

1. Voorwaardelijke ontbinding na ontslag op staande voet: *the story continues*

MR. D.N.C. DOOLAEGE EN MR. DR. J.P. QUIST

Kort voor de kerstdagen van 2016 heeft de Hoge Raad antwoord gegeven op de door de Kantonrechter Enschede aan hem voorgelegde prejudiciële vragen met betrekking tot de voorwaardelijke ontbinding na een ontslag op staande voet. Medio oktober 2016 gaf A-G Keus reeds zijn visie op deze problematiek. In deze bijdrage zal worden ingegaan op de wijze waarop de Hoge Raad de prejudiciële vragen heeft beantwoord en wat dat voor de praktijk betekent.

1. Inleiding

In *TAP* 2016/135 is door ons, onder de titel ‘De voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ: is het einde nabij?’, ingegaan op de voorwaardelijke ontbinding na een ontslag op staande voet en in het bijzonder op de vraag of een dergelijk verzoek onder de WWZ¹ nog kan worden gedaan. Over het antwoord op die vraag werd in de literatuur en rechtspraak niet eenduidig gedacht. In voornoemde bijdrage hebben wij de verschillende visies en uitspraken in kaart gebracht.

Kort na het verschijnen van dit artikel in *TAP* kwam de discussie in een stroomversnelling terecht. Op 26 april 2016 maakte de Kantonrechter Enschede – in een tussenbeschikking² – het voornemen bekend prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen. Nadat de betrokken partijen daarop hadden mogen reageren (en de werkgever bezwaar had gemaakt), heeft de kantonrechter in de beschikking van 20 mei 2016³ een vijftal vragen (A tot en met E) geformuleerd, waarbij diverse vragen in verschillende subonderdelen uiteenvallen.

Bij uitvoerige conclusie van 13 oktober 2016, met veel citaten uit rechtspraak en literatuur, heeft advocaat-generaal (hierna: A-G) Keus de prejudiciële vragen van door hem aan de Hoge Raad voorgestelde antwoorden voorzien.⁴ De uitspraak van de Hoge Raad, waar door de praktijk met veel belangstelling naar werd uitgekeken,⁵ dateert van

23 december 2016.⁶ In dit artikel komt aan de orde hoe de Hoge Raad aankijkt tegen het (voorwaardelijk) ontbindingsverzoek na een ontslag op staande voet en wat zijn oordeel betekent voor de praktijk.

Hierna zal in de paragrafen 2 tot en met 5 worden ingegaan op de antwoorden die de Hoge Raad heeft gegeven op de aan hem voorgelegde vragen. Daarbij zal de door de Hoge Raad gehanteerde indeling bij de bespreking van de diverse onderscheiden (sub)thema's worden aangehouden.⁷ Verder zal worden stilgestaan bij de vraag of deze antwoorden in overeenstemming zijn met de conclusie van de A-G dan wel daar juist van afwijken. In de verschillende paragrafen zal ook aandacht worden besteed aan de gevolgen die de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad voor de arbeidsrechtpraktijk heeft. In paragraaf 6 zal een korte samenvatting worden gegeven van de regels die uit de beslissing van de Hoge Raad kunnen worden afgeleid. Paragraaf 7, ten slotte, bevat enkele afrondende opmerkingen.

2. Belang en ontvankelijkheid

De eerste aan de Hoge Raad voorgelegde prejudiciële vraag luidde of een werkgever onder de WWZ nog in een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding kan worden ontvangen.

1 Een – weliswaar klein – verschil tussen de conclusie van de A-G en de beslissing van de Hoge Raad is in de eerste plaats dat de Wet werk en zekerheid in de conclusie wordt afgekort tot ‘Wwz’, terwijl de Hoge Raad kiest voor de – ook in dit tijdschrift gehanteerde – afkorting ‘WWZ’.

2 Ktr. Enschede 26 april 2016, «JAR» 2016/122, m.nt. H.J. van Deventer.

3 Ktr. Enschede 20 mei 2016, «JAR» 2016/141.

4 De conclusie van de A-G is gepubliceerd onder ECLI:NL:PHR:2016:998, besproken door M.D. Ruizeveld in *TRA* 2017/7.

5 Zo was het Hof Arnhem-Leeuwarden voornemens om zijn beslissing aan te houden totdat de Hoge Raad de prejudiciële vragen had beantwoord.

Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 17 november 2016, *Prg.* 2017/10. In dit verband is ook vermeldenswaardig dat de Commissie cassatie in het belang der wet de P-G bij de Hoge Raad heeft aanbevolen om op dit onderwerp cassatie in het belang der wet in te stellen, voor zover de Hoge Raad de aan hem voorgelegde prejudiciële vragen – om welke reden dan ook – niet zou beantwoorden. Zie hierover *NJB* 2017/2, p. 167.

6 HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998, «JAR» 2017/19, m.nt. A. van Zanten-Baris.

7 Een uitzondering zal worden gemaakt voor het thema ‘Het ontbindingsverzoek gegrond op dezelfde feiten en omstandigheden als het ontslag op staande voet’. Dit zal worden behandeld bij de bespreking van het uitgangspunt van gevoegde en gelijktijdige behandeling (par. 3).

Een ontkennende beantwoording van deze (algemene) vraag zou het einde van de voorwaardelijke ontbindingspraktijk hebben betekend. Dat de Hoge Raad zover zou gaan was over het algemeen niet de verwachting en die verwachting is ook uitgekomen.⁸

De Hoge Raad merkte in dit verband allereerst op dat de motivering in de beschikking in de zaak *Nijman/X* uit 1983⁹ onder het thans geldende recht niet langer onverkort van toepassing is. Dat heeft ermeê te maken dat met de ontbinding door de kantonrechter niet langer in alle gevallen spoedige zekerheid kan worden verkregen over het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst sowieso eindigt. Onder de WWZ kan, anders dan voorheen, van een ontbindingsbeschikking immers hoger beroep en vervolgens cassatie worden ingesteld (art. 7:683 lid 1 BW). Nu de uitkomst van de procedure *Nijman/X* niet een-op-een op het huidige recht kan worden toegepast, ligt de vraag of voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst na een ontslag op staande voet mogelijk is, dus opnieuw open.

De Hoge Raad is tot de conclusie gekomen dat het indienen van een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding ook onder de WWZ mogelijk moet worden geacht. Redengevend daarvoor is in de eerste plaats dat de WWZ en de bij die wet behorende parlementaire geschiedenis dit niet uitsluiten.¹⁰ Datzelfde argument werd gebruikt in *Nijman/X*. Ook in die zaak overwoog de Hoge Raad dat ‘geen rechtsregel zich tegen een dergelijke gang van zaken verzet’. Daar komt bij dat de verzoeken tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst (art. 7:671b en 7:671c BW) enerzijds en het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet (art. 7:681 BW jo. art. 7:677 BW) anderzijds van elkaar te onderscheiden rechtsfiguren zijn; de toepasselijkheid van deze beëindigingsmodaliteiten is niet aan dezelfde voorwaarden verbonden en bovendien leiden zij tot verschillende rechtsgevolgen.¹¹ Zij kunnen in beginsel dus naast elkaar bestaan.¹² Tevens achtte de Hoge Raad van belang dat de WWZ er niet aan in de weg staat dat aan een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst een voorwaarde wordt verbonden.¹³

Het indienen van een verzoek tot ontbinding na een verleend ontslag op staande voet is naar het oordeel van de Hoge Raad niet alleen toelaatbaar, ook heeft de werkgever daar belang bij, met name voor het geval het ontslag op staande voet in de instantie waarin de procedure verkeert,¹⁴ niet gerechtvaardigd wordt geacht.¹⁵ De woorden ‘met

name’ impliceren dat dit niet de enige situatie is waarin een werkgever (na een ontslag op staande voet) belang heeft bij (voorwaardelijke) ontbinding van de arbeidsovereenkomst, maar de Hoge Raad maakt niet duidelijk in welke gevallen een rechtens te respecteren belang eveneens aanwezig kan zijn. Overigens is ook in de conclusie van de A-G (waarin uitvoeriger op het belang van de werkgever is ingegaan en waarbij een viertal situaties is onderscheiden) aangetekend dat de werkgever het meest gebaat is bij toewijzing van het verzoek tot ontbinding, in het geval de kantonrechter – dus in dezelfde instantie – de opzegging wegens een dringende reden vernietigt.¹⁶

De Hoge Raad voegde – onder verwijzing naar zijn arrest in de zaak *Eurofactor/X*¹⁷ – toe dat voor een niet-ontvankelijkverklaring slechts plaats is in gevallen waarin de rechter op processuele gronden niet aan de behandeling van de zaak

De Hoge Raad is tot de conclusie gekomen dat het indienen van een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding ook onder de WWZ mogelijk moet worden geacht

ten principale toekomt. Afgezien van dergelijke gevallen (waarbij kan worden gedacht aan de situatie waarin de vervaltermijn van art. 7:686a lid 4 BW is verstreken,¹⁸ de werknemer de verkeerde werkgever in de procedure heeft betrokken¹⁹ of aan het (in hoger beroep) laten verstrijken van de appeltermijn) is de partij die ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoekt, dus in beginsel steeds ontvankelijk.²⁰ Wanneer er evenwel andere (dan processuele) gronden zijn op basis waarvan het verzoek niet kan slagen, ligt afwijzing van het verzoek (in plaats van niet-ontvankelijkverklaring) in de rede, zoals bijvoorbeeld in het geval de verzoeker onvoldoende belang (in de zin van art. 3:303 BW) bij het verzoek heeft, waarover meer in de volgende paragraaf.

Uit het voorgaande volgt dat de voorwaardelijke ontbinding na een gegeven ontslag op staande voet onder de WWZ nog steeds mogelijk is en dat de verzoekende partij – in de regel de werkgever – in een dergelijk verzoek kan worden ontvangen, tenzij processuele gronden daaraan in de weg staan. Dat wil echter niet zeggen dat aan deze mogelijkheid geen voorwaarden en beperkingen verbonden zijn. Die zijn er wel degelijk, zoals uit de verdere beslissing van de Hoge Raad blijkt.

8 Wel hebben met name Barentsen en Sagel erop gewezen dat aanvaarding van het leerstuk van voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ niet goed te rijmen is met twee van de belangrijkste pijlers van die wet, te weten vereenvoudiging en dejuridisering van het ontslagrecht. Vgl. B. Barentsen & S.F. Sagel, ‘Kroniek sociaal recht’, *NJB* 2015/35, p. 2499-2500.

9 HR 21 oktober 1983, *NJ* 1984/296, m.nt. P.A. Stein.

10 R.o. 3.4.4 en 3.4.5, alsmede conclusie A-G, onderdeel 3.8 en 3.9.

11 R.o. 3.4.4. Zie hierover ook de conclusie van de A-G in onderdeel 5.4.

12 Waarover, met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis, ook conclusie A-G, onderdeel 3.10, alsmede de onderdelen 5.4 en 5.8.

13 Zie hiervoor het slot van r.o. 3.4.4.

14 Zie voor de implicaties van deze zinsnede op het hoger beroep par. 4.

15 R.o. 3.4.6 en 3.13.2.

16 Zie onderdeel 3.13 t/m 3.17.

17 HR 9 juli 2010, *NJ* 2012/226, m.nt. H.J. Snijders.

18 Zie bijv. Ktr. Almere 31 maart 2016, «JAR» 2016/101, waarover W.J.J. Wetzels & P.G. Vestering, ‘Arbeidsprocesrecht’, in: A.R. Houweling, P.G. Vestering & W.A. Zondag, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch Deel II*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2016, p. 3035. Zie ook Ktr. Maastricht 25 augustus 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:7412.

19 Dit deed zich bijvoorbeeld voor in de procedure die leidde tot Hof Arnhem-Leeuwarden 7 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9944.

20 R.o. 3.5.

3. Gevoegde en gelijktijdige behandeling

Het tweede door de Hoge Raad in zijn beslissing behandelde thema kreeg als titel mee: ‘Zoveel mogelijk gevoegde behandeling van de verzoeken tot vernietiging van het ontslag op staande voet en tot (voorwaardelijke) ontbinding van de arbeidsovereenkomst’. De Hoge Raad opende de bespreking van dit thema met de opmerking dat aan de vernieuwing van het ontslagrecht met name de doelstellingen van vereenvoudiging en bevordering van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid ten grondslag liggen.²¹ Onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis bij artikel 7:686a lid 3 BW heeft de Hoge Raad vervolgens overwogen dat uitgangspunt moet zijn dat geschilpunten omtrent een ontslag op staande voet en ontbinding van de arbeidsovereenkomst verknocht zijn in de zin van artikel 285 Rv, indien die geschilpunten geheel of overwegend betrekking hebben op hetzelfde feitencomplex, maar onderwerp zijn van verschillende zaken die gelijktijdig aanhangig zijn. Het is daarom wenselijk dat de rechter het verzoek van de werknemer tot vernietiging van de opzegging en het (voorwaardelijk) verzoek van de werkgever tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst zo veel mogelijk gelijktijdig behandelt en beslist. Door een dergelijke samenhangende behandeling en beslissing wordt de afdoening van de geschilpunten, als één geheel bezien, vereenvoudigd en tevens wordt de rechtszekerheid bevorderd, waarmee het belang van beide partijen wordt gediend, zo overwoog de Hoge Raad. Bovendien wordt hierdoor de belasting van het gerechtelijk apparaat verminderd.²²

De Hoge Raad heeft ten aanzien van het uitgangspunt van gelijktijdige behandeling en beslissing een vijftal situaties nader uitgewerkt. Wij zullen deze hierna bespreken.

3.1 Wel een ontbindingsverzoek, maar nog geen verzoek tot vernietiging

In de eerste plaats behandelt de Hoge Raad de situatie waarin de werkgever een ontbindingsverzoek heeft ingediend nog voordat de werknemer vernietiging van de opzegging heeft verzocht.²³ Dat laatste moet binnen de *vervaltermijn* van twee maanden worden gedaan (art. 7:686a lid 4 BW). Wanneer die termijn ongebruikt verstrijkt, heeft de werkgever snelle zekerheid over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

Indien de werkgever dit niet wil afwachten en al een ontbindingsverzoek heeft ingediend, vangt de behandeling daarvan niet later aan dan in de vierde week volgende op die waarin het verzoekschrift is ingediend (art. 7:686a lid 5 BW). Het gaat hier om de *mondelijke* behandeling.²⁴ In

een dergelijk geval brengen de beginselen van een goede procesorde²⁵ mee dat de kantonrechter de behandeling aanhoudt totdat de vervaltermijn van twee maanden is verstreken, zo overwoog de Hoge Raad. Wanneer de rechter dat niet zou doen, dan zou de werknemer in feite kunnen worden gedwongen sneller te procederen dan waartoe hij door voornoemde (korte) vervaltermijn toch al wordt gedwongen.²⁶ In dit kader kan ook worden gewezen op artikel 7:686a lid 8 BW, dat de toepasselijkheid van artikel 3:55 BW uitsluit. Het is dus niet de bedoeling dat de al korte vervaltermijn (verder) kan worden ingekort.

De A-G kijkt anders naar dit punt. In zijn conclusie²⁷ is te lezen dat een snelle actie van de werkgever niet leidt tot een eerder verval van de bevoegdheid van de werknemer om vernietiging van de opzegging te verzoeken dan na ommekomst van de wettelijke vervaltermijn van twee maanden. Volgens de A-G kan een snel ontbindingsverzoek van de werkgever de werknemer niet beletten deze termijn ten volle te benutten voor zijn beslissing om al dan niet vernietiging van de opzegging te verzoeken. Dat is op zichzelf juist, maar wanneer de mondelinge behandeling van het ontbindingsverzoek binnen twee maanden na de opzegging zou plaatsvinden, dan wordt de werknemer al wel gedwongen een standpunt in te nemen ten aanzien van de vraag of hij het einde van de arbeidsovereenkomst als zodanig accepteert. Daarop zal zijn verweer in de ontbindingszaak moeten worden afgestemd. De werknemer kan er immers voor kiezen geen vernietiging van de opzegging te vragen, maar toekenning van een billijke vergoeding te verzoeken. Bovendien ligt het, gelet op artikel 7:686a lid 3 BW, voor de hand dat de werknemer (in de ontbindingszaak) een verweerschrift indient en daarin – bij wijze van tegenverzoek – vernietiging van de opzegging dan wel toekenning van een billijke vergoeding verzoekt. Het is dan ook niet voor niets dat de Hoge Raad overwoog dat de werknemer aldus ‘in feite’ (dus niet *de jure*, maar *de facto*) gedwongen kan worden eerder te procederen.

Wanneer de werknemer binnen de termijn van twee maanden alsnog een verzoek tot vernietiging van de opzegging indient, is het wenselijk, aldus de Hoge Raad, dat de kantonrechter dat verzoek en het reeds ingediende ontbindingsverzoek gelijktijdig behandelt en daarop beslist. In het geval de werknemer een dergelijk verzoek niet indient (dan wel daarmee te laat is) of in het geval dat verzoek, indien dat wel wordt gedaan, wordt afgewezen, kan behandeling van het ontbindingsverzoek van de werkgever uitblijven, omdat de voorwaarde waaronder het is ingediend niet in vervulling is gegaan. Indien geen *voorwaardelijk* ontbindingsverzoek was ingediend en de werkgever het verzoek niet intrekt, zal afwijzing (en geen niet-ontvankelijkverklaring²⁸) moeten volgen omdat de

21 R.o. 3.6.1.

22 Zie voor een en ander r.o. 3.6.2.

23 Zie voor een dergelijke situatie – overigens van voor de beslissing van de Hoge Raad – Ktr. Almere 2 december 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6505.

24 Waarover, onder verwijzing naar art. 279 Rv, P.G. Vestering & W.J.J. Wet-zels, *Praktisch arbeidsprocesrecht onder de WWZ*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 33.

25 Zie over dit onderwerp uitvoerig V.C.A. Lindijer, *De goede procesorde* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.

26 Hierin herkennen we een door Verhulp onder de aandacht gebracht bezwaar. Zie E. Verhulp, *T&C Arbeidsovereenkomst*, art. 7:671b BW, aant. 5.

27 In onderdeel 5.14.

28 Waarover par. 2.

werkgever geen belang meer bij zijn verzoek heeft (art. 3:303 BW).²⁹ In dat geval staat immers vast dat de arbeidsovereenkomst door het ontslag op staande voet tot een einde is gekomen.

3.2 Verzoek tot vernietiging en ontbindingsverzoek (voor het geval de opzegging geen stand houdt)

Het tweede door de Hoge Raad onderscheiden geval ziet op de situatie waarin de werknemer vernietiging van de opzegging verzoekt en de werkgever gelijktijdig of daarna een verzoek tot ontbinding indient, voor het geval het ontslag niet tot beëindiging van de dienstbetrekking heeft geleid. In zo een geval behandelt de kantonrechter beide zaken gelijktijdig en vangt hij daarmee aan binnen de in artikel 7:686a lid 5 BW genoemde termijn.³⁰

Het gevolg van deze gelijktijdige beoordeling is wel, dat wanneer het verzoek van de werknemer tot vernietiging van de opzegging wordt afgewezen, de voorwaarde waaronder het ontbindingsverzoek is ingediend (namelijk voor het geval de kantonrechter oordeelt dat het ontslag op staande voet *niet* gerechtvaardigd was), niet intreedt. Een voorwaardelijk ingesteld ontbindingsverzoek kan in dat geval buiten behandeling blijven, zoals ook onder het vorige kopje uiteen is gezet.³¹ Een eventueel *onvoorwaardelijk* verzoek zal, nu een belang van de werkgever ontbreekt, worden afgewezen.

Wanneer de kantonrechter de opzegging daarentegen wel vernietigt en de arbeidsovereenkomst daardoor (per de opzeggingsdatum) herleeft, kan de kantonrechter het ontbindingsverzoek van de werkgever – bij gelijktijdige beslissing in beide zaken – alleen nog *onvoorwaardelijk* toewijzen.³² Het is voor werkgevers dan ook aan te bevelen steeds (ook) een voorwaardelijk verzoek tot onvoorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst in te dienen.³³

3.3 Eén van beide procedures wordt vertraagd, bijvoorbeeld vanwege bewijslevering

Wanneer zowel een verzoek tot vernietiging van de opzegging als een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst is ingediend, kan het zijn dat één van beide zaken wordt vertraagd, bijvoorbeeld omdat bewijslevering wordt gelast. In een dergelijke situatie brengt een redelijke wetsuitleg mee dat de maatstaf van een onevenredige vertraging³⁴ ook wordt gehanteerd in het geval de rechter de ontbindingsprocedure reeds kan afdoen, maar hij bij de beoordeling van het ontslag op staande voet een tussenuitspraak doet, bijvoorbeeld ter inleiding van bewijslevering.³⁵ De Hoge

Raad voegde daar – bij wijze van vuistregel – aan toe, 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 dient te worden aangemerkt. Daar is dus meer voor nodig. De feitenrechter, zo overwoog de Hoge Raad verder, 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.³⁶ En dat is, zo bleek hiervoor, wel het uitgangspunt dat de Hoge Raad voor ogen staat.

Het is voor werkgevers dan ook aan te bevelen steeds (ook) een voorwaardelijk verzoek tot onvoorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst in te dienen

Ten aanzien van de door de Hoge Raad genoemde toetsingsmaatstaf ‘onevenredige vertraging’ valt op dat bij de daadwerkelijke beantwoording van prejudiciële vraag B wordt gesproken over een ‘onaanvaardbare vertraging’. Uit de beslissing volgt echter niet dat de Hoge Raad met deze twee begrippen iets anders op het oog heeft.

Wanneer de twee procedures ‘uit elkaar worden getrokken’, is voorwaardelijke ontbinding – anders dan bij een gelijktijdige afdoening – wél mogelijk.³⁷ De werkgever doet er dus goed aan ook een onvoorwaardelijk verzoek tot voorwaardelijke ontbinding in te dienen.³⁸ De arbeidsovereenkomst kan dan door de kantonrechter worden ontbonden voor het geval in de ontslagzaak uiteindelijk (bijvoorbeeld pas na bewijslevering) mocht worden geoordeeld dat de opzegging niet rechtsgeldig was. Komt de kantonrechter inderdaad tot die conclusie, dan beperkt de reeds uitgesproken ontbinding de gevolgen van de vernietiging van het ontslag op staande voet (voor die instantie³⁹). Wanneer het uiteindelijke oordeel luidt dat het ontslag op staande voet toch terecht gegeven is, dan heeft de voorwaardelijk uitgesproken ontbinding geen effect, omdat de voorwaarde waaronder ontbinding is verzocht en uitgesproken niet intreedt.

3.4 Procedures bij verschillende rechters

In de volgende door de Hoge Raad onderscheiden situatie is aan de orde dat de verzoeken van de werknemer en werkgever (tot vernietiging respectievelijk ontbinding), weliswaar gelijktijdig, maar bij verschillende kantonrechters of hoven aanhangig zijn. In een dergelijk geval kan volgens

29 R.o. 3.7.3.

30 R.o. 3.8.

31 Zie ook r.o. 3.7.3 van de beslissing van de Hoge Raad.

32 Vgl. ook conclusie A-G, onderdeel 4.4.

33 In dezelfde zin D.M.A. Bij de Vaate & W.H.A.C.M. Bouwens, ‘Voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ’, *TRA* 2016/68, p. 4 en 8, almede M.D. Ruizeveld in onderdeel 3 van haar bespreking van de conclusie van de A-G, *TRA* 2017/7, p. 24.

34 In welk verband de Hoge Raad heeft verwezen naar de parlementaire geschiedenis bij art. 7:686a lid 10 BW.

35 Voor de toepasselijkheid van het bewijsrecht in de ontbindingsproce-

dure zij verwezen naar par. 5.

36 Zie hiervoor r.o. 3.9.2.

37 Waarover ook P. Kruit, ‘Voorwaardelijke ontbinding na ontslag op staande voet onder de WWZ’, *AR* 2016-0167, onderdeel 5 onder 3.

38 Waarover ook D.M.A. Bij de Vaate & W.H.A.C.M. Bouwens, ‘Voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ’, *TRA* 2016/68, p. 8.

39 Vgl. uitdrukkelijk r.o. 3.13.2. en par. 4.

de Hoge Raad artikel 285 (lid 1) Rv toepassing vinden.⁴⁰ Dit betekent dat de kantonrechter in de jongste zaak een beschikking kan wijzen tot verwijzing van de procedure naar de rechter waar de eerdere zaak aanhangig is gemaakt.⁴¹ Daardoor kan worden bewerkstelligd dat beide verzoeken zo veel mogelijk (gelijktijdig) door dezelfde rechter worden behandeld en beslist.

3.5 Ontbindingsverzoek berust (ook) op andere feiten en omstandigheden

De laatste situatie ziet op de mogelijkheid dat aan het verzoek tot ontbinding (ook) andere redenen ten grondslag zijn gelegd dan aan het op staande voet gegeven ontslag. Als dat zo is, neemt dat naar het oordeel van de Hoge Raad niet weg dat beide verzoeken nauw met elkaar verbonden zijn en wel omdat de gevolgen van een eventuele vernietiging van de opzegging worden beperkt door een ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Het maakt daarbij geen verschil of die ontbinding op dezelfde dan wel (ten dele) op andere gronden plaatsvindt. De beginselen van een goede procesorde brengen ook in zo een geval mee dat gelijktijdige behandeling en beslissing door dezelfde rechter uitgangspunt dient te zijn.⁴²

Gelet hierop roept de (algemene) overweging over het uitgangspunt van gelijktijdige behandeling en beslissing (in r.o. 3.6.2) vragen op. Aldaar overwoog de Hoge Raad namelijk dat dit uitgangspunt geldt wanneer het ontslag op staande voet en het ontbindingsverzoek ‘geheel of overwegend betrekking hebben op hetzelfde feitencomplex’, maar gelet op de latere toevoeging (in r.o. 3.11) lijkt aan deze woorden weinig waarde te moeten worden gehecht, nu gelijktijdige behandeling en beslissing door de Hoge Raad ook wenselijk wordt geacht indien het ontbindingsverzoek op een ander feitencomplex wordt gebaseerd.

In de praktijk kan dit vorenstaande uitgangspunt voor een werkgever, die op basis van andere feiten en omstandigheden ontbinding wenst, nadelig uitpakken. Gevoelsmatig is dat zeker het geval wanneer deze feiten en omstandigheden losstaan van de dringende reden en derhalve ook geen enkele samenhang vertonen met het oordeel over die dringende reden. Verhulp heeft opgemerkt dat het in zo een geval moeilijk aan de werkgever uit te leggen is dat hij niet kan worden ontvangen in dat verzoek.⁴³ In de praktijk komt het op deze uitleg nu wel neer. De werkgever is weliswaar ontvankelijk, maar zijn voorwaardelijk verzoek zal alleen

(en pas) worden behandeld als de werknemer tijdig een verzoek tot vernietiging van de opzegging heeft ingediend. Als dit vernietigingsverzoek kort voor het verstrijken van de vervalttermijn wordt gedaan, zal het – direct na het ontslag ingediende – voorwaardelijk ontbindingsverzoek geruime tijd (moeten) worden aangehouden, in de regel tot het vernietigingsverzoek wordt behandeld en daarop wordt beslist. In onze optiek is het wel zo dat hoe langer het duurt tot de beslissing op het vernietigingsverzoek, hoe eerder sprake zal zijn van een onevenredige vertraging van de ontbindingsprocedure. In dat geval kan alsnog voorwaardelijke ontbinding worden uitgesproken, al dan niet op andere feiten en omstandigheden.

4. Hoger beroep

Het derde thema waarover de Hoge Raad zich heeft uitgelaten betreft de mogelijkheid van uiteenlopende beoordeling van de verschillende verzoeken door rechters in eerste aanleg en hoger beroep. De Hoge Raad is daarbij kort ingegaan op het nieuwe wettelijk stramien voor het hoger beroep in procedures na een ontslag op staande voet. Hierdoor kunnen zich nogal wat verschillende situaties voordoen, zeker wanneer tevens in de ‘voorwaardelijke sfeer’ wordt geprocedeerd.⁴⁴ De Hoge Raad heeft hier nu een beperking in aangebracht. Hij volgt de conclusie van de A-G dat een voorwaardelijke ontbinding, met het oog op een mogelijke herstelveroordeling in hoger beroep, niet moet worden aanvaard. Volgens de Hoge Raad dient de appel- of verwijzingsrechter zijn 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.⁴⁵ Hierbij wijst de Hoge Raad uitdrukkelijk op het systeem van het thans geldende recht.⁴⁶ Ook de A-G heeft dat gedaan.⁴⁷ Hij heeft uiteengezet dat het hof (ook met betrekking tot de ontbinding van de arbeidsovereenkomst) onder de WWZ de rechter is die in hoogste feitelijke instantie beslist. Verder heeft hij gewezen op de inherente spanning tussen het (voorwaardelijk) ontbindingsoordeel van de kantonrechter en de veroordeling van de werkgever tot herstel van de arbeidsovereenkomst door de appelrechter.

40 Vgl. r.o. 3.10. Wij merken hierbij op dat de Hoge Raad voorbij is gegaan aan het feit dat art. 285 Rv blijkens art. 362 Rv in hoger beroep niet van toepassing is. De A-G heeft dit wel gesignaleerd. In voetnoot 101 van zijn conclusie wordt mr. Kuipers geciteerd, die beschrijft dat toepassing van art. 285 Rv in hoger beroep ook niet meer nodig is als zaken in eerste aanleg bij dezelfde rechter zijn ondergebracht, omdat die zaken ook in hoger beroep bij dezelfde rechter terechtkomen.

41 Ingevolge de eerste zin van art. 285 lid 1 Rv – in het bijzonder door het gebruik van het woordje ‘reeds’ – is het steeds de jongste zaak die wordt verwezen naar de rechter die de oudste zaak behandelt. Zie A.I.M. van Mierlo, *T&C Burgerlijk procesrecht*, art. 285 Rv, aant. 7.

42 R.o. 3.11.

43 Zie E. Verhulp, *T&C Arbeidsovereenkomst*, art. 7:671b BW, aant. 5.

44 Zie voor een uitwerking van de meest gangbare varianten F.A. Chorus & S. van Waegeningh, ‘In staat van ontbinding? De voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz’, *Arbeidsrecht* 2016/33 en D.M.A. Bij de Vaate & W.H.A.C.M. Bouwens, ‘Voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz’, *TRA* 2016/68. Bovendien kunnen ook in zaken waarbij het niet gaat om de rechtsgeldigheid van een ontslag op staande voet verschillende kolommen van procedures ontstaan. Een sprekend voorbeeld is een recente zaak waarin het gaat over de kwalificatie van een arbeidsovereenkomst en het hof zich de vraag stelt of een arbeidsovereenkomst, die mogelijk nooit zal bestaan, wel voorwaardelijk kan worden ontbonden (Hof Arnhem-Leeuwarden 17 november 2016, *Prg.* 2017/10).

45 M.a.w.: het is niet de bedoeling dat een rechter op de stoel van de hogere rechter gaat zitten.

46 R.o. 3.13.1.

47 Onderdeel 5.20.

Deze door de Hoge Raad aangebrachte beperking vereenvoudigt de problematiek van de voorwaardelijke ontbinding en is dan ook in lijn met de bedoeling van de wetgever om het ontslagrecht te vereenvoudigen en te dejuridiseren. Duidelijk is nu immers dat een ontbindingsverzoek, *voor het geval de arbeidsovereenkomst in hoger beroep wordt hersteld* (of voorwaarden van gelijke strekking), volgens de Hoge Raad door de kantonrechter moet worden afgewezen. Een ontbindingsverzoek kan in dit verband dan ook beperkt blijven tot de voorwaarde dat het ontslag op staande voet door de rechter van dezelfde aanleg wordt vernietigd.⁴⁸

Voor de praktijk is het van belang verder te kijken dan de vorengenoemde afbakening door de Hoge Raad, naar discussiepunten waarover hij zich niet of minder expliciet heeft uitgelaten. Wij werken enkele aspecten uit.

4.1 De herstelde arbeidsovereenkomst

In de eerste plaats noemen wij het feit dat de Hoge Raad in zijn onderbouwing niet is ingegaan op een veelgehoord bezwaar tegen een voorwaardelijk ontbindingsverzoek met het oog op herstel van de arbeidsovereenkomst. Dit betreft het bezwaar dat het moeilijk in te zien valt hoe een – ten tijde van het voorwaardelijk ontbindingsverzoek nog niet bestaande – als gevolg van een eventuele rechterlijke veroordeling tot herstel te sluiten nieuwe arbeidsovereenkomst toch alvast ontbonden kan worden.⁴⁹

De Hoge Raad heeft het vorenstaande bezwaar niet als extra argument gebruikt. De reden hiervoor is volgens ons dat de Hoge Raad hier niet aan is toegekomen, omdat hij een voorwaardelijke ontbinding door de kantonrechter met het oog op een veroordeling tot herstel in hoger beroep überhaupt niet toelaatbaar acht.

De A-G heeft zich wel nadrukkelijk gemengd in deze discussie.⁵⁰ Hij heeft allereerst overwogen dat naar zijn mening niet beslissend is 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. Ten aanzien van de identiteit van de herstelde arbeidsovereenkomst heeft de A-G overwogen dat een herstelde overeenkomst *geen* nieuwe overeenkomst is. Volgens hem is in de visie van de wetgever sprake van dezelfde overeenkomst. De A-G heeft ons er echter niet van overtuigd dat dit oordeel over de identiteit van de (al dan

niet met terugwerkende kracht) herstelde arbeidsovereenkomst het juiste is. Zo weerlegt hij bijvoorbeeld niet de wetshistorische argumenten waar Houweling⁵¹ op heeft gewezen. De zienswijze van de A-G is in onze ogen vooral pragmatisch. Wanneer de herstelde arbeidsovereenkomst als nieuwe overeenkomst zou worden aangemerkt, kan dat immers verschillende consequenties hebben.⁵²

Ook als de oorspronkelijke en de herstelde arbeidsovereenkomst als twee te onderscheiden overeenkomsten zijn op te vatten, zou ontbinding van de herstelde arbeidsovereenkomst op aan de oorspronkelijke overeenkomst te ontnemen gronden volgens de A-G niet zijn uitgesloten,

Een voorwaardelijke ontbinding, met het oog op een mogelijke herstelveroordeling in hoger beroep, moet niet worden aanvaard

nu beide overeenkomsten aan dezelfde arbeidsverhouding vormgeven. Wij zien, in het geval de herstelde arbeidsovereenkomst als een nieuwe arbeidsovereenkomst moet worden gekwalificeerd, echter niet in op welke grond deze herstelde arbeidsovereenkomst voorwaardelijk kan worden ontbonden.⁵³ Het is immers niet de *arbeidsverhouding* die wordt ontbonden, maar de *arbeidsovereenkomst*. Vanwege het belang voor de rechtspraak van de kwalificatie van de herstelde arbeidsovereenkomst is het jammer dat de Hoge Raad zich – zo nodig door een overweging ten overvloede – hierover niet heeft uitgesproken.

4.2 Vernietiging van de opzegging door het gerechtshof?

Indien het hof in hoger beroep oordeelt dat het verzoek van de werknemer tot vernietiging van de opzegging ten onrechte is afgewezen, kan het hof deze beslissing van de kantonrechter niet vernietigen.⁵⁴ Het hof kan de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen of aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen. Artikel 7:683 BW biedt het hof ook geen aanknopingspunten voor het vernietigen van de opzegging.⁵⁵ Opvallend is dan ook dat de Hoge Raad heeft overwogen dat het met de aan de appel- of verwijzingsrechter gegeven bevoegdheid onverenigbaar is dat de kantonrechter desverlangd de voorwaardelijk verzochte ontbinding van de arbeidsovereenkomst (ook) zou uitspreken voor het geval de appel- of verwijzingsrechter, anders dan de kantonrechter, het

48 Zie r.o. 3.13.1.

49 Zie voor de verschillende opvattingen hierover bijv. A.R. Houweling, 'Ken uw klassieken! Over de herstelveroordeling in de Wet werk en zekerheid', *AR Updates* 3 mei 2016; D.N.C. Doolaage & J.P. Quist, 'De voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ: is het einde nabij?', *TAP* 2016/135; P.G. Vestering & W.J.J. Wetzels, *Praktisch arbeidsprocesrecht onder de WWZ*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 57; 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, voetnoot 28; F.A. Chorus & S. van Waegeningh, 'In staat van ontbinding? De voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ', *Arbeidsrecht* 2016/33.

50 Vgl. onderdeel 5.19 van zijn conclusie.

51 A.R. Houweling, 'Ken uw klassieken! Over de herstelveroordeling in de Wet werk en zekerheid', *AR Updates* 3 mei 2016.

52 Idem voor een helder overzicht van deze consequenties.

53 D.N.C. Doolaage & J.P. Quist, 'De voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ: is het einde nabij?', *TAP* 2016/135, p. 13-14.

54 Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8339 en Hof Arnhem-Leeuwarden 22 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10426.

55 Zie voor de uitgangspunten, mogelijkheden en beperkingen van het hoger beroep onder de WWZ: D.M.A. Bij de Vaate, 'Ontslagprocesrecht: perikelen in hoger beroep sinds 1 juli 2015', *Arbeidsrecht* 2017/1.

op staande voet gegeven ontslag zou vernietigen.⁵⁶ Deze redenering gaat mank vanwege het feit dat het voor het hof überhaupt niet mogelijk is het ontslag te vernietigen. Herstel zou na die vernietiging in onze ogen ook overbodig zijn. Vooralsnog gaan wij er dan ook van uit dat de Hoge Raad hier de situatie heeft bedoeld waarin het hof, anders dan de kantonrechter, het op staande voet gegeven ontslag niet rechtsgeldig acht.

4.3 (Voorwaardelijke) ontbinding in hoger beroep?

Het is de vraag of de werkgever in hoger beroep (andermaal) een (voorwaardelijk) ontbindingsverzoek kan doen, voor het geval het hof, anders dan de kantonrechter, het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig acht en de werkgever opdraagt de arbeidsovereenkomst te herstellen. Volgens het Hof Amsterdam is dit mogelijk.⁵⁷ Het hof bepaalde dat de kantonrechter het voorwaardelijk ontbindingsverzoek terecht had afgewezen, omdat de voorwaarde niet was vervuld. Nadat de werkgever in hoger beroep zijn voorwaarde had gewijzigd⁵⁸ en opnieuw voorwaardelijke ontbinding had verzocht, heeft het hof de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk, voor het geval de werkgever te eniger tijd wordt veroordeeld deze te herstellen, ontbonden. De Hoge Raad heeft zich over een dergelijke voorwaardelijke ontbinding in hoger beroep niet specifiek uitgelaten. De toelaatbaarheid zou mogelijk kunnen worden afgeleid uit de opmerking van de Hoge Raad dat als voorwaarde kan 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 arbeidsovereenkomst te ontbinden).⁵⁹ De Hoge Raad heeft daarnaast overwogen dat met een voorwaardelijk ontbindingsverzoek de gevolgen (van het eventuele oordeel dat het op staande voet gegeven ontslag niet gerechtvaardigd was) in de *desbetreffende instantie* kunnen worden beperkt.⁶⁰ Volgens Van Zanten-Baris⁶¹ lijkt het erop dat de Hoge Raad met deze ruime formulering bedoelt aan te geven dat in *hoger beroep* wel ontbinding kan worden verzocht voor het geval de arbeidsovereenkomst moet worden hersteld.⁶²

Wij zijn echter van mening dat vorenstaande overwegingen geen basis bieden voor (een voorwaardelijke) ontbinding door het hof. Ten aanzien van de opmerking van de Hoge Raad over het vernietigen van de opzegging door *de rechter van dezelfde aanleg*, geldt dat het hof de opzegging niet kán vernietigen (zie par. 4.2). Met de rechter van dezelfde aanleg kan in onze optiek derhalve alleen de kantonrechter zijn bedoeld. De verwijzing naar het beperken van de gevolgen in de *desbetreffende instantie* betekent wat ons betreft evenmin dat in hoger beroep om voorwaar-

delijke ontbinding kan worden verzocht, omdat de wet daarvoor geen basis biedt. Artikel 7:671b BW bepaalt wie de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever kan ontbinden: de kantonrechter. Indien de kantonrechter het ontbindingsverzoek ten onrechte heeft afgewezen, volgt uit artikel 7:683 lid 5 BW dat de rechter in hoger beroep bepaalt op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst eindigt. Dit is niet hetzelfde als ontbinding ex artikel 7:671b BW.⁶³ Het is een constitutieve beslissing dat de arbeidsovereenkomst op enig moment eindigt.⁶⁴ Artikel 7:683 lid 5 BW verklaart artikel 7:671b BW bovendien niet geheel van overeenkomstige toepassing, maar slechts voor zover het gaat om de toekenning van een vergoeding. Dit betekent in onze ogen dat het hof niet de mogelijkheid heeft tot ontbinding over te gaan, dus ook niet voorwaardelijk voor het geval hij zelf de werkgever opdraagt tot herstel van de arbeidsovereenkomst.⁶⁵

Tegen deze vorenstaande uitleg kan worden ingebracht dat artikel 7:683 BW geen limitatieve opsomming geeft van de uitspraken die de rechter in hoger beroep kan doen. Het Hof 's-Hertogenbosch⁶⁶ en het Hof Amsterdam⁶⁷ hebben dat eerder al bepaald in andere situaties die door de wetgever niet onder ogen zijn gezien. Dit zou betekenen dat wij – evenals de in voetnoot 63 genoemde hoven – te veel waarde toekennen aan het ontbreken van het woordje 'ontbinding' in artikel 7:683 lid 5 BW.⁶⁸ Wij zien dit echter niet als een 'weeffout', maar als een bewuste keuze voor een nieuw wettelijk stramien in hoger beroep.

Mogelijk kan in hoger beroep wel worden verzocht om voorwaardelijk, voor het geval het hof herstel gelast, te bepalen op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst eindigt. Bij toewijzing van dit verzoek zou het hof de werkgever opdragen de arbeidsovereenkomst te herstellen, maar aan die overeenkomst zelf (tegelijkertijd) weer een einde maken. Wij menen dat dit niet wenselijk en bovendien ook niet noodzakelijk is. Zoals de A-G heeft overwogen, mag worden aangenomen dat als de appelrechter de werkgever tot herstel van de arbeidsovereenkomst veroordeelt, voor een ontbinding van de arbeidsovereenkomst geen ruimte was.⁶⁹ De appelrechter dient zich, alvorens een keuze te maken tussen herstel of een billijke vergoeding, er ook

56 R.o. 3.13.1.

57 Hof Amsterdam 25 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4282.

58 Art. 283 Rv staat het veranderen van het ontbindingsverzoek en/of de gronden daarvan toe.

59 Zie r.o. 3.13.1.

60 Zie r.o. 3.13.2.

61 In haar annotatie onder HR 23 december 2016, «JAR» 2017/19.

62 Ondubbeltzinnig is de overweging volgens haar niet.

63 Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2016, «JAR» 2016/300, m.nt. C.F.J. van Tuyll van Serooskerken, waarin door het hof is overwogen dat het geen verzoek tot ontbinding kan toewijzen, maar wel een tijdstip kan bepalen waarop de arbeidsovereenkomst eindigt. Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 25 april 2016, «JAR» 2016/146 en Hof 's-Hertogenbosch 2 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2160, waarin het verzoek tot ontbinding door de hoven werd verstaan als een verzoek tot bepaling van het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst eindigt.

64 Vgl. W.J.J. Wetzels & P.G. Vestering, 'Arbeidsprocesrecht', in: A.R. Houweling, P.G. Vestering & W.A. Zondag, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematische Deel II*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2016, p. 3071.

65 Wij kunnen ons dan ook niet vinden in de eerdergenoemde door het Hof Amsterdam uitgesproken voorwaardelijke ontbinding.

66 Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 2016, «JAR» 2016/76.

67 Hof Amsterdam 28 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2506.

68 Zoals C.F.J. van Tuyll van Serooskerken schrijft in zijn noot onder Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2016, «JAR» 2016/300.

69 Onderdeel 5.20.

rekschap van te geven of er ruimte voor ontbinding was, althans als de werkgever zich daarop heeft beroepen.⁷⁰ In het geval het hof in plaats van herstelveroordeling een billijke vergoeding toekent, zal bij de hoogte van deze billijke vergoeding bovendien een rol spelen dat de arbeidsovereenkomst bij het achterwege laten van de gebrekkige beëindiging later rechtsgeldig had kunnen worden beëindigd, zodat de vergoeding lager zal uitvallen.⁷¹

4.4 Hoger beroep na vernietiging opzegging en ontbinding arbeidsovereenkomst

Tot slot nog enkele opmerkingen over de situatie, waarin (1) het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet is toegewezen, (2) de kantonrechter (tegelijktijd) de arbeidsovereenkomst heeft ontbonden en (3) het hof van oordeel is dat het verzoek van de werknemer om de opzegging te vernietigen ten onrechte is toegewezen. Het hof bepaalt in deze situatie (ex art. 7:683 lid 6 BW) op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst eindigt. Dit kan niet met terugwerkende kracht. Evenmin is het mogelijk een vernietigde opzegging in hoger beroep te vernietigen.⁷² Dit betekent dat de arbeidsovereenkomst niet op de datum van het ontslag op staande voet eindigt en de werkgever in beginsel gehouden is de werknemer het loon te betalen. Het Hof Den Haag⁷³ vernietigde in deze situatie – met uitzondering van de vernietiging van de opzegging – de beschikking van de kantonrechter, waarmee eveneens de uitgesproken ontbinding kwam te vervallen. Het hof bepaalde vervolgens het einde van de arbeidsovereenkomst op dezelfde datum als die waarop de kantonrechter de arbeidsovereenkomst had ontbonden.⁷⁴ Bij de Vaate en Bouwens⁷⁵ hebben in dit verband terecht opgemerkt dat het hof de ontbindingsbeschikking in stand had moeten laten en het vanwege deze eerdere ontbinding niet nogmaals een einddatum hoefde te bepalen. Alleen wanneer tegen de

uitsproken ontbinding was gegriefd en het hof zich (ook) met die ontbinding niet had kunnen verenigen, had het een nieuwe einddatum moeten bepalen.⁷⁶

Het vorenstaande laat zien dat een werkgever ook belang kan hebben bij een (voorwaardelijke) ontbinding door de kantonrechter met het oog op de situatie waarin het hof het ontslag op staande voet – in tegenstelling tot de kantonrechter – terecht acht.⁷⁷ Indien de kantonrechter het ontslag op staande voet vernietigt, heeft de werkgever, gelet op de periode van loondoorbetaling, vaak meer aan deze ontbinding dan aan het latere oordeel van de appelrechter dat het ontslag op staande voet tóch gerechtvaardigd was.⁷⁸ Dit klemt temeer, nu twijfel bestaat over de toepasbaarheid door de appelrechter van de loonmatiging ex artikel 7:680a BW, zo heeft ook de A-G benoemd.⁷⁹

5. Bewijsrecht

Het laatste te behandelen thema betreft het bewijsrecht. In zijn conclusie overwoog A-G Keus te dien aanzien dat de wetgever het aan de rechter heeft 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 aangetekend dat het bewijsrecht in de regel

Een werkgever kan ook belang hebben bij een (voorwaardelijke) ontbinding door de kantonrechter voor het geval het hof het ontslag op staande voet wel terecht acht

toepassing zal missen, maar dat de rechter, bijvoorbeeld in complexe zaken, anders kan oordelen (dus nee, tenzij).⁸⁰ De A-G adviseerde de Hoge Raad niet al te zeer afstand te nemen van het uit de wetsgeschiedenis blijkende standpunt omtrent de toepasselijkheid van het bewijsrecht en om in plaats daarvan de beoordelingsvrijheid van de rechter te benadrukken.⁸¹

De Hoge Raad oordeelde echter anders, waarbij in de eerste plaats redengevend is dat de wetsgeschiedenis geen duidelijk antwoord geeft op de vraag of ook naar geldend recht de rechter in een ontbindingsprocedure (niet) aan de wettelijke bewijsregels gebonden is. De Hoge Raad haalde

70 Zie bijv. ook Hof Arnhem-Leeuwarden 17 november 2016, *Prg.* 2017/10, waarin het hof bij zijn afweging rekening heeft gehouden met de actuele stand van zaken.

71 Zie hierover ook W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate, 'Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht', *ARBAC* april 2015 en voor een bespreking van recente jurisprudentie C.J. Frikkee & M.E. Smorenburg, 'Billijke vergoeding in hoger beroep', *Arbeidsrecht* 2017/2.

72 Dan zou de opzegging herleven, wat per saldo zou neerkomen op een (door het nieuwe stelsel niet beoogde) einddatum in het verleden, aldus de memorie van toelichting (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 120). Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 8 december 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5466, waarin het hof heeft overwogen dat het niet de beslissing van de kantonrechter tot vernietiging van de opzegging kan vernietigen, maar *hooguit* een datum kan bepalen waarop de arbeidsovereenkomst alsnog eindigt.

73 Hof Den Haag 23 februari 2016, «*JAR*» 2016/92, m.nt. C.G.M. Fruytier, die opmerkt dat de door het hof gekozen weg niet alleen wetstechnisch, maar ook gelet op de ratio achter die wetgeving, niet juist is.

74 Vgl. voor het – met terugwerkende kracht – wijzigen van de ontbindingsdatum door de appelrechter: Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 2016, «*JAR*» 2016/76.

75 D.M.A. Bij de Vaate & W.H.A.C.M. Bouwens, 'Voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ', *TRA* 2016/68, voetnoot 12 en D.M.A. Bij de Vaate, 'Ontslagprocesrecht: perikelen in hoger beroep sinds 1 juli 2015', *Arbeidsrecht* 2017/1.

76 Deze situatie, waarin het hof wél het ontslag op staande voet gerechtvaardigd acht, maar niet de uitgesproken ontbinding, zal zich vermoedelijk niet zo snel voordoen. Maar het kan wel: wanneer de verzoeken zijn gegrond op andere feiten en omstandigheden.

77 Wij gaan in deze bijdrage niet in op de vraag welk belang een werkgever nog heeft bij het instellen van hoger beroep tegen vernietiging van de opzegging, op het moment dat de arbeidsovereenkomst al (voorwaardelijk) ontbonden is. Vgl. hiervoor D.M.A. Bij de Vaate, 'Ontslagprocesrecht: perikelen in hoger beroep sinds 1 juli 2015', *Arbeidsrecht* 2017/1.

78 Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 8 juni 2016, *RAR* 2016/134 en Hof 's-Hertogenbosch 7 juli 2016, *Prg.* 2016/223.

79 Zie daarvoor onderdeel 5.16 van zijn conclusie.

80 Zie conclusie A-G, onderdeel 5.24. Zie over dit onderwerp ook onderdeel 3.12.

81 Conclusie A-G, onderdeel 5.26.

in dit verband een tweetal citaten aan, die niet volledig met elkaar stroken. Om die reden komt aan de wetsgeschiedenis slechts een beperkte betekenis toe. Dat bracht de Hoge Raad tot de conclusie dat, gelet op artikel 284 lid 1 Rv, als uitgangspunt moet worden aanvaard dat de wettelijke bewijsregels van overeenkomstige toepassing zijn in (voorwaardelijke⁸²) ontbindingsprocedures. In de regel kan niet worden gezegd dat de aard van de zaak zich hiertegen verzet (de in voornoemd artikel genoemde uitzondering).⁸³ De rechter mag, na afweging van de belangen van partijen, oordelen dat, wanneer in de ontslagzaak bewijslevering nodig is, al wel een beslissing op het ontbindingsverzoek kan worden genomen. In dat geval mag de rechter de wettelijke bewijsregels in de ontbindingszaak buiten toepassing laten, maar dat oordeel dient wel te worden gemotiveerd.⁸⁴

Uit het voorgaande volgt dat het ‘nee, tenzij’ dat veelal, ook door de A-G, uit de wetsgeschiedenis werd afgeleid, plaatsmaakt voor een ‘ja, tenzij’.⁸⁵ Als uitgangspunt geldt dat het wettelijk bewijsrecht ook in de ontbindingsprocedure van toepassing is. De rechter mag daar evenwel gemotiveerd van afwijken. Indien de rechter dat doet, maar in de ontslagzaak wel tot bewijslevering besluit, betekent dat niet automatisch dat daardoor een onevenredige vertraging in de ontbindingszaak bestaat en dat op die grond kan worden afgeweken van het uitgangspunt van gelijktijdige behandeling en beslissing. Wanneer een afweging van de wederzijdse belangen daar aanleiding toe geeft, kan de rechter wel al eerder een beslissing in de ontbindingsprocedure geven. Daarvoor is dan wel nodig dat de rechter heeft vastgesteld dat anders sprake is van een onevenredige vertraging van die procedure.⁸⁶

6. Resumé

Welke regels kunnen uit de beslissing van de Hoge Raad worden afgeleid? Wanneer het voorgaande, kort samengevat, op een rij wordt gezet, leidt dat tot de volgende

handvatten (voor de praktijk):

- Een voorwaardelijk ontbindingsverzoek na een gegeven ontslag op staande voet is ook onder de WWZ mogelijk. De verzoekende partij is ontvankelijk, tenzij processuele gronden daaraan in de weg staan.
- Een werkgever heeft een rechtens te respecteren belang bij een voorwaardelijk ontbindingsverzoek voor het geval de kantonrechter het ontslag op staande voet vernietigt.
- Wanneer een voorwaardelijk ontbindingsverzoek is ingediend, maar de werknemer nog niet om vernietiging van de opzegging heeft verzocht, dient de behandeling van het ontbindingsverzoek te worden aangehouden totdat de vervaltermijn van twee maanden is verstreken. Wanneer de werknemer binnen de vervaltermijn niet alsnog om vernietiging verzoekt, kan het voorwaardelijk ontbindingsverzoek buiten behandeling blijven.
- Uitgangspunt is dat het verzoek tot vernietiging van de opzegging en het (voorwaardelijk) ontbindingsverzoek gelijktijdig door dezelfde rechter worden behandeld en beslist.
- Bij het uitgangspunt van gelijktijdige behandeling maakt het geen verschil of aan het verzoek tot ontbinding dezelfde dan wel (ook) andere feiten en omstandigheden ten grondslag zijn gelegd als aan het ontslag op staande voet.
- Indien het vernietigingsverzoek van de werknemer wordt afgewezen, kan de arbeidsovereenkomst – bij gelijktijdige beslissing – niet worden ontbonden. Het daarop gerichte verzoek van de werkgever dient dan buiten behandeling te blijven indien het voorwaardelijk was ingediend en een onvoorwaardelijk verzoek dient – bij gebrek aan belang – te worden afgewezen.
- Indien het vernietigingsverzoek van de werknemer wordt toegewezen, kan de arbeidsovereenkomst – bij gelijktijdige beslissing – uitsluitend onvoorwaardelijk worden ontbonden.
- Voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst is uitsluitend mogelijk in de situatie waarin geen gelijktijdige afdoening plaatsvindt. Dat is aan de orde in het geval de ontslagzaak wordt aangehouden (bijvoorbeeld voor bewijslevering) en aanhouding van de ontbindingszaak tot een onevenredige vertraging zou leiden.
- De voorwaardelijk uitgesproken ontbinding heeft alleen dan effect wanneer de voorwaarde waaronder zij is verzocht (dat de rechter het ontslag op staande voet niet gerechtvaardigd acht) intreedt. Dus alleen indien de opzegging uiteindelijk niet rechtsgeldig wordt geacht, heeft de ontbinding effect.
- Het enkele feit dat in de ontslagzaak tot bewijslevering wordt besloten, betekent nog niet dat een daarmee samenhangende aanhouding van de ontbindingszaak een onevenredige vertraging oplevert. De feitenrechter dient hier de belangen van partijen af te wegen.
- In het geval het verzoek tot vernietiging van de opzegging en het verzoek tot ontbinding van de arbeidsover-

82 De Hoge Raad overwoog dat de wettelijke bewijsregels in beginsel van overeenkomstige toepassing zijn in ontbindingsprocedures ‘als hier bedoeld’. De vraag rijst of de Hoge Raad zich daarmee wenst te beperken tot voorwaardelijke ontbindingsprocedures of dat zijn beslissing ziet op ontbindingsprocedures in het algemeen. Zie hierover K. Teuben in haar commentaar op de beslissing van de Hoge Raad op *Cassatieblog* 2017-6 van 12 januari 2017 (www.cassatieblog.nl).

83 R.o. 3.18.

84 Aldus volgt uit r.o. 3.19.

85 Zoals reeds door Jansen was bepleit. Zie 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, p. 5. Zie over de toepassing van het bewijsrecht onder de WWZ ook E.T. Visser, ‘De verzoekschriftprocedure in de WWZ, een onderzoek’, *TAP* 2016/265, p. 17 e.v. Ook Vestering en Wetzels hebben een oproep gedaan voor het ruimhartig toestaan van bewijslevering in verzoekschriftprocedures onder de WWZ, vooral vanwege het grote belang van waarheidsvinding. Bovendien kan een behandeling in eerste aanleg waarbij bewijslevering wordt toegestaan, mogelijk een procedure in hoger beroep voorkomen. P.G. Vestering & W.J.J. Wetzels, *Praktisch arbeidsprocesrecht onder de WWZ*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 50.

86 Zie daarover ook par. 3.

eenkomst bij verschillende kantonrechters aanhangig zijn, kan artikel 285 Rv toepassing vinden.

- Voorwaardelijke ontbinding, met het oog op een mogelijke herstelveroordeling in hoger beroep, is niet toegestaan. Een daarop gericht verzoek dient door de kantonrechter te worden afgewezen.
- Een werkgever kan met het oog op een andersluidend oordeel in hoger beroep belang hebben bij een (voorwaardelijke) ontbinding door de kantonrechter, te weten in het geval het hof het ontslag op staande voet – in tegenstelling tot de kantonrechter – terecht acht.
- Het wettelijk bewijsrecht is in beginsel van toepassing in (voorwaardelijke) ontbindingsprocedures. Afwijking van dit uitgangspunt is, na afweging van de belangen van partijen, mogelijk, maar dient door de rechter te worden gemotiveerd.

7. Afronding

In ons eerdergenoemde artikel schreven wij dat, nu de wetgever de onderhavige materie niet heeft geregeld, het (weer) aan de Hoge Raad is de knoop door te hakken. Dat heeft de Hoge Raad inmiddels gedaan. Hoewel de beslissing op onderdelen ook anders had kunnen uitpakken, kan naar onze mening wel worden gezegd dat de Hoge Raad (veel meer) duidelijkheid heeft gecreëerd. Wij verwijzen daarvoor in het bijzonder naar de in paragraaf 6 genoemde (vuist)regels en onderschrijven op grond daarvan de stelling van Van Zanten-Baris, dat het erop lijkt dat de Hoge Raad binnen de grenzen van de WWZ het maximale uit de voorwaardelijke ontbinding heeft willen halen en de praktijk daarmee zo veel als mogelijk tegemoet heeft willen komen.⁸⁷

Hoewel het (voorwaardelijk) ontbindingsverzoek nog steeds kan worden gedaan, kan zij – zoals de Hoge Raad ook uitdrukkelijk overwoog⁸⁸ – thans op beperktere schaal dan voorheen worden toegewezen, namelijk alleen onder de voorwaarde dat in dezelfde instantie zou worden geoordeeld dat het ontslag op staande voet niet terecht is gegeven. Door die beperking wordt het verlenen van ontslag op staande voet een risicovollere exercitie dan voorheen. Wanneer de kantonrechter ten aanzien van de opzegging in het voordeel van de werkgever beslist, bestaat altijd de kans dat het hof anders aankijkt tegen de vraag of de opzegging rechtsgeldig was. Voor die situatie kan echter

geen voorwaardelijke ontbinding worden verzocht.

En hoewel er nu meer duidelijkheid is, zijn nog steeds niet alle vraagpunten opgehelderd, met name voor wat betreft de situatie in hoger beroep.⁸⁹ Het laatste woord over de (mogelijke) procedures na een ontslag op staande voet is dus nog niet gezegd.

Voor wat betreft toekomstige beslissingen in WWZ-zaken is nog van belang op te merken dat de Hoge Raad in r.o. 3.6.1 en 3.6.2 van de uitspraak van 23 december 2016 uitdrukkelijk aandacht heeft besteed aan de vernieuwing van het ontslagrecht per 1 juli 2015 en de doelstellingen (met name vereenvoudiging, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid⁹⁰) die daaraan ten grondslag liggen. Verderop in de beslissing heeft de Hoge Raad niet minder dan vijfmaal naar voornoemde rechtsoverwegingen en de aldaar genoemde uitgangspunten verwezen.⁹¹ Daaruit kan worden afgeleid dat de Hoge Raad daaraan veel waarde toekent, hetgeen mogelijk een indicatie kan zijn voor de uitgangspunten die ook in toekomstige zaken gelden.



Over de auteurs

Mr. D.N.C. Doolaeghe is advocaat bij Adriaanse van der Weel Advocaten te Middelburg.



Mr. dr. J.P. Quist is advocaat bij Olie & De Jonge Advocaten te Goes en tevens universitair docent bij de sectie Arbeidsrecht van de Erasmus School of Law.

87 Zie haar annotatie onder «JAR» 2017/19.

88 Zie r.o. 3.13.2.

89 Zoals wij beschreven in par. 4.

90 De doelstelling 'dejuridisering' wordt door de Hoge Raad niet genoemd, hetgeen in het kader van de (voorwaardelijke) ontbinding na een ontslag op staande voet niet onlogisch is, nu juist een van de aangevoerde principiële bezwaren tegen de voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ luidt dat dit niet goed te rijmen is met de belangrijkste pijlers van de WWZ, waaronder dejuridisering. Zie voetnoot 8.

91 Zie r.o. 3.6.3, 3.7.2, 3.9.2, 3.11, alsmede r.o. 3.13.1.