

ANNOTATIE

Wat strafrechtelijk niet mag, rechtvaardigt niet zonder meer civielrechtelijk ontslag

A.R. Houweling

Inleiding

Het ontslag op staande voet is de meest draconische ontslagmodaliteit waarin ons ontslagstelsel voorziet. De arbeidsovereenkomst van de werknemer wordt onmiddellijk beëindigd en een eventueel recht op een WW-uitkering zal doorgaans niet geldend gemaakt kunnen worden. Naast deze directe financiële gevolgen, zijn de sociaal-emotionele gevolgen voor de werknemer veelal evenzeer ingrijpend. Bestaat er reden om te twijfelen aan de vraag of de werkgever deze ontslagmodaliteit wel terecht heeft aangewend, dan wordt hij door de werknemer al gauw geconfronteerd met een (snel oplopende) loonvordering, eventueel gecombineerd met een vordering tot wedertewerkstelling. Vanwege de ingrijpende gevolgen voor de werknemer, wordt het ontslag op staande voet wel het 'ultimum remedium' binnen het ontslagrecht genoemd (zie 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*, Reeks VvA 34, Deventer: Kluwer 2005, p. 83 e.v.).

Zowel werkgever als werknemer zijn gebaat bij duidelijkheid omtrent de vraag wanneer en onder welke omstandigheden dit 'paardenmiddel' kan en mag worden ingezet. Volgens de wet bestaat een dringende reden voor de werkgever ingevolge artikel 7:678 BW in 'dadens, eigenschappen of gedragingen' van een werknemer die ten gevolge hebben dat 'van de werkgever redelijkerwijs niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren'. Het tweede lid van artikel 7:678 BW geeft vervolgens een niet-limitatieve lijst van omstandigheden die een dringende reden kunnen opleveren. Een van die omstandigheden is artikel 7:678 lid 2 sub l BW: 'het door opzet of roekeloosheid buiten staat raken of blijven de bedongen arbeid te verrichten'. Een andere omstandigheid is artikel 7:678 lid 2 sub k BW: 'de grovelijke veronachtzaming van verplichtingen voortvloeiende uit de arbeidsovereenkomst'.

Op basis hiervan kan men zich ten aanzien van de onherroepelijk strafrechtelijk veroordeelde werknemer afvragen of (1) hem niet te verwijten valt dat hij niet in staat is de bedongen arbeid te verrichten (in de zin van art. 7:678 lid 2 sub l BW), of (2) dat hij niet ten minste toerekenbaar tekortschiet in de nakoming van zijn primaire verplichting voortvloeiende uit

zijn arbeidsovereenkomst, te weten het verrichten van arbeid (art. 7:678 lid 2 sub k BW), zodat ontslag op staande voet gerechtvaardigd is. Men kan zich zelfs afvragen of niet als subregel zou moeten worden aanvaard dat een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling van een werknemer – behoudens bijzondere omstandigheden – een dringende reden voor ontslag op staande voet oplevert. Met name deze laatste vraag komt prominent aan bod in het hier te bespreken arrest van de Hoge Raad.

Ontslag wegens het enkele feit van detentie

Een bevestigend antwoord op (een deel van) de zojuist genoemde vragen werd wel afgeleid uit het Van Nieuwenborg-arrest (HR 14 november 1986, NJ 1987, 935). Wat was daar aan de hand? De werknemer was sinds 1977 in dienst van Nieuwenborg BV. Hij werd op 6 mei 1982 gearresteerd door de politie te Venlo. Op 26 mei 1982 werd hij weer op vrije voeten gesteld. Nieuwenborg BV had de werknemer echter op 10 mei 1982 op staande voet ontslagen op de grond dat hij op 6 en 7 mei zonder enig bericht niet op het werk was verschenen. De werknemer riep de nietigheid van het ontslag in. In cassatie stelde werknemer zich onder meer op het standpunt dat hem de ongeoorloofde afwezigheid niet kon worden toegerekend. Hij kon er immers niets aan doen dat hij – door toedoen van de politie – niet in staat was de bedongen arbeid te verrichten, noch de werkgever te berichten. De Hoge Raad overwoog echter dat de opvatting van de rechtbank – dat werkverzuim een ontslag op staande voet wettigt, de arrestatie aan werknemer kan worden toegerekend en derhalve geen verontschuldigende omstandigheid bewerkstelligt – niet getuigt van een onjuiste rechtsopvatting nu de rechtbank in de stellingen van de werknemer klaarblijkelijk niet had gelezen dat hij aanvoerde dat hij zonder voldoende grond was gearresteerd. Daarbij tekende de Hoge Raad aan dat uit de gedingstukken bleek dat werknemer de stelling van Nieuwenborg BV dat de politie terecht tot arrestatie was overgegaan vanwege ‘zeer ernstige mishandeling’, onvoldoende had weersproken. Onder meer Harenberg en Ambagtsheer leidden uit dit arrest af dat het enkele feit van een arrestatie en daardoor kortere of langere tijd niet op het werk verschijnen van de werknemer een ontslag op staande voet kan rechtvaardigen (F.W.G. Ambagtsheer, ‘Einde van de dienstbetrekking wegens (verdenking van) misdrijf’, *ArbeidsRecht* 1997, 59 en W.L. Harenberg, ‘Verzuim wegens hechtenis’, *ArbeidsRecht* 1995, 31).

Deze ‘enkele feit’-benadering lijkt inmiddels achterhaald. Van Luyn en Van Poelgeest wijzen erop dat uit de (lagere) rechtspraak een zekere verschuiving heeft plaatsgevonden, waarbij het *enkele feit* dat sprake is van detentie geen grond voor ontslag (meer) oplevert. Is de beëindiging van de arbeidsovereenkomst gegrond op de *detentie in samenhang met het daaraan ten grondslagliggende delict* dan lijkt ontslag eerder gerechtvaardigd. Daarbij wordt veel belang toegekend aan de vraag of er tussen het delict en het werk een verband is (bijvoorbeeld strafrechtelijke veroordeling van een accountant-werknemer wegens het frauderen in boekhouding van een stichting buiten werktijd (vgl. B.P. van Luyn en J.M. van Poelgeest, ‘Einde van de arbeidsovereenkomst wegens detentie’, *ArbeidsRecht* 2005, 66). In min of meer gelijke zin merken Bouwens en Duk op dat ‘niet-aanwezigheid op het werk wegens arrestatie door de politie (...) niet zonder meer een dringende reden tot ontslag [oplevert; ARH]’ (Van der Grinten, bew. door W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*,

Deventer: Kluwer 2008, p. 399). Ten slotte merken Disselkoen en Jakimowicz op dat het enkele feit van werkverzuim gedurende één of enkele dagen ten gevolge van detentie en/of arrestatie niet snel tot een ontslag op staande voet zal leiden. Zij achten – naast de gezichtspunten van Van Luyn en Van Poelgeest (ernst en werkgerelateerdheid van het delict) – de omstandigheid of de werknemer zijn werkgever spoedig informeert over de detentie en de eventuele organisatorische problemen voor de werkgever van belang (denk aan eventuele onrust bij terugkeer op de werkvloer, het aanwerven en aanstellen van nieuw personeel ter vervanging van de gedetineerde werknemer). Terecht wijzen zij op het feit dat de ‘loonschade’ voor de werkgever geen rol speelt, daar hij op grond van artikel 7:627 jo. 7:628 BW niet gehouden is het loon te betalen over de periode dat werknemer niet beschikbaar is de bedongen arbeid te verrichten door omstandigheden die in zijn risicosfeer liggen (V. Disselkoen & C.M. Jakimowicz, ‘Ontslag op staande voet’, in: C.J. Loonstra & W.A. Zondag (kernred.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht*, Den Haag: Sdu 2010, p. 1011).

Hard rules, subregels en gezichtspunten

Is het terecht dat deze ‘enkele feit’-benadering geen navolging meer geniet? Het antwoord op deze vraag luidt bevestigend. Immers, voor het antwoord op de vraag of sprake is van een ‘dringende reden’ voor ontslag op staande voet, dient volgens de Hoge Raad te worden getoetst aan ‘alle – in onderling verband en samenhang te beschouwen – omstandigheden van het geval’ (zie onder meer: HR 12 februari 1999, *JAR* 1999/102 (*Schrijvers/Van Essen*) en HR 6 april 1956, *NJ* 1956, 246). Net zo min als een van de in artikel 7:678 lid 2 BW genoemde gevallen ‘automatisch’ tot een ontslag op staande voet leidt (zie HR 26 april 1996, *JAR* 1669/117 (*Van der Wal/Junius*)), kan de enkele omstandigheid van detentie een dringende reden rechtvaardigen (zie uitvoerig S.F. Sagel, ‘Ontslag op staande voet, kennelijke onredelijkheid en de omstandigheden van het geval’, *ArbeidsRecht* 1999, 35). De omstandigheid dat sprake is van (onherroepelijke veroordeling tot) vrijheidsbeneming, draagt uiteraard wel bij aan het oordeel dat sprake is van een dringende reden.

In cassatie was ABN AMRO (de werkgever) zich klaarblijkelijk bewust van deze ‘alle omstandigheden van het geval’-leer van de Hoge Raad. Het eerste middel, dat het hof zou hebben miskend dat verzuim wegens detentie ‘*kan bijdragen*’ aan een rechtsgeldige dringende reden, wordt door de Hoge Raad terecht afgedaan met de overweging dat het hof dit niet heeft miskend, maar als een van de omstandigheden van het geval heeft gewogen en beoordeeld. Het echte ‘vuurwerk’ van deze zaak zit hem in de schriftelijke toelichting van ABN AMRO bij deze stelling. Volgens laatstgenoemde is er aanleiding een algemene ‘subregel’ te aanvaarden dat werkverzuim als gevolg van een onherroepelijk strafrechtelijke veroordeling in beginsel, behoudens bijzondere omstandigheden, een dringende reden voor ontslag op staande voet rechtvaardigt.

De Hoge Raad heeft zich in het verleden wel vaker laten verleiden tot het uitspreken van dergelijke ‘subregels’ of ‘vuistregels’ (zie over deze materie uitvoerig Sagel & Verhulp 2005, p. 98-101). De meest verstrekkende subregel is die waarbij de Hoge Raad oordeelt dat een bepaalde omstandigheid ‘an sich’ *nimmer* een ontslag op staande voet rechtvaardigt. Gedacht

kan worden aan onder meer de Vixia/Gerrits-doctrine ('niet-naleven van controlevoorschriften bij ziekte kan op zichzelf geen ontslag op staande voet rechtvaardigen' (HR 8 oktober 2004, *JAR* 2004/259 (*Vixia/Gerrits*)) en werkweigering van de werknemer wegens overtreding van de Arbwet door de werkgever (HR 6 april 1979, *NJ* 1979, 492). Minder vergaande subregels zijn die gevallen waar de Hoge Raad een '*in beginsel*'-subregel creëert (bijvoorbeeld: 'een stakende werknemer kan in beginsel niet worden ontslagen' (HR 22 april 1988, *NJ* 1989, 952); en 'het herhaaldelijk niet voldoen aan een redelijke opdracht van de werkgever levert in beginsel *wel* een dringende reden voor ontslag op' (HR 20 juni 2003, *JAR* 2003/179)). Hoewel bij deze laatste categorie subregels wel degelijk de 'omstandigheden van het geval' tot een ander oordeel kunnen leiden, geeft de subregel wel duidelijkheid over de weging van de omstandigheden (er zal heel wat tegenover moeten staan om het beginsel in een concreet geval niet van toepassing te laten zijn). Welnu, in de onderhavige zaak werd beoogd een subregel van deze laatste categorie te construeren. De Hoge Raad wil zich hiertoe niet laten verleiden, ook niet als het – zoals in casu het geval was – gaat om een veroordeling wegens een ernstig delict (seksueel misbruik van een minderjarige stiefzoon) waardoor de werknemer geruime tijd gedetineerd blijft (te weten: twee jaar onvoorwaardelijke celstraf; zie r.o. 3.4). Ook bij een onherroepelijk strafrechtelijk veroordeelde werknemer, dient dus de algemene maatstaf van 'alle omstandigheden van het geval' te worden aangelegd. Dat lijkt mij – zeker bij onherroepelijke strafoplegging – ook een gewenste uitkomst. Stel dat de Hoge Raad wel een dergelijke subregel zou aanvaarden, dan zou dat in zekere zin een 'dubbele bestraffing' van een persoon voor hetzelfde feit opleveren. Als maatschappij hebben wij daarvoor een strafrechtelijk systeem ontwikkeld. Heeft iemand – conform de sanctie die de maatschappij passend heeft geacht – zijn straf uitgezeten, dan is dit feit in beginsel afgedaan en mag het niet opnieuw tot bestraffing leiden. De werknemer de facto een tweede maal te bestraffen door hem zijn baan te ontnemen, staat dan op gespannen voet met het 'ne bis in idem'-beginsel (art. 4 EVRM zevende protocol). Als de gedraging die tot een strafrechtelijke veroordeling aanleiding heeft gegeven een andere materiële grond voor ontslag oplevert (vertrouwensbreuk, onrust op de werkvloer), dan kan een ontslag (op staande voet) alsnog geïndiceerd zijn. Dat staat (ook in strafrechtelijke zin) niet op gespannen voet met het 'ne bis in idem'-beginsel.

Gezichtspunten bij ontslag wegens detentie

Met de uitdrukkelijke verwerping van de hiervoor verdedigde subregel dat werkverzuim wegens detentie na een onherroepelijk strafrechtelijke veroordeling in beginsel een ontslag op staande voet rechtvaardigt, valt de rechtspraak dus definitief terug op de bekende 'omstandigheden van het geval'-toetsing. In het eerdergenoemde arrest Schrijvers/Van Essen heeft de Hoge Raad wel een aantal gezichtspunten genoemd welke bij de beoordeling of sprake is van een dringende reden van belang zijn, te weten: de aard en de ernst van de dringende reden; aard en de duur van het dienstverband; de wijze waarop de werknemer het dienstverband heeft vervuld; ende persoonlijke omstandigheden, zoals de leeftijd van de werknemer en de gevolgen van het ontslag.

In het arrest dat de aanleiding vormt voor dit commentaar geeft de Hoge Raad invulling aan de

gezichtspunten bij ontslag wegens detentie. Hij overweegt immers dat het hof – naast de duur van het dienstverband, leeftijd en kansen op de arbeidsmarkt (gezichtspunt 4 van Schrijvers/Van Essen) – terecht gewicht heeft toegekend aan de omstandigheden, dat: het strafbare feit in geen enkel verband stond tot de werkzaamheden bij ABN AMRO (ontucht met minderjarige stiefzoon/kredietadministrateur op de afdeling ‘Corporate Clients’); het strafbare feit zich geheel in de privésfeer heeft voltrokken; het strafbare feit op het functioneren van werknemer geen negatieve invloed heeft gehad; werknemer steeds voortreffelijk heeft gefunctioneerd; ABN AMRO geen directe schade heeft geleden als gevolg van langdurige detentie.

Deze omstandigheden zijn afgewogen tegen: de ernst van het delict; de verwachte onrust op de werkvloer bij terugkeer; het geschonden vertrouwen van werkgever.

De gezichtspunten 3 en 4 vallen in feite onder het algemene gezichtspunt ‘wijze waarop de werknemer het dienstverband heeft vervuld’. De ernst van het delict in relatie tot het werk (gezichtspunten 1, 2 en 6) zouden onder het algemene gezichtspunt ‘aard en ernst van de dringende reden’ geschaard kunnen worden. De (overige) gezichtspunten sluiten aan bij de hiervoor besproken opvattingen in de literatuur (zie onder 2).

Hiermee geeft de Hoge Raad de omstandigheden die van belang zijn bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van een ontslag op staande voet bij werkverzuim wegens detentie. Zo zal een strafrechtelijke veroordeling van een directeur van een kinderdagverblijf wegens ontucht met minderjarige familieleden (mogelijk) een ontslag op staande voet rechtvaardigen, terwijl dat in de onderhavige zaak niet het geval was. Dit ondanks het feit dat het strafbare feit zich in beide gevallen afspeelde in de privésfeer en op het functioneren van de betrokken werknemer niets was aan te merken. Het ligt in de rede dat de door de Hoge Raad weergegeven gezichtspunten daarbij door de rechtspraak als ‘checklist’ zullen worden gebruikt.

Het is uiteindelijk aan de feitenrechters de verschillende gezichtspunten (omstandigheden) te beoordelen en te waarderen. De Hoge Raad kan over die waardering van feiten – anders dan op gronden van begrijpelijkheid en motivering – geen oordeel geven. De Hoge Raad wijst daar aan het slot van rechtsoverweging 3,5 zelfs expliciet op en lijkt daarmee min of meer te zeggen dat de uitkomst net zo goed anders had kunnen zijn, maar dat dit aan het oordeel van de feitenrechter is overgelaten. De invulling van deze ‘alle omstandigheden van het geval’-toets blijft dus voor een belangrijk deel ‘feitenrechtersrecht’. Deze toets doet enerzijds recht aan de bijzondere omstandigheden van het individuele geval en geeft dus ruimte voor maatwerk, terwijl anderzijds de voorspelbaarheid van de rechtsgeldigheid van een dringende reden daardoor lastig blijft. De Hoge Raad zou hier nog meer in kunnen sturen – behoudens het formuleren van de hierboven genoemde subregels – door een zekere rangorde in gezichtspunten aan te geven (zie C.J. Loonstra & J.P. Quist, ‘Gezichtspuntencatalogi in het arbeidsrecht: de omstandigheden van het geval geïnventariseerd’, *ArA* 2008/3, p. 4 e.v.).

Weg met het ontslag op staande voet

Ten slotte wijs ik nog op een interessante (en opvallende) overweging van de Hoge Raad. Aan

het slot van rechtsoverweging 3.5 staat het volgende: 'Dat oordeel [dat na afweging van alle omstandigheden van het geval geen sprake is van een dringende reden; ARH], dat berust op waarderingen van feitelijke aard, is, *mede gelet op het bestaan van andere mogelijkheden tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst*, niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering' (cursivering ARH). Het lijkt erop alsof de alternatieve mogelijkheden voor ontslag (welke bedoelt de Hoge Raad?) de 'begrijpelijkheid' van de belangenafweging van het ontslag op staande voet inkleuren. Als er geen alternatieve ontslagmogelijkheid zou zijn geweest, was het oordeel van het hof dan wel onbegrijpelijk geweest? Er zijn echter altijd alternatieve wijzen voor beëindiging van de arbeidsrelatie dan ontslag op staande voet. Als dit 'gezichtspunt' werkelijk zo door de Hoge Raad bedoeld is, dan lijkt het ontslag op staande voet daarmee (nog) verder aan banden te zijn gelegd.

Geconcludeerd kan worden dat het ontslag op staande voet het 'ultimum remedium' van ons ontslagrecht is en blijft. Vanwege de verstrekkende gevolgen voor de werknemer is dat een ook begrijpelijk oordeel. Om maar in de sfeer van dit (strafrechtelijk getinte) arrest te blijven: als de Hoge Raad een voorzichtig voorstel doet tot afschaffing van de (arbeidsrechtelijke) 'doodstraf', moeten we dat misschien maar eens gaan codificeren.