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 5

Conclusie en een blik op de toekomst

5.1 Inleiding

Alles of niets. Zoals in hoofdstuk 1 is aangegeven, kennen de gevolgen van een ontslag op staande voet weinig nuances. Is het ontslag op staande voet rechtsgeldig, dan ziet de werknemer zijn dienstverband van het ene op het andere moment eindigen, zonder enige aanspraak op inachtneming van een opzegtermijn, laat staan op enige verdere vergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag. Valt de beslissing andersom uit, trekt de werknemer aan het spreekwoordelijke langste eind, dan ziet het beeld er voor de werkgever bepaald ongunstig uit. Hem hangen dan verschillende (soorten) vorderingen boven het hoofd, die tot grote hoogte kunnen oplopen. Gelet daarop hebben beide partijen bij de arbeidsovereenkomst een eminent belang bij duidelijkheid omtrent (de inhoud van) de eisen die aan een rechtsgeldig ontslag op staande voet gesteld worden en bij een eenduidige, voorspelbare toepassing daarvan in de rechtspraktijk. In de literatuur gaan met enige regelmaat stemmen op dat rechtszekerheid ten aanzien van het ontslag op staande voet ver te zoeken zou zijn. De kernvraag van dit boek is of die stelling juist is. In de voorgaande drie hoofdstukken is met betrekking tot elk van de drie deelvereisten die aan een ontslag op staande voet gesteld worden uitvoerig ingegaan op de vragen (i) wat het betreffende vereiste precies behelst en (ii) of het vereiste, gelet op de invulling die daaraan in de rechtspraak wordt gegeven, in de praktijk op een goede, voorspelbare manier werkt of veeleer tot rechtsonzekerheid aanleiding geeft. In dit laatste hoofdstuk worden de belangrijkste conclusies en daaruit volgende aanbevelingen uit de voorgaande hoofdstukken nog eens kort en kernachtig op een rij gezet. Tot slot wordt nog een blik op de toekomst van het ontslag op staande voet geworpen en wordt bezien of die rechtsfiguur behouden zou moeten blijven.

5.2 De onverwijldheidseis

Ten aanzien van de onverwijldheidseis kan worden geconcludeerd dat de kritiek dat dit vereiste niet goed zou werken – omdat het de werkgever tot overhaaste beslissingen zou nopen – en tot onzekerheid zou leiden, tot op grote hoogte niet terecht is. Overziet men het gehele speelveld, dan dient de conclusie te luiden dat dit deelvereiste in de rechtspraak op een heldere wijze is ingekleurd, hetgeen ertoe leidt dat in het algemeen wel degelijk met een ruim voldoende mate van zekerheid valt te voorspellen of een ontslag op staande voet voldoende onverwijld is gegeven.

Houdt de werkgever(sadvocaat) de op dit terrein geldende regels in het oog, dan zal hij niet snel tegen een succesvol verweer dat het ontslag niet onverwijld is gegeven, aanlopen.

Ter zake van het moment waarop de onverwijldheidsperiode een *aanvang* neemt, te weten het moment van het ontstaan van een vermoeden van een dringende reden, is uit de rechtspraak van de Hoge Raad in de eerste plaats de duidelijke conclusie te trekken dat dat vereiste *subjectief* moet worden ingevuld. Het gaat om het moment waarop de tot ontslag bevoegde functionaris *daadwerkelijk* op de hoogte kwam van het vermoeden, niet om het moment waarop hij, meer objectief beschouwd, daarvan op de hoogte had *kunnen* – en wellicht zelfs had *moeten* – komen. Het komt aangewezen voor dat de Hoge Raad aan die lijn, waarop in de literatuur kritiek is geuit, vasthoudt en *niet* kiest voor een geobjectiveerde benadering. Een subjectief criterium is helderder dan een geobjectiveerd criterium – over de vraag wanneer iemand iets wellicht had kunnen weten is meer debat mogelijk dan over de vraag wanneer iemand feitelijk iets wist – en bovendien spreekt het niet aan dat een werknemer zich zou kunnen onttrekken aan een ontslag op staande voet door zijn werkgever te verwijten dat hij maar meer op zijn *qui vive* had moeten zijn en eerder had moeten ontdekken welke misstappen er door zijn personeel werden begaan. Waar onoplettendheid van de tot ontslag bevoegde functionaris, of van andere functionarissen binnen de werkgever, uitmondt in een gedoogcultuur, kan dat worden geredresseerd via de band van de beoordeling of zich een dringende reden voordoet. Het bestaan van zo een cultuur kan namelijk bijdragen aan het oordeel dat van een dringende reden geen sprake is, zij het dat het bestaan daarvan dan steeds één van de omstandigheden in de afweging is, zodat het bestaan daarvan niet noodzakelijkerwijs aan het aannemen van een dringende reden in de weg staat. De aanbeveling op dit punt luidt dus om aan de subjectieve invulling van het vermoeden van een dringende reden vast te houden.

In de rechtspraak en de literatuur is tot op heden nauwelijks aandacht besteed aan de vraag welke *materiële eisen* aan het bestaan van een (subjectief) vermoeden van een dringende reden moeten worden gesteld. Op dit punt luidt de aanbeveling om die vraag aldus te beantwoorden dat de onverwijldheidslont pas vlam vat als sprake is van een, op basis van enige feitelijke grondslag zowel *geïndividualiseerd* – met betrekking tot de vraag *wie* zich mogelijk aan een dringende reden schuldig heeft gemaakt – als *geconcretiseerd* – met betrekking tot de feiten die zich voorgedaan zouden kunnen hebben – vermoeden van een dringende reden. Voor een vermoeden van een dringende reden dat de onverwijldheidsperiode doet aanvangen moet dat vermoeden, anders gezegd, steun vinden in *concrete* aanwijzingen dat een specifieke werknemer vermoedelijk iets fout heeft gedaan.

Een aanbeveling, waartoe in hoofdstuk 2 vervolgens werd gekomen, is dat de aanwezigheid van een geïndividualiseerd en geconcretiseerd vermoeden van het bestaan van een dringende reden door de rechter in het licht van het bepaalde in art. 7:611 BW met *terughoudendheid* beoordeeld zou moeten worden. Die bepaling noopt enerzijds de werkgever ertoe om de werknemer niet te snel te verdenken van allerlei mogelijke misstappen, omdat daarmee de arbeidsrelatie onnodig onder druk gezet kan worden. Bovendien mag de werkgever, gelet op datzelfde art. 7:611 BW, ook een *reasonable expectation of good faith* hebben ten aanzien van zijn werknemers,

omdat die bepaling hen ertoe noopt om betrouwbaar en loyaal te opereren. Voor de rechter betekent dit dat hij een redelijke mate van terughoudendheid zal hebben te betrachten bij het oordeel wanneer de werkgever het subjectieve vermoeden had dat zich wellicht een dringende reden voordeed. Dat zal vooral niet te snel aangenomen mogen worden, ook niet omdat daardoor het juiste uitgangspunt dat dat vermoeden subjectief moet worden ingevuld, onder druk komt te staan.

Een volgende conclusie die in hoofdstuk 2 werd getrokken is dat voor verjaring van de onverwijldheid van een ontslag – anders dan in de literatuur wel is bepleit – geen plaats zou moeten zijn. In de wet noch de rechtspraak valt voor zo een verjaringsverweer steun te vinden. Beziet men het wettelijk kader, dan sluit de situatie waarin het vermoeden van de dringende reden pas geruime tijd nadat deze de werkgever gegeven is, is gerezen, enigszins aan bij de situatie die is geregeld in art. 3:52 BW. Ook de in die regeling vermelde termijn gaat pas lopen op het moment dat de benadeelde partij het vermoeden, althans bewijsbare wetenschap van bepaalde feiten krijgt. Het spreekt niet aan dat een werknemer een ontslag op staande voet zou kunnen ontlopen door zijn misstappen maar zo lang en adequaat mogelijk voor de werkgever verborgen te houden, waar het bepaalde in art. 7:611 BW de werknemer er nu juist toe noopt om voor de werkgever relevante informatie met hem te delen. Het feit dat sprake is van oude feiten kan wel een rol spelen in de afweging of sprake is van een dringende reden. Daar staat het "bejaarde" karakter van de gewraakte feiten echter niet per definitie en als zodanig aan een ontslag op staande voet in de weg, maar vormt het één van de in aanmerking te nemen omstandigheden.

Een volgende aanbeveling waartoe in hoofdstuk 2 is gekomen, luidt dat het voor de gedachtevorming over de onverwijldheidseis voorts aan te bevelen lijkt om de periode gerekend vanaf het ontstaan van een vermoeden van een dringende reden tot het moment waarop de arbeidsovereenkomst feitelijk eindigt, te verdelen in *drie fases*. Het gaat daarbij achtereenvolgens om (i) de fase van het ontstaan van het zojuist bedoelde vermoeden tot het moment waarop de werkgever de bewijsbare wetenschap van een dringende reden verkrijgt, (ii) de fase van laatstgenoemd moment tot de opzegging en (iii) de fase tussen de opzegging en de einddatum. Het is raadzaam om deze drie fases te onderscheiden omdat uit de rechtspraak volgt dat de gestrengheid in de onverwijldheidstoetsing in die drie fases verschilt, in die zin dat deze intensiteit toeneemt.

Overziet men de rechtspraak, dan valt daaruit de conclusie te trekken dat de werkgever in de *eerste fase* alle ruimte krijgt tot het doen van onderzoek, het vergaren van bewijs en het inwinnen van juridisch advies, mits hij dat zo voortvarend doet als binnen de grenzen van de zorgvuldigheid redelijkerwijs mogelijk is. De rechtspraak van de Hoge Raad ademt tot op grote hoogte dat de werkgever op dit punt vooral niet te streng de maat moet worden genomen. Zolang uitstel wordt gerechtvaardigd door het betrachten van zorgvuldigheid, zal de rechter dat uitstel dulden. Daarbij speelt een belangrijke rol dat het bieden van die ruimte in het belang van *beide* partijen is. Bezien vanuit het grondbeginsel van zorgvuldigheid zal dan ook tijdsverloop dat wordt veroorzaakt door inachtneming van wettelijke regels bij de uitvoering van onderzoek, zoals de regels van de Wbp, uitstel in verband met toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor en uitstel dat wordt veroorzaakt doordat de werkgever bij het uitvoeren van het onderzoek slechts objectief te rechtvaardigen

inbreuken op eventueel betrokken grondrechten van de werknemer wil maken, niet leiden tot het oordeel dat *niet* onverwijld is gehandeld. Anders dan in de literatuur wel wordt gesuggereerd noopt de onverwijldheidseis dus bepaald niet tot overhaast handelen, tot het gaan over één nacht ijs. Ook bij de beantwoording van de vraag in hoeverre oorzaken aan de kant van de werknemer – zoals vakantie en ziekte – tot vertraging in het onderzoek naar het bestaan van een dringende reden mogen leiden, tekent zich in de rechtspraak een ruime leer af. Laat de werkgever de werknemer hangende het onderzoek op vakantie gaan, dan wordt hij daarop in beginsel evenmin afgerekend als wanneer het onderzoek vertraging oploopt doordat de werknemer door ziekte verhinderd is om te worden gehoord. De genuanceerde opstelling van de Hoge Raad vindt tot slot ook bevestiging in zijn opvatting over de vraag of de werknemer gedurende die onderzoeksfase geschorst moet worden. Of het niet schorsen zich verdraagt met de in de onverwijldheidseis besloten liggende gedachte dat de werkgever ook moet laten zien dat de dringende reden door hem als dringende reden wordt ervaren, hangt volgens de Hoge Raad af van de omstandigheden van het geval, zoals de aard van het aan de werknemer verweten gedrag, de aard van de arbeid en de situatie waarin deze moet worden verricht. Ook hier dient de conclusie te luiden dat die genuanceerde leer niet tot onzekerheid leidt, zulks reeds omdat de werkgever het zelf in de hand heeft om voor zekerheid te kiezen, door bij het vermoeden van een dringende reden steeds te schorsen, tenzij dat vanuit opsporingsperspectief onwenselijk is. Wie dat advies opvolgt, lijdt geen schipbreuk op de klippen van de onverwijldheidseis.

Geconcludeerd is vervolgens dat het de werkgever, anders dan in de rechtspraak in het verleden wel is geoordeeld, vrijstaat om een onderzoek naar een bij hem gerezen vermoeden van een dringende reden uit te besteden. Anders dan in de praktijk vaak gedacht wordt, ontslaat zo een uitbesteding de werkgever echter *niet* van de eisen en begrenzingen die de onverwijldheidseis meebrengt. Maar ook hier geldt dat voor zover door de externe onderzoeker op grond van de voor hem geldende gedragsregels betrachte zorgvuldigheid tot vertraging leidt, die vertraging in beginsel geen strijd met de onverwijldheidseis zal opleveren, mits de onderzoeker zich binnen de grenzen die de zorgvuldigheid meebrengt, maximaal voor de voortgang van het onderzoek heeft ingespannen. Wordt een extern onderzoek in opdracht gegeven vóórdat de werkgever een vermoeden van een dringende reden heeft, dan ligt de zaak in die zin anders dat de onverwijldheidstermijn pas begint te lopen doordat de tot ontslag bevoegde functionaris op de hoogte geraakt van de uitkomsten van het onderzoek, zulks vanzelfsprekend: mits die resultaten de conclusie wettigen dat sprake is van (een vermoeden van) een dringende reden. Hier geldt dus dat het zowel voor de werkgever als voor de onderzoeker van groot belang is om bij het begin van het onderzoek vast te stellen of reeds sprake is van zodanig geconcretiseerde en geïndividualiseerde feiten dat een subjectief vermoeden van een dringende reden bestaat.

Dat de Hoge Raad in het kader van de onverwijldheidseis geen overspannen eisen stelt aan de werkgever en *zorgvuldigheid voor tijd* vindt gaan, blijkt tot slot ook uit zijn leer dat een werkgever, wanneer er van overheidswege een opsporingsonderzoek is ingesteld naar gedrag dat arbeidsrechtelijk wellicht als dringende reden kwalificeert, de uitkomst daarvan mag afwachten, mits hij wel op voorhand aan de werknemer aangeeft dat zijn arbeidsrechtelijke lot aan de uitkomst van dat onderzoek verbonden

zal zijn. Zulks – vermoedelijk – mede vanuit de overtuiging dat er in zijn algemeenheid van mag worden uitgegaan dat juist zo een onderzoek bijdraagt aan zorgvuldigheid. Die vrijheid vindt wel zijn begrenzing daarin dat, wanneer de werkgever hangende zulk een onderzoek zelf de bewijsbare zekerheid verkrijgt dat zich de dringende reden inderdaad voordoet, hij in dat geval niet langer zal mogen wachten wil hij wegens het onderzochte gedrag op staande voet ontslaan. Op dat moment – te weten het moment waarop de werkgever wetenschap en bewijs van het bestaan van de dringende reden heeft – eindigt de eerste onverwijldheidsfase.

Geconcludeerd werd vervolgens dat in de *tweede fase* van de onverwijldheidstermijn eveneens een duidelijke lijn is te ontwaren, die strenger is dan het regime dat in de eerste fase geldt. Zodra het vermoeden van een dringende reden is geconverteerd in de aantoonbare zekerheid van het bestaan daarvan, moet het ontslag van de Hoge Raad *zonder verder dralen* worden geïmplementeerd. Dat betekent blijkens de rechtspraak niet dat het ontslag steeds onmiddellijk moet worden *gegeven*, maar wel dat het ontslagtraject onmiddellijk moet worden *ingezet*. Zulks brengt wederom mee dat wanneer er procedurele verplichtingen voor de werkgever gelden bij het nemen van het ontslagbesluit, zoals op basis van de WOR of op basis van de statuten of een CAO, de werkgever die procedures onmiddellijk moet opstarten, maar wel de tijd mag nemen om deze te doorlopen. Ook mag de tijd worden genomen om een beëindigingsvoorstel te doen, om de arbeidsovereenkomst langs andere weg dan via een ontslag op staande voet te beëindigen, maar ook hier geldt dat dat voorstel dan wel *zonder dralen* gedaan moet worden en onder mededeling van de dringende reden die is geconstateerd.

Voor de praktijk is van groot belang dat de verplichting om na vaststelling van de dringende reden *zonder dralen* de opzegging in te leiden, met zich brengt dat een werkgever die dat op dat moment niet doet omdat hij aanvullend onderzoek naar *mogelijke* andere dringende redenen wil doen, een groot risico neemt in de onverwijldheidssfeer. Worden in het aanvullende onderzoek geen nieuwe belastende feiten ontdekt, dan zal de onverwijldheidseis in de weg staan aan het geven van ontslag op staande voet wegens de eerder vastgestelde dringende reden. Voor afwijking van die regel – die in feite neerkomt op het terzijde schuiven van het vereiste van onverwijld ontslag – zal, mede in het licht van de door art. 6:2 lid 2 BW gestelde eisen, vrijwel nooit ruimte bestaan, alleen al omdat de werkgever in zo een geval nog wel ontbinding wegens een dringende reden kan verzoeken. Heeft de werkgever het onderzoek naar zijn vermoeden van een dringende reden uitbesteed aan een externe onderzoeker, dan gaat deze regel – zo is goed verdedigbaar – evenzeer op. Dat betekent dat de werkgever de onderzoeker moet instrueren tot het geven van tussentijdse updates, telkens wanneer er (bewijs van) nieuwe bezwarende feiten die een dringende reden (kunnen) constitueren, naar boven is gekomen.

Ook ten aanzien van de *derde* te onderscheiden (mogelijke) onverwijldheidsfase, te weten de fase tussen het moment van opzegging en de einddatum, kan een duidelijke conclusie worden getrokken en wel in die zin, dat die fase zich slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden überhaupt zal voordoen. Tijdsverloop wordt hier in nog mindere mate toegestaan dan in de tweede fase. Het ontslag moet, zeer bijzondere omstandigheden daargelaten, met onmiddellijke ingang ingaan. Dat betekent dat het onderscheiden van de derde fase een in hoge mate theoretisch

gehalte heeft. Slechts in noodsituaties zal enig tijdsverloop tussen het moment van opzegging en de ingangsdatum van het ontslag gewettigd kunnen zijn, maar omdat die gevallen niet geheel uitgesloten zijn, lijkt het toch zinvol om deze fase wel als zodanig te onderscheiden. De Hoge Raad doet dat ook.

Ook ter zake van de stelplicht en bewijslast met betrekking tot de onverwijldheidseis geldt een duidelijke regel; die liggen namelijk bij de werkgever. Er is weinig rechtspraak over de reikwijdte en betekenis van de stelplicht ter zake van de onverwijldheidseis. In het licht van de bevindingen in hoofdstuk 2 en met een schuin oog kijkend naar hetgeen op dit punt in het Duitse recht geldt, lijkt goed verdedigbaar de aanbeveling te doen dat op de werkgever in de eerste plaats de verplichting rust om in ieder geval concrete inzage te bieden in het moment waarop bij de tot ontslag bevoegde functionaris het subjectieve, voldoende geconcretiseerde en voldoende geïndividualiseerde vermoeden van een dringende reden ontstond. Vervolgens zal de werkgever, in chronologische volgorde, inzage hebben te bieden in de concrete stappen die vervolgens in de hiervoor onderscheiden onverwijldheidsfases zijn gezet en door wie, om zo inzichtelijk te maken hoe het tijdsverloop van het ontstaan van het vermoeden tot het moment waarop het ontslag is ingegaan, gerechtvaardigd kan worden. Wordt daaraan niet voldaan, dan kan de rechter als onvoldoende gemotiveerd onderbouwd aan de stelling dat het ontslag op staande voet onverwijld is gegeven, voorbijgaan.

5.3 De mededelingseis

Ter zake van de mededelingseis dient vooropgesteld te worden dat de wetgever bij de totstandkoming van de Wet op de arbeidsovereenkomst een duidelijk doel voor ogen had met dit vereiste en wel in die zin dat dat ertoe strekte het ertoe te leiden dat er bij de werknemer geen twijfel over kon bestaan waarom hij was ontslagen, teneinde hem in staat te stellen de afweging te maken of hij tegen het ontslag in rechte wilde opkomen, of er de voorkeur aan gaf daarin te berusten omdat hij de opgegeven grond als feitelijk juist en als dringende reden erkende. Geconcludeerd kan voorts worden dat de Hoge Raad die basisgedachte/ratio in zijn rechtspraak van de afgelopen eeuw, een enkele uitzondering daargelaten, steeds nauwgezet in het oog heeft gehouden en leidend heeft laten zijn bij zijn inkleuring van dat vereiste.

Ter zake van het moment waarop de dringende reden ingevolge de mededelingseis moet worden gedeeld met de werknemer is door het wetgevingsproces rond de Wet Flexibiliteit en Zekerheid aan het eind van de vorige eeuw verwarring en onzekerheid gecreëerd. Tot de invoering van die wet bepaalde (de voorloper van) art. 7:677 BW dat de dringende reden ook nog “onverwijld” ná de ontslagaanzegging kon worden gedaan, een keuze die bij de totstandkoming van de Wet op de arbeidsovereenkomst in 1907 op principiële en juiste gronden is gemaakt en die ook aansluit bij hetgeen in de landen om ons heen geldt. De Wet Flexibiliteit en Zekerheid wijzigde de wetstekst aldus dat de mededeling van de dringende reden niet langer “onverwijld” (na) maar “gelijktijdig met” de opzegging diende te geschieden. Uit een detailanalyse van de wetsgeschiedenis volgt dat aan die tekstuele wijziging evenwel geen materiële betekenis zou moeten worden toegekend. De Wet Flexibiliteit en Zekerheid is door het parlement aanvaard in de veronderstelling dat

die wet ter zake van de mededelingseis slechts een bevestiging van het op dat moment geldende recht zou meebrengen, inclusief de geldende regel dat de dringende reden uiterlijk onverwijld na het ontslag behoort te worden meegedeeld. De conclusie is dan ook onontkoombaar dat de term "gelijktijdig" nog steeds als "onverwijld" mag worden uitgelegd, waaraan een evident onjuiste uitlating van de Minister van SZW in het kader van de behandeling van de Repa-Flexwet niet behoort af te doen. De Minister heeft de praktijk (en een groot deel van de wetenschap) ten onrechte op een dwaalspoor gezet. Maar onzekerheid op dit punt is onnodig; hetgeen vóór 1999 gold, geldt nog steeds.

Ten aanzien van de vraag welke materiële eisen aan de mededeling van de ontslaggrond gesteld worden, is de rechtspraak van de Hoge Raad sinds meer dan honderd jaar vrijwel gelijkluidend en steeds streng geweest. De mededeling moest aanvankelijk zo worden overgebracht dat de ontslaggrond de werknemer "volkomen duidelijk" was, sinds het arrest *Bakermans/Straalservice* uit 1993 eist de Hoge Raad "onmiddellijke duidelijkheid". Nodeloos formalistisch zijn de eisen die de Hoge Raad stelt ondertussen terecht niet. De mededeling is vormvrij, kan ook mondeling worden overgebracht of zelfs in gedragingen besloten liggen. Ook mag de werkgever volstaan met een globale aanduiding. Maar die vrijheid vindt *steeds* zijn begrenzing in de ratio van de mededelingseis: *hoe* de boodschap ook wordt overgebracht, hij moet *altijd* leiden tot onmiddellijke duidelijkheid. Dat betekent dat de gevallen waarin gezegd kan worden dat de werkgever, zonder dat hij mondeling of schriftelijk heeft aangegeven waarin de ontslaggrond is gelegen, desondanks voor de vereiste onmiddellijke duidelijkheid daaromtrent heeft gezorgd, in de ogen van de Hoge Raad wel de absolute uitzonderingsgevallen zijn.

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

Verder werd geconcludeerd dat de Hoge Raad bij de beantwoording van de vraag of eerdere gedragingen van de werknemer die aan de directe aanleiding van het

ontslag voorafgaan, maar die de werkgever wel onderdeel wil laten uitmaken van de opgegeven ontslaggrond, een wat minder streng mededelingsvereiste lijkt te hanteren. Eerdere gedragingen/feiten mogen meewegen als het de werknemer ten tijde van de mededeling van de ontslaggrond *duidelijk* was dat zij meetelden, hetgeen volgens de Hoge Raad meebrengt dat de werknemer heeft *kunnen en moeten begrijpen* dat de eerdere gedragingen mede redengevend waren. Dat is een minder strakke norm dan de in het arrest *Bakermans/Straalservice* geformuleerde algemene mededelingsmaatstaf die *onmiddellijke duidelijkheid* vereist en waarvoor een *redelijkerwijs moeten begrijpen* nu juist niet volstaat. Het verdient aanbeveling dit verschil in toetsingsintensiteit te laten varen en de reikwijdte van de strenge norm uit het arrest *Bakermans/Straalservice* door te trekken naar de beoordeling of het de werknemer duidelijk was dat hij mede wegens "oude feiten" werd ontslagen. Het verschil in mededelingseisen is onnodig complex en draagt niet bij aan de werkbaarheid van de regeling van het ontslag op staande voet. Baseert de werkgever een ontslag mede op vroegere feiten, dan bestaat de dringende reden uit het samenstel van de rechtstreekse aanleiding en de achtergrond en valt alleen al om die reden niet in te zien waarom ter zake van de vroegere feiten een ander, minder strikt, mededelingsregime zou hebben te gelden. Dat geldt eens te meer omdat de oude feiten vaak een veel belangrijker onderdeel zijn van de dringende reden dan de uiteindelijke directe aanleiding, zeker wanneer die niet meer is dan de druppel die de emmer van de dringende reden doet overlopen.

Geconcludeerd kan worden dat de Hoge Raad ook bij de processuele kant van de mededelingseis trouw is aan de ratio van dat vereiste. Teneinde te bewerkstelligen dat de werknemer kan varen op hetgeen hem bij het ontslag als reden is meegedeeld, is *aanvulling* van de ontslaggrond na het ontslag vrijwel nimmer toegestaan. Ik zou menen dat daarop wel een uitzondering kan worden aanvaard voor zover die aanvulling binnen de (tijds)grenzen van de *onverwijlde mededeling* plaatsvindt. Anders gezegd, de werkgever mag de ontslaggrond *onverwijld* na het ontslag aanvullen. Het gaat hierbij hooguit om een speling van dagen.

Voorts is bij kennisname van de rechtspraak duidelijk dat de werkgever de opgegeven ontslaggrond in beginsel integraal zal hebben te bewijzen, hetgeen betekent dat wanneer de werkgever een ontslaggrond hanteert die opzet of schuld omvat, hij niet alleen het *feit*, maar ook het ver*wijt* (dat besloten ligt in het opzettelijk of culpoos handelen) hard zal moeten maken. Geconcludeerd kan worden dat de kritiek dat werkgevers aldus worden opgezadeld met een onmogelijke bewijslast die zij zichzelf bij het geven van het ontslag niet realiseren, niet steekhoudend is en dat de Hoge Raad zonder meer aan deze lijn zou moeten vasthouden. Wordt een werknemer ontslagen wegens diefstal of verduistering, dan moet hij zich erop kunnen beraden of *die* ontslaggrond, inclusief de daarvoor vereiste (mate van) opzet, aanwezig is. Juist bij een ontslag wegens een dringende reden ligt het voor de hand dat daarvan eerder gebruik zal worden gemaakt naarmate het gedrag van de werknemer ernstiger is en dat betekent weer dat op dit terrein een ontslag wegens het meerdere – bijvoorbeeld: verduistering – niet noodzakelijkerwijs betekent dat ook wegens het mindere – bijvoorbeeld: het ontstaan van een kastekort – zou zijn ontslagen. Wil de werkgever ook ontslaan wegens de minder zwaarwegende grond dan zal hij dat reeds bij het ontslag onmiddellijk duidelijk moeten maken zodat de werknemer de keuze om

al dan niet tegen het ontslag op te komen ook daarop kan afstemmen. Doet hij dat niet, dan is het niet onbillijk dat de werkgever vast zit aan de bewijslast die een ontslag wegens een misdrijf meebrengt; ook een werkgever wordt geacht de wet te kennen en dat geldt eens te meer voor een werkgever die zijn werknemer nu juist verwijt die wet te overtreden. Daarenboven ziet de kritiek op deze leer van de Hoge Raad ook over het hoofd dat het uiteindelijk maar zelden voor de uitkomst van een zaak veel verschil zal maken of de werkgever nu heeft ontslagen wegens een dringende reden die opzet of schuld als bestanddeel bevat of wegens een meer kleurloze ontslaggrond. In dat laatste geval zal namelijk het eventuele ontbreken van verwijtbaarheid eveneens een belangrijke rol spelen in de beoordeling van de geldigheid van het ontslag.

Op de regel dat de opgegeven ontslaggrond integraal moet worden bewezen, is door de Hoge Raad als uitzondering aanvaard dat een ontslag onder omstandigheden ook rechtsgeldig kan zijn wanneer slechts een deel van de grond komt vast te staan, zij het dat aan die mogelijkheid voorwaarden zijn gekoppeld. Die voorwaarden houden in dat a) het deel van de ontslaggrond dat komt vast te staan, in zichzelf ernstig genoeg moet zijn om als dringende reden te kwalificeren, dat b) de werkgever stelt en aannemelijk maakt dat hij ook zou hebben ontslagen als hij zich destijds had gerealiseerd alleen over het vastgestelde gedeelte te beschikken en c) dat dat ten tijde van het ontslag ook duidelijk was voor de werknemer. Op deze leer is deels nogal ongezouten kritiek geuit. Het geven van ontslag op staande voet zou tot hogere wiskunde ontaarden en de leer zou tot het onbevredigende resultaat leiden dat een ontslag dat is gegeven wegens zowel (i) een bijzonder ernstig feit als (ii) een ondergeschikte bagatel, door nietigheid kan worden getroffen wanneer alleen de bagatel niet komt vast te staan. Die kritiek is niet terecht. Integendeel: goed verdedigbaar is veeleer dat de Hoge Raad ter zake van het rechtsgeldige ontslag op staande voet wegens een gedeeltelijk vastgestelde dringende reden de touwtjes nog wat verder zou moeten aantrekken.

Vooropgesteld zij dat de kritiek dat de leer van de Hoge Raad te weinig rekening houdt met de belangen van de werkgever er allereerst aan voorbij ziet dat de Hoge Raad door de mogelijkheid van een rechtsgeldig ontslag op staande voet op grond van een gedeeltelijk vastgestelde dringende reden überhaupt mogelijk te achten, de werkgeverskant al bepaald tegemoet is gekomen. Op basis van de wetsgeschiedenis was een volledige afwijzing van die mogelijkheid goed denkbaar geweest. Bovendien blijkt uit de rechtspraak dat de Hoge Raad geen overdreven rigide toepassing van de deelcriteria b) en c) voorstaat. Is het deel van de opgegeven ontslaggrond dat komt vast te staan bijzonder ernstig en/of komt verreweg het grootste deel van de opgegeven ontslaggrond vast te staan, dan mag de rechter zonder veel omhaal aannemen, dat aan die deelcriteria is voldaan.

Daarbij komt dat de door de Hoge Raad geformuleerde drie deelvereisten dogmatisch logisch en noodzakelijk zijn. Het met c) aangeduide deelvereiste vloeit in die zin dwingend voort uit de mededelingseis, dat deze beoogt veilig te stellen dat de werknemer vlak na het ontslag weet waartegen hij zich in rechte heeft te verweren. Wil men het toelaatbaar achten dat een ontslag in rechte op grond van een deel van de opgegeven dringende reden stand kan houden, dan moet de werknemer reeds bij het ontslag geweten hebben dat hij ook alleen wegens dat deel van de dringende reden werd ontslagen. De met a) en b) aangeduide deelvereisten zijn evenmin eisen die

uitgaan boven hetgeen bij een normaal ontslag op staande voet geldt. Zo een ontslag kan immers alleen maar rechtsgeldig zijn wanneer zich een dringende reden voordoet (deelvereiste a) en de werkgever die reden ook heeft aangegrepen om daadwerkelijk te ontslaan (deelvereiste b).

Dogmatisch is op de benadering van de Hoge Raad in zoverre dus niets af te dingen. Wel werd geconcludeerd dat het aanbevelenswaardig is dat de Hoge Raad zijn leer in die zin aanpast dat een *Gleichlauf* tot stand wordt gebracht tussen deelvereiste c) en het criterium uit het *Bakermans/Straalservice-arrest*. Dat ligt in de rede omdat dat deelvereiste in feite een *specialis* is van laatstgenoemd algemeen criterium. Dat zou betekenen dat deelvereiste c) aldus komt te luiden dat het de werknemer onmiddellijk duidelijk moet zijn dat hij ook wegens het vaststaande deel zou zijn ontslagen. Toegegeven, dat is niet meer dan een nuanceverschil, maar wel een nuanceverschil dat bijdraagt aan de uniformiteit in de toetsing aan de mededelingseis van het ontslag op staande.

Tot slot – en dat is een aanbeveling van meer materiële aard – komt het mij voor dat aan de drie door de Hoge Raad geformuleerde eisen nog een vierde deelvereiste d) moet worden toegevoegd dat luidt dat ook ten aanzien van het uiteindelijk vastgestelde deel van de ontslaggrond moet zijn voldaan aan de in hoofdstuk 2 besproken eis van onverwijld ontslag. Was het overgebleven deel van de ontslaggrond al geruime tijd bekend bij de tot ontslag bevoegde functionaris toen het ontslag uiteindelijk plaatsvond (als reactie op het niet vastgestelde deel), dan lijkt een rechtsgeldig ontslag op staande voet op grond van het vastgestelde gedeelte niet tot de mogelijkheden te behoren. Stelt men die eis niet, dan kan de onverwijldheidseis eenvoudig worden omzeild, simpelweg door aan een oude dringende reden een nieuwe, maar evident ongegronde ontslaggrond toe te voegen en gerekend vanaf het ontstaan daarvan op staande voet te ontslaan.

Tot slot werd geconstateerd dat waar de Hoge Raad niet toestaat om de opgegeven dringende reden in rechte aan te vullen, een zekere mate van *inkleuring* ervan wel wordt toegestaan. Een ruim geformuleerde ontslaggrond kan hangende de procedure met voorbeelden worden geadstrueerd die de algemene ontslaggrond illustreren. Hoewel de Hoge Raad zich nog niet in die zin heeft uitgelaten, wil het mij voorkomen dat deze mogelijkheid van inkleuring alleen toelaatbaar is wanneer het de werknemer reeds bij de mededeling van de ontslaggrond onmiddellijk duidelijk was dat de desbetreffende voorbeelden mede redengevend waren voor het ontslag op de algemeen geformuleerde grond. Bovendien zal de werkgever in beginsel *alle* voorbeelden waarvan het de werknemer onmiddellijk duidelijk was dat zij onder de algemeen geformuleerde ontslaggrond vallen, in rechte hard *moeten* maken, tenzij is voldaan aan de vereisten voor een rechtsgeldig ontslag wegens een gedeeltelijk vastgestelde dringende reden. Alleen door die strenge eisen te stellen wordt voldaan aan de ratio van de mededelingseis en wordt die eis bovendien consequent toegepast. Inkleuring van een ontslaggrond met feiten/voorbeelden die de werkgever pas na het ontslag bekend zijn geworden, lijkt zich niet te verdragen met de ratio van de mededelingseis, die meebrengt dat de werknemer uit de opgegeven ontslaggrond onmiddellijk duidelijk moet zijn waarin volgens de werkgever de reden voor het ontslag gelegen is. Wie bepaalde feiten niet kent, zal nauwelijks bedoeld kunnen hebben wegens die feiten te ontslaan. Wel kunnen zulke later ontdekte feiten dienen

als steunbewijs voor de stelling van de werkgever dat ten tijde van het ontslag wel bij hem bekende feiten zich daadwerkelijk hebben voorgedaan. Dat is echter iets anders dan dat die later ontdekte feiten zelf onderdeel gaan uitmaken van de opgegeven ontslaggrond die het ontslag moet kunnen dragen.

Tot slot geldt op het punt van de stelplicht en de bewijslast ter zake van het voldaan zijn aan de mededelingseis de duidelijke regel dat zij bij de werkgever liggen. Die zal hebben te stellen – en bij gemotiveerde betwisting hebben te bewijzen – niet alleen (i) dat de ontslaggrond gelijktijdig in de zin van onverwijld is medegedeeld, maar ook (ii) dat die mededeling zodanig heeft plaatsgevonden dat daaromtrent bij de werknemer onmiddellijk volledige duidelijkheid heeft bestaan.

Alles overziend, dient de eindconclusie te zijn dat de mededelingseis een vereiste is met een duidelijke strekking. Zowel de materiële eisen die de Hoge Raad aan de mededeling van de ontslaggrond stelt als de formele/procedurele gevolgen die de Hoge Raad daaraan verbindt, volgen even logischer- als noodzakelijkerwijs uit die ratio. Slechts op enkele punten lijken aanpassingen in de rechtspraak van de Hoge Raad geïndiceerd om de toepassing van het vereiste nog iets consequenter (en daarmee ook: eenvoudiger) te maken. Een enkele belangrijke aanpassing met betrekking tot de regels die gelden voor een terecht ontslag op staande voet in gevallen waarin maar een deel van de dringende reden komt vast te staan, is niet zozeer vanuit het oogpunt van het mededelingsvereiste als wel uit het oogpunt van het onverwijldheidsvereiste geïndiceerd. Van groot belang is voorts dat de koers die de Hoge Raad volgt bij de beoordeling of aan de door hem geformuleerde mededelingseisen is voldaan, van realiteitszin getuigt. De eisen die aan de werkgever worden gesteld zijn hoog, maar daar staat tegenover dat een werknemer die heel goed weet waarom hij wordt ontslagen, zich niet snel zal kunnen verschuilen achter het feit dat hij niet wist wat er speelde. De werknemer die zich tegen beter weten in van de domme houdt, hoeft op weinig hulp te rekenen.

5.4 De dringende reden

Tot slot werd uitvoerig ingegaan op de dringende reden. Ook hier weer vanuit de kernvraag of de rechtspraak dat deelvereiste zodanig heeft vormgegeven en ingevuld dat kan worden gezegd dat sprake is van een afdoende mate van voorspelbaarheid wanneer daarvan *wel*, en wanneer daarvan *geen* sprake is.

Van belang is in dit verband dat vanzelfsprekend allereerst in kaart moet worden gebracht welke verwachtingen men op dit punt mag hebben: of de rechtspraak de lat van voldoende rechtszekerheid haalt, is afhankelijk van de vraag hoe hoog men die lat mag leggen.

Een verwachting, laat staan een eis, van volkomen duidelijkheid vooraf is op dit terrein geen *reasonable expectation* en ook door de wetgever nimmer beoogd. Een *redelijkheidsafweging* als die of zich een dringende reden voordoet, kan niet zonder een weging van de omstandigheden van het geval en een weging van de omstandigheden van het geval is naar zijn aard (vrijwel) nooit zwart/wit. Slaat men de wetsgeschiedenis erop na, dan blijkt dat men zich dat bij de totstandkoming van de Wet op de arbeidsovereenkomst reeds gerealiseerd heeft en uitdrukkelijk heeft aanvaard dat enige onvoorspelbaarheid onontkoombaar zou zijn. De mogelijkheid van *hard and fast*

rules is destijds uitdrukkelijk aan de orde geweest, gewogen en afgewezen. Dàt is de achtergrond waartegen moet worden beoordeeld of de rechtspraak op dit punt doet wat van haar verwacht wordt: niet een streven naar volledige zekerheid vooraf, maar een streven naar een redelijke mate van voorspelbaarheid. Duidelijkheid op grote lijnen, maar wel één die de vrijheid laat om in het individuele geval een keer af te wijken als dat nodig is. Die lat haalt het bouwwerk van ruim 100 jaar rechtspraak inzake de dringende reden naar mijn overtuiging, al is verdere verbetering altijd mogelijk; ook hier.

De Hoge Raad heeft in de tweede helft van de vorige eeuw veel richting gegeven aan de dringende reden, allereerst door het formuleren van sub- en vuistregels. Het belang van die regels is groot omdat zij in zaken die binnen hun bereik vallen, een grote mate van richting geven aan het debat. 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 aanwezigheid van een dringende reden slechts met zeer grote terughoudendheid moet worden aangenomen. Dat past naadloos bij de bedoelingen die de wetgever bij de totstandkoming van de regeling inzake het ontslag op staande voet had. Uit het brede palet aan vuistregels valt voorts af te leiden (i) dat een dringende reden slechts gelegen kan zijn in handelen, gedragingen 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 dringende reden bestaande in niet meer dan een verdenking. De *Verdachtskündigung* zoals die in het Duitse recht wordt aanvaard, kent het Nederlandse recht – terecht – niet. Tot slot geldt als grondbeginsel dat een dringende reden in beginsel niet *contra legem* aangenomen behoort te worden. Kortom; de drie laatstgenoemde grondbeginselen bevestigen in zichzelf de juistheid van het eerstgenoemde: terughoudendheid is troef.

Het tweede middel van sturing van de Hoge Raad is de door hem, na een eerste vooraankondiging in een arrest van 1977, sedert 1999 bij herhaling geformuleerde gezichtspuntenrechtspraak, samengevat in de 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 in de derde plaats streng toe op de toepassing van zijn leer op dit punt en stelt wat de afweging van de genoemde gezichtspunten betreft hoge motiveringseisen. Die motiveringseisen zijn in zichzelf een derde richtingaanwijzer voor de manier waarop de Hoge Raad de dringende reden beoordeeld wenst te zien. Daarin ligt nog eens een bevestiging besloten van het grondbeginsel dat voor het aannemen van een dringende reden een daadwerkelijk serieuze grond vereist is en dat hier geldt: *in dubio abstine*!

De kritiek dat de rechtspraak van de Hoge Raad op het punt van de dringende reden tot een grote mate van rechtsonzekerheid leidt, treft voornamelijk de door hem

geformuleerde gezichtspuntenleer. Beziet men die maatstaf – en de toepassing die daaraan wordt gegeven in de rechtspraak – nader, dan blijkt dat deze kritiek in verregaande mate ongegrond is, zeker wanneer men die kritiek beschouwt tegen de achtergrond van de verwachtingen die men qua voorspelbaarheid redelijkerwijs mag hebben van een afweging als die of zich een dringende reden voordoet. Zowel de inhoud en wijze van doorwerking van de verschillende gezichtspunten als het relatieve gewicht daarvan in de weging is duidelijk. Het kerngezichtspunt in de weging is de aard en de ernst van datgene wat als dringende reden wordt aangemerkt. Ten aanzien daarvan 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 alsmede mishandeling – (naar hun aard) zo ernstig worden beschouwd dat zij vrijwel steeds een dringende reden opleveren, terwijl bij andere gedragingen een tegenovergestelde lijn herkenbaar is. Helemaal helder wordt de zaak wanneer een dergelijke lijn in de lagere rechtspraak ook nog eens bevestiging vindt in een sub- of een vuistregel van de Hoge Raad, zoals bijvoorbeeld geschiedde in het arrest *Vixia/Gerrits*, waarin de Hoge Raad een duidelijke lijn in de lagere rechtspraak dat overtreding van controlevoorschriften tijdens ziekte geen dringende reden oplevert, omarmde.[1] Verder bleek bij de evaluatie van dit 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. Die lijn in de rechtspraak komt zonder meer juist voor omdat een werknemer die zich schuldig maakt aan wangedrag na een waarschuwing, zich daarmee in feite schuldig maakt aan een gekwalificeerde 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 bagatel-vermogensdelicten, dat wil zeggen delicten die naar hun aard op zich ernstig, maar in omvang zeer gering zijn. Dit bleek een deelterrein waarop de kritiek dat de dringende reden onvoorspelbaar is, inderdaad hout snijdt. De rechtspraak loopt hier te zeer 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 mogelijk – en ter beëindiging van de onzekerheid op dit terrein: aangewezen – om ook op dit punt een duidelijke vuistregel te formuleren. Aangezien het trekken van iedere andere grens dan een nullijn arbitrair is, het vertrouwen van de werkgever ook door "een beetje diefstal" ernstig geschonden kan raken, er vanuit preventief oogpunt belang bestaat bij het hanteren van een strenge lijn en uiteindelijk ook de werknemer gebaat is bij duidelijkheid vooraf, lijkt het voeren van een beleid waarin ook een eerste, in

1 HR 8 oktober 2004, RAR 2005/1, waarin werd bevestigd de lijn uit o.a. Ktg. Schiedam 2 en 16 december 1997, JAR 1998/59; Ktg. Amersfoort 17 maart 1999, JAR 1999/81; Ktr. 's-Gravenhage 24 juli 2002, JAR 2002/190; Ktr. Gouda 3 april 2003, Prg. 2003, 6073; Ktr. Alkmaar 26 juni 2002, JAR 2002/226; Hof 's-Gravenhage 24 januari 2003, NJ-kort 2003, 48; Ktr. Dordrecht 25 september 2003, JAR 2003/248 en ook Hof 's-Hertogenbosch 18 december 2002, JAR 2003/37. Slechts een enkele keer – zie bijvoorbeeld Ktg. Utrecht 8 januari 1997, JAR 1997/44 – werd van de lijn afgeweken.

omvang geringe misstap als dringende reden wordt aangemerkt, niet onredelijk. Het valt, zo luidt mijn conclusie, zonder meer binnen het *managerial prerogative* van de ondernemer om ter zake van een onderwerp als vermogensdelicten op de werkvloer, een *zero tolerance*-beleid te hanteren. Maar nu er over de vraag of een eerste, in omvang gering vermogensdelict al een dringende reden vormt, verschillend gedacht wordt, zal eveneens moeten worden aangenomen dat de werkgever er in zijn relatie met de werknemer geen enkele twijfel over mag laten bestaan welk beleid hij op dat punt voorstaat. Juist omdat hier sprake is van een 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, bij schending van die regel, ontslag op staande voet volgt. 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 behoudens zeer bijzondere omstandigheden gegeven. Is een werknemer uitdrukkelijk en ondubbelzinnig gewaarschuwd dat ook "een beetje stelen" binnen de onderneming geen enkele keer wordt geaccepteerd dan verliest dat beetje zijn verontschuldigende karakter. De Hoge Raad wees op de valreep voor het afronden van dit manuscript een arrest dat de juistheid van die opvatting lijkt te bevestigen.[2]

Binnen het gezichtspunt van de aard en de ernst van de gedraging komt ook aan de factor verwijtbaarheid een duidelijke betekenis toe. Maakt de verwijtbaarheid onderdeel uit van de opgegeven ontslaggrond, dan zal de verwijtbaarheid ook aangetoond moeten worden. In andere gevallen zal het ontbreken van enige vorm van verwijtbaarheid een zwaarwegend verzachtend effect in de weging hebben. Bij het volledig ontbreken van verwijtbaarheid zal slechts onder zeer bijzondere omstandigheden een dringende reden kunnen worden aangenomen. 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 rechtspraak is dus – ook hier – in lijn met de wetsgeschiedenis en er is ook overigens geen aanleiding voor de Hoge Raad om op dit punt *om* te gaan. 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.

Ook ten aanzien van het tweede door de Hoge Raad genoemde gezichtspunt, te weten de aard van het dienstverband, kan geconcludeerd worden dat in de rechtspraak een duidelijke lijn is te onderkennen. Voorbeeld- en vertrouwensfuncties hebben een verzwarend effect in de weging, omdat ook de aard van de functie leidt tot een gekwalificeerde misstap. De werknemer vertoont niet alleen het wangedrag, maar schendt daarmee ook nog eens een contractuele verplichting om zijn ondergeschikten, althans medewerknemers, ten voorbeeld te strekken, respectievelijk – bij een vertrouwensfunctie – om strikt betrouwbaar te zijn.

---

2 HR 20 april 2012, JAR 2012/135 en NJ 2012, 263. Zie in die zin ook reeds B. Barentsen en S.F. Sagel, Kroniek van het sociaal recht, NJB 2012, 2453.

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 onlosmakelijke eenheid 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. Alleen door de lengte van het dienstverband te bezien in samenhang met de geleverde kwaliteit van het werk en het daarmee opgebouwde krediet, 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 inmiddels duidelijke lijnen te ontdekken in de rechtspraak. Niet alleen werkgerelateerde, maar ook strikt in de privé-sfeer gelegen persoonlijke omstandigheden, 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, zoals de Duitsers dat noemen, minder *Nähe zum Arbeitsvertrag* vertonen. Aan volledig in de privé-sfeer gelegen omstandigheden, die ook 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 in het algemeen slechts een gering gewicht dienen toe te komen in de afweging.

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 ook 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 volgens zijn rechtspraak relevant in de beoordeling. Geconcludeerd werd dat het aangewezen lijkt om aan negatieve gevolgen die de wet aan het bestaan van een dringende reden verbindt in zijn algemeenheid niet veel gewicht toe te kennen 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.

Een volgende conclusie die werd getrokken is dat de werkgever de mogelijkheid heeft om de gevolgen van een ontslag op staande voet te verzachten door uiterlijk bij dat ontslag een (financiële) voorziening voor de werknemer te treffen, waarmee hij de

afweging of zich een dringende reden voordoet, in zijn voordeel kan beïnvloeden. Het treffen van zo een voorziening verzet zich niet (naar zijn aard) tegen het aannemen van een dringende reden.

Bij bestudering van de lagere rechtspraak bleken ook weer duidelijke lijnen naar boven te komen wanneer wordt onderzocht welke *overige* persoonlijke omstandigheden zoal in de beschouwing worden betrokken. Beperkte verstandelijke vermogens wegen vaak mee ten voordele van de werknemer, hetgeen goed verdedigbaar is, zeker wanneer deze factor ook nog eens 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 blijkens de analyse van de lagere rechtspraak 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. Ook fysieke en psychische beperkingen zijn persoonlijke omstandigheden die blijkens de gepubliceerde lagere 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 kan worden geconcludeerd 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. Daarin vindt bevestiging 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.

In het verlengde van de conclusie dat uit de rechtspraak volgt dat er *binnen* de categorie van het gezichtspunt "persoonlijke omstandigheden" een verschil zit in het relatieve gewicht van verschillende persoonlijke omstandigheden al naar gelang die omstandigheden in meer of mindere mate verband houden met de arbeidsovereenkomst, is vervolgens onderzocht of wellicht ook meer in zijn algemeenheid gezegd kan worden dat er een gradatie zit in het relatieve gewicht van de door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten. Tot op heden wordt in de literatuur in het algemeen aangenomen dat zo een rangorde niet bestaat.

Bij *close reading* van zowel de wijze waarop de Hoge Raad die maatstaf heeft geformuleerd als van de toepassing die daaraan in de lagere rechtspraak wordt

gegeven, lijkt goed verdedigbaar dat de gezichtspuntencatalogus van de Hoge Raad zo evenwel niet moet worden begrepen. De door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten zijn, zo zou ik menen, niet bedoeld als gelijkwaardig. Veeleer lijkt sprake te zijn van een in drie categorieën uiteenvallende *rangorde* daarin. In die rangorde is de aard en de ernst van de dringende reden het centrale, en dus steeds voorop staande gezichtspunt waaraan dus ook in de weging relatief het grootste gewicht toekomt en van waaruit de afweging begint. Is sprake van een ernstige misstap die naar zijn aard een zwaar verwijt rechtvaardigt, dan is – zo zou men kunnen zeggen – de toon van het debat ten nadele van de werknemer gezet. De overige omstandigheden zullen dan niet snel afbreuk doen aan het bestaan van een dringende reden. Daaromheen bevindt zich een tweede schil van rechtstreeks aan de arbeidsovereenkomst gelieerde gezichtspunten, die eveneens van groot belang zijn, zij het relatief gezien van iets minder groot belang 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 bij de voorgaande rangorde 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 gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Daarbij is de kernvraag naar zijn aard wat de werknemer heeft gedaan (eerste schil), bezien 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 waarin 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.

Gelet op het voorgaande is dan ook geconcludeerd dat de gezichtspuntenrechtspraak zoals die door de Hoge Raad wordt gehanteerd, niet tot toegenomen onzekerheid heeft geleid, maar veeleer een nuttig raamwerk heeft gegeven voor de beoordeling van zaken, dat juist bijdraagt aan de voorspelbaarheid van de afweging. De kritiek die deze wijze van rechtsvorming – de gezichtspuntenbenadering – 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, in grote lijnen zonder meer 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 voorspelbaarheid van de uitkomst van de te verrichten weging.

Verdere verbetering blijft echter mogelijk. 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 in zichzelf al tot verwarring en onduidelijkheid leidt. Daarbij komt dat, welke van die leren men ook volgt, het onderscheid onjuist dan wel op zijn best achterhaald 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 op eigen benen 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. Weinigen zullen aannemen dat het opeten van een handje pinda's een dringende reden oplevert; toch kan dat in de bijzondere omstandigheden van een specifiek geval wel als zodanig kwalificeren.

In de tweede plaats, en dat is geen kwestie van puur terminologische aard, zou het goed zijn als de Hoge Raad de weg terug zou weten te vinden naar vuistregel-activisme op het terrein van de dringende reden. Uit bestudering van zijn rechtspraak blijkt dat de Hoge Raad de teugels op dat terrein, zeker en vooral na het formuleren van de gezichtspuntencatalogus in 1999, in vergelijking met de hoogtijdagen van de vuistregelvorming in de jaren '70 en '80 van de vorige eeuw opvallend heeft laten vieren. De gezichtspuntencatalogus kan evenwel niet als vervanging dienen van vuistregelvorming, maar juist door de combinatie van een heldere set aan vuistregels en het werken met gezichtspunten valt er veel winst te boeken. De twee middelen van sturing zijn complementair. Vuistregels kunnen er 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 en bijsturing kan plaatsvinden.

Zou de Hoge Raad weer in toenemende mate overgaan tot het formuleren van vuist- en subregels, dan zou de praktijk daar op verschillende manieren bij gebaat zijn. 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 (in de lagere rechtspraak) geldende hoofdregel, in de praktijk wordt misverstaan als een koerswijziging of -correctie, in plaats van als een uitzondering die de regel bevestigt. In de tweede plaats kunnen vuistregels een bijdrage leveren aan het scheppen van duidelijkheid en zekerheid op terreinen waarop in de lagere rechtspraak verdeeldheid heerst ter zake van de waardering die daaraan arbeidsrechtelijk moet worden gegeven, zoals bijvoorbeeld op het gebied van seksuele intimidatie. Tot

slot is het formuleren van zulke regels een goed middel om, bij nieuwe arbeidsrechtelijke ontwikkelingen, langdurige verdeeldheid in de lagere rechtspraak en daarmee gepaard gaande onzekerheid te voorkomen. De ruimte voor meer activiteit op dit terrein zou er moeten zijn, zeker in een tijd waarin de rechtsvormende taak van de Hoge Raad centraal staat en het nieuwe middel van de prejudiciële vraag aan de Hoge Raad de mogelijkheid biedt aan rechters om juist waar in de lagere rechtspraak verdeeldheid heerst, daaraan door middel van een vraag aan de Hoge Raad spoedig een einde te maken.

Een derde aanbeveling ter verdere sturing en verfijning van de gedachtevorming omtrent de dringende reden luidt om de afweging of daarvan sprake is 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, maar op zijn minst moet het ervoor worden gehouden dat het bepaalde in art. 7:611 BW een zeer prominente rol speelt in die afweging. Art. 7:678 lid 1 BW vergt immers een arbeidsrechtelijke redelijkheidstoetsing en de Hoge Raad maakte al in het *Parallel Entry-arrest* uit 2004 uit dat het bepaalde in art. 7:611 BW niets meer is dan de arbeidsrechtelijke *specialis* van datgene wat redelijkheid en billijkheid eisen. Vandaar dat het voor de hand ligt dat het begrip "redelijkerwijze" in art. 7:678 BW moet worden uitgelegd langs de lijnen van (i) het in art. 7:611 BW bepaalde en daarmee ook (ii) volgens de beginselen die via die band doorwerken in de arbeidsovereenkomst. Daarbij komt dat ook 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 gevolgencriterium 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 gevolgencriterium een *specialis* is van art. 7:611 BW, tot die benadering noopt. Nog korter gezegd: nu de vraag of een ontslag kennelijk onredelijk is wegens het gevolgencriterium een *specialis* is van art. 7:611 BW en dat criterium op zijn beurt 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.

In het verlengde hiervan is onderzocht welke rol een aantal verschillende rechtsbeginselen waarvan in de literatuur en rechtspraak wordt aangenomen dat zij via de band van het beginsel van goed werkgeverschap de arbeidsovereenkomst beheersen, speelt bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet.

Daarbij is vooropgesteld dat de schending van zo een beginsel *in zijn algemeenheid* niet steeds behoeft 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 en ter zake van het motiveringsbeginsel. Nu de gehele, door de Hoge Raad voorgeschreven gezichtspuntenbenadering ter beoordeling of sprake is van een dringende reden uiteindelijk neerkomt op een evenredigheidstoetsing, kan naar mijn mening geen dringende worden aangenomen wanneer dat beginsel is geschonden. Inzet van het middel van ontslag op staande voet zal *altijd*

een proportioneel middel moeten zijn. Het vervuld zijn van dit vereiste is, anders gezegd, geen los gezichtspunt binnen de afweging of sprake is van een dringende reden, maar veeleer belichaamt die hele afweging een proportionaliteitstoetsing. Ter zake van het motiveringsbeginsel geldt 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 bij het ontslag volkomen duidelijk te motiveren waarom hij ontslaat en om die reden ook te bewijzen.

De overige sub-beginselen van goed werkgeverschap die in de doctrine en de rechtspraktijk zoal worden onderscheiden, zoals het gelijkheidsbeginsel, het beginsel van zuiverheid van oogmerk en het vertrouwensbeginsel, leveren wel gezichtspunten op *binnen* de afweging van alle omstandigheden van het geval, of zich een dringende reden voordoet. Sterker nog: de toetsing aan die beginselen biedt een goed kader om 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.

Ter zake van de stelplicht en bewijslast van de dringende reden geldt tot slot ook een duidelijk kader. Dat behelst dat de stelplicht en de bewijslast van de dringende reden bij de werkgever liggen. Dat betekent, anders dan in de literatuur wel is betoogd, niet dat bij de werkgever de stelplicht en bewijslast ligt van *alle feiten en omstandigheden* die bij het uiteindelijke kwalificatieoordeel of zich een dringende reden voordoet, kunnen – en indien naar voren gebracht: moeten – worden betrokken. De stelplicht van de werkgever wordt, zo zou ik menen, in beginsel bepaald door het samenstel van feiten en omstandigheden dat door hem als dringende reden is meegedeeld. Legt de werknemer zich niet bij het ontslag neer, dan zal de werkgever de door hem als ontslaggrond *opgegeven* feiten en omstandigheden hebben te bewijzen. Vertaald naar de leer uit het arrest *Schrijver/Van Essen* betekent dat dat de werkgever al die gezichtspunten zal hebben te stellen en (bij voldoende gemotiveerde betwisting) hebben te bewijzen, die voor hem, blijkens de mededeling van de ontslaggrond, redengevend waren om ontslag aan te zeggen. 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 stelplicht en bewijslast. Hij hoeft niet meer te bewijzen dan het feitelijk substraat aan voor hem relevante gezichtspunten dat hij als dringende reden heeft opgegeven. Zijn er volgens de werknemer andere gezichtspunten 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 de werknemer zijn verweer daarop afstemmen door op zijn beurt die feiten te stellen en, zo nodig, te bewijzen. 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. 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, dan ligt het gelet op zowel het uitgangspunt dat de werkgever dient aan te tonen dat het gegeven ontslag terecht is, alsmede in het licht van 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.

Al met al geldt ook ter zake van de dringende reden 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. In de kern komt het hierop neer. Het is zeker juist dat niet steeds met volledige zekerheid vooraf gezegd kan worden of zich een dringende reden voordoet. Maar er is wel sprake van een aantal heldere grondbeginselen en een duidelijk toetsingskader met gezichtspunten waarvan zowel de betekenis als het relatieve gewicht helder is. Verder is op veel terreinen sprake van duidelijke lijnen in de lagere rechtspraak ter zake van de arbeidsrechtelijke kwalificatie van bepaald gedrag dan wel van vuistregels van de Hoge Raad met betrekking tot bepaalde soorten van gedrag. Verdere winst valt te boeken wanneer de Hoge Raad zich, zeker waar zo 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 door de beoordeling van de dringende reden sterker te plaatsen in de sleutel van het beginsel van goed werkgeverschap. 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 vooral ook *moeten* blijven bestaan. Die resterende onzekerheid is geen teken van zwakte, maar van kracht. Te weten de kracht om in het individuele geval, als dat nodig is voor een billijke uitkomst, van de hoofdregel te kunnen afwijken.

5.5 Eindconclusie en …

Het voorgaande brengt mee dat van een grote, laat staan onaanvaardbare mate van rechtsonzekerheid ten aanzien van geen van de drie deelvereisten voor een rechtsgeldig ontslag op staande voet sprake is. Onwerkbaar zijn die vereisten ook anderszins niet. De rechtspraak eist geen overhaaste beslissingen van de werkgever en geeft hem tijd om, aan de hand van een in zijn algemeenheid voldoende duidelijk kader, te beoordelen of een ontslag op staande voet mogelijk is. Zeker diegenen die dat middel alleen hanteren voor het doel waarvoor het ècht bedoeld is; te weten alleen in daadwerkelijk evidente gevallen, zullen zich zelden een buil vallen, nog daargelaten

dat een incidentele misser in eerste aanleg in appel hersteld kan worden. De procedure waarin het ontslag op staande voet ten toets komt, is een met alle waarborgen, waaronder hoger beroep en cassatie, omgeven bodemprocedure. Bewaart een werkgever het ontslag op staande voet voor extreme gevallen, dan zal hij in een procedure vrijwel nimmer door de door Loonstra genoemde plotseling intredende "dooi" worden verrast. De werkgever daarentegen die bij het geven van ontslag op staande voet over één nacht ijs gaat, bijvoorbeeld door in oververhitte toestand te ontslaan wegens een peulenschil, heeft wanneer hij vervolgens in rechte een nat pak haalt, niet de rechter daarop aan te kijken, maar zichzelf.

... een blik op de toekomst

Het ontslagrecht is geen rustig bezit.[3] Sinds de Tweede Wereldoorlog is vrijwel continu gedebatteerd over wijziging en aanpassing ervan. Dat heeft geleid tot twee grote herzieningsoperaties, te weten de herziening van het burgerrechtelijk ontslagrecht in 1953, in het kader waarvan onder meer de regeling inzake het kennelijk onredelijk ontslag werd ingevoerd en de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid in 1999. Veel discussie is er voorts geweest over de rol van het BBA. Ondanks verschillende aanlopen en aanloopjes daartoe, waarbij uit het meer recente verleden verwezen kan worden naar de adviezen van de Commissie Rood en de Commissie Bakker, is het tot afschaffing van het "duale stelsel", waarin zowel sprake is van een voorafgaande publiekrechtelijke toets van de gerechtvaardigdheid van een ontslag als van een civielrechtelijke ontslagstelsel, evenwel tot op heden nog niet gekomen.[4]

Ook het ontslag op staande voet is de afgelopen decennia met enige regelmaat ter discussie gesteld. Een aantal auteurs, te weten onder meer Naber, Van Spaendonck, Jacobs, Van der Sloot en laatstelijk ook Loonstra, heeft voorstellen gedaan die, met enige variaties, gemeen hebben dat het middel van het ontslag op staande voet zou moeten worden vervangen door een regeling waarbij, in gevallen waarin de werkgever een dringende reden meent te hebben, hij deswege nog slechts ontbinding op de voet van art. 7:685 BW zou kunnen vragen.

Naber heeft dit voorstel onderbouwd door erop te wijzen dat een ontslag op staande voet *"een vorm van eigenrichting"* zou zijn die onnodig veel leed kan veroorzaken. Door de beslissing omtrent het bestaan van een dringende reden vooraf te laten toetsen door de ontbindingsrechter zou de *"defamerende"* werking van het ontslag op staande voet beëindigd kunnen worden.[5] Bovendien zou dan snel definitieve duidelijkheid bestaan, zonder mogelijkheid van hoger beroep. Van Spaendonck heeft in het voetspoor van Naber voor een vergelijkbare oplossing gepleit, zij het dat

3 Zie ook Y. Konijn, Ontslagrecht in Nederland; een bron van onrust en inspiratie, NTBR 2006, 3.

4 Zie voor een kort en verhelderend overzicht van de pogingen die sedert WO II zijn ondernomen om tot afschaffing van het BBA te geraken het Rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel (Commissie Rood), Den Haag, 2000, p. 17 e.v. Zie voor het rapport van de Commissie Bakker http://docs.minszw.nl/pdf/129/2008/129_2008_3_11930.pdf. In dat rapport, dat slechts een voorstel ten aanzien van het ontslagrecht op een zeer hoog abstractieniveau doet, wordt van het ontslag op staande voet met geen woord gerept. In het rapport van de Commissie Rood blijft het ontslag op staande voet gehandhaafd.

5 H. Naber, Van een preventief ontslagverbod terug naar een repressief ontslagrecht? (diss. Utrecht), Deventer, 1981, p.156. Zie ook H. Naber, Ontslagrecht in de praktijk, Deventer, 1976, p. 31/32.

hij daaraan de regeling wilde toevoegen dat de werkgever de werknemer in afwachting van de uitkomst van de ontbindingsprocedure wel wegens een de werknemer onverwijld medegedeelde dringende reden zou kunnen schorsen zonder behoud van loon.[6] Beslist de rechter dan vervolgens afwijzend op het ontbindingsverzoek – dat de werkgever binnen korte tijd na de aanzegging van de schorsing zou hebben in te dienen – dan zou de werknemer recht hebben op nabetaling van het loon over de duur van de schorsing. Zou de rechter toewijzend beslissen, maar niet wegens een dringende reden, maar op een subsidiair aangevoerde grond ontbinden, dan zou hetzelfde hebben te gelden. Van Spaendonck heeft voor zijn voorstel tot afschaffing van het ontslag op staande voet verschillende argumenten aangevoerd, waaronder dat het ontslag op staande voet een *fait accompli* suggereert, hoewel daarvan dikwijls geen sprake is. De werkgever kan een werknemer in dienst hebben die hij meende ontslagen te hebben. Een tweede bezwaar van Van Spaendonck is dat na een ontslag op staande voet door de werknemer in actie moet worden gekomen, terwijl juist de werkgever eenzijdig de arbeidsovereenkomst beëindigde. Die mogelijkheid om zonder opzegtermijn op te zeggen zou, zo het volgende bezwaar, ook een "weinig fraaie afwijking" van de normale regels van het contractenrecht zijn. Loonstra heeft zich in zijn hiervoor reeds vaker aangehaalde bijdrage uit 2005 bij de suggesties van Van Spaendonck en Naber aangesloten en eveneens gepleit voor een wijziging van de wet in die zin dat de ontdekking van een dringende reden niet langer recht zou geven op opzegging zonder inachtneming van de daarvoor normaliter geldende regels, maar nog slechts op het doen van een ontbindingsverzoek.[7] In afwachting daarvan, zo Loonstra, zou de werknemer op non-actief gesteld kunnen worden, waarbij – en hier wijkt zijn benadering af van het voorstel van Van Spaendonck – dan wel het loon doorbetaald zou moeten worden. De redenen voor Loonstra om voor deze wijziging te pleiten zijn naast de onvoorspelbaarheid van de uitkomst van een ontslag op staande voet, waardoor partijen in langdurige onzekerheid zouden verkeren, ook zijn overtuiging dat een ontslag op staande voet zo een ingrijpend en onmiddellijk effect heeft op de mogelijkheid voor een persoon om door middel van arbeid in zijn inkomen te voorzien dat daarvoor voorafgaande rechterlijke toetsing vereist is. Enigszins in het verlengde daarvan acht Loonstra een ontslag op staande voet ook niet meer van deze HRM-tijd. Modern personeelsbeleid, zo geeft hij aan, moet geschieden vanuit rationele besluitvorming. Een bruut wapen – elders heeft Loonstra het ontslag op staande voet gelijkgesteld met de uit vervlogen tijden bekende straf van *verbanning* – zou niet meer passen in deze tijd.[8] Zie ik het goed, dan is Houweling het daarmee eens; hij trekt zelfs een vergelijking tussen het ontslag op staande voet en de *doodstraf*, een vergelijking waaruit, zo mag aangenomen worden, spreekt dat Houweling het ontslag op staande voet als een achterhaald, zo niet inhumaan, middel aanmerkt. Een vergelijkbare benadering, te weten dat het uit de tijd zou zijn als een werknemer van de ene op de andere dag, zonder dat eerst een *fair trial* heeft plaatsgevonden, zou kunnen worden beroofd van zijn inkomstenbron, vindt men ook al bij Jacobs en Van

6 G.C. van Spaendonck, Ontslag aan het ontslaan op staande voet, NJB 1979, p. 973.
7 C.J. Loonstra, Snijden in het ontslagrecht, NJB 2005, p. 290 e.v.
8 http://www.mr-online.nl/mr-van-de-week/mr-van-de-week/mr-van-de-dinsdag-prof-cj-loonstra.html.

der Sloot, die hun wens tot afschaffing van het ontslag op staande voet in een bijdrage uit 1980 ook onderbouwden door te wijzen op de verstrekkende maatschappelijke gevolgen ervan. Zo een plotseling ontslag, zo schreven zij, "kan alleen maar tot verbittering en criminalisering aanleiding geven, zowel van de persoon als van degenen die van deze persoon financieel afhankelijk zijn."[9] Een ander argument dat Jacobs en Van der Sloot in hun bijdrage naar voren brachten, is dat het een gewoon ondernemersrisico zou zijn wanneer de werkgever de "waar arbeid" heeft ingehuurd en deze niet aan de verwachtingen blijkt te voldoen. Er zou sprake zijn van een regulier *risque professionel*, als een werkgever een werknemer die hem een dringende reden geeft nog enige tijd zou moeten doorbetalen. Tot zover (de argumenten van) de pleitbezorgers van de afschaffing van het ontslag op staande voet.

Als ik het goed taxeer, zijn zij altijd in de minderheid gebleven.[10] Veel auteurs hebben juist voor behoud van het ontslag op staande voet gepleit.

Phaff heeft in haar proefschrift waarin zij een voorzet heeft gedaan voor een nieuw ontslagrecht, haar standpunt dat het ontslag op staande voet bewaard zou moeten blijven, onderbouwd door erop te wijzen dat, hoe men het arsenaal van mogelijke disciplinaire sancties (eventueel vooruitlopend op een regulier ontslag) ook vormgeeft, er altijd situaties zullen blijven waarin van de werkgever redelijkerwijs niet kan worden gevergd om het dienstverband van de werknemer te continueren. Daarbij wijst zij erop dat de rechtsstelsels van omliggende landen zoals Duitsland en Frankrijk ook het verschijnsel van het ontslag op staande voet kennen, zij het met nuanceverschillen van ondergeschikte aard. Wel pleitte Phaff ervoor de regeling zo te wijzigen dat de werkgever een voorafgaande interne hoorprocedure zou moeten volgen alvorens te kunnen ontslaan. Dat, zo Phaff, zou kunnen bijdragen aan een vermindering van het aantal onterechte ontslagen.[11] Die lijn spreekt ook uit het door de Commissie Duaal Ontslagrecht in 2001 uitgebrachte rapport. Daarin werd eveneens een verplichte interne hoorprocedure voorafgaand aan een opzegging – en dus ook: aan een opzegging op staande voet – voorgeschreven, maar werd het ontslag op staande voet als zodanig niet aangetast. Tot dat advies kwamen niet de minsten. De commissie werd "bevolkt" door arbeidsrechtelijke zwaargewichten als Duk, Heerma van Voss, De Laat en Rood, die de commissie voorzat. *Waarom* zij tot behoud van het ontslag op staande voet concludeerden, laat zich in hun rapport niet lezen. *Dat* Rood op die lijn zat, zal niet als een verrassing zijn gekomen voor diegenen die zich nog konden herinneren hoe hij zich zo'n twintig jaar eerder in het NJB had uitgelaten over het hiervoor besproken voorstel van Van Spaendonck. Rood beschouwde dat niet alleen als onnodig complex, maar bracht daartegen ook nog een ander belangwekkend argument naar voren, te weten het ook door Phaff genoemde punt dat Nederland

9 P. van der Sloot en A. Jacobs, Wel vooruitgang, géén springprocessie in het ontslagrecht, NJB 1980, p. 289.

10 In dit verband is ook interessant dat de stelling van Loonstra dat de dringende reden nog slechts in de ontbindingsprocedure aan de orde zou moeten kunnen komen tijdens het Nationaal Arbeidsrechtcongres 2003 werd besproken. Tijdens de stemming over het voorstel bleek een overgrote meerderheid van de aanwezigen zich tegen dit voorstel te keren. Zie A. Baris, Verslag van de discussie, in E. Verhulp, C.J. Loonstra e.a., Ontslagrecht in beweging, Den Haag, 2004, p. 128.

11 T.W.J. Phaff, Naar een nieuw ontslagrecht (diss. Leiden, 1986), Arnhem 1986, p. 271.

zonder ontslag op staande voet internationaal wel heel erg uit de ontslagrechtelijke pas zou gaan lopen. Voor zover Rood kon nagaan, kenden alle ontslagrechtelijke stelsel het verschijnsel van het ontslag op staande voet.[12]

Ook Van Seggelen heeft zich, naar aanleiding van het betoog van Van Spaendonck, tegen afschaffing van het ontslag op staande voet gekeerd met het belangrijke praktische argument dat een regeling waarbij slechts de rechter tot ontbinding/beëindiging wegens een dringende reden kan besluiten eraan voorbij ziet dat zo een regeling tot een onnodige werkverschaffing voor de rechter leidt omdat er zeer veel ontslagen op staande voet zijn waarin de werknemer niet tegen het ontslag opkomt. Zulks niet "omdat hij de weg niet weet", maar veeleer – zo Van Seggelen – omdat hij "de billijkheid van het ontslag zelf ook inziet, het ernaar gemaakt heeft of er zelfs op heeft aangestuurd."[13]

Zelf heb ik mij ook reeds eerder, onder meer met Verhulp, verzet tegen de gedachte dat het ontslag op staande voet afgeschaft zou moeten worden.[14] Ik blijf daarbij. De argumenten die pleiten voor behoud van de regeling wegen zwaarder dan de argumenten voor afschaffing ervan. Ik vat mijn opvatting als volgt samen.

Allereerst de gedachte om de dringende reden uitsluitend te laten beoordelen in de huidige ontbindingsprocedure ex art. 7:685 BW, met als "voordeel" – zo pleitbezorgers als Naber en Van Spaendonck – dat er snel definitieve duidelijkheid ontstaat. *Ieder voordeel heb zijn nadeel* en die wijsheid geldt ook hier. Dat nadeel is de grote mate van gebrekkigheid van de procedure ex art. 7:685 BW, waarin geen recht op het leveren van getuigenbewijs en geen mogelijkheid van hoger beroep bestaan, behoudens in een aantal strikt omschreven uitzonderingsgevallen. Het geval waarin de beslissing van de ontbindingsrechter volkomen onjuist of onbegrijpelijk is, valt daar niet onder. Nu kan men tegenwerpen – en die tegenwerping hoor ik met enige regelmaat uit de rechterlijke macht – dat het "meestal toch wel goed gaat" in de ontbindingsprocedure. Dat moge zo zijn, maar zelfs de gepubliceerde rechtspraak biedt een aantal schrijnende voorbeelden waarin het helemaal *niet* goed is gegaan.[15] Over de *ongepubliceerde* "7:685-*horror stories*" die mij met enige regelmaat vanuit de advocatuur bereiken, wil ik het hier maar niet hebben.

Juist bij een voor beide partijen zo belangrijke beslissing als de vraag of zich een dringende reden voordoet, kan met een gebrekkige procedure niet worden volstaan. De werknemer mag verwachten dat een werkgever die wegens een dringende reden van hem afwil, het bewijs daarvan ook écht levert, de werkgever dat hem die mogelijkheid wordt geboden. Bovendien past het – ook dat is mijn overtuiging – niet bij een voor de werknemer zo ingrijpend en diffamerend oordeel als de beslissing of hij wegens een dringende reden het veld moet ruimen, om hem de mogelijkheid van meervoudige hertoetsing in appel te ontnemen. De aard van de beslissing is zo

12 M.G. Rood, Naar een nieuw ontslagrecht, NJB 1980, p. 293.
13 M.A. van Seggelen, Ontslag op staande voet mag in dienst blijven, NJB 1980, p. 291.
14 S.F. Sagel en E. Verhulp, Onzekere tijden voor het ontslag op staande voet?, in: Voor De Laat, de Hoge Raad, VvA 34, Deventer, 2005, p. 118. Zie ook S.F. Sagel, Pas op met ontslag op staande voet, Het Financieele Dagblad 24 maart 2005. Bijval voor de door mij in laatstgenoemde bijdrage gehanteerde argumenten is te vinden bij M.E.L. Fikkers, Make me beautiful, SR 2005, 34.
15 Een schrijnend voorbeeld in dit verband biedt HR 14 februari 2003, JAR 2003/72.

ingrijpend dat juist hier behoefte bestaat aan de mogelijkheid van *review on appeal*. Daarbij komt dat voor zover de stelling dat de dringende reden nog slechts aanleiding zou moeten kunnen geven tot ontbindingsprocedures wortelt in de gedachte dat daarmee langdurige onzekerheid over de rechtsgeldigheid van het ontslag kan worden voorkomen, ik die gedachte – en daarmee ook de stelling – niet voldoende steekhoudend vind. De voorgaande hoofdstukken geven aan waarom.

Een ander nadeel van het voorstel van Loonstra om de dringende reden nog slechts in de ontbindingsprocedure te laten beoordelen, is dat de werkgever, hangende de uitkomst daarvan, het loon, zeer bijzondere omstandigheden daargelaten, zal moeten doorbetalen. In het arrest *Van der Gulik/Vissers* uit 2003 besliste de Hoge Raad immers dat een schorsing of op non-actiefstelling van de werknemer een oorzaak voor het niet verrichten van de arbeid vormt die in de risicosfeer van de werkgever valt, zodat deze op grond van art. 7:628 BW gehouden blijft het loon door te betalen.[16] Die hoofdregel zal slechts onder zeer bijzondere omstandigheden terzijde geschoven kunnen worden, bijvoorbeeld omdat er ook een andere oorzaak voor het niet verrichten van de arbeid is die in de risicosfeer van de werknemer valt – bijvoorbeeld omdat de werknemer niet alleen geschorst, maar ook gedetineerd is –, of wanneer gezegd kan worden dat een loonaanspraak naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.[17] Dat laatste zal slechts onder zeer bijzondere omstandigheden met succes bepleit kunnen worden. Terughoudendheid is immers het devies waar het de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid betreft. Ik vind deze consequentie van het voorstel van Loonstra, te weten dat een werkgever wanneer zich een dringende reden voordoet, nog een verplichting tot doorbetaling van loon zou hebben in afwachting van de ontbindingsdatum, onverteerbaar. In feite wordt hier een beloning gesteld op arbeidsrechtelijk onaanvaardbaar gedrag; een paar maanden "betaald verlof" als verplicht voorgeschreven "beloning" voor een ernstige arbeidsrechtelijke misstap. De wetgever heeft zo een "beloning" voor het geven van een dringende reden nimmer gewild; integendeel. Uit het bepaalde in art. 7:677 lid 3 BW volgt dat de wetgever wanneer zich door opzet of schuld een dringende reden voordoet, veeleer uitgaat van schadeplichtigheid van de werknemer. En de gevallen waarin sprake is van verwijtbaarheid ter zake van het ontstaan van de dringende reden betreffen, zoals hiervoor in hoofdstuk 4 aan de orde kwam, toch verreweg de grootste categorie van de ontslagen op staande voet.

Daarnaast snijdt ook het eerder genoemde praktische argument dat Van Seggelen aanvoerde tegen een benadering waarin de dringende reden alleen door de rechter als ontbindingsgrond gebruikt kan worden, hout. Die benadering zou tot een onnodige belasting van de rechterlijke macht leiden, omdat de praktijk leert dat de werknemer inderdaad in veel gevallen berust in het ontslag op staande voet en wel omdat hij de juistheid ervan aanvaardt. Dat is ook geheel en al in lijn met de ratio van de mededelingseis als verankerd in art. 7:677 BW, die ertoe strekt de werknemer de

16 HR 21 maart 2003, NJ 2007, 332; JAR 2003/91.

17 S.F. Sagel, Recht op loon tijdens schorsing en op non-actiefstelling?, ArbeidsRecht, 2003/6/7, 29, zie ook W.A. Zondag, De bevoegdheid tot schorsing en het recht op doorbetaling van loon, ArA 2003/2, p. 26 e.v.

kans te geven zich erop te beraden of hij de hem opgegeven ontslaggrond als juist en als dringende reden ervaart, of dat hij ervoor opteert om daartegen in het geweer te komen. Er zijn geen gegevens bekend omtrent het aantal ontslagen op staande voet die niet uitmonden in een procedure omdat de werknemer zich erbij neerlegt, of de zaak geschikt wordt. Maar als mijn eigen praktijk en die van mijn kantoorgenoten enigszins richtingwijzend is voor hetgeen op dit punt in het algemeen geldt, dan neem ik aan dat de meerderheid van de ontslag op staande voet zaken niet in rechte eindigen. Om diezelfde reden heb ik ook bezwaren tegen het voorstel dat Fikkers in een bijdrage uit 2005 heeft gedaan. Zij stelt, anders dan Loonstra, een benadering voor waarbij de rechtsfiguur van het ontslag op staande voet in stand blijft maar aan de werknemer na het ontslag een korte termijn wordt gesteld waarbinnen hij schriftelijk zijn standpunt kenbaar kan maken over het ontslag op staande voet. Indien de werkgever dan geen instemmende verklaring heeft ontvangen, moet de werkgever de gang naar de rechter maken voor een definitief oordeel over de effectiviteit van het ontslag. Ik zie daar niet veel in, met name omdat daarmee veel onnodige procedures gevoerd zullen gaan worden, omdat ook werknemers die inzien dat zij terecht op staande voet ontslagen zijn, hun werkgever vaak niet – althans niet tijdig – zullen willen "helpen" met de hier bedoelde verklaring, althans zekerheidshalve in ieder geval nog een beroep zullen doen op het feit dat zij het niet eens zijn met het ontslag.[18] De werkgever is dan gedwongen om het ontslag in rechte aan te vechten, zelfs als de verklaring van de werknemer dat hij het niet eens is met het ontslag, evident kansloos is.

Ook het blijkens het voorgaande wel gehanteerde argument dat het verschijnsel van een ontslag op staande voet, waarin aan één partij het recht toekomt om een overeenkomst zonder inachtneming van een opzegtermijn en zonder verplichting tot enige verdere betaling op te zeggen, niet zou passen in het algemene contractenrecht, overtuigt mij niet. Zulks niet omdat ik vind – zoals sommige arbeidsrechtelijke geleerden bepleiten – dat het arbeidsrecht vooral niet te "privaatrechtelijk" benaderd moet worden, maar veeleer omdat ik niet inzie waarom een opzegging met onmiddellijke ingang niet in het algemene contractenrecht zou passen.[19] Uit de rechtspraak inzake de opzegging van duurovereenkomsten volgt dat de vraag of en onder welke voorwaarden zij opzegbaar zijn, wanneer partijen geen contractuele regeling hebben getroffen, wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW).[20] Die kunnen meebrengen dat een overeenkomst pas opzegbaar is wanneer een zwaarwegende, of zelfs dringende reden daarvoor bestaat.[21] Zij kunnen ook meebrengen dat opzegging slechts toelaatbaar is wanneer een voldoende lange opzegtermijn in acht wordt genomen. In het licht hiervan valt niet in te zien waarom de redelijkheid en billijkheid niet ook kunnen meebrengen dat een duurovereenkomst, wanneer zich

18 M.E.L. Fikkers, Make me beautiful, SR 2005, 34.
19 Zie voor die discussie: E. Verhulp, De 'eigenaardigheid' van het arbeidsrecht DCW/Blakborn, in: S.F. Sagel (red.), Door Duk en dun, Deventer 2011, p. 223, alsmede A.R. Houweling en C.J. Loonstra, Toenemende verprivatisering van het arbeidsrecht?, TAP 2001, p. 172. Zie ook de oratie van A.R. Houweling, Eigenaardig arbeidsrecht, Rotterdam, 2012.
20 HR 3 december 1999, NJ 2000, 120.
21 HR 13 februari 1976, NJ 1976, 343.

klemmende omstandigheden voordoen, met onmiddellijke ingang zonder verplichting tot enige verdere schadevergoeding kan worden opgezegd. Die mogelijkheid is door de Hoge Raad dan ook aanvaard.[22] Is sprake van een ernstige vorm van tekortschieten in de verplichtingen uit hoofde van een duurovereenkomst, treedt een partij de belangen van haar wederpartij met voeten, dan kan ook zo een overeenkomst zonder verdere aan- of opzegtermijn en zonder verplichting tot de betaling van een vergoeding worden beëindigd. Interessant is in dat verband dat A.-G. Huydecoper in zijn conclusie voor een arrest van 7 december 2001, waarin de Hoge Raad een dergelijke opzegging van een duurovereenkomst met onmiddellijke ingang sauveerde, verwees naar de regeling inzake het ontslag op staande voet. Hij merkte daarover op dat die regeling *in lijn is met* hetgeen onder het algemene vermogensrecht geldt en als een *specialis* daarvan gezien kan worden:

> "8. (…) Het valt niet moeilijk om zich omstandigheden voor te stellen waaronder uit de redelijkheid en billijkheid kán voortvloeien dat opzegging van een overeenkomst met onmiddellijke ingang mogelijk is. Bij een van de meest voorkomende, en in de wet in het meeste detail geregelde duurovereenkomsten, de arbeidsovereenkomst, voorziet de wet er expliciet in dat de overeenkomst à bout portant kan worden beëindigd, en zonder schadeplichtigheid mits de omstandigheden daarnaar zijn, zie art 7:677 e.v. BW. Dat moet niet gezien worden als een tegendraadse uitzondering op wat in het algemeen voor de beëindiging van duurovereenkomsten geldt. Het is veeleer een nadere uitwerking van de algemene norm, voor een specifiek geval waarin de bescherming van één van de betrokken partijen, de werknemer, een nader accent behoeft."

Ik zou het argument dan ook veeleer willen omdraaien: het afwijzen van de mogelijkheid van ontslag op staande voet zou het arbeidsrecht uit de pas doen lopen met het algemene civiele recht. Door het instandhouden ervan blijft het ontslagrecht in lijn met wat in het algemene verbintenissenrecht geldt. Zeker zolang het ontslagrecht is geregeld in het civiele recht en onderdeel uitmaakt van de gelaagde structuur van het BW, lijkt er veel voor te zeggen om zulke uniformiteit inderdaad na te streven, tenzij er daadwerkelijk steekhoudende argumenten zijn om af te wijken van wat in het algemeen *in civilibus* geldt.

En die argumenten zijn er, naar mijn mening, niet.

Ook de stelling dat het naar maatstaven van hedendaags HRM-beleid een goed, rationeel werkgever niet zou passen om een werknemer van de ene op de andere dag op staande voet te ontslaan kan ik niet onderschrijven, evenmin overigens als ik de wellicht wat al te sterk aangezette vergelijking met onbeschaafde, hier te lande reeds lang geleden afgeschafte, straffen als verbanning en de doodstraf voor mijn rekening zou willen nemen. Dat het ontslag op staande voet een minder "primitief" en "achterhaald" middel is dan sommige auteurs willen doen geloven, blijkt alleen al uit het feit dat die rechtsfiguur (met enige kleine afwijkingen) in alle arbeidsrechtelijke systemen – en in ieder geval in de rechtsstelsels van de ons omringende landen – te

22 HR 7 december 2001, JOL 2001, 739; Zie ook HR 28 januari 2011, RvdW 2011, 182. Zie HR 21 september 1990, NJ 1991, 4 voor een geval waarin een uitspraak van het Gerechtshof te Leeuwarden waarin een opzegging met onmiddellijke ingang niet toelaatbaar werd geacht in stand werd gelaten.

vinden is.[23] Dat spreekt er nu niet echt voor dat we hier te maken hebben met een archaïsch, achterhaald residu uit vervlogen tijden. Als het geven van ontslag op staande voet zo volstrekt achterhaald zou zijn, dan zou het toch in de rede liggen dat het tenminste hier en daar al afgeschaft *zou zijn*. Dat is niet zo en ik heb uit mijn bestudering van het recht van de ons omringende landen ook niet het beeld overgehouden dat de afschaffing daar aanstaande was en evenmin dat het middel van het ontslag daar in de praktijk niet meer gehanteerd zou worden omdat het als *lex barbarorum* wordt beschouwd. De constatering dat het ontslag op staande voet in de ons omringende landen ook geldt, is niet alleen van belang omdat die constatering knaagt aan de geloofwaardigheid van de stelling dat het ontslag op staande voet een achterhaald en verwerpelijk middel zou zijn. Minstens even belangrijk is de constatering dat het Nederlandse ontslagrecht, bij afschaffing van de rechtsfiguur van het ontslag op staande voet, uit de pas zou gaan lopen bij hetgeen internationaal aanvaard en gebruikelijk is en daarmee (nog) minder goed uitlegbaar zou zijn (dan thans al het geval is). Dat voor een reguliere opzegging van de arbeidsovereenkomst een vergunning van overheidswege vereist is, is voor veel buitenlandse ondernemingen die (overwegen) zich in Nederland (te) vestigen al nauwelijks te begrijpen, maar dat onbegrip zal alleen maar toenemen wanneer de werkgever ook niet meer op stel en sprong en kosteloos van een werknemer afkan wanneer deze zich schuldig maakt aan

23 In het VK is de rechtsfiguur van het *summary dismissal* bekend, dat zonder inachtneming van de contractuele of wettelijke opzegtermijn kan worden gegeven, in gevallen van, kort gezegd *gross misconduct*. Zie ook Employment Rights Act, section 86, subsection 6. In België kent men eveneens de mogelijkheid om ontslag op staande voet te geven zonder inachtneming van de opzegtermijn, wegens een dringende reden. Zie art. 35 Wet op de Arbeidsovereenkomst, waar onder een dringende reden wordt verstaan "een ernstige tekortkoming die elke professionele samenwerking tussen de werkgever en de werknemer onmiddellijk en definitief onmogelijk maakt". Het ontslag moet binnen drie dagen nadat de dringende reden is geconstateerd worden gegeven. In Duitsland kent men eveneens het ontslag op staande voet, het is daar geregeld in art. 626 BGB, dat de regeling bevat van de *fristlose Kündigung aus wichtigen Grund*. Ook hier is sprake van een sterk op het Nederlandse ontslag op staande voet gelijkende figuur waarin bij aanwezigheid van een *wichtige Grund* zonder inachtneming van de opzegtermijn met onmiddellijke ingang kan worden opgezegd. Of van een *wichtige Grund* sprake is, wordt – net als in Nederland door de Hoge Raad voorgeschreven – bepaald aan de hand van een integrale *Abwägung der Interessen der beiden Vertragsteile*. Het ontslag moet worden gegeven binnen twee weken nadat de werkgever op de hoogte is geraakt van alle feiten en omstandigheden die de *wichtige Grund* vormen. In Frankrijk kent men eveneens het ontslag op staande voet, aldaar te geven wegens *faute grave* of *faute lourde*. Ook hier geldt – net als in Nederland – dat wanneer de arbeidsovereenkomst wordt opgezegd wegens *faute grave* of *faute lourde* er geen aanspraak bestaat op loon over de niet in acht genomen opzegtermijn, noch op betaling van een ontslagvergoeding. In geval van *faute lourde*, vervalt zelfs het recht op uitbetaling van resterende vakantiedagen. Ook het Oostenrijkse recht kent het verschijnsel van het ontslag op staande voet, daar simpelweg bekend onder de naam *fristlose Entlassung*. Hier geldt, net als in Nederland, dat zo een *Entlassung unverzüglich* – i.e. onverwijld – na het bekend worden van de ontslaggrond moet worden gegeven. Formele voorschriften voor de wijze waarop het ontslag moet worden gegeven bestaan niet. Ook in Zwitserland heeft de werkgever de mogelijkheid tot een *Fristlose Kündigung* wegens een *wichtige Grund*. Zie art. 337 lid 1 OR. De definitie van de *wichtige Grund* sluit vrij nauw aan bij het Nederlandse begrip dringende reden. Als zodanig geldt namelijk "jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden darf", zie art. 337 lid 2 OR. Het "redelijkerwijs niet te vergen zijn" van art. 7:678 BW spreekt ook uit deze regeling. Verder geldt, net als in het Nederlandse recht, de verplichting om de dringende reden per omgaande volkomen duidelijk te maken. Net als in het Nederlandse recht, doorbreekt een *wichtige Grund* de bijzondere ontslagbescherming bij zwangerschap en ziekte.

gross misconduct, maar hij in plaats daarvan een kostbare procedure moet entameren en maanden loon moet doorbetalen, terwijl de werknemer in afwachting van de uitspraak van de rechter op non-actief staat.[24]

Daarmee kom ik toe aan een volgend belangrijk argument tegen de afschaffing van het ontslag op staande voet. Ik zie, anders dan bijvoorbeeld Loonstra heeft betoogd, niet in wat er niet *rationeel* aan zou zijn om een werknemer die zich door de arbeidsovereenkomst aan te gaan ertoe heeft verbonden om loyaal de belangen van de werkgever te dienen en die daarvoor keurig maand in, maand uit het bedongen loon heeft ontvangen, en die vervolgens desondanks een greep in de kas doet, bedrijfsgeheimen verraadt aan een concurrent, een leidinggevende in elkaar slaat of veiligheidsregels overtreedt, zonder enige verdere betaling met onmiddellijke ingang heen te zenden. Ik zou eerder menen dat het niet *rationeel* zou zijn om van een werkgever te verlangen dat hij zo een werknemer *niet* onmiddellijk heenzendt. Dat heeft niet eens primair te maken met de financiële kant van de zaak, als wel met het feit dat de werkgever verantwoordelijk is voor de goede orde in de onderneming, hetgeen onder meer zijn uitdrukking vindt in het bepaalde in art. 7:660 BW. Hij is, uit hoofde van de arbeidsovereenkomsten die hij met zijn personeel aangaat, "bovengeschikt" aan de werknemers. Die gezagsrelatie is zelfs één van de essentialia van de arbeidsovereenkomst (art. 7:610 BW). Het is van belang niet uit het oog te verliezen dat de gezagsbevoegdheid die de werkgever heeft om de orde in de onderneming te handhaven, niet alleen strekt in het belang van de onderneming van de werkgever en het voortbestaan daarvan, maar ook in het belang van diens personeel. Anders gezegd: aanwijzingen die ter bevordering van de orde in de onderneming worden gegeven op grond van art. 7:660 BW strekken ook in het belang van de collega's van de werknemer aan wie die aanwijzingen worden gegeven. Dat het bepaalde in art. 7:660 BW mede in dat licht bezien moet worden, volgt ook uit de wetsgeschiedenis van die bepaling. Er is bij de totstandkoming van de Wet op de arbeidsovereenkomst alleen van afgezien om met zoveel woorden in (de voorloper van) art. 7:660 BW op te nemen dat de werknemer zich ook heeft te houden aan voorschriften strekkende ter bescherming van zijn medewerknemers, omdat – zo de regering – zo een expliciete vermelding "bij minder ontwikkelden allicht de gedachte (zou, toevoeging SFS) kunnen opwekken, als behoefde men aan de overige voorschriften niet zoo stipte gehoudenheid te wijden."[25] De wet, zo de regering, kent geen andere gehoudenheid om zich aan de regels van de werkgever strekkende ter bevordering van de goede orde en uitvoering van het werk te houden, dan "eene volledige, algeheele".

Dat het handhaven van de orde in de onderneming niet alleen moet worden gezien als commercieel belang van de werkgever, geldt des te sterker nu de werkgever voor de veiligheid en het welzijn van zijn personeel een zware zorgplicht draagt, deels op grond van art. 7:658 BW, deels op grond van art. 7:611 BW. Ook om aan die zorgplicht te kunnen voldoen, moet de werkgever een aanwijzingsbevoegdheid hebben jegens zijn personeel. Alleen door zijn personeel tot de orde te kunnen

24 Zie voor een vergelijkbaar argument ook reeds M.G. Rood, Naar een nieuw ontslagrecht NJB 1980, p. 293, r.k.

25 Bles, III, p. 401/402.

roepen, hen regels voor te schrijven die zij ook zullen moeten nakomen, kan de werkgever zijn verplichting tot het scheppen van een veilig werkklimaat nakomen. Dit komt natuurlijk heel duidelijk tot uitdrukking waar het door de werkgever gestelde regels met betrekking tot veiligheidsvoorschriften, zoals bijvoorbeeld een rookverbod, betreft. Maar evenzeer valt te denken aan voorschriften die seksuele intimidatie verbieden. Maar de zaak ligt bepaald ruimer dan dat. Zoals in hoofdstuk 2 reeds aan de orde is gesteld, heeft de werkgever er ook met betrekking tot andere vormen van immoreel gedrag, zoals fraude, vanuit zijn zorgplicht jegens het personeel recht op en belang bij om corrigerend te kunnen optreden wanneer zulk wangedrag zich voordoet. Zoals Oster in 2008 terecht opmerkte, heeft de werkgever ook dan niet alleen in zijn eigen belang, maar ook in het belang van de overige werknemers de (morele) verplichting daaraan zo snel mogelijk een einde te maken.[26] Voortwoekerend immoreel gedrag binnen de onderneming waartegen niet wordt opgetreden, kan leiden tot een ongezonde werksfeer, wat zijn weerslag kan hebben op de individuele werknemer. Daarbij komt dat een onderneming waar personeelsleden zich op grote schaal bezondigen aan fraude en ander wangedrag, over het algemeen op de langere termijn niet levensvatbaar zal zijn. Ook het minimaliseren van dat risico dient uiteindelijk niet alleen de commerciële belangen van de werkgever, maar ook (de werkgelegenheid van) het personeel.

Het handhaven van de orde in de onderneming is, zo bezien, niet alleen een recht, maar ook een plicht van de werkgever, die hij mede in het belang van het personeel heeft te vervullen. En dat is waar het ontslag op staande voet een belangrijke rol speelt. Teneinde de orde binnen de onderneming geloofwaardig te kunnen handhaven, heeft de werkgever namelijk dwangmiddelen nodig. Net als het recht om collectief te onderhandelen zonder het stakingsrecht al snel "collectief bedelen" wordt, zal ook het recht – en de verplichting – van de werkgever om de orde in de onderneming te handhaven zonder geloofwaardige dreiging van harde maatregelen verzanden in gebedel om toch "alsjeblieft" te handelen zoals een goed werknemer betaamt. De rechtspraak – te denken valt met name aan de ervaringen die dropfabrikant Klene had met haar employee Wickel – leert dat, enigszins eufemistisch uitgedrukt, zulke beleefde verzoeken niet in alle gevallen het gewenste resultaat hebben.[27] De dreiging van een machtsmiddel is onontkoombaar. Het ontslag op staande voet is dat bij uitstek. De inzet daarvan heeft namelijk een veel sterker uitstralingseffect dan dat van een regulier ontslagtraject, zoals een ontbindingsprocedure. De tegenstanders van het ontslag op staande voet noemen dat het diffamerende aspect van een ontslag op staande voet. Diffameren betekent in opspraak brengen. Ik ben het met hen eens dat een ontslag op staande voet dat gevolg heeft. Een ontslag op staande voet heeft inderdaad een diffamerend effect in die zin dat er binnen een organisatie waar zo een ontslag wordt gegeven, over wordt gesproken; er ontstaat in het algemeen nogal wat ophef als iemand van het ene op het andere moment zijn bureau moet leegmaken. Maar is dat nu een gevolg dat inderdaad naar zijn aard, per definitie, onwenselijk is, zoals de criticasters van het ontslag op staande voet willen doen geloven? Integendeel. Juist het feit dat een ontslag op

26 J. Oster, Het zwijgrecht en de meldplicht van de werknemer, SR 2008, 10.
27 HR 20 juni 2003, NJ 2003, 523.

staande voet de handelwijze van een werknemer in opspraak brengt, tot gesprek van de dag maakt, leidt ertoe dat het feit dat die handelwijze niet geduld wordt, bij het personeel heel duidelijk wordt ingeprent, hetgeen de generale preventie van wangedrag in de toekomst dient.

Juist door het wapen van ontslag op staande voet te hanteren kan de werkgever in uitzonderlijke gevallen bij uitstek laten zien wie "de baas" is. Dat *klinkt* ouderwets, maar dat is het niet. De goede orde in de onderneming is, zo zagen wij zojuist, niet alleen in het belang van de werkgever zelf, maar ook in het belang van hen die daar werken. Bovendien: wie heeft de werknemer die terecht op staande voet wordt ontslagen nu aan te kijken op het diffamerende karakter van zijn ontslag? Niet de werkgever, maar zichzelf.

Tot slot, zo zou ik menen, kan het bestaan van de rechtsfiguur van het ontslag op staande voet ook in die zin een nuttige functie vervullen, dat het een bijdrage kan leveren aan de *employability* van in het bijzonder werknemers waaraan het spreekwoordelijke vlekje kleeft, zoals – om maar wat te noemen – ex-gedetineerden. Juist als een werkgever de moeilijke afweging moet maken of hij zo een werknemer ondanks het daaraan voor de onderneming verbonden risico toch een (tweede) kans wil bieden, kan de zekerheid dat wanneer de werknemer – ondanks alle goede voornemens – toch ernstig wangedrag vertoont, hij zonder verdere verplichtingen en procedures heengezonden kan worden, ertoe leiden dat de werkgever dat risico durft te nemen. Anders gezegd: de zekerheid van het bestaan van een nooduitgang kan ertoe bijdragen dat de werkgever eerder ja zegt tegen de inhuur van enigszins riskante werknemers. In dat verband is mij ook de redenering van Jacobs en Van der Sloot dat van de werkgever simpelweg verwacht mag worden dat hij een werknemer die hem een dringende reden geeft in dienst houdt totdat de rechter zich over die dringende reden heeft uitgelaten, nu het daarbij om een gewoon ondernemersrisico/*risque professionel* zou gaan dat een werkgever nu eenmaal loopt als hij de "waar arbeid" heeft ingehuurd, wat te simplistisch. Nog daargelaten dat hun betoog een hoog *blaming the victim*-gehalte heeft en ook niet verenigbaar is met wat blijkens het voorgaande in het algemeen bij commerciële duurovereenkomsten geldt, leidt het op het oog werknemersvriendelijke standpunt van Jacobs en Van der Sloot niet noodzakelijkerwijs tot sociaal wenselijke uitkomsten. De "waar arbeid" kan bij gebreke van het veiligheidsnet van een ontslag op staande voet, zo onverhandelbaar zijn dat de werkgever maar afziet van de aanschaf of inhuur ervan. Met zulke bescherming schieten juist de minst bemiddelbaren op de arbeidsmarkt weinig op.

Het bovenstaande overziend, luidt de conclusie dat er veel en sterke argumenten zijn om het ontslag op staande voet in zijn huidige vorm te handhaven. Het is, ook in het huidige tijdsgewricht, een alleszins rationeel middel voor de werkgever om zijn gezag te laten gelden en om – zowel in het belang van zijn onderneming als in het belang van zijn personeel – orde en normbesef op de werkvloer af te dwingen. Het dient het belang van generale preventie. Het handhaven van het ontslag op staande voet zorgt er bovendien voor dat het Nederlandse ontslagrecht niet (nog verder) uit de pas gaat lopen met de ontslagstelsels in de landen om ons heen en "uitlegbaar" blijft. Bovendien draagt behoud van het ontslag op staande voet bij aan *Gleichlauf* van

het arbeidsrecht met hetgeen in het algemeen geldt voor de opzegging van duurovereenkomsten. Daarbij komt, dat – zoals reeds bij de totstandkoming van de Wet op de arbeidsovereenkomst redengevend werd geacht voor de invoering van het ontslag op staande voet – niet valt in te zien waarom een werkgever nog enige verdere betaling, zoals loon over de opzegtermijn, zou moeten doen wanneer de werknemer hem een dringende reden geeft. Dat rechtsgevolg spreekt uit oogpunt van billijkheid niet aan.

Kort en goed: zelfs indien er daadwerkelijk eens een herziening van het ontslagrecht zou komen, pleit er veel voor het ontslag op staande voet te handhaven. Daaraan blijft behoefte bestaan als middel om de werkgever in staat te stellen om zich te allen tijde onmiddellijk en kosteloos te ontdoen van een werknemer die zich schuldig maakt aan ernstig wangedrag en om daarmee intern te laten zien waar de grens van het aanvaardbare ligt. Het ontslag op staande voet draagt eraan bij dat wordt voorkomen dat de moraal in de onderneming erodeert, hetgeen niet alleen ten koste zou gaan van de werkgever, maar ook van de andere werknemers.