

1. Artikel 7:677 lid 1 BW regelt het ontslag op staande voet (hierna: o.o.s.v.). Uit deze bepaling zijn drie voorwaarden af te leiden, waaraan zal moeten zijn voldaan wil het o.o.s.v. rechtsgeldig zijn gegeven. Zo moet er allereerst sprake zijn geweest van een dringende reden, moet er, in de tweede plaats een onverwijld opzegging van de arbeidsovereenkomst hebben plaatsgevonden, terwijl, in de derde plaats, de dringende reden voor het o.o.s.v. gelijktijdig aan de werknemer moet zijn medegedeeld. In het hier te annoteren arrest staat de vraag centraal wanneer sprake is van een 'dringende reden'. De literatuur spreekt in dit verband wel over de 'objectiviteit' (is er naar objectieve maatstaven sprake van een dringende reden?) en 'subjectiviteit' (is in dit concrete geval ook sprake van een dringende reden?, hetgeen onder meer kan blijken uit de onverwijldheid) van de dringende reden (zie C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: BJu 2010, p. 426). Het arrest handelt over het o.o.s.v. van een medewerker van de Bijenkorf die geweigerd was in het kader van een uitverkoopactie twee artikelen meer van de Bijenkorf af te nemen dan de vijf toegestane artikelen (tegen betaling van € 10), en vervolgens – daarbij een kennelijk wat minder door de Bijenkorf op prijs gestelde interpretatie gevende aan het begrip 'Doldwaze Dagen' – deze twee artikelen alsnog zelf (tegen betaling van € 0) afnam.

2. Wat 'in objectieve zin' voor een werkgever een dringende reden voor o.o.s.v. is, is in z'n algemeenheid terug te vinden in artikel 7:678 BW. Als (objectief) dringend voor de werkgever worden beschouwd 'zodanige daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer, die ten gevolge hebben dat van de werkgever redelijkerwijs niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren' (artikel 7:678 lid 1 BW). Maar wat kwalificeert nu precies als een daad, gedraging of eigenschap die zodanig is dat dat de werkgever een objectief geldende reden tot een o.o.s.v. geeft?

Welnu, artikel 7:678 lid 2 BW somt een twaalftal van dergelijke daden, eigenschappen of gedragingen op. Zo luidt artikel 7:678 lid 2, aanhef en onder b. bijvoorbeeld (welke bepaling een rol speelt in onderhavig arrest): 'Dringende redenen zullen onder andere aanwezig geacht kunnen worden: wanneer de werknemer zich schuldig maakt aan diefstal, verduistering, bedrog of andere misdrijven, waardoor hij het vertrouwen van de werkgever onwaardig wordt.' Hieruit mag echter weer niet worden afgeleid dat diefstal per definitie een objectief voldoende dringende reden is om een o.o.s.v. te rechtvaardigen (zie Hoge Raad 26 april 1996, *JAR* 1669/117 (*Van der Wal/Junius*)). Wat in lid 2 wordt genoemd *kan* namelijk een dringende reden opleveren, maar behoeft dat zeker niet altijd te zijn, en andersom: wat niet genoemd wordt, kan toch een dringende reden zijn (zie W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk/Van der Grinten (bew.), *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 391). Artikel 7:678 lid 2 BW geeft dus geen *hard and fast rules*.

Het zijn dan ook altijd weer de omstandigheden van het geval (in onderling verband en samenhang) die uiteindelijk uitsluitsel moeten geven over het antwoord de vraag of de daad, eigenschap of gedraging door de werknemer mag worden geduid als een dringende reden in de zin van artikel 7:677 lid 1 BW. Dat is door de Hoge Raad ook uitdrukkelijk zo beslist in Hoge Raad 12 februari 1999, *JAR* 1999, 102 (*Schoenmaker*), r.o. 4.4. In genoemd arrest overwoog de Hoge Raad dat in deze beschouwing van alle omstandigheden als eerste de volgende omstandigheid moet worden betrokken: 'de aard en de ernst van de aangevoerde dringende reden', en vervolgens ook gekeken kan worden naar: 'de aard van de dienstbetrekking'; 'de duur daarvan'; 'de wijze waarop de werknemer die dienstbetrekking heeft vervuld' en 'zijn persoonlijke omstandigheden' (zoals zijn leeftijd en de gevolgen die een o.o.s.v. voor hem zou hebben).

Interessant is nu dat op grond van dezelfde (zojuist weergegeven) belangenafweging de Hoge Raad concludeerde tot het bestaan van een dringende reden, terwijl de A-G tot precies de tegenovergestelde conclusie kwam. Dat alleen levert reden op tot nadere beschouwing. Interessant is voorts dat de A-G in zijn betoog uitgaat van de gedachte dat het o.o.s.v. *ultimum remedium* is. Dit betekent dat bij de beoordeling van de dringende betekenis moet worden toegekend aan het

antwoord op de vraag of van de werkgever kon worden geveerd de arbeidsovereenkomst langs andere (lees: voor de werknemer minder bezwarende) weg te beëindigen, dan via een o.o.s.v. Opvallend is nu dat in het arrest van de Hoge Raad van deze gedachte geen spoor is aan te treffen. Ook aan dit punt besteden wij hierna aandacht.

3. In de Schoenmaker-zaak overwoog de Hoge Raad dat wanneer de gevolgen van het o.o.s.v. voor de werknemer te ernstig zijn in verhouding tot het belang bij het o.o.s.v. van de werkgever, er geen sprake kan zijn van een dringende reden. Zodoende komt het in o.o.s.v.-zaken veelal aan op een afweging van de persoonlijke omstandigheden van de werknemer tegen de aard en ernst van de dringende reden zoals aangevoerd door de werkgever. Prevaleren de persoonlijke omstandigheden, dan is *geen* sprake van een dringende reden; prevaleren de aard en ernst van de dringende reden, dan dus *wèl*. De uitkomst van de afweging lijkt op voorhand enigszins onvoorspelbaar (wanneer prevaleert nu het één, dan wel het ander?). Dat blijkt ook wel uit het feit dat in de onderhavige procedure gerechtshof en Hoge Raad concludeerden tot het bestaan van een dringende reden, terwijl kantonrechter en A-G dat niet deden. Deze onvoorspelbaarheid is volgens Quist inherent aan de 'alle-omstandigheden-van-het-geval-benadering' die de Hoge Raad ook toepast ten aanzien van de vraag of kan worden gesproken van een dringende reden. De open norm 'dringende reden' dient immers te worden ingevuld aan de hand van een aantal verschillende gezichtspunten (aard en ernst van de dringende reden, de aard van de dienstbetrekking et cetera). Niet duidelijk is echter wat de relatieve zwaarte is van de verschillende gezichtspunten, en dus *hoe* die gezichtspunten tegen elkaar moeten worden afgewogen (J.P. Quist, 'De gezichtspuntencatalogus bij ontslag op staande voet: wordt de Hoge Raad op de voet gevolgd?', *ArA* 2007/1). Dat laatste blijft uiteindelijk ter beoordeling van de (feiten)rechter, en is zo (tot op zekere hoogte) subjectief van aard en daarmee dus onvoorspelbaar (zie evenwel S.F. Sagel en E. Verhulp, *Onzekere tijden voor het ontslag op staande voet?*, in: S.F. Sagel en E. Verhulp (red.): *Voor de Laat: de Hoge Raad*, Reeks VvA 34, Deventer: Kluwer 2005, p. 83 e.v. volgens wie het met de onvoorspelbaarheid wel mee valt).

Zo kon het vermoedelijk gebeuren, dat A-G en Hoge Raad (die laatste in navolging van het gerechtshof) na een toetsing van dezelfde gezichtspunten tot een verschillende uitkomst kwamen. De A-G is van oordeel dat voor het standpunt van de werknemer (er is geen sprake van een dringende reden) veel is te zeggen. In zijn visie pleiten voor de werknemer 'de duur van het dienstverband' en 'de wijze waarop dat door werknemer is vervuld' ('werknemer heeft jarenlang probleemloos gefunctioneerd') en een 'persoonlijke omstandigheid' ('zware consequenties van het ontslag voor werknemer, nu hij alleenverdiener is en twee zeer jonge kinderen heeft'). Tegen de 'aard en ernst van de dringende reden' pleit volgens de A-G nog de omstandigheid dat de diefstal goederen van (mogelijk) geringe waarde betreft. Daartegen woog volgens de A-G *niet* op een aantal omstandigheden die in het kader van de aard en ernst van de dringende reden tegen de werknemer pleitten, te weten: het strikte huisbeleid van de Bijenkorf waarin stond vermeld dat diefstal door het personeel altijd leidt tot een o.o.s.v., dat dit beleid herhaaldelijk en zeer recentelijk onder de aandacht is gebracht, en dat de werknemer uitdrukkelijk was geweigerd de later door hem ontvreemde goederen te kopen tegen sterk gereduceerde prijzen.

De Hoge Raad ziet dat anders en oordeelt dat de Bijenkorf voldoende zwaarwegende redenen had haar bedrijfsbeleid inzake diefstal strikt te handhaven (als detailhandelspecialist heeft Bijenkorf te maken met een sterk verhoogd risico op diefstal), en dat aangevoerde omstandigheden 'ook overigens' het o.o.s.v. kunnen dragen, nu werknemer van het beleid op de hoogte was, wist dat dit werd gehandhaafd en werknemer door zijn eigen handelswijze aanleiding heeft gegeven tot een vertrouwensbreuk (r.o. 3.5).

Op deze overweging van de Hoge Raad is de kritiek zoals die door Quist is geformuleerd op de gezichtspuntenrechtspraak goed toepasbaar. De Hoge Raad geeft immers aan waarom er sprake is van een naar de aard en in ernst voldoende dringende reden voor een o.o.s.v., maar laat na aan te geven waarom dat opweegt tegen de persoonlijke omstandigheden van de desbetreffende werknemer. Kennelijk is dat zo (zit daarin niet zelfs iets van een machtswoord van de Hoge Raad?),

de persoonlijk omstandigheden van de werknemer worden zelfs niet eens meer benoemd in het arrest, maar waarom dat zo is blijft duister. Derhalve is het de vraag of het eindoordeel in deze zaak uiteindelijk, na lezing van het arrest, te billijken is. Wij houden het er maar op, dat wanneer men sympathie heeft voor het standpunt van de A-G, men niet direct overtuigt raakt door de toch wat summier motivering waarvan de Hoge Raad zich hier bedient.

Opvallend is verder dat de Hoge Raad – in tegenstelling tot de A-G – geen aandacht lijkt te schenken aan de omstandigheid dat de gestolen goederen van betrekkelijk geringe waarde waren. Is dit een bewuste keuze? En mag daaruit aldus worden afgeleid dat dit een omstandigheid is die dus geen gewicht in de schaal legt in dit soort zaken? De lagere rechtspraak lijkt in ieder geval wel geregeld in die zin te oordelen. Zo is te wijzen op Kantonrechter Maastricht 25 augustus 210, *LJN* BR5413 waarin een potje crème was gestolen, of op Ktr. Haarlem 2 december 2010, *LJN* B08991 waarin 187 belminuten ter waarde van nog geen € 27,= waren verduisterd, of Ktr. Groningen 24 september 2009, dat handelde over de ontvreemding van een fles Bacardi-rum, zie voorts Rb. Haarlem 17 oktober 2000, *JAR* 2001/1 (achteroverdrukken van een zakje pinda's) en Kantonrechter Den Bosch 10 februari 2002, *JAR* 2003/80 (diefstal van één pen); in geen van deze zaken (b)leek de rechter vatbaar voor het argument dat de gestolen zaken van betrekkelijk geringe geldelijk waarde waren.

Deze lijn in de rechtspraak is volgens ons goed te volgen. Ook als men één en ander – zoals de Hoge Raad dat lijkt te doen – in de sleutel plaatst van de vertrouwensband die tussen werkgever en werknemer dient te bestaan (vgl. de formulering van artikel 7:678 lid 2 sub b 'het vertrouwen onwaardig worden', welke zinsnede expliciet terugkomt in het arrest). De gedachte achter het argument van de betrekkelijk geringe waard lijkt te zijn geweest, dat men bij een 'kleine' diefstal misschien nog net het vertrouwen van de werkgever waardig is, terwijl hij dat bij een 'grote(re)' diefstal zeker niet meer is. Het lijkt ons echter aan de detailhandel eigen te zijn dat de individuele goederen doorgaans een relatief lage waarde vertegenwoordigen. De vraag is dan, waar legt men de grens? Daarnaast is deze lijn van rechtspraak ook goed te verdedigen vanuit de gedachte die in de o.o.s.v.-jurisprudentie leeft dat wanneer er causaal verband bestaat tussen een strafrechtelijk vergriep (zoals diefstal) en de inhoud van de arbeidsovereenkomst, o.o.s.v. eerder is toegestaan. Ontbreekt het causaal verband echter, dan wordt een o.o.s.v. onrechtmatig geoordeeld (zie daarover A.R. Houweling, 'Arbeidsrechtelijke aspecten en gevolgen van strafrecht: wat moet de strafrechter weten over de consequenties van zijn oordeel over het arbeidsrecht?', *Delikt en Delinkwent*, 41/4, p. 462-483). Van causaal verband tussen de functie van de werknemer en het vergriep, was in casu ontegenzeggelijk sprake. Interessant is of het oordeel hetzelfde had geluid indien niet een winkelpersoneelslid, maar bijvoorbeeld de interne financial controller de goederen had weggenomen. Hoe dan ook, met dit arrest (en de lagere rechtspraak) is eens te meer bevestigd dat diefstal in de detailhandel een sterk gezichtspunt ten voordele van de werkgever oplevert.

Interessant is nog de overweging van de Hoge Raad dat de Bijenkorf voldoende zwaarwegende redenen had voor haar bedrijfsbeleid (dat eruit bestond dat diefstal via o.o.s.v. zou worden gesanctioneerd) en aan dat beleid strikt de hand mocht houden omdat de werknemer van dit beleid op de hoogte was en wist dat het beleid werd gehandhaafd. In deze overweging zit iets van een *self-fulfilling prophecy* (omdat we dreigen met o.o.s.v., we dat vervolgens geven, mogen we dat ook daadwerkelijk doen) en geeft voedingsbodem aan het bestaan van wat wij maar zullen noemen 'de maakbaarheid van de dringende reden.' In ieder geval wordt door dergelijk handelen de subjectiviteit van de dringende reden sterk gekleurd. Nog steeds moet er wel in objectieve zin ook sprake zijn van een dringende reden. Een werkgever die van zijn medewerker verlangt dat die voortaan om 12.00 uur stipt de tafel dekt, terwijl dit niet tot de functie van werknemer behoort, zal moeilijk kunnen volhouden dat dit 'beleid is' waar hij strikt op 'toeziet' en dus een dringende reden bij schending van dit beleid oplevert. In objectieve zin valt deze gedraging namelijk niet als een dringende reden te kwalificeren.

4. Interessant is nog de constatering dat de Bijenkorf-cao ook andere sancties toelaat dan o.o.s.v. Zo lezen wij in de Bijenkorf cao de volgende bepaling: '3.3.1.a. (...) De schorsing vindt *in beginsel* plaats met behoud van loon.' Wellicht had dus ook kunnen worden volstaan met een veel minder zware sanctie voor deze werknemer, namelijk: schorsing zonder behoud van loon, gevolgd door eventueel een opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens verstoorde arbeidsverhouding. Daarmee raken wij meteen aan ons tweede punt: het o.o.s.v. als *ultimum remedium*. De A-G vermeldt in zijn conclusie onder 9 dat de Hoge Raad er in sommige gevallen betekenis aan toe lijkt te kennen dat er mogelijkheden bestonden om de arbeidsverhouding langs andere weg dan het ontslag op staande voet te beëindigen. Zijn er zulke mogelijkheden, dan hadden die eerst moeten worden benut, alvorens tot een o.o.s.v had kunnen worden gekomen. Een recent arrest waarin de Hoge Raad dat – ook volgens de A-G (zie voetnoot 6 conclusie A-G) – lijkt te doen is Hoge Raad 17 december 2010, JAR 2011/19 (ABN AMRO; m.nt. M.M. Koevoets). Daarin lag aan de Hoge Raad de vraag voor of werkverzuim wegens strafrechtelijk detentie per definitie een dringende reden voor o.o.s.v. oplevert. Aan het slot van rechtsoverweging 3.5 nam de Hoge Raad het volgende op: 'Dat oordeel [dat na afweging van alle omstandigheden van het geval geen sprake is van een dringende reden; ARH & PLMS], berust op waarderingen van feitelijke aard, is, *mede gelet op het bestaan van andere mogelijkheden tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst*, niet onbegrijpelijk en behoeft geen nadere motivering' (cursivering ARH & PLMS). Leest men deze overweging, dan lijkt het erop alsof het bestaan van alternatieve mogelijkheden voor ontslag de 'begrijpelijkheid' van de belangenafweging van het o.o.s.v. inkleuren. Er zijn echter, zo constateert Houweling (A.R. Houweling, 'Wat strafrechtelijk niet mag, rechtvaardigt niet zonder meer civielrechtelijk ontslag', CRA 2011, p. 86), altijd alternatieve wijzen voor beëindiging van de arbeidsrelatie dan ontslag op staande voet: 'Als dit werkelijk zo door de Hoge Raad bedoeld is, dan lijkt het ontslag op staande voet daarmee (nog) verder aan banden te zijn gelegd.' Houweling betitelt één en ander dan ook als een voorzichtig voorstel van de Hoge Raad tot afschaffing van het o.o.s.v. (zie voor een voorstel reeds in die zin C.J. Loonstra, 'Snijden in het ontslagrecht', NJB 2005 (6), p. 290-297). Deze uitleg van het arrest is bestreden door Sagel (zie S.F. Sagel, 'Een onvoorwaardelijke veroordeling van het ontslag op staande voet in verband met een strafrechtelijke veroordeling?', TRA 2011/11-88). Volgens Sagel – zo is althans zijn taxatie – zou de Hoge Raad met deze overweging slecht een (kleine) vingerwijzing hebben willen geven aan de afdeling HR van de AMRO bank om in gevallen als deze (waarin sprake was van een strafrechtelijk vergrijp dat niet in een causale relatie stond tot de werkzaamheden, vgl. ook hiervoor) wellicht iets meer terughoudendheid te betrachten.

In het onderhavige arrest vindt men een overweging als de zojuist geciteerde niet terug. De vraag rijst welke conclusie daaraan nu kunnen worden verbonden. Betekent dit dat bij het o.o.s.v. vooralsnog *geen* uitgangspunt is dat het hanteren van dit middel beperkt dient te blijven tot gevallen waarin echt geen coulantere houding van de werkgever gevergd kon worden, of kwalificeert het onderhavige (volgens de Hoge Raad) nu juist als zo een uiterst geval zodat genoemd uitgangspunt als zodanig wel geldt maar in casu niet van toepassing was? Op dat laatste lijkt te duiden de overweging van de Hoge Raad dat Bijenkorf voldoende zwaarwegende redenen had haar bedrijfsbeleid tegen diefstal door eigen personeel te handhaven. Gelet op het feit dat in dit beleid meteen voor het *ultimum remedium* o.o.s.v. als sanctiestelling was gekozen, is het dus kennelijk niet alleen zo dat men de eigen dringende reden mag en kan creëren (zie hiervoor), maar datzelfde kennelijk ook mag en kan met betrekking tot het *ultimum remedium*. Een zorgvuldig geformuleerd beleid, alsmede streng toezicht en handhaving van dit beleid, geeft werkgevers zowel ten aanzien van de dringende reden als het *ultimum remedium*-criterium het voordeel van de twijfel.

5. Namens de werknemer is in cassatie geweest op de parallel tussen de onderhavige zaak en het bekende arrest Hoge Raad 21 januari 2000, JAR 2000/45 (P./HEMA). In deze zaak stond de diefstal van twee flessen motorolie ad f 4,95 centraal door een zekere P., gepleegd na afloop van een feestje ter ere van zijn vervroegde uitdiensttreding na een zeer langdurig dienstverband. Als gevolg van het om die reden gegeven o.o.s.v. kwam P. geen aanspraak meer toe op een vertrekregeling. De Hoge

Raad vernietigde in deze zaak het oordeel van de rechtbank dat sprake was van een dringende reden. De Hoge Raad verweet de rechtbank onder meer niet te hebben meegewogen dat P. door het o.o.s.v. in een bijzonder slechte financiële positie was geraakt, die in geen verhouding stond tot het misdrijf dat hem werd verweten. Het kan toch niet zo zijn dat men enkel op straffe van o.o.s.v. iets kan stelen bij de Bijenkorf, maar daarvoor niet hoeft te vrezen bij de HEMA, zo zal de gedachte bij de werknemer (wellicht) zijn geweest. Het verenigen van de twee arresten is inderdaad zo eenvoudig nog niet, gelet ook op het zware financiële weer waarin de werknemer uit deze laatste zaak kennelijk is komen te verkeren. In het oog springend is wel dat in P./HEMA slechts eenmaal het woord 'huisregels' valt. De betekenis van een strikt diefstal- en ander wangedragbeleid is na het onderhavige De Bijenkorf-arrest dan ook niet te onderschatten. Een dringende reden maakt een werkgever voor een deel echt zelf uit!

A.R. Houweling
P.L.M. Schneider