

135. De voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ: is het einde nabij?

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

Over de praktische uitwerking van het nieuwe ontslagrecht zijn reeds voorafgaand aan de inwerkingtreding op 1 juli 2015, maar ook daarna diverse vragen naar boven gekomen. Vragen waarop zeker niet steeds een antwoord te vinden is in de bij de Wet werk en zekerheid (WWZ) behorende parlementaire stukken. Een van de opgekomen (discussie)punten betreft de vraag of het thans nog mogelijk is om na een verleend ontslag op staande voet een zogenoemd voorwaardelijk ontbindingsverzoek bij de kantonrechter in te dienen. Over het antwoord op die vraag wordt niet alleen in de literatuur, maar ook in de rechtspraak verschillend gedacht. Dit artikel beoogt de diverse standpunten en vooral de daaraan ten grondslag gelegde argumenten in kaart te brengen, om uiteindelijk te bepalen welke richting de juiste is.

1. Inleiding

Waar onder het voorafgaand aan 1 juli 2015 geldende recht door geen enkele jurist eraan werd getwijfeld dat het indienen van een voorwaardelijk ontbindingsverzoek¹ na een verleend ontslag op staande voet tot het 'juridisch instrumentarium' behoorde, is dit onder het sinds deze datum geldende recht bepaald anders. Het voorwaardelijk ontbindingsverzoek houdt al geruime tijd de juridische gemoederen bezig. Zowel in de literatuur als in de rechtspraak zijn daarbij verschillende kampen te onderscheiden.² Door sommigen wordt de vraag of het indienen van een voorwaardelijk ontbindingsverzoek nog mogelijk is bevestigend beantwoord, anderen daarentegen zijn van oordeel dat dit niet (langer) mogelijk is, althans dat dat niet zonder meer mogelijk is. De gebruikte argumenten zijn echter niet steeds dezelfde.

In deze bijdrage wordt een overzicht geschetst van de verschillende opvattingen en de argumenten die door de voor- en tegenstanders worden ingenomen. Voordat daarop wordt ingegaan, zal in paragraaf 2 aandacht worden besteed aan de situatie zoals die vóór 1 juli 2015 gold. Op basis van welke overwegingen werd het voorwaardelijk

ontbindingsverzoek na een verleend ontslag op staande voet voorheen toegestaan? In het kader van deze bijdrage is het ook zinvol dat in kaart te brengen. Vervolgens zal op de huidige discussie worden ingegaan, waarbij de literatuur in paragraaf 3 aan bod komt. De na 1 juli 2015 op dit punt gewezen rechtspraak komt aan de orde in paragraaf 4. Dit artikel stopt niet bij een beschrijving van de discussie zoals die tot dusverre is gevoerd, maar zal ook antwoord proberen te geven op de vraag of de voorwaardelijke ontbinding nog mogelijk is of dat dit 'instrument' in de kast met 'juridische relieken' moet worden (bij)gezet.³ In paragraaf 5 zal hierop worden ingegaan. Paragraaf 6, ten slotte, bevat enkele afrondende opmerkingen.

2. Voorwaardelijke ontbinding vóór 1 juli 2015

Tussen werkgever en werknemer kan discussie ontstaan over het antwoord op de vraag of (nog) sprake is van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW.

1 Diverse auteurs hebben beschreven dat de term 'voorwaardelijke ontbinding' niet correct is. Zie bijv. S.F. Sagel, 'Bijzondere ontbindingen: voorzover vereist, onder voorwaarde(n) of met vergoeding onder voorwaarde(n). Deel 1', *ArbeidsRecht* 2002/24, p. 25, maar ook – meer recent – Van der Grinten/W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 453 en W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate, 'Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht', *ARBAC* april 2015, voetnoot 1.

2 Zie ook R.L. van Heusden in zijn annotatie onder Ktr. Amsterdam 3 november 2015, «JAR» 2015/301.

3 Wij gaan met name in op de vraag of voorwaardelijke ontbinding na een verleend ontslag op staande voet nog mogelijk is en niet tevens op andere daarmee verband houdende aspecten, zoals de vraag of de zogenoemde switch nog mogelijk is (zie daarover P.J. Jansen, 'Ontslag op staande voet en de Wet werk en zekerheid: is er nog plaats voor een kort geding, voorwaardelijke ontbinding, bewijslevering en een switch?', *TAP* 2015/2, 59, p. 8-9) en de opeisbaarheid van een eventueel aan de werknemer toe te kennen vergoeding. Daarvoor verwijzen wij naar 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. 836-837, P.G. Vestering & W.J.J. Wetzels, *Praktisch arbeidsprocesrecht onder de WWZ*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 5, W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate, 'Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht', *ARBAC* april 2015, alsmede de noot van M.W. Koole onder «JAR» 2015/217.

Onder het oude recht was dat niet anders. Een dergelijke situatie deed zich voorheen bijvoorbeeld voor wanneer de werknemer vanwege een dringende reden op staande voet was ontslagen en hij (binnen de in art. 9 lid 3 BBA (oud) genoemde termijn van zes maanden) de vernietiging van de opzegging inriep. De (buitengerechtelijke) vernietiging had terugwerkende kracht (vgl. art. 3:53 lid 1 BW), zodat de opzegging geacht werd niet te hebben plaatsgevonden. Wanneer de werknemer wedertewerksstelling en loonbetaling vorderde, reageerde de werkgever in veel gevallen met een voorwaardelijk ontbindingsverzoek (ook wel ontbindingsverzoek voor zover vereist genoemd), waarin de kantonrechter – vaak op dezelfde gronden als waar het ontslag op staande voet was gebaseerd – werd verzocht de arbeidsovereenkomst, voor zover die niet door de opzegging reeds rechtsgeldig was beëindigd, te ontbinden. De gedachte hierachter was het beperken van het risico van de werkgever dat over een lange periode loon moest worden betaald, indien uiteindelijk, mogelijk pas na diverse instanties, zou worden geoordeeld dat het ontslag op staande voet toch niet rechtsgeldig gegeven was. De periode waarover in een dergelijke situatie loon was verschuldigd, was – bij een toegewezen ontbindingsverzoek – beperkt tot de datum waartegen de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter was ontbonden.⁴

De discussie over het wel of niet bestaan van een arbeidsovereenkomst speelde overigens niet uitsluitend na een verleend ontslag op staande voet, maar kon ook aan de orde zijn bij de vraag of de arbeidsovereenkomst wel of niet met wederzijds goedvinden is beëindigd,⁵ of bij een proeftijdontslag wel sprake is van een rechtsgeldig overeengekomen proeftijdbeding,⁶ of de werknemer ex art. 7:662 BW bij een overgang van onderneming naar een andere werkgever is overgegaan⁷ dan wel de vraag of sprake is van ontslagname door de werknemer.⁸ Ook in dergelijke gevallen was het mogelijk een voorwaardelijk ontbindingsverzoek in te dienen.⁹

De voorwaardelijke ontbinding is halverwege de jaren zeventig van de vorige eeuw opgekomen, voornamelijk als veiligheidsnet (voor de werkgever) na een verleend ontslag op staande voet.¹⁰ Ook destijds werd verschillend gedacht over de toelaatbaarheid van dit fenomeen, ook in de rechtspraak.¹¹ Uiteindelijk heeft de Hoge Raad de knoop moeten doorhakken. Het meest expliciet deed hij dat in zijn beschikking van 21 oktober 1983 (*Nijman/X*).¹²

Nijman/X

In de procedure die tot deze uitspraak leidde, had de rechtbank (in hoger beroep) geoordeeld dat er geen plaats is voor een verzoek van de werkgever tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de voet van (destijds) art. 1639w BW, wanneer dit verzoek gebaseerd is op dezelfde feiten als een eerder 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 gaat om de vraag of de werknemer zich nu wel of niet aan de feiten, waar het ontslag op staande voet en het ontbindingsverzoek op zijn gebaseerd, schuldig heeft gemaakt.

De Hoge Raad vernietigde dit oordeel van de rechtbank. De Hoge Raad legde aan zijn beslissing ten grondslag dat het effect van het verleende ontslag op staande voet onzeker is, omdat de werknemer binnen de in het (destijds geldende) BBA genoemde termijn, de nietigheid van het ontslag kon inroepen. Het kan, zo voegde de Hoge Raad toe, geruime tijd duren voordat op dit punt bij een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke uitspraak zekerheid is verkregen. Om die reden mag er (in de woorden van de Hoge Raad):

“(…) van worden uitgegaan dat de werkgever er in het algemeen een gerechtvaardigd belang bij heeft om in zodanig geval voorwaardelijke 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 gegeven ontslag op staande voet.”

De Hoge Raad voegde hier nog aan toe dat geen rechtsregel zich verzet tegen een dergelijke gang van zaken en ook hoeven de door de rechtbank genoemde omstandigheden

4 Vgl. hierover o.a. C.M. Jakimowicz & V. Disselkoen, 'Procedurele aspecten van ontslag op staande voet', *Arbeid Integraal* 2007/2, p. 113 e.v., J. Dop & L.H. van den Heuvel, *Handboek ontslagrecht*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2008, p. 118, C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 463, J. van Drongelen, S. Klingeman & A.D.M. van Rijs, *Het ontslagrecht in de praktijk*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 64-65 en P.G. Vestering, 'Ontbinding', in: C.J. Loonstra & W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch Deel 1*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p. 1457. Wel moest eventueel ook nog een ontbindingsvergoeding aan de werknemer worden betaald. Vgl. daarover F.G. Laagland, 'Het procedurele mijnenveld van het ontslag op staande voet', *ArA* 2015 (9) 4, p. 49.

5 Zie hiervoor – en voor andere voorbeelden – o.a. C.J. Loonstra, *Het bereik van de ontbindingsprocedure ex art. 7:685 BW*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997, p. 24-25.

6 C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 465.

7 P.G. Vestering, 'Ontbinding', in: C.J. Loonstra & W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch Deel 1*, Den Haag: Sdu 2014, p. 1457.

8 Van der Grinten/W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 452.

9 Vgl. P.G. Vestering & W.J.J. Wetzels, *Praktisch arbeidsprocesrecht onder de*

WWZ, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 54. Zie ook 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. 835, alsmede W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate, 'Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht', *ARBAC* april 2015.

10 S.F. Sagel, 'Bijzondere ontbindingen: voorzover vereist, onder voorwaarde(n) of met vergoeding onder voorwaarde(n). Deel 1', *Arbeidsrecht* 2002/24, p. 24, alsmede W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate, 'Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht', *ARBAC* april 2015.

11 Vgl. S.W. Kuip, *Ontslagrecht met bijzondere aandacht voor de dringende redenen*, Deventer: Kluwer 1993, p. 143 e.v. Zie ook 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. 829 en 830.

12 *NJ* 1984/296, m.nt. P.A. Stein. Zie ook HR 3 december 1982, *NJ* 1983/182, m.nt. P.A. Stein.

(die erop neerkomen dat in beide tussen de werkgever en werknemer aanhangige procedures over dezelfde feiten c.q. over dezelfde vraag moet worden beslist) niet aan toewijsbaarheid van een voorwaardelijk ontbindingsverzoek in de weg te staan. 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*”. Ook de kans op tegenstrijdige beslissingen leverde naar het oordeel van de Hoge Raad onvoldoende grond op voor de door de rechtbank aangenomen beperking. De Hoge Raad wees in dit verband op het verschil in aard van de beide procedures, waaruit volgt dat de vaststelling en weging van de feiten niet op dezelfde wijze geschiedt.¹³

Door dit oordeel was duidelijk dat een voorwaardelijk ontbindingsverzoek na een verleend ontslag op staande voet mogelijk was, ook indien aan dat verzoek dezelfde feiten ten grondslag waren gelegd als waarop de opzegging van de arbeidsovereenkomst was gebaseerd.¹⁴

Opzegging voor zover vereist

In het tot 1 juli 2015 geldende recht was het ook mogelijk dat de werkgever geen voorwaardelijk ontbindingsverzoek bij de kantonrechter indiende, maar het UWV verzocht om voor zover vereist een ontslagvergunning te verlenen,

Het meest wezenlijke argument betreft dat aanvaarding van de voorwaardelijke ontbinding niet goed te rijmen is met twee van de belangrijkste pijlers van de WWZ

waarmee de werkgever vervolgens de arbeidsovereenkomst kon opzeggen.¹⁵ Deze mogelijkheid bestaat na 1 juli 2015 nog steeds, maar is wel beperkt, nu de werkgever – anders dan voorheen – niet meer vrijelijk kan kiezen of hij de route van ontbinding door de kantonrechter dan wel de opzegging met door het UWV verleende toestemming neemt. Onder de WWZ is de ontslagroute wettelijk voorgeschreven. Het zal bij een ontslag op staande voet zo goed als altijd gaan om gevallen als bedoeld in art. 7:669 lid 3 sub d, sub e en/of sub g BW.¹⁶ Art. 7:671b lid 1 aanhef

en sub a BW schrijft in die gevallen ontbinding door de kantonrechter voor. Wanneer sprake is van ontslag wegens bedrijfseconomische redenen of langdurige arbeidsongeschiktheid van de werknemer, zal het UWV voorwaardelijk om toestemming voor opzegging kunnen worden verzocht. Over het algemeen wordt aangenomen dat deze optie onder het huidige recht nog steeds ook ‘voorwaardelijk’ mogelijk is.¹⁷

Op de vraag of dat ook geldt voor de voorwaardelijke ontbinding zal thans worden ingegaan. Daarbij zal eerst aandacht worden besteed aan de op dit punt verschenen literatuur, waarna de rechtspraak (in paragraaf 4) aan bod zal komen.

3. Discussie in de literatuur

Wanneer de literatuur wordt bestudeerd valt allereerst op dat er geen schrijvers zijn die zonder meer betogen dat een voorwaardelijke ontbinding na een verleend ontslag op staande voet in het geheel niet meer mogelijk is. Wel zijn er schrijvers die bedenkingen hebben en vraagtekens plaatsen. Barentsen en Sagel hebben in hun (laatste) *NJB*-kroniek uiteengezet dat er sterke argumenten zijn om de rechtsfiguur van de voorwaardelijke ontbinding niet langer toelaatbaar te achten.¹⁸ Het meest wezenlijke argument betreft dat aanvaarding van dat leerstuk niet goed te rijmen is met twee van de belangrijkste pijlers van de WWZ, te weten vereenvoudiging en dejuridisering van het ontslagrecht. Wanneer de voorwaardelijke ontbinding wordt toegestaan kunnen twee ontslagprocedures (één over het ontslag op staande voet en de ander over de voorwaardelijke ontbinding) naast elkaar lopen, die beide tot aan de Hoge Raad en terug gevoerd kunnen worden en die over en weer tot allerlei complicaties aanleiding kunnen geven.¹⁹ Meer recent nog wierp Sagel de vraag op of de voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ – door de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie – niet tot “complexiteit in het kwadraat” leidt, terwijl de wetgever veeleer vereenvoudiging en dejuridisering beoogde.²⁰

Geen snelle zekerheid

Dat de ontbindingsprocedure een reguliere ontslagrechtelijke procedure is geworden, met bewijslevering, hoger beroep en cassatie, welke procedure net zolang kan duren als de procedure over de rechtsgeldigheid van het voorgaande ontslag op staande voet, is voor Barentsen en Sagel een argument geweest om te betogen dat de uitspraak in de zaak *Nijman/X* niet kan dienen als onderbouwing voor de aanvaardbaarheid van een voorwaardelijke ontbinding in het nieuwe systeem.²¹ In die uitspraak werd, zo is in paragraaf

13 Annotator Stein noemde de mogelijkheid van tegenstrijdige beslissingen een onvermijdelijke consequentie van het systeem.

14 Onder het oude recht werd in de regel (primair) ontbinding op grond van een dringende reden verzocht. Wanneer de arbeidsovereenkomst op die grond werd ontbonden, kon de kantonrechter aan de werknemer geen vergoeding toekennen, zo volgde uit art. 7:685 lid 8 (oud) BW. De kantonrechter wees het voorwaardelijk ontbindingsverzoek in de regel niet toe op grond van een dringende reden (die beoordeling werd vaak overgelaten aan de rechter in de procedure over het ontslag op staande voet), maar wel op grond van veranderingen in de omstandigheden, aldus 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.

15 Zie over deze mogelijkheid C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 467.

16 Vgl. ook O. van der Kind, ‘Ontslag op staande voet onder de Wwz’,

ArbeidsRecht 2014/58, p. 57.

17 E. Verhulp, *T&C Arbeidsovereenkomst*, art. 7:671b BW, aant. 5 en W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate, ‘Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht’, *ARBAC* april 2015.

18 B. Barentsen & S.F. Sagel, ‘Kroniek sociaal recht’, *NJB* 2015-35, p. 2498.

19 *Idem*, p. 2499-2500.

20 S.F. Sagel, ‘Wwz: pas toe en leg uit!’, *TRA* 2016/1, p. 1.

21 B. Barentsen & S.F. Sagel, ‘Kroniek sociaal recht’, *NJB* 2015-35, p. 2498-

2 uiteengezet, aangenomen dat onder andere de snelle door de werkgever te verkrijgen zekerheid een voorwaardelijke ontbindingsprocedure rechtvaardigde. Die snelle zekerheid kan nu, zo komt hieronder nader aan de orde, niet worden verkregen. In het kader van de snelheid van de procedure is nog van belang dat in de literatuur (eveneens) geen consensus bestaat over het antwoord op de vraag of het bewijsrecht in de ontbindingsprocedure nieuwe stijl van toepassing is.²² Voor het geval het reguliere bewijsrecht wel uitgangspunt wordt in de ontbindingsprocedure schreef Van Heusden dat dit, afgaande op de overwegingen uit *Nijman/X*, een belangrijke ‘sta-in-de-weg’ zou kunnen zijn voor de voorwaardelijke ontbinding.²³

Barentsen en Sagel wezen er in dit kader op dat in de zaak *Nijman/X* voor de Hoge Raad zwaar woog dat de voorwaardelijke ontbinding in lijn was met de aard en strekking van art. 1639w (oud) BW, namelijk dat een spoedige en definitieve beslissing kon worden verkregen. Onder het nieuwe recht gaat dit argument niet langer op, nu het rechtsmiddelenverbod is verlaten en ook tegen een ontbindingsbeschikking in appel en eventueel in cassatie kan worden opgekomen, waardoor de ontbindingsprocedure net zolang kan duren als de procedure waarin over het verleende ontslag op staande voet moet worden beslist.

Geen buitengerechtelijke vernietiging

Een ander door Barentsen en Sagel opgeworpen bezwaar tegen het aanvaarden van de mogelijkheid van voorwaardelijke ontbinding onder het nieuwe recht, is dat buitengerechtelijke vernietiging van de opzegging niet meer mogelijk is.²⁴ Door het inroepen van de vernietiging werd de opzegging voorheen ongedaan gemaakt, waardoor het dienstverband niet geëindigd was en er voor de kantonrechter dus nog iets ‘te ontbinden viel’. Thans ligt dat anders, omdat de vernietiging uitsluitend door de rechter kan worden uitgesproken. Zolang dat niet is gebeurd, is de arbeidsovereenkomst door de opzegging geëindigd en bestaat er ook geen onzekerheid of het dienstverband al dan niet ten einde is. Dat leidt tot de vraag of dit – zo de voorwaardelijke ontbinding al mogelijk is – niet meebrengt dat de werkgever pas ontvankelijk is in zijn ontbindingsverzoek, zodra de kantonrechter de vernietiging van de opzegging heeft uitgesproken. Immers, pas dan wordt duidelijk dat de opzegging geen einde aan de arbeidsovereenkomst heeft gemaakt. Barentsen en Sagel wezen erop dat in dat geval

geen voorwaardelijk ontbindingsverzoek moet worden ingediend, maar een *on*voorwaardelijk verzoek, omdat de arbeidsovereenkomst op grond van de vernietiging door de kantonrechter herleeft.²⁵

Naar het oordeel van Bouwens en Bij de Vaate staat het gegeven dat buitengerechtelijke vernietiging van de opzegging onder het thans geldende recht niet mogelijk is, niet aan een voorwaardelijk ontbindingsverzoek in de weg. Zij hebben er in dit verband op gewezen dat geredeneerd zou kunnen worden (zoals Barentsen en Sagel deden), dat een overeenkomst die niet (meer) bestaat, ook niet ontbonden kan worden, waardoor een niet-ontvankelijk-verklaring op zijn plaats is. Bouwens en Bij de Vaate hebben hier tegenover gesteld dat vernietiging door de rechter

Het nieuwe systeem voorziet reeds in een ‘veiligheidsklep’ voor de werkgever

terugwerkende kracht heeft, waardoor de arbeidsovereenkomst na vernietiging van de opzegging geacht wordt nooit geëindigd te zijn geweest. Mede onder verwijzing naar de situatie onder het vóór 1 juli 2015 geldende recht²⁶ hebben Bouwens en Bij de Vaate aangenomen dat het gegeven dat de vernietiging niet meer buiten rechte kan worden ingeroepen, niet in de weg staat aan een voorwaardelijke procedure.²⁷

Billijke vergoeding

Wanneer de vernietiging in eerste aanleg niet wordt uitgesproken (en het ontslag op staande voet geldig wordt geoordeeld), heeft de werkgever, zo schreven Barentsen en Sagel verder, ook geen behoefte aan een voorwaardelijke ontbinding voor het geval het hof tot een ander oordeel (over het ontslag op staande voet) komt. Het nieuwe systeem voorziet reeds in een ‘veiligheidsklep’ voor de werkgever. Wanneer het hof tot het oordeel komt dat het ontslag op staande voet (toch) niet terecht was, maar er wel een andere (redelijke) grond is voor beëindiging (die voorheen een voorwaardelijke ontbinding zou hebben gewettigd), dan biedt art. 7:683 lid 3 BW uitkomst. Op grond van dit artikellid kan het hof besluiten om geen veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst uit te spreken (waardoor het dienstverband geëindigd blijft), maar om de werkgever te veroordelen tot betaling van een

2499.

22 Dit is niet de plaats om die discussie uit te werken. Wij verwijzen o.a. naar W.J.J. Wetzels, ‘Het nieuwe arbeidsprocesrecht: wordt het eenvoudiger?’, *TAP* 2014/1, p. 78-79, K.G.F. van der Kraats, ‘Bewijzen vermoedt de waarheid, althans de procedure? Toepasselijkheid van het bewijsrecht in het kader van de WWZ’, *ArbeidsRecht* 2014/59, E.M. Hoogeveen, ‘Verslag discussie Nationaal Arbeidsrecht Diner 2015: Procesrecht in de WWZ’, *ArbeidsRecht* 2015/39, p. 30-31 en P.G. Vestering & W.J.J. Wetzels, *Praktisch arbeidsprocesrecht onder de WWZ*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 48 e.v.

23 R.L. van Heusden in zijn noot onder Ktr. Amsterdam 3 november 2015, «*JAR*» 2015/301.

24 B. Barentsen & S.F. Sagel, ‘Kroniek sociaal recht’, *NJB* 2015-35, p. 2499.

25 Zie in dezelfde zin P.F. van den Brink & P. Kruit (red.), *WWZ in modellen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 169.

26 Waarbij erop is gewezen dat de hier beschreven situatie niet wezenlijk afwijkt van die onder het oude recht, waarin de werknemer nog geen beroep had gedaan op de vernietigingsgrond, maar de termijn van art. 9 BBA (oud) nog niet was verstreken. De opzegging had in dat geval vooralsnog het beoogde rechtsgevolg, maar een terecht beroep op de vernietigingsgrond zou de rechtsgeldigheid van de opzegging alsnog met terugwerkende kracht aantasten. Onder het oude recht werd veelal aangenomen dat een voorwaardelijke ontbinding in deze gevallen (al) mogelijk was.

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

billijke vergoeding aan de werknemer.²⁸ Volgens Barentsen en Sagel valt niet in te zien waarom bij het bepalen van de hoogte van die (billijke) vergoeding geen rekening zou kunnen worden gehouden met (de kracht van) andere ontslaggronden die (inmiddels) zijn opgekomen.²⁹

Op het punt van het toekennen van een billijke vergoeding in plaats van het uitspreken van een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst, krijgen de auteurs wel bijval van Bouwens en Bij de Vaate. Zij schreven dat, wanneer de werkgever, bij het achterwege laten van de gebrekkige opzegging, de arbeidsovereenkomst in de tussentijd op andere gronden rechtsgeldig had kunnen laten beëindigen, herstel in hoger beroep of na cassatie niet in de rede ligt. De appelrechter kan in dat geval (ambtshalve) besluiten de werknemer een billijke vergoeding toe te kennen. Die vergoeding kan lager uitvallen wanneer er een andere grond voor ontbinding bestaat. Omdat aldus al aan de belangen van de werkgever tegemoet kan worden gekomen, achten Bouwens en Bij de Vaate het, mede in verband met het belang het ontslagrecht niet onnodig te compliceren, goed verdedigbaar om een voorwaardelijke ontbinding met het oog op een mogelijke herstelveroordeling in hoger beroep, niet als mogelijkheid te aanvaarden.³⁰

Naast Barentsen en Sagel behoort ook Verhulp tot de schrijvers die niet overtuigd zijn van de mogelijkheid van een voorwaardelijk ontbindingsverzoek onder de WWZ. In *Tekst & Commentaar* heeft Verhulp – naast argumenten voor – (ook) argumenten tegen aanvaarding van de voorwaardelijke ontbinding beschreven.³¹ Ook hij heeft erop gewezen dat buitengerechtelijke vernietiging niet langer mogelijk is. Bovendien wordt, wanneer het hof, anders dan de kantonrechter, oordeelt dat het ontslag op staande voet niet terecht was, de opzegging niet alsnog vernietigd. Het hof kan de werkgever wel veroordelen om de arbeidsovereenkomst te herstellen.

Ook overigens heeft Verhulp zich op het standpunt gesteld dat de voorwaardelijke ontbinding minder goed past in het huidige wettelijke systeem. Dat heeft ermee te maken dat wanneer de werkgever direct na het verlenen van ontslag op staande voet een voorwaardelijk ontbindingsverzoek indient, de werknemer gedwongen wordt om eerder te procederen dan binnen de twee maanden waarin art. 7:686 lid 4 onder 2 BW voorziet. Het is volgens Verhulp aannemelijk dat de werknemer aan het verzoek van de werkgever een eigen verzoek tot vernietiging van de opzegging verbindt. Echter, de wetgever heeft de periode van twee maanden die de werknemer toekomt om zich te beraden op het indienen van een verzoek tot vernietiging ex art. 7:681 BW niet willen laten beperken, in welk kader Verhulp heeft verwezen naar art. 7:686a lid 8 BW. Tevens

bracht Verhulp naar voren dat zowel de werkgever als de werknemer onder het oude recht “te allen tijde” ontbinding kon verzoeken. De aangehaalde woorden zijn geschrapt, omdat thans uitsluitend nog ontbinding kan worden verzocht vanwege de uitdrukkelijk in de wet (art. 7:669 lid 3 BW) genoemde gronden.

Matiging van de loonvordering

Verhulp heeft zich verder op het standpunt gesteld dat art. 7:680a BW hem de aangewezen weg lijkt om de loonvordering van de werknemer te beperken. Ook Houweling c.s., die eveneens kanttekeningen plaatst bij de voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ, heeft gewezen op deze matigingsbevoegdheid van de rechter. Houweling c.s. schreef dat wanneer de rechter tot het oordeel komt dat het ontslag op staande voet niet terecht is verleend, de werkgever zich kan beroepen op art. 7:680a BW. Dit is, aldus Houweling c.s., de koninklijke route die bewandeld zou moeten worden.³² Die route zou ook beter passen bij de huidige systematiek van het ontslagrecht,³³ een argument waarop ook andere auteurs zich hebben beroepen. Zo bracht ook Verhulp bij wijze van meer principieel punt naar voren dat het niet toelaten van de voorwaardelijke ontbinding ook past bij het streven van de wetgever het ontslagrecht te vereenvoudigen.³⁴

Voorstanders

De schrijvers die de voorwaardelijke ontbinding onder het nieuwe recht niet (zonder meer) aanvaarden, zijn qua aantal in de minderheid. De meeste auteurs nemen aan dat ook onder de WWZ een voorwaardelijke ontbinding mogelijk is.³⁵ Met regelmaat gebeurt dat zonder dat uitdrukkelijk wordt weergegeven op grond van welke argumenten dat standpunt wordt ingenomen.³⁶

28 Zie over deze ‘veiligheidsklep’ ook R.L. van Heusden in zijn noot onder «JAR» 2015/301.

29 B. Barentsen & S.F. Sagel, ‘Kroniek sociaal recht’, *NJB* 2015-35, p. 2499. In dezelfde zin W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate, ‘Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht’, *ARBAC* april 2015.

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

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

32 Bouwens en Bij de Vaate zijn niet overtuigd door het beroep op art. 7:680a BW. De drempel voor matiging van de loonvordering op grond van dit artikel is zo hoog (“onaanvaardbare gevolgen”), dat zij deze weg niet als een volwaardig alternatief voor de voorwaardelijke procedure beschouwen. W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate, ‘Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht’, *ARBAC* april 2015, voetnoot 30.

33 A.R. Houweling (red.), G.W. van der Voet, J.H. Even & E. van Vliet, *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke thema's*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2015, p. 832. Wel wees Houweling c.s. erop dat dit voor het hoger beroep gecompliceerder ligt, zeker in het geval de appelrechter wél een dringende reden aanwezig acht. Idem, p. 832-833.

34 Verhulp wees in dit verband op *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 65.

35 Waarover ook C.J. Frikkee in (onderdeel 9) van haar noot onder Ktr. Amsterdam 19 augustus 2015, gepubliceerd in *TRA* 2015/93. Meer recent wees Frikkee erop dat er inmiddels ook andere geluiden te horen zijn. Vgl. C.J. Frikkee, ‘Belang bij voorwaardelijke ontbinding’, *TRA* 2016/15, p. 19.

36 In dit verband wijzen wij op Bakels/W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl & W.L. Roozendaal, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht, Bijlage Wet Werk en Zekerheid (WWZ) bij de 22e druk*, p. 37, O. van der Kind, ‘Ontslag op staande voet onder de Wwz’, *ArbeidsRecht* 2014/58, p. 56, J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 118, I.H. Kersten & P. Kruit, ‘Ontbinding’, in: A.R. Houweling, P.G. Vesterling & W.A. Zondag, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch Deel 1*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 1407, Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/396, alsmede op de noot van A.M. Helstone onder «JAR» 2015/238.

Belang van de werkgever

Van de argumenten vóór het aanvaarden van de voorwaardelijke ontbindingsprocedure onder het nieuwe recht wordt vaak gewezen op het belang van de werkgever om een einde te maken aan de onzekerheid over een eventuele loondoorbetalingsverplichting. In de uitspraak in de zaak *Nijman/X* was dit een van de voornaamste argumenten voor de Hoge Raad om het voorwaardelijk ontbindingsverzoek toelaatbaar te achten. Onder andere Laagland heeft betoogd dat dit belang nog steeds actueel is.³⁷ Ook Bouwens en Bij de Vaate hebben erop gewezen dat de werkgever er nog steeds belang bij zal hebben de eventueel nog bestaande arbeidsovereenkomst voor zover nodig rechtsgeldig te beëindigen zonder daarvoor zijn primaire standpunt – dat geen arbeidsovereenkomst meer bestaat – op te hoeven geven.

Bouwens en Duk hebben de aandacht gevestigd op het feit dat de eventuele rechterlijke vernietiging van de opzegging terugwerkende kracht heeft. Op grond daarvan zijn zij van oordeel dat de werkgever ook onder het huidige recht belang houdt bij een voorwaardelijke ontbinding op een zo kort mogelijke termijn.³⁸

Anderen hebben erop gewezen dat uit art. 7:671b BW volgt dat de werkgever om ontbinding mag verzoeken, ook al zijn de woorden “te allen tijde” uit art. 7:685 (oud) BW vervallen, zoals Verhulp had gesignaleerd.³⁹ Beltzer c.s. schreef dat ook onder de WWZ de mogelijkheid bestaat een voorwaardelijke ontbindingsprocedure te doorlopen, aangezien de werkgever op grond van art. 7:671b lid 1 BW ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan vragen.⁴⁰ Ook Jansen schreef ervan uit te gaan dat de werkgever ook na 1 juli 2015 de mogelijkheid heeft om na een ontslag op staande voet een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding te doen; die mogelijkheid wordt immers geboden door art. 7:671b lid 1 BW.⁴¹

Anderen beëindigingsgrond

Anderen hebben naar voren gebracht dat dit belang met name aanwezig is in situaties waarin er een andere, zelfstandige beëindigingsgrond voor ontbinding bestaat naast de opzeggingsgrond.⁴² In dat geval kan namelijk ontbinding plaatsvinden los van de eventuele vernietiging van de opzegging of herstel van de arbeidsovereenkomst. Vestering en Wetzels hebben in dit kader de verwachting uitgesproken dat de procedure tot vernietiging van de

opzegging en de ontbindingszaak onder het regime van de WWZ door een en dezelfde rechter zullen worden behandeld. De kans is groot dat die rechter, eventueel na bewijslevering, in beide zaken op hetzelfde moment uitspraak zal doen. Voor wat betreft het belang van de werkgever is het dan van tweeën één wanneer de werkgever het voorwaardelijk ontbindingsverzoek op dezelfde feiten als het ontslag op staande voet baseert. Immers, wanneer de dringende reden bewezen is, zal het ontslag op staande voet (wanneer ook aan de andere (formele) vereisten is voldaan), standhouden en treedt de voorwaarde waaronder het ontbindingsverzoek is ingediend niet in. Wanneer de dringende reden niet is aangetoond, zal de rechter de arbeidsovereenkomst ook niet om die reden ontbinden. Het voorwaardelijk ontbindingsverzoek zal dan naar alle waarschijnlijkheid worden afgewezen.⁴³

Dat ligt anders wanneer er een andere reden aan het voorwaardelijk ontbindingsverzoek ten grondslag wordt gelegd. Er is dan geen relatie met het oordeel over de (dringende) reden waarop het ontslag op staande voet is gebaseerd. Dat betekent dat reeds op een ontbindingsverzoek zou kunnen worden beslist, wanneer nog bewijslevering ten aanzien van het ontslag op staande voet dient plaats te vinden.⁴⁴ In zo een geval komt wel zelfstandige betekenis toe aan het ontbindingsverzoek.⁴⁵ Verhulp heeft erop gewezen dat, wanneer de werkgever – naast de dringende reden – beschikt over een andere ontslaggrond, het moeilijk aan de werkgever uit te leggen zal zijn wanneer hij in een op die andere grond gebaseerd verzoek niet kan worden ontvangen.⁴⁶ Ook Houweling c.s. schreef dat, wanneer de voorwaardelijke ontbinding wordt ingezet om verschillende ontslaggronden, die naar hun aard ‘voorwaardelijk’ zijn, aan de rechter voor te leggen, hem de inzet van de procedure juist voorkomt.⁴⁷ Indien de rechter ook in het geval van twee verschillende ontslagredenen gelijktijdig oordeelt en de opzegging vernietigt, kan de ontbinding niet voorwaardelijk geschieden. Een ontbinding onder de voorwaarde dat de opzegging wordt vernietigd is in dat geval niet mogelijk, aangezien de opzegging al is vernietigd.⁴⁸ Dat betekent dat altijd ook onvoorwaardelijke ontbinding moet worden verzocht.⁴⁹

37 F.G. Laagland, ‘Het procedurele mijnenveld van het ontslag op staande voet’, *ArA* 2015 (9) 4, p. 50. Zie ook I.H. Kersten & P. Kruit, ‘Ontbinding’, in: A.R. Houweling, P.G. Vestering & W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch Deel 1*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 1407.

38 Van der Grinten/W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 518.

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

40 R.M. Beltzer e.a., *Handboek Wet werk en zekerheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 144.

41 P.J. Jansen, ‘Ontslag op staande voet en de Wet werk en zekerheid: is er nog plaats voor een kort geding, voorwaardelijke ontbinding, bewijslevering en een switch?’, *TAP* 2015/2, 59, p. 7.

42 Zie voor deze laatste toevoeging P.G. Vestering & W.J.J. Wetzels, *Praktisch arbeidsprocesrecht onder de WWZ*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 54.

43 P.G. Vestering & W.J.J. Wetzels, *Praktisch arbeidsprocesrecht onder de WWZ*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 55-56. Zie ook W.J.J. Wetzels, ‘Het nieuwe arbeidsprocesrecht: wordt het eenvoudiger?’, *TAP* 2014/1, p. 83.

44 In gelijke zin W.J.J. Wetzels, ‘Het nieuwe arbeidsprocesrecht: wordt het eenvoudiger?’, *TAP* 2014/1, p. 83. Zie ook W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate, ‘Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht’, *ARBAC* april 2015.

45 P.G. Vestering & W.J.J. Wetzels, *Praktisch arbeidsprocesrecht onder de WWZ*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 56.

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

47 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. 836.

48 I.H. Kersten & P. Kruit, ‘Ontbinding’, in: A.R. Houweling, P.G. Vestering & W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch Deel 1*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 1408. Zie ook W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate, ‘Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht’, *ARBAC* april 2015.

49 P.F. van den Brink & P. Kruit (red.), *Wwz in modellen*, Den Haag: Boom

Hoger beroep en cassatie

De vraag rijst in hoeverre de afschaffing van het rechtsmiddelenverbod in ontbindingsprocedures (vgl. art. 7:685 lid 11 (oud) BW) in de gevoerde discussie een rol speelt. Een met regelmaat terugkomend punt betreft dat het hof in hoger beroep de opzegging niet alsnog kan vernietigen, maar de werkgever op grond van art. 7:683 lid 3 BW wel kan opdragen de arbeidsovereenkomst te herstellen. Algemeen wordt aangenomen dat het hierbij gaat om een nieuwe arbeidsovereenkomst en de vraag is dan ook of de ontbindingsrechter reeds kan oordelen dat een nog te sluiten arbeidsovereenkomst ontbonden wordt. De kantonrechter zou het gerechtshof daarmee op voorhand ‘overrulen’ of, anders gezegd, het gras voor zijn voeten weg maaien.⁵⁰ Ook Houweling c.s. wees op deze complicatie. Het voorwaardelijk ontbindingsverzoek ziet namelijk uitsluitend op de reeds opgezegde arbeidsovereenkomst.

De kantonrechter zou het gerechtshof daarmee op voorhand ‘overrulen’

Bij een door de appelrechter uitgesproken herstelveroordeling moet de werkgever een nieuwe arbeidsovereenkomst aanbieden. Het valt, zo vervolgde Houweling c.s., moeilijk in te zien hoe deze – ten tijde van het voorwaardelijk ontbindingsverzoek nog niet bestaande arbeidsovereenkomst – toch alvast ontbonden kan worden.⁵¹ Vestering en Wetzels schreven in dit verband dat het weliswaar dezelfde (herstelde) arbeidsverhouding betreft, maar dat het gaat om verschillende overeenkomsten. Zij zien niet in hoe de rechter een nog niet bestaande, toekomstige arbeidsovereenkomst al voorwaardelijk zou kunnen ontbinden.⁵² Jansen heeft te dien aanzien naar voren gebracht dat verdedigbaar is dat de voorwaardelijke ontbinding in zo een geval geen werking meer heeft, omdat de ontbinding alleen de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst treft en niet de herstelde arbeidsovereenkomst.⁵³

Juridische uitgevers 2015, p. 169. Toch blijft ook het verzoeken om voorwaardelijke ontbinding steeds aangewezen, voor het geval de rechter niet gelijktijdig beslist of tot splitsing besluit. Vgl. I.H. Kersten & P. Kruit, ‘Ontbinding’, in: A.R. Houweling, P.G. Vestering & W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch Deel 1*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 1408. Een voorwaardelijk ontbindingsverzoek heeft ook zin indien dit verzoek op dezelfde grond is gebaseerd als het ontslag op staande voet, maar er een formeel gebrek aan de opzegging kleeft (bijv. wanneer niet wordt voldaan aan het vereiste van een onverwijld opzegging). Vgl. P.G. Vestering & W.J.J. Wetzels, *Praktisch arbeidsprocesrecht onder de WWZ*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 56.

- 50 Zie over deze materie onder andere de noot van R.L. van Heusden onder «JAR» 2015/301.
- 51 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. 835. Zie ook C.J. Frikkee in onderdeel 8 van haar noot onder Ktr. Amsterdam 3 november 2015, *TRA* 2016/15.
- 52 P.G. Vestering & W.J.J. Wetzels, *Praktisch arbeidsprocesrecht onder de WWZ*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 57.
- 53 P.J. Jansen, ‘Ontslag op staande voet en de Wet werk en zekerheid: is er nog plaats voor een kort geding, voorwaardelijke ontbinding, bewijslevering en een switch?’, *TAP* 2015/2, 59, voetnoot 28.

Beperkingen van het nieuwe systeem

Veel schrijvers die de voorwaardelijke ontbinding als zodanig aanvaarden, wijzen wel op de beperkingen die het huidige systeem meebrengt. Een veelgehoord punt in dit kader is dat de (ontbindings)rechter, zoals reeds is aangestipt, gebonden is aan de (limitatief) in art. 7:669 lid 3 BW genoemde ontslaggronden, waarbij in sommige gevallen ook het aspect van herplaatsing aandacht moet krijgen.⁵⁴ Ook Kersten en Kruit hebben uiteengezet dat de mogelijkheden tot een voorwaardelijke ontbinding worden beperkt door de gebondenheid aan art. 7:669 BW.⁵⁵ Van der Kind schreef dat dit een groot verschil zal maken ten opzichte van de praktijk van voor 1 juli 2015.⁵⁶ Van den Brink en Kruit spraken de verwachting uit dat de rechter het voorwaardelijk ontbindingsverzoek, mede door de gebondenheid aan art. 7:669 BW, vaker dan voorheen zal afwijzen, waardoor de loonvordering van de werknemer hoger kan oplopen.⁵⁷

Een andere beperking ten opzichte van de oude situatie is erin gelegen dat de voorwaardelijke ontbindingsprocedure de werkgever thans (veel) minder bescherming biedt. De mogelijkheid van hoger beroep en cassatie maakt dat, anders dan toen het rechtsmiddelenverbod van art. 7:685 lid 11 (oud) BW nog gold, een voorwaardelijke ontbinding geen definitieve zekerheid meer biedt omtrent het einde van de arbeidsovereenkomst.⁵⁸ De werkgever kan door de appelrechter namelijk worden verplicht de arbeidsovereenkomst te herstellen.⁵⁹ Snelle zekerheid kan de werkgever, anders dan voorheen, dus niet meer krijgen.⁶⁰ Pas wanneer

- 54 Zie P.F. van den Brink & P. Kruit (red.), *Wwz in modellen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 167. Aldaar is erop gewezen dat wanneer de werkgever niet voldoet aan de vereisten van art. 7:669 lid 1 BW, het voorwaardelijk ontbindingsverzoek dient te worden gebaseerd op de zogenoemde e-grond (verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer). Bij die grond ligt herplaatsing immers niet in de rede, zo volgt uit art. 7:669 lid 1 BW.
- 55 I.H. Kersten & P. Kruit, ‘Ontbinding’, in: A.R. Houweling, P.G. Vestering & W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch Deel 1*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 1407.
- 56 O. van der Kind, ‘Ontslag op staande voet onder de Wwz’, *ArbeidsRecht* 2014/58, p. 57.
- 57 P.F. van den Brink & P. Kruit (red.), *Wwz in modellen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 168. Van der Kind heeft de vraag opgeworpen of de gebondenheid aan de limitatieve lijst van ontslaggronden wellicht nieuwe kansen biedt voor art. 7:686 BW, de ontbinding wegens wanprestatie. Vgl. O. van der Kind, ‘Ontslag op staande voet onder de Wwz’, *ArbeidsRecht* 2014/58, p. 57. Ook Kersten en Kruit schreven dat, wanneer de rechter in de procedure ex art. 7:686 BW inderdaad niet gebonden is aan art. 7:669 BW, dit een ruimere mogelijkheid biedt om tot (voorwaardelijke) ontbinding over te gaan. I.H. Kersten & P. Kruit, ‘Ontbinding’, in: A.R. Houweling, P.G. Vestering & W.A. Zondag, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch Deel I*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 1416.
- 58 Zie P.F. van den Brink & P. Kruit (red.), *Wwz in modellen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 168.
- 59 R.M. Beltzer e.a., *Handboek Wet werk en zekerheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 144.
- 60 Bakels/W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl & W.L. Roozendaal, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht, Bijlage Wet Werk en Zekerheid (WWZ) bij de 22e druk*, p. 37. Zie ook W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate, ‘Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht’, *ARBAC* april 2015, alsmede F.G. Laagland, ‘Het procedurele mijnenveld van het ontslag op staande voet’, *ArA* 2015 (9) 4, p. 49.

het aanwenden van rechtsmiddelen niet tot een ander oordeel leidt, heeft de ontbindingsprocedure het gewenste effect.⁶¹ Wel hebben Van den Brink en Kruit erop gewezen dat, aangenomen dat aan de voorwaarden voor ontbinding wordt voldaan, het indienen van een voorwaardelijk ontbindingsverzoek de arbeidsovereenkomst op een eerder tijdstip zal doen eindigen dan wanneer de werkgever na de procedure tot vernietiging van het ontslag op staande voet nog een aparte ontbindingsprocedure moet starten.⁶²

Ten aanzien van de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie in de (voorwaardelijke) ontbindingsprocedure, heeft Jansen beschreven dat hij niet verwacht dat dit ervoor zorgt dat de voorwaardelijke ontbinding geheel gaat verdwijnen. De praktijk sinds 1 juli 2015, waarover nader in paragraaf 4, leert dat hij gelijk heeft. Jansen heeft er verder op gewezen dat het hoger beroep tegen de ontbindingsbeschikking geen schorsende werking heeft (art. 7:683 lid 1 BW), zodat de ontbinding hangende het appel in stand blijft. Om die reden heeft de regering de verwachting uitgesproken dat het hof vermoedelijk niet vaak zal overgaan tot veroordeling van de werkgever de arbeidsovereenkomst te herstellen, maar dat de rechtsstrijd in de praktijk met name zal gaan over de hoogte van de (billijke) vergoeding.⁶³ Hiervan uitgaande, zo beschreef Jansen, zal een (voorwaardelijke) ontbinding, ondanks de mogelijkheid van hoger beroep, toch vaak een definitief einde van de arbeidsovereenkomst betekenen.⁶⁴ Ook Laagland heeft beschreven dat het hof in de ontbindingszaak vermoedelijk niet snel tot herstel van de arbeidsovereenkomst zal besluiten. Dit betekent dat, ongeacht de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie, de voorwaardelijke ontbinding in eerste aanleg alsnog vaak tot een definitief einde van de arbeidsovereenkomst leidt.⁶⁵ Wij merken te dien aanzien op dat daarvoor dan wel nodig is dat de hoven gaan besluiten overeenkomstig de in de parlementaire stukken beschreven verwachting. Of dit daadwerkelijk gaat gebeuren is nog de vraag. Er zijn inmiddels slechts twee appelbeschikkingen op dit punt geweest.⁶⁶

Hiervoor zijn de belangrijkste argumenten geschetst die in de literatuur voor dan wel tegen aanvaarding van het voorwaardelijk ontbindingsverzoek na een ontslag op staande voet zijn aangedragen. Thans zal worden bekeken in hoeverre deze argumenten ook een rol spelen in de rechtspraak van na 1 juli 2015, die, zoals gezegd, ook niet eenduidig is.⁶⁷

61 Van der Grinten/W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 518. Zie ook D.M.A. Bij de Vaate, *Bijzonder ontslagprocesrecht* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer, 2015, p. 379.

62 P.F. van den Brink & P. Kruit (red.), *Wwz in modellen*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2015, p. 168.

63 Vgl. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 57, alsmede *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 75.

64 P.J. Jansen, 'Ontslag op staande voet en de Wet werk en zekerheid: is er nog plaats voor een kort geding, voorwaardelijke ontbinding, bewijsl levering en een switch?', *TAP* 2015/2, 59, p. 7.

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

66 Welke uitspraken in par. 4.3 zullen worden besproken.

67 Zie voor een bespreking van rechtspraak ook C.J. Frikkee, 'Belang bij

4. Verdeeldheid in de rechtspraak?

Werkgevers(advocaten) laten zich logischerwijs niet weerhouden door de WWZ; zij dienen na een ontslag op staande voet onverkort een voorwaardelijk ontbindingsverzoek in. Bij de Kantonrechter Apeldoorn gebeurde dit zelfs al binnen één week na de inwerkingtreding van de WWZ.⁶⁸ Het verzoek was evenwel niet op de nieuwe wetgeving toegespitst en werd dan ook afgewezen, ondanks de samenhang met het onder oud recht gegeven ontslag op staande voet.

De vraag of de WWZ van toepassing is als het ontslag op staande voet, dat samenhangt met de voorwaardelijke ontbinding, voor 1 juli 2015 is gegeven, werd overigens door de Kantonrechter Amsterdam weer ontkennend beantwoord.⁶⁹ Omdat deze (overgangsrechtelijke) discussie door het verloop van tijd steeds minder interessant wordt, gaan wij daar niet nader op in en richten wij ons volledig op de inhoudelijke beoordeling van voorwaardelijke ontbindingsverzoeken die zijn ingediend en afgedaan op grond van het per 1 juli 2015 in werking getreden art. 7:671b BW.⁷⁰

Uit de gepubliceerde uitspraken blijkt in ieder geval dat niet alleen in de in paragraaf 3 genoemde literatuur, maar ook onder (kanton)rechters, verdeeldheid bestaat over het antwoord op de vraag of een voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ, na een ontslag op staande voet, nog mogelijk is. Om deze verdeeldheid beter inzichtelijk te maken, hebben wij ervoor gekozen verschillende situaties te onderscheiden.

4.1 (Nog) geen verzoek ingediend tot vernietiging van het ontslag op staande voet

Zo kan zich om te beginnen de situatie voordoen waarin een werknemer, na een ontslag op staande voet, (nog) geen verzoek tot vernietiging ex art. 7:681 BW heeft ingediend. Een werkgever die een dergelijk verzoek niet wil afwachten en de door hem zelf in het leven geroepen onzekerheid met betrekking tot het eindigen van de arbeidsovereenkomst ten einde wil brengen, zou de kantonrechter kunnen verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden 'voor zover vereist'. Het is evenwel de vraag hoe onder de WWZ moet worden omgegaan met zo'n voorwaardelijk ontbindingsverzoek als dit binnen twee maanden na het ontslag op staande voet wordt behandeld, terwijl de werknemer (nog) geen verzoek bij de kantonrechter tot vernietiging van die opzegging heeft ingediend.

Over deze situatie zijn nog niet veel uitspraken gepubliceerd, hetgeen ongetwijfeld met de korte vervaltermijn van twee maanden te maken heeft. Voor zover bekend, heeft alleen

voorwaardelijke ontbinding', *TRA* 2016/15, p. 18 e.v., alsmede H.B. Dekker, 'Overzicht relevante jurisprudentie WWZ tot 1 januari 2016', *TAP* 2016/1, p. 31 en 32.

68 Ktr. Apeldoorn 16 juli 2015, «*JAR*» 2015/195.

69 Ktr. Amsterdam 19 augustus 2015, «*JAR*» 2015/214, m.nt. M.W. Koole.

70 In deze bijdrage is de rechtspraak tot 10 maart 2016 verwerkt.

de Kantonrechter Leeuwarden⁷¹ zich expliciet uitgelaten over de situatie waarin ten tijde van de mondelinge behandeling van het voorwaardelijk ontbindingsverzoek nog geen verzoek tot vernietiging ex art. 7:681 BW was ingediend.⁷² Volgens de kantonrechter had in die situatie te gelden dat het op staande voet gegeven ontslag ten tijde van de mondelinge behandeling nog bestond en derhalve strikt genomen niet kon worden toegekomen aan een beoordeling van het voorwaardelijk ontbindingsverzoek. Vanwege het feit dat de betreffende werknemer wel bezwaar had gemaakt tegen het ontslag op staande voet, heeft de kantonrechter in dit geval vanuit praktische overwegingen toch geoordeeld over het ontslag op staande voet,⁷³ alsmede over de verzochte ontbinding. De kantonrechter heeft daarbij overigens ook expliciet in aanmerking genomen dat de vervaltermijn ten tijde van de mondelinge behandeling nog niet was verstreken.

In bovengenoemde situatie heeft de kantonrechter partijen juridisch een handje geholpen, omdat zij wat betreft de procedurele kant van de zaak kennelijk nog de vóór 1 juli 2015 bestaande praktijk voor ogen hadden. Dit betreft vermoedelijk dan ook een uitzonderingssituatie. Een werknemer die het niet eens is met het ontslag op staande voet en zich geconfronteerd ziet met een voorwaardelijk ontbindingsverzoek ex art. 7:671b BW, zal normaliter immers een (tegen)verzoek tot vernietiging ex art. 7:681 BW doen (of – bij een vóór 1 juli 2015 verleend ontslag – het ontslag buitengerechtelijk vernietigen). Deze situatie is in de WWZ-rechtspraak wel al vaker aan de orde gekomen; wij gaan hier in de volgende paragraaf nader op in.

4.2 Voorwaardelijk ontbindingsverzoek na (verzoek tot) vernietiging ontslag

In een procedure waarbij sprake was van een ontslag op staande voet onder oud recht en in kort geding reeds voorshands was geoordeeld dat dit ontslag niet terecht was gegeven, heeft de Kantonrechter Alkmaar⁷⁴ zich gebogen over een voorwaardelijk ontbindingsverzoek ex art. 7:671b BW. Ten aanzien van dit verzoek overwoog de kantonrechter allereerst dat in het kader van het inmiddels vervallen art. 7:685 BW is aanvaard dat een werkgever, nadat een werknemer de nietigheid van een ontslag op staande voet heeft ingeroepen, een gerechtvaardigd belang kan hebben bij voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst, namelijk voor het geval de arbeidsovereenkomst blijkt niet te zijn geëindigd door dat ontslag.⁷⁵ De

kantonrechter concludeerde vervolgens dat hij voor een ontbinding met toepassing van art. 7:671b lid 1 BW “geen reden ziet” tot een ander oordeel te komen dan onder oud recht.

Volgens de kantonrechter betekent de omstandigheid, dat tegen een beschikking tot ontbinding op grond van art. 7:671b lid 1 BW, anders dan in geval van een beschikking op grond van art. 7:685 BW, hoger beroep mogelijk is, namelijk niet dat de werkgever geen belang meer kan hebben bij voorwaardelijke ontbinding. In hoger beroep kan, aldus de kantonrechter, een beschikking tot ontbinding immers worden bekrachtigd of kan de zaak worden beslecht door toekenning van een billijke vergoeding als bedoeld in art. 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 ingeval partijen afzien van hoger beroep of dat beroep later intrekken, aldus de kantonrechter.

Deze rechtsoverwegingen van de Kantonrechter Alkmaar zien we daarna, in min of meer gelijke bewoordingen, vaker terugkomen in zaken waarbij sprake was van een ontslag op staande voet verleend vóór 1 juli 2015, onder andere bij de kantonrechters te Zaanstad⁷⁶ en Alkmaar.⁷⁷ Diverse andere kantonrechters zien (kennelijk) evenmin reden tot een andersluidend oordeel te komen, want zij zijn na 1 juli 2015 zelfs zonder enige motivering overgegaan tot voorwaardelijke ontbinding.⁷⁸ Ook dit betreffen overigens weer zaken waarbij sprake was van een ontslag op staande voet onder oud recht, waardoor buitengerechtelijke vernietiging nog mogelijk was en onzekerheid kon bestaan over het effect van het door de werkgever gegeven ontslag. In het huidige systeem is dit niet het geval, omdat vernietiging, zoals gezegd, slechts door de rechter kan worden uitgesproken.

Ontslag op staande voet na 1 juli 2015

Ook in zaken waarbij sprake was van een ontslag op staande voet verleend ná 1 juli 2015, zien we dezelfde overwegingen terugkomen. Onder andere de kantonrechters te Alkmaar,⁷⁹ Assen⁸⁰ en Rotterdam⁸¹ overwogen dat een voorwaardelijke ontbinding na een ontslag op staande voet in de jurisprudentie onder oud recht is aanvaard. Zij zagen geen reden om voor een ontbinding met toepassing van art. 7:671b lid 1 BW tot een ander oordeel te komen.⁸² *Waarom*

71 Ktr. Leeuwarden 16 december 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5977.

72 Uitspraken ten aanzien van voorwaardelijke ontbindingen ex art. 7:671b BW na een ontslag op staande voet dat dateert van vóór 1 juli 2015 worden hier buiten beschouwing gelaten, omdat in die gevallen nog een buitengerechtelijke vernietiging mogelijk was en een verzoek tot vernietiging ex art. 7:681 BW derhalve niet vereist is.

73 De kantonrechter heeft het verweer van de werknemer tegen het voorwaardelijk ontbindingsverzoek van de werkgever uit praktische overwegingen als een zelfstandig (tegen)verzoek ex art. 7:681 BW tot vernietiging van het op staande voet gegeven ontslag verstaan.

74 Ktr. Alkmaar 30 juli 2015, «JAR» 2015/217, m.nt. M.W. Koole.

75 Zie hierover uitgebreid par. 2.

76 Ktr. Zaanstad 26 augustus 2015, «JAR» 2015/236.

77 Ktr. Alkmaar 9 oktober 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:9114.

78 Ktr. Zwolle 3 augustus 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3850; Ktr. Enschede 20 augustus 2015, RAR 2015/166; Ktr. Den Haag 27 augustus 2015, «JAR» 2015/231, m.nt. A.M. Helstone; Ktr. Nijmegen 1 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5632; Ktr. Eindhoven 30 september 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5821; Ktr. Haarlem 13 oktober 2015, Prg. 2016/10; Ktr. Groningen 15 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4865.

79 Ktr. Alkmaar 17 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11458.

80 Ktr. Assen 15 september 2015, RAR 2016/10.

81 Ktr. Rotterdam 16 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7564.

82 Ook de Kantonrechter 's-Hertogenbosch overwoog in deze zin, doch dan

zij daar geen reden voor zagen, wordt uit deze uitspraken echter niet duidelijk.

In een procedure bij de Kantonrechter Tilburg,⁸³ waarbij de opzegging ex art. 7:681 BW is vernietigd, heeft de werknemer zich op het standpunt gesteld dat voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst na ontslag op staande voet niet meer past in het wettelijk ontslagstelsel, zoals dat met ingang van 1 juli 2015 van kracht is. De kantonrechter overwoog ten aanzien van dit verweer dat de rechter weliswaar in hoger beroep, na ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter, de werkgever kan veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen (met als gevolg dat de ontbinding alsnog ongedaan wordt gemaakt), maar dat dat er niet toe leidt dat de werkgever geen belang heeft bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter.

Het is volgens de kantonrechter geenszins zeker dat het hof, na ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter, op verzoek van de werknemer de werkgever zal veroordelen tot herstel van de arbeidsovereenkomst (met als gevolg dat de loonbetalingsverplichting ondanks de ontbinding van de arbeidsovereenkomst herleeft). Het hof kan aan de werknemer in plaats daarvan een billijke vergoeding toekennen, zodat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst in dat geval niet ongedaan wordt gemaakt, aldus de kantonrechter. Bovendien legt de bevoegdheid van het hof, om na ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter de werkgever tot herstel van de arbeidsovereenkomst te veroordelen, volgens de kantonrechter weinig gewicht in de schaal, omdat de kans dat het hof de werkgever daartoe zal veroordelen, bijzonder gering is. Terugkeer naar de werkvloer is, voor zowel de werkgever als de werknemer, weinig aantrekkelijk, niet alleen vanwege het tijdsverloop, maar ook vanwege het feit dat de rechter er (in twee instanties) aan te pas is moeten komen, hetgeen de arbeidsverhouding (doorgaans) niet ten goede komt, aldus de kantonrechter. Omdat het hof naar verwachting de werkgever in de meeste gevallen niet tot herstel van de arbeidsovereenkomst zal veroordelen, is de kantonrechter van oordeel dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst na ontslag op staande voet betekenis heeft behouden.

Voorwaardelijke of onvoorwaardelijke ontbinding?

Als sprake is van een ontslag op staande voet verleend ná 1 juli 2015 en het verzoek van de werknemer ex art. 7:681 BW, om het door de werkgever gegeven ontslag op staande voet te vernietigen, wordt toegewezen, rijst bovendien de vraag of ontbinding van de arbeidsovereenkomst nog wel onder (de verzochte) voorwaarde kan worden uitgesproken. Deze vraag heeft zich onder andere voorgedaan in een procedure bij de Kantonrechter Amsterdam.⁸⁴ Het ontslag

op staande voet werd vernietigd en tezelfdertijd bepaalde de kantonrechter dat de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever werd ontbonden. Vanwege de vernietiging van het ontslag op staande voet, was de gevorderde voorwaardelijke ontbinding (“voor het geval dat het ontslag op staande voet (...) in rechte wordt vernietigd”) volgens de kantonrechter echter niet meer mogelijk. De kantonrechter heeft het ontbindingsverzoek vervolgens onvoorwaardelijk afgedaan, ondanks het feit dat het betreffende voorwaardelijk ontbindingsverzoek niet tevens een onvoorwaardelijk verzoek bevatte.

In een andere kwestie oordeelde de Kantonrechter Amsterdam⁸⁵ in gelijke zin, door te bepalen dat het ontslag op staande voet geen standhoudt en vervolgens de arbeidsovereenkomst onvoorwaardelijk te ontbinden. Daarbij overwoog de kantonrechter dat aan de ontbinding geen voorwaarde zal worden verbonden, aangezien de door

Zij zagen geen reden om voor een ontbinding met toepassing van art. 7:671b lid 1 BW tot een ander oordeel te komen

de werkgever genoemde voorwaarde – vernietiging van het ontslag op staande voet – zich met deze beschikking verwezenlijkt.

De Kantonrechter Rotterdam⁸⁶ heeft, na vernietiging van het ontslag op staande voet, ten aanzien van het voorwaardelijk ontbindingsverzoek (“voor het geval geoordeeld wordt dat het ontslag op staande voet geen stand houdt”), eveneens bepaald dat de arbeidsovereenkomst onvoorwaardelijk kan worden ontbonden, omdat aangenomen moet worden dat het ontslag op staande voet rechtskracht ontbeert en de arbeidsovereenkomst tussen partijen nog steeds voortduurt.

In een vergelijkbare situatie heeft de Kantonrechter Den Haag⁸⁷ geoordeeld dat de door de werkgever geformuleerde voorwaarde (“voor het geval de rechtbank zou oordelen dat de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst niet reeds door ontslag op staande voet is geëindigd”) was vervuld, waarna ook werd overgegaan tot onvoorwaardelijke ontbinding, zij het zonder dit als zodanig te benoemen of te motiveren. Ook de Kantonrechter Rotterdam⁸⁸ constateerde in zijn beschikking van 2 november 2015 dat aan de voorwaarde is voldaan waaronder de werkgever zijn verzoek tot ontbinding had ingesteld, waarna hij de arbeidsovereenkomst onvoorwaardelijk ontbond.

Het is overigens niet altijd even duidelijk of aan de voorwaarde is voldaan, zo blijkt uit de beschikking van de Kantonrechter Groningen van 9 februari 2016.⁸⁹ Het ontslag op staande voet werd vernietigd, waarna de kantonrechter zich boog over het voorwaardelijk ontbin-

in een situatie waarbij een voorwaardelijke ontbinding werd verzocht na een discussie over een proeftijdbeding in een opvolgende arbeidsovereenkomst (Ktr. 's-Hertogenbosch 22 september 2015, RAR 2016/11).

83 Ktr. Tilburg 22 februari 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1067.

84 Ktr. Amsterdam 13 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8027.

85 Ktr. Amsterdam 4 november 2015, RAR 2016/30.

86 Ktr. Rotterdam 16 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9316.

87 Ktr. Den Haag 4 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:71.

88 Ktr. Rotterdam 2 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7744.

89 Ktr. Groningen 9 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:458.

dingsverzoek (“voor het geval onherroepelijk en bij kracht van gewijsde wordt vastgesteld dat er nog sprake is van een arbeidsovereenkomst”). Hoewel van het oordeel ten aanzien van het ontslag op staande voet nog hoger beroep openstond, was volgens de kantonrechter “in zoverre reeds nu aan de voorwaarde voldaan”. Het voorwaardelijk verzoek werd in behandeling genomen, maar afgewezen.

4.3 Voorwaardelijk ontbindingsverzoek na instandhouding ontslag

De wens van de werkgever de arbeidsovereenkomst te laten eindigen is duidelijk in de bovengenoemde gevallen, waarin de arbeidsovereenkomst na de vernietiging van het ontslag op staande voet niet is geëindigd en loon moet worden doorbetaald. Dit ligt anders, wanneer de kantonrechter de vordering van de werknemer tot vernietiging van het ontslag op staande voet afwijst (het ontslag in stand houdt) en er feitelijk ook niets meer te ontbinden valt, nu de arbeidsovereenkomst door het ontslag op staande voet tot een einde is gekomen.

Ander oordeel in hoger beroep

De vraag rijst of de arbeidsovereenkomst dan toch voorwaardelijk, voor zover deze nog bestaat (derhalve: voor het geval het oordeel in eerste aanleg ten aanzien van het ontslag op staande voet na hoger beroep alsnog onjuist mocht blijken te zijn), kan worden ontbonden. De Kantonrechter Rotterdam⁹⁰ heeft deze vraag bevestigend beantwoord. Daarbij is overwogen dat, na de afwijzing van het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet, strikt genomen moet worden geconcludeerd dat niet is voldaan aan de aan het verzoek van de werkgever verbonden voorwaarde, maar dat niet kan worden gezegd dat de werkgever geen te respecteren belang meer heeft bij de verzochte voorwaardelijke ontbinding, omdat de uitspraak (de afwijzing van het verzoek van de werknemer tot vernietiging van het ontslag op staande voet) niet onherroepelijk is. De kantonrechter hield dus rekening met de onjuistheid van zijn eigen beslissing ten aanzien van de geldigheid van het ontslag op staande voet.

De Kantonrechter Rotterdam⁹¹ overwoog in een andere zaak eveneens dat geconcludeerd moet worden dat de voorwaarde waaronder het verzoek is ingediend niet is ingetreden, omdat het ontslag op staande voet niet is vernietigd. Ten aanzien van de vraag of de werkgever vervolgens nog wel belang had bij het verzoek tot ontbinding, overwoog de kantonrechter dat hierover in de literatuur verschillend wordt gedacht. Enerzijds doet volgens de kantonrechter de gedachte opgeld dat een inhoudelijk andersluidende beoordeling van het geschil in hoger beroep zich zal gaan vertalen in een billijke vergoeding, zodat het ontslag in stand zal blijven en de voorwaardelijke ontbinding geen toegevoegde waarde heeft. Anderzijds is dit volgens de kantonrechter geen

wetmatigheid en blijft er de mogelijkheid dat de arbeidsovereenkomst wordt hersteld. Over het antwoord op de vraag of dit dan in een nieuwe arbeidsovereenkomst resulteert of dat dit moet worden gezien als een voortzetting van de oude, wordt ook niet eensluidend gedacht, aldus de kantonrechter. De kantonrechter bepaalde al met al dat bij deze stand van zaken niet geconcludeerd kan worden dat de werkgever bij het verzoek geen enkel belang heeft of kan hebben. Deze redenering en conclusie komt later overigens ook weer terug in een andere uitspraak van de Kantonrechter Rotterdam.⁹²

Ook de Kantonrechter Den Haag⁹³ overwoog dat de arbeidsovereenkomst in zo’n situatie voorwaardelijk kan worden ontbonden, omdat de werkgever (nog) belang heeft bij zijn verzoek, vanwege de mogelijkheid voor de werknemer om hoger beroep in te stellen tegen het oordeel over de geldigheid van het ontslag op staande voet.

Dezelfde kantonrechter heeft zich op 17 december 2015⁹⁴ uitgelaten over een voorwaardelijk verzoek met een ruimere formulering.⁹⁵ Ten aanzien van dit voorwaardelijk verzoek overwoog de kantonrechter dat het gerechtshof de werkgever kan veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen en het de vraag is of herstel van de arbeidsovereenkomst ertoe leidt dat de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst tussen partijen herleeft. Omdat op dat moment in hoger beroep nog niet over een dergelijke zaak was beslist, kon volgens de kantonrechter “niet worden uitgesloten” dat de werkgever belang had bij zijn verzoek.

Eenzelfde soort redenering wordt gevolgd door de Kantonrechter Zutphen,⁹⁶ die ook oordeelde dat de ruime voorwaarde (“voor zover de arbeidsovereenkomst na hoger beroep wordt hersteld”) toewijsbaar is, nu niet is uitgesloten dat de werkgever daar een redelijk belang bij heeft. De kantonrechter merkte hierbij op dat met het verzoek klaarblijkelijk ook was beoogd de eventueel te zijner tijd, al dan niet met terugwerkende kracht, ‘herstelde’ arbeidsovereenkomst door deze voorwaardelijke ontbinding te doen eindigen. In deze zaak was overigens sprake van een verzoek waarin twee voorwaarden waren geformuleerd. De eerste voorwaarde (“voor zover de opzegging van de arbeidsovereenkomst in rechte wordt vernietigd”) werd bij gebrek aan (redelijk) belang afgewezen.

Bewijslevering

Een beperkte formulering kan ook verdragend werken, als bij een gezamenlijke behandeling in de zaak met betrekking tot het ontslag op staande voet een bewijsopdracht wordt gegeven. Zo bepaalde de Kantonrechter Alkmaar al in twee verschillende zaken⁹⁷ dat de beslissing op het

90 Ktr. Rotterdam 28 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6923.

91 Ktr. Rotterdam 22 december 2015, AR 2016-0050.

92 Ktr. Rotterdam 1 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:969.

93 Ktr. Den Haag 30 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12582.

94 Ktr. Den Haag 17 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:14811.

95 De voorwaarde luidde: “voor het geval dat bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing komt vast te staan dat de arbeidsovereenkomst niet op 9 september 2015 is geëindigd”.

96 Ktr. Zutphen 12 november 2015, «JAR» 2016/4.

97 Ktr. Alkmaar 15 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11452 en Ktr. Alkmaar 8 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:66.

voorwaardelijk ontbindingsverzoek werd aangehouden, totdat op het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet zou zijn beslist. Ook de Kantonrechter Amersfoort⁹⁸ overwoog ten aanzien van het verzoek van de werkgever om de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk (“voor het geval de arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig is geëindigd op 7 oktober 2015”) of onvoorwaardelijk te ontbinden, dat op het (voorwaardelijke) tegenverzoek nog geen beslissing kon worden genomen, omdat in de zaak over het ontslag op staande voet een bewijsopdracht is gegeven en dus nog niet vaststaat of de arbeidsovereenkomst op 7 oktober 2015 rechtsgeldig is geëindigd.⁹⁹

In een situatie waarin de bewijsopdracht uitsluitend betrekking had op de datum waarop de werknemer op staande voet was ontslagen (en niet op de dringende reden *an sich*), werd door de Kantonrechter Alkmaar¹⁰⁰ wel een beslissing genomen op het voorwaardelijk verzoek, ondanks het aanhouden van het verzoek tot vernietiging, omdat het handelen van de werknemer zodanig verwijtbaar was, dat van de werkgever niet kon worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

Het enkele feit dat de werknemer hoger beroep kan instellen tegen de afwijzing van het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet, maakte volgens eerdergenoemde kantonrechters dus dat (niet uitgesloten is dat) de werkgever, na een terecht geoordeeld ontslag op staande voet, een belang heeft bij het voorwaardelijk ontbindingsverzoek. Niet alle kantonrechters zijn, wat dit belang van de werkgever aangaat, echter even soepel.

Herstel of billijke vergoeding in hoger beroep

Uit de uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam van 3 november 2015¹⁰¹ volgt dat hier ook een stuk kritischer naar kan worden gekeken. Zó kritisch zelfs, dat het voorwaardelijk ontbindingsverzoek van de werkgever, na het terecht gegeven ontslag, werd afgewezen. De kantonrechter verwees in dit verband allereerst naar de memorie van toelichting bij art. 7:683 BW,¹⁰² waarin is vermeld dat, in het geval de werknemer uitsluitend om herstel heeft verzocht of primair om herstel heeft verzocht en subsidiair om een vergoeding, maar herstel van de arbeidsovereenkomst naar het oordeel van de rechter niet in de rede ligt, de rechter kan besluiten niet tot het uitspreken van een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst over te gaan. In dat geval kan hij aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen. Gezien het tijdsverloop zal een rechter hier vermoedelijk vaak toe overgaan, aldus de door de kantonrechter aangehaalde memorie van toelichting.

98 Ktr. Amersfoort 10 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:553.

99 Dit betrof overigens zaken waarbij aan het voorwaardelijk ontbindingsverzoek dezelfde reden ten grondslag was gelegd als aan het ontslag op staande voet.

100 Ktr. Alkmaar 17 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11458.

101 Ktr. Amsterdam 3 november 2015, «JAR» 2015/301.

102 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 34-35.

De kantonrechter heeft uit deze memorie afgeleid dat de wetgever heeft bedoeld de rechter in hoger beroep de mogelijkheid en de middelen te geven om, zo nodig ambtshalve, niet alleen te oordelen of het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet terecht is afgewezen, maar eveneens te oordelen over alle gevolgen die deze beslissing voor partijen met zich brengt. De beroepsrechter kan er immers voor kiezen de arbeidsovereenkomst, hoewel het ontslag onterecht is gegeven, niet te herstellen. Indien de rechter in hoger beroep wel tot veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst wenst over te gaan, zal hij dit ook in het geval van een ontbindingsbeslissing kunnen doen en voor de periode

Niet alle kantonrechters zijn, wat dit belang van de werkgever aangaat, even soepel

vóór ontbinding een billijke vergoeding toekennen, aldus de kantonrechter. Gelet hierop, had de werkgever volgens de kantonrechter onvoldoende gesteld omtrent zijn belang bij de door hem verzochte ontbinding; het verzoek werd daarom afgewezen.

De Kantonrechter Roermond¹⁰³ is nog stilliger en oordeelde dat, na het terecht en op juiste gronden gegeven ontslag op staande voet, niet tevens en tegelijkertijd nog plaats is voor een voorwaardelijk ontbindingsverzoek. Als uitgangspunt werd door deze kantonrechter vooropgesteld dat de werkgever een voorwaardelijk verzoek tot ontbinding had ingediend voor de situatie dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen in de verdere toekomst, ingevolge nadere rechterlijke beoordeling, mocht blijken te hebben voortgeduurd, ook na 24 september 2015 en niettegenstaande het uitgesproken oordeel ten aanzien van het ontslag op staande voet per die datum.

Gelet op dit voorliggende klassieke voorwaardelijk ontbindingsverzoek en het door de kantonrechter “*finaal en uitputtend*” aanwezig geoordeelde einde van de arbeidsovereenkomst tussen partijen met ingang van 24 september 2015, vroeg de kantonrechter zich af of nog steeds plaats was voor een voorwaardelijke ontbinding. Teneinde deze vraag te beantwoorden, diende volgens de kantonrechter terug te worden gekeerd naar de aanvaarding door de Hoge Raad van de mogelijkheid tot indiening van een voorwaardelijk ontbindingsverzoek. De kantonrechter overwoog dat, blijkens de rechtspraak van de Hoge Raad,¹⁰⁴ de mogelijkheid van een voorwaardelijke ontbinding diende te worden geaccepteerd, gelet op de regelgeving van toen en de daaraan verbonden periode van onzekerheid, mede gelet op het verschil in beoordeling door een contentieus oordelende arbeidsrechter en een anderszins oordelende ontbindingsrechter. Beide omstandigheden zijn volgens de kantonrechter inmiddels echter niet meer aan de orde. Noch een periode van onzekerheid, zoals

103 Ktr. Roermond 7 december 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:10158.

104 Zie daarvoor par. 2.

door de Hoge Raad destijds aangegeven, noch een verschil tussen oordelende rechters. Met ingang van 1 juli 2015 is immers aanstonds finale beoordeling en beslechting door uitsluitend een arbeidsrechter (en, in geval van het instellen van een rechtsmiddel: de beroepsrechter) aan de orde. Die finale beoordeling en beslechting komt er volgens de kantonrechter naar de kern genomen op neer, dat een beëindiging van de arbeidsovereenkomst tussen partijen aanwezig wordt geoordeeld door en met het ontslag op staande voet van 24 september 2015. Volgens de kantonrechter valt daarmee “om het nu zo maar eens onder woorden te brengen, nadien niets meer te ontbinden”. Een tezelfdertijd, in het kader van dezelfde beoordeling alsnog uit te spreken ontbinding, uitsluitend voor het geval dat het eigen oordeel alsnog onjuist mocht blijken te zijn, moet volgens de kantonrechter als (inmiddels) onbestaanbaar worden aangemerkt. Daarmee wordt, aldus de kantonrechter, niet slechts het eigen oordeel in twijfel getrokken, doch wordt tevens een voorziening getroffen, waarmee de eventuele onjuistheid van het eigen oordeel deels en op voorhand wordt geneutraliseerd.

De kantonrechter concludeerde dan ook dat hij het er al met al voor moest houden dat in de betreffende procedure, door en na het terecht en op juiste gronden gegeven ontslag op staande voet, niet tevens nog plaats was voor een voorwaardelijk ontbindingsverzoek. Om die reden werd het verzoek afgewezen.

Ook naar het oordeel van de Kantonrechter Amsterdam¹⁰⁵ past een (voorwaardelijke) ontbinding vooruitlopend op een eventueel andersluidende beslissing van een hogere instantie over de rechtsgeldigheid van het gegeven ontslag niet goed in de huidige wettelijke regeling, waarin hoger beroep van de beslissing van de kantonrechter tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst en vernietiging van de opzegging is opengesteld. Dit systeem wordt volgens de kantonrechter na instandhouding van het ontslag op staande voet onnodig gecompliceerd. Daarbij nam de kantonrechter in aanmerking dat art. 7:683 BW de mogelijkheid biedt om de werkgever te veroordelen tot herstel van de arbeidsovereenkomst dan wel een billijke vergoeding toe te kennen. Ook kan de hogere instantie bij een veroordeling tot herstel bepalen op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst wordt hersteld en voorzieningen treffen voor de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst, zo overwoog de kantonrechter. De kantonrechter oordeelde dat hij met toewijzing van het betreffende voorwaardelijke verzoek te veel op de stoel van de hogere rechter zou gaan zitten. Het verzoek werd daarom afgewezen.

Voor zover bekend, zijn er thans verder geen kantonrechters die, na de afwijzing van een verzoek van de werknemer ex art. 7:681 BW, een voorwaardelijk ontbindingsverzoek hebben afgewezen met de overweging dat dit onder de WWZ niet mogelijk wordt geacht.

Voorwaarde (niet) vervuld?

Daarentegen zijn er wel kantonrechters die, na een terecht ontslag op staande voet, het voorwaardelijk ontbindingsverzoek niet in behandeling nemen. Zo bepaalde de Kantonrechter Amsterdam,¹⁰⁶ na een terecht beoordeeld ontslag op staande voet, dat niet toegekomen wordt aan een beslissing op het voorwaardelijk door de werkgever ingediende verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst, nu dit is ingediend voor het geval de kantonrechter van oordeel zou zijn dat geen sprake is van een dringende reden.

Ook de Kantonrechter Eindhoven¹⁰⁷ bepaalde, na een terecht geoordeeld ontslag op staande voet, dat op het tegenverzoek niet behoefde te worden beslist, omdat de voorwaarde waaronder het tegenverzoek was ingediend (“voor het geval de arbeidsovereenkomst nog niet door het ontslag op staande voet op 22 september 2015 tot een einde is gekomen”) niet was vervuld.

Verder is nog interessant de uitspraak van de Kantonrechter Apeldoorn,¹⁰⁸ waarin na een terecht beoordeeld ontslag op staande voet tot niet-ontvankelijkverklaring is overgegaan. De kantonrechter overwoog in dit verband dat onvoorwaardelijk is beslist op het verzoek van de werknemer tot vernietiging van de opzegging en dat de werkgever niet meer in zijn voorwaardelijk tegenverzoek kan worden ontvangen, gelet op de formulering van de voorwaarde. Met de beslissing om de opzegging *niet* te vernietigen, is volgens de kantonrechter immers komen vast te staan dat de arbeidsovereenkomst tot een einde is gekomen, aangezien die opzegging in hoger beroep niet alsnog vernietigd kan worden. Er hoeft, aldus de kantonrechter, dus niets meer voorwaardelijk ontbonden te worden.

Zou in de door de werkgever geformuleerde voorwaarde (“rechtsgeldig tot een einde is gekomen”) ook gelezen moeten worden dat de werkgever ontbinding verzoekt voor het geval het hof in een eventueel hoger beroep van de werknemer oordeelt dat het verzoek tot vernietiging van de opzegging ten onrechte is afgewezen, dan bestaat volgens de kantonrechter nog steeds onvoldoende belang bij het (tegen)verzoek. In dat geval bestaat de keuze om de werkgever te veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen of aan de werknemer een billijke vergoeding toe te kennen, aldus de kantonrechter. Het is volgens de kantonrechter niet de bedoeling dat nu al op een dan door het hof te maken afweging vooruit wordt gelopen. Een andere beslissing zou er bovendien toe leiden, dat het met de WWZ vernieuwde ontslagrecht, dat nu juist op vereenvoudiging en dejuridisering is gericht, nodeloos ingewikkeld en kostbaar wordt gemaakt, omdat in dat geval twee ontslagprocedures naast elkaar gaan lopen, aldus de kantonrechter. In een procedure waarbij het verzoek was ingediend onder de voorwaarde dat het ontslag op staande voet wordt vernietigd dan wel in hoger beroep de arbeidsovereenkomst wordt hersteld, is ook de Kantonrechter

105 Ktr. Amsterdam 15 februari 2016, AR 2016-0185.

106 Ktr. Amsterdam 30 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9680.

107 Ktr. Eindhoven 13 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:140.

108 Ktr. Apeldoorn 8 december 2015, «JAR» 2016/3.

Leeuwarden¹⁰⁹ tot niet-ontvankelijkverklaring overgegaan. De eerste voorwaarde was volgens de kantonrechter niet vervuld. Ten aanzien van de tweede voorwaarde overwoog de kantonrechter dat de situatie onder het oude recht zodanig van de situatie onder de WWZ verschilt, 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. De kantonrechter onderbouwde dit oordeel met verschillende argumenten, waaronder het feit dat vernietiging buiten rechte niet meer mogelijk is en er, nadat is geoordeeld dat door het ontslag op staande voet een rechtsgeldig einde aan de arbeidsovereenkomst is gekomen, geen arbeidsovereenkomst (meer) is die ontbonden kan worden.

Daarnaast wees de kantonrechter erop dat de beslissing op een ontbindingsverzoek onder de WWZ appellabel is en de werkgever derhalve ook met een beslissing op het voorwaardelijk ontbindingsverzoek geen definitieve zekerheid over het eindigen van de arbeidsovereenkomst heeft.

Verder benoemde de kantonrechter dat het ontslag op staande voet voorheen (alsnog) in hoger beroep kon worden vernietigd, waardoor de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht herleefde. Onder de WWZ heeft de rechter in hoger beroep deze mogelijkheid niet, aldus de kantonrechter. Hij kan weliswaar de arbeidsovereenkomst herstellen, desgewenst zelfs met terugwerkende kracht tot het moment waarop de (oude) arbeidsovereenkomst eindigde, maar dit leidt volgens de kantonrechter 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. Die rechter staat volgens de kantonrechter thans dus een instrumentarium ter beschikking om 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 volgens de kantonrechter dat reeds nu zou worden geoordeeld over het 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 maakte dat in de betreffende procedure, waarin is geoordeeld dat het ontslag op staande voet standhoudt, geconcludeerd wordt dat niet tevens en tezelfdertijd nog plaats is voor een voorwaardelijk verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst, ingesteld voor het geval in hoger beroep de arbeidsovereenkomst wordt hersteld. De kantonrechter tekende daarbij aan dat dit oordeel bovendien geheel in lijn is met de bedoeling van de wetgever om de ontslagprocedure te vereenvoudigen en te dejuridiseren.

Beslissingen in appel

In het kader van dit rechtspraakoverzicht wijzen wij verder op de eerste uitspraak in hoger beroep ten aanzien van de voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden¹¹⁰ heeft zich uitgelaten over een voorwaardelijk ontbindingsverzoek ten aanzien van een ontslag op staande voet dat vóór 1 juli 2015 heeft plaatsgevonden. Het hof heeft in deze zaak geoordeeld dat na de invoering van het ontslagrecht per 1 juli 2015 nog plaats is voor een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst na een ontslag op staande voet, *“waarvan de rechtsgeldigheid naar oud recht moet worden beoordeeld”*.

Volgens het hof is in het kader van het inmiddels vervallen art. 7:685 BW aanvaard dat een werkgever, nadat een werknemer de vernietigbaarheid van een ontslag op staande voet heeft ingeroepen, een gerechtvaardigd belang kan hebben bij voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst, nu het geruime tijd kan duren voordat bij een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke uitspraak zekerheid is verkregen over het effect van het ontslag op staande voet. Het hof is van oordeel dat er geen grond is om in het geval van *“een naar oud recht te beoordelen ontslag op staande voet”* voor een voorwaardelijke ontbinding met toepassing van art. 7:671b lid 1 BW tot een ander oordeel te komen, om de enkele reden dat tegen de beslissing op dat ontbindingsverzoek hoger beroep en cassatie zijn opengesteld. De mogelijk langere termijn waarop zekerheid over de voorwaardelijke ontbinding, dan wel (op de voet van art. 7:683 lid 3 BW) voorwaardelijk herstel of een billijke vergoeding wordt verkregen, doet daaraan volgens het gerechtshof onvoldoende af. *Waarom* dat zo is, is evenwel niet kenbaar gemaakt.

Het hof lijkt hiermee de weg voor een voorwaardelijk ontbindingsverzoek onder de WWZ ruim open te stellen, doch tegelijkertijd merkt het hof uitdrukkelijk op dat het in dit geval gaat om een voorwaardelijk ontbindingsverzoek na een naar oud recht te beoordelen ontslag op staande voet. Wat het hof met deze toevoeging tot uitdrukking heeft willen brengen is onduidelijk.¹¹¹ Betekent het wellicht dat het oordeel ten aanzien van een voorwaardelijke ontbinding na een onder nieuw recht gegeven ontslag (in welk geval buitengerechterlijke vernietiging niet meer mogelijk is) anders zou kunnen luiden? Wij weten het niet en zullen moeten wachten tot het hof zich buigt over een voorwaardelijk ontbindingsverzoek dat wordt ingediend in aansluiting op een na 1 juli 2015 gegeven ontslag op staande voet.

Inhoudelijk is het hof overigens tot de conclusie gekomen dat de kantonrechter het verzoek tot voorwaardelijke ontbinding ten onrechte heeft toegewezen. Het hof zag zich vervolgens voor de keuze gesteld om ofwel de werkgever te veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen, ofwel in plaats daarvan aan de werknemer een billijke vergoeding

109 Ktr. Leeuwarden 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:716.

110 Hof Arnhem-Leeuwarden 15 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1116.

111 Zie ook *AR Updates* 2016, nr. 8, waarin de overweging van het hof 'cryptisch' wordt genoemd.

toe te kennen. Uiteindelijk koos het hof voor herstel en wees hij het verzoek van de werknemer tot herstel van de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk (“voor het geval in rechte onherroepelijk komt vast te staan dat de arbeidsovereenkomst niet op 20 februari 2015 is beëindigd”) toe met ingang van de datum waarop de kantonrechter de arbeidsovereenkomst (ten onrechte) voorwaardelijk had ontbonden.

Met een verwijzing naar deze beschikking van het hof wordt de vraag, of nog plaats is voor een verzoek tot een voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst na een ontslag op staande voet, waarvan de rechtsgeldigheid nog niet vaststaat, door de Kantonrechter Groningen¹¹² in zijn algemeenheid bevestigend beantwoord. De kantonrechter ziet geen reden om voor een ontbinding met toepassing van art. 7:671b lid 1 BW tot een ander oordeel te komen.¹¹³ Wel zal volgens de kantonrechter per geval moeten worden bezien welke feiten en omstandigheden aan het voorwaardelijk ontbindingsverzoek ten grondslag zijn gelegd en op welke grondslag het verzoek is gebaseerd.

Tot slot wijzen wij op een uitspraak in hoger beroep van de eerdergenoemde beschikking van de Kantonrechter Rotterdam van 2 november 2015,¹¹⁴ waarin het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig was geoordeeld en de arbeidsovereenkomst onvoorwaardelijk was ontbonden per 1 januari 2016. Het Gerechtshof Den Haag¹¹⁵ bepaalde dat het ontslag op staande voet toch terecht was verleend, waardoor zich een situatie voordeed als bedoeld in art. 7:683 lid 6 BW: het hof oordeelde dat het verzoek van werknemer om vernietiging van de opzegging ten onrechte door de kantonrechter was toegewezen.

Het hof gaf aan dat dit onder het oude recht betekend zou hebben dat de arbeidsovereenkomst per datum ontslag op staande voet geëindigd was en latere loonbetalingen in beginsel als onverschuldigd betaald konden worden teruggevorderd. Terecht merkte het hof op dat het huidige recht van vorenstaande significant afwijkt.

Thans geldt in een dergelijke situatie dat, hoewel het hof van oordeel is dat het ontslag op staande voet op goede gronden is gegeven, de arbeidsovereenkomst van partijen niet op de datum van het gegeven ontslag op staande voet eindigt. Het hof dient zelf een tijdstip te bepalen waarop de arbeidsovereenkomst van partijen tot een einde komt. Dat tijdstip mag volgens de parlementaire geschiedenis niet in het verleden liggen. Een en ander betekent volgens het hof dat ook al is het ontslag op staande voet op goede gronden gegeven, de arbeidsovereenkomst niettemin voortduurt en de werkgever in beginsel gehouden is de werknemer het loon te betalen tot het door het hof te bepalen einde van de arbeidsovereenkomst. Loonbetalingen gedaan tussen de datum waarop het ontslag op staande voet werd gegeven en het door het hof te bepalen einde van de arbeidsovereenkomst kunnen in beginsel niet als onverschuldigd betaald

worden teruggevorderd, aldus het hof.

Nu het hof de beschikking van de kantonrechter (met uitzondering van de vernietiging van de opzegging) heeft vernietigd, is daarmee eveneens de uitgesproken ontbinding van de arbeidsovereenkomst komen te vervallen. Dit betekende volgens het hof dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen in principe nog immer bestaat en het hof deze arbeidsovereenkomst alsnog moet doen eindigen door daarvoor een, in de toekomst gelegen, datum te bepalen. Dit zou er volgens het hof echter toe leiden – in het licht van het feit dat de kantonrechter de ontbinding per 1 januari 2016 heeft uitgesproken – dat de werkgever voor wat betreft de datum waarop de arbeidsovereenkomst eindigt door zijn appel in een slechtere positie komt te verkeren dan op basis van de beschikking van de kantonrechter het geval was. Hiertegen verzet zich de (rechts)regel dat een partij niet slechter mag worden van zijn hoger beroep (het verbod van *reformatio in peius*), aldus het hof. Het vorenstaande brengt volgens het hof met zich, dat, hoewel het hof het einde van de arbeidsovereenkomst dient te bepalen op een in de toekomst gelegen tijdstip, hij niettemin “in dit speciale geval” het einde van de arbeidsovereenkomst heeft vastgesteld op 1 januari 2016.

4.4 Resumé rechtspraakoverzicht

Uit het bovenstaande overzicht van de gepubliceerde uitspraken over de voorwaardelijke ontbinding (na een ontslag op staande voet) onder de WWZ, blijkt dat verschillende situaties moeten worden onderscheiden.

Als een voorwaardelijk ontbindingsverzoek ex art. 7:671b BW wordt behandeld na een ontslag op staande voet dat plaatsvond vóór 1 juli 2015, oordelen kantonrechters zonder meer dat werkgevers een gerechtvaardigd belang kunnen hebben bij voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Kantonrechters zien voor een ontbinding met toepassing van art. 7:671b lid 1 BW geen reden tot een ander oordeel te komen dan onder oud recht. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde eveneens dat onder de WWZ nog plaats is voor een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst na een ontslag op staande voet, waarvan de rechtsgeldigheid naar oud recht moet worden beoordeeld.

Ook als een ontslag op staande voet (ongeacht of dit vóór of ná 1 juli 2015 plaatsvond) wordt vernietigd, zien kantonrechters geen reden om voor een ontbinding met toepassing van art. 7:671b lid 1 BW tot een ander oordeel te komen. Als sprake is van een ontslag op staande voet verleend ná 1 juli 2015 en het verzoek van de werknemer ex art. 7:681 BW tot vernietiging van de opzegging wordt toegewezen, worden voorwaardelijke ontbindingsverzoeken door kantonrechters *onvoorwaardelijk* afgedaan. In hoger beroep kan een andersluidend oordeel ten aanzien van het ontslag op staande voet in zo’n geval echter weer tot complicaties leiden, zo blijkt uit de uitspraak van het Gerechtshof Den Haag.

In de situatie waarin het verzoek van de werknemer tot vernietiging van het ontslag op staande voet is afgewezen

112 Ktr. Groningen 29 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:864.

113 Vgl. voetnoten 76 tot en met 81.

114 Vgl. voetnoot 88.

115 Hof Den Haag 23 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:435.

(en het ontslag dus in stand blijft), is in de rechtspraak sprake van verdeeldheid. Enkele kantonrechters zijn in deze situatie van oordeel dat (niet uitgesloten is dat) de werkgever nog een belang heeft bij de verzochte voorwaardelijke ontbinding, omdat de uitspraak (de afwijzing van het verzoek van de werknemer tot vernietiging van het ontslag op staande voet) niet onherroepelijk is en in hoger beroep nog tot herstel van de arbeidsovereenkomst kan worden besloten.

Andere kantonrechters zijn juist van oordeel dat, na een terecht en op juiste gronden gegeven ontslag op staande voet, niet tevens en tegelijkertijd nog plaats is voor een voorwaardelijk ontbindingsverzoek, omdat de voorwaarde waaronder het tegenverzoek is ingediend niet is vervuld dan wel omdat sprake is van onvoldoende belang bij dat verzoek. Diverse kantonrechters benoemen ook dat het in zo een situatie niet de bedoeling is op een door het hof te maken afweging vooruit te lopen.

5. Wel of geen voorwaardelijke ontbinding?

Wanneer het hierboven geschetste pallet van in de literatuur en rechtspraak gebruikte argumenten en overwegingen wordt bezien, kan dan worden bepaald of voorwaardelijke ontbinding thans nog wel of niet mogelijk moet zijn? Naar onze overtuiging kan deze vraag niet met een eenvoudig 'ja' of 'nee' worden beantwoord, maar gaat het om het bepalen van het gewicht van de diverse argumenten en overwegingen, waarna de weegschaal uiteindelijk in een bepaalde richting zal doorslaan.

Voordat wij deze weging zullen maken, merken wij op dat de vraag rijst in hoeverre hierbij nog op het oude recht kan worden 'geleund'. Niet voor niets schreven Barentsen en Sagel dat het de praktijk niet altijd even gemakkelijk valt om bij de bestudering en toepassing van het nieuwe recht, de bril van het oude af te zetten. Volgens deze auteurs moet steeds met een frisse en kritische blik worden onderzocht of oude ontslagrechtelijke gebruiken nog wel passen binnen de nieuwe kaders. Daarbij moet worden bedacht dat het nieuwe ontslagrecht niet slechts beoogt een aanpassing van het oude te zijn, maar om een daadwerkelijk nieuw systeem, met nieuwe uitgangspunten, neer te zetten.¹¹⁶

Nijman/X revisited?

Vanuit dat oogpunt dient allereerst te worden beoordeeld of de in 1983 door de Hoge Raad in *Nijman/X* geformuleerde overwegingen om de voorwaardelijke ontbinding te aanvaarden, nog steeds opgaan. Dit punt heeft in de literatuur al de nodige aandacht gekregen, waarbij de lijn is dat deze overwegingen onder het nieuwe recht niet langer van toepassing zijn dan wel op zijn minst (sterk) aan kracht hebben ingeboet. Zo schreef Verhulp dat van de door de Hoge Raad genoemde omstandigheden thans in mindere mate sprake is.¹¹⁷ Frikkee schreef dat

de Hoge Raad in *Nijman/X* erop gewezen heeft dat het geruime tijd kan duren voordat zekerheid is verkregen over de rechtsgeldigheid van een ontslag op staande voet. Daarin werd destijds aanleiding gevonden aan te nemen dat de werkgever een gerechtvaardigd belang had bij een voorwaardelijke ontbinding. Frikkee heeft de vraag opgeworpen of dit argument nog wel opgaat, aangezien een voorwaardelijke ontbinding onder het regime van de WWZ, vanwege de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie, niet snel duidelijkheid hoeft te brengen over het al dan niet rechtsgeldig zijn van het einde van de arbeidsovereenkomst. Daar komt bij dat de werknemer onder de WWZ al binnen twee maanden een procedure tegen het ontslag op staande voet moet entameren (tegenover zes maanden onder het oude recht, met de mogelijkheid om die termijn te verlengen door een stuitingshandeling), zodat het in de lijn der verwachting ligt dat eerder uitsluitel zal worden verkregen over de rechtsgeldigheid van het ontslag op staande voet. Daarmee lijkt het belangrijkste punt van het oordeel van de Hoge Raad in de *Nijman/X*-zaak onder het regime van de WWZ te zijn ontkracht, aldus Frikkee.¹¹⁸ Eenzelfde standpunt is door Sagel naar voren gebracht. Hij schreef dat de voorwaardelijke ontbinding onder het oude recht juist was aanvaard omdat daarmee – in de lijn van de ratio van art. 7:685 (oud) BW – snel definitieve duidelijkheid over het einde van de arbeidsovereenkomst werd bewerkstelligd. Nu de ontbindingsprocedure een reguliere procedure met hoger beroep en cassatie is geworden, gaat dit argument, aldus Sagel, niet meer op.¹¹⁹ Laagland daarentegen schreef dat het gerechtvaardigd belang van de werkgever er volgens de Hoge Raad uit bestaat dat de voorwaardelijke ontbinding de arbeidsovereenkomst doet eindigen, terwijl over de rechtsgeldigheid van het ontslag op staande voet geruime tijd onduidelijkheid kan bestaan. Volgens Laagland wordt aan dit criterium nog steeds voldaan.¹²⁰ Wanneer het criterium op voornoemde wijze wordt geformuleerd, is dat niet onjuist. Echter, de Hoge Raad wees in zijn uitspraak ook op de aard en strekking van de in art. 1639w (oud) BW geregelde procedure, die op een spoedige beslissing was gericht. Daarvan is onder het huidige recht in mindere mate sprake, vanwege de (mogelijke) toepasselijkheid van het bewijsrecht en het openstaan van hoger beroep en cassatie, zodat ook wij van oordeel zijn dat dit argument van de Hoge Raad niet langer kan worden aangevoerd om aan te nemen dat een voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst na een ontslag op staande voet nog immer mogelijk is. Te dien aanzien merkte Laagland op dat het openstellen van hoger beroep en cassatie niet afdoet aan het gerechtvaardigd belang bij een voorwaardelijk ont-

118 C.J. Frikkee in onderdeel 9 van haar noot onder Ktr. Amsterdam 19 augustus 2015, *TRA* 2015/93.

119 S.F. Sagel, 'WWZ: pas toe en leg uit!', *TRA* 2016/1, p. 1. Zie over het bereik van *Nijman/X* onder het huidige recht ook R.L. van Heusden in zijn noot onder Ktr. Amsterdam 15 december 2015, «*JAR*» 2015/301.

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

116 B. Barentsen & S.F. Sagel, 'Kroniek sociaal recht', *NJB* 2015-35, p. 2498.

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

bindingsverzoek. De ontbindingsprocedure zal, vanwege haar eenvoudige aard, immers nog steeds eerder tot een in kracht van gewijsde gegane uitspraak leiden dan de procedure inzake het ontslag op staande voet. Wij merken op dat dit mogelijk is, maar niet altijd het geval hoeft te zijn, zeker niet wanneer aan het ontslag op staande voet en het (voorwaardelijk) ontbindingsverzoek hetzelfde feitencomplex ten grondslag wordt gelegd. Hoe dan ook, van een op een spoedige beslissing gerichte procedure, zoals onder het oude recht, zal nu niet zonder meer kunnen worden gesproken.

Laagland wees er verder op dat – ook onder de WWZ – geen rechtsregel zich tegen het indienen van een voorwaardelijk ontbindingsverzoek na een ontslag op staande voet verzet.¹²¹ Ook dit argument werd in *Nijman/X* door de Hoge Raad genoemd. Ten aanzien van dit punt valt op dat de literatuur heel wat kritischer is dan de rechtspraak. Zo is er door Barentsen en Sagel op gewezen dat aanvaarding van de voorwaardelijke ontbinding na ontslag op staande voet niet goed te rijmen is met de vereenvoudiging en dejuridisering die door de wetgever wordt nagestreefd.¹²² Ook Verhulp heeft erop gewezen dat de voorwaardelijke ontbinding minder goed past in het huidige wettelijke systeem.¹²³ Zoals in paragraaf 3 uiteen is gezet, hebben veel schrijvers ook gewezen op de beperkingen die het huidige ontslagrecht met zich brengt.

In de rechtspraak zijn minder van dergelijke principiële bezwaren geuit. Wel wees de Kantonrechter Roermond erop dat de door de Hoge Raad in *Nijman/X* genoemde omstandigheden – waaronder een voorwaardelijke ontbinding toelaatbaar werd geacht – niet meer aan de orde zijn.¹²⁴ Ook de Kantonrechter Apeldoorn toonde zich kritisch en overwoog dat een andere beslissing – dan niet-ontvankelijkverklaring in de voorwaardelijke ontbindingsprocedure in het geval het ontslag op staande voet terecht werd geoordeeld – ertoe zou leiden dat het met de WWZ vernieuwde ontslagrecht, dat nu juist op vereenvoudiging en dejuridisering is gericht, nodeloos ingewikkeld en kostbaar wordt gemaakt.¹²⁵ Meer recent toonden ook de kantonrechter te Amsterdam en Leeuwarden zich kritisch vanwege de systematiek van de huidige wettelijke regeling en de bedoeling van de wetgever het ontslagrecht te vereenvoudigen en dejuridiseren.¹²⁶

Verschillende situaties

Nu de overwegingen uit *Nijman/X* niet – zonder meer – op de huidige situatie kunnen worden toegepast, dient een nieuwe, zelfstandige beoordeling te worden gemaakt. Het antwoord op de vraag of een voorwaardelijke ontbinding

na een ontslag op staande voet (gegeven na 1 juli 2015) onder de WWZ moet worden aanvaard, kan wat ons betreft niet eenvoudig worden gegeven. Verschillende situaties moeten worden onderscheiden, waarbij wij ervan uitgaan dat dezelfde rechter gelijktijdig op het verzoek van de werknemer tot vernietiging van de opzegging en het ontbindingsverzoek van de werkgever beslist.

(Nog) geen verzoek tot vernietiging

Allereerst kan zich de situatie voordoen waarin kort na een verleend ontslag op staande voet een voorwaardelijk ontbindingsverzoek wordt ingediend, nog voordat de werknemer een procedure tot vernietiging van de opzegging is gestart. Wanneer daarvan op het moment van de beschikking in de ontbindingszaak nog steeds geen sprake is, zal de rechter de ontbinding niet kunnen uitspreken. Het moet ervoor worden gehouden dat de arbeidsovereenkomst op dat moment (reeds) rechtsgeldig tot een einde is gekomen. De kantonrechter kan op dat moment niets ontbinden en dient de werkgever niet-ontvankelijk te verklaren in zijn verzoek.¹²⁷ Deze situatie zal zich overigens niet vaak voordoen, omdat de ontbindingsbeschikking dan binnen twee maanden na het ontslag op staande voet moet worden gegeven. Geheel ondenkbaar is deze situatie echter ook niet. Ter illustratie noemen wij de in paragraaf 4.1 genoemde beschikking van de Kantonrechter Leeuwarden van 16 december 2015. De kantonrechter overwoog dat strikt genomen niet aan het voorwaardelijk ontbindingsverzoek kon worden toegekomen. Uiteindelijk koos de kantonrechter voor een praktische oplossing, omdat de vervaltermijn van art. 7:686a lid 4 onder 2 BW ten tijde van de mondelinge behandeling (van het ontbindingsverzoek) nog niet was verstreken en de werknemer wel bezwaren tegen het verleende ontslag op staande voet had geuit. Of dit in lijn is met het huidige systeem wagen wij te betwijfelen.

Wij voegen hieraan toe dat het belang van de werkgever reeds wordt gediend door deze korte vervaltermijn en het voorschrift (vgl. art. 7:686a lid 5 BW) dat het verzoek tot vernietiging van de opzegging binnen vier weken na indiening van het verzoekschrift wordt behandeld.¹²⁸ De werkgever heeft dus relatief snel duidelijkheid over het antwoord op de vraag of de werknemer het ontslag op staande voet aanvecht.

Wel is het zo dat vernietiging (van de opzegging) door de rechter terugwerkende kracht heeft. Wanneer de werknemer (op de valreep) alsnog een op art. 7:681 BW gebaseerd verzoek tot vernietiging indient en dit verzoek wordt toegewezen, komt achteraf vast te staan dat de opzegging niet rechtsgeldig is. Met andere woorden, ook wanneer nog geen vernietiging van de opzegging is verzocht, kan onzekerheid bestaan over het voortduren van de arbeidsovereenkomst. Maakt deze onzekerheid dat de

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

122 B. Barentsen & S.F. Sagel, 'Kroniek sociaal recht', *NJB* 2015-35, p. 2499-2500.

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

124 Ktr. Roermond 7 december 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:10158.

125 Ktr. Apeldoorn 8 december 2015, «*JAR*» 2016/3.

126 Zie Ktr. Amsterdam 15 februari 2016, *AR* 2016-0185 en Ktr. Leeuwarden 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:716.

127 Vgl. in dit verband ook B. Barentsen & S.F. Sagel, 'Kroniek sociaal recht', *NJB* 2015-35, p. 2499.

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

ontbindingsprocedure altijd voorwaardelijk moet kunnen worden ingezet als vangnet na een verleend ontslag op staande voet? Naar ons oordeel is dat niet het geval. De voorwaardelijke ontbindingsprocedure na een ontslag op staande voet druist in tegen de beoogde vereenvoudiging en dejuridisering van het ontslagrecht, zolang niet bekend is of überhaupt tegen dat ontslag wordt geageerd.

Wanneer de werknemer wel een beroep doet op art. 7:681 BW, kan de werkgever alleen belang bij een (voorwaardelijk) ontbindingsverzoek hebben, wanneer de werknemer (ook) vernietiging van de opzegging verzoekt. Wanneer uitsluitend wordt ingezet op het verkrijgen van een billijke vergoeding, accepteert de werknemer de opzegging als zodanig, waardoor er ook geen onzekerheid over het wel of niet voortbestaan van de arbeidsovereenkomst (meer) is, integendeel.

Dezelfde ontslaggrond

Voor het antwoord op de vraag of voorwaardelijke ontbinding op dezelfde gronden als het ontslag op staande voet mogelijk is wanneer de werknemer wel een verzoek tot vernietiging van de opzegging heeft gedaan, is het oordeel van de rechter ten aanzien van het ontslag op staande voet relevant.¹²⁹ Wanneer het immers zo is dat de door de werkgever gestelde dringende reden wordt bewezen, zal het verzoek tot vernietiging worden afgewezen. De arbeidsovereenkomst blijft geëindigd, zodat de werkgever er geen belang bij heeft om deze (niet meer bestaande) arbeidsovereenkomst te laten ontbinden. Wanneer de dringende reden niet bewezen wordt geacht, zal ook geen ontbinding op die grond worden uitgesproken. Het is, wanneer de werkgever het voorwaardelijk ontbindingsverzoek baseert op dezelfde feiten als het ontslag op staande voet, dus van tweeën één.¹³⁰

Dit ligt anders, wanneer de dringende reden weliswaar wordt bewezen, maar het ontslag op staande voet desondanks geen standhoudt. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer de opzegging niet onverwijld is geschied. In die situatie is de arbeidsovereenkomst niet door het ontslag op staande voet geëindigd, maar zou in de aangevoerde (dringende) reden wel een grond voor ontbinding gevonden kunnen worden. Als dat het geval is, geldt dat de rechter de arbeidsovereenkomst *onvoorwaardelijk* kan ontbinden, omdat de voorwaarde, waaronder het verzoek is ingediend, reeds is vervuld (het ontslag op staande voet is vernietigd).

Wat ons betreft moet – teneinde (onnodig) complexe situaties te voorkomen – het oordeel van de rechter ten aanzien van het ontslag op staande voet worden afgewacht, alvorens kan worden beslist op het voorwaardelijk ontbindingsverzoek (ingediend op dezelfde gronden als het ontslag op staande voet). De voorwaarde waaronder het

verzoek wordt ingediend, is immers afhankelijk gesteld van (het oordeel over) het ontslag op staande voet. In de situatie dat wel een verzoek tot vernietiging van de opzegging is ingediend, maar nog niet op dit verzoek is beslist, heeft derhalve te gelden dat er geen plaats is voor een voorwaardelijke ontbinding op diezelfde grond. Dat klemt temeer, nu gedurende deze procedure in formele zin geen arbeidsovereenkomst (meer) bestaat en de voorwaarde waaronder het verzoek is ingediend (nog) niet is vervuld. Diverse kantonrechters bepaalden ook al dat pas een inhoudelijk oordeel over de voorwaardelijke ontbinding (waaraan dezelfde reden ten grondslag was gelegd als aan het ontslag op staande voet) kan worden gegeven, nadat bewijslevering in het kader van het ontslag op staande voet heeft plaatsgevonden.¹³¹ Zij hielden het ontbindingsverzoek aan, in afwachting van de uitkomst van bewijslevering ten aanzien van het ontslag op staande voet.¹³²

Indien, in geval van dezelfde ontslaggronden, het verzoek van de werknemer tot vernietiging wordt afgewezen (en het ontslag op staande voet standhoudt), heeft wat ons betreft te gelden dat geen voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst zou moeten worden toegestaan voor het geval de rechter in hoger beroep tot een ander oordeel over het ontslag op staande voet komt. Het enkele feit dat een werkgever in deze situatie mogelijk nog een belang heeft bij toewijzing van zijn voorwaardelijk ontbindingsverzoek (voor het geval in hoger beroep of na verwijzing in cassatie wordt geoordeeld dat de vernietiging van de opzegging in eerste aanleg ten onrechte is afgewezen én de appelrechter de werkgever verplicht tot herstel van de arbeidsovereenkomst), is naar ons oordeel onvoldoende om een voorwaardelijke ontbinding te rechtvaardigen. De rechter zou, bij een andersluidend oordeel, namelijk al rekening houden met de onjuistheid van zijn eigen beslissing, waarvoor hij op voorhand bovendien een voorziening zou treffen. Terecht oordeelde de Kantonrechter Roermond dat het uitspreken van ontbinding, uitsluitend voor het geval het eigen oordeel alsnog onjuist mocht blijken te zijn, als onbestaanbaar moet worden aangemerkt.¹³³

In dit verband moet bovendien worden bedacht dat de rechter in hoger beroep de opzegging van de arbeidsovereenkomst niet alsnog kan vernietigen. Wel kan het hof de werkgever op grond van art. 7:683 lid 3 BW tot herstel van de arbeidsovereenkomst veroordelen. Te dien

129 Hierbij wordt ervan uitgegaan dat beide verzoeken door dezelfde rechter worden beoordeeld. Zie daarover ook P.G. Vestering & W.J.J. Wetzel, *Praktisch arbeidsprocesrecht onder de WWZ*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 55.

130 Idem, p. 55.

131 Ktr. Alkmaar 15 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11452; Ktr. Alkmaar 8 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:66; Ktr. Amersfoort 10 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:553.

132 Wij realiseren ons dat deze toepassing ertoe leidt dat de werkgever wordt geconfronteerd met een langere periode waarover loon moet worden doorbetaald, aangezien de ontbinding pas op een later tijdstip kan worden uitgesproken. Dit is echter alleen het geval, wanneer geen sprake was van een rechtsgeldig ontslag op staande voet. Deze omstandigheid dient in onze optiek voor rekening en risico van de werkgever te komen.

133 Ktr. Roermond 7 december 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:10158. In deze zin ook Ktr. Apeldoorn 8 december 2015, «JAR» 2016/3 en Ktr. Leeuwarden 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:716 en Ktr. Amsterdam 15 februari 2016, AR 2016-0185. Zie anders Ktr. Rotterdam 22 december 2015, AR 2016-0050.

aanzien wordt aangenomen dat alsdan een nieuwe arbeidsovereenkomst tot stand komt. Wij achten het niet mogelijk om een – ten tijde van het voorwaardelijk ontbindingsverzoek nog niet bestaande – arbeidsovereenkomst alvast te ontbinden. Om de eventuele mogelijkheid, dat in hoger beroep tot herstel van de arbeidsovereenkomst wordt besloten, te ondervangen, dient geen voorwaardelijke ontbinding te worden toegestaan.¹³⁴ Bovendien geldt dat de rechter in hoger beroep vrij is om te bepalen

Om de eventuele mogelijkheid, dat in hoger beroep tot herstel van de arbeidsovereenkomst wordt besloten, te ondervangen, dient geen voorwaardelijke ontbinding te worden toegestaan

met ingang van welke datum hij herstel van de arbeidsovereenkomst gelast.¹³⁵ Derhalve kan ook worden bepaald dat de arbeidsovereenkomst op een datum gelegen ná de in eerste aanleg uitgesproken ontbindingsdatum moet worden hersteld. Overigens is er in het kader van deze discussie herhaaldelijk op gewezen dat de verwachting is dat de hoven niet snel tot herstel zullen beslissen, maar in de regel een billijke vergoeding aan de werknemer zullen toekennen, waardoor het dienstverband geëindigd blijft.¹³⁶ De vraag is gerechtvaardigd in hoeverre deze verwachting uitkomt. In de eerste appelzaak op dit vlak, veroordeelde het gerechtshof de werkgever namelijk om de arbeidsovereenkomst (voorwaardelijk) te herstellen.¹³⁷

Andere ontslaggrond

Wanneer de werkgever, naast de grond voor het ontslag op staande voet, nog een andere (ontslag)grond heeft, moet ontbinding op die andere grond wel kunnen worden verzocht. Er is dan geen samenhang met het oordeel over de dringende reden. Het inhoudelijke oordeel over het ontslag op staande voet werkt dan niet door in de ontbindingszaak. Wij delen de opvatting van Verhulp dat het in zo een geval moeilijk aan de werkgever uit te leggen zou zijn, wanneer hij niet kan worden ontvangen in een op een andere grond gebaseerd verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst.¹³⁸

Of deze ontbinding voorwaardelijk kan worden uitgesproken hangt wél af van het oordeel in de procedure over (de vernietiging van) het ontslag op staande voet.

Immers, indien het verzoek van de werknemer wordt toegewezen, wordt de opzegging vernietigd en duurt de arbeidsovereenkomst voort. De voorwaarde waaronder doorgaans ontbinding wordt verzocht treedt dan niet in, omdat de rechter de opzegging zelf reeds vernietigt. De rechter kan de arbeidsovereenkomst dan uitsluitend *onvoorwaardelijk* ontbinden, zoals nu in de rechtspraak ook gebeurt.¹³⁹ Zoals in paragraaf 3 al is aangestipt, verdient het daarom aanbeveling om altijd ook *onvoorwaardelijk* om ontbinding te verzoeken.¹⁴⁰

Wanneer het verzoek van de werknemer tot vernietiging wordt afgewezen, houdt het ontslag op staande voet stand en blijft de arbeidsovereenkomst geëindigd. Naar ons oordeel bestaat er dan, ook al heeft de werkgever tevens een andere ontslaggrond, geen aanleiding om het voorwaardelijk ontbindingsverzoek toe te wijzen. Dat wordt dan alleen gedaan voor het geval in hoger beroep anders over het ontslag op staande voet zou worden beslist, maar daarmee zou de rechter rekening houden met de onjuistheid van zijn eigen beslissing en daarvoor al een voorziening treffen. Hiervoor is reeds naar voren gebracht dat een voorwaardelijke ontbinding in dat geval niet mogelijk moet worden geacht.

Indien het ontslag op staande voet in eerste aanleg evenwel niet rechtsgeldig is geoordeeld, maar er andere gronden zijn waarop de arbeidsovereenkomst ontbonden is, ligt herstel in hoger beroep of na cassatie (in de zaak over het ontslag op staande voet) niet in de rede. In dat geval zou een billijke vergoeding kunnen worden toegekend. Met Bouwens en Bij de Vaate menen wij dat het goed verdedigbaar is dat een voorwaardelijke ontbinding, met het oog op een herstelveroordeling in hoger beroep, niet moet worden aanvaard.¹⁴¹

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),

134 In deze zin ook Ktr. Roermond 7 december 2015, ECLI:NL:RBLLIM:2015:10158, alsmede Ktr. Apeldoorn 8 december 2015, «JAR» 2016/3.

135 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 35 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 17, p. 75.

136 Zie bijv. P.J. Jansen, 'Ontslag op staande voet en de Wet werk en zekerheid: is er nog plaats voor een kort geding, voorwaardelijke ontbinding, bewijslevering en een switch?', *TAP* 2015/2, 59, p. 7, alsmede F.G. Laagland, 'Het procedurele mijnenveld van het ontslag op staande voet', *ArA* 2015 (9) 4, p. 50.

137 Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 15 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:11116, welke uitspraak is besproken in par. 4.3.

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

139 Wij wijzen ter illustratie op de in voetnoot 83 tot en met 87 genoemde uitspraken.

140 Vgl. voetnoot 49.

141 W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate, 'Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht', *ARBAC* april 2015. Zie ook B. Barentsen & S.F. Sagel, 'Kroniek sociaal recht', *NJB* 2015-35, p. 2499, alsmede R.L. van Heusden in zijn noot onder «JAR» 2015/301.

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.¹⁴²

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 een 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.”*¹⁴³

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 is¹⁴⁴ – 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.¹⁴⁵

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.

Gewenste duidelijkheid

Nu de wetgever de onderhavige materie niet heeft geregeld, zal het uiteindelijk, net als in de jaren tachtig van de vorige eeuw, (weer) aan de Hoge Raad zijn de knoop door te hakken. Door verschillende auteurs is al een oproep gedaan tot een snelle beslissing van de Hoge Raad, al dan niet via een prejudiciële vraag op grond van art. 392 Rv.¹⁴⁶ Wanneer deze situatie van tegenstrijdige beslissingen voortduurt, zou de rechtszekerheid in het gedrang kunnen komen, zo schreef Frikkee.¹⁴⁷

Ons inziens is het de vraag of de Hoge Raad de (snelle) duidelijkheid, waar zo naar wordt uitgekeken, wel kan bieden. Uit deze bijdrage volgt immers dat diverse situaties denkbaar zijn, situaties waarin het antwoord op de vraag of een voorwaardelijke ontbinding mogelijk moet worden geacht best eens anders zou kunnen uitpakken. Te denken valt bijvoorbeeld aan het onderscheid tussen opzeggingen die voor en na 1 juli 2015 hebben plaatsgevonden en tussen het toe- dan wel afwijzen van het verzoek van de werknemer tot vernietiging van de opzegging. Ook kan van belang zijn of de werkgever zijn verzoek tot voorwaardelijke ontbinding baseert op dezelfde gronden als waarop hij (eerder) ontslag op staande voet had verleend of dat hij (ook) over een andere (ontbindings)grond beschikt. Ook kan van belang zijn of dezelfde rechter gelijktijdig op beide verzoeken beslist of dat de zaken worden gesplitst dan wel dat de ontslag-op-staande-voet-zaak wordt aangehouden voor (nadere) bewijslevering.

Bedacht moet worden dat de Hoge Raad (straks) een concrete zaak voorgelegd krijgt. Dat betekent dat de Hoge Raad uitspraak zal doen in die betreffende zaak. De vraag is of die uitspraak ook kan worden toegepast op andere gevallen, waarin de situatie wellicht (iets) anders is dan in het geval waarover de Hoge Raad zich heeft uitgesproken. Niets voor niets schreef Duk in zijn dissertatie dat een arrest van de Hoge Raad geen wetenschappelijke beschouwing is, maar (in de eerste plaats) een beslissing in een concrete zaak.¹⁴⁸

Wanneer de Hoge Raad zaak voor zaak beslist of voorwaardelijke ontbinding daarin wel of niet mogelijk is,

142 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.

143 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.

144 Zie daarover J.P. Quist, *Gezichtspuntencatalogi in het privaatrecht, in het bijzonder het arbeidsrecht* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 560 e.v.

145 Zie daarover A.R. Houweling (red.), G.W. van der Voet, J.H. Even & E. van Vliet, *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke thema's*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 831 en 836.

146 Zie bijv. B. Barentsen & S.F. Sagel, 'Kroniek sociaal recht', *NJB* 2015-35, p. 2500. Vgl. ook R.L. van Heusden aan het slot van zijn annotatie onder Ktr. Amsterdam 15 december 2015, «*JAR*» 2015/301, C.J. Frikkee in onderdeel 10 van haar noot onder Ktr. Amsterdam 19 augustus 2015, *TRA* 2015/93. Ook de prerogatie van rechtspraak aan het gerechtshof als bedoeld in art. 329 Rv leidt ertoe dat de Hoge Raad eerder in beeld komt. Gedacht zou ook kunnen worden aan sprongcassatie ex art. 398 lid 2 Rv.

147 C.J. Frikkee in punt 9 van de noot onder Ktr. Amsterdam 3 november 2015, *TRA* 2016/15.

148 R.A.A. Duk, *De Hoge Raad en rechtsvinding in het arbeidsrecht* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 77.

kan het geruime tijd duren voordat alle te onderscheiden situaties zijn uitgekristalliseerd. De verlangde duidelijkheid is mogelijk dan ook verder weg dan gewenst. Of de Hoge Raad zou in één uitspraak over de gehele linie tot het oordeel moeten komen dat een voorwaardelijk ontbindingsverzoek, anders dan onder het oude recht, niet (langer) past in het wettelijk systeem, omdat deze procedure niet strookt met de bedoelingen die de wetgever met het nieuwe ontslagrecht voor ogen heeft. Het blijft dus spannend naar welke kant de Hoge Raad deze weegschaal zal laten doorslaan.

6. Afronding

Houweling en Van der Voet sloten hun bijdrage aan *TAP* van juni 2009 af met de opmerking dat de voorwaardelijke ontbindingsprocedure tot veel vragen leidt en, ondanks de (toentertijd al) meer dan 25 jaar ervaring met dit fenomeen, een juridische complexiteit blijft.¹⁴⁹ De WWZ heeft het er wat dat aangaat bepaald niet eenvoudiger op gemaakt. Wij zijn immers, zo zou men kunnen zeggen, weer terug bij af, namelijk bij de vraag of de voorwaardelijke ontbinding na een ontslag op staande voet überhaupt mogelijk moet

worden geacht. Wij delen de opvatting dat het (zeker voor de praktijk) noodzaak is dat die vraag binnen afzienbare termijn wordt beantwoord, maar of dat van de Hoge Raad kan worden verwacht, is de vraag.



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.

149 A.R. Houweling & G.W. van der Voet, 'De voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst na een ontslag op staande voet', *TAP* 2009/4, p. 154. Ook recent schreef Houweling c.s. dat de voorwaardelijke ontbindingsprocedure na 1 juli 2015 een stuk complexer is geworden. 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. 834.