

De gezichtspuntencatalogus bij ontslag op staande voet: wordt de Hoge Raad op de voet gevolgd?

J.P. Quist*

1 Inleiding

In de arbeidsrechtelijke rechtspraak van de Hoge Raad is het gebruik van lijsten met relevante gezichtspunten, ook wel gezichtspuntencatalogi genoemd, een bekend fenomeen. Zo'n lijst bestaat uit een opsomming van feiten en omstandigheden die de lagere rechter in zijn beoordeling van de aan hem voorgelegde zaak moet betrekken. Deze gezichtspuntenrechtpraak van de Hoge Raad vinden we bijvoorbeeld terug bij het ontslag op staande voet. Aan de gezichtspuntencatalogus die de Hoge Raad heeft geformuleerd ter zake van de vraag of sprake is van een dringende reden in de zin van artikel 7:677 jo. 7:678 BW is deze bijdrage gewijd.

Het formuleren van gezichtspuntencatalogi door de Hoge Raad is niet uit het arbeidsrecht afkomstig. Op tal van civielrechtelijke terreinen maakt de Hoge Raad in zijn arresten gebruik van lijsten met relevante gezichtspunten. Tegen het gebruik van gezichtspuntencatalogi is in de literatuur, zij het op bescheiden schaal, de nodige kritiek geuit. Deze kritiek heeft niet specifiek betrekking op de gezichtspuntenrechtpraak van de Hoge Raad bij ontslag op staande voet, maar ziet op de civielrechtelijke rechtspraak in het algemeen. In dit artikel zal in de eerste plaats aan de orde komen of en zo ja, in hoeverre de in de literatuur geuite kritiek ook geldt voor de gezichtspuntenrechtpraak bij ontslag op staande voet.

In de tweede plaats zal worden bekeken op welke wijze in de lagere rechtspraak is en wordt omgegaan met de door de Hoge Raad, betreffende het bestaan van een dringende reden voor ontslag op staande voet, geformuleerde gezichtspunten. Met andere woorden, hoe wordt door de feitenrechter aan deze gezichtspuntencatalogus invulling gegeven?

* Wetenschappelijk onderzoeker bij de sectie Arbeidsrecht van de Erasmus Universiteit Rotterdam en tevens advocaat bij Adriaanse & van der Weel in Middelburg. Veel dank aan prof. mr. C.J. Loonstra voor zijn waardevolle opmerkingen naar aanleiding van een eerdere versie van dit artikel.

In de volgende paragraaf zal ik nader aandacht besteden aan het fenomeen gezichtspuntencatalogi in de civielrechtelijke rechtspraak van de Hoge Raad. In paragraaf 3 zal de overstap naar het arbeidsrecht, meer in het bijzonder het ontslag op staande voet, worden gemaakt. In deze paragraaf zullen de door de Hoge Raad in dat kader geformuleerde gezichtspunten onder de loep worden genomen. De vraag op welke wijze met de gezichtspuntencatalogus bij ontslag op staande voet door de lagere rechter wordt omgegaan, komt aan de orde in paragraaf 4. De conclusies van deze bijdrage zijn opgenomen in paragraaf 5.

2 Lijsten met relevante gezichtspunten

2.1 Inleiding

Indien de rechter in een aan hem voorgelegde zaak een uitspraak moet doen, zal hij zich concentreren op de rechtens relevante feiten en omstandigheden van dat geval.¹ Het oordeel van de rechter in een concrete zaak zal namelijk afhankelijk zijn van de feiten en omstandigheden die aan die zaak ten grondslag liggen. In de rechtspraak is het dan ook niet ongebruikelijk de rechtsgevolgen van een bepaalde casus niet aan te duiden in de vorm van een algemene regel, maar die afhankelijk te maken van de omstandigheden van het geval.² In zijn dissertatie schreef Barendrecht dat het in de rechtspraak van de Hoge Raad tot een standaardformule is geworden dat de omstandigheden van het geval bepalend zijn voor de uitkomst van de voorliggende zaak.³

In dit verband is het begrip *contextualisme* van belang. Contextualisme⁴ laat zich omschrijven als het inzicht dat verschijnselen zich uitsluitend in de context van het geval of van het perspectief waaronder ze worden benaderd, begrepen kunnen worden.⁵ De omstandigheden van het geval, die tezamen de context vormen, zijn van zeer groot belang bij het geven van juridische

1 Over rechtsvinding schreef Scholten: 'Deze vraagt nooit om een betekenis van enig wetsvoorschrift op zich zelf vast te stellen, maar altijd in verband met een feitelijke verhouding, die zich of in de werkelijkheid vertoont of door de wetsuitlegger wordt bedacht.' Vgl. Asser-Scholten, Algemeen deel, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 37.

2 M.A. Loth & A.M.P. Gaakeer, Meesterlijk recht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 27-28.

3 J.M. Barendrecht, Recht als model van rechtvaardigheid, Deventer: Kluwer 1992, p. 8-9.

4 Huppel-Cluysenaer heeft aangegeven dat het contextualisme in de wetenschap zijn intrede heeft gedaan rond 1960. E.A. Huppel-Cluysenaer, Wetenschapsleer voor juristen, Deventer: Kluwer 1994, p. 114.

5 Asser-Vranken, Vervolg, nr. 96. Zie voorts C.M.Th. Lindo, Tunnelkijken met Jan Vranken, NJB 2005, p. 1874.

oordelen in en over het desbetreffende geval. Anders gezegd, bij de rechtsvinding door de rechter spelen de achterliggende feiten en omstandigheden een doorslaggevende rol.⁶ Niet voor niets noemde Vranken het (in rechterlijke uitspraken) verwijzen naar de omstandigheden van het geval een van de kenmerken van de omgang van juristen met het burgerlijk recht. Vranken schreef:

‘Verwijzen naar de omstandigheden komt veelvuldig voor, onder meer in de vorm van vuistregels die gelden behoudens bijzondere omstandigheden, en door middel van open en vage normen, die steeds opnieuw dwingen tot het aftasten en uitdiepen van de specifieke feiten en omstandigheden van het geval. Zeer in het oog springend is het hanteren van lijsten met relevante gezichtspunten (...). De gezichtspunten benoemen allerlei omstandigheden en facetten van het type probleem dat aan de orde is (...). Doet een dergelijk probleem zich in een concrete situatie voor, dan vormen de omstandigheden en facetten samen de norm aan de hand waarvan de situatie geanalyseerd en beoordeeld moet worden.’⁷

Uit dit citaat komt naar voren dat het (door de rechter) verwijzen naar de omstandigheden van het geval op verschillende manieren kan plaatsvinden, onder andere door middel van het hanteren van zogenoemde vuistregels en het gebruik van lijsten met relevante gezichtspunten. In deze bijdrage zal ik mij beperken tot de tweede door Vranken genoemde mogelijkheid: de lijsten met relevante gezichtspunten.⁸

Gezichtspuntencatalogi worden in de rechtspraak van de Hoge Raad pas sinds betrekkelijk korte tijd met zoveel woorden gebruikt.⁹ Als voorbeeld wijs ik op een tweetal arresten die de Hoge Raad in de jaren zestig van de vorige eeuw heeft gewezen.

6 Zie voetnoot 1.

7 Asser-Vranken, Vervolg, nr. 95.

8 Zie over de door de Hoge Raad bij ontslag op staande voet geformuleerde vuistregels onder andere S.F. Sagel & E. Verhulp, Onzekere tijden voor het ontslag op staande voet?, in: S.F. Sagel & E. Verhulp (red.), Voor De Laat: de Hoge Raad, Deventer: Kluwer 2005, p. 98 e.v.

9 Asser-Vranken, Vervolg, nr. 95. Hiervoor moeten we, zoals hierna zal blijken, terug naar de rechtspraak van de Hoge Raad van de jaren zestig van de vorige eeuw. Dit valt (ongeveer) samen met het moment waarop het begrip contextualisme zijn intrede in de wetenschap heeft gedaan. Vgl. voetnoot 4.

In de eerste plaats is van belang het arrest van 5 november 1965 (Kelderluik).¹⁰ Over de aansprakelijkheidsvraag is tussen partijen tot aan de Hoge Raad geprocedeerd. De Hoge Raad overwoog kort gezegd dat het antwoord op de vraag of iemand die een voor anderen gevaarlijke situatie in het leven roept veiligheidsmaatregelen moet nemen, afhankelijk is van de omstandigheden van het gegeven geval. Daaraan voegde de Hoge Raad toe dat daarbij niet alleen dient te worden gelet op de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid van die anderen kan worden verwacht, maar ook op de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, op de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben en op de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen.

Een ander voorbeeld uit de jaren zestig van de vorige eeuw betreft het arrest van de Hoge Raad van 19 mei 1967 (Saladin/HBU).¹¹ In deze zaak was de vraag aan de orde of en, zo ja, in hoeverre de bank zich, na het geven van een beleggingsadvies, mocht beroepen op een in een door de klant ondertekende opdrachtbevestiging opgenomen exoneratiebeding, inhoudende: 'Hoewel de ons ten dienste staande informatie over Savard en Hart gunstig luiden kunnen wij echter generlei aansprakelijkheid voor deze transactie op ons nemen.' In dit kader overwoog de Hoge Raad dat het antwoord op de vraag of de bank een beroep op dit exoneratiebeding mocht doen afhankelijk kan zijn van de waardering van tal van omstandigheden, zoals de zwaarte van de schuld, mede in verband met de aard en de ernst van de bij de verweten gedraging betrokken belangen, de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt, de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen, de wijze waarop het beding tot stand is gekomen, alsmede de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest.

In beide arresten oordeelde de Hoge Raad dat het antwoord op de in de desbetreffende zaak voorliggende rechtsvraag afhankelijk is van de omstandig-

10 HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 m.nt. GJS. Zie over de doorwerking van de Kelderluik-criteria in de 7:658-rechtspraak van de Hoge Raad HR 11 november 2005, JAR 2005/287 (Bayar/Wijnen Groothandel in Vlees BV), waarover C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, De zorgplicht van de werkgever op grond van artikel 7:658 BW, ArA 2006/3, p. 101 e.v. In Bayar/Wijnen heeft de Hoge Raad expliciet verwezen naar de Kelderluikcriteria. Jansen en Loonstra hebben erop gewezen dat de Hoge Raad in zijn arrest van 11 november 2005 aan deze lijst met relevante omstandigheden een nieuw gezichtspunt heeft toegevoegd.

11 HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 m.nt. GJS.

heden van het geval, waarna een lijst met gezichtspunten werd geformuleerd aan de hand waarvan de zaak diende te worden beoordeeld.¹²

Deze twee vroege gezichtspuntenarresten van de Hoge Raad zijn slechts enkele van de vele te noemen voorbeelden. Ook op andere terreinen van het burgerlijk recht hebben de lijsten met relevante gezichtspunten hun intrede gedaan. In dit kader kan onder andere worden gewezen op:

- de vraag hoe een overeenkomst moet worden uitgelegd;¹³
- de vraag of tussen partijen een overeenkomst tot stand is gekomen indien een voor misverstand vatbare uitdrukking is gebezigd;¹⁴
- de vraag of een gemeente aansprakelijk kan worden gehouden voor gedragingen van een van haar wethouders;¹⁵
- de vraag of sprake is van onrechtmatige hinder;¹⁶
- de vraag hoever de onderhoudsplicht van een waterschap gaat ter vermindering van het onder water lopen van laaggelegen gronden door verstopping van waterwegen;¹⁷
- de vraag of de verplichting tot het betalen van alimentatie dient te worden beëindigd;¹⁸
- de vraag of een gemeenteraadslid onrechtmatig heeft gehandeld door het aan een dagblad ter beschikking stellen van bepaalde informatie;¹⁹
- de vraag of het publiek wordt misleid door een vergelijkende reclame;²⁰
- de vraag of een vordering tot nakoming van een op een overheidslichaam rustende verbintenis uit een publiekrechtelijke overeenkomst kan worden toegewezen of dat de wederpartij genoeg moet nemen met schadevergoeding op grond van onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid

12 In het verlengde van Saladin/HBU ligt het arrest van de Hoge Raad van 20 februari 1976, NJ 1976, 486 m.nt. GJS, waarin hij dezelfde gezichtspunten noemt als in het arrest van 19 mei 1967. Verschil is wel dat de Hoge Raad in Saladin/HBU overwoog, zoals hiervoor vermeld, dat de vraag of beroep op een exoneratiebeding al dan niet vrijstaat, afhankelijk kan zijn van tal van omstandigheden. In het recentere arrest overwoog de Hoge Raad dat het antwoord op die vraag van de genoemde gezichtspunten afhankelijk is. Scholten heeft in zijn noot onder dit arrest opgemerkt dat de laatste formulering iets geprononceerder is. Zie voorts HR 16 januari 1987, NJ 1987, 553 m.nt. G, waarin de Hoge Raad ook is ingegaan op de vraag welke partij de door hem genoemde gezichtspunten dient te stellen, en, zo nodig, bewijzen.

13 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 m.nt. CJHB.

14 HR 17 december 1976, NJ 1977, 241 m.nt. GJS.

15 HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 m.nt. CJHB.

16 HR 9 januari 1981, NJ 1981, 227 m.nt. CJHB, HR 3 mei 1991, NJ 1991, 476. Zie voorts HR 18 september 1998, NJ 1999, 69 m.nt. ARB, welke uitspraak een extra gezichtspunt bevat ten opzichte van NJ 1991, 476.

17 HR 9 oktober 1981, NJ 1982, 332 m.nt. CJHB.

18 HR 11 juni 1982, NJ 1983, 595 m.nt. EAAL.

19 HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801 m.nt. MS.

20 HR 29 maart 1985, NJ 1985, 591 m.nt. LWH.

en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten;²¹

- de vraag of een overheidslichaam dat bij de uitoefening van een hem bij publiekrechtelijke regeling opgedragen publieke taak kosten heeft gemaakt, deze kosten langs privaatrechtelijke weg kan verhalen;²²
- de vraag of een bestuurder voor aansprakelijkheid op de voet van artikel 2:9 BW een ernstig verwijt kan worden gemaakt;²³
- de vraag of een beroep op het verstrijken van de verjaringstermijn van 30 jaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is;²⁴
- de vraag of de billijkheid bij verkeersaansprakelijkheid een andere verdeling eist dan uit de causaliteitsafweging voortvloeit;²⁵
- de vraag naar de omvang van de zorgplicht van een bank bij het uitvoeren van optietransacties;²⁶ en
- de vraag of de externe controlerende accountant heeft gehandeld in overeenstemming met de van hem te vergen mate van zorg.²⁷

2.2 Kritiek in de literatuur

Over het gebruik van gezichtspuntencatalogi is in de literatuur nog niet veel geschreven. De schrijvers die (al) wel aandacht aan dit fenomeen hebben besteed, zijn over het hanteren van lijsten met relevante gezichtspunten niet bepaald positief.

In de eerste plaats wijs ik in dit kader op het werk van Smeehuijzen.²⁸ Zijn onderzoek is gebaseerd op het hiervoor reeds genoemde arrest Van Hese/De Schelde.²⁹ Smeehuijzen is nagegaan op welke wijze in de lagere rechtspraak met de door de Hoge Raad geformuleerde omstandighedencatalogus is

21 HR 23 juni 1989, NJ 1991, 673 m.nt. MS.

22 HR 11 december 1992, NJ 1994, 639 m.nt. MS.

23 HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 m.nt. Ma.

24 HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 m.nt. ARB onder HR 28 april 2000, NJ 2000, 431. Door de Hoge Raad wordt in zijn arrest van 26 november 2004, RvdW 2004, 133 een nadere invulling gegeven aan de in het eerdergenoemde arrest gegeven gezichtspunten.

25 HR 4 mei 2001, NJ 2002, 214 m.nt. CJHB.

26 HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103 m.nt. prof. mr. C.E. du Perron.

27 HR 13 oktober 2006, RvdW 2006, 942.

28 J.L. Smeehuijzen, Verjaring van het recht op vergoeding van personenschade, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 61 e.v., alsmede J.L. Smeehuijzen, 'Naar een scherpere gezichtspuntencatalogus bij verjaring van asbestzaken', AV&S april 2005, nr. 2.

29 HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 m.nt. ARB onder HR 28 april 2000, NJ 2000, 431.

omgegaan.³⁰ Na bespreking van enkele relevante uitspraken komt Smeehuijzen tot de conclusie dat men kan twijfelen over de mate waarin de gezichtspuntencatalogus bevredigend gemotiveerde uitspraken oplevert. Volgens hem ontnemt de waslijst aan argumenten het zicht op de werkelijke motieven van de rechter. De gezichtspunten maken niet duidelijk op welke wijze zij het oordeel van de rechter hebben beïnvloed en dat maakt de uitspraak moeilijk controleerbaar. Dat laatste is nu juist het tegenovergestelde van wat de gezichtspuntencatalogus beoogt.³¹ In de tweede plaats geeft de gezichtspuntencatalogus naar het oordeel van Smeehuijzen aanleiding tot rechterlijke doelredeneringen. Uit de formulering van deze gezichtspuntencatalogus heeft Smeehuijzen afgeleid dat het gaat om een imperatieve opsomming, met andere woorden: de rechter dient alle (zeven) gezichtspunten in zijn beschouwing te betrekken. Hij mag zijn beslissing dus niet baseren op twee of drie wat hem betreft doorslaggevende omstandigheden. Dit lijkt, aldus nog steeds Smeehuijzen, tot gevolg te hebben dat de rechter de overige gezichtspunten soms buigt naar het doel dat hij zich op basis van die twee of drie wezenlijke gezichtspunten heeft gesteld.³² Ten derde dwingt de gezichtspuntencatalogus de rechter waarde te hechten aan omstandigheden waarvan de relevantie niet steeds te zien valt, terwijl hij de rechter andersom belet doorslaggevende betekenis toe te kennen aan omstandigheden die wel doorslaggevend zijn.

Ook in het themanummer 'Belangenafweging door de rechter' van *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*³³ is aandacht besteed aan het fenomeen gezichtspuntencatalogi. In de inleiding van dit themanummer heeft Kloosterhuis erop gewezen dat er weliswaar gezichtspunten kunnen worden gegeven die in de belangenafweging van de rechter dienen te worden betrokken, maar dat de oordeelsvorming in dit opzicht sterk verweven is met de feiten.³⁴ Het ontbreken van eenduidig te hanteren criteria voor de definiëring en afweging van belangen staat volgens Kloosterhuis op gespannen voet met de waarden van rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en rechtseenheid.

30 Zie in dit kader onder andere Pres. Rb. Rotterdam 17 juli 2003, KG 2003, 173, Pres. Rb. Almelo 22 mei 2003, Prg. 2003, 6067, Pres. Rb. Rotterdam 19 juni 2001, KG 2001, 190, Rb. Rotterdam, 10 maart 2004, NJF 2004, 311 en voorts de rechtspraak genoemd in J.L. Smeehuijzen, *Verjaring van het recht op vergoeding van personenschade*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 58, nt. 126.

31 J.L. Smeehuijzen, *Verjaring van het recht op vergoeding van personenschade*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 62.

32 Idem. Smeehuijzen merkt op dat deze veronderstelling zich moeilijk laat bewijzen.

33 *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2006-4.

34 Zie ook Asser-Vranken, *Vervolg*, nr. 106.

Smits heeft in het themanummer van *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* geschreven dat de rechter bij het afwegen van belangen een grote mate van vrijheid toekomt en dat dit een uitgebreide plicht tot motivering met zich brengt. Van de rechter mag volgens Smits worden verwacht dat hij aangeeft *welke* belangen hij precies weegt en *hoe* hij dat doet. Vaak wordt namelijk niet duidelijk waarom het ene belang voorgaat boven het andere. De gedachtewereld die achter de afweging van de rechter schuilgaat, blijft dan verborgen.³⁵ Smits voegt daaraan toe dat in de meeste gevallen niet kan worden volstaan met het noemen van catalogi van relevante omstandigheden (topoi). Hij vervolgt:

‘Die [de relevante gezichtspunten, JPQ] kunnen immers op zichzelf het belangenconflict niet oplossen: daar is een keuze voor nodig en de motivering daarvan blijft te vaak achterwege. Anders gezegd: het noemen van topoi is slechts een begin en kan er alleen toe dienen om de juiste beslissing te vinden (is “ars inveniendi”). De motivering (als deel van de “ars iudicandi”) volgt daarna.’³⁶

Kortom, Smits ziet met name problemen bij de motivering van beslissingen in zaken waarin een gezichtspuntencatalogus aan de orde is. Hij is van oordeel dat de rechter de keuze, die het resultaat is van een belangenafweging, beter dient te motiveren door aan te geven waarom een bepaald belang zwaarder moet wegen dan een ander, daarmee tegenstrijdig, belang. De waarde van gezichtspuntencatalogi is daarbij naar het oordeel van Smits beperkt.

Naast Smits heeft Smith eveneens een bijdrage geleverd aan vernoemd themanummer.³⁷ Ook Smith bespreekt het arrest Van Hese/De Schelde, waarin de Hoge Raad een zevental gezichtspunten heeft geformuleerd die de rechter moet betrekken in zijn beschouwing over de vraag of de redelijkheid en billijkheid een afwijking van (destijds) artikel 3:310 lid 2 BW rechtvaardigen.³⁸ De gezichtspuntencatalogus uit dit arrest heeft bij Smith de nodige vragen opgeroepen. Zo vraagt hij zich af waarom de Hoge Raad juist die gezichtspunten heeft genoemd en hoe de gezichtspunten bijdragen tot

35 J.M. Smits, ‘Belangenafweging door de rechter in het vermogensrecht: een kritische beschouwing’, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2006-4, p. 138-139.

36 *Idem*, p. 139.

37 C.E. Smith, ‘Belangenafweging door gevalsvergelijking’, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2006-4, p. 141 e.v.

38 Door de invoering van artikel 3:310 lid 5 BW geldt de absolute verjaringstermijn voor personenschade niet meer voor schadeveroorzakende gebeurtenissen die na 1 februari 2004 hebben plaatsgevonden. Zie hierover J.L. Smeehuijzen, *Verjaring van het recht op vergoeding van personenschade*, Den Haag: Boom Juridische uitgever 2006, p. 15 e.v.

de bepaling van het gewicht van de betrokken belangen. De gezichtspunten zelf leveren namelijk geen enkele aanwijzing voor het gewicht dat aan het ene of andere belang moet worden toegekend. Smith vraagt zich dan ook af hoe de feitenrechter de gezichtspuntencatalogus moet hanteren om tot een beslissing in concreto te komen.³⁹

Samenvattend: tegen het gebruik van gezichtspuntencatalogi door de Hoge Raad zijn de volgende bezwaren naar voren gebracht:

- de gezichtspuntenrechtspraak levert geen bevredigend gemotiveerde uitspraken op, omdat vaak niet blijkt op welke wijze de rechter de verschillende gezichtspunten en belangen tegen elkaar heeft afgewogen;
- de gezichtspuntenrechtspraak geeft aanleiding tot rechterlijke doelredeneringen;
- de gezichtspuntencatalogus dwingt de rechter waarde te hechten aan omstandigheden waarvan de relevantie niet steeds valt in te zien, terwijl de rechter wordt belet doorslaggevende betekenis toe te kennen aan niet in de catalogus genoemde gezichtspunten;
- de gezichtspunten zelf leveren geen enkele aanwijzing voor het gewicht dat aan de verschillende omstandigheden moet worden toegekend; en
- het ontbreken van eenduidig te hanteren criteria voor de definiëring en afweging van belangen staat op gespannen voet met de beginselen van rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en rechtseenheid.

3 Gezichtspuntencatalogi bij ontslag op staande voet

3.1 Gezichtspuntenrechtspraak van de Hoge Raad bij ontslag op staande voet

De Hoge Raad heeft in zijn rechtspraak met betrekking tot het ontslag op staande voet een aantal gezichtspuntencatalogi geformuleerd. Ik wijs in de eerste plaats op het arrest van 15 februari 1980.⁴⁰ In deze zaak speelde de vraag of de ontslagverlening op staande voet onverwijld was geschied. Naar aanleiding van deze vraag overwoog de Hoge Raad in rechtsoverweging 9 dat de van de werkgever te vergen voortvarendheid afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, waarbij onder meer valt te denken aan de aard en omvang van eventueel noodzakelijk onderzoek, de behoedzaamheid

39 C.E. Smith, 'Belangenafweging door gevalsvergelijking', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2006-4, p. 144. Smith zoekt het antwoord op de laatste vraag in de door Wiarda beschreven gevalsvergelijking. Zie hiervoor G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding* (bewerkt door T. Koopmans), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999. Zie ook C.E. Smith, *Regels van rechtsvinding*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 168 e.v.

40 NJ 1980, 328 m.nt. P.A.S.

die bij het instellen van zo'n onderzoek geboden kan zijn om geen onrust in het bedrijf te veroorzaken, de eventuele noodzaak tot het inwinnen van rechtskundig advies en tot het verzamelen van bewijsmateriaal, en de door de werkgever in acht te nemen zorg om te vermijden dat, bij ongegrondbevinding van het vermoeden, de werknemer in zijn gerechtvaardigde belangen zou worden geschaad.

In het kader van de vraag of sprake is van een dringende reden in de zin van artikel 7:677 jo. 7:678 BW heeft de Hoge Raad een aantal gezichtspunten genoemd, aan de hand waarvan die vraag moet worden beantwoord. Ik wijs dienaangaande op het arrest van 12 februari 1999.⁴¹ In rechtsoverweging 4.4 overwoog de Hoge Raad:

‘Een dringende reden voor de werkgever bestaat ingevolge art. 1639p [thans artikel 7:678 BW, JPO] in “daden, eigenschappen of gedragingen” van de werknemer die ten gevolge hebben dat “van de werkgever redelijkerwijs niet kan worden gevergd de dienstbetrekking te laten voortduren”. Bij de beoordeling van de vraag óf van zodanige dringende reden sprake is, moeten de omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking worden genomen. Daarbij behoren in de eerste plaats in de beschouwing te worden betrokken de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt, en verder onder meer de aard van de dienstbetrekking, de duur daarvan en de wijze waarop de werknemer die dienstbetrekking heeft vervuld, alsmede de persoonlijke omstandigheden, zoals zijn leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben. Ook indien de gevolgen ingrijpend zijn, kan een afweging van deze persoonlijke omstandigheden tegen de aard en de ernst van de dringende reden tot de slotsom leiden dat een onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst toch gerechtvaardigd is.

De vraag of de gevolgen van de beëindiging van de dienstbetrekking voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de beëindiging, behoort derhalve te worden beantwoord in het kader van de vraag of sprake is van een dringende reden.’

Vergelijkbare overwegingen treffen we aan in de arresten van de Hoge Raad van 21 januari 2000⁴² en 22 februari 2002.⁴³ Uit deze drie arresten vloeit

41 JAR 1999/102. Zie over dit arrest onder meer J. Riphagen, ‘De ruzie met de hamer: het ontslag op staande voet en de gevolgen voor de werknemer’, AA 48 (1999) 12, p. 941 e.v.

42 JAR 2000/45 (r.o. 3.9.1). Ook gepubliceerd in NJ 2000, 190.

43 JAR 2002/81 (r.o. 3.5).

voort dat bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet de omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking moeten worden genomen. De gezichtspunten die uit deze arresten van de Hoge Raad voortvloeien, zijn de volgende:

1. de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt;
2. de aard van de dienstbetrekking;
3. de duur daarvan;
4. de wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld;
5. de persoonlijke omstandigheden, zoals:
 - 5a. de leeftijd van de werknemer;
 - 5b. de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben.

3.2 De gezichtspunten nader beschouwd

Wanneer men deze gezichtspunten nader bekijkt, rijst de vraag of de lagere rechter alle door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten in zijn beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden, moet betrekken of dat hij zich tot enkele daarvan mag beperken. Op deze vraag wordt door de Hoge Raad geen (uitdrukkelijk) antwoord gegeven. Naar mijn mening kan uit de wijze waarop de rechtsoverwegingen van de Hoge Raad zijn geformuleerd, worden afgeleid, dat de rechter niet steeds en in alle gevallen alle vijf de gezichtspunten in zijn beoordeling behoeft te betrekken.

In de eerste plaats is van belang dat de Hoge Raad voorop heeft gesteld dat het antwoord op de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. De rechter zal derhalve acht moeten slaan op *alle* (relevante) omstandigheden. Dat die relevante omstandigheden zich in alle situaties beperken tot de vijf door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten, ligt bepaald niet voor de hand. De praktijk is altijd weerbarstiger dan de theorie. Er kunnen, met andere woorden, feiten en omstandigheden van belang zijn die niet onder een van de gezichtspunten kunnen worden geschaard.

De Hoge Raad heeft overwogen dat 'in de eerste plaats in de beschouwing dient te worden betrokken de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt'. Hieruit kan worden afgeleid dat de rechter gehouden is in ieder geval het eerste gezichtspunt in zijn beschouwing te betrekken. Dit ligt ook voor de hand. De rechter zal geen oordeel kunnen geven over een verleend ontslag op staande voet zonder in te gaan op de aard en ernst van de feiten die de werkgever de werknemer verwijt en welke

feiten aan het ontslag op staande voet ten grondslag zijn gelegd. De werkgever zal namelijk altijd (hebben te) stellen welke feiten en omstandigheden aan het ontslag op staande voet ten grondslag liggen en waarom deze voldoende ernstig zijn om tot onmiddellijke beëindiging van het dienstverband te mogen overgaan. In zijn oordeel zal de rechter zich dus over de aard en de ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt hebben uit te laten.

Dat geldt niet steeds voor de overige gezichtspunten, zo kan uit de rechtspraak van de Hoge Raad worden afgeleid. Met betrekking tot de andere gezichtspunten heeft hij namelijk overwogen dat '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, zoals zijn leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben' in de beschouwing dienen te worden betrokken. Uit de woorden 'onder meer' en 'zoals' blijkt dat het niet gaat om een limitatieve opsomming. Er kunnen derhalve nog meer feiten en omstandigheden van belang zijn. De relevantie van de wel door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten valt niet steeds in iedere zaak in te zien. Zo zullen bijvoorbeeld de persoonlijke omstandigheden van de werknemer niet meer in de beschouwing hoeven te worden betrokken, indien de rechter, mede gelet op de andere gezichtspunten, tot de conclusie is gekomen dat van een dringende reden geen sprake is. De persoonlijke omstandigheden van de werknemer zullen de rechter namelijk nimmer tot het oordeel brengen dat, juist gelet op die omstandigheden, toch een dringende reden moet worden aangenomen. Kortom, het is niet steeds noodzakelijk dat de rechter alle door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten in zijn beoordeling van de voorliggende zaak betreft.

Tot deze conclusie leidt ook het arrest van de Hoge Raad van 27 april 2001.⁴⁴ Hij overwoog in rechtsoverweging 3.6 dat de rechtbank niet ambtshalve gehouden was op de persoonlijke omstandigheden van de werknemer in te gaan, nu de werknemer daarop noch in eerste aanleg noch in hoger beroep had gewezen ter onderbouwing van zijn stelling dat van een dringende reden voor ontslag op staande voet geen sprake was.

Uit dit arrest volgt dat de rechter in ieder geval ten aanzien van de persoonlijke omstandigheden van de werknemer (het vijfde gezichtspunt) niet

44 JAR 2001/95.

gehouden is daar ambtshalve aandacht aan te besteden.⁴⁵ In dit kader is de rechter, gelet ook op artikel 25 Rv, afhankelijk van hetgeen door partijen is gesteld. Geldt ook voor de andere gezichtspunten dat de rechter daarop niet ambtshalve mag ingaan, indien partijen daaromtrent niets hebben gesteld? Deze vraag dient naar mijn mening bevestigend te worden beantwoord. Steeds zullen partijen de gezichtspunten moeten stellen, voordat de rechter daar iets mee kan. Het eerste gezichtspunt (de aard en de ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt) zal in de praktijk altijd door de werkgever worden gesteld.⁴⁶ Hierop is namelijk zijn stelling, dat een ontslag op staande voet gerechtvaardigd was, in de eerste plaats gebaseerd. Ook de overige omstandigheden zullen door partijen moeten worden gesteld. Zij maken deel uit van een niet-imperatieve en niet-limitatieve opsomming van eventueel relevante omstandigheden. Zij kunnen van belang zijn voor de voorliggende zaak, maar hoeven dat niet, althans niet altijd, te zijn. Van een plicht van de rechter deze gezichtspunten ambtshalve in zijn beschouwing te betrekken is geen sprake. Bovendien zal sprake zijn van schending van artikel 25 Rv., indien de rechter één of enkele gezichtspunten (of andere omstandigheden) in zijn beoordeling betreft, zonder dat een van de partijen daaromtrent iets heeft gesteld.⁴⁷

Kortom, de rechter hoeft niet steeds alle door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten in zijn beoordeling te betrekken. De rechter is hier in belangrijke mate afhankelijk van hetgeen partijen naar voren hebben gebracht (of juist niet naar voren hebben gebracht). Bovendien zou, indien de rechter alle gezichtspunten in zijn beoordeling moet betrekken, iedere keer dat dit niet gebeurt, sprake zijn van een voor vernietiging in aanmerking komende uitspraak. Hierna zal nog blijken dat veel ontslag-op-staande-voet-uitspraken dan geen stand (hadden) kunnen houden.

Heeft de vaststelling dat de rechter niet in alle gevallen alle en uitsluitend de door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten in zijn beschouwing dient te betrekken niet tot gevolg dat de waarde van deze lijst met relevante omstandigheden gering is? Mijns inziens is dat niet het geval. Het geeft de

45 Dit betekent dat, indien de werknemer wel stelt dat de hem betreffende persoonlijke omstandigheden aan een dringende reden in de weg staan, deze stelling door de rechter in zijn beschouwing dient te worden betrokken. Ook indien dat het geval is, gebeurt dat niet altijd. Zie bijvoorbeeld Ktr. Haarlem 30 november 2005, LJN AU7069 en Hof Den Haag 3 februari 2006, LJN AV4680.

46 De op de werkgever rustende stelplicht (en in het verlengde daarvan de bewijslast) brengt dat mee.

47 Dat tegen het voorschrift geen feiten aan te vullen nog al eens wordt gezondigd blijkt uit J.W. Westenberg & P. Fokker (red.), *Het civiele vonnis*, Zeist: Uitgeverij Kerckebosch bv 2004, p. 37.

rechter een goede leidraad van omstandigheden die in veel gevallen van belang zullen zijn, zonder dat de rechter zich tot die gezichtspunten behoeft te beperken. Duidelijk is dat ook andere feiten en omstandigheden van belang kunnen zijn. Het krampachtig vasthouden aan alle door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten zou aanleiding kunnen geven tot rechterlijke doelredeneringen. Het zou er namelijk onder andere toe kunnen leiden dat de rechter waarde hecht aan omstandigheden waarvan de relevantie niet steeds valt in te zien, terwijl hem andersom wordt belet doorslaggevende betekenis toe te kennen aan omstandigheden die mogelijk wel doorslaggevend (kunnen) zijn.⁴⁸ Dat lijkt mij, zeker voor de betrokken werknemer en werkgever, geen wenselijke situatie.

Bij bestudering van de onderhavige gezichtspuntenrechtspraak van de Hoge Raad rijst nog een aantal vragen. Uit het voorgaande vloeit voort dat de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet afhankelijk is van *alle* omstandigheden van het geval. Deze zijn dus niet beperkt tot de door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten. De vraag rijst dan ook waarom de Hoge Raad juist deze gezichtspunten heeft geformuleerd. Zo zou men zich bijvoorbeeld kunnen afvragen waarom de wijze waarop de werkgever achter het bestaan van een dringende reden is gekomen, geen onderdeel uitmaakt van de onderhavige gezichtspuntencatalogus. Het komt mij voor dat dit een gezichtspunt is dat in de lijst van relevante omstandigheden niet zou misstaan, want mag een werkgever zomaar tot ontslag op staande voet overgaan, indien hij het bewijs daartoe op onrechtmatige wijze heeft verkregen?

In haar recente proefschrift heeft Koevoets aandacht besteed aan de vraag of de werkgever, bijvoorbeeld ter zake van een door hem verleend ontslag op staande voet, beroep mag doen op onrechtmatig verkregen bewijs. Zij heeft uiteengezet dat de huidige arbeidsrechtelijke rechtspraak over onrechtmatig verkregen bewijs niet eenduidig is. De ene rechter schuift onrechtmatig verkregen bewijs terzijde, terwijl de andere rechter geen reden ziet dit materiaal buiten beschouwing te laten.⁴⁹ Koevoets is de mening toegedaan dat de rechter die door de werkgever verzameld bewijs omtrent wangedrag van een werknemer voorgelegd krijgt, allereerst de rechtmatigheid van die ver-

48 Zie hierover paragraaf 2.2.

49 M.M. Koevoets, *Wangedrag van werknemers* (diss. EUR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 81 en 82 e.v., alsmede de aldaar genoemde rechtspraak. Terecht heeft Koevoets erop gewezen dat, ingeval het (onrechtmatig verkregen) bewijs wordt toegelaten, de situatie ontstaat dat een werkgever op een verboden (namelijk onrechtmatige) wijze heeft gehandeld, terwijl hij wel de vruchten van dat handelen mag gebruiken.

krijging dient te toetsen.⁵⁰ Indien de rechter tot het oordeel komt dat de wijze waarop de werkgever het, door hem aan het ontslag ten grondslag gelegde, bewijs heeft verkregen onrechtmatig is, zal de rechter dit bewijs buiten beschouwing kunnen laten. Dit zal tot de conclusie kunnen leiden dat de werkgever de door hem gestelde en door hem te bewijzen dringende reden⁵¹ niet kan aantonen, als gevolg waarvan het ontslag op staande voet geen stand zal kunnen houden. De wijze waarop de werkgever het bewijs heeft verkregen kan dus van belang zijn bij het oordeel of sprake is van een dringende reden.

Dit is slechts een voorbeeld. Er kunnen meer gezichtspunten worden bedacht, waarvan men zich kan afvragen waarom die geen deel uitmaken van de lijst met relevante gezichtspunten. Van belang is dan ook aan de hand van de lagere rechtspraak te onderzoeken of de rechter ook andere omstandigheden (naast de in de gezichtspuntencatalogus genoemde) van belang acht voor het antwoord op de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet. Het onderstaande onderzoek naar de lagere rechtspraak⁵² is mede op deze vraag gericht.⁵³

Datzelfde geldt voor het gewicht van de verschillende gezichtspunten. Betekent nu het feit dat 'de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt' als eerste gezichtspunt is genoemd, dat de Hoge Raad hieraan het meeste belang toekent? En zijn de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, die als hekkensluiter in de catalogus zijn genoemd, het minst belangrijk? Wellicht dat, na bestudering van de lagere rechtspraak, op deze vragen antwoord kan worden gegeven.

Ten slotte zal ook aandacht worden besteed aan de vraag of bepaalde gezichtspunten nu veelal in het voordeel van de werkgever worden uitge-

50 Idem, p. 339. Zie over onrechtmatig bewijs en bewijsuitsluiting voorts C.E. Smith, *Regels van rechtsvinding*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 71 e.v., alsmede M.M. Koevoets, *Onrechtmatig verkregen bewijs in het arbeidsrecht*, ArA 2004/3, p. 39 e.v.

51 Uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad vloeit voort dat het aan de werkgever is om te stellen en, zo nodig, te bewijzen dat er sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet. Zie in dit kader onder meer HR 28 november 1969, NJ 1970, 139, HR 26 april 1974, NJ 1975, 103, HR 4 december 1981, NJ 1982, 134, HR 14 mei 1982, NJ 1983, 79, HR 17 december 1982, NJ 1983, 355, HR 13 april 1984, NJ 1985, 2, HR 4 mei 1984, NJ 1984, 609, HR 14 december 1984, NJ 1985, 231, HR 13 juni 1986, NJ 1986, 764 en iets recenter HR 22 januari 1993, JAR 1993/50 en HR 27 september 1996, JAR 1996/217. Zie voor lagere rechtspraak over dit aspect onder meer Rb. Roermond 25 januari 2001, JAR 2001/37, Rb. Amsterdam 21 februari 2001, JAR 2001/52, Hof Den Haag 13 januari 2006, LJN AV4655, Ktr. Haarlem 8 februari 2006, Prg. 2006/53 en Ktr. Haarlem 30 juni 2006, LJN AY3286.

52 Zie paragraaf 4.1.

53 Vgl. paragraaf 4.2.

legd of dat deze juist vaak ten voordele van de werknemer strekken. In dit kader kan worden gezegd dat een bepaald gezichtspunt voor de werknemer of werkgever ‘bevrijdend’ dan wel ‘belastend’ kan zijn. Het gaat hier om de indicatie van de gezichtspunten. Voor de praktijk niet onbelangrijk, lijkt mij. Indien in de lagere rechtspraak ten aanzien van de indicatie van de gezichtspunten bepaalde lijnen te ontdekken zijn, kan daarop door de praktijk worden ingespeeld. Waar moet bijvoorbeeld de nadruk op worden gelegd indien men voor de werknemer of juist voor de werkgever optreedt?

Aan deze vragen zal, zo veel als mogelijk, bij de bespreking van de lagere rechtspraak (in de volgende paragraaf) aandacht worden besteed.

4 Invulling van de gezichtspunten door de lagere rechtspraak

4.1 Lagere rechtspraak

In paragraaf 3.1 is de rechtspraak uiteengezet waarin de Hoge Raad gezichtspuntencatalogi heeft geformuleerd in het kader van de vraag of sprake is van een dringende reden in de zin van artikel 7:677 jo. 7:678 BW. Vervolgens is in algemene bewoordingen op de door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten ingegaan. In deze paragraaf zal aandacht worden besteed aan de wijze waarop de lagere rechter met deze gezichtspuntencatalogus omgaat. De enige manier waarop de lagere rechter daarvan (op controleerbare wijze) blijk kan geven, is door in zijn vonnis op deze gezichtspunten in te gaan. De vraag hoe dat gebeurt is nu aan de orde. Ter beantwoording van deze vraag is een honderdtal (gepubliceerde) ontslag-op-staande-voet-uitspraken bestudeerd.⁵⁴ Bij de bespreking van dit onderzoek is niet in de eerste plaats van belang tot welke beslissing de rechter is gekomen (wel of geen dringende reden), maar met name zal aandacht worden besteed aan de wijze waar-

⁵⁴ Het gaat hier om uitspraken, alle gewezen na het arrest van de Hoge Raad van 12 februari 1999, in zowel bodemzaken als in voorlopige voorzieningen. Weliswaar wordt in het laatste geval een voorlopig oordeel gegeven, maar de voorzieningenrechter dient vooruit te lopen op de uitspraak in een eventueel te volgen bodemprocedure. Hij zal dan ook van hetzelfde toetsingskader dienen uit te gaan bij de beantwoording van de vraag of al dan niet sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet. Het zwaartepunt ligt op de in JAR en www.rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraken. De meeste ontslag-op-staande-voet-uitspraken van lagere rechters worden hierin gepubliceerd. In het onderzoek zijn alleen vonnissen en arresten betrokken waarin de rechter inhoudelijk heeft geoordeeld of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet. Uitspraken waarin de rechter aan deze vraag niet is toegekomen, bijvoorbeeld omdat het ontslag op staande voet niet onverwijld is gegeven (zoals in Hof Leeuwarden 20 december 2006, JAR 2007/35, waarin het hof uitdrukkelijk overwoog dat aan de vraag of sprake was van een dringende reden niet kon worden toegekomen), zijn buiten beschouwing gelaten.

op in de lagere rechtspraak aan de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten invulling is gegeven.

In zijn gezichtspuntenrechtspraak heeft de Hoge Raad vooropgesteld dat bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden alle omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking moeten worden genomen. In 22 van de bestudeerde uitspraken is dit uitgangspunt door de rechter expliciet als vertrekpunt genomen.⁵⁵ Bijzondere vermelding in dit kader verdient een negental uitspraken.⁵⁶ Hierin heeft de rechter de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspuntencatalogus in zijn uitspraak overgenomen, al dan niet met expliciete verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 12 februari 1999. Het gaat hier dus om zo'n 10% van alle bestudeerde uitspraken. Bij nadere bestudering van deze uitspraken is opvallend dat zij alle zijn gewezen in of na 2001, waarbij met name het jaar 2006 met vijf uitspraken goed vertegenwoordigd is. Kennelijk heeft het even geduurd voordat de gezichtspuntencatalogus uit 1999 zijn doorbraak kende.

Hoe is in deze negen uitspraken, waarin de gezichtspuntencatalogus van de Hoge Raad tot uitgangspunt is genomen, aan de gezichtspunten uitwerking gegeven? Noemenswaardig in dit kader is de uitspraak van de Kantonrechter Rotterdam van 10 januari 2006.⁵⁷ Nadat hij in rechtsoverweging 4.2 van zijn vonnis de gezichtspuntencatalogus van de Hoge Raad tot uitgangspunt heeft genomen en in de rechtsoverwegingen 4.3 en 4.4 op verklaringen van enkele getuigen is ingegaan, worden de gezichtspunten in rechtsoverweging 4.5 nader uitgewerkt. De kantonrechter overwoog:

‘De kantonrechter acht de aard en de ernst van hetgeen De Klok [de werkgever, JPO] als dringende reden aanmerkt inderdaad daarvoor ruimschoots toereikend, juist ook gelet op de aard van de dienstbetrek-

55 Rb. Utrecht 19 juli 2000, JAR 2000/191, Ktr. Maastricht 3 april 2002, JAR 2002/192, Ktr. Amsterdam 19 april 2002, JAR 2002/107, Ktr. Den Haag 24 juli 2002, JAR 2002/190, Hof Amsterdam 4 maart 2004, JAR 2004/203, Rb. Haarlem 22 december 2004, JAR 2005/26, Rb. Groningen 25 januari 2006, LJV AV1682, Hof Den Haag 27 januari 2006, LJV AV4665, Hof Den Haag 2 februari 2006, LJV AV4680, Ktr. Haarlem 15 maart 2006, LJV AV5240, Hof Den Bosch 27 juni 2006, JAR 2006/283, Hof Den Haag 25 augustus 2006, LJV AY8796 en Ktr. Zwolle 30 januari 2007, LJV AZ7357. Zie voor de overige negen uitspraken de volgende voetnoot.

56 Rb. Amsterdam 21 februari 2001, JAR 2001/52, Ktr. Amsterdam 17 april 2001, JAR 2001/84, Ktr. Zwolle 2 september 2003, JAR 2003/219, Hof Den Haag 21 januari 2005, JAR 2005/82, Ktr. Rotterdam 10 januari 2006, LJV AU9708, Hof Den Bosch 28 februari 2006, JAR 2006/117, Ktr. Assen 6 maart 2006, LJV AV5303, Ktr. Haarlem 12 april 2006, LJV AW1866 en Ktr. Haarlem 16 juni 2006, JAR 2006/162.

57 LJV AU9708.

king, nu eiser [de werknemer, JPQ] als leidinggevende enerzijds heeft nagelaten adequaat op te treden tegen het, bij wijze van “grap”, door een medewerker spuiten van gas uit een bijna lege gasfles naar een andere medewerker en hij hiermee blijkens zijn schriftelijke verklaring ook bekend was en dit zelfs op 13 mei 2004 onder zijn ogen zou hebben laten gebeuren zonder dat hij toen actie heeft ondernomen richting die werknemer(s), terwijl anderzijds uit de getuigenverklaringen van de heren (...) volgt dat eiser zich er zelf ook regelmatig aan heeft bezondigd, ook op 13 mei 2004. De omstandigheid dat het dienstverband tien jaar heeft geduurd en het feit dat eiser 48 jaar oud was ten tijde van het ontslag maken dit niet anders en zulks geldt eveneens voor de ingrijpende gevolgen die het ontslag op staande voet voor hem heeft.’

Uit deze rechtsoverweging blijkt dat de rechter, met betrekking tot de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet, alle vijf de door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten in zijn beoordeling heeft betrokken. Gebleken is dat dit vrij uitzonderlijk mag worden genoemd. Zelfs in uitspraken waarin expliciet naar de gezichtspunten-catalogus is verwezen, wordt niet steeds aan al deze gezichtspunten aandacht besteed.⁵⁸

Van de hiervoor genoemde negen uitspraken, waarin uitdrukkelijk naar de gezichtspunten-rechtspraak van de Hoge Raad is verwezen, is in vijf zaken geoordeeld dat geen sprake is van een dringende reden.⁵⁹ In geen van deze vijf uitspraken zijn alle vijf door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten in de beoordeling betrokken. De in het voorgaande genoemde uitspraak van de Kantonrechter Rotterdam is de enige van de negen uitspraken (en dus ook van de vier waarin wel een dringende reden werd aangenomen⁶⁰) waarin alle gezichtspunten aan bod zijn gekomen.

Vermeldenswaard is nog de uitspraak van de Kantonrechter Zwolle van 2 september 2003.⁶¹ In dit vonnis, waarin de gezichtspunten-catalogus tot uitgangspunt is genomen, zijn bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden welke ontslag op staande voet rechtvaardigt, niet alle gezichtspunten in aanmerking genomen. Enkele van de gezichtspunten komen pas bij de beoordeling van de reconventionele vordering aan bod. In reconventie had de werkgever (gefixeerde) schadevergoeding ex artikel

58 Hierbij moet worden opgemerkt dat uit de uitspraken niet steeds kan worden afgeleid of partijen wel of niet alle gezichtspunten hebben gesteld.

59 Zie JAR 2001/52, JAR 2001/84, JAR 2006/117, LJN AV5303 en JAR 2006/162.

60 JAR 2003/219, JAR 2005/82 en LJN AW1866 en LJN AU9708.

61 JAR 2003/219.

7:680 BW gevorderd. Naar aanleiding van deze vordering overwoog de kantonrechter (in rechtsoverweging 15) dat, mede gelet op het feit dat de financiële positie van de werknemer door het ontslag is aangetast en op zijn functioneren voorafgaand aan het ontslag niets aan te merken is geweest, het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, indien de werknemer gehouden zou worden aan de werkgever een schadevergoeding te betalen. Enkele van de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten worden hier dus in een andere setting gebruikt.

Uiteraard spelen de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten ook een rol in uitspraken waarin niet met zoveel woorden naar de rechtspraak van de Hoge Raad is verwezen. Hierna zal ik de vijf gezichtspunten één voor één aan de orde stellen.

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

In 44 van de 100 bestudeerde uitspraken is in de overwegingen expliciet aandacht besteed aan de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt. Dat is dus in nog niet de helft van de zaken. Dat dit aantal niet (veel) hoger ligt, kan wellicht worden verklaard doordat dit gezichtspunt zeer nauw verband houdt met het bewijs van de dringende reden. Als de rechter overweegt dat hij de door de werkgever gestelde dringende reden niet bewezen acht,⁶² wil hij daarmee dan zeggen dat de aard en ernst van de gedraging onvoldoende zijn om een dringende reden voor ontslag op staande voet te rechtvaardigen of bedoelt hij niet meer en niet minder dan dat de door de werkgever gestelde feiten niet zijn bewezen, dus ongeacht de vraag of deze, indien wel bewezen, een dringende reden kunnen opleveren? In sommige gevallen is dat niet duidelijk.

Van de uitspraken waarin dat wel duidelijk is en waarin de rechter dus wel aandacht aan het onderhavige gezichtspunt heeft besteed, is in 21 gevallen

62 Zie voor rechtspraak waarin geen of onvoldoende bewijs voor een dringende reden aanwezig werd geacht onder meer Ktr. Amsterdam 18 mei 2000, JAR 2000/156, Ktr. Amsterdam 31 mei 2000, JAR 2000/196, Rb. Leeuwarden 6 september 2000, JAR 2000/220, Ktr. Amsterdam 28 november 2003, JAR 2004/74, Ktr. Arnhem 28 januari 2004, JAR 2004/42, Ktr. Venlo 5 augustus 2005, JAR 2005/202, Hof Leeuwarden 21 december 2005, LJN AU8614, Ktr. Haarlem 16 februari 2006, LJN AV2647 en Ktr. Apeldoorn 12 juli 2006, JAR 2006/177.

geoordeeld dat van een dringende reden geen sprake is.⁶³ In 23 zaken werd wel een dringende reden voor ontslag op staande voet aangenomen.⁶⁴

Opvallend is dat aan dit gezichtspunt in de regel niet al te veel woorden vuil worden gemaakt. Het gezichtspunt wordt vaak met enkele woorden afgedaan, zoals bijvoorbeeld de overweging dat de werknemer een ernstige steek heeft laten vallen,⁶⁵ de werknemer een ernstig verwijt valt te maken,⁶⁶ de gedraging en de mentaliteit die daaruit kunnen worden afgeleid verwerpelijik en niet te tolereren zijn,⁶⁷ enzovoort.

In veel gevallen wordt slechts gesteld dat de aan de werknemer verweten gedraging ernstig te noemen is of dat die gedraging nu juist geen dringende reden voor ontslag kan opleveren, maar vaak wordt niet gemotiveerd waarom dat dan het geval is. Dat de rechter van oordeel is dat de werknemer ten aanzien van een bepaalde gedraging een ernstig verwijt kan worden gemaakt of dat dit juist niet het geval is, blijkt steeds voldoende duidelijk uit de bestudeerde rechtspraak. Waarom dat zo is, leest men niet terug.

Over de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt, kan in algemene bewoordingen niet zoveel worden gezegd. De wijze waarop de lagere rechter met dit gezichtspunt omgaat is zo casuïstisch, dat

63 Dit zijn Ktr. Arnhem 20 maart 2000, JAR 2000/138, Ktr. Amsterdam 18 mei 2000, JAR 2000/156, Rb. Amsterdam 21 februari 2001, JAR 2001/52, Ktr. Amsterdam 17 april 2001, JAR 2001/84, Ktr. Haarlem 19 oktober 2001, JAR 2002/280, Ktr. Haarlem 16 april 2002, JAR 2002/149, Ktr. Middelburg 7 april 2003, JAR 2003/149, Ktr. Arnhem 22 juli 2003, Prg. 2003/6137, Ktr. Dordrecht 25 september 2003, JAR 2003/248, Ktr. Utrecht 10 februari 2004, JAR 2004/43, Ktr. Lelystad 25 februari 2004, JAR 2004/106, Ktr. Utrecht 28 januari 2005, JAR 2005/60, Ktr. Hoorn 13 juni 2005, JAR 2005/162, Hof Den Haag 2 september 2005, JAR 2005/250, Ktr. Zaandam 3 november 2005, JAR 2005/263, Ktr. Maastricht 19 december 2005, LJN AV0659, Hof Den Haag 13 januari 2006, LJN AV4655, Ktr. Assen 6 maart 2006, JAR 2006/71, Ktr. Haarlem 15 maart 2006, LJN AV5240, Ktr. Zaandam 16 maart 2006, Prg. 2006/72 en Ktr. Haarlem 16 juni 2006, JAR 2006/162.

64 Zie Ktr. Amsterdam 20 juli 1999, JAR 1999/181, Ktr. Hilversum 19 december 2001, JAR 2002/38, Ktr. Amsterdam 19 april 2002, JAR 2002/107, Ktr. Amsterdam 2 juli 2002, JAR 2002/175, Rb. Zutphen 12 september 2002, JAR 2003/14, Ktr. Helmond 10 februari 2003, JAR 2003/80, Ktr. Zwolle 2 september 2003, JAR 2003/219, Hof Amsterdam 4 maart 2004, JAR 2004/203, Ktr. Eindhoven 29 november 2004, JAR 2005/2, Ktr. Utrecht 17 december 2004, JAR 2005/24, Hof Den Haag 21 januari 2005, JAR 2005/82, Hof Den Haag 11 februari 2005, JAR 2005/114, Ktr. Zwolle 11 november 2005, JAR 2005/280, Ktr. Haarlem 30 november 2005, LJN AU7069, Hof Den Haag 16 december 2005, LJN AU9637, Ktr. Rotterdam 10 januari 2006, LJN AU9708, Ktr. Haarlem 12 april 2006, LJN AW1866, Ktr. Maastricht 10 mei 2006, RAR 2006/165, Hof Den Haag 12 mei 2005, LJN AX8692, Hof Amsterdam 6 juni 2006, JAR 2006/301, Ktr. Den Haag 25 augustus 2006, LJN AY8796, Ktr. Breda 17 november 2006, JAR 2006/288 en Ktr. Zwolle 30 januari 2007, LJN AZ7357.

65 JAR 2001/84.

66 JAR 2002/38.

67 JAR 2003/80.

daarin geen duidelijke lijnen zijn te ontwaren, waarbij van belang is dat het hier niet in de eerste plaats gaat om de uitkomst van de door de rechter beoordeelde zaken. Het gaat hier om de wijze waarop in de lagere rechtspraak aan dit gezichtspunt invulling wordt gegeven.

Sagel en Verhulp menen dat de vraag of de werknemer al dan niet gewaarschuwd is een belangrijke factor is, waarmee bij de invulling van dit gezichtspunt rekening wordt gehouden.⁶⁸ Ik vraag mij af of deze omstandigheid bij dit gezichtspunt thuishoort. In het navolgende zal ik afzonderlijk aan dit aspect aandacht besteden.

De aard van de dienstbetrekking

Wat kan na bestudering van een groot aantal gepubliceerde ontslag-opstaande-voet-zaken worden gezegd over de wijze waarop de aard van de dienstbetrekking een rol speelt bij de (rechterlijke) beoordeling van de vraag of al dan niet sprake is van een dringende reden? Van de honderd bestudeerde uitspraken speelde dit gezichtspunt, meer dan wel minder uitdrukkelijk, in 21 uitspraken een rol, hetgeen overeenkomt met ongeveer een vijfde van het totaal. In veertien van deze uitspraken is de rechter tot het oordeel gekomen dat wél sprake is van een dringende reden,⁶⁹ terwijl dat in de overige zeven zaken niet het geval was.⁷⁰ In veel zaken is geoordeeld dat het onderhavige gezichtspunt ten nadele van de werknemer dient te worden uitgelegd.

Uit de onderzochte rechtspraak blijkt dat dit gezichtspunt kan worden onderscheiden in enerzijds de aard van de functie van de desbetreffende werknemer en anderzijds de positie die de werknemer binnen de organisatie van de werkgever bekleedt. Uiteraard hangt een en ander nauw met elkaar samen, maar dat wil niet zeggen dat dit in de jurisprudentie ook steeds als zodanig tot uitdrukking komt.

68 S.F. Sagel & E. Verhulp, *Onzekere tijden voor het ontslag op staande voet?*, in: S.F. Sagel & E. Verhulp (red.), *Voor De Laet: de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2005, p. 89-90.

69 Ktr. Hilversum 19 december 2001, JAR 2002/38, Ktr. Amsterdam 19 april 2002, JAR 2002/107, Ktr. Helmond 10 februari 2003, JAR 2003/80, Ktr. Rotterdam 10 januari 2006, LJN AU9708, Ktr. Breda 17 november 2006, JAR 2006/288, Rb. Groningen 26 maart 1999, JAR 1999/98, Rb. Amsterdam 14 april 1999, JAR 1999/128, Ktr. Amsterdam 3 mei 2002, JAR 2002/123, Hof Amsterdam 29 december 2005, JAR 2006/30, Ktr. Amsterdam 5 januari 2006, JAR 2006/214, Hof Den Haag 27 januari 2006, LJN AV4665, Hof Den Haag 3 februari 2006, LJN AV4680, Rb. Haarlem 2 augustus 2006, LJN AY6196 en Hof Den Haag 8 december 2006, JAR 2007/45.

70 Rb. Amsterdam 21 februari 2001, JAR 2001/52, Ktr. Utrecht 10 februari 2004, JAR 2004/43, Ktr. Zaandam 3 november 2005, JAR 2005/263, Ktr. Zaandam 16 maart 2006, Prg. 2006/72, Rb. Utrecht 19 juli 2000, JAR 2000/191, Ktr. Haarlem 8 februari 2006, Prg. 2006/53 en Hof Den Bosch 28 februari 2006, JAR 2006/117.

De aard van de functie, of anders gezegd: de inhoud daarvan, speelde een duidelijke rol bij de zaak van een op staande voet ontslagen telefonische serviceverlener,⁷¹ van een vrachtwagenchauffeur van een tankwagen,⁷² van een kassier van een geldcentrale,⁷³ van een huishoudelijke hulp⁷⁴ en van een beveiligingsbeambte.⁷⁵ In deze uitspraken is nader ingegaan op de eisen die aan deze functies als zodanig mogen worden gesteld.

Iets anders is de positie die een werknemer binnen de organisatie van de werkgever bekleedt. Blijkens de rechtspraak geldt hier dat hoe hoger de functie van een werknemer, des te meer eisen (van behoorlijk gedrag) aan hem of haar mogen worden gesteld. In dit kader is met name van belang of de desbetreffende werknemer een voorbeeldfunctie⁷⁶ heeft dan wel of hij een functie heeft waardoor of waarbinnen hij van de werkgever een groot vertrouwen geniet.⁷⁷ In een tweetal zaken heeft de rechter naast de functie en positie van de werknemer ook (de hoogte van) het genoten salaris betrokken.⁷⁸ Noemenswaardig is het arrest van het Hof Den Haag van 8 december 2006.⁷⁹ Het gerechtshof overwoog dat de werknemer een functie uitoefende (statutair directeur bij een vermogensbeheerder) waarvoor de (wettelijk geregelde) lat, mede gelet op het maatschappelijk belang daarvan, duidelijk hoog ligt en waarvoor het gezegde 'hoge bomen vangen veel wind' bij uitsteking van toepassing is.

Kortom, uit de rechtspraak blijkt dat van werknemers met een hoge functie (hetgeen vaak gepaard gaat met een zeker vertrouwen) en werknemers met een voorbeeldfunctie een grotere zorgvuldigheid wordt verwacht. Anders gezegd: indien een werknemer met een dergelijke functie op staande voet wordt ontslagen, zal de aard van de dienstbetrekking eerder in zijn nadeel worden uitgelegd.

Betekent dit (omgekeerd) dat van een werknemer met een lage(re) functie minder mag worden verwacht? Deze vraag dient naar mijn mening bevestigend te worden beantwoord, al is het aantal uitspraken waarin dit met zoveel woorden aan de orde komt niet zo groot als bij de hoge(re) functies. In een tweetal uitspraken zien we dat de aard van de dienstbetrekking ten

71 JAR 1999/128.

72 JAR 2001/52.

73 JAR 2002/123.

74 JAR 2003/80.

75 JAR 2006/117.

76 Zie bijvoorbeeld JAR 2004/43, LJN AV4680 en Prg. 2006/72.

77 Vgl. in dit kader onder meer JAR 2005/280, JAR 2006/30 en LJN AY6196.

78 Zie hiervoor JAR 2001/84 en JAR 2006/214.

79 JAR 2007/45.

voordele van de werknemer is uitgelegd. In dit kader wijs ik in de eerste plaats op het vonnis van de Rechtbank Utrecht van 19 juli 2000.⁸⁰ In de zaak die tot deze uitspraak leidde was een calculator op staande voet ontslagen omdat hij zijn chef zowel verbaal als fysiek had bedreigd. De directe aanleiding voor het conflict tussen de werknemer en zijn chef was een verschil van mening dan wel miscommunicatie over een door de werknemer te verrichten taak. Ten aanzien van het onderhavige gezichtspunt nam de rechtbank in aanmerking het niveau van de functie die de werknemer (calculator) en zijn chef (chef calculatie) hadden en hetgeen op grond daarvan van beiden had mogen worden verwacht ten aanzien van het oplossen van knelpunten in de samenwerking. Op basis hiervan heeft de rechtbank geoordeeld dat aan de chef hogere eisen kunnen worden gesteld ter zake van communicatie en (probleem)oplossend vermogen dan aan de calculator. Onder meer deze omstandigheid heeft de rechtbank gebracht tot haar oordeel dat de gedragingen van de werknemer niet van een zodanige ernst zijn dat toepassing van het zeer zware middel van ontslag op staande voet gerechtvaardigd was.

In de tweede plaats wijs ik op het vonnis van de Kantonrechter Zaandam van 3 november 2005.⁸¹ In deze zaak had een kassière van een Aldi-winkel te Zaandam buiten de supermarkt een klap verkocht aan een jongeman, die kort daarvoor binnen de winkel voor de nodige overlast had gezorgd. De kassière werd door Aldi op staande voet ontslagen, waarbij Aldi zich beriep op het door haar mede voor dergelijke situaties vastgestelde protocol. De kantonrechter overwoog dat de supermarkt het niet voor het zeggen heeft wie haar winkel wel en niet bezoekt en dat allerhande lastpakken de winkel nu eenmaal niet links laten liggen. Aldi heeft naar het oordeel van de kantonrechter dan ook te accepteren dat haar werknemers gemakkelijk in crisissituaties terecht kunnen komen, maar dat belaagde werknemers in beginsel de steun van hun werkgever verdienen. Dat Aldi voor dergelijke situaties bepaalde 'spelregels' heeft opgesteld, kan daarbij van nut zijn, maar de kantonrechter is van oordeel dat Aldi, als er dan een keer wat voorvalt, zich niet achter die regels mag verstoppen en daarmee alle verantwoordelijkheid bij 'eenvoudige werknemers als werkneemster' mag neerleggen. De kantonrechter kwam uiteindelijk tot het oordeel dat de kassière niet anders had hoeven te handelen dan zij heeft gedaan en dat het ontslag op staande voet onterecht is verleend. Niet uit te sluiten is dat in deze zaak anders zou zijn geoordeeld als het bijvoorbeeld de supermarktmanager betrof.

80 JAR 2000/191.

81 JAR 2005/263, hetgeen gelet op de wijze waarop deze uitspraak gemotiveerd is bijzonder lezenswaardig is.

De duur van de dienstbetrekking

In 25 uitspraken is de duur van de dienstbetrekking aan de orde gekomen.⁸² Dit is in een kwart van de onderzochte uitspraken. Van deze 25 uitspraken kwam de rechter in 12 gevallen tot het oordeel dat er sprake was van een dringende reden. In 13 zaken werd geen dringende reden aangenomen. Mijn aanvankelijke veronderstelling dat dit gezichtspunt met name zou opduiken in vonnissen waarin geen dringende reden is aangenomen, blijkt niet juist te zijn. Ook in vonnissen waarin wel een dringende reden is aangenomen, zien we dat aan de duur van het dienstverband aandacht wordt besteed. De Hoge Raad heeft zich, zoals gezegd, niet uitgelaten over het gewicht dat aan de verschillende gezichtspunten moet worden toegekend. Uit het voorgaande zou evenwel voorzichtig kunnen worden afgeleid dat aan het onderhavige gezichtspunt relatief weinig gewicht toekomt. In niet minder dan 12 van de 25 gevallen werd, ondanks een (soms zeer) langdurig dienstverband, een dringende reden aangenomen.

Wat valt verder op bij bestudering van de uitspraken waarin de duur van de dienstbetrekking in de motivering van de rechter is verwerkt? In de eerste plaats dat steeds aandacht wordt besteed aan langdurige dienstverbanden, waarbij die duur in 11 gevallen (in de motivering van de uitspraak, dus niet in de weergave van de feiten) expliciet is genoemd. Geen enkele keer is een kortlopend dienstverband 'gebruikt' als argument dat (eerder) een dringende reden dient te worden aangenomen. Ondanks dat aan de duur van het dienstverband wellicht minder gewicht toekomt dan aan de andere gezichtspunten, is dit voor de werknemer wel een typisch bevrijdend gezichtspunt. In slechts één van de 25 uitspraken is de lange duur van de dienstbetrekking ten nadele van de werknemer uitgelegd. Dat was in het arrest van het Hof Den Haag van 11 februari 2005.⁸³ In rechtsoverweging 7.1 overwoog het hof dat de werknemer mede gelet op zijn leeftijd (37 jaar) en zijn lange dienstverband geacht mocht worden de ernst van de risico's ter

82 Dit zijn Rb. Maastricht 9 september 1999, JAR 2000/149, Ktr. Amsterdam 18 mei 2000, JAR 2000/156, Ktr. Amsterdam 31 mei 2000, JAR 2000/196, Rb. Amsterdam 21 februari 2001, JAR 2001/52, Ktr. Bergen op Zoom 29 juni 2001, JAR 2001/146, Ktr. Haarlem 19 oktober 2001, JAR 2002/280, Ktr. Den Haag 24 juli 2002, JAR 2002/190, Ktr. Helmond 10 februari 2003, JAR 2003/80, Ktr. Venlo 27 juni 2003, JAR 2003/217, Hof Amsterdam 4 maart 2004, JAR 2004/203, Ktr. Utrecht 15 september 2004, JAR 2005/22, Ktr. Haarlem 22 december 2004, JAR 2005/26, Hof Den Haag 21 januari 2005, JAR 2005/82, Hof Den Haag 11 februari 2005, JAR 2005/114, Ktr. Maastricht 6 april 2005, JAR 2005/108, Ktr. Groningen 25 januari 2006, LJN AV1682, Hof Den Haag 27 januari 2006, LJN AV4665, Ktr. Haarlem 8 februari 2006, Prg. 2006/53, Ktr. Rotterdam 10 januari 2006, LJN AU9708, Hof Den Bosch 28 februari 2006, JAR 2006/117, Ktr. Haarlem 16 juni 2006, JAR 2006/162, Ktr. Amsterdam 19 april 2002, JAR 2002/107, Hof Den Haag 3 februari 2006, LJN AV4680, Hof Den Haag 25 augustus 2006, LJN AY8796 en Hof Den Haag 8 december 2006, JAR 2007/45.

83 JAR 2005/114.

bescherming waartegen het rookverbod (in een petroleumhaven) is gegeven ten volle te onderkennen en zich daarnaar te kunnen gedragen. Uit onder meer de duur van de dienstbetrekking heeft het hof afgeleid dat van de werknemer het nodige mocht worden verwacht ter zake van de naleving van veiligheidsvoorschriften. Van een bevrijdend gezichtspunt was voor deze werknemer dus geen sprake.

Opvallend is voorts dat uit veel uitspraken wel blijkt dat de rechter de duur van de dienstbetrekking in de beschouwing van de vraag of sprake is van een dringende reden heeft betrokken, maar dat slechts zelden blijkt op welke wijze dat is gebeurd. Als voorbeeld noem ik het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 21 februari 2001.⁸⁴ Rechtsoverweging 4.7 van dit vonnis luidt:

‘Bij de onder 4.4 genoemde afweging dient te worden betrokken dat Van Draanen kon bogen op een betrekkelijk langdurig dienstverband van in casu 12,5 jaren.’

Dat moge zo zijn, maar uit deze overweging van de rechtbank kan niet worden afgeleid op welke wijze dit gezichtspunt bij haar beoordeling van de zaak een rol heeft gespeeld. In veel gevallen beperkt de rechter zich tot het noemen van de duur van het dienstverband, waaraan wordt toegevoegd dat mede gelet op deze omstandigheid van een dringende reden niet kan worden gesproken dan wel dat deze omstandigheid niets afdoet aan het oordeel dat wel sprake is van een dringende reden. Op welke wijze dit gezichtspunt nu precies aan de oordeelsvorming van de rechter heeft bijgedragen, blijkt dan niet uit de uitspraak. Voor partijen blijft dit dus verborgen.

Bovendien is opvallend dat de duur van het dienstverband geregeld in één adem wordt genoemd met een ander gezichtspunt, namelijk de wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld, hetgeen hierna aan de orde komt. Van de onderzochte vonnissen en arresten was dat in acht uitspraken het geval.⁸⁵

Ten aanzien van de duur van de dienstbetrekking wijs ik ten slotte op een tweetal arresten van het Hof Den Haag, waarin naar mijn mening op onjuiste wijze invulling is gegeven aan de gezichtspuntenrechtspraak van

84 JAR 2001/52.

85 Zie JAR 2000/156, JAR 2000/196, JAR 2001/146, JAR 2003/217, JAR 2004/203, JAR 2005/108, LJN AV1682, en JAR 2006/117.

de Hoge Raad. In de eerste plaats het arrest van 3 februari 2006.⁸⁶ In deze zaak had de rechtbank geoordeeld dat sprake was van een geldige dringende reden. In een van de grieven die de werknemer tegen het vonnis van de rechtbank had geformuleerd was aangevoerd dat bij afweging van alle omstandigheden van het geval geen ontslag op staande voet had mogen worden gegeven, waarbij de werknemer uitdrukkelijk heeft verwezen naar zijn 24-jarig dienstverband. Het hof komt uiteindelijk tot het oordeel dat geen van de grieven van de werknemer kan slagen, zodat het vonnis van de rechtbank wordt bekrachtigd. Het hof gaat wel nader in op de aard van de dienstbetrekking (de werknemer zou een voorbeeldfunctie hebben), maar aan de duur daarvan wordt op geen enkele wijze aandacht besteed. Dit ondanks het feit dat hierop door de werknemer uitdrukkelijk een beroep was gedaan. Het hof had aan dit gezichtspunt dan ook nader aandacht moeten besteden.

Onjuiste toepassing van deze rechtspraak is naar mijn oordeel ook aan de orde in het arrest van het Hof Den Haag van 27 januari 2006.⁸⁷ Het hof heeft hier de door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten door elkaar gehaald. In rechtsoverweging 8 overwoog het hof namelijk als volgt:

‘(...) Als het hof vervolgens echter alle omstandigheden van het geval toetst, waaronder enerzijds (...), maar ook anderzijds de persoonlijke omstandigheden van werknemer, zoals onder meer dat werknemer reeds 17 jaar in dienst is, (...)’

Het hof schaaft de duur van de dienstbetrekking hier onder de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, terwijl beide toch afzonderlijke gezichtspunten betreffen. Weliswaar is juist dat zij in onderlinge samenhang moeten worden gezien, maar dat wil uiteraard niet zeggen dat zij op één hoop mogen worden gegooid. Het hof had op alle door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten afzonderlijk moeten ingaan, althans voor zover ze door partijen naar voren waren gebracht.

De wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld

Hiervoor is al aan de orde geweest dat dit gezichtspunt regelmatig in één adem wordt genoemd met de duur van de dienstbetrekking. Ook over het onderhavige gezichtspunt op zichzelf valt echter wel het een en ander te zeggen.

⁸⁶ LJN AV4680.

⁸⁷ LJN AV4665. Twee van de raadsheren die dit arrest hebben gewezen waren overigens ook bij het in de vorige voetnoot genoemde arrest betrokken.

In 30 gevallen heeft de rechter aandacht besteed aan de wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld.⁸⁸ Dat is dus in bijna een derde van de onderzochte uitspraken. In 16 zaken kwam de rechter tot de conclusie dat wel sprake was van een dringende reden, hetgeen ongeveer de helft van de onderhavige 30 uitspraken betreft. In 14 zaken werd geen dringende reden aangenomen.

De vraag rijst of onbesproken functioneren bijdraagt aan het oordeel dat geen sprake is van een dringende reden en andersom of het feit dat geen sprake is van onbesproken vervulling van de dienstbetrekking bijdraagt tot het oordeel dat wel een dringende reden moet worden aangenomen. Ter beantwoording van deze vraag kunnen de 30 voornoemde uitspraken nader worden onderscheiden. Hierbij kan enerzijds worden gekeken naar de uitkomst van de procedure (wel of geen dringende reden aangenomen) en anderzijds naar de vraag of wel of niet sprake is van onbesproken vervulling van de dienstbetrekking. In 10 uitspraken werd geoordeeld dat sprake was van onbesproken dienstvervulling en dat geen dringende reden kon worden aangenomen,⁸⁹ terwijl in 10 gevallen, ondanks een onbesproken dienstvervulling, wél een dringende reden voor ontslag op staande voet werd aanvaard.⁹⁰ Wel een dringende reden werd aangenomen in zes zaken waarin van onbesproken dienstvervulling door de werknemer geen sprake was.⁹¹ In een viertal zaken werd geoordeeld dat, ondanks dat van onbesproken dienstvervulling geen sprake was, geen dringende reden kon worden aangenomen.⁹²

88 Zie Rb. Amsterdam 14 april 1999, JAR 1999/128, Rb. Amsterdam 27 oktober 1999, JAR 1999/251, Ktr. Amsterdam 18 mei 2000, JAR 2000/156, Ktr. Amsterdam 31 mei 2000, JAR 2000/196, Rb. Utrecht 19 juli 2000, JAR 2000/191, Ktr. Haarlem 17 oktober 2000, JAR 2001/9, Rb. Amsterdam 21 februari 2001, JAR 2001/52, Ktr. Amsterdam 17 april 2001, JAR 2001/84, Ktr. Bergen op Zoom 29 juni 2001, JAR 2001/146, Ktr. Deventer 20 maart 2003, Prg. 2003/6055, Ktr. Venlo 27 juni 2003, JAR 2003/217, Ktr. Zwolle 2 september 2003, JAR 2003/219, Ktr. Haarlem 6 november 2003, JAR 2003/287, Hof Amsterdam 4 maart 2004, JAR 2004/203, Rb. Maastricht 6 april 2005, JAR 2005/108, Ktr. Hoorn 13 juni 2005, JAR 2005/162, Ktr. Alkmaar 8 september 2005, LJN AY7652, Ktr. Groningen 25 januari 2006, LJN AV1682, Hof Den Haag 27 januari 2006, LJN AV4665, Ktr. Rotterdam 10 januari 2006, LJN AU9708, Hof Den Bosch 28 februari 2006, JAR 2006/117, Ktr. Haarlem 16 juni 2006, JAR 2006/162, Ktr. Rotterdam 26 juli 2006, LJN AY5121, Ktr. Arnhem 28 januari 2004, JAR 2004/42, Rb. Amsterdam 27 oktober 1999, JAR 1999/251, Ktr. Maastricht 3 april 2002, JAR 2002/192, Ktr. Amsterdam 19 april 2002, JAR 2002/107, Hof Amsterdam 6 juli 2006, JAR 2006/301, Ktr. Breda 17 november 2006, JAR 2006/288 en Ktr. Dordrecht 2 november 2006, LJN AZ1648.

89 Vgl. JAR 2000/156, JAR 2000/196, JAR 2000/191, JAR 2001/146, JAR 2003/217, JAR 2005/162, LJN AY7652, JAR 2006/162, JAR 2004/42 en LJN AY5121.

90 Zie JAR 2001/9, JAR 2002/107, JAR 2003/219, JAR 2004/203, JAR 2005/108, LJN AV1682, LJN AV4665, JAR 2006/301, JAR 2006/288 en JAR 2007/45.

91 JAR 1999/128, JAR 1999/251, JAR 2002/192, Prg. 2003/6055, JAR 2003/287 en LJN AY9708.

92 JAR 2001/52, JAR 2001/84, JAR 2006/162 en LJN AZ1648.

Hieruit kan worden afgeleid dat het dus niet zo is dat, indien sprake is van onbesproken dienstvervulling, dit eerder tot de gevolgtrekking leidt dat geen sprake is van een dringende reden en dat indien geen sprake is van een onbesproken dienstvervulling, een dringende reden eerder wordt aangenomen. De aantallen uitspraken zijn vrij gelijkmatig over de (vier) hiervoor genoemde categorieën verdeeld. In de gevallen waarin wel een onbesproken dienstbetrekking werd aangenomen, werd in 10 gevallen wel een dringende reden aangenomen en in 10 gevallen niet. In de uitspraken waarin geen sprake was van een onbesproken vervulling van het dienstverband werd zes keer geoordeeld dat er wel een dringende reden was, tegen vier gevallen waarin werd geoordeeld dat daarvan geen sprake was. Kortom, erg voorspelbaar is de lagere rechtspraak bij de invulling van het onderhavige gezichtspunt niet.⁹³ Het feit dat de werknemer nog zo goed heeft gefunctioneerd, kan voor hem een bevrijdende omstandigheid zijn, maar dat is beslist niet altijd het geval. Regelmatig wordt, een onbesproken dienstvervulling ten spijt, een dringende reden aangenomen.

In het kader van de rechtspraak ten aanzien van de wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld, wijs ik op het arrest van het Hof Den Haag van 3 februari 2006,⁹⁴ aan welk arrest bij het vorige gezichtspunt ook al aandacht werd besteed. De werknemer had (in hoger beroep) naar voren gebracht dat bij de beoordeling van de vraag of sprake was van een dringende reden alle omstandigheden van het geval hadden moeten worden betrokken, waarbij de werknemer (mede) uitdrukkelijk heeft gewezen op het feit dat hij van de werkgever steeds ruim voldoende beoordelingen heeft ontvangen. Het hof is hier niet op ingegaan. Het heeft te dien aanzien alleen overwogen dat (ook) deze omstandigheid onvoldoende gewicht in de schaal legt om te oordelen dat van een dringende reden geen sprake is. Het had hier mijns inziens op de weg van het hof gelegen op voornoemde stelling van de werknemer nader in te gaan en te motiveren waarom zijn goede functioneren niet aan het aannemen van een dringende reden in de weg stond.

Een apart aspect betreft de vraag of de werknemer voor gedrag, gelijk of gelijksoortig aan het gedrag waarop de werkgever het ontslag op staande voet heeft gebaseerd, gewaarschuwd is. Dit ligt zeer dicht tegen de vraag naar de wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld, maar moet daarvan naar mijn oordeel toch worden onderscheiden. Vaak zal een waarschuwing het gevolg zijn van eerder onbehoorlijk gedrag van de werknemer, maar dat hoeft niet in alle gevallen zo te zijn. Het enkele feit dat de

93 Anders S.F. Sagel & E. Verhulp, Onzekere tijden voor het ontslag op staande voet?, in: S.F. Sagel & E. Verhulp (red.), Voor De Laet: de Hoge Raad, Deventer: Kluwer 2005, p. 91.

94 LJN AV4680.

werknemer gewaarschuwd is, hoeft nog niets te zeggen over de wijze waarop hij de dienstbetrekking heeft vervuld. Om deze reden zal op het aspect van de waarschuwing in het onderstaande afzonderlijk worden ingegaan.⁹⁵

De persoonlijke omstandigheden, zoals de leeftijd van de werknemer en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben

Een ontslag op staande voet heeft voor de werknemer zo goed als altijd ernstige gevolgen. Toch is van de 100 onderzochte uitspraken in slechts 22 gevallen⁹⁶ aandacht besteed aan de persoonlijke omstandigheden van de werknemer. Van deze 22 zaken is in 13 gevallen geoordeeld dat sprake was van een dringende reden en in negen gevallen dat dit niet zo is.

De Hoge Raad verstaat onder de persoonlijke omstandigheden onder meer de leeftijd van de werknemer en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zal hebben.⁹⁷ In twee van de 22 gevallen is de rechter louter op de leeftijd van de werknemer ingegaan, terwijl hij in 12 gevallen alleen aandacht heeft besteed aan de gevolgen voor de werknemer. In vijf uitspraken zijn zowel de leeftijd van de werknemer als de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben aan de orde gesteld. In de drie overige uitspraken heeft de rechter, om verschillende redenen, in de motivering van zijn beslissing geen aandacht besteed aan het onderhavige gezichtspunt, terwijl de persoonlijke omstandigheden van de werknemers in die vonnissen wel op een andere wijze een rol hebben gespeeld.⁹⁸

95 Zie hiervoor paragraaf 4.2.

96 Zie Rb. Maastricht 9 september 1999, JAR 2000/149, Rb. Amsterdam 21 februari 2001, JAR 2001/52, Ktr. Den Haag 24 juli 2002, JAR 2002/190, Ktr. Venlo 27 juni 2003, JAR 2003/217, Rb. Utrecht 10 februari 2004, JAR 2004/43, Ktr. Utrecht 15 september 2004, JAR 2005/22, Rb. Haarlem 22 december 2004, JAR 2005/26, Hof Den Haag 11 februari 2005, JAR 2005/114, Ktr. Zwolle 16 november 2005, JAR 2006/25, Ktr. Haarlem 30 november 2005, LJN AU7069, Hof Den Haag 16 december 2005, LJN AU9637, Rb. Groningen 25 januari 2006, LJN AV1682, Hof Den Haag 27 januari 2006, LJN AV4665, Hof Den Haag 3 februari 2006, LJN AV4680, Ktr. Rotterdam 10 januari 2006, LJN AU9708, Ktr. Haarlem 12 april 2006, LJN AW1866, Ktr. Maastricht 10 mei 2006, RAR 2006/165, Ktr. Haarlem 16 juni 2006, JAR 2006/162, Hof Den Haag 28 juli 2006, LJN AY6344, Hof Den Haag 25 augustus 2006, LJN AY8796, Hof Den Haag 8 december 2006, JAR 2007/45 en Ktr. Zwolle 30 januari 2007, LJN AZ7357.

97 Gelet op het woordje 'zoals' betreft het (ook hier) geen limitatieve opsomming. Aan welke persoonlijke omstandigheden zou nog meer kunnen worden gedacht? Van belang kan bijvoorbeeld zijn of de werknemer breed georiënteerd is of dat hij slechts eenzijdige werkervaring heeft opgedaan. Zie over dit laatste het hierna nog te bespreken vonnis van de Kantonrechter Haarlem van 16 juni 2006, JAR 2006/162.

98 In Ktr. Zwolle 2 september 2003, JAR 2003/219 heeft de rechter de persoonlijke gevolgen voor de werknemer betrokken in zijn beoordeling van de reconventionele vordering van de werkgever (tot betaling van gefixeerde schadevergoeding ex artikel 7:680 BW). In de twee overige zaken hadden de werknemers de nadelige gevolgen van een ontslag op staande voet wel gesteld, maar is de rechter daar niet op ingegaan. Ik wijs in dit kader op Hof Den Haag 16 december 2005, LJN AU9637 en Hof Den Haag 3 februari 2006, LJN AV4680.

In veel uitspraken waarin de rechter, bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden, de persoonlijke omstandigheden van de werknemer in de beschouwing heeft betrokken, worden deze omstandigheden slechts in algemene zin genoemd.⁹⁹ In sommige gevallen noemt de rechter uitdrukkelijk de persoonlijke omstandigheden die in de desbetreffende zaak een rol spelen. Als voorbeeld wijs ik op het vonnis van de Rechtbank Utrecht van 10 februari 2004.¹⁰⁰ De rechtbank overwoog ten aanzien van de persoonlijke omstandigheden van de werknemer dat een ontslag op staande voet ingrijpende gevolgen voor hem heeft, niet alleen vanwege het missen van inkomsten in de vorm van salaris en uitkeringen, maar ook door verminderde carrièreperspectieven wegens het diffamerende karakter van een dergelijke maatregel.

Zie voorts het vonnis van de Kantonrechter Haarlem van 16 juni 2006.¹⁰¹ Ten aanzien van de persoonlijke omstandigheden van de werknemer overwoog de kantonrechter dat in verband met zijn leeftijd en zijn eenzijdige werkervaring niet te verwachten valt dat hij elders een vergelijkbaar dienstverband zal kunnen verwerven en dat een ontslag op staande voet voorts te vergaande consequenties voor de pensioenopbouw van de werknemer zou hebben.

Ten slotte het arrest van het Hof Den Haag van 27 januari 2006.¹⁰² In zijn arrest heeft het hof belang gehecht aan het feit dat de werknemer een gezin met vijf kinderen moet onderhouden, alsmede dat hij privéproblemen heeft gehad. Het mocht de werknemer echter niet baten. Ondanks zijn persoonlijke omstandigheden oordeelde het hof dat het ontslag op staande voet gerechtvaardigd was.

In het voorgaande is aangegeven dat dit gezichtspunt als een voor de werknemer bevrijdend gezichtspunt dient te worden gekwalificeerd, omdat de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, waaronder zijn leeftijd en de (doorgaans ingrijpende) gevolgen van het ontslag, alleen kunnen bijdragen aan het oordeel dat van een dringende reden geen sprake is. Een dringende reden zal niet juist vanwege de persoonlijke omstandigheden van de werknemer aanwezig worden geacht. Dat de persoonlijke gevolgen voor de werknemer gering zijn, kan bij de belangenafweging van de rechter uiteraard wel van belang zijn. Een recent voorbeeld hiervan biedt het vonnis

99 Zie bijvoorbeeld JAR 2003/217, LJN AU9708, LJN AW1866 en LJN AY8796.

100 JAR 2004/43.

101 JAR 2006/162.

102 LJN AV4680.

van de Kantonrechter Zwolle van 30 januari 2007.¹⁰³ De kantonrechter heeft vastgesteld dat het ontslag op staande voet geen consequenties voor de uitkering van de werknemer had. Ondanks dat hij het ontslag aan de CWI heeft medegedeeld, is aan hem een WW-uitkering toegekend. Bovendien, zo oordeelde de kantonrechter, zou de arbeidsovereenkomst enkele uren na het ontslag zijn geëindigd, zodat de werknemer de gestelde slechtere positie op de arbeidsmarkt ook zou hebben gehad indien hij niet op staande voet zou zijn ontslagen.¹⁰⁴ Het ontslag op staande voet had wel tot gevolg dat de werknemer de uitkering op grond van het sociaal plan is misgelopen, maar de kantonrechter oordeelde dat de desbetreffende werknemer al met al beter af is dan de meeste andere werknemers die op staande voet ontslag krijgen. Een ontslag op staande voet leidt immers meestal tot plotselinge, onvoorziene werkloosheid en de weigering tot toekenning van een WW-uitkering. Dat de gevolgen voor de werknemer van het ontslag op staande voet relatief gering zijn, heeft, zo blijkt uit rechtsoverweging 4.8 van het vonnis, de doorslag gegeven in de belangenafweging van de kantonrechter. Hij oordeelde dat het ontslag op staande voet terecht gegeven was.

In zijn arrest van 27 april 2001¹⁰⁵ heeft de Hoge Raad beslist, zoals reeds in paragraaf 3.2 aan de orde is geweest, dat de rechtbank niet ambtshalve gehouden was te onderzoeken of er aan de zijde van de werknemer persoonlijke omstandigheden aanwezig waren die tot het oordeel zouden kunnen leiden dat geen sprake was van een dringende reden. Hieruit kan worden afgeleid dat het aan de werknemer is die persoonlijke omstandigheden te stellen, en zo nodig te bewijzen, die het door de werkgever gestelde dringende karakter van het hem gemaakte verwijt kunnen wegnemen. Dit is in overeenstemming met bijvoorbeeld het vonnis van de Kantonrechter Maastricht van 10 mei 2005.¹⁰⁶ De kantonrechter overwoog dat de werknemer geen bijzondere persoonlijke omstandigheden heeft aangevoerd, zodat daarmee geen rekening kan worden gehouden. Wil de werknemer iets met het onderhavige gezichtspunt bereiken, dan zal hij zelf met de hem betreffende persoonlijke omstandigheden, waaronder dus zijn leeftijd en de gevolgen van een ontslag op staande voet, op de proppen moeten komen.

103 LJN AZ7357.

104 Anders: Rb. Utrecht 10 februari 2004, JAR 2004/43, waarin werd geoordeeld dat sprake is van verminderde carrièreperspectieven in verband met het diffamerende karakter van het ontslag op staande voet.

105 JAR 2001/95.

106 RAR 2006/165.

4.2 Overige relevante omstandigheden

Tot zover de bespreking van de lagere rechtspraak ten aanzien van de vijf door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten. Soms wordt, zo is gebleken, door de lagere rechter aandacht besteed aan omstandigheden die niet te herleiden zijn tot deze gezichtspunten-catalogus. Dit is in overeenstemming met het oordeel van de Hoge Raad dat bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden, *alle* omstandigheden van het geval in aanmerking moeten worden genomen. De lijst met gezichtspunten is niet uitputtend bedoeld. Hierna zal nader op deze 'overige' relevante gezichtspunten worden ingegaan.

Dat de rechter rekening moet houden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, waaronder de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben, volgt uit de gezichtspunten-catalogus. Het gaat hier om de persoonlijke omstandigheden van de werknemer *na* het ontslag op staande voet. Dat de rechter ook rekening moet houden met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer *tijdens* de arbeidsovereenkomst vloeit echter niet uit de gezichtspunten-catalogus voort. In een aantal uitspraken heeft de rechter, bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden, dergelijke omstandigheden wel in zijn beoordeling betrokken. In het arrest van 18 december 2002¹⁰⁷ overwoog het Hof Den Bosch dat, gelet op de psychische gesteldheid van de werknemer, zijn alcoholprobleem, alsmede de ziekte van zijn moeder, de werkgever niet op straffe van ontslag op staande voet van de werknemer kon verlangen dat hij zich door de arbo-arts liet controleren. Het is hierbij, zo blijkt uit enkele uitspraken, wel van belang of de werkgever van de persoonlijke omstandigheden van de werknemer op de hoogte was. In dit verband oordeelde de Kantonrechter Den Haag op 24 juli 2002¹⁰⁸ dat het aan de werknemer gemaakte verwijt niet ten volle aan hem kan worden toegerekend, nu de werkgever op de hoogte was van de aard en de ernst van de ziekte van de werknemer, die ook in psychisch opzicht invloed op de werknemer had. In een geval waarin de werkgever van dergelijke persoonlijke omstandigheden van de werknemer niet op de hoogte was, oordeelde de Rechtbank Amsterdam in haar vonnis van 27 oktober 1999¹⁰⁹ dat een psychose, waarvan de werkgever niet af wist, niet aan het ontslag op staande voet in de weg stond. Uit het vonnis van de Rechtbank Groningen van 25 januari 2006¹¹⁰ kan worden afgeleid dat, wil de rechter

107 JAR 2003/37. Dit arrest is ter beoordeling aan de Hoge Raad voorgelegd, hetgeen resulteerde in HR 8 oktober 2004, JAR 2004/259 (Vixia/Gerrits). Zie ook JIN 2004, 52 m.nt. C.J. Loonstra.

108 JAR 2002/190.

109 JAR 1999/251.

110 LJN AV1682.

iets met de persoonlijke omstandigheden van de werknemer tijdens het dienstverband kunnen doen, het aan de werknemer is deze te stellen. Het Hof Amsterdam kwam in zijn arrest van 6 juli 2006¹¹¹ tot dezelfde conclusie.

Een andere omstandigheid waarmee bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden vaak rekening wordt gehouden, is, zoals reeds is aangestipt, of de werknemer al dan niet gewaarschuwd is. Op deze plaats zal ik deze omstandigheid verder uitwerken.

De vraag of de werknemer al dan niet een waarschuwing heeft gehad, speelt een rol in 20 van de honderd bestudeerde uitspraken.¹¹² In twaalf gevallen kwam de rechter tot de conclusie dat wel sprake was van een dringende reden, in acht gevallen dat dit niet zo was. Van de twaalf zaken waarin door de rechter een dringende reden werd aangenomen, ging het in twee gevallen om een waarschuwing, opgenomen in een aan het personeel bekendgemaakte gedragscode¹¹³ en een Gedragslijn (on)gewenst gedrag en disciplinaire maatregelen.¹¹⁴ Dit zouden algemene waarschuwingen kunnen worden genoemd, te onderscheiden van individuele waarschuwingen, waarbij niet het gehele personeelsbestand wordt gewaarschuwd, maar waarbij een individuele werknemer een waarschuwing krijgt. In negen van de twaalf zaken waarin een dringende reden werd aangenomen, was sprake van zo'n individuele waarschuwing.¹¹⁵ Hieruit kan worden geconcludeerd dat het feit dat de werknemer een (individuele) waarschuwing heeft gehad, een zwaarwegende factor is bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden. In zijn arrest van 3 februari 2006¹¹⁶ heeft het Haagse Gerechtshof ook gemotiveerd waarom dat zo is. Het hof overwoog namelijk dat de werknemer ongeveer een jaar vóór het ontslag op staande voet schriftelijk is gewaarschuwd dat handgemeen met collega's door de werkgever

111 JAR 2006/301.

112 Dit zijn Rb. Amsterdam 27 oktober 1999, JAR 1999/251, Rb. Haarlem 17 oktober 2000, JAR 2001/9, Ktr. Maastricht 3 april 2002, JAR 2002/192, Rb. Zutphen 12 september 2002, JAR 2003/14, Ktr. Deventer 20 maart 2003, Prg. 2003/6055, Ktr. Middelburg 7 april 2003, JAR 2003/119, Ktr. Venlo 27 juni 2003, JAR 2003/217, Hof Amsterdam 4 maart 2004, JAR 2004/203, Rb. Haarlem 22 december 2004, JAR 2005/26, Hof Den Haag 21 januari 2005, JAR 2005/82, Hof Den Haag 11 februari 2005, JAR 2005/114, Rb. Maastricht 6 april 2005, JAR 2005/108, Ktr. Venlo 5 augustus 2005, JAR 2005/202, Hof Den Haag 13 januari 2006, LJV AV4655, Rb. Groningen 25 januari 2006, LJV AV1682, Hof Den Haag 3 februari 2006, LJV AV4680, Ktr. Rotterdam 26 juli 2006, LJV AY5121, Hof Den Haag 28 juli 2006, LJV AY6344, Hof Den Haag 25 augustus 2006, LJV AY8796 en Ktr. Dordrecht 26 oktober 2006, LJV AZ1140.

113 JAR 2001/9.

114 JAR 2005/108.

115 Vgl. JAR 1999/251, JAR 2002/192, JAR 2003/14, Prg. 2003/6055, JAR 2004/203, JAR 2005/82, LJV AV1682, LJV AV4680 en LJV AY8796.

116 LJV AV4680.

niet wordt getolereerd. Naar het oordeel van het hof kan een daarna optredend handgemeen aan de werknemer zwaarder aangerekend worden dan zonder een dergelijke waarschuwing het geval zou zijn geweest.

Daartegenover staat dat het feit dat een werknemer (nog) niet gewaarschuwd is, mede tot de conclusie kan leiden dat van een dringende reden geen sprake is. Zo overwoog de Rechtbank Haarlem in haar vonnis van 22 december 2004¹¹⁷ dat het de werkgever bekend was dat sommige werknemers tijdens werktijd wel eens sliepen. Gelet op deze wetenschap had het, aldus de rechtbank, op de weg van de werkgever gelegen de desbetreffende werknemers te waarschuwen en hen uitdrukkelijk te wijzen op de mogelijk verstrekende gevolgen van overtreding van het 'slaapverbod', waarvan de werknemers via een nieuwsbrief op de hoogte waren gesteld.

Dat de werkgever de werknemer niet eerst heeft gewaarschuwd staat niet altijd aan het aannemen van een dringende reden in de weg. Het Hof Den Haag overwoog in rechtsoverweging 7.4 van zijn arrest van 11 februari 2005¹¹⁸ dat het feit dat de werknemer niet naar aanleiding van een door hemzelf eerdere overtreding van het rookverbod is gewaarschuwd, aan het aannemen van een dringende reden voor ontslag op staande voet niets afdoet.

Bij de beoordeling of sprake is van een dringende reden kijkt de rechter soms ook naar de wijze waarop de werkgever een en ander in procedureel opzicht heeft afgehandeld. Zo overwoog de Kantonrechter Amersfoort in zijn vonnis van 17 maart 1999¹¹⁹ dat de werkgever te hard van stapel was gelopen door de werknemer op staande voet te ontslaan en dat het in de rede had gelegen dat de werkgever nader onderzoek had verricht.¹²⁰ De Rechtbank Maastricht overwoog in haar vonnis van 9 september 1999¹²¹ dat zij rekening houdt met de wijze waarop de werkgever de klacht (dat de werknemer zich aan seksuele intimidatie schuldig heeft gemaakt) heeft gemeend te moeten afwickelen. Vermeldenswaard is voorts de uitspraak van de Kantonrechter Den Haag van 24 juli 2002.¹²² De kantonrechter stelde onder meer vast dat de

117 JAR 2005/26.

118 JAR 2005/114.

119 JAR 1999/81.

120 Vergelijk voorts Ktr. Utrecht 28 januari 2005, JAR 2005/60, waarin de kantonrechter oordeelde dat gesteld noch gebleken is dat de werkgever, alvorens tot ontslag op staande voet van een hiv-besmette kapster over te gaan, de mogelijkheden heeft onderzocht om door andere maatregelen het door de werkgever aanwezig geachte besmettingsgevaar tot nihil te beperken.

121 JAR 2000/149.

122 JAR 2002/190.

werkgever beschikte over het nummer van de mobiele telefoon van de werknemer. Nu de werkgever bekend was met de aard en de ernst van de ziekte van de werknemer, lag het, naar het oordeel van de kantonrechter, op de weg van de werkgever om via die weg met de werknemer in contact te komen toen deze niet op brieven van de werkgever reageerde, alvorens aan het niet reageren de consequentie van ontslag op staande voet te verbinden.

In sommige uitspraken waarin de wijze waarop de werkgever een en ander in procedureel opzicht aangepakt heeft, aan de orde komt, speelt het beginsel van hoor en wederhoor een rol. In dit kader wijs ik op een drietal uitspraken. In de eerste plaats oordeelde de Kantonrechter Utrecht in zijn vonnis van 15 september 2004¹²³ dat van nietigheid van het ontslag op staande voet geen sprake is vanwege de enkele reden dat de werknemer niet is gehoord, nu geen regel gebiedt dat, alvorens een werknemer op staande voet te ontslaan, deze eerst moet worden gehoord. Tot een andere uitkomst kwam de Kantonrechter Venlo in zijn vonnis van 5 augustus 2005.¹²⁴ Hierin werd geoordeeld dat het op de weg van de werkgever had gelegen, alvorens te grijpen naar het arbeidsrechtelijk zware middel van ontslag op staande voet, het beginsel van hoor en wederhoor toe te passen. Tot een vergelijkbare uitkomst kwam de Kantonrechter Hoorn in zijn uitspraak van 13 juni 2005.¹²⁵ De kantonrechter overwoog dat de werknemer voorafgaand aan zijn ontslag niet of nauwelijks in de gelegenheid is gesteld om aan de werkgever zijn visie op de gang van zaken kenbaar te maken en dat het geenszins uitgesloten moet worden geacht dat, wanneer de werknemer daartoe wel in de gelegenheid zou zijn gesteld, de werkgever meer begrip had kunnen opbrengen voor hetgeen gebeurd was. Mede gelet op deze omstandigheid is de kantonrechter tot het oordeel gekomen dat het ontslag op staande voet niet terecht is gegeven.

Kortom, bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden, spelen niet alleen 'materiële' omstandigheden een rol, maar geregeld wordt door de rechter ook aandacht besteed aan procedurele aspecten en dan in het bijzonder de wijze waarop het gedrag van de werkgever in dat opzicht moet worden gewaardeerd.¹²⁶

Naast de persoonlijke omstandigheden van de werknemer tijdens het dienstverband, de vraag of de werknemer al dan niet gewaarschuwd was en

123 JAR 2005/22.

124 JAR 2005/202.

125 JAR 2005/162.

126 Zie over dit aspect ook nog Rb. Maastricht 9 september 1999, JAR 2000/149 en Ktr. Amsterdam 18 mei 2000, JAR 2000/156.

de procedurele aspecten, kan een rol spelen op welke wijze de werkgever het bewijs van de door hem gestelde dringende reden heeft verkregen. In paragraaf 3.2 heb ik gesteld dat deze omstandigheid best aan de gezichtspunten-catalogus zou kunnen worden toegevoegd. Uit onderstaande rechtspraak blijkt dat de lagere rechter hier soms al rekening mee houdt. Zo is een aantal uitspraken gepubliceerd waarin werd geoordeeld over het door de werkgever uitgevoerde cameratoezicht.¹²⁷ Vermeldenswaard is zeker het vonnis van de Kantonrechter Lelystad van 3 oktober 2001.¹²⁸ Ten aanzien van de wijze waarop de werkgever aan het bewijs was gekomen, overwoog de kantonrechter als volgt:

‘Met Van Leeuwen is de kantonrechter van oordeel dat het een werkgever niet past om op de hiervoor onder 9 beschreven – intimiderende – wijze¹²⁹ een werknemer tijdens de arbeidsongeschiktheid te controleren. Onbetwist is dat Van Leeuwen dagelijks, soms zelfs meermalen, en ook in het weekend door Verhoeven is gebeld. De informatie die Verhoeven daarbij van Van Leeuwen eiste heeft met belangstelling en ziekteverzuimbegeleiding weinig van doen. Veeleer is de handelwijze van Verhoeven aan te merken als onbetamelijk en een inbreuk op de privacy van Van Leeuwen. Dit klemt temeer waar de controlerende taak wettelijk is opgedragen aan een onafhankelijke derde en Verhoeven voor haar wantrouwen – dat uit haar hiervoor weergegeven handelwijze spreekt en ook overigens door haar is erkend – geen, althans onvoldoende grond had.’

Niet verwonderlijk is wellicht dat de kantonrechter besliste dat van een dringende reden geen sprake was.

Een andere omstandigheid waarmee de rechter soms rekening houdt, betreft de vraag of een andere, meer passende sanctie dan het ontslag op staande voet mogelijk was (geweest). In dergelijke zaken wordt vaak geoor-

127 Waaronder Rb. Haarlem 22 december 2004, JAR 2005/26, Ktr. Zwolle 11 november 2005, JAR 2005/280 en Ktr. Haarlem 24 mei 2006, NJF 2006, 516. Zie over dit onderwerp verder M.M. Koevoets, Wangedrag van werknemers (diss. EUR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 82 e.v., alsmede de aldaar genoemde rechtspraak en literatuur. Zie bovendien M.M. Koevoets, Onrechtmatig verkregen bewijs in het arbeidsrecht, AxA 2004/3, p. 39 e.v.

128 JAR 2001/226.

129 Uit het vonnis blijkt onder meer dat de werkgever bij de patiëntenadministratie van het ziekenhuis heeft gecontroleerd of de werknemer aldaar wel opgenomen was geweest (dat was niet het geval), dat de werkgever getracht heeft in contact te komen met de door de werknemer opgegeven huisarts (deze bleek niet te bestaan), alsmede dat de werkgever een van haar andere medewerkers bij de praktijk van de (vervanger van de) huisarts heeft laten posten (alwaar de werknemer niet is gezien).

deeld dat het ontslag op staande voet een te ingrijpende maatregel is¹³⁰ en dat een andere sanctie meer voor de hand had gelegen.¹³¹

Ten slotte zijn er nog andere omstandigheden waarmee de rechter bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet rekening heeft gehouden. Omdat deze omstandigheden niet goed in een van de overige categorieën zijn te plaatsen, behandel ik ze gezamenlijk. Het gaat hierbij om de volgende omstandigheden:

- rekening is bijvoorbeeld gehouden met het feit dat de werknemer lid van de OR was. De Kantonrechter Bergen op Zoom overwoog in zijn vonnis van 29 juni 2001¹³² dat de door de werknemer gedane uitlatingen en het verwijt dat de werkgever hem maakt rechtstreeks verband houden met het OR-lidmaatschap van de werknemer, zodat de kantonrechter gehouden is een en ander kritisch te bezien;
- het Hof Den Bosch achtte in zijn arrest van 27 juni 2006¹³³ bij de beoordeling van de vraag of sprake was van een dringende reden relevant dat de werkgever in belangrijke mate heeft bijgedragen aan het ontstaan en de escalatie van het conflict met de werknemer;
- in zijn vonnis van 12 juli 2006¹³⁴ oordeelde de Kantonrechter Apeldoorn dat het ontslag op staande voet in die zaak een buitenproportioneel zware maatregel was. Met name achtte de kantonrechter daarbij van belang dat de werkgever een administratie voerde die als fraudegevoelig kan worden aangemerkt;
- de Rechtbank Haarlem overwoog in haar vonnis van 2 augustus 2006¹³⁵ dat het in dat geval, bij ontslag op staande voet na schendingen van een concurrentiebeding, niet van belang was of de werkgever als gevolg van deze schendingen daadwerkelijk schade had geleden;
- in zijn vonnis van 30 januari 2007 heeft de Kantonrechter Zwolle rekening gehouden met het feit dat de werknemer op de allerlaatste dag van zijn dienstverband op staande voet werd ontslagen, alsmede met het feit

130 Vgl. Ktr. Haarlem 2 juli 2004, JAR 2004/176, Ktr. Hoorn 13 juni 2005, JAR 2005/162, Ktr. Haarlem 16 juni 2006, JAR 2006/162 en Ktr. Apeldoorn 12 juli 2006, JAR 2006/177.

131 Zie in dit kader onder meer Ktr. Middelburg 7 april 2003, JAR 2003/119, Ktr. Alkmaar 8 september 2005, LJN AY7652 en Ktr. Zaandam 16 maart 2006, Prg. 2006/72. In deze uitspraken werd steeds geoordeeld dat een (ernstige) waarschuwing van de werknemer meer op zijn plaats zou zijn geweest. In Ktr. Dordrecht 2 november 2006, LJN AZ1648 werd overwogen dat het op non-actief stellen van de werknemer meer voor de hand had gelegen dan een ontslag op staande voet.

132 JAR 2001/146. Zie over het ontslag op staande voet van een lid van de OR voorts Ktr. Maastricht 3 april 2002, JAR 2002/192.

133 JAR 2006/283.

134 JAR 2006/177.

135 LJN AY6196.

dat het ontslag een formeel karakter had, nu de werknemer toch al van het verrichten van arbeid was vrijgesteld.¹³⁶

Uit de in het voorgaande genoemde rechtspraak kan worden afgeleid dat de rechter zich, bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden, niet slechts beperkt tot de door de Hoge Raad in dat kader genoemde gezichtspunten. Ook andere relevante omstandigheden worden soms in de beschouwing betrokken. Vanzelfsprekend is hier een grote taak voor partijen weggelegd. Gelet op het bepaalde in artikel 25 Rv zullen partijen deze, buiten de gezichtspuntencatalogus gelegen, omstandigheden moeten stellen.

4.3 Geldt de kritiek op de gezichtspuntenrechtspraak ook hier?

Na de bestudering en uiteenzetting van de wijze waarop in de lagere rechtspraak in ontslag-op-staande-voet-zaken met de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspuntencatalogus wordt omgegaan, kan antwoord worden gegeven op de vraag of de in de literatuur geuite kritiek tegen het gebruik van lijsten met relevante gezichtspunten (zoals uitgewerkt in paragraaf 2.2) ook hier geldt. Hiertoe zal ik de verschillende punten van kritiek aflopen.

In de eerste plaats de stelling dat de gezichtspuntenrechtspraak geen bevredigend gemotiveerde uitspraken oplevert, omdat vaak niet blijkt op welke manier de rechter de verschillende, door hem relevant geoordeelde omstandigheden, in zijn beoordeling van de voorliggende zaak heeft betrokken. Dit punt van kritiek geldt wat mij betreft zeker ook voor de (lagere) gezichtspuntenrechtspraak bij ontslag op staande voet. Vaak is wel duidelijk dat de rechter bepaalde door de Hoge Raad genoemde (of andere) gezichtspunten in zijn beoordeling heeft betrokken, maar de wijze waarop zijn beschouwing tot het uiteindelijke oordeel heeft geleid, blijft onzichtbaar, omdat daarover in de uitspraak niets wordt vermeld. Dat de werknemer bijvoorbeeld een dienstverband heeft van maar liefst 30 jaar is mooi, maar deze vaststelling op zichzelf zegt niet zoveel. Bedoelt de rechter dat deze omstandigheid een voor de werknemer bevrijdende of juist belastende factor is?¹³⁷ Dit betreft de vraag hoe een bepaald gezichtspunt door de rechter wordt geïnterpreteerd. De rechter zal duidelijk moeten maken op welke wijze hij het desbetreffende gezichtspunt inkleurt.

Dit is echter niet waar de genoemde kritiek, als ik het wel heb, in de eerste plaats op doelt. Deze ziet veeleer op de onderlinge verhouding tussen de ver-

¹³⁶ LJN AZ7357.

¹³⁷ Zoals we hebben gezien komen beide opvattingen in de rechtspraak voor.

schillende gezichtspunten welke door de rechter in de beoordeling van de zaak zijn betrokken. Waarom wordt aan het ene gezichtspunt wel doorslaggevende betekenis toegekend en aan het andere niet? Ook deze kritiek geldt voor de ontslag-op-staande-voet-rechtspraak. Uit veel uitspraken van feitenrechters is duidelijk te achterhalen welke gezichtspunten een rol hebben gespeeld bij het uiteindelijke oordeel. Vrijwel nooit wordt aangegeven wat de onderlinge verhouding tussen de verschillende gezichtspunten is. Met andere woorden, de rechter heeft wel een (belangen)afweging gemaakt, maar de wijze waarop dat is gebeurd, blijft verborgen. De bedoeling van de gezichtspuntenrechtspraak brengt juist mee dat de rechter ook daarop in zijn uitspraak ingaat.¹³⁸ Kortom, de rechter zal (veel) meer dan nu het geval is hebben te motiveren welke gezichtspunten hij in zijn beoordeling heeft betrokken, welk belang c.q. gewicht hij aan de verschillende gezichtspunten toekent, alsmede op welke wijze de verschillende gezichtspunten aan het uiteindelijke oordeel hebben bijgedragen.

Dat de gezichtspuntenrechtspraak aanleiding geeft tot rechterlijke doelredeneringen geldt naar mijn oordeel niet voor rechtspraak betreffende de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet. Datzelfde geldt voor het verwijt dat de gezichtspuntencatalogus de rechter dwingt waarde te hechten aan omstandigheden waarvan de relevantie niet steeds in te zien valt, terwijl hem wordt belet doorslaggevende betekenis toe te kennen aan niet in de catalogus genoemde omstandigheden. Deze kritiek is met name afkomstig van schrijvers die hun onderzoek hebben gebaseerd op het arrest Van Hese/De Schelde.¹³⁹ Ten aanzien van de gezichtspuntencatalogus die de Hoge Raad in dit arrest heeft geformuleerd, is aangenomen dat de rechter alle gezichtspunten in zijn beschouwing moet betrekken. In dat geval kan ik mij de kritiek wel voorstellen. Als de rechter iets moet met bepaalde gezichtspunten, terwijl die niet of minder relevant zijn, kan dat ertoe leiden dat deze omstandigheden zo worden gebogen dat ze passen in het oordeel dat de rechter voor ogen heeft.

Daartoe is in de ontslag-op-staande-voet-rechtspraak geen enkele noodzaak. Dit komt omdat de rechter niet gehouden is alle (in dit kader) door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten in zijn beoordeling te betrekken.¹⁴⁰ Indien en voor zover partijen de gezichtspunten stellen, zal de rechter daar iets mee moeten doen. Van een plicht de gezichtspunten ambtshal-

138 J.L. Smeehuijzen, *Verjaring van het recht op vergoeding van personenschade*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 62.

139 HR 28 april 2000, NJ 2000, 430.

140 Zie hiervoor paragraaf 2.2.

ve in de beoordeling te betrekken, is geen sprake. Bovendien kent de rechter ook vaak waarde toe aan omstandigheden die niet in de gezichtspunten-catalogus zijn opgenomen, zo bleek uit het slot van paragraaf 4.1. Indien wordt aangenomen dat de rechter niet in alle gevallen alle gezichtspunten in de beoordeling hoeft te betrekken, kan worden bereikt dat de rechter een uitspraak 'op maat' kan geven, waarin waarde kan worden toegekend aan alle omstandigheden die voor het desbetreffende geval relevant zijn. Van moeizame en gewrongen motiveringen om toch het resultaat te bereiken dat de rechter voor ogen staat, hoeft dan geen sprake te zijn.

Dat de gezichtspunten zelf geen aanwijzing geven over het gewicht dat aan de verschillende omstandigheden moet worden toegekend, is juist en geldt ook bij ontslag op staande voet. Uit het onderzoek van de lagere rechtspraak is in dit kader geen duidelijke lijn aan het licht gekomen. Het is dus zeker niet zo dat aan het eerste gezichtspunt (de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt) altijd meer gewicht toekomt dan aan bijvoorbeeld het laatste gezichtspunt (de persoonlijke omstandigheden van de werknemer). De vraag is overigens of een bepaalde vaste volgorde van de gezichtspunten kan worden gegeven en zo ja, of dit ook wenselijk is. In dat geval namelijk wordt de rechter wel heel erg in een keurslijf geplaatst. Het is dan niet meer mogelijk in verschillende omstandigheden aan de verschillende gezichtspunten een ander gewicht toe te kennen. Dat kan ertoe leiden dat in een bepaalde zaak doorslaggevende betekenis moet worden toegekend aan een gezichtspunt dat in die zaak nu juist niet erg van belang lijkt te zijn. Men komt dan in de buurt bij de hiervoor genoemde kritiek, waarvan ik heb aangegeven dat deze hier juist niet aan de orde is.

Wel heeft de bestudering van de lagere rechtspraak enkele voorzichtige aanwijzingen van het gewicht van bepaalde gezichtspunten opgeleverd. Zo komt uit de lagere rechtspraak duidelijk naar voren dat werknemers met een hoge functie en werknemers die (veel) vertrouwen van de werkgever genieten, op hun tellen moeten passen. Bij de beoordeling van het ontslag op staande voet van dergelijke werknemers, zal aan de aard van de dienstbetrekking relatief veel waarde worden toegekend. Dit gezichtspunt kan voor de werknemer in beginsel dan ook als belastend worden gekwalificeerd. Opvallend in dit kader is dat het derde gezichtspunt (de duur van de dienstbetrekking) geen duidelijke richting aangeeft. In veel gevallen (bij de onderzochte uitspraken bij 12 van de 25) is, ondanks het bestaan van een langdurig dienstverband een dringende reden aangenomen. In paragraaf 4.1 heb ik gesteld dat inmiddels voorzichtig kan worden aangenomen dat aan dit gezichtspunt relatief weinig gewicht toekomt. Bovendien is rechtspraak bekend waarin het lange dienstverband ten nadele van de werkne-

mer werd uitgelegd, dus in een voor de werknemer belastende zin. Ten slotte wijs ik in dit kader op de persoonlijke omstandigheden van de werknemer. Duidelijk is dat dit gezichtspunt alleen in een voor de werknemer bevrijdende zin kan worden gebruikt. Geen enkele rechter zal namelijk oordelen dat, juist gelet op de leeftijd van de werknemer en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben, wél een dringende reden moet worden aangenomen. Voor de werknemer is dus van groot belang altijd de nodige aandacht aan dit gezichtspunt te besteden. Hij loopt hierbij, in tegenstelling tot de andere gezichtspunten, in ieder geval niet het risico dat de rechter een en ander voor hem belastend zal uitleggen.

Ten slotte het verwijt dat het ontbreken van eenduidig te hanteren criteria voor de definiëring en afweging van de belangen op gespannen voet staat met de beginselen van rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en rechtseenheid. In het voorgaande heb ik al aangegeven dat ik geen voorstander ben van het aangeven van de wijze waarop een bepaald gezichtspunt moet worden geïnterpreteerd, alsmede van de wijze waarop deze in de beoordeling moet worden betrokken. De vrijheid van de rechter, die juist nodig is om een passende en rechtvaardige beslissing te kunnen nemen, wordt dan te zeer beperkt.

Bovendien zie ik niet in waarom en op welke wijze de gezichtspuntenrechtspraak bij ontslag op staande voet op gespannen voet staat met voornoemde beginselen. Veeleer zou men kunnen verdedigen dat het omgekeerde het geval is. De gezichtspuntenrechtspraak heeft er juist toe geleid dat het voor de rechter (en partijen) duidelijk is welke omstandigheden vaak van belang zijn, zodat met die gezichtspunten rekening kan worden gehouden. De rechtspraak wordt daardoor juist meer gestroomlijnd, omdat die, zoals uit paragraaf 4.1 is gebleken, tot gevolg heeft dat de rechter de door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten vaak in zijn beoordeling betreft. Dit komt de rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en rechtseenheid juist ten goede. In ieder geval meer dan in het geval iedere 'richtingaanwijzer' ontbreekt.

5 Afronding

In het voorgaande is op een tweetal vragen met betrekking tot de gezichtspuntenrechtspraak in het kader van de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet ingegaan. In de eerste plaats is aandacht besteed aan de kritiek die in de literatuur tegen het gebruik van gezichtspuntencatalogi is geuit en meer in het bijzonder de vraag of deze kritiek ook geldt voor de rechtspraak op basis van de onderhavige lijst met relevante omstandigheden. Deze vraag dient gedeeltelijk bevestigend en gedeeltelijk

ontkennend te worden beantwoord, zoals in paragraaf 4.2 uiteen is gezet. Met name is in dit kader van belang dat de gezichtspuntencatalogus bij de vraag of sprake is van een dringende reden niet imperatief is, dat wil zeggen dat de rechter niet gehouden is alle door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten in zijn beoordeling te betrekken. Enkele in de literatuur geuite kritiekpunten zijn gebaseerd op de veronderstelling dat de gezichtspuntencatalogus (uit het arrest Van Hese/De Schelde, waarop deze kritiekpunten zijn gebaseerd) wél imperatief is. Dit leidt echter tot punten van kritiek die bij de onderhavige lijst met relevante omstandigheden geen rol spelen.

In de tweede plaats is onderzocht op welke wijze de lagere rechtspraak aan de verschillende gezichtspunten invulling heeft gegeven en welke indicatie daaruit volgt. De bevindingen hiervan zijn in paragraaf 4.1 uiteengezet. Hieruit komt naar voren dat de lagere rechtspraak ten aanzien van bepaalde gezichtspunten weinig richtinggevend is, zoals bij de wijze waarop de werknemer deze heeft vervuld. Voor de werknemer en werkgever is het dus lastig in te schatten welk gewicht de rechter in een concrete zaak aan dit gezichtspunt zal toekennen. Meer richtinggevend is de aard van de dienstbetrekking. Duidelijk is dat werknemers met een hoge (leidinggevende) functie en werknemers met een vertrouwensfunctie zich minder kunnen permitteren dan werknemers met een lage(re) functie. Ook de indicatie van de persoonlijke omstandigheden van de werknemer is duidelijk. Deze kunnen alleen in voor de werknemer bevrijdende zin worden gebruikt. De aard en de duur van de dienstbetrekking worden daarentegen juist vaak ten nadele van de werknemer uitgelegd.

Gebleken is voorts dat in weinig uitspraken aan alle vijf de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten aandacht is besteed. Daarentegen worden wel vaak omstandigheden in de beoordeling betrokken, die niet onder een van de vijf gezichtspunten kunnen worden geschaard. In dit kader wijs ik op de vraag of de werknemer al dan niet gewaarschuwd is, de persoonlijke omstandigheden van de werknemer tijdens de arbeidsovereenkomst, de wijze waarop de werkgever het ontslag in procedureel opzicht heeft afgehandeld, de wijze waarop de werkgever het bewijs van de door hem gestelde dringende reden heeft verkregen en de vraag of de werkgever niet met een andere sanctie had kunnen of moeten volstaan. De gezichtspuntencatalogus heeft wat dat betreft niet tot verstarring geleid. Het is dus zeker niet zo dat de rechter slechts oog heeft voor de door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten. Concluderend kan dan ook worden gesteld dat de Hoge Raad niet op de voet wordt gevolgd, in die zin dat de lagere rechter het laat bij de vijf gezichtspunten van de Hoge Raad. Vaak worden ook andere omstandigheden in het oordeel betrokken. Dat moet ook. De vraag of sprake

is van een dringende reden voor ontslag op staande voet is immers afhankelijk van alle omstandigheden van het geval.

Ondanks het feit dat in de lagere rechtspraak ten aanzien van de invulling van de gezichtspunten bepaalde lijnen te ontwaren zijn, is en blijft het antwoord op de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet afhankelijk van alle relevante omstandigheden. Dit maakt het voorspellen van de uitkomst van een procedure met betrekking tot de vraag of een werknemer al dan niet terecht op staande voet is ontslagen er niet gemakkelijker op. In ieder geval kan, met wetenschap omtrent de invulling van de gezichtspunten in de lagere rechtspraak en de overige door de rechter relevant geachte omstandigheden, sturing worden gegeven aan de beoordeling door de rechter. Werknemer en werkgever zullen die stellingen moeten innemen (en de stellingen van de wederpartij voldoende gemotiveerd moeten weerspreken¹⁴¹) op een wijze waarop de kans op succes het grootst is. Vanzelfsprekend kan niet in algemene zin worden aangegeven hoe dat moet. Wat in een concrete zaak wel of juist niet naar voren moet worden gebracht, is namelijk (ook) afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Gelet op het voorgaande deel ik niet de conclusie van Sagel en Verhulp dat het wel meevalt met de onzekerheid of een bepaalde gedraging of eigenschap een dringende reden constitueert. Zij hebben gesteld dat in de lagere rechtspraak duidelijke lijnen zijn te ontwaren ten aanzien van het gewicht van de verschillende factoren die volgens de Hoge Raad meespelen bij de beoordeling van de dringende reden.¹⁴² De lagere rechtspraak biedt soms aanknopingspunten met betrekking tot de vraag hoe een bepaald gezichtspunt doorgaans wordt ingevuld, maar dat geldt zeker niet voor alle door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten. Bovendien biedt de lagere rechtspraak naar mijn mening erg weinig houvast met betrekking tot de onderlinge verhouding van de verschillende gezichtspunten, nu de rechter vaak niet aangeeft op welke wijze de relevante omstandigheden tegen elkaar zijn afgewogen. Daar komt bij dat de onderhavige gezichtspunten-catalogus niet limitatief is. Ook andere dan de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten kunnen bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden een (belangrijke) rol spelen. Of en zo ja, in hoeverre de rechter ook met de 'overige' gezichtspunten rekening zal houden, laat zich op voorhand lastig inschatten.

¹⁴¹ Vgl. artikel 149 Rv.

¹⁴² S.F. Sagel & E. Verhulp, *Onzekere tijden voor het ontslag op staande voet?*, in: S.F. Sagel & E. Verhulp, *Voor De Laet: de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2005, p. 88.