) de mededelingseis bezien in de rede: wanneer de werkgever zich op het standpunt stelt dat bepaald recent gedrag juist gelet op gedragingen in het verleden een dringende reden vormt, dan moet de werknemer zich erop kunnen beraden of hij het recente gedrag, in het licht van het oude gedrag als dringende reden aanvaardt. Dit alles betekent dat eerder disfunctioneren niet thuis hoort in gezichtspunt “de duur van de dienstbetrekking en de wijze waarop de werknemer deze heeft vervuld”, maar veeleer reeds in het eerste gezichtspunt, te weten “de aard en de ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt” aan de orde moet komen. Aan de aanleiding voor het ontslag voorafgaand disfunctioneren of eerder wangedrag kan als onderdeel van de opgegeven ontslaggrond mede de ernst van de ontslaggrond bepalen. Kunnen de eerdere gedragingen in het kader van het eerste gezichtspunt – de aard en de ernst van de gedraging – niet

²⁹¹ Ktr. Rotterdam 12 januari 2011, JAR 2011/50.

²⁹² HR 6 november 1981, NJ 1982, 100.

²⁹³ Zie voor een voorbeeld van een geval waarin het allesbehalve onberispelijke dienstverleden inderdaad op die manier onderdeel van de ontslaggrond was gemaakt, waardoor een dringende reden werd aangenomen: Ktr. Deventer 20 maart 2003, Prg. 2003, 6055 (rov. 7).

meewegen, omdat bij het ontslag niet (onmiddellijk) duidelijk is gemaakt dat de eerdere gedragingen mede redengevend waren voor het ontslag, dan gaat het niet aan die gedragingen hangende een procedure wel een verzwarend effect toe te kennen in het kader van het derde gezichtspunt (de duur van het dienstverband en de wijze waarop daaraan invulling is gegeven).

4.5.5 De persoonlijke omstandigheden van de werknemer

4.5.5.1 Plan van behandeling

De Hoge Raad heeft in het in 1999 gewezen arrest *Schrijver/Van Essen* tot slot beslist dat bij de beoordeling of een opgegeven ontslaggrond als dringende reden kwalificeert, rekening moet worden gehouden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals diens leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben. Die benadering was iets minder revolutionair dan de ophef die over die beslissing in de literatuur hier en daar is ontstaan, zou kunnen doen vermoeden. Zoals hiervoor onder 4.2.1 is aangegeven, stond het de wetgever immers al bij de totstandkoming van de regeling inzake het ontslag op staande voet uitdrukkelijk voor ogen, dat ook de persoonlijke omstandigheden van de werknemer bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van een ontslag op staande voet betrokken dienen te worden. In het navolgende wordt dit gezichtspunt aan een uitvoerige beschouwing onderworpen. Daarbij wordt allereerst aangegeven dat de weging van de persoonlijke omstandigheden dient plaats te vinden binnen de beoordeling of sprake is van een dringende reden. Daarna wordt ingegaan op de vraag welke inzichten aan de rechtspraak van de Hoge Raad zijn te ontleen met betrekking tot de inhoud van dit vierde en laatste gezichtspunt. Daarna wordt, aan de hand van een beoordeling van de sinds 1999 gewezen lagere rechtspraak, bekeken of wellicht kan worden gekomen tot een categorisatie van persoonlijke omstandigheden die zoal in aanmerking genomen plegen te worden. Voorts zal worden onderzocht of de werkgever het gezichtspunt van de persoonlijke omstandigheden wellicht kan beïnvloeden door bij het ontslag maatregelen te nemen. Vervolgens wordt gezien of aan alle persoonlijke omstandigheden een gelijk gewicht moet worden toegekend of dat – op dat punt – sprake zou moeten zijn van differentiatie in de weging.

4.5.5.2 De persoonlijke omstandigheden: onderdeel van de dringende reden of zelfstandige rechtsgeldigheidsvoorwaarde?

Heerma van Voss heeft wel bepleit dat de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, naast de dringende reden, de onverwijldheids- en de mededelingseis, een vierde, afzonderlijk rechtsgeldigheidsvereiste zou zijn bij de beoordeling van een ontslag op staande voet.²⁹⁴ Ik geloof niet dat dat is wat de Hoge Raad voor ogen staat.²⁹⁵ De benadering van de Hoge Raad houdt veeleer in dat de persoonlijke

²⁹⁴ Zie in die zin: G.J.J. Heerma van Voss, *Inleiding Sociaal Recht*, Den Haag, 2007, p. 145 e.v.

²⁹⁵ Zie ook hierna onder 4.8.2.

omstandigheden van de werknemer een integraal onderdeel zijn van de afweging of sprake is van een dringende reden. *Binnen* die afweging moet de beoordeling van de persoonlijke omstandigheden plaatsvinden, niet daarna. Dit vindt overigens bevestiging in het arrest *Schrijver/Van Essen*, waarin de Hoge Raad, in rov. 4.4, overwoog dat 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, behoort (...) te worden beantwoord *in het kader van* de vraag of sprake is van een dringende reden (cursivering SFS).”

Overigens zij toegegeven dat de discussie of de persoonlijke omstandigheden een apart geldigheidsvereiste zijn of een wegingsfactor binnen de beoordeling of sprake is van een dringende reden, een enigszins theoretisch karakter heeft, nu het voor de uitkomst in het concrete geval niet veel zal uitmaken of die omstandigheden als deel van de dringende reden of daarna, als afzonderlijke toetssteen, zullen worden gewogen. Enigszins, maar niet geheel. Het zou immers kunnen dat door die tweede benadering in de beoordeling van de rechter meer nadruk op de persoonlijke omstandigheden komt te liggen dan op de overige omstandigheden van het geval die in het kader van de weging of sprake is van een dringende reden samen worden beschouwd. Alleen al die mogelijkheid maakt dat ik er geen voorstander van ben om de persoonlijke omstandigheden als apart rechtsgeldigheidsvereiste te beschouwen, los van de dringende reden. Naar hierna onder 4.6.4 uiteen zal worden gezet, is een zodanig grote nadruk op de persoonlijke omstandigheden van de werknemer bij de rechtsgeldigheid van een ontslag op staande voet namelijk naar mijn idee niet wat de Hoge Raad beoogt. Verwezen zij naar hetgeen daar in dit verband wordt opgemerkt.

4.5.5.3 *Arbeidsgerelateerde versus strikt in de privé-sfeer gelegen persoonlijke omstandigheden?*

De beslissing van de Hoge Raad dat bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, ook de persoonlijke omstandigheden van de werknemer moeten worden betrokken, werpt meteen de vervolgvraag op hoe ruim die persoonlijke omstandigheden dan genomen moeten worden. Vallen daaronder slechts aan het werk gerelateerde persoonlijke omstandigheden, zoals het feit dat de werknemer – door bijvoorbeeld een eenzijdig arbeidsverleden bij de werkgever die hem ontslaat – moeilijk bemiddelbaar is op de arbeidsmarkt, of mag daarbij ook worden gelet op persoonlijke omstandigheden die in beginsel geen enkele link hebben met het werk, zoals het feit dat het ontslag verstrekken *gevolgen* voor de werkgever heeft omdat hij moet voorzien in het levensonderhoud van een of meer kinderen of andere familieleden, of het feit dat een misstap van de werknemer zijn *oorzaak* (tot op zekere hoogte) vindt in omstandigheden die in de privé-sfeer zijn gelegen, zoals stress door een echtscheiding of het overlijden van een naaste?

Dat deze vraag in de tweede zin beantwoord moet worden en de Hoge Raad op dit punt een ruime leer voorstaat, lag in feite al besloten in voorafgaand aan het arrest *Schrijver/Van Essen* gewezen arresten. In dat verband valt in het bijzonder te wijzen op het zogenaamde *Suikerfeest-arrest* van 1984, waarin de Hoge Raad kort gezegd voor de vraag stond of de weigering van een werknemer om te werken op een voor hem belangrijke feestdag, nadat hij vergeefs daarvoor een snipperdag had gevraagd, een

dringende reden opleverde. De Hoge Raad besliste dat, daargelaten specifieke regelingen in de arbeidsvoorwaarden, in de regel de aanwezigheid op het werk in redelijkheid niet zal kunnen worden verlangd van een werknemer die tijdig tevoren, onder opgaaf van redenen, toestemming voor het opnemen van een snipperdag heeft gevraagd voor de viering van een voor hem belangrijke godsdienstige feestdag. Dit zal anders kunnen zijn indien te verwachten valt dat de gang van zaken in het bedrijf van de werkgever ernstig zal worden geschaad door de afwezigheid van de betrokken werknemer op die dag. Daarin ligt besloten dat bij de beoordeling of een door de werkgever als dringende reden aangemerkte handelwijze – werkweigering – inderdaad als zodanig kwalificeert, met de religieuze overtuiging van de werknemer rekening moet worden gehouden, hetgeen – naar zijn aard – een in de privé-sfeer gelegen omstandigheid is.²⁹⁶

In de lagere rechtspraak, gewezen na het arrest *Schrijver/Van Essen*, werd de “ruime” leer eveneens gevolgd, naar onder meer blijkt uit een vonnis dat de Kanton-rechter Utrecht een aantal maanden nadien wees en waarin het feit dat de werknemer in kwestie de zorg voor twee minderjarige kinderen droeg, waarvan er één meer-voudig gehandicapt was, ervoor zorgde dat de werknemer (net) de dringende reden ontsprong.²⁹⁷ In het arrest *Vixia/Gerrits* van 8 oktober 2004 bevestigde de Hoge Raad de juistheid van de ruime lezing expliciet. In die zaak had het Hof een aantal in de privé-sfeer van de werknemer gelegen omstandigheden, zoals – in de woorden van de Hoge Raad – “zijn basale psychische conditie in combinatie met zijn alcoholprobleem, het overlijden van zijn moeder in augustus 2000 en de daarmee samenhangende depressiviteit en psychische decompensatie” in aanmerking genomen bij de beoordeling of sprake was van een dringende reden. De Hoge Raad besliste:

“Voor zover in het onderdeel de stelling besloten ligt dat de genoemde omstandigheden door het hof ten onrechte in zijn beoordeling van het bestaan van een dringende reden zijn betrokken, faalt het, aangezien bij de beoordeling van de vraag of van een dringende reden in de zin van artikel 7:677 lid 1 sprake is, de omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking moeten worden genomen, waaronder begrepen de persoonlijke omstandigheden van de werknemer.”²⁹⁸

Ook privé-tegenslag, zoals het overlijden van een naaste, mag dus wel degelijk als verklarende en verzachtende omstandigheid in aanmerking worden genomen.²⁹⁹

296 HR 30 maart 1984, NJ 1985, 350. Zie over het arrest ook B.G. den Outer-Kroon, Vakantie? Nee, algemeen erkende feestdag!, in: S.F. Sagel, Vrienden door Duk en dun, Deventer 2011, p. 17.

297 Ktg. Utrecht 13 juli 1999, JAR 2000/199.

298 Rov. 3.5.2.

299 Zie daarover ook S.F. Sagel, Het arrest *Vixia/Gerrits* – vier belangrijke beslissingen rond de dringende reden, SR 2004, 92, onder 8 (p. 437/438). Een verdere, zij het impliciete, bevestiging van die leer valt te vinden in het *Hyatt-arrest*, waarin de Hoge Raad de cassatieklacht dat het Hof geen rekening had gehouden met het feit dat de werknemster alleenstaande moeder van twee kinderen was verwierp door erop te wijzen dat het Hof die omstandigheid “kennelijk” wel in de beoordeling had betrokken. Zou de Hoge Raad die privé-omstandigheden niet relevant hebben gevonden voor de beoordeling, dan zou hij de cassatieklacht bij gebrek aan belang hebben (kunnen) laten falen.

Hoe moet deze ruime rechtspraak getaxeerd worden? Gaat het niet een stap te ver, dat de werkgever geacht wordt bij het geven van ontslag op staande voet rekening te houden met privé-omstandigheden aan het ontstaan waarvan hij part noch deel heeft?

Daarover kan verschillend worden gedacht.

Vanuit het werknemersperspectief geredeneerd, kan erop gewezen worden dat het helemaal niet zo een buitenissige of vernieuwende gedachte is dat de werkgever, bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, soms ook met privé-omstandigheden van de werknemer rekening heeft te houden. De wetgever heeft immers ook op sommige andere arbeidsrechtelijke terreinen uitdrukkelijk bepaald dat de werkgever zich de privé-belangen van de werknemer moet aantrekken, een ontwikkeling die wel is aangeduid als “privétiseringsrevolutie” en die uitvoerig is beschreven in het proefschrift van Roozendaal.³⁰⁰ Het wettelijk recht op vermindering van de arbeidsduur, voortgekomen uit rechtspraak gewezen op basis van art. 7:611 BW, is daarvan een goed voorbeeld.³⁰¹ In de memorie van toelichting werd dat recht onder meer onderbouwd door erop te wijzen dat aldus de mogelijkheden van de werknemer om betaald werk te combineren met privé-verantwoordelijkheden zouden worden verbeterd.³⁰² Maar ook veel ontslagverboden, zoals het ontslagverbod tijdens ziekte, en de wettelijke loondoorbetalingsverplichting tijdens ziekte, kunnen – in meer of mindere mate – worden geplaatst in die sleutel. Ook dat zijn regelingen waardoor de werkgever gehouden wordt in verregaande mate rekening te houden met iets wat meestal een privé-probleem van de werknemer is. Het ontslagverbod tijdens ziekte en de loondoorbetalingsverplichting gelden immers ook bij ziektes die geen enkel oorzakelijk verband met het werk hebben. Ook van een ongeval dat in de privé-sfeer plaatsvindt, zal de werkgever arbeidsrechtelijke gevolgen in de sfeer van de loondoorbetaling moeten dragen.³⁰³ Daarbij komt dat, hoe cynisch het wellicht ook klinkt, het (vrijwel) een feit van algemene bekendheid is, dat de situatie op het werk een negatief effect kan hebben op het privé-leven van de werknemer, zoals wanneer van de werknemer veel gevergd wordt in termen van overwerk, buitenlandse reizen of wanneer simpelweg stress van het werk “mee naar huis” wordt genomen en zijn weerslag heeft op familieleden van de werknemer. Waarom, zo rijst dan de vraag, mag dan niet ook van de werkgever worden gevraagd om, omgekeerd, rekening te houden met privé-beslommeringen van de werknemer, ook als het gaat om de vraag of ontslag op staande voet op zijn plaats is?

300 W.L. Roozendaal, *Werk en privé, De strijd om tijd in het arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer, 2011.

301 Ktg. Breda 22 augustus 1990, Prg. 1990, 3353; Ktg. Zevenbergen 2 mei 1991, Prg. 1991, 3488; Ktg. Rotterdam 8 maart 1994, JAR 1994/70; Ktg. Maastricht 4 januari 1991, Prg. 1991, 3440; maar soms werd ook anders over de materie gedacht: Ktg. Arnhem 8 oktober 1993, JAR 1994/7; Ktg. Schiedam 2 juni 1987, Prg. 1988, 2881. H. Uhlenbroek, *Recht op deeltijdarbeid*, *ArbeidsRecht* 1994, 58; Th.P. ten Brink, *Deeltijdwerk: de stand van zaken*, *ArbeidsRecht* 1995, 20.

302 Bijl. Hand II 1998/99, 26 358, nr. 3, p. 7.

303 Binnen de grenzen die art. 7:629 BW stelt, zo zal de werkgever wel de bovenwettelijke loondoorbetaling afhankelijk kunnen maken van de vraag of het ongeval in de werksfeer of daarbuiten is veroorzaakt. Zie HR 14 maart 2008, NJ 2008, 567; JAR 2008/110.

Vanuit werkgeversperspectief kan daar wel een krachtig argument tegenover worden gesteld. Dat argument is dan dat de werkgever zich, gelet op het in art. 8 EVRM verankerde grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, in beginsel niet mag bemoeien met hetgeen in de privé-sfeer van de werknemer gebeurt. De ruimte die de werkgever heeft om in te grijpen op dat terrein is tamelijk beperkt.³⁰⁴ Het hebben van een legitiem doel is daarvoor niet genoeg, de maatregel moet bovendien geschikt en proportioneel zijn en bovendien moet niet met een minder verstreckende maatregel kunnen worden volstaan. Terughoudendheid is in zijn algemeenheid het devies bij bemoeienis van de werkgever met de privé-sfeer van de werknemer. Veelal wordt zelfs bepleit dat een dergelijke inbreuk alleen gewettigd is wanneer er een directe link is tussen ongewenst privé-gedrag en (de kwaliteit van) het werk.³⁰⁵ Bij veel privé-omstandigheden, die wel kunnen maken dat een ontslag de werknemer uiteindelijk extra hard treft – zoals (de keuze voor) het hebben van een groot gezin en het maken van schulden – zal niet gezegd kunnen worden dat zij tijdens het dienstverband invloed hadden op (de kwaliteit van) het werk. Bemoeienis van de werkgever met die omstandigheden is dan dus ook “tijdens de rit” niet mogelijk.

De vraag komt dan wel op of de terughoudendheid die de werkgever heeft te betrachten bij bemoeienis met in de privé-sfeer gelegen omstandigheden van de werknemer gedurende het dienstverband, niet als andere kant – van dezelfde medaille – heeft, dat de werkgever zich die omstandigheden ook maar tot op zekere hoogte hoeft aan te trekken wanneer de vraag voorligt of een ontslag op staande voet gerechtvaardigd is. Vanzelfsprekend is hier geen sprake van een strikt *quid pro quo* en het enkele feit dat een werkgever niets te zeggen heeft over bepaalde privé-zaken, betekent nog niet dat met die omstandigheden in de weging of zich een dringende reden voordoet, door hem, als goed werkgever, in het geheel geen rekening gehouden behoeft te worden. Maar ik denk wel dat er in veel gevallen veel voor te zeggen is dat een werkgever zich aan de privé-sfeer gerelateerde feiten en omstandigheden, waar hij tijdens de arbeidsovereenkomst weinig of geen invloed op heeft en ter zake waarvan ook geen expliciete wettelijke plicht op hem rust om er bij het geven van ontslag rekening mee te houden, maar tot op beperkte hoogte behoeft te laten tegenwerpen als het gaat om de vraag of zich een dringende reden voordoet. Men neme het voorbeeld van drugsgebruik. Stel een werknemer doet een greep in de kas, omdat hij door drugsgebruik in de privé-sfeer geldgebrek heeft. Hoe redelijk is het dan dat de werkgever dat drugsgebruik als verzachtende omstandigheid ten volle tegen zich heeft laten te gelden, terwijl hij de werknemer dat drugsgebruik niet mag verbieden, omdat het in de privé-sfeer plaatsvindt? Ik zou menen dat de redelijkheid van die uitkomst zich niet direct aandringt.

Dat alles leidt mij ertoe, dat ik vind dat naarmate de persoonlijke omstandigheden waarop de werknemer zich beroept, verder verwijderd zijn van de werksfeer, en zeker

304 HR 14 september 2007, JAR 2007/250.

305 Zie hierover E. Verhulp, De impact van grondrechten van de werknemer op de bevelsbevoegdheid van de werkgever, in C.J. Loonstra e.a., De werkgever in beweging, Den Haag 2009, p. 54 e.v.

wanneer het gaat om privé-omstandigheden waar de werkgever geheel buiten staat en waarover hij geen enkele zeggenschap heeft staande het dienstverband, daaraan bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet veel minder gewicht moet toekomen dan wanneer sprake is van persoonlijke omstandigheden die een duidelijk (oorzakelijk) verband met de werksfeer hebben. Anders gezegd: het feit dat een werknemer arbeidsgehandicapt is geraakt door zijn werk bij de werkgever die hem ontslaat en hij daardoor moeilijk bemiddelbaar is op de arbeidsmarkt, moet in de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, zwaarder wegen dan – bijvoorbeeld – het feit dat die werknemer door te vaak en te lang in het café te zitten aan lager wal is geraakt en zijn hypotheek niet meer kan voldoen. Hoe hard dat ook moge klinken; voor het eerste draagt de werkgever een rechtstreekse verantwoordelijkheid, voor het tweede – zeer bijzondere omstandigheden daargelaten – geen enkele. Dat betekent dat de tweede omstandigheid beduidend minder snel in de weg zal staan aan het oordeel dat van de werkgever redelijkerwijs niet gevergd kan worden de dienstbetrekking te continueren, dan dat de eerste omstandigheid dat zal doen. Het zal bij puur in de privé-sfeer gelegen persoonlijke omstandigheden naar mijn mening echt om bijzondere situaties moeten gaan, wil daarvan in de beoordeling een daadwerkelijk zwaarwegend gewicht uitgaan.

In het verlengde hiervan zou ik menen dat waar de wetgever in de sfeer van het geven van ontslag een zekere verantwoordelijkheid op de werkgever heeft gelegd ter zake van bepaalde privé-omstandigheden van de werknemer doordat een ontslagverbod tijdens of wegens die privé-omstandigheid is ingevoerd – zoals bij zwangerschap en ziekte – die verantwoordelijkheid zich ook vertaalt in de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, en wel in die zin dat zulke omstandigheden voller mogen meewegen in de beoordeling of zich een dringende reden voordoet. Dat zijn, naar hun aard, persoonlijke omstandigheden waarvan gelet op het wettelijk kader gezegd kan worden dat zij tot een zekere arbeidsrechtelijke bescherming tegen ontslag moeten leiden; dat zou dan ook bij een ontslag op staande voet zijn weerslag mogen vinden in de afweging of die privé-omstandigheden aan het aannemen van een dringende reden in de weg staan.

Zie ik het goed, dan vindt de hierboven bepleite lijn tot op zekere hoogte steun in de lagere rechtspraak van de afgelopen jaren. Volstrekt in de privé-sfeer gelegen persoonlijke omstandigheden, die geen enkel raakvlak hebben met de werksfeer en die niet door een ontslagverbod bestreken worden, worden vrijwel nimmer aangemerkt als zodanig verzachtende omstandigheid dat zij aan een ontslag op staande voet in de weg staan. Verwezen zij hier, bij wijze van voorbeeld, naar de gezinssituatie en bijbehorende zorgtaken van de werknemer. Met name de appelrechters in Den Haag en Den Bosch, alsmede het Gemeenschappelijk Hof van Justitie voor de Antillen en Aruba, zijn niet genegen om zich (snel) door dat argument te laten overtuigen, naar uit een zevental (vrij) recente arresten valt af te leiden. In een zaak uit 2003, waarin sprake was van een medewerker die na een dienstverband van 17 jaar motorolie had gestolen, werd een beroep gedaan op het feit dat de werknemer een gezin met vijf kinderen had te onderhouden en privé-problemen kende. Het Hof nam die omstandigheden in aanmerking maar oordeelde dat zij niet genoeg gewicht

in de weegschaal leggen.³⁰⁶ Een arrest van het Gerechtshof Den Bosch van 21 maart 2006 ligt in precies diezelfde lijn. Ook daarin was sprake van een werknemer die na een lang dienstverband een aantal keren ten onrechte op kosten van de baas getankt bleek te hebben. De man voerde aan kostwinner in een gezin met zes personen te zijn. Het argument werd gewogen en te licht bevonden. Dat gold ook in een zaak die op 28 september 2007 werd beslecht door het Haagse Gerechtshof; ontslag op staande voet was daar gegeven wegens herhaalde werkweigerings. De werknemer deed vergeefs een beroep op het feit dat hij drie minderjarige kinderen had. In dat licht bezien wekt het geen verbazing dat hetzelfde Hof zich drie jaar later, in een arrest van 6 april 2010, ook niet door het argument dat de werknemer acht kinderen had – waarvan er drie minderjarig waren – liet weerhouden van het oordeel dat die werknemer zijn werkgever een dringende reden had gegeven door na werktijd een collega met een schroevendraaier in het gezicht te steken.³⁰⁷ In een arrest van nog geen maand later werd weer een beroep gedaan op het bestaan van een moeilijke thuissituatie en ook in die zaak vergeefs, hoewel de situatie toen ontegenzeggelijk wel heel schrijnend was. Het ging, kort gezegd, om het ontslag van een productiemedewerker die twee jongvolwassen kinderen had die door een spierziekte volledig verlamd waren en waarvoor hij, samen met zijn echtgenote, de zorg droeg. De werknemer vroeg op enig moment zorgverlof aan om fulltime voor zijn kinderen te zorgen in een periode waarin zijn echtgenote een cosmetische ingreep zou ondergaan. Dat werd hem ontzegd, waarna de werknemer tegenover een P&O-medewerker door het lint ging en riep dat hij deze “een dwarslaesie zou schoppen” of hem “samen met motorvrienden kapot te zullen maken”, waarbij hij een dreigende houding aannam. Hij werd op die grond ontslagen, hetgeen het Hof – ondanks de evident schrijnende thuissituatie – een dringende reden achtte.³⁰⁸ Ook dit arrest bevestigt nog maar eens dat moeilijke privé-omstandigheden, aan het ontstaan waarvan de werkgever part noch deel heeft niet snel tot het oordeel zullen leiden dat van een dringende reden geen sprake is, zeker niet in gevallen waarin de ontslaggrond

306 Hof Den Haag 14 maart 2003, KG 2003/154. “De overige feiten en omstandigheden in casu – zoals onder meer dat de werknemer reeds 17 jaar in dienst is, er weinig andere formele aanmerkingen op zijn gedrag zijn geweest, hij een gezin met vijf kinderen moet onderhouden en privé-problemen heeft gehad – leiden er naar het voorlopig oordeel van het hof niet toe dat met een redelijke mate van zekerheid kan worden gesteld dat de bodemrechter het ontslag op staande voet van 4 oktober 2003 nietig zal verklaren.” Zie in gelijke zin ook Hof Den Haag 27 januari 2006, LJN: AV4665 (zelfde zaak, bodemprocedure).

307 Hof Den Haag 6 april 2010, LJN: BM1621 en Hof Den Haag 28 september 2007, LJN: BB5887. Zie voor het Bossche arrest: Hof Den Bosch 21 maart 2006, RAR 2006/98.

308 Hof Den Haag 4 mei 2010, LJN: BM9431. Een andere uitkomst zou hier, naar mijn mening, ook verdedigbaar zijn geweest. Wellicht heeft bij het oordeel dat de bedreiging een dringende reden opleverde, meegespeeld hetgeen zich na het ontslag voltrok. Het Hof beschrijft in de rov.’en 2.10 en 2.11 dat de werknemer nadat hem telefonisch ontslag op staande voet was aangezegd, naar het bedrijf van de werkgever is gegaan, waar hij woedend heeft gezwaaid en gedreigd met een honkbalknuppel. De politie heeft hem met vijf man overmeesterd en afgevoerd. Bij vonnis van 18 september 2007 is de werknemer door de politierechter veroordeeld wegens bedreiging met zware mishandeling en wederspanning. Drie weken na het ontslag is de werknemer tegen een iets lager salaris elders in dienst getreden. Wellicht dat deze feiten – als het Hof ze niet relevant had gevonden, waarom werden ze dan zo uitvoerig gerelateerd in het arrest? – mede tot het oordeel van het Hof hebben geleid. Zou dat zo zijn, dan zou dat niet juist zijn geweest. Posterieure feiten mogen niet betrokken te worden bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet. Zie in die zin HR 8 oktober 2004, RAR 2005/1.

(naar zijn aard) evident ernstig is. Zelden treft men in de rechtspraak een duidelijke motivering aan *waarom* bepaalde privé-omstandigheden niet kunnen afdoen aan het bestaan van een dringende reden. De motivering beperkt zich vaak tot een nogal sjabloon-achtige overweging dat die omstandigheden niet af kunnen doen aan de ernst van de zaak.³⁰⁹ Dat is betreurenswaardig. Een positieve uitzondering vormt een vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba van 16 september 2008. Die zaak draaide om een ontslag op staande voet van een werknemer die herhaaldelijk te laat kwam en deswege gewaarschuwd was dat bij een volgende soortgelijke misdraging ontslag op staande voet zou volgen. Zo gezegd, zo gedaan. In rechte voerde de werknemer aan dat van een dringende reden geen sprake was, nu zij moeder van twee kinderen was en zorgtaken had. Het Hof ging daaraan – dit keer: gemotiveerd – voorbij:

“2.5 Dat [werknemer] moeder is van twee kinderen maakt het bovenstaande niet anders. Dat rechtvaardigt immers niet dat [werknemer] systematisch te laat op het werk komt. Het is aan [werknemer] zelf om haar werk niet onder de zorgtaken voor haar kinderen te laten lijden. Dat geldt ook voor de andere door [werknemer] gestelde persoonlijke omstandigheden; deze liggen alle binnen de risicosfeer van [werknemer]. Van een overmacht- of noodsituatie was geen sprake.”

Het Hof oordeelde dus dat het feit dat de werknemer de zorg voor twee kinderen draagt slechts dan afbreuk zou kunnen doen aan het bestaan van een dringende reden, wanneer deze heeft geleid tot een situatie van overmacht of een noodsituatie. Daarmee wordt aan deze niet arbeidsgerelateerde privé-omstandigheden een niet meer dan marginaal gewicht toegekend in de beoordeling. Zulks op grond van de gedachte dat die omstandigheden in de sfeer van het ontslagrecht in de risicosfeer van de werknemer vallen. Dat is juist: er bestaat geen ontslagverbod wegens het hebben van zorgtaken.

De hiervoor bepleite benadering, waarin aan geheel in de privé-sfeer gelegen persoonlijke omstandigheden minder gewicht toekomt in de beoordeling of zich een dringende reden voordoet dan aan werkgerelateerde persoonlijke omstandigheden, vindt ook steun in de Duitse rechtspraak. Ook daar is het uitgangspunt van het BAG dat bij de beoordeling of zich een *wichtiger Grund* voor de *fristlose Kündigung* voordoet, in beginsel – net als de Hoge Raad dat voor art. 7:678 BW voorschrijft – een afweging van alle omstandigheden van het geval dient plaats te vinden, waaronder de duur van het dienstverband en de leeftijd van de werknemer.³¹⁰ In de Duitse rechtsgeleerde literatuur is wel betoogd dat bij deze afweging slechts aan persoonlijke omstandigheden van de werknemer aandacht zou mogen worden geschonken voor zover die aan de arbeidsovereenkomst gerelateerd zouden zijn. Volstrekt in de privé-sfeer gelegen belangen zouden volgens sommige auteurs buiten beschouwing

309 Een euvel bekend van de rechtspraak inzake de begroting van de vergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag. Zie daarover G.J.J. Heerma van Voss, J.M. de Laat, S.F. Sagel, E. Verhulp, Begroot, schat, vergoed en bewonder: de begroting van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding na 12 februari 2010, TRA 2010, 47.

310 BAG 9 december 1954 AP Nr 1 zu § 123 GewO; BAG 22 februari 1980, EzA §1 KSchG Krankheit Nr. 5.

gelaten moeten worden.³¹¹ Die strikte lijn wordt door andere auteurs bestreden. Zo heeft Fischermeier erop gewezen dat die benadering geen steun vindt in de tekst van §626 BGB dat immers bepaalt dat

“(1) das Dienstverhältnis (...) von jedem Vertragsteil aus wichtigen Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden (kann), wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung *aller* Umstände Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann.”

Het door mij cursief aangegeven woord *aller* rechtvaardigt niet dat volstrekt in de privé-sfeer gelegen omstandigheden per definitie geheel buiten beschouwing blijven. Bovendien – zo vervolgt Fischermeier – leidt zo een buitensluiting van privé-omstandigheden onherroepelijk tot allerlei afbakeningsproblemen; welke omstandigheden zijn immers geheel privé – en blijven dus buiten beschouwing – en welke zijn toch een beetje arbeidsgelateerd?³¹² Fischermeier neemt het standpunt in dat bij de beoordeling welk gewicht persoonlijke omstandigheden van de werknemer in de schaal leggen, de – wat hij noemt – *Nähe zum Arbeitsvertrag* van die omstandigheden wel van gewicht is. Naarmate de persoonlijke omstandigheid dichter bij de arbeidsovereenkomst staat, kan daarvan een groter gewicht uitgaan in de beoordeling. Naarmate de persoonlijke omstandigheid daar verder van af staat, zal dat gewicht geringer zijn.³¹³ Fischermeier wijst erop dat privé-omstandigheden voornamelijk van gewicht zouden zijn in grensgevallen, waarin sprake is van een zeker evenwicht tussen de arbeidsgelateerde omstandigheden die voor en tegen het aannemen van een dringende reden spreken. Het BAG lijkt op een vergelijkbare lijn te zitten. In een uitspraak van 27 april 2006 overwoog het BAG, onder verwijzing naar onder meer Fischermeier, als volgt:

“20 aa) Die bei der Interessenabwägung zu berücksichtigenden Umstände lassen sich nicht abschließend für alle Fälle festlegen (...). Zunächst kommt der Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen beanstandungsfreiem Bestand ein besonderes Gewicht zu. (...) Ferner können das Bestehen einer Wiederholungsgefahr, das Maß der dem Arbeitgeber entstandenen Schädigung und auch die Frage in Betracht zu ziehen sein, ob dem Verhalten des Arbeitnehmers eine besondere Verwerflichkeit innewohnt. Auch Unterhaltspflichten und der Familienstand können – je nach Lage des Falles – Bedeutung gewinnen. Sie sind jedenfalls nicht von vornherein von der Berücksichtigung ausgeschlossen (...), wenn sie auch im Einzelfall in den Hintergrund treten und im Extremfall sogar völlig vernachlässigt werden können (...). Die gegenteilige Auffassung, der zufolge bestimmte Umstände stets von der Berücksichtigung ausgeschlossen sein sollen (..) korrespondiert nicht ausreichend mit der gesetzlichen Vorgabe, nach der ‘alle’ Umstände des Einzelfalles Bedeutung haben können.”³¹⁴

311 Ascheid, Rn 208ff.; KPK-Bengelsdorf Kap. 2 Rn 33; APS-Dörner Rn 112; ErfK-Müller-Glöge Rn 41. Preis, Pinzipien, S. 224f.

312 KR-Fischermeier, 9. Aufl., §626 BGB, rn. 238.

313 KR-Fischermeier, 9. Aufl., §626 BGB, rn. 238; zie ook HK-Dorndorf §1 Rn 717a und b; HaKo-KSchR/Gieseler Rn 82; HaKo-ArbR/Griebeling Rn. 81; MünchKomm-Henssler Rn. 83; HWK-Sandmann Rn 93, 98; SPK-ArbR/Stoffels Rn 74.

314 BAG 27 April 2006, 2 AZR 415/05, Zie in gelijke zin ook: BAG 16 december 2004 – 2 ABR 7/04, rov. 28.

Uit deze overweging blijkt dat het BAG van mening is dat ook strikt in de privé-sfeer gelegen omstandigheden, zoals het feit dat de werknemer onderhoudsverplichtingen heeft en meer in het algemeen ook de familie-situatie in de weging betrokken kunnen worden, althans daarvan niet steeds op voorhand per definitie zijn uitgezonderd. Dergelijke privé-omstandigheden kunnen echter naar de achtergrond gedrukt worden of zelfs volledig buiten beschouwing gelaten worden. Dat werpt natuurlijk de vraag op *wanneer* dat zo is. Uit eerdere rechtspraak van het BAG volgt dat een dergelijk buiten beschouwing laten toelaatbaar is wanneer uit een weging van de wel aan de arbeidsovereenkomst gelieerde omstandigheden van het geval al eenduidig het beeld naar voren komt dat van een dringende reden sprake is, bijvoorbeeld als sprake is van herhaald plichtsverzuim ondanks een eerdere waarschuwing. In een uitspraak van 27 februari 1997 overwoog het BAG in dit verband:

“Daß der Arbeitnehmer mit der Eingehung des Arbeitsverhältnisses in der Regel für den Arbeitgeber erkennbar gerade auch den Zweck verfolgt (...), seine Unterhaltspflichten erfüllen zu können, tritt dagegen in den Hintergrund, wenn der Arbeitnehmer gewichtige Pflichten aus dem Arbeitsvertrag trotz Abmahnung wiederholt vorsätzlich verletzt (...); in diesem Fall können die Unterhaltspflichten des Arbeitnehmers bei der Interessenabwägung kaum von Gewicht und im Extremfall sogar völlig vernachlässigbar sein.”³¹⁵

Dat de appelrechter in het voorliggende geval wel enig, zij het gering gewicht had toegekend aan de onderhoudsverplichtingen van de werkgever paste volgens het BAG dan ook binnen de door hem voorgestane lijn.

Het BAG is dus van mening dat privé-omstandigheden als een onderhoudsverplichting niet meer in de beschouwing betrokken behoeven te worden wanneer sprake is van het ondanks aanmaning bij herhaling opzettelijk schenden van belangrijke verplichtingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst. Anders gezegd: in zaken waarin de ernst van de ontslaggrond zo evident is dat alleen al daarom van een dringende reden sprake is, mogen echte privé-omstandigheden buiten beschouwing worden gelaten; in andere gevallen moet de rechter er wel op letten, maar staat het hem vrij er weinig gewicht, of zelfs niet meer dan marginaal gewicht, aan toe te kennen.

Het geheel buiten beschouwing laten van niet arbeidsgerelateerde persoonlijke omstandigheden, zoals het BAG in bijzonder sprekende gevallen toelaatbaar acht, lijkt gelet op de (recente) rechtspraak van de Hoge Raad die een afweging van alle omstandigheden van het geval – waartoe ook privé-omstandigheden behoren – vereist, bij de beoordeling of zich een dringende reden in de zin van art. 7:678 BW voordoet, niet mogelijk. Als gezegd, lijkt het me wel goed verdedigbaar dat de rechter in die afweging minder gewicht toekent aan persoonlijke omstandigheden van de werknemer naarmate die omstandigheden verder verwijderd zijn van de arbeidsovereenkomst. Zoals hiervoor is aangegeven biedt de recente appelrechtspraak waarin een beroep werd gedaan op familieverplichtingen best enige steun voor de gedachte dat de Nederlandse feitenrechter daar ook zo tegenaan kijkt. Overigens zij daarbij tot slot opgemerkt, dat het niet in de rede ligt dat de Hoge Raad dergelijk

³¹⁵ BAG Urteil vom 27.02.1997 (2 AZR 302/96), rov. 3.

“beleid” van de feitenrechter snel zal kraken. Cassatieklachten dat aan bepaalde privé-omstandigheden te weinig gewicht is toegekend, zullen vrijwel steeds stranden op het feitelijke karakter van de beslissing dat aan een bepaald feit in de weging van alle omstandigheden weinig gewicht kan worden toegekend. De Hoge Raad zal zich daarin, zeer bijzondere *faux pas* van de appelrechter daargelaten, nauwelijks willen mengen. Alleen als die appelrechter – in lijn met de uitzonderingscategorie die het BAG wel erkent – zou beslissen dat bepaalde privé-omstandigheden geheel buiten beschouwing kunnen blijven, lijkt een rechtsklacht kansrijk.

Een laatste opmerking in dit verband. Bij de beantwoording van de vraag of een bepaalde omstandigheid als arbeidsgelateerde persoonlijke omstandigheid of als in de privé-sfeer gelegen persoonlijke omstandigheid moet worden aangemerkt, hoede men zich voor generalisaties. Iets wat in beginsel valt in de tweede categorie – te weten die van de in de privé-sfeer gelegen persoonlijke omstandigheid – kan in een specifiek geval van kleur verschieten en een arbeidsgelateerde persoonlijke omstandigheid zijn die “vol” behoort mee te wegen. Men denke aan de woonsituatie van een werknemer. Vrijwel altijd zal dat een puur in de privé-sfeer gelegen omstandigheid zijn, waaraan bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, naar mijn mening dus wel enig, maar geen groot gewicht zou moeten worden toegekend. Maar stel nu dat de werknemer een dienstwoning heeft, waar hij – door het ontslag op staande voet – op stel en sprong uit moet. Dan verschiet de zaak vanzelfsprekend van kleur. Men kan ook denken aan het opleidingsniveau van de werknemer. In beginsel is ook dat een omstandigheid die, naar mijn mening, behoort tot het privé-domein van de werknemer. Maar als nu de werknemer langdurig in dienst is geweest en de werkgever eventuele scholingsverplichtingen die hij op grond van een CAO, de individuele arbeidsovereenkomst of het beginsel van goed werkgeverschap heeft verzaakt, dan is dat lage opleidingsniveau geen privé-omstandigheid meer, maar is er veel voor te zeggen die omstandigheid “vol” als arbeids(overeenkomst) gerelateerde omstandigheid mee te wegen.³¹⁶

4.5.5.4 Door de Hoge Raad genoemd I: leeftijd

De Hoge Raad heeft in het arrest *Schrijver/Van Essen* zelf twee persoonlijke omstandigheden aangeduid die kunnen worden meegewogen bij de beoordeling of zich, in de omstandigheden van het geval, een dringende reden voordoet: de leeftijd van de werknemer en de gevolgen die het ontslag voor hem heeft.

Het lijkt me onjuist om de leeftijd van de werknemer als op zichzelf staande factor te betrekken in de weging of zich een dringende reden voordoet. Het is onmiskenbaar zo, dat het maken van onderscheid bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet op grond van het enkele feit dat een werknemer “oud” dan wel “jong” is, neerkomt op het maken van direct onderscheid naar leeftijd. Niet

³¹⁶ Zie over scholingsverplichtingen op grond van een CAO: M.B. Kerkhof en S.F. Sagel, Scholing en collectieve arbeidsovereenkomst, in: Scholing in het sociaal recht, Deventer 2008, p. 157-177. Zie over scholingsverplichtingen op grond van de individuele (leer)arbeidsovereenkomst: A. Keizer, Scholing, arbeid en overeenkomst, in: Scholing in het sociaal recht, Deventer, 2008, p. 69-96 en M.H.Y.G. Erkens, Scholing in het individuele ontslagrecht, in: Scholing in het sociaal recht, Deventer, 2008, p. 129-154.

valt naar mijn mening in te zien hoe een dergelijk generiek onderscheid naar leeftijd te rechtvaardigen is. Zo een benadering staat op gespannen voet met de hiervoor onder 4.5.4.2 besproken rechtspraak van het HvJ in Luxemburg.

In elk individueel geval zal moeten worden gezien in hoeverre voor het in aanmerking nemen van de leeftijd van de werknemer bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, een objectieve rechtvaardiging te geven is.³¹⁷ Die kan *nooit* in de leeftijd alleen gelegen zijn, maar wel – bijvoorbeeld – in met die leeftijd samenhangende slechte kansen op de arbeidsmarkt. Een hoge leeftijd *kan* tot slechte arbeidsmarktperspectieven leiden, maar zij *hoeft* dat niet te doen.³¹⁸ In het eerste geval is het objectief te rechtvaardigen de factor leeftijd, in samenhang met de daardoor slechte arbeidsmarktperspectieven, in aanmerking te nemen. In het tweede geval zou het niet juist zijn op grond van de factor leeftijd bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, onderscheid te maken (in het voordeel van de werknemer die die leeftijd heeft).

Zie ik het goed – maar misschien is dat *wishful reading* – dan lijkt de Hoge Raad dat in recente rechtspraak ook te onderkennen. Verwezen zij in dit verband naar het door hem op 17 december 2010 gewezen arrest, dat draaide om het ontslag van een werknemer van ABN Amro wegens een strafrechtelijke veroordeling tot detentie wegens seksueel misbruik in de privé-sfeer gepleegd.³¹⁹ Het Hof had in die zaak beslist dat van een dringende reden geen sprake was, en had daarbij alle omstandigheden van het geval afgewogen, waaronder de duur van het dienstverband en de leeftijd van de werknemer, waaraan het Hof had toegevoegd “(dit in relatie tot zijn kansen op de arbeidsmarkt)”. De Hoge Raad omarmde die benadering van het Hof ten volle:

“3.5 Gelet op het voorgaande heeft het hof voor zijn oordeel dat het aan X. gegeven ontslag op staande voet niet gerechtvaardigd was, *dan ook terecht gewicht gehecht niet alleen (in rov. 4.9) aan de duur van het dienstverband en de leeftijd van X. (dit in relatie tot zijn kansen op de arbeidsmarkt)*, maar ook (in rov. 4.8) aan de omstandigheden dat het strafbare feit waarvoor hij is veroordeeld in geen enkel verband stond tot de werkzaamheden die hij voor ABN AMRO verrichtte, zich geheel in de privé-sfeer heeft voltrokken en op zijn functioneren als werknemer geen negatieve invloed heeft gehad, dat X. steeds voortreffelijk heeft gefunctioneerd, en dat ABN AMRO geen directe schade heeft geleden als gevolg van de langdurige detentie.”

Cursivering SFS

Ook de Hoge Raad acht het dus “terecht” dat het Hof de factor leeftijd van de werknemer *in relatie tot zijn kansen op de arbeidsmarkt* in aanmerking heeft genomen, waaruit enige steun valt te putten voor de hiervoor bepleite zienswijze dat de factor

317 Zie voor een vlijmscherpe kritiek op de rechtspraak inzake leeftijdsdiscriminatie, die zich te makkelijk zou neerleggen bij leeftijdsdiscriminatie bevorderende gemakzucht: E. van Staden ten Brink, *Assepoester der Mensenrechten*: in: S.F. Sagel (red.), *Vrienden door Duk en dun*, Deventer 2011, p. 235 e.v.

318 Het geval van de jurist aan wie de in de vorige noot genoemde bijdrage van Mr Van Staden ten Brink is opgedragen bewijst dat. Sommigen komen juist door hun hoge leeftijd – en daardoor vergaarde status – makkelijk aan een nieuwe baan.

319 HR 17 december 2010, NJ 2011, 351.

leeftijd niet op zichzelf beschouwd zou moeten meewegen bij de beoordeling, maar slechts wanneer daarvoor een objectieve rechtvaardiging te vinden valt.³²⁰ Wanneer een werknemer niet door zijn leeftijd extra zwaar wordt getroffen door een ontslag op staande voet, ligt het niet in de rede om die factor in de afweging in zijn voordeel te laten spreken.

4.5.5.5 Door de Hoge Raad genoemd II: de gevolgen van het ontslag

De tweede persoonlijke omstandigheid die de Hoge Raad zelf uitdrukkelijk benoemt als door de rechter in aanmerking te nemen, zijn de gevolgen die een ontslag op staande voet voor de werknemer heeft. In dat verband komt allereerst de vraag op of daarbij ook gelet mag worden op gevolgen die ingevolge het wettelijke kader nu eenmaal *inherent* zijn aan ieder terecht gegeven ontslag op staande voet, of dat daarbij slechts die gevolgen gewicht in de schaal kunnen leggen die *bijzonder* zijn in die zin dat de werknemer daardoor zwaarder wordt getroffen dan gelet op dat wettelijk kader nu eenmaal gebruikelijk is bij een terecht gegeven ontslag op staande voet.

Een voorbeeld ter verduidelijking. Wordt een werknemer terecht op staande voet ontslagen en kan hem daarvan een verwijt gemaakt worden, dan betekent dat in het licht van het bepaalde in art. 24 lid 2 sub a WW dat de werknemer verwijtbaar werkloos is en geen aanspraak heeft op een WW-uitkering.³²¹ Dat (risico) is inherent aan (vrijwel) ieder rechtsgeldig ontslag op staande voet.³²² Soms verliest een werknemer door een ontslag op staande voet evenwel niet alleen, zoals eenieder die terecht op staande voet wordt ontslagen, zijn aanspraak op een WW-uitkering, maar daarenboven ook andere, aanvullende aanspraken, zoals bijvoorbeeld de aanspraak op een suppletieregeling die hem contractueel toekomt, waardoor hij door een ontslag op staande voet extra hard wordt getroffen.³²³ De vraag is nu of alleen die laatstgenoemde bijzondere of, zo men wil, a-typische gevolgen in aanmerking genomen zouden moeten worden, of dat ook aan (vrijwel) ieder rechtsgeldig ontslag op staande voet eigen nadelige gevolgen mee zouden moeten tellen. Tegen de

320 Overigens gebeurt dat, in de praktijk, wel zeer regelmatig. Zie voor een voorbeeld van een uitspraak waarin de factor leeftijd op zichzelf beschouwd, dat wil zeggen: ongeacht of daarvoor een objectieve rechtvaardiging te vinden was, meewoog: Ktr. Zwolle 16 juli 2009, Prg. 2009, 169.

321 Overigens zal van verwijtbare werkloosheid op die grond niet alleen sprake zijn wanneer de werkgever wegens die dringende reden op staande voet heeft ontslagen, maar ook als wegens die grond langs andere weg is beëindigd. Beslissend is uiteindelijk of zich een dringende reden voordeed. Zie in die zin, met een beroep op de wetsgeschiedenis, CRvB 18 februari 2009, NJB 2009, 575. Zie over de relatie tussen de dringende reden en het recht op een WW-uitkering ook A.C. Damsteegt, *De aansluiting van de Werkloosheidswet op het ontslagrecht*, (diss. Leiden 2003), Den Haag, 2003.

322 Al kan het voorkomen dat de civiele rechter een dringende reden aanneemt, terwijl de bestuursrechter die heeft te oordelen over de vraag of een WW-uitkering terecht is geweigerd, tot een tegenovergestelde uitkomst komt. Zie daarover W.H.A.C.M. Bouwens, *VERWIJTBAAAR WERKLOOS?*, SMA 2008, p. 171 e.v.

323 Zie voor een vreemde eend in de bijt, waarin de op staande voet ontslagen werknemer wel een WW-uitkering had ontvangen, maar de additionele aanspraken op grond van een sociaal plan misliep: Ktr. Zwolle 30 januari 2007, LJN: AZ7357. Hier werd, mede vanwege het ontbreken van draconische gevolgen in de WW-sfeer geoordeeld dat de persoonlijke omstandigheden onvoldoende gewicht in de schaal legden om geen dringende reden aan te nemen.

laatstgenoemde, ruime, benadering valt aan te voeren dat het wat ongerijmd voorkomt om een gevolg waarvan de wetgever nu eenmaal heeft beslist dat dat past bij een terecht gegeven ontslag op staande voet, aan te merken als argument dat spreekt tegen het aannemen van de mogelijkheid om zo een ontslag te geven.³²⁴ Daar staat tegenover dat voor het in aanmerking nemen van ook de typische wettelijke gevolgen van een ontslag op staande voet, zoals het verval van een WW-aanspraak, weer spreekt dat het hier bij uitstek ingrijpende gevolgen betreft, die een werknemer direct raken in zijn mogelijkheden om in zijn levensonderhoud te voorzien. Vanuit dat perspectief bezien, komt het niet meer dan logisch voor om ook de typische wettelijke gevolgen van een ontslag op staande voet bij de beoordeling van de gerechtvaardigdheid daarvan te betrekken.

De Hoge Raad heeft ook hier duidelijk gekozen voor een ruime interpretatie, maar daaraan wel een waarschuwing toegevoegd. In het op 21 januari 2000 gewezen arrest in de zaak *Prins/Hema* bleek dat de Hoge Raad onder de gevolgen van een ontslag – die mee behoren te wegen bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet – in ieder geval bijzondere vermogensrechtelijke gevolgen begrijpt, zoals het verval van een contractuele afvloeiingsregeling. In die zaak had de Rechtbank bij haar beoordeling of zich een dringende reden voordeed, verzuimd te betrekken dat door het aan de werknemer gegeven ontslag op staande voet, zijn aanspraak op een suppletieregeling op zijn WW-uitkering die volgde uit een Sociaal Plan, kwam te vervallen. De Hoge Raad kraakte het vonnis van de Rechtbank mede op die grond; volgens de Hoge Raad ging het hierbij om een relevant gezichtspunt dat de Rechtbank niet onbesproken had mogen laten.

Uit het arrest dat de Hoge Raad twee jaar later wees in de zaak *Looijen/Jansen en De Kruyf* volgt dat de Hoge Raad ook de reguliere wettelijke gevolgen van een terecht ontslag op staande voet, zoals het verlies van een aanspraak op WW, wil betrekken bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet. In die zaak klaagde de werknemer – Looijen – er in cassatie over dat de Rechtbank, bij haar bevestigende beantwoording van de vraag of zich een dringende reden voordeed, onder meer geen rekening had gehouden met het navolgende feit:

“(d) Looijen is een werkloosheidsuitkering onthouden, terwijl hij uit zijn bedrijf onvoldoende inkomsten geniet om in zijn levensonderhoud te voorzien.”

Die klacht slaagde volgens de Hoge Raad. Daarin ligt besloten dat hij ook het aan het bestaan van een dringende reden gekoppelde normale/reguliere wettelijke gevolg dat geen aanspraak bestaat op een WW-uitkering, aanmerkt als omstandigheid die kan worden betrokken bij de beoordeling of zich zo een dringende reden voordoet.³²⁵ In het verlengde hiervan, kunnen ook andere typische (wettelijke) gevolgen van een terecht ontslag op staande voet, die de werknemer in zijn vermogenspositie of anderszins treffen, worden betrokken bij de beoordeling of zich een dringende reden

324 In de Duitse literatuur is wel bepleit dat bij de belangenafweging die is voorgeschreven om vast te stellen of zich een *wichtiger Grund* in de zin van §626 BGB voordoet, geen rekening gehouden zou moeten worden met de normale gevolgen die vrijwel steeds met een ontslag op staande voet gepaard gaan. Zie in die zin Popp HAS §19 B Rn 253. De heersende leer is dat daar echter niet.

325 HR 22 februari 2002, NJ 2003, 174, rov. 3.4 en 3.5.

voordoet. In dat verband kan onder meer worden gewezen op het feit dat een werknemer, wanneer wordt aangenomen dat sprake is van een terecht gegeven ontslag op staande voet – gelet op de rechtspraak van de Hoge Raad ter zake –, geen aanspraak heeft op een schadevergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag.³²⁶

De gevolgen die mogen worden betrokken bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, zijn dus niet beperkt tot *bijzondere* gevolgen die de nadelen die nu eenmaal aan ieder ontslag op staande voet verbonden zijn, overstijgen. Die laatste nadelen mogen ook in de beschouwing worden betrokken. In het verlengde daarvan zal bijvoorbeeld ook kunnen worden meegewogen dat de gevolgen van een ontslag op staande voet extra nijpend zijn omdat het door een slecht economisch klimaat in zijn algemeenheid moeilijk is om aan een nieuwe baan te komen.³²⁷

Maar tegelijkertijd heeft de Hoge Raad in het arrest *Schrijver/Van Essen* wel een belangrijke kanttekening bij dat alles geplaatst, door aan de passage over de in aanmerking te nemen persoonlijke omstandigheden toe te voegen dat “ook indien de gevolgen ingrijpend zijn, (...) een afweging van deze persoonlijke omstandigheden tegen de aard en de ernst van de dringende reden tot de slotsom (kan, toevoeging SFS) leiden dat een onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst toch gerechtvaardigd is.” Ik heb die passage persoonlijk altijd aldus getaxeerd dat de Hoge Raad daarmee heeft getracht aan te geven dat de rechter een beroep op de persoonlijke omstandigheden weliswaar steeds – en in de volle breedte – in ogenschouw moet nemen, maar zich daardoor vooral niet te snel moet laten afleiden van de ernst van de ontslaggrond. Het is, zo lees ik het althans, een terughoudend geformuleerde vingerwijzing om niet te veel gewicht toe te kennen aan de gevolgen van een ontslag op staande voet. Ik zou menen dat die vingerwijzing zeker ook van belang is bij de beoordeling of “reguliere gevolgen” die nu eenmaal inherent zijn aan een ontslag op staande voet omdat zij voortvloeien uit het wettelijk kader, aan het geven daarvan in de weg staan. Dat zijn immers geen gevolgen die maken dat de zaak zich onderscheidt van ieder ander ontslag op staande voet en bovendien zou het toekennen van veel gewicht aan dergelijke gevolgen ertoe leiden dat de rechter in zekere zin het wettelijk systeem ondermijnt. Hij voorkomt dan immers de wettelijke gevolgen van een ontslag op staande voet door vanwege die gevolgen aan te nemen dat een ontslag op staande voet niet gewettigd is.

4.5.5.6 De gevolgen van het ontslag; beïnvloeding door getroffen voorzieningen?

Een interessante vraag die in dit verband nog rijst, is of het de werkgever vrijstaat om de gevolgen die het door hem te geven ontslag op staande voet heeft, reeds op voorhand te mitigeren door de werknemer bij het geven van het ontslag bijvoorbeeld een bepaalde vergoeding mee te geven, een schuld kwijt te schelden, of door anderszins een maatregel te nemen die het leed van het ontslag verzacht. Ik meen dat het feit dat een werkgever een dergelijk gebaar maakt, bepaald niet hoeft af te doen aan het bestaan van een dringende reden, sterker nog: dat zulks aan het bestaan

³²⁶ HR 12 februari 1999, NJ 1999, 643.

³²⁷ Ktr. Leeuwarden 16 mei 2012, LJN: BW7794.

daarvan kan bijdragen. Het argument dat de betaling van een zekere vergoeding bij het geven van ontslag op staande voet impliceert dat “de werkgever zelf ook best weet, dat er geen dringende reden is, omdat hij anders niet zou betalen”, is een cirkelredenering die niet opgaat. De leer van de Hoge Raad dat bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet ook de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, waaronder de gevolgen die het ontslag voor hem heeft, moeten meewegen, impliceert dat de Hoge Raad van mening is dat van de werkgever verwacht mag worden dat hij die omstandigheden bij zijn afweging of ontslag op staande voet wordt gegeven, betreft. Nergens blijkt uit, dat de werkgever dat slechts zou mogen doen door – wanneer hij constateert dat de gevolgen voor de werknemer ernstig zijn – in het geheel af te zien van het geven van ontslag. Dat is een zwart/wit benadering die, naar zijn aard, op gespannen voet staat met de genuanceerde benadering die de Hoge Raad bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, toegepast wil zien.

Sterker nog, er zijn aanwijzingen te vinden in de wetsgeschiedenis, waaruit blijkt dat ook de wetgever van mening is dat het maken van een financieel gebaar bij het geven van ontslag op staande voet niet aan het dringende karakter van de dringende reden behoeft af te doen. Bij de herziening van het ontslagrecht in 1953 werd de Minister van Justitie de vraag voorgelegd of de wet niet zou moeten voorzien in de mogelijkheid om, wanneer zich een dringende reden voordoet, de werkgever in staat te stellen de werknemer toch nog enige tijd in dienst te houden. Daarmee zouden de belangen van werkgever en werknemer gediend kunnen worden.³²⁸ De Minister wilde daar niet aan, maar merkte op dat de werkgever bij een ontslag op staande voet wel uit vrijgevigheid een gebaar mag maken, om de gevolgen van het ontslag te mitigeren, mits het ontslag maar wel onverwijld wordt geëffectueerd:

“Terecht merkt de commissie op, dat de werkgever de arbeider wel onmiddellijk kan ontslaan, doch hem daarna uit vrijgevigheid tegemoet kan komen. Indien de werkgever dit motief der vrijgevigheid echter wil gaan combineren met (het) dienen van zijn eigen belang, door de arbeider nog enige door hem, werkgever, te bepalen tijd, zij het niet de volle opzeggingstermijn, in dienst te houden, dan zou dit in strijd komen met de ratio van het artikel, welke – het moge herhaald worden – niet is om een van partijen een c.q. met clementie te hanteren strafbevoegdheid te verlenen, doch slechts om hem een échappatoire te verschaffen, waardoor hij zich aan een voor hem onhoudbare toestand kan onttrekken.”³²⁹

Dat het meegeven van een vergoeding bij ontslag op staande voet niet aan het aannemen van een dringende reden in weg behoeft te staan, is een gedachte die ook door de Hoge Raad is omarmd. Het ging in die zaak uit 1982 om een werkgever die een ontslagen werknemer na het ontslag nog onverplicht enig loon had betaald. Die betalingen, zo de Hoge Raad, behoeven aan het aannemen van een dringende reden niet in de weg te staan.³³⁰ Ik zou, als gezegd, menen dat daarmee niet alles is gezegd. Het meegeven van een zekere vergoeding bij ontslag op staande voet zal niet alleen niet in de weg behoeven te staan aan het kunnen aannemen van een dringende reden, maar zal – sterker nog – in bepaalde gevallen de afweging of zich zo een dringende

328 Zie Bijl. Hand. II 1949-1950, 881, nr. 4, p. 21.

329 Zie Bijl. Hand II 1951-1952, 881, nr. 6, p. 33.

330 HR 12 maart 1982, NJ 1983, 198.

reden voordoet, juist in het voordeel van de werkgever kunnen laten uitvallen. Zulks omdat door die vergoeding de mee te wegen gevolgen die het ontslag op staande voet heeft, minder klemmend zijn en daardoor niet meer opwegen tegen de overige omstandigheden van het geval, zoals de aard en de ernst van de aan de werknemer verweten gedraging. Daarbij zij bovendien bedacht dat ook de hiervoor besproken leer dat een dringende reden ook kan bestaan zonder dat sprake is van verwijtbaarheid aan de zijde van de werknemer ervoor pleit aan te nemen dat toekenning van een vergoeding bij het ontslag niet in strijd behoeft te zijn met het aannemen van een dringende reden. Juist als er geen verwijtbaarheid in het spel is, “bijt” het meegeven van een vergoeding niet met het aannemen van een dringende reden.

Van belang is wel te onderkennen dat het in beginsel niet raadzaam – want hoogst riskant – is die vergoeding te laten bestaan in een verlenging, gedurende enige tijd, van het dienstverband in de vorm van betaald verlof of anderszins, na het moment waarop de dringende reden ter kennis is gekomen van de tot ontslag bevoegde functionaris, nu dat zich vrijwel steeds bezwaarlijk zal verdragen met de in hoofdstuk 2 besproken onverwijldheidseis. Zie in die zin een oude uitspraak van de Arrondissements-Rechtbank te Winschoten van 18 december 1929, waarin sprake was van een ontslag op staande voet op een termijn van een week, waarbij de werkgever aanvoerde dat die termijn was gehanteerd om de gevolgen van het ontslag voor de werknemer te verzachten. Dat vond geen genade in de ogen van de Rechtbank, die besliste dat “het doel om de gevolgen van het ontslag voor appellant te verzachten ook op andere wijze – b.v. door uitkering van een bedrag, gelijkstaande met het in een week te verdienen loon – had kunnen worden bereikt en dus geenszins medebracht de noodzakelijkheid om het dienstverband gedurende eenigen tijd te bestendigen.”³³¹ Deze uitspraak staat bepaald niet op zichzelf; met het “uit goedheid en medelijden” op staande voet ontslaan op termijn hebben ook andere werkgevers zichzelf in de vingers gesneden.³³²

Dat het, zoals net opgemerkt, gevaarlijk is om de gevolgen van het ontslag te verzachten door het ontslag aan te zeggen met inachtnaam van enige termijn, wil overigens niet zeggen dat die benadering steeds tot nietigheid van het gegeven ontslag wegens strijd met de onverwijldheidseis zal leiden. Uit de hiervoor onder 2.7

³³¹ Rb. Winschoten 18 december 1929, RBA IV, p. 45.

³³² Zie ook Ktg. Leiden 16 november 1932, RBA V, p. 91, waarin een ontslag op staande voet op een termijn van 10 dagen “uit goedheid en uit medelijden met eischers gezin” niet toelaatbaar werd geacht, gelet op de onverwijldheidseis. Zie over deze uitspraak ook M.G. Levenbach, *De dringende reden der dringende reden*, RBA, XXVII (1941), p. 41 e.v., die waarschuwt dat uitstel van het ontslag uit medelijden de werkgever de “dringendheid” (lees: de onverwijldheid) van de dringende reden kan kosten. Het uit vrijgevigheid bij een wel onverwijld gegeven ontslag meegeven van een zeker bedrag, of van een vergoeding in natura, staat daarentegen volgens Levenbach aan het aannemen van een dringende reden niet in de weg. Zie M.G. Levenbach, *Nogmaals de dringendheid der dringende reden*, NJB 1950, p. 175. Die benadering van Levenbach werd in het hiervoor genoemde arrest van 12 maart 1982 gevolgd.

Zie ook HR 24 maart 1927, NJ 1927, 700, waarin de Hoge Raad het oordeel van de Rechtbank dat de omstandigheid dat de werkgever de werknemer enige tijd – twee weken – wilde gunnen, onder meer om zijn dienstwoning te ontruimen, niet als rechtvaardiging voor uitstel van het ontslag kon worden aanvaard. Zie ook HR 11 december 1981, NJ 1982, 70, waarin een klemmend verzoek van de werknemer om hem nog een weekje langer in dienst te houden, de werkgever de onverwijldheid van het ontslag kostte.

besproken rechtspraak van de Hoge Raad volgt immers dat onder bijzondere omstandigheden een ontslag op staande voet op enige termijn gegeven mag worden. Er zijn omstandigheden denkbaar waarin juist het net iets langer op de *payroll* houden van een werknemer, door de ingangsdatum van het ontslag *iets* uit te stellen, tot gevolg kan hebben dat de gevolgen van het ontslag op staande voet veel minder ingrijpend zijn dan wanneer het ontslag met onmiddellijke ingang wordt geëffectueerd. Te denken valt aan het geval dat de werknemer daardoor net een bepaalde leeftijd of een bepaalde lengte van het dienstverband bereikt, waardoor hij in een gunstiger sociaal vangnet terechtkomt of aanspraak heeft op een bepaalde vergoeding of (jubileum)uitkering. Dan *kán* er een situatie ontstaan waarin de werkgever een klein risico in de onverwijldheidssfeer voor lief neemt – door het ontslag na korte tijd in te laten gaan – teneinde in de sfeer van de dringende reden aan zekerheid te winnen. Het moge duidelijk – en herhaald – zijn dat het hierbij evenwel bepaald om absolute uitzonderingsgevallen zal gaan.

Tot slot is het van belang te onderkennen dat, anders dan het hiervoor weergegeven citaat uit de wetsgeschiedenis – door het gebruik van het woord “daarna” – lijkt te impliceren, de werkgever, wil hij ervoor zorgen dat het door hem gemaakte gebaar ter verzachting van de gevolgen van het ontslag, in zijn voordeel kan meewegen in de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, dat gebaar wel *uiterlijk op de ontslagdatum*, dat wil zeggen de laatste dag van het dienstverband, zal moeten maken, althans aankondigen. De vraag of zich, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, een dringende reden voordoet, wordt volgens de Hoge Raad namelijk bepaald aan de hand van de situatie zoals die zich op de ontslagdatum voordoet. Nadien gedane handreikingen, zo volgt uitdrukkelijk uit het arrest *Vixia/Gerrits* van 8 oktober 2004, kunnen de afweging of zich een dringende reden voordoet niet alsnog in het voordeel van de werkgever doen uitvallen (als die afweging zonder die handreiking in zijn nadeel uitvalt).³³³ Daarop wordt hierna nog teruggekomen.

Concluderend kan worden opgemerkt dat het, hoe “tegennatuurlijk” dat wellicht voor menig werkgever(sadvocaat) aanvoelt, juist in gevallen waarin vanwege de gevolgen van het ontslag enige twijfel kan bestaan omtrent de aanwezigheid van een dringende reden, aanbeveling kan verdienen om te bezien of de werkgever die angel wellicht kan verwijderen, door een (financiële) voorziening te treffen voor de werknemer. Disselkoen wees daar ook reeds op in een bijdrage uit 1995.³³⁴ Een dergelijke voorziening zal, net als in het kader van de afweging of een ontslag kennelijk onredelijk is in het licht van het gevolgencriterium ex art. 7:681 lid 2 sub

333 Zie HR 8 oktober 2004, NJ 2007, 480, JAR 2004/259 en RAR 2005/1, alsmede S.F. Sagel, Het arrest *Vixia/Gerrits*, vier belangrijke beslissingen rond de dringende reden, SR 2004, p. 433-439.

334 V. Disselkoen, Op staande voet en toch kennelijk onredelijk?, *ArbeidsRecht* 1995, 68: “Stel dat de gevolgen van een ontslag op staande voet zodanig ernstig zijn dat de werkgever vreest dat niet regelmatig/rechtsgeldig op staande voet kan worden opgezegd, hoewel objectief een dringende reden aanwezig is. Er staat dan mijns inziens niets aan de werkgever in de weg om bij het ontslag op staande voet een zodanige vergoeding aan te bieden, ter beperking van de financiële gevolgen, dat hiermee ook aan het subjectieve criterium is voldaan. Deze vergoeding moet dan wel worden aangeboden bij het ontslag op staande voet en niet eerst – in een procedure – daarna, opdat de werknemer dadelijk bij het ontslag op staande voet over alle informatie beschikt om zijn positie te kunnen bepalen.” De opvatting van Disselkoen is overigens bestreden door S.W. Kuip, *Terecht ontslag op staande voet toch kennelijk onredelijk!* (2), *ArbeidsRecht* 1996, 15.

b BW, in het voordeel van de werkgever meewegen bij de beoordeling of sprake is van een dringende reden.³³⁵ Dat ligt ook in die zin in de rede dat de Hoge Raad zich op het standpunt stelt dat een terecht wegens een dringende reden gegeven ontslag niet kennelijk onredelijk kan zijn, omdat alle omstandigheden die in de afweging of sprake is van kennelijk onredelijk ontslag – en dus ook het in dat kader nota bene in de wetstekst verankerde gezichtspunt welke voorziening de werkgever voor de werknemer heeft getroffen – relevant zijn, reeds moeten zijn gewogen bij het oordeel of sprake is van een dringende reden.³³⁶

4.5.5.7 Andere persoonlijke omstandigheden; enige lijnen uit de lagere rechtspraak

Uit het voorgaande volgt dat bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, rekening mag worden gehouden met *alle* persoonlijke omstandigheden van de werknemer, hetgeen betekent dat in die weging (i) zowel *arbeidsgerelateerde* persoonlijke omstandigheden als puur in de *privé-sfeer* gelegen omstandigheden en (ii) zowel *bijzondere*, *a-typische* gevolgen van een ontslag, als de *normale* (wettelijke) gevolgen daarvan kunnen worden betrokken. Thans zal nader in kaart worden gebracht welke persoonlijke omstandigheden in de lagere rechtspraak zoal in aanmerking worden genomen (ten faveure van de werknemer). Daartoe is de lagere rechtspraak van 1999 tot en met 2012 bestudeerd. Het beeld dat daaruit opkomt is in hoge mate casuïstisch. Maar bij nadere bestudering blijkt dat er uit de circa 150 gepubliceerde uitspraken over die periode toch een aantal persoonlijke omstandigheden te distilleren valt die vaak door de lagere rechter worden genoemd als (mede) redengevend voor het oordeel dat zich geen dringende reden voordoet. Zulks terwijl andere factoren minder gewicht in de schaal leggen.

A. Beperkte verstandelijke vermogens

In de eerste plaats valt in dit verband te wijzen op de omstandigheid dat een werknemer beperkte verstandelijke vermogens heeft. Dat is, bij uitstek, een omstandigheid die met enige regelmaat vrij veel gewicht in de schaal lijkt te leggen bij het oordeel dat geen dringende reden moet worden aangenomen. Zo zag zowel de Kantonrechter Alkmaar als het Gerechtshof te Leeuwarden een incident waarbij een werknemer fysiek geweld pleegde tegen een meerdere niet als dringende reden, omdat de werknemer, terughoudend geformuleerd, iets minder begaafd was dan gemiddeld.³³⁷ Het Gerechtshof te Leeuwarden overwoog daarbij dat de werknemer door zijn eigen advocaat als “een eenvoudige man” was beschreven en dat het Hof ter zitting de indruk had gekregen dat die beschrijving “correct is en aangevuld kan worden met: verbaal niet weerbaar.” Dat verontschuldigde zijn gedrag voor het Hof zodanig dat van een dringende reden geen sprake was.³³⁸ In diezelfde lijn ligt een recente uitspraak van de Kantonrechter Enschede, die verbale agressie van een

335 Zie HR 27 november 2009, NJ 2010, 493.

336 Zie voor deze leer HR 12 februari 1999, NJ 1999, 643 en daarover S.F. Sagel, Ontslag op staande voet, kennelijke onredelijkheid en de omstandigheden van het geval, *ArbeidsRecht* 1999, 6/7, p. 10 e.v.

337 Ktr. Alkmaar 7 juli 2000, JAR 2000/181; Hof Leeuwarden 5 oktober 2010, RAR 2011/7.

338 Voor de rechtshulpverlener ligt in deze rechtspraak ook een praktijktip verscholen; hoe dommer de cliënt, hoe beter het is hem zelf ter zitting het woord te laten doen.

werknemer met een WSW-indicatie niet als dringende reden aanmerkte, omdat niet was uit te sluiten dat zijn grensoverschrijdende gedrag mede was veroorzaakt door de beperking waardoor hij een WSW-indicatie had, hij voor zijn sociale contacten op zijn werk was aangewezen en het was uitgesloten dat hij elders aan het werk zou kunnen.³³⁹

Ook het Gerechtshof Den Bosch liet de “basale psychische conditie” van een WSW-werknemer meewegen in zijn oordeel dat een herhaalde overtreding van controlevoorschriften tijdens ziekte geen dringende reden opleverde.³⁴⁰ Het Gerechtshof Amsterdam deed in 2011 een uitspraak die daarmee vrijwel overeenkomt.³⁴¹ In een uitspraak van de Kantonrechter Heerlen uit 2008 waren de cognitieve beperkingen van een werknemer eveneens mede redengevend voor het uiteindelijke oordeel dat een poging tot diefstal van bloemen door een medewerkster van de Albert Heijn niet als dringende reden kwalificeerde.³⁴² Ook de “diefstal” van een vlaggestok, teneinde deze bij wijze van *practical joke* oranje te schilderen in het kader van het voetbal WK 2010, leverde geen dringende reden op, mede door de naïeve indruk die de werknemer op de Kantonrechter maakte.³⁴³ Tot slot valt te wijzen op een op zijn zachtst gezegd opvallende uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam uit 2011, waarin ernstig wangedrag in de vorm van discriminerende uitlatingen centraal stond. Een werknemer had collega's uitgescholden voor (nota bene) “kut ghanesen”, “kankerturk”, “kamellenneuker” en hen bovendien, twee dagen na het neerstorten van een toestel van Turkish Airlines op Schiphol, toegevoegd dat zij “in dat Turkse vliegtuig hadden moeten zitten”. De Kantonrechter achtte dit gedrag desondanks geen dringende reden, onder meer omdat de psychiater van de man had verklaard dat hij zwakbegaafd was, waardoor hij zich soms impulsief uitliet. Bovendien leidde de Kantonrechter uit de verklaring van de psychiater af dat een ontslag de man zeer hard zou treffen, omdat hij – juist door zijn zwakbegaafdheid – veel belang had bij een duidelijke structuur in zijn leven, dat zijn dienstverband hem verschaftte.³⁴⁴

Dat beperkte verstandelijke vermogens met enige regelmaat als verzachtende persoonlijke omstandigheid in aanmerking worden genomen in de afweging of zich een dringende reden voordoet, lijkt me goed verdedigbaar, zeker wanneer de werknemer juist vanwege die beperking in gesubsidieerde arbeid werkzaam is. Zulks enerzijds omdat die beperking vaak tot op zekere hoogte zal afdoen aan de mate waarin het gedrag aan de werknemer kan worden verweten – hetgeen blijkens het voorgaande een belangrijk element in de weging is – en anderzijds omdat, door die beperking, het ontslag de werknemer extra hard zal raken.³⁴⁵ In het algemeen zullen

339 Ktr. Enschede 26 april 2011, LJN: BQ2767, Prg. 2011, 161.

340 Hof Den Bosch 18 december 2002, JAR 2003/37.

341 Hof Amsterdam 18 oktober 2011, LJN: BU3253.

342 Ktr. Heerlen 20 februari 2008, LJN: BC8785.

343 Ktr. Winschoten 11 oktober 2010, Prg. 2010, 277, LJN: BO2626.

344 Ktr. Amsterdam 18 juli 2011, LJN: BT7377.

345 Zie ook Ktr. Leeuwarden 17 april 2012, LJN: BW5527 (wegnemen van bounty's op de werkvloer geen dringende reden omdat werknemer in de WSW die daar wegens een verstandelijke beperking werkzaam was de gevolgen van zijn handelwijze ondanks waarschuwingen niet overzag. Niet aannemelijk dat werknemer “doelbewust steelt” maar veeleer dat hij moeite heeft om “de verleiding te weerstaan om snoepgoed weg te nemen.” Dat van doelbewust stelen geen sprake was, blijkt ook uit het feit dat werknemer de bounty's voor het oog van zijn leidinggevenden heeft verorberd.

geringe verstandelijke vermogens geen aanbeveling zijn op de arbeidsmarkt. Wanneer de werknemer vanwege zijn beperkingen op dit terrein bovendien werkzaam is op basis van de WSW of enige andere vorm van gesubsidieerde arbeid geldt bovendien dat sprake is van een duidelijke link tussen deze persoonlijke omstandigheid enerzijds en het werk anderzijds. Dat spreekt er, naar hiervoor onder 4.5.5.3 uiteen is gezet, voor om die omstandigheid “vol” mee te wegen.

B. Opleidings- en ervaringsniveau; scholing

Een andere omstandigheid waarop blijkens de lagere rechtspraak met enige regelmaat een beroep wordt gedaan, is het opleidings- en ervaringsniveau van de werknemer. Dat argument werkt op verschillende manieren door in de beoordeling.

In de eerste plaats kan het feit dat een werknemer (nog) niet (voldoende) is opgeleid, of ervaring mist, afbreuk doen aan de verwijtbaarheid van de handelwijze en daarmee aan het bestaan van een dringende reden. Een eerste mooi voorbeeld daarvan wordt gevormd door een uitspraak van de Kantonrechter Terneuzen uit 2009 inzake het ontslag op staande voet van een werknemer die werkte op basis van een beroepspraktijkvormingsovereenkomst.³⁴⁶ De werknemer had, samen met een collega, de opdracht gekregen om met de bedrijfsbus een aantal stalen balken op te halen, deze in een andere loods op het bedrijfsterrein op maat te zagen en ze daarna weer terug te brengen. In strijd met de geldende veiligheidsregels hadden de heren de balken niet vastgemaakt op de bedrijfsbus voordat de werknemer met de bus wegreed. Toen de werknemer remde, begonnen de balken te schuiven met forse schade aan de bus tot gevolg. De werknemer werd wegens het in gevaar brengen van zichzelf en de goederen van de werkgever op staande voet ontslagen. De Kantonrechter kraakte het ontslag, waarbij van groot gewicht was dat de werknemer “een leerling was zonder geldig rijbewijs, zodat van hem minder kon worden verwacht de ernst van het gevaar en de kans op schade in te zien dan van een volleeerde werknemer in het bezit van een geldig rijbewijs.” Het feit dat de werknemer in opleiding was, had hier dus een drukkend effect op de verwachtingen die de werkgever van hem mocht hebben, zodat een fout minder snel een dringende reden opleverde. Een vergelijkbare redenering kan worden gevonden in een uitspraak van de Kantonrechter Middelburg uit 2009, waarin een verloskundige die pas net haar opleiding had afgerond en nog maar over weinig praktijkervaring beschikte, in paniek de medische status van een patiënte had aangepast, nadat het kind van die patiënte levenloos ter wereld was gekomen. De Kantonrechter achtte die handelwijze, hoewel hij onderkende dat daarmee een vertrouwensbreuk was ontstaan, geen dringende reden. Hij overwoog daartoe dat het voor iedere verloskundige moeilijk zal zijn om ermee om te gaan wanneer een kindje dat aan haar zorg was toevertrouwd dood wordt geboren, maar – zo de Kantonrechter – “ervaring kan daarbij wel helpen.” In die zin achtte de Kantonrechter het dan ook relevant dat de werkneemster pas net haar opleiding had voltooid en nog maar een

³⁴⁶ Ktr. Terneuzen 30 september 2009, LJN: BL3065.

beperkte werkervaring had als verloskundige.³⁴⁷ Een zonder meer te billijken redenering. Een derde uitspraak in deze lijn wordt gevormd door een uitspraak van de Kantonrechter Deventer uit 2002, waarin een chauffeur van een taxibusje dat kinderen vervoerde, op staande voet was ontslagen omdat hij een kind “aan zijn oor getrokken en/of een draai om zijn oren gegeven” had omdat dat kind een (drie jaar jongere) medepassagier tijdens het vervoer had geslagen. De Kantonrechter besliste dat deze gedraging in zichzelf geen dringende reden opleverde, omdat het naar behoren kunnen besturen van een busje – waarvoor de werknemer was aangenomen – in zichzelf niet zonder meer meebrengt dat de werknemer ook “op een in alle opzichten verantwoorde wijze met een groep schoolkinderen in dat busje kan omgaan.” Nu de werkgever niet had gesteld dat de werknemer door hem op die extra vaardigheid speciaal is geselecteerd “of daarvoor (aanvullend) is opgeleid” en hij dus de werknemer zonder bijzondere voorzorgsmaatregelen de verantwoordelijkheid heeft gegeven over het vervoer van groepen schoolkinderen, had hij – in de ogen van de Kantonrechter – “het risico aanvaard dat eiser bij de uitvoering van dit taakonderdeel fouten zou maken.” Het feit dat de werkgever de werknemer niet had geschoold in de bijzondere taak van het omgaan met kinderen bracht in de ogen van de Kantonrechter mee dat de werkgever de werknemer fouten op dat terrein dus niet al te zwaar mocht aanrekenen.³⁴⁸ Overigens voegde de Kantonrechter daar nog de pedagogische vingerwijzing aan toe dat zijns inziens de opvatting van de werknemer dat “lichamelijke kastijding ter redressering van ongewenst gedrag bij jonge kinderen een nuttig effect kan hebben, geenszins als onveranderlijk onjuist behoeft te worden verworpen.”

Het opleidingsniveau van een werknemer kan dus in de eerste plaats in zoverre meewegen dat daardoor de verwijtbaarheid van de handelwijze wordt verminderd en wel omdat een werknemer doordat hij laag is opgeleid, nog niet is uitgeleerd, of over weinig ervaring beschikt, niet goed kon overzien dat wat hij deed verkeerd was.³⁴⁹ Dit argument zal vanzelfsprekend met name klemmen als de werkgever zelf tekort is geschoten in het bieden van de vereiste opleiding of scholing aan de werknemer om zijn taken goed te kunnen uitoefenen. Die medaille heeft een andere kant en die is, dat als een werknemer een handelwijze vertoont waarvan een ieder ook zonder opleiding behoort te weten dat deze ontoelaatbaar is – omdat dergelijk gedrag *ook buiten de werksfeer* achterwege moet blijven – het beroep op het nog niet (afgerond) hebben van een opleiding, of een gebrek aan ervaring niet snel aan het aannemen van een dringende reden in weg staat. Dat men zich niet schuldig mag maken aan diefstal of verduistering mag ook bij hen die niet geschoold zijn, bekend worden verondersteld. Het zijn feiten die ook buiten de werksfeer niet gepleegd mogen worden.³⁵⁰ Een hoge opleiding kan hier zelfs nog eens extra verzwarend werken.³⁵¹

347 Ktr. Middelburg 23 november 2009, RAR 2010/82.

348 Kantonrechter Deventer 15 augustus 2002, LJN: AE8952.

349 Zie in dit verband ook Hof Amsterdam 3 juli 2008, JAR 2008/256, waarin het Hof het feit dat voor de functie van werknemer eigenlijk een opleiding op hoger (spd) niveau vereist was, meewoog bij zijn beoordeling dat de handelwijze van de werknemer (wijzigen jaarstukken onder druk) geen dringende reden was.

350 Ktr. Haarlem 10 maart 2004, LJN: AO9728 (stelen pak frisdrank is dringende reden, ook al kon werknemer door slechte beheersing Nederlandse taal niet op de hoogte zijn van handboeken).

351 Ktr. Utrecht 17 februari 2010, LJN: BL6544.

Bij werknemers die op basis van een leerarbeidsovereenkomst werkzaam zijn, komt men het opleidingsargument ook wel in die zin tegen dat de werknemer, door een ontslag op staande voet, niet alleen schade ondervindt doordat hij daarmee zijn inkomsten verliest, maar ook omdat hij aldus wordt benadeeld in de opleidingssfeer. Dat was één van de argumenten op basis waarvan de Kantonrechter Leeuwarden in een uitspraak uit 2011 besliste dat een ontslag op staande voet van een vrouwelijke leerling kok wegens het – overigens: buiten werktijd – meespelen in een erotische film niet als dringende reden kwalificeerde. “Een eventuele vroegtijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft voor de werkneemster gevolgen voor wat betreft het succesvol afronden van haar opleiding”, zo de Kantonrechter.³⁵² Ook dat lijkt een juiste benadering.

Een lage opleiding kan tot slot een rol spelen in die zin dat een werknemer daardoor slechte kansen op de arbeidsmarkt heeft, waardoor het ontslag op staande voet hem extra hard zal treffen. In de gepubliceerde rechtspraak ben ik opvallend weinig uitspraken tegengekomen waarin dat argument met succes is gehanteerd.³⁵³ In sommige zaken wordt er een beroep op dit argument gedaan, maar wordt het beroep daarop vrijwel ongemotiveerd terzijde geschoven.³⁵⁴ Ik zou menen dat hier sprake is van een gezichtspunt dat bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, wel degelijk van groot gewicht *kan* zijn. Of dat zo is, zal afhangen van het navolgende. Uitgangspunt zou mijns inziens moeten zijn dat voor zover slechte kansen op de arbeidsmarkt volgen uit het feit dat een werknemer voorafgaand aan zijn indiensttreding een geringe opleiding heeft gevolgd, dat in beginsel als een omstandigheid moet worden aangemerkt die in de privé-sfeer van de werknemer valt en dus, langs de hiervoor uiteengezette lijn, relatief gering gewicht heeft in de beoordeling of zich een dringende reden voordoet. Het scholingsniveau dat voorafgaand aan de indiensttreding is bereikt, valt – zo kan men het ook zeggen – in de risicosfeer van de werknemer. De zaak verschieft echter van kleur wanneer sprake is van een werknemer die geruime tijd in dienst is geweest en bij het ontslag een slechte arbeidsmarktpositie heeft doordat tijdens dat dienstverband geen enkele vorm van bijscholing heeft plaatsgevonden. Dat geldt zeker wanneer de werkgever, door niet aan scholing te doen, een uitdrukkelijke verplichting daartoe, die bijvoorbeeld kan zijn neergelegd in een CAO, heeft geschonden. Maar in toenemende mate wordt ook aangenomen dat uit het goed werkgeverschap een verplichting volgt om een werknemer tijdens zijn dienstverband bij te scholen en *up to date* te houden. Verzuimt de werkgever om dat te doen, dan kan dat – bijvoorbeeld – tot het oordeel

352 Ktr. Leeuwarden 1 februari 2011, JAR 2011/80; Prg. 2011, 107.

353 Ktr. Heerlen 20 februari 2008, LJN: BC8785.

354 Hof Den Bosch 3 februari 2009, LJN: BH2169, waarin sprake was van een rechtsgeldig ontslag op staande voet van een werknemer die zich had opgeleid tot manager wegens het vervalsen van een handtekening van de werkgever op een werkgeversverklaring. Het beroep op de geringe opleiding faalde. Rb. Groningen 25 januari 2006, LJN: AV1682 (poging tot diefstal van drie pakjes shag is dringende reden ondanks lage opleiding).

leiden dat het aan de werknemer gegeven ontslag kennelijk onredelijk is.³⁵⁵ Een voorbeeld daarvan wordt gevormd door een uitspraak van de Kantonrechter Utrecht van 24 februari 2010, waarin bij het oordeel dat sprake was van kennelijk onredelijk ontslag, veel gewicht toekwam aan het feit dat de werkgever zich er niet voor had ingespannen de werknemer *employable* te houden. De Kantonrechter overwoog daarin dat de werkgeefster de werknemer had verweten dat hij zich niet voor technologische vernieuwingen in de branche zou hebben geïnteresseerd en nooit op scholing had aangedrongen, maar daarbij – zo de Kantonrechter – miskent zij “dat het mede – en vooral – op haar weg ligt ervoor te zorgen dat haar werknemers deelnemen aan de opleidingen en cursussen die nodig zijn om hun vakkennis op peil te houden.” De werkgeefster had erkend dat er de laatste jaren geen geld voor opleiding en (bij)scholing van haar personeel meer was vrijgemaakt. Nu niet aannemelijk was dat het bedrijfsresultaat geen enkele mogelijkheid bood om juist voor oudere werknemers voor wie het in het bijzonder van belang is om de ontwikkelingen in het werk bij te houden, de gelegenheid tot scholing te bieden, werd beslist dat de werkgeefster op dit punt niet had “gedaan wat van een goed werkgever verlangd mag worden”.³⁵⁶ Is sprake van slechte arbeidsmarktperspectieven doordat een werknemer tijdens een langdurig dienstverband geen (bij)scholing heeft gehad, dan vormt dat bij uitstek een *arbeidsgerelateerde* “persoonlijke omstandigheid”, waaraan dus ook in de beoordeling of zich een dringende reden voordoet een zwaarwegend effect kan worden toegekend.

C. Fysieke en psychische beperkingen

Een andere verzachtende persoonlijke omstandigheid waarop blijkens de recente gepubliceerde rechtspraak met enige regelmaat met succes een beroep wordt gedaan, wordt gevormd door het feit dat een werknemer geheel of gedeeltelijk arbeidsongeschikt is, althans lijdt aan psychische of fysieke beperkingen. Die fysieke beperkingen kunnen eveneens op verschillende manieren “verzachtend” doorwerken bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet. Zulks in de eerste plaats omdat die beperkingen kunnen meebrengen dat de werknemer extra hard door het ontslag wordt getroffen en wel omdat die beperkingen een bijzonder slechte arbeidsmarktpositie meebrengen. Verwezen zij in dit verband onder meer naar een uitspraak van

355 Zie in dit verband onder meer G.J.J. Heerma van Voss, J.J.M. de Laat, S.F. Sagel, E. Verhulp, Begroot, schat, vergoed en bewonder: de begroting van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding na 12 februari 2010, TRA 2010, 47. Zie ook Hof Leeuwarden 4 oktober 2011, LJN: BT6598: “rov. 6.3 (...) van een goed werkgever, die voornemens is zijn zaak te sluiten, mag worden verwacht dat hij voor werknemers voor wie de arbeidsmarkt niet zeer rooskleurig is, en zeker bij een 58-jarige werknemster met een dienstverband van 21 jaar, zelf actief voor flankerend beleid zorgt waardoor de betrokken werknemer, zo nodig met een scholingsbudget of door training en begeleiding, van werk naar werk wordt begeleid, (...)”. Ktr. Haarlem 3 februari 2010, JAR 2010/77 (vrijwel geen opleidingsactiviteiten tijdens zeer langdurig dienstverband, maakt ontslag kennelijk onredelijk).

356 Ktr. Utrecht 24 februari 2010, JAR 2010/81. Zie in vergelijkbare zin: Ktr. Amersfoort 25 augustus 2010, LJN: BN6439. Zie anders: Ktr. Groningen 28 juli 2005, RAR 2005/119. Daarin overwoog de Kantonrechter van oordeel te zijn dat “de slechte beheersing van de Nederlandse taal en het analfabetisme van Gun voor zijn rekening en risico behoren te komen. Gesteld noch anderszins gebleken zijn omstandigheden die het Gun onmogelijk hebben gemaakt vanaf 1977 in die situatie verandering ten goede aan te brengen.” Hier werd het feit dat de werknemer op een voor hem zwak punt niet was bijgeschoold, eenzijdig op het bordje van de werknemer gelegd.

de Kantonrechter Zaandam uit 2010, waarin sprake was van een postbesteller die op staande voet was ontslagen, omdat hij weigerde de post rond te brengen aangezien deze herhaaldelijk te laat op het TNT-steunpunt aanwezig was. De Kantonrechter overwoog dat, hoewel sprake was van werkweigering, deze niet als dringende reden kwalificeerde, mede omdat de werknemer door zijn leeftijd en gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid geen gunstige positie op de arbeidsmarkt had.³⁵⁷ In dezelfde lijn ligt een uitspraak van de Kantonrechter Zwolle uit 2006, waarin het mishandelen van een voormalig collega niet als dringende reden werd aangemerkt, onder meer vanwege het feit dat de werknemer een arbeidshandicap had en daardoor zeer slechte kansen op de arbeidsmarkt.³⁵⁸ Hoewel ook hier weer geldt, dat ook gehele of gedeeltelijke arbeidsgeschiktheid bepaald niet steeds zal opwegen tegen de aard en de ernst van een dringende reden – het tegenovergestelde uitgangspunt zou ook in strijd zijn met het wettelijke kader dat nu juist meebrengt dat een dringende reden door het ontslagverbod tijdens ziekte heenbreekt – lijkt het mij bepaald niet onjuist om aan te nemen dat een moeilijke arbeidsmarktpositie voortvloeiend uit gehele of gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid een zwaarwegende omstandigheid zou behoren te zijn bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet.³⁵⁹ Dat uitgangspunt, dat nog in versterkte mate zal gelden wanneer sprake is van een causale relatie tussen het werk en het ontstaan van de arbeidsongeschiktheid, lijkt mij ook steun te vinden in rechtspraak van de Hoge Raad op het gebied van het kennelijk onredelijk ontslag. In het arrest *Hoedjes/Volker Wessels* van 21 mei 2010, dat betrekking had op de vraag of een reorganisatieontslag kennelijk onredelijk was, besliste de Hoge Raad dat van een werkgever “in beginsel een extra inspanning verwacht mag worden om een boventallige werknemer die door lichamelijke beperkingen moeilijk bemiddelbaar is op de arbeidsmarkt, binnen het hem vertrouwde concern te herplaatsen.”³⁶⁰ De grondslag van die (zorg)verplichting moet, hoewel de Hoge Raad dat niet met zoveel woorden benoemt, naar mijn mening worden gezocht in het bepaalde in art. 7:611 BW.³⁶¹ Ik denk dat datgene wat geldt bij een reorganisatieontslag – te weten een extra zorgplicht met betrekking tot een werknemer met lichamelijke beperkingen die daardoor moeilijk bemiddelbaar is op de arbeidsmarkt – tot op zekere hoogte ook zou moeten gelden bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet. Ook daar zal de door de Hoge Raad aangeduide extra zorgplicht kunnen meebrengen dat de werkgever, juist gelet op de moeilijke arbeidsmarktpositie van de werknemer, iets

357 Ktr. Zaandam 30 maart 2010, LJN: BM0295.

358 Ktr. Zwolle 20 maart 2006, LJN: AW1950. Zie ook Ktr. Haarlem 31 maart 2006, RAR 2006/105 (geen dringende reden, mede gelet op zeer slechte positie op de arbeidsmarkt door hartklachten).

359 Zie voor gevallen waarin een arbeidshandicap wel werd meegewogen maar uiteindelijk niet genoeg gewicht in de schaal legde om af te doen aan de ernst van de gedraging: Hof Den Haag 27 april 2007, RAR 2007/116; Ktr. Zwolle 10 januari 2006, Prg. 2006, 63.

360 HR 21 mei 2010, NJ 2010, 495.

361 In HR 11 maart 2011, NJ 2011, 123 werd de lijn uit het arrest van 21 mei 2010 doorgetrokken naar het geval waarin de werkgever een boventallige werknemer in dienst heeft laten treden van een mobiliteitscentrum om aldus zijn herplaatsingsinspanningen te *outsourcen*. Een goede beslissing; de werkgever hoort zich niet van zijn zorgplichten te kunnen bevrijden door een werknemer elders te stallen. Zie over de beide arresten ook C.J. Frikkee, Extra inspanningsverplichting bij herplaatsing boventallige werknemer met beperkingen, TRA 2011/60, die de door de Hoge Raad uitgezette lijn eveneens toejuicht.

minder snel zal kunnen grijpen naar het middel van ontslag op staande voet, juist vanwege de moeilijke herplaatsbaarheid van de werknemer.

In de tweede plaats blijken arbeidsongeschiktheid alsmede fysieke en psychische beperkingen vaak een rol te spelen bij de beoordeling van de ernst van de gedraging van de werknemer. Het komt met regelmaat voor dat dergelijke beperkingen, indien en voor zover zij wangedrag kunnen *verklaren*, een verzachtend effect hebben op de weging of dat gedrag een dringende reden vormt. In dat geval zullen die fysieke en psychische beperkingen een matigend effect hebben op de verwijtbaarheid van de handelwijze. Daarvoor is dan wel vereist dat er een causaal verband is tussen de klachten en het wangedrag.

Verwezen zij in dit verband bijvoorbeeld naar de hiervoor reeds aangestipte uitspraak van de Kantonrechter Lelystad uit 2004, waarin een werknemer in strijd met de geldende hygiënevoorschriften in een vleesbak had geurineerd. Die op zich ernstige handelwijze verloor het karakter van een dringende reden doordat de werknemer aannemelijk wist te maken dat hij last had van een blaasaandoening, waardoor hij het dichtstbijzijnde toilet niet kon bereiken.³⁶² In diezelfde lijn valt een uitspraak van het Gerechtshof Den Haag, waarin een werknemer was ontslagen wegens een poging tot mishandeling, maar het Hof besliste dat dat geen dringende reden opleverde, omdat de werknemer door eerdere pesterijen van collega's leed aan fysieke en psychische klachten die zijn gedrag (ten dele) verklaarden.³⁶³ Ontbreekt enig oorzakelijk verband tussen fysieke of psychische klachten en het vertoonde wangedrag, dan zal daarvan geen matigend effect uitgaan op de taxatie van de ernst van de gedraging. Dit alles is in lijn met eerdere rechtspraak van de Hoge Raad, die al in een arrest van 1984 besliste dat werkweigering slechts dan een dringende reden tot ontslag kan zijn, wanneer de werkgever uitvoering van de opdracht in redelijkheid van de werknemer kan vergen. Is sprake van een handicap van de werknemer, dan zal de weigering een opdracht uit te voeren niet als dringende reden kunnen worden aangemerkt wanneer de werknemer die opdracht door zijn handicap fysiek gewoonweg niet *kon* uitvoeren.³⁶⁴

D. Familiestatus en familieproblemen

Naar hiervoor onder 4.5.5.3 al is opgemerkt, is er naar mijn mening veel voor te zeggen om aan puur in de privé-sfeer gelegen persoonlijke omstandigheden van de werknemer bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet minder gewicht

³⁶² Ktr. Lelystad 25 februari 2004, JAR 2004/106.

³⁶³ Hof Den Haag 11 april 2003, LJN: AI0359. Zie voorts Ktr. Den Bosch 27 juli 2009, LJN: BJ3888 (werkweigering was geen dringende reden omdat werknemer psychische problemen had, langere tijd uit het arbeidsproces was geweest en dus eerst moest acclimatiseren). Ktr. Assen 29 septmebr 2009, LJN: BK2046; Hof Arnhem 29 september 2009, LJN: BL1324 (psychische problemen verklaren werkweigering en schenden van verzuimvoorschriften); Ktr. Amsterdam 18 maart 2010, RAR 2010/106 (psychische problemen verklaren en verzachten beoordeling van bedreiging); Ktr. Dordrecht 22 juli 2010, Prg. 2010, 209 (niet communiceren met werkgever geen dringende reden want veroorzaakt door psychische problemen); Hof Den Bosch 11 maart 2008, LJN: BD5653 (overtreden van hygiënevoorschriften geen dringende reden, mede gelet op feit dat werknemer autistische stoornis heeft).

³⁶⁴ HR 2 november 1984, NJ 1985, 192. Zie daarover ook S.F. Sagel, 100 jaar werknemersongehoorzaamheid: naar een gezichtspuntencatalogus voor de belangenafweging van art. 7:678 lid 2 sub j BW?, in: C.J. Loonstra e.a., De werkgever in beweging, Den Haag 2009, p. 80.

toe te kennen dan aan arbeidsgerelateerde persoonlijke omstandigheden. Voor dat standpunt lijkt de lagere rechtspraak in die zin steun te bieden, dat het zelden voorkomt dat (mede) op basis van de familiestatus van de werknemer (waaronder hier dan wordt verstaan de vraag of de werknemer kostwinner is en de financiële zorg voor een partner en kinderen draagt), wordt beslist dat geen sprake is van een dringende reden.³⁶⁵ Ook problemen of tegenslag in de familiesfeer worden weliswaar met enige regelmaat ingeroepen om wangedrag te excuseren, maar ook op dat punt komt uit de rechtspraak het beeld naar boven dat dat zelden met succes gebeurt. Zo rechtvaardigt het feit dat de fiets van de echtgenote van een werknemer is gestolen, niet dat die werknemer dan zelf maar een fiets van een collega mee naar huis neemt.³⁶⁶ Ook ernstiger problemen in de privé-sfeer, zoals het overlijden of ernstige ziekte van een naaste worden zelden als zodanig verzachtende omstandigheid meegewogen dat wangedrag daardoor het karakter van een dringende reden verliest. Te wijzen valt in dit verband op een uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam, waarin het overlijden van een oom van de werknemer zonder succes werd aangevoerd als excuus voor alcoholmisbruik op het werk.³⁶⁷ In een recente uitspraak van de Kantonrechter Haarlem, waarin sprake was van een werknemer die op staande voet was ontslagen wegens het tijdens ziekte opzetten van een concurrerende onderneming, werd tot een vergelijkbaar oordeel gekomen.³⁶⁸ De werknemer wees er, ten betoge dat geen sprake was van een dringende reden, onder meer op dat (i) zijn partner een burn-out had, waardoor ernstige problemen in de relatie waren ontstaan en (ii) verlies van zijn baan grote gevolgen zou hebben voor zijn financiële en relationele situatie, omdat hij dan ook permanent thuis zou komen te zitten. De Kantonrechter was daar “snel klaar mee”; de werknemer was zelf verantwoordelijk voor de gevolgen van zijn eigen handelen. Anders gezegd: de privé-beslommeringen van de werknemer moesten niet op het bord van de werkgever worden gelegd. Ook ernstige privé-problemen door het overlijden van de moeder of een vriendin van een werknemer of door een echtscheiding werden in andere zaken gewogen en te licht bevonden om aan een dringende reden in de weg te staan.³⁶⁹ Vanzelfsprekend doet zich ook hier een enkele keer een uitzondering voor, die de spreekwoordelijke regel bevestigt. Incidenteel vormen tragische privé-omstandigheden, maar dan vaak wel in combinatie met andere verzachtende omstandigheden als een lang dienstverband en een slechte positie op de arbeidsmarkt, de druppel om geen dringende reden aan te nemen, waar dat normaliter wel zou gebeuren. In dit verband valt te wijzen op een wel erg schrijnend geval van een medewerker van een postkantoor die het spoor

365 Rb. Amsterdam 21 december 1994, JAR 1995/31 (onderhoudsverplichting ten aanzien van gezin met vijf kinderen doet niet af aan dringende reden bestaande in verduistering vleeswaren).

366 Ktr. Bergen op Zoom 2 augustus 2011, LJN: BR4134.

367 Hof Amsterdam 28 december 2010, JAR 2011/70. Wel werd dat argument meegenomen in Hof Den Haag 17 augustus 2007, JAR 2007/279, hetgeen Duk ertoe brengt dat arrest onder te brengen in de categorie “mercy over justice”. Zie R.A.A. Duk, Hoe dringend is dringend?, in: W. Plessen, H. van Drongelen en F. Hendrickx (red.), Sociaal recht: tussen behoud en vernieuwing, Zutphen 2011, p. 322.

368 Ktr. Haarlem 13 december 2010, LJN: BO9402.

369 Zie respectievelijk Ktr. Amsterdam 1 oktober 2009, JAR 2009/74; Hof Amsterdam 1 mei 2007, JAR 2007/160 en Hof Amsterdam 15 december 2009, LJN: BL8496.

bijster was geraakt nadat hij op het werk het slachtoffer van een roofoverval was geworden, waarbij een pistool tegen zijn hoofd was gezet, zijn zoon aan de drugs was geraakt en had getracht hem met een schop dood te slaan en tot overmaat van ramp bij zijn vrouw kanker was geconstateerd. De Kantonrechter achtte in dat geval diefstal van EUR 200,- geen dringende reden, zulks geheel tegen de lijn in de rechtspraak dat diefstal – zeker in die orde van grootte – een dringende reden vormt.³⁷⁰ Die afweging had ook anders kunnen uitvallen, maar de uitspraak toont aan dat in daadwerkelijk *extreme* (privé-)ellende, die datgene wat de gemiddelde mens in zijn algemeenheid te verwerken krijgt te buiten gaat, aanleiding kan worden gezien om geen dringende reden aan te nemen. Nood breekt wet. De *reguliere* tegenslagen van het menselijk bestaan, ziekte en het overlijden van familie en vrienden – hoe ernstig ook – daaronder begrepen, vormen evenwel in beginsel geen reden om aan te nemen dat wangedrag daardoor gerechtvaardigd kan worden. Dat komt mij juist voor.

4.5.5.8 Persoonlijke omstandigheden; conclusies

Het voorgaande laat zich aldus samenvatten. Bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, mogen niet alleen werkgerelateerde persoonlijke omstandigheden worden betrokken, maar ook strikt in de privé-sfeer gelegen feiten kunnen daarbij in aanmerking worden genomen. Er spreekt echter veel voor om in die afweging minder gewicht toe te kennen aan persoonlijke omstandigheden naarmate zij verder afstaan van het dienstverband. Aan volledig in de privé-sfeer gelegen omstandigheden, die niet worden bestreken door een ontslagverbod waaruit blijkt dat de wetgever voor ogen staat dat de werkgever daarmee bij het geven van ontslag rekening houdt, zal slechts een gering gewicht behoren toe te komen in de afweging. Hoe geringer de *Nähe zum Arbeitsvertrag* van de persoonlijke omstandigheid is, des te minder gewicht komt eraan toe.

De Hoge Raad noemt uitdrukkelijk de leeftijd van de werknemer als in aanmerking te nemen bijzondere omstandigheid. Het komt mij voor dat het in aanmerking nemen van leeftijd als op zichzelf staande beoordelingsfactor – dus: los van de vraag of daarvoor een objectieve rechtvaardiging is te geven – een ontoelaatbaar onderscheid naar leeftijd oplevert. Wil de leeftijd in aanmerking genomen worden, dan zal daarvoor een objectieve rechtvaardiging gevonden moeten worden, bijvoorbeeld gelegen in slechte kansen op de arbeidsmarkt door die leeftijd. De Hoge Raad noemt ook de gevolgen van het ontslag als in aanmerking te nemen factor en staat ook hier een ruime benadering voor. Niet alleen bijzondere, of atypische gevolgen mogen in aanmerking worden genomen, maar ook de reguliere gevolgen van een rechtsgeldig ontslag, zoals het verval van het recht op WW-uitkering, zijn relevant in de beoordeling. Het lijkt verdedigbaar dat aan negatieve gevolgen die de wet aan het bestaan van een dringende reden verbindt niet veel gewicht wordt toegekend bij de beoordeling of zich zo een reden voordoet, nu het wat ongerijmd voorkomt om in datgene wat de wetgever als aangewezen consequenties beschouwt van een dringende reden

³⁷⁰ Ktr. Zaandam 15 mei 2007, RAR 2007/106.

aanleiding te zien om geen dringende reden aan te nemen. We zagen vervolgens onder ogen dat de werkgever de gevolgen van het ontslag kan verzachten en aldus de afweging of zich een dringende reden voordoet kan beïnvloeden door uiterlijk bij het ontslag een (financiële) voorziening voor de werknemer te treffen. Anders dan in de literatuur wel is betoogd, verzet zo een voorziening zich bepaald niet noodzakelijkerwijs tegen het aannemen van een dringende reden. Vervolgens werd onderzocht welke overige persoonlijke omstandigheden blijkens de lagere rechtspraak zoal in de beschouwing worden betrokken. In die rechtspraak vallen, bij nauwkeurige bestudering, best enige lijnen te ontdekken. Een eerste omstandigheid die met enige regelmaat ten gunste van de werknemer wordt meegewogen zijn de verstandelijke vermogens van de werknemer. Dat is goed verdedigbaar, zeker wanneer deze factor in die zin arbeidsgerelateerd is dat de werknemer vanwege zijn beperkte verstandelijke vermogens werkzaam is in gesubsidieerde arbeid. Daarnaast kunnen de beperkte verstandelijke vermogens afbreuk doen aan de verwijtbaarheid van de handelwijze, een belangrijke richtingwijzer waar het de ernst van de gedraging betreft. Ook het opleidings- en ervaringsniveau en scholing zijn relevante omstandigheden. Het opleidingsniveau van een werknemer kan in de eerste plaats in zoverre meewegen dat daardoor de verwijtbaarheid van de handelwijze wordt verminderd en wel omdat een werknemer doordat hij laag is opgeleid, nog niet is uitgeleerd of over weinig ervaring beschikt, niet goed kon overzien dat wat hij deed verkeerd was. Een lage opleiding kan ook een rol spelen in die zin dat een werknemer daardoor slechte kansen op de arbeidsmarkt heeft, waardoor het ontslag op staande voet hem – in dat opzicht – extra hard zal treffen. Hoewel men dat argument vooralsnog niet veel tegenkomt in de rechtspraak, spreekt er veel voor om, wanneer de werkgever gedurende het dienstverband tekort is geschoten op het terrein van scholing en de werknemer daardoor moeilijk bemiddelbaar is, daaraan veel gewicht toe te kennen in de beoordeling of zich een dringende reden voordoet. Voor zover de werkgever aan zijn verplichtingen op dat terrein heeft voldaan en een laag opleidingsniveau en daarmee samenhangende slechte kansen op de arbeidsmarkt niet aan hem zijn toe te rekenen, spreekt er veel voor dat argument niet, althans in elk geval niet in zwaarwegende mate, ten nadele van de werkgever te laten pleiten. De omstandigheid is dan immers niet aan de arbeidsovereenkomst te linken en valt in de risicosfeer van de werknemer. Fysieke en psychische beperkingen zijn een volgende persoonlijke omstandigheid die blijkens de rechtspraak vaak in aanmerking wordt genomen. Zij werken op twee manieren door. Enerzijds kunnen dergelijke beperkingen tot gevolg hebben dat de werknemer moeilijker bemiddelbaar is op de arbeidsmarkt, waardoor het ontslag hem extra hard zal treffen en anderzijds kunnen zij de verwijtbaarheid van de handelwijze wegnemen of mitigeren. Tot slot zagen wij onder ogen dat uit de lagere rechtspraak het beeld opkomt dat de familiestatus van de werknemer en problemen in de familiesfeer, ook als zij van ernstige aard zijn, in beginsel niet snel zullen leiden tot het oordeel dat geen sprake is van een dringende reden. Dat bevestigt nog maar eens dat in de weging of zich een dringende reden voordoet, een verschillend gewicht toekomt aan persoonlijke omstandigheden, al naar gelang een link tussen die omstandigheden en de arbeid(sovereenkomst) kan worden vastgesteld of niet.

4.6 De gezichtspuntenrechtspraak van de Hoge Raad geëvalueerd: nuttig handvat of vage richtingaanwijzer?

4.6.1 Gezichtspuntenrechtspraak; algemeen

Na de bovenstaande, gedetailleerde bespreking van de betekenis van de verschillende gezichtspunten die deel uitmaken van de door de Hoge Raad sinds 1999 bij herhaling bevestigde norm ter beoordeling van de dringende reden lijkt het aangewezen die catalogus als zodanig aan een kritische beschouwing te onderwerpen. De kernvraag die in dat verband ter beantwoording voorligt, is of de door de Hoge Raad aangedragen maatstaf de praktijk wel verder helpt en bijdraagt aan de voorspelbaarheid van de dringende reden. Daarover bestaat twijfel.

De Hoge Raad heeft op velerlei terreinen gezichtspuntencatalogi geformuleerd. De ontwikkeling lijkt te zijn ingezet met het *Kelderluik-arrest* uit 1965, waarin de Hoge Raad aangaf dat bij de beoordeling of sprake is van onrechtmatig gevaarzettend handelen, een afweging van de omstandigheden van het geval vereist is, waarbij onder meer gelet moet worden op de mate van waarschijnlijkheid dat anderen niet de vereiste oplettendheid in acht nemen, de kans dat daaruit ongevallen voortkomen, de ernst van de gevolgen daarvan en de bezwaarlijkheid van het nemen van maatregelen daartegen.³⁷¹ Het gebruik van gezichtspunten is sedert het *Kelderluik-arrest* op vele deelterreinen van het civiele recht doorgedrongen, van de vraag of sprake is van onrechtmatige hinder, of een beroep op een exoneration-clausule gedaan kan worden, of onderhandelingen afgebroken mogen worden, tot de vraag of reclame misleidend is.³⁷²

Ook op het terrein van het arbeidsrecht heeft de Hoge Raad het middel van de gezichtspuntencatalogus, ook wel aangeduid als het werken met *topoi*, veelvuldig ingezet. In een bijdrage uit 2008 hebben Loonstra en Quist daarvan een verhelderend overzicht gegeven, gebaseerd op de rechtspraak sinds 2000. Afgezien van het terrein van het ontslag op staande voet zijn ook op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid alsmede met betrekking tot kennelijk onredelijk ontslag, de wettelijke verhoging van art. 7:625 BW en de wijziging van arbeidsvoorwaarden dergelijke gezichtspunten geformuleerd.³⁷³ Meestal gaat het daarbij om niet meer dan een door de woorden “onder meer” als niet limitatief aangeduide opsomming van omstandigheden die gewicht in de schaal *kunnen* leggen. Een enkele keer gaat de Hoge Raad verder en schrijft hij dwingend voor dat en welke omstandigheden *in ieder geval* in de weging betrokken *moeten* worden. Het voorbeeld bij uitstek in die laatste

371 HR 5 november 1965, NJ 1966, 136. Vrijwel diezelfde gezichtspunten zijn veertig jaar later ook van toepassing verklaard op de beoordeling of de werkgever zijn zorgplicht ex art. 7:658 BW voldoende heeft vervuld. HR 11 november 2005, JAR 2005/287. Zie daarover ook C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, De zorgplicht van de werkgever op grond van art. 7:658 BW, ArA 2006/3, p. 101 e.v.

372 Zie onder meer: HR 3 mei 1991, NJ 1991, 476; HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261; HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467; HR 29 maart 1985, 591.

373 C.J. Loonstra en J.P. Quist, Gezichtspuntencatalogi in het arbeidsrecht: de omstandigheden van het geval geïnventariseerd, ArA 2008/3, p. 9/10.

categorie vormt het arrest *Van Hese/De Schelde* van 28 april 2000, waarin de Hoge Raad besliste dat de absolute verjaringstermijn van art. 3:310 BW in uitzonderlijke gevallen terzijde kan worden geschoven wanneer toepassing daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, bijvoorbeeld omdat de verjaringstermijn verstreek voordat de schade – door blootstelling aan asbest – zich überhaupt had gemanifesteerd. Bij de beoordeling of voor dergelijke doorbreking aanleiding bestaat, moeten alle omstandigheden van het geval in de beoordeling worden betrokken, in welk verband de Hoge Raad een zevental gezichtspunten noemde die de rechter bij zijn oordeel in ieder geval in aanmerking moet nemen.³⁷⁴ Een imperatieve gezichtspuntencatalogus derhalve.

4.6.2 Steun en kritiek voor gezichtspuntenrechtspraak

Voor het geven van leiding door middel van het formuleren van gezichtspunten is veel te zeggen en er zijn gezaghebbende voorstanders van de benadering, zoals Vranken, die zelfs opmerkt dat wij ons in “Nederland tekortdoen door het hanteren van lijsten met gezichtspunten niet als een afzonderlijke methode van interpreteren en argumenteren in het burgerlijk recht uit te dragen.”³⁷⁵ Wat zijn dan de voordelen van het gebruik van gezichtspuntencatalogi?

Het werken met gezichtspunten is terug te voeren op de overtuiging dat de invulling van normen (vrijwel) niet is los te zien van de feitelijke omstandigheden, de context waarin zij moeten worden toegepast. De (meeste) normen zijn verweven met en afhankelijk van de feiten, soms brengt de wetgever dat zelfs expliciet tot uitdrukking door in de wet vast te leggen dat (de omvang van) een recht of aanspraak van “de omstandigheden van het geval” afhankelijk is. Ook wanneer aan de rechter, zonder dat uitdrukkelijk naar de omstandigheden van het geval wordt verwezen, een discretionaire bevoegdheid wordt toegekend door de wetgever, zal het gebruik daarvan afhangen van de omstandigheden van het geval. De gezichtspuntencatalogus kan de lagere rechter en partijen richting en houvast geven bij de beoordeling hoe dergelijke afwegingen in een concreet geval uitwerken.³⁷⁶ Eveneens kunnen gezichtspunten van nut zijn bij het invullen van min of meer vage normen, waarbij de redelijkheid en billijkheid een belangrijke rol spelen. In die categorie werkt zelfs de wetgever met “gezichtspunten”, naar blijkt uit art. 3:12 BW dat luidt dat bij de invulling van hetgeen redelijkheid en billijkheid meebrengen rekening moet “worden

³⁷⁴ HR 28 april 2000, NJ 2000, 430.

³⁷⁵ Zie in dit verband ook Vranken, algemeen deel ***, nr. 106. Zie ook voetnoot 12: “Ik zie de bezwaren, de risico's, en met name ook dat het soms nodeloos vaak gebeurt, maar er is zoveel winst geboekt dat mijn eindafweging positief uitvalt.” Zie ook C.E. Drion, De omstandighedenencatalogus; drie gedachten ter verbetering, NJB 2008, p. 1635, die weliswaar – de titel zegt het al – een aantal gedachten ter verbetering heeft, maar desondanks van mening is dat de Hoge Raad de praktijk wel degelijk helpt met deze benadering. G. van Dijk, De actio Pauliana in Nederland en de wet van de remmende voorsprong, in: J. Smits en S. Stijns, Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht, Antwerpen, p. 349/410, die het betreurt dat de actio Pauliana aansluiting mist bij de ontwikkeling naar het formuleren van gezichtspunten.

³⁷⁶ Zie voor een voorbeeld van de discretionaire bevoegdheid art. 7:625 BW, waaraan in HR 3 mei 2002, JAR 2002/134 enige richting is gegeven en voor een arbeidsrechtelijke norm waarvan de wetgever heeft bepaald dat deze afhankelijk is van de omstandigheden van het geval art. 7:680a BW. Zie voorts Loonstra en Quist, a.w., p. 6, noot 12.

gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.”

Het formuleren van gezichtspunten kan verschillende positieve gevolgen hebben. In één zin samengevat: er gaat van gezichtspuntencatalogi een normerend en uniformerend effect uit dat bijdraagt aan de rechtszekerheid en rechtseenheid. Partijen en de lagere rechter weten in hogere mate wat moet worden gewogen, hetgeen bijdraagt aan de voorspelbaarheid van de uitkomst en aan het bereiken van gelijke, althans minst genomen vergelijkbare uitkomsten in gelijke gevallen. Ook de kwaliteit van de motivering van rechterlijke vonnissen kan winnen bij gezichtspuntencatalogi; de rechter krijgt de belangrijkste bouwstenen voor een goede motivering aangereikt. De gezichtspunten zijn, in zekere zin, een sjabloon dat de rechter in het concrete geval moet invullen. De partijen op hun beurt weten op welke punten zij zich moeten richten bij de invulling van hun stel- en betwistingplicht. Vranken wijst er, als voorbeeld van het normerend karakter van (sommige) gezichtspuntencatalogi, op dat de arresten waarin zij zijn geformuleerd, in de loop der jaren zijn uitgegroeid tot “synoniem met de norm die zij bevatten”, waarbij hij het *Haviltex-arrest* als voorbeeld noemt.³⁷⁷

Toch is de afgelopen jaren ook heel wat kritiek geuit op het gebruik van gezichtspuntencatalogi door de Hoge Raad.³⁷⁸ Zie ik het goed, dan is in die kritiek een aantal hoofdlijnen te ontdekken.

Een eerste kritiekpunt dat vaak wordt gehoord, is dat omstandighedencatalogi niet duidelijk maken in welke verhouding de verschillende gezichtspunten tot elkaar staan, wat het relatieve gewicht van die omstandigheden in de afweging is.³⁷⁹ De Hoge Raad noemt een aantal omstandigheden die “in beginsel” en/of “onder meer” meegewogen kunnen worden, maar verzuimt de onderlinge rangorde aan te geven. Het zou, zo wordt vervolgens bepleit, goed zijn wanneer de Hoge Raad duidelijker aangeeft welke gezichtspunten van groter belang zijn dan andere.³⁸⁰ Daarmee zou veel meer richting aan de afweging en daarmee rechtszekerheid worden gecreëerd.

Smeehuijzen, die eveneens in deze lijn van critici te plaatsen is, heeft deze kritiek geïllustreerd aan de hand van de imperatieve, niet limitatieve gezichtspuntencatalogus die de Hoge Raad in het arrest *Van Hese/De Schelde* heeft geformuleerd voor de doorbreking van de absolute verjaringstermijn in asbestzaken.³⁸¹ Hij komt daarin, op basis van een analyse van de rechtspraak, tot de conclusie dat de zeven

³⁷⁷ Asser-Vranken, Vervolg, Nr 96.

³⁷⁸ Zie bijvoorbeeld T. Hartlief, *Gezichtspunten, vingerwijzigingen en vuistregels. Kan dat anders?* NTBR 2011, 4; J.L. Smeehuijzen, *Naar een scherpere gezichtspuntencatalogus bij verjaring van asbestzaken*, AV&S 2005, 10; J.M. Smits, *Belangenafweging door de rechter in het vermogensrecht: een kritische beschouwing*, RM Themis, 2006-4, p. 134.

³⁷⁹ C.E. Smith, *Belangenafweging door gevalsvergelijking*, RM Themis, 2006-4, p. 144.

³⁸⁰ J.M. Smits, *Belangenafweging door de rechter in het vermogensrecht: een kritische beschouwing*, RM Themis, 2006-4, p. 139. Zie ook C.J. Loonstra en J.P. Quist, *Gezichtspuntencatalogi in het arbeidsrecht: de omstandigheden van het geval geïnventariseerd*, ArA 2008/3, p. 130. Zie anders: E. Verhulp in zijn noot onder NJ 2011, 351.

³⁸¹ J.L. Smeehuijzen, *Naar een scherpere gezichtspuntencatalogus bij verjaring van asbestzaken*, AV&S, 2005, 10. Zie ook T. Hartlief, *Gezichtspunten, vingerwijzigingen en vuistregels. Kan dat anders?*, NTBR 2011, 4.

gezichtspunten die de Hoge Raad formuleerde, niet alle hetzelfde gewicht hebben.³⁸² De Hoge Raad zou de gezichtspuntencatalogus dan ook kunnen verscherpen en wel door daarin in die zin een hiërarchie aan te brengen dat wanneer ofwel de benadeelde zijn vordering niet binnen redelijke termijn na openbaring van de schade heeft ingesteld (het laatste, met g aangeduide gezichtspunt dat de Hoge Raad in het arrest noemt) of de feiten niet meer te achterhalen zijn (gezichtspunt e), de verjarings-termijn gehandhaafd blijft. Het gaat hier dus om gezichtspunten die in zichzelf doorslaggevend zouden moeten zijn. Als die gezichtspunten zich niet voordoen, is doorbreking in beginsel geïndiceerd, tenzij de gezichtspunten als (d) of de aangesprokene nog rekening hield met aansprakelijkstelling en (f) of er nog verzekeringsdekking bestond, samen in een andere richting wijzen. Gezichtspunten als (a) de aard van de schade, (b) in hoeverre uit anderen hoofde aanspraak op vergoeding bestaat en (c) de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten zijn, zo Smeehuijzen, daarentegen nauwelijks relevant.³⁸³ Een ander interessant kritiekpunt van Smeehuijzen op de leer van de Hoge Raad is overigens dat het gebruik van een dwingende gezichtspuntencatalogus zoals in *Van Hese/De Schelde* is voorgeschreven, de rechter tot doelredeneringen zou dwingen. Nu hij alle door de Hoge Raad genoemde omstandigheden in zijn beschouwing *moet* betrekken, zal hij er niet openlijk voor kunnen uitkomen dat één gezichtspunt in zichzelf voor hem al de doorslag geeft en de zijns inziens niet relevante omstandigheden moeten “wegschrijven”.

Een tweede kritiekpunt dat naar voren wordt gebracht, is dat soms niet goed zou zijn in te zien wat de relevantie voor de praktijk van bepaalde gezichtspunten zou zijn alsmede dat sommige gezichtspunten zo algemeen geformuleerd zijn, dat zij om die reden nauwelijks sturing geven. Hartlief wijst – als voorbeeld van dat laatste bezwaar – op een arrest van de Hoge Raad van 1 oktober 2010, waarin de vraag aan de orde was of bij letselschade een uitkering uit een sommenverzekering bij wege van voordeelstoerekening in mindering moet worden gebracht op de schadevergoeding. In dat verband formuleerde de Hoge Raad zes in aanmerking te nemen gezichtspunten, waarbij binnen die gezichtspunten – aldus Hartlief – bij herhaling de woorden “in het algemeen”, “in beginsel” of “kan” gebruikt worden, waarmee opnieuw vooral speelruimte voor rechters wordt gecreëerd althans de mogelijkheid van uitzonderingen wordt benadrukt zonder dat daarbij enig zicht op deze uitzonderingen wordt gegeven.³⁸⁴

Ook wordt wel opgemerkt dat het werken met gezichtspuntencatalogi niet bijdraagt aan de voorspelbaarheid van uitkomsten indien het gebruik daarvan niet hand in hand gaat met een goede motivering.³⁸⁵ Op zichzelf beschouwd zeggen

382 Zie voor kritiek op het arrest *Van Hese/De Schelde* ook W.H. van Boom, *Verjaring van mesotheliomclaims doorbroken*, A&V 2000/3-4, p. 64, die de door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten weinig onderscheidend en moeilijk hanteerbaar vindt en het formuleren van een *hard and fast rule* geprefereerd had.

383 Zie ook T. Hartlief, J. Hijman en H.J. Snijders, *Over verjaringsperikelen in de bemiddelingspraktijk van het Instituut Asbestslachtoffers*, NJB 2009, 1197.

384 Zie ook T. Hartlief, *Gezichtspunten, vingerwijzingen en vuistregels. Kan dat anders?*, NTBR 2011, 4. Zie ook HR 1 oktober 2010, JAR 2010/272.

385 J.P. Quist, *Kennelijk onredelijk ontslag: ook na Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed behoefte aan (meer) voorspelbaarheid en rechtszekerheid*, TAP 2010/2, p. 64/65.

gezichtspuntencatalogi niet veel over de vraag *waarom* deze in een bepaalde zaak tot een bepaalde uitkomst leiden indien dat laatste niet goed wordt gemotiveerd. Men kan het ook zo zeggen: een gezichtspuntencatalogus kan aanleiding geven tot een zekere intellectuele luiheid bij de lagere rechter. Zolang die maar in rechtsoverweging x de juiste gezichtspuntenmaatstaf overschrijft uit het meest recente relevante arrest van de Hoge Raad en vervolgens in rechtsoverweging x+1 beslist dat gelet op “alle omstandigheden van het geval en de hiervoor in rov. x genoemde gezichtspunten in deze zaak wordt gekomen tot afwijzing van de vordering”, is cassatie nog lang niet gemakkelijk. De juiste maatstaf is immers klaarblijkelijk gehanteerd – zodat een rechtsklacht moeilijk te formuleren is – terwijl steeds maar weer moet worden bezien met hoeveel welwillendheid de Hoge Raad een motiveringsklacht tegemoet treedt.

In dit verband valt nog eens te wijzen op de problematiek ten aanzien van de berekening van de schadevergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag. Daarvoor gold van oudsher al dat het daarbij aankwam op een weging van alle omstandigheden van het geval.³⁸⁶ In de lagere rechtspraak tot de arresten *Van der Grijp/Stam* en *Rutten/Breed* werd die maatstaf zeer vaak aldus toegepast dat, na uitvoerige beschouwingen over de vraag waarom sprake was van kennelijke onredelijkheid, vervolgens werd volstaan met een enkele regel ter motivering van de hoogte van de vergoeding, te weten de overweging dat “gelet op alle omstandigheden een bedrag van X passend voorkomt en zal worden toegekend.”³⁸⁷ Aan die vaste praktijk heeft de Hoge Raad met de zojuist genoemde arresten een einde gemaakt: hij onderstreepte daarin dat de rechter gehouden zal zijn duidelijk te motiveren hoe hij, in aanmerking genomen de tekortkoming die het ontslag kennelijk onredelijk maakt, die tekortkoming vertaalt naar de ter compensatie daarvan toegekende vergoeding.³⁸⁸ Er is sindsdien een duidelijke verschuiving waarneembaar waar het de kwaliteit van de motivering van beslissingen inzake de hoogte van de schadevergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag betreft.³⁸⁹

4.6.3 Kritiek op de gezichtspuntenrechtspraak en de dringende reden

In een interessante bijdrage uit 2007 heeft Quist uitvoerig geanalyseerd of de kritiek die zoal wordt geuit op de gezichtspuntenrechtspraak, ook opgaat bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet.³⁹⁰ Quist beantwoordt die vraag voor een

386 Zie HR 3 december 2004, NJ 2005, 119 en RAR 2005/2.

387 Voor voorbeelden van zo een magere motivering zie Hof Den Haag 7 januari 2005, LJN: AS6274, rov. 4 “Alle omstandigheden in aanmerking genomen acht het hof een bedrag van € 3.500,- bruto een billijke vergoeding”: Hof Leeuwarden 18 oktober 2006, JAR 2006/285; Hof Amsterdam 22 februari 2007, LJN: BA8349.

388 Buijs heeft er terecht op gewezen dat deze opdracht primair op het bordje van de procespartijen ligt, die immers de verantwoordelijkheid dragen voor de kwaliteit van het partijdebat, door invulling van hun stelplicht. D.J. Buijs, *Schadevergoeding na kennelijk onredelijk ontslag: hoe nu verder?* TRA 2010, 4; en D.J. Buijs, *De Hoge Raad en kennelijk onredelijk ontslag*, TAP 2010/5, p. 200.

389 Zie voor mooie voorbeelden: Hof Den Bosch 15 november 2011, LJN: BU5342 en Hof Den Bosch 18 oktober 2011, JAR 2011/296.

390 J.P. Quist, *De gezichtspuntencatalogus bij ontslag op staande voet: wordt de Hoge Raad op de voet gevolgd?*, ArA 2007/1, p. 4 e.v.

belangrijk deel bevestigend, zij het dat bepaalde algemene kritiekpunten zijns inziens niet opgaan bij de gezichtspuntencatalogus voor de dringende reden. Om met die uitzonderingen te beginnen, is Quist van mening dat niet gezegd kan worden dat de in het arrest *Schrijver/Van Essen* geformuleerde catalogus leidt tot rechterlijke doelredeneringen of de rechter dwingt om rekening te houden met omstandigheden waarvan de relevantie niet steeds valt in te zien. Quist wijst er in dit verband op dat – anders dan de gezichtspuntencatalogus uit het arrest *Van Hese/De Schelde* – de gezichtspuntencatalogus die de Hoge Raad ter zake van de dringende reden formuleerde, niet imperatief is. De rechter wordt niet gedwongen om bepaalde gezichtspunten altijd uitdrukkelijk in de beschouwing te betrekken, ook als die niet gesteld of relevant zijn, hetgeen kan leiden tot doelredeneringen en het “wegschrijven” van gezichtspunten die aan de door de rechter gewenste uitkomst in de weg staan.

Wel is Quist van mening dat de kritiek dat de *onderlinge rangorde* van gezichtspunten niet duidelijk is, ook geldt bij ontslag op staande voet. Zijns inziens geven de gezichtspunten zelf geen aanwijzing over het gewicht dat aan de verschillende omstandigheden moet worden toegekend. Quist vraagt zich daarbij overigens af of het überhaupt wenselijk is een bepaalde “vaste volgorde” aan te brengen in de gezichtspunten, omdat de rechter daarmee wellicht wel “heel erg in een keurslijf” geplaatst wordt.³⁹¹ Ook betoogt Quist dat, wanneer men naar de lagere rechtspraak kijkt, niet veel zekerheid bestaat omtrent de inhoud en betekenis van bepaalde gezichtspunten, waardoor de “voorspelbaarheid” van de dringende reden onder druk zou staan.³⁹² Hij noemt in dit verband de lengte van het dienstverband en de wijze waarop daaraan invulling is gegeven. De rechter zou volgens Quist veel beter moeten gaan motiveren wat de “onderlinge verhouding tussen de verschillende gezichtspunten is”.³⁹³ Het standpunt van Quist op dit laatste punt is mij evenwel niet geheel helder, aangezien hij elders in diezelfde bijdrage betoogt dat hij *geen* voorstander is van “het aangeven van de wijze waarop een bepaald gezichtspunt moet worden geïnterpreteerd, alsmede van de wijze waarop deze in de beoordeling moet worden betrokken. De vrijheid van de rechter (...) wordt dan te zeer beperkt.”³⁹⁴

De kritiek van Quist verbleekt bij de wijze waarop Hansma onlangs heeft gemeend de staf te moeten breken over de gezichtspuntenrechtspraak van de Hoge Raad. In zijn bijdrage aan de Grabandt-bundel laat hij zijn ijzeren vuist niet in de fluwelen handschoenen. In een annotatie op het in zijn woorden “afschuwelijke” arrest van de Hoge Raad van 17 december 2010, waarin de Hoge Raad besliste dat bij de beoordeling of een strafrechtelijke veroordeling wegens detentie een dringende reden oplevert geen vuistregel aanvaard kan worden van de strekking dat zo een veroordeling in beginsel een dringende reden vormt, maar slechts de *guidance* van *Schrijver/Van Essen*

391 J.P. Quist, De gezichtspuntencatalogus bij ontslag op staande voet: wordt de Hoge Raad op de voet gevolgd?, ArA 2007/1, p. 43/44.

392 J.P. Quist, De gezichtspuntencatalogus bij ontslag op staande voet: wordt de Hoge Raad op de voet gevolgd?, ArA 2007/1, p. 45/46.

393 J.P. Quist, De gezichtspuntencatalogus bij ontslag op staande voet: wordt de Hoge Raad op de voet gevolgd?, ArA 2007/1, p. 42, eerste alinea.

394 J.P. Quist, De gezichtspuntencatalogus bij ontslag op staande voet: wordt de Hoge Raad op de voet gevolgd?, ArA 2007/1, p. 44.

heeft te gelden, geeft Hansma aan dat hij “helemaal niks” heeft met gezichtspunten-catalogi. Ze geven veel te weinig duiding en maken het recht daardoor onvoorspelbaar. “Nee”, zo vervolgt Hansma, “het is nog erger:” een slimme rechter kan de gezichtspunten simpelweg gebruiken om al doelredenerend naar zijn dictum toe te overwegen.³⁹⁵

Ik deel de kritiek van Quist en Hansma maar in zeer beperkte mate.

4.6.4 Evaluatie; onzekerheid troef of toch een rangorde en voldoende duidelijkheid?

4.6.4.1 Wel een rangorde!

Anders dan Quist, ben ik van mening dat goed verdedigbaar is dat de rechtspraak van de Hoge Raad, wanneer men aan *close reading* daarvan doet, wel degelijk aldus begrepen moet worden dat er een bepaalde rangorde is in de door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten. Anders gezegd: de wijze waarop de Hoge Raad de gezichtspunten-catalogus heeft geformuleerd, leidt ertoe dat deze aldus kan worden begrepen dat niet alle gezichtspunten hetzelfde gewicht in de schaal leggen en dat, wanneer men zó naar de gezichtspunten-catalogus kijkt, deze aan voorspelbaarheid wint. Die rangorde blijkt vervolgens ook steun te vinden in de lagere rechtspraak. Ter toelichting diene het navolgende.

Om aan de zojuist genoemde *close reading* te doen, lijkt het zinvol om allereerst de maatstaf zoals de Hoge Raad deze in 1999 formuleerde nog eens in herinnering te roepen. Die maatstaf luidt, als gezegd, als volgt:

“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.

³⁹⁵ Zie R. Hansma, Weer een arrest dat schoffeert, in: M.J.M.T. Keulaerds, J.P. Heering, R.P.J.L. Tjittes (red.), *Veelzijdig in cassatie*, Den Haag, 2012, p. 143 e.v. De opvallend ongenueanceerde en onverzoenlijke toonzetting waarop Hansma in zijn stuk van leer meent te moeten trekken tegen de Hoge Raad – die zou met “een schandalige uitspraak” die “schoffeert” “zijn handen in onschuld wassen” – is naar mijn *humble opinion* op zijn minst ongelukkig. Hij doet noch recht aan de uitspraak waartoe de Hoge Raad kwam, noch aan de wijze waarop degene aan wie die bundel is opgedragen zich naar mijn ervaring altijd in procedures bij de Hoge Raad opstelde, te weten: als *gentleman*. De auteur had hier wellicht meer terughoudendheid gepast, zeker nu de door hem gewraakte uitspraak van de Hoge Raad een zaak betrof waarin hij nota bene zelf de ontslagbrief schreef en zijn/ABN AMRO's beslissing tot ontslag op staande voet vervolgens in drie instanties werd gekraakt. Zijn opwindende over de uitspraak van de Hoge Raad – waarin het ging om een ontslag op staande voet van een werknemer die was veroordeeld voor een vreselijke vorm van kindermisbruik – ziet er bovendien aan voorbij dat in casu niet de vraag voorlag (i) of die werknemer daarvoor strafrechtelijk gesanctioneerd moest worden – die vraag was al bevestigend beantwoord – maar (ii) of die straf ook een dringende reden voor ontslag oplevert.

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.”
Cursiveringen SFS

(Her)bezieet men deze overweging, dan valt op dat de Hoge Raad erop wijst dat in het kader van de weging van de omstandigheden van het geval een onderscheid wordt gemaakt tussen datgene wat *in de eerste plaats* meeweegt, en omstandigheden die *verder* nog in de beschouwing betrokken moeten worden. Dat duidt erop dat de aard en de ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt, het *belangrijkste* gezichtspunt in de weging is. Wat het zwaarst weegt, staat voorop. Deze gedachte wint aan kracht wanneer men de Van Dale's groot woordenboek van de Nederlandse taal naslaat op de betekenis van het begrip “in of op de eerste plaats”. Die term wordt, zo dat woordenboek, “gebezigd om aan te wijzen wat het meest de aandacht verdient”. Na het “op de eerste plaats” in aanmerking te nemen gezichtspunt volgen omstandigheden die weliswaar ook van groot belang zijn, maar toch van minder belang dan het eerste gezichtspunt.³⁹⁶ Zij vallen in de categorie “verder” van belang, een begrip waarin in zichzelf beschouwd ook tot op zekere hoogte een verwijzing zit ingebakken dat die omstandigheden weliswaar relevant zijn, maar toch wat *verder* af staan van de kern van de zaak. Die gezichtspunten die “verder” van belang zijn, zijn op hun beurt ook weer te onderscheiden. De eerste twee na de aard en de ernst van de dringende reden te onderscheiden gezichtspunten hebben beide rechtstreeks te maken met de dienstbetrekking. Het gaat daarbij immers, nevenschikkend, om “de aard van de *dienstbetrekking*” en om “de duur *daarvan* en de wijze waarop de werknemer *die dienstbetrekking* heeft vervuld”. Pas helemaal aan het einde van de opsomming worden de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals zijn leeftijd en de gevolgen van het ontslag, genoemd, waarbij de Hoge Raad zich haast er *alleen ten aanzien van dat laatste gezichtspunt* aan toe te voegen dat ook wanneer *dat* gezichtspunt duidelijk wijst op het niet aannemen van een dringende reden, zulks niet aan het aannemen van een dringende reden in de weg behoeft te staan. Dat duidt erop dat de Hoge Raad dat gezichtspunt – de persoonlijke omstandigheden – toch weer van een andere, in zijn algemeenheid net weer iets minder gewichtige aard vindt dan de twee *rechtstreeks* met de dienstbetrekking samenhangende gezichtspunten die volgen op de aard en de ernst van hetgeen de werkgever als ontslaggrond aanmerkt. Kort en goed: verdedigbaar is dat de leer van de Hoge Raad zo moet worden begrepen dat naarmate gezichtspunten/omstandigheden verder verwijderd zijn van het dienstverband, daarbij in de weging wat minder gewicht toekomt.³⁹⁷ Dit sluit aan bij de hiervoor

396 Deze lezing sluit tot op zekere hoogte aan bij de opvatting van Van den Heuvel dat het bij de vraag naar de dringendheid “in de eerste plaats” gaat om de vraag “hoe ernstig” de ontslaggrond is. Zie L.H. van den Heuvel, De redelijkheidstoetsing van ontslagen, in C.J. Loonstra (red.), *De onderneming en het arbeidsrecht in de 21^e eeuw*, Den Haag, 2000, p. 272.

397 Vgl. Ktr. Maastricht 23 november 2011, RAR 2012/32, waarin de Kantonrechter tracht te komen tot een zekere rangorde in de omstandigheden die meewegen bij de beoordeling of sprake is van kennelijk onredelijk ontslag. Zie in dit verband met name rov. 2.7 waarin de Kantonrechter interessante bespiegelingen wijdt aan het feit dat ook in andere gezichtspuntencatalogi – zoals bij de vraag of, gelet op de zogenaamde “Spijkers-factoren”, sprake is van overgang van onderneming – ook met een zekere gelaagdheid wordt gewerkt.

onder 4.5.5.3 bereikte conclusie dat *binnen* het gezichtspunt van de persoonlijke omstandigheden weer minder gewicht toekomt aan de persoonlijke omstandigheden naarmate deze minder arbeids(overeenkomst)gerelateerd zijn. We zagen daar dat strikt in de privé-sfeer gelegen feiten en omstandigheden, waaraan de werkgever part noch deel heeft, weliswaar kunnen meewegen, maar dat daarvan in het algemeen minder gewicht uitgaat dan aan de arbeids(overeenkomst)gerelateerde persoonlijke omstandigheden.

Dat alles leidt ertoe dat het beeld ontstaat dat het belangrijkste kerngezichtspunt, waarmee iedere weging begint en dat binnen die weging het zwaarste drukt, is gelegen in de aard en de ernst van de gedraging. Dat dat het voornaamste gezichtspunt vormt, ligt ook in die zin in de rede, dat dat de directe aanleiding is voor het ontslag. Het is de tekortkoming van de werknemer waar het allemaal om draait. Daar om heen bevindt zich een “schil” van iets minder belangrijke, maar nog steeds gewichtige wegingsfactoren die rechtstreeks verband houden met het dienstverband en dus de arbeids(rechtelijke)context vormen waarbinnen de aard en de ernst van de gedraging beoordeeld moet worden en waarvan die gedraging niet los kan worden gezien. Verder verwijderd van die kern zijn de persoonlijke omstandigheden, die dus nog steeds gewicht in de schaal kunnen leggen, maar wel weer wat minder dan de tweede categorie. Hoewel gelet op de formulering die de Hoge Raad in het arrest *Schrijver/Van Essen* koos, goed verdedigbaar is, dat deze benadering is wat de Hoge Raad voor ogen stond, zou de in dat arrest geformuleerde maatstaf – die nadien zo vaak herhaald is – met een paar ondergeschikte aanpassingen van redactionele aard die gelaagde structuur nog wat geprononceerder tot uitdrukking kunnen brengen.

Is voor deze lezing in de lagere rechtspraak steun te vinden? Ik zou menen dat dat, tot op zekere hoogte, inderdaad het geval is. Bezieet men de lagere rechtspraak, dan vindt de hiervoor bepleite gedachte dat de aard en de ernst van de gedraging/handeling/eigenschap van de werknemer die de directe aanleiding is voor het ontslag, relatief het meest gewichtige gezichtspunt in de catalogus is, daarin in die zin steun dat er duidelijke lijnen zijn te ontwaren in die rechtspraak ter zake van gedrag dat in beginsel wel en in beginsel geen dringende reden vormt.³⁹⁸ Dat bevestigt dat bij veel gedragingen het eerste gezichtspunt al zo veel gewicht in de schaal legt in de ene of de andere richting, dat een nadere weging aan de hand van de overige omstandigheden niet snel meer tot een van die richting afwijkende uitkomst leidt. Een mooi voorbeeld daarvan wordt gevormd door gedragingen als fraude en diefstal en ernstige mishandeling op de werkvloer. Zulke gedragingen vormen naar hiervoor onder 4.5.2.2 is aangegeven, naar hun aard vrijwel steeds een dringende reden, tenzij er sprake is van daadwerkelijk bijzondere omstandigheden die tot een uitzondering op de regel nopen. Of, zoals het Gerechtshof te Leeuwarden het in een uitspraak uit 2008 – met juistheid – uitdrukte:

“Diefstal of verduistering door een werknemer van eigendommen van een werkgever levert in beginsel een dringende reden op. De werknemer die eigendommen van zijn werkgever

³⁹⁸ Zie S.F. Sagel en E. Verhulp, *Onzekere tijden voor het ontslag op staande voet*, in: S.F. Sagel en E. Verhulp (red.), *Voor De Laet: de Hoge Raad, Reeks VvA 34*, Deventer 2005, p. 88.

steelt of verduistert, maakt ernstig inbreuk op het voor het voortbestaan van een arbeids-overeenkomst noodzakelijke basisvertrouwen tussen partijen. Bij een dergelijke schending van het vertrouwen door de werknemer kan van de werkgever in beginsel niet gevergd worden dat hij de arbeidsovereenkomst laat voortduren. In beginsel, omdat *bijzondere omstandigheden* (...) een ander oordeel kunnen wettigen.”³⁹⁹

Zelfs een lang dienstverband of een hoge leeftijd zal voor de werknemer dan geen veilige haven bieden. Aan de andere kant zijn er ook gedragingen die, behoudens bijzondere omstandigheden, geen dringende reden zullen opleveren. Daarbij valt te denken aan het privé-gebruik van internet op de werkplek zonder dat sprake is van een code die dat verbiedt. Zelfs indien het internet wordt gebruikt om pornografisch materiaal te bekijken, wordt dat in zijn algemeenheid in de lagere rechtspraak niet als dringende reden aangemerkt.⁴⁰⁰ Hetzelfde geldt voor, om maar wat te noemen, incidenteel te laat komen of voor het missen van de geschiktheid om het werk te doen.⁴⁰¹ Beide kunnen slechts onder bijzondere verzwarende omstandigheden als dringende reden worden aangemerkt.

De gedachte dat er een zekere *rangorde* zit in de gezichtspunten en wel in die zin dat, naarmate een gezichtspunt verder verwijderd is van het arbeidsrechtelijke verwijt dat de werknemer wordt gemaakt, daaraan minder gewicht toekomt, vindt ook in die zin steun in de lagere rechtspraak dat – zoals wij hiervoor onder 4.5.5 zagen – de persoonlijke omstandigheden van de werknemer minder zwaar lijken te gaan wegen naarmate zij verder van de arbeidsovereenkomst verwijderd zijn. Arbeidsgerelateerde persoonlijke omstandigheden zijn van meer gewicht dan volstrekt in de privé-sfeer gelegen omstandigheden.

Anders dan Quist ben ik van mening dat er dus wel degelijk een zekere rangorde zit in de door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten. Het is overigens niet zo dat het daarbij gaat om een mathematisch te berekenen, steeds gelijk, verschil in gewicht. Niet gezegd kan worden dat de aard en de ernst van de gedraging steeds voor drie telt, de gezichtspunten uit de tweede categorie voor twee en eventuele persoonlijke omstandigheden voor één. Tot zo een simpele optelsom kan een billijkheidsoordeel als het antwoord op de vraag of zich een dringende reden voordoet, niet worden gereduceerd, of wellicht beter nog: gedegradieerd. Maar dat laat onverlet dat de hier bedoelde rangorde wel degelijk van nut is bij, en richting kan geven aan de gedachtevorming omtrent het bestaan van een dringende reden in het individuele geval. Ik denk dat die rangorde een nuttig handvat biedt bij de oordeelsvorming; het noopt de rechter om zich te concentreren op de kern van de zaak en *van daaruit* te bezien of de overige schillen veeleer een bevestiging van het daaruit volgende *voorlopige* oordeel of een afwijking daarvan gerechtvaardigd laten zijn. Dat de rechter door de hier genoemde rangorde te zeer in een keurslijf wordt geplaatst, zoals Quist – die overigens, anders dan ik, van mening is dat zo een rangorde thans niet bestaat – meent, geloof ik niet.⁴⁰² Er is immers geen sprake van dat het eerste gezichtspunt – de

399 Hof Leeuwarden 6 augustus 2008, LJN: BD9892 (rov. 14); cursivering toegevoegd, SFS.

400 Zie hiervoor onder 4.5.2.2.

401 Zie eveneens hiervoor onder 4.5.2.2.

402 J.P. Quist, p. 43, tweede alinea.

aard en de ernst van de gedraging – altijd doorslaggevend zou zijn; ook het belangrijkste gezichtspunt kan wijken wanneer een aantal andere gezichtspunten, uit de “tweede” of “derde” categorie dat meebrengen.

4.6.4.2 *De betekenis van de gezichtspunten is voldoende duidelijk*

Quist merkt ten tweede op dat de inhoud en betekenis van veel van de gezichtspunten die de Hoge Raad heeft geformuleerd voor de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, niet duidelijk zouden zijn, hetgeen afbreuk zou doen aan de door het opstellen van die gezichtspunten beoogde toename van de rechtszekerheid. Het zal, gelet op de uitvoerige bespiegelingen die ik onder 4.5.2 tot en met 4.5.5 heb gewijd aan een bespreking van de door de Hoge Raad genoemde “omstandigheden van het geval”, niet verbazen dat ik die analyse niet deel. Uit die bespreking komt voor mij bepaald niet het beeld naar voren dat de betekenis en inhoud van de verschillende gezichtspunten onduidelijk zouden zijn. Er zijn wel degelijk duidelijke lijnen te ontwaren ten aanzien van die betekenis, zowel in de rechtspraak van de Hoge Raad als in de lagere rechtspraak. Zonder in herhaling te willen vallen, zij hier gewezen op het grote belang van waarschuwingen en gedragsregels bij de beoordeling van de ernst van de gedraging (zie hiervoor onder 4.5.2.3 e.v.), op het verzachtende effect dat de lengte van het dienstverband kan hebben in combinatie met de wijze waarop daaraan invulling is gegeven (zie hiervoor onder 4.5.4.2), alsmede op het grote gewicht dat, binnen het gezichtspunt “aard van het dienstverband”, toekomt aan vertrouwens- en (leidinggevende) voorbeeldfuncties (zie hiervoor onder 4.5.3).⁴⁰³ Ook met betrekking tot het pas in 1999 door de Hoge Raad geïntroduceerde gezichtspunt ten aanzien van de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, biedt de rechtspraak nu al duidelijke lijnen, naar hiervoor onder 4.5.5 uiteen werd gezet. Arbeidsgerelateerde persoonlijke omstandigheden wegen zwaarder dan strikt in de privé-sfeer gelegen feiten en daarnaast kent de lagere rechtspraak (al) bepaalde duidelijke lijnen ter zake van privé-omstandigheden die vaak veel gewicht in de schaal leggen – zoals een verstandelijke of lichamelijke beperking – en privé-omstandigheden die dat in beginsel in mindere mate doen, zoals “reguliere” tegenslag in het menselijk bestaan, waarmee een ieder – helaas – op enig moment te maken krijgt, zoals het overlijden van een naaste.

Maar ook wanneer men de onderbouwing die Quist voor zijn stelling geeft, aan een nadere beschouwing onderwerpt, overtuigt deze niet. Dat kan als volgt worden toegelicht. Quist illustreert zijn stelling dat de inhoud van de gezichtspunten niet duidelijk zou zijn, aan de hand van het voorbeeld van (het gezichtspunt) “de wijze waarop de werknemer invulling heeft gegeven aan de arbeidsovereenkomst”. Quist heeft voor zijn bijdrage 100 gepubliceerde uitspraken onderzocht over de periode 1999-2006, gepubliceerd op rechtspraak.nl en in het tijdschrift *Jurisprudentie Arbeidsrecht* (JAR). Hij constateert dan vervolgens dat in 30 gevallen aandacht is

⁴⁰³ Dat de lagere rechtspraak duidelijke lijnen kent ter zake van de betekenis van het gezichtspunt “aard van de dienstbetrekking” in die zin dat “werknemers met een hoge functie en werknemers die (veel) vertrouwen van de werkgever genieten, op hun tellen moeten passen” wordt door Quist overigens gedeeld. Zie J.P. Quist, *De gezichtspuntencatalogus bij ontslag op staande voet: wordt de Hoge Raad op de voet gevolgd?*, *ArA* 2007/1, p. 43 en 45.

besteed aan de wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld. Hij onderzoekt daarna op basis van (niet meer dan) die dertig uitspraken of “onbesproken functioneren bijdraagt aan het oordeel dat sprake is van een dringende reden en andersom of het feit dat geen sprake is van onbesproken vervulling van de dienstbetrekking bijdraagt tot het oordeel dat wel een dringende reden moet worden aangenomen.” Ter beantwoording van die vraag kijkt Quist enerzijds naar de uitkomst van de procedure – is er wel of geen dringende reden aangenomen? – en anderzijds naar de vraag of wel of niet sprake is van onbesproken vervulling van de dienstbetrekking. Hij constateert vervolgens dat in tien uitspraken werd geoordeeld dat sprake was van onbesproken dienstvervulling en dat geen dringende reden kon worden aangenomen, terwijl in tien gevallen ondanks een onbesproken dienstvervulling, wel een dringende reden werd aangenomen. Aan de andere kant werd wel een dringende reden aangenomen in zes zaken waarin van onbesproken dienstvervulling door de werknemer geen sprake was. In vier zaken werd daarentegen terwijl van onbesproken functioneren geen sprake was, toch geen dringende reden aangenomen. Welke lering trekt Quist hieruit? Hij concludeert dat het “dus niet zo is dat, indien sprake is van onbesproken dienstvervulling, dit eerder tot de gevolgtrekking leidt dat geen sprake is van een dringende reden en dat indien geen sprake is van een onbesproken dienstvervulling een dringende reden eerder wordt aangenomen.” De aantallen uitspraken zijn, zo Quist, vrij gelijkmatig over de vier categorieën verdeeld, hetgeen hem er toe brengt te concluderen dat de rechtspraak niet erg voorspelbaar is op dit punt.

De zwakte van de redenering van Quist – nog daargelaten dat men zich kan afvragen hoe representatief zijn steekproef van 30 uitspraken is – is dat hij het effect van het gezichtspunt “wijze waarop het dienstverband is vervuld” *geïsoleerd* beschouwd, dat wil zeggen: los van de overige omstandigheden van het geval, afzet tegen de inhoud van het rechterlijk eindoordeel, te weten wél of geen dringende reden. Daarmee wordt een misleidend beeld geschapen, juist omdat de weging van de omstandigheden van het geval niet los van elkaar gezien kan worden. Anders gezegd: ook in de door Quist genoemde gevallen waarin ondanks een vlekkeloze staat van dienst een dringende reden werd aangenomen, kan – en vermoedelijk: zal – die staat van dienst wel degelijk een verzachtend effect in de weging van de rechter hebben gehad, maar – gelet op de overige omstandigheden – onvoldoende om af te doen aan het bestaan van een dringende reden. Dat betekent dat de gevallen waarin ondanks zo een onberispelijk dienstverband wel een dringende reden is aangenomen niet zo eenvoudig of, zo men wil: “rekenkundig”, als Quist dat doet, kunnen worden aangemerkt als aanwijzing dat een onberispelijk dienstverband geen voor de werknemer positief effect in de weging heeft. Sterker nog; beziet men de door hem aangehaalde uitspraken waarin ondanks een vlekkeloos dienstverband een dringende reden werd aangenomen – de gevallen dus waaruit Quist afleidt dat de lagere rechtspraak niet voorspelbaar is bij de invulling van het desbetreffende gezichtspunt – dan blijkt het tegendeel.⁴⁰⁴ Wat dan blijkt is dat rechters zich wel degelijk hebben gerealiseerd dat in het licht van het goede functioneren in het verleden, de aard en de ernst van de gedraging bijzonder zwaarwegend moet zijn wil toch een dringende reden kunnen

404 Aangehaald in voetnoot 90 van de bijdrage van Quist.

worden aangenomen. Te wijzen valt in dit verband op een door Quist aangehaalde uitspraak van de Kantonrechter Zwolle uit 2003, waarin sprake was van zeer ernstige misdragingen op een personeelsfeest gepleegd door een klaarblijkelijk vaktechnisch uitmuntend betonvlechter. Hij had zich, na overvloedige inname van alcoholica, op dat feest schuldig gemaakt aan wangedrag variërend van het ten val brengen van steltlopers, het “onbevoegd bedienen van de geluidsapparatuur”, het “fysiek bejegenen van een leidinggevende” en in het kruis betasten van een vrouwelijke collega, tot het urineren tegen een tafel in de danszaal.⁴⁰⁵ De Kantonrechter overwoog hier dat ondanks dat voordien van goed functioneren sprake was, “hetgeen tijdens het personeelsfeest is voorgevallen van zodanige aard was” dat de werkgever zich op het standpunt kon stellen dat aan de vereiste “zeer hoge eisen van dringendheid” voldaan was. Anders gezegd: weliswaar had het eerdere functioneren een verzachtend effect, maar niet voldoende om het volstreekte uit de band springen tijdens de personeelsfeest te compenseren.⁴⁰⁶ De uitspraak vormt daarmee veeleer een bevestiging voor de inhoud en betekenis/het verzachtende effect van goed functioneren in het verleden, dan een aanwijzing dat dat gezichtspunt geen duidelijke rol speelt. Wat Quist miskent is dat een gezichtspunt een duidelijke “werknemersvriendelijke” dat wil zeggen: verzachtende betekenis kan hebben in de afweging of zich een dringende reden voordoet, ook als het eindresultaat van de weging niet steeds in het voordeel van de werknemer uitpakt.

4.6.4.3 Overige bezwaren tegen gezichtspuntencatalogi in het algemeen in relatie tot het Schrijver/Van Essen-criterium

Zoals hiervoor onder 4.6.2 is aangegeven, zijn de belangrijkste kritiekpunten die in de literatuur ten aanzien van het formuleren van gezichtspuntencatalogi door de Hoge Raad naar voren worden gebracht (i) dat vaak geen rangorde in de te wegen gezichtspunten wordt aangebracht en (ii) dat de betekenis van de verschillende gezichtspunten zo vaag is dat de praktijk daarmee niet uit de voeten kan. Door een en ander zouden de gezichtspuntencatalogi van de Hoge Raad weinig *guidance* bieden en zelfs contraproductief zijn. Ik deel die kritiek, zoals hiervoor gezegd, niet waar het de gezichtspuntencatalogus met betrekking tot de dringende reden betreft: er is wel degelijk een zekere rangorde in de gezichtspunten die de Hoge Raad noemt en de inhoud van die gezichtspunten en de betekenis die daaraan in de rechtspraak toekomt, zijn voldoende duidelijk. Daarmee wordt, tot slot, toegekomen aan de vraag

⁴⁰⁵ Ktr. Zwolle 2 september 2003, JAR 2003/219.

⁴⁰⁶ Zie in die zin ook Vzgr. Rb. Maastricht 6 april 2005, JAR 2005/108, een andere uitspraak waaruit door Quist ten onrechte wordt afgeleid dat de wijze waarop de werknemer heeft gefunctioneerd niet eenduidig doorwerkt in de weging, omdat de rechter tot het eindoordeel komt dat wel sprake is van een dringende reden. De rechter overweegt hier immers dat het ontvreemden van een poststempel (en het daarmee afstempelen van privé post) door een postmedewerker zodanig ernstig is dat deze “het langjarige dienstverband van de werknemer en diens overigens goede functioneren *ten spijt*” wel een dringende reden oplevert. Uit die cursief weergegeven woorden blijkt ook dat de rechter wel degelijk van mening is dat die omstandigheden verzachtend zijn, maar niet voldoende om aan het eindoordeel “dringende reden” af te doen.

in hoeverre de overige kritiekpunten die in de literatuur wel zijn ingebracht tegen gezichtspuntencatalogi, de gezichtspuntenrechtspraak ter zake van de dringende reden raakt.

In dat verband valt allereerst het kritiekpunt te bespreken dat gezichtspunten-catalogi kunnen nopen tot doelredeneringen. Wanneer sprake is van een imperatieve gezichtspunten-catalogus die van de rechter eist dat hij *alle* door de Hoge Raad genoemde omstandigheden in zijn beschouwing *moet* betrekken, zal de rechter er niet openlijk voor kunnen uitkomen dat één gezichtspunt in zichzelf voor hem al de doorslag geeft en de zijns inziens niet relevante omstandigheden moeten “weg-schrijven”. Dit kritiekpunt raakt de gezichtspunten-catalogus inzake de dringende reden niet, en wel omdat die catalogus niet imperatief is in die zin dat de rechter alleen met die omstandigheden rekening moet houden die partijen hem hebben voorgehouden. Met wel in de catalogus genoemde, maar niet door de partijen in hun rechtsstrijd betrokken argumenten behoeft de rechter niet ambtshalve rekening te houden. De Hoge Raad besliste dat in zijn arrest in de zaak *Wennekes Lederwaren*, waarin – op dit punt – als volgt werd overwogen:⁴⁰⁷

“3.6. Onderdeel 4 klaagt dat de Rechtbank noch in rov. 5.7 van haar tussenvonnis noch in rov. 8 van haar eindvonnis aandacht heeft besteed aan de persoonlijke omstandigheden van L, zoals haar leeftijd, de duur van de arbeidsverhouding e.d. Het onderdeel faalt, aangezien L noch in eerste aanleg noch in hoger beroep heeft aangevoerd dat de verduistering, zo deze zou komen vast te staan, gelet op de overige omstandigheden van het geval geen dringende reden zou opleveren. De Rechtbank was niet gehouden ambtshalve te onderzoeken of met betrekking tot L omstandigheden bestonden, die tot dit oordeel zouden kunnen leiden.”

Van een keurslijf voor de rechter, dat dwingt tot geforceerde doelredeneringen is dus geen sprake. Sterker nog: gelet op het bepaalde in art. 24 Rv. *mag* de rechter bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, zelfs niet eens rekening houden met niet door partijen naar voren gebrachte feiten.⁴⁰⁸ Doet hij dat wel, dan treedt hij buiten de grenzen van de rechtsstrijd. Wordt door de appelrechter met bepaalde omstandigheden geen rekening gehouden bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, dan zal een cassatieklacht te dien aanzien slechts kansrijk zijn als het middel aangeeft waar die stelling in feitelijke instanties is betrokken.⁴⁰⁹ In cassatie kunnen zulke, voor het oordeel of sprake is van een dringende reden mogelijk relevante feiten namelijk niet voor het eerst aangevoerd worden.

Een ander kritiekpunt dat wel naar voren is gebracht tegen het hanteren van gezichtspunten-catalogi, is het risico op verstarring van de rechtsontwikkeling. Omdat rechters zich gedwongen zouden voelen te focussen op de door de Hoge Raad

⁴⁰⁷ Zie HR 27 april 2001, JAR 2001/95.

⁴⁰⁸ Zie in die zin J.P. Quist, Procesrechtelijke aspecten van de gezichtspuntenrechtspraak bij ontslag op staande voet, SR 2007, 63.

⁴⁰⁹ Zie voor een zaak waarin het cassatiemiddel daarop stukliep: HR 30 september 2011, LJN: BR5060, conclusie A.-G. Rank-Berenschot onder 3.7.

genoemde gezichtspunten, zouden mogelijke andere relevante gezichtspunten uit het zicht raken. Ik geloof daar – en ben het op dat punt wél met Quist eens – niet zo in.⁴¹⁰ De door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspuntencatalogus is niet limitatief van aard – hetgeen al blijkt uit het feit dat volgens die catalogus met *alle* (aangevoerde) omstandigheden van het geval rekening gehouden moet worden, zodat de door de Hoge Raad genoemde zeker niet uitputtend bedoeld zijn. Daarbij komt dat, wanneer men de lagere rechtspraak beziet, bij de beoordeling van ontslagen op staande voet terdege ook met andere omstandigheden rekening wordt gehouden dan alleen de door de Hoge Raad in de gezichtspuntencatalogus expliciet genoemde.

Zo ziet men in die rechtspraak als niet onbelangrijk gezichtspunt terugkeren de vraag in hoeverre het aannemen van een dringende reden zich verhoudt tot de norm van goed werkgeverschap en langs die band in de arbeidsovereenkomst doorwerkende rechtsbeginselen. Ik kom daarop hierna onder 4.7.6 nog uitvoerig terug. Ook daarnaast lijken de door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten niet verstarrend te werken, en worden in de lagere rechtspraak ook wel andere gezichtspunten dan alleen de door de Hoge Raad uitdrukkelijk genoemde meegewogen, zoals – in het verlengde van de aard van de functie – ook wel de aard van de onderneming van de werkgever.⁴¹¹ Zou er al een verstarrend effect uitgaan van de gezichtspunten bij de dringende reden, dan treft dat verwijt overigens niet in de eerste plaats de rechterlijke macht, maar ook – of wellicht: juist – de rechtshulpverleners. De rechter moet het immers doen met de feiten en omstandigheden die hem worden voorgehouden. Voor de stelling dat rechters niet bereid zouden zijn om andere omstandigheden dan de door de Hoge Raad *expressis verbis* genoemde ook in de afweging te betrekken, biedt de lagere rechtspraak geen begin van steun. Zou dat in een bepaald geval anders zijn, dan zou die uitspraak bloot staan aan vernietiging in cassatie, juist omdat bij de beoordeling wel degelijk met alle relevante omstandigheden rekening gehouden moet worden. Reeds in de *eerste* dringende reden-zaak die na het arrest van 12 februari 1999 waarin de gezichtspuntencatalogus in zijn huidige vorm werd geformuleerd, de Hoge Raad haalde – te weten de zaak *Prins/Hema* – vernietigde de Hoge Raad mede omdat de Rechtbank in die zaak had verzuimd als omstandigheid van het geval mee te nemen dat het gewraakte vergrijp bestaande in het zonder betaling meenemen van twee flessen motorolie “heeft plaatsgevonden op wat (...) in

410 Zie J.P. Quist, De gezichtspuntencatalogus bij ontslag op staande voet: wordt de Hoge Raad op de voet gevolgd?, ArA 2007/1, p. 45.

411 Zie daarover hiervoor onder 4.5.3.2 alsmede, bijvoorbeeld, Ktr. Dordrecht 26 oktober 2006, RAR 2007/21 (juist van een professionele rechtshulpverlener als een advocaat mag verwacht worden dat hij procedureel zorgvuldig handelt alvorens hij disfunctioneren als dringende reden aanmerkt). Zie ook HR 14 oktober 2007, JAR 2007/250, waarin de Hoge Raad, het oordeel dat drugsgebruik in de privé-sfeer in combinatie met de weigering een afkickprogramma te volgen als dringende reden volgde, juist gelet op de aard van de onderneming – een *high end* luxe hotel – niet onbegrijpelijk achtte. Zie in deze zin ook Verhulp in zijn noot onder NJ 2011, 351, die daar met juistheid opmerkt dat ook andere omstandigheden dan de door de Hoge Raad genoemde kunnen “worden bedacht die in dit geval van belang zouden zijn, zoals de grootte van de werkgever en de professionaliteit van de organisatie, alsmede de functie en het functieniveau van de werknemer.” Zie echter ook: noot Stein onder HR 1 juli 1976, NJ 1977, 65 (inzake de omvang van de onderneming in de beoordeling of sprake is van een dringende reden).

feite de laatste werkdag van P. was.”⁴¹² Dat feit – dat een vergrijp op de laatste werkdag van een werknemer wordt gepleegd – valt naar mijn idee niet te scharen onder één van de gezichtspunten die in het arrest van 12 februari 1999 werden genoemd, ook niet onder de aard en de ernst van de gedraging. Niet valt immers in te zien waarom diefstal op een laatste werkdag minder ernstig zou zijn dan op de voorlaatste of op de eerste. Toch achtte de Hoge Raad die omstandigheid, begrijpelijkerwijs, niet irrelevant. Dat de werknemer toch niet meer terug zou komen op het werk, bracht immers wel mee dat de werkgever niet genoopt was tot ontslag om te voorkomen dat voor herhaling door deze werknemer gevreesd behoeft te worden. Daarmee bevestigt dat arrest hoe de Hoge Raad zijn eigen gezichtspuntencatalogus ziet; te weten als richtsnoer, maar niet als limitatieve opsomming.

Een laatste kritiekpunt dat, naar hiervoor onder 4.6.2 is beschreven, wel eens wordt aangevoerd tegen het formuleren van gezichtspuntencatalogi, is dat rechters daardoor zouden worden uitgelokt tot “intellectuele luiheid”. Zolang de rechter maar in rov. 1 de algemene gezichtspuntennorm uit één van de relevante arresten heeft overgeschreven (in dit digitale tijdperk beter: *ge-copy/paste*) zou hij vervolgens in rov. 2 kunnen volstaan met (niet veel meer dan) de beschouwing dat “in het licht van de maatstaf als verwoord in rov. 1, gelet op alle omstandigheden van het geval, geen sprake is van een dringende reden”. Dat is, zo zou ik durven beweren, absoluut niet wat de Hoge Raad voor ogen staat. Uit de beschouwingen die hiervoor onder 4.3.3.5 gewijd zijn aan de motiveringseisen die de Hoge Raad stelt, blijkt duidelijk dat de Hoge Raad verlangt dat rechters de afweging inzake de dringende reden gedegen motiveren en daarin daadwerkelijk op kenbare wijze rekening houden met de gestelde feiten en omstandigheden.⁴¹³ De motiveringslat ter zake van de dringende reden ligt hoog en “sjabloonmatige” motiveringen waarin niet meer wordt gedaan dan verwijzen naar de omstandigheden van het geval, volstaan in dat licht bezien dan ook niet. Overziet men het veld van de lagere rechtspraak, dan valt wel op dat de motivering die feitenrechters aan hun beslissing inzake de dringende reden geven, nogal uiteenloopt. Er zijn uitspraken waarin daadwerkelijk inzage wordt geboden in de gedachtegang die de rechter heeft gevolgd, waarin daadwerkelijk wordt uitgelegd waarom een beslissing zo uitvalt als hij uitvalt; maar daar staan – helaas – ook uitspraken tegenover die die lat, soms: bij lange na, niet halen. Ik geloof er evenwel niets van dat de conclusie gewettigd zou kunnen zijn dat de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspuntencatalogus ertoe leidt dat rechters hun beslissingen minder uitvoerig motiveren dan voorheen; integendeel. Vergelijkt men de lagere rechtspraak inzake de dringende reden die in de afgelopen tien jaar onder het regime van de gezichtspuntenleer is gewezen met, grosso modo, de lagere rechtspraak van daarvoor, dan lijkt de conclusie gewettigd dat de motivering er – over de hele linie beschouwd – eerder op vooruit, dan op achteruit is gegaan. Uitspraken waarin wordt volstaan met de overweging dat bepaald gedrag, ongeacht de overige omstandigheden, steeds een dringende reden is, ben ik sedertdien bijvoorbeeld in de

⁴¹² HR 21 januari 2000, NJ 2000, 190.

⁴¹³ Zie over die strenge eisen hiervoor onder 4.3.3.4 alsmede conclusie A.-G. Huydecoper voor HR 20 april 2012, JAR 2012/135 onder 7 en 21, alsmede Asser/Heerma van Voss 7 V, 2008, nr. 379.

gepubliceerde rechtspraak niet meer tegengekomen en met name de appelrecht-spraak van de Hoven is, nadat de Hoge Raad na 1999 een aantal keren kort na elkaar zijn tanden liet zien waar het de motiveringseisen inzake de toepassing van de gezichtspuntencatalogus betreft, in het algemeen zonder meer aan de maat, al is dat “gevoel” natuurlijk maar moeilijk van een harde wetenschappelijke onderbouwing te voorzien.⁴¹⁴ Toch is er één duidelijke en gezaghebbende indicatie dat dat gevoel niet geheel gespeend is van feitelijke grondslag: te weten de rechtspraak van de Hoge Raad. Bestudering van alle uitspraken die de Hoge Raad sinds 1999 wees over ontslag op staande voet leert namelijk, dat de laatste keer dat de Hoge Raad een uitspraak van een appelrechter inzake ontslag op staande vernietigde omdat hij het oordeel dat (geen) sprake was van een dringende reden, gelet op de aangevoerde feiten en omstandigheden, onvoldoende gemotiveerd achtte, in februari 2002 was.⁴¹⁵ In de tien jaar (!) die daarop volgden, liet de Hoge Raad – ondanks verschillende pogingen die in die richting werden ondernomen – *geen enkele* appeluitspraak meer sneuvelen omdat de rechter zijn oordeel dat (geen) sprake was van een dringende reden, onvoldoende gemotiveerd had, in het licht van de aangevoerde feiten en omstandigheden.⁴¹⁶ Dat lijkt toch wel een aanwijzing dat de motivering van beslissingen inzake de dringende reden er door de invoering van de gezichtspuntencatalogus in ieder geval eerder op vooruit dan op achteruit is gegaan. Hoewel de Hoge Raad die motivering streng toetst, haalt de appelrechtspraak die lat de afgelopen tien jaar, anders dan voordien, klaarblijkelijk consequent.⁴¹⁷

4.6.5 Eindevaluatie gezichtspuntenrechtspraak

Al het voorgaande brengt met zich dat ik van mening ben dat de in 1999 geformuleerde gezichtspuntencatalogus zonder meer een positief eindoordeel verdient. Zoals hiervoor onder 4.6.1 werd aangegeven, is de gedachte achter gezichtspuntenrecht-spraak van de Hoge Raad in zijn algemeenheid dat daarvan, *als het goed is*, een normerend en uniformerend karakter uitgaat dat bijdraagt aan de rechtszekerheid en rechtseenheid. Partijen en de lagere rechter weten in hogere mate wat moet worden gewogen, hetgeen bijdraagt aan de voorspelbaarheid van de uitkomst en aan het bereiken van gelijke, althans minst genomen vergelijkbare uitkomsten in gelijke gevallen. Ook de kwaliteit van de motivering van rechterlijke vonnissen kan winnen bij gezichtspuntencatalogi; de rechter krijgt de belangrijkste bouwstenen voor een

414 Het is wel een gevoel dat is gebaseerd op bijna 10 jaar werkzaamheden als “selecteur” van arbeidsrechtelijke rechtspraak voor het tijdschrift Rechtspraak Arbeidsrecht, waarin veel, heel veel uitspraken over ontslag op staande voet voorbij zijn gekomen.

415 HR 22 februari 2002, JAR 2002/81.

416 Voor vergeefse pogingen zie: HR 19 november 2004, JAR 2005/49; HR 24 december 2004, JAR 2005/50; HR 20 april 2012, JAR 2012/135; HR 17 december 2010, JAR 2011/19; HR 27 juni 2003, JAR 2003/180; HR 3 november 2006, JAR 2006/305; HR 14 september 2007, JAR 2007/250; HR 22 april 2011, JAR 2011/138; HR 8 februari 2008, JAR 2008/74; HR 14 maart 2008, JAR 2008/111; HR 17 oktober 2008, JAR 2008/294 (al lijkt die zaak in cassatie te zijn misgegaan, omdat de regels van het cassatiespel waren miskend); HR 2 april 2004, JAR 2004/115; HR 8 oktober 2004, JAR 2004/259; HR 20 juni 2003, JAR 2003/179.

417 Zou dat ermee te maken hebben dat het hoger beroep in arbeidszaken kort na 2002 is verplaatst van de rechtbanken naar de hoven?

goede motivering aangereikt. Overziet men het voorgaande, dan lijkt de conclusie gewettigd dat het, met betrekking tot de gezichtspuntenrechtspraak ter zake van het bestaan van de dringende reden, inderdaad *goed zit*, in die zin dat die rechtspraak heeft bijgedragen aan voorspelbaarheid en rechtszekerheid op dat punt.

Overigens ben ik van mening dat de critici van de gezichtspuntenrechtspraak ter zake van de dringende reden, die menen dat de rechtszekerheid/voorspelbaarheid van de dringende reden daarmee niet of onvoldoende wordt gediend, die rechtspraak ten onrechte *op zichzelf beschouwen*.⁴¹⁸ Ten onrechte, omdat de gezichtspuntencatalogus – naar hiervoor onder 4.3.3 uiteen is gezet – niet de enige manier is waarop de Hoge Raad richting heeft gegeven. Dat middel moet in onderlinge samenhang worden beschouwd met andere “richtingaanwijzers” die de Hoge Raad de afgelopen 50 jaar heeft aangereikt, waarbij met name de door hem geformuleerde sub- en vuistregels die ten aanzien van verschillende deelonderwerpen zijn geformuleerd, en de strenge motiveringseisen die hij aanhoudt, van gewicht zijn. De sub- en vuistregels geven richting doordat zij duidelijk maken dat bepaald gedrag helemaal nooit dan wel in beginsel wel of in beginsel geen dringende reden oplevert, terwijl daaruit voorts een aantal duidelijke grondbeginselen van de dringende reden is af te leiden. Met de strenge motiveringseisen is tot slot buiten twijfel gesteld dat de Hoge Raad ontslag op staande voet heel streng beoordeeld wenst te zien. Dat is niet alleen een richtingaanwijzer voor de rechter, maar ook voor de werkgever die ontslag overweegt. Het is een gevarendriehoek die tot voorzichtigheid maant.

Bij dat alles komt, dat bedacht moet worden dat volledige zekerheid vooraf omtrent het bestaan van een dringende reden naar zijn aard niet gegeven kan worden. Wie daarom vraagt, overvraagt. Daarvan was de wetgever al in 1907 overtuigd, toen hij een daartoe strekkend amendement van het Kamerlid Van Doorn, op aangeven van de *auctor intellectualis* van de Wet op de arbeidsovereenkomst – Drucker –, uitdrukkelijk verwierp.⁴¹⁹ Het gaat hier immers om een beslissing waarin het eindoordeel op basis van een weging van de feiten, in combinatie met hetgeen redelijkheid en billijkheid vereisen, wordt geveld. Daaraan kan de rechter – en zeker de hoogste rechter – wel sturing geven, maar geen mathematisch te berekenen

⁴¹⁸ In die groep zijn te scharen: L.H. van den Heuvel, *Ontslag op staande voet, kan dat nog?*, ArA 2001/2, p. 81, die betoogt dat door het meewegen van alle omstandigheden – en in het bijzonder de gevolgen van het ontslag bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet – het geven van ontslag op staande voet een zeer hachelijke zaak wordt. Zie ook L.H. van den Heuvel, *Plaats en functie van het redelijkheidsvereiste in het ontslagrecht (en enkele aanverwante onderwerpen)*, in: C.J. Loonstra (red.), *De onderneming in het arbeidsrecht in de 21^e eeuw*, Den Haag, 2000, p. 253 e.v.; C.J. Loonstra, *Snijden in het ontslagrecht*, NJB 2005, p. 290 e.v., die opmerkt dat “van iedere zaak weer moet vaak worden gezegd dat het kan vriezen en dooien, hoewel vaak de werknemer toch ook weer op punten wint”; J.P. Quist, ArA 2007/1, p. 46. Zie ook E.H. van Staden ten Brink, *De Hoge Raad, stokpaarden en desinteresse*, in S.F. Sagel en E. Verhulp, *Voor De Laet: de Hoge Raad, VvA 34*, p. 18: “De Hoge Raad is soms ronduit balsturig. De door de Hoge Raad ontwikkelde theorie is, dat een ontslag op staande voet moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het concrete geval; ook de persoonlijke omstandigheden van de werknemer. Dat maakt het geven van een ontslag op staande voet wel tot een heel lastige en riskante zaak want wat weet een werkgever van de problemen van zijn werknemer?” Zie over deze discussie ook C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag, 2008, p. 394.

⁴¹⁹ Zie Bles, IV, p. 148.

zekerheid vooraf. De rechter die over de feiten oordeelt moet enige ruimte geboden worden om – zoals Verhulp het zo mooi uitdrukt – aan de omstandigheden van het geval te “proeven” en op basis van een holistische weging daarvan tot een billijk resultaat te komen.⁴²⁰ Dat betekent dat de Hoge Raad weliswaar duidelijke en richtingwijzende kaders dient te scheppen, maar die moeten het *suum cuique* van de feitenrechter niet verstikken. Er moet, ook bij de dringende reden, gestreefd worden naar een evenwicht tussen rechtszekerheid en *Individualgerechtigheid*. Ik zou menen dat wanneer men het voorgaande overziet, het “totaalplaatje” dat evenwicht, bij de huidige stand van zaken, voldoende borgt.

4.7 Ruimte voor (verdere) ontwikkeling?

4.7.1 Twee kansen

Betekent het voorgaande nu dat er geen enkele verbetering denkbaar is, dat er geen knelpunten zijn die opgelost kunnen worden? Hoewel “beter de vijand is van goed”, zie ik wel degelijk mogelijkheden om de dringende reden, onder behoud van de vereiste speelruimte voor de rechter in feitelijke instanties, nog wat verder aan voorspelbaarheid te laten winnen. Die mogelijkheden zie ik op twee manieren, enerzijds door meer rechterlijke activiteit bij het formuleren van sub- en vuistregels en anderzijds door het denken over de dringende reden, meer dan tot nog toe is geschied, ook te plaatsen in de sleutel van de norm van goed werkgeverschap. Aan beide onderdelen wordt hierna toegekomen.

4.7.2 Het kwijnende bestaan van sub- en vuistregels sinds Schrijver/Van Essen

Zoals hiervoor onder 4.3.3.1 e.v. is weergegeven, is de Hoge Raad vanaf het begin van de jaren ‘60 van de vorige eeuw in eerste instantie sturing gaan geven aan de dringende reden door het formuleren van sub- en vuistregels. In zijn NJ-annotatie onder het arrest *ABN AMRO/X* van 17 december 2011 heeft Verhulp zich afgevraagd of het geven van subregels in het algemeen nog wel meer duidelijkheid zou bieden over de dringende reden.⁴²¹ Vuistregels die een “in beginsel”-regel of een “behoudens”-regel behelzen zouden zo veel ruimte voor afwijking open laten dat van een duidelijke regel niet kan worden gesproken. Daarbij, zo Verhulp, bestaat er al een duidelijke hoofdregel: “ontslag op staande voet wegens een dringende reden is een uitzondering op de reguliere wijze van beëindiging van de arbeidsovereenkomst, die steeds zorgvuldig en met zwaarwegende argumenten moet kunnen worden onderbouwd.” Verhulp lijkt te willen zeggen dat de algemene leer uit het arrest *Schrijver/Van Essen* dat de beoordeling van de dringende reden een strenge toetsing van alle omstandigheden van het geval meebrengt, het belang van sub- en vuistregels vermindert, of zelfs heeft achterhaald. Ik waag daar vraagtekens bij te plaatsen omdat ik denk dat het

⁴²⁰ Noot onder NJ 2011, 351, p. 3544, r.k. onder 4.

⁴²¹ NJ 2011, 351.

verleden heeft bewezen dat de Hoge Raad door zulke regels te stellen wel degelijk een belangrijke bijdrage kan leveren aan de rechtszekerheid omtrent de dringende reden. De aanvaarding van de gezichtspuntencatalogus zoals die thans geldt, heeft daarin naar mijn mening geen verandering gebracht. Veeleer kan met het stellen van sub- en vuistregels ook nu nog een nadere nuttige invulling worden gegeven aan, wat uiteindelijk is, het kerngezichtspunt in de afweging, te weten de aard en de ernst van de dringende reden. Ik kom daarop hierna terug. Allereerst verdient namelijk aandacht dat de stelling van Verhulp alleen al om die reden erg interessant is, dat deze enige steun lijkt te vinden in het beeld dat de cassatierechtspraak sedert het arrest *Schrijver/Van Essen* dat aan het begin van het jaar 1999 werd gewezen, vertoont. Zulks in die zin dat sedert dat arrest bij de Hoge Raad weinig meer is “gedaan” op het terrein van de sub- en vuistregels met betrekking tot de dringende reden.

Met name in de jaren '70 en de jaren '80 van de vorige eeuw ging er vrijwel geen jaar voorbij waarin de Hoge Raad de rechtspraak over het ontslag op staande voet niet verrijkte met één of meer sub- of vuistregels.⁴²² Er was sprake van een opmerkelijk activisme bij de Hoge Raad, waardoor op verschillende deelterreinen binnen korte tijd opmerkelijk duidelijke lijnen werden uitgezet. Ik roep als voorbeeld het duidelijke kader in herinnering dat de Hoge Raad eind jaren '70, begin jaren '80 van de vorige eeuw in een aantal kort na elkaar gewezen arresten heeft uitgezet ter zake van de beoordeling of afwezigheid wegens (veronderstelde) arbeidsongeschiktheid een dringende reden oplevert. Dat is een vraagstuk waar werkgevers in de praktijk

422 Zie voor een greep uit die brede collectie onder meer: HR 20 maart 1981, RvdW 1981, 55: Gezien de psychologische situatie waarin de arbeider zich in een sollicitatiegesprek bevindt, en gezien de ingrijpende gevolgen die een ontslag op staande voet op rond van een dringende reden voor hem meebrengt, kan het verzwijgen tijdens een sollicitatiegesprek van een kwaal waarover de werkgever geen daarop gerichte vraag heeft gesteld, alleen als een zodanige dringende reden worden beschouwd, indien de arbeider wist of had moeten begrijpen dat deze kwaal hem ongeschikt maakt voor de betrekking waarnaar hij solliciteerde; HR 22 januari 1982, RvdW 1982, 40: Vooropgesteld moet worden dat het wettelijk verbod om een dienstbetrekking te beëindigen gedurende de tijd dat de werknemer door ziekte arbeidsongeschikt is, weliswaar de mogelijkheid van ontslag op staande voet onverlet laat, doch dat dit verbod zich er wel tegen verzet, werkverzuim dat enkel aan arbeidsongeschiktheid valt te verwijten, op zichzelf aan te merken als een voldoende reden voor zulk ontslag; HR 13 april 1984, NJ 1985, 2: Het enkele feit dat een werknemer die geld en/of goederen van zijn werkgever onder zich heeft, geen verklaring kan geven van een te dier zake geconstateerd tekort, levert nog geen dringende reden tot ontslag op, en dat bij het oordeel of een zodanige reden aanwezig is, in het bijzonder niet in het midden kan worden gelaten in hoeverre aan de werknemer ter zake van het tekort een verwijt te maken valt. HR 2 november 1984, RvdW 1984, 183: Verzwijging bij het aangaan van de dienstbetrekking kan, juist omdat de werkgever wegens de handicap niet alle overeengekomen werkzaamheden van de werknemer zal kunnen vergen, in beginsel wel een – zelfstandige – dringende reden voor ontslag op staande voet opleveren. HR 19 juni 1987, RvdW 1987, 144: voor ontslag op staande voet wegens betrokkenheid bij een vechtpartij bij een klant is geen verwijtbaarheid vereist; HR 6 april 1979, NJ 1979, 492: Als dringende reden kan niet worden aangemerkt het niet gevolg geven aan het verlangen van de werkgever om langer arbeid te verrichten dan ingevolge de Arbeidswet 1919 geoorloofd is. HR 6 juni 1975, NJ 1975, 484: Weigering van werknemer om zijn werk te hervatten nadat hij door een controlerend arts hersteld is verklaard, levert alleen een dringende reden voor ontslag op staande voet indien hij daadwerkelijk tot werkhervatting in staat was. HR 13 januari 1978, NJ 1978, 433: Weigering van werknemer die door controlerend geneesheer hersteld is verklaard om zijn werk te hervatten, levert alleen een dringende reden voor ontslag op staande voet, indien hij daadwerkelijk tot werkhervatting in staat was.

regelmatig tegenaan lopen en waar duidelijkheid dus bepaald geboden is. De Hoge Raad heeft die gecreëerd door te beslissen dat als hoofdregel geldt dat niet van belang is of de werkgever mocht aannemen dat de werknemer ondanks zijn ontkenning arbeidsgeschikt was, bijvoorbeeld: op grond van de uitlatingen van een bedrijfsarts, maar veeleer of die werknemer ten tijde van zijn weigering werkelijk arbeidsgeschikt was.⁴²³ Ook voor het spiegelbeeldige geval – te weten de situatie waarin de werknemer er op grond van medische informatie vanuit gaat arbeidsgeschikt te zijn, terwijl later blijkt dat hij dat toch niet was – formuleerde de Hoge Raad een duidelijke regel en wel in die zin dat een werknemer niet rechtsgeldig wegens afwezigheid op staande voet mag worden ontslagen wanneer die afwezigheid zijn grond vindt in op basis van de opinie van een geraadpleegde arts te goeder trouw vermeende arbeidsongeschiktheid (die achteraf niet blijkt te hebben bestaan).⁴²⁴ Samengevat leveren deze regels, in de woorden van de Hoge Raad, het volgende kader op:

“Ingeval een werknemer wegens door hem gestelde arbeidsongeschiktheid niet op het werk is verschenen en weigert zijn werkzaamheden te hervatten, levert het enkele feit van dit (voortgezet) werkverzuim geen dringende reden voor ontslag op staande voet op indien de werknemer werkelijk arbeidsgeschikt was dan wel te goeder trouw meende arbeidsgeschikt te zijn. Dit is niet anders wanneer de werkgever ten tijde van het werkverzuim in redelijkheid mag aannemen dat de werknemer arbeidsgeschikt is.”⁴²⁵

Voor de praktijk is daarmee een even nuttige als heldere boodschap afgegeven: ontslag op staande voet geven wegens ongeoorloofde afwezigheid van een werknemer die zich ziek heeft gemeld? Niet doen, tenzij u als werkgever een diepe buidel heeft en plezier beleeft aan *thrillseeking*.⁴²⁶

De rechtspraak van de Hoge Raad over de jaren sinds het arrest *Schrijver/Van Essen* levert een ander beeld op dan de hiervoor genoemde uit de jaren '70 en '80 van de vorige eeuw. Bestudeert men alle in de JAR sinds 1999 gepubliceerde uitspraken van de Hoge Raad, waarin in cassatie (mede) de vraag aan de orde werd gesteld of in appel terecht dan wel voldoende (begrijpelijk) gemotiveerd was aangenomen dat zich (g)een dringende reden voordeed, dan zijn de uitkomsten daarvan in verschillende opzichten opvallend te noemen.⁴²⁷ Zulks in de eerste plaats omdat in die periode door de Hoge Raad in feite maar één nieuwe sub- of vuistregel werd ontwikkeld, te weten de regel – in het arrest *Vixia/Gerrits* van 8 oktober 2004 – dat de overtreding

423 HR 6 juni 1975, NJ 1975, 484; HR 13 januari 1978, NJ 1978, 433; HR 21 mei 1982, NJ 1982, 605; HR 13 januari 1984, NJ 1984, 371.

424 HR 22 januari 1982, NJ 1982, 470.

425 HR 20 september 1991, NJ 1991, 768

426 Zie hierover ook C.C.A.M. Jacobs-de Klerk, in I.P. Asscher-Vonk e.a., *De zieke werknemer*, Deventer, 2007, p. 264 e.v. Overigens leert HR 22 april 2011, JAR 2011/138 dat het ook gevaarlijk is een werknemer van wie wordt verondersteld dat hij zich valselijk ziek heeft gemeld dan maar te ontslaan vanwege het feit dat hij tijdens die ziekte thuis wel privé-werkzaamheden uitvoert (zonder daarvoor toestemming te hebben gekregen).

427 Zaken waarbij werd geklaagd over het feit dat de lagere rechter de regels inzake de mededelingseis niet in acht had genomen, alsmede zaken op het terrein van de onverwijldheidseis zijn daarbij niet meegenomen. Het overzicht heeft alleen betrekking op de vraag of sprake is van een dringende reden.

van controlevoorschriften tijdens ziekte, in zichzelf beschouwd, geen dringende reden kan opleveren, tenzij sprake is van andere, bijkomende feiten en omstandigheden.⁴²⁸ Eén keer heeft de Hoge Raad, uitdrukkelijk gevraagd om een nieuwe vuistregel te formuleren, aangegeven daartoe geen aanleiding te zien. Het ging daarbij om de vraag of werkverzuim ten gevolge van langdurige detentie in beginsel, behoudens bijzondere omstandigheden, als dringende reden is aan te merken. De Hoge Raad meende dat een vuistregel langs die lijnen geen steun vindt in het recht en dat ter beantwoording van die vraag het algemene criterium (de gezichtspuntenlijn) gehanteerd moet worden.⁴²⁹

Daarnaast zijn nog twee zaken aan te wijzen waarin de Hoge Raad vuistregels noemde, maar dat waren geen *nieuwe* vuistregels, maar veeleer *herhalingen* van reeds in het verleden getrokken lijnen, inzake de vraag wanneer een ontslag op staande voet wegens verzuim rechtsgeldig is indien de werknemer zich erop beroept door ziekte niet in staat te zijn geweest het werk te verrichten (HR 14 december 2001, JAR 2002/17) en inzake de vraag of herhaalde weigering om een redelijke opdracht te vervullen een dringende reden kan opleveren (HR 20 juni 2003, JAR 2003/179). In bijna 15 jaar tijd vrijwel niets nieuws onder de zon dus.

428 Zie voor discussie over de exacte betekenis die aan deze uitspraak gegeven moet worden S.F. Sagel, Het arrest Vixia/Gerrits, vier belangrijke beslissingen rond de dringende reden, SR 2004, 92; S.F. Sagel, Overtreding van controlevoorschriften als dringende reden II – de Hoge Raad rechts ingehaald?, SR 2005, 38. Ik lees de uitspraak van de Hoge Raad zo, dat herhaaldelijke overtreding van controlevoorschriften (recidive) en deswege gegeven waarschuwingen niet zijn aan te merken als “andere feiten en omstandigheden” als door de Hoge Raad bedoeld, die in afwijking van de hoofdregel van overtreding van controlevoorschriften wel een dringende reden kunnen maken. Zie anders: G.J.J. Heerma van Voss, in zijn noot onder het arrest in de NJ, 2007, 480 alsmede P. Kruit & E. van Vliet, Ontslag op staande voet van een zieke werknemer die zijn verplichtingen ex art. 7:629 BW schendt een ‘no go’?, TAP 2010/5. Zie naar aanleiding van die bijdrage S.F. Sagel, Ontslag op staande voet wegens (herhaaldelijke) overtreding van controlevoorschriften tijdens ziekte: close reading please!, met naschrift van Kruit & Van Vliet, TAP 2010/6; bijval voor mijn lezing van het arrest van de Hoge Raad is te vinden bij C.J. Frikkee, Ontslag wegens overtreding controlevoorschriften, TRA 2010, 101, alsmede bij W. Zondag, noot onder Hof Den Bosch 1 mei 2007, JIN 2007/389 die eveneens de vraag opwerpt of “ook een herhaaldelijk niet voldoen aan deze voorschriften (kan) worden beschouwd als een relevante ‘bijkomende omstandigheid’? Met Sagel meen ik dat de Hoge Raad het oog heeft op *andere* omstandigheden. (...) Het lijkt – met name vanwege de opmerking ‘zo kan de werknemer te allen tijde weigeren zich te doen controleren’ (*in de overwegingen van de Hoge Raad, toevoeging SFS*) – onwaarschijnlijk dat een herhaaldelijke overtreding van controlevoorschriften de exclusiviteit van de loonsanctie zou kunnen doorbreken.” Zie ook conclusie A.-G. Wuisman voor HR 16 april 2010, JAR 2010/125 waarin de A.-G. tot twee keer toe opmerkt dat “niet snel zal mogen worden aangenomen” dat sprake is van aanvullende omstandigheden die van overtreding van controlevoorschriften wel een dringende reden maken.

429 Zie daarover (instemmend) S.F. Sagel, Een onvoorwaardelijke veroordeling voor het ontslag op staande voet in verband met een strafrechtelijke veroordeling?, TRA 2011, 68. Zie over de uitspraak voorts: A.R. Houweling, annotatie onder JIN 2011/66, die daarin de (veel te) verstrekkende conclusie trekt dat de Hoge Raad in dit arrest zou hebben aangegeven de arbeidsrechtelijke “doodstraf” – het ontslag op staande voet – te hebben willen afschaffen. De onjuistheid van dat standpunt blijkt alleen al uit het nadien gewezen HR 20 april 2012, JAR 2012/135. Zie ook Frikkee, Ontslag op staande voet wegens strafrechtelijke veroordeling, TRA 2011/28, onder 3. Zie over het arrest ook: J.P. Quist, ‘Ontslag op staande voet (wegens strafrechtelijke veroordeling): weinig ruimte voor algemene regels’, TAP 2011/3, p. 102 e.v. en R. Hansma, Weer een arrest dat schoffeert, in: M.J.M.T. Keulaerds, J.P. Heering, R.P.J.L. Tjittes (red.), Veelzijdig in cassatie, Den Haag, 2012, p. 143 e.v., die tracht de spreekwoordelijke kachel aan te maken met het door de Hoge Raad gewezen arrest.

Wat verder opvalt – maar dat is geen verrassing voor degenen die de rechtspraak van de Hoge Raad in civiele zaken over het afgelopen decennium hebben gevolgd – is dat ook op het terrein van de belangrijke vraag of zich een dringende reden voordoet, in de afgelopen jaren maar liefst 70% van de zaken in cassatie op de voet van art. 81 RO is afgedaan.⁴³⁰

Het is gissen *waarom* de Hoge Raad zo veel minder actief is geworden bij het formuleren van vuistregels inzake gedrag dat in beginsel wel, dan wel in beginsel niet als dringende reden kwalificeert. Het zou kunnen zijn dat de Hoge Raad – in de lijn van Verhulp – meent dat daaraan geen of minder behoefte bestaat sedert de ontwikkeling van de gezichtspuntencatalogus en wel omdat die catalogus voldoende richting geeft. Het zou ook kunnen zijn dat de Hoge Raad van mening is dat het terrein van de dringende reden wel is “uitontwikkeld”. En, als men Van Staden ten Brink volgt, kan het, tot slot, ook zijn dat de Hoge Raad zijn “interesse” in het onderwerp wat is verloren.⁴³¹ Ik waag mij niet aan een voorspelling op dit punt, want het blijft gissen.

Waarom ik mij wel waag, is een oordeel over de wenselijkheid van de hiervoor beschreven ontwikkeling in de rechtspraak van de Hoge Raad en de (wellicht ook daaraan ten grondslag liggende) opvatting dat, gelet op de algemene maatstaf die de Hoge Raad heeft ontwikkeld voor de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, geen behoefte meer zou bestaan aan richting van de Hoge Raad in de vorm van sub- of vuistregels. Laatstgenoemde opvatting deel ik niet en eerstgenoemde ontwikkeling juich ik, dan ook, niet toe. Ik denk dat, ook onder de vigueur van de huidige gezichtspuntenrechtspraak van de Hoge Raad, het richting geven door middel van sub- en (voornamelijk) vuistregels, om verschillende redenen, van niet te onderschatten belang blijft. Dat zij als volgt toegelicht.

4.7.3 *Het belang van het formuleren van vuistregels ter voorkoming van misverstanden*

Vooropgesteld zij dat vanzelfsprekend niet elke zaak zich leent voor het formuleren van een sub- of vuistregel. Of zo een regel te formuleren valt, hangt in belangrijke mate samen met de vraag of sprake is van gedrag waarvan gezegd kan worden dat het arbeidsrechtelijk gezien min of meer uniform gekwalificeerd kan worden.⁴³²

Een recent geval waarin de Hoge Raad meende dat dat niet mogelijk was, wordt gevormd door het zojuist aangehaalde arrest van 17 december 2010. In die zaak weigerde de Hoge Raad de in cassatie voorgestelde *algemene* vuistregel te aanvaarden

⁴³⁰ Zie bijlage 1.

⁴³¹ E.H. van Staden ten Brink, De Hoge Raad, stokpaarden en desinteresse, in: S.F. Sagel en E. Verhulp (red.), Voor De Laet: de Hoge Raad, Reeks VvA 34, Deventer 2005, p. 11 e.v.

⁴³² Zie voor een voorbeeld waarin de Hoge Raad het formuleren van een vuistregel uitdrukkelijk niet mogelijk achtte: HR 11 december 1987, NJ 1988, 339, waarin hij overwoog als volgt: “De vraag of de omstandigheid dat bij terugkeer na vakantie en verlof op een latere datum dan overeengekomen de werknemer niet voldoet aan de door hem op zich genomen verplichting een verklaring over te leggen van een controlerend arts van het vakantieland dat hij wegens arbeidsongeschiktheid niet kan reizen, een dringende reden tot ontslag op staande voet oplevert, valt niet in haar algemeenheid te beantwoorden, ook niet in het hier aanwezige geval dat vaststaat dat de werknemer tot de dag waarop hij zich voor werkhervatting meldde arbeidsongeschikt is geweest. Het antwoord op die vraag hangt af van de omstandigheden van het geval.”

dat “werkverzuim als gevolg van een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling in beginsel, behoudens bijzondere omstandigheden, een dringende reden vormt die ontslag op staande voet rechtvaardigt”. Dat de Hoge Raad die zo algemeen geformuleerde vuistregel niet kon omarmen, verrast in die zin niet dat een zo algemene regel uit het oog verliest dat bij de beoordeling of detentie een dringende reden oplevert, zeer veel gewicht toekomt aan de aard van het delict en de verhouding tussen dat delict en de werksfeer. De ene veroordeling is, zo bezien, de andere niet.⁴³³ Dat laat onverlet dat een meer *specifieke*, beperktere vuistregel op dit terrein wel denkbaar zou zijn. Bezie men de lagere rechtspraak, dan is de tendens daarin namelijk (zeker: sinds het arrest van 17 december 2010) dat een strafrechtelijke veroordeling tot detentie, behoudens bijzondere omstandigheden, wél een dringende reden is wanneer die veroordeling de werknemer, gelet op de aard van het delict, de aard van het werk en de aard van de onderneming waarbinnen hij dat doet, ongeschikt doet zijn om het werk nog langer te verrichten.⁴³⁴ Een aldus toegespitste vuistregel zou de Hoge Raad best, in voorkomend geval, kunnen formuleren. In het arrest van 17 december 2010 kwam hij daaraan niet toe. Het cassatiemiddel was er niet op toegesneden en een regel van die strekking zou de eiseres tot cassatie ook niet gebaat hebben. Er deed zich in die zaak geen duidelijke band tussen de aard van het delict en de aard van het werk voor.

433 Zie anders: R. Hansma, Weer een arrest dat schoffeert, in: M.J.M.T. Keulaerds, J.P. Heering, R.P.J.L. Tjittes (red.), *Veelzijdig in cassatie*, Den Haag, 2012, p. 143 e.v.

434 Zie in dit verband met juistheid: Ktr. Enschede 18 maart 2011, LJN: BP8265, zie ook JAR 2011/101 (veroordeling wegens betrokkenheid bij handel met voorkennis door directiesecretaresse); Ktr. Rotterdam 12 januari 2011, JAR 2011/50 (veroordeling wegens bezit kinderporno maakt docent ongeschikt voor het werk); Ktr. Rotterdam 8 november 2011, RAR 2012/45 (medewerker pleegzorg strafrechtelijk veroordeeld wegens in bezit hebben kinderporno en misbruik van eigen zoontje van zes en buurjongen van tien. Ontbinding wegens dringende reden nu veroordeling werknemer ongeschikt maakt voor werk). Ktr. Zwolle 10 januari 2012, RAR 2012/60 (strafbare feiten in privé-sfeer gepleegd zijn dringende reden nu werknemer een vertrouwensfunctie bij klanten werkgever vervult en om die reden van de werkgever niet gevegd kan worden het dienstverband te laten voortduren). Onjuist lijkt: Ktr. Heerlen 28 januari 2011, LJN: BP5184 (onvoorwaardelijke veroordeling tot vijf jaar gevangenisstraf wegens o.a. deelname aan criminele organisatie, geen dringende reden nu niet was gebleken dat de werknemer “op enigerlei wijze gebruik heeft gemaakt van zijn functie en de mogelijkheden die deze hem zou bieden, bij het plegen van de strafbare feiten”). Dat is onjuist omdat een rechtens relevant verband ook kan bestaan als de werksfeer niet is gebruikt om de delicten te plegen, maar (de veroordeling wegens) het strafbare feit de werknemer wel, gelet op de aard van de functie, dan wel de aard van de onderneming ongeschikt maakt voor de uitoefening van zijn werk. Daarvan kan ook bij puur in de privé-sfeer gelegen feiten sprake zijn. Ktr. Eindhoven 29 september 2011, RAR 2011/167, veroordeling wegens doodslag en brandstichting in de privé-sfeer (13 jaar onvoorwaardelijk) geen ontbinding wegens dringende reden, maar wegens veranderingen in de omstandigheden. Geen directe link tussen aard delict en aard van de functie. Ontbinding wegens veranderingen in de omstandigheden omdat geen “dringende reden” bestaat nu werknemer minstens 7 jaar vastzit. Zie in verband met de timing van een ontslag op staande voet wegens strafrechtelijke veroordeling ook: Hof Den Bosch 28 februari 2006, LJN: AW4121, ontslag op staande voet van beveiligers wegens strafrechtelijke veroordeling, mishandeling in de privé-sfeer, houdt geen stand omdat werknemer in strafzaak in appel is vrijgesproken. Het ontslag op staande voet was gegeven na veroordeling door de politierechter. Zie in dit verband ook: Ktr. Amersfoort 17 september 2008, RAR 2008/168. Zie over de timing van een ontslag op staande voet bij strafrechtelijk gesanctioneerde feiten ook: S.F. Sagel, Een onvoorwaardelijke veroordeling voor het ontslag op staande voet in verband met een strafrechtelijke veroordeling?, TRA 2011/88. Zie over de relatie tussen strafrecht en ontslagrecht eveneens: A.R. Houweling, Arbeidsrechtelijke aspecten en gevolgen van strafrecht: wat moet de strafrechter weten over de consequenties van zijn oordeel voor het arbeidsrecht?, DD 2011/33.

In veel van de sedert 1999 gewezen arresten waarin een vuistregel achterwege bleef, had de Hoge Raad zo een regel – anders dan in het arrest van 17 december 2010 – best kunnen formuleren en zou dat naar mijn overtuiging ook “winst” voor de praktijk hebben opgeleverd. Een aantal voorbeelden ter illustratie.

In de eerste plaats valt te wijzen op het arrest in de zaak *Prins/Hema* van 21 januari 2000, de zaak rond het ontslag op staande voet van een oudere werknemer die op de laatste dag van zijn actieve dienstverband, terwijl al een beëindigingsregeling gesloten was, op staande voet werd ontslagen wegens verduistering van twee blikken motorolie. In dat arrest vernietigde de Hoge Raad omdat de Rechtbank had beslist dat sprake was van een dringende reden zonder daarbij een aantal persoonlijke omstandigheden aan de zijde van de werknemer in de beschouwing te betrekken die deze in feitelijke instanties had aangevoerd. Aldus, zo de Hoge Raad, had de Rechtbank ofwel uit het oog verloren dat bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, met alle omstandigheden van het geval rekening moet worden gehouden ofwel – als de Rechtbank zich dat wel had gerealiseerd – haar oordeel onvoldoende gemotiveerd, door niet op de desbetreffende omstandigheden in te gaan. Daarmee volstond de Hoge Raad. Had hij meer kunnen doen? Ik denk het wel.

Wat hij had *kunnen* doen, is zijn beslissing vooraf laten gaan door de algemene regel – want die algemene regel wordt aan de Kazernestraat, naar kan worden afgeleid uit het ruim tien jaar later gewezen arrest in de zaak *A/Bijenkorf*, zonder meer onderschreven⁴³⁵ – dat bij de beoordeling in een zaak als deze *vooropgesteld* moet worden dat verduistering van aan hun zorg toevertrouwde goederen door winkelpersoneel, behoudens bijzondere omstandigheden, een dringende reden oplevert, en daarop te laten *volgen* dat zulks de rechter er niet van ontslaat om, wanneer de werknemer er een beroep op doet dat sprake is van bijzondere omstandigheden die een afwijking van die regel wettigen, daarop wel in te gaan. Zulks omdat uiteindelijk altijd slechts aan de hand van een weging van de omstandigheden van het geval kan worden gekomen tot een eindafweging. Een groot voordeel van die benadering zou zijn geweest, dat een arrest als dat van 21 januari 2000 in de praktijk minder snel aldus zou zijn gepercipieerd dat de Hoge Raad ook bij verduistering en diefstal door personeel een “neutrale” weging van de omstandigheden zou voorschrijven, die elke keer de ene of de andere kant op kan uitvallen. Want dat is, gewoonweg, een misleidend beeld dan wel de halve waarheid. Weliswaar moeten de omstandigheden van het geval inderdaad ook bij diefstal en verduistering op het werk worden meegewogen, maar de eerste en belangrijkste factor in die weging, de aard en de ernst van de handelwijze, zal in de regel niet terzijde geschoven kunnen worden door de overige omstandigheden. Indien de Hoge Raad zijn oordeel in het arrest van 21 januari 2000 zo had vormgegeven als hier gesuggereerd, zou hij – anders gezegd – het *uitzonderingskarakter* van de beslissing dat in deze zaak wellicht door de overige, door de Rechtbank niet meegewogen, omstandigheden van het geval géén dringende reden aangenomen

435 Zo proef ik althans HR 20 april 2012, NJ 2012, 263.

kon worden, hebben bevestigd (hetgeen zou hebben bijgedragen aan meer rechtszekerheid omtrent de dringende reden op dit terrein).⁴³⁶

Het Gerechtshof waarnaar de zaak door de Hoge Raad werd verwezen, kleepte zijn beslissing overigens wel zo in, dat het vooropstelde dat Hema in beginsel niet behoeft te tolereren dat een plaatsvervangend filiaalchef zich winkelartikelen toe-eigent, zeker niet nadat zij daartegen uitdrukkelijk en met aanzegging van de consequenties heeft gewaarschuwd, waarna het Hof alsnog – in afwijking van de hoofdregel, in dit specifieke geval – kwam tot het oordeel dat hier desondanks geen sprake is van een dringende reden op grond van de volgende weging:

“Het onmiskenbare belang van Hema bij een strikte handhaving van het door haar uitgestippelde beleid afwegend tegen de in dit geval gebleken omstandigheden zoals hiervoor geschetst, welke er samengevat op neerkomen dat P. werkloos zou worden zonder redelijk uitzicht op ander werk en zonder uitzicht op een loongerelateerde uitkering of een suppletie daarop, leiden tot de conclusie dat nu slechts een betrekkelijk klein vergrijp is komen vast te staan en de arbeidsovereenkomst nog slechts een formeel karakter had, er in dezen geen sprake is van een dringende reden.”⁴³⁷

Ik zou niet weten waarom de Hoge Raad in zijn arrest niet dezelfde benadering zou hebben kunnen kiezen. Juist door in zaken waarin een uitzondering op de hoofdregel, gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval, wellicht gewettigd kan zijn, eerst (het belang van) de hoofdregel te benadrukken, kan worden voorkomen dat *hard cases, bad law* maken. En wel in die zin dat de daarin – wegens de bijzondere omstandigheden – aanvaarde mogelijkheid van een uitzondering niet als uitzondering wordt onderkend, maar als hoofdregel wordt misverstaan.

Wat geldt voor het arrest van 20 januari 2000, geldt naar mijn mening voor meer van de arresten die de Hoge Raad de afgelopen jaren op het terrein van de dringende reden heeft gewezen. Hij zou vaker dan is geschied vuistregels hebben kunnen formuleren, zeker in typische, veel voorkomende, gevallen.

Ik noem nog een voorbeeld. Zowel in de zaak *Schrijver/Van Essen* als in de zaak *SHBHR/Van Westbroek* uit 2010 had de Hoge Raad aan zijn beslissing kunnen toevoegen dat ernstige mishandeling van een familielid van de werkgever – de zaak uit 1999 – dan wel – de zaak uit 2010 – van een door de werkgever ingeschakelde functionaris in beginsel, behoudens bijzondere omstandigheden, een dringende reden vormt, in plaats van – in beide zaken – te volstaan met een verwijzing naar de algemene leer dat bij de beoordeling van de dringende reden naar alle omstandigheden

436 Het zijn niet “de minsten” die zich door het arrest van 21 januari 2000 enigszins op het verkeerde been hebben laten zetten. Zie in dit verband de conclusie van A.-G. Huydecoper voor HR 20 april 2012, NJ 2012, 315.

437 Ontleend aan: D.J. Buijs, De dringende reden en de loondoorbetalingsplicht van de werkgever, SR 2004, 19. Het desbetreffende tussenarrest is niet gepubliceerd. De zaak ging vervolgens nogmaals naar de Hoge Raad, maar daar werd het oordeel van het Hof dat sprake was van een rechtsgeldig ontslag niet langer bestreden. Zie HR 19 december 2003, NJ 2004, 269.

van het geval moet worden gekeken.⁴³⁸ De zaak uit 2010 draaide om het ontslag van een docent van een school, wegens het bij de keel grijpen van een bedrijfsarts en het in diens richting geuite dreigement om een stoel naar diens hoofd te gooien. Het Gerechtshof Den Haag besliste, daarmee afwijkend van het oordeel van de Kantonrechter, dat in de bijzondere omstandigheden van het geval desondanks geen sprake was van een dringende reden. Daarbij stelde het Hof voorop dat het gedrag van de werknemer “een vorm van gedrag is die ook naar het oordeel van het hof beslist niet door de beugel kan. Een bedrijfsarts moet er in principe van uit kunnen gaan en op kunnen vertrouwen van een dergelijke bejegening verschoond te blijven.” Desondanks oordeelde het Hof uiteindelijk dat er, gelet op de leeftijd, de aard en duur van het dienstverband, het ontbreken van klachten over zijn gedrag en functioneren (behoudens voormeld incident) en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben, geen sprake was van een dringende reden, aangezien er te veel “aan de andere kant van de weegschaal” lag. De Hoge Raad volstond met de navolgende overweging:

“Het hof heeft terecht bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden in de zin van art. 7:677 lid 1 BW alle omstandigheden, in onderling verband en samenhang, in aanmerking genomen. Het oordeel van het hof is niet onbegrijpelijk, behoefde geen nadere motivering en kan als verweven met waarderingen van feitelijke aard in cassatie niet verder worden onderzocht.”

Ook hier had de Hoge Raad zijn beslissing best van een vuistregel vergezeld kunnen laten gaan, bijvoorbeeld door zijn overweging als volgt te laten luiden:

“Bij de beoordeling van de klacht wordt vooropgesteld dat mishandeling van een door de werkgever (ter controle op arbeidsgeschiktheid) ingeschakelde functionaris, naar zijn aard en mede gelet op het bepaalde in art. 7:678 lid 2 sub e BW, behoudens bijzondere omstandigheden een dringende reden oplevert. Dat sluit evenwel niet uit dat ook in zodanig geval moet worden afgewogen of, in het licht van de omstandigheden van het geval in onderling verband en samenhang bezien, een afwijking van dat uitgangspunt gewettigd is. Het Hof heeft een en ander niet miskend, door enerzijds voorop te stellen dat het gedrag van verweerder in cassatie “absoluut niet door de beugel” kan – waarin besloten ligt dat het Hof het voornoemde uitgangspunt heeft onderkend – maar vervolgens, aan de hand van de omstandigheden van het geval te oordelen dat zich desondanks in de bijzondere omstandigheden van dit geval, geen dringende reden voordeed. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk en kan als verweven met waarderingen van feitelijke aard in cassatie niet verder worden onderzocht.”

Toegegeven, de overweging wordt er niet korter op, maar ook hier geldt dat het plaatsen van de beslissing tot verwerping van het cassatieberoep tegen de achtergrond van een vuistregel nuttig zou zijn geweest. Ook ter zake van mishandeling op de werkplek of in verband met het werk geldt in de lagere rechtspraak een duidelijke – en naar mijn mening juiste – regel van de strekking dat zulk gedrag behoudens

⁴³⁸ Dat mishandeling in beginsel een dringende reden oplevert is immers een duidelijke lijn in de lagere rechtspraak en ligt ook besloten in art. 7:678 lid 2 sub e BW: Ktg. Den Haag 17 oktober 1996, Prg. 1996, 4673; Hof Leeuwarden 20 december 2011, LJN: BU8969 (mishandeling bedrijfsarts; vuistslag); T.C.B. Homan, Mishandeling op de werkplek; ontslag op staande voet?, Rechtspraak voor Medezeggenschap, 1433.

bijzondere omstandigheden als dringende reden wordt gekwalificeerd.⁴³⁹ Juist wanneer zich zo een lijn aftekent, kan het bevestigen daarvan door de Hoge Raad in een zaak waarin een op grond van de bijzondere omstandigheden van dat geval van die lijn afwijkende beslissing van een appelrechter overeind wordt gehouden, nuttig zijn om te voorkomen dat daarvan het onjuiste signaal uitgaat dat de uitzondering tot regel is verheven.

4.7.4 Het belang van vuistregels op terreinen waar (nog) verdeeldheid heerst en met betrekking tot nieuwe vormen van wangedrag

Naar hiervoor aan de orde is geweest, is met betrekking tot veel vormen van (arbeidsrechtelijk) wangedrag een duidelijke lijn te ontwaren in de rechtspraak ter zake van de taxatie van de aard en de ernst van de desbetreffende gedraging/eigenschap, zulks al dan niet ten gevolge van (vuist)regels die de Hoge Raad heeft geformuleerd. Maar toegegeven moet worden dat er ook een aantal – zij het, in mijn

439 HR 3 maart 1989, NJ 1989, 549 (waarin cassatieberoep werd verworpen waarin werd geklaagd over oordeel Rechtbank dat mishandeling van bedrijfsarts dringende reden opleverde); Ktr. Delft 4 oktober 1990, Prg. 1991, 3567: Het toe tweemaal toe slaan van een geestelijke gehandicapte door een medewerker groepsbegeleiding is een dringende reden voor ontslag indien niet voldoende aannemelijk is gemaakt dat dat slaan een begrijpelijke en verschoonbare actie was op een beweerdelijk door de gehandicapte gepleegde mishandeling. Ktr. 's-Gravenhage 17 oktober 1996, Prg. 1996, 4673: werknemer gaat Arbo-arts te lijf. Dringende reden aangenomen. Gerechtshof Leeuwarden 12 januari 2005, LJN: AS2302: mishandeling van een collega op weg naar werk maakt het onaanvaardbaar om werknemer te handhaven binnen het bedrijf. Dringende reden voor ontslag op staande voet. Ktr. Haarlem 19 april 2005, LJN: AT4442: Werknemer wordt op staande voet ontslagen vanwege betrokkenheid bij een vechtpartij met een collega. Niet staat vast wie de eerste klap heeft uitgedeeld, maar wel dat eiser een alternatief had voor slaan. Eiser had, als hij het eerst was geslagen, weg kunnen lopen en een klacht bij de werkgever kunnen indienen. Ontslag op staande voet rechtsgeldig gegeven. Ktr. Zwolle 6 juni 2005, LJN: AT8476: Ontslag op staande voet wegens aanvallen van leidinggevende na op non-actiefstelling. Het beroep op een *black out* door de werknemer wordt niet geaccepteerd omdat geen medische gronden zijn gevonden voor een dergelijke *black out* waardoor er geen sprake is van ontoerekeningsvatbaarheid. Gerechtshof Leeuwarden 20 december 2011, LJN: BU8969: Mishandeling van de bedrijfsarts levert een grond voor ontslag op staande voet, waarbij de bedrijfsarts als een medewerker van de werkgever dient te worden beschouwd. Ktr. Haarlem 9 februari 2012, LJN: BV3039: Werknemers heeft zijn chef fysiek aangevallen. Voldoende is gebleken dat werknemer de werkgever zo hardhandig heeft aangevallen dat deze ten gevolge daarvan op de grond is gevallen en zijn bril heeft verloren. Dergelijk gedrag jegens een leidinggevende is naar zijn aard dusdanig ernstig op te vatten, dat dit een ontslag op staande voet in de regel zal rechtvaardigen. Incidenteel wordt een uitzondering op deze regel aanvaard, waarbij opvalt dat dan vaak uitdrukkelijk voorop wordt gesteld dat mishandeling in zijn algemeenheid inderdaad een dringende reden oplevert. Zie Rechtbank Arnhem 2 maart 1995, JAR 1995/74: werknemer heeft met een zware hamer naar het hoofd van een collega geslagen en gegooit (en gemist). De kantonrechter overweegt dat in het algemeen niet kan worden gevergd van de werkgever dat hij een werknemer in dienst houdt na een dergelijk incident. In casu is dit anders omdat de werknemer al 24 jaar in dienst is, steeds goed heeft gefunctioneerd en zijn collega's en de ondernemingsraad zich ervoor hebben ingezet dat de werknemer kan blijven. Eveneens een uitzondering op de regel vormt Ktr. Leeuwarden 16 mei 2012, LJN: BW 7794: Een leidinggevende heeft een voorbeeldfunctie en juist van een dergelijk persoon mag onberispelijk gedrag verwacht worden. In beginsel rechtvaardigt het schoppen van een ondergeschikte dan ook een ontslag op staande voet. Echter, zoals hiervoor reeds is overwogen, moeten alle omstandigheden worden meegewogen. In casu geen dringende reden nu geschopte werknemer de leidinggevende eerst had uitgescholden voor Adolf Hitler en de leidinggevende mede door zijn leeftijd en het economisch klimaat moeilijk aan een andere baan zal komen.

optiek: een relatief beperkt aantal – onderwerpen is ter zake waarvan zo een duidelijke lijn ontbreekt. Sterker nog: er is een aantal onderwerpen/deelgebieden ter zake van de dringende reden waarvan gezegd moet worden dat er nauwelijks enig peil valt te trekken ten aanzien van de wijze waarop de aard en de ernst van die gedraging door de rechterlijke macht worden getaxeerd. Een voorbeeld daarvan wordt gevormd door seksuele intimidatie op de werkvloer. Bestudering van de lagere rechtspraak op dat terrein over de laatste jaren leert dat die rechtspraak, kort gezegd, alle kanten opschiet, zowel bij seksuele intimidatie bestaande in daadwerkelijke fysieke aanrakingen als bij seksuele intimidatie “in woord en gebaar”. Hoe versplinterd het beeld is, blijkt uit het navolgende, korte overzicht.

Waar het ongewenst zoenen/aanrakingen betreft kan als exponent van een (te) “softe” lijn allereerst worden gewezen op een uitspraak van de Kantonrechter Middelburg van 2010, waarin sprake was van een activiteitenbegeleider van jongeren met een verstandelijke en lichamelijke beperking, ten aanzien waarvan vast stond dat hij zich, na eerder al voor ongepast gedrag gewaarschuwd te zijn, schuldig had gemaakt aan het zoenen van een aan zijn zorg toevertrouwde cliënte en van het maken van de opmerking dat zij “een mooi kontje” had in een nieuwe broek. De werknemer verweerde zich met succes met het betoog dat hij die opmerking had gemaakt om het meisje, dat een stoma had, wat zelfvertrouwen te geven. Een “bijzonder”, maar succesvol verweer want van een dringende reden was volgens de Kantonrechter geen sprake en zelfs de ontbinding werd geweigerd.⁴⁴⁰ In dezelfde lijn ligt een arrest van het Gerechtshof te Leeuwarden dat in 2012 besliste dat het bij herhaling zoenen van twee ondergeschikten (schoonmaaksters), ook nadat één van hen had aangegeven daarvan niet gediend te zijn, geen dringende reden opleverde, al kwalificeerde het gedrag als seksuele intimidatie in de zin van art. 7:646 lid 8 BW en ook al had de “dader” de slachtoffers nota bene zelf als kwetsbare vrouwen betiteld.⁴⁴¹ Heel anders liep het een jaar daarvoor af bij de Kantonrechter Heerenveen, die zich geconfronteerd zag met het ontslag op staande voet van een taxichauffeur die een aan zijn zorg toevertrouwde patiënte met MS in zijn taxibus op de mond had gezoend, daaraan toevoegend “dit vind jij vast ook wel lekker”. Dat was wel een dringende reden, aldus de Kantonrechter, “mede gezien de kwetsbare en afhankelijke positie van de door [X] vervoerde doelgroep (mensen met een lichamelijke en/of geestelijke beperking)”.⁴⁴² In die lijn ligt ook een uitspraak van de Kantonrechter Nijmegen uit 2003, die besliste dat het eenmalig zoenen op de wang van een minderjarige schoonmaakster die daar niet om had gevraagd een dringende reden opleverde, ook al had de werknemer een langdurig en voordien onberispelijk dienstverband.

440 Ktr. Middelburg 18 januari 2010, RAR 2010/95. Zie ook de “wenk” bij deze uitspraak, die met juistheid constateert: “De uitspraken op het gebied van ontslag op staande voet wegens seksuele intimidatie lopen sterk uiteen.” Zie ook in deze lijn: Rb. Maastricht 9 september 1999, JAR 2000/149, ongevraagd “rechtleggen” van bh-bandje geen dringende reden, deswege gegeven ontslag op staande voet kennelijk onredelijk, schadevergoeding van NLG 600.000,- toegekend.

441 Hof Leeuwarden, 11 april 2012, Prg. 2012, 152.

442 Ktr. Heerenveen 6 april 2011, LJN: BQ0977. Zie eveneens streng: Gemeenschappelijk Hof van Justitie NA en Aruba 13 maart 2012, LJN: BW5799.

Zulks “omdat er in Nederland bepaalde fatsoensnormen bestaan op overtreding waarvan een onverbiddelijke sanctie moet staan.”⁴⁴³

Wat geldt voor fysieke aanrakingen geldt nog in versterkte mate voor de taxatie van seksuele intimidatie “in woord en gebaar”, in plaats van in daden. Ook op dat terrein is een vaste lijn ver te zoeken en wordt de ernst van vergelijkbare feitencomplexen volstrekt verschillend beoordeeld. Aan de ene kant zijn er uitspraken waarin grof, seksueel intimiderend taalgebruik, ook zonder voorafgaande waarschuwing, als zodanig ernstig wordt aangemerkt dat het in beginsel als dringende reden kwalificeert. Zulks vanuit de gedachte dat ook zonder waarschuwing verwacht mag worden dat werknemers zich binnen de grenzen van het betamelijke gedragen, zodat het feit dat dat niet uitdrukkelijk is opgedragen geen verontschuldiging oplevert als die grenzen ruimschoots worden overschreden. Verwezen zij hier naar een uitspraak van de Kantonrechter Eindhoven uit 2004, waarin een leidinggevend functionaris zich jegens ondergeschikte vrouwelijke werknemers volstrekt ongepaste opmerkingen had gepermitteerd als “carrière maak je onder mijn bureau”, “kom je me pijpen”, “oh ik ben zo geil, ben jij ook zo geil?” en hen in schriftelijke communicatie aanschreef met “meiske” en “schatje”.⁴⁴⁴ Het ontbreken van een waarschuwing baatte de werknemer niet, nu de Kantonrechter overwoog dat “juist iemand in zijn (leidinggevende) positie had moeten beseffen dat dergelijke uitlatingen veel te ver gingen. (...) Ook zonder dat ABN AMRO dit beleid actief uitdroeg, had voor X duidelijk moeten zijn dat hij de grenzen van het betamelijke overschreed.” In diezelfde, strenge lijn valt ook een uitspraak van de Kantonrechter Leeuwarden van 2007 te plaatsen, waarin een productiemedewerker een manager een mailtje had gestuurd waarin hij haar het voorstel deed elkaar te treffen om “van elkaars lichamen te gaan genieten.” De Kantonrechter achtte die bejegeningwijze ongepast en het deswege voor zover vereist gegeven ontslag op staande voet – de werknemer had zelf al opgezegd, maar trachtte daarop terug te komen – terecht.⁴⁴⁵ Dat over dit soort gedrag blijkbaar ook heel anders gedacht kan worden, volgt uit een arrest van het Amsterdamse Gerechtshof van een aantal jaren nadien. Daarin was eveneens sprake van een leidinggevende functionaris, die zich – ondanks dat de werkgever een beleid tegen seksuele intimidatie had ontwikkeld en ondanks dat de werknemer in kwestie eerder op ongepaste opmerkingen was aangesproken (toen hij had gepocht dat hij een 15-jarig meisje had “gescoord” en opgeschept over zijn seksleven) – opnieuw schuldig had gemaakt aan seksuele intimidatie. Hij had – in een tijdsbestek van

443 Zie over (de totstandkoming van) die uitspraak: S.F.Sagel, Over een lommerrijk bestaan en achterhaalde theorieën over de dringende reden, in: Vrienden door Duk en dun, Deventer 2011, p. 150/151. Dat er in Nijmegen ook een hele andere wind kan waaien blijkt uit Ktr. Nijmegen 12 maart 1993, JAR 1993/181.

444 Ktr. Eindhoven 29 november 2004, JAR 2005/2.

445 Ktr. Leeuwarden 28 augustus 2007, Prg. 2007, 135; JAR 2007/257 en RAR 2007/153. Zie eveneens terecht streng: Gem. Hof van Justitie NA en Aruba 16 september 2008, RAR 2008/162 en LJN: BF1913, waarin de tegen een collega gerichte opmerkingen “*Mira e mucha dushi ey. Con e lo bay chingami. Con e lo cohemi sin stop*” – vrij vertaald door het Hof als “Kijk, wat een lekker ding. Wat ga ik haar neuken. Wat gaat zij mij eindeloos pakken!” – en: “*Bo ta stroba Rubiano trabou, bai Haïti yu’i puta*” – vrij vertaald (wederom door het Hof): “Je pikt werk van Arubanen in, ga terug naar Haïti, hoerenkind”, als dringende reden werden gekwalificeerd.

twee maanden – onder meer tegen een ondergeschikte gezegd dat hij haar “wilde bestellen, om thuis mee te spelen”, tegen een andere medewerkster, die vakken met borrelnootjes aan het vullen was, dat hij zelf “ook nog een paar lekkere noten” had, tegen een derde medewerkster: “je bent net een ijsje, ik zou je van onder tot boven af willen likken”, waarna hij ook nog een mislukte poging deed om een andere collega in de nek te zoenen. Het Amsterdamse Gerechtshof achtte bewijslevering niet aangegeven, omdat deze toch niets zou opleveren. “De uitlatingen en gedragingen” die de werknemer werden verweten waren volgens het Hof namelijk hoe dan ook “niet zodanig ernstig dat deze zonder uitdrukkelijke schriftelijke voorafgaande waarschuwing de meest vergaande disciplinaire maatregel, een ontslag op staande voet, rechtvaardigen. Aan bewijslevering ten aanzien van de aan de werknemer in de ontslagbrief verweten gedragingen komt het hof dus niet toe.”⁴⁴⁶ In diezelfde lijn staat een uitspraak van de Kantonrechter Lelystad uit 2006, waarin een hooggeplaatste werknemer het zich had gepermitteerd om in de avonduren, in een uitgestorven kantoorpand, een schoonmaakster van achteren te besluipen en haar vervolgens in haar oor te fluisteren dat hij haar “keihard wilde nemen”. Geen dringende reden, aldus de Kantonrechter, en zelfs geen reden voor ontbinding.⁴⁴⁷ Deze uitspraken aan weerszijden van het spectrum staan niet op zichzelf, maar zijn veeleer exponenten van de verdeeldheid die op dit terrein bestaat.⁴⁴⁸

Duk heeft in zijn bijdrage aan de Jacobs-bundel – naar mijn mening: volstrekt terecht – de staf gebroken over de softe lijn op dit terrein, meer in het bijzonder: over het zojuist besproken arrest van het Gerechtshof Amsterdam uit 2009. Dat arrest valt de weinig benijdenswaardige eer ten deel van de meest “foute” uitspraak op het terrein van de dringende reden die Duk de afgelopen jaren tegenkwam.⁴⁴⁹ Bij zulk gedrag als daar ten toon is gespreid jegens ondergeschikten, zo Duk, behoort een leidinggevende zich ook zonder waarschuwing te beseffen dat het hem zijn baan kan kosten. Ik ben het daarmee eens.

Ook zou ik menen dat op dit terrein een duidelijke lijn is aangewezen en ook best door de Hoge Raad in een voorkomend geval kan worden getrokken en wel in die zin dat seksuele intimidatie, zeker in de relatie leidinggevende-ondergeschikte, behoudens bijzondere omstandigheden, als dringende reden kwalificeert.⁴⁵⁰ Zo een strenge vuistregel lijkt mij, gelet op het wettelijk kader, waaronder in het bijzonder art. 7:646 lid 8 BW, gezien tegen de achtergrond van EG richtlijn 2002/73/EG, dat een duidelijke aanwijzing bevat dat seksuele intimidatie op de werkvloer zo veel en effectief mogelijk tegengegaan behoort te worden, bepaald geïndiceerd. Met het

⁴⁴⁶ Hof Amsterdam 12 mei 2009, JAR 2010/11.

⁴⁴⁷ Ktr. Lelystad 10 februari 2006, Prg. 2006, 46. Terecht zeer kritisch over deze uitspraak is T.M.J. Smits, Seksuele intimidatie: de rechtspraak in perspectief geplaatst, SR 2008, 24.

⁴⁴⁸ Zie ook T.M.J. Smits, Seksuele intimidatie? Of gewoon gezellig? SR 2005, 2, die constateert dat de rechtspraak op dit terrein “een erg versnipperd beeld” laat zien. Zie eveneens het eerdere overzicht van P.G.M. ten Brink, Seksuele intimidatie; een overzicht van recente rechtspraak, ArbeidsRecht 1996, 38.

⁴⁴⁹ R.A.A. Duk, Hoe dringend is dringend?, in: W.G.M. Plessen, J. van Drongelen, F.H.R. Hendrickx (red.), Sociaal recht tussen behoud en vernieuwing, Zutphen 2011, p. 323.

⁴⁵⁰ Het Duitse BAG formuleerde onlangs ook een duidelijke vuistregel voor dit soort gevallen. Zie BAG, 09.06.2011 – 2 AZR 323/10. In dit arrest betoonde het BAG zich streng in de leer tegen seksuele intimidatie op de werkvloer.

aanvaarden daarvan door de Hoge Raad zouden jurisprudentiële misstappen, zoals sommige van de hiervoor besproken uitspraken naar mijn mening wel beschouwd kunnen worden, ongetwijfeld minder voorkomen en zal de rechtspraak op dit deel-terrein ongetwijfeld aan voorspelbaarheid winnen.⁴⁵¹ Waar de lagere rechtspraak zo verdeeld is als op dit terrein – gelukkig zijn er niet veel van dat soort gebieden – ligt er echt een taak voor de Hoge Raad om richting te geven en een duidelijke grens te stellen; een strenge vuistregel van de Hoge Raad kan het morele kompas van de lagere rechtspraak op een punt als dit herijken.

Een laatste terrein waarop het formuleren van vuistregels van groot belang blijft, zijn wat men nieuwe vormen van wangedrag zou kunnen noemen. Door maatschappelijke en technologische veranderingen en vernieuwingen ziet de praktijk zich met enige regelmaat geconfronteerd met nieuwe vormen van arbeidsrechtelijk wangedrag. Enigszins cynisch gezegd: geen nieuw technologisch verschijnsel of er zijn wel werknemers die het weten te misbruiken. Door het formuleren van vuistregels ter zake kan de dringende reden *up to date* gehouden worden. Rond de afgelopen eeuwwisseling, toen werknemers op grote schaal toegang kregen tot internet op de werkplek, kwam bijvoorbeeld opeens op grote schaal de vraag op of misbruik van die faciliteiten een dringende reden oplevert.⁴⁵² Zoals hiervoor onder 4.5.2.2 is weergegeven, tekende zich op dit punt al vrij snel een tamelijk duidelijke “in beginsel niet, tenzij”-lijn af in de lagere rechtspraak.

Inmiddels is, door de opkomst van social media, zoals Facebook, Hyves en LinkedIn, een nieuwe vraag opgekomen, te weten in hoeverre een werknemer zich op zulke fora heeft te onthouden van het doen van negatieve uitlatingen over zijn werkgever en – als hij dat niet doet – of dat een dringende reden oplevert. Dat is een interessante vraag op het snijvlak van enerzijds de verplichting om als goed werknemer zo min mogelijk schade te berokkenen aan de goede naam van de werkgever en anderzijds de grondrechten op privacy – de werknemer kan zijn gal immers best in zijn vrije tijd op het forum gespuwd hebben – en vrijheid van meningsuiting.⁴⁵³ Die verplichting om geen schade toe te brengen aan de goede naam van de werkgever, kan er – zoals de Kantonrechter Den Haag in 2006 al eens besliste – zelfs toe leiden dat de werknemer wordt veroordeeld tot betaling van smartengeld.⁴⁵⁴ De eerste signalen lijken erop te duiden dat, waar werknemers zich schuldig maken aan het

451 Zie over de relatie tussen art. 7:646 lid 8 BW en richtlijn 2002/73/EG, alsmede de uitleg die de Hoge Raad aan het begrip seksuele intimidatie geeft, zowel L.P.M. Klijn, Hoge Raad 10 juli 2009: in perspectief geplaatst, TRA 2010, 68 en H.M.T. Holtmaat, TRA 2009, 79, die de Hoge Raad verwijt ter zake van de vraag of van seksuele intimidatie sprake is, een te weinig objectiverend criterium voor te schrijven.

452 Zie daarover: T.C.B. Homan, Privacy, internet en email op de werkplek, AI 2000, 6, p. 186-192.

453 Zie over de uit art. 7:611 BW volgende verplichting om de werkgever zo min mogelijk schade te berokkenen: S.F. Sagel en J.N. Stamhuis, Persoonlijke boetes en clementieverzoeken van werknemers – het arbeidsrecht als spelbreker voor de NMa?; E. Verhulp, Grondrechten in het arbeidsrecht, Deventer, 1999, p. 149; S.F.H. Jellinghaus, Goed werkgeverschap en goed werknemerschap, Sdu Commentaar arbeidsrecht, c.10.1, p. 171; Hof 's-Gravenhage 12 mei 2006, JAR 2006/137; Ktr. Alkmaar 27 juni 2002, JAR 2002/171 (schade aan goede naam werkgever toegebracht).

454 Al was het bedrag dat in die eerste zaak werd toegewezen, slechts symbolisch van aard. De werkgever kreeg EUR 1,-. Zie Ktr. 's-Gravenhage 24 januari 2006, JAR 2006/125. Zie daarover: S.F. Sagel, Bedrijf kan smartengeld eisen, Het Financieel Dagblad, 1 juni 2006.

plaatsen van voor de werkgever of collega's beledigende teksten op social media, dat in beginsel een dringende reden oplevert, mits de werkgever een waarschuwing heeft gegeven.⁴⁵⁵ Zo kon een magazijnmedewerker bij Blokker niet op clementie rekenen van de Kantonrechter toen hij zich, nadat hij wegens eerdere negatieve uitlatingen op Facebook was gewaarschuwd, als volgt meende te moeten uitlaten over zijn werkgever nadat hem betaling van een voorschot op zijn salaris was geweigerd:

“Blokker wat een hoerebedrijf spijt dak er ben gaan werken en die mensen ook d er werken vooral me teamleider wat een gore achter de ellebogen nijmegen seple nep wout je ken aan die kkkstreken van hem wel merken dat hij uit nijmegen ko en wout uis geweest de hoerestumperd ooit komt mijn dag en geloof me dan st ze te janken kkhomo,s”

Een dringende reden was daarmee gegeven, aldus de Kantonrechter.⁴⁵⁶ Het argument van de werknemer dat voor het aannemen van een dringende reden geen plaats was omdat daarmee een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer werd gemaakt, kon de Kantonrechter niet overtuigen en wel omdat het privé-karakter van Facebook betrekkelijk is, “evenals het begrip vrienden”.⁴⁵⁷ Het was namelijk een Facebook-vriend van de werknemer geweest die het bericht had doorgesluisd naar de werkgever.⁴⁵⁸ Bovendien, zo merkt de Kantonrechter op, is er het risico van re-tweeten – het doorsturen van een bericht door anderen – welk risico meebrengt dat anderen dan alleen de Facebook-vrienden kennis kunnen nemen van het bericht. Ik meen dat deze uitspraak goed verdedigbaar is; de vrijheid van meningsuiting vindt zijn begrenzing, ook op social media-sites, waar deze voor grove beledigingen wordt ingezet.⁴⁵⁹ De werknemer heeft een verantwoordelijkheid voor hetgeen hij in de (semi)publieke arena over zijn werkgever te berde brengt en zal daarop ook mogen worden aangesproken.⁴⁶⁰ Ook bij zulke nieuwe of “opkomende” dringende redenen zoals wangedrag op social media fora kan langdurige onzekerheid in de praktijk, veel vallen en opstaan worden voorkomen wanneer de Hoge Raad duidelijkheid schept met een vuistregel die het nieuwe wangedrag afdekt. Het zou dan ook goed zijn wanneer de Hoge Raad de bereidheid zou hebben zich ook bij dit soort nieuwe arbeidsrechtelijke vraagstukken weer wat meer van zijn meer activistische kant te laten zien.

Concluderend kan worden gesteld dat juist waar op dit moment (i) in de lagere rechtspraak geen duidelijke lijn te ontwaren is in de arbeidsrechtelijke taxatie van

455 Zie Ktr. Wageningen 11 april 2012, LJN: BW2006, Prg. 2012, 150 (waarin een werknemer zich op facebook had beklagd over het feit dat hij met een collega moest samenwerken, zulks met teksten als “Ja hoor, mag je morgen weer met die zwarte mee Jezus zeg gvd moet lekker doorgaan zo, dan ben ik er gauw klaar mee”. “Het is getint en het werkt niet hard.” “Ik wil verlost worden van deze mongool wat een gek zeg.” Geen dringende reden, aldus de Kantonrechter omdat niet eerst een waarschuwing was gegeven).

456 Ktr. Arnhem 19 maart 2012, Prg. 2012, 125.

457 Een vaststelling waartoe Henk Temming en Henk Westbroek al in 1983 waren gekomen.

458 Zie Ktr. Arnhem 19 maart 2012, JAR 2012/97, Prg. 2012, 125.

459 Vgl. ook E. Thole en A. Engelfriet, Q&A over privacy, social media en de werkplek, *ArbeidsRecht* 2012, 34. Zie eveneens B. Barentsen en S.F. Sagel, *Kroniek van het sociaal recht*, NJB 2012, p. 2453.

460 Zie R.J. van der Ham, *Werknemer 1: ‘werknemer 2, mijn baas is echt ‘n e*kel!’*, *ArbeidsRecht* 2012, 7.

bepaald gedrag (in de zin van: ontslag op staande voet waardig of onwaardig) ofwel (ii) zo een lijn wel is ontstaan, maar die lijn – als onjuist – omgebogen moet worden, de Hoge Raad de rechtspraak nog steeds een grote dienst kan bewijzen door te verduidelijken welke taxatie hij *in beginsel* of *behoudens bijzondere omstandigheden* aan bepaald gedrag – en meer in het bijzonder aan de aard en de ernst daarvan – geeft.⁴⁶¹ Dat zal niet bij alle vormen van wangedrag mogelijk zijn, maar bij de meeste vormen daarvan is daarover – met enige goede wil – best een *uitgangspunt* te formuleren. Het zij herhaald: met de wind van een duidelijke vuistregel van de Hoge Raad in de rug, staat de uitkomst weliswaar niet op voorhand geheel en al vast, maar zal het debat zich wel vernauwen tot de vraag of afwijking van die vuistregel, gelet op een weging van de overige gezichtspunten, geïndiceerd is. Of zoals Barendrecht het formuleert: een vuistregel brengt focus aan in het debat en verdeelt de “argumentatielast”. Degene die de vuistregel tegen heeft, is aan zet.⁴⁶² Hij staat, al naar gelang de kracht van de regel bij aanvang van de wedstrijd, op 1-0 of 2-0 achter, maar dat sluit niet uit dat hij alsnog kan winnen, maar dan wel alleen als hij een paar sterke argumenten heeft, die het uitgangspunt omver trekken. Het bestaan van de gezichtspuntencatalogus doet aan dat alles niet af. Integendeel: juist door de combinatie van duidelijke vuistregels ter zake van de taxatie die in beginsel aan bepaald gedrag moet worden gegeven, in combinatie met duidelijkheid ter zake van de inhoud en betekenis van de gezichtspunten die de eindafweging voor het overige bepalen, kan de voorspelbaarheid van de dringende reden gemaximeerd worden.⁴⁶³ Daarenboven kan door het vooropstellen van zulke vuistregels in een zaak waarin de Hoge Raad een uitspraak van de appelrechter overeind houdt waarin op basis van de overige gezichtspunten van het specifieke geval is gekomen tot een afwijking van een op zich juiste en duidelijke lijn (in de lagere rechtspraak) ter zake van de taxatie van bepaald gedrag, voorkomen worden dat die zaak een eigen leven gaat leiden en de lijn als zodanig ondermijnt. Dat alles pleit voor het reactiveren van het middel van de vuistregel.

4.7.5 De rol van de Hoge Raad en de prejudiciële procedure; ruim baan voor vuistregels

De ruimte voor het onder 4.7.4 bepleite activisme zou er om twee redenen de komende jaren moeten zijn. In de eerste plaats omdat zulk activisme ter zake van het formuleren van vuistregels met betrekking tot de dringende reden naadloos past in (het zwaartepunt van) de taak die de Hoge Raad voor zichzelf weggelegd ziet, te

461 Zie in dit verband naar analogie bijvoorbeeld ook het effect dat is uitgegaan van de AVM-arresten van 5 januari 2007, JAR 2007/37 en JAR 2007/38 op de invulling van het criterium uit Brabant/Van Uffelen.

462 J.M. Barendrecht, De Hoge Raad op de hei, kwaliteitsbewaking en leiding over de rechtspraak door de civiele cassatie, een analyse en denkriching voor de toekomst, Deventer 1998, p. 103/104.

463 Zie voor een bijdrage waarin geklaagd wordt over het ontbreken van harde subregels en vuistregels: R. Hansma, Weer een arrest dat schoffeert, in: M.J.M.T. Keulaerds, J.P. Heering, R.P.J.L. Tjittes (red.), Veelzijdig in cassatie, Den Haag, 2012, p. 143 e.v.

weten de rechtsvorming, meer dan het toezien op (de kwaliteit van) de rechtsbescherming.⁴⁶⁴ Zoals de huidige President van de Hoge Raad het in een interview bij zijn aantreden in 2009 zei: wat bij de Hoge Raad “centraal moet staan” is “belangrijke rechtsvragen beantwoorden”.⁴⁶⁵ Dat zwaartepunt moet ook worden gediend met de invoering van de mogelijkheid om, via de band van een selectiemodel, evident kansloze zaken al aan het begin van de rit af te wijzen.⁴⁶⁶

Een pregnant recent arbeidsrechtelijk voorbeeld van het belang dat de Hoge Raad toekent aan zijn rechtsvormende taak en van de bereidheid om *out of his way* te gaan om daaraan invulling te geven, vormt – wat mij betreft – zijn arrest in de zaak *Davelaar/Allspan* van maart 2012, dat betrekking had op de vraag of ook kleine zelfstandigen kunnen vallen onder de reikwijdte van het bepaalde in art. 7:658 lid 4 BW.⁴⁶⁷ Het cassatiemiddel bevatte, naast andere klachten, een op die principiële en voor de praktijk hoogst belangrijke vraag toegespitste klacht die evident belang miste, omdat het Gerechtshof te Arnhem de vraag of een kleine zelfstandige onder de reikwijdte van die bepaling viel, na uitvoerige bespiegelingen over de *pro's* en – wat het Hof betreft: vooral – *con's* in zijn in cassatie bestreden arrest uiteindelijk in het midden had gelaten.⁴⁶⁸ Hoewel de Hoge Raad onderkende dat de cassatieklacht die dit punt aan de orde stelde, belang miste, nam hij, samen met de A.-G., toch de gelegenheid te baat om de vraag uitvoerig te behandelen en de praktijk van een antwoord te voorzien.⁴⁶⁹ Die benadering heeft hem (naar ik meen terecht) juichende kritieken opgeleverd, onder meer van Houweling.⁴⁷⁰ Een vergelijkbare koers hanteerde de Hoge Raad een paar maanden eerder in de zaak *Hagens/De Rooyse Wissel*, waarin hij in het belang van de rechtsontwikkeling het principale cassatiemiddel, waaraan door de beslissing van de Hoge Raad op het incidentele beroep het

464 In de literatuur is wel kritiek geuit op de vermindering van de rechtsbeschermende functie, zie J. van Duijvendijk-Brand, Waartoe is de Hoge Raad op aarde?, NJB 2010/445, p. 553-560; I. Giessen & L. Coenraad, De ketens van en binnen de Nederlandse rechtspleging, NJB 2010/77, afl. 15, p. 968-969; M. Bruning, Verbetering van de cassatiepraktijk. Kerntaken voor Hoge Raad en NOvA, NJB 2010/1268, afl. 25, p. 1593-1595.

465 C. Lindo, Tussen ideaal en nuchterheid, interview met de nieuwe president van de Hoge Raad, mr. G.J.M. Corstens, NJB 2009, 805.

466 Daartoe is in 2012 een nieuw art. 80a lid 1 RO ingevoerd, luidende: ‘De Hoge Raad kan, gehoord de procureur-generaal, het beroep in cassatie niet-ontvankelijk verklaren wanneer de aangevoerde klachten geen behandeling in cassatie rechtvaardigen, omdat de partij die het cassatieberoep instelt klaarblijkelijk onvoldoende belang heeft bij het cassatieberoep of omdat de klachten klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden.’

467 HR 23 maart 2012, JAR 2012/110.

468 Zie over deze discussie ook de knappe bijdrage van P.L.M. Schneider, Is de zzp'er “een persoon” in de zin van art. 7:658 lid 4 BW?, TAP, 2011, p. 272-280, van vlak voor het arrest van de Hoge Raad.

469 Zie rov. 3. 5. “Onderdeel 1 is voorgedragen voor zover het hof heeft geoordeeld dat Davelaar niet kan worden aangemerkt als ‘een persoon’ als bedoeld in art. 7:658 lid 4. Deze lezing mist feitelijke grondslag, omdat het hof blijkens de eerste volzin van rov. 3.11 in het midden heeft gelaten of Davelaar als ‘een persoon’ in vorenbedoelde zin kan worden aangemerkt. Het onderdeel kan derhalve niet tot cassatie leiden. Niettemin zal in het hiernavolgende volledigheidshalve worden ingegaan op de vraag of de bepaling ook toepassing kan vinden in het geval dat de arbeid door een zelfstandig ondernemer op grond van een overeenkomst van aanneming van werk wordt verricht.”

470 Zie A.R. Houweling, Werkgeversaansprakelijkheid voor zelfstandige opdrachtnemers: over “een persoon” en “in de uitoefening van diens beroep of bedrijf” ex art. 7:658 lid 4 BW, AR Updates. Kritisch is W.A. Zondag in zijn noot onder JAR 2012/110, die de beslissing van de Hoge Raad eenzijdig onderbouwd acht.

belang was komen te ontvallen, ten overvloede toch behandelde om te verduidelijken dat de verzekeringsplicht die op grond van art. 7:611 BW is aanvaard voor verkeersongevallen, zich niet uitstrekt tot andersoortige arbeidsongevallen die de werknemer op de werkplek en dus binnen het bereik van art. 7:658 BW overkomen.⁴⁷¹

In de tweede plaats zou er de komende jaren alle ruimte moeten zijn voor meer activisme ter zake van de dringende reden, omdat de mogelijkheden tot “vuistregelvorming” ingrijpend zijn vergroot door de invoering van de Wet Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad die per 1 juli 2012 in werking is getreden.⁴⁷² Tot dat moment was het zo dat de Hoge Raad – daargelaten het niet meer dan incidenteel gebruikte middel van de cassatie in het belang der wet – voor het tot hem komen van relevante vragen, geheel afhankelijk was van de vraag of een procespartij tot aan de Hoge Raad wenste door te procederen (en ook een cassatieadvocaat trof die het belang van de vraag onderkende). Daarin is met de zojuist genoemde wet verandering gekomen. De Wet Prejudiciële vragen is een direct uitvloeisel van het een aantal jaren geleden uitgebrachte rapport van de commissie Hammerstein over de versterking van de cassatierechtspraak dat opriep tot de invoering van de mogelijkheid van het stellen van zulke vragen aan de Hoge Raad.⁴⁷³ De regeling is voornamelijk neergelegd in drie nieuwe artikelen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, te weten de artt. 392 tot en met 394 Rv.⁴⁷⁴ Art. 392 lid 1 Rv. bepaalt dat de rechter in de procedure op verzoek van partijen of ambtshalve een prejudiciële *recht*spraak kan stellen ter beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing indien een antwoord op deze vraag nodig is om op de *eis* of het *verzoek* te beslissen en rechtstreeks van belang is a) voor een veelheid aan vorderingsrechten die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten en uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen, of b) voor de beslechting of beëindiging van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, waarin dezelfde vraag zich voordoet.

De a-categorie betreft, kort gezegd, zogenaamde “massavorderingen”, zoals aan de orde in de Dexia-zaak. Het gaat dan dus om een veelheid aan vorderingsrechten die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten en uit dezelfde of soortgelijke samenhangende oorzaken voortkomen.⁴⁷⁵ Door de b-categorie wordt ook de mogelijkheid gecreëerd om rechtswragen voor te leggen die tegelijkertijd in talrijke vergelijkbare geschillen tussen verschillende partijen aan de orde zijn en waar de rechtseenheid eveneens gediend is met een spoedig antwoord. In de Memorie van Toelichting wordt, bij wijze van voorbeeld, gewezen op een rechtswraag over de uitleg van nieuwe

471 HR 11 november 2011, NJ 2011, 598, rov. 5.1. Zie over (het belang van) die zaak ook het jaarverslag van de Hoge Raad over 2011, www.rechtspraak.nl.

472 Staatsblad 2012, 65. Zie over de arbeidsrechtelijke betekenis van de wet: S.F. Sagel, De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad en het arbeidsrecht, TRA 2012, 64. S.F. Sagel, De (arbeidsrechtelijke) betekenis van de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, in: C.J. Frikkee e.a., Arbeidsprocesrecht in beweging, Den Haag, 2012, p. 51-67.

473 Kamerstukken II 2007/08, 29 279, nr. 69.

474 Alsmede een wijziging in de Wet RO, waarin een artikel 81a zal worden ingevoegd dat erin voorziet dat “De Hoge Raad (...) kennis (neemt, toevoeging SFS) van door de rechtbanken en de gerechtshoven gestelde prejudiciële vragen.”

475 Kamerstukken II 2010–2011, 32 612, nr. 3, p. 1.

wetgeving. Ook treft men daarin een arbeidsrechtelijk geïnspireerd voorbeeld aan, te weten de rechtspraak inzake de doorbreking van de absolute verjaringstermijn in asbestzaken. De vraag of die termijn (onder omstandigheden) doorbroken kan worden – een vraag die overigens door de Hoge Raad in 2000 bevestigend werd beantwoord – is, zo de Memorie van Toelichting, bij uitstek een voorbeeld van een vraag die in allerlei verschillende procedures van (oud) werknemers die zijn blootgesteld aan asbest en bij wie zich de gevolgen daarvan pas na het verstrijken van de verjaringstermijn hebben geopenbaard, kan opkomen.⁴⁷⁶

Van belang is voorts, dat er bewust van is afgezien om een harde regel te stellen ter zake van het aantal procedures/geschillen waarvoor de prejudiciële beslissing van belang is. Daaraan ligt de gedachte ten grondslag dat, hoewel het aan de ene kant voor zich spreekt dat de maatschappelijke behoefte aan een richtinggevende uitspraak gering is indien slechts enkele personen bij een antwoord belang hebben, anderzijds ook moet worden gekeken naar andere omstandigheden, zoals de omvang van de vorderingen en de maatschappelijke onrust die deze met zich brengen.⁴⁷⁷ Klaarblijkelijk is hier, tot op zekere hoogte, sprake van communicerende vaten. Indien het aantal procedures/geschillen relatief beperkt is, maar de maatschappelijke ophef daarover des te groter, kan dat laatste het eerste compenseren en is, in onderling verband beschouwd, het stellen van een prejudiciële vraag toch gewettigd.

De rechter kan ambtshalve of op verzoek van partijen tot het stellen van een vraag overgaan. De procespartijen hebben hier dus, zo men wil, een *initiatiefrecht*. Blijkens lid 2 van art. 392 Rv. is hun bemoeienis daartoe niet beperkt, maar moet de rechter als hij *sua sponte* of op aangeven van een der partijen voornemens is om een vraag te stellen, beide partijen in de gelegenheid stellen zich uit te laten over de wenselijkheid van het stellen van een vraag alsmede over de inhoud daarvan. Pas daarna volgt de beslissing om de vraag daadwerkelijk te stellen. De rechter kan daartoe ook overgaan wanneer beide partijen hebben aangegeven dat niet te willen. Dat gaat ver, maar is verdedigbaar vanuit het perspectief dat de vraag niet alleen wordt gesteld in het belang van partijen, maar juist ook in het belang van de rechtsontwikkeling en rechtsbedeling in het algemeen.⁴⁷⁸ Overigens heeft ook de Kantonrechter in eerste aanleg de mogelijkheid tot het stellen van een prejudiciële vraag.⁴⁷⁹

476 Zie voetnoot 6. Zie voor het arrest HR 28 april 2000, NJ 2000, 430.

477 Kamerstukken II, 2010-2011, 32 612, nr. 3, p. 13.

478 Zie over het verloop van de prejudiciële procedure: S.F. Sagel, De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad en het arbeidsrecht, TRA 2012, 64, alsmede – uitvoeriger – S.F. Sagel, De (arbeidsrechtelijke) betekenis van de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, in: C.J. Frikkee e.a., Arbeidsprocesrecht in beweging, Den Haag, 2012, p. 51-67.

479 In het oorspronkelijke wetsvoorstel was het stellen van een vraag voorbehouden aan de meervoudige kamer van de rechtbank. Aan de kantonrechter kwam die bevoegdheid niet toe. Uit de motivering die daarvoor in de memorie van toelichting werd gegeven, te weten dat “*daarvoor is gekozen om zoveel mogelijk te waarborgen dat in de beslissing de vraag en de voor de beantwoording daarvan essentiële feiten zo nauwkeurig mogelijk worden geformuleerd en om te voorkomen dat er te lichtvaardig van deze procedure gebruik wordt gemaakt*”, sprak geen onverdeeld vertrouwen in de unus-rechtspraak. Zie Kamerstukken II, 2010-2011, 32 612, nr. 3, p. 13. Bij tweede nota van wijziging van 28 september 2011 bleek dit wantrouwen verdampd en werd het alsnog mogelijk gemaakt om ook alleensprekende civiele rechters prejudiciële vragen te laten stellen; dat het “*in kantonzaken niet mogelijk zou zijn (...) een prejudiciële vraag te stellen*” kon “*vanzelfsprekend niet de bedoeling*” zijn. Kamerstukken II, 2011-2012, 32 612, nr. 8.

De mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad is een belangrijke en toe te juichen ontwikkeling, ook voor de ontwikkeling van het arbeidsrecht en – meer in het bijzonder – de hier aan de orde zijnde discussie omtrent het geven van richting ten aanzien van de dringende reden door de Hoge Raad. Die richting kan de Hoge Raad nu namelijk niet alleen meer op aangeven van procespartijen, maar ook op aangeven van lagere rechters geven. Dat geldt des te sterker nu uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de scope van de prejudiciële procedure bepaald ruimer is dan de letter van art. 392 Rv., waarin alleen wordt gesproken over het stellen van een “rechtsvraag”, doet vermoeden. Bezie men de bewoordingen van art. 393 Rv. dan zou de gedachte kunnen opkomen dat de prejudiciële procedure slechts kan worden gehanteerd om zuivere rechtsvragen aan de Hoge Raad voor te leggen, terwijl niet alleen beslissingen van feitelijke, maar ook beslissingen van gemengde aard – zoals (zie hiervoor onder 4.3.3.1) de vraag wanneer sprake is van een dringende reden – daarin *off limits* zouden zijn. Dat is, blijkens de wetsgeschiedenis, uitdrukkelijk *niet* de bedoeling. Ook beslissingen van gemengde aard, zoals de vraag wanneer sprake is van een dringende reden, kunnen in een prejudiciële procedure aan de orde worden gesteld. Sterker nog: van regeringszijde is tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer opgemerkt dat de ruimte voor het voorleggen van dergelijke beslissingen in de prejudiciële procedure zelfs nog groter zou zijn dan in een reguliere cassatieprocedure.⁴⁸⁰

In een latere fase voegde de Minister daaraan toe dat, omdat het antwoord op de prejudiciële vraag een “zaakoverstijgend belang” moet dienen, een dergelijk antwoord een eigen specifiek karakter moet hebben: het antwoord is geen uitspraak over een concreet individueel geschil, maar een antwoord dat uitgaande van gemeenschappelijke feiten richtinggevend is voor een veelheid aan zaken die gegrond zijn op deze feiten. De beantwoording zal, zo de Minister, dan “kunnen bestaan uit de formulering van meer algemene, richtinggevende uitgangspunten die de feitelijke rechter en partijen behulpzaam kunnen zijn bij de beslechting c.q. beëindiging van het geschil”.

Dat betekent, al met al, dat het middel van de prejudiciële vraag zich bij uitstek leent voor het stellen van vragen over wangedrag ten aanzien waarvan het in de lagere rechtspraak omstreden is of dat gedrag in beginsel wel, niet, of slechts onder

⁴⁸⁰ Naar aanleiding van vragen van de PvdA-fractie in de Tweede Kamer merkte de Minister in de Nota naar aanleiding van het verslag op: “De leden van de PvdA-fractie vragen of de mening wordt gedeeld dat de Hoge Raad in een prejudiciële procedure een grotere beoordelingsvrijheid heeft dan in de cassatieprocedure. Die mening deel ik in zoverre dat de prejudiciële procedure er zich voor leent dat de Hoge Raad met het oog op een praktische, efficiënte en zo mogelijk uniforme afwikkeling van een groot aantal zaken, vragen beantwoordt die tot gemengde beslissingen leiden. De beantwoording zal dan bijvoorbeeld kunnen bestaan uit de formulering van meer algemene, richtinggevende uitgangspunten die bij de afwikkeling van deze zaken behulpzaam kunnen zijn. De prejudiciële procedure verlangt dientengevolge ook dat met meer afstand van individuele feiten en omstandigheden tot een antwoord wordt gekomen, wil het ook betekenis hebben voor andere feitelijk vergelijkbare zaken. Zie Kamerstukken II, 2010-2011, 32 612, nr. 6, p. 15. Bij memorie van antwoord in de Eerste Kamer drukte de Minister zich iets terughoudender uit over de toetsing van gemengde beslissingen in cassatie en wel in die zin dat de “prejudiciële procedure (...) zich er *in beginsel* ook voor (leent, toevoeging SFS) dat de Hoge Raad dergelijke vragen beantwoordt.” Kamerstukken I 2011-2012, 32 612, C, p. 5; cursivering toegevoegd, SFS.

bijzondere omstandigheden als dringende reden kwalificeert. Het zou een goede zaak zijn wanneer lagere rechters, de bereidheid zouden tonen om in plaats van te varen op hun “eigen” keuze in zo een “scholensrijd” met enige regelmaat de Hoge Raad de gelegenheid te bieden de knoop door te hakken en daarmee bij te dragen aan de rechtseenheid en rechtsontwikkeling. Dit betoog sluit aan bij hetgeen Asser in een preadvies uit 2007 heeft opgemerkt. Hij stelt daarin, meer in zijn algemeenheid, dat de rechtsontwikkeling een impuls zou krijgen als de Hoge Raad beslissingen van gemengde aard ruimer gaat toetsen. Daarmee zou meer ruimte ontstaan om de kern van de rechterlijke beslissing in het licht van de rechtstoepassing goed ter discussie te stellen en zou de Hoge Raad meer inzicht kunnen verschaffen in de “kwalificatiekunst” (van de feiten). Zo, aldus Asser, kan op het terrein van de gemengde beslissingen leiding worden gegeven aan de ontwikkeling van het recht.⁴⁸¹

4.7.6 De dringende reden en extra sturing via de band van art. 7:611 BW

4.7.6.1 De dringende reden en de goede werkgever

De meest opvallende ontwikkeling in de arbeidsrechtelijke rechtspraak van de afgelopen 20 jaar is ongetwijfeld de vlucht geweest die het bepaalde in art. 7:611 BW heeft genomen. Op basis van die bepaling zijn de meest uiteenlopende verplichtingen gecreëerd, mogelijkheden geschapen en gaten gedicht. Van de verplichting tot het afsluiten van een adequate verzekering om het risico van verkeersongevallen af te dekken voor werknemers die in de uitoefening van hun werk deelnemen aan het verkeer, via de verplichting om werknemers bij een overgang van onderneming volledig te informeren over al hun rechten en verplichtingen bij zo een overgang, tot de verplichting voor de werknemer om, handelend als goed werknemer, een in redelijkheid gedaan, redelijk voorstel tot wijziging van de arbeidsovereenkomst dat hij in redelijkheid niet kan weigeren, te aanvaarden.⁴⁸² Het zijn drie hoogtepunten uit een veel bredere selectie.

⁴⁸¹ W.H.D. Asser, De werkwijze van de hoogste rechtscolleges, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag 2007, p. 214-216.

⁴⁸² Zie over de verzekeringsplicht voor verkeersongevallen: HR 1 februari 2008, NJ 2009, 330 en 331 (Maasman/Akzo en Kooiker/Taxicentrale Nijverdal) Zie daarover onder meer: T. Hartlief, Rechtsvorming door de Hoge Raad: het dossier ‘werkgeversaansprakelijkheid’, AV&S, 2009, 29; A.R. Houweling, Werkgeversaansprakelijkheid in geval van werkgerelateerde verkeersongevallen, ArA 2009/1, p. 35; H. van Boom, G.N. van Kooten en P.L.M. Schneider, Compensatie van verkeersletsel van werknemers: wat is een behoorlijke verzekering?, ArA 2008/2, p. 48; Zie voor de verplichting tot behoorlijke voorlichting bij overgang van onderneming: HR 26 oktober 2007, NJ 2008, 504, m.nt. E. Verhulp, JAR 2007/285 en RAR 2008/3, alsmede HR 26 juni 2009, JAR 2009/183, LJN: BH4043. Zie daarover onder meer: A.L. Hustinx, Informatievoorziening aan werknemers bij overgang van onderneming, ArbeidsRecht 2009, 40 en R.M. Beltzer, Overgang van onderneming, wat niet weet, deert toch, ArA 2009/3; C.J. Frikkee, overgang van onderneming, wezen gaat voor schijn, TRA 2009, 78. Zie voor de uit art. 7:611 BW volgende verplichtingen tot medewerking aan wijziging van de arbeidsverhouding in het bijzonder HR 11 juli 2008, RAR 2008/128 en NJ 2011, 185. Zie daarover onder meer: R.M. Beltzer, De kluwen (deels) ontward, TAP nr. 1, nov. 2008, p. 5-7, F.B.J. Grapperhaus, Wijziging van de arbeidsrelatie bij gewijzigde omstandigheden De Taxi-Hofman-regel verduidelijkt in het Mammoet-arrest, TRA 2008, 3 die als een van de weinigen heel terecht wijst op het grote belang van een “tactische” houding van de werknemer bij discussies als deze.

Deels in het verlengde van, deels als inspiratie voor voorgaande rechtsontwikkelingen is ook in de literatuur veel aandacht besteed aan het goed werkgeverschap. In dit verband valt natuurlijk met name te wijzen op Heerma van Voss, die in verschillende bijdragen op die norm is ingegaan. Zijn analyse komt erop neer dat het goed werkgeverschap verschillende rollen speelt binnen de arbeidsovereenkomst, te weten die van toetssteen voor werkgevershandelen, die van doorgeefluik om nieuwe ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht te implementeren en die van middel om wijzigingen in de arbeidsovereenkomst door te voeren.⁴⁸³

Nauwelijks (gestructureerde) aandacht is tot op heden besteed aan de vraag welke rol het beginsel van goed werkgeverschap eigenlijk speelt bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet.⁴⁸⁴ Het in kaart brengen van dat braakliggende terrein biedt naar mijn mening een uitgelezen kans om de dringende reden nog wat meer aan voorspelbaarheid te laten winnen, want ook daar kan de eerste “rol” van het goed werkgeverschap – te weten die van toetssteen – een belangrijke rol spelen.

In dat kader zij allereerst in herinnering geroepen, dat het bepaalde in art. 7:611 BW niets meer is dan een concretisering voor de arbeidsovereenkomst van de algemene verplichting voor contractspartijen om zich jegens elkaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid te gedragen. Art. 7:611 BW is volgens de Hoge Raad een specialis van art. 6:248 BW.⁴⁸⁵ Nu de vraag of de werkgever een dringende reden heeft om de arbeidsovereenkomst te beëindigen, naar in de wetstekst van art. 7:678 BW tot uitdrukking komt, een *redelijkheidstoets* oplevert – de bepaling werpt immers de vraag op of “redelijkerwijze niet langer kan gevergd worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren” – komt het mij voor dat (ook) die norm moet worden ingekleurd aan de hand van het bepaalde in art. 7:611 BW. Wat in titel 7.10 BW onder *redelijk* wordt verstaan, is de *redelijkheid* als bedoeld in art. 7:611 BW.

Steun voor die gedachte valt te vinden in de leer van de Hoge Raad dat ook art. 7:681 BW als een specialis van art. 7:611 BW moet worden gezien. Het gaat bij de beoordeling of sprake is van kennelijk *onredelijk* ontslag om beantwoording van de vraag of de werkgever bij de beëindiging van het dienstverband heeft gehandeld in strijd met “algemeen aanvaarde normen van goed werkgeverschap.”⁴⁸⁶ Bij het

483 G.J.J. Heerma van Voss, Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht, Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 17, Alphen aan den Rijn, 1993; tweede druk Reeks VvA nr. 29, Deventer, 1999. Zie ook G.J.J. Heerma van Voss, De dynamiek van het goed werkgeverschap, TRA 2011/77.

484 Rood heeft die vraag kort aangestipt in zijn bijdrage aan de afscheidsbundel voor Prof Frenkel. Zie M.G. Rood, Over de goede trouw in het ontslagrecht, in: L. Bots, G.J.J. Heerma van Voss en A.T.J.M. Jacobs (red.), Blinde vlekken in het sociaal recht, Deventer, 1986, p. 140 onder verwijzing naar Rb. Rotterdam 20 juni 1980, NJ 1981, 181.

485 HR 30 januari 2004, JAR 2004/68. Zie daarover ook I.P. Asscher-Vonk, Parallel Entry – gelijke behandeling in het hok?, in: S.F. Sagel (red.) Vrienden door Duk en dun, Deventer, 2011, p. 201-213.

486 HR 27 november 2009, NJ 2010, 493, rov. 4.2. Zie ook reeds in die zin: HR 14 november 2008, NJ 2008, 589, rov. 3.3.2. Zie daarover ook G.J.J. Heerma van Voss, J.M. de Laat, S.F. Sagel en E. Verhulp, Begroot, schat, vergoed en bewonder, de begroting van de kennelijk onredelijk ontslagvergoeding na 12 februari 2010, TRA 2010, 47; G.W. van der Voet, De Hoge Raad in Rutten/Breed, geen magisch-realistische maar een impressionistische benadering bij het vaststellen van de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag, TAP 2010/3, p. 100 e.v.; M.V.E.E. Jansen, De Hoge Raad zet koers uit bij kennelijk onredelijk ontslag, ArbeidsRecht 2010/1.

kennelijk *onredelijk* van art. 7:681 BW gaat het dus ten gronde om *onredelijk* in de zin van art. 7:611 BW. Waarom zou dat bij de redelijkheidsvraag van art. 7:678 BW anders zijn?

Dat het daarbij niet om een daadwerkelijk andere vraag gaat, dringt zich eens te meer aan wanneer men bedenkt dat de Hoge Raad in het arrest *Schrijver/Van Essen* besliste dat wanneer is uitgemaakt dat zich een dringende reden voordoet in de zin van art. 7:678 BW, vervolgens niet kan worden geoordeeld dat sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag op grond van het zogenaamde gevolgcriterium. De vraag of de gevolgen van het ontslag redelijkerwijs opwegen tegen het belang bij beëindiging, moet namelijk, gelet op de maatstaf die de Hoge Raad voor de beoordeling van een dringende reden voorschrijft, al in het kader van art. 7:678 BW worden behandeld. Is deze vraag daar ontkennend beantwoord, dan – zo de Hoge Raad in rov. 4.4. van het arrest van 12 februari 1999 – “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.”⁴⁸⁷

Daarin ligt besloten dat er een grote mate van *overlap* is in de redelijkheidstoetsing van art. 7:681 BW en die van art. 7:678 BW. De redelijkheidstoetsing van art. 7:681 BW *gaat op in* de redelijkheidstoetsing van art. 7:678 BW. Als het feit dat in het kader van art. 7:678 BW is aangenomen dat de gevolgen van een ontslag er niet aan in de weg staan dat redelijkerwijs van de werkgever niet gevergd kan worden het dienstverband voort te zetten automatisch betekent dat die gevolgen het ontslag ook niet kennelijk onredelijk doen zijn in de zin van art. 7:681 BW, spreekt dat ervoor dat die beide redelijkheidstoetsen in hoge mate vergelijkbaar zijn. Weet men dan ook nog dat de tweede toets – die van art. 7:681 BW – volgens de Hoge Raad een specialis van art. 7:611 BW is, dan ligt het in de rede dat de eerste – die van art. 7:678 BW – dat ook is, althans dat minst genomen in de beoordeling wat in art. 7:678 “redelijk” is, zeer veel gewicht toekomt aan art. 7:611 BW. Een arrest van het Gerechtshof Den Haag uit 2011 bevestigt dat. Daarin werd overwogen:

10.1. Het hof stelt voorop dat een ontslag op staande voet een uiterst en zwaar middel (“ultimum remedium”) is met ernstige consequenties voor de werknemer, onder meer in de inkomstensfeer. Een goed werkgever dient zich daarvan bewust te zijn en daar ook naar te handelen.⁴⁸⁸

Geheel mee eens. Maar wat betekent die doorwerking van het goed werkgeverschap in de beoordeling van de dringende reden?

Heerma van Voss heeft in zijn verschillende bijdragen over het onderwerp bepleit – en aangetoond – dat via de band van de norm van goed werkgeverschap verschillende algemene rechtsbeginselen, ten aanzien waarvan niet uitdrukkelijk in de wet of

⁴⁸⁷ Zie over die beslissing S.F. Sagel, *Ontslag op staande voet, kennelijke onredelijkheid en de omstandigheden van het geval*, *ArbeidsRecht*, 1999, 35.

⁴⁸⁸ Hof Den Haag 19 april 2011, Prg. 2011, 166 en LJN: BQ3035. Zie in die zin ook Hof Den Haag 30 oktober 2012, LJN: BY2989, waarin het Hof besliste dat een werkgever op de voet van art. 7:611 BW aansprakelijk was voor de (psychische) schade die een werknemer was toegebracht, doordat deze toch al labiele werknemer volstrekt ten onrechte wegens malversaties was ontslagen, één dag nadat zijn functioneren nog als goed beoordeeld was.

verdrag is vastgelegd dat zij in de relatie werkgever/werknemer rechtstreeks gelden, die relatie toch beheersen. Daarbij gaat het dan, in het bijzonder, om ook in het bestuursrecht gehanteerde algemene rechtsbeginselen als het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het beginsel van zuiverheid van oogmerk, het motiveringsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Heerma van Voss liet zich daarbij inspireren door de opvattingen van Van Gerven, die betoogd heeft dat dergelijke beginselen van behoorlijk bestuur met name dan ook in het privaatrecht kunnen gelden, als sprake is van gezagsverhoudingen.⁴⁸⁹ In het arbeidsrecht, zo betoogt Heerma van Voss, ligt dat dus bij uitstek voor de hand omdat de werkgever hier ook een “bestuurlijke” functie heeft, naast die van contractspartij. De werknemer staat immers in een gezagsrelatie tot de werkgever.⁴⁹⁰ Die benadering komt mij juist voor gelet op de gezags- en instructiebevoegdheid die nu eenmaal één van de noodzakelijke wezenskenmerken van de arbeidsovereenkomst is, hetgeen nota bene tot uitdrukking komt in de definitiebepaling van art. 7:610 BW. Zonder feitelijke gezagsrelatie kan geen arbeidsovereenkomst bestaan.⁴⁹¹

Heerma van Voss wijst erop – en ik sluit mij ook daarbij graag aan – dat het voordeel van het werken met sub-beginselen van goed werkgeverschap is dat de in hoge mate vage norm van goed werkgeverschap kan worden gepreciseerd en dat gevallen vergelijkbaar gemaakt kunnen worden.⁴⁹² Ook de Hoge Raad heeft zich aangesloten bij de gedachte dat algemene rechtsbeginselen via de band van het goed werkgeverschap doorwerken in de arbeidsovereenkomst en die norm nadere inkleuring geven. Hèt voorbeeld bij uitstek daarvan vormt zijn arrest in de *Parallel Entry*-zaak, waarin – kort gezegd – werd beslist dat het beginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden gelijk beloond moet worden – op zijn beurt weer een *specialis* van het algemene gelijkheidsbeginsel – via de band van art. 7:611 BW doorwerkt in de individuele arbeidsovereenkomst.⁴⁹³ Dat arrest is voorts van belang omdat het verduidelijkt dat het enkele feit dat een handelwijze van de werkgever in strijd is met een via de band van art. 7:611 BW doorwerkend rechtsbeginsel, niet automatisch betekent dat ook sprake is van een schending van de norm van goed werkgeverschap. Om te bepalen of daarvan sprake is, moet worden gelet op alle omstandigheden van het geval, waarbij het feit dat het werkgeversgedrag in strijd is met een sub-beginsel van goed werkgeverschap, zoals in dat geval het gelijkheidsbeginsel, één van de

489 W. van Gerven, *Beginselen van behoorlijk handelen*, Gent & Zwolle 1983, p. 6-9.

490 Heerma van Voss verwijst in dit verband ook naar M.G. Rood, *De werkgever als Janus?*, in: W.H.A.C.M. Bouwens e.a. (red.), *Sociaal recht: de grenzen verkend* (De Leede-bundel), Zwolle 1994, p. 397-404. Rood spreekt in dit verband wel van de werkgever als ‘quasi-overheid’.

491 Zo leren wij uit HR 10 oktober 2003, JAR 2003/263.

492 Ten volle sluit ik mij ook aan bij Heerma van Voss waar hij in zijn hiervoor aangehaalde in TRA 2011/77 gepubliceerde bijdrage praktijkjuristen oproept om in plaats van een beroep op de algemene norm van goed werkgeverschap indien mogelijk het concrete rechtsbeginsel dat men via die band wil invoeren, te benoemen. Zo kan de ontwikkeling van het leerstuk verder worden gebracht.

493 HR 30 januari 2004, NJ 2008, 536 en HR 8 april 1994, NJ 1994, 704. Zie daarover ook: G.J.J. Heerma van Voss en J.M. van Slooten, *Kroniek van het sociaal recht*, NJB 2004, 10, p. 497-498; A.R. Blokzijl en R.S. van Coevorden, *Niet elke ‘gelijke behandeling’ wordt gelijk behandeld*, *ArbeidsRecht* 2004, 6/7, p. 37-43; M. van Eck, *Gelijke arbeid, gelijk loon?*, *ArA* 2004, 2, p. 63-83; conclusie A.-G. Keus voor HR 21 oktober 2005, JOL 2005, 602.

“in aanmerking te nemen” omstandigheden is. Nu het beginsel van gelijke arbeid, gelijk loon nota bene verdragsrechtelijk is vastgelegd – de Hoge Raad wijst op verdragsbepalingen als art. 26 IVBPR en art. 7 Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten – komt daaraan zelfs een zwaar gewicht toe. Desondanks betekent een schending van het sub-beginsel niet in zichzelf automatisch dat de handelwijze van de werkgever daarmee ook in strijd is met art. 7:611 BW. Om te beoordelen of die bepaling geschonden is, moet de schending van het sub-beginsel worden beschouwd in samenhang met de andere omstandigheden van het geval.⁴⁹⁴ Men kan het zo zeggen: levert een bepaalde handelwijze van de werkgever een schending op van zo een sub-beginsel, dan vormt dat een aanwijzing dat de werkgever niet als goed werkgever heeft gehandeld. De overige feiten en omstandigheden spelen daarbij evenwel ook een rol en kunnen ertoe leiden dat geoordeeld moet worden dat de handelwijze van de werkgever dat predikaat uiteindelijk toch niet verdient.⁴⁹⁵

Veldman heeft zich kritisch uitgelaten over het arrest omdat het naar haar mening impliceert dat slechts marginaal getoetst kan worden of algemene rechtsbeginselen of niet rechtstreeks werkende verdragsbepalingen door de werkgever geschonden zijn.⁴⁹⁶ Ik deel die kritiek niet. De Hoge Raad schrijft in het arrest geen marginale toetsing van eventuele schending van algemene rechtsbeginselen door de rechter voor. De toetsing aan de beginselen die de Hoge Raad voorschrijft is wel degelijk een volle toetsing, maar dat hoeft niet noodzakelijkerwijs te betekenen dat wanneer, na een volle toetsing aan het beginsel, blijkt van schending daarvan, daarmee meteen sprake is van slecht werkgeverschap. Na de volle toetsing van het rechtsbeginsel, volgt namelijk een tweede – eveneens volle – vervolgttoetsing aan alle overige omstandigheden van het geval. Er is dus, in zoverre, veeleer sprake van een “dubbeldikke” toets. Daar komt bij dat in de *Parallel Entry*-zaak sprake was van de vraag of via het langs de band van art. 7:611 BW doorwerkende beginsel dat gelijke arbeid onder gelijke omstandigheden gelijk beloond moet worden, een bij CAO gemaakte afspraak terzijde geschoven kon worden. Dat, zo de Hoge Raad, betekende dat de rechter zich terughoudend diende op te stellen, nu het hierbij neerkwam op (i) een “de-rogerende” toepassing van het bepaalde in art. 7:611 BW die bovendien (ii) beoogde de uitkomst van in collectieve onderhandelingen bereikt resultaat terzijde te stellen. Wat in de procedure werd beoogd met een beroep op een verdragsrechtelijk verankerd rechtsbeginsel, zou dus het resultaat van een ander verdragsrechtelijk verankerd grondrecht – te weten het recht op vrije collectieve arbeidsvoorwaardenvorming – terzijde schuiven en daarmee dus een inbreuk maken daarop. Dat rechtvaardigde, zeker in het licht van art. 6:248 lid 2 BW, een strenge maatstaf. Een strenge maatstaf is iets anders dan een marginale toets.

494 Zie in dat verband ook HR 1 juli 1993, NJ 1993, 667.

495 Zie in die zin ook: I.P. Asscher-Vonk, *Parallel Entry* – gelijke behandeling in het hok?, in S.F. Sagel (red), *Vrienden door Duk en dun*, Deventer, 2011, p. 207, die concludeert dat het rechtsbeginsel gelijke arbeid, gelijk loon in het arrest is teruggefloten van *reign supreme* naar het hok van “een van de omstandigheden die bij de beoordeling in aanmerking worden genomen”.

496 A.G. Veldman, *Goed werkgeverschap en gelijk loon voor gelijke arbeid*, AI 2008/1, p. 37 e.v.

In zijn dissertatie uit 1993 heeft Heerma van Voss uitgewerkt dat de door hem onderscheiden, aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ontleende, sub-beginselen van goed werkgeverschap ook in het ontslagrecht een rol (behoren te) spelen.⁴⁹⁷ Ik zou menen dat er veel voor pleit om aan die beginselen juist bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, veel gewicht toe te kennen, nu bij het geven van ontslag op staande voet de “macht” die de werkgever heeft, bij uitstek tot uitdrukking komt. Geen andere uitoefening van het werkgeversgezag raakt de werknemer in zijn algemeenheid harder dan de aanwijzing van de werkgever dat de werknemer op stel en sprong zijn werkzaamheden moet beëindigen, zonder aanspraak op enige vergoeding. Het ontslag op staande voet is, zo kan men zeggen, het machtsmiddel bij uitstek en om die reden ligt het in de rede om *juist* bij de inzet van *dat* wapen het handelen van de werkgever langs de lat te leggen van de door Heerma van Voss onderscheiden beginselen van goed werkgeverschap. Hoe harder het middel, hoe zorgvuldiger de toepassing ervan dient te zijn. Dat alles geldt des te sterker nu de inzet van dat middel niet wordt voorafgegaan door een preventieve toetsing, zoals dat bij de reguliere opzeggingsroute – wanneer het BBA van toepassing is – en de ontbinding ex art. 7:685 BW wel het geval is.

Dat alles betekent overigens niet dat het enkele feit dat een werkgever niet in lijn gehandeld heeft met één van de beginselen van behoorlijk bestuur, steeds noodzakelijkerwijs zal meebrengen dat geoordeeld moet worden dat zich geen dringende reden voordoet. Net als bij de beoordeling die de Hoge Raad voorschreef in het *Parallel Entry-arrest*, waarin de eventuele schending van het beginsel *gelijke arbeid, gelijk loon*, één van de in aanmerking te nemen omstandigheden was in de beoordeling of een bepaald onderscheid in arbeidsvoorwaarden naar maatstaven van goed werkgeverschap/redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was (die een weging van alle omstandigheden van het geval vergde), zal ook bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, de eventuele schending van een sub-beginsel van goed werkgeverschap in het algemeen slechts één van de in aanmerking te nemen gezichtspunten zijn, naast de hiervoor reeds besproken omstandigheden van het geval. Er kunnen zich gevallen voordoen waarin ondanks dat sprake is van een schending van een sub-beginsel van goed werkgeverschap, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel, toch sprake is van een dringende reden. In het navolgende wordt onderzocht hoe de verschillende door Heerma van Voss onderscheiden sub-beginselen doorwerken in de beoordeling of zich een dringende reden voordoet. Daarbij zal worden geconstateerd dat het gewicht van die sub-beginselen in de weging nogal ingrijpend lijkt te fluctueren.

4.7.6.2 Het gelijkheidsbeginsel

Beziet men de gepubliceerde rechtspraak, dan komt daaruit het beeld op dat de rol van het gelijkheidsbeginsel bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, vrij gering is. Slechts hoogst zelden wordt geen dringende reden aangenomen, omdat

⁴⁹⁷ G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, Deventer, 1992, p. 285-317. Zie ook R.A.A. Duk, *Om de kwaliteit van (de toetsing van) het ontslag*, SMA 1985, p. 418.

de werkgever in strijd met dat beginsel heeft gehandeld doordat een werknemer is ontslagen op staande voet wegens gedrag dat bij een andere werknemer niet tot ontslag op staande voet leidde. Een enkele keer komt men dat argument wel tegen in gevallen waarin werknemers samen verantwoordelijk waren voor een misstand en slechts één of een deel daarvan uiteindelijk wordt ontslagen, terwijl een ander werd gespaard. Een voorbeeld uit deze lijn vormt een uitspraak van de Kantonrechter Heerenveen uit 2010, waarin sprake was van een medewerkster fastfood van Mc Donalds, die was ontslagen wegens het weggeven van een plakje kaas in strijd met de geldende strenge huisregels. Zij had een cheeseburger (een hamburger met een plakje kaas) aan een collega gegeven, terwijl slechts een hamburger was afgerekend. De Kantonrechter overwoog dat de werkneemster inderdaad de huisregels had overtreden, maar dat dat niet in zichzelf een dringende reden constitueerde. De Kantonrechter was van mening dat een dringende reden ontbrak, waarbij – naast de geringe ernst van het “delict” – meewoog dat het initiatief voor het weggeven van het plakje kaas lag bij de collega die de cheeseburger beoogde te consumeren en Mc Donalds “met twee maten” had gemeten nu de bewuste collega die het feit had uitgelokt niet op staande voet was ontslagen.⁴⁹⁸ Een ander voorbeeld uit dezelfde lijn wordt gevormd door de hiervoor onder 4.4.3 reeds aangehaalde uitspraak van de President van de Rechtbank Haarlem uit 1987, waarin sprake was van een ontslag op staande voet wegens het onjuist invullen van een werkbrieftje. De President overwoog – overigens: ten overvloede – dat hij ook twijfel had over de geldigheid van het ontslag omdat een collega een gelijke misdraging had gepleegd, maar ervan was afgekomen met een waarschuwing. De werkgever had aangevoerd dat de collega een gunstiger arbeidsverleden had en dat het verschil in behandeling daardoor werd verklaard. Het gunstiger arbeidsverleden van de gespaarde werknemer was echter naar de opvatting van de President een “relatief futiel” onderscheid en kon zijns inziens de afwijkende behandeling van de ontslagen eiser niet rechtvaardigen.⁴⁹⁹

De bovenstaande twee uitspraken zijn – wanneer men de gepubliceerde rechtspraak overziet – veeleer de uitzonderingen die de regel bevestigen dan voorbeelden van een duidelijke lijn. Hoogst zelden wordt het bestaan van een dringende reden met succes met een beroep op het gelijkheidsbeginsel bestreden. Dat de betekenis van het beginsel niet anders dan gering kan zijn, is weinig verrassend wanneer in aanmerking wordt genomen dat bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, met *alle*

498 Ktr. Heerenveen 20 januari 2010, RAR 2010/57. Zie ook Ktr. Heerlen 2 april 2010, Prg. 2010, 122, een zaak rond mogelijke belangenverstrengeling bij een verbouwing en waarin sprake was van een situatie waarin “vele personen steken hebben laten vallen”. Slechts ten aanzien van één van de betrokkenen beriep de werkgever zich op het bestaan van een dringende reden, maar dat betoog faalde in de ogen van de Kantonrechter: “Zijn aandeel in het geheel” – zo werd overwogen – “is niet significant groter, zwaarder dan dat van andere medewerkers van verzoeker en zijn verantwoordelijkheid evenmin.” Tegen die achtergrond achtte de Kantonrechter het disproportioneel van de werkgever om te besluiten dat ten aanzien van twee hoger geplaatste functionarissen die “dus meer verantwoordelijkheid dragen en voorbeeldgedrag moeten tonen” kon worden volstaan met een waarschuwing, terwijl ten aanzien van de ondergeschikte moest worden overgegaan tot beëindiging van het dienstverband.

499 Pres. Rb. 21 oktober 1986, KG 1987/10. Zie ook Ktr. Apeldoorn 6 september 2000, Prg. 2000, 5561 (niet consequente handhaving gedragscode in alle gevallen leidt er (mede) toe dat geen dringende reden wordt aangenomen).

omstandigheden van het individuele geval rekening gehouden moet worden, waaronder omstandigheden als de lengte van het dienstverband, de wijze waarop daaraan invulling is gegeven, de leeftijd van de werknemer en zijn persoonlijke omstandigheden. Nu bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet verder moet worden gekeken dan alleen naar de aard en de ernst van de dringende reden, kan naar mijn mening niet gezegd worden dat wanneer twee werknemers in dienst van een werkgever samen hetzelfde vergrijp begaan daarmee reeds sprake is van voor de beoordeling of zich een dringende reden voordoet relevant gelijke gevallen. Wil daarvan sprake zijn, dan zullen de werknemers ook ter zake van de andere gezichtspunten in een gelijke, althans minst genomen in een in hoge mate vergelijkbare situatie moeten verkeren. Wanneer twee werknemers samen een greep in de kas doen, waarbij de ene werknemer leidinggevend, jong, kinderloos, hoog opgeleid en kort in dienst is, terwijl de andere oud, lang in dienst, laag geschoold en voorzien van een grote kinderschare is, dan zijn dat voor de beoordeling of zich een dringende reden voordoet onvergelykbare grootheden. Het ontslaan op staande voet van de een en het in dienst houden van de ander is dan niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Steun voor deze opvatting valt te vinden in de conclusie van A.-G. Spier voor het arrest *Schrijver/Van Essen*. Hij wijst daarin op het – aan Van den Heuvel ontleende – voorbeeld van twee stelende koks, waarbij de één een lang en de ander een kort dienstverband zou hebben. Van den Heuvel heeft zich op het standpunt gesteld dat zo een geval verduidelijkt waarom bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, alleen naar de aard en de ernst van de dringende reden moet worden gekeken.⁵⁰⁰ Kijkt men verder dan dat, dan zou dat leiden tot het ongerijmde resultaat dat de ene kok wel en de andere niet op staande voet ontslagen kan worden. A.-G. Spier is het daarmee – en ik ben dat volstrekt met hem eens – oneens:

“3.26 (...) Dat de ene werknemer wel en de andere niet op staande voet zou kunnen worden ontslagen zou niet aanspreken. Van den Heuvel geeft als voorbeeld twee stelende koks. De ene heeft een lang dienstverband, de ander niet.

3.27. In het bijzonder deze laatste uiteenzetting acht ik niet klemmend. Mij ontgaat waarom een ontslag op staande voet van een werknemer met een lang onberispelijk dienstverband over een kam zou moeten worden geschoren met dat van een werknemer wiens eerste daad een greep in de wijnkelder is. Voor zover Van den Heuvel ervoor bedoelt te pleiten dat ongelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld veroordeelt zulks zich zelf.”

In het Duitse recht, waar het algemene gelijkheidsbeginsel – de *Gleichbehandlungsgrundsatz* – in het algemeen een belangrijke rol speelt in het arbeids(overeenkomsten)recht, wordt daaraan bij de beoordeling of sprake is van een *wichtiger Grund* voor *fristlose Kündigung* ook slechts in beperkte mate gewicht toegekend. Het BAG heeft beslist dat de rol van het beginsel slechts beperkt kan zijn gelet op het feit dat bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, naar alle omstandigheden van het individuele geval moet worden gekeken.⁵⁰¹ Ook wanneer verschillende opzeggingen

500 L. van den Heuvel, *Ontslagrecht*, Reeks studiepockets privaatrecht, nr. 53, Zwolle 1996, p. 59.

501 BAG 14 oktober 1965, EzA §133b GewO Nr 1; BAG 22 februari 1979, EzA §103 BetrVG 1972, Nr. 23.

wegens dezelfde of vergelijkbare redenen plaatsvinden, hangt het van de bijzonderheden van ieder individueel geval – bijvoorbeeld de lengte van het dienstverband, eventuele eerdere waarschuwingen, etc. – af of alle opzeggingen terecht zijn of dat slechts een deel van de werknemers wegens een *wichtiger Grund* ontslagen mocht worden.⁵⁰² Daarbij wordt wel van de werkgever verwacht dat hij wanneer hij één werknemer wegens bepaald wangedrag ontslaat en een ander die zich aan datzelfde wangedrag schuldig heeft gemaakt spaart, deugdelijk motiveert en onderbouwt waardoor dat verschil in behandeling wordt verklaard.⁵⁰³ Hij moet, anders gezegd, uiteenzetten waarom ogenschijnlijk gelijke gevallen zo gelijk bij nader inzien niet zijn, zodat van strijd met het gelijkheidsbeginsel geen sprake is.⁵⁰⁴

Steun voor de hiervoor bepleite terughoudende rol voor het “gelijkheidsgezichtspunt” binnen de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, valt ook te vinden in het (Nederlandse) ambtenarenrecht, meer in het bijzonder bij de wijze waarop daar bij het zogeheten strafontslag – de ambtenarenrechtelijke evenknie van het ontslag op staande voet – met dit beginsel wordt omgegaan. In ambtenarenzaken wordt het beginsel veelvuldig ingeroepen omdat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel, daar rechtstreeks van toepassing zijn en bij schending van zo een beginsel vernietiging van het ontslagbesluit volgt. Het inroepen van schending van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur is daar dus aantrekkelijker dan het inroepen van zo een beginsel in het kader van de toetsing aan de norm van goed werkgeverschap (in de civielrechtelijke setting). Levert schending van een rechtsbeginsel als het gelijkheidsbeginsel in de civiele afweging slechts een aanwijzing op dat geen sprake is van een dringende reden – die door andere gezichtspunten terzijde geschoven kan worden –, zo levert schending van datzelfde beginsel in het ambtenarenrecht automatisch op dat het ontslagbesluit vernietigd wordt.

Beziet men de rechtspraak van de ambtenarenrechter, dan blijkt dat het wijzen naar collega's die gelijk of vergelijkbaar gedrag vertoonden maar milder gestraft werden, ook daar slechts zelden succes heeft.⁵⁰⁵ Ook de ambtenarenrechter staat een individuele benadering voor, waarin het feit dat ambtenaren hetzelfde feit hebben gepleegd zeker niet betekent dat daarmee een schending van het beginsel is gegeven. In een uitspraak uit 1987, die zag op een grootscheepse fraude bij PTT Post, waarbij een groep van meer dan 30 ambtenaren betrokken was, besliste de CRvB dat de werkgever terecht had gekozen voor een individuele benadering en weging, op basis van vooraf vastgestelde heldere criteria. In zo een geval dient aan het bestuursorgaan volgens de CRvB ook een zekere ruimte te worden gelaten voor het afwegen van bepaalde omstandigheden en nuances. De rechter moet slechts ingrijpen bij duidelijk in het oog springende, van de criteria afwijkende beslissingen, die consequenties moeten hebben voor andere gevallen.⁵⁰⁶ Er is dus sprake van enige marginaliteit in de toetsing.

502 BAG 25 maart 1976, EzA §103 BetrVG 1972 Nr. 12.

503 LAG Düsseldorf 25 maart 2004, AiB 2004, 639.

504 Münchner Kommentar – Hennisler Rn. 107.

505 Zie in die zin ook P.L. Vos in zijn noot onder TAR 1995/154.

506 CRvB 24 februari 1987, TAR 1987/85.

De individuele benadering die de CRvB voorschrijft, brengt ook mee dat een werknemer niet kan volstaan met stellen dat een andere werknemer voor hetzelfde feit een mildere straf kreeg; hij zal moeten aanvoeren dat en waarom de gevallen ook overigens relevant vergelijkbaar waren. Doet hij dat niet, dan kan aan het beroep op het gelijkheidsbeginsel voorbij worden gegaan omdat het onvoldoende is onderbouwd.⁵⁰⁷ In een uitspraak uit 2008 overwoog de CRvB in dit verband dat, nu de ambtenaar de gevallen waarmee hij zich vergeleek, “niet nader heeft willen specificeren, een adequate vergelijking met de onderhavige zaak niet mogelijk is. Voor een vergelijking van de aard en ernst van de gevallen is immers niet toereikend een louter generieke aanduiding van de typen van delicten, zonder inzicht in de concrete omstandigheden waaronder de feiten zijn begaan en overige omstandigheden in die gevallen.”⁵⁰⁸

Worden de vergelijkingsgevallen wel nader onderbouwd, dan leidt dat er meestal toe dat de ingeroepen “gelijke” gevallen, bij nadere bestudering zo gelijk helemaal niet zijn. Bij bestudering van de rechtspraak valt op dat de bestuursrechter zeer nauwgezet let op de vraag of de handelwijze van degene met wie de ambtenaar zich vergelijkt, inderdaad wel gelijk is.⁵⁰⁹ Om die reden faalde het beroep op het gelijkheidsbeginsel van een politieagent in opleiding die was ontslagen wegens examenfraude en die zich erop beriep dat andere examinandi zich daaraan ook schuldig hadden gemaakt, omdat bij nadere beschouwing bleek dat zij hun wangedrag meteen hadden opgebiecht, terwijl de met strafontslag bestrafte werknemer dat niet had gedaan.⁵¹⁰ Evenzo werd het beroep op het gelijkheidsbeginsel van een ambtenaar die was ontslagen wegens het onder werktijd bezoeken van pornosites en het sturen van pornografisch en racistisch getinte email naar adressen ook buiten de dienst, verworpen omdat de ambtenaren met wie hij zich vergeleek zich wel aan het eerste, maar niet aan het tweede schuldig hadden gemaakt.⁵¹¹ Hetzelfde gold voor een wegens bedreiging van een bedrijfsarts ontslagen ambtenaar van de gemeente Amsterdam die zich erop beriep dat ook twee andere ambtenaren van de gemeente zich aan bedreiging schuldig hadden gemaakt. De CRvB verwierp het beroep op het gelijkheidsbeginsel reeds op grond van het feit dat de andere ambtenaren collega's *binnen de gemeente* hadden bedreigd, terwijl de bedrijfsarts niet in dienst was van de gemeente.⁵¹² Tot slot valt in dit verband te wijzen op een al wat ouder – maar nog

507 CRvB 2 september 2010, LJN: BN6956, waarin werd overwogen dat “van de door appellant genoemde gevallen verder geen bijzonderheden bekend (zijn, toevoeging SFS), zodat namens de korpsbeheerder met juistheid is gesteld dat een vergelijking met het geval van appellant niet mogelijk is”. In gelijke zin: Rb. Maastricht 24 december 2010, LJN: BO8956; CRvB 22 juni 2006, LJN: AV2653; CRvB 19 augustus 2010, LJN: BN6975.

508 CRvB 6 maart 2008, TAR 2008/118.

509 Rb. Middelburg 16 juni 1993, TAR 1993/216. CRvB 1 juni 2006, TAR 2006/137; CRvB 28 juni 2007, TAR 2007/191 (rov. 5.1), Rb. Arnhem 24 november 2008, TAR 2009/37.

510 CRvB 23 september 2010, TAR 2010/173. Zie in vergelijkbare zin CRvB 15 juni 2006, TAR 2006/141, waarin een ontkennende houding tijdens verhoor eveneens leidde tot het oordeel dat van gelijke gevallen geen sprake was.

511 CRvB 22 februari 2005, TAR 2006/88. Zie ook CRvB 30 september 2010, TAR 2011/1 (beroep op gelijkheidsbeginsel faalt omdat ontslagen ambtenaar zich schuldig had gemaakt aan meer ontoelaatbare gedragingen dan de ambtenaren waarmee hij zich vergeleek). CRvB 26 april 2007, TAR 2007/174; CRvB 10 augustus 2006, TAR 2006/171.

512 CRvB 29 april 2010, TAR 2010/109.

steeds tot de verbeelding sprekend – geval van een brandweerman die werd ontslagen omdat hij weigerde zijn baard af te scheren. Aan hem – en zeven collega's – was de opdracht gegeven om dat te doen omdat uit onderzoek was gebleken dat persluchtmaskers bij baarddragers niet veilig zouden werken. De brandweerman weigerde, anders dan zijn zeven collega's, omdat "het dragen van een baard voor hem en zijn echtgenote onverbrekkelijk bij zijn persoonlijkheid" behoorde. Ontslag volgde omdat de brandweerman door de weigering zijn baard af, althans bij te knippen niet meer volledig inzetbaar was.⁵¹³ De brandweerman voerde aan dat sprake was van schending van het gelijkheidsbeginsel omdat bij de inzet van collega's wel rekening werd gehouden met het feit dat zij bril dragend waren of leden aan hoogtevrees. De CRvB besliste dat het beroep van de brandweerman op het gelijkheidsbeginsel faalde, zulks nu "genoemde factoren (...) een medische oorsprong (hebben, toevoeging SFS), onafhankelijk van de wil van de betrokken brandweerman, terwijl het dragen van een baard uit vrije wil geschiedt. Het maken van een uitzondering voor klager zou juist ten opzichte van zijn collega's die hun baard wel hebben afgeschoren een ongelijke behandeling betekenen."⁵¹⁴

Maar ook als de handelwijze van de ontslagen ambtenaar en de door hem ingeroepen vergelijkingspersonen wel gelijk is, is daarmee ook in het ambtenarenrecht niet gegeven dat sprake is van gelijke gevallen. Van gelijke gevallen is pas sprake als ook de overige voor de beoordeling of ontslag gewettigd is relevante omstandigheden een grote overlap vertonen. Zo is bij herhaling beslist dat een functionaris in een leidinggevende functie zich niet mag vergelijken met een ambtenaar in een niet-leidinggevende functie. In een uitspraak uit 2005 waarin sprake was van een leidinggevend militair die zich vergeleek met een ondergeschikte, overwoog de CRvB dat "(...) alleen al uit het feit dat appellant bovengeschied was in rang en functie blijkt dat geen sprake is van gelijke gevallen. Aan leidinggevend met een hoge militaire rang worden immers, mede op grond van de voorbeeldfunctie die zij op grond van hun hogere positie hebben, andere eisen gesteld dan aan hun ondergeschikten."⁵¹⁵ Maar ook een verschil in functie op hetzelfde niveau binnen een organisatie kan maken dat geen sprake is van gelijke gevallen. Zo kwam een functionaris in een frontoffice-functie geen beroep toe op het gelijkheidsbeginsel toen hij zich vergeleek met een medewerker in de backoffice die bij hetzelfde vergrip betrokken was, zij het meer indirect.⁵¹⁶ In een geval waarin een werknemer een

513 De zaak vormt daarmee bij uitstek een voorbeeld in de categorie waarin de vrouw voor de baan gaat.

514 CRvB 20 december 1984, TAR 1985/52.

515 CRvB 20 oktober 2005, TAR 2006/84. Zie ook Vzgr. Rb. Haarlem 14 januari 2008, LJN: BC5139, alsmede CRvB 2 september 1993, TAR 1993/206, waarin een speeltuinleider die was ontslagen wegens seksuele contacten (nota bene: op en rond de werkvloer) met een ondergeschikte zich erop beriep dat sprake was van schending van het gelijkheidsbeginsel. Dat beroep werd verworpen met een verwijzing naar het verschil in positie; de werkneemster was afhankelijk van de ontslagen werknemer. Zie ook CRvB 29 juni 1995, TAR 1995/196, Rb. Den Haag 5 januari 2004, TAR 2004/35.

516 Rb. Amsterdam 28 juli 2011, LJN: BR4520: "Het verschil in verantwoordelijkheid tussen de eerste en tweede lijn maakt dat er geen sprake is van gelijke gevallen die ongelijk zijn behandeld. Het beroep van eiseres op het gelijkheidsbeginsel kan dan ook niet slagen." CRvB 13 oktober 2003, TAR 2004/79 (ontslag verpleegkundige wegens urenlang bezoeken pornosites en vervolgens naaktlopen op de werplek; werknemer met patiëntencontact mag zich niet vergelijken met werknemer zonder patiëntencontact).

“unieke functie”, te weten die van gemeentesecretaris vervulde, overwoog de ambtenarenrechter in het verlengde hiervan dat niet goed voorstelbaar was hoe überhaupt van schending van het gelijkheidsbeginsel sprake zou kunnen zijn.⁵¹⁷ Een beroep op het gelijkheidsbeginsel kan ook falen omdat een ambtenaar meer ervaring(sjaren) heeft dan de collega's waarmee hij zich vergelijkt.⁵¹⁸ Dat kan leiden tot een verhoogde mate van verwijtbaarheid.

Aan het bestaan van gelijke gevallen, zo blijkt uit een uitspraak van de CRvB uit 2006, kan eveneens afdoen dat twee ambtenaren weliswaar werken voor dezelfde organisatie – de politie –, maar onder leiding staan van verschillende tot ontslag bevoegde functionarissen – de korpsbeheerders –, die een verschillend ontslagbeleid kunnen hanteren.⁵¹⁹ Van gelijke gevallen is evenmin sprake wanneer een werknemer bepaald laakbaar gedrag vertoont, na daarvoor door zijn leidinggevende gewaar-schuwd te zijn, terwijl collega's gelijksoortig gedrag vertonen, maar hun leidingge-vende zulks door de vingers ziet en ter zake een gedoogcultuur heeft laten bestaan.⁵²⁰ Ook een verschil in leeftijd tussen verschillende ambtenaren die gelijk wangedrag vertoonden, waardoor één werknemer “beter” is behandeld in die zin dat hij alsnog met functioneel leeftijdsontslag mocht gaan terwijl ten aanzien van de anderen het strafontslag gehandhaafd bleef, leidde tot het oordeel dat het gelijkheidsbeginsel niet geschonden was.⁵²¹ De gevallen waren niet gelijk. Ook wanneer een vergelijkbare overtreding in het verleden is begaan, toen er nog geen – of een minder streng – beleid tegen het de ambtenaar verweten gedrag werd gevoerd, kan eraan in de weg staan dat die ambtenaar een beroep op het gelijkheidsbeginsel toekomt.⁵²² Zelfs wanneer het feit dat wegens een gelijke overtreding in het ene geval wel en het andere niet wordt ontslagen wordt verklaard door de omstandigheid dat de overtreding bij de niet ontslagen werknemer pas geruime tijd na het plegen ervan werd ontdekt, kan meebrengen dat van relevant gelijke gevallen geen sprake is.⁵²³

Ik zou menen dat deze rechtspraak van de ambtenarenrechter één op één toepasbaar is bij de civielrechtelijke beoordeling of de werknemer die wegens een dringende reden is ontslagen met juistheid inroept dat jegens hem in strijd met het gelijkheidsbeginsel is gehandeld. Ook daar zal slechts in uitzonderlijke gevallen, wanneer niet alleen de aan de werknemer verweten handelwijze, maar ook de overige omstandigheden van het geval gelijk, althans in hoge mate vergelijkbaar zijn, met succes kunnen worden bepleit dat sprake is van schending van het gelijkheidsbeginsel. Dat leidt dan bovendien tot niet meer dan een aanwijzing dat geen sprake is van een dringende reden. Een garantie op succes levert de bevinding dat de

517 Rb. Utrecht 9 november 1989, TAR 1990/20. Het ging hier overigens om een ontslag wegens ongeschiktheid omdat strafontslag niet mogelijk was.

518 CRvB 26 april 2007, TAR 2007/174.

519 CRvB 15 juni 2006, TAR 2006/141. Zie ook CRvB 22 juni 2006, TAR 2006/153 (ambtenaar vergelijkt zich ten onrechte met ambtenaar werkzaam bij andere deelgemeente, die eigen ontslagbeleidsbevoegdheid heeft). Zie ook CRvB 29 juni 1995, TAR 1995/196; CRvB 1 november 2001, TAR 2002/24 (politiefunctionaris die is ontslagen wegens diefstal twee paar panty's vergelijkt zich ten onrechte met college in dienst van ander bestuursorgaan die meeneed pleegde).

520 CRvB 29 juni 2006, TAR 2006/155.

521 CRvB 10 juli 2008, TAR 2008/141.

522 CRvB 20 maart 2008, TAR 2008/132.

523 CRvB 6 maart 2008, TAR 2008/118 (rov. 3.3.2).

werkgever in strijd heeft gehandeld met het gelijkheidsbeginsel dan niet op; wijzen de overige omstandigheden van het geval in overwegende mate in de richting van de conclusie dat wel sprake was van een dringende reden dan kan de rechter het ontslag op staande voet desondanks gewettigd achten. Al het voorgaande in aanmerking genomen zal aan het algemene gelijkheidsbeginsel in de beoordeling of sprake is van een dringende reden een niet meer dan uiterst geringe rol toekomen.

Voor alle duidelijkheid zij hier wel aan toegevoegd dat de zojuist genoemde conclusie niet opgaat in gevallen waarin de dringende reden valt onder een wettelijk discriminatieverbod, dat wil zeggen in gevallen waarin de dringende reden in zichzelf wegens zijn discriminatoire karakter verboden is, bijvoorbeeld omdat een werknemer wegens zijn geslacht wordt ontslagen (daar waar werknemers van het andere geslacht niet worden ontslagen). In zo een geval zal het ontslag op staande voet wegens het enkele feit dat sprake is van discriminatie vernietigbaar zijn, naar blijkt uit art. 7:646 BW en art. 8 AWGB. Zoals Duk en Bouwens opmerken: een verboden opzeggingsgrond kan, per definitie, geen dringende reden opleveren.⁵²⁴ Hetgeen hiervoor is opgemerkt over de geringe betekenis van het gelijkheidsbeginsel ziet dus, uitdrukkelijk, alleen op de rol van het algemene, niet door een wettelijk discriminatieverbod bestreken beginsel van gelijke behandeling.

4.7.6.3 *Het vertrouwensbeginsel; over afspraken, gewekte verwachtingen en de bedrijfs- en gedoogcultuur*

De conclusie die geldt voor het gelijkheidsbeginsel, te weten dat dat beginsel bij de beoordeling van de dringende reden een geringe rol speelt, gaat niet op bij het tweede beginsel van goed werkgeverschap dat Heerma van Voss onderscheidt, te weten het vertrouwensbeginsel. Dat beginsel houdt in dat de werkgever ervoor dient te zorgen dat door hem gewekte verwachtingen niet mogen worden beschaamd en dat rechten die de werknemer op goede gronden meende te bezitten, zo mogelijk moeten worden ontzien.⁵²⁵ Zulke verwachtingen kunnen gewekt zijn doordat de werkgever bepaalde inlichtingen heeft verstrekt, toezeggingen heeft gedaan of een bepaalde situatie heeft gedoogd. In de (bestuursrechtelijke) literatuur worden verschillende vraagpunten onderscheiden bij de beantwoording van de vraag of een beroep op het vertrouwensbeginsel gedaan kan worden. Van Wijk, Konijnenbelt en Van Male onderscheiden in dat verband de deelvragen: (i) *door wie* kan het vertrouwen gewekt worden, (ii) *hoe en waardoor* is het vertrouwen gewekt, (iii) in hoeverre heeft degene die zich op het vertrouwensbeginsel beroept, gehandeld onder invloed van dat vertrouwen en (iv) zijn er omstandigheden die zich tegen het honoreren van het vertrouwen verzetten?⁵²⁶ Dat lijkt ook een nuttige onderverdeling om de betekenis van het vertrouwensbeginsel bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, te evalueren.

⁵²⁴ Zie W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, Van der Grinten. Arbeidsovereenkomstenrecht, Deventer 2011, hoofdstuk 26.

⁵²⁵ G.J.J. Heerma van Voss, Arbeidsovereenkomst (Kluwer), aant. 2.5 bij art. 7:611 BW.

⁵²⁶ Zie H. van Wijk, W. Konijnenbelt, M. van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, Amsterdam 2011, p. 311 e.v.; H.J.H. van Meegen, Het vertrouwensbeginsel, ontwikkelingen in de jurisprudentie, JB-plus 2001, p. 20.

A. Op wie mag de werknemer vertrouwen?

In het bestuursrecht wordt tot uitgangspunt genomen dat jegens een bestuursorgaan alleen een succesvol beroep op het vertrouwensbeginsel kan worden gedaan, indien het vertrouwen door dat bestuursorgaan zelf is gewekt, althans door iemand die gemachtigd is om het bestuursorgaan te vertegenwoordigen of die bevoegd is bindende aanwijzingen te geven ter zake van de uitoefening van de bevoegdheden van het orgaan.⁵²⁷ Door een onbevoegd bestuursorgaan gewekte verwachtingen worden in beginsel niet beschermd.⁵²⁸ Dat betekent, bijvoorbeeld, dat een gemeente niet gehouden is aan iemand een bijstandsuitkering te verlenen uitsluitend omdat hem door een andere gemeente, waar die persoon eerder stond ingeschreven, zo een uitkering (wel) was verstrekt.⁵²⁹ Een bestuursorgaan zal slechts onder bijzondere omstandigheden gebonden kunnen zijn aan verwachtingen gewekt door een ander bestuursorgaan, bijvoorbeeld als dat andere bestuursorgaan in dezelfde “keten van besluitvorming” staat en in het kader van handelen in die keten een uitlating heeft gedaan waaraan verwachtingen zijn ontleend.⁵³⁰

Ik zou menen dat er veel voor spreekt om, in lijn met deze benadering, ook bij de beoordeling of een werknemer zich erop kan beroepen dat hij niet op staande voet ontslagen kan worden omdat hij erop mocht vertrouwen dat zijn handelwijze niet als dringende reden zou worden aangemerkt, aan te nemen dat die werknemer in beginsel alleen een beroep toekomt op vertrouwen dat gewekt is door of namens zijn eigen werkgever. Niet goed valt in te zien waarom een werkgever gebonden zou kunnen worden aan toezeggingen die een andere werkgever zijn werknemers doet dan wel verwachtingen die die andere werkgever wekt omtrent hetgeen binnen zijn onderneming al dan niet als dringende reden wordt aangemerkt. Dat bij de bakker op de ene hoek van de straat door de vingers wordt gezien dat werknemers elke avond zonder betaling een broodje mee naar huis nemen, mag bij de werknemers van de slager op de andere hoek van diezelfde straat niet de verwachting wekken dat zij elke avond een stukje worst mee naar huis mogen nemen. Onder de “eigen” werkgever zal in dit verband wel ook de rechtsvoorganger van de werkgever verstaan mogen worden wanneer sprake is van een situatie die valt binnen de grenzen van het bepaalde van art. 7:662 BW.⁵³¹ Ingevolge art. 7:663 BW gaan bij een overgang van onderneming *alle* rechten en verplichtingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst over op de verkrijger.⁵³² Niet valt in te zien waarom daaronder niet ook rechten op bescherming tegen ontslag zouden kunnen vallen die de werknemer via het bepaalde in art. 7:611 BW kan ontlelen aan het vertrouwensbeginsel. Heeft de oude werkgever een bepaalde bedrijfscultuur gedoogd, dan zal de verkrijger van de onderneming de daardoor gewekte verwachtingen tegengeworpen kunnen krijgen. Dat betekent niet dat die verkrijger gehouden zou zijn om die cultuur voort te zetten. Het zal wel

527 P. Nicolai, *Beginselen van behoorlijk bestuur* (diss. Amsterdam), Deventer 1990, p. 361.

528 P. Nicolai, *Kronieken, Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, NTB 1994, 188.

529 CRvB 17 februari 1998, JABW 1998, 68.

530 H.J.H. van Meegen, *Het vertrouwensbeginsel, ontwikkelingen in de jurisprudentie*, JB-plus 2001, p. 22, die verwijst naar HR 23 maart 1994, BNB 1994, 145.

531 Zie voor een voorbeeld: Ktr. Den Haag 20 juli 2005, JAR 2005/211.

532 De bepaling noopt tot een strenge – in de zin van ruime – uitleg, aldus Hof Den Bosch 17 juli 2007, JAR 2007/211.

betekenen dat hij – alvorens een beroep op het vertrouwensbeginsel te kunnen pareren – in beginsel eerst duidelijk moet maken dat hij op dit punt een cultuuromslag voorstaat en dat het voorheen gedoogde gedrag niet langer door de vingers wordt gezien.⁵³³ Verder kunnen onder omstandigheden binnen concernverhoudingen ook verwachtingen gewekt worden door of namens een moederonderneming, zeker wanneer deze zich actief bemoeit met de gang van zaken van dochterondernemingen. Geeft een holdingdirecteur het slechte voorbeeld, dan kan daarvan binnen het gehele concern een negatief effect uitgaan.

Het uitgangspunt dat in beginsel alleen verwachtingen gewekt door de werkgever zelf kunnen meespelen bij de beoordeling of de werknemer een beroep op het vertrouwensbeginsel toekomt, brengt ook met zich dat de werknemer zich in dat verband niet zal kunnen beroepen op verwachtingen die bij hem gewekt zijn door hetgeen gebruikelijk is, dan wel door de vingers wordt gezien bij andere werkgevers in de bedrijfstak waartoe de werkgever behoort.⁵³⁴ Dat *andere* werkgevers bepaald gedrag gedogen, behoeft de werkgever zich niet tegen te laten werpen in de vorm van een beroep op het vertrouwensbeginsel. Slechte gewoontes elders in de bedrijfstak kunnen in zichzelf geen excuus zijn voor wangedrag.

De vervolgvraag die opkomt, is *welke* functionarissen (binnen de onderneming) van de werkgever namens hem het vertrouwen kunnen wekken dat bepaald gedrag door de werkgever niet als dringende reden zal worden aangemerkt. Een strikte benadering in dat verband zou kunnen zijn dat alleen de uiteindelijk tot ontslag bevoegde functionaris dat zou kunnen doen; nu hij degene is die uiteindelijk over het ontslag beslist, zo zou men kunnen aanvoeren, is hij ook de enige die bevoegd is om ter zake van hetgeen wel of niet als ontslaggrond wordt aangemerkt, bindend vertrouwen te wekken. Die formele “bestuursrechtelijk” *angehauchte* invalshoek lijkt me niet wenselijk, zulks alleen al omdat voor werknemers vaak niet duidelijk zal zijn bij wie, gelet op de bedrijfsinterne bevoegdheidsverdeling, de uiteindelijke beslisbevoegdheid ter zake van het geven van ontslag zal liggen. Ik zou (dan ook) denken dat vertrouwen ook gewekt kan worden door toezeggingen of gedrag van andere leidinggevende functionarissen binnen de onderneming van de werkgever die boven de werknemer geplaatst zijn en hem tot voorbeeld strekken. Dat standpunt vindt steun in een arrest van de Hoge Raad van 18 mei 1984, dat hiervoor onder 2.7 reeds

533 Zie HR 7 december 1984, NJ 1985, 315 voor een geval waarin de rechtsopvolger wel duidelijk had gemaakt het gedoogbeleid van zijn voorganger niet voort te zullen zetten.

534 Over de vraag of zo een gebruik van invloed kan zijn op de uitleg van een CAO-bepaling wordt verschillend gedacht. Zie in dat verband Gerechtshof Amsterdam 30 maart 2006, JAR 2006/96 en Conclusie A.-G. Langemeijer voor HR 21 december 2007, NJ 2008, 30 die deze vraag bevestigend beantwoorden vs. conclusie A.-G. Keus voor HR 10 december 2004, JAR 2005/31, die daarin opmerkte “(...) dat de uitleg van een CAO-bepaling niet behoort te worden beïnvloed door de wijze waarop die bepaling na haar totstandkoming wordt toegepast. Zou dat anders zijn, dan zou de inhoud van een CAO mede worden bepaald door de toepassing die in het bijzonder aan de CAO onderworpen werkgevers bereid zijn daaraan te geven. Wanneer CAO-bepalingen worden uitgelegd overeenkomstig de uitvoeringspraktijk van werkgevers, dreigen bovendien onevenwichtige uitkomsten: een uitleg in het licht van de (goedgekeurd door de werkgever bepaalde) uitvoeringspraktijk kan te eenzijdig in het voordeel van de werkgever uitvallen. Voorts werkt een dergelijke uitleg rechtsonzekerheid in de hand: door een uitleg aan de hand van de uitvoeringspraktijk kan een CAO-bepaling gaandeweg een andere inhoud krijgen dan werknemers bij aanvang van de werking van de CAO naar objectieve maatstaven uit haar tekst konden afleiden.”

kort in het kader van de bespreking van de onverwijldheidseis aan de orde is gesteld.⁵³⁵ In die zaak was sprake van een verkoopmanager van V&D die op staande voet was ontslagen wegens het mee naar huis nemen van een inruiltelevisie na betaling van een bedrag van NLG 25,- in plaats van het verschuldigde bedrag van NLG 73,-. De leidinggevende van de betreffende manager werd aan het einde van de dag voordat hij voor twee weken op vakantie zou gaan op de hoogte gebracht van (het vermoeden van) dit feit. De chef was zelf niet tot het geven van ontslag bevoegd en heeft de zaak niet voor zijn vertrek op vakantie aan de wel tot ontslag bevoegde Manager Sociale Zaken gemeld. Toen hij, twee weken later, weer op kantoor kwam, zocht de chef de zaak alsnog uit en meldde deze nog diezelfde dag aan de Manager Sociale Zaken, die vervolgens onmiddellijk tot ontslag overging. De Rechtbank achtte het ontslag onverwijld gegeven. In cassatie werd over dat oordeel geklaagd, maar vergeefs. De Hoge Raad bevestigde zijn oordeel dat “voor het antwoord op de vraag of de ontslagverlening op staande voet al dan niet onverwijld is geschied, (...) het tijdstip waarop de feiten, die als de dringende reden tot het ontslag worden aangevoerd, ter kennis zijn gekomen van de tot ontslagverlening bevoegde persoon in de onderneming, in zover beslissend is dat een na dit tijdstip nog dralen met het geven van ontslag” in het algemeen onverenigbaar is met de vereiste dringendheid van de aangevoerde dringende reden. Daaraan voegde de Hoge Raad de navolgende overweging toe:

“Dat wil echter niet zeggen dat het vereiste dringende karakter van de aangevoerde reden voor het ontslag niet ook zou kunnen blijken te ontbreken op grond van het feit dat de – niet zelf tot ontslag bevoegde – chef van de werknemer reeds in een eerder stadium in kennis was gesteld van de aan de werknemer verweten feiten, zonder het nodig te vinden terstond de nodige stappen te ondernemen om tot dadelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst te geraken.”

Ik leid hieruit, naar hiervoor onder 2.7 uiteen is gezet, niet af dat de Hoge Raad zou hebben willen zeggen dat de onverwijldheidseis al kan ingaan *voordat* de tot ontslag bevoegde functionaris van (het vermoeden van) de dringende reden op de hoogte is gekomen en wel op het moment dat een niet tot ontslag bevoegde leidinggevende, of wellicht zelfs een andere functionaris dat vermoeden heeft. Veeleer interpreteer ik de hiervoor geciteerde overweging aldus dat het feit dat een directe chef of een andere leidinggevende – zij het niet tot ontslag bevoegde – functionaris wetenschap van bepaald wangedrag “laat liggen” een (voor de werkgever negatieve) rol kan spelen in de afweging of zich een dringende reden voordoet. Zulks in die zin dat daarmee het vertrouwen gewekt kan zijn dat ontslag niet om deze reden zal plaatsvinden, omdat de bedrijfscultuur klaarblijkelijk zo is dat het gedrag daarvoor niet ernstig genoeg is. Getreuzel of anderszins gedogend gedrag van leidinggevende, maar niet tot ontslag bevoegde functionarissen leidt, anders gezegd, niet tot schending van de onverwijldheidseis – die begint pas te lopen wanneer de tot ontslag bevoegde functionaris kennis krijgt van de desbetreffende feiten – maar kan wel met zich brengen dat het

535 HR 18 mei 1984, NJ 1984, 720.

vertrouwen gerechtvaardigd is dat in gedrag als dit binnen de onderneming geen dringende reden wordt gezien.

Dat gedogend, althans niet voortvarend handelen van niet tot ontslag bevoegde, maar wel leidinggevende functionarissen ertoe kan leiden dat wangedrag het karakter van een dringende reden verliest, vindt steun in de lagere rechtspraak.⁵³⁶ Te wijzen valt op een uitspraak van de Kantonrechter Winschoten van 2011, waarin een ontslag wegens roken op de werkplek stukliep op het feit dat twee leidinggevenden weliswaar hadden gewaarschuwd dat dat niet mocht, maar daarbij niet hadden aangegeven dat zulks *op straffe van ontslag op staande voet niet mocht*.⁵³⁷ Te wijzen valt ook op een uitspraak van de Kantonrechter Zaandam uit 2005, waarin het feit dat een niet tot ontslag bevoegde assistent bedrijfsleider geruime tijd geen melding had gemaakt van het feit dat een ondergeschikte betrokken was geweest bij een opstootje met vervelende adolescenten, uiteindelijk afbreuk deed aan het bestaan van een dringende reden. Dat aanvankelijk gedogen bevestigde voor de Kantonrechter dat het sop de kool niet waard was.⁵³⁸ Ook kan gewezen worden op een uitspraak van de Kantonrechter Middelburg uit 2009, waarin sprake was van een ontslag op staande voet van een verloskundige die een medische status wijzigde nadat een kind levenloos geboren was.⁵³⁹ Tussen de ontdekking van de wijziging en het ontslag lagen elf dagen, omdat de leidinggevend gynaecologe de zaak enige tijd had laten liggen. De Kantonrechter kwam tot het oordeel dat onverwijld was ontslagen omdat het ontslag meteen was geëffectueerd nadat de tot ontslag bevoegde Raad van Bestuur op de hoogte was gekomen. Het tijdsverloop dat de niet tot ontslag bevoegde leidinggevende gynaecologe had laten ontstaan woog echter mee bij de beoordeling van de ernst van de dringende reden en leidde ertoe dat het ontslag op die grond onderuit ging.⁵⁴⁰ Bij dat alles zal naar mijn mening gelden dat hoe groter/directer de zeggenschap is van een leidinggevende over de handel en wandel van een werknemer, des te meer vertrouwen die werknemer aan de handelwijze en uitlatingen van die leidinggevende mag toekennen. Aan het feit dat een leidinggevende in zijn lijn bepaald gedrag door de vingers ziet, zal de werknemer eerder het vertrouwen kunnen ontlenen dat hem dat gedrag is toegestaan dan aan uitlatingen of gedragingen van een leidinggevend functionaris die zich weliswaar binnen dezelfde onderneming bevindt, maar niet in de lijn van de werknemer.

B. Expliciete contractuele uitsluiting van de dringende reden

Vervolgens komt de vraag op *hoe* en *waardoor* vertrouwen kan zijn gewekt. Hier zijn *grosso modo* twee hoofdcategorieën te onderscheiden. In de eerste plaats kan sprake

536 Zie ook Ktr. Nijmegen 30 mei 2012, LJN: BW7284. Handelwijze van functionarissen binnen werkgever na ontdekking diefstal is niet van dien aard dat daaruit kan worden afgeleid dat deze binnen werkgever als dringende reden kan worden aangemerkt. Werknemer wordt voortzetting van arbeidsovereenkomst op uitzendbasis aangeboden.

537 Zie in die zin bijvoorbeeld Ktr. Winschoten 15 september 2011, LJN: BT1645, waarin het vertrouwen was gewekt door twee leidinggevenden.

538 Ktr. Zaandam 3 november 2005, RAR 2006/9.

539 Ktr. Middelburg 23 november 2009, LJN: BL8854.

540 Zie in vergelijkbare zin Hof Den Bosch 16 januari 2007, RAR 2007/91 en Hof Leeuwarden 22 juni 2010, LJN: BN0309 (rov. 6.4), eveneens zaken waarin gedrag van leidinggevenden het vertrouwen gewekt had dat een handelwijze niet als dringende reden zou kwalificeren.

zijn van een contractuele afspraak tussen werknemer en werkgever dat bepaald gedrag geen dringende reden zal opleveren. In de tweede plaats kan vertrouwen zijn gewekt door het gedogen van bepaald eerder door de werknemer vertoond wangedrag.

Wat de eerste categorie gevallen betreft – contractuele afspraken dat bepaald gedrag geen dringende reden oplevert – komt allereerst de vraag op of zo een afspraak überhaupt rechtsgeldig is. De Hoge Raad heeft zich daarover nog niet uitgelaten. In het arrest *CZ/Jenneskens* had hij zich wel te buigen over de spiegelbeeldige vraag of partijen contractueel bindend kunnen overeenkomen dat bepaald gedrag een dringende reden zal vormen.⁵⁴¹ Die vraag beantwoordde de Hoge Raad in rov. 3.4 van dat arrest met de navolgende bewoordingen ontkennend: “De Rechtbank is kennelijk ervan uitgegaan dat de door haar veronderstelde afspraak nietig is, nu niet rechtsgeldig ten nadele van de werknemer kan worden bedongen wat in afwijking van de wet tussen partijen bij een arbeidsovereenkomst als dringende reden voor ontslag van de werknemer zal gelden. Dit uitgangspunt is juist.”⁵⁴² Interpreteert men deze passage *a contrario* dan zou de gedachte kunnen opkomen dat klaarblijkelijk een afwijking van hetgeen ingevolge de wet een dringende reden zal zijn, *ten voordele* van de werknemer in de ogen van de Hoge Raad *wel* toelaatbaar is. Maar zulke redeneringen zijn naar hun aard gevaarlijk; over de vraag of partijen *ten voordele* van de werknemer kunnen afwijken van hetgeen volgens de wet een dringende reden is, had de Hoge Raad zich immers niet uit te laten. Ik zou die verstrekkende conclusie dan ook niet aan het arrest willen verbinden. Hoe moet nu, bij gebreke van richtingwijzende rechtspraak van de Hoge Raad op dit punt, worden geoordeeld?

De literatuur is verdeeld over de vraag of een contractuele uitsluiting van de dringende reden rechtsgeldig overeengekomen kan worden. Meijers stelde zich zonder veel omhaal op het standpunt dat “partijen (...) vrijelijk in overeenkomst of reglement bepaalde feiten (kunnen, toevoeging SFS) vermelden die onder alle omstandigheden dringende redenen tot ontslag zullen zijn. Ook kunnen zij bepaalde feiten als dringende redenen tot ontslag uitsluiten.”⁵⁴³ Die laatste opvatting onderbouwt Meijers verder niet, de eerste is – met het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Jenneskens* – als onjuist achterhaald.⁵⁴⁴ Meijers baseerde zijn opvatting dat partijen een bepaald feit rechtsgeldig vooraf als dringende reden kunnen bestempelen overigens op de gedachte dat zij ook een ontbindende voorwaarde overeen kunnen komen, die de arbeidsovereenkomst doet eindigen wanneer hij vervuld raakt. Die mogelijkheid heeft de Hoge Raad evenwel ook niet in zijn algemeenheid aanvaard. Integendeel, dergelijke voorwaarden zijn slechts bij uitzondering toelaatbaar. Een voorwaarde die niet met het stelsel van het ontslagrecht te verenigen is,

541 HR 24 februari 1995, NJ 1995, 450; JAR 1995/67.

542 In gelijke zin heeft het BAG beslist met betrekking tot het Duitse recht: BAG 22 november 1973, EzA §626 BGB nF Nr. 33.

543 E.M. Meijers, *De Arbeidsovereenkomst*, Haarlem, 1924, p. 194. Zie ook de noot van Meijers onder HR 20 januari 1927, NJ 1927, 639.

544 HR 6 maart 1992, NJ 1992, 509; HR 24 mei 1996, NJ 1996, 685; HR 1 februari 2002, NJ 2002, 607. Zie G.P.H. Kreijnen en P.H.E. Voûte, *De arbeidsovereenkomst en de ontbindende voorwaarde*, SMA 1997, p. 538, H.L.A. Ko, *De ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst*, *ArbeidsRecht*, 2001, 6.

is nietig. Kamphuisen nam een tussenpositie in; zijns inziens is het wel mogelijk rechtsgeldig vooraf overeen te komen dat partijen bepaalde gedragingen die in potentie een dringende reden kunnen zijn, van elkaar zullen tolereren (uitsluiting van bepaald gedrag als dringende reden), maar niet om vooraf overeen te komen dat bepaald gedrag, dat anders geen dringende reden zou zijn, dat in de verhouding tussen partijen wel zal zijn (uitbreiding van de dringende reden). Dat zou zich niet verdragen met het dwingend karakter van de regeling inzake de dringende reden.⁵⁴⁵

Bouwens en Duk nemen een standpunt in dat aansluiting lijkt te zoeken bij Kamphuisen. Aan de ene kant merken zij, in het kader van hun bespreking van de contractuele beperking van de dringende reden, op dat partijen, gelet op het dwingendrechtelijke karakter van de regeling inzake het ontslag op staande voet, niet kunnen overeenkomen dat, hoewel aan alle vereisten voor een ontslag op staande voet is voldaan, zo een ontslag toch niet geëffectueerd kan worden. Vervolgens werpen zij de vraag op of partijen “gebonden zijn” aan hun verklaring in de overeenkomst dat bepaalde daden, eigenschappen of gedragingen door hen niet als dringende reden zullen worden aangemerkt. “Een bevestigend antwoord op die vraag ligt meer in de rede”, aldus deze auteurs, nu partijen zelf de inhoud van hun contractuele relatie bepalen en zo een afspraak in feite betekent dat partijen te kennen geven dat in het betreffende geval de reden in hun verhouding niet dringend is. De opvatting van Bouwens en Duk komt mij innerlijk wat tegenstrijdig voor. Want als men aanvaardt dat partijen gebonden zijn aan hun afspraak dat bepaald gedrag in hun relatie geen dringende reden oplevert, dan zijn zij dus klaarblijkelijk toch in staat om op voorhand af te spreken dat in een setting waarin aan alle vereisten voor een geldig ontslag op staande voet is voldaan – onverwijldheid, mededeling en dringende reden – toch geen ontslag op staande voet kan (althans mag) worden gegeven, omdat zij dat laatste vereiste op voorhand hebben “weggecontracteerd”; en dat vinden Bouwens en Duk nu net weer niet kunnen.⁵⁴⁶ Bockwinkel tot slot staat helemaal aan de andere kant van het spectrum; hij acht – gelet op het dwingendrechtelijke karakter van de regeling inzake de dringende reden – art. 7:678 lid 1 BW – noch een contractuele uitbreiding noch een contractuele beperking mogelijk.⁵⁴⁷

In de lagere rechtspraak is slechts een enkel voorbeeld te vinden van een zaak waarin werd geoordeeld dat een werkgever geen beroep kon doen op het bestaan van een dringende reden, omdat hij het recht daartoe had “weggecontracteerd”. In een uitspraak van de Kantonrechter Eindhoven uit 1979 kon de werkgever zich er niet op beroepen dat een *nog niet onherroepelijke* strafrechtelijke veroordeling wegens valsheid in geschrifte een dringende reden opleverde, omdat partijen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst weet hadden van de verdenking tegen de werknemer en ter zake een contractuele regeling waren overeengekomen die er in de kern genomen op

⁵⁴⁵ P.W. Kamphuisen, *De collectieve en individuele arbeidsovereenkomst*, Leiden, 1956, p. 212.

⁵⁴⁶ W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, *Van der Grinten. Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer 2011, p. 413/414.

⁵⁴⁷ A. Bockwinkel, *Over contractuele uitbreiding en beperking van dringende redenen*, WPNR, 1965, p. 145.

neerkwam dat die verdenking pas (of wellicht beter: alleen) dan een dringende reden zou opleveren wanneer de werknemer onherroepelijk strafrechtelijk veroordeeld was.⁵⁴⁸

Welke stroming in de literatuur heeft het gelijk hier nu aan haar zijde? Allereerst zij opgemerkt dat een belangrijk argument tegen het aanvaarden van de mogelijkheid van een contractuele uitbreiding van de dringende reden bij de contractuele uitsluiting daarvan, niet opgaat. Dat argument is gelegen in het bepaalde in art. 7:678 lid 3 BW, waaruit volgt dat de wetgever niet heeft gewild dat de werkgever eenzijdig mag bepalen of zich een dringende reden voordoet. Art. 7:678 lid 3 BW doet de mogelijkheid van zo een eenzijdige partijbeslissing in de navolgende bewoordingen in de ban: “Bedingen waarbij aan de werkgever de beslissing wordt overgelaten of er een dringende reden in de zin van artikel 677 lid 1 aanwezig is, zijn nietig.” Die bepaling was reeds vervat in het oorspronkelijke wetsontwerp van Drucker, waarin dit werd toegelicht door erop te wijzen dat “Beroep op den rechter (...) den arbeider in ieder geval (moet, toevoeging SFS) openstaan.”⁵⁴⁹ De regel dat de werkgever niet (contractueel) de bevoegdheid kan worden gegeven te bepalen dat bepaald gedrag een dringende reden oplevert, strekt dus kennelijk ter bescherming van de partij die wordt geconfronteerd met een ontslag op staande voet, de werknemer. Dat argument speelt bij de contractuele *uitsluiting* van een dringende reden niet. Uit het bepaalde in art. 7:678 lid 3 BW is dan ook wel afgeleid dat contractuele *beperkingen* van de dringende reden wel toelaatbaar zouden zijn, maar ook dat is weer een *a contrario* redenering en geen rechtstreeks argument voor dwingende werking van zo een afspraak.⁵⁵⁰ Het is, zo bezien, een “zwak” argument voor aanvaarding van de mogelijkheid van contractuele uitsluiting. Steun voor de opvatting dat een contractuele beperking van de dringende reden wel toelaatbaar is, is ook wel geput uit de wetsgeschiedenis van art. 7:678 lid 2 BW. In de Memorie van Toelichting op het ontwerp Drucker – dat op dit punt (vrijwel) gelijkluidend was aan de regeling van het tweede lid van art. 1639p BW (oud) – valt te lezen dat, hoewel daarvoor “*weinig aanleiding*” zou bestaan, het “*niet verboden*” zou zijn om ter zake van de catalogus met *mogelijke* ontslaggronden van thans art. 7:678 lid 2 BW) “bijzondere regelingen te treffen” om van die catalogus “af te wijken”.⁵⁵¹ Nieboer heeft hieruit in een bijdrage van kort na de inwerkingtreding van de Wet op de arbeidsovereenkomst afgeleid dat contractuele uitsluitingen vooraf van de dringende reden volgens de wetgever niet

548 Ktg. Eindhoven 4 november 1977, Prg. 1977, 1361. De Kantonrechter overwoog dat hetgeen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst was afgesproken niet anders kon worden beschouwd “(...) dan als een bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst getroffen uitputtende regeling tussen partijen voor de problemen, welke op grond van het toen tegen eisers ingestelde strafrechtelijke onderzoek te verwachten waren, met andere woorden als een regeling van de toen reeds potentieel aanwezige ‘dringende reden’ tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 1639o van het Burgerlijk Wetboek, en deze regeling bracht voor eisers mee dat gedaagde in verband met de fraude, waarvoor gedaagde op het moment van het aangaan van de arbeidsovereenkomst reeds serieuze verdenkingen koesterde, slechts dan de arbeidsovereenkomst met eisers als ontbonden mocht aanmerken, indien die fraude bij onherroepelijke uitspraak bewezen was.”

549 Bles, IV, p. 119.

550 H.L. Israëls, Overeengekomen “dringende reden”, W 8861. Bestreden door Canes, Dringende reden, W 8864.

551 Bles, IV, p. 119.

verboden zouden zijn.⁵⁵² Dat is, naar mijn mening, ook geen overtuigend argument nu het feit dat bepaald gedrag niet voorkomt in de catalogus van lid 2 BW, niet noodzakelijkerwijs betekent dat dat gedrag niet toch een dringende reden *kan* zijn; het gaat bij de lijst van art. 7:678 lid 2 BW immers slechts om een niet limitatieve opsomming met *potentiële* voorbeelden. Ook gedragingen die niet (meer) op de lijst voorkomen, kunnen in voorkomend geval toch een dringende reden zijn in de zin van art. 7:678 lid 1 BW. Dat de wetgever het mogelijk heeft geacht dat bepaald gedrag van de “voorbeeldlijst” van lid 2 wordt afgehaald, betekent dan dus ook niet noodzakelijkerwijs dat hij het daarmee toelaatbaar heeft geacht dat dwingend vooraf kan worden overeengekomen dat dat gedrag nimmer een dringende reden zal zijn. Voor de beantwoording van die vraag is immers uiteindelijk slechts het bepaalde in art. 7:678 lid 1 BW beslissend, de catalogus van lid 2 is in dat verband niet meer dan een aanwijzing. Het contractueel kunnen uitsluiten van een *aanwijzing* voor het bestaan van een dringende betekent, anders gezegd, niet dat daarmee ook vooraf het bestaan van een dringende reden kan worden uitgesloten. Voor de stelling dat contractueel ten voordele van de werknemer mag worden afgeweken van het bepaalde in lid 1 van art. 7:678 lid 1 BW kan, al met al, noch in de hiervoor genoemde passage uit de wetsgeschiedenis, noch elders in die geschiedenis steun worden gevonden.⁵⁵³

Ik ben van mening – en sluit me dus aan bij de opvatting van Bockwinkel op dit punt – dat het antwoord op de vraag of het mogelijk is om bepaald wangedrag vooraf contractueel het karakter van een dringende reden te ontnemen, uiteindelijk toch gelijklopend dient te zijn aan het antwoord op de vraag of het mogelijk is dergelijk gedrag vooraf dwingend als dringende reden aan te wijzen. Zo een afspraak verdraagt zich niet met het dwingendrechtelijk karakter van het bepaalde in art. 7:678 lid 1 BW. De hiervoor besproken argumenten die naar voren zijn geschoven om zo een contractuele beperking anders dan een contractuele uitbreiding wel toelaatbaar te achten, overtuigen mij niet. Het belangrijkste tegenargument in dit verband is wat mij betreft gelegen in de rechtspraak van de Hoge Raad ter zake van de wijze waarop het bestaan van een dringende reden beoordeeld moet worden. Volgens de Hoge Raad kan die vraag slechts worden beantwoord aan de hand van een concrete weging van alle omstandigheden van het geval, *zoals die zich op de ontslagdatum voordoen*.⁵⁵⁴ Met dat criterium verdraagt zich ook niet aan te nemen dat partijen al ruim voordien – zonder kennis te hebben van de omstandigheden die zich te zijner tijd voordoen – bindend zouden kunnen overeenkomen dat bepaald gedrag, geen dringende reden oplevert. Dat vergt immers een voorspellende gave van partijen. Zij moeten eigenlijk een glazen bol hebben om te beoordelen hoe de omstandigheden, waaronder de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, in de toekomst, te weten op het moment dat het als dringende reden uitgesloten gedrag zich voordoet, zullen zijn. Bockwinkel wees daarop al in zijn bijdrage uit 1965. Hij schreef toen:

⁵⁵² H.J. Nieboer, *Dringende redenen*, W 8863.

⁵⁵³ Zie in die zin ook de nog steeds actuele bijdrage van A. Bockwinkel, *Over contractuele uitbreiding en beperking van dringende redenen*, WPNR 1965, 4852 en 4853.

⁵⁵⁴ HR 8 oktober 2004, RAR 2005/1.

“Voorts kan men een oordeel of iets tengevolge van enige omstandigheid al dan niet van iemand kan worden geleverd slechts *dán* juist en met kennis van zaken vellen, indien de omstandigheid die als dringende reden heeft te gelden, zich in concreto heeft voorgedaan. Bindende vastlegging daarvan vooraf in de arbeidsovereenkomst, dus in abstracto, kan nooit meer of anders zijn dan speculatiën omtrent het ongewisse, vergelijking met een bepaald aantal onbekenden, kortom een soort sterrenwielarij of waarzeggerij, waarmede de wettelijke regeling omtrent dringende redenen zich niet heeft ingelaten.”⁵⁵⁵

In het verlengde hiervan, maar dat is een meer praktisch en veel minder principieel argument, zie ik niet echt het nut van het aanvaarden van de mogelijkheid dat partijen bepaalde ontslaggronden vooraf als dringende redenen kunnen uitsluiten en wel omdat zo een regeling wel heel eenvoudig omzeild kan worden. Het is immers uiteindelijk aan de werkgever – zie hoofdstuk 3 – om bij het ontslag een dringende reden op te geven. Formuleert hij deze zo dat het aan de werknemer verweten gedrag net even anders luidt dan hetgeen partijen overeenkwamen niet als ontslaggrond te zullen hanteren – bijvoorbeeld doordat de “uitgesloten” gedraging wordt gecombineerd met een misstap(je) uit het verleden – dan mist de “afpraak” strikt genomen toepassing. Al het voorgaande laat onverlet dat een afspraak tussen partijen dat bepaald gedrag niet als dringende reden zal gelden, net als de afspraak dat bepaald gedrag dat wel zal zijn, wel als feitelijk gezichtspunt meegenomen zal kunnen worden in de afweging van alle omstandigheden van het geval of zich een dringende reden voordoet en wel langs de band van het vertrouwensbeginsel.⁵⁵⁶ Zo een afspraak zal immers een grote mate van vertrouwen wekken bij de werknemer dat dat gedrag niet met een ontslag op staande voet gesanctioneerd zal worden. Slechts onder bijzondere omstandigheden zal, ondanks zo een afspraak, toch geconcludeerd kunnen worden dat dat gedrag een dringende reden oplevert.

C. Gedooggedrag

Afspraken die behelzen dat bepaald wangedrag niet als dringende reden wordt aangemerkt, komen in de praktijk vrijwel nimmer voor. Het hiervoor onder B. gerelateerde heeft dan ook een hoog theoretisch gehalte (maar dat maakt het niet minder interessant). Het vertrouwensbeginsel zal in de praktijk met name aan de orde komen wanneer de werkgever door bepaald feitelijk handelen, maar met name ook door nalaten, het vertrouwen heeft gewekt dat hij bepaalde vormen van gedrag die in beginsel een dringende reden kunnen opleveren, zelf niet als zodanig zal hanteren. Het gaat hier in feite om de keerzijde van hetgeen hiervoor onder 4.5.2.3 e.v. is opgemerkt over het effect dat bij de beoordeling van de aard en de ernst van de gedraging die aan een ontslag op staande voet ten grondslag ligt, wordt toegekend aan de vraag of een werknemer vooraf is gewaarschuwd dat bepaald gedrag achterwege dient te blijven. Daar werd onder ogen gezien dat de werkgever, binnen redelijke grenzen, op grond van zijn gezags- en instructierecht regels mag stellen ter zake van het gedrag dat hij binnen zijn onderneming niet van zijn werknemers wenst

⁵⁵⁵ WPNR 4852, p. 147, l.k.

⁵⁵⁶ HR 24 februari 1995, NJ 1995, 450.

te tolereren. Doet hij dat en communiceert hij duidelijk wat die regels inhouden, dan zal daarvan – tenzij gezegd moet worden dat de gestelde regels in redelijkheid geen redelijk doel dienen – een zeer zwaarwegend effect mogen uitgaan bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet. In dat geval zullen ook ogenschijnlijk geringe misstappen, die bij gebreke van een duidelijk waarschuwing geen dringende reden zouden opleveren, dat karakter wel krijgen. Maar de andere kant van datzelfde verhaal is wel dat wanneer een werkgever geen regels stelt en/of niet optreedt tegen door hem geconstateerd wangedrag, hij er daarmee aan kan bijdragen dat wanneer hij op enig moment (opnieuw) met dat gedrag wordt geconfronteerd, hij daarin dan geen aanleiding mag zien tot ontslag op staande voet. Door tolerant/gedogend gedrag ten aanzien van een bepaalde overtreding kan het vertrouwen worden gewekt dat dat gedrag niet zal leiden tot ontslag op staande voet.⁵⁵⁷ Een voorbeeld daarvan vormt een arrest van het Hof Den Bosch van 16 januari 2007, waarin een werknemer op staande voet was ontslagen omdat hij restjes aluminium en koper die bij het bedrijfsproces overbleven, opspaarde en deze, samen met een collega, verkocht aan een “oud ijzerboer” en de opbrengsten daarvan in eigen zak stak.⁵⁵⁸ Het Hof achtte dit meenemen van achtergebleven metaalrestjes geen dringende reden omdat uit overgelegde getuigenverklaringen van collega’s was komen vast te staan dat deze handelwijze in het desbetreffende tijdvak gebruikelijk was, terwijl uit een verklaring van de leidinggevende van de werknemer was gebleken dat deze wel eens had gezien dat de werknemer “stukjes koper die hij tijdens het bezemen zag liggen verzamelde in een doosje. Ik heb hem wel eens gevraagd waarvoor dat was en hij heeft mij daarop geantwoord voor zichzelf. Ik twijfelde of ik hier iets van zou zeggen, omdat ik vermoedde dat het niet klopte.” Datzelfde zal – maar dan in bredere zin – hebben te gelden wanneer de teugels door de leiding van een onderneming zo worden losgelaten dat een “ritsel”- of “graaicultuur” ontstaat. Een uitspraak uit 2009 die betrekking had op de voetbalclub NAC te Breda is in dit verband exemplarisch.⁵⁵⁹ Uit een onderzoek dat de club had laten uitvoeren onder de veelzeggende titel “Eerst denken, dan doen”, bleek dat er binnen NAC door geldgebrek was gezocht naar “creatieve oplossingen in de bedrijfsvoering”. Daardoor was een ritselfcultuur ontstaan waarin werknemers zichzelf en anderen konden bevoordelen. Bovendien hadden leidinggevende functionarissen ondergeschikten opdracht gegeven om voor hen in privé-werkzaamheden te verrichten. Geadviseerd werd deze cultuur te doorbreken. Niet was gebleken dat dat toen daadwerkelijk was gebeurd en nieuwe gedragscodes ook met de werknemers waren besproken. Toen een werknemer – Van Eenennaam –, oud voetballer en inmiddels stadionbeheerder, werd ontslagen wegens allerlei “gerommel”, variërend van het zich toe-eigenen van voor het stadion bestemde verf tot gerommel met urenstaten van taakgestraften die het stadion schoonmaakten, stelde de Kantonrechter bij de beoordeling of zijn gedrag een dringende reden zou opleveren, het navolgende voorop:

557 Zie bijvoorbeeld Rb. Haarlem 16 april 2002, JAR 2002/149 (rov.’en 4.4 en 4.5). Zie daarover ook (kort) R.M. Beltzer, *Ontslag op staande voet*, Deventer 2004, p. 32.

558 Hof Den Bosch 16 januari 2007, RAR 2007/91.

559 Ktr. Breda 22 december 2009, LJN: BK7308.

“Voor wat betreft de beantwoording van de vraag of de aan Van Eenennaam verweten gedragingen een ontslag op staande voet kunnen rechtvaardigen, zal de cultuur waarbinnen Van Eenennaam heeft gewerkt en waarin NAC geen aanwijzingen heeft gegeven om zijn manier van werken te veranderen, nadrukkelijk worden meegewogen, waarbij de kantonrechter als uitgangspunt neemt dat in een organisatie zonder duidelijke richtlijnen en met buitengewoon grote vrijheden voor de betrokkenen om zaken voor NAC geregeld te krijgen, een bepaald handelen minder snel als verwijtbaar gekwalificeerd kan worden, dan dat in een organisatie zou zijn waar duidelijke en stringente regels gelden, die bovendien consequent worden opgevolgd.”

Een werknemer zal zich daarbij niet alleen kunnen beroepen op gedrag van hem zelf dat werd gedoogd, maar ook van andere werknemers, van wie hij zag dat bepaald gedrag gedoogd werd (in eerdere gevallen). Hetzelfde zal in versterkte mate gelden wanneer een werknemer in een voorbeeldfunctie, zoals een leidinggevende of een personeelsfunctionaris, zelf bepaald ontoelaatbaar gedrag vertoonde.

D. Gerechtvaardigd vertrouwen; goede en kwade trouw; grijze zone

Voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel is blijkens het voorgaande tot slot vereist dat de werknemer heeft gehandeld onder invloed van dat vertrouwen, terwijl er bovendien geen sprake moet zijn van omstandigheden die zich tegen het honoreren van een beroep op het vertrouwensbeginsel verzetten. Op dat laatste punt laat de rechtspraak een duidelijk beeld zien, en wel in die zin dat voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel wel vereist is, dat het vertrouwen waarop de werknemer zich beroept, “*vertrouwen te goeder trouw*” moet zijn. Daarvan zal geen sprake zijn, wanneer het de werknemer volkomen duidelijk is dat de leidinggevende die zijn gedrag door de vingers ziet, of wellicht zelfs: stimuleert, daarmee zelf in strijd handelt met de geldende interne regels. Zulks vindt duidelijk steun in een arrest van de Hoge Raad van 28 oktober 1994.⁵⁶⁰ In die zaak was sprake van het ontslag van een commercieel adviseur van een holding, die voorheen vele jaren directeur van een werkmaatschappij van die holding was geweest. Hij werd op staande voet ontslagen wegens het, in zijn tijd als directeur, meewerken aan het opstellen van valse declaraties en het fingeren van opdrachten teneinde zwarte betalingen te kunnen doen aan derden. De werknemer stelde zich in rechte op het standpunt dat geen dringende reden aangenomen kon worden omdat de directeur van de holding jarenlang op de hoogte was geweest van deze praktijken en daarvan had meegeprofiteerd. De Rechtbank verwierp het beroep op deze bedrijfscultuur. Omdat de directeur van de holding mede betrokken was bij de gewraakte praktijken en daarvan mee profiteerde, mocht de werknemer daaruit niet afleiden dat ook de holding zelf daarmee instemde en de handelwijze goedkeurde. De Hoge Raad verwierp het tegen deze beslissing gerichte cassatiemiddel, dat er in de kern toe strekte dat de Rechtbank aldus een onjuist, althans onbegrijpelijk oordeel had gegeven door de betrokkenheid van één van de holding directeurs bij de frauduleuze praktijken niet als verzachtende omstandigheid toe te rekenen aan de werknemer. Hij overwoog dat de Rechtbank, door te oordelen dat de betrokkenheid van de holding directeur bij de in de

⁵⁶⁰ HR 28 oktober 1994, NJ 1995, 128; JAR 1994/251.

ontslaggronden bedoelde praktijken de ontslagen werknemer niet kon baten, niet was uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting en evenmin haar oordeel onvoldoende had gemotiveerd nu “de feitelijke deelname door (de holding directeur, toevoeging SFS) aan de voormelde praktijken zich er niet toe leende om op basis daarvan wetenschap van en instemming met die praktijken bij de directie van de holding te construeren.”

Van belang is te onderkennen dat de Hoge Raad de zaak dus *niet* heeft afgedaan op de overweging dat “wetenschap van en instemming met” wangedrag bij de leiding van de onderneming *nooit* afbreuk kan doen aan het bestaan van een dringende reden – in welk geval het middel reeds om die reden zou hebben gefaald en aan de motiveringsklacht niet toegekomen zou zijn –, maar omdat hij niet onjuist en onbegrijpelijk achtte dat zulke wetenschap en instemming *in dit geval* niet kon worden aangenomen. Daarmee bevestigt het arrest impliciet dat wetenschap van en instemming met bepaalde praktijken bij de leiding van de onderneming onder andere omstandigheden wel kan bijdragen aan het oordeel dat van een dringende reden geen sprake is. Het vertrouwensbeginsel kan, anders gezegd, volgens de Hoge Raad onder (andere) omstandigheden inderdaad afbreuk doen aan het bestaan van een dringende reden. Maar – en dat is de tweede les uit het arrest – dat zal niet zo zijn wanneer de werknemer zich weliswaar beroept op vertrouwen dat gewekt is, maar dat vertrouwen tegen beter weten in is. Is voor de werknemer evident dat hij niet mag vertrouwen op bepaald gedrag of gedogen van zijn leidinggevende, dan – zo lijkt de Hoge Raad te willen zeggen – kan hij zich niet beroepen op het vertrouwensbeginsel. Voor die benadering valt ook steun te vinden in de lagere rechtspraak. Ook daarin zijn aanwijzingen te vinden dat een permissieve bedrijfscultuur alleen de werknemer beschermt die er daardoor *te goeder trouw* op vertrouwt dat iets geen dringende reden oplevert, niet de werknemer die zich slechts op vertrouwen beroept, terwijl hij wist dat hij dat vertrouwen niet behoorde te hebben.⁵⁶¹ Dat betekent dat het beginsel alleen ingeroepen kan worden wanneer bij de werknemer op grond van handelen of nalaten van leidinggevende functionarissen in redelijkheid twijfel kon bestaan over de vraag of bepaald gedrag een dringende reden opleverde. Verwezen zij in dit verband naar een arrest van het Haagse Gerechtshof uit 2005.⁵⁶² Daarin was sprake van een overtreding van een rookverbod door een opvarende van een schip in een petroleumhaven. De werknemer beriep zich erop dat zijn direct leidinggevende – de kapitein van het schip – het roken door de vingers placht te zien. Dat argument baatte hem niet, omdat de leiding van de onderneming door middel van verschillende niet mis te verstane waarschuwingen te kennen had gegeven dat roken volstrekt onaanvaardbaar was en tot ontslag zou leiden. Het moest de werknemer dan ook duidelijk zijn geweest dat hij de hem gegeven instructie verzaakte, zodat hij zich “niet achter dat gedrag van (de) kapitein (...) kon verschuilen”. In dit arrest lijkt de opvatting besloten te liggen dat een werknemer zich niet kan beroepen op het vertrouwensbeginsel wanneer het, ondanks een permissieve houding van een leidinggevende, voor hem volstrekt duidelijk is dat zijn gedrag niet door de beugel kan omdat hij

⁵⁶¹ Zie Ktr. Rotterdam 4 mei 1990 en 25 januari 1991, Prg. 1991, 3490. Vervalsen van administratie is ondanks dat opdracht daartoe is gegeven door leidinggevende reden voor ontslag, nu werknemer moest begrijpen dat hij deze opdracht had behoren te weigeren.

⁵⁶² Hof Den Haag 11 februari 2005, JAR 2005/114, rov. 7.5.

moest weten dat hetgeen die leidinggevende deed, ook verkeerd was.⁵⁶³ Die uitspraak ligt, zo zou ik menen, in de lijn van het hiervoor besproken arrest van 28 oktober 1994. Ook daar baatte het beroep op de bedrijfscultuur de werknemer niet, omdat hij wist dat zijn leidinggevende eveneens in de fraude betrokken was en daarvan profiteerde, zodat hij aan diens handelwijze niet het vertrouwen kon ontlelen dat ook de onderneming met die handelwijze instemde.

Aanvaardt men – en ik zou menen dat die benadering inderdaad de juiste is – dat het vertrouwensbeginsel niet ingeroepen kan worden wanneer het de werknemer, ondanks dat hij daarop niet is aangesproken door een leidinggevende, volstrekt duidelijk is dat zijn gedrag arbeidsrechtelijk ontoelaatbaar is, dan spreekt dat ervoor dat dat beginsel met name aan ontslaggronden die vallen in het zogenaamde “grijze gebied” het karakter van een dringende reden kan ontnemen. Het gaat dan om gedrag dat op zichzelf de schoonheidsprijs niet verdient, maar waarvan niet zonder meer gezegd kan worden dat het de werknemer ook bij gebreke van een daartoe strekkende aanwijzing of bedrijfsregel zonder meer duidelijk moet zijn geweest dat het de toets der kritiek niet kan doorstaan. Juist in dat grijze gebied komt veel aan op de *guidance* die de werkgever verstrekt. Ziet de werkgever onder die omstandigheden bepaald gedrag door de vingers, waarmee een signaal in de verkeerde richting wordt afgegeven, dan zal dat aan het bestaan van een dringende reden afbreuk kunnen doen omdat juist onder die omstandigheden het gerechtvaardigde vertrouwen gewekt kan worden dat de handelwijze blijkaar toelaatbaar is. Een voorbeeld daarvan vormt het hiervoor reeds genoemde arrest van het Gerechtshof Den Bosch van 16 januari 2007, waarin een werknemer op staande voet was ontslagen omdat hij restjes aluminium en koper die bij het bedrijfsproces overbleven, opspaarde en deze, samen met een collega, verkocht aan een “oud ijzerboer” en de opbrengsten daarvan in eigen zak stak.⁵⁶⁴ Bij dit soort gedrag – het meenemen van restjes afval/overgebleven materiaal – kan in gemoede verschil van inzicht bestaan over de arbeidsrechtelijke verwijtbaarheid. Men kan het zien als verduistering – als de werkgever duidelijk heeft aangegeven dat hij die restjes zelf wil opsparen – dan wel als het meenemen van afval/een *res nullius*, waarmee de werkgever veeleer tegemoet wordt gekomen (omdat hij nu niet meer zelf in het afvoeren van het afval hoeft te voorzien). Juist in zo een setting zal dus veel afhangen van de vraag of leidinggevendenden de werknemer hebben aangesproken op zijn gedrag; zien zij het door de vingers, dan kan bij de werknemer redelijkerwijs het vertrouwen ontstaan dat het meenemen klaarblijkelijk is toegestaan. Zo oordeelde ook het Hof.

Bij de beantwoording van de vraag of door een permissieve bedrijfscultuur het vertrouwen gewekt werd dat een bepaalde handelwijze door de vingers gezien zal

563 Zie anders Ktr. Zaandam 22 augustus 2006, LJN: AY655, waarin een hooggeplaatste werknemer van ING zich met succes beriep op een bedrijfscultuur waarin handelen in strijd met de geldende regels werd aangemoedigd, terwijl de Kantonrechter ook oordeelde dat van diezelfde werknemer verwacht had mogen worden tegengas te geven. Daarin ligt besloten dat de Kantonrechter van mening was dat de werknemer wel degelijk wist dat zijn handelwijze in strijd kwam met de regels. Zie over deze uitspraak, overigens een ontbindingszaak, waarin alleen ontbinding wegens gewijzigde omstandigheden werd verzocht – en verkregen – E.T. Visser, Werkgever moet ervoor zorgen dat handelen in strijd met gedragscodes en instructies niet wordt beloond met een vergoeding, *Praktisch procederen*, 2006/6, p. 227.

564 Hof Den Bosch 16 januari 2007, RAR 2007/91.

worden, althans minst genomen dat dat gedrag niet tot ontslag op staande voet zal leiden, zal dus veel aankomen op de aard en de ernst van de gedraging. Is sprake van gedrag waarvan zonder meer duidelijk is dat het ontoelaatbaar is – ook wanneer een leidinggevende het door de vingers ziet – dan zal de werknemer minder snel een beroep toekomen op het vertrouwensbeginsel. Kan daarover verschillend worden gedacht, valt het gedrag anders gezegd, in de “grijze zone”, dan zal het beginsel veel eerder gewicht in de schaal kunnen leggen.⁵⁶⁵ Dat betekent dat het argument van de bedrijfscultuur met name een rol van betekenis kan spelen bij gedrag waar men, afhankelijk van persoonlijke voorkeuren, redelijkerwijs enig verschil van inzicht kan hebben over hetgeen wel en niet door de beugel kan op de werkplek. Voorbeelden daarvan bij uitstek zijn gebieden als omgangsvormen op de werkplek, en privé-internet gebruik op het werk. Staat de werkgever toe dat die omgangsvormen iets minder verfijnd zijn of uit hij zich soms ook zelf wat minder parlementair, dan zal daarmee tot op zekere hoogte het vertrouwen gewekt kunnen worden dat dergelijk gedrag klaarblijkelijk aanvaardbaar is.⁵⁶⁶ Maar ook hier zal dat weer zijn begrenzing vinden in de gerechtvaardigdheid van het vertrouwen. Een bedrijfscultuur waarin de omgangsvormen wat losjes, of iets minder verfijnd zijn, zal – zoals een Hoofd Verzekeringen van ABN Amro van de Kantonrechter Eindhoven in 2004 leerde – niet het gerechtvaardigd vertrouwen kunnen wekken dat een leidinggevend functionaris zich in de richting van zijn vrouwelijke ondergeschikten aan volstrekt ongepaste seksistische uitlatingen mag bezondigen.⁵⁶⁷

Wil een werknemer langs de band van het vertrouwensbeginsel een beroep doen op het feit dat zijn gedrag – althans gedrag zoals hij dat heeft vertoond – door de werkgever gedoogd werd, dan zal naar mijn mening wel moeten vaststaan dat er enige mate van kennis van die feiten bestond bij zijn leidinggevende, althans bij de leidinggevend(n) van hen die dat gedrag vertoonden. Wist(en) de desbetreffende leidinggevende(n) niet van de gedragingen, dan kan aan hun stilzitten ook niet het vertrouwen worden ontleend dat die gedragingen door de vingers werden gezien. Ik zou in dat verband ook niet willen aannemen dat werknemers aan het enkele achterwege blijven van regelmatige controles op naleving van gestelde bedrijfs-interne regels – zonder dat er een concrete aanleiding voor was om aan te nemen dat die regels overtreden werden – het vertrouwen mogen ontlenen dat sprake is van een bedrijfscultuur waarin overtreding daarvan gewettigd wordt. Dat zou immers tot het onaannemelijke resultaat leiden dat een werknemer die dergelijke regels aan zijn spreekwoordelijke laars lapt, die handelwijze aan zijn werkgever zou kunnen tegenwerpen met het enkele argument dat die maar beter had moeten opletten.⁵⁶⁸ Dat is

⁵⁶⁵ Zie voor een ander voorbeeld Hof Leeuwarden 22 juni 2010, LJN: BN0309, waarin sprake was van een autoverkoper die op staande voet was ontslagen omdat hij, kort gezegd, ook wel eens een auto verkocht die een andere werknemer van diezelfde dealer tegen handelswaarde van de dealer had gekocht en opgeknappt. Het betrof daarbij auto's in een ander, goedkoper, segment. Het Hof achtte de betrokkenheid van de werknemer bij dergelijke verkopen geen dringende reden, omdat de werkgever zelf had toegestaan dat de andere werknemer af en toe een auto opknapte en verkocht en aldus had bijgedragen aan onduidelijkheid ter zake van hetgeen toelaatbaar was.

⁵⁶⁶ Vgl. Ktr. Heerlen 14 juli 2000, JAR 2000/185.

⁵⁶⁷ Ktr. Eindhoven 29 november 2004, JAR 2005/2; zie over deze uitspraak ook hiervoor onder 4.7.4.

⁵⁶⁸ Zie voor een verwerping van zo een verweer: Ktr. Sittard 3 december 2001, JAR 2002/105, rov. 5.7.

een even sympathiek verweer als dat van de insluiper die een huis leegsteelt en vervolgens ten verweere aanvoert dat de deur niet op slot zat.

E. Het vertrouwensbeginsel; eindevaluatie

De rol van het vertrouwensbeginsel als gezichtspunt bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet laat zich, blijkens het voorgaande, als volgt samenvatten. Bezie men in de eerste plaats aan wiens handelen de werknemer onder omstandigheden vertrouwen kan ontlenen, dan lijkt een grens te moeten worden getrokken bij de werkgever zelf. Vertrouwen dat is opgewekt door het optreden van andere partijen zal de werkgever niet tegengeworpen behoren te krijgen. Bezie men vervolgens welke functionarissen binnen de organisatie van de werkgever relevant vertrouwen kunnen wekken dat bepaald gedrag niet als dringende reden zal worden aangemerkt, dan spreekt er veel voor om die kring ruimer te trekken dan alleen de tot ontslag bevoegde functionaris. Ook aan handelen of nalaten van andere leidinggevende functionarissen kan dat vertrouwen ontleend worden. Bekijkt men daarna *waardoor* vertrouwen gewekt kan worden, dan komt allereerst de vraag op welk effect uitgaat van contractuele afspraken dat bepaald gedrag niet als grond voor ontslag op staande voet zal worden aangemerkt. Zulke afspraken lijken niet rechtstreeks afdwingbaar, nu zij strijdig zijn met het dwingendrechtelijk karakter van art. 7:678 lid 1 BW. Dat laat onverlet dat deze afspraken wel een zwaarwegend feitelijk gezichtspunt zullen zijn binnen de afweging van alle omstandigheden van het geval of zich een dringende reden voordoet. Naast expliciete afspraken dat bepaald gedrag geen dringende reden zal vormen, zal vertrouwen voorts gewekt kunnen worden door actief *handelen* van leidinggevenden – in die zin dat door hen het slechte voorbeeld wordt gegeven – alsmede door *nalaten* van hun zijde – in die zin dat zij, bekend met wangedrag van een ondergeschikte, daartegen niet optreden. Tot slot werd geconstateerd dat een beroep op het vertrouwensbeginsel alleen zal slagen wanneer de werknemer er te goeder trouw op vertrouwt dat zijn handelwijze geen dringende reden oplevert. Vertrouwen tegen beter weten in wordt niet beschermd. Dat betekent, naar hiervoor werd geconstateerd, dat een beroep op het vertrouwensbeginsel met name aan de orde en van gewicht zal zijn bij gedrag dat valt binnen de zogenaamde “grijze zone”, dat wil zeggen bij gedrag ten aanzien waarvan in redelijkheid valt vol te houden dat men verschillend kan denken over de arbeidsrechtelijke toelaatbaarheid ervan.

Welk gewicht komt nu toe aan (het vervuld zijn van) het vertrouwensbeginsel bij de beoordeling of sprake is van een dringende reden? Naar hiervoor is uiteengezet, vormt dat feit één van de omstandigheden/gezichtspunten in de afweging of zich een dringende reden voordoet. Dat is voldaan aan alle vereisten voor een succesvol beroep op het vertrouwensbeginsel betekent dus niet dat er automatisch geen dringende reden kan worden aangenomen; die beoordeling vergt immers een weging van alle omstandigheden van het geval. Verder zou ik menen dat ook niet gezegd kan worden dat het beginsel één vast gewicht toekomt in de weging; het gewicht zal fluctueren, al naar gelang de omstandigheden van het geval. Is sprake van een expliciete en specifieke afspraak dat de werkgever bepaald nauwkeurig omschreven gedrag niet als dringende reden zal aanmerken, dan zal dat een zeer zwaarwegend gezichtspunt zijn, waardoor dat gedrag slechts onder bijzondere omstandigheden

desondanks als een dringende reden kan kwalificeren. Is daarentegen sprake van een in zijn algemeenheid enigszins permissieve bedrijfscultuur, waardoor bij de werknemer niet onbegrijpelijkwijls het vertrouwen is ontstaan dat bepaald gedrag wellicht wel door de vingers zou worden gezien, dan zal het gewicht van het vertrouwensbeginsel minder groot zijn. Ook hier zal dus weer gelden dat maatwerk vereist is.

4.7.6.4 Het motiveringsbeginsel

Een volgend beginsel van behoorlijk bestuur dat in het arbeidsrecht doorwerkt langs de band van art. 7:611 BW is het motiveringsbeginsel. Houweling en Heerma van Voss verstaan daaronder, in het verlengde van het bepaalde in de artt. 4:16 e.v. Awb, dat de besluitvorming van de werkgever dient te berusten op een kenbare motivering die op feitelijk juiste gronden berust en het besluit kan dragen. De functie van het motiveringsbeginsel is, zo merken beide auteurs verder op, vooral om de werknemer in staat te stellen de aangevoerde gronden die tot een bepaald besluit hebben geleid, te toetsen op redelijkheid of onwaarheid.⁵⁶⁹ In deze benadering kent het motiveringsbeginsel in feite een formele en een materiële kant. De formele kant is dat de werkgever de redenen voor een besluit moet meedelen, de materiële dat de opgegeven redenen het besluit ook moeten kunnen dragen. Een dergelijke dubbele rol wordt ook in het bestuursrecht aan het motiveringsbeginsel toegekend.⁵⁷⁰

Gelet op de zojuist beschreven inhoud van het motiveringsvereiste zal daaraan bij de afweging of zich een dringende reden voordoet, nauwelijks zelfstandige betekenis toekomen, terwijl dat beginsel anderzijds voor de beoordeling of sprake is van een rechtsgeldig ontslag op staande voet, van eminent belang is. Die op het eerste gezicht wellicht wat vreemd aandoende stelling vergt enige nadere toelichting. Het motiveringsbeginsel is naar mijn mening, bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van een ontslag op staande voet, “ingebouwd” in de mededelingseis. Die noopt er immers, naar hiervoor in hoofdstuk 3 *in extenso* is beschreven, toe dat de werkgever bij het ontslag op staande voet op niet mis te verstane wijze moet onderbouwen waarom het ontslag op staande voet wordt gegeven, terwijl die eis vervolgens ook meebrengt dat de werkgever die opgegeven dringende reden in rechte hard kan maken. Hij moet immers de opgegeven ontslaggrond bewijzen. Daarmee is het mededelingsvereiste in feite een *specialis avant la lettre* van het hier besproken motiveringsbeginsel en niet goed valt in te zien welke betekenis aan dat beginsel nog separaat gegeven kan worden in het kader van de weging of zich een dringende reden voordoet. Of aan het motiveringsbeginsel is voldaan, is – zo kan men het ook zeggen – een weging die zich voltrekt binnen een ander deelvereiste van het ontslag op staande voet; de mededelingseis.

Vermeldenswaard is in dit verband nog wel dat doordat het motiveringsbeginsel bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van een ontslag op staande voet doorwerkt

⁵⁶⁹ A.R. Houweling, Commentaar Arbeidsrecht, C.2.3.; G.J.J. Heerma van Voss, Arbeidsovereenkomst, aant. 2.4 bij art. 7:611 BW.

⁵⁷⁰ Zie daarover: R.J.N. Schlössels, Beginselen van behoorlijk bestuur, NTB 2009, 38 en NTB 2006, 27. Zie voorts: No 23 juni 2005, AB 2005, 375 (m.nt. GvB).

via de band van het mededelingsvereiste, dat beginsel een ander, zwaarder gewicht toekomt dan aan de andere hier te bespreken deelvereisten van goed werkgeverschap. Naar hiervoor uiteen is gezet, is het vervuld zijn van de mededelingseis een *conditio sine qua non* voor een rechtsgeldig ontslag op staande voet. Dat betekent dus dat wanneer ter zake van een ontslag niet aan (de twee kanten van) het motiveringsvereiste is voldaan, zulks in zichzelf afdoet aan de rechtsgeldigheid van het ontslag. Daarmee komt aan dat beginsel de betekenis van zelfstandige rechtsgeldigheidsvoorwaarde toe, waar het al dan niet vervuld zijn van de andere hier besproken beginselen van goed werkgeverschap, zoals het gelijkheids- en vertrouwensbeginsel, slechts één van de gezichtspunten is in de weging of sprake is van een dringende reden. Dat kan meebrengen dat, hoewel aan zo een subbeginsel niet is voldaan, toch sprake kan zijn van een dringende reden en daarmee van een rechtsgeldig ontslag op staande voet. Zulks terwijl niet denkbaar is dat niet aan (beide aspecten van) het motiveringsvereiste is voldaan, en toch wordt geconcludeerd dat sprake is van een rechtsgeldig ontslag op staande voet.

4.7.6.5 Het evenredigheidsbeginsel

Een volgend sub-beginsel dat langs de band van het goed werkgeverschap doorwerkt in de civielrechtelijke relatie tussen werkgever en werknemer is het evenredigheidsbeginsel. Dat beginsel houdt in dat een maatregel van de werkgever in verhouding moet staan tot de ernst van het door de werkgever gewraakte gedrag, de door de werkgever met de maatregel nagestreefde doelen en de gevolgen ervan; de maatregel moet, anders gezegd, proportioneel zijn. Zondag wijst erop dat dit beginsel met name een rol speelt in de rechtspraak ten aanzien van disciplinaire maatregelen, zoals terugplaatsingen en strafschorsingen, die grotendeels is gebaseerd op art. 7:611 BW.⁵⁷¹

De vraag rijst ook hier of aan dit evenredigheidsbeginsel een afzonderlijke rol toekomt als separaat gezichtspunt binnen de hiervoor beschreven afweging of sprake is van een dringende reden. Ik zou menen dat die vraag, net als ten aanzien van het hiervoor besproken motiveringsbeginsel, ontkennend beantwoord moet worden omdat het evenredigheidsbeginsel reeds zit ingebakken in de afweging die de Hoge Raad voorschrijft bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet. De “alle omstandigheden van het geval-norm” als geformuleerd in het arrest *Schrijver/Van Essen* is ten gronde niets anders dan een evenredigheidstoets.⁵⁷² Die toets beoogt immers tot uitdrukking te brengen dat het bestaan van een dringende reden alleen

571 W.A. Zondag, Procedurevoorschriften en algemene beginselen, in: E. Verhulp en W.A. Zondag (red.), *Disfunctioneren en wangedrag van werknemer*, Deventer 2008, p. 53.

572 De hier bepleite gedachte dat de toets of sprake is van een dringende reden naar zijn aard een evenredigheidstoetsing behelst, vindt onder meer steun bij Heerma van Voss, die al in een bijdrage uit 1993 schreef dat uit de norm van goed werkgeverschap volgt dat een ontslag op staande voet in evenredigheid moet zijn met de ernst van het verwijtbaar gedrag, G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Alphen aan den Rijn, 1993, p. 53. Heerma van Voss verwijst ter onderbouwing naar Rb. Utrecht 8 december 1976 en 20 juli 1977, Prg. 1977, 1210.

aangenomen kan worden als de aard en de ernst van de gedraging of eigenschap van de werknemer, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, zo zwaarwegend zijn dat de inzet van het middel van het ontslag op staande voet gewettigd is. Dat die toetsing gelijk staat aan een evenredigheidstoetsing ligt daarbij in het bijzonder besloten in het feit dat ook de gevolgen van het ontslag voor de werknemer in de weging moeten worden betrokken en dat alleen wanneer gezegd kan worden dat die gevolgen niet opwegen tegen de ernst van het gebeurde, een dringende reden kan worden aangenomen. Dat laatste is bij uitstek een evenredigheidsoordeel: weegt de ernst van het gewraakte feit op tegen de gevolgen van het middel dat de werkgever beoogt in te zetten in reactie daarop? Nu de voor de beoordeling of sprake is van een dringende reden voorgeschreven maatstaf in feite niets anders behelst dan een volle evenredigheidstoetsing, behoeft – zo zou ik menen – in het kader van die toetsing niet ook nog een afzonderlijk evenredigheidsgezichtspunt te worden betrokken. Dat zou immers in feite dubbelop zijn.

Dat de toets of sprake is van een dringende reden in de kern neerkomt op een evenredigheidsafweging vindt ruime steun in de rechtspraak. Regelmatig brengt de rechter dat tot uitdrukking door te overwegen dat hij zich ter beoordeling of zich een dringende reden voordoet de vraag heeft gesteld of inzet van het wapen van ontslag op staande voet niet een te zwaar middel is of dat het gedrag – alle omstandigheden in aanmerking genomen – wel ernstig genoeg is om een ontslag op staande voet te wettigen, dan wel of geen sprake is van een disproportionele of onevenredige maatregel. Soms wordt het evenredigheidsvereiste ook wel tot uitdrukking gebracht met de bewoordingen dat het ontslag in een bepaald geval niet gewettigd is omdat dat slechts als *ultimum remedium* mag worden ingezet.⁵⁷³ Dat alles is in lijn met de hiervoor onder 4.2.1 besproken wetsgeschiedenis, waarin het uitzonderlijke karakter van de dringende reden, die in verhouding dient te staan tot de ernst van het vertoonde gedrag, keer op keer is benadrukt.

573 Zie respectievelijk Hof Den Haag 17 augustus 2007, JAR 2007/279, beslissing om werknemer te ontslaan, gelet op alle omstandigheden “te zware beslissing”; idem: Ktg Deventer 26 mei 1994, JAR 1994/128 (feiten wettigen inzet zwaarste middel niet); Hof Amsterdam 1 mei 2003, JAR 2003/144 (gedrag weliswaar ernstig, maar niet zo ernstig dat sprake kan zijn van een dringende reden); President Rb. Amsterdam 1 juni 1989, KG 1989, 257 (ontslag “disproportionele” want te zware sanctie); Ktr. Den Bosch 18 september 1998, Prg. 1998, 5078 (buitengewoon zware sanctie van ontslag op staande voet is “buiten proporties”); Ktr. Eindhoven 17 september 2002, JAR 2003/77 (ontslag op staande voet, alle omstandigheden in aanmerking genomen, te zware sanctie); Ktr. Lelystad 23 juni 2004, LJN: AP5417 (het gaat te ver om werknemer te bestraffen met het zwaarste wapen, mede in aanmerking genomen de gevolgen van ontslag op staande voet); Ktr. Haarlem 16 juni 2006, JAR 2006/162 (ontslag op staande voet te zware sanctie gelet op alle omstandigheden van het geval); Ktr. Amersfoort 27 december 2006, JAR 2007/74 (ontslag op staande voet in het onderhavige geval te zware sanctie, werkgever had “met een minder vergaande maatregel kunnen (en moeten) volstaan”); Ktr. Haarlem 2 januari 2008, JAR 2008/26 (minder verstrekkende maatregel had meer in de rede gelegen); Ktr. Amsterdam 27 november 2008, LJN: BG5482 (ontslag op staande voet te zwaar middel, nu gedrag door psychische aandoening kan worden verklaard); Ktr. Assen 29 september 2009, LJN: BK2046 (ontslag op staande voet te zware maatregel in de omstandigheden van het geval); Ktr. Heerenveen 20 januari 2010, RAR 2010/57 (niet valt in te zien dat werkgever niet had kunnen volstaan met een minder zware sanctie zoals schriftelijke waarschuwing, nu ontslag *ultimum remedium* dient te zijn); Ktr. Leiden 13 februari 1991, Prg. 1991, 3496 (ontslag op staande voet onevenredig zware sanctie).

4.7.6.6 Zuiverheid van oogmerk

Het beginsel van zuiverheid van oogmerk brengt mee dat de werkgever bevoegdheden moet gebruiken overeenkomstig het doel waartoe deze zijn verstrekt. Er behoort geen misbruik te worden gemaakt van een bevoegdheid, hetgeen voor het civiele recht ook is vastgelegd in art. 3:13 BW. Ook binnen het ontslagrecht speelt het beginsel van zuiverheid van oogmerk een rol. Het voorbeeld bij uitstek daarvan wordt gevormd door het bepaalde in art. 7:681 lid 2 sub a BW, waarin is bepaald dat een ontslag kennelijk onredelijk *kan* zijn wanneer het is gegeven om een valse of voorgewende reden. Onder een valse reden wordt daarbij verstaan een reden die niet bestaat, onder een voorgewende reden wordt verstaan een reden die weliswaar bestaat, maar die niet de *daadwerkelijke* of echte reden is voor het ontslag.⁵⁷⁴ Een ontslag wegens een valse of voorgewende reden hoeft echter niet noodzakelijkerwijs kennelijk onredelijk te zijn. Wanneer de werkgever er bijvoorbeeld ten tijde van het geven van het ontslag te goeder trouw van uitging dat de reden die achteraf niet bleek te bestaan, wel bestond, behoeft het valse karakter van het ontslag geen kennelijke onredelijkheid mee te brengen.⁵⁷⁵ Ook een voorgewende ontslaggrond behoeft niet noodzakelijkerwijs tot een kennelijk onredelijk ontslag te leiden. Als de werkgever bijvoorbeeld heeft gekozen voor een andere dan de werkelijke ontslaggrond, om de werknemer te sparen, dan kan ook dat betekenen dat van kennelijke onredelijkheid geen sprake is.⁵⁷⁶

A. Een valse of voorgewende dringende reden

Ook in het kader van de beoordeling of sprake is van een rechtsgeldig ontslag op staande voet kan de vraag opdoemen of sprake is van een valse of voorgewende ontslaggrond en er in zoverre is gehandeld in strijd met het beginsel van zuiverheid van oogmerk. Zie ik het goed, dan is de vraag naar de valsheid – in de hierboven bedoelde zin – van een dringende reden een vraag die reeds zal moeten worden beantwoord in het kader van de vraag of hetgeen als ontslaggrond is medegedeeld, ook daadwerkelijk bewezen kan worden, veeleer dan in het kader van de daarop volgende beoordeling of dat, aldus vastgestelde, gedrag in het licht van alle omstandigheden van het geval ook als dringende reden kwalificeert. Komt de opgegeven ontslaggrond niet feitelijk vast te staan, dan valt daarmee het doek voor het ontslag op staande voet; de bewijslast van de opgegeven dringende reden rust immers op de werkgever. Een rechtsgeldig ontslag op staande voet wegens een dringende reden die zich niet heeft voorgedaan, is niet denkbaar.⁵⁷⁷

Wel een relevant gezichtspunt bij de vraag of bepaald gedrag als dringende reden kwalificeert, lijkt me te zijn of de opgegeven dringende reden een weliswaar bestaande, maar *voorgewende* ontslaggrond betreft. Voert de werkgever een ontslaggrond als dringende reden aan die weliswaar bestaat, maar die niet de *echte* ontslaggrond

⁵⁷⁴ Zie daarover HR 4 december 1992, JAR 1992/149; HR 18 juni 1999, NJ 2000/31, JAR 1999/148.

⁵⁷⁵ HR 18 juni 1999, NJ 2000, 31; Hof Amsterdam 10 april 2008, JAR 2008/141.

⁵⁷⁶ Rb. 's-Gravenhage 16 mei 1990, Prg. 1991, 3383.

⁵⁷⁷ Zie daarover nader hiervoor onder: 4.3.3.2, waar de zogenaamde putatieve dringende reden is besproken.

is – is de werkgever, anders gezegd, niet *straight* – dan *kan* dat naar mijn mening meebrengen dat geen dringende reden wordt aangenomen. Daar zit, tot op zekere hoogte, de (oud-Hollandsche) gedachte achter dat de pot de ketel niet behoort te verwijten dat hij zwart ziet: zo kan best aan het oordeel dat de werkgever niet wegens oneerlijkheid van de werknemer op staande voet mag ontslaan bijdragen dat de werkgever daarmee zelf oneerlijk was en wel omdat hij eigenlijk een andere ontslaggrond had.

Ik zou menen dat de gedachte dat het al dan niet voorgewende karakter van een dringende reden een rol behoort te spelen bij de beoordeling of een opgegeven ontslaggrond als dringende reden gekwalificeerd kan worden, ook gelet op de relatie tussen art. 7:678 BW en art. 7:681 BW in de rede ligt. Dat valt als volgt toe te lichten. Zoals hiervoor is aangegeven, kan het voorgewende karakter van een ontslaggrond een ontslag kennelijk onredelijk doen zijn. In het arrest in de zaak *Schrijver/Van Essen* van 12 februari 1999 heeft de Hoge Raad zich, zoals hiervoor reeds is aangegeven, uitgelaten over de relatie tussen de beoordeling of sprake is van een dringende reden en de vraag of sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag op grond van het zogenaamde gevolgcriterium van art. 7:681 lid 2 *sub b* BW, dat bepaalt dat een ontslag kennelijk onredelijk kan zijn wanneer, mede in aanmerking genomen de voor de werknemer getroffen voorzieningen en de voor hem bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden, de gevolgen van de opzegging voor hem te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging. Kort samengevat besliste de Hoge Raad, in navolging van A.-G. Spier, dat van samenloop van het oordeel dat een werknemer wegens een dringende reden is ontslagen, met het oordeel dat dat ontslag kennelijk onredelijk is op grond van het gevolgcriterium, geen sprake zijn. Hoewel de Hoge Raad zijn oordeel in het arrest *Schrijver/Van Essen* heeft toegespitst op de in die zaak voorliggende vraag of samenloop mogelijk is tussen het bestaan van een dringende reden en het oordeel dat sprake is van kennelijk onredelijk ontslag *op grond van het gevolgcriterium* – dat was nu eenmaal de rechtsvraag die in die zaak voorlag – lijkt dat oordeel van overeenkomstige toepassing op de relatie tussen het in art. 7:681 lid 2 *sub a* BW bepaalde en de vraag of sprake is van een dringende reden. De argumenten die de Hoge Raad in het arrest van 12 februari 1999 aanvoerde tegen samenloop met art. 7:681 lid 2 *sub b* BW gaan evenzeer op bij samenloop met de in dat artikellid *sub a* genoemde grond van (mogelijk) kennelijk onredelijk ontslag. Kort gezegd zijn die argumenten dat zich samenloop niet goed laat verenigen (i) met het feit dat in art. 7:677 lid 1 BW is bepaald dat een werkgever die wegens een (terechte) dringende reden (onverwijld) ontslaat niet schadeplichtig is en evenmin (ii) met het feit dat in art. 7:677 lid 3 BW is bepaald dat wanneer een werknemer wegens een dringende reden wordt ontslagen, het juist de werknemer is die schadeplichtig kan zijn en evenmin (iii) met de omstandigheid dat wanneer wegens een dringende reden ontbinding ex art. 7:685 BW wordt gevraagd, wettelijk is uitgesloten dat een vergoeding aan de werknemer wordt toegekend. In zijn conclusie voor het arrest noemde A.-G. Spier nog een vierde – naar mijn mening: zeer krachtig – argument tegen samenloop van het oordeel dat een dringende reden bestaat met het oordeel dat sprake is van kennelijk onredelijk ontslag. Dat argument is niet van wetstechnische, maar veeleer van praktische aard en houdt in dat het “voor niet in het (arbeids)recht geverseerden moeilijk valt uit te leggen

waarom een gedraging (mede tegen de achtergrond van de overige relevante feiten en omstandigheden) wel voldoende grond is voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst, dat deze beëindiging nochtans kennelijk onredelijk kan zijn.” Een sterk argument: leg het een werkgever maar eens uit dat hij enerzijds volstrekt terecht op staande voet heeft ontslagen, terwijl hij zich aldus wel van een kennelijk (dus: evident) onredelijke kant heeft laten zien.⁵⁷⁸

Die vier argumenten verzetten zich alle ook tegen samenloop tussen een dringende reden en kennelijke onredelijkheid op grond van een valse of voorgewende reden. De Hoge Raad noemde in het arrest *Schrijver/Van Essen* nog een vijfde argument en dat is dat – zoals hiervoor reeds in extenso aan de orde was – bij de beoordeling van de dringende reden met alle omstandigheden rekening gehouden moet worden en dus ook met de *gevolgen* van het ontslag. De gevolgentoetsing van art. 7:678 lid 2 sub b BW is dus, als het ware, geïncorporeerd in de beoordeling of zich een dringende reden voordoet. Wordt in dat kader beslist dat de gevolgen niet opwegen tegen het belang van de werkgever bij beëindiging, en om die reden een dringende reden aangenomen, dan is er – zo de Hoge Raad – geen plaats voor het oordeel dat het ontslag toch kennelijk onredelijk is wegens zijn gevolgen. Deze gedachtegang pleit er, zo zou ik menen, ook voor dat bij de beoordeling van het bestaan van een dringende reden met het eventuele *voorgewende* karakter van de ontslaggrond rekening gehouden kan worden. Wanneer bij de beoordeling van het bestaan van een dringende reden met *alle* omstandigheden van het geval rekening gehouden moet worden, waarom dan niet met de door art. 7:681 lid 2 sub a BW aangeduide omstandigheden? Sterker nog: zou daarmee *geen* rekening gehouden worden in de weging of zich een dringende reden voordoet, dan kan niet langer (goed) worden volgehouden dat geen plaats is voor kennelijk onredelijk ontslag op grond van art. 7:681 lid 2 sub a BW, omdat die toetsing al heeft plaatsgevonden in het kader van de beoordeling of sprake is van een dringende reden, terwijl anderzijds de hiervoor met (i) tot en met (iv) aangeduide redenen zich ook dan onverkort verzetten tegen die samenloop. Door incorporatie van ook de in art. 7:681 lid 2 sub a BW verwoorde grond voor mogelijk kennelijk onredelijk ontslag in de toetsing of zich een dringende reden voordoet, kan – ook bij die grond van mogelijke kennelijke onredelijkheid – recht worden gedaan aan die argumenten tegen samenloop, terwijl het argument als vervat in art. 7:681 lid 2 sub a BW niet buitenspel wordt geplaatst.

Ik zou het arrest *Schrijver/Van Essen*, hoewel dat is toegespitst op het gevolgen-criterium – overigens: dat is ook *by far* de meest voorkomende grond voor kennelijk onredelijk ontslag – dan ook zo willen uitleggen dat dat arrest niet alleen ziet op *die* grond voor kennelijk onredelijk ontslag, maar op alle mogelijke gronden daarvoor. Dat betekent (i) dat ook het eventuele *voorgewende* karakter van de opgegeven dringende reden (die kan leiden tot kennelijke onredelijkheid van een ontslag) reeds moet worden betrokken in de afweging of zich een dringende reden voordoet en (ii) dat alleen wanneer het ervoor gehouden moet worden dat dat voorgewende

⁵⁷⁸ Zie conclusie A.-G. Spier onder 3.12, zie ook M.G. Levenbach, Het nieuwe burgerlijk ontslagrecht, p. 68, waar Levenbach opmerkt dat het “vanzelfsprekend (is, toevoeging SFS) uitgesloten, dat een reden van zo dringend karakter (is, toevoeging SFS), dat hij tussentijdse beëindiging op staande voet rechtvaardigt, tevens toch een kennelijk onredelijke beëindiging zou kunnen meebrengen.”

karakter niet of in onvoldoende mate afdoet aan het bestaan van een dringende reden, tot het bestaan daarvan kan worden geconcludeerd.

Dat alles betekent niet dat het feit dat een dringende reden wordt voorgewend er steeds, of in de regel, aan in de weg zal staan dat deze als rechtsgeldige dringende reden wordt aangemerkt. Het voorgewende karakter van een dringende reden behoeft bepaald niet altijd van slecht werkgeverschap te getuigen. Is bijvoorbeeld sprake van een dringende reden die wordt gehanteerd om de werknemer het gezichtsverlies van een eveneens bestaande, maar *nog ergere* ontslaggrond te besparen, dan vermag ik niet goed in te zien waarom dat aan het aannemen van een dringende reden in de weg zou staan. In dat geval kan het, om allerlei redenen, zelfs van zorgvuldigheid getuigen om niet het zwaarste verwijt te hanteren. Aan de andere kant zijn er ook gevallen waarin het feit dat de dringende reden is voorgewend wel aan het bestaan van een dringende reden zal kunnen afdoen. Men denke bijvoorbeeld aan de situatie waarin een, alle overige omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, niet al te ernstig feit – ten aanzien waarvan men *wellicht* kan zeggen dat het *net* een dringende reden kan opleveren – als dringende reden wordt gehanteerd om tactische redenen, bijvoorbeeld omdat de werkgever toch al van de werknemer afwilde om andere maar niet valide en dus niet afdwingbare redenen. Te denken is aan de werkgever die ermee wordt geconfronteerd dat hij in het kader van een reorganisatie eigenlijk in afwijking van de door het afspiegelingsbeginsel voorgeschreven ontslagvolgorde liever werknemer A in plaats van werknemer B – die volgens het beginsel als eerste in aanmerking komt – wil ontslaan en, teneinde dat probleem te omzeilen, een relatief klein vergrijp van A aangrijpt als dringende reden en deswege op staande voet ontslaat. In zo een setting kan het voorgewende karakter van het ontslag net het laatste zetje zijn dat de rechter ertoe brengt die gedraging het karakter van een dringende reden te ontzeggen, juist omdat die beoordeling ten gronde een redelijkheidstoetsing oplevert.

B. Ontslag op staande voet als tactisch middel

Dat brengt mij, meer in het algemeen, op de problematiek van het ontslag op staande voet als tactisch middel. Hoewel sommige auteurs, onder wie Verhulp, wel eens aandacht hebben gevraagd voor dat verschijnsel, is – voor zover mij bekend – nog niet in kaart gebracht wat de relatie is tussen de inzet van het ontslag op staande voet als tactisch middel en de beoordeling of zich een dringende reden voordoet.⁵⁷⁹

Met Verhulp versta ik onder een “tactisch ontslag op staande voet” een ontslag dat door de werkgever wordt gegeven in de wetenschap dat het op zijn best twijfelachtig is of er sprake is van een dringende reden, maar er desalniettemin wordt ontslagen omdat de werknemer op die manier in een hoogst lastige positie wordt gemanoeuvrerd. Hem wordt van de ene op de andere dag de toegang tot het werk ontnomen en hij verliest bovendien zijn inkomen, terwijl ook kwestieus is of daar (voorlopig) een

⁵⁷⁹ Zie E. Verhulp, Na de voorwaardelijke ontbinding, *ArbeidsRecht*, 2003, 6. Zie ook: P.A. Fruytier, De kat van Schrödinger en de executie van de voorwaardelijke ontbindingsvergoeding, *AA* 2007, p. 191/192.

WW-uitkering tegenover staat. Bovendien hangen de werknemer, na zo een ontslag, bij de huidige stand van het ontslagrecht allerlei kostbare procedures boven het hoofd. Vaak wordt een ontslag op staande voet immers gevolgd door drie procedures; een kort geding waarin loon wordt gevorderd, een bodemprocedure over de rechts-geldigheid van het ontslag en tot slot een ontbindingsprocedure voor zover vereist, waarmee de werkgever het loonrisico dat hij loopt, tracht te mitigeren.⁵⁸⁰ Dat alles leidt ertoe dat de werknemer in een positie wordt gebracht waarin hij al snel geneigd is om, in ruil voor intrekking van het ontslag, akkoord te gaan met een beëindigings-regeling, die hem dan in ieder geval de zekerheid van een uitkering bezorgt en hem de kosten en onzekerheid van jarenlang procederen en het diffamerende van een ontslag op staande voet bespaart. Daarbij komt dat een eenmaal gegeven ontslag op staande voet, juist doordat daarna ontbinding voor zover vereist wordt verzocht, vaak neerkomt op een *fait accompli* en wel omdat de rechter in een daarop volgende ontbindingsprocedure voor zover vereist meestal aanneemt dat, *mede door het ontslag*, er in ieder geval sprake is van een zodanige verstoring van de verhoudingen dat een terugkeer op het werk is uitgesloten, zodat ontbinding wegens veranderingen in de omstandigheden minst genomen in de rede ligt, *zelfs als de dringende reden niet aannemelijk is geworden*.⁵⁸¹ Anders gezegd: ook door *ten onrechte* te ontslaan op staande voet kan de werkgever voor een verstoring van de arbeidsrelatie zorgen die vervolgens in een voorwaardelijke ontbindingsprocedure als mede redengevend wordt beschouwd voor een ontbinding wegens veranderingen in de omstandigheden. Slechts zelden wordt zo een verzoek afgewezen op de – naar mijn mening: juiste – overweging dat het

“(…) niet redelijk en niet billijk (in het kader van het bepaalde in art. 7:685 lid 2 BW) (is, toevoeging SFS) om de niet voldoende vaststaande of niet genoegzaam aannemelijke grond of gronden ter zake van een dringende reden toch (een beetje) te laten meewegen bij de tweede grond voor een gewichtige reden en vervolgens de arbeidsovereenkomst te laten eindigen”,

zoals de Utrechtse Kantonrechter De Laat in een uitspraak uit 2008 overwoog.⁵⁸²

Met name de wetenschap dat een dergelijk ontbindingsverzoek voor zover vereist zelden wordt afgewezen, maakt het tactisch ontslag op staande voet in de meeste gevallen tot een tamelijk risicoloze onderneming voor de werkgever. De gevallen waarin de ontbindingsrechter, die de tactiek van de werkgever doorziet, het verzoek om die reden afwijst, zijn op één hand te tellen. Een andere positieve uitzondering wordt in dit verband gevormd door een uitspraak van de Kantonrechter Brielle uit 2011,

580 Zie over de ontbinding voor zover vereist: S.F. Sagel, 'Bijzondere ontbindingen: voorzover vereist, onder voorwaarde(n) of met vergoeding onder voorwaarde(n), Deel 1: De ontbinding voorzover vereist', *ArbeidsRecht* 2002, 24.

581 J. Roeloff, *De verstoorde arbeidsrelatie: de panacee van het ontslagrecht*, Prg. 1988, p. 205, W.H.A.C.M. Bouwens, *De voorwaardelijke ontbinding*, SR 2004, 36 (onder 4, eerste alinea). Zie voor een geval waarin de ontslaggrond niet aannemelijk werd bevonden, maar wel werd ontbonden wegens veranderingen in de omstandigheden Ktr. Enschede 27 november 2008, JAR 2009/81.

582 Ktr. Utrecht 12 februari 2008, RAR 2008/95.

waarin deze overwoog dat hij er niet voor voelde om de werkgever die wegens een hoogst dubieuze dringende reden had ontslagen op staande voet, het veiligheidsnet van de ontbinding voor zover vereist te gunnen. Juist door de ontbinding af te wijzen, zo de Kantonrechter, kon een *level playing field* worden bereikt voor faire onderhandelingen, waarin de werkgever ook iets te verliezen heeft – en dus belang heeft bij een regeling – en wel omdat zonder zo een regeling de loonvordering steeds verder oploopt.⁵⁸³ Dat is, naar mijn mening, goede rechtspraak. De werkgever die zonder dringende reden ontslaat op staande voet in een geval waarin zich, afgezien van het ontslag zelf, nauwelijks iets heeft voorgedaan dat in zichzelf als verandering in de omstandigheden kwalificeert, behoort niet voor dat ontslag te worden “beloond” met een ontbinding wegens een verandering in de omstandigheden uitsluitend bestaande in of veroorzaakt door dat ontslag. Anders gezegd: het enkele feit dat een werknemer ten onrechte op staande voet is ontslagen behoort in zichzelf niet te worden aange-merkt als ontbindingsgrond indien bij gebreke van dat ontslag geen sprake zou zijn geweest van voldoende klemmende veranderingen in de omstandigheden. Dat is echter, uiteindelijk, niet de kern van de discussie die hier aan de orde is. Die is in hoeverre het feit dat sprake is van een tactisch ontslag als hiervoor bedoeld kan meewegen bij de beoordeling of sprake is van een dringende reden.

Ik denk dat het tactische karakter van een ontslag op staande voet in de hier bedoelde zin wel degelijk een omstandigheid is die gewicht in de schaal kan leggen, zij het dat dat karakter slechts zelden van doorslaggevend belang zal zijn in die afweging. Dat heeft met twee aspecten te maken. In de eerste plaats doet zich een bewijsprobleem voor. De werknemer zal er slechts zelden in slagen om, tegenover een werkgever die bij hoog en bij laag volhoudt dat hij niet om de hiervoor bedoelde tactische redenen, maar omdat hij echt van mening was dat zich een situatie als bedoeld in art. 7:678 BW voordeed, heeft ontslagen, aan te tonen, althans aannemelijk te maken, dat het ontslag op staande voet om zulke tactische redenen is gegeven. Daarbij komt, dat het nu juist eigen is aan het verschijnsel van het tactisch ontslag op staande voet, dat zich vermoedelijk *geen* dringende reden voordoet. Dat betekent dat het tactisch karakter van het ontslag vrijwel nimmer

583 Ktr. Brielle 11 januari 2011, RAR 2011/71, waarin als volgt werd overwogen: “Toewijzing van het voorwaardelijke verzoek zet werknemer op achterstand; hij is bereid het gesprek aan te gaan met werkgeefster maar deze wil dat niet en houdt vast aan de onterecht bevonden gronden van het ontslag. Bovendien dient werknemer ook nog in een bodemprocedure te gaan procederen om het ontslag op staande voet aan te vechten c.q. een WW-uitkering veilig te stellen. De kantonrechter acht het van belang dat er meer een ‘level playing field’ ontstaat: werkgeefster mag zich niet verschuilen achter een door haar op grond van te magere redenen verkregen voorwaardelijke ontbinding (op grond van ‘geen noodzakelijk vertrouwen meer’) maar dient te onderhandelen over voortzetting van het dienstverband hetzij beëindiging hiervan zonder een dergelijke beschikking als geruststellende zekerheid in handen te hebben. Dit geldt temeer nu sprake is van een zeer langdurig onberispelijk dienstverband met een oudere werknemer met eenzijdige werkervaring en hierdoor mogelijk een moeilikere positie op de arbeidsmarkt. Tot slot brengen de eisen van goed werkgever- en werknemerschap hier met zich dat partijen met elkaar deugdelijk communiceren voordat zware wapens als ontslag op staande voet en ontbinding worden ingezet.”

in de beschouwing behoeft te worden betrokken om tot het oordeel te komen dat geen dringende reden bestaat; tot die conclusie zal bij tactische ontslagen op staande voet meestal ook al worden gekomen zonder dat de vinger op het tactisch gehalte van het ontslag wordt gelegd.

Maar er zullen ook gevallen zijn waarin in redelijkheid twijfel kan bestaan over het bestaan van een dringende reden en waar uiteindelijk de hierboven beschreven tactische motieven – die er in de kern op neerkomen dat de werknemer in een zo lastig mogelijke positie wordt gemanoeuvreerd, zodat hij wordt gedwongen akkoord te gaan met een voor de werkgever gunstige beëindigingsregeling – redengevend zijn geweest voor de beslissing om de route van het ontslag op staande voet te bewandelen. In zo een geval, zo zou ik menen, kan dat aspect wel degelijk gewicht in de schaal leggen bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet en ertoe leiden dat die vraag *ontkennend* beantwoord moet worden. Net als aan het oordeel dat wel sprake is van een dringende reden voor de werkgever kan bijdragen dat het gedrag dat de werknemer heeft vertoond, verwijtbaar is, kan ook het omgekeerde gelden. Een werkgever die kiest voor inzet van het zwaarste wapen van het ontslagrecht, niet omdat voor hem zeker is dat de handelwijze van de werknemer daartoe aanleiding geeft, maar veeleer omdat hij hoopt de werknemer daarmee in een zo moeilijke positie te dwingen dat hij wordt gedwongen zijn rechten (deels) op te geven, handelt ook verwijtbaar, want in strijd met het hiervoor aangeduide beginsel van zuiverheid van oogmerk en daarmee in strijd met art. 7:611 BW. Dat is een gezichtspunt dat, evenzeer als verwijtbaarheid aan de zijde van de werknemer, een rol kan spelen bij de globale weging of sprake is van een dringende reden. Slaagt de werknemer erin aan te tonen, althans aannemelijk te maken dat tactische motieven de werkgever tot een ontslag op staande voet hebben gebracht en wijzen de overige omstandigheden van het geval – zoals de aard en de ernst van de ontslaggrond – niet voldoende eenduidig in de richting van het aannemen van een dringende reden, dan kan (mede) op grond van die tactische en dus oneigenlijke motieven worden beslist dat van een dringende reden geen sprake is. Dat betekent overigens niet dat het feit dat de werkgever tactisch gebruik maakt van de mogelijkheid ontslag op staande voet te geven, steeds afbreuk doet aan het bestaan van een dringende reden. Dat tactische karakter is slechts één van de gezichtspunten in de weging. Maakt een werknemer zich bijvoorbeeld schuldig aan evident ernstig wangedrag, dan zal dat als dringende reden kwalificeren ook al komt dat wangedrag in die zin als het spreekwoordelijke geschenk uit de hemel dat de werkgever toch al zat te wachten op een mogelijkheid om van de werknemer af te geraken. In zo een geval zullen de aard en de ernst van de dringende reden, binnen de weging van alle omstandigheden van het geval, opwegen tegen het feit dat het ontslag wellicht niet geheel zuiver van oogmerk is. Bovendien geldt dat naarmate het wangedrag van de werknemer in ernst toeneemt, het minder in de rede ligt aan te nemen dat de werkgever op (puur) tactische gronden ontslaat.

C. Misbruik van het ontslag op staande voet?

Tot slot komt nog de vraag op welke rol art. 3:13 BW, dat bepaalt dat degene aan wie een bevoegdheid toekomt, haar niet kan inroepen voor zover hij haar

misbruikt, kan spelen ten aanzien van het tactisch ontslag op staande voet. Een bevoegdheid, zo lid 2 van de bepaling, kan onder meer worden misbruikt door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden of met een ander doel dan waarvoor zij is verleend of in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen. Uit de aard van een bevoegdheid kan voortvloeien dat zij niet kan worden misbruikt.

Uit de rechtspraak volgt dat het bepaalde in art. 3:13 BW ook toepassing kan vinden op de inzet van zogeheten wilsrechten, dat wil zeggen bevoegdheden die aan de rechthebbende “de macht verlenen om eenzijdig door een wilsverklaring veranderingen te brengen in de rechtsbetrekkingen van de rechtssubjecten.”⁵⁸⁴ De bevoegdheid om wegens een dringende reden op te zeggen valt naar mijn mening in die categorie. Kan nu gezegd worden dat een ontslag op staande voet onder omstandigheden kan afketsen op het bepaalde in art. 3:13 BW, omdat de werkgever het middel van ontslag op staande voet inzet voor een ander doel – bijvoorbeeld: uitsluitend als tactisch middel om de werknemer in een moeilijke onderhandelingspositie te brengen – dan waarvoor het hem is gegeven?

Ik zou menen dat hier voor toepassing van het bepaalde in art. 3:13 BW in beginsel geen ruimte bestaat en wel omdat reeds bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een dringende reden, meeweegt of de werkgever bij het geven van het ontslag een oneigenlijk doel voor ogen heeft gestaan. De toets van art. 3:13 BW of sprake is van een ontslag op staande voet wegens een ander doel dan waarvoor de mogelijkheid om op staande voet te ontslaan is verleend, zit in mijn visie al ingebakken in het onderzoek naar de vraag of sprake is van een dringende reden, hetgeen immers reeds een redelijkheidstoetsing aan de hand van alle omstandigheden oplevert. Wordt in dat kader tot het oordeel gekomen (i) dat de werkgever inderdaad niet zozeer vanwege de reden voor het ontslag zelf als wel om tactische of anderszins oneigenlijke redenen op staande voet heeft ontslagen en (ii) dat zulks aan het aannemen van een dringende reden in de weg staat, dan is het ontslag reeds vernietigbaar bij gebreke van een dringende reden. Voor een separate toetsing aan art. 3:13 BW bestaat dan geen aanleiding. Omgekeerd; als in het kader van de redelijkheidstoets of zich een dringende reden voordoet, tot het oordeel wordt gekomen dat het tactische karakter van het ontslag, gelet op de ernst van de gedraging, niet in de weg staat aan het oordeel dat van de werkgever *redelijkerwijs* niet gevergd kan worden het dienstverband voort te laten duren, en wordt om die reden een dringende reden aangenomen, dan zal vervolgens niet kunnen worden gekomen tot het oordeel dat het ontslag desondanks misbruik van recht oplevert. Die benadering is in lijn met de in de literatuur breed gedragen opvatting dat de beperkingen die redelijkheid en billijkheid en het verbod van misbruik van bevoegdheid met zich brengen samenvallen wanneer een tussen partijen bestaande rechtsbetrekking – in casu: de arbeidsovereenkomst – voor een van hen een bevoegdheid – in casu: de bevoegdheid tot het geven van

⁵⁸⁴ E.M. Meijers, *De algemene begrippen van burgerlijk recht*, Leiden 1958, p. 266.

ontslag op staande voet – schept.⁵⁸⁵ Ook in de rechtspraak van de Hoge Raad en de wetsgeschiedenis is deze opvatting terug te vinden. In laatstgenoemde bron valt te lezen:

“Bij strijd met redelijkheid en billijkheid treedt naar voren datgene, waarop een partij die met een ander in een rechtsbetrekking treedt of staat, mag vertrouwen. Daarentegen treedt bij misbruik van bevoegdheid op de voorgrond de bevoegdheid die iemand door wet of overeenkomst is toegekend en waaraan het ongeschreven recht zekere grenzen stelt. Schept een tussen twee personen bestaande rechtsbetrekking voor een van hen bevoegdheden, dan vallen de beperkingen die de goede trouw en het verbod van rechtsmisbruik aanbrengen, samen; de criteria van het rechtsmisbruik zijn alsdan ook bruikbaar om te bepalen wanneer een beroep op de bevoegdheid in strijd met de goede trouw moet worden geoordeeld.”⁵⁸⁶

Zo is het ook bij de dringende reden. Het misbruik-element dient te worden meegewogen bij de redelijkheidstoetsing of zich een dringende reden voordoet, en wanneer in het kader van die beoordeling tot het oordeel wordt gekomen dat ondanks het tactische of anderszins oneigenlijke karakter van het ontslag toch sprake is van een dringende reden, kan dat ontslag vervolgens niet langs de band van het bepaalde in art. 3:13 BW terzijde worden geschoven. Die benadering verdraagt zich naar mijn mening overigens zeer wel met de opvatting van de Hoge Raad dat er, onder bijzondere omstandigheden, wel plaats is voor het oordeel dat een proeftijdontslag misbruik van recht in de zin van art. 3:13 BW oplevert.⁵⁸⁷ Ter beantwoording van de vraag of een proeftijdontslag geldig is, wordt immers – anders dan ter beantwoording van de vraag of sprake is van een dringende reden – geen redelijkheidsoordeel geleverd. Zo een ontslag kan te allen tijde worden gegeven en is uitgezonderd van de redelijkheidstoetsing als vervat in het BBA en de kennelijk onredelijkheidstoetsing van art. 7:681 BW.⁵⁸⁸ De vraag naar eventueel misbruik is hier dus niet ingebakken in de beantwoording van de vraag of de werkgever überhaupt de bevoegdheid had om ontslag in de proeftijd te geven – het antwoord op die vraag is slechts afhankelijk van de niet op een redelijkheidsoordeel berustende vaststelling of een proeftijdbeding feitelijk is overeengekomen; wordt die vraag bevestigend beantwoord, dan bestaat de bevoegdheid. De inzet ervan is niet aan een redelijkheidstoetsing onderworpen. Dat is anders bij de dringende reden: tot ontslag op staande voet mag slechts worden overgegaan, wanneer de redelijkheid dat toestaat.

585 Zie E.J.H. Schrage, *Misbruik van bevoegdheid* (Mon BW A4), nr. 2.5.1.

586 Parl. Gesch. Inv., p. 1040, zie wat de rechtspraak van de Hoge Raad betreft o.a. HR 20 april 1951, NJ 1952, 65.

587 HR 13 januari 1995, NJ 1995, 430, m.nt. P.A. Stein en zie daarover R.F. Kötter, *De rechtspositie van de sollicitant en van de werknemer tijdens de proeftijd* (diss. Leiden), Deventer 2010, p. 258 e.v.

588 Zie J. Riphagen, *Ontslag in proeftijd en misbruik van bevoegdheid*, AA 1996, p. 703, r.k. Riphagen werpt in zijn bijdrage de vraag hoe de regel van de Hoge Raad dat onder omstandigheden misbruik van de bevoegdheid om ontslag in de proeftijd te geven wel op – zie p. 709, r.k., eerste alinea van zijn bijdrage – maar laat die vraag, als ik het goed zie, vervolgens onbeantwoord.

4.7.6.7 Het zorgvuldigheidsbeginsel

A. Algemeen

Een laatste algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en daarmee, in de lijn van Heerma van Voss, dus ook: van goed werkgeverschap, is het zorgvuldigheidsbeginsel. Bezieet men de Algemene wet bestuursrecht, dan treft men de neerslag van het zorgvuldigheidsbeginsel aan in afdeling 3.2, de bepalingen 3:2 tot en met 3:4 Awb. Blijkens eerstgenoemde bepaling brengt het zorgvuldigheidsbeginsel in de eerste plaats mee dat een bestuursorgaan de nodige kennis moet vergaren omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen. Daarop volgt, in art. 3:3, het voorschrift dat het bestuursorgaan de bevoegdheid tot het nemen van een besluit niet voor een ander doel behoort te gebruiken dan waarvoor die bevoegdheid is verleend. En art. 3:4 tot slot bepaalt in lid 1 dat het bestuursorgaan de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen afweegt, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit, terwijl lid 2 ervan stipuleert dat voor één of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Overziet men deze deelaspecten van hetgeen in de Awb onder het zorgvuldigheidsbeginsel wordt geschaard en transporteert men die verplichtingen naar de beoordeling van de dringende reden, dan valt op dat een groot deel daarvan zelfstandige betekenis mist als gezichtspunt in de afweging of sprake is van een dringende reden. Naar hiervoor onder 4.7.6.5 al uiteen is gezet, heeft het evenredigheidsbeginsel, als verwoord in art. 3:4 lid 2 Awb, in die zin geen zelfstandige betekenis binnen de afweging of zich een dringende reden voordoet omdat, kort gezegd, de hele afweging als zodanig een evenredigheidstoetsing behelst, waarbij de vraag naar de gevolgen van het ontslag al moeten worden meegewogen. Hetzelfde geldt voor de in lid 1 van art. 3:4 Awb voorgeschreven weging van alle betrokken belangen; de toets die de Hoge Raad voor de beoordeling van de dringende reden voorschrijft, komt daarmee overeen. Weliswaar is die toets primair voorgeschreven aan de rechter die heeft te onderzoeken of zich een dringende reden heeft voorgedaan, maar indirect daarmee ook aan de werkgever: heeft hij die toets niet zelf voorafgaand aan het ontslag correct uitgevoerd, dan zal hij immers in de procedure met de ongeldigheid van de door hem gehanteerde dringende reden worden geconfronteerd. Het in art. 3:3 Awb besproken deelaspect van het zorgvuldigheidsbeginsel, bestaande in het verbod van *détournement de pouvoir* is hiervoor onder 4.7.6.6.B. al separaat besproken.

B. Hoor en wederhoor

Dan rest de zorgvuldigheidsverplichting vervat in art. 3:2 Awb, inhoudende dat een bestuursorgaan zorgvuldig relevante informatie moet inwinnen alvorens tot besluitvorming te komen. Die verplichting, zo zou ik menen, kan zonder meer wel van belang zijn als afzonderlijk gezichtspunt in de weging of sprake is van een dringende reden. In dit verband is met name het beginsel van hoor en wederhoor van belang. Op dat beginsel is hiervoor in hoofdstuk 2, in het kader van de bespreking van de

onverwijldheidseis, reeds uitvoerig ingegaan en daar is geconstateerd dat in de rechtspraak veel gewicht wordt gehecht aan zorgvuldig onderzoek naar een mogelijke dringende reden, juist om te voorkomen dat op het terrein van het ontslag op staande voet achteraf onjuist gebleken beslissingen worden genomen. Hoor en wederhoor is in het belang van beide partijen; van de werknemer omdat daarmee kan worden voorkomen dat hij op onjuiste gronden op staande voet wordt ontslagen, van de werkgever omdat deze daarmee kan voorkomen dat hij tegen een gegronde loon- of kennelijk onredelijk ontslagvordering aanloopt wanneer hij ten onrechte blijkt te hebben ontslagen omdat hij niet alle relevante feiten had achterhaald.

Ik zou willen aannemen dat het ontbreken van de bereidheid aan de zijde van de werkgever om een werknemer alvorens hem op staande voet te ontslaan te horen, vrijwel steeds getuigt van procedurele onzorgvuldigheid aan diens zijde. Dat geldt ook wanneer het feitencomplex op grond waarvan de werkgever ontslaat geen nader onderzoek vergde, bijvoorbeeld omdat de werkgever aanwezig was op het moment dat de gedraging waarin de dringende reden schuilt, zich voltrok. Nu de Hoge Raad een benadering voorstaat waarin alle omstandigheden van het geval behoren te worden meegewogen bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, waaronder de persoonlijke omstandigheden van de werknemer en waarbij zelfs geheel in de privé-sfeer gelegen feiten in dat kader niet volledig *off limits* zijn geplaatst, ligt het in de rede dat de werkgever zelfs wanneer hij de feiten kent die betrekking hebben op de gedraging van de werknemer die de aanleiding vormen voor het ontslag, toch hoort. Zulks om na te gaan of er wellicht persoonlijke omstandigheden zijn die de handelwijze van de werknemer kunnen verklaren, of die maken dat het ontslag de werknemer zo hard treft dat een ontslag op staande voet wegens de gevolgen ervan achterwege behoort te blijven. Zoals ik eerder in een bijdrage met Verhulp aangaf, impliceert het feit dat de rechter bij de beoordeling of zich een dringende reden voor-doet rekening moet houden met de persoonlijke omstandigheden, dat in het verlengde daarvan ook de werkgever, handelend als goed werkgever, zich rekenschap van die omstandigheden dient te geven.⁵⁸⁹ Dat kan alleen als hij die feiten en omstandigheden tijdig kent.

Het voorgaande betekent niet dat schending van het beginsel van hoor en wederhoor altijd leidt tot de conclusie dat van een dringende reden geen sprake is. Uit een arrest van de Hoge Raad uit 1980 blijkt namelijk dat de Hoge Raad het in acht nemen van het beginsel van hoor en wederhoor niet ziet als *conditio sine qua non* voor een rechtsgeldig ontslag. In die zaak lag de vraag voor wat de juridische consequenties waren van het feit dat een werkgever had verzuimd om, alvorens werknemers te ontslaan wegens werkweigering, door toepassing van hoor en wederhoor te achterhalen welke eventueel steekhoudende bezwaren die werknemers tegen de hen gegeven opdracht hadden. De Kantonrechter had in die zaak beslist dat het enkele

589 S.F. Sagel en E. Verhulp, Onzekere tijden voor het ontslag op staande voet, in S.F. Sagel en E. Verhulp (red.), Voor De Laet: de Hoge Raad, Deventer 2005, p. 106.

feit dat de werkgever dat niet had gedaan, reeds in de weg stond aan het aannemen van een dringende reden. De Rechtbank zat op een ander spoor en wel in die zin dat de werknemers hun bezwaren tegen de opdracht ten processe aannemelijk moesten maken, nu deze door de werkgever werden betwist. In cassatie werd door de werknemers betoogd dat de eventuele onbewijsbaarheid van de door de werknemer aangevoerde reden voor zijn werkweigeren niet langer relevant is wanneer bij de werkgever de bereidheid heeft ontbroken om de bezwaren van de werknemer tegen de hem verleende werkopdracht aan te horen. In zoverre, zo de Hoge Raad, vond het cassatiemiddel “in zijn algemeenheid geen steun in het recht”.⁵⁹⁰ Maar het is onder die omstandigheden, zo vervolgt de Hoge Raad, wel aan de werkgever, die het immers aan zichzelf heeft te wijten dat de werknemer ter gelegenheid van het ontslag zijn gronden voor de werkweigeren niet heeft geuit, zodat de werkgever zich daarover toen niet heeft kunnen uitspreken, om de ondeugdelijkheid van die gronden te bewijzen. De Hoge Raad zoekt de gevolgen van het ontbreken van hoor en wederhoor dus primair in de sfeer van de bewijslastverdeling. Ik schrijf *primair* vanwege de zojuist cursief weergegeven woorden “in zijn algemeenheid” die de Hoge Raad toevoegde aan zijn beslissing dat het ontbreken van hoor en wederhoor niet in zichzelf al in de weg staat aan het aannemen van een dringende reden. Ik begrijp die overweging zo dat de Hoge Raad uitdrukkelijk de mogelijkheid heeft willen openlaten dat het ontbreken van toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor *in bepaalde gevallen* wél afbreuk doet aan het bestaan van een dringende reden. Het ontbreken van hoor en wederhoor kan, anders gezegd, een gezichtspunt zijn in de afweging of zich een dringende reden voordoet. Dat dat is wat de Hoge Raad voor ogen stond toen hij de door hem geformuleerde regel met de woorden *in zijn algemeenheid* clauseerde, ligt eens te meer in de rede wanneer men zijn arrest leest tegen de achtergrond van de conclusie van A.-G. Haak voor dat arrest. De A.-G. nam tot uitgangspunt dat de beoordeling of zich een dringende reden (gelegen in weigering van een redelijke opdracht) voordeed, een afweging van alle omstandigheden van het geval vergt, waaraan hij toevoegde: “de weigering van de werkgever om de bezwaren van de werknemers aan te horen zal daarbij mede een omstandigheid zijn, die bij de afweging een rol zal (moeten) spelen.”⁵⁹¹ Zo bezien, past de beslissing van de Hoge Raad naadloos in zijn regel dat voor de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, alle omstandigheden van het geval van belang zijn. Het niet in acht nemen van het beginsel van hoor en wederhoor – vermoedelijk het meest basale beginsel van *procedural fairness* – behoort daarbij ook te worden meegewogen, zij het dat schending ervan niet steeds aan het aannemen van een dringende reden in de weg behoeft te staan. Die opvatting spreekt ook uit een arrest van het Gerechtshof Den Haag uit 2011.⁵⁹² Daarin werd, onder verwijzing naar een eerder arrest van hetzelfde Hof

⁵⁹⁰ Cursivering toegevoegd, SFS.

⁵⁹¹ Conclusie A.-G. Haak onder 2, voorlaatste alinea.

⁵⁹² Hof Den Haag 29 november 2011, LJN: BU7157, het arrest uit 2008 waarnaar het Hof verwijst is: Gerechtshof Den Haag 31 juli 2008, JAR 2008/241, hiervoor onder hoofdstuk 2 besproken. Zie voorts in gelijke zin: Ktr. Haarlem 21 juli 2011, LJN: BR4105.

uit 2008 waarin het belang van het beginsel van hoor en wederhoor was benadrukt, beslist dat een regel dat “zonder het toepassen van wederhoor geen ontslag op staande voet kan plaatsvinden” (...) geen steun in het recht (vindt, toevoeging SFS), met name niet in de artt. 7:677 en 7:678 BW. Ook goed werkgeverschap, artikel 7:611 BW, brengt niet *in alle gevallen* op straffe van nietigheid een zodanige hoorplicht mee.⁵⁹³ Ook hier keert dus weer het beeld terug dat het ontbreken van hoor en wederhoor niet in alle gevallen tot nietigheid leidt, maar – klaarblijkelijk – wel onder omstandigheden daaraan kan bijdragen.⁵⁹⁴

Dat werpt dan wel de vervolgvraag op *wanneer* het niet horen van zodanig gewicht zal zijn dat geen sprake is van een dringende reden. Daarover zijn weinig harde regels te geven, maar het navolgende kan er naar mijn mening wel over gezegd worden. Veel zal afhangen van de aard van de dringende reden. Het niet in acht nemen van het beginsel van hoor- en wederhoor levert, blijkens het voorgaande, een schending van het vereiste van *procedural fairness*, van het zorgvuldigheidsbeginsel op. Dat zal met name klemmen in gevallen waarin de werkgever de werknemer nu juist verwijt dat hij de door hem gestelde *procedure*voorschriften heeft overtreden. Het argument dat de werknemer procedurele voorschriften moet naleven, komt nu eenmaal wat minder goed uit de verf wanneer de werkgever het op dat punt zelf ook niet zo nauw neemt. Verwezen zij in dit verband naar een uitspraak van de Kantonrechter Dordrecht uit 2008, die onregelmatigheden in de urenadministratie niet als dringende reden aanmerkte, (enkel en alleen al) omdat de werkgever de werknemer niet in de gelegenheid had gesteld om daarover te worden gehoord voorafgaand aan zijn ontslag.⁵⁹⁵

Vanzelfsprekend zal in dit verband ook de ernst van de gedraging van de werknemer een rol spelen; een werknemer die stelselmatig en ondanks waarschuwing interne procedurevoorschriften heeft overtreden, zal zich nauwelijks aan het bestaan van een dringende reden kunnen onttrekken door erop te wijzen dat zijn werkgever ook eenmalig niet geheel zorgvuldig is geweest in zijn richting door hem niet voorafgaand aan het ontslag te horen. Een genuanceerde benadering is, ook hier, vereist.

593 Zie ook Hof Leeuwarden 22 december 2009, LJN: BK7501; cursivering toegevoegd, SFS.

594 Zie in die zin ook J.P. Quist, De gezichtspuntencatalogus bij ontslag op staande voet: wordt de Hoge Raad op de voet gevolgd?, ArA 2007/1, p. 37/38, onder verwijzing naar Ktr. Utrecht 15 september 2004, JAR 2005/22, Ktr. Venlo 5 augustus 2005, JAR 2005/202, Ktr. Hoorn 13 juni 2005, JAR 2005/162 en Vzgr. Rb. Assen 22 december 2011, LJN: BW8907, rov. 4.6.

595 Ktr. Dordrecht 27 augustus 2008, LJN: BE9374. Overigens lijkt de Kantonrechter wel uit het oog te verliezen dat het in acht nemen van het beginsel van hoor en wederhoor geen *conditio sine qua non* is voor een rechtsgeldig ontslag. In de uitspraak lijkt het toepassen van dat beginsel als harde voorwaarde voor rechtsgeldig ontslag op staande voet te worden gehanteerd: “6. Onvoldoende is gebleken dat [eiser] in de gelegenheid is gesteld om een uitleg te verschaffen over de geconstateerde verschillen tussen de opgegeven werktijden en de in- en uitschakeltijden van het alarmsysteem. Hij was immers niet aanwezig tijdens het gesprek tussen [vader eiser] en de heer Haandrikman op 2 juni 2008, zodat hij eerst bij de ontslagaanzegging op 3 juni 2008 op de hoogte is gesteld van de bevindingen van Grand café One en de beschuldigingen aan zijn adres. Het feit dat zijn vader mogelijk wel op de hoogte was van de geconstateerde onregelmatigheden in de urenadministratie, kan niet tot de conclusie leiden dat [eiser] eveneens moet worden geacht daarvan op de hoogte te zijn en in de gelegenheid gesteld om zijn visie daarover kenbaar te maken. Naar het voorlopig oordeel van de kantonrechter zal het ontslag op staande voet reeds stranden wegens de schending van het beginsel van hoor- en wederhoor.”

In bepaalde gevallen zal een schending van de hoorplicht de werkgever extra zwaar worden aangerekend. In de eerste plaats zij er in dit verband op gewezen dat het vereiste om een werknemer voorafgaand aan een ontslag op staande voet te horen, soms uitdrukkelijk is verankerd in een op de arbeidsovereenkomst toepasselijke CAO. Is dat het geval en komt de werkgever zonder te horen tot ontslag op staande voet dan zal daarvan een verzwaard effect uitgaan op de beoordeling of sprake is van een dringende reden. De werkgever schendt dan immers niet alleen zijn verplichtingen ex art. 7:611 BW, maar pleegt daarnaast ook wanprestatie onder de CAO. Toch zal ook in dat geval niet automatisch van nietigheid van het ontslag sprake zijn. Verwezen zij in dit verband naar hetgeen hiervoor onder 2.6.5.3 is opgemerkt.

Een verzwaard effect van het niet horen van de werknemer zal zich ook voordoen wanneer het ontslag een statutair bestuurder treft. Bij de laatstgenoemde categorie werknemers zal het ontbreken van toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor in de aanloop naar een ontslag op staande voet, zeer bijzondere omstandigheden daargelaten, vrijwel steeds leiden tot vernietigbaarheid van het ontslag. In de eerste plaats heeft de bestuurder gelet op het bepaalde in art. 2:117 lid 4/art. 2:227 lid 4 BW een raadgevende stem in de algemene vergadering – ook als het voorgenomen besluit zijn ontslag op staande voet betreft. Die raadgevende stem impliceert dat een bestuurder in beginsel gehoord zal moeten worden over het ontslagvoornemen; hoe kan hij ter zake anders zijn raadgevende stem uitbrengen?⁵⁹⁶ Daarnaast wordt in de rechtspraak en de literatuur aangenomen dat ook het bepaalde in art. 2:8 BW ertoe noopt de bestuurder voorafgaand aan het nemen van een ontslagbesluit te horen.⁵⁹⁷ De heersende leer is daarbij dat de eerstgenoemde verplichting – de raadgevende stem – strekt in het belang van de vennootschap, terwijl de hoorverplichting op grond van art. 2:8 BW strekt in het belang van de bestuurder zelf.⁵⁹⁸ Schending van de vennootschapsrechtelijke hoorplicht en van het bepaalde in art. 2:8 BW leidt gelet op art. 2:15 BW tot vernietigbaarheid van het ontslagbesluit, die binnen een jaar kan worden ingeroepen.⁵⁹⁹ Die vernietigbaarheid werkt ook door in het arbeidsrechtelijk ontslag, dat immers automatisch door het vennootschapsrechtelijke ontslag wordt “getriggerd”.⁶⁰⁰ Als het vennootschapsrechtelijke besluit tot ontslag op staande voet wordt vernietigd, valt daarmee ook het arbeidsrechtelijk ontslag weg; de

596 Hof Amsterdam 18 mei 1989, NJ 1990, 591 (de ratio van art. 2:227 lid 4 leidt ertoe dat de bestuurder, behoudens bijzondere omstandigheden, gehoord moet worden). Zie ook Pres. Rb. Rotterdam 9 maart 1993, KG 1993, 137; Rb. Alkmaar 24 december 1992, Prg. 1993, 3890 en Hof 's-Hertogenbosch 11 juli 1995, KG 1995, 375.

597 Zie ook F.J.P. van den Ingh, Het ongehoorde ontslag van een bestuurder, WPNR 6095 (1993), p. 457 e.v.

598 Zie de noot van Maeijer onder HR 10 maart 1995, NJ 1995, 595 onder 3.

599 De statutair bestuurder heeft op dit punt dus een betere positie dan de “reguliere” werknemer die zich geconfronteerd ziet met de vervalttermijn van zes maanden, als vervat in art. 9 lid 3 BBA.

600 HR 15 april 2005, NJ 2005, 484; JOR 2005/145. J.H. Bennaars, De positie van de statutair directeur, ArbeidsRecht 2005, p. 41-45. L.G. Verburg, De bestuurder beschermd: effecten van dualiteit op de positie van de statutair directeur, ArbeidsRecht 2005, p. 22-30.

bestuurder heeft dan recht op doorbetaling van loon en – in beginsel – eveneens op wedertewerkstelling.⁶⁰¹

4.7.6.8 *De rol van de beginselen van goed werkgeverschap bij de beoordeling van de dringende reden; eindevaluatie*

Uit het voorgaande valt een aantal interessante conclusies te trekken. Allereerst kan worden geconstateerd dat (verschillende van) de door Heerma van Voss onderscheiden sub-beginselen van goed werkgeverschap een nuttige aanvullende invalshoek opleveren bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet. Wat echter evenzeer opvalt is dat de onderzochte sub-beginselen zeker niet alle op dezelfde manier en met een gelijk gewicht doorwerken in de afweging of sprake is van een dringende reden en, in het verlengde daarvan, van een rechtsgeldig ontslag op staande voet.

Zo is het gelijkheidsbeginsel in het algemeen minder gewichtig dan het zorgvuldigheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel. Laatstgenoemde sub-beginselen zijn, zo bleek uit voorgaande analyse, van groot gewicht binnen de weging of zich een dringende reden voordoet. Voor het gelijkheidsbeginsel geldt dat in veel mindere mate, juist omdat in de afweging of zich een dringende reden voordoet steeds met alle omstandigheden van het geval rekening moet worden gehouden, zodat van relevant gelijke gevallen niet snel sprake zal zijn. Vervolgens kan worden geconcludeerd dat het motiveringsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel geen daadwerkelijk zelfstandige rol spelen *binnen* de beoordeling of een dringende reden bestaat. Het motiveringsbeginsel niet, omdat dat beginsel in feite veeleer zit ingebakken in de in hoofdstuk 3 besproken mededelingseis en het evenredigheidsbeginsel niet, omdat de vraag of sprake is van een dringende reden in zichzelf niets anders dan een evenredigheidstoetsing behelst. Men kan het ook andersom zeggen: het evenredigheidsbeginsel speelt in die zin geen afzonderlijke rol *binnen* de afweging van alle omstandigheden of zich een dringende reden voordoet, omdat die gehele toets als zodanig, naar zijn aard, in zichzelf een evenredigheidstoetsing is.

Van belang is tot slot om op te merken dat ter zake van de meeste van de hiervoor beschreven sub-beginselen van goed werkgeverschap geldt dat het feit dat het aannemen van een dringende reden zich niet goed laat verenigen met die beginselen, niet automatisch behoeft te betekenen dat van een dringende reden geen sprake is. De verenigbaarheid van het aannemen van een dringende reden met een sub-beginsel is bij de meeste van die beginselen slechts één, zij het een belangrijk, gezichtspunt in de weging van alle omstandigheden van het geval of

⁶⁰¹ Hof Arnhem 18 april 2000, OR 2000/56; JRV 2000, 731; JAR 2000/206 met noot Thierry. In gelijke zin Hof Leeuwarden 6 augustus 2008, RAR 2008/150, rov. 4: "(...) Een en ander laat echter onverlet dat appellant, als bestuurder van de vennootschap krachtens het bepaalde in lid 4 van artikel 2:227 BW, in de gelegenheid had moeten worden gesteld om ten aanzien van het voorgenomen ontslag op staande voet advies te geven, ook al betrof dat ontslag zijn eigen persoon. Als komt vast te staan dat die bepaling niet in acht is genomen, heeft dat ten gevolge dat het ontslag in vennootschapsrechtelijke zin nietig is en dat dus ook het arbeidsrechtelijke ontslag geen stand kan houden." Zie ook Hof Amsterdam 26 april 2007, JRV 2007, 758; ontslag op staande voet statutair directeur niet geldig bij gebreke van rechtsgeldig besluit van aandeelhouders.

sprake is van een dringende reden. Wat de redelijkheid en billijkheid meebrengen – en dus ook de *specialis* daarvan bestaande in de afweging of van de werkgever redelijkerwijze niet langer gevergd kan worden het dienstverband voort te zetten – wordt *mede* bepaald door hetgeen rechtsbeginselen impliceren. Het zijn belangrijke richtingwijzers in de weging. Maar er kunnen omstandigheden zijn, of andere beginselen, die hetgeen een bepaald rechtsbeginsel in die weging indiceert, opzij zetten en ertoe leiden dat het in afwijking van hetgeen dat rechtsbeginsel indiceert, toch toelaatbaar is om (g)een dringende reden aan te nemen.⁶⁰² Een uitzondering geldt op dit punt voor het motiveringsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. Omdat de gehele afweging of zich een dringende reden voordoet naar zijn aard een evenredigheidstoets oplevert, kan steeds slechts een dringende reden worden aangenomen wanneer dat vereiste is vervuld. Zo bezien is het voldaan zijn aan het evenredigheidsbeginsel *conditio sine qua non* voor het kunnen aannemen van een dringende reden en daarmee voor een rechtsgeldig ontslag op staande voet. Ook bij het motiveringsbeginsel geldt dat het niet voldaan zijn aan dat vereiste het ontslag op staande voet op zichzelf vitieert. Zoals hiervoor onder 4.7.6.4 uiteen werd gezet, is het motiveringsbeginsel immers bij het ontslag op staande voet geconcretiseerd in de formele en materiële kant van de in hoofdstuk 3 besproken mededelingseis. Is aan die vereisten niet voldaan, dan vitieert dat eveneens in zichzelf het ontslag op staande voet.

4.8 Stelplicht en bewijslast ter zake van de dringende reden

4.8.1 De hoofdregel: de werkgever moet stellen en bewijzen

Over stelplicht en bewijslast in het arbeidsrecht is recent veel geschreven. Verwezen zij naar de dissertaties van Bosse – uit 2000 – en Alt – uit 2009.⁶⁰³ Daarin is ook tamelijk uitvoerig aandacht besteed aan de stelplicht en bewijslast ter zake van de dringende reden. Aan dat laatste onderwerp heeft ook Quist in 2007 een uitvoerige en interessante bijdrage gewijd.⁶⁰⁴ Het is niet de bedoeling – en gaat het bestek van dit onderzoek te buiten – om uitvoerig in te gaan op dit onderwerp, maar het lijkt wel aangewezen om daarover enige opmerkingen te maken, al is het maar omdat de voorspelbaarheid van de bewijslastverdeling vanzelfsprekend in de praktijk mede bepaalt in hoeverre de materiële uitkomst van een procedure voorspelbaar is.

Het bepaalde in art. 150 Rv. brengt mee dat de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde rechten of feiten, belast is met de bewijslast daarvan, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een

602 Zie G.J. Wiarda, Drie typen van rechtsvinding, Deventer 1999, p. 90/91.

603 C. Bosse, Bewijslastverdeling in het Nederlandse en Belgische arbeidsrecht (diss. Tilburg), Deventer, 2003, zie in het bijzonder p. 255-264; H.J.W. Alt, Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht. Naar een eenvormig stelsel? (diss. Leiden), Deventer 2009, p. 207-213.

604 J.P. Quist, Procesrechtelijke aspecten bij de gezichtspuntenrechtspraak bij ontslag op staande voet, SR 2007, 63.

andere verdeling van de bewijslast volgt. Het is van oudsher vaste rechtspraak en *communis opinio* in de literatuur dat, zoals Verhulp dat kernachtig tot uitdrukking brengt, zulks meebrengt dat “op de partij die de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden opzegt, (...) de bewijslast (rust) van die dringende reden.”⁶⁰⁵ Het is immers die partij, die zich door de stelling dat zich een dringende reden voordoet, wil onttrekken aan de reguliere regels ter beëindiging van het dienstverband, zoals inachtneming van de geldende opzegtermijn, het aanvragen van een BBA-ontslagvergunning, en – indien van toepassing – de werking van een wettelijk opzegverbod. De gedachte dat de werkgever de bewijslast van de dringende reden behoort te dragen, nu hij het is die met een beroep daarop wenst te ontkomen aan de normale regels van het ontslagspel, is overigens al zo oud als de dringende reden zelf. In de Memorie van Toelichting van de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 valt daarover te lezen:

“Zijn werkelijk goede redenen tot verbreking der dienstbetrekking bewijsbaar, dan behoort evenwel de gelegenheid te bestaan de dienstbetrekking te doen eindigen, zonder dat men verplicht zij schadeloosstelling te betalen. Het spreekt van zelf dat de beoordeling, welke een grondige reden is, niet aan het bon plaisir der opzeggende partij kan worden overgelaten. Vandaar de verplichting om vóór het verbreken der dienstbetrekking aan de wederpartij de reden waarom zulks geschiedt, mede te delen. De wederpartij kan dan te rade gaan, of het beter is zich bij het oordeel neder te leggen, of dengene, die de dienstbetrekking verbrak, in rechte op te roepen en hem te noodzaken de gegrondheid der opgegeven reden te staven.”⁶⁰⁶ (cursivering SFS)

Overigens kan de regel dat de werkgever de dringende reden moet bewijzen beter als hoofdregel worden aangemerkt. Het is geen wet van Meden en Perzen. Er is namelijk door de Hoge Raad een aantal keren van de door art. 150 Rv. en diens voorganger – art. 177 Rv. (oud) – geboden mogelijkheid gebruikt gemaakt om, in afwijking van die regel dan wel in aanvulling daarop, de in bewijsnood verkerende werkgever enigszins te ontlasten. Van belang is in dit verband met name de rechtspraak inzake ontslag op staande voet wegens onwettig verzuim, waarbij de werknemer zich ter disculpatie beroept op ziekte. De hoofdregel luidt ook daar dat het dan aan de werkgever is om te bewijzen dat de werknemer niet ziek was en dus onwettig verzuimde.⁶⁰⁷ Indien evenwel in de omstandigheden van het geval het vermoeden gewettigd is dat de werknemer wel degelijk geschikt was om te werken, kan de rechter de bewijslast omdraaien en de werknemer belasten met het bewijs van zijn

605 Zie E. Verhulp, in E. Verhulp en W.A. Zondag, *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, Deventer, 2003, p. 73. Zie voorts onder meer ook W. Plessen (red.), *Bewijsrecht in het sociaal recht*, Zwolle, 1994, p. 24. C. Bosse, a.w., p. 255, alsmede S.W. Kuip, *Ontslagrecht met bijzondere aandacht voor de dringende reden*, Deventer 1993, p. 92: Zie voor een greep uit de rechtspraak onder meer: HR 26 april 1974, NJ 1975, 103; HR 4 december 1981, NJ 1982, 134.

606 Bles, IV, p. 100/101. Zie ook de MvT van het ontwerp van 1901, in vrijwel gelijke bewoordingen, Bles, IV, p. 97.

607 Zie onder meer: HR 13 januari 1984, NJ 1984, 371.

stelling dat hij arbeidsongeschikt was.⁶⁰⁸ Dat is echter een uitzondering die de regel bevestigt en de rechter zal niet *snel* mogen aannemen dat daarvoor aanleiding bestaat, zo verduidelijkt de Hoge Raad in een arrest uit 1991. Daarin werd beslist dat het enkele feit dat de werkgever op basis van een uitlating van de bedrijfsarts in redelijkheid had aangenomen dat de werknemer wel arbeidsgeschikt was, niet voldoende was om de werknemer met het bewijs van zijn arbeidsongeschiktheid te belasten.⁶⁰⁹ Het zal slechts zeer zelden voorkomen dat de werkgever niet het negatieve bewijs zal hebben te leveren dat de werknemer niet ziek was. “Dat” – zo merkte Duk al in 1982 terecht op – “zal in veel gevallen een ware *probatio diabolica* blijken”.⁶¹⁰ Ook bij een ontslag wegens het niet afdragen van (zwart) geld, staat de deur voor omkering van de bewijslast weliswaar op een kier, maar ook niet meer dan dat. Ook daar besliste de Hoge Raad in 1984 namelijk dat uitgangspunt bij de beoordeling “behoort te zijn dat de bewijslast met betrekking tot de door de werkgever voor ontslag op staande voet aangevoerde dringende reden *in beginsel* op de werkgever rust, ook als de voor het ontslag aangevoerde grond het niet afdragen van gelden betreft.”⁶¹¹

Bij de beoordeling of de bewijslast verschoven moet worden, komt veel gewicht toe aan de vraag of de werknemer aan zijn stel- of beter nog: betwistingsverplichting heeft voldaan. De Hoge Raad is van mening dat, zeker waar het feiten betreft die in zijn domein liggen, van de werknemer een gemotiveerde betwisting verwacht mag worden ter zake van het bestaan van een dringende reden.⁶¹² Wordt op dat punt verzaakt door de werknemer, dan kan dat verschillende gevolgen hebben. Het kan er in de eerste plaats toe leiden dat de rechter aanneemt dat de stelling van de werkgever dat zich een dringende reden voordoet, als onvoldoende gemotiveerd betwist voor juist moet worden aangenomen (behoudens door de werknemer te leveren tegenbewijs). In die eerste categorie valt het *Tetterode-arrest* van de Hoge Raad uit 2007, waarin sprake was van een ontslag op staande voet wegens fraude met een tankpas die bij een leaseauto hoorde. Met de tankpas – die bij een op diesel rijdende lease auto behoorde – was, naar uit onderzoek van de werkgever bleek, ook ruim veertig keer benzine getankt. Met die verdenking geconfronteerd, gebruikte de werknemer steeds wisselende verklaringen, waarvan de kern was dat niet hij, maar

608 HR 18 juni 1982, NJ 1982, 606; HR 14 december 2001, JOL 2001, 751, zie rov. 3.5: “Na verwijzing zal alsnog moeten worden onderzocht of, overeenkomstig het algemene uitgangspunt in een geval als het onderhavige, BNI dient te bewijzen dat (eiser) ten tijde van het werkverzuim arbeidsgeschikt was, dan wel of er grond is voor een afwijkende bewijslastverdeling aldus dat (eiser) dient te bewijzen dat hij arbeidsongeschikt was.” Zie ook HR 13 juni 1986, NJ 1986, 764. Zie ook: S.H. Teijgeler, Sancties bij geschillen over ziekte, *ArbeidsRecht* 1998, 16.

609 HR 20 september 1991, NJ 1991, 768 en HR 3 oktober 1997, NJ 1998, 83. Zie hierover ook P.J. Jansen, *Arbeidsongeschiktheid in geschil*; een reactie, *ArbeidsRecht*, 2000, 63.

610 R.A.A. Duk, Naschrift bij: De Hoge Raad en het ontslag op staande voet, *SMA* 1982, p. 525, onder 3.

611 HR 4 mei 1984, RvdW 1984, 94; cursivering toegevoegd, SFS. Zie ook: HR 13 april 1984, RvdW 1984, 84, alsmede HR 24 oktober 1986, NJ 1987, 126 en in het bijzonder de conclusie voor laatstgenoemd arrest van A.-G. Ten Kate onder 27, die het arrest van 4 mei 1984 ook zo leest dat daarin besloten ligt dat “uiteraard” onder “bijzondere omstandigheden” redenen aanwezig kunnen zijn om de bewijslast om te keren dan wel aan te nemen dat de dringende reden voorlopig, tot op tegenbewijs, voldoende is aangetoond. Zie over deze materie ook H.E. Meerman, De bewijslastverdeling bij afdracht van voor de werkgever ontvangen gelden, *ArbeidsRecht* 1998, 28.

612 Zie bijvoorbeeld HR 27 september 1996, NJ 1997, 42, rov. 3.5, 3^e en 4^e volzin.

zijn echtgenote verantwoordelijk was voor het tanken van de benzine. Het Hof besliste – en de Hoge Raad liet dat oordeel in stand – dat het ontslag terecht was gegeven, nu de werknemer met die wisselende verklaringen onvoldoende gemotiveerd had betwist dat hij wel degelijk van het misbruik van de pas had geweten, zodat van de juistheid van die stelling van de werkgever, waarop het ontslag wegens fraude in belangrijke mate was gebaseerd, kon worden uitgegaan.⁶¹³ Dat het Hof in deze zaak hoge eisen stelde aan de motivering van de betwisting van de stellingen van de werkgever – die in beginsel de bewijslast van de dringende reden droeg – verbaast in die zin niet dat het bij het gebruik van een tankpas in de privé-sfeer als in die zaak aan de orde, gaat om feiten en omstandigheden die grotendeels zijn onttrokken aan het zicht van de werkgever.⁶¹⁴

Zijdelings zij aangetekend dat een vergelijkbare benadering als in het *Tetterode-arrest*, waarin op grond van onvoldoende gemotiveerde betwisting door de werknemer werd uitgegaan van de juistheid van de stelling van de werkgever dat sprake was van de dringende reden, recent ook op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid is gehanteerd. Verwezen zij in dit verband naar het arrest *Van den Heuvel/Leger des Heils* uit 2005. Daarin ging de Hoge Raad in op de bewijslastverdeling ter zake van de zorgplicht ex art. 7:658 BW. In het stelsel van die regeling is het, wanneer vaststaat dat een werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade heeft geleden, aan de werkgever die zich van aansprakelijkheid wil bevrijden om te stellen en zonodig te bewijzen dat hij zijn zorgplicht als vervat in art. 7:658 lid 1 BW is nagekomen. Indien de werkgever ter onderbouwing van zijn stelling dat hij zijn zorgplicht is nagekomen “voldoende concrete feitelijke gegevens aanvoert”, zal vervolgens van de werknemer mogen worden verlangd dat hij zijn betwisting van dat verweer voldoende concreet motiveert, zij het – zo vervolgt de Hoge Raad – “dat aan die motivering niet zodanig hoge eisen mogen worden gesteld dat in betekenende mate afbreuk wordt gedaan aan de

613 HR 23 maart 2007, JAR 2007/111. Zie over het arrest ook E. Verhulp, JAR Verklaard, Aflevering 6, 13 oktober 2007, p. 8. Zie voorts de conclusie van A.-G. Spiers voor het arrest, die tot uitdrukking brengt dat het Hof, zijns inziens: begrijpelijkerwijs, “geen enkel geloof hecht aan de tegenstrijdige verklaringen” van de werknemer (conclusie onder 3.5); cursivering toegevoegd, SFS. Zie voor een vergelijkbare benadering door de Hoge Raad HR 19 november 1999, JAR 1999/276, een zaak die draaide om een ontslag op staande voet en een daarop volgende schadeclaim van de werkgever – Escom – wegens het frauderen met afstorting die de werknemer diende te verrichten bij een filiaal van de Rabobank. Die storting was daar volgens de werkgever nooit gedaan (omdat de werknemer ze in eigen zak had gestoken). De werknemer had slechts gesteld dat er mogelijk iets mis was gegaan bij de bank intern. De Hoge Raad besliste dat het de Rechtbank vrijstond onder die omstandigheden de lezing van de werkgever als juist te omarmen, omdat de werknemer deze onvoldoende gemotiveerd betwist had. De Hoge Raad overwoog: “Kennelijk heeft de rechtbank geoordeeld dat R. door te stellen dat de mogelijkheid bestaat dat wel degelijk afstorting hebben plaatsgehad, maar dat bij de Rabobank zelf iets onregelmatigs heeft plaats gehad, niet voldoende gemotiveerd heeft betwist de stelling van Escom dat de bedoelde dagomzetten in werkelijkheid niet bij de Rabobank zijn aangekomen. Dit oordeel berust op een waardering van hetgeen partijen hebben aangevoerd, welke waardering aan de rechtbank als rechter die over de feiten oordeelt, is voorbehouden. Het is ook niet onbegrijpelijk in het licht van de door Escom in de van haar afkomstige gedingstukken gegeven gedetailleerde beschrijving van de procedure die door de Rabobank is voorgeschreven voor het openen van cassettes die zich in een nachtkluus bevinden en het verwerken van de inhoud daarvan, bij welke procedure blijkens die beschrijving vier medewerkers van de bank zijn betrokken, en welke beschrijving op zichzelf niet wordt betwist door R.”; cursiveringen toegevoegd, SFS.

614 Overigens was het cassatiemiddel ook niet op dit punt toegespitst. Dat middel stond in het teken van de vraag of het Hof niet de opgegeven dringende reden had gedenatureerd.

strekking van art. 7:658 lid 2 de werknemer door verlichting van zijn processuele positie bescherming te bieden tegen de risico's van schade in de uitoefening van zijn werkzaamheden". Naar de hoofdregel van art. 150 Rv. heeft de werknemer, als wederpartij van de werkgever die de bewijslast draagt voor zijn stelling dat de zorgplicht is nageleefd, in beginsel niet de door hem ter betwisting van die stelling naar voren gebrachte feiten te bewijzen. Echter, zo de Hoge Raad, de strekking van art. 7:658 lid 2 om de processuele positie van de werknemer te versterken, verzet zich niet ertegen dat de rechter in het licht van de stellingen van de werkgever en de vaststaande feiten een nadere motivering van de werknemer verlangt waar het zijn betwisting van de stelling van de werkgever dat de zorgplicht is nagekomen betreft. Zelfs mag de rechter in voorkomend geval uitgaan van de juistheid van dat verweer behoudens door de werknemer te leveren tegenbewijs.⁶¹⁵ Maar, herhaald zij, dat zo een benadering zijn begrenzing vindt waar deze afbreuk doet aan de ratio van de bewijslastverdeling van art. 7:658 BW; die nu juist de werkgever beoogt te belasten met de bewijslast – en het bewijsrisico – ter zake van de nakoming van de zorgplicht.

In de tweede plaats kan het feit dat de werknemer stellingen van de werkgever ter zake van het bestaan van een dringende reden niet voldoende gemotiveerd heeft betwist, de rechter er ook toe brengen dat hij de bewijslast omkeert en de werknemer belast met het bewijs dat de dringende reden zich *niet* heeft voorgedaan. In die categorie valt een arrest van de Hoge Raad van 11 december 1987, waarin de vraag aan de orde was of een werknemer terecht op staande voet was ontslagen omdat hij, toen hij te laat terugkeerde van zijn vakantieadres, in strijd met de vigerende regels niet een verklaring kon overleggen van een arts uit zijn vakantieland dat hij door ziekte niet in staat was om eerder (terug) te reizen. De Hoge Raad overwoog in die zaak dat de bewijslast ter zake van het tot reizen in staat zijn, in beginsel op de werkgever rust. Maar daaraan voegde de Hoge Raad toe:

"De omstandigheden van het geval kunnen echter anders meebrengen. In dit verband kan van belang zijn of de werknemer voldoende heeft gesteld om duidelijk te maken welke pogingen hij heeft gedaan om een verklaring als voormeld te verkrijgen en om welke redenen die pogingen geen resultaat hebben gehad. In het licht van het belang dat de werkgever bij naleving van een regeling als de onderhavige heeft, dienen aan deze stelplicht zware eisen te worden gesteld."⁶¹⁶

Ook hier geldt weer dat de werkgever te hulp wordt gekomen met een verzwaarde betwistingsplicht, omdat de pretense feiten waar de werknemer zich achter wilde verschuilen, vrijwel volledig aan het oog van de werkgever onttrokken waren. Hij kon in redelijkheid nauwelijks controleren of een werknemer die stelde in Marokko zo ziek te zijn geworden dat hij een maand niet tot reizen en zelfs niet tot het verkrijgen van een dienovereenkomstige verklaring in staat was geweest, dat inderdaad was. Die feiten liggen in het domein van de werknemer en dan mag verwacht worden dat de werknemer daar ook inzage in biedt, al is het maar zodat de werkgever weet waarop hij de pijlen van zijn bewijsslevering heeft te richten.

615 HR 25 mei 2005, NJ 2008, 463 (Van den Heuvel/Leger des Heils). Zie daarover kritisch: J.N. Stamhuis, Bewijslastverdeling en omvang zorgplicht art. 7:658 BW: een handicap voor de werknemer?, SR 2007, 56.

616 HR 11 december 1987, NJ 1988, 339.

Al met al biedt de rechtspraak ter zake van de bewijslastverdeling ten aanzien van de dringende reden een duidelijk beeld. Die bewijslast ligt, zeer bijzondere omstandigheden daargelaten, bij de werkgever.⁶¹⁷ Dat is in lijn met het bepaalde in art. 150 Rv. en stond de wetgever al bij de totstandkoming van de Wet op de arbeidsovereenkomst voor ogen. Wel mag van de werknemer verwacht worden dat hij de stellingen van de werkgever gemotiveerd betwist, zeker wanneer het gaat om kwesties die liggen in zijn domein. Doet hij dat laatste niet, gaat de werknemer “draaien” met zijn verklaringen, dan kan dat ertoe leiden dat de rechter de stellingen van de werkgever als onvoldoende gemotiveerd betwist voor juist aanvaardt of – in zeer bijzondere gevallen – de bewijslast omdraait, in die zin dat de werknemer wordt belast met het bewijs van de afwezigheid van de dringende reden. Voor dat laatste is, nu het een uitzondering oplevert op de hoofdregel die mede strekt ter bescherming van de werknemer die wordt geconfronteerd met een zeer bezwarende arbeidsrechtelijke maatregel, echter alleen onder zeer bijzondere omstandigheden plaats. Te denken valt aan gevallen waarin de werknemer, terwijl sprake is van een op feiten en omstandigheden gebaseerde zwaarwegende, op de persoon van de werknemer toegespitste verdenking, volstaat met ofwel een min of meer blote ontkenning terwijl hij weigert medewerking te verlenen aan een onderzoek, dan wel zich uitput in achtereenvolgende tegenstrijdige, dan wel volstrekt ongeloofwaardige verklaringen. Een omkering van de bewijslast kan bovendien geïndiceerd zijn wanneer de werknemer heel eenvoudig bewijsmateriaal kan produceren dat zijn verweer onderbouwt, maar dat nalaat.

4.8.2 Stelplicht, bewijslast en de omstandigheden van het geval

De vraag rijst hoe de duidelijke lijn als hierboven omschreven dat de werkgever de stelplicht en de bewijslast van de dringende reden heeft, zich verhoudt tot de door de Hoge Raad in het arrest *Schrijver/Van Essen* aanvaarde leer dat bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, rekening gehouden moet worden met *alle* omstandigheden van het geval. Quist heeft die vraag in een bijdrage uit 2007 opgeworpen.⁶¹⁸ De strekking van zijn betoog komt, kort samengevat, op het navolgende neer. Quist stelt, in lijn met hetgeen hiervoor onder 4.8.1 is opgemerkt, voorop dat het op de weg van de werkgever ligt om te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat sprake is van een dringende reden. Vervolgens wijst hij erop dat de Hoge Raad leert dat bij de beoordeling of sprake is van een dringende reden, met alle omstandigheden van het geval rekening gehouden moet worden. Eén en één is twee, zo vervolgt Quist dan:

“Wanneer een en ander met elkaar wordt gecombineerd leidt dat tot de vaststelling dat ook ter zake van de gezichtspunten in ieder geval de stelplicht en (...) ook de bewijslast op de werkgever rust. (...) Dat is de logische consequentie van het ‘binnenhalen’ van de gezichtspunten bij de vraag of sprake is van een dringende reden. Een en ander geldt dan ook voor de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, waaronder zijn leeftijd, alsmede de

617 Zie voor een geval waarin zonder succes een beroep daarop werd gedaan: Hof Den Bosch 19 juni 2012, LJN: BW9100.

618 J.P. Quist, Procesrechtelijke aspecten van de gezichtspuntenrechtspraak bij ontslag op staande voet, SR 2007, 63.

gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben. Het is, op grond van voornoemde (hoofd) regel van bewijslastverdeling, aan de werkgever te stellen en aan te tonen dat deze omstandigheden niet in de weg staan aan het bestaan van een dringende reden.”⁶¹⁹

Vervolgens betoogt Quist dat de Hoge Raad met zijn arrest in de zaak *L/Wennekes Lederwaren* wat de bewijslastverdeling met betrekking tot de gezichtspunten betreft voor “verwarring” heeft gezorgd door te beslissen dat met het gezichtspunt van de persoonlijke omstandigheden niet ambtshalve rekening gehouden behoeft te worden, maar dat de appelrechter daartoe uitsluitend gehouden was geweest wanneer de werknemster – die in cassatie tegen het oordeel van de Rechtbank opkwam – daarop een beroep zou hebben gedaan. Quist betoogt dat op grond van deze overweging toch een zekere stelplicht op de werknemer rust en in het verlengde daarvan mogelijk ook bewijslast ter zake van verzachtende persoonlijke omstandigheden, hetgeen hij niet consistent acht met de hoofdregel. Quist bepleit om, teneinde deze inconsequentie te beëindigen, de persoonlijke omstandigheden maar “uit de sfeer van de dringende reden te halen”. Dat zou betekenen dat het bewijsrisico van de persoonlijke omstandigheden bij de werknemer komt te liggen, terwijl bovendien het systeem weer sluitend zou zijn in die zin dat de werkgever de bewijslast van de dringende reden heeft.

Ik denk dat het betoog van Quist om allerlei redenen niet juist is. In de eerste plaats spreekt zijn oplossing qua uitkomst niet aan. De gedachte om de persoonlijke omstandigheden los te weken uit de dringende reden en als separate rechtsgeldigheidsvoorwaarde voor een ontslag op staande voet aan te merken, verdraagt zich niet met de gedachte van de Hoge Raad dat de afweging of zich een dringende reden voordoet, nu juist aankomt op een holistische weging van alle omstandigheden van het geval.⁶²⁰ Zo als ieder redelijkheidsoordeel, wordt ook het oordeel of zich een dringende reden voordoet, bepaald door alle relevante omstandigheden van het geval. Het doet dan wat geforceerd aan om daar één categorie gezichtspunten uit los te weken en dat dan ook alleen maar om een – verondersteld – procesueel probleem op te lossen. Ik zou menen dat het procesrecht, uitzonderingen daargelaten, niet zou moeten bepalen hoe het materiële recht luidt. Het eerste dient het tweede, niet andersom. Daarbij komt – en ik wees daar hiervoor onder 4.5.5.2 al op – dat in het losweken van het gezichtspunt van de persoonlijke omstandigheden uit de dringende reden het gevaar schuilt, dat daarmee door de rechter een bovenmatig gewicht wordt toegekend aan zulke omstandigheden bij de beoordeling of sprake is van een rechtsgeldig ontslag. Het gaat er dan al snel op lijken dat die omstandigheden (of beter: het ontbreken van ernstige persoonlijke gevolgen) als afzonderlijke rechtsgeldigheidsvoorwaarde voor een ontslag op staande voet op één lijn staan met de daaraan voorafgaande rechtsgeldigheidsvoorwaarde, te weten het bestaan van een gedraging of eigenschap van de werknemer die gelet op de aard en de ernst daarvan en de overige omstandigheden (met uitzondering van de persoonlijke omstandigheden) een dringende reden oplevert. Zulks terwijl nu juist uit de voorgaande analyse

⁶¹⁹ J.P. Quist, a.w., p. 291, l.k.

⁶²⁰ Zie in dit verband ook hiervoor onder 4.5.1 e.v.

bleek dat in de weging van het bestaan van een dringende reden veeleer in die zin onderscheid moet worden gemaakt dat in zijn algemeenheid gezegd kan worden dat aan de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zeker naarmate zij minder *Nähe zum Arbeitsvertrag* hebben, minder gewicht toekomt dan aan het in zichzelf beschouwd meest belangrijke start(gezichts)punt, de aard en de ernst van de gedraging.

Belangrijker dan de voorgaande bezwaren tegen de oplossing die Quist voorstelt, is wellicht nog wel dat ik van mening ben dat er helemaal geen probleem, als door hem beschreven, bestaat. Meer in het bijzonder herken ik niet de “verwarring” die zou zijn ontstaan door de (impliciete) beslissing van de Hoge Raad in het arrest *Wennekes Lederwaren* dat een werknemer die van mening is dat bij de beoordeling of hij zijn werkgever een dringende reden heeft gegeven, ook zijn persoonlijke omstandigheden moeten worden meegewogen, die omstandigheden wel moet *stellen* – en zo nodig: bewijzen. Die beslissing is, anders dan Quist klaarblijkelijk meent, ook niet strijdig met de door Quist zelf (met juistheid) geformuleerde hoofdregel dat de werkgever de dringende reden heeft te bewijzen.

Hoe verhoudt het in het arrest *Schrijver/Van Essen* geformuleerde toetsingskader voor het bestaan van een dringende reden zich nu precies tot de stelplicht en bewijslast ter zake van de dringende reden die – als gezegd – in beginsel bij de werkgever ligt? Brengt die leer, zoals Quist meent, logischerwijs mee dat de werkgever *alle* omstandigheden van het geval moet stellen en bewijzen, inclusief *alle* persoonlijke omstandigheden van de werknemer? Het antwoord op die vraag moet alleen al ontkennend luiden omdat die benadering de werkgever voor een op voorhand onmogelijke opgave stelt, die het geven van ontslag op staande voet op processuele gronden feitelijk onmogelijk zou maken. Een werkgever kan niet de stelplicht en bewijslast van *alle* omstandigheden van het geval dragen, omdat aan zo een stelplicht door zijn grenzeloosheid feitelijk niet voldaan kan worden. Een zo ver gaande stelplicht zou voorts ook miskennen dat de door de Hoge Raad in het arrest *Schrijver/Van Essen* genoemde gezichtspuntencatalogus niet een imperatief karakter draagt, in die zin dat hij ertoe verplicht dat *alle* omstandigheden van het geval, of in ieder geval de door de Hoge Raad genoemde omstandigheden, *steeds* verplicht door de rechter in de beschouwing moeten worden betrokken – zoals bijvoorbeeld in het arrest *Van Hese/De Schelde* wel werd voorgeschreven voor de daarin genoemde gezichtspunten ter beoordeling of een doorbreking van de absolute verjaringstermijn geïndiceerd is. De Hoge Raad verplicht de rechter slechts om met de omstandigheden van het geval rekening te houden voor zover partijen die omstandigheden in hun rechtsstrijd hebben betrokken.⁶²¹ Ook in dat licht bezien valt niet te begrijpen waarom de werkgever, zoals Quist betoogt, de bewijslast ter zake van *alle* in het arrest van 12 februari 1999 genoemde gezichtspunten zou moeten hebben.

⁶²¹ Zie in dat verband ook Quist zelf in een eerdere bijdrage, te weten J.P. Quist, De gezichtspuntencatalogus bij ontslag op staande voet, *ArA* 2007/1, p. 16: "Kortom, de rechter hoeft niet steeds alle door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten in zijn beoordeling te betrekken. De rechter is hier in belangrijke mate afhankelijk van hetgeen partijen naar voren hebben gebracht (of juist niet naar voren hebben gebracht)."

Maar hoe ver strekt die stelplicht ter zake (van de omstandigheden die meewegen bij de beoordeling van de aanwezigheid) van een dringende reden dan wel? De sleutel voor de beantwoording van die vraag ligt zoals wel vaker in het verleden, meer in het bijzonder in de hiervoor onder 4.8.2 reeds aangehaalde passage uit de wetsgeschiedenis van 1907. Daaruit blijkt vrij helder hoe de stelplicht en de bewijslast van de werkgever dienen te worden afgebakend. In de Memorie van Toelichting van het wetsvoorstel dat uiteindelijk tot de wet van 13 juli 1907 leidde, wordt de bewijslast van de dringende reden uitdrukkelijk gekoppeld aan de door de werkgever *opgegeven* dringende reden. Daarmee hangt de bewijslast nauw samen met de ratio van de mededelingseis, zoals besproken in hoofdstuk 3. Gemakshalve wordt een deel van het hiervoor onder 4.8.2 weergegeven citaat nog eens herhaald:

“Het spreekt van zelf dat de beoordeeling, welke een grondige reden is, niet aan het bon plaisir der opzeggende partij kan worden overgelaten. Vandaar de verplichting om vóór het verbreken der dienstbetrekking aan de wederpartij de reden waarom zulks geschiedt, mede te deelen. De wederpartij kan dan te rade gaan, of het beter is zich bij het oordeel neder te leggen, of dengene, die de dienstbetrekking verbrak, in rechte op te roepen en hem te noodzaken de gegrondheid der *opgegeven* reden te staven.”⁶²²

Cursivering SFS

Waar het om gaat, is dat de werkgever bij het ontslag moet opgeven welke feiten en omstandigheden *voor hem* een dringende reden opleveren. Die feiten en omstandigheden moet hij vervolgens aan de werknemer meedelen bij het ontslag zodat deze zich kan beraden op de vraag of hij op grond van *die* feiten het bestaan van een dringende reden aanvaardt. Zo de werknemer dat niet doet en begint te procederen, dan zal de werkgever die door hem als ontslaggrond *opgegeven* feiten en omstandigheden hebben te bewijzen. Transporteert men die gedachte – en ik zou niet weten waarom die niet nog steeds geldigheid zou hebben – naar de leer uit *Schrijver/Van Essen*, dan levert dat op dat de werkgever die gezichtspunten zal hebben te bewijzen die voor hem, blijkens de mededeling van de ontslaggrond, redengevend waren om ontslag aan te zeggen. Anders gezegd: de *opgegeven*, medegedeelde dringende reden – hoe moet worden afgebakend wat daaronder valt, is in hoofdstuk 3 uitvoerig beschreven – brengt mee wat de werkgever, bij voldoende gemotiveerde betwisting van werknemerszijde, moet bewijzen en waarvan hij zich, als het bewijs geleverd is, kan bedienen om in rechte hard te maken dat de door hem gewraakte handelwijze, eigenschap of gedraging van de werknemer als dringende reden kwalificeert. Van *meer* dan datgene waarvan het de werknemer bij het ontslag onmiddellijk duidelijk is dat het bij de werkgever heeft meegespeeld om een dringende reden *aanwezig te achten*, kan de werkgever zich in rechte niet bedienen om de rechter te overtuigen dat van een dringende reden sprake is. Maar dat *begrenst* dan ook tegelijkertijd zijn bewijslast. Hij hoeft niet meer te bewijzen dan het feitelijk substraat dat hij als dringende reden heeft opgegeven.

Vanzelfsprekend zal een werkgever er niet toe overgaan om bij het ontslag verzachtende persoonlijke omstandigheden op te voeren als redengevend voor een

⁶²² Bles, IV, p. 100/101.

ontslag. Een werkgever ontslaat omdat “u als leidinggevend functionaris, en ondanks eerdere waarschuwing, een greep in de kas heeft gedaan”. Een werkgever ontslaat – tenzij hij sadistische trekjes vertoont – niet (en behoeft ook niet te ontslaan) “omdat u, terwijl u net gescheiden bent van uw echtgenote, drie thuiswonende minderjarige kinderen heeft waarvoor u de financiële zorg draagt alsmede een huis bezit waarop een grote hypotheek rust – zodat het ontslag u wat de gevolgen ervan betreft vermoedelijk extra hard raakt – bij ons als leidinggevende functionaris, na een eerdere waarschuwing, een greep in de kas heeft gedaan.” Anders gezegd: de werkgever moet bij het ontslag meedelen wat voor hem de feiten zijn die de beslissing tot ontslag hebben veroorzaakt, en heeft ter zake van het bestaan en de juistheid *daarvan* de stelplicht en de bewijslast. Hij heeft niet de stelplicht van feiten en omstandigheden die voor hem juist *niet* redengevend zijn geweest bij zijn beslissing om op staande voet te ontslaan.

De werknemer kan na het ontslag op basis van de feiten en omstandigheden die samen de *opgegeven ontslaggrond* vormen zijn standpunt bepalen. Vindt hij dat er, gelet op de door de werkgever uitdrukkelijk bij het ontslag genoemde feiten en omstandigheden en hetgeen hem overigens onmiddellijk duidelijk was als mederedengevend voor het ontslag, dat er inderdaad sprake is van een dringende reden? Dan kan hij zich bij het ontslag neerleggen. Vindt hij dat de opgegeven feiten en omstandigheden *geen* dringende reden opleveren omdat (i) die feiten niet juist zijn, (ii) deze samen niet ernstig genoeg zijn om als dringende reden te kwalificeren en/of (iii) er andere feiten zijn die een zodanig verzachtend effect hebben in de weging dat zij aan de *opgegeven* feiten en omstandigheden het karakter van een dringende reden ontnemen, dan kan hij zijn verweer dienovereenkomstig vormgeven. In het met (i) aangeduide geval zal hij die feiten gemotiveerd betwisten, waarna de werkgever die feiten – uitzonderingen daargelaten – zal moeten bewijzen. In het met (ii) aangeduide geval zal hij de feiten niet betwisten, maar zijn verweer toespitsen op de juridische kwalificatie daarvan (in die zin dat zal worden betoogd dat deze redelijkerwijs geen dringende reden opleveren). In het met (iii) aangeduide geval zal de werknemer die aanvullende feiten, waarop hij zich beroept, zelf moeten stellen – zo volgt uit het arrest in de zaak *Wennekes Lederwaren* – en draagt hij, bij gemotiveerde betwisting daarvan door de werkgever, op dat punt de bewijslast. Die bewijslast zal, in de praktijk, niet tot problemen leiden, omdat het daarbij meestal zal gaan om feiten en omstandigheden in de sfeer van de persoonlijke omstandigheden of de lengte van het dienstverband, die voor de werknemer gemakkelijk te bewijzen zijn. Dat een ontslag op staande voet ernstige gevolgen heeft voor een werknemer doordat hij een groot gezin heeft of met financiële problemen kampt, is – zo de werkgever dat al zou *willen* betwisten – eenvoudig aan te tonen (met schriftelijke bescheiden). Ook voor de overige hiervoor onder 4.5.5.4 e.v. genoemde persoonlijke omstandigheden zal dat gelden. Is het zo dat de werknemer zich beroept op verzachtende feiten en omstandigheden die liggen in het domein van de werkgever, dat wil zeggen: bijvoorbeeld het feit dat een andere werknemer in het verleden wegens vergelijkbaar gedrag niet is ontslagen, waardoor in strijd wordt gehandeld met het gelijkheids- dan wel vertrouwensbeginsel – zie hiervoor onder 4.7.6.2 en 4.7.6.3 –, dan ligt gelet op zowel het uitgangspunt dat de werkgever dient aan te tonen dat het gegeven ontslag terecht is, als de ongelijkheidscompensatie die in zijn

algemeenheid aan het arbeidsrecht ten grondslag ligt, in de rede dat de rechter de werknemer snel te hulp schiet, door de werkgever te belasten met een verzwaarde betwistingsplicht op zo een punt of zelfs door hem te belasten met het bewijs dat van strijd met het gelijkheids- dan wel vertrouwensbeginsel geen sprake is. Ook hier valt een parallel te trekken met de rechtspraak van de Hoge Raad op het gebied van de werkgeversaansprakelijkheid, waar van de werkgever verwacht wordt dat hij, in het kader van de betwisting van de (door de werknemer te bewijzen) stelling dat deze in de uitoefening van de werkzaamheden schade heeft ondervonden, in het algemeen de omstandigheden aangeeft die meer in zijn sfeer dan in die van de werknemer liggen.⁶²³ Dat zal bij kwesties als hoe in andere, vergelijkbare gevallen is gehandeld, hoe het ontslag zich verdraagt met bedrijfsbeleid, welke toezeggingen aan de werknemer zijn gedaan, etc., al snel mogen worden geconcludeerd.⁶²⁴

Aan de hand van de aldus vastgestelde feiten en omstandigheden, dat wil zeggen zowel op basis van

- (i) enerzijds de feiten en omstandigheden die, in samenhang bezien, door de werkgever als dringende reden(en) aan het ontslag ten grondslag zijn gelegd en die hij, na behoorlijke betwisting door de werknemer, afdoende heeft bewezen als – eventueel – op basis van
- (ii) de door de werknemer ingeroepen verzachtende omstandigheden die – al dan niet nadat de werkgever daaromtrent in het kader van zijn zwaarwegende betwistingsplicht feiten en stukken in het geding heeft gebracht – door de werknemer zijn aangetoond of ten aanzien waarvan de rechter de bewijslast heeft omgekeerd waarna de werkgever niet in het hem opgedragen bewijs is geslaagd zal de rechter vervolgens de afweging moeten maken of al die omstandigheden, in onderling verband bezien, als dringende reden kwalificeren. Dat alles verdraagt zich naar mijn mening prima met de hiervoor beschreven regel dat de werkgever de bewijslast draagt van de dringende reden. Hij moet de feiten die hij daaraan ten grondslag heeft gelegd aantonen en de rechter ervan overtuigen dat die omstandigheden zo zwaarwegend zijn dat zij de andere omstandigheden *outweighen*.

623 HR 17 november 2000, JAR 2000/261, rov. 5.4 “Blijkens het hiervoor in 5.3 overwogene heeft Dikmans gemotiveerd gesteld dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden en tevens wanneer en – onder vermelding van een reeks stoffen waarvan Unilever heeft erkend dat deze in een laboratorium als het hare thuishoren – hoe deze schade is ontstaan. Gelet hierop en in aanmerking genomen dat van een werkgever die op grond van art. 7:658 lid 2 door een werknemer wordt aangesproken, in het kader van de motivering van de betwisting van de stellingen van de werknemer mag worden gevergd dat hij in het algemeen de omstandigheden aangeeft die meer in zijn sfeer dan in die van de werknemer liggen, heeft de Rechtbank, nu zij niets heeft vastgesteld omtrent de betwisting door Unilever van hetgeen Dikmans heeft gesteld, met haar oordeel dat Dikmans niet aan zijn stelplicht heeft voldaan hetzij blijkt gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent de stelplicht van de werknemer in een geval als het onderhavige hetzij haar oordeel niet van een toereikende motivering voorzien.” *Cursivering toegevoegd*, SFS.

624 Zie bijvoorbeeld Ktr. Amsterdam 28 oktober 2011, LJN: BW6699, waarin de werkgever werd gelast om in een procedure waarin een werknemer een vordering op grond van “gelijke arbeid, gelijk loon” had ingesteld, inzage te geven in de salarisbetalingen aan een collega, zodat deze vergeleken zouden kunnen worden met die van eiser. De Kantonrechter voegde daaraan toe dat het beginsel van goed werknemerschap mee zou brengen dat eiser strikt betrouwbaar met die stukken zou omgaan.

4.8.3 Persoonlijke omstandigheden; onderzoeksplicht van de werkgever en spreekplicht van de werknemer; processuele gevolgen

Dat de werkgever er rekening mee moet houden dat hem in de procedure persoonlijke omstandigheden van de werknemer kunnen worden tegengeworpen, brengt mee dat de werkgever er goed aan doet zich daarvan vóór het geven van ontslag een beeld te vormen en dat te betrekken bij zijn oordeel of het geven van ontslag op staande voet inderdaad geïndiceerd is. Sterker nog, nu de Hoge Raad van mening is dat bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, ook met zulke omstandigheden rekening moet worden gehouden – indien daarvoor door de werknemer aandacht wordt gevraagd in de procedure – is goed verdedigbaar dat de werkgever, handelend als goed werkgever, in beginsel *gehouden is* om te bezien hoe die omstandigheden zich verhouden tot het geven van ontslag.⁶²⁵ Dat sluit ook naadloos aan bij de hiervoor besproken verplichting tot het toepassen van hoor en wederhoor. Het in kaart brengen van de persoonlijke omstandigheden van de werknemer voorafgaand aan een ontslag is natuurlijk eens te meer aangewezen wanneer – zoals bij grote werkgevers vaak het geval is – de afstand tussen de werkvloer en de tot ontslag op staande voet bevoegde autoriteiten zodanig groot is dat op laatstgenoemd niveau weinig “beeld” bestaat van hetgeen zich in de privé-sfeer van de werknemer voltrekt en daarmee van de gevolgen die het ontslag voor hem (en de zijnen) zal hebben. Zeker in zo een setting loopt de werkgever het risico dat hij, wanneer hij ontslaat zonder te horen, mogelijk belangrijke feiten en omstandigheden niet heeft meegewogen.

Reeds eerder bepleitte ik, samen met Verhulp, dat goed verdedigbaar is dat aan het al dan niet invulling geven aan die hoorplicht gevolgen verbonden kunnen worden in de processuele sfeer, met name waar de werknemer zich in een op het ontslag volgende procedure wil beroepen op verzachtende persoonlijke omstandigheden die de werkgever ten tijde van het ontslag niet bekend waren. Het gaat daarbij dus om omstandigheden die het functioneren van de werknemer negatief hebben beïnvloed, zijn (wan)gedraging (deels) kunnen verklaren of een ontslag voor hem extra ingrijpend doen zijn.

Bij dit alles moet vooropgesteld worden dat bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van de dringende reden rekening moet worden gehouden met persoonlijke omstandigheden, zoals die zich *ten tijde van het ontslag* voordeden. Dat volgt uit het arrest dat de Hoge Raad in 2004 wees in de zaak *Vixia/Gerrits*. Daarin was, onder meer, aan de orde gesteld of bij de beoordeling of een ontslag op staande voet rechtsgeldig is, meegewogen mag worden dat de werkgever de werknemer drie maanden na het ontslag de mogelijkheid heeft geboden om weer in dienst te treden. Het antwoord van de Hoge Raad was een duidelijk nee: “Nu aanbod en weigering (om weer in dienst te treden, toevoeging SFS) dateren van na de ontslagverlening” kunnen zij volgens de Hoge Raad niet bijdragen aan het oordeel of voor dat ontslag een dringende reden aanwezig was. Dat komt mij juist voor. Een tegenovergestelde

⁶²⁵ Zie in die zin reeds S.F. Sagel en E. Verhulp, Onzekere tijden voor het ontslag op staande voet, in: S.F. Sagel en E. Verhulp, Voor De Laat, de Hoge Raad, Reeks VvA 34, Deventer 2005, p. 106.

benadering zou ertoe kunnen leiden dat een aanvankelijk geldig ontslag op staande voet zijn geldigheid alsnog zou verliezen door ontwikkelingen die zich na het ontslag op staande voet hebben voorgedaan en die werknemer en werkgever ten tijde van het ontslag niet kenden. Te denken valt aan de werkneemster die meer dan negen maanden na haar ontslag op staande voet een kind krijgt, terwijl haar echtgenoot gedurende haar zwangerschap ook nog eens zijn baan heeft verloren. Zouden die omstandigheden maken dat alsnog de conclusie getrokken moet worden dat aan het ontslag van de werkneemster geen dringende reden ten grondslag ligt, dan zou dat grote rechtsonzekerheid in de hand werken. Evenzeer zou een ongeldig ontslag op staande voet alsnog geldig kunnen worden door ontwikkelingen die zich na het ontslag op staande voet voordoen. Ook dat is een onaannemelijke uitkomst. Niet valt in te zien waarom een nietig ontslag alsnog geldig zou kunnen worden, omdat de ontslagen werknemer na het ontslag de lotto wint, waardoor de financiële gevolgen van het ontslag worden gemitigeerd.⁶²⁶

Dat alles laat onverlet dat de zojuist genoemde beslissing van de Hoge Raad uit het arrest *Vixia/Gerrits* naar mijn mening wel zo ruim moet worden begrepen dat bij de beoordeling van de dringende reden wel rekening mag worden gehouden met toekomstige (persoonlijke) omstandigheden, daaronder begrepen de gevolgen van het ontslag, voor zover die op het moment van het ontslag *redelijkerwijs voorzienbaar* waren. Die benadering zou overeenkomen met de leer die de Hoge Raad heeft ontwikkeld voor het gevolgencriterium bij kennelijk onredelijk ontslag. Blijkens art. 7:681 lid 2 onder b BW kan een ontslag kennelijk onredelijk zijn wanneer, mede in aanmerking genomen de voor de werknemer getroffen voorzieningen en de voor hem bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden, de gevolgen van de opzegging te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging. Of de gevolgen voor de werknemer onevenredig groot zijn, moet worden beantwoord op grond van de situatie zoals die is (niet later dan) op het moment dat de arbeidsovereenkomst eindigt.⁶²⁷ Dat de werknemer uiteindelijk minder schade lijdt door het ontslag dan ten tijde van het ontslag voorzienbaar was, ontnemt het ontslag niet zijn kennelijk onredelijke karakter.⁶²⁸ Daarbij heeft de Hoge Raad wel de subregel geformuleerd dat met latere omstandigheden in het kader van art. 7:681 BW wel rekening kan worden gehouden voor zover zij aanwijzingen opleveren voor hetgeen bij het einde van de arbeidsovereenkomst kon worden verwacht.⁶²⁹ Die subregel zal mijns inziens ook mogen worden toegepast in het kader van de dringende reden. Ook daar kan zich immers de situatie voordoen dat zich na het ontslag op staande voet omstandigheden voordoen waaruit kan worden afgeleid wat ten tijde van het ontslag op staande voet voorzienbaar was. Krijgt een alleenstaande werkneemster twee weken na haar ontslag op staande voet een kind, dan kan daaruit gevoeglijk worden afgeleid dat ten tijde van het ontslag voorzienbaar was dat

626 Zie in die zin reeds mijn bijdrage Het arrest *Vixia/Gerrits*, vier belangrijke beslissingen rond de dringende reden, SR 2004, 92, onder 10.

627 HR 3 maart 1995, NJ 1995, 451.

628 HR 17 oktober 1997, NJ 1999, 266.

629 HR 8 april 2011, JAR 2011/135.

het ontslag de werkneemster zwaar zou treffen in de privé-sfeer. Zulke ten tijde van het ontslag voorzienbare omstandigheden kunnen wel degelijk gewicht in de weegschaal leggen, net als – om maar wat te noemen – het feit dat de werknemer door het ontslag op staande voet geen aanspraak kan maken op een WW-uitkering. Het doortrekken van die lijn uit de kennelijk onredelijk ontslag doctrine ligt eens te meer in de rede, nu de Hoge Raad – naar hiervoor al vaker aan de orde is gesteld – de toetsing aan het gevolgcriterium van art. 7:681 BW in het arrest *Schrijver/Van Essen* uitdrukkelijk heeft geïncorporeerd in de toetsing van de dringende reden. Dat is een sterk argument om in beide gevallen uit te gaan van een zelfde begrenzing van de toetsing aan de gevolgen van een ontslag.

Met een en ander is echter nog geen antwoord gegeven op de vraag met welke door de werknemer (sadvocaat) aangevoerde privé-omstandigheden die zich ten tijde van het ontslag voordeden, althans op dat moment redelijkerwijs voorzienbaar waren, in rechte rekening mag worden gehouden: alleen met omstandigheden die ten tijde van het ontslag daadwerkelijk bij de werkgever bekend waren, of ook met omstandigheden die zich op dat moment weliswaar voordeden, althans voorzienbaar waren, maar waarvan de werkgever toen nog geen weet had en die de werknemer pas later, in het verloop van de procedure, heeft geopenbaard?

Deze vraag vergt een genuanceerde beantwoording. Als de werkgever niet aan zijn onderzoeksverplichting heeft voldaan, door de werknemer te ontslaan zonder hem eerst te horen, neemt hij zelf het risico dat hij heeft ontslagen zonder de relevante feiten te kennen. Dat betekent dat de werknemer die omstandigheden in een latere fase, te weten in een gerechtelijke procedure, zonder meer alsnog naar voren kan brengen. Sterker nog: dan is op grond van een arrest van de Hoge Raad uit 1980 verdedigbaar dat het aan de werkgever is om – indien hij de juistheid van die feiten betwist – de onjuistheid ervan te bewijzen.⁶³⁰ In het arrest van 1980 was sprake van een muziekgroep – Los Gatos – in dienst van de Holland Amerika-lijn, die op enig moment weigerde om tijdens een reparatiebeurt voor de bemanning van het cruiseschip *De Statendam* op te treden. De leden van Los Gatos weigerden dit zelfs tot tweemaal toe, eerst tegenover de cruisedirector en de dag erna ook tegenover hun hoogste chef. Aan Los Gatos werd niet de gelegenheid gegeven de reden voor hun weigering uiteen te zetten; zij werden op staande voet door de kapitein van *De Statendam* ontslagen wegens hardnekkige weigering te voldoen aan een redelijke opdracht. De Hoge Raad besliste in die zaak dat het feit dat de werknemers niet gehoord waren, gevolgen had voor de bewijslastverdeling. Het is, zo de Hoge Raad, onder die omstandigheden “aan de werkgever, die het immers aan zichzelf heeft te wijten dat de werknemer ter gelegenheid van het ontslag zijn gronden voor de werkweigering niet heeft geuit, zodat de werkgever zich daarover toen niet heeft kunnen uitspreken, om de ondeugdelijkheid van die gronden te bewijzen.” Die redenering kan één op één worden doorgetrokken naar de hier aan de orde zijnde discussie wat rechtens is als de werkgever de werknemer niet hoort en in een daarop volgende procedure wordt geconfronteerd met verzachtende (persoonlijke) omstandigheden aan de zijde van de werknemer, die aan het bestaan van een dringende reden kunnen afdoen. Die vraag vertoont immers een grote mate van verwantschap

⁶³⁰ Zie HR 19 september 1980, NJ 1981, 131.

met de vraag of sprake is van een redelijke grond voor weigering van een opdracht; beide zijn omstandigheden die aan het aannemen van een dringende reden in de weg kunnen staan. Als de werkgever de werknemer niet heeft gehoord voorafgaand aan een ontslag op staande voet, kan de werkgever zich er niet alleen in beginsel *niet* over beklagen dat hem die omstandigheden niet eerder werden tegengeworpen. Hij zal dan – als hij de juistheid van die feiten wil betwisten – de onjuistheid daarvan ook hebben te bewijzen. Dit zou slechts anders kunnen zijn, zo zou ik menen, wanneer in redelijkheid geoordeeld kan worden dat het gaat om persoonlijke omstandigheden waarvan gezegd moet worden dat het op de weg van de werknemer had gelegen om die omstandigheden ook los van een voornemen tot ontslag op staande voet voordien reeds *sua sponte* met de werkgever te delen. Dat zal, zeker bij omstandigheden die volledig in de privé-sfeer zijn gelegen, gelet op het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer niet al te snel aangenomen kunnen worden.

Als de werkgever wel aan zijn onderzoeksplicht heeft voldaan door de werknemer voorafgaand aan het ontslag over het ontslagvoornemen te horen, dan ligt het, zo zou ik menen, vervolgens op de weg van de werknemer om de werkgever ook correct te informeren. Er rust dan een informatieplicht op de werknemer, die – net als de verplichting van de werkgever om te horen – volgt uit art. 7:611 BW. In feite is die informatieplicht de andere kant van de medaille van de hoorplicht van de werkgever.⁶³¹ Zij kan daarnaast ook worden benaderd vanuit het leerstuk van de schadebeperkingsplicht: door de verzachtende omstandigheden, daarnaar gevraagd, voorafgaand aan het ontslag met de werkgever te delen kan de werknemer de schade van een ontslag op staande voet wellicht nog afwenden; hij is dan ook verplicht dat te doen. Wordt de werknemer gehoord en wijst hij dan op privé-omstandigheden die zijns inziens aan het ontslag in de weg staan, dan zullen die omstandigheden in een latere procedure bij de beoordeling van de dringende reden zonder twijfel mogen worden meegewogen. Maar wat nu als de werknemer geen gebruik maakt van de hem geboden mogelijkheid om te wijzen op zijn, tot dan toe verborgen, privé-omstandigheden en hij dus zijn hiervoor beschreven mededelingsplicht schendt? In dat geval is, zo bepleitten Verhulp en ik al eerder, verdedigbaar dat verborgen privé-omstandigheden in een latere procedure niet alsnog naar voren gebracht kunnen worden. De werkgever die zorgvuldig handelt door de werknemer voorafgaand aan het ontslag te horen teneinde een weloverwogen ontslagbeslissing te kunnen nemen en die op dat moment niet door de werknemer op de hoogte wordt gesteld van persoonlijke omstandigheden in de privé-sfeer die aan het aannemen van een dringende reden in de weg kunnen staan, behoort die privé-omstandigheden in beginsel niet alsnog in een latere procedure over de dringende reden tegengeworpen te kunnen krijgen. Dit is verdedigbaar vanuit de gedachte dat wie zijn spreekplicht verzaakt en daarmee in zekere zin de zorgvuldig handelende werkgever die beoogt zo goed geïnformeerd mogelijk tot een besluit te komen, op het verkeerde been zet, daarvan niet behoort te profiteren. Wie niet tijdig aan de bel trekt, zeker

631 Deze informatieplicht kan worden gezien in het verlengde van de verplichting van de werknemer om mee te werken aan een onderzoek naar mogelijke betrokkenheid bij onregelmatigheden, die eveneens op het bepaalde in art. 7:611 BW gebaseerd kan worden. Zie daarover hiervoor in hoofdstuk 2 onder 2.5.1.

wanneer hij *gevraagd* wordt dat te doen, laat zijn beurt voorbij gaan. Dat is een gedachte die, bijvoorbeeld, ook aan het bepaalde in art. 6:89 BW en aan het leerstuk van de rechtsverwerking ten grondslag ligt. Zwijgen terwijl men uitdrukkelijk gevraagd wordt of er iets relevant is te melden is, kwalificeert niet als enkel stilzitten; het is meer dan dat.

De hier bepleite opvatting kan bogen op steun in de rechtspraak, te weten een arrest van het Amsterdamse Gerechtshof uit 2006. Daarin was sprake van een kassière die een plastic 2-literfles melk naar het hoofd van een klant gooide. Zij werd, voorafgaand aan het ontslag gevraagd naar de achtergronden voor die actie, maar zweeg. Pas in rechte voerde zij ter rechtvaardiging van haar handelwijze aan dat zij recent gescheiden was, waarna de familie van haar ex-echtgenoot haar treiterde en intimideerde. De klant die de fles naar het hoofd geslingerd kreeg, was – naar de stelling van de kassière – zo een familielid van haar ex-echtgenoot en had haar tijdens haar werkzaamheden ernstig beledigd. Daardoor had zij een ogenblik haar zelfbeheersing verloren. Zij had dit niet eerder gemeld uit schaamte voor haar omstandigheden, mede ingegeven door haar culturele achtergrond. Het Hof besliste dat “indien zich een incident voordoet dat aanleiding kan zijn voor een ontslag op staande voet, (...) een werkgever bij het nemen van zijn beslissing alle omstandigheden van het geval in zijn overwegingen (dient, toevoeging SFS) te betrekken en derhalve daar ook een onderzoek naar (dient, toevoeging SFS) te doen. Van de betrokken werknemer mag verwacht worden dat deze bij dat onderzoek de volgens hem relevante gegevens aan de werkgever meldt.” Nu de werkneemster in kwestie de haar bij het gooien van de fles moverende feiten niet had gemeld toen haar daarnaar expliciet werd gevraagd, en daarop pas ruim na het ontslag een beroep deed, kon de vraag of die omstandigheid de werkgever zou hebben genoopt tot een andere afweging, volgens het Hof in het midden blijven.⁶³² Goed denkbaar is dat, wanneer de werkneemster in kwestie wel tijdig zou hebben gesproken, en haar verweer juist zou zijn gebleken, dat aan een ontslag op staande voet in de weg zou hebben gestaan. Dat een door de voormalige schoonfamilie tot op het bot getergde kassière, als zij voor de zoveelste keer voor de spreekwoordelijke rotte vis wordt uitgemaakt, één keer haar zelfbeheersing verliest, zou wat mij betreft geen dringende reden zijn als die werkneemster voor het overige kan terugzien op een vlekkeloos dienstverband.

Ik denk wel dat het, in aanvulling op het eerdere betoog van Verhulp en mij langs de voorgaande lijnen, goed is te benadrukken dat de regel dat de werknemer die voorafgaand aan een ontslag op staande voet gehoord wordt en dan niet spreekt over verborgen persoonlijke omstandigheden die zijn daad kunnen verklaren, zijn recht om dat later alsnog te doen verspeelt, niet in graniet is gebeiteld. Het is veeleer een hoofdregel, waarvan afwijkingen mogelijk zijn. Het kan zo zijn dat de omstandigheden waaronder het horen plaatsvond zodanig vijandig waren dat de werknemer om die reden “dichtklapte”. Er moet, anders gezegd, wel sprake zijn van een setting waarin de werknemer zich redelijkerwijs vrij voelde te spreken. In dat verband zal een rol spelen of de werknemer in staat is gesteld om zich naar het gesprek te laten begeleiden door een vertrouwenspersoon of juridisch adviseur. Ook zal een rol spelen wie het gesprek voerde, een begripvolle HR-manager, of een tweetal “rechercheurs”

632 Hof Amsterdam 6 juli 2006, JAR 2006/301.

van een extern onderzoeksbureau aan wie ook het arbeidsrechtelijke horen is uitbesteed. Daarnaast is denkbaar dat zich zeer bijzondere omstandigheden voordoen waarin de werknemer in een situatie van psychische overmacht verkeerde waardoor hij, hoewel daartoe in alle openheid in staat gesteld, echt niet kon spreken. Onder die omstandigheden *kan* het onaanvaardbaar zijn om de werknemer tegen te werpen dat hij, hoewel gevraagd naar mogelijke verzachtende persoonlijke omstandigheden, zijn mond hield. Het zal wel aan de werknemer zijn om aan te tonen dat daarvan sprake was.

De regel dat wanneer een werknemer, wanneer hij wordt gehoord over een voorgenomen ontslag op staande voet, niet spreekt over persoonlijke omstandigheden die zijn gedrag kunnen verklaren althans anderszins aan het aannemen van een dringende reden in de weg kunnen staan, zijn recht om die omstandigheden later alsnog ten processe naar voren te brengen verspeelt, vindt in de tweede plaats zijn begrenzing daarin dat het wel moet gaan om daadwerkelijk voor de werkgever verborgen omstandigheden, dat wil zeggen om omstandigheden die hij niet kende en ook niet redelijkerwijs behoorde te kennen. Dat brengt mee dat naar objectieve maatstaven te verwachten negatieve gevolgen van een ontslag, zoals bijvoorbeeld het mislopen van een WW-uitkering ook dan in een procedure naar voren gebracht kunnen worden wanneer de werknemer daarop niet in een gesprek waarin hij gehoord is voorafgaand aan het ontslag heeft gewezen. Zulke, naar objectieve maatstaven bezien, algemeen bekende gevolgen van een ontslag op staande voet kent de werkgever ook zonder dat de werknemer zich daarover expliciet uitlaat. De door Verhulp en mij bepleite lijn ziet dan ook echt alleen op omstandigheden die de werkgever niet kende en redelijkerwijs niet kon kennen, zonder dat de werknemer hem daarover informeerde. Zulke omstandigheden waren aan de orde in de zaak die leidde tot het zojuist genoemde arrest van het Amsterdamse Hof uit 2006.

4.9 Conclusie

Het is tijd voor beantwoording van de vraag hoe moet worden geoordeeld over het laatste deelveerste voor een rechtsgeldig ontslag op staande voet, de aanwezigheid van een dringende reden. Is het waar dat ten aanzien van dat vereiste sprake is van een onaanvaardbare onzekerheid of valt het – over de gehele linie bezien – wel mee en werkt het vereiste bevredigend? Dat laatste is wat mij betreft het juiste antwoord, al bestaat er – zoals bijna altijd – ook hier ruimte voor verdere ontwikkeling en daarmee verbetering.

Vooropgesteld zij, dat volledige zekerheid vooraf bij een, door de omstandigheden van het geval bepaalde redelijkheidsafweging als die of zich een dringende reden voordoet, door de wetgever nimmer is beoogd. Slaat men de wetsgeschiedenis van de wet van 13 juli 1907 erop na, dan blijkt dat reeds de *founding fathers* van de regeling als vervat in de artt. 7:677 en 7:678 BW helemaal niet de ambitie hadden om die graad van voorspelbaarheid te bereiken. Zij onderkenden dat, om recht te doen in het individuele geval, de rechter enige ruimte geboden moest worden om tot een billijk resultaat te komen, dat *hard and fast rules* op dit terrein niet te geven waren en dat dat onontkoombaar enige onzekerheid tot gevolg had. “*Het zij zoo*” verzuchtte het Kamerlid Schaper, onder voorwaarde dat de rechtspraak goed werk zou leveren.

De vraag komt dan op of gezegd kan worden dat de rechtspraak dat goede werk inderdaad *heeft* geleverd. Nadat de Hoge Raad de eerste 50 jaar na de invoering van de dringende reden vrijwel stil had gezeten wegens het toen als feitelijk getaxeerde karakter van de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, is hij vanaf de jaren '60 van de vorige eeuw intensief richting gaan geven aan de dringende reden. Hij deed dat in de eerste plaats door het stellen van een groot aantal sub- en vuistregels. Daaruit zijn voor verschillende onderwerpen die met regelmaat aanleiding geven tot ontslag op staande voet concrete regels af te leiden van de strekking dat bepaald gedrag in beginsel wel of niet als dringende reden kwalificeert. Zulke regels zijn hoogst nuttig, omdat zij in een door zo een regel bestreken zaak een grote mate van richting geven aan het debat door de argumentatielast te verdelen. Daarenboven valt uit het samenstel van al die regels, met enige goede wil, ook een aantal grondbeginselen ter zake van de dringende reden te distilleren, waarbij het meest algemene basisbeginsel – dat nu eens impliciet, dan weer meer expliciet naar voren is gebracht in de rechtspraak van de Hoge Raad – is dat de werkgever (en in diens voetspoor: de rechter) gelet op het ingrijpende karakter van het ontslag op staande voet, de aanwezigheid van een dringende reden slechts met grote terughoudendheid mag aannemen. Dat past naadloos bij de bedoelingen die de wetgever bij de totstandkoming van de regeling inzake het ontslag op staande voet had en die tijdens de parlementaire behandeling wel aldus tot uitdrukking zijn gebracht dat voor een beëindiging wegens een dringende reden *periculum in mora* vereist zou zijn. Het laten voortduren van het dienstverband moest echt *gevaarlijk* zijn voor de werkgever, wilde een dringende reden aangenomen kunnen worden. Uit het brede en geschakeerde palet aan vuistregels valt voorts af te leiden (i) dat een dringende reden slechts gelegen kan zijn in handelen of een eigenschap van de werknemer zelf en (ii) dat een dringende reden slechts op bewijsbare feiten gebaseerd kan worden. Voor toerekening van het handelen van een ander is geen plaats, evenmin als voor een *putatieve* dringende reden, dat wil zeggen een reden die slechts *vermoed* wordt te bestaan. Tot slot geldt als grondbeginsel dat een dringende reden in beginsel niet *contra legem* aangenomen behoort te worden. Of, zoals A.-G. Koopmans het eens uitdrukte, “als de werkgever iets van de werknemer verlangt waarop hij rechtens geen aanspraak kan maken, levert de weigering van de werknemer geen dringende reden voor ontslag op.”⁶³³

Het tweede middel van *guidance* van de Hoge Raad is de door hem sedert 1999 bij herhaling geformuleerde regel dat bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet met alle omstandigheden van het geval rekening moet worden gehouden, waarbij steeds *in de eerste plaats* de aard en de ernst van de gedraging in de afweging moeten worden betrokken 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. De Hoge Raad ziet streng toe op de toepassing van die leer en stelt wat de afweging van de genoemde gezichtspunten betreft hoge motiveringseisen. Die motiveringseisen zijn in zichzelf zelfs als een derde zelfstandige richtingaanwijzer te beschouwen en wel in die zin dat

633 Zie zijn conclusie voor HR 8 oktober 1993, JAR 1993/245.

die eisen in feite nog eens een bevestiging vormen van het grondbeginsel dat voor het aannemen van een dringende reden een daadwerkelijk serieuze reden vereist is. Daarin ligt immers ook besloten dat zo een reden niet zo maar, kort door de bocht, aanvaard mag worden, maar alleen als echt alle relevante omstandigheden zijn gewogen. Dat dat gebeurt, controleert de Hoge Raad nauwgezet.

In de literatuur is met name het tweede middel van sturing door de Hoge Raad bekritiseerd. De algemene maatstaf zou niet goed werkbaar zijn, omdat door het voorschrift dat met alle omstandigheden van het geval rekening moet worden gehouden, geen peil te trekken zou zijn op de uitkomst van de afweging. Dat *het kan vriezen, het kan dooien*-argument blijkt, bij nadere bestudering, om allerlei redenen niet steekhoudend te zijn.

In de eerste plaats blijkt dat zowel de inhoud en betekenis van de verschillende door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten als het relatieve gewicht daarvan duidelijk is. Hiervoor onder 4.5 werden de verschillende door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten aan een nadere bestudering onderworpen en daarbij bleek dat er zeer duidelijke lijnen zijn te ontwaren in de rechtspraak ter zake van de wijze waarop die gezichtspunten doorwerken. Het kerngezichtspunt in de weging is de aard en de ernst van datgene wat als dringende reden wordt aangemerkt. Ten aanzien van dat gezichtspunt bleek uit de evaluatie van de rechtspraak allereerst dat er duidelijke lijnen zijn aan te wijzen ter zake van de kwalificatie van veel soorten wangedrag en wel in die zin dat sommige gedragingen – zoals fraude en diefstal (met uitzondering van bagateldelicten) alsmede mishandeling – (naar hun aard) zo ernstig worden beschouwd dat zij steeds een dringende reden opleveren, terwijl bij andere gedragingen een tegenovergestelde lijn herkenbaar is. Verder bleek bij de evaluatie van dit eerste gezichtspunt dat met name de vraag of op enigerlei wijze vooraf is gewaarschuwd door de werkgever van eminent belang is in de beoordeling van de aard en de ernst van de dringende reden en, in het verlengde daarvan: in de afweging of sprake is van een dringende reden. Dat aan waarschuwingen zo veel gewicht toekomt, komt terecht voor omdat een werknemer die zich schuldig maakt aan wangedrag na een waarschuwing, zich daarmee in feite schuldig maakt aan een *gekwalficeerde* of zo men wil *dubbele* overtreding; te weten aan het wangedrag én insubordinatie.

In detail is in dit verband ook ingegaan op de voor de praktijk belangrijke vraag naar de beoordeling van bagateldelicten, dat wil zeggen delicten die naar hun aard ernstig, maar in omvang zeer gering zijn. Dit bleek een terrein waarop de kritiek dat de dringende reden onvoorspelbaar zou zijn, tot op zekere hoogte inderdaad hout snijdt. De rechtspraak loopt hier nogal uiteen. Uitgaande van het feit dat er zonder meer allerlei valide argumenten zijn voor een werkgever om ook waar het kleine vermogensdelicten in de werksfeer betreft, streng te zijn, lijkt het evenwel mogelijk om ook op dit terrein een duidelijke vuistregel te formuleren. Nu (i) het trekken van enige andere grens dan een nullijn arbitrair is, (ii) het vertrouwen van de werkgever ook door “een beetje diefstal” ernstig geschonden kan raken, (iii) er vanuit preventief oogpunt belang bestaat bij het hanteren van een strenge lijn en (iv) de werknemer uiteindelijk ook gebaat is bij duidelijkheid, lijkt het voeren van een beleid waarin ook een eerste, in omvang geringe, misstap als dringende reden wordt aangemerkt, niet onredelijk. Het valt binnen de beleidsvrijheid van de ondernemer om ter zake van een

onderwerp als vermogensdelicten op de werkvloer, een *zero tolerance*-beleid te hanteren. Maar nu er gelet op de vraag of een eerste, in omvang gering delict al een dringende reden vormt, verschillend gedacht wordt, denk ik wel dat de werkgever in zijn relatie met de werknemer geen enkele twijfel mag laten bestaan welk, in zichzelf legitiem, beleid hij op dat punt voorstaat. Men kan het ook zo zeggen: juist omdat hier sprake is van een enigszins grijs gebied, moet de werkgever (vooraf) kleur bekennen door middel van een duidelijke waarschuwing dat in zijn organisatie de (beleids)keuze wordt gemaakt om ook kleine vermogensdelicten niet door de vingers te zien en dat in dat geval ontslag op staande voet dreigt. Doet de werkgever dat, past hij zijn beleid vervolgens ook consequent toe en draagt hij het consequent uit, waardoor de werknemer duidelijk gewaarschuwd is dat ook bij een eerste, in omvang relatief klein vergrijp gelet op de aard ervan een dringende reden wordt aangenomen, dan is een dringende reden naar mijn mening zonder meer gegeven, behoudens zeer bijzondere omstandigheden. Is een werknemer uitdrukkelijk en ondubbelzinnig gewaarschuwd dat ook “een beetje stelen” binnen de onderneming geen enkele keer wordt geaccepteerd en tot ontslag op staande voet zal leiden, dan verliest dat beetje zijn verontschuldigende karakter. De Hoge Raad lijkt, blijkens een arrest van april 2012, ook voor die lijn te willen kiezen.

In het kader van het gezichtspunt “de aard en de ernst” van de gedraging werd voorts ingezoomd op de discussie rond de verwijtbaarheid van de handelwijze. Ter zake geldt eveneens een duidelijke lijn. Hoewel verwijtbaarheid blijkens de rechtspraak van de Hoge Raad niet steeds vereist is om een dringende reden aan te nemen, speelt die omstandigheid wel een belangrijke rol in de weging. Maakt de verwijtbaarheid onderdeel uit van de opgegeven ontslaggrond, dan zal deze ook aangetoond moeten worden. In andere gevallen zal het ontbreken van verwijtbaarheid een verzachtend effect in de weging hebben. Geconstateerd werd voorts dat, anders dan Kuip in zijn proefschrift heeft betoogd, uit de wetsgeschiedenis niet volgt dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om verwijtbaarheid als *conditio sine qua non* voor een dringende reden aan te merken. De wetsgeschiedenis biedt geen aanknopingspunten voor de stelling dat de Hoge Raad op dit punt *om* zou moeten gaan, nog daargelaten dat dat ook praktisch niet wenselijk lijkt. Er zijn gevallen waarin ontslag op staande voet moet kunnen worden gegeven zonder dat sprake is van verwijtbaarheid. Het ontslag op staande voet is immers geen strafmaatregel, maar – veeleer – een ordemaatregel. Het gaat er niet om of de werknemer straf verdient, maar of van de werkgever nog langer te vergen is het dienstverband voort te zetten. Er kunnen zich gevallen voordoen waarin dat, gelet op het gedrag of een eigenschap van de werknemer, niet te vergen is, terwijl de werknemer daarvan geen verwijt treft. Dat zullen wel echte uitzonderingsgevallen zijn.

Ook ten aanzien van het tweede gezichtspunt in de weging, de aard van het dienstverband, kan geconcludeerd worden dat het op een eenduidige wijze doorwerkt in de beoordeling of zich een dringende reden voordoet. Voorbeeld- en vertrouwensfuncties hebben een verzwarend effect in de weging. Ook daar geldt namelijk dat wanneer werknemers in zulke functies wangedrag vertonen, daarmee sprake is van een *gekwalficeerde* misstap. De werknemer vertoont niet alleen het wangedrag, maar schendt daarmee ook nog eens een contractuele verplichting om

zijn ondergeschikten, althans medewerkers ten voorbeeld te strekken respectievelijk om strikt betrouwbaar te zijn.

Ook de duur van het dienstverband en de wijze waarop de werknemer daaraan invulling heeft gegeven werken, als men de rechtspraak beziet, grotendeels eenduidig door in de beoordeling van de dringende reden. Naarmate de werknemer langer in dienst is en meer krediet heeft opgebouwd, zal minder snel mogen worden aangenomen dat sprake is van een dringende reden. Geconcludeerd moet worden dat dit gezichtspunt, anders dan in de literatuur nog wel eens gebeurt, als één onlosmakelijk geheel beschouwd moet worden. Het lijkt vanuit het oogpunt van het verbod van discriminatie naar leeftijd minder juist om de lengte van het dienstverband los van de kwaliteit van het functioneren te beschouwen als een verzachtende omstandigheid, omdat daarmee een indirect onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt. Juist door de kwaliteit van het functioneren – en het daarmee opgebouwde vertrouwenskrediet – met de lengte daarvan in onderling verband te bezien, kan het in aanmerking nemen van de lengte van het dienstverband objectief worden gerechtvaardigd.

Ook ter zake van de betekenis van het gezichtspunt van de persoonlijke omstandigheden van de werknemer zijn duidelijke lijnen te ontdekken in de rechtspraak. Bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, mogen niet alleen werkgerelateerde persoonlijke omstandigheden worden betrokken, maar ook strikt in de privé-sfeer gelegen feiten kunnen daarbij in aanmerking worden genomen. Er spreekt echter veel voor om in die afweging bij wijze van algemene regel minder gewicht toe te kennen aan persoonlijke omstandigheden naarmate zij verder afstaan van het dienstverband. Aan volledig in de privé-sfeer gelegen omstandigheden, die niet worden bestreken door een ontslagverbod waaruit blijkt dat de wetgever voor ogen staat dat de werkgever daarmee bij het geven van ontslag rekening houdt en die daardoor toch weer in de sfeer van de arbeidsovereenkomst zijn getrokken, zal slechts een gering gewicht behoren toe te komen in de afweging. Hoe geringer de *Nähe zum Arbeitsvertrag* van de persoonlijke omstandigheid is, des te minder gewicht komt eraan toe. De lagere rechtspraak biedt steun voor deze lijn.

De Hoge Raad noemt uitdrukkelijk de leeftijd van de werknemer als in aanmerking te nemen bijzondere omstandigheid. Net als de lengte van het dienstverband zou ik menen dat ook deze factor niet als op zichzelf staande beoordelingsfactor – dus: los van de vraag of daarvoor een objectieve rechtvaardiging is te geven – in de weging behoort te worden betrokken, omdat dat een ontoelaatbaar onderscheid naar leeftijd oplevert. Wil de leeftijd in aanmerking genomen worden, dan zal daarvoor een objectieve rechtvaardiging gevonden moeten worden, bijvoorbeeld gelegen in slechte kansen op de arbeidsmarkt door die leeftijd.

De Hoge Raad noemt ook de gevolgen van het ontslag als in aanmerking te nemen factor en staat ook hier een ruime benadering voor. Niet alleen bijzondere, of a-typische gevolgen mogen in aanmerking worden genomen, maar ook de reguliere gevolgen van een rechtsgeldig ontslag, zoals het verval van het recht op WW-uitkering, zijn relevant in de beoordeling. Het lijkt verdedigbaar dat aan negatieve gevolgen die de wet aan het bestaan van een dringende reden verbindt in zijn algemeenheid evenwel niet veel gewicht wordt toegekend bij de beoordeling of zich zo een reden voordoet, nu het wat ongerijmd voorkomt om in datgene wat de

wetgever als *aangewezen* consequenties beschouwt van een dringende reden aanleiding te zien om geen dringende reden aan te nemen.

We zagen vervolgens onder ogen dat de werkgever de gevolgen van het ontslag kan verzachten en aldus de afweging of zich een dringende reden voordoet kan beïnvloeden door uiterlijk bij het ontslag een (financiële) voorziening voor de werknemer te treffen. Anders dan in de literatuur wel is betoogd, verzet zo een voorziening zich bepaald niet naar zijn aard tegen het aannemen van een dringende reden.

Bij bestudering van de lagere rechtspraak blijken ook weer duidelijke lijnen naar boven te komen wanneer wordt onderzocht welke *overige* persoonlijke omstandigheden zoal in de beschouwing worden betrokken. Zo wegen beperkte verstandelijke vermogens vaak mee ten voordele van de werknemer, hetgeen goed verdedigbaar is, zeker wanneer deze factor in die zin arbeidsgerelateerd is dat de werknemer vanwege zijn beperkte verstandelijke vermogens werkzaam is in gesubsidieerde arbeid of daardoor afbreuk wordt gedaan aan de verwijtbaarheid van de handelwijze. Ook het opleidings- en ervaringsniveau en scholing zijn relevante omstandigheden. Het opleidingsniveau van een werknemer kan in de eerste plaats in zoverre meewegen dat daardoor de verwijtbaarheid van de handelwijze wordt verminderd en wel omdat een werknemer doordat hij laag is opgeleid, nog niet is uitgeleerd of over weinig ervaring beschikt, niet goed kon overzien dat wat hij deed verkeerd was. Een lage opleiding kan ook een rol spelen in die zin dat een werknemer daardoor slechte kansen op de arbeidsmarkt heeft, waardoor het ontslag op staande voet hem – in dat opzicht – extra hard zal treffen. Hoewel men dat argument vooralsnog niet veel tegenkomt in de rechtspraak, spreekt er veel voor om wanneer de werkgever gedurende het dienstverband tekort is geschoten op het terrein van scholing, en de werknemer daardoor moeilijk bemiddelbaar is, daaraan veel gewicht toe te kennen in de beoordeling of zich een dringende reden voordoet. Fysieke en psychische beperkingen zijn een volgende persoonlijke omstandigheid die blijkens de rechtspraak vaak in aanmerking wordt genomen. Zij werken op twee manieren door. Enerzijds kunnen dergelijke beperkingen tot gevolg hebben dat de werknemer moeilijker bemiddelbaar is op de arbeidsmarkt, waardoor het ontslag hem extra hard zal treffen en anderzijds kunnen zij de verwijtbaarheid van de handelwijze wegnemen of mitigeren. Tot slot zagen wij onder ogen dat uit de lagere rechtspraak het beeld opkomt dat de familietoestand van de werknemer en problemen in de familiesfeer, ook als zij van ernstige aard zijn, in beginsel niet snel zullen leiden tot het oordeel dat geen sprake is van een dringende reden. Dat bevestigt dat in de weging of zich een dringende reden voordoet, een verschillend gewicht toekomt aan persoonlijke omstandigheden, al naar gelang of een link tussen die omstandigheden en de arbeid(sovereenkomst) kan worden vastgesteld of niet. Hoe arbeidsgerelateerder de persoonlijke omstandigheden zijn, hoe meer gewicht zij hebben in de weging.

In het verlengde van die laatste conclusie is vervolgens aangegeven dat en waarom het goed verdedigbaar is dat de gezichtspuntencatalogus van de Hoge Raad niet aldus moet worden begrepen dat de door hem genoemde gezichtspunten bedoeld zijn als gelijkwaardig. Er lijkt veeleer sprake te zijn van een in drie categorieën uiteenvallende rangorde in die gezichtspunten. Die rangorde vindt zowel steun in de bewoordingen waarin de Hoge Raad de maatstaf heeft vervat als in de wijze waarop daaraan in de

lagere rechtspraak invulling wordt gegeven. In de hier bedoelde rangorde is de aard en de ernst van de dringende reden het centrale, steeds voorop staande, gezichtspunt waaraan dus ook in de weging relatief het grootste gewicht toekomt. Daaromheen bevindt zich een tweede schil van rechtstreeks aan de arbeidsovereenkomst gelieerde gezichtspunten, die eveneens van groot belang zijn, zij het relatief gezien iets minder dan het kerngezichtspunt. De persoonlijke omstandigheden van de werknemer, tot slot, moeten ook in de weging worden betrokken, maar hebben relatief het minste gewicht, zeker naarmate die persoonlijke omstandigheden verder van het dienstverband af staan. Vanzelfsprekend gaat het hierbij niet om een in harde cijfers uit te drukken, steeds gelijk, verschil in gewicht tussen de drie categorieën gezichtspunten. Veeleer is sprake van een denkmodel dat erop is gericht de afweging te sturen en ervoor te zorgen dat de focus daarin gericht blijft op datgene waar het in de kern om gaat, te weten in hoeverre in *arbeidsrechtelijk opzicht* van de werkgever niet langer gevegd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Daarbij is de kernvraag naar zijn aard wat de werknemer heeft gedaan (eerste schil), gezien tegen de achtergrond van de bijzondere eigenschappen die de arbeidsovereenkomst in dit specifieke geval heeft, zoals de aard en lengte ervan en de invulling die eraan is gegeven (tweede schil) en waarbij, tot slot ook de persoonlijke omstandigheden van de werknemer een rol spelen, zij het dat die persoonlijke omstandigheden, zeker naarmate deze verder afstaan van het dienstverband, een minder prominente rol in de weging kunnen spelen (derde schil). Dat laat onverlet dat in bepaalde, schrijnende gevallen, zeker wanneer de rechtstreeks arbeidsgerelateerde omstandigheden niet al te zwaar wegen, die persoonlijke omstandigheden kunnen maken dat van het aannemen van een dringende reden moet worden afgezien.

Het voorgaande brengt mee dat ik niet de analyse deel dat de gezichtspunten-rechtspraak zoals die sinds 1999 standaard door de Hoge Raad wordt gehanteerd, tot onzekerheid heeft geleid. Integendeel, die maatstaf heeft bijgedragen aan verdere toename van de voorspelbaarheid van de dringende reden en een nuttig raamwerk gegeven voor de beoordeling van zaken. De kritiek die deze wijze van rechtsvorming op sommige andere terreinen heeft gekregen gaat hier, zo zou ik menen, niet op. De inhoud van de door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten is, zeker tegen de achtergrond van de lagere rechtspraak, duidelijk en daarbij komt dat er wel degelijk een zekere rangorde lijkt aan te brengen in het soortelijk gewicht van de verschillende gezichtspunten. Ook dat draagt bij aan de voorspelbaarheid van de uitkomst van de te verrichten weging.

Dat alles betekent niet dat verdere verbetering niet mogelijk zou zijn. Drie aanbevelingen worden gedaan.

In de eerste plaats kan het debat omtrent de dringende reden winnen aan helderheid door afscheid te nemen van het in de literatuur en ook wel in de rechtspraak gemaakte onderscheid tussen de subjectief en de objectief dringende reden. Het gaat daarbij om een begrippenpaar waaraan allerlei verschillende betekenissen worden toegekend – hetgeen naar mijn mening slechts tot verwarring en onduidelijkheid leidt. Daarbij komt dat, welke van die leringen men ook volgt, het onderscheid op zijn best achterhaald en op zijn slechtst gewoon onjuist is. Achterhaald is dat onderscheid wanneer men onder de subjectief dringende reden het vereiste van onverwijld ontslag verstaat. Zulks omdat dat vereiste sedert de Wet

Flexibiliteit en Zekerheid geen deel meer uitmaakt van de dringende reden, maar een zelfstandig wettelijk vereiste is dat staat naast de dringende reden. Onjuist is dat onderscheid wanneer men onder een objectief en subjectief dringende reden verstaat dat van een dringende reden slechts sprake kan zijn wanneer een gedraging zowel in het algemeen – objectief – als in de omstandigheden van het specifieke geval – subjectief – als dringende reden kwalificeert. Daarmee wordt miskend dat de Hoge Raad een benadering voorstaat waarin slechts beslissend is of in de concrete omstandigheden van het geval een dringende reden gegeven is; dat kan ook het geval zijn wanneer de gedraging objectief – dat wil zeggen in het algemeen – niet als zodanig kwalificeert.

De tweede aanbeveling betreft de wijze waarop de Hoge Raad de dringende reden de afgelopen jaren tegemoet is getreden. Uit bestudering van de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat zijn activisme ter zake van het formuleren van vuistregels, zeker na het formuleren van de gezichtspuntencatalogus in 1999, in vergelijking met de hoogtijdagen daarvan in de jaren '70 en '80 van de vorige eeuw, opvallend is teruggelopen. Geconcludeerd kan worden dat het om verschillende redenen goed zou zijn wanneer de Hoge Raad dat middel weer in versterkte mate ter hand zou nemen. De gezichtspuntencatalogus kan niet als vervanging dienen van vuistregelvorming, maar juist door de combinatie van vuistregels en gezichtspunten valt er veel winst te boeken.⁶³⁴ De twee middelen zijn complementair. Vuistregels kunnen er immers met name toe dienen om richting te geven aan de taxatie van het eerste en belangrijkste gezichtspunt in de weging, de aard en de ernst van de gedraging, waarna vervolgens aan de hand van de overige omstandigheden – die, als gezegd, inmiddels goed uitgekristalliseerd zijn – een nadere inkleuring kan plaatsvinden. Door (weer) meer dan de afgelopen jaren met vuist- en subregels te gaan werken, zijn verschillende positieve effecten te verwachten. In de eerste plaats kan door het vooropstellen en benadrukken van een vuistregel worden voorkomen dat een arrest van de Hoge Raad waarmee een uitspraak van de appelrechter wordt gesauveerd waarin op basis van de bijzondere omstandigheden van dat geval is gekomen tot een afwijking van de ter zake van het vertoonde gedrag geldende hoofdregel, in de praktijk wordt misverstaan als een koerswijziging, in plaats van als een uitzondering die de regel bevestigt. In de tweede plaats kunnen vuistregels nuttige diensten bewijzen op terreinen waarop in de lagere rechtspraak verdeeldheid heerst ter zake van de waardering die daaraan arbeidsrechtelijk moet worden gegeven. In dit verband is het voorbeeld van de rechtspraak inzake seksuele intimidatie genoemd. Tot slot is het formuleren van zulke regels een goed middel om, bij nieuwe arbeidsrechtelijke ontwikkelingen, jarenlange verdeeldheid in de lagere rechtspraak, een traject van *trial and error*, van vallen en opstaan, te voorkomen. De ruimte voor meer activiteit op dit terrein zou er moeten zijn, enerzijds omdat die activiteit naadloos past binnen de taakopvatting van de Hoge Raad die erop is gericht zijn rechtsvormende taak centraal te stellen en anderzijds omdat het middel van de prejudiciële vraag aan de Hoge Raad de

634 Zie in dit verband ook het pleidooi van Barendrecht om open normen in te kleuren met meer eenduidige voor de praktijk werkbare concrete sub-normen: J.M. Barendrecht, Vragen aan Schoor-dijk over open normen, RM Themis 1995/4, p. 142.

mogelijkheid biedt aan rechters om juist waar in de lagere rechtspraak verdeeldheid heerst, daaraan door middel van een vraag aan de Hoge Raad een einde te maken. Ook een gemengde beslissing als die of bepaald gedrag een dringende reden oplevert, kan langs die band bij de Hoge Raad terechtkomen, zulks juist om ter zake vuistregels te stellen.

Een derde voorstel ter verdere verfijning van de gedachtevorming omtrent de dringende reden dat in het voorgaande is gedaan, is om ook de afweging of zich een dringende reden voordoet, in versterkte mate te plaatsen in de sleutel van het beginsel van goed werkgeverschap. Verdedigbaar is dat de afweging of zich een dringende reden voordoet, net als de afweging of sprake is van kennelijk onredelijk ontslag, een *specialis* oplevert van art. 7:611 BW, althans moet het er in ieder geval voor worden gehouden dat het bepaalde in art. 7:611 BW een zeer prominente rol speelt in die afweging. Daarvoor pleit in de eerste plaats dat art. 7:678 lid 1 BW een arbeidsrechtelijke redelijkheidstoetsing vergt, terwijl de Hoge Raad al in 2004 uitmaakte dat het bepaalde in art. 7:611 BW niets meer is dan de arbeidsrechtelijke *specialis* van datgene wat redelijkheid en billijkheid eisen.⁶³⁵ Het ligt dan ook in de rede om het begrip “redelijkerwijze” in art. 7:678 BW uit te leggen langs de lijnen van het in art. 7:611 BW bepaalde. Daarbij komt dat ook (i) de beslissing van de Hoge Raad in het arrest *Schrijver/Van Essen* dat een terecht gegeven ontslag op staande voet niet wegens zijn gevolgen kennelijk onredelijk kan zijn, omdat het gevolgcriterium van art. 7:681 lid 2 sub b BW reeds zit ingebakken in de toets of sprake is van een dringende reden, gelezen in samenhang met (ii) de door de Hoge Raad blijkens het arrest in de zaak *Van der Grijp/Stam* aangehangen leer dat het gevolgcriterium een *specialis* is van art. 7:611 BW, tot die benadering noopt.⁶³⁶ Nog korter gezegd: nu de vraag of een ontslag kennelijk onredelijk is wegens het gevolgcriterium een *specialis* is van art. 7:611 BW en dat criterium zit ingebakken in de toets of sprake is van een dringende reden, is de conclusie onontkoombaar dat daarmee *dus* art. 7:611 BW is geïncorporeerd in de beoordeling of sprake is van een dringende reden.

Daarvan uitgaande, is onderzocht hoe de verschillende sub-beginselen van goed werkgeverschap die in de literatuur, in navolging van Heerma van Voss, zoal worden onderscheiden – zoals onder meer het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel – en die zijn afgeleid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, kunnen doorwerken in de afweging of zich een dringende reden voordoet. Daarbij is vooropgesteld dat de schending van zo een beginsel *in zijn algemeenheid* niet steeds hoeft te betekenen dat daarmee *dus* ook automatisch sprake is van een schending van het beginsel van goed werkgeverschap zodat *dus* geen dringende reden kan worden aangenomen. Een uitzondering geldt op dat punt bij schending van het evenredigheidsbeginsel. Nu de gehele, door de Hoge Raad voorgeschreven gezichtspuntenbenadering ter beoordeling of sprake is van een dringende reden uiteindelijk neerkomt op een evenredigheidstoetsing, kan geen dringende reden worden aangenomen wanneer dat beginsel is geschonden. Het vervuld zijn

635 HR 30 januari 2004, JAR 2004/68.

636 HR 27 november 2009, NJ 2010, 493.

van dit vereiste is, anders gezegd, geen los gezichtspunt binnen de afweging of sprake is van een dringende reden, maar veeleer steeds *conditio sine qua non* voor het aannemen van een dringende reden. Ook het motiveringsbeginsel speelt een zodanige *conditio sine qua non*-rol bij de beoordeling of sprake is van een rechtsgeldig ontslag op staande voet, zij het dat de toets aan dat beginsel niet zozeer plaatsvindt binnen de beoordeling van de dringende reden als wel binnen het kader van de mededelingseis. Dat vereiste noopt de werkgever er immers toe om, op straffe van ongeldigheid van het ontslag, bij het ontslag volkomen duidelijk te motiveren waarom hij ontslaat en om die opgegeven reden vervolgens ook te bewijzen. Het vervuld zijn van de overige sub-beginselen van goed werkgeverschap, zoals het gelijkheidsbeginsel, het beginsel van zuiverheid van oogmerk en het vertrouwensbeginsel, zijn wel beginselen die een gezichtspunt opleveren binnen de afweging of zich een dringende reden voordoet. Sterker nog, de toetsing aan die beginselen biedt een goed kader om allerlei vraagpunten die in de praktijk met enige regelmaat opduiken bij de beoordeling of sprake is van een rechtsgeldig ontslag op staande voet, te plaatsen en te rubriceren. Zo kan de betekenis van een contractuele vastlegging van een dringende reden worden geplaatst in de sleutel van het vertrouwensbeginsel, terwijl het beginsel van zuiverheid van oogmerk een goed handvat biedt voor het denken over de betekenis van tactische/oneigenlijke motieven voor de beoordeling van de rechtsgeldigheid van een ontslag op staande voet. Herhaald zij dat ter zake van deze laatste groep van sub-beginselen geldt dat het enkele feit dat het aannemen van een dringende reden niet valt te rijmen met één van die sub-beginselen, in zichzelf zeker niet behoeft te betekenen dat sprake is van schending van het beginsel van goed werkgeverschap en daarmee dat dus geen dringende reden kan worden aangenomen. De schending van zo een beginsel is dan een belangrijk, maar niet in zichzelf doorslaggevend argument dat geen sprake is van een dringende reden.

Al met al geldt dat ook ter zake van de dringende reden geldt dat, over de gehele linie beschouwd, sprake is van een jurisprudentieel bouwwerk waarvan niet gezegd kan worden dat het tot een onaanvaardbare mate van rechtsonzekerheid leidt. Dat geldt ook voor de hiervoor besproken regels inzake stelplicht en bewijslastverdeling die in de rechtspraak zijn aanvaard. In de kern komt het hierop neer: Ontegenzeggelijk is het waar dat niet *steeds* met volledige zekerheid vooraf gezegd kan worden of zich een dringende reden voordoet; maar dat is heel iets anders dan dat *steeds* maar weer gezegd moet worden dat het kan vriezen of dooien. Er is sprake van een aantal heldere grondbeginselen en een duidelijk toetsingskader met gezichtspunten waarvan zowel de betekenis als het relatieve gewicht helder is. Verdere winst valt te boeken wanneer de Hoge Raad zich, zeker waar een duidelijke lijn in de taxatie van een bepaalde vorm van wangedrag ontbreekt, weer activistischer zou betonen bij het door middel van vuistregels inkleuren van het centrale gezichtspunt, de aard en de ernst van de gedraging. En tot slot zou winst kunnen worden geboekt door ook bij de beoordeling van de dringende reden, in sterkere mate dan voorheen, aansluiting te zoeken bij de lessen die te trekken zijn uit het vereiste van goed werkgeverschap. Want juist bij de inzet van het zwaarste wapen van het ontslagrecht behoort zorgvuldigheid voorop te staan en daaraan kan alleen recht worden gedaan wanneer ook wordt getoetst of het bestaan van een dringende reden zich verdraagt met fundamentele rechtsbeginselen. Maar ook als de twee zojuist genoemde suggesties

ter hand worden genomen, zal er altijd een bepaalde mate van onzekerheid in de afweging of zich een dringende reden voordoet blijven bestaan en ook *moeten* blijven bestaan. Die resterende onzekerheid getuigt niet van zwakte van de regeling, maar geeft veeleer de kans om ook in bijzondere gevallen, met buitengewone kenmerken, een goede oplossing te vinden.