

ECLI:NL:HR:2016:2998

Uitspraak

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Eerste Kamer

Uitspraak: 23 december 2016

Zaaknummer: 16/02674

Prejudiciële beslissing in de zaak van:

De stichting MEDIANT, STICHTING VOOR GEESTELIJKE
GEZONDHEIDSZORG OOST- EN MIDDEN TWENTE,
gevestigd te Enschede,

VERZOEKSTER in eerste aanleg,

advocaat in de prejudiciële procedure: mr. P. Kuipers,

t e g e n

[de werknemer],
wonende te [woonplaats],

VERWEERDER in eerste aanleg,

advocaat in de prejudiciële procedure: mr. S.F. Sagel.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als werkgever en werknemer.

1 Het geding in feitelijke instantie

Voor het verloop van het geding in feitelijke instantie verwijst de Hoge Raad naar de beschikkingen in de zaak 4986381\EJ VERZ 16-142 en 5026511\EJ VERZ 16-163 van de kantonrechter te Enschede van 26 april 2016 en 20 mei 2016.

De beschikkingen van de kantonrechter zijn aan deze beslissing gehecht.

2 De prejudiciële procedure

In haar laatstgenoemde beschikking heeft de kantonrechter op de voet van art. 392 Rv de volgende prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld:

A (a) Kan een werkgever onder de Wet werk en zekerheid in een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding worden ontvangen?

(b) Indien de hiervoor onder A (a) gestelde vraag in het algemeen bevestigend noch ontkennend kan worden beantwoord, kan een werkgever dan wel in zijn verzoek tot voorwaardelijke ontbinding worden ontvangen indien de werknemer een verzoek tot vernietiging van het gegeven ontslag op staande voet heeft ingediend en

- op dat verzoek nog niet is beslist (bijvoorbeeld omdat een bewijsopdracht is gegeven); of

- op dat verzoek en op het voorwaardelijke ontbindingsverzoek - al dan niet na bewijslevering in één of beide procedures - op dezelfde dag (eind)beschikking wordt gewezen en waarbij het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet wordt afgewezen;

B. Indien, na positieve beantwoording van één van de vragen onder A, een werkgever ontvankelijk dient te worden verklaard in zijn verzoek tot voorwaardelijke ontbinding na een gegeven ontslag op staande voet, kan de kantonrechter dan tot voorwaardelijke ontbinding - ervan uitgaande dat van een voldragen grond als bedoeld in art. 7:669 lid 3 sub c t/m h BW sprake is - overgaan:

(a) als op een door de werknemer ingediend verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet [...] nog niet [is] beslist (bijvoorbeeld omdat een bewijsopdracht is gegeven);

(b) als op een door de werknemer ingediend verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet en op het voorwaardelijke ontbindingsverzoek - al dan niet na bewijslevering in één of beide procedures - op dezelfde dag beschikking wordt gewezen, waarbij het verzoek tot vernietiging van de opzegging (het gegeven ontslag op staande voet) wordt afgewezen;

C. Dient bij beantwoording van de vragen onder B onderscheid gemaakt te worden naar gelang de formulering van de voorwaarde, te weten:

(a) de voorwaarde 'dat de arbeidsovereenkomst in hoger beroep wordt hersteld'? en

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

D. Dient bij beantwoording van de vragen hierboven, onder B en/of C onderscheid gemaakt te worden naar de grondslag van het voorwaardelijk ontbindingsverzoek, te weten:

(a) de situatie waarbij aan het voorwaardelijk ontbindingsverzoek dezelfde feiten en omstandigheden ten grondslag zijn gelegd als die aan het ontslag op staande voet ten grondslag zijn gelegd, zoals in de onderhavige zaak resulterende in een verzoek op basis van de zogenoemde e-grond, en [...]

(b) de situatie dat aan het voorwaardelijk verzoek andere feiten en omstandigheden ten grondslag zijn gelegd die niet (direct) in relatie staan tot de feiten en omstandigheden die hebben geleid tot het ontslag op staande voet, zoals in de onderhavige zaak resulterende in de g-grond;

E. Indien voorwaardelijke ontbinding in één of meerdere situaties als hiervoor genoemd mogelijk is, is het bewijsrecht daarop dan ten volle van toepassing?

De advocaten van beide partijen hebben schriftelijke opmerkingen als bedoeld in art. 393 lid 1 Rv ingediend en hebben op elkaars opmerkingen gereageerd.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L.A.D. Keus strekt ertoe dat de Hoge Raad de prejudiciële vragen beantwoordt overeenkomstig het onder 6.1-6.6 in die conclusie gestelde.

De conclusie leest als volgt:

1. Feiten [2](#)

1.1 Werknemer is met ingang van 1 september 2007 bij werkgever in dienst getreden in de functie van Verpleegkundige Gestructureerd Wonen. Hij is werkzaam op basis van een fulltime dienstverband tegen een salaris van € 3.007,- per maand bruto, exclusief emolumenten, waaronder een onregelmatigheidstoeslag en nachttoeslag. Gemiddeld bedraagt zijn inkomen, inclusief genoemde toeslagen, € 3.700,- bruto per maand.

1.2 Met werknemer zijn in de loop der jaren meermaals functioneringsgesprekken gevoerd waarvan verslagen zijn opgemaakt. Daaruit blijkt niet van klachten over zijn functioneren.

1.3 Bij brief van 19 februari 2016 (productie 4 bij verzoekschrift) heeft werkgever aan werknemer geschreven dat haar signalen hebben bereikt van ongewenst gedrag van werknemer jegens cliënten, dat deze signalen en de daarop door werknemer gegeven toelichting verder zullen worden onderzocht en dat werknemer gedurende dit onderzoek is vrijgesteld van het verrichten van werk.

1.4 Bij brief van 26 februari 2016 (productie 3 bij verzoekschrift) heeft werkgever aan werknemer geschreven dat gebleken is dat werknemer zich heeft schuldig gemaakt aan seksueel grensoverschrijdend gedrag,

fysiek geweld, verbale agressie en denigrerend pestgedrag. Over de daaraan te verbinden consequenties heeft werkgever geschreven:

“Wij zijn enorm geschrokken van de hoeveelheid en ernst van de incidenten. Onze cliënten zijn toevertrouwd aan onze zorg en moeten zich veilig voelen op de afdeling waar zij verblijven. Wij hebben gehoord dat als u nachtdienst heeft niemand van zijn kamer durft te komen en cliënten zelfs een deur op slot doen zodat u maar niet kunt binnenkomen. Door uw wijze van handelen en omgaan met cliënten en medewerkers is het gevoel van veiligheid zoek en moeten wij concluderen dat u zich niet als een professioneel hebt opgesteld, zeker niet gelet op de bewonersgroep waarmee u werkt en waarvan u weet dat zij nimmer meer deze afdeling kunnen verlaten.

In het gesprek hebt u geen blijk ervan gegeven dat u zich realiseert dat uw gedrag niet acceptabel is. Wij hebben van u niet de indruk gekregen dat u zelf beseft dat uw handelwijze niet kan. U vertoonde ook geen enkele emotie richting cliënten en collega's.

De hiervoor benoemde gedragingen tezamen maar ook afzonderlijk leiden tot een dringende reden en beschouwen wij als ernstig verwijtbaar handelen.

Op basis van deze uitkomsten en ons gesprek, hebben wij besloten u op staande voet te ontslaan. Uw dienstverband met Mediant eindigt per 25 februari 2016. Per dezelfde datum stopt ook de salarisbetaling. Met de eindafrekening zal de gefixeerde schadeloosstelling, bestaande uit het in geld vastgestelde loon voor de periode dat de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging nog had geduurd, worden verrekend. Betaling van een eventueel resterend saldo zal aan u worden overgemaakt.

Teneinde er zeker van te zijn dat deze brief u bereikt, zenden wij u een exemplaar per gewone en aangetekende post.”

1.5 Op 1 maart 2016 heeft werkgever van de ontstane situatie melding gedaan bij de Inspectie voor de Volksgezondheid.

2 Procesverloop

2.1

Bij verzoekschrift van 14 maart 2016, ontvangen door de griffie van de rechtbank Overijssel op 15 maart 2016, heeft werknemer onder meer vernietiging verzocht van het hem op 26 februari 2016 gegeven ontslag op staande voet. Werkgever heeft hierop bij verweerschrift van 19 april 2016 gereageerd en tevens een zelfstandig verzoek ingediend als bedoeld in art. 7:686a lid 2 jo 671b lid 1 BW, strekkende *primair* tot

voorwaardelijke ontbinding en *subsidiair* tot (onvoorwaardelijke) ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

2.2

Werkgever heeft bij brieven van 11 en 14 april 2016 nadere producties toegezonden. Werknemer heeft bij brief 14 april 2016 producties toegezonden. Bij brief van 18 april 2016 heeft werknemer zijn verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet c.a. vermeerderd.

2.3

Op 19 april 2016 heeft een mondelinge behandeling plaatsgehad waarbij het verzoek van werkgever tot voorwaardelijke ontbinding gelijktijdig is behandeld met het door werknemer ingediende verzoek, strekkende tot onder meer vernietiging van het hem op 26 februari 2016 gegeven ontslag op staande voet.

Werknemer heeft tijdens deze mondelinge behandeling - en in zijn pleitaantekeningen - onder meer verweer gevoerd tegen het door de werkgever gedane verzoek tot (voorwaardelijke) ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor zover gebaseerd op de e-grond (art. 7:669 lid 3 sub e BW; verwijtbaar handelen), heeft zich gerefereerd aan ontbinding op de g-grond (art. 7:669 lid 3 sub g BW; verstoorde relatie) en heeft, in geval tot ontbinding wordt overgegaan, (bij wijze van tegenverzoek) toekenning van een transitievergoeding en een billijke vergoeding verzocht.

2.4

De rechtbank Overijssel, team kanton en handelsrecht, zittingsplaats Enschede (hierna: de kantonrechter) heeft na de mondelinge behandeling de zaken, te weten enerzijds het verzoek van werknemer strekkende tot onder meer vernietiging van het gegeven ontslag op staande voet c.a. (zaaknummer 4907118) en anderzijds het verzoek van werkgever strekkende tot (voorwaardelijke) ontbinding van de arbeidsovereenkomst en het tegenverzoek van werknemer tot toekenning van een transitievergoeding en een billijke vergoeding (zaaknummers 4986381 en 5026511) met gebruikmaking van art. 7:686a lid 10 BW gesplitst.

2.5

Op 26 april 2016 heeft de kantonrechter in beide zaken afzonderlijk uitspraak gedaan.

In de zaak naar aanleiding van het verzoek van werknemer, onder meer strekkende tot vernietiging van het gegeven ontslag op staande voet, heeft de kantonrechter werkgever in de gelegenheid gesteld te bewijzen

dat sprake is geweest van handelen of nalaten door werknemer als omschreven in de brief van de werkgever van 26 februari 2016³. De kantonrechter heeft iedere verdere beslissing in deze zaak aangehouden.

In de zaak naar aanleiding van het verzoek van werkgever, strekkende tot (voorwaardelijke) ontbinding van de arbeidsovereenkomst, en het tegenverzoek van werknemer, strekkende tot toekenning van een transitie- en billijke vergoeding, heeft de kantonrechter in de tussenbeschikking van 26 april 2016 kenbaar gemaakt voornemens te zijn prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen en partijen gelegenheid geboden zich over dit voornemen en de in rov. 4.11 en 4.13 voorgestelde vragen uit te laten⁴.

2.6

Zowel werknemer als werkgever hebben zich, na daartoe uitstel te hebben verzocht en verkregen, bij brief van 13 mei 2016 over het voornemen en de voorgestelde vragen uitgelaten.

2.7

Bij tussenbeschikking van 20 mei 2016 heeft de kantonrechter de navolgende vragen voorgelegd aan de Hoge Raad⁵:

A. (a) Kan een werkgever onder de Wet werk en zekerheid in een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding worden ontvangen?

(b) Indien de hiervoor onder A (a) gestelde vraag in het algemeen bevestigend noch ontkennend kan worden beantwoord, kan een werkgever dan wel in zijn verzoek tot voorwaardelijke ontbinding worden ontvangen indien de werknemer een verzoek tot vernietiging van het gegeven ontslag op staande voet heeft ingediend en

- op dat verzoek nog niet is beslist (bijvoorbeeld omdat een bewijsopdracht is gegeven); of

- op dat verzoek en op het voorwaardelijke ontbindingsverzoek - al dan niet na bewijslevering in één of beide procedures - op dezelfde dag (eind)beschikking wordt gewezen en waarbij het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet wordt afgewezen;

B. Indien, na positieve beantwoording van één van de vragen onder A, een werkgever ontvankelijk dient te worden verklaard in zijn verzoek tot voorwaardelijke ontbinding na een gegeven ontslag op staande voet, kan de kantonrechter dan tot voorwaardelijke ontbinding - ervan uitgaande dat van een voldragen grond als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub c t/m h BW sprake is - overgaan:

(a) als op een door de werknemer ingediend verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet (...) nog niet (is) beslist (bijvoorbeeld omdat een bewijsopdracht is gegeven);

(b) als op een door de werknemer ingediend verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet en op het voorwaardelijke ontbindingsverzoek - al dan niet na bewijslevering in één of beide procedures - op dezelfde dag beschikking wordt gewezen, waarbij het verzoek tot vernietiging van de opzegging (het gegeven ontslag op staande voet) wordt afgewezen;

C. Dient bij beantwoording van de vragen onder B onderscheid gemaakt te worden naar gelang de formulering van de voorwaarde, te weten:

(a) de voorwaarde 'dat de arbeidsovereenkomst in hoger beroep wordt hersteld'? en

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

D. Dient bij beantwoording van de vragen hierboven, onder B en/of C onderscheid gemaakt te worden naar de grondslag van het voorwaardelijk ontbindingsverzoek, te weten:

(a) de situatie waarbij aan het voorwaardelijk ontbindingsverzoek dezelfde feiten en omstandigheden ten grondslag zijn gelegd als die aan het ontslag op staande voet ten grondslag zijn gelegd, zoals in de onderhavige zaak resulterende in een verzoek op basis van de zogenoemde e-grond, en (...)

(b) de situatie dat aan het voorwaardelijk verzoek andere feiten en omstandigheden ten grondslag zijn gelegd die niet (direct) in relatie staan tot de feiten en omstandigheden die hebben geleid tot het ontslag op staande voet, zoals in de onderhavige zaak resulterende in de g-grond;

E. Indien voorwaardelijke ontbinding in één of meerdere situaties als hiervoor genoemd mogelijk is, is het bewijsrecht daarop dan ten volle van toepassing?

2.8

Partijen zijn bij brieven van 14 juni 2016 door de Hoge Raad in de gelegenheid gesteld om uiterlijk op 26 juli 2016 schriftelijke opmerkingen in te dienen, van welke gelegenheid beide partijen gebruik hebben gemaakt. Er zijn geen schriftelijke opmerkingen door andere partijen ingediend.

Partijen zijn vervolgens in de gelegenheid gesteld om uiterlijk op 26 augustus 2016 op elkaars schriftelijke opmerkingen te reageren. Beide partijen hebben ook van die gelegenheid gebruik gemaakt.

3 Achtergrond

De situatie vóór de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid

3.1

Onder het oude recht bestond de mogelijkheid om een opzegging van de arbeidsovereenkomst te laten volgen door een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding⁶ voor het geval dat mocht blijken dat de arbeidsovereenkomst door de opzegging niet rechtsgeldig was beëindigd⁷. In de praktijk werd van deze mogelijkheid in het bijzonder gebruik gemaakt na een door de werkgever gegeven ontslag op staande voet. De werknemer kon de (buitengerechtelijke) vernietiging van het ontslag inroepen, welke vernietiging terugwerkende kracht had. Om het risico op loondoorbetaling te beperken, diende de werkgever vaak een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst in voor het geval dat uiteindelijk mocht blijken dat de arbeidsovereenkomst niet door het ontslag op staande voet was beëindigd. Indien de kantonrechter een dergelijk verzoek toewees, had de werkgever vanaf het moment dat de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter was ontbonden, de zekerheid dat hij geen loon meer was verschuldigd. Tegen de ontbindingsbeschikking kon ingevolge art. 7:685 lid 11 (oud) BW immers geen hoger beroep en geen beroep in cassatie worden ingesteld⁸.

3.2

De mogelijkheid van een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding was niet in de wet geregeld, maar volgde uit rechtspraak van de Hoge Raad. In zijn beschikking van 21 oktober 1983 (*Nijman*), ECLI:NL:HR:1983:AG4670, NJ 1984/296 m.nt. PAS, oordeelde de Hoge Raad dat de werkgever na een gegeven ontslag op staande voet een gerechtvaardigd belang heeft bij het vragen van een voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor het geval dat de arbeidsovereenkomst niet door het aan de werknemer gegeven ontslag op staande voet blijkt te zijn geëindigd. De Hoge Raad heeft dit in de *Nijman*-beschikking als volgt gemotiveerd:

“3.4 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, als opleverende een handeling in strijd met art. 6 lid 1 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. blijkens het hierboven (3.3)[9](#) overwogene op het oog had. Immers ook bij het zich voordoen van dergelijke omstandigheden strookt een zodanige gang van zaken 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.

De kans op 'tegenstrijdige beslissingen' - waarmee de Rb. doelt op de omstandigheid dat het oordeel van de Ktr. omtrent de aanwezigheid van gewichtige redenen de ontslagrechter niet bindt - levert onvoldoende grond op voor het aanvaarden van de door de Rb. aangenomen beperking, gezien het verschil in aard van de beide procedures, welk verschil meebrengt dat de vaststelling en weging van de feiten niet op dezelfde wijze geschiedt.

De gegrondheid van onderdeel 2 brengt mee dat het vonnis van de Rb. niet in stand kan blijven."[10](#)

In zijn arrest van 5 september 1997 (*De Bode/De Hollandsche IJssel*), ECLI:NL:HR:1997:ZC2417, NJ 1998/421 m.nt. PAS, heeft de Hoge Raad het karakter van een na een gegeven ontslag op staande voet uitgesproken voorwaardelijke ontbinding - de ontbinding "voor zover rechtens vereist" - verduidelijkt:

"3.4 Aldus overwegende heeft de Rechtbank blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Klaarblijkelijk is de Rechtbank ervan uitgegaan dat in een geval als het onderhavige, waarin een op staande voet ontslagen werknemer de nietigheid van dat ontslag heeft ingeroepen en tevens op de voet van art. 7A:1639w (oud) BW de arbeidsovereenkomst 'voor zover rechtens vereist' is ontbonden, de ontbinding van de arbeidsovereenkomst afhankelijk is gesteld van de opschortende voorwaarde dat de rechter het ontslag op staande voet nietig verklaart, en dat de vervulling van die voorwaarde met overeenkomstige toepassing van de art. 3:38 lid 2 en 6:22 geen terugwerkende kracht heeft. Door op grond hiervan te oordelen dat de beschikking tot ontbinding pas werking krijgt wanneer de rechterlijke beslissing waarbij de nietigheid van het ontslag op staande voet is uitgesproken, in kracht van gewijsde is gegaan, heeft de Rechtbank in de eerste plaats onvoldoende rekening gehouden met het bijzondere karakter van de procedure op grond van art. 1639w (oud) - thans art. 7:685 -, welke procedure immers is gericht op het verkrijgen van een spoedige beslissing omtrent het beëindigen van de arbeidsovereenkomst (vgl. HR 21 oktober 1983, NJ 1984, 296).

Voorts heeft de Rechtbank eraan voorbijgezien dat de in gevallen als het onderhavige gebruikelijke clausule 'voor zover rechtens vereist', mede gelet op evenbedoeld karakter van de ontbindingsprocedure, in redelijkheid niet anders kan betekenen dan dat de met dit voorbehoud uitgesproken ontbinding van de arbeidsovereenkomst afhankelijk wordt gesteld van de nietigheid van het ontslag en niet van (het in kracht van gewijsde gaan van) een rechterlijke uitspraak omtrent die nietigheid. Dit brengt mee dat, ook als de nietigheid van het ontslag pas later, in een daaromtrent gevoerd geding, door de rechter wordt geconstateerd, het op staande voet gegeven ontslag geacht moet worden nimmer werking te hebben gehad. Zulks in aanmerking genomen bestaat er dan ook geen grond aan te nemen dat de beschikking tot ontbinding enigerlei andere werking - en wel met name ten aanzien van het tijdstip van verschuldigd worden van de vergoeding - zou moeten hebben dan ingeval geen sprake zou zijn geweest van het nietige ontslag op staande voet."

3.3

De werkgever kon onder het oude recht ook ervoor kiezen het UWV te verzoeken een ontslagvergunning voor zover vereist te verlenen, met welke vergunning de werkgever de arbeidsovereenkomst kon opzeggen. Het risico om loon te moeten doorbetalen werd hiermee beperkt tot de dag waartegen voor zover vereist was opgezegd. Van deze mogelijkheid werd echter in de praktijk minder gebruik gemaakt dan van de voorwaardelijke ontbinding¹¹.

Het regime van de Wwz

Geen keuze tussen UWV en kantonrechter

3.4

Met de Wwz, die op 1 juli 2015 in werking is getreden¹², is onder meer beoogd om het ontslagrecht te vereenvoudigen¹³. Het BBA 1945 - waarin de zogenaamde UWV-procedure was opgenomen - is met de Wwz komen te vervallen. Het ontslagrecht wordt thans in hoofdzaak geregeld in het Burgerlijk Wetboek. Daarnaast is in de Wwz per ontslaggrond bepaald wie bevoegd is een voorgenomen ontslag te toetsen, het UWV of de rechter (art. 7:671a-c BW)¹⁴. Kort gezegd toetst het UWV de ontslagen wegens bedrijfseconomische redenen en wegens langdurige arbeidsongeschiktheid en de kantonrechter de overige ontslagen. Onder de Wwz kan de werkgever dus niet meer zelf kiezen langs welke route (UWV dan wel kantonrechter) het dienstverband wordt beëindigd.

Vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst

3.5

Onder de Wvz is het voor de werknemer niet meer mogelijk de opzegging van de arbeidsovereenkomst buitengerechtelijk te vernietigen. Een opzegging kan alleen nog door de rechter worden vernietigd. Volgens de regering is een voordeel daarvan dat de werknemer de keuze heeft om de rechter in plaats van vernietiging van de opzegging toekenning van een billijke vergoeding te verzoeken (art. 7:681 BW)[15](#).

Verder is nieuw dat de werknemer op straffe van verval binnen twee maanden de vernietiging van de opzegging bij de kantonrechter moet verzoeken. De kantonrechter moet de behandeling van een dergelijk verzoek vervolgens niet later aanvangen dan uiterlijk in de vierde week volgende op die waarin het verzoek is ingediend (art. 7:681 jo. 7:686a lid 4 onder a sub 2o en lid 5 BW).

Art. 7:683 lid 6 BW bepaalt voorts dat indien de rechter in hoger beroep of na verwijzing in cassatie oordeelt dat het verzoek van de werknemer om vernietiging van de opzegging ten onrechte is toegewezen, hij een tijdstip bepaalt waarop de arbeidsovereenkomst eindigt. Blijkens de memorie van toelichting dient deze datum in de toekomst te liggen[16](#).

Herstel van de arbeidsovereenkomst

3.6

Art. 7:683 lid 3 BW[17](#) bepaalt dat, indien de rechter in hoger beroep of na verwijzing in cassatie oordeelt dat het verzoek van de werknemer 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[18](#). Anders dan onder het oude recht het geval was, kan de appelrechter de opzegging niet alsnog vernietigen[19](#).

In het geval van herstel van de arbeidsovereenkomst draagt de rechter de werkgever op een arbeidsovereenkomst aan te bieden onder dezelfde voorwaarden als de vorige[20](#); voorts bepaalt hij op welk tijdstip de overeenkomst dient te worden hersteld (art. 7:683 lid 4 jo art. 7:682 lid 6 BW). Dat tijdstip kan een moment in de toekomst zijn, maar ook in het verleden[21](#). In dit systeem kan de rechter volgens de regering beter rekening houden met belangen van werkgever en werknemer (dan in het geval dat slechts vernietiging van de opzegging mogelijk zou zijn) en kan hij voorzieningen treffen met betrekking tot de rechtsgevolgen van de onderbreking, dat wil zeggen de (eventuele) periode tussen de opzegging en het moment van herstel van de arbeidsovereenkomst[22](#). Als de rechter de werkgever opdraagt de arbeidsovereenkomst te herstellen met

terugwerkende kracht tot het moment waarop de arbeidsovereenkomst eindigde, is volgens de regering van een onderbreking van de arbeidsovereenkomst geen sprake (en hoeft de rechter dus ook geen voorzieningen omtrent de rechtsgevolgen van een dergelijke onderbreking te treffen)[23](#).

Hoger beroep en beroep in cassatie tegen ontbindingsbeschikking

3.7

Een belangrijke wijziging ten opzichte van het oude recht is voorts dat tegen de uitspraak van de kantonrechter in alle ontslagprocedures - en dus thans ook tegen de ontbindingsbeschikking - hoger beroep en beroep in cassatie openstaan (art. 7:683 lid 1 BW). Volgens de memorie van toelichting ligt hieraan de overweging ten grondslag dat in een stelsel waarin verschillende kantonrechters oordelen over ontslag, de mogelijkheid van hoger beroep en beroep in cassatie tegen een beslissing van de rechter van belang is om uniformiteit in de rechtspraak te bevorderen. Bij de keuze voor en uitwerking van deze mogelijkheid heeft de wetgever betrokken dat partijen enerzijds belang erbij hebben snel duidelijkheid over het al dan niet beëindigen van de arbeidsovereenkomst te verkrijgen en anderzijds belang erbij hebben in hoger beroep en cassatie te kunnen gaan als zij zich onrechtvaardig behandeld voelen[24](#).

Geen kenbare aandacht voor voorwaardelijke ontbinding na ontslag op staande voet

3.8

In de Wwz is geen regeling opgenomen ten aanzien van de (on)mogelijkheid de werkgever na een gegeven ontslag op staande voet in een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst te ontvangen.

Opvallend is dat bij de parlementaire behandeling van de Wwz in het geheel geen aandacht aan deze (voor de praktijk belangrijke) materie is besteed.

3.9

Wel is in het advies van de Raad van State ingegaan op de mogelijkheid dat een werkgever het UWV toestemming voor opzegging vraagt en bovendien een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding bij de kantonrechter indient. Uit dat advies volgt dat de Raad van State de mogelijkheid van een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst ook in het nieuwe stelsel *an sich* niet uitsluit[25](#):

5.1. Het duale stelsel

a. Dwingend voorgeschreven ontslagroutes

i) Afbakening ontslagroutes

Ook wanneer de Afdeling het voorgestelde vernieuwde duale ontslagrecht nader beziet, kan zij niet concluderen dat er sprake is van een eenduidiger en eenvoudiger ontslagrecht. Weliswaar heeft de werkgever geen keuze meer tussen de beide ontslagroutes, maar hier staat tegenover dat het zich laat aanzien dat als gevolg hiervan afbakeningsvraagstukken zullen ontstaan tussen de UWV-procedure en de ontbindingsprocedure bij de kantonrechter. Het voorstel regelt dan wel door middel van een opsomming van ontslaggronden in welke gevallen de werkgever de UWV-procedure moet doorlopen en in welke gevallen de werkgever de route van de ontbindingsprocedure bij de kantonrechter moet volgen.[26](#) Niet ondenkbaar is echter dat in bepaalde gevallen de werkgever de ontslaggrond op zodanige wijze inkleedt dat hij toch de keuze heeft tussen de beide procedures.

Een voorbeeld kan zijn een om bedrijfseconomische redenen gegrond ontslag, terwijl de werkgever eigenlijk vanwege vermeend disfunctioneren van de werknemer af wil. Daarbij rijst de vraag naar het rechtsgevolg van een dergelijke situatie. Niet ondenkbaar is dat de werknemer de rechtsgeldigheid van een op bedrijfseconomische redenen gegronde opzegging na verkregen toestemming van het UWV probeert aan te tasten indien hij kan bewijzen dat het vermeend disfunctioneren de werkelijke reden van het ontslag was. Daarop anticiperend zou de werkgever, om dit te voorkomen, naast toestemming van het UWV ook nog een voorwaardelijke ontbinding van de kantonrechter kunnen verzoeken voor het geval hij zich vergist heeft in de benadering van de juiste instantie.[27](#)

Afgezien daarvan kan zich uiteraard ook een combinatie van ontslaggronden voordoen, bijvoorbeeld als met een werknemer die langdurig ziek is ook de arbeidsverhouding verstoord raakt. Door deze mogelijke problemen van afbakening kan het ontslagrecht nog ingewikkelder en zwaarder voorkomen dan thans het geval is. Voor dit soort gevallen zou gedacht kunnen worden aan een voorrangsregel of een doorverwijzingsplicht ten behoeve van de werkgever teneinde te voorkomen dat de werkgever niet-ontvankelijk wordt verklaard in zijn verzoek om toestemming onderscheidenlijk ontbinding.

Gelet op deze afbakeningsproblemen mist de Afdeling in de toelichting een bespreking van de mogelijkheid om één instantie aan te wijzen die alle ontslagen toetst, hetgeen vanuit het oogpunt van vereenvoudiging van het ontslagstelsel ook goed denkbaar is.

De Afdeling adviseert het voorstel aan te passen in verband met problemen die kunnen rijzen bij een «dubbele» ontslaggrond.28” (onderstreping toegevoegd; LK)

In haar reactie op bovenstaand advies van de Raad van State merkt de regering op dat het wetsvoorstel het gelijktijdig volgen van twee sporen - opzegging en ontbinding - onverlet laat, maar dat dit gezien de nieuwe structuur geen logische keuze is29:

“5.1 Het duale stelsel

a. Dwingend voorgeschreven ontslagroutes

i) Afbakening ontslagroutes

In reactie op hetgeen de Afdeling heeft opgemerkt over het duale ontslagstelsel, verwijst het kabinet naar hetgeen hierboven is opgemerkt.

Met betrekking tot de opmerkingen van de Afdeling over de samenloop van ontslaggronden geldt dat respectievelijk UWV of de rechter de grond toetst waarover hij bevoegd is te oordelen. In het door de Afdeling genoemde voorbeeld van een op bedrijfseconomische redenen gegrond ontslag terwijl de werkgever ook vanwege vermeend disfunctioneren de arbeidsovereenkomst met de werknemer wil beëindigen, zal de werkgever kunnen kiezen aan welke instantie het ontslag wordt voorgelegd, met dien verstande dat bij de verschillende instanties enkel de grond aan de orde kan komen die aan UWV respectievelijk de rechter is toegewezen. Met andere woorden eventueel disfunctioneren kan geen enkele rol spelen bij de beoordeling door UWV van de aangevoerde bedrijfseconomische gronden noch als het gaat om de ontslagkeuze (toepassing van het afspiegelingsbeginsel). Omgekeerd zal de rechter bij de beoordeling van eventueel disfunctioneren geen acht mogen slaan op eventuele economische omstandigheden. Dit noopt tot heldere keuzes en zuivere afwegingen. Indien in het door de Afdeling gegeven voorbeeld de werkgever - in strijd met de daadwerkelijke reden - bedrijfseconomische redenen als grond voor ontslag opgeeft, komt het logischerwijs voor zijn rekening als hij - nadat UWV geen toestemming heeft verleend - vervolgens alsnog bij de rechter ontbinding op grond van disfunctioneren zal moeten bewerkstelligen als daar reden voor is. Het wetsvoorstel laat de mogelijkheid van de gelijktijdige indiening van een ontbindingsverzoek onverlet maar gezien de nieuwe structuur is dat geen logische keuze. Het ligt meer voor de hand dat een werkgever beoordeelt welke grond (als er eventueel meer gronden in aanmerking komen) de meeste kans van slagen heeft. Mocht hij toch voor twee ankers willen liggen dan zal hij twee procedures kunnen starten op verschillende gronden, zowel bij de rechter als bij UWV. Afhankelijk van de snelheid (en de uitkomst) van de beide procedures zal dan de arbeidsovereenkomst ofwel opzegbaar zijn ofwel worden ontbonden door de rechter.

Mocht er overigens sprake zijn van verschillende in de persoon gelegen gronden dan kan de werkgever in zijn verzoekschrift aan de rechter deze verschillende gronden aanvoeren en onderbouwen.

Voor wat betreft het door de Afdeling aangehaalde voorbeeld van langdurige arbeidsongeschiktheid (na twee jaar of langer) toetst UWV of er nog mogelijkheden zijn om bij de werkgever aan de slag te blijven. Als hierbij tegelijkertijd sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie, zal dit zich over het algemeen eerder hebben geopenbaard. In dat geval is het aan de rechter om hierover te oordelen als de werkgever om ontbinding vraagt. UWV zal bij de beoordeling of er mogelijkheden zijn om bij de werkgever aan de slag te blijven een eventueel verstoorde arbeidsrelatie niet kunnen meewegen; die beoordeling vindt louter plaats op arbeidskundige en medische gronden (belasting versus belastbaarheid).

Gelet op het voorgaande is het kabinet dan ook van mening dat van problemen bij samenloop geen sprake zal zijn. Aldus ziet het kabinet geen aanleiding voor de door de Afdeling gedane suggestie van het opnemen van een voorrangsregel of doorverwijzingsplicht.

Over de keuze voor het niet aan één instantie toebedelen van alle ontslagen merkt het kabinet nog het volgende op. Zoals reeds in de toelichting is opgenomen, hangt dit samen met de huidige praktijk waarin ontslagen wegens bedrijfseconomische redenen en vanwege langdurige arbeidsongeschiktheid veelal worden behandeld door UWV en ontslagen die samenhangen met persoonlijke redenen door de kantonrechter. Aldus is zowel op inhoudelijke (kennis en ervaring) als praktische gronden (aansluiten bij huidige praktijk) gekozen voor de huidige verdeling, waarmee ook de extra belasting van de rechterlijke macht beperkt wordt gehouden. Zoals hiervoor weergegeven, betekent dit echter niet dat het huidige duale ontslagstelsel behouden blijft. Integendeel; weliswaar blijven er twee instanties betrokken maar het staat een werkgever niet vrij om te kiezen welke instantie gaat oordelen zoals in het huidige duale stelsel het geval is (met alle rechtsongelijkheid van dien). Per ontslaggrond staat voortaan immers vast welke instantie er een preventief oordeel over velt." (onderstreept toegevoegd; LK)

Opzegging sluit ontbinding niet uit

3.10

Uit de memorie van toelichting op de Wwz blijkt dat, ook indien zich mogelijk voldoende gronden voor een ontslag op staande voet (art. 7:677 BW) voordoen, het spoor van een ontbindingsprocedure niet principieel is gesloten³⁰:

“Ten slotte wordt opgemerkt dat als een werkgever of een werknemer twijfelt of er voldoende reden is voor een ontslag op staande voet, hij de kantonrechter kan verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden.”

En³¹:

“Ook wanneer het gaat om situaties die een dringende reden zouden opleveren en dus ook een ontslag op staande voet zouden rechtvaardigen, maar de werkgever niet voor die route kiest, kan de werkgever de rechter verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Daarbij hoeft niet te zijn voldaan aan de zogeheten onverwijldheidseis: een ontbindingsverzoek wegens een dringende reden behoeft dus niet onverwijld te worden ingediend.”

In zijn schriftelijke opmerkingen onder 103 verdedigt mr. Sagel dat uit de laatst geciteerde passage lijkt voort te vloeien dat de werkgever die meent een dringende reden te hebben, een keuze moet maken voor één bepaalde route en na een vernietigd ontslag op staande voet niet ook nog eens voor een ontbinding op dezelfde ontslaggrond kan kiezen. Ik kan die uitleg niet volgen. De geciteerde passage impliceert niet dat, als de werkgever wél voor de route van een ontslag op staande voet heeft gekozen, de route van ontbinding op grond van dezelfde feiten en omstandigheden als die welke aan het ontslag op staande voet ten grondslag waren gelegd, vervolgens zou zijn gesloten, óók als het gegeven ontslag op staande voet géén stand houdt.

Beslechting van samenhangende geschilpunten zoveel mogelijk in één procedure

3.11

De wetgever heeft bevorderd dat alle geschilpunten ten aanzien van de beëindiging of het herstel van de arbeidsovereenkomst in één gerechtelijke procedure worden beslecht. Dit om een dubbele rechtsgang te voorkomen³²:

“De met elkaar samenhangende geschilpunten kunnen op grond van de voorgestelde bepaling (art. 7:686a lid 3 BW; LK) dus in één gerechtelijke procedure worden beslecht. Het gaat daarbij om alle mogelijke vorderingen die bij beëindiging van een arbeidsovereenkomst of herstel daarvan kunnen worden ingesteld, zoals een vordering uit achterstallig loon, uit hoofde van een tussen partijen aangegaan concurrentiebeding of rond (de terugbetaling van) een aan de werknemer toegekende transitievergoeding. Ook kunnen in dat verband bij verweerschrift incidentele verzoeken worden gedaan. Zodoende wordt een dubbele rechtsgang voorkomen. Dat scheelt tijd en geld. Ook het gerechtelijke apparaat wordt daarmee minder zwaar belast (één in plaats van twee afzonderlijke procedures).”

Dit streven strookt met het doel van de Wwz om *"te komen tot een eenduidig en eenvoudiger ontslagrecht dat bijdraagt aan het bevorderen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid."*[33](#).

Bewijsrecht

3.12

Een afzonderlijk thema dat in verband met de prejudiciële vraag onder E. van belang is, betreft het bij de behandeling van een verzoek om voorwaardelijke ontbinding (voor zover een dergelijk verzoek onder de Wwz nog toelaatbaar is) toe te passen bewijsrecht. In de memorie van toelichting lijkt het standpunt te worden ingenomen dat het bewijsrecht in ontbindingsprocedures slechts *"(i)n bijzondere omstandigheden"* geldt[34](#):

"Met betrekking tot het van toepassing zijnde bewijsrecht wordt het volgende opgemerkt. Op grond van artikel 284, eerste lid, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is het bewijsrecht uit de dagvaardingsprocedure ook op de verzoekschriftprocedure van toepassing, tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet. Op grond van die laatste passage wordt in ontbindingsprocedures meestal geen getuigenbewijs toegelaten, maar het kan wel. Verwezen wordt in dit verband naar Aanbeveling 1.1 van de Kring van Kantonrechters. Omwille van de snelheid van de procedure lijkt een aan de mondelinge behandeling voorafgaande schriftelijke wisseling van processtukken of het houden van een getuigenverhoor niet altijd passend te zijn. In bijzondere omstandigheden, ter beoordeling aan de rechter, kan zulks echter wel aangewezen zijn, zoals in een procedure op grond van artikel 7:681 BW waarbij de vraag speelt of sprake is van een terecht ontslag op staande voet. Een rechter kan een aan hem in een verzoekschrift voorgelegd aanverwant geschil kwalificeren als een voornoemde bijzondere omstandigheid waardoor alle bewijsrechtelijke mogelijkheden hem ten dienste staan."

In de memorie van antwoord (Eerste Kamer) wordt het standpunt ingenomen dat het aan de rechter is om te beoordelen of het bewijsrecht in de nieuwe verzoekschriftprocedure van toepassing is[35](#):

"Het is aan de rechter om aan de hand van de omstandigheden van het geval te beoordelen of het bewijsrecht ten aanzien van zowel vorderingen als verzoeken van toepassing is. Het is niet wenselijk deze beoordelingsvrijheid van de rechter in te kleuren door het noemen van algemene voorbeelden. Dit kan in een concrete situatie immers steeds anders liggen. Dat neemt niet weg dat in de situatie waarin ter discussie staat of werkgever of werknemer verwijtbaar gehandeld heeft, het voor de hand ligt om het bewijsrecht te laten gelden. Ook hier geldt echter dat het aan de rechter is om dit aan de hand van de omstandigheden van het geval te bepalen."

In de nota naar aanleiding van het verslag (Eerste Kamer) wordt daaraan nog toegevoegd dat de toepasselijkheid zal afhangen van (door de rechter te beoordelen) factoren als het al dan niet spoedeisende karakter van het geschil en de complexiteit van de zaak. Voorts wordt in die nota gesteld dat mag worden aangenomen dat in zaken die het ontslag als zodanig betreffen, een zekere spoedeisendheid aan de orde is, waardoor het bewijsrecht in de regel niet van toepassing zal zijn³⁶:

“In reactie hierop (de stelling van VAAN dat, als wordt aanvaard dat het bewijsrecht op sommige punten van toepassing is, zulks als onvermijdelijke consequentie heeft dat het bewijsrecht in volle omvang van toepassing is, bijvoorbeeld ook als aan de orde is of zich al dan niet een redelijke grond voor opzegging zoals bedoeld in art. 7:669 lid 3 BW voordoet; LK), merkt de regering op (...) dat aan de rechter wordt overgelaten of het bewijsrecht van toepassing is en dit zal afhangen van factoren als het al dan niet spoedeisende karakter van het voorgelegde geschil alsmede van de complexiteit van de zaak. Aangenomen mag worden dat bij de beoordeling of sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 7:669, derde lid BW, net als in andere zaken die het ontslag als zodanig van een werknemer betreffen, een zekere spoedeisendheid aan de orde is, waardoor het bewijsrecht in de regel niet van toepassing zal zijn. Dat laat uiteraard onverlet dat een werkgever aannemelijk moet maken dat er een redelijke grond voor ontslag is en, zoals reeds aangegeven, in complexe zaken mogelijk door de rechter anders wordt geoordeeld, bijvoorbeeld wanneer discussie bestaat over ernstige verwijtbaarheid van de werkgever of de werknemer. Zoals in memorie van antwoord reeds aangegeven zal via de in te dienen Verzamelwet SZW de rechter een extra bevoegdheid krijgen om zaken die in samenhang aan hem worden voorgelegd alsnog te splitsen, dit mede met het oog op het kunnen bieden van maatwerk. Daarmee wordt het ook mogelijk om zaken waarop het bewijsrecht, naar het oordeel van de rechter, wel van toepassing is, apart te behandelen van zaken waarbij dat niet het geval is.”

Belang van de werkgever bij voorwaardelijke ontbinding na ontslag op staande voet

3.13

Ook onder de Wwz kan de werkgever na een ontslag op staande voet belang hebben bij een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Er kunnen mijns inziens vier situaties worden onderscheiden, die hierna worden toegelicht. Vervolgens komt - na een weergave van de standpunten in de jurisprudentie en literatuur onder 4 ("*Standpunten in de jurisprudentie en literatuur*") - onder 5 ("*Evaluatie*") aan de orde of een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst onder de Wwz toelaatbaar moet worden geacht. Onder 6 ("*Beantwoording prejudiciële vragen*") worden antwoorden op de

gestelde prejudiciële vragen voorgesteld, waarna onder 7 ("Conclusie") de slotconclusie volgt.

3.14

De werkgever zou na een gegeven ontslag op staande voet in de volgende situaties bij een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst belang kunnen hebben³⁷:

- a) indien nog onzeker is of de werknemer een verzoek tot vernietiging van de opzegging zal indienen;
- b) indien de werknemer een verzoek tot vernietiging van de opzegging heeft ingediend, maar de kantonrechter nog niet over dit verzoek heeft geoordeeld;
- c) indien het verzoek tot vernietiging van de opzegging door de kantonrechter is afgewezen;
- d) indien het verzoek tot vernietiging van de opzegging door de kantonrechter is toegewezen.

3.15

In de situaties bedoeld onder a) en b) kan de werkgever belang erbij hebben de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk te doen ontbinden voor het geval dat de opzegging door de kantonrechter wordt vernietigd. In het geval van vernietiging van de opzegging herleeft de arbeidsovereenkomst en kan de werkgever met een verplichting tot loondoorbetaling worden geconfronteerd. Met een voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan het risico op loondoorbetaling worden beperkt tot de datum waarop de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk wordt ontbonden.

Daarnaast kan de werkgever belang hebben bij een snellere beslissing over het einde van de arbeidsovereenkomst, bijvoorbeeld in het geval dat nog bewijs moet worden geleverd ten aanzien van het ontslag op staande voet, maar al wel kan worden geoordeeld over het verzoek tot voorwaardelijke ontbinding, bijvoorbeeld omdat dit verzoek op een andere ontslaggrond steunt.

3.16

In de situatie bedoeld onder c) houdt de opzegging bij de kantonrechter stand, maar kan de arbeidsovereenkomst in hoger beroep worden hersteld (art. 7:683 lid 3 BW). Doet dat laatste zich voor, dan beveelt de appelrechter de werkgever een arbeidsovereenkomst (onder dezelfde voorwaarden) aan te bieden, welk bevel ook kan worden gegeven met

terugwerkende kracht (zie hiervóór onder 3.6). Hierdoor kan er alsnog voor het verleden een (ononderbroken) loon(door)betalingsverplichting van de werkgever ontstaan. Met het oog hierop heeft de werkgever belang bij een voorwaardelijke ontbinding van de herstelde³⁸ arbeidsovereenkomst voor het geval de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht wordt hersteld. Door zodanige ontbinding wordt het risico op loondoorbetaling beperkt tot de datum waarop de herstelde arbeidsovereenkomst voorwaardelijk wordt ontbonden.

3.17

In de situatie bedoeld onder d) wordt de opzegging vernietigd en herleeft de arbeidsovereenkomst. Hoger beroep en/of beroep in cassatie kunnen vervolgens niet ertoe leiden dat de arbeidsovereenkomst alsnog (met terugwerkende kracht) moet worden geacht niet te hebben bestaan. Indien de appelrechter (eventueel na verwijzing in cassatie) oordeelt dat de kantonrechter de opzegging ten onrechte heeft vernietigd, dient hij op grond van art. 7:683 lid 6 BW een (toekomstig³⁹) tijdstip te bepalen waarop de arbeidsovereenkomst eindigt. Over de tussenliggende periode - waarin de arbeidsovereenkomst is blijven bestaan - zal de werkgever in beginsel loon aan de werknemer zijn verschuldigd. Gelet hierop kan de werkgever belang erbij hebben dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk ontbindt voor het geval de appelrechter oordeelt dat de kantonrechter de opzegging ten onrechte heeft vernietigd. Het risico op loon(door)betaling kan dan worden beperkt tot de datum waarop de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk wordt ontbonden.

Reeds hier teken ik aan dat in het geval de opzegging door de kantonrechter wordt vernietigd, de werkgever het meest zal zijn gebaat bij toewijzing van een (voorwaardelijk) tegenverzoek tot (onvoorwaardelijke) ontbinding van de arbeidsovereenkomst (zie hierna onder 4.4, laatste alinea)⁴⁰. Een dergelijk verzoek dient te worden onderscheiden van het (onvoorwaardelijke) verzoek tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

4 Standpunten in de jurisprudentie en literatuur

Hoven

4.1

Het hof 's-Hertogenbosch heeft in zijn beschikking van 28 april 2016⁴¹ geoordeeld over de vraag of er sinds de inwerkingtreding van de Wwz nog ruimte bestaat voor een voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst, indien er nog niet over het verzoek tot vernietiging van de opzegging is geoordeeld (de hiervóór onder 3.13 onder b) genoemde situatie). Het hof beantwoordde deze vraag bevestigend. Het

hof achtte de doelstellingen van de Wwz om het ontslagrecht te vereenvoudigen en te dejuridiseren niet doorslaggevend en van minder gewicht dan het belang van de werkgever om de arbeidsovereenkomst te kunnen laten ontbinden voor het geval het ontslag op staande voet geen stand houdt. Het hof heeft voorts erop gewezen dat een andere beslissing ertoe zou kunnen leiden dat een werkgever niet meer het risico durft te nemen een werknemer op staande voet te ontslaan. Dat achtte het hof onwenselijk (rov. 3.13). Het hof overwoog:

"Mogelijkheid voorwaardelijke ontbinding

3.5.

Het hof overweegt allereerst het volgende. In het onderhavige geschil is de vraag aan de orde of na de wijzigingen inzake het ontslagrecht die met de inwerkingtreding van de Wet Werk en Zekerheid (WWZ) per 1 juli 2015 hebben plaatsgehad, er nog ruimte bestaat voor een voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Met zijn eerste beroepsgrond wijst [appellant] erop dat deze mogelijkheid niet meer past in het systeem van de WWZ en niet meer past bij de bedoeling van de WWZ om het ontslagrecht te vereenvoudigen.

3.6.

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 21 oktober 1983 (Nijman/X, ECLI:NL:HR:1983:AG4670, NJ 1984, 296) het volgende overwogen:

"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, als opleverende een handeling in strijd met artikel 6 lid 1 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. blijkens het hierboven (3.3) overwogene op het oog had. Immers ook bij het zich voordoen van dergelijke omstandigheden strookt een zodanige gang van zaken met aard en strekking van de in artikel 1639w geregelde procedure, die is gericht op een spoedige beslissing, waaraan ook in een geval als het onderhavige behoefte is. De kans op 'tegenstrijdige beslissingen' - waarmee de Rb. doelt op de omstandigheid dat het oordeel van de Ktr. omtrent de

aanwezigheid van gewichtige redenen de ontslagrechter niet bindt - levert onvoldoende grond op voor het aanvaarden van de door de Rb. aangenomen beperking, gezien het verschil in aard van de beide procedures, welk verschil meebrengt dat de vaststelling en weging van de feiten niet op dezelfde wijze geschiedt.”.

3.7.

In de literatuur wordt wel bepleit dat met de inwerkingtreding van de WWZ de door de Hoge Raad in dit arrest genoemde argumenten om een verzoek als het onderhavige toelaatbaar te achten, niet meer opgaan. Ook [appellant] heeft dat standpunt ingenomen.

Het hof is van oordeel dat het mogelijk is om in een situatie als hier aan de orde, waarin de kantonrechter nog geen oordeel heeft gegeven over het verzoek tot vernietiging van de opzegging in de zin van artikel 7:677 lid 1 BW (ontslag op staande voet), ontbinding te verzoeken van de arbeidsovereenkomst, voor het geval de opzegging door de kantonrechter wordt vernietigd. Daartoe is het volgende redengevend.

3.8.

In de eerste plaats wordt opgemerkt dat uit de wetsgeschiedenis niet kan worden afgeleid dat met de WWZ is beoogd een einde te maken aan de mogelijkheid om een arbeidsovereenkomst te ontbinden in een situatie als de onderhavige.

Wel blijkt uit de wetsgeschiedenis dat de WWZ beoogt sneller duidelijkheid te geven over de rechtsgeldigheid van een ontslag op staande voet. Daartoe is de termijn waarbinnen de werknemer dient op te komen tegen een ontslag op staande voet verkort van zes maanden naar twee maanden. Voorts dient de rechter het verzoek tot vernietiging van de opzegging binnen vier weken in behandeling (...) te nemen. Dit alles betekent echter niet zonder meer dat de werkgever binnen afzienbare tijd een definitief oordeel heeft over de rechtsgeldigheid van het ontslag op staande voet, omdat, net als voorheen, in veel gevallen bewijslevering zal moeten plaatsvinden.

3.9.

In dit geval is het ontslag op staande voet op 27 juli 2015 gegeven. Dat betekent dat [de textielfabriek] al ruim negen maanden onzekerheid heeft over de vraag of het ontslag op staande voet stand gaat houden en zij het risico loopt dat zij nog zeker negen maanden loon dient te betalen. Daarin ligt het belang van [de textielfabriek] bij haar verzoek.

3.10.

Weliswaar is vanwege de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie een beslissing tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet meer definitief, zoals de beslissing op grond van het tot 1 juli 2015 geldende artikel 7:685 BW dat wel was (uitzonderingen daargelaten), maar ook in hoger beroep wordt het belang van voortvarend procederen onderkend en daarmee wordt rekening gehouden (zie Procesreglement verzoekschriftprocedures handels- en insolventiezaken gerechtshoven).

3.11.

Het hof heeft daarbij onder ogen gezien dat art. 7:680a BW de mogelijkheid biedt om de loonaanspraak als gevolg van een vernietiging van de opzegging te matigen. Wanneer ervan uitgegaan dient te worden dat, in geval van vernietiging van de opzegging, de loonvordering van [appellant] zal worden gematigd, dan zou dat kunnen leiden tot de slotsom dat [de textielfabriek] onvoldoende belang heeft bij het onderhavige verzoek. Het hof gaat er echter vanuit dat matiging op grond van artikel 7:680a BW gezien de tekst van dat artikel nog steeds slechts mogelijk is indien toewijzing van de loonvordering in de gegeven omstandigheden tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden (vgl. o.m. HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7347). Vanwege de redactie van artikel 7:680a BW is het overigens de vraag of deze bepaling betrekking kan hebben op de periode tussen de datum waarop de kantonrechter de opzegging vernietigt en de beslissing daarover in hoger beroep. Het hof is van oordeel dat er te veel onzekerheid is over de vraag of een loonvordering van een werknemer na een ontslag op staande voet zodanig kan worden gematigd, dat een werkgever geen of onvoldoende belang meer heeft bij een verzoek als hier aan de orde.

Het hof ziet in het argument van loonmatiging dus onvoldoende reden om ervan uit te gaan dat [de textielfabriek] geen belang heeft bij het onderhavige verzoek.

Ook over de risicoverdeling van artikel 7:628 BW bestaat onduidelijkheid (daarmee doelt het hof op de vraag voor wiens risico het komt dat de arbeid niet is verricht en of op grond van de uitkomst daarvan de werkgever al dan niet gehouden is tot loondoorbetaling). Vooralsnog gaat het hof ervan uit dat er geen wijziging is gekomen in de risicoverdeling in een situatie als hier aan de orde, te weten de situatie dat, indien de kantonrechter de opzegging zal vernietigen, [de textielfabriek] in beginsel gehouden is het loon alsnog te betalen aan [appellant] tot de datum van voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

3.12. [Appellant] heeft onder meer gesteld dat zijn belangen zich verzetten tegen het verzoek van [de textielfabriek] . Het hof onderkent dat de belangen van [appellant] tegengesteld zijn aan die van [de textielfabriek], maar dat heeft niet tot gevolg dat [de textielfabriek] geen belang heeft bij het onderhavige verzoek. Kennelijk ziet [appellant] over het hoofd dat het bij de beoordeling van de vraag of [de textielfabriek] ontvankelijk geacht moet worden in haar verzoek, gaat om de vraag of [de textielfabriek] voldoende belang heeft in de zin van artikel 3:303 BW. Het gaat daarbij in de eerste plaats om het belang van [de textielfabriek] en niet om een afweging van het belang van [de textielfabriek] tegenover de belangen van [appellant].

3.13.

Het hof ziet in dat het aanvaarden van de mogelijkheid van voorwaardelijke ontbinding leidt tot een extra procedure. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat het de bedoeling van de regering was om te vereenvoudigen en te dejuridiseren. Het hof acht deze doelstellingen echter niet doorslaggevend en van minder gewicht dan het belang van een werkgever om de arbeidsovereenkomst te kunnen laten ontbinden voor het geval het ontslag op staande voet geen stand houdt. Daarbij benadrukt het hof dat het gaat om een situatie waarin de kantonrechter nog geen definitief oordeel heeft gegeven over het verzoek tot vernietiging van de opzegging wegens een dringende reden. Denkbaar is dat een opzegging wegens een dringende reden door de kantonrechter wordt vernietigd, maar dat de omstandigheden die aan dat ontslag op staande voet ten grondslag liggen wel voldoende zijn voor een ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Ook is denkbaar dat het ontslag op staande voet geen stand houdt, omdat bijvoorbeeld niet is voldaan aan de onverwijldheidseis. Niet goed valt in te zien waarom een werkgever in dergelijke situaties niet, nadat de werknemer een beroep heeft gedaan op de vernietigbaarheid van het ontslag op staande voet, de mogelijkheid zou mogen hebben om een einde van de arbeidsovereenkomst te bewerkstelligen door een ontbinding voor het geval het ontslag op staande voet geen stand houdt. Aangezien de eisen die aan een ontslag op staande voet gesteld worden streng zijn, is denkbaar dat de keuze van een werkgever om de werknemer op staande voet te ontslaan wel begrijpelijk is, maar toch niet te rechtvaardigen valt, maar dat de reden(en) voor die opzegging en/of andere redenen wel een grond voor ontbinding oplever(t)(en). Daarbij is voorts ook denkbaar dat een werknemer in zo'n geval geen gebruik zal maken van de mogelijkheid om hoger beroep in te stellen van de ontbindingsbeschikking (bijvoorbeeld omdat hij, anders dan door het ontslag op staande voet, wél recht heeft op een uitkering en een transitievergoeding). Ook is denkbaar dat het hof in hoger beroep geen veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst zal uitspreken, maar in plaats daarvan zal kiezen voor het toekennen van een billijke vergoeding. Het bezwaar dat een ontbinding niet leidt tot duidelijkheid op korte termijn, zal daarom niet

altijd opgaan. Tot slot is het hof van oordeel dat een andere beslissing ertoe zou kunnen leiden dat een werkgever niet meer het risico durft te nemen om een werknemer op staande voet te ontslaan. Dat lijkt onwenselijk. De WWZ heeft immers geen wijziging beoogd ter zake het ontslag op staande voet.

3.14.

In de omstandigheid dat de opzegging (nog) niet is vernietigd, zodat thans vast staat dat tussen partijen geen arbeidsovereenkomst bestaat, ziet het hof evenmin aanleiding om te komen tot het oordeel dat [de textielfabriek] niet ontvankelijk verklaard had moeten worden in haar verzoek. Duidelijk is dat het verzoek van [de textielfabriek] slechts betrekking heeft op de situatie dat haar opzegging 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.”

4.2

Kort daarvoor oordeelde het hof Arnhem-Leeuwarden⁴² over de vraag of een voorwaardelijke ontbinding mogelijk is in het geval dat het verzoek tot vernietiging van de opzegging is afgewezen (de hiervoor onder 3.13 onder c) genoemde situatie). Het hof beantwoordde deze vraag ontkennend, omdat ontbinding op voorhand van een als gevolg van een eventuele veroordeling tot herstel te sluiten nieuwe arbeidsovereenkomst volgens het hof niet aan de orde kan zijn. Het hof overwoog:

“5.20 De kantonrechter heeft in de bestreden beschikking het verzoek van [verzoeker] tot vernietiging van de opzegging afgewezen. Door deze beslissing is (in eerste aanleg) komen vast te staan dat de arbeidsovereenkomst op 4 augustus 2015 is geëindigd (door het naar het oordeel van de kantonrechter rechtsgeldig ontslag op staande voet). Het hof is dan ook van oordeel dat, bij gebreke van een nog bestaande arbeidsovereenkomst ten tijde van de bestreden beschikking, er niets meer viel te ontbinden. Dit heeft de kantonrechter met de voorwaardelijke ontbinding, voor het geval er nog een arbeidsovereenkomst bestond, miskend.

5.21

Hiervoor is overwogen dat het hof, op grond van artikel 7:683 lid 3 BW, indien het hof in hoger beroep oordeelt dat het verzoek van de werknemer om vernietiging van de opzegging ten onrechte is afgewezen, de werkgever kan veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen of aan de werknemer een billijke vergoeding kan toekennen. Artikel 7:683 lid 3 BW biedt het hof geen aanknopingspunten om de opzegging alsnog te vernietigen. Voorts is van belang dat de arbeidsovereenkomst niet door de

beschikking van het hof wordt hersteld. De in artikel 7:683 lid 3 BW vermelde veroordeling tot herstel legt naar het oordeel van het hof op de werkgever de verplichting om een nieuwe arbeidsovereenkomst/arbeidsverhouding onder dezelfde arbeidsvoorwaarden als de geëindigde arbeidsovereenkomst aan te bieden. De omstandigheid dat in het op 4 augustus 2015 geldende artikel 7:672 lid 8 BW (op 1 januari 2016 is dit artikel zonder inhoudelijke wijziging vernummerd tot artikel 7:672 lid 9 BW) is bepaald dat voor de toepassing van artikel 7:672 lid 2 BW - het gaat hier om de berekening van de opzegtermijn - arbeidsovereenkomsten geacht worden eenzelfde, niet onderbroken arbeidsovereenkomst te vormen in geval van herstel van de arbeidsovereenkomst ingevolge artikel 7:682 of artikel 7:683 BW, doet aan het ontstaan van de hiervoor vermelde nieuwe arbeidsovereenkomst niet af, aangezien artikel 7:672 lid 8 BW/artikel 7:672 lid 9 BW uitgaat van een wettelijke fictie. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk ontbonden, "voor het geval dat ingevolge enige andere rechterlijke beslissing of op andere wijze zal komen vast te staan dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen thans nog bestaat". Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen heeft de kantonrechter met deze voorwaardelijke ontbinding eveneens miskend dat ontbinding op voorhand van een als gevolg van een eventuele veroordeling tot herstel te sluiten nieuwe arbeidsovereenkomst niet aan de orde kan zijn. Dit betekent dat in het onderhavige geval, mocht het hof SKF veroordelen de arbeidsovereenkomst met [verzoeker] (met terugwerkende kracht) te herstellen, de door de kantonrechter uitgesproken voorwaardelijke ontbinding niet het beoogde effect zou kunnen sorteren, te weten de ontbinding van een eventuele nog te sluiten nieuwe arbeidsovereenkomst met ingang van 1 januari 2016 of enige andere datum. In zoverre slaagt grief 7 en het hof zal dit onderdeel van de beschikking vernietigen nu de kantonrechter daarbij buiten de grenzen is getreden van haar bevoegdheid om een arbeidsovereenkomst te ontbinden."

4.3

Het hof 's-Hertogenbosch liet in een beschikking van 30 juni 2016⁴³ de vraag of na een gegeven ontslag op staande voet een voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst nog mogelijk is in het geval de kantonrechter het ontslag op staande voet in stand laat (de hiervoor onder 3.13 onder c) genoemde situatie) in het midden. Het hof overwoog:

"3.21 De tweede grief van [Reizen] faalt. Nog daargelaten of in een situatie als deze (waarin de kantonrechter het ontslag op staande voet in stand heeft gelaten en het hof oordeelt dat dit onterecht is) de mogelijkheid van voorwaardelijke ontbinding mogelijk in strijd is met het stelsel van de wet en in het bijzonder art. 7:683 lid 3 BW, is het hof van oordeel dat er geen redelijke grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst aanwezig is."

Kantonrechters

4.4

De uitspraken van de kantonrechters over de voorwaardelijke ontbinding zien, evenals de uitspraken van de hoven, op de hiervoor onder 3.13 onder b (er is nog niet door de kantonrechter over het verzoek tot vernietiging van de opzegging geoordeeld) en onder c (het verzoek tot vernietiging van de opzegging is door de kantonrechter afgewezen) genoemde situaties. Hierna zullen de argumenten die de kantonrechters hebben gehanteerd, worden besproken.

Dat in de hiervoor onder 3.13 onder a) bedoelde situatie (het is nog onzeker of de werknemer een verzoek tot vernietiging van de opzegging zal indienen) kennelijk niet een voorwaardelijk ontbinding pleegt te worden verzocht, verbaast niet⁴⁴. Op grond van art. 7:686a lid 4 onder a BW dient de werknemer de kantonrechter immers op straffe van verval binnen twee maanden⁴⁵ de vernietiging van de opzegging te verzoeken. De werkgever zal (om onnodige kosten te voorkomen) waarschijnlijk zijn geneigd het verloop van deze termijn af te wachten.

Een voorwaardelijke ontbinding in de hiervoor onder 3.13 onder d) bedoelde situatie (het verzoek tot vernietiging van de opzegging is door de kantonrechter toegewezen) is, voor zover ik heb kunnen nagaan, nog niet aan de orde geweest. Wanneer de kantonrechter een verzoek tot vernietiging van de opzegging toewijst en de arbeidsovereenkomst daardoor herleeft, zal de kantonrechter, indien daarom is verzocht en daartoe een grond bestaat, overgaan tot een *onvoorwaardelijke* ontbinding van de arbeidsovereenkomst (die van de voorwaardelijke ontbinding dient te worden onderscheiden) ⁴⁶; zie ook hiervóór (onder 3.17).

Situatie b: er is nog niet geoordeeld over het verzoek tot vernietiging van de opzegging

4.5

Soms is nadere bewijslevering nodig, in het bijzonder om te kunnen beoordelen of een ontslag op staande voet rechtsgeldig is gegeven. Kantonrechters houden de beslissing omtrent de vernietiging van de opzegging dan aan, maar oordelen (soms) al wel over het verzoek tot voorwaardelijke ontbinding.

In deze situatie is het vaste rechtspraak⁴⁷ dat de werkgever ook onder de Wwz nog belang heeft bij een voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst⁴⁸. De kantonrechter van de rechtbank Noord-Holland (locatie Alkmaar) overwoog⁴⁹:

"5.8 (...) De omstandigheid dat tegen een beschikking tot ontbinding op grond van artikel 7:671b lid 1 BW, anders dan in geval van een beschikking op grond van artikel 7:685 BW, hoger beroep mogelijk is, betekent niet dat de werkgever geen belang meer kan hebben bij voorwaardelijke ontbinding. In hoger beroep kan een beschikking tot ontbinding immers worden bekrachtigd of kan de zaak worden beslecht door toekenning van een billijke vergoeding als bedoeld in artikel 7:683 BW, in plaats van door herstel van de arbeidsovereenkomst. In dergelijke gevallen heeft de beschikking tot voorwaardelijke ontbinding, ondanks hoger beroep, het door de werkgever beoogde effect, te weten (zekerheid over de) beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Hetzelfde geldt in geval partijen afzien van hoger beroep of dat beroep later intrekken." [50](#)

In gevallen waarin het verzoek tot voorwaardelijke ontbinding was gebaseerd op dezelfde feiten als aangevoerd voor het ontslag op staande voet, werd een inhoudelijk oordeel over de voorwaardelijke ontbinding - met het oog op de bewijslevering - echter aangehouden [51](#) of werd het verzoek afgewezen [52](#).

Situatie c: het verzoek tot vernietiging van de opzegging is afgewezen

4.6

In de praktijk komt het regelmatig voor dat, wanneer een verzoek tot vernietiging van de opzegging wordt afgewezen, de kantonrechter gelijktijdig op een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst beslist.

Verschillende kantonrechters menen (dat niet kan worden uitgesloten) dat de werkgever in deze situatie nog steeds een redelijk belang bij een voorwaardelijke ontbinding heeft, omdat de arbeidsovereenkomst in hoger beroep kan worden hersteld (art. 7:683 lid 3 BW) [53](#). De kantonrechter van de rechtbank Gelderland (locatie Zutphen) [54](#) overwoog:

"7.9. Het gaat vervolgens om de vraag of de arbeidsovereenkomst tussen partijen voorwaardelijk moet worden ontbonden. De door de werkgever voorgestelde voorwaarde "voor zover de opzegging van de arbeidsovereenkomst in rechte wordt vernietigd" zal bij gebrek aan redelijk belang worden afgewezen. Immers, de kantonrechter heeft in deze beschikking het verzoek van de werknemer tot vernietiging van die opzegging afgewezen. In hoger beroep of verwijzing na cassatie kan de werkgever enkel tot herstel van de arbeidsovereenkomst worden veroordeeld of kan aan de werknemer een billijke vergoeding worden toegekend (artikel 7:683 lid 3 BW). Onder een dergelijk herstel van de arbeidsovereenkomst moet worden verstaan dat partijen een nieuwe overeenkomst aangaan, onder dezelfde voorwaarden. Dit een en ander brengt mee dat is komen vast te staan dat de huidige

arbeidsovereenkomst als gevolg van de opzegging, het ontslag op staande voet, hoe dan ook is geëindigd.

De vervolgens door de werkgever voorgestelde voorwaarde "voor zover de arbeidsovereenkomst na hoger beroep wordt hersteld" is mede gelet op het voorgaande wel toewijsbaar, nu niet is uitgesloten dat de werkgever daar een redelijk belang bij heeft. Met het verzoek is klaarblijkelijk ook beoogd de eventueel te zijner tijd al dan niet met terugwerkende kracht "herstelde" arbeidsovereenkomst door deze voorwaardelijke ontbinding te doen eindigen. (vgl. ook: Bouwens en Bij de Vaate, 'Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht', *ARBAC* april 2015). (...)"

Kantonrechters die daarentegen van oordeel zijn dat in deze situatie een voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst onder de Wwz niet meer tot de mogelijkheden behoort, wijzen kort gezegd erop dat zodanige ontbinding niet in het systeem van de Wwz past - gelet op de mogelijkheid van herstel van de arbeidsovereenkomst en het (zo nodig ambtshalve) toekennen van een billijke vergoeding in hoger beroep (art. 7:683 lid 3 BW) - en het de bedoeling van de wetgever was om het ontslagstelsel te vereenvoudigen⁵⁵. De kantonrechter van de rechtbank Noord-Nederland (locatie Leeuwarden) gaf in een beschikking van 24 februari 2016 de volgende uitgebreide toelichting⁵⁶:

"6.6. Het verzoek is ingesteld onder de voorwaarde dat het ontslag op staande voet in deze procedure wordt vernietigd dan wel in hoger beroep de arbeidsovereenkomst wordt hersteld. De eerste voorwaarde is niet vervuld, zodat de kantonrechter in zoverre niet toekomt aan een beoordeling van het verzoek tot ontbinding en de annexe nevenverzoeken. Ten aanzien van de tweede voorwaarde overweegt de kantonrechter als volgt. In het kader van het inmiddels vervallen artikel 7:685 BW heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de mogelijkheid van een voorwaardelijke ontbinding diende te worden geaccepteerd (HR 21 oktober 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4670). Naar het oordeel van de kantonrechter verschilt de situatie onder het oude recht echter zodanig van de situatie onder de Wwz, dat de mogelijkheid van het instellen van een voorwaardelijke ontbinding (slechts nog) voor het geval in hoger beroep de arbeidsovereenkomst wordt hersteld onder de Wwz niet kan worden geaccepteerd. Hiertoe is het volgende redengevend. In de eerste plaats werd onder het oude recht de voorwaardelijke ontbinding beoordeeld door de kantonrechter, vaak tezamen met een voorlopig oordeel (als voorzieningenrechter) over de rechtsgeldigheid van het gegeven ontslag op staande voet, waarvan de vernietiging buiten rechte kon worden ingeroepen. Het oordeel in eerste aanleg over die rechtsgeldigheid werd pas in een (veel) later stadium gegeven door de (andere) bodemrechter. Onder de Wwz is vernietiging buiten rechte niet meer mogelijk en wordt, in beginsel zelfs gelijktijdig (zoals ook in het onderhavige geval), door dezelfde rechter in eerste aanleg geoordeeld over zowel de rechtsgeldigheid van het gegeven ontslag op staande voet

als over de voorwaardelijke ontbinding. Als, zoals in dit geval, wordt geoordeeld dat door het ontslag op staande voet een rechtsgeldig einde aan de arbeidsovereenkomst is gekomen, is er daarmee geen arbeidsovereenkomst (meer) die ontbonden kan worden. Voorts bracht onder het oude recht het feit dat slechts een voorlopig oordeel werd gegeven over de rechtsgeldigheid van het ontslag op staande voet een lange periode van onzekerheid mee over de vraag of de arbeidsovereenkomst nu wel of niet was geëindigd, aan welke onzekerheid door de (voorwaardelijke) ontbinding een einde kon worden gemaakt. Dit argument gaat onder de Wvz niet meer op, nu onder de Wvz de beslissing op een ontbindingsverzoek appellabel is. Ook met een beslissing op het voorwaardelijk ontbindingsverzoek heeft de werkgever derhalve geen definitieve zekerheid over het eindigen van de arbeidsovereenkomst. Tot slot geldt dat voorheen in hoger beroep het ontslag op staande voet (alsnog) kon worden vernietigd, waardoor de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht herleefde. Onder de Wvz heeft de rechter in hoger beroep deze mogelijkheid niet. Hij kan weliswaar (ingevolge art. 7:683 lid 3 BW) de arbeidsovereenkomst herstellen, desgewenst zelfs met terugwerkende kracht tot het moment waarop de (oude) arbeidsovereenkomst eindigde, maar dit leidt formeel niet tot herleving van de oude arbeidsovereenkomst. Er ontstaat dan een nieuwe arbeidsovereenkomst onder dezelfde voorwaarden. Daarnaast kan de rechter in hoger beroep ook kiezen voor de optie van de billijke vergoeding. Als zodanig staat die rechter dus thans een instrumentarium ter beschikking om, afhankelijk van de omstandigheden zoals die op moment van oordelen gewogen worden, te bepalen wat passend is. In eerste aanleg een oordeel geven over een verzoek tot ontbinding, voor het geval in hoger beroep wordt geoordeeld dat het verzoek tot vernietiging van de opzegging ten onrechte is afgewezen en de arbeidsovereenkomst in hoger beroep wordt hersteld, impliceert dat reeds nu zou worden geoordeeld over het doen eindigen van een mogelijk in hoger beroep met terugwerkende kracht nieuw te creëren arbeidsovereenkomst. Dat zou de rechter in hoger beroep te zeer voor de voeten lopen.

Dit alles maakt dat in de onderhavige procedure, waarin is geoordeeld dat het ontslag op staande voet stand houdt, niet tevens en tezelfdertijd nog plaats is voor een voorwaardelijk verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst (en voorwaardelijke annexe nevenverzoeken), ingesteld voor het geval in hoger beroep de arbeidsovereenkomst wordt hersteld. De kantonrechter tekent daarbij aan dat dit oordeel bovendien geheel in lijn is met de bedoeling van de wetgever bij de invoering van de Wvz om de ontslagprocedure te vereenvoudigen en te dejuridiseren.”

Literatuur

4.7

Houweling, Van der Voet, Even en Van Vliet⁵⁷ menen dat onder de Wwz nog steeds ruimte is voor een voorwaardelijk ontbinding van de arbeidsovereenkomst, maar stellen dat terughoudendheid is geboden. Zij schrijven - onder meer - het volgende⁵⁸:

“Indien de kantonrechter tot het oordeel komt dat het ontslag op staande voet niet terecht is verleend, dan kan de werkgever zich beroepen op art. 7:680a BW (matiging van de loonvordering na vernietiging van de opzegging). Dat lijkt ons de koninklijke route die bewandeld zou moeten worden. Deze benadering past veel beter bij de huidige systematiek van het ontslagrecht. In eerste aanleg oordeelt de kantonrechter over vernietiging van de opzegging en regelt hij de rechtsgevolgen (loonvordering) via art. 7:680a BW. In hoger beroep ligt het een en ander wat gecompliceerder. Stel nu dat de kantonrecht(er) de opzegging heeft vernietigd en de loonvordering (deels) heeft gematigd. De werkgever gaat tegen deze beschikking in hoger beroep. De appèlrechter acht alsnog een dringende reden aanwezig. Dan bepaalt de appèlrechter wanneer de arbeidsovereenkomst eindigt (art. 7:683 lid 6 BW). Over de tussenliggende periode - waarin de arbeidsovereenkomst in stand is gebleven - zal de werkgever in beginsel loon aan de werknemer verschuldigd zijn. De rechter heeft geen directe mogelijkheid hier voorzieningen voor te treffen⁵⁹.

Voor deze situatie kan het daarom nog steeds nuttig zijn dat een werkgever de kantonrechter verzoekt de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk te laten ontbinden. Mocht de werknemer met succes de opzegging vernietigen, dan treedt de voorwaarde voor ontbinding in en wordt alsnog de arbeidsovereenkomst middels ontbinding beëindigd (art. 7:671b BW). (...)

Indien in eerste aanleg de werkgever gelijk krijgt en het verzoek van de werknemer tot vernietiging van de opzegging wordt afgewezen, dan blijft het ontslag op staande voet een feit. Denkt de appèlrechter daar in hoger beroep anders over, dan zal hij herstel van de arbeidsovereenkomst kunnen uitspreken. Een extra complicatie die zich dan voordoet bij een voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst, is dat het voorwaardelijk ontbindingsverzoek uitsluitend betrekking zal hebben op de reeds opgezegde arbeidsovereenkomst (de oude overeenkomst). Bij een herstelveroordeling moet de werkgever een nieuwe arbeidsovereenkomst aanbieden. Het valt moeilijk in te zien hoe deze - ten tijde van het voorwaardelijke ontbindingsverzoek nog niet bestaande arbeidsovereenkomst - toch alvast ontbonden kan worden. Let op, de voorwaardelijke ontbinding zoals wij die thans kennen, ziet op het ontbinden van een overeenkomst voor zover die (nog) blijkt te bestaan.

Dat is wat anders dan het op voorhand ontbinden van een overeenkomst die nog moet worden aangegaan (nota bene op rechterlijk gezag). Bezieet men het voorgaande vanuit de doelstelling van de wetgever om het ontslagrecht per 1 juli 2015 eenvoudiger te maken, dan is terughoudendheid met het entameren (en toestaan) van voorwaardelijke ontbindingsprocedures geboden.

Daarmee is niet gezegd dat er geen enkele grond is om voorwaardelijke ontbindingsverzoeken te accepteren. (...) Ook kunnen wij ons heel goed voorstellen dat bij een geschil over een rechtsgeldig ontslag op staande voet de werkgever als reactie op het vernietigingsverzoek van de werknemer (art. 7:681 BW) een tegenverzoek (art. 7:671b BW) doet. De stelling van de werkgever zal dan zijn: ik denk dat ik een dringende reden heb, maar mocht dat toch niet het geval zijn dan heb ik in ieder geval - of door de hele procedure inmiddels - een verstoorde arbeidsverhouding met de werknemer. Daarmee doet hij in feite hetgeen vroeger standaard gebeurde in de voorwaardelijke ontbindingspraktijk. Als alles gevoegd is op een zitting, biedt het voorgaande de rechter ook mogelijkheden creatief met de verzoeken om te gaan. (...) Daar waar de 'voorwaardelijke' ontbinding wordt ingezet om verschillende ontslaggronden aan de rechter voor te leggen die uit hun aard 'voorwaardelijk' zijn, komt ons de inzet van de procedure juist voor. Het strategisch inzetten van een voorwaardelijke ontbindingsprocedure is onder het huidige recht aanmerkelijk minder interessant vanwege de mogelijkheden van het appel en voeging van de uitspraken. Voor zover al om die reden het voorwaardelijk ontbindingsmiddel wordt ingezet, zou de kantonrechter (en/of appelrechter) hieraan terughoudende medewerking moeten verlenen.

(...)

Onder het huidige recht zijn – zoals hierboven weergegeven - de procedurele voordelen voor de werkgever aanmerkelijk minder dan onder het oude recht en staat hoger beroep en cassatie tegen een eventuele voorwaardelijke ontbindingsprocedure open. Dat pleit veeleer voor een benadering die het mogelijk maakt dat een rechter in een beschikking alle rechtsgevolgen van het ontslag regelt. De uitkomst van de (gevoegde behandeling ex. art. 7:671b en) 681-procedure is dan in beginsel leidend.”

4.8

Onder verwijzing naar Bouwens en Bij de Vaate⁶⁰ merken Bouwens en Duk⁶¹ op dat de werkgever, gelet op de terugwerkende kracht van een eventuele rechterlijke vernietiging, ook onder de Wwz belang houdt bij een voorwaardelijke ontbinding op zo kort mogelijke termijn. Zij constateren dat met toewijzing van een voorwaardelijk ontbindingsverzoek volledige zekerheid niet meer wordt bereikt door de

mogelijkheid van hoger beroep en beroep in cassatie, maar stellen dat de procedure toch het gewenste effect heeft, indien het aanwenden van rechtsmiddelen tegen de ontbindingsbeschikking niet tot een ander oordeel leidt.

Bouwens en Bij de Vaate⁶² concluderen in hun artikel waarnaar Bouwens en Duk verwijzen, het volgende:

"5 Conclusie

In dit artikel stond de vraag centraal wat de invoering van het nieuwe ontslagrecht betekent voor de voorwaardelijke ontslagprocedures. Conclusie is dat het voeren van een voorwaardelijke procedure mogelijk blijft en zinvol kan zijn, in het bijzonder na een betwist ontslag op staande voet. Grootste verschil is dat straks de werkgever niet meer steeds voor de voorwaardelijke ontbinding kan kiezen, maar een ontslagvergunning voor zover rechtens vereist moet aanvragen wanneer de grond bedrijfseconomisch is of gelegen is in langdurige arbeidsongeschiktheid van de werknemer.

Dat voor de vernietiging van de opzegging de rechterlijke uitspraak constitutief wordt, staat niet in de weg aan voorwaardelijke procedures. Gelet op de terugwerkende kracht van de rechterlijke vernietiging, en het ontbreken daarvan bij de ontbinding of een opzegging, houdt de werkgever belang bij een voorwaardelijke ontbinding of toestemming voor zover vereist op zo kort mogelijke termijn op een van de gronden genoemd in art. 7:669 (nieuw) BW. Een voorwaardelijke procedure kan ook worden ingezet in gevallen waarin onduidelijkheid bestaat over de grond voor het ontslag. De werkgever kan aldus voor twee ankers gaan liggen. Dat na een toestemming van het UWV de werkgever rechtsgeldig kan opzeggen, en de arbeidsovereenkomst dientengevolge is geëindigd, staat ons inziens niet in de weg aan een voorwaardelijke ontbindingsprocedure, omdat de gevolgen van een geslaagde herstelprocedure in hoge mate vergelijkbaar (kunnen) zijn met die van een vernietiging van de opzegging. Omdat herstel ook op een later tijdstip kan plaatsvinden, moet de voorwaardelijke ontbinding in dat geval worden uitgesproken op een termijn ingaande de dag van de beschikking of zoveel later als later blijkt dat het herstel dient plaats te vinden.

Aan het met een voorwaardelijke beëindiging gediende werkgeversbelang kan de rechter in hoger beroep tegemoet komen door in plaats van tot herstel de werkgever te veroordelen tot het betalen van een billijke vergoeding en bij de bepaling van de hoogte daarvan rekening te houden met de omstandigheid dat de werkgever, bij het achterwege laten van de gebrekkige opzegging, de arbeidsovereenkomst inmiddels op andere gronden rechtsgeldig had kunnen (laten) beëindigen. Mede in verband met het belang het ontslagrecht niet onnodig te compliceren, achten wij het daarom goed verdedigbaar om een voorwaardelijke ontbinding met

het oog op een mogelijke herstelveroordeling in hoger beroep níét als mogelijkheid te aanvaarden.”

In een recent overzichtsartikel (juli 2016) schetsen Bij de Vaate en Bouwens⁶³ de opvattingen in de tot 1 mei 2016 gewezen jurisprudentie en doen zij een aanbeveling voor de formulering van het verzoek tot voorwaardelijke ontbinding zolang de Hoge Raad nog geen duidelijke lijnen heeft uitgezet met betrekking tot de voorwaardelijke ontbinding onder het nieuwe ontslagrecht.

4.9

Van Slooten, Zaal en Zwemmer⁶⁴ stellen, onder verwijzing naar Jansen⁶⁵, dat aangenomen mag worden dat de werkgever ook onder de Wwz nog voldoende belang heeft bij het vragen van een voorwaardelijke ontbinding.

Jansen⁶⁶ betoogt in zijn artikel - waarnaar Van Slooten, Zaal en Zwemmer verwijzen en dat verscheen voor de invoering van de Wwz - dat de werkgever ook onder de Wwz het risico op een langdurige loondoorbetalingsverplichting na een toegewezen loonvordering in kort geding zal willen beperken. Hij schrijft:

“Ik ga ervan uit dat een werkgever ook na 1 juli 2015 de mogelijkheid heeft om na een ontslag op staande voet een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding te doen, al dan niet in reactie op een verzoek van de werknemer om vernietiging van dat ontslag. Die mogelijkheid wordt immers geboden door art. 7:671b lid 1 (nieuw) BW, op grond waarvan de werkgever op de daar genoemde gronden ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan verzoeken. (...) Ik denk echter niet dat de mogelijkheid van hoger beroep meebrengt dat de voorwaardelijke ontbinding na 1 juli 2015 geheel zal verdwijnen. Ook in het nieuwe ontslagrecht zal de werkgever het risico van een langdurige loonbetalingsverplichting na een toegewezen loonvordering in kort geding toch vaak willen beperken. Daarbij komt dat het instellen van hoger beroep tegen een toegewezen ontbinding geen schorsende werking heeft.⁶⁷ Hangende het hoger beroep blijft de ontbinding dus gewoon in stand.⁶⁸ Om die reden is door de regering ook de verwachting uitgesproken dat een hof vermoedelijk niet vaak zal overgaan tot een veroordeling van de werkgever om de arbeidsovereenkomst te herstellen, maar dat de rechtsstrijd in de praktijk met name zal gaan over de hoogte van de (billijke) vergoeding.⁶⁹ Hiervan uitgaande zal een (voorwaardelijke) ontbinding in het nieuwe ontslagrecht, ondanks de mogelijkheid van hoger beroep, wellicht toch vaak een definitief einde van de arbeidsovereenkomst betekenen.⁷⁰”

4.10

Vesting en Wetzel⁷¹ betogen dat de onzekerheid over een eventuele loondoorbetalingsverplichting (ook onder de Wwz) nog altijd de mogelijkheid tot een voorwaardelijke ontbindingsprocedure rechtvaardigt, met name in situaties waarin er naast de opzeggingsgrond een andere, zelfstandige beëindigingsgrond voor ontbinding is. In dat geval kan de ontbinding volgens deze schrijvers plaatsvinden, los van de eventuele vernietiging of het herstel, waarbij de auteurs opmerken dat de rechter dan ook niet behoort over te gaan tot herstel van de arbeidsovereenkomst (op basis van art. 682 of in hoger beroep op basis van art. 683), omdat een dergelijke herstelbeschikking de ontbindingsbeschikking, die dan is gebaseerd op de andere, zelfstandige ontslaggrond, doorkruist.

4.11

Heerma van Voss⁷² merkt op dat in het ontslagrecht van 2015 een voorwaardelijk verzoek tot ontbinding minder snel nodig zal zijn, omdat de procedure waarin de werknemer om vernietiging van het ontslag vraagt, binnen twee maanden moet worden ingesteld. Toch kunnen er zich volgens Heerma van Voss nog situaties voordoen waarin de werkgever om duidelijkheid te verkrijgen over de vraag of er nog een arbeidsovereenkomst tussen partijen bestaat, voorwaardelijk ontbinding verzoekt.

4.12

Laagland⁷³ sluit zich in haar artikel aan bij de voorstanders van de voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz. Zij betoogt dat de ontbindingsprocedure vanwege haar eenvoudige aard nog steeds eerder tot een in kracht van gewijsde gegane uitspraak zal leiden dan de procedure inzake het ontslag op staande voet. Daarnaast zal de voorwaardelijke ontbinding in eerste aanleg - ongeacht de mogelijkheid van hoger beroep en beroep in cassatie - volgens haar alsnog vaak tot een definitief einde van de arbeidsovereenkomst leiden, omdat een hof vermoedelijk niet snel tot herstel van de arbeidsovereenkomst zal overgaan.

Ook Van der Kind⁷⁴ meent dat de werkgever onder de Wwz nog een voorwaardelijke ontbinding kan verzoeken. Echter wijst hij erop dat het - gelet op de mogelijkheid van hoger beroep en beroep in cassatie tegen de ontbindingsbeschikking - de vraag is of daarmee het gewenste resultaat, te weten duidelijkheid op korte termijn over het einde van de arbeidsovereenkomst, wordt bereikt.

4.13

Chorus en Van Waegeningh⁷⁵ achten een voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz mogelijk, waarbij zij wel op het belang van een correct geformuleerde voorwaarde wijzen:

“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 (...) 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.”

4.14

Verhulp⁷⁶ aarzelt of een voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz nog tot de mogelijkheden behoort. Hij zet voor- en nadelen van het aannemen van de mogelijkheid van een voorwaardelijke ontbinding op een rij:

“(...) Van de door de Hoge Raad toen genoemde omstandigheden is thans in mindere mate sprake, zodat het de vraag is of de voorwaardelijke ontbinding thans nog is toegestaan.

Tegen het aannemen van de mogelijkheid van een voorwaardelijke ontbinding pleit dat de werknemer thans na het ontslag op staande voet binnen twee maanden een verzoek tot vernietiging van de opzegging moet indienen. De werknemer kan de opzegging niet buiten rechte

vernietigen. Het verzoek tot vernietiging dient de rechter binnen vier weken in behandeling te nemen (art. 7:681 jo. art. 7:686a lid 4). Indien de kantonrechter de opzegging niet vernietigt, kan de werknemer tegen die beschikking in appel. In het geval de appelrechter de beschikking van de kantonrechter vernietigt, wordt niet alsnog de opzegging vernietigd, maar wordt de werkgever veroordeeld de arbeidsovereenkomst te herstellen en treft de rechter een voorziening voor de periode gelegen tussen de opzegging en het herstel (art. 7:683 lid 3). Als de werkgever meteen na de opzegging op staande voet de kantonrechter vraagt de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk te ontbinden is het aannemelijk dat de werknemer dan aan dat verzoek verbindt zijn verzoek om de opzegging te vernietigen. Hiermee wordt de werknemer gedwongen sneller dan binnen de hem gegeven twee maanden te procederen. Nu de wetgever de periode van twee maanden die de werknemer toekomt om zich te beraden op het indienen van een verzoek tot vernietiging niet heeft willen laten beperken (zie art. 7:686a lid 8), kan worden betoogd dat de voorwaardelijke ontbinding deswege minder goed in het wettelijk systeem past. Indien de werkgever meent dat de periode van de behandeling in eerste aanleg van het verzoek tot vernietiging onevenredig lang is, en daarmee de eventuele loonvordering onevenredig hoog, dan kan hij de rechter vragen die loonvordering op grond van art. 7:680a te matigen. Dat lijkt voor een beperking van de loonvordering ook de aangewezen weg. Daarbij komt dat onder de oude wet gold dat ieder der partijen 'te allen tijde' ontbinding van de arbeidsovereenkomst kon vragen. Deze woorden zijn geschrapt, hetgeen ook logisch is omdat de werkgever thans alleen ontbinding kan verzoeken wegens in de wet benoemde gronden die zich niet altijd voordoen. Het niet toelaten van een voorwaardelijke ontbinding past ook bij het streven van de wetgever het ontslagrecht te vereenvoudigen (Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 65).

Voor het aannemen van de mogelijkheid van voorwaarde(lijke) ontbinding pleit dat indien in hoger beroep blijkt dat het verzoek van de werknemer om de opzegging te vernietigen ten onrechte is toegewezen, de rechter bepaalt wanneer de arbeidsovereenkomst eindigt (art. 7:683 lid 6). Tussen de datum van de opzegging en de datum waarop de arbeidsovereenkomst eindigt kan dan toch een aanzienlijke periode liggen. In die periode kan de werkgever over een andere gegronde reden beschikken die rechtvaardigt dat de arbeidsovereenkomst eindigt, los van de vraag of de opzegging moet worden vernietigd. Een paar voorbeelden: een werkgever, die het dossier rond heeft om een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren bij de kantonrechter in te dienen, ontdekt dat die disfunctionerende werknemer iets heeft gestolen en ontslaat de werknemer deswege op staande voet. De werknemer vraagt de kantonrechter de opzegging te vernietigen, de werkgever vraagt voorwaardelijk ontbinding wegens het disfunctioneren. Het lijkt in een dergelijk geval voor de hand te liggen de werkgever in dat verzoek te ontvangen. Ook is denkbaar dat een werknemer op staande voet wordt ontslagen wegens een evidente dringende reden, maar niet

onverwijld. De werknemer verzoekt de kantonrechter de opzegging te vernietigen en de werkgever verzoekt (voorwaardelijke) ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens het verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer (art. 7:669 lid 3 onderdeel e). Ook in dat geval zou het lastig aan de werkgever uit te leggen zijn dat hij in dat verzoek niet kan worden ontvangen. Een laatste voorbeeld: denkbaar is dat de werkgever de werknemer laat weten dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt omdat het project waaraan de werknemer werkt, is afgerond. Indien nu de werknemer terecht kan aanvoeren dat van een einde van rechtswege geen sprake is en daarom de vernietiging van de opzegging en veroordeling van de werkgever tot loondoorbetaling verzoekt, kan de werkgever een verzoek om toestemming aan het UWV doen om hem toestemming te verlenen de arbeidsovereenkomst wegens het vervallen van de arbeidsplaats op te zeggen. Voor zover nu bekend is, zal het UWV die toestemming verlenen en zal de werkgever de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk kunnen opzeggen. Vanwege het verval van de arbeidsplaats kan de werkgever weliswaar geen ontbinding vragen, maar het lijkt ongerijmd aan te nemen dat een voorwaardelijke opzegging met toestemming van het UWV wel mogelijk is en een voorwaardelijke ontbinding niet. Zie hierover ook Bouwens & Bij de Vaate, ARBAC 2015.”

4.15

Barentsen en Sagel⁷⁷ schrijven in hun Kroniek van het sociaal recht in het NJB dat zij met Verhulp twijfelen of de voorwaardelijke ontbindingspraktijk onder de Wwz nog houdbaar is. Volgens Barentsen en Sagel zijn er toch wel erg sterke argumenten om die rechtsfiguur in het nieuwe recht niet langer toelaatbaar te achten. Zij wijzen erop (i) dat de *Nijman*-beschikking niet meer als onderbouwing voor de aanvaardbaarheid van een voorwaardelijke ontbinding in het nieuwe systeem kan dienen, (ii) dat de buitengerechtelijke vernietiging onder de Wwz niet meer bestaat, waardoor er tot het moment dat de rechter de vernietiging uitspreekt ook niets valt te ontbinden en er ook geen onzekerheid is of het dienstverband wel is geëindigd, (iii) dat de Wwz al in een eigen veiligheidsklep voorziet, te weten art. 7:683 lid 3 BW en *last but not least* (iv) dat de voorwaardelijke ontbinding niet goed valt te rijmen met twee van de belangrijkste pijlers van de Wwz: vereenvoudiging en dejuridisering van het ontslagrecht. Volgens de schrijvers past bij die vereenvoudiging en dejuridisering "*minder goed de aanvaarding van een rechtsfiguur die ertoe kan leiden dat er naast elkaar twee ontslagprocedures - één over het ontslag zelf en één over de voorwaardelijke ontbinding - gaan lopen, die beide tot aan de Hoge Raad en terug kunnen worden gevoerd en die over en weer tot allerlei complicaties kunnen leiden. Dat zou voor de Hoge Raad nog wel eens een belangrijk argument kunnen worden om de voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz af te wijzen.*"

4.16

Boot, De Laat, Van der Meer, Noordoven en Rutgers⁷⁸ concluderen dat de rol van de voorwaardelijke ontbinding lijkt uitgespeeld, althans indien het voorwaardelijk ontbindingsverzoek dezelfde grondslag heeft als het ontslag op staande voet⁷⁹. Het voorwaardelijk ontbindingsverzoek leidt volgens hen tot complicaties, tot een onnodige extra beslissing (waarvan apart geappelleerd kan en zal worden) en daarmee tot een onnodige extra belasting van de appelrechtspraak.

4.17

Ook Kruit⁸⁰ wijst in een annotatie erop dat de voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz tot moeilijkheden leidt. Hij schrijft:

“Naast de vraag in hoeverre de voorwaardelijke ontbinding gelet op de door de Hoge Raad gehanteerde criteria in het arrest Nijman/X nog gerechtvaardigd is, bestaat ook bij een bevestigend antwoord op deze vraag nog een tweetal argumenten op basis waarvan de voorwaardelijke ontbinding tot moeilijkheden leidt. Ten eerste is het voor de werkgever niet zonder meer een gelopen race dat een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding leidt tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst gelet op de strenge en limitatieve ontslaggronden die thans in artikel 7:669 lid 3 jo. lid 1 BW zijn neergelegd. Daarnaast kan gerede twijfel worden uitgesproken bij de vraag of de werkgever wel ontvankelijk is in zijn verzoek, nu ten tijde van indiening van het verzoek hoe dan ook geen arbeidsovereenkomst bestaat gelet op het ontbreken van de mogelijkheid voor de werknemer om het ontslag op staande voet buitengerechtelijk te vernietigen.”

4.18

Buijs⁸¹ schrijft dat de voorwaardelijke ontbindingsprocedure na 1 juli 2015 niet meer goed lijkt te passen in het systeem van de wet en dat het misschien de koninklijke weg is om slechts onvoorwaardelijk te ontbinden. Hij meent dat er al met al nogal wat hersengymnastiek nodig is om de voorwaardelijke ontbindingsprocedure in de lucht te houden.

4.19

Doolaeye en Quist⁸² betogen in hun overzichtsartikel eveneens dat de voorwaardelijke ontbinding niet goed met de uitgangspunten van het nieuwe systeem is te verenigen. Zij schrijven onder meer (p. 23):

“Conclusie

Op grond van het voorgaande, komen wij tot de conclusie dat de werkgever nog slechts in enkele gevallen voldoende belang bij een

ontbindingsverzoek heeft. Dat is allereerst het geval in de situatie dat aan het ontslag op staande voet formele gebreken kleven (en de opzegging dus wordt vernietigd), maar de dringende reden als zodanig wel bewezen is en deze ook een ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan rechtvaardigen.

Daarnaast bestaat aanleiding voor een ontbinding, indien de werkgever over een andere ontslaggrond beschikt dan de grond waarop het ontslag op staande voet is gebaseerd en het ontslag op staande voet wordt vernietigd. Het zal in beide gevallen wel om een *onvoorwaardelijke* ontbinding gaan.

Voorwaardelijke ontbinding is wél mogelijk in het geval in de ontslag-op-staande-voet-zaak tot aanhouding wordt beslist (bijvoorbeeld in verband met bewijslevering), maar er wel een andere grond voor ontbinding aanwezig is. In afwachting van de uitkomst van de procedure over de vernietiging van de opzegging, kan de rechter de arbeidsovereenkomst (op die andere grond) voorwaardelijk ontbinden.[83](#)

Uitgangspunten van de WWZ

In deze gevallen kan de werkgever belang hebben bij het indienen van een (voorwaardelijk) ontbindingsverzoek. Echter, ook in die gevallen heeft te gelden dat een ontbinding niet per se tot snelle en definitieve duidelijkheid over het voortbestaan van de arbeidsovereenkomst dient te leiden. Ook in de ontbindingszaak is hoger beroep en cassatie mogelijk, waardoor twee procedures naast elkaar kunnen lopen, beide mogelijk tot aan de Hoge Raad en terug. Los van al het voorgaande dient dan ook de vraag te worden beantwoord of de voorwaardelijke ontbinding thans nog in overeenstemming is met de bedoeling van de WWZ, welke wet tot een eenvoudiger en sneller ontslagrecht beoogt te leiden. Ook dejuridisering is een belangrijke pijler van de WWZ. Wij zijn van oordeel dat de voorwaardelijke ontbinding in het nieuwe systeem niet goed met deze uitgangspunten te verenigen is.

Wij wijzen in dit verband op Van der Kind, die onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis schreef: "*De afsluitende opmerking in de MvT bij de algemene bespreking van het ontslag op staande voet, 'dat als een werkgever of werknemer twijfelt of er voldoende reden is voor een ontslag op staande voet, hij de kantonrechter kan verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden', kan in dit kader als een onbedoeld advies worden gezien.*"[84](#)

Het zou veel eenvoudiger en overzichtelijker zijn, wanneer de werkgever alleen tot het verlenen van ontslag op staande voet overgaat, wanneer hij er - voor zover dat mogelijk is[85](#) - behoorlijk zeker van is te beschikken over een dringende reden en hij ook aan de andere (formele) vereisten kan voldoen. De gevolgen van de beslissing ontslag op staande voet te

verlenen komen, indien het onverhoopt toch anders uitvalt dan was ingeschat, voor rekening en risico van de werkgever. Daarmee wordt ook het tactisch inzetten van het ontslag op staande voet tegengegaan.[86](#)

Wanneer de werkgever wel twijfels heeft over de haalbaarheid van een ontslag op staande voet, zou hij kunnen besluiten daarvan af te zien en, in lijn met hetgeen Van der Kind beschreef, een (gewoon) ontbindingsverzoek in kunnen dienen. Er is dan geen sprake van samenloop en eventuele doorwerking van de ene procedure in de andere. Een dergelijk systeem past (veel) beter bij de uitgangspunten waarop de WWZ is gestoeld.”

5 Evaluatie

Inleiding

5.1

Alhoewel de gestelde prejudiciële vragen, in het bijzonder die onder A.(a), een verdere strekking zouden kunnen hebben, beperk ik mij in mijn beschouwingen tot de situatie waarin een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding volgt op een ontslag op staande voet, de situatie waarop de overige vragen onmiskenbaar zijn toegespitst. Ik acht die benadering temeer gelegitimeerd, nu, zoals uit het navolgende zal blijken, de vraag onder A.(a) in elk geval niet in het algemeen bevestigend of ontkennend kan worden beantwoord en de vervolgvragen die in dat geval dienen te worden beantwoord, alle betrekking hebben op de zojuist bedoelde situatie van een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding dat op een ontslag op staande voet volgt.

Enkele uitgangspunten

5.2

Het lijkt mij goed om, alvorens op de mogelijkheid van een voorwaardelijke ontbinding in de door de prejudiciële vragen bedoelde gevallen in te gaan, enkele uitgangspunten te benadrukken.

Ontslag op staande voet gehandhaafd

5.3

In de eerste plaats is van belang dat het ontslag op staande voet onder de Wwz nagenoeg ongewijzigd is gehandhaafd, alhoewel in de literatuur wel voor afschaffing van het ontslag op staande voet is gepleit[87](#). Dat de wetgever geen reden heeft gezien de mogelijkheden voor een ontslag op staande voet te verengen, is van belang, omdat als voordeel van het elimineren van de mogelijkheid van een verzoek tot voorwaardelijke

ontbinding wel wordt gepresenteerd dat dit een ontslag op staande voet voor de werkgever minder aantrekkelijk maakt en kan voorkomen dat het ontslag op staande voet om tactische redenen wordt ingezet⁸⁸.

Daargelaten de onwenselijkheid van een ontslag op staande voet om louter tactische redenen, meen ik dat een uitholling van de door de wetgever gehandhaafde mogelijkheden van een ontslag op staande voet eerder als een nadeel dan als een voordeel van het in de ban doen van de voorwaardelijke ontbinding heeft te gelden. In zoverre kan ik mij verenigen met hetgeen het hof 's-Hertogenbosch in zijn beschikking van 28 april 2016⁸⁹ overwoog:

"3.13 (...) Tot slot is het hof van oordeel dat een andere beslissing ertoe zou kunnen leiden dat een werkgever niet meer het risico durft te nemen om een werknemer op staande voet te ontslaan. Dat lijkt onwenselijk. De WWZ heeft immers geen wijziging beoogd ter zake het ontslag op staande voet."

Twee sporen

5.4

In de tweede plaats is van belang dat uit de geschiedenis van totstandkoming van de Wwz blijkt dat óók onder de Wwz twee sporen kunnen worden gevolgd om de arbeidsovereenkomst te beëindigen, te weten het spoor van de opzegging (waaronder het ontslag op staande voet) en het spoor van de ontbinding, en dat die sporen elkaar niet over en weer uitsluiten, ook niet in die zin dat het de werkgever die (primair) ervoor heeft gekozen het spoor van de opzegging (en meer in het bijzonder dat van het ontslag op staande voet) te volgen, vervolgens niet meer zou vrijstaan ontbinding te verzoeken. Zoals hiervóór (onder 3.9) al aan de orde kwam, heeft de regering in haar reactie op het advies van de Raad van State⁹⁰ uitdrukkelijk het standpunt ingenomen dat de Wwz "*de mogelijkheid van de gelijktijdige indiening van een ontbindingsverzoek onverlet (laat)*" en heeft zij het ook mogelijk geacht dat de werkgever, "*(m)ocht hij toch voor twee ankers willen liggen (...) twee procedures zal kunnen starten op verschillende gronden (...)*"⁹¹, hoezeer het ook in haar visie "*(...) meer voor de hand (ligt) dat een werkgever beoordeelt welke grond (als er eventueel meer gronden in aanmerking komen) de meeste kans van slagen heeft*". Dat, zoals mr. Sagel in zijn schriftelijke opmerkingen onder 104 betoogt, een werkgever die eerst zonder succes voor ontslag op staande voet heeft gekozen, niet op grond van dezelfde feiten en omstandigheden als die welke hij aan het ontslag ten grondslag had gelegd, ontbinding kan verzoeken, kan ik dan ook niet volgen. Zoals hiervóór (onder 3.10) al aan de orde kwam, kan een dergelijke uitsluiting van ontbinding na een ontslag op staande voet in elk geval niet worden gebaseerd op de (op zichzelf correcte) opmerking in de memorie van toelichting dat, "*(o)ok wanneer het gaat om situaties die een dringende reden zouden opleveren en dus ook een ontslag op staande voet zouden*

rechtvaardigen, maar de werkgever niet voor die route kiest, (...) de werkgever de rechter (kan) verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden" [92](#). Uit die opmerking blijkt allerminst dat in het omgekeerde geval, waarin de werkgever wél voor de route van een ontslag op staande voet kiest, de route van ontbinding op grond van (goeddeels) dezelfde feiten en omstandigheden als die welke aan het ontslag op staande voet ten grondslag waren gelegd, vervolgens niet meer zou openstaan.

De Nijman-beschikking: een kwestie van belang

5.5

In de derde plaats passen enkele algemene opmerkingen over de *Nijman*-beschikking [93](#). In het debat over de toelaatbaarheid van de voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz speelt die beschikking een niet onbelangrijke rol. Degenen die een voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz niet toelaatbaar achten, plegen erop te wijzen dat onder de Wwz niet langer aan de in die beschikking geformuleerde voorwaarden wordt voldaan.

5.6

In dat verband stel ik voorop dat de Hoge Raad naar mijn mening in de *Nijman*-beschikking niet zozeer heeft bedoeld specifieke voorwaarden aan de toelaatbaarheid van een voorwaardelijke ontbinding te stellen, als wel ervan lijkt te zijn uitgegaan dat een voorwaardelijke ontbinding in principe toelaatbaar is, zoals dat in het algemeen voor een voorwaardelijke veroordeling of voorziening geldt [94](#). In zijn noot onder het arrest *Theelen/Schatorje*, welk arrest een zwaarighedenprocedure betrof, merkte Heemskerk, met verdere verwijzingen, op [95](#):

“De mogelijkheid dat de rechter een voorwaardelijk eindvonnis uitspreekt berust op een lange traditie, die in elk geval tot 1848 terug gaat. Er zijn tal van varianten in de aard van de door de rechter gestelde voorwaarde. De voorwaarde kan opschortend en ontbindend zijn. Voorbeelden: verbod op straffe van een dwangsom, toe en afwijzing van vordering afhankelijk gesteld van al of niet afleggen van decisoire eed, voorwaardelijke ontbinding van een overeenkomst, voorwaardelijke veroordeling tot schadevergoeding, toewijzing van ontruimingsvordering tenzij gedaagde alsnog binnen een bepaalde termijn achterstallige huur betaalt of aanbod bepaalde huurprijs aanvaardt (...), vanwaardeverklaring van een conservatoir beslag op voorwaarde dat arbiters de hoofdvordering toewijzen.”

Naast het gegeven dat niet iedere voorwaarde in aanmerking komt [96](#), zal vooral het in art. 3:303 BW vervatte vereiste van een voldoende belang (dat overigens wordt vóórondersteld) de mogelijkheid van een voorwaardelijke veroordeling of voorziening begrenzen. Zo zal een

voldoende belang ontbreken, als de eiser op voorhand veroordeling van zijn wederpartij tot betaling van een bepaald bedrag vordert, voor het geval dat die wederpartij dat bedrag "ooit" aan de eiser verschuldigd zal worden. Een voldoende belang zal bijvoorbeeld wél zijn gegeven, als een partij die ingevolge een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis haar wederpartij heeft betaald, hangende het hoger beroep tegen dat vonnis, bij de rechtbank terugbetaling van het door haar betaalde bedrag vordert voor het geval dat het betrokken vonnis wordt vernietigd⁹⁷.

In de *Nijman*-beschikking heeft de Hoge Raad uiteindelijk beslissend geacht dat de werkgever in het algemeen een gerechtvaardigd belang erbij heeft voorwaardelijk ontbinding van de arbeidsovereenkomst te vragen voor het geval de arbeidsovereenkomst niet door het aan de werknemer op staande voet gegeven ontslag blijkt te zijn geëindigd. Bij die stand van zaken geldt volgens de Hoge Raad dat "(g)een rechtsregel (zich) (...) tegen een dergelijke gang van zaken (verzet)".

Naar ik meen gaat het óók bij de beoordeling van de voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz om de vraag of de werkgever daarbij gerechtvaardigd belang heeft en, zo dit het geval is, of en zo ja welke rechtsregel zich tegen de voorwaardelijke ontbinding verzet. Zoals Van Waegeningh en Chorus het uitdrukken, is de te beantwoorden vraag "(d)us niet: waarom mag het wel? Maar: waarom mag het niet?"⁹⁸. Reeds om die reden meen ik dat aan het argument dat de Wwz een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding niet uitdrukkelijk verbiedt, méér betekenis toekomt dan aan het argument dat de Wwz een verzoek tot een dergelijke ontbinding niet uitdrukkelijk toelaat, welk argument wel aan het (mijns inziens ten onrechte) veronderstelde uitputtende karakter van de Wwz wordt ontleend⁹⁹.

5.7

Op de hiervóór (onder 5.6) geciteerde passage uit de *Nijman*-beschikking volgens welke "(g)een rechtsregel (zich) (...) tegen een dergelijke gang van zaken (verzet)", heeft de Hoge Raad laten volgen:

"Immers ook bij het zich voordoen van dergelijke omstandigheden (kort gezegd dat het ontbindingsverzoek steunt op dezelfde feiten als het litigieuze ontslag op staande voet; LK) strookt een zodanige gang van zaken 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.

De kans op 'tegenstrijdige beslissingen' - waarmee de Rb. doelt op de omstandigheid dat het oordeel van de Ktr. omtrent de aanwezigheid van gewichtige redenen de ontslagrechter niet bindt - levert onvoldoende grond op voor het aanvaarden van de door de Rb. aangenomen beperking, gezien het verschil in aard van de beide procedures, welk

verschil meebrengt dat de vaststelling en weging van de feiten niet op dezelfde wijze geschiedt.”

De schrijvers die zich tegen de mogelijkheid van een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz keren, plegen erop te wijzen dat, anders dan onder het oude recht het geval was¹⁰⁰, onder de Wwz hoger beroep en beroep in cassatie tegen een beschikking tot ontbinding openstaan. Een door de kantonrechter uitgesproken (voorwaardelijke) ontbinding zou, zo is de redenering, de werkgever derhalve niet langer definitieve zekerheid bieden. Dat laatste is op zichzelf juist, maar naar mijn mening echter onvoldoende grond om aan te nemen dat het de werkgever onder de Wwz aan een voldoende (gerechtvaardigd) belang bij een voorwaardelijke ontbinding ontbreekt. Zo is het geenszins zeker dat de werknemer tegen de voorwaardelijke ontbinding zal opkomen en, zo dit laatste wel het geval is, de door de werknemer in te stellen rechtsmiddelen zullen slagen. Alhoewel een door de kantonrechter uit te spreken voorwaardelijke ontbinding de werkgever onder de Wwz minder zekerheid biedt dan onder het oude arbeidsrecht het geval was, heeft de werkgever naar mijn mening ook onder de Wwz een gerechtvaardigd en voldoende belang om te kunnen terugvallen op een ontbinding van de arbeidsovereenkomst per een zo vroeg mogelijke datum, voor het geval dat het ontslag op staande voet uiteindelijk geen stand houdt.

Dat de kantonrechter als ontbindingsrechter onder het oude arbeidsrecht (althans in beginsel) in hoogste ressort recht sprak en onder de Wwz niet, acht ik wel in die zin relevant, dat onder het oude arbeidsrecht minder problematisch was dat een door de kantonrechter als hoogste rechter uitgesproken voorwaardelijke ontbinding met het (onder omstandigheden van het oordeel van de kantonrechter afwijkende) oordeel van de hogere rechter over de ongeldigheid van het ontslag op staande voet kon interfereren. Ik kom daarop hierna (onder 5.20) nog terug.

5.8

Nu ook de vernietigingsprocedure in de Wwz is vormgegeven als een verzoekschriftprocedure (art. 7:686a lid 2 BW), de termijn waarbinnen de naar zijn mening ten onrechte op staande voet ontslagen werknemer in actie dient te komen is verkort van zes maanden (art. 7:683 lid 2 (oud) BW) tot twee maanden (art. 7:686a lid 4 onder a 2o BW) en bovendien wettelijk is verankerd dat de behandeling van een verzoek tot vernietiging niet later aanvangt dan in de vierde week volgende op die waarin het verzoekschrift is ingediend (art. 7:686a lid 5 BW), zal een rechterlijk oordeel over de opzegging op kortere termijn kunnen worden geveld dan de Hoge Raad in de *Nijman*-beschikking mogelijk voor ogen stond. Ook dat acht ik echter geen beslissend argument om de werkgever een voldoende en gerechtvaardigd belang bij een voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst te ontzeggen voor het geval dat het ontslag op staande voet geen stand houdt. Nog daargelaten dat ook onder de

Wwz een lange duur van de vernietigingsprocedure niet is uitgesloten en mogelijk is dat zowel de vernietigingsprocedure als de ontbindingsprocedure in méér instanties wordt gevoerd, is met de door de Wwz teweeggebrachte versnelling van het rechterlijk oordeel over de opzegging geenszins gewaarborgd dat dit oordeel sneller zal kunnen worden geveld dan dat over een (voorwaardelijke) ontbinding. De werkgever behoudt daarom een gerechtvaardigd belang bij zijn verzoek, al was het maar met het oog op het zoveel mogelijk veiligstellen van een zo vroeg mogelijke ontbindingsdatum.

5.9

Tegen de mogelijkheid van een voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz is meer in het algemeen aangevoerd dat zij moeilijk zou zijn te verenigen met het doel en de strekking van de Wwz en dat om die reden de Wwz zich in termen van de *Nijman*-beschikking tegen een voorwaardelijke ontbinding zou verzetten. De wetgever zou immers - met het oog op de vereenvoudiging van het ontslagrecht - hebben willen bewerkstelligen dat alle (samenhangende) geschilpunten ten aanzien van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst in één procedure worden beslecht. Dit onder andere om een dubbele rechtsgang te voorkomen (zie hiervoor onder 3.11). Het voorwaardelijk ontbinden van de arbeidsovereenkomst zou niet goed in dit systeem passen. In het bijzonder zou een voorwaardelijke ontbinding tot twee separate procedures over het ontslag kunnen leiden, te weten één over de opzegging en één over de voorwaardelijke ontbinding, hetgeen complexe samenloopproblemen en tegenstrijdige uitspraken met zich zou kunnen brengen¹⁰¹, zulks terwijl met de Wwz nu juist zou zijn beoogd zulks te voorkomen en het ontslagrecht te vereenvoudigen.

Naar mijn mening kan ook dit argument niet beslissend zijn. Zoals hiervóór (onder 5.4) reeds aan de orde kwam, sluiten de sporen van opzegging en ontbinding elkaar over en weer niet uit en kunnen zij in beginsel ook gelijktijdig worden gevolgd. De mogelijkheid van separate procedures over de opzegging en de ontbinding is aan dat gegeven van elkaar niet over en weer uitsluitende sporen inherent. Zo zal naar mijn mening minst genomen voor mogelijk moeten worden gehouden dat de werkgever, in een situatie waarin de werknemer de kantonrechter heeft verzocht het ontslag op staande voet te vernietigen, hetzij de door de werknemer geadieerde kantonrechter, hetzij een andere bevoegde kantonrechter verzoekt de arbeidsovereenkomst *onvoorwaardelijk* te ontbinden in het geval dat het verzoek van de werknemer wordt gehonoreerd. Als zowel het verzoek van de werknemer als het verzoek van de werkgever wordt toegewezen, zal dat eveneens tot separate en bij verschillende (appel)instanties te voeren procedures over de opzegging en de ontbinding kunnen leiden. Bij die stand van zaken valt niet in te zien waarom de mogelijkheid van twee separate procedures over het ontslag (één over de opzegging, de andere over de ontbinding) zich juist tegen de

figuur van de *voorwaardelijke* ontbinding zou verzetten.

Samenloopproblemen als gevolg van separate procedures zijn weliswaar niet uitgesloten, maar zullen zich noch in verband met verzoeken tot *onvoorwaardelijke* ontbinding, noch in verband met verzoeken tot *voorwaardelijke* ontbinding structureel voordoen. Zo zal van uiteenlopende procedures voor verschillende bevoegde (appel)instanties geen sprake zijn, als de werkgever bij wege van *tegenverzoek* al dan niet voorwaardelijke ontbinding vraagt. Bovendien biedt het burgerlijk procesrecht, voor zover zich al samenloopproblemen kunnen voordoen, daarop gerichte voorzieningen, zoals voeging en verwijzing¹⁰². Ten slotte geldt dat, voor zover al sprake is van separate procedures, partijen zelf kunnen bewerkstelligen dat de rechter in elk van die procedures zodanig is geïnformeerd, dat hij althans met volledige wetenschap van hetgeen in de andere procedure voorvalt, zal kunnen oordelen.

In verband met het voorgaande ben ik mij overigens ervan bewust dat mr. Sagel ter voorkoming van mogelijke samenloopproblemen¹⁰³ ervoor heeft gepleit óók de *onvoorwaardelijke* ontbinding, die mogelijk is zodra vernietiging in prima heeft plaatsgevonden, aan een aantal randvoorwaarden te onderwerpen (schriftelijke opmerkingen onder 93). Meer in het bijzonder heeft hij als oplossingsrichting gesuggereerd dat een op een vernietiging in prima volgend ontbindingsverzoek slechts toewijsbaar is, wanneer vaststaat dat die in prima uitgesproken vernietiging in hoger beroep niet (langer) wordt bestreden (schriftelijke opmerkingen onder 106). Met deze opvatting (die ook een voorwaardelijk (tegen)verzoek tot *onvoorwaardelijke* ontbinding voor het geval dat de kantonrechter de opzegging vernietigt, lijkt uit te sluiten) kan ik mij niet verenigen. Ik zie niet in hoe de wens mogelijke samenloopproblemen (die volgens mr. Sagel uit een weeffout in de wet voortvloeien; zie schriftelijke opmerkingen onder 98 in fine) te voorkomen, zou kunnen rechtvaardigen dat de rechter de werkgever beknot in diens recht om ontbinding van de arbeidsovereenkomst te vragen en om tegen de vernietiging van de opzegging op te komen, door een ontbindingsverzoek niet toewijsbaar te achten zolang de vernietiging van de opzegging geen kracht van gewijsde heeft verkregen. Naar mijn oordeel gaat het stellen van randvoorwaarden zoals door mr. Sagel bedoeld de rechtsvormende taak van de rechter te buiten.

De voorwaardelijke ontbinding voor het geval van vernietiging van de opzegging ¹⁰⁴

5.10

Naar mijn mening moet met het oog op de toelaatbaarheid van een (tegen)verzoek tot voorwaardelijke ontbinding worden onderscheiden, al naar gelang zij van een vernietiging van de opzegging door de kantonrechter dan wel (mede) van een in hoger beroep of na cassatie bevolen herstel van de arbeidsovereenkomst afhankelijk is gesteld. Ik

bespreek thans als eerste de voorwaardelijke ontbinding die wordt uitgesproken voor het geval dat de kantonrechter de opzegging (het ontslag op staande voet) vernietigt.

Voorwaardelijke ontbinding voor het geval van vernietiging van de opzegging toelaatbaar

5.11

Tegen een (tegen)verzoek dat strekt tot een *voorwaardelijke* ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor het geval de kantonrechter de opzegging (het ontslag op staande voet) vernietigt, zie ik geen bezwaar. Daarbij ga ik ervan uit dat een (tegen)verzoek, voorwaardelijk, voor het geval dat de kantonrechter de opzegging zal vernietigen, maar strekkende tot een *onvoorwaardelijke* ontbinding, onder de Wwz moet worden geaccepteerd (zie hiervóór onder 5.9). Er is naar mijn mening geen enkele reden waarom de werkgever niet erop zou mogen aandringen dat de kantonrechter eerder over de ontbinding dan over de opzegging zal beslissen (en in dat geval de ontbinding *voorwaardelijk* zal uitspreken voor het geval dat hij de opzegging zal vernietigen).

Een "additionele" procedure

5.12

In zijn schriftelijke opmerkingen heeft mr. Sagel (onder 113) geopperd dat een verzoek tot *voorwaardelijke* ontbinding, voorafgaand aan het oordeel van de kantonrechter over de opzegging, leidt tot het voeren van een *"additionele"* procedure, hetgeen zou afdoen aan de door de Wwz beoogde dejuridisering. Ik kan dat bezwaar niet volgen. Van een *"additionele"* procedure (waarvan in de benadering van mr. Sagel kennelijk óók sprake is als het verzoek tot voorwaardelijke ontbinding bij wege van tegenverzoek wordt gedaan) is evenzeer sprake als de werkgever een *onvoorwaardelijke* ontbinding vraagt, uit te spreken in het geval dat de kantonrechter de opzegging vernietigt, welke variant ik mogelijk acht (maar mr. Sagel kennelijk niet; zie hiervóór onder 5.9). Het bezwaar tegen een *"additionele"* procedure mist in elk geval doel indien het verzoek wordt gedaan als *tegenverzoek*, nu art. 7:686a lid 3 Wwz het in één geding concentreren van samenhangende verzoeken juist favoriseert. Het in één geding concentreren van samenhangende verzoeken lijkt mij de doelstellingen van de Wwz, in het bijzonder die van versnelling, veeleer te dienen dan daaraan af te doen, zeker als het alternatief is dat procedures achtereenvolgens moeten worden gevoerd. Dejuridisering lijkt mij al helemaal niet aan de orde, waar voor de door de Wwz toegelaten ontbinding van de arbeidsovereenkomst nu eenmaal rechterlijke tussenkomst is vereist.

De niet-gelijktijdige beslissing

5.13

Doel en strekking van de Wwz brengen voorts niet met zich dat *coûte que coûte* tegelijkertijd over het verzoek van de werknemer en dat van de werkgever moet worden beslist. Integendeel; in art. 7:686a lid 10 BW wordt juist gefaciliteerd dat een zaak in twee of meer zaken wordt gesplitst als het verzoek en daarmee verband houdende andere vorderingen zich naar het oordeel van de rechter niet voor gezamenlijke behandeling lenen. In de memorie van toelichting bij de Verzamelwet SZW 2015 (Stb. 2014, 504), waarbij de bepaling is ingevoerd, is aangegeven dat een splitsing aan de orde zou kunnen zijn, als een gezamenlijke behandeling van een ontbindingsverzoek en daarmee verband houdende vorderingen, naar het oordeel van de rechter, een onevenredige vertraging van de ontbindingsprocedure zou opleveren¹⁰⁵.

Het "verkorten" van de termijn van twee maanden

5.14

Verhulp heeft (nota bene) als (eerste) bezwaar tegen een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding geopperd dat, als de werkgever onmiddellijk na de opzegging op staande voet een dergelijk verzoek indient, "*het aannemelijk is dat de werknemer aan dat verzoek verbindt zijn verzoek om de opzegging te vernietigen*"¹⁰⁶. Dat zou een ontoelaatbare, althans minder goed in de Wwz passende beperking van de aan de werknemer in art. 7:686a lid 4 BW gegunde termijn van twee maanden vormen, in welk verband Verhulp verwijst naar art. 7:686a lid 8 BW, dat toepassing van art. 3:55 BW hier uitsluit. In laatstgenoemde bepaling gaat het erom dat aan degene aan wie een beroep op een vernietigingsgrond toekomt, een redelijke termijn kan worden gesteld waarbinnen hij, *op straffe van verval van zijn bevoegdheid om op de vernietigingsgrond een beroep te doen*, tussen bevestiging en vernietiging dient te kiezen. Een snelle actie van de werkgever leidt echter niet tot een eerder verval van de bevoegdheid van de werknemer om vernietiging te vragen dan na ommekomst van de wettelijke termijn van twee maanden. Voorts zal een gang van zaken zoals bedoeld inderdaad ertoe leiden dat de werknemer enigerlei actie zal moeten ondernemen, maar ik zie niet waarom zij hem zou beletten de termijn van twee maanden ten volle te benutten voor zijn beslissing om al dan niet vernietiging van de opzegging te verzoeken. Overigens is in het geding voor de verwijzende rechter niet een aan het vernietigingsverzoek van de werknemer voorafgaand verzoek van de werkgever tot voorwaardelijke ontbinding aan de orde.

Geen arbeidsovereenkomst ten tijde van uitspreken voorwaardelijke ontbinding

5.15

Als bezwaar kan naar mening voorts niet gelden dat, zolang de kantonrechter de opzegging niet heeft vernietigd, van een arbeidsovereenkomst geen sprake is en "er dus niets te vernietigen valt". Een dergelijke redenering miskent dat de voorwaardelijke ontbinding zoals hier bedoeld slechts wordt uitgesproken voor het geval dat de kantonrechter de opzegging vernietigt, met welke vernietiging de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht herleeft; er is dus wel degelijk een arbeidsovereenkomst met het oog waarop voorwaardelijke ontbinding wordt verzocht.

Mogelijkheid van loonmatiging

5.16

Evenmin kan als bezwaar gelden dat de kantonrechter bevoegd is de vordering tot doorbetaling van loon die gegrond is op de vernietigbaarheid van de opzegging van de arbeidsovereenkomst te matigen, indien de toewijzing tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden, doch op niet minder dan het in geld vastgestelde loon voor de in die bepaling omschreven perioden (art. 7:680a BW). Ik betwijfel de toepasbaarheid van deze bepaling in de situatie waarin de kantonrechter, in plaats van de voorwaardelijke ontbinding uit te spreken alvorens over de opzegging te oordelen, in dezelfde beschikking de opzegging vernietigt en de arbeidsovereenkomst (onvoorwaardelijk) ontbindt. Naar mijn mening leidt toewijzing van de loondoorbetalingsvordering niet reeds daarom tot onaanvaardbare gevolgen, omdat de kantonrechter eventueel eerder (separaat) ontbinding had kunnen uitspreken. In dit verband herinner ik aan de rechtspraak volgens welke de rechter bij zijn oordeel of toewijzing van de loondoorbetalingsvordering tot onaanvaardbare gevolgen leidt, een mate van terughoudendheid moet betrachten die met de wettelijke maatstaf strookt¹⁰⁷. Daartegenover staat wel, dat de Raad van State de regering (die de bepaling wilde schrappen) heeft geadviseerd art. 7:680a BW te handhaven, omdat de daarin vervatte matigingsbevoegdheid van belang zou kunnen blijven, "als bijvoorbeeld de procedure in hoger beroep veel tijd in beslag neemt"¹⁰⁸. Daarbij is kennelijk gedacht aan het verloop van een lange tijd over méér instanties.

Overigens teken ik bij dat advies van de Raad van State aan dat op grond van de tekst van art. 7:680a BW ("een vordering tot doorbetaling van loon die gegrond is op de vernietigbaarheid van de opzegging van de arbeidsovereenkomst") twijfel over de toepasbaarheid daarvan door de appelrechter mogelijk is. In een situatie waarin de kantonrechter de opzegging heeft vernietigd en het hof die beslissing onjuist acht en bepaalt dat de arbeidsovereenkomst eindigt, zal in appel de loonvordering over de periode tussen de vernietiging van de opzegging door de kantonrechter en het door het hof bepaalde einde van de

arbeidsovereenkomst aan de orde zijn; die loonvordering is zeker niet op de vernietigbaarheid van de opzegging van de arbeidsovereenkomst gegrond¹⁰⁹. Deze twijfel biedt eens te meer grond aan het belang van de werkgever bij een ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor het geval dat de kantonrechter de opzegging (mogelijk ten onrechte) vernietigt; met een dergelijke ontbinding neemt de loonaanspraak van de werknemer immers reeds een einde en is de werkgever niet van een door het hof te bepalen einde van de arbeidsovereenkomst (welk einde niet vóór zijn uitspraak kan zijn gelegen) afhankelijk.

Ontbindingsverzoek gegrond op dezelfde feiten als ontslag

5.17

Een aspect dat nog aandacht verdient in verband met het (tegen)verzoek tot voorwaardelijke ontbinding voor het geval de kantonrechter de opzegging vernietigt, is de vraag of een (tegen)verzoek van de werkgever, strekkende tot ontbinding voor het geval de kantonrechter de opzegging op staande voet vernietigt, op dezelfde feiten en omstandigheden als het ontslag op staande voet kan worden gegrond.

De figuur van de voorwaardelijke ontbinding, voor zover toelaatbaar, ontleent haar bestaansrecht mede aan het gegeven dat de dringende redenen van art. 7:677 (en art. 7:678) BW (ontslag op staande voet) en de redelijke gronden van art. 7:669 BW (ontbinding) niet samenvallen en dat zich zeer wel kan voordoen dat, waar een dringende reden voor ontslag op staande voet ontbreekt, een redelijke grond voor ontbinding voorhanden is. In die zin is het minder juist de hier aan de orde zijnde vraag aldus voor te stellen dat het erom zou gaan of een verzoek om voorwaardelijke ontbinding op dezelfde grond kan zijn gebaseerd als het ontslag op staande voet. Waar het om gaat is of aan het verzoek om voorwaardelijke ontbinding dezelfde feiten en omstandigheden ten grondslag kunnen worden gelegd als aan de opzegging.

Mr. Sagel betoogt dat, zo dit laatste het geval zou zijn, samenloopproblemen in de vorm van tegenstrijdige uitspraken op de loer liggen (schriftelijke opmerkingen onder 100). Hij bepleit in dat verband dat, in het geval een bepaald feitensubstraat zowel tot een ontslag op staande voet als tot een ontbinding aanleiding zou kunnen geven, de werkgever moet kiezen welke route hij volgt. Voor die opvatting meent hij ook steun te vinden in de navolgende passage in de memorie van toelichting¹¹⁰:

“Ook wanneer het gaat om situaties die een dringende reden zouden opleveren en dus ook een ontslag op staande voet zouden rechtvaardigen, maar de werkgever niet voor die route kiest, kan de werkgever de rechter verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Daarbij hoeft niet te zijn voldaan aan de zogeheten onverwijldheidseis: een ontbindingsverzoek

wegens een dringende reden behoeft dus niet onverwijld te worden ingediend.”

Zoals hiervóór onder 5.9 reeds aan de orde kwam, meen ik dat de mogelijkheid van samenloopproblemen in de vorm van tegenstrijdige uitspraken niet rechtvaardigt dat de werkgever een door hem op grond van een voldragen ontbindingsgrond verzochte ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt ontzegd. Dat geldt temeer nu de voorgestelde oplossing van mogelijke samenloopproblemen zou leiden tot het weinig aannemelijke resultaat dat ontbindingsverzoeken die op (goedgeels) andere feiten zijn gebaseerd dan het ontslag op staande voet wél zullen worden toegelaten en dat de toelaatbaarheid van ontbindingsverzoeken aldus afhankelijk zal zijn van de (toevallige) mate waarin de voor de gehanteerde ontslaggrond en de voor de beoogde ontbindingsgrond relevante feiten elkaar overlappen. Dat lijkt mij moeilijk te verenigen met de rechtsgelijkheid die de Wwz mede beoogt te bevorderen [111](#).

Ten slotte blijkt uit de geciteerde passage niet van steun voor de voorgestelde oplossing; dat de werkgever in de bedoelde situatie voor een ontbindingsprocedure in plaats van een ontslag op staande voet kan kiezen, impliceert geenszins dat de werkgever, zo hij wél voor een ontslag op staande voet kiest, daarmee de mogelijkheid van een ontbinding verspeelt.

De voorwaardelijke ontbinding voor het geval van herstel door het hof [112](#)

5.18

Het meest problematisch acht ik de voorwaardelijke ontbinding, voor zover zij afhankelijk wordt gesteld van een voor de werkgever nadelige uitkomst van de appelprocedure (of de procedure na verwijzing in cassatie) over de opzegging.

De oorspronkelijke en de herstelde arbeidsovereenkomst

5.19

In dat verband doet zich allereerst het probleem voor dat het gelijk van de werknemer in de appelprocedure over de opzegging, anders dan onder het oude arbeidsrecht, niet tot vernietiging van die opzegging (en daarmee tot nietigheid van het ontslag op staande voet) leidt. Als de appelrechter oordeelt dat het verzoek van de werknemer tot vernietiging van de opzegging in eerste aanleg ten onrechte is afgewezen, kan hij de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen of aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen (art. 7:683 lid 3 BW). Dat de veroordeling tot herstel een afdwingbare opdracht aan de werkgever behelst om de werknemer aan te bieden weer een arbeidsovereenkomst onder dezelfde voorwaarden met hem aan te gaan, heeft vragen

opgeroepen over de identiteit van de oorspronkelijke met de herstelde arbeidsovereenkomst en daarmee over de vraag of het mogelijk is de "nieuwe" overeenkomst voorwaardelijk te ontbinden voordat deze überhaupt tot stand is gekomen en zulks bovendien op gronden dat niet aan de "nieuwe", maar aan de "oude" arbeidsovereenkomst zijn ontleend.

Het bezwaar dat de voorwaardelijke ontbinding wordt uitgesproken zonder dat de daardoor eventueel te raken overeenkomst al bestaat, acht ik op zichzelf niet doorslaggevend. In wat andere vorm kwam dat bezwaar hiervóór (onder 5.15) al aan de orde in verband met de voorwaardelijke ontbinding die door de kantonrechter wordt uitgesproken vóórdat de opzegging wordt vernietigd en de opgezegde arbeidsovereenkomst daardoor met terugwerkende kracht herleeft. Naar mijn mening is niet beslissend of de overeenkomst die het voorwerp is van de voorwaardelijke ontbinding al bestaat op het moment dat de voorwaardelijke ontbinding wordt uitgesproken, maar of zij bestaat op het moment dat de voorwaarde waarvan die ontbinding afhankelijk is gesteld, wordt vervuld.

Overigens meen ik dat uit de wettelijke terminologie "*de arbeidsovereenkomst te herstellen*" voortvloeit dat voor toepassing van de Wwz van identiteit van de oorspronkelijke met de herstelde arbeidsovereenkomst moet worden uitgegaan. Een herstelde overeenkomst is geen nieuwe overeenkomst. In de kennelijke visie van de wetgever is sprake van dezelfde overeenkomst, terwijl, als de rechter de werkgever opdraagt om de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht tot het moment waarop de arbeidsovereenkomst eindigde, te herstellen, zelfs van een onderbreking van die overeenkomst geen sprake is (zie hiervóór onder 3.6, in fine). De terminologie van een al dan niet onderbroken arbeidsovereenkomst treft men overigens niet alleen aan in de Kamerstukken, maar ook in art. 7:682 lid 6 BW (dat ingevolge art. 7:683 lid 4 BW van overeenkomstige toepassing is als de rechter in hoger beroep of na verwijzing in cassatie een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst uitspreekt). Art. 7:682 lid 6 BW bepaalt dat de kantonrechter, als hij een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst uitspreekt, voorzieningen treft omtrent de rechtsgevolgen van "*de onderbreking van de arbeidsovereenkomst*". Bij de ononderbroken arbeidsovereenkomst die de wetgever (al dan niet bij wijze van fictie) voor ogen heeft gestaan, gaat het in de benadering van de wetgever ook uitdrukkelijk om dezelfde overeenkomst. In dit verband kan worden gewezen op het huidige art. 7:672 lid 9 (was tot 1 januari 2016 lid 8), waarin heel in het algemeen (ook zonder dat sprake is van terugwerkende kracht van het herstel tot het moment waarop de arbeidsovereenkomst eindigde) is bepaald dat voor de berekening van de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn zoals omschreven in lid 2, arbeidsovereenkomsten worden geacht "*eenzelfde, niet onderbroken arbeidsovereenkomst*" te vormen in geval van herstel van de arbeidsovereenkomst ingevolge (onder meer) art. 7:683 BW [113](#).

Ook als de oorspronkelijke en de herstelde arbeidsovereenkomst als twee te onderscheiden overeenkomsten zijn op te vatten, zou ontbinding van de laatste overeenkomst op aan de oorspronkelijke overeenkomst te ontlene gronden mijns inziens niet zijn uitgesloten, nu beide overeenkomsten in elk geval aan dezelfde arbeidsverhouding vorm geven¹¹⁴.

Inherente spanning tussen (voorwaardelijke) ontbinding en herstel

5.20

Een ernstiger bezwaar tegen een voorwaardelijke ontbinding die (mede) van een door de appelrechter uitgesproken veroordeling van de werkgever tot herstel van de arbeidsovereenkomst afhankelijk wordt gesteld, is tweeledig. In de eerste plaats houdt dat bezwaar verband met het feit dat het oordeel van de kantonrechter over de ontbinding van de arbeidsovereenkomst onder de Wwz niet langer in hoogste ressort wordt gegeven, maar aan hoger beroep en beroep in cassatie kan worden onderworpen. Niet slechts met betrekking tot de opzegging (het ontslag op staande voet), maar óók met betrekking tot de ontbinding van de arbeidsovereenkomst is het hof onder de Wwz de rechter die in hoogste feitelijke instantie beslist. In de tweede plaats houdt dat bezwaar verband met de inherente spanning tussen het (voorwaardelijke) ontbindingsoordeel van de kantonrechter en de veroordeling van de werkgever tot herstel van de arbeidsovereenkomst door de appelrechter, welke veroordeling de voorwaardelijke ontbinding juist activeert.

Als het hof oordeelt dat het verzoek van de werknemer om vernietiging van de opzegging ten onrechte is afgewezen, *kan* het de werkgever tot herstel van de arbeidsovereenkomst veroordelen, maar *behoeft* het dat niet. Naar mijn mening is een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst niet aangewezen, als ook het hof (met de kantonrechter) aannemelijk acht dat, in het geval de ontbrek gebleken opzegging achterwege zou zijn gebleven, de arbeidsovereenkomst had kunnen worden (en ook zou zijn) ontbonden, hetzij op grond van dezelfde feiten als die welke aan het ontbrek gebleken ontslag op staande voet ten grondslag lagen, hetzij op grond van andere feiten. In dat geval zal, naar mag worden verwacht, het hof (zonodig ambtshalve) in plaats van een veroordeling van de werkgever tot herstel uit te spreken een billijke vergoeding aan de werknemer toekennen, ermee rekening houdend dat vanaf de datum waarop de arbeidsovereenkomst zou zijn ontbonden, geen recht op loon zou hebben bestaan¹¹⁵. Hierbij ware nog te bedenken dat bij de parlementaire behandeling van de Wwz bij herhaling is benadrukt dat de appelrechter, reeds gezien het tijdsverloop, vaak zal kiezen voor toekenning van een billijke vergoeding in plaats van een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst en dat de rechtsstrijd in de praktijk vooral zal gaan over de hoogte van de vergoeding¹¹⁶. Waar reeds het tijdsverloop de appelrechter aanleiding kan geven (zonodig ambtshalve)

van een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst af te zien, ligt dat laatste in een situatie waarin aannemelijk is dat de arbeidsovereenkomst hoe dan ook zou zijn ontbonden, te meer in de rede.

In het geval dat het hof de werkgever wél tot herstel van de arbeidsovereenkomst veroordeelt, mag worden aangenomen dat, naar het oordeel van het hof, voor een ontbinding van de arbeidsovereenkomst geen ruimte was. Zou in een dergelijk geval een voorwaardelijke ontbinding zijn uitgesproken, dan zou die ontbinding - indien zij in hoger beroep door de werknemer zou zijn aangevochten - in hoger beroep geen stand hebben gehouden.

Onvoldoende (gerechtvaardigd) belang bij voorziening met oog op herstel

5.21

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.

Toereikendheid van art. 7:683 lid 3 BW

5.22

Mr. Kuipers heeft in zijn schriftelijke opmerkingen als mogelijk bezwaar tegen de route van art. 7:683 lid 3 BW geopperd dat het de vraag is of het hof de mogelijkheid van een ontbinding wel in een appelprocedure over het ontslag op staande voet kan betrekken, als er in eerste aanleg geen ruimte voor een tegenverzoek tot (voorwaardelijke) ontbinding zou hebben bestaan (schriftelijke opmerkingen onder 23). Zoals hiervoor al aan de orde kwam, meen ik dat die ruimte in eerste aanleg wel degelijk bestaat, zij het dat zij is beperkt tot een (tegen)verzoek tot voorwaardelijke ontbinding, voor het geval dat de kantonrechter de opzegging zal vernietigen. Ook los daarvan meen ik dat er voor de appelrechter geen enkel beletsel bestaat om bij zijn oordeel over herstel van de arbeidsovereenkomst dan wel toekenning van een billijke vergoeding te betrekken of er ruimte voor ontbinding was.

Dat, zoals mr. Kuipers poneert, de beoordeling op grond van art. 7:683 lid 3 BW pas aan de orde komt nadat de appelrechter heeft vastgesteld dat het ontslag op staande voet ten onrechte is verleend, maar er evenmin

ruimte was voor ontbinding (schriftelijke opmerkingen onder 25), volgt naar mijn mening niet uit de tekst van art. 7:683 lid 3 BW. Uit die tekst volgt dat de appelrechter een keuze moet maken, zowel in het geval dat hij oordeelt dat de ontbinding ten onrechte is uitgesproken, als in het daarvan te onderscheiden geval ("of") dat het verzoek om vernietiging van de opzegging of om herstel ten onrechte is afgewezen¹¹⁷. Overigens acht ik op zichzelf wel juist dat de appelrechter, alvorens op grond van art. 7:683 lid 3 BW een keuze te maken, zich ervan rekenschap dient te geven of er ruimte voor ontbinding was, althans als de werkgever zich daarop heeft beroepen.

Oordeel over ontbinding in de marge van de ontslagprocedure

5.23

Aan mr. Kuipers kan ten slotte worden toegegeven dat een volledige discussie in twee feitelijke instanties, niet slechts over het ontslag op staande voet maar ook over de ontbinding, de voorkeur zou verdienen (schriftelijke opmerkingen onder 25, 54 en 56 e.v.). Inderdaad is het niet geheel bevredigend dat het ontbindingsaspect in de marge van de ontslagprocedure, bij de keuze tussen herstel en toekenning van een billijke vergoeding en bij de vaststelling van die vergoeding, wordt beoordeeld. Dat doet naar mijn mening echter niet eraan af dat de mogelijkheden die art. 7:683 lid 3 BW biedt, in de weg staan aan een voorwaardelijke ontbinding, voor zover die ontbinding van een in hoger beroep of na verwijzing in cassatie uit te spreken veroordeling tot herstel afhankelijk wordt gemaakt.

Bewijsrecht

5.24

De wetgever heeft het aan de rechter overgelaten om, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, te beoordelen of op verzoeken en vorderingen ingevolge de Wwz het bewijsrecht ten volle dient te worden toegepast. Daarbij is van regeringszijde aangetekend dat het bewijsrecht in de regel (kennelijk ook in ontbindingsprocedures) toepassing zal missen, maar dat de rechter, bijvoorbeeld in complexe zaken, anders kan oordelen.

5.25

Naar moet worden aangenomen geldt dit standpunt van de wetgever mede voor de behandeling van verzoeken tot voorwaardelijke ontbinding, voor zover de Wwz zulke verzoeken nog toelaat. Daarbij dient te worden bedacht dat zulke verzoeken worden ingebracht door het belang van de werkgever bij een (voorwaardelijke) ontbinding op zo kort mogelijke termijn en dat spoedeisendheid tijdens de parlementaire behandeling is

genoemd als één van de factoren die zich tegen toepassing van het bewijsrecht verzetten. In verband met dit laatste wijs ik overigens erop dat de vraag onder E. in het bijzonder lijkt te zijn ingegeven door twijfel over de spoedeisendheid van de ontbinding. In de beschikking van 26 april 2016 wordt onder meer overwogen:

“In de literatuur en rechtspraak wordt veelal, maar niet eensluidend, (...) aangenomen dat in geval van ontbinding onder de Wwz het bewijsrecht, anders dan onder het oude recht, wel van toepassing is en de uitzondering genoemd in het laatste zinsdeel van artikel 284 lid 1 Rv zich niet voordoet. Aan die gedachte ligt ten grondslag dat onder de Wwz hoger beroep en cassatie van ontbindingsbeslissingen mogelijk is gemaakt, waarmee aan de ontbinding het karakter van spoedeisendheid is ontnomen. De vraag dringt zich op of, als juist is dat moet worden aangenomen dat het bewijsrecht op ontbindingsprocedures onder de Wwz van toepassing is, dat ook geldt in gevallen waarin voorwaardelijke ontbinding wordt verzocht. Immers met de voorwaardelijke ontbinding wordt beoogd binnen afzienbare tijd duidelijkheid, over het al dan niet eindigen van de arbeidsovereenkomst, te verkrijgen.”

De gedachte dat het openstellen van hoger beroep en beroep in cassatie tegen de ontbindingsbeschikking aan de ontbinding haar spoedeisend karakter zou hebben ontnomen, berust mijns inziens op een misvatting. De mogelijkheid van hoger beroep en beroep in cassatie beïnvloedt weliswaar de termijn waarbinnen definitief over de gevraagde voorziening zal zijn beslist, maar doet niet af aan het spoedeisende karakter van de voorziening zelf. Aldus ook mr. Kuipers (schriftelijke opmerkingen onder 64), die bovendien terecht erop wijst dat hoger beroep en beroep in cassatie ook openstaan tegen uitspraken in kort geding, die per definitie spoedeisende zaken betreffen waarin een onmiddellijke voorziening bij voorraad wordt vereist (art. 254 lid 1 Rv). Overigens geldt voor de (voorwaardelijke) ontbinding onder de Wwz, evenals voor een in kort geding getroffen voorziening, dat een daartegen ingesteld hoger beroep of beroep in cassatie de tenuitvoerlegging van de beschikking niet schorst (art. 7:683 lid 1 BW).

5.26

In de literatuur is op het bij de parlementaire behandeling van de Wwz ingenomen standpunt over de (in beginsel niet-)toepasselijkheid van het bewijsrecht kritiek geuit. Zo pleit Jansen ervoor te opteren voor een "*ja, tenzij*" in plaats van het "*nee, tenzij*" dat uit de wetsgeschiedenis blijkt¹¹⁸, terwijl Van der Kraats meent dat het "*muizengaatje*" van de bijzondere omstandigheid zonodig (aanzienlijk) zal moeten worden opgerekt om de gewenste snelheid niet ten koste te laten gaan van waarheidsvinding en rechtsbescherming¹¹⁹.

Alhoewel ik ertoe neig die kritiek te onderschrijven en zeer wel verdedigbaar acht dat het reguliere bewijsrecht in de ontbindingsprocedure een bredere toepassing verdient dan waarvoor blijkens de wetsgeschiedenis is gekozen, meen ik anderzijds dat het voordeel dat de blijkens de wetsgeschiedenis aan de rechter gelaten beoordelingsvrijheid biedt, niet mag worden onderschat. Die beoordelingsvrijheid geeft - in de woorden van Jansen - immers ook ruimte voor een flexibele en praktische, op de concrete zaak afgestemde benadering voor bewijslevering, zonder dat dit afbreuk behoeft te doen aan de waarheidsvinding. Om die reden zou ik menen dat de Hoge Raad niet al te zeer afstand van het uit de wetsgeschiedenis blijkende standpunt omtrent de toepasselijkheid van het reguliere bewijsrecht zou moeten nemen, en in plaats daarvan de beoordelingsvrijheid van de rechter zou kunnen benadrukken.

6 Beantwoording prejudiciële vragen

6.1

De onder A. (a) geformuleerde vraag of een werkgever onder de Wwz in een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding kan worden ontvangen, kan in het algemeen bevestigend noch ontkennend worden beantwoord.

6.2

De onder A. (b) geformuleerde vraag ware aldus te beantwoorden dat een werkgever in zijn verzoek tot voorwaardelijke ontbinding kan worden ontvangen, indien de werknemer een verzoek tot vernietiging van het gegeven ontslag op staande voet heeft ingediend en op dat verzoek nog niet is beslist (bijvoorbeeld omdat een bewijsopdracht is gegeven).

In het in die vraag vervolgens bedoelde scenario dat op dat verzoek en op het voorwaardelijke ontbindingsverzoek - al dan niet na bewijslevering in één of beide procedures - op dezelfde dag (eind)beschikking wordt gewezen en waarbij het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet wordt afgewezen, zou een voorwaardelijke ontbinding slechts van betekenis zijn voor het geval dat de appelrechter of de rechter na verwijzing in cassatie zal oordelen dat het ontslag op staande voet ten onrechte is gegeven. De appelrechter of de rechter na verwijzing dient in dat geval te beslissen of de werkgever al dan niet tot herstel van de arbeidsovereenkomst dient te worden veroordeeld en, zo niet, welke billijke vergoeding de werknemer toekomt. Bij die beslissing kan (en moet) de appelrechter de mogelijkheid dat de arbeidsovereenkomst zou zijn ontbonden indien het ontslag op staande voet achterwege zou zijn gebleven, reeds hoe dan ook betrekken, zodat de werkgever bij een door de kantonrechter uit te spreken voorwaardelijke ontbinding (waartegen hoger beroep en beroep in cassatie openstaan) niet een voldoende (gerechtvaardigd) belang heeft.

6.3

De onder B. geformuleerde vraag stelt aan de orde of de kantonrechter, in geval van ontvankelijkheid van de werkgever in zijn verzoek tot voorwaardelijke ontbinding, - ervan uitgaande dat van een voldragen grond als bedoeld in art. 7:669 lid 3 sub c t/m h BW sprake is - tot voorwaardelijke ontbinding kan overgaan:

(a) als op een door de werknemer ingediend verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet nog niet (is) beslist (bijvoorbeeld omdat een bewijsopdracht is gegeven);

(b) als op een door de werknemer ingediend verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet en op het voorwaardelijke ontbindingsverzoek - al dan niet na bewijslevering in één of beide procedures - op dezelfde dag beschikking wordt gewezen, waarbij het verzoek tot vernietiging van de opzegging (het gegeven ontslag op staande voet) wordt afgewezen.

In het onder (a) bedoelde scenario kan de kantonrechter de voorwaardelijke ontbinding uitspreken; in het onder (b) bedoelde scenario zal de werkgever niet-ontvankelijk moeten worden verklaard in een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding voor het geval dat in appel of na verwijzing in cassatie herstel van de arbeidsovereenkomst zal worden bevolen, en is daarom niet aan de voorwaarde van vraag B. (*"in geval van ontvankelijkheid van de werkgever in zijn verzoek tot voorwaardelijke ontbinding"*) voldaan.

6.4

De onder C. geformuleerde vraag stelt aan de orde of bij beantwoording van de vragen onder B onderscheid dient te worden gemaakt naar gelang de formulering van de voorwaarde, te weten:

(a) de voorwaarde "dat de arbeidsovereenkomst in hoger beroep wordt hersteld" en

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

In scenario (a) kan de werkgever niet worden ontvangen in een verzoek, strekkende tot een voorwaardelijke ontbinding die van een in hoger beroep of na verwijzing in cassatie bevolen herstel van de arbeidsovereenkomst afhankelijk is gemaakt, en is daarom niet aan de voorwaarde van vraag B. (*"in geval van ontvankelijkheid van de werkgever in zijn verzoek tot voorwaardelijke ontbinding"*) voldaan.

In scenario (b) geldt dat een onvoorwaardelijke ontbinding niet tegelijkertijd met een afwijzing van het verzoek van de werknemer tot vernietiging van de opzegging (het gegeven ontslag op staande voet) kan worden uitgesproken; die afwijzing impliceert dat de door opzegging beëindigde arbeidsovereenkomst niet herleeft en dat voor een onvoorwaardelijke ontbinding daarvan daarom geen ruimte is. Als het verzoek van de werkgever ook in scenario (b) ertoe strekt dat de kantonrechter, tegelijkertijd met de afwijzing van het werknemersverzoek, een voorwaardelijke ontbinding uitspreekt voor het geval dat in hoger beroep of na verwijzing in cassatie herstel van de arbeidsovereenkomst zal worden bevolen, geldt evenals in scenario (a) dat de werkgever niet in zijn verzoek kan worden ontvangen en dat daarmee niet aan de voorwaarde van vraag B. (*"in geval van ontvankelijkheid van de werkgever in zijn verzoek tot voorwaardelijke ontbinding"*) is voldaan.

6.5

De onder D. geformuleerde vraag stelt aan de orde of bij beantwoording van de vragen onder B. en/of C. onderscheid dient te worden gemaakt naar de grondslag van het voorwaardelijk ontbindingsverzoek, te weten:

(a) de situatie waarbij aan het voorwaardelijk ontbindingsverzoek dezelfde feiten en omstandigheden ten grondslag zijn gelegd als die aan het ontslag op staande voet ten grondslag zijn gelegd, zoals in de onderhavige zaak resulterende in een verzoek op basis van de zogenoemde e-grond, en

(b) de situatie dat aan het voorwaardelijk verzoek andere feiten en omstandigheden ten grondslag zijn gelegd die niet (direct) in relatie staan tot de feiten en omstandigheden die hebben geleid tot het ontslag op staande voet, zoals in de onderhavige zaak resulterende in de g-grond.

Voor de beantwoording van de vragen onder B. en C. maakt het géén verschil welke feiten en omstandigheden aan het verzoek om voorwaardelijke ontbinding ten grondslag zijn gelegd. Er is geen reden om een verzoek om voorwaardelijke ontbinding waaraan (goeddeels) dezelfde feiten en omstandigheden ten grondslag zijn gelegd als aan het gegeven ontslag op staande voet, anders (strenger) te behandelen dan een verzoek om voorwaardelijke ontbinding dat op geheel andere feiten en omstandigheden berust.

6.6

De onder E. geformuleerde vraag strekt ertoe te vernemen of, indien voorwaardelijke ontbinding in één of meerdere situaties mogelijk is, het bewijsrecht daarop ten volle van toepassing is.

De wetgever heeft het blijkens de wetsgeschiedenis aan de rechter willen overlaten om, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, te beoordelen of in een ontbindingsprocedure het bewijsrecht ten volle dient te worden toegepast. Daarbij is van regeringszijde aangetekend dat het bewijsrecht in de regel toepassing zal missen, maar dat de rechter, bijvoorbeeld in complexe zaken, anders kan oordelen.

7 Conclusie

De conclusie strekt ertoe dat de Hoge Raad de prejudiciële vragen overeenkomstig het hiervóór onder 6.1-6.6 gestelde beantwoordt.

De Procureur-Generaal bij de

Hoge Raad der Nederlanden,

Advocaat-Generaal

1 Wet werk en zekerheid, Stb. 2014, 216 (zie voor inwerkingtreding, Stb. 2014, 274).

2 Rov. 2.1-2.4 van de beschikking van de rechtbank Overijssel, team kanton en handelsrecht, zittingsplaats Enschede, van 26 april 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1507, JAR 2016/122 m.nt. H.J. van Deventer.

3 Ktr. rb. Overijssel (locatie Enschede) 26 april 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1506.

4 Ktr. rb. Overijssel (locatie Enschede) 26 april 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1507, JAR 2016/122 m.nt. H.J. van Deventer.

5 Ktr. rb. Overijssel (locatie Enschede) 20 mei 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1762, JAR 2016/141.

6 Men sprak ook wel van een ontbindingsverzoek "voor zover (rechtens) vereist".

7 Zie over de voorwaardelijke ontbinding onder het oude recht (en kritiek daarop): D.M.A. Bij de Vaate, Bijzonder ontslagprocesrecht (diss. VU Amsterdam), Monografieën Sociaal Recht, 2015/4.4.2; A.R. Houweling en G.W. van der Voet, De voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst na een ontslag op staande voet, TAP 2009/4; W.H.A.C.M. Bouwens, De voorwaardelijke ontbinding, SR 2004/36; S.F. Sagel, Bijzondere ontbindingen: voorzover vereist, onder voorwaarde(n) of met vergoeding onder voorwaarde(n). Deel 1: De ontbinding voorzover vereist, AR 2002/24.

8 Het rechtsmiddelenverbod kon slechts worden doorbroken indien de rechter buiten het toepassingsgebied van art. 7:685 BW was getreden, art. 7:685 BW ten onrechte buiten toepassing was gelaten of bij de behandeling van de zaak zulke fundamentele rechtsbeginselen waren geschonden dat niet kon worden gesproken van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak. Zie Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 (2012), nr. 24.

9 Rov. 3.3 luidt: *"Het standpunt van de Rb. komt erop neer dat geen plaats is voor een verzoek door de werkgever tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de voet van art. 1639w, wanneer dit verzoek is gegrond op dezelfde feiten als een voordien door de werkgever aan de werknemer verleend ontslag op staande voet, althans dat voor zodanige ontbinding geen plaats is als het niet alleen in de ontbindingsprocedure maar ook in de inmiddels - door de werknemer - aangespannen loonprocedure om de vraag gaat of de werknemer zich nu wel of niet aan de desbetreffende feiten heeft schuldig gemaakt. Deze opvatting wordt door onderdeel 2 terecht bestreden."*

10 Zie eerder HR 3 december 1982 (*Bravenboer/Van Rhee*), ECLI:NL:HR:1982:AG4492, NJ 1983/182 m.nt. PAS, waarin een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst mogelijk werd geacht in het geval van een geschil over de vraag of een arbeidsovereenkomst in minnelijk overleg was beëindigd.

11 W.H.A.C.M. Bouwens en D.M.A. Bij de Vaate, Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht, ARBAC april 2015, par. 2: *"In de praktijk wordt veelal de voorkeur gegeven aan de voorwaardelijke ontbinding boven de ontslagvergunning voor zover vereist. De opkomst van de voorwaardelijke ontbinding hangt samen met een tweetal richtlijnen van de Directeur-Generaal voor de Arbeidsvoorziening uit 1977, die de strekking hadden dat geen ontslagvergunning voor zover vereist meer mocht worden afgegeven indien de feiten die aanleiding waren voor het ontslag op staande voet 'juridische' bewijsvoering behoeften. De rechtspraak zocht en vond een uitweg in een voorwaardelijk geformuleerd ontbindingsverzoek ex art. 1639w (oud) BW. (...) Dat de rechtspraak, ook nadat in 1985 de eerder genoemde richtlijnen aan de directeuren van GAB's werden ingetrokken, de voorkeur is blijven geven aan het voorwaardelijk ontbindingsverzoek boven de ontslagvergunningsprocedure voor zover vereist, hangt waarschijnlijk samen met de omstandigheid dat de werknemer na een opzegging voor zover vereist wederom tot in drie instanties kan procederen, nu over de kennelijke onredelijkheid van die opzegging; tegen de voorwaardelijk uitgesproken ontbinding staat - zoals vermeld - in beginsel geen hoger beroep en cassatie open. Daarmee wordt de periode waarover de werkgever wellicht alsnog loon verschuldigd is definitief gefixeerd. Daarnaast biedt de toestemming voor zover vereist geen soelaas indien*

een bijzonder opzegverbod van toepassing is; dergelijke verboden hoeven echter niet in de weg te staan aan een voorwaardelijke ontbinding.”

12 Wet werk en zekerheid, Stb. 2014, 216 (zie voor de inwerkingtreding Stb. 2014, 274).

13 Zie bijv. Kamerstukken I 2013/14, 33 818, C, p. 29 en 92.

14 Kamerstukken I 2013/14, 33 818, C, p. 32.

15 Kamerstukken I 2013/14, 33 818, C, p. 92. Zie ook: Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 116-117.

16 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 120.

17 Art. 7:683 lid 3 BW luidt als volgt: *“Indien de rechter in hoger beroep of na verwijzing in cassatie oordeelt dat het verzoek van de werkgever om ontbinding van de arbeidsovereenkomst ten onrechte is toegewezen of dat het verzoek van de werknemer om vernietiging van de opzegging of om herstel van de arbeidsovereenkomst ten onrechte is afgewezen, kan hij de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen of aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen”* (onderstreping toegevoegd; LK). Anders dan mr. Kuipers in zijn schriftelijke opmerkingen onder 24 opmerkt, komt deze beoordeling niet pas aan de orde nadat de appelrechter heeft vastgesteld dat het ontslag ten onrechte is verleend, maar er evenmin ruimte was voor ontbinding. Dit blijkt reeds uit het hiervoor door mij onderstreepte woord *“of”*.

18 Gelet op het tijdsverloop zal de rechter, volgens de wetgever, vermoedelijk vaak overgaan tot het (ambtshalve) toekennen van een billijke vergoeding. Zie Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 120.

19 Zie in dit verband over het karakter van de voorwaardelijke ontbinding onder het oude recht HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2417, NJ 1998/421 m.nt. P.A. Stein (hiervoor onder 3.2 deels geciteerd). De Hoge Raad oordeelde dat de clausule *“voor zover rechtens vereist”*, mede gelet op het karakter van de ontbindingsprocedure, in redelijkheid niet anders kan betekenen dan dat de met dit voorbehoud uitgesproken ontbinding van de arbeidsovereenkomst afhankelijk wordt gesteld van de nietigheid van het ontslag. Onder de Wvz kan de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de rechter in hoger beroep of na verwijzing in cassatie echter niet langer afhankelijk worden gesteld van de nietigheid van het ontslag, omdat die rechter de opzegging niet alsnog kan vernietigen.

20 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 119.

21 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, C, p. 114.

22 Kamerstukken I 2013/14, 33 818, C, p. 93.

23 Kamerstukken I 2013/14, 33 818, E, p. 17.

24 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 35. Zie ook:
Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 7, p. 43.

25 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 4, p. 33.

26 Als voetnoot is op de hier aangegeven plaats opgenomen: "*Zie het voorgestelde artikel 7:699 lid 2 in verbinding met artikel 7:671a en 7:671b BW.*"

27 Als voetnoot is op de hier aangegeven plaats opgenomen: "*Vgl. B. Barentsen en S.F. Sagel, Kroniek van het sociaal recht, NJB 2013, afl. 35, blz. 2434.*"

28 Als voetnoot is op de hier aangegeven plaats opgenomen: "*Zie ook het advies van de Raad voor de rechtspraak: Advies wetsvoorstel hervorming ontslagrecht, flexrecht en werkloosheidswet van 27 augustus 2013, blz. 4.*"

29 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 4, p. 49-50.

30 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 51.

31 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 106-107.

32 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 121. Zie ook
Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 4, p. 42-43 en 59.

33 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 24.

34 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 37-38.

35 Kamerstukken I 2013/14, 33 818, C, p. 110.

36 Kamerstukken I 2013/14, 33 818, E, p. 16.

37 Ik ga niet in op de overgangssituatie waarin het ontslag op staande voet is gegeven vóór 1 juli 2015 en het verzoek tot voorwaardelijke ontbinding ná 1 juli 2015 is ingediend, aangezien deze situatie zich niet vaak meer zal voordoen. Zie over deze situatie bijv. hof Arnhem-Leeuwarden 15 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1116, JAR 2016/73 m.nt. A.M. Helstone; AR-Updates 2016-0167 m.nt. P. Kruit; hof Amsterdam 29 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1190, rov. 3.12; ktr. rb. Noord-Holland (locatie Alkmaar) 30 juli 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:6703, JAR 2015/217 m.nt. M.W. Koole; ktr. rb.

Den Haag 27 augustus 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10145, JAR 2015/231 (m.nt. A.M. Helstone; JAR 2015/238).

38 In zijn noot onder hof Arnhem-Leeuwarden 22 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3215, AR 2016-0462, wijst A.R. Houweling erop dat het voorwaardelijk ontbinden van een arbeidsovereenkomst die überhaupt nog niet bestaat onmogelijk is. De term "herstel" lijkt echter te impliceren dat het niet om een nieuwe maar nog steeds om dezelfde arbeidsovereenkomst gaat. Dit laatste lijkt ook de bedoeling van de wetgever te zijn geweest. Zie Kamerstukken I 2013/14, 33 818, E, p.17: *"Als de rechter de werkgever opdraagt om de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht tot het moment waarop de arbeidsovereenkomst eindigde te herstellen, is geen sprake van een onderbreking van de arbeidsovereenkomst"*. Zie voorts Kamerstukken I 2013/14, 33 818, C, p. 112, laatste alinea (*"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 tot het tijdsop te dragen aan de werkgever."*); kennelijk is in de geciteerde volzin enige tekst weggevalen: *"tot het tijdsop te dragen"* moet mogelijk zijn *"tot het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst eindigde op te dragen"*). In zijn noot bestrijdt Houweling de hier veronderstelde bedoeling van de wetgever met wetshistorische argumenten; zie ook hierna voetnoot 113.

39 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 120.

40 T&C Burgerlijk Wetboek (2015), art. 7:686a BW, aant. 3b: *"(...) Een eventueel tegenverzoek kan worden gedaan bij verweerschrift. Aangenomen moet worden dat dit verweer ook een verzoek tot ontbinding kan zijn."* (E. Verhulp).

41 Hof 's-Hertogenbosch 28 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1717, JAR 2016/149.

42 Hof Arnhem-Leeuwarden 22 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3215, AR-Updates 2016-0462 m.nt. A.R. Houweling. Zie in dezelfde zin hof Arnhem-Leeuwarden 5 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:5448, rov. 5.2 en 5.12.

43 Hof 's-Hertogenbosch 30 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2642.

44 Zie voor een atypische situatie waarin partijen wat betreft de procedurele kant van de zaak kennelijk en per abuis de vóór 1 juli 2015 bestaande praktijk voor ogen hebben gehad ktr. rb. Noord-Nederland (locatie Leeuwarden) 16 december 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5977, rov. 4.1.

45 Voorheen bedroeg deze termijn zes maanden; zie art. 7:683 lid 2 (oud) BW.

46 Zie bijv. ktr. rb. Zeeland-West-Brabant (locatie Tilburg) 22 februari 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1067; TRA 2016/49 m.nt. D.J. Buijs; ktr. rb. Den Haag 4 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:71; ktr. rb. Rotterdam 16 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9316; ktr. rb. Amsterdam 13 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8027; ktr. rb. Amsterdam 4 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7802, RAR 2016/30 en ktr. rb. Rotterdam 2 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7744. Zie in dit verband ook hof Amsterdam 26 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3088, rov. 3.6.2; hof Arnhem-Leeuwarden 8 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4550, rov. 4.4; hof 's-Hertogenbosch 2 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2161, rov. 3.16 en 3.17.

47 D.M.A. Bij de Vaate en W.H.A.C.M. Bouwens, Voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz, TRA 2016/68 stellen in hun artikel waarin de opvattingen in de tot 1 mei 2016 gewezen jurisprudentie worden besproken, onder 4.2: *"(...) In de situatie waarin het vernietigingsverzoek en het tegenverzoek niet gelijktijdig worden afgedaan, is het op dit moment vaste rechtspraak dat ook onder het nieuwe ontslagrecht de werkgever een gerechtvaardigd belang heeft bij een voorwaardelijke ontbinding met het oog op een eventuele vernietiging van de opzegging."*

48 Zie bijv. ktr. rb. Noord-Holland (locatie Alkmaar) 2 mei 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:6133, rov. 5.2; ktr. rb. Noord-Holland (locatie Alkmaar) 17 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11458, rov. 5.8; ktr. rb. Rotterdam 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7564, rov. 5.4.

49 Ktr. rb. Noord-Holland (locatie Alkmaar) 17 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11458, rov. 5.8.

50 Zie voor een identieke motivering in de hiervóór onder 3.13 onder c) genoemde situatie ktr. rb. Zeeland-West-Brabant (locatie Tilburg) 21 maart 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2119, rov. 5.18.

51 Zie bijv. ktr. rb. Midden-Nederland (locatie Amersfoort) 10 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:553, rov. 4.12; ktr. rb. Noord-Holland (locatie Alkmaar) 8 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:66, rov. 5.15; ktr. rb. Noord-Holland (locatie Alkmaar) 15 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11452, rov. 5.12.

52 Zie ktr. rb. Midden-Nederland (locatie Almere) 8 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4369, rov. 4.11-4.13; in deze uitspraak speelde mede een rol dat naar het oordeel van de kantonrechter ontbinding op voorhand van een als gevolg van een eventuele veroordeling tot herstel te sluiten nieuwe arbeidsovereenkomst niet aan de orde kan zijn (rov. 4.13).

53 Zie bijv. ktr. rb. Rotterdam 30 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2737, rov. 5.12; ktr. rb. Rotterdam (locatie Dordrecht) 1 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:969, rov. 5.9; ktr. rb. Den Haag 17 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:14811, rov. 5.8; ktr. rb. Amsterdam 24 november 2015, JAR 2015/284, rov. 13; ktr. rb. Gelderland (locatie Zutphen) 12 november 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7645, JAR 2016/4, rov. 7.9 (voor wat betreft de voorwaarde "*voor zover de arbeidsovereenkomst na hoger beroep wordt hersteld*"); ktr. rb. Den Haag 30 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12582, rov. 5.8; ktr. rb. Rotterdam 28 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6923, rov. 5.8.

54 Ktr. rb. Gelderland (locatie Zutphen) 12 november 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7645, JAR 2016/4, rov. 7.9.

55 Zie bijv. ktr. rb. Noord-Nederland (locatie Groningen) 1 juni 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:3627, rov. 2.19; ktr. rb. Noord-Nederland (locatie Leeuwarden) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:716, rov. 6.6; ktr. rb. Limburg (locatie Maastricht) 21 januari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:1790, rov. 4.13; ktr. rb. Gelderland (locatie Apeldoorn) 8 december 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:8235, JAR 2016/3, rov. 6.2 en 6.3; ktr. rb. Limburg (locatie Roermond) 7 december 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:10158 onder "*Het zelfstandige verzoek sub K: voorwaardelijke ontbinding*"; ktr. rb. Amsterdam 3 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8025, JAR 2015/301 m.nt. R.L. van Heusden, rov. 12; TRA 2016/15 m.nt. C.J. Frikkee.

56 Ktr. rb. Noord-Nederland (locatie Leeuwarden) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:716, rov. 6.6.

57 A.R. Houweling (red.)/G.W. van der Voet/J.H. Even en E. van Vliet, Loonstra & Zondag, Arbeidsrechtelijke themata (2015), p. 829-838.

58 P. 832/833.

59 Als voetnoot is op de hier aangegeven plaats opgenomen: "*De matiging van de loonvordering over de tussenliggende periode met een beroep op art. 6:248 BW zou beproefd kunnen worden, maar de rechtspraak (zie hoofdstuk 6) stelt hieraan hoge eisen.*"

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

61 W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, Van der Grinten, Arbeidsovereenkomstenrecht (2015), p. 518.

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

63 D.M.A. Bij de Vaate en W.H.A.C.M. Bouwens, Voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz, TRA 2016/68.

64 J.M. van Slooten, I. Zaal en J.P.H. Zwemmer, Handboek Nieuw ontslagrecht (2015), p. 146-148 en p. 118.

65 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 2015/59, onder 4.

66 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 2015/59, onder 4.

67 Als voetnoot is op de hier aangegeven plaats opgenomen: "Art. 7:683 lid 1 (nieuw) BW."

68 Als voetnoot is op de hier aangegeven plaats opgenomen: "*Strikt genomen blijft de ontbinding van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep per definitie in stand, omdat het hof gelet op art. 7:683 lid 3 (nieuw) BW alleen de mogelijkheid heeft om de werkgever te veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen, indien hij oordeelt dat er ten onrechte is ontbonden door de kantonrechter; de regering gaat er overigens van uit dat bij een veroordeling tot herstel met ingang van de ontbindingsdatum geen sprake is van een onderbreking van de arbeidsovereenkomst; zie: Kamerstukken I 2013-2014, 33 818, nr. E, p. 17.*"

69 Als voetnoot is op de hier aangegeven plaats opgenomen: "*Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 4, p. 57 en Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 7, p. 75.*"

70 Als voetnoot is op de hier aangegeven plaats opgenomen: "*Ik merk op dat het overigens nog de vraag is of een voorwaardelijke ontbinding wel effect kan hebben in het geval waarin een werknemer in hoger beroep herstel van de arbeidsovereenkomst vraagt en verkrijgt; verdedigbaar is de stelling dat een dergelijk herstel ertoe leidt dat de voorwaardelijke ontbinding geen werking meer heeft, omdat die ontbinding alleen de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst treft en niet de herstelde arbeidsovereenkomst.*"

71 P.G. Vestering & W.J.J. Wetzels, Praktisch arbeidsprocesrecht onder de WWZ (2015), p. 53-58.

72 Asser/Heerma van Voss 7-V (2015), nr. 396.

73 F.G. Laagland, Het procedurele mijnenveld van het ontslag op staande voet, ArA 2015/4, p. 45-52.

74 O. van der Kind, Ontslag op staande voet onder de Wwz, Arbeidsrecht 2014/58.

75 F.A. Chorus en S. van Waegeningh, In staat van ontbinding? De voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz, ArbeidsRecht 2016/33.

76 T&C Burgerlijk Wetboek (2015), art. 7:671b BW, aant. 5 (E. Verhulp).

77 B. Barentsen & S.F. Sagel, Kroniek sociaal recht, NJB 2015-35.

78 G.C. Boot, I.J. de Laat, H.Th. van der Meer, T.L.C.W. Noordoven en D.J. Rutgers, Arbeidsprocesrecht, inclusief Wet werk en zekerheid (2015), par. 5.8.

79 In een voetnoot merken de auteurs op dat het de vraag is of een voorwaardelijk verzoek op basis van een geheel andere grondslag veel zal voorkomen, gelet op de strenge(re) eisen die thans aan een ontbindingsverzoek worden gesteld. Het zal volgens de auteurs niet vaak voorkomen dat er naast de ontslag op staande voet-casus nog een zelfstandige, daarmee niet samenhangende ontbindingsgrond zal zijn.

80 Hof Arnhem-Leeuwarden 15 februari 2016,
ECLI:NL:GHARL:2016:1116, AR 2016-0167 m.nt. P. Kruit.

81 Ktr. rb. Zeeland-West-Brabant 22 februari 2016,
ECLI:NL:RBZWB:2016:1067, TRA 2016/49 m.nt. D.J. Buijs.

82 D.N.C. Doolaege en J.P. Quist, De voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz: is het einde nabij?, TAP 2016/135.

83 Als voetnoot is op de hier aangegeven plaats opgenomen: "*Zie hierover ook W.J.J. Wetzels, 'Het nieuwe arbeidsprocesrecht: wordt het eenvoudiger?', TAP 2014/1, p. 83, W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate, 'Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht', ARBAC april 2015, alsmede P.G. Vestering & W.J.J. Wetzels, Praktisch arbeidsprocesrecht onder de WWZ, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 56.*"

84 Als voetnoot is op de hier aangegeven plaats opgenomen: "*O. van der Kind, 'Ontslag op staande voet onder de Wwz', ArbeidsRecht 2014/58, p. 58. Voor de aangehaalde opmerking verwijzen wij naar Boot, Houweling & Keulaerds, Parl. Gesch. WWZ, p. 909.*"

85 Als voetnoot is op de hier aangegeven plaats opgenomen: "*Zie daarover J.P. Quist, Gezichtspuntencatalogi in het privaatrecht, in het bijzonder in het arbeidsrecht (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 560 e.v.*"

86 Als voetnoot is op de hier aangegeven plaats opgenomen: "Zie daarover A.R. Houweling (red.), G.W. van der Voet, J.H. Even & E. van Vliet, Loonstra & Zondag. *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 831 en 836."

87 Zie onder meer F.B.J. Grapperhaus, Weg met het ontslag op staande voet, TRA 2013/65.

88 Zie onder meer. J.P. Doolaege en D.N.C. Quist, De voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz: is het einde nabij?, TAP 2016/135 en E. Verhulp, Na de voorwaardelijke ontbinding, *ArbeidsRecht* 2003/6.

89 Hof 's-Hertogenbosch 28 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1717, JAR 2016/149, ook hiervóór onder 4.1 aangehaald.

90 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 4, p. 49-50.

91 In het voorbeeld dat in het advies van de Raad van State en in de reactie van de regering daarop aan de orde was, betrof de met het ontbindingsverzoek concurrerende actie overigens *niet* een ontslag op staande voet, maar het vragen van toestemming aan UWV voor een ontslag op bedrijfseconomische gronden. Bij dit voorbeeld moet echter wel worden bedacht dat het de kern raakt van het door de Wwz beoogde eenvoudiger en eenduidiger ontslagrecht, te weten het duale stelsel van dwingend voorgeschreven ontslagroutes (hetzij via UWV, hetzij via de rechter), waarbij de werkgever geen keuze meer tussen de beide ontslagroutes (hetzij via UWV, hetzij via de rechter) heeft.

92 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 106-107.

93 HR 21 oktober 1983 (*Nijman*), ECLI:NL:HR:1983:AG4670, NJ 1984/296 m.nt. PAS.

94 Men kan betwijfelen of de voorwaardelijke ontbinding waarover de Hoge Raad oordeelde strikt genomen wel van een "voorwaarde" afhankelijk was. In HR 5 september 1997 (*De Bode/De Hollandsche IJssel*), ECLI:NL:HR:1997:ZC2417, NJ 1998/421 m.nt. PAS, legde de Hoge Raad de gebruikelijke clause "voor zover rechtens vereist" aldus uit dat de met dit voorbehoud uitgesproken ontbinding afhankelijk wordt gesteld van de nietigheid van het ontslag en niet van (het in kracht van gewijsde gaan van) een rechterlijke uitspraak omtrent die nietigheid.

95 HR 28 september 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC6679, NJ 1980/464, m.nt. WHH.

96 Zo wees de Hoge Raad in het genoemde arrest een opschortende voorwaarde van de hand die in wezen ertoe strekte dat de beslissing van

de desbetreffende zwaarigheid uiteindelijk aan een derde werd overgelaten, terwijl het de taak van de rechter is zelf de zwaarigheden te beslissen.

97 Zie HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1052, RvdW 2016/648, rov. 3.3.5: "*Dat de vordering tot terugbetaling hangende het hoger beroep voorwaardelijk ingesteld kan worden bij de rechtbank (...)*".

98 F.A. Chorus en S. van Waegeningh, In staat van ontbinding? De voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz, ArbeidsRecht 2016/33, onder 3, p. 8, rechterkolom.

99 Ook mr. Sagel hanteert het argument dat de Wwz een uitputtende regeling bevat; zie in het bijzonder diens schriftelijke opmerkingen onder 44. In de passage uit de Kamerstukken die op die plaats wordt geciteerd, is echter geen sprake van een *uitputtende* regeling, maar van een regeling die "*meer en gedetailleerder zaken regelt dan thans in de desbetreffende afdeling van Boek 7 Titel 10 BW het geval is*". Met dat laatste is allerm minst gegeven dat de regeling van de Wwz in ieder opzicht uitputtend zou zijn; dat dit laatste ook niet het geval is, blijkt uit hetgeen verderop in het bedoelde citaat wordt opgemerkt: "*(...) Zoals uit het voorgaande blijkt, is de rechtszekerheid hiermee gediend, omdat ook voor werkgever en werknemer uit de wet grotendeels duidelijk wordt wat zij over en weer kunnen verwachten (...)*" (onderstreping toegevoegd; LK); "*grotendeels*" is niet hetzelfde als "*geheel*". Ten slotte geldt dat, als de Wwz al in bepaalde opzichten een uitputtende regeling bevat, zulks nog niet impliceert dat de in art. 7:671b BW uitdrukkelijk mogelijk gemaakte voorziening van een ontbinding van de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever, bij stilzwijgen van de Wwz, niet - in de woorden van Heemskerk - overeenkomstig "*een lange traditie, die in elk geval tot 1848 terug gaat*", ook in voorwaardelijke vorm kan worden verzocht en uitgesproken.

100 Zie art. 7:685 lid 11 (oud) BW: "*Tegen een beschikking krachtens dit artikel kan hoger beroep noch cassatie worden ingesteld.*"

101 Zie over die samenloopproblemen de schriftelijke opmerkingen van mr. Sagel onder 114, alsmede diens schriftelijke reactie onder 6. De bezwaren van mr. Sagel betreffen in het bijzonder de mogelijkheid dat het verzoek tot voorwaardelijke ontbinding wordt ingediend bij een andere dan de door de werknemer geadieerde kantonrechter en dat bovendien verschillende appelinstanties bevoegd zijn.

102 Zie voor de eerste instantie art. 285 Rv; deze bepaling is blijkens art. 362 Rv in hoger beroep niet van toepassing. Samenloopproblemen kunnen echter reeds goeddeels worden voorkomen, als het werknemers- en het werkgeversverzoek (eventueel na toepassing van art. 285 Rv) in eerste instantie door dezelfde kantonrechter worden behandeld. Aldus ook mr. Kuipers in zijn schriftelijke reactie onder 9: "*Art. 285 Rv is ingevolge art. 362 Rv niet van toepassing in hoger beroep, maar dat is ook niet meer*

nodig: waar de zaken in eerste aanleg eenmaal bij dezelfde rechter zijn ondergebracht, komen ook de hoger beroepen bij dezelfde appelrechter terecht.”

103 Zie daarover de schriftelijke opmerkingen van mr. Sagel onder 98-100.

104 Zie de hiervóór onder 3.14 onder a) en b) bedoelde situaties.

105 Kamerstukken II 2013/14, 33 988, nr. 3, p. 15.

106 T&C Burgerlijk Wetboek (2015), art. 7:671b BW, aant. 5 (E. Verhulp); zie ook hiervóór onder 4.14.

107 HR 16 april 2010 ([.../...]), ECLI:NL:HR:2010:BL1532, NJ 2010/228, rov. 3.5. Zie over de hoge drempel die art. 7:680a BW opwerpt ook W.H.A.C.M. Bouwens en D.M.A. bij de Vaate, Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht, ARBAC, april 2015, voetnoot 30; C.G.M. Fruytier in zijn noot onder hof Den Haag 23 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:435, JAR 2016/92; hof 's-Hertogenbosch 28 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1717, JAR 2016/149, rov. 3.11.

108 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 4, p. 48.

109 Zie T&C Burgerlijk Wetboek (2015), art. 7:680a BW, aant. 1 (E. Verhulp); hof 's-Hertogenbosch 28 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1717, JAR 2016/149, rov. 3.11.

110 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 106-107; zie ook hiervóór onder 3.10.

111 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 24; zie ook hiervóór onder 3.11.

112 Zie de hiervóór onder 3.14 onder c) bedoelde situatie.

113 Anders: hof Arnhem-Leeuwarden 22 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3215, AR-Updates 2016-0462 m.nt. A.R. Houweling, dat het beroep op het huidige art. 7:672 lid 9 passeerde, omdat die bepaling slechts een wettelijke fictie (en niet de werkelijke rechtstoestand) weergeeft. In rov. 5.21 overwoog het hof: "(...) *De in artikel 7:683 lid 3 BW vermelde veroordeling tot herstel legt naar het oordeel van het hof op de werkgever de verplichting om een nieuwe arbeidsovereenkomst/arbeidsverhouding onder dezelfde arbeidsvoorwaarden als de geëindigde arbeidsovereenkomst aan te bieden. De omstandigheid dat in het op 4 augustus 2015 geldende artikel 7:672 lid 8 BW (op 1 januari 2016 is dit artikel zonder inhoudelijke wijziging vernummerd tot artikel 7:672 lid 9 BW) is bepaald dat voor de*

toepassing van artikel 7:672 lid 2 BW - het gaat hier om de berekening van de opzegtermijn - arbeidsovereenkomsten geacht worden eenzelfde, niet onderbroken arbeidsovereenkomst te vormen in geval van herstel van de arbeidsovereenkomst ingevolge artikel 7:682 of artikel 7:683 BW, doet aan het ontstaan van de hiervoor vermelde nieuwe arbeidsovereenkomst niet af, aangezien artikel 7:672 lid 8 BW/artikel 7:672 lid 9 BW uitgaat van een wettelijke fictie. (...)". Houweling valt in zijn noot het hof bij en betoogt op grond van wetshistorische argumenten dat moet worden aangenomen dat de wetgever met de term "herstel" geen identiteit van de oorspronkelijke met de herstelde overeenkomst heeft willen aanduiden.

114 Vgl. de in de vorige voetnoot genoemde annotatie van Houweling, die van twee te onderscheiden overeenkomsten uitgaat: *"Hooguit zou betoogd kunnen worden dat de verstoorde arbeidsverhouding nog altijd aanwezig is. En omdat de arbeidsverhouding de arbeidsovereenkomst overstijgt, zou hier mogelijk een ontslaggrond gevonden kunnen worden."*

115 Zie over het karakter van de billijke vergoeding van art. 7:683 lid 3 BW Kamerstukken I 2013/14, 33 818 C, p. 115: *"De auteur vraagt verder wat het karakter is van de billijke vergoeding op grond van 7:683, derde lid, BW. Het betreft hier uitdrukkelijk niet een billijke vergoeding vanwege ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. Hier wordt de rechter de mogelijkheid geboden om in plaats van het de werkgever opdragen om de arbeidsrelatie te herstellen, een billijke vergoeding toe te kennen. De rechter kan in hoger beroep op verzoek maar ook ambtshalve hiertoe overgaan. Deze mogelijkheid is geïntroduceerd vanwege het feit dat voordat een uitspraak in hoger beroep wordt gedaan zo veel tijd kan zijn verstreken dat het daadwerkelijk herstellen van de arbeidsovereenkomst niet meer in de rede ligt. Dat kan aan de orde zijn als de werknemer inmiddels een nieuwe baan heeft gevonden maar ook bijvoorbeeld omdat herstel een onevenredig grote belasting zou zijn voor de werkgever omdat deze laatste bijvoorbeeld inmiddels een nieuwe kracht heeft aangenomen. In de hoogte van deze billijke vergoeding moet dan ook tot uitdrukking komen dat, de omstandigheden van het geval in ogenschouw nemend, de vergoeding een alternatief is voor het herstel van de arbeidsrelatie."* Zie voor het begrenzen van een op grond van art. 7:683 lid 3 BW toe te kennen billijke vergoeding aan de hand van een ontbinding die zonder ontslag op staande voet zou hebben plaatsgevonden, hof Den Haag 27 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2754, rov. 4.14: *"(...) Het hof is van oordeel dat de billijke vergoeding het gemis aan loondoorbetaling gedurende de normaliter door [verweerster] te doorlopen ontbindingsprocedure tot aan de beëindigingsdatum (...) behoort te compenseren. Uitgaande van de start van een ontbindingsprocedure op 4 september 2015 en een gebruikelijk verloop van die procedure, zou de arbeidsovereenkomst, met inachtneming van de wettelijke opzegtermijn van een maand, naar alle waarschijnlijkheid met ingang van 1 december 2015 beëindigd zijn. Het hof komt dan uit op een compensatie van (afgerond) € 8.000,-- bruto. (...)"*. Volledigheidshalve teken ik bij deze

beschikking nog aan dat de werknemer die in hoger beroep aanvankelijk primair herstel van de arbeidsovereenkomst en subsidiair een billijke vergoeding verzocht, tijdens de mondelinge behandeling zijn verzoek tot herstel had laten varen en (voor zover van belang) nog slechts toekenning van een billijke vergoeding verzocht.

116 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr, 3, p. 35, 86 en 120.

117 Zie ook voetnoot 17.

118 P. 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 2015/59.

119 K.G.F. van der Kraats, Bewijzen vermoet de waarheid, althans de procedure?, ArbeidsRecht 2014/59.

3 Beantwoording van de prejudiciële vragen

3.1

Bij de beantwoording van de prejudiciële vragen gaat de Hoge Raad uit van de volgende feiten.

(i) Werknemer is met ingang van 1 september 2007 bij werkgever in dienst getreden in de functie van Verpleegkundige Gestructureerd Wonen. Hij is werkzaam op basis van een fulltime dienstverband tegen een salaris van € 3.007,-- per maand bruto, exclusief emolumenten, waaronder een onregelmatigheidstoeslag en nachttoeslag. Gemiddeld bedraagt zijn inkomen, inclusief genoemde toeslagen, € 3.700,-- bruto per maand.

(ii) Met werknemer zijn herhaaldelijk functioneringsgesprekken gevoerd waarvan verslagen zijn opgemaakt. Daaruit blijkt niet van klachten over zijn functioneren.

(iii) Bij brief van 19 februari 2016 heeft werkgever aan werknemer geschreven dat haar signalen hebben bereikt van ongewenst gedrag van werknemer jegens cliënten, dat deze signalen en de daarop door werknemer gegeven toelichting verder zullen worden onderzocht en dat werknemer gedurende dit onderzoek is vrijgesteld van het verrichten van werk.

(iv) Bij brief van 26 februari 2016 heeft werkgever aan werknemer geschreven dat gebleken is dat werknemer zich heeft schuldig gemaakt aan seksueel grensoverschrijdend gedrag, fysiek geweld, verbale agressie en denigrerend pestgedrag. Werknemer is in verband daarmee op staande voet ontslagen.

(v) Op 1 maart 2016 heeft werkgever van de ontstane situatie melding gedaan bij de Inspectie voor de Volksgezondheid.

3.2.1

In dit geding heeft werknemer onder meer vernietiging verzocht van het hem op 26 februari 2016 gegeven ontslag op staande voet. Werkgever heeft hierop gereageerd en tevens op de voet van art. 7:686a lid 2 in verbinding met art. 671b lid 1 BW primair een verzoek gedaan tot voorwaardelijke ontbinding, en subsidiair tot onvoorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

3.2.2

Werknemer heeft tijdens de mondelinge behandeling van het verzoek onder meer verweer gevoerd tegen het door de werkgever gedane verzoek tot (voorwaardelijke) ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor zover gebaseerd op art. 7:669 lid 3 onder e BW (verwijtbaar handelen), zich gerefereerd aan het oordeel van de kantonrechter wat betreft de door werkgever verlangde ontbinding op grond van art. 7:669 lid 3 onder g BW (verstoorde relatie) en heeft, voor het geval tot ontbinding wordt overgegaan, in een tegenverzoek om toekenning van een transitievergoeding en een billijke vergoeding verzocht.

3.2.3

De kantonrechter heeft in een tussenbeschikking de hiervoor in 2 genoemde prejudiciële vragen gesteld en elke verdere beslissing aangehouden.

3.3

Bij de beantwoording van de prejudiciële vragen wordt het volgende vooropgesteld. Daarbij wordt de opzegging om een dringende reden als bedoeld in art. 7:677 BW aangeduid als 'ontslag op staande voet'.

Het belang bij en de ontvankelijkheid in een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst in geval van een op staande voet gegeven ontslag

3.4.1

De Hoge Raad heeft in zijn beschikking van 21 oktober 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4670, NJ 1984/296 (Nijman) - waarop hij heeft voortgebouwd in zijn arrest van 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2417, NJ 1998/421 (De Bode/De Hollandsche IJssel) - naar het tot 1 juli 2015 geldende recht kort samengevat geoordeeld dat de werkgever, na een door hem gegeven ontslag op staande voet, een gerechtvaardigd belang erbij heeft de kantonrechter te verzoeken op de

voet van (toen nog) art. 1639w BW (nadien art. 7:685 BW) de arbeidsovereenkomst te ontbinden voor het geval deze niet door het ontslag op staande voet blijkt te zijn geëindigd. De Hoge Raad motiveerde dit oordeel, kort samengevat, aldus dat het geruime tijd kan duren voordat over de geldigheid van het gegeven ontslag op staande voet zekerheid is verkregen door een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke uitspraak, en dat de ontbindingsprocedure is gericht op een spoedige beslissing, waaraan in gevallen als de onderhavige behoefte is.

3.4.2

Mede op de voet van deze uitspraak kwam het naar oud recht vaak voor dat de werkgever, voor het geval de werknemer de nietigheid of vernietigbaarheid van een hem gegeven ontslag op staande voet inriep, de kantonrechter verzocht de overeenkomst te ontbinden voor het geval nadien in rechte zou worden geoordeeld dat de dienstbetrekking niet door het ontslag op staande voet was geëindigd.

3.4.3

Naar thans geldend recht is de motivering die is gegeven in de beschikking van 21 oktober 1983, niet langer onverkort van toepassing. Anders dan naar oud recht het geval was, staan in de ontbindingsprocedure namelijk nu de rechtsmiddelen van hoger beroep en cassatie open (art. 7:683 BW). Niet langer kan dus langs de weg van ontbinding door de kantonrechter steeds spoedig zekerheid worden verkregen over de datum waarop de dienstbetrekking uiterlijk is geëindigd.

3.4.4

Uit de met ingang van 1 juli 2015 ingevoerde Wet werk en zekerheid (hierna: WWZ), Stb. 2014, 216 (zie voor de invoeringsdatum Stb. 2014, 274) blijkt niet met zoveel woorden of, en zo ja onder welke voorwaarden, deze naar oud recht bestaande praktijk naar het thans geldende recht in stand kan blijven. De WWZ sluit dat evenwel niet uit. De verzoeken tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst (art. 7:671b en c BW) en tot vernietiging van het ontslag op staande voet (art. 7:681 in verbinding met art. 7:677 BW) betreffen immers onderscheiden rechtsfiguren waarvan de toepasselijkheid niet aan dezelfde voorwaarden is gebonden en die evenmin leiden tot hetzelfde rechtsgevolg. Zij kunnen dus in beginsel naast elkaar worden gedaan.

Opmerking verdient overigens dat de WWZ niet eraan in de weg staat dat aan een verzoek tot ontbinding van een arbeidsovereenkomst een voorwaarde wordt verbonden.

3.4.5

De wetsgeschiedenis bevat geen aanwijzing dat naar het thans geldende recht niet langer aan de werkgever die de werknemer op staande voet heeft ontslagen, de mogelijkheid ten dienste staat voorwaardelijk de ontbinding te verzoeken van een arbeidsovereenkomst.

3.4.6

Op grond van het vorenoverwogene moet worden 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 wordt vernietigd. Daarbij heeft de partij die het verzoek doet - in de praktijk bijna altijd de werkgever; zie hierover art. 7:671b BW - met name belang voor het geval in de instantie waarin de procedure verkeert, het ontslag op staande voet niet gerechtvaardigd wordt geacht.

3.5

Opmerking verdient dat voor 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 is de partij die de ontbinding verzoekt, dus in beginsel steeds ontvankelijk in haar verzoek.

Zoveel mogelijk gevoegde behandeling van de verzoeken tot vernietiging van het ontslag op staande voet en tot (voorwaardelijke) ontbinding van de arbeidsovereenkomst

3.6.1

Aan de vernieuwing van het ontslagrecht met ingang van 1 juli 2015 liggen met name de doelstellingen ten grondslag van vereenvoudiging en bevordering van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid (Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 24). In de MvT bij art. 7:686a lid 3 BW is op dit punt onder meer het volgende opgemerkt:

“De met elkaar samenhangende geschilpunten kunnen op grond van de voorgestelde bepaling dus in één gerechtelijke procedure worden beslecht. Het gaat daarbij om alle mogelijke vorderingen die bij beëindiging van een arbeidsovereenkomst of herstel daarvan kunnen worden ingesteld (...). Ook kunnen in dat verband bij verweerschrift (...) verzoeken worden gedaan. Zodoende wordt een dubbele rechtsgang voorkomen. Dat scheelt tijd en geld. Ook het gerechtelijke apparaat wordt daarmee minder zwaar

belast (één in plaats van twee afzonderlijke procedures)” (Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 121)

3.6.2

In dit licht moet uitgangspunt zijn dat geschilpunten omtrent een ontslag op staande voet en ontbinding van de arbeidsovereenkomst die geheel of overwegend betrekking hebben op hetzelfde feitencomplex maar onderwerp zijn van verschillende zaken die gelijktijdig aanhangig zijn, verknocht zijn (art. 285 Rv). Daarom is het wenselijk dat de rechter het verzoek van de werknemer tot vernietiging van het hem op staande voet gegeven ontslag, en het verzoek van de werkgever tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor het geval de rechter zou oordelen dat het ontslag op staande voet in de gegeven omstandigheden niet gerechtvaardigd was, zoveel mogelijk gelijktijdig behandelt en beslist. Door die samenhangende behandeling en beslissing van de over en weer gedane verzoeken wordt de afdoening van de tussen partijen bestaande geschillen, als één geheel gezien, immers vereenvoudigd, en wordt tevens de rechtszekerheid bevorderd. Daarmee is het belang van beide partijen gediend. Voorts wordt de belasting van het gerechtelijke apparaat verminderd doordat aldus wordt voorkomen dat tegelijkertijd bij hetzelfde gerecht, of zelfs bij verschillende gerechten, op onderling uiteenlopende wijze en tijdstippen, nauw samenhangende geschillen afzonderlijk zouden worden behandeld en beoordeeld.

3.6.3

Hetgeen hiervoor in 3.6.1-3.6.2 is overwogen, geldt onder meer in gevallen waarin

- (a) de werkgever reeds een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst indient voordat de werknemer de vernietiging van het ontslag op staande voet heeft verzocht;
- (b) de werknemer een verzoek tot de kantonrechter richt tot vernietiging van het ontslag op staande voet en de werkgever, op dezelfde of een latere datum, verzoekt om de arbeidsovereenkomst tussen partijen te ontbinden voor het geval dat het ontslag niet tot beëindiging van de dienstbetrekking heeft geleid;
- (c) de rechter in een van beide procedures bewijslevering noodzakelijk acht of de behandeling van het geschil om een andere reden wordt vertraagd, welke vertraging zich in de andere procedure niet voordoet;
- (d) verzoeken van de werknemer en de werkgever als voormeld in onderscheiden procedures tegelijk aanhangig zijn bij verschillende kantonnrechtshoven of bij verschillende gerechtshoven;

(e) aan het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst, aanstonds of in de loop van het geding, (ook) andere redenen ten grondslag zijn gelegd dan aan het op staande voet gegeven ontslag.

Ten aanzien van deze vijf gevallen wordt achtereenvolgens nog het volgende overwogen.

Ad (a)

3.7.1

Naar het thans geldende recht dient in geval van een op staande voet gegeven ontslag, een verzoek tot vernietiging daarvan binnen twee maanden nadien tot de kantonrechter te worden gericht (art. 7:686a lid 4 BW in verbinding met art. 7:681 lid 1 BW). Blijkens de wettekst gaat het hier om een vervaltermijn. De mogelijkheid van de werknemer om tegen het ontslag op staande voet op te komen, wordt door deze regeling aanzienlijk in de tijd beperkt ten opzichte van het tot 1 juli 2015 geldende recht. Verstrekt deze termijn ongebruikt, dan heeft de werkgever dus spoedig zekerheid verkregen over de beëindiging van de dienstbetrekking.

3.7.2

Indien de werkgever reeds een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst indient voordat de werknemer om de vernietiging van het ontslag op staande voet heeft verzocht, vangt ingevolge art. 7:686a lid 5 BW de behandeling van het verzoek van de werkgever niet later aan dan in de vierde week volgende op die waarin het verzoekschrift is ingediend.

Mede gelet op hetgeen hiervoor in 3.6.1-3.6.2 is overwogen, brengen de beginselen van een goede procesorde in een zodanig geval mee dat de kantonrechter met inachtneming van het voorschrift van art. 7:686a lid 5 BW over de aanvang van de behandeling, de behandeling van het verzoek aanhoudt totdat de hiervoor bedoelde vervaltermijn van twee maanden is verstreken. De gevolgen van de beslissing op beide verzoeken zijn immers nauw verstrengd. Zou de kantonrechter de behandeling niet aanhouden, dan zou de werknemer in feite kunnen worden gedwongen sneller te procederen dan waartoe hij al wordt gedwongen door de korte vervaltermijn die de wetgever hem ten dienste heeft gesteld om in rechte op te komen tegen het hem gegeven ontslag. Hieraan doet niet af dat de verzoeken tot (voorwaardelijke) ontbinding van de arbeidsovereenkomst en tot vernietiging van het op staande voet gegeven ontslag, van elkaar te onderscheiden rechtsfiguren zijn (zie hiervoor in 3.4.4). Richt de werknemer binnen de hiervoor vermelde termijn van twee maanden een verzoek tot de kantonrechter strekkende tot vernietiging van het ontslag op staande voet, dan is het wenselijk dat de kantonrechter zoveel mogelijk beide zaken gelijktijdig behandelt en daarover beslist.

3.7.3

Indien de werknemer niet binnen twee maanden na het ontslag op staande voet een verzoek tot de kantonrechter richt strekkende tot vernietiging van het ontslag of zijn daartoe strekkende verzoek wordt afgewezen, kan in de regel behandeling van het verzoek van de werkgever tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst uitblijven omdat dit is gedaan onder een voorwaarde die in dat geval (in die instantie) niet in vervulling is gegaan. Is een dergelijke voorwaarde niet aan het verzoek van de werkgever verbonden, en wordt het verzoek niet ingetrokken, dan kan de kantonrechter het verzoek afwijzen op de grond dat de werkgever daarbij geen belang heeft (art. 3:303 BW).

Ad (b)

3.8

Indien de werknemer een verzoek tot de kantonrechter richt tot vernietiging van het ontslag op staande voet en de werkgever op dezelfde of een latere datum verzoekt om de arbeidsovereenkomst tussen partijen te ontbinden voor het geval het ontslag op staande voet niet tot beëindiging van de dienstbetrekking heeft geleid, behandelt de kantonrechter beide zaken gelijktijdig en vangt hij daarmee aan binnen de in art. 7:686a lid 5 BW genoemde termijn.

Ad (c)

3.9.1

Indien in een van beide procedures bewijslevering wordt gelast of de behandeling van het geschil om een andere reden wordt vertraagd, welke vertraging zich in de andere procedure niet voordoet, heeft het volgende te gelden.

3.9.2

In art. 7:686a lid 10 BW is aan de rechter de bevoegdheid gegeven de zaak te splitsen indien het verzoek en de in het verzoekschrift ingediende vorderingen als bedoeld in het derde lid van deze bepaling, zich naar het oordeel van de rechter niet lenen voor gezamenlijke behandeling. Deze bevoegdheid is in de MvT aldus toegelicht dat hantering daarvan

“bijvoorbeeld aan de orde [zou] kunnen zijn als een gezamenlijke behandeling van ontbindingsverzoek en daarmee verband houdende vorderingen naar het oordeel van de rechter, een onevenredige vertraging van de ontbindingsprocedure zou opleveren” (Kamerstukken II 2013-2014, 33 988, nr. 3, p. 15).

In het onderhavige geval is geen sprake van splitsing van een zaak. Een redelijke wetsuitleg brengt echter mee dat de maatstaf van een onevenredige vertraging ook wordt gehanteerd in het geval de rechter de ontbindingsprocedure aanstonds kan afdoen, maar hij bij de beoordeling van het op staande voet gegeven ontslag een tussenuitspraak doet, bijvoorbeeld ter inleiding van bewijslevering. Opmerking verdient in dit verband dat de hiervoor in 3.6.1-3.6.2 vermelde uitgangspunten meebrengen dat de enkele omstandigheid dat in de ontslagprocedure een tussenuitspraak wordt gedaan, nog niet meebrengt dat een daarmee samenhangende aanhouding van de ontbindingsprocedure als een onevenredige vertraging van de ontbindingsprocedure dient te worden aangemerkt. De feitenrechter dient de wenselijkheid van een spoedige beslissing in de ontbindingsprocedure in het concrete geval af te wegen tegen de wenselijkheid van een samenhangende behandeling en beslissing van het gehele tussen partijen bestaande geschil (dus ook van de ontslagprocedure).

Ad (d)

3.10

Indien verzoeken van de werknemer en de werkgever als voormeld gelijktijdig, maar als onderscheiden procedures, aanhangig zijn bij verschillende kantonrechtbanken of bij verschillende gerechtshoven, kan art. 285 Rv toepassing vinden.

Ad (e)

3.11

Het is op zichzelf mogelijk dat aan het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst, aanstonds of in de loop van het geding, (ook) andere redenen ten grondslag zijn gelegd dan aan het op staande voet gegeven ontslag. Dit neemt niet weg dat beide verzoeken ook in dat geval nauw verbonden zijn in die zin dat de gevolgen van een eventuele vernietiging van het ontslag op staande voet worden beperkt door een ontbinding van de arbeidsovereenkomst, onverschillig of deze ontbinding op dezelfde, dan wel (ten dele) op andere gronden plaatsvindt. Daarom brengen de beginselen van een goede procesorde, gelet op hetgeen hiervoor in 3.6.1-3.6.2 is overwogen, mee dat ook in zodanige gevallen het uitgangspunt van gelijktijdige behandeling en beslissing door dezelfde rechter heeft te gelden.

Mogelijkheid van uiteenlopende beoordeling door de rechters in eerste aanleg en in hoger beroep van de verzoeken tot vernietiging van het ontslag op staande voet en tot (voorwaardelijke) ontbinding van de arbeidsovereenkomst

3.12.1

Naar het thans geldende recht is het, anders dan tot 1 juli 2015 nog het geval was, voor de werknemer niet langer mogelijk het ontslag op staande voet door een daartoe strekkende buitengerechtelijke verklaring te vernietigen. Ingevolge art. 7:681 lid 1 BW kan de vernietiging alleen nog geschieden door de rechter op een daartoe strekkend verzoek van de werknemer. Volgens de MvT zou dit tot versnelling en vereenvoudiging van de procedure leiden:

“Door nu de bevoegdheid om te vernietigen bij de rechter te leggen, is er als er sprake is van een vernietigbare opzegging maar één route. De werknemer hoeft dan niet eerst af te wachten of de werkgever aan zijn buitengerechtelijke vernietiging al dan niet gehoor geeft alvorens verdere stappen te kunnen nemen” (Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 116 - 117).

3.12.2

Met de zojuist vermelde wijziging hangt samen dat art. 7:683 lid 3 BW een nieuwe regeling bevat voor het geval de rechter in hoger beroep of na verwijzing oordeelt dat het verzoek van de werkgever tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter ten onrechte is toegewezen of dat het verzoek van de werknemer strekkende tot vernietiging van het ontslag op staande voet of tot herstel van de arbeidsovereenkomst, ten onrechte is afgewezen. In een zodanig geval kan de appelrechter of de verwijzingsrechter (de werkgever veroordelen om) de arbeidsovereenkomst (te) herstellen of aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen.

Art. 7:683 lid 5 BW houdt voor het geval dat de appelrechter of de verwijzingsrechter oordeelt dat het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ten onrechte is afgewezen, in dat de rechter dan bepaalt op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst eindigt. In de MvT is dit nieuwe stelsel als volgt toegelicht:

“In het derde lid wordt voorgesteld welke twee mogelijkheden er zijn als de appel- of cassatierechter tot het oordeel komt dat een ontbindingsverzoek van de werkgever ten onrechte is toegewezen of een verzoek tot vernietiging van de opzegging of tot herstel van de arbeidsovereenkomst van de werknemer ten onrechte is afgewezen. Hij kan - de eerste mogelijkheid - de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen. De rechter is daarbij vrij om te bepalen met ingang van welke datum hij de overeenkomst herstelt. Herstel van de arbeidsovereenkomst kan hij uitsluitend gelasten als de werknemer daarom in appel heeft verzocht. Doet hij dit, dan zal hij tevens voorzieningen moeten treffen voor een eventuele tussenliggende periode, aansluitend bij het specifieke geval.

(...)

Het vijfde en zesde lid regelen de spiegelbeeldige situatie waarin in hoger beroep of cassatie wordt geoordeeld dat de arbeidsovereenkomst ten onrechte heeft voortgeduurd. In het geval bedoeld in het vijfde lid, bepaalt de rechter op welk toekomstig tijdstip de arbeidsovereenkomst eindigt - een ontbinding met terugwerkende kracht is niet toegestaan -, waarbij het hem vrijstaat een billijke (additionele) vergoeding aan de werknemer toe te kennen. In de gevallen bedoeld in het zesde lid bepaalt de rechter in hoger beroep of cassatie op welk toekomstig tijdstip de arbeidsovereenkomst eindigt. Daarbij is het de appel- of cassatierechter niet toegestaan om een beschikking van de kantonrechter houdende een vernietiging van de opzegging te vernietigen, omdat de opzegging zelf dan zou herleven, hetgeen per saldo zou neerkomen op een (door het nieuwe stelsel niet beoogde) einddatum in het verleden. De toekenning van een (additionele) vergoeding zal in die gevallen doorgaans niet in de rede liggen, maar uitgesloten is deze niet." (MvT bij art. 7:683 BW, Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 119 en 120)

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 BW 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.

Het ontbindingsverzoek gegrond op dezelfde feiten en omstandigheden als het ontslag op staande voet?

3.14

Bij de beoordeling van de ontvankelijkheid en toewijsbaarheid van een voorwaardelijk ontbindingsverzoek dient geen onderscheid te worden gemaakt tussen gevallen waarin aan het ontbindingsverzoek dezelfde, dan wel andere feiten en omstandigheden ten grondslag worden gelegd. Het toepassingsgebied van de dringende redenen van art. 7:677 (en art. 7:678) BW (ontslag op staande voet) en de redelijke gronden van art. 7:669 BW (ontbinding) valt niet samen. De mogelijkheid bestaat dus dat een dringende reden voor ontslag op staande voet ontbreekt, maar een redelijke grond voor ontbinding voorhanden is. Zoals volgt uit hetgeen hiervoor in 3.4.4 is overwogen, staat ook de mogelijkheid van samenloop van beide rechtsfiguren niet eraan in de weg dat een voorwaardelijk ontbindingsverzoek wordt gegrond op dezelfde feiten en omstandigheden als die welke aan het ontslag op staande voet ten grondslag zijn gelegd.

Toepasselijkheid van het bewijsrecht in de procedure betreffende het voorwaardelijke verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst

3.15

In procedures die met een verzoekschrift worden ingeleid, zijn de bepalingen van het bewijsrecht van overeenkomstige toepassing, tenzij de aard van de zaak zich daartegen verzet (art. 284 lid 1 Rv in eerste aanleg, art. 361 Rv in hoger beroep).

In zijn uitspraak van 3 december 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4492, NJ 1983/182, heeft de Hoge Raad onder meer overwogen:

“In overeenstemming met de zienswijze van de wetgever van 1907, voor wie “het hier niet zozeer geldt de beslissing van een rechtsstrijd, als wel de vaststelling ener billijke regeling door de onpartijdige rechter” (...), is deze procedure in de wet geregeld als een eenvoudige, naar in de MvT uitdrukkelijk wordt aangegeven: op een spoedige beslissing gerichte verzoekschriftprocedure, waarin de wederpartij van de verzoeker zijn

standpunt slechts mondeling kan voordragen ter gelegenheid van het (...) verhoor, waarna de rechter beslist zonder aan de wettelijke bewijsregels te zijn gebonden, tegen welke beschikking generlei voorziening is toegelaten.”

Dit oordeel is in latere rechtspraak herhaald (zie onder meer HR 22 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2208, NJ 1997/205, HR 5 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2865, NJ 1999/676, HR 29 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7285, NJ 2001/302) en diende naar oud recht - hoewel in de literatuur niet onomstreden - als vaste rechtspraak te worden aangemerkt.

3.16

Zoals ook hiervoor in 3.4.3 is overwogen naar aanleiding van de beschikkingen van de Hoge Raad van 21 oktober 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4670, NJ 1984/296 (Nijman) en van 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2417, NJ 1998/421 (De Bode/De Hollandsche IJssel), is de motivering die is gegeven in de beschikking van 3 december 1982, niet langer onverkort van toepassing. In de ontbindingsprocedure staan immers inmiddels de rechtsmiddelen van hoger beroep en cassatie open.

3.17.1

In de wetsgeschiedenis wordt geen duidelijk antwoord gegeven op de vraag of ook naar geldend recht de rechter in een ontbindingsprocedure niet aan de wettelijke bewijsregels is gebonden. Zie:

“Met betrekking tot het van toepassing zijnde bewijsrecht wordt het volgende opgemerkt. Op grond van artikel 284, eerste lid, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is het bewijsrecht uit de dagvaardingsprocedure ook op de verzoekschriftprocedure van toepassing, tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet. Op grond van die laatste passage wordt in ontbindingsprocedures meestal geen getuigenbewijs toegelaten, maar het kan wel. Verwezen wordt in dit verband naar aanbeveling 1.1 van de Kring van Kantonrechters. Omwille van de snelheid van de procedure lijkt een aan de mondelinge behandeling voorafgaande schriftelijke wisseling van processtukken of het houden van een getuigenverhoor niet altijd passend te zijn. In bijzondere omstandigheden, ter beoordeling aan de rechter, kan zulks echter wel aangewezen zijn, zoals in een procedure op grond van artikel 7:681 BW waarbij de vraag speelt of sprake is van een terecht ontslag op staande voet. Een rechter kan een aan hem in een verzoekschrift voorgelegd aanverwant geschil kwalificeren als een voornoemde bijzondere omstandigheid waardoor alle bewijsrechtelijke mogelijkheden hem ten dienste staan.”

(Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 37-38)

Zie voorts:

“Het is aan de rechter om aan de hand van de omstandigheden van het geval te beoordelen of het bewijsrecht ten aanzien van zowel vorderingen als verzoeken van toepassing is. Het is niet wenselijk deze beoordelingsvrijheid van de rechter in te kleuren door het noemen van algemene voorbeelden. Dit kan in een concrete situatie immers steeds anders liggen. Dat neemt niet weg dat in de situatie waarin ter discussie staat of werkgever of werknemer verwijtbaar gehandeld heeft, het voor de hand ligt om het bewijsrecht laten gelden. Ook hier geldt echter dat het aan de rechter is om dit aan de hand van de omstandigheden van het geval te bepalen.”

(Kamerstukken I 2013-2014, 33 818, nr. C, p. 110)

3.17.2

Deze beide citaten uit de wetsgeschiedenis stroken niet volledig met elkaar. In het eerste citaat ligt het uitgangspunt besloten dat de regels van het bewijsrecht - naar thans geldend recht - niet zonder meer van toepassing zijn in een ontbindingsprocedure, maar dat dit onder bijzondere omstandigheden anders kan liggen. Het tweede citaat is veeleer gebaseerd op het uitgangspunt dat de rechter steeds aan de hand van de omstandigheden van het geval dient te oordelen. Aan de wetsgeschiedenis komt in dit verband dus slechts een beperkte betekenis toe.

3.18

Gelet op art. 284 lid 1 Rv moet als uitgangspunt worden aanvaard dat de wettelijke bewijsregels van overeenkomstige toepassing zijn in ontbindingsprocedures als hier bedoeld. In de regel kan niet worden gezegd dat de aard van de zaak zich hiertegen verzet. Voorts is de ratio van de hiervoor in 3.15 genoemde rechtspraak (een spoedige beslissing omtrent het einde van de arbeidsovereenkomst) niet meer onverkort van toepassing omdat naar huidig recht rechtsmiddelen openstaan tegen een beslissing op een ontbindingsverzoek.

3.19

Indien de rechter, na afweging van de belangen van beide partijen, aanleiding ziet om in de ontbindingsprocedure eerder te oordelen dan in de - gelijktijdig aanhangige - ontslagprocedure (zie hiervoor in 3.9.2), is hij evenwel ook naar thans geldend recht bevoegd om de wettelijke bewijsregels buiten toepassing te laten. De rechter dient dat oordeel te motiveren.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

beantwoordt de prejudiciële vragen als volgt:

A. Een werkgever kan onder de Wet werk en zekerheid in een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding worden ontvangen, tenzij de rechter op processuele gronden niet toekomt aan een behandeling van de zaak.

B. Het is wenselijk dat de rechter het verzoek van de werknemer tot vernietiging van het hem op staande voet gegeven ontslag, en het verzoek van de werkgever tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor het geval de rechter zal oordelen dat ontslagaanzegging in de gegeven omstandigheden niet gerechtvaardigd was, zoveel mogelijk gelijktijdig behandelt en beslist.

Indien op het verzoek van de werkgever tot voorwaardelijke ontbinding op zichzelf al kan worden beslist, maar op het door de werknemer gedane verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet nog niet, bijvoorbeeld omdat een bewijsopdracht is gegeven, kan de rechter het ontbindingsverzoek afzonderlijk behandelen indien aanhouding een onaanvaardbare vertraging van die procedure zou opleveren.

Indien het door de werknemer ingediende verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet wordt afgewezen, heeft de werkgever - al naar gelang de formulering van de voorwaarde - geen belang meer bij het voorwaardelijke ontbindingsverzoek.

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.

D. Bij beantwoording van de vragen onder B en C dient geen onderscheid te worden gemaakt naar de grondslag van het voorwaardelijk ontbindingsverzoek in de volgende situaties:

(a) dat aan het voorwaardelijk ontbindingsverzoek dezelfde feiten en omstandigheden ten grondslag zijn gelegd als aan het ontslag op staande voet, en

(b) dat aan het voorwaardelijk ontbindingsverzoek andere feiten en omstandigheden ten grondslag zijn gelegd die niet (direct) in relatie staan tot de feiten en omstandigheden die hebben geleid tot het ontslag op staande voet.

E. De wettelijke bewijsregels zijn in beginsel van overeenkomstige toepassing in ontbindingsprocedures als hier bedoeld. Indien de rechter, na afweging van de belangen van beide partijen, aanleiding ziet om in de ontbindingsprocedure eerder te oordelen dan in de ontslagprocedure, is hij evenwel bevoegd om de wettelijke bewijsregels buiten toepassing te laten. De rechter dient dat oordeel te motiveren;

begroot de kosten van deze procedure op de voet van art. 393 lid 10 Rv aan de zijde van elk van beide partijen op € 1.800,--.

Deze beslissing 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 23 december 2016.