

In staat van ontbinding? De voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz

F.A. Chorus en S. van Waegeningh, datum 30-08-2016

Datum	30-08-2016
Auteur	F.A. Chorus en S. van Waegeningh ^[4]
Folio weergave	Download gedrukte versie (PDF)
Vakgebied(en)	Arbeidsrecht / Algemeen

In dit artikel staat de vraag centraal of het onder de Wwz nog mogelijk is na een door de werkgever verleend ontslag op staande voet de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever voorwaardelijk te ontbinden. Hierover zijn inmiddels diverse beschikkingen geweest^[1], annotaties geschreven en artikelen gepubliceerd^[2], waarin verschillende opvattingen zijn verwoord. Ook de rechtspraak lijkt over dit onderwerp verdeeld te zijn. Enkele kantonrechters, gerechtshoven en auteurs menen dat de voorwaardelijke ontbinding ook na 1 juli 2015 in het algemeen – dan wel in bepaalde situaties – nog mogelijk moet zijn, anderen lijken te menen van niet.^[3]

1. Groot belang

De vraag of de voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz nog bestaansrecht heeft, is voor de arbeidsrechtspraktijk van groot belang. Recentelijk heeft de rechtbank te Overijssel hierover prejudiciële vragen aan de Hoge Raad voorgelegd.^[5] Het is nog niet duidelijk wanneer het antwoord op deze vragen van de Hoge Raad zal volgen. Mede daarom hebben wij reden gezien ons aan de hand van de relevante wetgeving, rechtspraak en literatuur nader over deze vraag te buigen.

Voordat wij tot beantwoording van de kernvraag komen, zullen wij eerst de ratio en achtergrond van de rechtsfiguur ‘voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst’ bespreken.

2. Historie, ratio en achtergrond voorwaardelijke ontbinding onder oud recht

Als werkgever en werknemer van mening verschilden over de vraag of tussen hen (nog) sprake was van een arbeidsovereenkomst, was het onder oud recht (d.w.z. voor inwerkingtreding Wwz) gangbare praktijk om een ‘voorwaardelijke ontbindingsprocedure’ te starten.^[6] Eén van de partijen diende dan een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst in, onder de voorwaarde dat de arbeidsovereenkomst (nog) bestond en/of niet eerder op rechtsgeldige wijze tot een einde was gekomen. De uitgesproken ontbinding werd daarmee ook van dit laatste feit afhankelijk gemaakt.

Voorwaardelijke ontbindingsprocedures kwamen relatief vaak voor in het kader van een door de

werkgever verleend ontslag op staande voet. Belangrijk voordeel van de voorwaardelijke ontbinding was dat (met name) de werkgever relatief snel zekerheid kon krijgen over het einde van de arbeidsovereenkomst. Zo kon de werkgever de mogelijke financiële consequenties beperken die daaraan waren verbonden. In het bijzonder kon hierdoor het risico op omvangrijke loonvorderingen van de werknemer (en aanverwante langdurige bodemprocedures) in belangrijke mate worden ingeperkt.

Onder oud recht bleek de ontbindingsprocedure ex art. 7:685 (oud) BW zich hier in de praktijk om diverse redenen uitstekend voor te lenen. Deze verzoekschriftprocedure werd gekenmerkt door een informeel karakter, een beschikking tot ontbinding werd in de regel op vrij korte termijn uitgesproken (zonder inachtneming van de opzegtermijn) en de beschikking was niet voor appel vatbaar.

Aanvankelijk was de voorwaardelijke ontbinding in literatuur en rechtspraak niet onomstreden.^[7] In 1982 heeft de Hoge Raad echter in het arrest Bravenboer/Van Rhee geoordeeld dat een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding op grond van art. 1639w BW (de voorganger van art. 7:685 BW) 'rechtens geoorloofd en toewijsbaar is'.^[8] Een nadere onderbouwing hiervan heeft de Hoge Raad in dit arrest niet gegeven. Zijn oordeel dat een voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst tot de mogelijkheden moet behoren, sluit aan bij de lezenswaardige conclusie bij dit arrest van A-G Ten Kate. De A-G wijst er allereerst op dat in de rechtspraak en de literatuur de figuur van een voorwaardelijke eis c.q. rechtshandeling algemeen aanvaard is, zoals de voorwaardelijke opzegging, de voorwaardelijke eis in reconventie, het voorwaardelijk verzoek in appel en het voorwaardelijke verzoek tot verlenging van de huurovereenkomst. De A-G overweegt vervolgens dat de werkgever een gewichtig en gerechtvaardigd belang heeft bij voorwaardelijke ontbinding en ziet niet in waarom dit niet tot de mogelijkheden zou kunnen behoren:

“Waarom zou de werkgever niet – evenals de werkgever die in gelijke omstandigheden verkeert maar geen geschil over een andere, eerder ingetreden beëindigingsgrond heeft – een vaststelling mogen vragen, of in de gegeven omstandigheden een ontbinding gerechtvaardigd is (...) ? Door zodanige beslissing worden de rechten en verplichtingen van pp. nader bepaald, afgezien van het hen verdeeld houdende geschil.”

Waar de Hoge Raad in Bravenboer/Van Rhee zijn oordeel dat een voorwaardelijke ontbinding “rechtens geoorloofd en toewijsbaar is” niet nader heeft toegelicht, heeft hij dat wel krap een jaar later gedaan in het arrest Nijman/X.^[9] Anders dan in Bravenboer/Van Rhee, was hier sprake van een situatie die in deze bijdrage centraal staat, te weten een ontslag op staande voet, gevolgd door een verzoek van de werkgever de arbeidsovereenkomst te ontbinden voor zover zou blijken dat deze door het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig zou zijn geëindigd.

Nadat de werknemer ex (toenmalig) art. 6 lid 1 BBA de nietigheid van het hem aangezegde ontslag op staande voet had ingeroepen, en op die grond in een bodemprocedure (onder andere) loon had gevorderd, verzocht werkgever Nijman de arbeidsovereenkomst met de werknemer op de voet van art. 1639w BW te ontbinden ‘voor zover zou blijken dat deze niet zou zijn geëindigd’. De Hoge Raad zag (opnieuw) geen reden om waarom een voorwaardelijk ontbindingsverzoek in die omstandigheden niet toewijsbaar zou zijn, en oordeelde als volgt:

“Het onderhavige geval wordt daardoor gekenmerkt dat het effect van het door de werkgever aan de werknemer gegeven ontslag op staande voet, onzeker is, nu de werknemer binnen de in art. 9 lid 2 BBA 1945 genoemde termijn de nietigheid van het ontslag (...) heeft ingeroepen. Het kan geruime tijd duren voordat op dit punt bij een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke uitspraak zekerheid is verkregen.

Derhalve mag ervan worden uitgegaan dat de werkgever er in het algemeen een gerechtvaardigd belang bij heeft om in zodanig geval voorwaardelijk ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de voet van art. 1639w te vragen, namelijk voor het geval de arbeidsovereenkomst blijkt niet te zijn geëindigd door het aan de werknemer op staande voet gegeven ontslag. Geen rechtsregel verzet zich tegen een dergelijke gang van zaken en aan de toewijsbaarheid van een zodanig verzoek tot ontbinding staan in het bijzonder niet in de weg omstandigheden als de Rb. (...) op het oog had. Immers (...) een zodanige gang van zaken [strookt] met aard en strekking van de in art. 1639w geregelde procedure, die is gericht op een spoedige beslissing, waaraan ook in een geval als het onderhavige behoefte is.”

3. Juridisch beoordelingskader voorwaardelijke ontbinding

Uit de hierboven genoemde arresten valt volgens ons op te maken dat de Hoge Raad zijn oordeel dat een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding ex art. 7:685 BW toelaatbaar en toewijsbaar is, baseert op twee kerncriteria:

1. er is geen rechtsregel die zich hiertegen verzet;
2. de werkgever heeft in het algemeen een gerechtvaardigd belang bij een beslissing op korte termijn over het eindigen van de arbeidsovereenkomst.

Wij zijn van mening dat de vraag of ook na 1 juli 2015 (nog) plaats is voor de voorwaardelijke ontbinding nog steeds aan de hand van deze twee door de Hoge Raad ontwikkelde kerncriteria – of: uitgangspunten – zal moeten worden beoordeeld en beantwoord. In zoverre kunnen wij niet goed plaatsen dat in de literatuur wordt betoogd – onder meer door Barentsen en Sagel – dat de genoemde arresten, in het bijzonder Nijman/X, niet kan “*dienen als onderbouwing voor de aanvaardbaarheid van een voorwaardelijke ontbinding in het nieuwe systeem*”.^[10] Dit gaat er volgens ons aan voorbij dat de Hoge Raad in genoemde arresten geen (algemene) *rechtsregels* over de voorwaardelijke ontbinding heeft *geformuleerd*, maar enkel over deze rechtsfiguur gerezen *rechtsvragen* heeft *beantwoord*. Anders gezegd: de Hoge Raad heeft met deze arresten niet zozeer een ‘legitimiteit’ voor de voorwaardelijke ontbinding *gecreëerd*. De Hoge Raad heeft enkel naar oud recht geoordeeld of de werkgever hier een gerechtvaardigd belang bij heeft en in het verlengde daarvan of zich een rechtsregel tegen de voorwaardelijke ontbinding *verzet*. Dit laatste was naar het oordeel van de Hoge Raad onder oud recht niet het geval, en daarmee achtte de Hoge Raad de figuur van de voorwaardelijke ontbinding onder oud recht in principe toegestaan. De benadering van de Hoge Raad in de genoemde arresten lijkt in algemene zin juist. Dus niet: waarom mag het wel? Maar: waarom mag het niet?

Wij menen dat deze visie ook onder de Wwz als beoordelingskader zou moeten dienen. Het gegeven dat de voorwaardelijke ontbinding (ook) per 1 juli 2015 geen wettelijk kader heeft gekregen, rechtvaardigt volgens ons dan ook niet de conclusie dat onder de Wwz vraagtekens bij de legitimiteit van deze rechtsfiguur kunnen worden gezet, zoals in de literatuur wel wordt gesuggereerd.^[11] Ook onder oud recht was de voorwaardelijke ontbinding immers niet (expliciet) wettelijk geregeld. Daarbij wijzen wij erop dat ook diverse andere vormen van voorwaardelijke (rechts)vorderingen al sinds jaar en dag rechtens toelaatbaar en toewijsbaar worden geacht, terwijl daaraan evenmin een expliciet wettelijk kader ten grondslag ligt. Wij noemen o.a. de voorwaardelijke ontbinding van de huurovereenkomst en de voorwaardelijke reconventionele vordering. Laatstgenoemde rechtsfiguur is bij voorbeeld zowel

onder 'oud' als 'nieuw' Rv niet expliciet wettelijk geregeld, maar heeft bij ons weten onder geen van beide regimes ter discussie gestaan.

Kortom, wij menen dat de vraag of nog plaats is voor de voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst ook onder de Wwz nog steeds aan de hand van de volgende twee (samenhangende) deelvragen te worden beantwoord:

1. Is er een rechtsregel die zich hiertegen verzet?
en (in dat verband)
2. Heeft de werkgever hierbij voldoende belang?

Wij zullen deze vragen thans beantwoorden.

4. De voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz: twee vragen, twee scenario's, één uitkomst?

4.1 De vragen

De (eerste) vraag of er onder de Wwz een rechtsregel is die zich expliciet verzet tegen de figuur van de voorwaardelijke ontbinding kan in onze optiek in principe kortweg met 'nee' worden beantwoord. Ook per 1 juli 2015 bestaat immers geen wettelijk verbod op het indienen van een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst.^[12] Dit laat echter onverlet dat uit hoofde van de wet zonder voldoende belang niemand een rechtsvordering toekomt, zie art. 3:303 BW. Ook dit is uiteraard een rechtsregel, en de tweede deelvraag komt daarmee in beeld: heeft de werkgever een voldoende (gerechtvaardigd) belang bij zijn verzoek tot voorwaardelijke ontbinding? Is dat niet het geval, dan staat de rechtsregel van art. 3:303 BW o.i. aan de voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst in de weg en valt in redelijkheid niet in te zien waarom een zodanig verzoek onder de Wwz toelaatbaar en toewijsbaar zou kunnen zijn. In de recente rechtspraak blijken voorwaardelijke ontbindingsverzoeken nogal eens te stranden op dit vereiste van 'voldoende (gerechtvaardigd) belang'.^[13] Wij gaan thans nader op dit criterium in.

Blijkens de overwegingen van de Hoge Raad in Nijman/X achtte de HR het gerechtvaardigd belang van de werkgever in deze zaak allereerst gelegen in het spoedig verkrijgen van zekerheid over ontslag van een op staande voet ontslagen werknemer, van welk ontslag (naar oud recht) de nietigheid tijdig was ingeroepen. Het is de vraag of die argumentatie onder de Wwz nog overtuigt c.q. een gerechtvaardigd (voldoende) belang voor de werkgever vormt om een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding in te dienen.

In dat verband zijn met name de volgende wetswijzigingen van belang. Allereerst is het sinds 1 juli 2015 voor de werknemer niet meer mogelijk het ontslag op staande voet (binnen zes maanden) buitengerechtelijk te vernietigen, om vervolgens geruime tijd met het instellen van een bodemprocedure te wachten. Krachtens art. 7:686a lid 4 BW jo. art. 7:681 BW dient de werknemer immers reeds binnen twee maanden de vernietiging van de opzegging te verzoeken door indiening van een daartoe strekkend verzoekschrift bij de kantonrechter. Daarmee wordt, eveneens anders dan onder oud recht, terstond een procedure in gang gezet die strekt tot een constitutief oordeel over de rechtsgeldigheid van het ontslag op staande voet. Als de kantonrechter oordeelt dat het ontslag op

staande voet niet rechtsgeldig is verleend, zal de kantonrechter het ontslag op staande voet kunnen vernietigen of de werknemer (op zijn verzoek) een billijke vergoeding kunnen toekennen. In geval van vernietiging zal de arbeidsovereenkomst (nog steeds) met terugwerkende kracht worden hersteld, waarmee ook de loondoorbetalingsplicht zal herleven. In zoverre blijven de strekking en (mogelijke) gevolgen van de vernietigingsprocedure onder de Wwz in het algemeen gelijk aan de procedure ex art. 6 BBA (oud). Ook na 1 juli 2015 kan de werknemer die op staande voet is ontslagen, zij het langs een andere route, immers inzetten op vernietiging van het ontslag, in welk geval alle loonaanspraken met terugwerkende kracht kunnen komen te herleven. Wij menen dan ook dat het vervallen van de mogelijkheid tot buitengerechtelijke vernietiging ex art. 6 BBA – c.q. de nieuwe procedure ex art. 7:686a lid 4 BW jo. art. 7:681 BW – als zodanig geen valide argument is om de voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz ter discussie te stellen. Ook o.a. Bouwens en Bij de Vaate lijken deze mening toegedaan.^[14]

Er is echter in de Wwz wel een andere wetsbepaling die mogelijk in de weg staat aan het aannemen van een belang bij voorwaardelijke ontbinding. Dat betreft art. 7:683 BW, waarin een complex systeem is opgenomen van mogelijke beslissingen in hoger beroep tegen de beschikking van de kantonrechter in eerste aanleg. Zowel de appellabiliteit van de ontbindingsbeschikking als die van de vernietigingsbeschikking roepen in dit verband vragen op.

Allereerst kan de mogelijkheid hoger beroep tegen de ontbindingsbeschikking in te stellen ertoe leiden dat de uiteindelijke beslissing op het verzoek tot voorwaardelijke ontbinding geruime tijd op zich laat wachten. De vraag dringt zich daarmee op of de ontbindingsprocedure ook onder de *Wwz naar aard en strekking is gericht op een spoedige beslissing* (zie het slot van de geciteerde overweging uit Nijman/X) en of de werkgever daarmee nog belang bij een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding kan hebben. Anders dan in de literatuur wel wordt betoogd^[15], menen wij dat de ontbindingsprocedure – zijnde een verzoekschriftprocedure – ook onder de Wwz naar aard en strekking gericht is op een spoedige beslissing. Zoals Van der Kraats al heeft gesignaleerd, heeft de wetgever als reden om in de Wwz (vaker) te kiezen voor de verzoekschriftprocedure expliciet genoemd dat ‘de snelheid van de procedure ook een factor van belang is’.^[16] Ook onder de Wwz zal de ontbindingsprocedure binnen vrij korte termijn worden afgehandeld: art. 7:686a lid 5 BW schrijft voor dat het verzoek binnen vier weken dient te worden behandeld, waarna – zo volgt uit paragraaf 2.2.11 Procesreglement^[17] – de uitspraak in beginsel binnen vier weken zal volgen. Deze termijnen zijn in het algemeen niet langer dan onder oud recht^[18]. Daarmee is het voortvarende karakter van de ontbindingsprocedure ook onder de Wwz volgens ons een gegeven. Dat sinds 1 juli 2015 hoger beroep tegen de ontbindingsbeschikking kan worden ingesteld doet daaraan onvoldoende af, temeer niet nu het hoger beroep ingevolge art. 7:683 lid 1 BW, geen schorsende werking heeft.

Daarnaast is het mogelijk appel in te stellen tegen een beschikking tot vernietiging van de opzegging ex art. 7:681 BW. Hiertoe is een geheel nieuw wettelijk stramien ontworpen, dat niet aansluit op de beslissing in eerste aanleg. Een geslaagd hoger beroep van de werknemer tegen een afwijzende beschikking op een verzoek tot vernietiging van de opzegging leidt namelijk niet langer tot een alsnog door de appelrechter uit te spreken vernietiging van de opzegging c.q. herstel van de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht. Ingevolge art. 7:683 lid 3 BW dient het hof in plaats daarvan de werkgever te veroordelen de arbeidsovereenkomst naar keuze van het hof (met terugwerkende kracht of in de toekomst) te *herstellen* – hetgeen de plicht tot het aangaan van een arbeidsovereenkomst onder gelijke voorwaarden met de werknemer met zich brengt – dan wel aan de werknemer een billijke vergoeding toe te kennen. Spiegelbeeldig kan een geslaagd hoger beroep

van de werkgever tegen het oordeel van de kantonrechter dat een ontslag op staande voet vernietigt, er niet toe leiden dat de arbeidsovereenkomst alsnog met terugwerkende kracht wordt beëindigd. Het hof kan dan ingevolge art. 7:683 lid 6 BW enkel besluiten op welk moment de arbeidsovereenkomst eindigt, maar niet met terugwerkende kracht: enkel per direct of in de toekomst.^[19] Uit een recente beschikking van het hof Den Haag is reeds gebleken tot welke (volgens ons: onwenselijke) praktische problemen deze bepaling kan leiden en hoezeer de rechter hierdoor in een spagaat kan worden gemanoeuvreed.^[20] Wat daarvan ook zij, de vraag dringt zich alleszins op hoe de appellabiliteit van de beschikking ex art. 7:681 BW zich verhoudt tot het belang voor de werkgever om onder de Wwz voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken. Wij zullen trachten deze vraag te beantwoorden aan de hand van twee scenario's die hierin denkbaar zijn. Wij gaan daarbij uit van het in de praktijk gangbare scenario dat de werknemer verzoekt het ontslag op staande voet te vernietigen ex art. 7:681 BW, en dat de werkgever bij tegenverzoek ex art. 7:671b BW verzoekt de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk te ontbinden.

Wij onderscheiden daarbij twee meest gangbare uitkomsten:

- i. De kantonrechter oordeelt dat het ontslag op staande voet niet terecht is gegeven. Hij wijst het verzoek ex art. 7:681 BW toe.
- ii. De kantonrechter oordeelt dat het ontslag op staande voet terecht is gegeven. Hij wijst het verzoek ex art. 7:681 BW af.

4.2 Scenario's

4.2.1 Scenario (i)

In dit scenario leidt toewijzing van het verzoek ex art. 7:681 BW (indien de werknemer daarom expliciet verzoekt) tot vernietiging van het ontslag op staande voet. De arbeidsovereenkomst wordt dan met terugwerkende kracht geacht te hebben voortgeduurd. Ook een hoger beroep van de werkgever kan aan dat (voor de werkgever ongunstige) oordeel niets veranderen. Het hof kan immers, gezien het hiervoor geschetste nieuwe appelsysteem ex art. 7:683 lid 6 BW, de uitgesproken vernietiging van het ontslag niet terugdraaien en kan ook geen einddatum met terugwerkende kracht vaststellen. Daarmee is de uitspraak van de kantonrechter tot vernietiging van het ontslag op staande voet in zoverre onaantastbaar geworden. Uiteraard is juist in dit scenario – waarbij de kantonrechter beslist dat het ontslag op staande voet niet tot het einde van de arbeidsovereenkomst heeft geleid – het belang van de werkgever om deze alsnog spoedig beëindigd te krijgen in het algemeen groot. Om dit te bewerkstelligen zal de werkgever het door hem daartoe ingediende ontbindingsverzoek (in ieder geval) afhankelijk stellen van de voorwaarde dat de kantonrechter het ontslag op staande voet vernietigt. Het lijkt ons duidelijk dat de werkgever in een zodanig verzoek kan worden ontvangen. Als het verzoek ex art. 7:681 BW leidt tot vernietiging van het ontslag op staande voet, herleeft de arbeidsovereenkomst immers met terugwerkende kracht en kan deze dus ook ontbonden worden. In dat geval is echter de aan het verzoek verbonden voorwaarde vervuld en zal de kantonrechter dus ook een *onvoorwaardelijke* ontbinding van de arbeidsovereenkomst uitspreken. Nu ook het hof in dit scenario niet de gevolgen van het ontslag op staande voet kan herstellen, is een voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst onder de Wwz dan ook niet (meer) aan de orde. Zie in gelijke zin o.a. Kruit.^[21]

4.2.2 Scenario (ii)

In dit scenario komt door de afwijzing van het verzoek ex art. 7:681 BW door de kantonrechter onherroepelijk vast te staan dat vernietiging van het ontslag op staande voet niet meer kan plaatsvinden. Een appelprocedure kan hieraan niets veranderen: hooguit kan de arbeidsovereenkomst door het hof worden hersteld. De vraag is of de werkgever in deze situatie nog belang heeft bij zijn verzoek de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk te ontbinden.

Anders dan door diverse kantonrechters en diverse auteurs wordt aangenomen, menen wij dat die vraag niet op voorhand negatief dient te worden beantwoord. Wij lichten dit toe.

Recentelijk hebben onder meer Kruit, in zijn genoemde annotatie, en Houweling^[22] gemotiveerd betoogd dat de werkgever in dit scenario steeds niet-ontvankelijk in zijn art. 7:671b BW verzoek dient te worden verklaard. Zij voeren in de kern aan dat in dit scenario het ontslag op staande voet onherroepelijk vast staat, en dat ook een voor de voor de werknemer gunstige uitkomst van de appelprocedure dit niet anders maakt. Beiden betogen voorts dat het niet mogelijk is dat de kantonrechter in eerste aanleg op voorhand voorwaardelijk een (nieuwe) arbeidsovereenkomst ontbindt die in de toekomst, krachtens 'herstelbeschikking' van het hof, door werkgever en werknemer nog gesloten moet worden. O.a. Houweling voert – onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis en naar de rechtsdogmatiek – aan dat de veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst enkel tot een *gebod tot het aanbieden van een nieuwe arbeidsovereenkomst* leidt. Volgens Houweling en Kruit (en anderen^[23]) valt niet in te zien dat deze arbeidsovereenkomst door de rechter reeds op voorhand voorwaardelijk kan worden ontbonden. Immers, het gaat aldus deze auteurs om een nog niet bestaande, nog te sluiten arbeidsovereenkomst, die op het moment van de uit te spreken ontbinding in het geheel nog niet bestaat. Dit sluit aan bij het in dat kader door Houweling geannoteerde arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden, waarin dit gerechtshof in de kern tot dezelfde conclusie komt.^[24]

Wij delen deze visie van het Hof Arnhem-Leeuwarden en de hiervoor genoemde auteurs niet. In het bijzonder voert het volgens ons te ver om de, in het kader van herstel aan te bieden arbeidsovereenkomst, als 'nieuwe overeenkomst' te beschouwen. Deze overeenkomst dient ten opzichte van de arbeidsovereenkomst die door het ontslag op staande voet reeds is beëindigd niet te worden aangemerkt als 'nieuwe / nieuw te sluiten arbeidsovereenkomst', maar als voortzetting van de door het ontslag beëindigde arbeidsovereenkomst. Wij lichten dat toe.

Het standpunt dat een veroordeling tot herstel feitelijk (dogmatisch) strekt tot een nieuwe arbeidsovereenkomst met een (nieuwe) wilsovereenstemming tussen werkgever en werknemer, wordt in de literatuur met name gebaseerd op Kamerstukken en literatuur in het kader van art. 7:682 (oud) BW. Wij achten de betreffende argumentatie om diverse redenen niet overtuigend. Het mag dan zo zijn dat voor het aangaan van een overeenkomst wilsovereenstemming in het algemeen een vereiste is, maar wij zien voor dit criterium bij *verplichte nakoming* door de werkgever van een *wettelijk opgelegd gebod tot herstel* van een overeenkomst heel weinig plaats. Daartoe merken wij op dat het rechterlijk gebod aan de werkgever ex art. 7:683 lid 3 BW niet strekt tot het doen van een *aanbod* tot, maar tot *herstel* van de arbeidsovereenkomst. Van zuivere aanbod en aanvaarding 'uit vrije wil' tussen werkgever en werknemer is ook om die reden feitelijk geen sprake. Dit geldt temeer nu de te herstellen arbeidsovereenkomst krachtens art. 7:683 lid 3 BW ons inziens in alle opzichten geheel identiek *moet* zijn aan de overeenkomst die door het ontslag is beëindigd. Niet valt in te zien dat de werkgever hierin nog speelruimte zou moeten krijgen.

De genoemde argumenten vormen volgens ons dan ook geen goede grond om aan te nemen dat het gebod tot herstel feitelijk strekt tot het aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst. Zonder dit

standpunt tot ‘academisch geneuzel’ te bestempelen^[25], menen wij bovendien dat deze formele benadering aan de materiële strekking van art. 7:683 lid 3 BW voorbijgaat. Met de veroordeling tot herstel is volgens ons namelijk feitelijk geen materiële wijziging beoogd ten opzichte van de (vroegere) vernietiging van de opzegging. Voor dit standpunt vinden wij steun in de parlementaire geschiedenis. Allereerst heeft de regering opgemerkt dat bij herstel van de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht tot het moment van het ontslag op staande voet *“geen sprake [is] van een onderbreking van de arbeidsovereenkomst”*.^[26] Kennelijk dient ook volgens de regering de herstelde arbeidsovereenkomst aldus feitelijk niet als ‘nieuwe arbeidsovereenkomst’, maar als ‘voortzetting van de (‘oude’) arbeidsovereenkomst’ te worden aangemerkt. Daarnaast wijzen wij op de memorie van antwoord bij Kamervragen van de VAAN naar aanleiding van art. 7:682 lid 4 sub a BW.^[27] In dit artikellid is bepaald dat (kort gezegd) de werknemer bij geconstateerde schending van de wederindiensttrekingsvoorwaarde door de werkgever, zich tot de rechter kan wenden met het verzoek de werkgever te veroordelen de door de kantonrechter ontbonden arbeidsovereenkomst (met terugwerkende kracht) te herstellen. Ter toelichting op de keuze voor een gebod tot herstel (in plaats van vernietiging) merkt de Minister o.a. op:

“Om echter het uitgangspunt recht te doen en het rechtsgevolg materieel gelijk te doen zijn met de voornoemde vernietiging, dient de rechter dat herstel met terugwerkende kracht (...) op te dragen aan de werkgever.”

Om genoemde reden strekt de rechterlijke veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep o.i. materieel niet tot het aangaan van een geheel nieuwe arbeidsovereenkomst, maar enkel tot een voortzetting van een arbeidsovereenkomst die, naar in appel is gebleken, ten onrechte door het ontslag (op staande voet) is beëindigd. Dit strookt overigens ook met de semantische keuze voor het woord ‘herstel’, wat feitelijk betekent: het terugbrengen in de vorige toestand. De keuze voor ‘herstel’ in plaats van ‘vernietiging’ in appel lijkt veeleer te zijn ingegeven door (en samen te hangen met) het feit dat de voortzetting van de arbeidsovereenkomst na herstel, anders dan bij vernietiging van de opzegging, onder de Wwz met een onderbreking kan plaatsvinden. Een praktische keuze dus, waaraan de wetgever geen dogmatische redeneringen of juridische motiveringen ten grondslag heeft gelegd: in de parlementaire geschiedenis van de Wwz ontbreken deze in dat verband geheel.

Onze bovenstaande conclusie is uiteraard van belang voor een beoordeling van scenario (ii). Aangezien de arbeidsovereenkomst als gevolg van de beschikking van het hof immers ook met terugwerkende kracht *zou kunnen* worden hersteld, zou de werkgever dan ook na afwijzing van het werknemersverzoek ex art. 7:681 BW – evenals onder oud recht – een belang bij voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst kunnen hebben en dus in zodanig verzoek ontvankelijk moeten worden verklaard. Immers, op voorhand valt in ieder geval niet uit te sluiten dat de arbeidsovereenkomst als direct gevolg van de beschikking van het hof met terugwerkende kracht *wordt* hersteld (lees: voortgezet) op een datum die gelegen is vóór de datum waarop de arbeidsovereenkomst op het verzoek ex art. 7:671b BW (voorwaardelijk) is ontbonden. Wij menen dat de voorwaardelijke ontbinding in die situatie inderdaad effect zou sorteren, en in zoverre de beschikking van het hof in de art. 7:681 BW procedure zou kunnen doorkruisen. In eerste aanleg valt niet te voorspellen óf het hof een zodanige herstelbeschikking met terugwerkende kracht zal uitspreken. Het staat het hof vrij te bepalen met ingang van welke datum hij de arbeidsovereenkomst herstelt, maar ontslag met terugwerkende kracht – al dan niet per de datum van het ontslag op staande voet – valt op voorhand zeker niet uit te sluiten. Sterker nog, wij zijn van oordeel dat dit laatste in principe aangewezen is. Immers, als het hof van oordeel is dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is verleend, had dat redelijkerwijs dus niet

tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst behoren te leiden. Dit rechtvaardigt een herstel, waarbij de arbeidsovereenkomst vanaf de ontslagdatum wordt voortgezet. Van een onderbreking van de arbeidsovereenkomst is in dat geval, als gezegd, in het geheel geen sprake. Als de arbeidsovereenkomst niet tussentijds op een andere wijze is geëindigd, bij voorbeeld omdat sprake was van een contract voor bepaalde tijd, en de werknemer inmiddels ook niet een andere baan heeft gevonden, valt gezien de strenge toets van art. 7:680a BW ('onaanvaardbare gevolgen') verder lastig in te zien waarom het tijdsverloop van het hoger beroep voor rekening van de werknemer zou moeten worden gebracht c.q. waarom het hof tot (aanzienlijke) matiging van de loonvordering over de voorliggende periode zou moeten overgaan. In dat opzicht sluiten wij ons aan bij Bouwens en Bij de Vaate.^[28]

Als de aan het ontbindingsverzoek verbonden voorwaarde dan ook correct en in lijn met het bovenstaande is geformuleerd, lijkt het belang van de werkgever en diens ontvankelijkheid bij het verzoek daarmee een gegeven. Daarvoor achten wij ook praktische argumenten relevant. De opvatting dat 'succes in de eerste ronde' bij de kantonrechter van de werkgever tot niet-ontvankelijkheid van het verzoek tot voorwaardelijke ontbinding zou moeten leiden, zou in de praktijk immers voor de werkgever tot hoogst onwenselijke gevolgen kunnen leiden. Een werkgever die kiest voor een ontslag op staande voet dat door de kantonrechter in stand wordt gelaten, zou hiermee 'jaren later' bij een andersluidend oordeel van het hof met terugwerkende kracht geconfronteerd kunnen worden met aanmerkelijke loonvorderingen die hij niet door een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding – in ieder geval: mogelijk – heeft kunnen beperken. Over een andere keuze voor ontslag – en/of een keuze voor een andere ontslaggrond – zou de rechter in eerste aanleg dan geen oordeel hebben gegeven, terwijl het indienen (en toewijzen) van zo'n ontbindingsverzoek mogelijk wel om andere valide redenen aangewezen was geweest. Daarbij is van belang dat een ontslag op staande voet binnen een ander juridisch kader wordt getoetst dan een ontbindingsverzoek, te weten de dringende reden ex art. 7:677 lid 1 BW, en dat de lat voor de beoordeling van deze beëindigingsgrond hoger ligt dan voor de ontbinding van de arbeidsovereenkomst ex art. 7:671 lid 1 BW op grond van (bij voorbeeld) disfunctioneren (sub d) of een verstoorde arbeidsrelatie (sub g). In zo'n geval zou de werkgever die zijn werknemer op staande voet heeft ontslagen in een slechtere positie komen dan de werkgever die in die situatie niet voor het ontslag op staande voet heeft gekozen. Evenals A-G Ten Kate in zijn hierboven door ons geciteerde overweging bij Bravenboer/Van Rhee, achten wij dit niet redelijk. Gelet op het voorgaande delen wij de literatuur wel geuite kritiek dat de kantonrechter met een voorwaardelijke ontbinding het hof in appel tegen de art. 7:681 BW beschikking 'voor de voeten zou lopen' niet.^[29] Daarmee wordt volgens ons geen recht gedaan aan het voorwaardelijke karakter van de gevraagde ontbinding, en het feit dat beide procedures een intrinsiek eigen beoordelingskader kennen en als zodanig los van elkaar moeten worden beschouwd.

Wij realiseren ons dat het hof ook een billijke vergoeding kan toekennen als het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig wordt bevonden. Dat die mogelijkheid er is, doet echter niet af aan het belang van de werkgever te voorzien in de daarnaast bestaande mogelijkheid dat het hof een veroordeling tot herstel uitspreekt. Ook de suggestie dat het hof in een scenario ex art. 7:683 lid 3 BW wel 'rekening zal houden met de omstandigheden van het geval' en zijn oordeel daarop kan afstemmen, vormt volgens ons geen goede reden om de voorwaardelijke ontbinding in scenario (ii) onder de Wwz zonder meer niet meer toelaatbaar te achten. Met name achten wij, anders dan o.a. Barentsen en Sagel, en Bouwens en Bij de Vaate betogen,^[30] niet verdedigbaar dat het hof bij zijn oordeel ex art. 7:683 lid 3 BW meeweegt dat de

arbeidsovereenkomst mogelijk in de toekomst alsnog door ontbinding 'had kunnen worden beëindigd'. Het hof zou zich daarmee (ambtshalve) een oordeel aanmeten over de vraag of de arbeidsovereenkomst al dan niet door ontbinding ex art. 7:671b BW tot een einde 'had moeten/kunnen komen', in een procedure die op een geheel andere rechtsvraag betrekking heeft: (de houdbaarheid van) het ontslag op staande voet. Daarmee zou de wetssystematiek volgens ons zacht gezegd teveel geweld worden aangedaan. Het hof zou partijen dan immers niet alleen een instantie ontnemen, zoals Van Heusden in dit kader opmerkt,^[31] maar zelfs een gehele gewaarborgde procedure.

5. Conclusie en tip voor de praktijk

Ook onder de Wwz is na ontslag op staande voet, en na indiening van een verzoek tot vernietiging van het ontslag ex art. 7:681 BW, in beginsel nog plaats voor de rechtsfiguur van de voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Als het verzoek ex art. 7:681 BW wordt gehonoreerd en leidt tot vernietiging van het ontslag op staande voet, herleeft de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht en kan deze dus ook ontbonden worden. Een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst is in die situatie duidelijk toelaatbaar en toewijsbaar, in welk geval dit tot een onvoorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst zal leiden. Ook in het geval het verzoek ex art. 7:681 BW wordt afgewezen kan de werkgever echter wel degelijk belang kan hebben bij het indienen van een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Dat belang zal namelijk aan de orde kunnen zijn in het geval het hof de arbeidsovereenkomst in appel met terugwerkende kracht herstelt. Om bovengenoemde redenen zien wij niet in dat een werkgever bij afwijzing van het werknemersverzoek ex art. 7:681 BW per definitie niet ontvankelijk in zijn voorwaardelijk (tegen)verzoek ex art. 7:671b BW zou moeten worden verklaard, zoals in de literatuur en rechtspraak wel wordt betoogd. Het past dan ook niet dat de kantonrechter na afwijzing van het werknemersverzoek ex art. 7:681 BW de werkgever steeds niet-ontvankelijk in zijn verzoek tot voorwaardelijke ontbinding ex art. 7:671b BW zal verklaren. Indien het verzoek aan een correct geformuleerde voorwaarde is verbonden, behoort de (lijdelijke) rechter de werkgever in zijn verzoek te ontvangen, het verzoek inhoudelijk te beoordelen en alsdan af te wijzen dan wel toe te wijzen onder de voorwaarde waaraan het verzoek door de indiener is verbonden.

De vraag of een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding na afwijzing van een werknemersverzoek ex art. 7:681 BW ontvankelijk en toewijsbaar is, is daarmee dus wel afhankelijk van de formulering van de voorwaarde waaronder de werkgever zijn verzoek heeft ingediend. Met name in scenario (ii) luistert dit nauw. Om dit scenario te ondervangen zal de werkgever zijn verzoek afhankelijk dienen te stellen van de voorwaarde dat de werkgever in hoger beroep wordt veroordeeld de arbeidsovereenkomst te herstellen op een datum die is gelegen vóór de datum waarbij de arbeidsovereenkomst bij onderhavig verzoek ex art. 7:671b BW zal worden ontbonden. Voor andere gevallen zal een (voorwaardelijke) ontbinding van de arbeidsovereenkomst in scenario (ii) immers zinledig zijn. De voorwaardelijke ontbinding voorziet dan immers niet in het doel waarvoor hij is verzocht, namelijk om alsnog een spoedig einde van de arbeidsovereenkomst te bewerkstelligen.

Wij menen dat in de beide genoemde scenario's kan worden voorzien door het formuleren van de volgende voorwaarde: *Dit verzoek ex art. 7:671b BW wordt ingediend onder de voorwaarde dat het ontslag op staande voet wordt vernietigd, dan wel dat de werkgever (in hoger beroep) wordt veroordeeld de arbeidsovereenkomst te herstellen op een datum die is gelegen vóór de datum waarbij de*

arbeidsovereenkomst bij onderhavig verzoek ex art. 7:671b BW zal worden ontbonden. Indien het ontbindingsverzoek ex art. 7:671b BW aan deze voorwaarde wordt gekoppeld, zal het verzoek ons inziens steeds ontvankelijk moeten zijn, als zodanig door de kantonrechter in behandeling kunnen worden genomen en in beginsel toewijsbaar zijn, ongeacht of de kantonrechter het ontslag op staande voet vernietigt of in stand laat.

Voetnoten

[1]

Voor een uitvoerig overzicht van gepubliceerde beschikkingen over de voorwaardelijke ontbinding: zie D.N.C. Doolaege & J.P. Quist, 'De voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ: is het einde nabij?', *TAP* 2015/3, 135.

[2]

Zie in het bijzonder W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate, 'Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht', *ARBAC* april 2015; R.L. van Heusden, annotatie onder Ktr. Amsterdam 3 november 2015, *JAR* 2015/301; F.G. Laagland, 'Het procedurele mijnenveld van het ontslag op staande voet', *ArA* 2015 (9) 4; E. Verhulp, *T&C Arbeidsovereenkomst*, art. 7:671b BW, aant. 5; B. Barentsen & S.F. Sagel, 'Kroniek Sociaal Recht', *NJB* 2015/35; C.J. Frikkee, 'Belang bij voorwaardelijke ontbinding', *TRA* 2016/15; P.J. Jansen, 'Ontslag op staande voet en de Wet werk en Zekerheid: is er nog plaats voor een kort geding, voorwaardelijke ontbinding, bewijslevering en een switch?', *TAP* 2015/2, 59; S.F. Sagel, 'WWZ: pas toe en leg uit!', *TRA* 2016/1; D.N.C. Doolaege & J.P. Quist, 'De voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ: is het einde nabij?', *TAP* 2015/3, 135 en P. Kruit, 'Voorwaardelijke ontbinding na ontslag op staande voet onder de WWZ', *AR Updates* 5 april 2016, annotatie bij Hof Arnhem-Leeuwarden 15 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1116.

[3]

Voor een overzicht van de belangrijkste tegengestelde opvattingen in rechtspraak en literatuur, zie D.N.C. Doolaege & J.P. Quist, 'De voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ: is het einde nabij?', *TAP* 2015/3, 135 en de prejudiciële vragen van Ktr. Enschede 26 april 2016, *JAR* 2016/122, (m.nt. H.J. van Deventer).

[4]

Dhr. mr. F.A. Chorus en mevr. mr. S. van Waegeningh zijn advocaat bij BINGH Advocaten te Amsterdam.

[5]

Ktr. Enschede 26 april 2016, *JAR* 2016/122, (m.nt. H.J. van Deventer) en Ktr. Enschede 20 mei 2016, *JAR* 2016/141.

[6]

Voor een bespreking van de voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst na ontslag op staande voet onder oud recht: zie A.R. Houweling & G.W. van der Voet, 'De voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst na een ontslag op staande voet', *TAP* 2009/4.

[7]

W.H.A.C.M. Bouwens, 'De voorwaardelijke ontbinding', *SR* 2004/36, p. 180.

[8]

HR 3 december 1982, *NJ* 1983/182.

[9]

HR 10 oktober 1983, *NJ* 1984/296.

[10]

B. Barentsen & S.F. Sagel, 'Kroniek Sociaal Recht', *NJB* 2015/35, p. 2499.

[11]

P. Kruit, 'Voorwaardelijke ontbinding na ontslag op staande voet onder de WWZ', *AR Updates* 5 april 2016, annotatie bij Hof Arnhem-Leeuwarden 15 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1116.

[12]

Zo ook F.G. Laagland, 'Het procedurele mijnenveld van het ontslag op staande voet', *ArA* 2015 (9) 4, p. 50.

[13]

Zie Ktr. Enschede 26 april 2016, *JAR* 2016/122, (m.nt. H.J. van Deventer) en de daarin genoemde uitspraken.

[14]

W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate, 'Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht', *ARBAC* april 2015.

[15]

S.F. Sagel, 'WWZ: pas toe en leg uit!', *TRA* 2016/1, p. 1.

[16]

K.G.F. van der Kraats, 'Bewijzen vermoeit de waarheid, althans de procedure? Toepasselijkheid van het bewijsrecht in het kader van de WWZ', *Arbeidsrecht* 2014/59.

[17]

Procesreglement verzoekschriftprocedures rechtbanken, kantonzaken, versie 1 juli 2015, p. 18.

[18]

Zie art. 7:685 lid 6 (oud) BW en aanbeveling 1.1 Kring van de Kantonrechters.

[19]

Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3 p. 120.

[20]

Hof Den Haag 23 februari 2016, *JAR* 2016/92, m.nt. C.G.M. Fruytier.

[21]

P. Kruit, 'Voorwaardelijke ontbinding na ontslag op staande voet onder de WWZ', *AR Updates* 5 april 2016, annotatie bij Hof Arnhem-Leeuwarden 15 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1116.

[22]

A.R. Houweling, 'Ken uw klassieken! Over de herstelveroordeling in de Wet werk en zekerheid', *AR Updates* 3 mei 2016, annotatie bij Hof Arnhem-Leeuwarden 22 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3215.

[23]

In dit verband kunnen naast Kruit en Houweling onder andere worden genoemd Vestering en Wetzels (P.G. Vestering & W.J.J. Wetzels, *Praktisch arbeidsprocesrecht onder de WWZ*, Den Haag: SDU Uitgevers 2015, p. 57), Jansen (P.J. Jansen, 'Ontslag op staande voet en de Wet werk en Zekerheid: is er nog plaats voor een kort geding, voorwaardelijke ontbinding, bewijslevering en een switch?', *TAP* 2015/2, 59, voetnoot 28) en Doolaege en Quist (D.N.C. Doolaege & J.P. Quist, 'De voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ: is het einde nabij?', *TAP* 2015/3, 135, p. 22).

[24]

Hof Arnhem-Leeuwarden 22 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3215.

[25]

Zoals Houweling kennelijk vreest, A.R. Houweling, 'Ken uw klassieken! Over de herstelveroordeling in de Wet werk en zekerheid', *AR Updates* 3 mei 2016, annotatie bij Hof Arnhem-Leeuwarden 22 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3215.

[26]

Kamerstukken I 2013/14, 33818, E, p. 117.

[27]

Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 112.

[28]

W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate, 'Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht', *ARBAC* april 2015, voetnoot 30.

[29]

Zie daarover R.L. van Heusden, annotatie onder Ktr. Amsterdam 3 november 2015, *JAR* 2015/301.

[30]

B. Barentsen & S.F. Sagel, 'Kroniek Sociaal Recht', *NJB* 2015/35, p. 1784; W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate, 'Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht', *ARBAC* april 2015.

[\[31\]](#)

R.L. van Heusden, annotatie onder Ktr. Amsterdam 3 november 2015, *JAR* 2015/301.