

ECLI:NL:HR:2017:571

Uitspraak

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Eerste Kamer

Uitspraak: 31 maart 2017

Zaaknummer: 16/03870

in de zaak in cassatie van:

[verzoeker],
wonende te [woonplaats],

VERZOEKER tot cassatie,

advocaat: mr. H.J.W. Alt,

t e g e n

VLISCO NETHERLANDS B.V.,
gevestigd te Helmond,

VERWEERSTER in cassatie,

niet verschenen.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [verzoeker] en Vlisco.

1 Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

a. de beschikking in de zaak 4418462 EJ VERZ 15-556 van de kantonrechter te Eindhoven van 15 oktober 2015;

b. de beschikking in de zaak 200.183.573/01 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 28 april 2016.

De beschikking van het hof is aan deze beschikking gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen de beschikking van het hof heeft [verzoeker] beroep in cassatie ingesteld. Het cassatierekest is aan deze beschikking gehecht en maakt daarvan deel uit.

Vlisco heeft geen verweerschrift ingediend.

De conclusie van de Advocaat-Generaal R.H. de Bock strekt tot vernietiging van de beschikking van het hof en tot afdoening van de zaak op de wijze als vermeld onder 2.28 van de conclusie.

De advocaat van [verzoeker] heeft op 3 februari 2017 schriftelijk op die conclusie gereageerd.

De conclusie leest als volgt:

1 Feiten en procesverloop

In cassatie kan, voor zover nog van belang, worden uitgegaan van de volgende feiten, ontleend aan het arrest van het gerechtshof 's Hertogenbosch van 28 april 2016, rov. 3.1 t/m 3.4.2.[1](#)

1.1

[verzoeker] is per 1 november 2011 bij (de rechtsvoorganger van) Vlisco in dienst getreden in de functie van heftruckchauffeur. Zijn laatstelijk genoten loon bedraagt € 2.099,00 bruto per maand, exclusief 8% vakantietoeslag en overige emolumenten.

1.2

Bij brief van 27 juli 2015 is [verzoeker] door Vlisco op staande voet ontslagen.

1.3

[verzoeker] heeft bij inleidend verzoekschrift verzocht, samengevat, (primair) dat de kantonrechter het ontslag op staande voet op de voet van art. 7:681 BW vernietigt, met nevenverzoeken tot loonbetaling en tewerkstelling en subsidiaire verzoeken.

1.4

Vlisco heeft gemotiveerd verweer gevoerd en heeft zelfstandig verzocht dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst met [verzoeker] op de kortst mogelijke termijn ontbindt op grond van art. 7:671b lid 1 BW en art. 7:669 lid 2 en 3 sub e en/of g en/of h BW, in samenhang met art. 282

lid 4 Rv, indien en voor zover het ontslag op staande voet door de kantonrechter wordt vernietigd.

1.5

In een beschikking van 15 oktober 2015 heeft de kantonrechter in de rechtbank Oost-Brabant, zittingsplaats Eindhoven – samengevat weergegeven – met betrekking tot het verzoek van [verzoeker] tot vernietiging van het ontslag op staande voet, Vlisco een bewijsopdracht gegeven. Met betrekking tot het zelfstandige verzoek van Vlisco heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst tussen partijen, voor zover deze nog bestaat, met ingang van 1 december 2015 ontbonden (op de e-grond).

1.6

[verzoeker] heeft hoger beroep ingesteld tegen de beschikking van 15 oktober 2015, voor zover daarin de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk is ontbonden. Daarbij heeft hij verzocht bij beschikking uitvoerbaar bij voorraad te oordelen:

primair: dat de kantonrechter de (voorwaardelijke) ontbinding ten onrechte heeft toegewezen en Vlisco te veroordelen om met terugwerkende kracht tot 1 december 2015 – of een door het hof te bepalen andere datum – de arbeidsovereenkomst met [verzoeker] te herstellen onder dezelfde arbeidsvoorwaarden als vóór 1 december 2015, op straffe van een dwangsom ter hoogte van € 100,-- per dag, althans een door het hof te bepalen bedrag, met een maximum van € 100.000,-- voor elke dag dat Vlisco, na 5 dagen na het wijzen van de beschikking, niet voldoet aan de beschikking,

subsidiar: dat de kantonrechter de (voorwaardelijke) ontbinding ten onrechte heeft toegewezen en Vlisco te veroordelen tot het voldoen van een billijke vergoeding van € 100.000,--.

Tevens heeft [verzoeker] meer subsidiaire vorderingen ingesteld, alsmede verzocht Vlisco te veroordelen in de kosten van de procedure bij de rechtbank en de procedure bij het hof, het salaris van de gemachtigde daaronder begrepen.

1.7

[verzoeker] heeft vijf gronden voor het hoger beroep aangevoerd. Onder meer heeft hij aangevoerd dat onder de Wet werk en zekerheid (Wwz) een werkgever niet meer kan worden ontvangen in een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Vlisco heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

1.8

In zijn beschikking van 28 april 2016 (waartegen het cassatieberoep is gericht) heeft het gerechtshof 's-Hertogenbosch geoordeeld dat in een situatie als hier aan de orde is, waarin de kantonrechter nog geen oordeel heeft gegeven over het verzoek tot vernietiging van de opzegging in de zin van art. 7:677 lid 1 BW (ontslag op staande voet), het mogelijk is om ontbinding te verzoeken van de arbeidsovereenkomst, voor het geval de opzegging door de kantonrechter wordt vernietigd (rov. 3.7, nader gemotiveerd in rov. 3.8-3.14).

1.9

Het hof heeft verder geoordeeld dat de kantonrechter het verzoek van Vlisco om de arbeidsovereenkomst van [verzoeker] op de e-grond (voorwaardelijk) te ontbinden, ten onrechte heeft toegewezen (rov. 3.15-3.23) en dat de arbeidsovereenkomst evenmin op de g-grond en de h-grond kan worden ontbonden (rov. 3.24).

1.10

Vervolgens heeft het hof de door [verzoeker] (primair) verzochte veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst (ex art. 7:683 lid 3 BW) toegewezen met ingang van 1 december 2015, voor het geval de kantonrechter de opzegging van de arbeidsovereenkomst door Vlisco zal vernietigen, zulks op straffe van een dwangsom van € 100,-- per dag of gedeelte daarvan dat Vlisco daarmee in gebreke blijft, met een maximum van € 100.000,--, te rekenen vanaf veertien dagen na de dag dat de kantonrechter met een eindbeschikking de opzegging zal hebben vernietigd (rov. 3.25-3.27 en het dictum). Ten slotte heeft het hof Vlisco, als de in het ongelijk gestelde partij, in de proceskosten van het hoger beroep veroordeeld, de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad verklaard en het meer of anders verzochte afgewezen.

1.11

Bij verzoekschrift van 28 juli 2016 heeft [verzoeker] (tijdig) cassatieberoep ingesteld tegen de beschikking van het hof van 28 april 2016. Vlisco heeft geen verweer gevoerd.

1.12

In het verzoekschrift tot cassatie is onder punt 1.9 en in voetnoot 21 vermeld dat de kantonrechter bij eindbeschikking van 14 april 2016 het verzoek van [verzoeker] tot vernietiging van het ontslag op staande voet heeft afgewezen en dat [verzoeker] tegen die beslissing in appel is gekomen. Deze beschikking is dus gewezen vlak vóór de thans in cassatie

bestreden beschikking van het hof van 28 april 2016, maar kennelijk was het hof daarmee niet bekend.

1.13

Naar aanleiding van de mededeling van [verzoeker] in het verzoekschrift tot cassatie dat hij hoger beroep heeft ingesteld tegen de beschikking van 14 april 2016 ben ik op rechtspraak.nl nagegaan of al beslist is op het hoger beroep. Dat is het geval: bij beschikking van 1 december 2016 heeft het gerechtshof 's Hertogenbosch beslist dat de kantonrechter het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet ten onrechte heeft afgewezen.² Het hof heeft voor recht verklaard dat aan het ontslag op staande voet van 27 juli 2015 geen dringende redenen ten grondslag ligt. Voorts is Vlisco veroordeeld de arbeidsovereenkomst te herstellen met ingang van 27 juli 2015 en [verzoeker] op straffe van een dwangsom toe te laten tot de werkvloer om de gebruikelijke werkzaamheden te verrichten.

1.14

Het is mij niet bekend of tegen de beschikking van 1 december 2016 cassatieberoep is ingesteld.

2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1

In het cassatiemiddel kunnen drie onderdelen worden onderscheiden.

Onderdeel 1: voorwaardelijke ontbinding

2.2

Het eerste onderdeel (zie het verzoekschrift tot cassatie onder 2.1; nader uitgewerkt onder 2.1.1 t/m 2.1.6) is gericht tegen rov. 3.7, rov. 3.8 t/m 3.14 en, daarop voortbouwend, rov. 3.15 t/m 3.28 en het dictum. Het onderdeel klaagt over 's hofs oordeel dat het onder de Wwz mogelijk is om in de onderhavige situatie, waarin de kantonrechter nog geen oordeel heeft gegeven over het verzoek tot vernietiging van de opzegging in de zin van art. 7:677 lid 1 BW (het ontslag op staande voet), ontbinding te verzoeken van de arbeidsovereenkomst, voor het geval de opzegging door de kantonrechter wordt vernietigd. In essentie heeft het onderdeel tot strekking dat een voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz niet mogelijk is en dat het hof om die reden tot het oordeel had moeten komen dat Vlisco niet-ontvankelijk verklaard had moeten worden in haar verzoek.

2.3

Hiermee bevat het onderdeel dezelfde vraagstelling als aan de orde was in de prejudiciële procedure met nr. 16/02674. De Hoge Raad heeft daarin op 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998 (*Mediant/X*) uitspraak gedaan. Met die uitspraak is duidelijk geworden dat de werkgever naar het thans geldende recht nog steeds de mogelijkheid heeft een verzoek te doen tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor het geval het ontslag op staande voet wordt vernietigd (rov. 3.4.6). Daarbij is overwogen dat het wenselijk is dat de rechter het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet en tot (voorwaardelijke) ontbinding zoveel mogelijk gelijktijdig behandelt en beslist, ook wanneer, zoals in de onderhavige zaak het geval is, de kantonrechter in een van beide procedures bewijslevering noodzakelijk acht (zie rov. 3.6.1-3.6.2, alsmede de situatie bedoeld onder (c), uitgewerkt in rov. 3.9.1-3.9.2).

2.4

In de Mediant-uitspraak is verder beslist dat voor een niet-ontvankelijkverklaring in een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor het geval later blijkt dat een op staande voet gegeven ontslag niet de arbeidsovereenkomst heeft beëindigd, slechts plaats is in gevallen waarin de rechter op processuele gronden niet toekomt aan een behandeling van de zaak ten principale (HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2337, NJ 2012/226 (*Eurofactor/X*)). Afgezien van dergelijke gevallen, die zich in de onderhavige zaak niet voordoen, is de partij die de ontbinding verzoekt, dus in beginsel steeds ontvankelijk in haar verzoek (rov. 3.5).

2.5

Het voorgaande brengt mee dat onderdeel 1 dient te falen.

2.6

Ten overvloede merk ik op dat de redenering van het hof over de ontvankelijkheid van het verzoek tot voorwaardelijke ontbinding in zijn beschikking van 28 april 2016 (volledig) is geciteerd onder punt 4.1 van de conclusie van A-G Keus in de Mediant-zaak, in het kader van zijn bespreking van de standpunten in de jurisprudentie tot dan toe.³ In die conclusie is voorts ruimschoots aandacht besteed aan argumenten die zouden kunnen pleiten tegen de opvatting dat het onder de Wwz nog mogelijk is om een voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken na een gegeven ontslag op staande voet. Deze argumenten komen overeen met de argumenten die in de onderhavige zaak in het verzoekschrift tot cassatie (onder punt 2.1.1 t/m 2.1.5) naar voren zijn gebracht. Deze argumenten zijn dan ook in de Mediant-zaak reeds door de Hoge Raad onder ogen gezien.

Onderdeel 2: formulering voorwaarde

2.7

Het tweede onderdeel (zie het verzoekschrift tot cassatie, onder 2.2 en 2.2.1) is subsidiair voorgesteld, namelijk voor het geval onderdeel 1 *niet* tot de uitkomst zou leiden dat een voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz niet mogelijk is en Vlisco niet-ontvankelijk had moeten worden verklaard (noot 20, p. 30 verzoekschrift tot cassatie). Aan die voorwaarde wordt voldaan.

2.8

Het onderdeel heeft betrekking op 's hofs overwegingen over de veroordeling van Vlisco tot het herstel van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:683 lid 3 BW, en op hetgeen het hof daarover in het dictum heeft beslist. Deze overwegingen luiden als volgt:

“3.25. Nu het hof van oordeel is dat de kantonrechter het verzoek tot ontbinding ten onrechte heeft toegewezen, heeft het hof op grond van artikel 7:683 lid 3 de mogelijkheid om Vlisco te veroordelen tot herstel van de arbeidsovereenkomst, of aan [verzoeker] een billijke vergoeding toe te kennen.

3.26.

In dit geval zijn aan het verzoek tot voorwaardelijke ontbinding dezelfde argumenten ten grondslag gelegd als aan de opzegging om een dringende reden. Weliswaar heeft Vlisco ook nog ontbinding verzocht op de g-grond en op de h-grond, maar daartoe zijn geen andere argumenten aangedragen, zoals in r.o. 3.24 al is overwogen. Kort samengevat gaat het erom dat de gebeurtenissen tot 20 juli 2015 voor Vlisco geen reden waren om te streven naar een beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Hetgeen daarna is gebeurd op 27 juli 2015 staat niet vast en kan in dit geding ook niet vast komen te staan. [verzoeker] heeft meermaals uitdrukkelijk gesteld dat hij zijn arbeidsovereenkomst met Vlisco wil voortzetten. Nu daar geen andere argumenten tegenin zijn gebracht dan hetgeen hiervoor reeds is besproken en als onvoldoende voor een ontbinding is geacht, zal het hof Vlisco veroordelen tot herstel van de arbeidsovereenkomst, uiteraard slechts voor het geval dat de opzegging wordt vernietigd.

3.27

Het hof zal dus de verzochte veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst toewijzen met ingang van 1 december 2015 voor het geval de kantonrechter de opzegging van de arbeidsovereenkomst door Vlisco vernietigt. Gelet op dat tijdstip, en vanwege het ontbreken van

een verzoek daartoe, ziet het hof geen aanleiding om voorzieningen te treffen omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst.”

In het dictum is, voor zover van belang, het volgende opgenomen:

“Het hof:

verklaart voor recht dat aan het ontslag op staande voet van 27 juli 2015 geen dringende reden ten grondslag ligt;

veroordeelt Vlisco de arbeidsovereenkomst met [verzoeker] te herstellen met ingang van 1 december 2015 onder dezelfde arbeidsvoorwaarden als vóór die datum, voor het geval de kantonrechter de opzegging van de arbeidsovereenkomst zal vernietigen, (...)”

2.9

Het onderdeel klaagt in de eerste plaats dat 's hofs oordeel in rov. 3.27 en het dictum, dat de veroordeling van Vlisco tot herstel van de arbeidsovereenkomst is beperkt tot *'het geval de kantonrechter de opzegging van de arbeidsovereenkomst door Vlisco vernietigt'*, onbegrijpelijk is en kennelijk op een vergissing berust, gelet op rov. 3.26 waarin het hof heeft overwogen dat Vlisco zal worden veroordeeld tot herstel van de arbeidsovereenkomst, *'uiteraard slechts voor het geval dat de opzegging wordt vernietigd'*.

2.10

Deze klacht berust kennelijk op de opvatting dat het hof in rov. 3.26 heeft geoordeeld dat de veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst ook geldt voor het geval de kantonrechter het verzoek tot vernietiging van de opzegging afwijst, maar dat oordeel in het daartegen ingestelde hoger beroep of na cassatie en verwijzing geen stand houdt. Daarmee wordt uitgegaan van een onjuiste lezing van de beschikking. In rov. 3.14 overweegt het hof namelijk dat duidelijk is dat het ontbindingsverzoek van Vlisco slechts betrekking heeft op de situatie dat haar opzegging (het ontslag op staande voet) wordt vernietigd door de kantonrechter en dat met de bestreden beschikking slechts voor dat geval een beslissing is gegeven, zodat ook het hof slechts voor die situatie een oordeel geeft. Dat het hof de veroordeling van Vlisco tot herstel van de arbeidsovereenkomst ex art. 7:683 lid 3 BW heeft willen beperken tot het geval waarin de kantonrechter de opzegging vernietigt, blijkt voorts uit de gekozen bewoordingen in zowel rov. 3.27 als het dictum. De meer algemeen geformuleerde overweging in rov. 3.26, waarin wel wordt gesproken van herstel voor het geval dat de opzegging wordt vernietigd, maar de woorden 'door de kantonrechter' ontbreken, kan ook niet anders worden begrepen dan dat ook hier is bedoeld dat de opzegging wordt vernietigd

door de kantonrechter, aangezien onder de WWZ aan de appelrechter en de verwijzingsrechter niet de bevoegdheid tot vernietiging van de opzegging toekomt. Uit art. 7:683 lid 3 BW volgt immers dat de rechter in hoger beroep of na verwijzing in cassatie de arbeidsovereenkomst slechts kan herstellen of aan de werknemer een billijke vergoeding kan toekennen. Van een kennelijke vergissing is dan ook geen sprake.⁴

2.11

Het onderdeel klaagt in de tweede plaats dat het hof door de veroordeling van Vlisco tot herstel van de arbeidsovereenkomst te beperken tot het geval dat de kantonrechter de opzegging (het ontslag op staande voet) vernietigt, heeft miskend dat er in de procedure over de vernietiging van de opzegging hoger beroep en cassatie mogelijk is en een herstel ex art. 7:683 lid 3 BW ook zijn werking dient te hebben, indien de vernietiging van de opzegging pas na aanwending van een rechtsmiddel wordt uitgesproken.

2.12

Ook deze klacht dient te falen, omdat deze ten onrechte tot uitgangspunt neemt dat het onder de Wwz mogelijk zou zijn dat na aanwending van een rechtsmiddel nog de vernietiging van de opzegging zou kunnen worden uitgesproken. Zoals hiervoor onder 2.10 al is vermeld, volgt dit uit art. 7:683 lid 3 BW, waarin is bepaald dat indien de rechter in hoger beroep of na verwijzing in cassatie oordeelt dat het verzoek om vernietiging van de opzegging ten onrechte is afgewezen, hij de werkgever kan veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen of aan de werknemer een billijke vergoeding kan toekennen.⁵ Ik ga er dan ook vanuit dat de overweging van de Hoge Raad in rov. 3.13.1 van het Mediant-arrest dat, kort gezegd, met de in art. 7:683 lid 3 BW gegeven bevoegdheden onverenigbaar is dat *"de kantonrechter desverlangd de voorwaardelijk verzochte ontbinding van de arbeidsovereenkomst (ook) zou uitspreken voor het geval de appel- of verwijzingsrechter, anders dan de kantonrechter, het op staande voet gegeven ontslag zou vernietigen"* (cursivering en onderstreping A-G), op een verschrijving berust. Bedoeld zal zijn: *'...voor het geval de appel- of verwijzingsrechter, anders dan de kantonrechter, zou oordelen dat het ontslag op staande voet ten onrechte is gegeven en de werkgever veroordeelt de arbeidsovereenkomst te herstellen.'*

2.13

De stelling in het cassatiemiddel (onder 2.2.1) dat de beperking van de voorwaarde voor veroordeling van Vlisco tot herstel van de arbeidsovereenkomst tot het geval dat de kantonrechter het ontslag op staande voet vernietigt, ertoe leidt dat herstel van de arbeidsovereenkomst in een situatie als de onderhavige *de facto* is uitgesloten, is niet juist.

[verzoeker] kan immers óók in het hoger beroep tegen de afwijzing van zijn verzoek tot vernietiging van de opzegging (het ontslag op staande voet) herstel van de arbeidsovereenkomst verzoeken, zulks tegen een door de rechter te bepalen tijdstip (art. 7:683 lid 4 jo. art. 682 lid 6 BW). De appelrechter kan de arbeidsovereenkomst ook met terugwerkende kracht herstellen, eventueel direct aansluitend op het moment van opzegging.[6](#)

In het onderhavige geval is dit ook daadwerkelijk gebeurd: zoals vermeld onder 1.13 heeft het hof bij beschikking van 1 december 2016 het verzoek van [verzoeker] om veroordeling van Vlisco tot herstel van de arbeidsovereenkomst toegewezen met ingang van 27 juli 2015, dus met terugwerkende kracht tot het tijdstip van het ontslag op staande voet.

Dit gegeven roept overigens ook de vraag op of [verzoeker] enig belang heeft bij zijn eerste twee klachten. Indien tegen de beschikking van 1 december 2016 geen cassatieberoep is ingesteld, heeft hij dat niet. Wellicht kan de advocaat van [verzoeker] hierover in zijn Borgers-brief uitsluitsel geven.

2.14

Verder geldt nog het volgende. De vordering van [verzoeker] in hoger beroep hield primair in dat het hof zou *'oordelen dat de rechtbank de (voorwaardelijke) ontbinding ten onrechte heeft toegewezen'*, alsmede herstel van de arbeidsovereenkomst (beroepschrift onder punt 6 en punt 51). Deze vordering moet worden gelezen in samenhang met het dictum van de beschikking van de kantonrechter van 15 oktober 2015, dat inhoudt: *'ontbindt de arbeidsovereenkomst tussen partijen, voor zover deze nog bestaat, met ingang van 1 december 2015'*. Gelet op het feit dat het tegenverzoek van Vlisco luidde: *'indien en voor zover het ontslag op staande voet door UEA wordt vernietigd (...)'*,[7](#) ga ik er vanuit (a) dat de kantonrechter bedoeld heeft de arbeidsovereenkomst te ontbinden voor zover de kantonrechter de opzegging van de arbeidsovereenkomst (het ontslag op staande voet) zou vernietigen en (b) dat het verzoek van [verzoeker] in hoger beroep ertoe strekte dat de onder deze voorwaarde toegewezen ontbinding door het hof wordt vernietigd. Ook uit de eigen stellingen van [verzoeker] volgt dat hij dit zo heeft bedoeld.[8](#)

Het hof heeft dus precies toegewezen wat verzocht was. Dat het hof het verzoek in de hiervoor vermelde zin heeft opgevat, volgt ook uit rov. 3.14. Daarin overweegt het hof immers dat het slechts een oordeel geeft voor de situatie dat het ontslag op staande wordt vernietigd door de kantonrechter.

2.15

Ten overvloede merk ik nog op dat de formulering van het dictum van het hof (*'veroordeelt Vlisco de arbeidsovereenkomst met [verzoeker] te herstellen met ingang van 1 december 2015 onder dezelfde arbeidsvoorwaarden als vóór die datum, voor het geval de kantonrechter de opzegging van de arbeidsovereenkomst zal vernietigen'*) eigenlijk niet geheel correct is. Als wordt voldaan aan de door het hof geformuleerde voorwaarde – dat de kantonrechter de opzegging van de arbeidsovereenkomst (het ontslag op staande voet) vernietigt – herleeft immers de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht tot het moment dat het ontslag op staande voet was gegeven. Herstel van de arbeidsovereenkomst is dan niet meer aan de orde, want er is (achteraf) steeds een arbeidsovereenkomst geweest.

Naar mijn mening had het hof als volgt moeten beslissen:

(i) vernietigt de beschikking van de kantonrechter van 15 oktober 2015 voor zover daarin de voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst is uitgesproken;
en opnieuw rechtdoende:

(ii) wijst het verzoek om voorwaardelijke ontbinding alsnog af.

2.16

De slotsom van het voorgaande is dat, zo [verzoeker] al belang heeft bij de tweede klacht, die klacht faalt.

Ten overvloede: voorwaardelijke ontbinding in hoger beroep

2.17

De vraag zou nog kunnen rijzen – het onderdeel stelt dit overigens niet aan de orde – of Vlisco in hoger beroep haar tegenverzoek had kunnen wijzigen en het verzoek had kunnen instellen onder de voorwaarde dat de appelrechter of de verwijzingsrechter in de procedure tot vernietiging van de opzegging (het ontslag op staande voet) de arbeidsovereenkomst herstelt. Van belang bij de beantwoording van die vraag is hetgeen is overwogen in de Mediant-uitspraak in rov. 3.13.1:

"3.13.1 Met de art. 7:683 leden 3 en 5 BW, mede in het licht van lid 1 van die bepaling, en de daarop gegeven toelichting zoals hiervoor in 3.12.1 en 3.12.2 aangehaald, bezien in het licht van de doelstellingen van de vernieuwing van het ontslagrecht (zie hiervoor in 3.6.1), strookt dat de in hoger beroep over de ontbinding van de arbeidsovereenkomst en/of de vernietiging van het op staande voet gegeven ontslag oordelende rechter, binnen de door de wet gestelde grenzen, vrij is om de rechten en

verplichtingen van partijen ten opzichte van elkaar opnieuw vast te stellen. De appel- of verwijzingsrechter dient zijn in art. 7:683 lid 3 gegeven bevoegdheid om (de werkgever te veroordelen) de arbeidsovereenkomst te herstellen of aan de werknemer een billijke vergoeding toe te kennen, in volle omvang te kunnen uitoefenen met inachtneming van alle ten tijde van zijn beslissing relevante feiten en omstandigheden van het geval. Daarmee is onverenigbaar dat de kantonrechter desverlangd de voorwaardelijk verzochte ontbinding van de arbeidsovereenkomst (ook) zou uitspreken voor het geval de appel- of verwijzingsrechter, anders dan de kantonrechter, het op staande voet gegeven ontslag zou vernietigen. Een verzoek tot ontbinding dat onder een zodanige voorwaarde wordt gedaan, dient dus in zoverre door de kantonrechter te worden afgewezen. Gelet op het systeem van het thans geldende recht kan in dit verband slechts als voorwaarde worden gesteld dat het op staande voet gegeven ontslag door de rechter van dezelfde aanleg wordt vernietigd, voor welk geval de rechter die tot dat oordeel komt, kan worden verzocht de overeenkomst te ontbinden.

3.13.2

Het vorenoverwogene betekent dat een voorwaardelijk verzoek tot ontbinding thans op beperktere schaal toewijsbaar is dan het geval was onder het tot 1 juli 2015 geldende recht. Het kan echter nog wel degelijk zinvol zijn een zodanig verzoek te doen, omdat langs die weg de gevolgen van het eventuele oordeel dat het op staande voet gegeven ontslag niet gerechtvaardigd was, in de desbetreffende instantie kunnen worden beperkt."

In aansluiting op deze overwegingen heeft de Hoge Raad de prejudiciële vraag onder C als volgt beantwoord:

"C. Als het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst is gedaan onder de voorwaarde:

(a) 'dat de arbeidsovereenkomst in hoger beroep wordt hersteld', of

(b) 'indien en voor zover het verzoek van de werknemer tot vernietiging van de opzegging (het gegeven ontslag op staande voet) wordt afgewezen',

dient het in zoverre te worden afgewezen."

2.18

Hiermee is in ieder geval duidelijk dat *de kantonrechter* niet de ontbinding mag uitspreken onder een voorwaarde die betrekking heeft op de uitkomst van de opzeggingsprocedure in hoger beroep of na verwijzing.

Dat mag niet omdat de kantonrechter dan de appelrechter of de verwijzingsrechter in de opzeggingsprocedure – in mijn woorden – voor de voeten zou lopen en die rechter zou beperken in de te maken keuze voor herstel van de arbeidsovereenkomst dan wel toekenning van een billijke vergoeding. Gelet op deze ratio is aannemelijk dat het voorgaande ook geldt wanneer de aan een ontbindingsverzoek verbonden voorwaarde (enigszins) anders is geformuleerd dan onder (a) of (b) in het antwoord op prejudiciële vraag C, maar wel betrekking heeft op de uitkomst van de opzeggingsprocedure in hoger beroep of na verwijzing. Zo zal ook een verzoek aan de kantonrechter tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst onder de voorwaarde *'dat het hof zal oordelen dat het verzoek om vernietiging van de opzegging ten onrechte is afgewezen'*, moeten worden afgewezen voor zover het betrekking heeft op het toekomstig oordeel van het hof. Een voorwaardelijk verzoek tot ontbinding bij de kantonrechter kan alleen worden gedaan onder een voorwaarde die betrekking heeft op de uitkomst van de opzeggingsprocedure bij de kantonrechter.

2.19

De vraag is vervolgens of *in hoger beroep* een voorwaardelijk ontbindingsverzoek kan worden gedaan onder een voorwaarde die betrekking heeft op de uitkomst van de opzeggingsprocedure in hoger beroep of na verwijzing. De overweging van de Hoge Raad in de hiervoor geciteerde rov. 3.13.1 *'dat slechts als voorwaarde [kan] worden gesteld dat het op staande voet gegeven ontslag door de rechter van dezelfde aanleg wordt vernietigd'*, duidt er m.i. op dat die voorwaarde wél kan worden gesteld. Hoewel ook hier weer moet worden aangetekend dat de rechter in hoger beroep het ontslag op staande voet niet kán vernietigen, zodat in hoger beroep niet de voorwaardelijke ontbinding kan worden verzocht voor het geval de appelrechter de opzegging vernietigt. Ook de overweging in rov. 3.13.2, dat het nog wel degelijk zinvol is om een voorwaardelijk verzoek tot ontbinding te doen, omdat langs die weg de gevolgen van het eventuele oordeel dat het op staande voet gegeven ontslag niet gerechtvaardigd was *in de desbetreffende instantie kunnen worden beperkt*, is een sterke aanwijzing dat ook in hoger beroep voorwaardelijke ontbinding kan worden verzocht. De reden daarvoor is dat een eventuele loonvordering als gevolg van een vernietiging door de appelrechter van het ontslag op staande voet, in tijd kan worden beperkt (rov. 3.13.2).

2.20

Deze zelfde gedachtegang is te vinden in een arrest van het hof Amsterdam, waarin een in hoger beroep gedaan ontbindingsverzoek onder de voorwaarde dat *'... op enig moment zou blijken dat tussen partijen nog een arbeidsovereenkomst bestaat..'*, toelaatbaar werd geacht:[9](#)

"3.8 [Appellant] heeft zich in de eerste plaats verweerd met de stelling dat nu de kantonrechter de opzegging niet heeft vernietigd, vast staat dat de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Weliswaar zou deze nog kunnen worden hersteld, maar ook dan is er geen sprake van een arbeidsovereenkomst die *nog* bestaat, zo stelt hij. Het hof volgt [appellant] hierin niet. Het verzoek van Solutions strekt immers kennelijk ertoe te bewerkstelligen dat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig tot een einde komt voor het geval deze na aanwending van een rechtsmiddel mocht worden hersteld. Met het oog op een daaruit resulterende in tijd in beginsel niet begrensde loonvordering heeft Solutions belang bij haar voorwaardelijke verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Dat tegen een beslissing op een dergelijk verzoek in tegenstelling tot onder het tot 1 juli 2015 geldende recht een hogere voorziening openstaat maakt dit niet anders. Daarbij verdient aantekening dat de maatstaf voor toewijsbaarheid van een (voorwaardelijk) ontbindingsverzoek een andere is dan die welke geldt voor de vernietiging van een ontslag op staande voet. Solutions is dus ontvankelijk in haar verzoek. (...)"

2.21

In haar noot onder de Mediant-uitspraak schrijft Van Zanten-Baris dat de Hoge Raad geen duidelijkheid heeft gegeven over de toelaatbaarheid van een voorwaardelijk ontbindingsverzoek in hoger beroep.¹⁰ Volgens haar lijkt het erop dat de Hoge Raad met de ruime formulering van rov. 3.13.2 bedoelt aan te geven dat in hoger beroep wel ontbinding kan worden verzocht voor het geval dat de arbeidsovereenkomst moet worden hersteld, maar ondubbelzinnig is de overweging volgens haar niet. Ook uit verschillende weblogs (van advocatenkantoren) over de Mediant-uitspraak blijkt dat er verschil van inzicht bestaat over de vraag of in hoger beroep een voorwaardelijk ontbindingsverzoek kan worden gedaan.

2.22

A-G Keus heeft in zijn conclusie voor de Mediant-uitspraak het standpunt ingenomen dat bij een voorwaardelijk ontbindingsverzoek in hoger beroep geen belang bestaat, omdat – kort weergegeven – in het geval de appelrechter oordeelt dat de opzegging (het ontslag op staande voet) geen stand houdt, hij bij zijn beslissing om al dan niet de werkgever tot herstel van de arbeidsovereenkomst te veroordelen c.q. bij de keuze voor het tijdstip waartegen dat herstel moet plaatsvinden, *mee zal wegen* of er ruimte was voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst.¹¹ Tegen die achtergrond schrijft Keus:¹²

"Als de werkgever er staat op kan maken dat, in het geval dat de arbeidsovereenkomst had kunnen worden ontbonden en ook zou zijn ontbonden, indien het ontslag op staande voet achterwege zou zijn gebleven, de appelrechter (of de rechter na verwijzing in cassatie) géén

veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst zal uitspreken en ook bij de vaststelling van een billijke vergoeding met die omstandigheid rekening zal houden, ontbreekt naar mijn mening een voldoende (gerechtvaardigd) belang bij een voorwaardelijke ontbinding, voor zover die van een uit te spreken veroordeling van de werkgever tot herstel van de arbeidsovereenkomst afhankelijk is."

Het komt mij voor dat omdat níet zeker is dat de werkgever er staat op kan maken dat de appelrechter in de opzeggingsprocedure bij een veroordeling tot herstel mee zal wegen of de arbeidsovereenkomst had kunnen worden ontbonden, de Hoge Raad in de Mediant-uitspraak deze benadering niet heeft overgenomen. Althans: niet is uit te sluiten dat de appelrechter in een opzeggingsprocedure bij een veroordeling tot herstel níet zal meewegen of de arbeidsovereenkomst had kunnen worden ontbonden, in ieder geval niet wanneer er een parallelle ontbindingsprocedure aanhangig is gemaakt.[13](#)

Dit leidt ertoe dat zich kan voordoen dat de ene appelrechter (in de opzeggingsprocedure) beslist dat herstel van de arbeidsovereenkomst tegen een bepaald tijdstip geboden is en de andere appelrechter (in de ontbindingsprocedure) oordeelt dat géén herstel dient plaats te vinden. Die laatste rechter dient de overeenkomst dan te ontbinden tegen een in de toekomst gelegen tijdstip. Natuurlijk is het praktischer en overzichtelijker wanneer beide beslissingen zoveel mogelijk tezamen worden genomen. De Hoge Raad heeft daarom in de Mediant-uitspraak (bij de beantwoording van vraag B) benadrukt dat het wenselijk is dat de rechter het verzoek van de werknemer tot vernietiging van het ontslag op staande voet, en het voorwaardelijk verzoek van de werkgever tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst, zoveel mogelijk gelijktijdig behandelt en beslist, ook wanneer in de opzeggingsprocedure een tussenuitspraak wordt gewezen (rov. 3.9.2).

2.23

Tégen de mogelijkheid om in hoger beroep voorwaardelijke ontbinding te verzoeken wel aangevoerd – afgezien van de argumenten die door de Hoge Raad reeds onder ogen zijn gezien en te licht zijn bevonden in de Mediant-uitspraak – dat dan in feite de voorwaardelijke ontbinding wordt verzocht van een overeenkomst die nog niet bestaat. Omdat de opzegging (het ontslag op staande voet) in hoger beroep niet vernietigd kan worden maar slechts herstel van de arbeidsovereenkomst kan worden opgedragen of toewijzing van een billijke vergoeding, wordt immers ontbinding verzocht van een overeenkomst die nog moet ontstaan, namelijk na herstel door de appel- of verwijzingsrechter in de opzeggingsprocedure. Dat zou niet mogelijk zijn.[14](#)

Naar mijn mening is dit argument niet erg overtuigend. Onder verwijzing naar de beschouwingen van A-G Keus in zijn conclusie voor de Mediant-uitspraak onder 5.19 (en 5.15) kan worden aangenomen dat in de ogen van de wetgever een herstelde overeenkomst in feite neerkomt op *dezelfde* overeenkomst. Niet is in te zien waarom geen ontbinding zou kunnen worden verzocht van een aldus herstelde arbeidsovereenkomst. Het komt mij voor dat een dergelijke, praktische benadering aansluit bij de oplossingsrichting die de Hoge Raad in de Mediant-uitspraak heeft gekozen. Ik merk hierbij op dat in de tweede volzin van rov. 3.12.2 van het arrest de Hoge Raad overweegt dat voor het geval (onder meer) de appel- of verwijzingsrechter oordeelt dat het verzoek om vernietiging van het ontslag op staande voet ten onrechte is afgewezen het volgende geldt: *'In een zodanig geval kan de appelrechter of de verwijzingsrechter (de werkgever veroordelen om) de arbeidsovereenkomst herstellen ...'*. Met het tussen haakjes plaatsen van *'de werkgever veroordelen om'* wordt door de Hoge Raad mogelijk gesuggereerd dat de appel- of verwijzingsrechter in de opzeggingsprocedure zélf het herstel van de arbeidsovereenkomst kan uitspreken. Er zou dan geen handeling van de werkgever nodig zijn om herstel tot stand te brengen. Hoewel de wettekst wel lijkt uit te gaan van herstel van de arbeidsovereenkomst door de werkgever, zou een herstel *door de rechter*, een voorwaardelijk ontbindingsverzoek in hoger beroep beter inpasbaar maken in het wettelijk systeem.

2.24

Eventueel zou Uw Raad nog kunnen expliciteren of onder de Wwz ook in hoger beroep een voorwaardelijk ontbindingsverzoek kan worden gedaan.

Onderdeel 3: proceskosten eerste aanleg

2.25

Het derde onderdeel (zie het verzoekschrift tot cassatie, onder 2.2.2) klaagt dat het hof heeft verzuimd te beslissen omtrent de proceskosten in eerste aanleg, hetzij op dit punt een rechtens onjuist, althans een onbegrijpelijk oordeel heeft gegeven. Uit de aanbiedingsbrief van mr. H.J.W. Alt van 28 juli 2016 blijkt van het voornemen om op dit punt bij het hof verzoeken ex art. 31 en 32 Rv in te dienen.[15](#) Een dergelijk verzoek staat echter niet in de weg aan de ontvankelijkheid van het cassatieberoep nu de beschikking van het hof ook op andere gronden in cassatie wordt bestreden.[16](#)

2.26

In cassatie wordt terecht gesteld dat de kantonrechter in de ontbindingsprocedure de proceskosten van partijen in eerste aanleg heeft gecompenseerd in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.[17](#)

Blijkens het beroepschrift heeft [verzoeker] in hoger beroep verzocht Vlisco te veroordelen in de proceskosten in *eerste aanleg* en de proceskosten in hoger beroep.¹⁸ Hoewel het hof deze verzoeken op juiste wijze heeft weergegeven in rov. 3.4.1 van zijn beschikking, oordeelt het in rov. 3.28 dat Vlisco als de in het ongelijk gestelde partij zal worden veroordeeld in de kosten van (slechts) het *hoger beroep*. Dit blijkt ook uit het dictum:

“Het hof:

(...)

veroordeelt Vlisco in de proceskosten van het hoger beroep, en begroot die kosten tot op heden aan de zijde van [verzoeker] op € 314,00 aan griffierecht en op € 1.788,00 aan salaris advocaat;”

2.27

Art. 23 Rv bepaalt dat de rechter beslist over al hetgeen partijen hebben gevorderd of verzocht.¹⁹ In art. 237 Rv, dat op grond van art. 353 lid 1 Rv van overeenkomstige toepassing in hoger beroep, is onder meer geregeld dat de partij die in het ongelijk wordt gesteld in de kosten wordt veroordeeld.²⁰ Als de uitspraak van de rechtbank wordt bekrachtigd, hoeft het hof geen beslissing te geven over de kosten van de eerste aanleg omdat dit in de bekrachtigde uitspraak al is gedaan. Als de uitspraak van de rechtbank wordt vernietigd, zal het hof wél moeten beslissen over de kosten van de eerste aanleg.²¹ Hoewel in de onderhavige zaak strikt genomen geen sprake is van vernietiging van de beschikking van de kantonrechter, had het hof die vernietiging eigenlijk wel moeten uitspreken (zie onder 2.15). Zijn beslissing is materieel ook gelijk te stellen met een vernietiging.

2.28

Door Vlisco als de in het ongelijk gestelde partij aan te merken en haar vervolgens (slechts) in de proceskosten van het hoger beroep te veroordelen, heeft het hof ten onrechte nagelaten te beslissen op de door [verzoeker] verzochte veroordeling van Vlisco in de proceskosten in *eerste aanleg*. Dit betekent dat het derde onderdeel terecht is voorgesteld. De Hoge Raad kan de zaak m.i. op de voet van art. 420 Rv zelf afdoen door Vlisco alsnog te veroordelen in de proceskosten van de eerste aanleg.

3 Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van de beschikking van het hof en tot afdoening van de zaak op de wijze als hiervoor vermeld onder 2.28.

De Procureur-Generaal bij de

Hoge Raad der Nederlanden

A-G

1 ECLI:NL:GHSHE:2016:1717, JAR 2016/149.

2 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 december 2016 (zaaknummer 200 195 925_01), ECLI:NL:GHSHE:2016:5341.

3 Conclusie van A-G Keus, ECLI:NL:PHR:2016:2998 (*Mediant/X*), sub 4.1.

4 Uit de aanbiedingsbrief van mr. H.J.W. Alt d.d. 28 juli 2016 blijkt van het voornemen om op dit punt bij het hof verzoeken ex art. 31 en 32 Rv in te dienen. Telefonische navraag op 9 januari 2017 bij de griffie van het hof wees uit dat tot op dat moment geen herstelverzoeken als hiervoor bedoeld waren ontvangen.

5 Zie ook conclusie A-G Keus, noot 19 in de *Mediant*-zaak, ECLI:NL:PHR:2016:2998 (*Mediant/X*).

6 Kamerstukken II, 2013-2014, 33 818, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 119; Kamerstukken I, 2013-2014, 33 818, C, p. 114 en E, p. 17.

7 Verweerschrift tevens houdende zelfstandig tegenverzoek van Vlisco van 25 september 2015, p. 22.

8 Vergelijk ook punt 26 van de pleitnota in hoger beroep (tabblad 16), waarin [verzoeker] schrijft: '*Als het ontslag op staande voet door de rechtbank wordt vernietigd (...)*' (mijn onderstreping).

9 Gerechtshof Amsterdam 25 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4282 (*X/Solutions*).

10 Annotatie van A. van Zanten-Baris onder de *Mediant*-uitspraak, JAR 2017/19.

11 Conclusie A-G Keus, ECLI:NL:PHR:2016:2998 (*Mediant/X*), punt 5.20.

12 *Idem*, punt 5.21.

13 Zie in dezelfde zin M.D. Ruizeveld in haar annotatie onder de conclusie van A-G Keus in de *Mediant*-zaak, TRA 2017/7, punt 2.

14 Ktr. rb. Noord-Nederland (locatie Leeuwarden) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:716, rov. 6.6). Zie voorts A.R. Houweling in zijn annotatie onder 5 onder hof Arnhem-Leeuwarden 22 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3215, AR 2016/0462 en in *Arbeidsrechtelijke themata* 2015, p. 835.

15 Telefonische navraag op 9 januari 2017 bij de griffie van het hof wees uit dat tot op dat moment geen herstelverzoeken als hiervoor bedoeld waren ontvangen.

16 Zie HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:38, NJ 2013/521 m.nt. L.C.A. Verstappen, rov. 5.2 en HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3462, NJ 2015/4; Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/84.

17 Zie het dictum van de beschikking van de kantonrechter van 15 oktober 2015, p. 10 onder "inzake het (voorwaardelijk) tegenverzoek ex artikel 7:669 BW".

18 Zie het beroepschrift, dat is ingekomen op 8 september 2016, p. 2, punt 6 en p. 11 (het petitum).

19 Ten overvloede is op te merken dat een kostenveroordeling niet gevorderd hoeft te worden, maar zo nodig ambtshalve wordt gegeven. Zie o.m. HR 28 november 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9604, NJ 1987/380 m.nt. W.L. Haardt.

20 Een appellant wordt in hoger beroep beschouwd in het ongelijk gesteld te zijn in de zin van art. 237 Rv indien de door hem bestreden uitspraak wordt bekrachtigd, ook al is dat op andere gronden dan in eerste aanleg. Zie HR 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3477, waarin wordt verwezen naar HR 12 augustus 2012, ECLI:NL:HR:2005:AT3084, NJ 2006/98.

21 Asser/Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012/250. Zie ook Snijders & Wendels 2009, nr. 269: "*De appelrechter zal in het algemeen in geval van vernietiging van de bestreden uitspraak de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van beide instanties veroordelen*".

3. Beoordeling van het middel

3.1

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan. [verzoeker] is met ingang van 1 november 2011 bij (de rechtsvoorganger van) Vlisco in dienst getreden in de functie van heftruckchauffeur. Hij is bij brief van 27 juli 2015 door Vlisco op staande voet ontslagen.

3.2.1

[verzoeker] heeft in dit geding primair verzocht, samengevat weergegeven, dat de kantonrechter het hem op staande voet gegeven ontslag vernietigt op grond van het bepaalde in art. 7:681 BW, met nevenverzoeken tot loonbetaling en tewerkstelling, en subsidiaire verzoeken.

3.2.2

Vlisco heeft verweer gevoerd. Zij heeft voorts de kantonrechter verzocht de arbeidsovereenkomst met [verzoeker] op de kortst mogelijke termijn te ontbinden op grond van art. 7:671b lid 1 BW en art. 7:669 lid 2 en 3, onder e, g en h, BW (achtereenvolgens verwijtbaar handelen, een verstoorde arbeidsverhouding en andere dan specifiek in deze bepaling vermelde omstandigheden), indien en voor zover het ontslag op staande voet door de kantonrechter wordt vernietigd.

3.2.3

De kantonrechter heeft – samengevat weergegeven – met betrekking tot het verzoek van [verzoeker] tot vernietiging van het ontslag op staande voet, Vlisco een bewijsopdracht gegeven. Daarnaast heeft hij het verzoek van Vlisco in die zin toegewezen dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen, voor zover deze nog bestaat, met ingang van 1 december 2015 is ontbonden. De proceskosten zijn gecompenseerd.

3.2.4

[verzoeker] heeft hoger beroep ingesteld tegen de beschikking van de kantonrechter voor zover daarin de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk is ontbonden.

Het hof heeft in zijn thans bestreden beschikking Vlisco veroordeeld de arbeidsovereenkomst met [verzoeker] te herstellen met ingang van 1 december 2015 onder dezelfde arbeidsvoorwaarden als voor die datum, zulks op straffe van een dwangsom, voor het geval de kantonrechter de opzegging van de arbeidsovereenkomst zal vernietigen. Het hof heeft voorts Vlisco veroordeeld in de proceskosten in hoger beroep.

Aan dit oordeel heeft het hof, kort weergegeven, het volgende ten grondslag gelegd. In een situatie als hier aan de orde is, waarin de kantonrechter nog geen oordeel heeft gegeven over het verzoek tot vernietiging van de opzegging in de zin van art. 7:677 lid 1 BW (ontslag op staande voet), is het mogelijk om ontbinding te verzoeken van de arbeidsovereenkomst, voor het geval de opzegging door de kantonrechter wordt vernietigd (rov. 3.7 in verbinding met rov. 3.8-3.14).

De kantonrechter heeft het verzoek van Vlisco om de arbeidsovereenkomst met [verzoeker] op de e-grond (als bedoeld in art. 7:669 lid 3 BW in verbinding met art. 7:671b lid 1 BW) voorwaardelijk te ontbinden, ten onrechte toegewezen (rov. 3.15-3.23). De arbeidsovereenkomst kan ook niet worden ontbonden op de g-grond of de h-grond (rov. 3.24).

Het hof heeft het door [verzoeker] primair gedane verzoek om Vlisco op de voet van art. 7:683 lid 3 BW te veroordelen tot herstel van de arbeidsovereenkomst, toegewezen met ingang van 1 december 2015, voor het geval de kantonrechter de opzegging van de arbeidsovereenkomst door Vlisco zal vernietigen, op straffe van een dwangsom (rov. 3.25-3.27 en het dictum). Als de in het ongelijk gestelde partij is Vlisco veroordeeld in de proceskosten van het hoger beroep.

3.3.1

Onderdeel 1 keert zich met een reeks klachten tegen hetgeen het hof heeft overwogen in rov. 3.7, rov. 3.8 - 3.14 en rov. 3.15, alsmede tegen het dictum van zijn beschikking. Het onderdeel klaagt in de kern dat het hof, gelet op het systeem van de Wet werk en zekerheid (hierna: WWZ), het ten onrechte mogelijk heeft geacht dat in een geval als het onderhavige, waarin de kantonrechter nog geen oordeel heeft gegeven over het verzoek tot vernietiging van de opzegging in de zin van art. 7:677 lid 1 BW (het ontslag op staande voet), de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden voor het geval de opzegging door de kantonrechter wordt vernietigd. Vlisco had dus niet-ontvankelijk moeten worden verklaard in haar verzoek, aldus nog steeds de klachten.

3.3.2

Deze klachten falen op de gronden uiteengezet in rov. 3.4.4-3.4.6 en 3.5 van de beschikking van de Hoge Raad van 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998 (Mediant). Hierin is geoordeeld dat de werkgever naar het thans geldende recht nog steeds de mogelijkheid heeft een verzoek te doen tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor het geval het ontslag op staande voet niet gerechtvaardigd wordt geacht. Voor een niet-ontvankelijkverklaring in een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor het geval later blijkt dat een op staande voet gegeven ontslag niet de arbeidsovereenkomst heeft beëindigd, is slechts plaats in gevallen waarin de rechter op processuele gronden niet toekomt aan een behandeling van de zaak ten principale. Afgezien van dergelijke gevallen is de partij die de ontbinding verzoekt, dus in beginsel steeds ontvankelijk in haar verzoek.

3.4

Het subsidiair voorgestelde onderdeel 2 keert zich met diverse klachten tegen hetgeen het hof heeft overwogen in rov 3.25 - 3.28, en heeft beslist in het dictum van zijn beschikking. Deze overwegingen luiden als volgt:

“3.25. Nu het hof van oordeel is dat de kantonrechter het verzoek tot ontbinding ten onrechte heeft toegewezen, heeft het hof op grond van artikel 7:683 lid 3 de mogelijkheid om Vlisco te veroordelen tot herstel

van de arbeidsovereenkomst, of aan [verzoeker] een billijke vergoeding toe te kennen.

3.26.

In dit geval zijn aan het verzoek tot voorwaardelijke ontbinding dezelfde argumenten ten grondslag gelegd als aan de opzegging om een dringende reden. Weliswaar heeft Vlisco ook nog ontbinding verzocht op de g-grond en op de h-grond, maar daartoe zijn geen andere argumenten aangedragen, zoals in r.o. 3.24 al is overwogen. Kort samengevat gaat het erom dat de gebeurtenissen tot 20 juli 2015 voor Vlisco geen reden waren om te streven naar een beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Hetgeen daarna is gebeurd op 27 juli 2015 staat niet vast en kan in dit geding ook niet vast komen te staan. [verzoeker] heeft meermaals uitdrukkelijk gesteld dat hij zijn arbeidsovereenkomst met Vlisco wil voortzetten. Nu daar geen andere argumenten tegenin zijn gebracht dan hetgeen hiervoor reeds is besproken en als onvoldoende voor een ontbinding is geacht, zal het hof Vlisco veroordelen tot herstel van de arbeidsovereenkomst, uiteraard slechts voor het geval dat de opzegging wordt vernietigd.

3.27.

Het hof zal dus de verzochte veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst toewijzen met ingang van 1 december 2015 voor het geval de kantonrechter de opzegging van de arbeidsovereenkomst door Vlisco vernietigt. Gelet op dat tijdstip, en vanwege het ontbreken van een verzoek daartoe, ziet het hof geen aanleiding om voorzieningen te treffen omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst.

3.28.

Vlisco zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep.”

Het dictum luidt, voor zover thans van belang, als volgt:

“Het hof:

veroordeelt Vlisco de arbeidsovereenkomst met [verzoeker] te herstellen met ingang van 1 december 2015 onder dezelfde arbeidsvoorwaarden als vóór die datum, voor het geval de kantonrechter de opzegging van de arbeidsovereenkomst zal vernietigen, (...)”

3.5.1

Het onderdeel klaagt in de eerste plaats dat rov. 3.27 en het daarop voortbouwende dictum abusievelijk is beperkt tot het geval de kantonrechter de opzegging van de arbeidsovereenkomst door Vlisco vernietigt. De klacht neemt aldus tot uitgangspunt dat het hof zijn oordeel in het dictum - in overeenstemming met hetgeen het hof volgens deze klacht in rov. 3.26 had overwogen - mede heeft willen betrekken op het geval dat het oordeel van de kantonrechter over de opzegging in hoger beroep, of na cassatie en verwijzing, geen stand zou houden.

3.5.2

Deze klacht berust op een verkeerde lezing van hetgeen het hof in rov. 3.26 heeft overwogen. In rov. 3.14 heeft het hof immers overwogen dat het ontbindingsverzoek van Vlisco slechts betrekking heeft op de situatie dat haar opzegging (het ontslag op staande voet) wordt vernietigd door de kantonrechter en dat slechts voor dat geval een beslissing is gegeven, zodat ook het hof zich daartoe beperkt. Hiermee strookt hetgeen het hof in rov. 3.27 van zijn beschikking heeft overwogen, namelijk dat het de veroordeling van Vlisco tot herstel van de arbeidsovereenkomst zal toewijzen met ingang van 1 december 2015 voor het geval de kantonrechter de opzegging van de arbeidsovereenkomst door Vlisco vernietigt. Tegen deze achtergrond dient het oordeel van het hof in rov. 3.26 aldus te worden verstaan dat dit eveneens is beperkt tot het geval dat de kantonrechter de opzegging vernietigt. Daaraan doet niet af dat het hof deze beperking van de reikwijdte van zijn oordeel in die overweging niet uitdrukkelijk heeft herhaald.

Deze klacht mist dus feitelijke grondslag en kan daarom niet tot cassatie leiden.

3.6.1

Het onderdeel klaagt voorts dat het hof, doordat het de veroordeling van Vlisco tot herstel van de arbeidsovereenkomst heeft beperkt tot het geval dat de kantonrechter de opzegging vernietigt, heeft miskend dat hoger beroep en cassatie mogelijk zijn van het oordeel van de kantonrechter over de vernietiging van het ontslag op staande voet. Het door het hof uitgesproken herstel van de arbeidsovereenkomst op de voet van art. 7:683 BW dient volgens deze klacht ook de gevallen te betreffen dat de vernietiging van het ontslag op staande voet pas door de appelrechter of de verwijzingsrechter wordt uitgesproken.

3.6.2

Ook deze klacht treft geen doel. Zij berust immers op het onjuiste uitgangspunt dat de appel- of verwijzingsrechter de opzegging kan vernietigen. Dat dit geval zich niet kan voordoen, volgt uit art. 7:683 lid 3 BW.

3.6.3

Overigens verdient in dit verband opmerking dat in rov. 3.13.1 van de Mediantbeschikking – om de voormelde redenen ten onrechte – melding is gemaakt van het geval dat de appel- of verwijzingsrechter, anders dan de kantonrechter, het op staande voet gegeven ontslag zou vernietigen. De desbetreffende passage moet aldus worden gelezen dat met de bevoegdheid van de appel- of verwijzingsrechter om op de voet van art. 7:683 lid 3 BW (de werkgever te veroordelen) de arbeidsovereenkomst te herstellen of aan de werknemer een billijke vergoeding toe te kennen, welke bevoegdheid hij in volle omvang moet kunnen uitoefenen, onverenigbaar is dat de kantonrechter desverlangd de voorwaardelijk verzochte ontbinding van de arbeidsovereenkomst (ook) zou uitspreken voor het geval de appel- of verwijzingsrechter, anders dan de kantonrechter, zou oordelen dat het ontslag op staande voet ten onrechte is gegeven, en hij (de werkgever veroordeelt) de arbeidsovereenkomst herstelt (te herstellen).

3.6.4

De Hoge Raad ziet voorts aanleiding ten overvloede nog het volgende te overwegen. De door de kantonrechter gestelde vragen die hebben geleid tot de Mediantbeschikking, omvatten niet de vraag of ook de appel- of verwijzingsrechter bevoegd is de voorwaardelijke ontbinding als hiervoor bedoeld, uit te spreken. In de Mediantbeschikking ligt echter besloten dat ook de appel- of verwijzingsrechter deze bevoegdheid bezit. In rov. 3.13.1 - onmiddellijk na de hiervoor in 3.6.3 bedoelde passage - wordt immers geconcludeerd dat, gelet op het systeem van het thans geldende recht, slechts als voorwaarde kan worden gesteld dat het op staande voet gegeven ontslag door de rechter "van dezelfde aanleg" wordt vernietigd (welke passage moet worden verstaan als hiervoor in 3.6.3 weergegeven). Voorts staat in rov. 3.13.2 van deze beschikking, kort gezegd, dat langs de weg van een voorwaardelijk verzoek tot ontbinding, de gevolgen van het eventuele oordeel dat het op staande voet gegeven ontslag niet gerechtvaardigd was, "in de desbetreffende instantie" kunnen worden beperkt. Daarmee strookt dat in 3.4.6 van de Mediantbeschikking het geval wordt besproken dat "in de instantie waarin de procedure verkeert", het ontslag op staande voet niet gerechtvaardigd wordt geacht. Deze algemeen geformuleerde bewoordingen, die mede de appel- en verwijzingsrechter omvatten, stroken met hetgeen in de desbetreffende overwegingen staat over de functie van de voorwaardelijke ontbinding in het stelsel van het met ingang van 1 juli 2015 geldende recht.

3.7.1

Onderdeel 3 klaagt dat het hof heeft verzuimd een beslissing te geven over de proceskosten in eerste aanleg.

3.7.2

Het onderdeel treft doel. Het hof heeft in rov. 3.28 immers overwogen dat Vlisco als de in het ongelijk gestelde partij is te beschouwen. Omdat de kantonrechter de proceskosten tussen partijen heeft gecompenseerd, had het hof derhalve Vlisco niet alleen moeten veroordelen in de kosten van het hoger beroep, maar ook, zoals door [verzoeker] verzocht - met vernietiging in zoverre van de beschikking van de kantonrechter - in de kosten van de eerste aanleg.

3.7.3

De Hoge Raad kan in zoverre zelf de zaak afdoen op de hierna in het dictum te vermelden wijze. [verzoeker] zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het geding in cassatie.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de beschikking van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 28 april 2016 voor zover Vlisco daarin niet mede is veroordeeld in de kosten van de procedure in eerste aanleg;

veroordeelt Vlisco in de kosten van die procedure, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verzoeker] begroot op € 3.148,--;

verwerpt het beroep voor het overige;

veroordeelt [verzoeker] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Vlisco begroot op nihil.

Deze beschikking is gegeven door de vice-president F.B. Bakels als voorzitter en de raadsheren A.H.T. Heisterkamp, G. de Groot, T.H. Tanja-van den Broek en C.E. du Perron, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer G. de Groot op 31 maart 2017.