Downloaded from UvA-DARE, the institutional repository of the University of Amsterdam (UvA)
http://hdl.handle.net/11245/2.27483

File ID	uvapub:27483
Filename	verhulp_2003_voorwaardelijke_ontbinding.pdf
Version	unknown

SOURCE (OR PART OF THE FOLLOWING SOURCE):

Type	article - letter to the editor
Title	Na de voorwaardelijke ontbinding
Author	E. Verhulp
Faculty	UvA: Universiteitsbibliotheek
Year	2003

FULL BIBLIOGRAPHIC DETAILS:
http://hdl.handle.net/11245/1.420704

Copyright

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (http://dare.uva.nl)
(pagedate: 2014-08-24)

Na de voorwaardelijke ontbinding……..

Het ontslagrecht is niet eenvoudig. Het biedt de werkgever die de arbeidsovereenkomst met een werknemer op korte termijn wil doen eindigen, een aantal verschillende routes. Een van die routes is het ontslag op staande voet. Soms blijkt dat een route te zijn die eindigt in een bermuda-driehoek van een voorlopige voorziening, een voorwaardelijke ontbinding en de 'switch' van de werknemer. De gemiddelde werkgever die een werknemer op staande voet ontslaat, doet er verstandig aan daarbij de begeleiding van een arbeidsrechtelijke loods in te roepen. Een poging de arbeidsrechtelijk zandbanken in kaart te brengen, met als conclusie dat de voorwaardelijke ontbinding tot veel meer problemen leidt dan er door worden opgelost.

Het ontslag op staande voet als tactisch middel

Is er sprake van een door de werknemer gegeven dringende reden en wordt daarom de arbeidsovereenkomst onverwijld opgezegd, dan verliest de werknemer alle bescherming bij de opzegging. Het toestemmingsvereiste van art. 6 BBA geldt niet, terwijl ook de bijzondere opzegverboden krachtens art. 7:670b lid 1 BW niet gelden. Op grond van art. 7:677 lid 1 BW behoeft de werkgever bij die opzegging de opzegtermijnen niet in acht te nemen, terwijl de Hoge Raad in het arrest Schrijvers/Van Essen[1] heeft beslist dat een terecht gegeven ontslag op staande voet niet tevens kennelijk onredelijk kan zijn. Aan de opzegging wegens een dringende reden worden daarom door de rechtspraak zeer hoge eisen gesteld. Zo geldt dat de partij die de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden opzegt, de dringende reden ook dient te bewijzen. Met name in geval van ziekte van de werknemer leidt dat soms tot een voor de werkgever onmogelijke bewijspositie.[2] De opzegging wegens een dringende reden dient onverwijld te geschieden, onder gelijktijdige[3] mededeling van de dringende reden. De formulering van de dringende reden is van groot belang, want "de wederpartij moet zich immers na de mededeling er over kunnen beraden of hij de opgegeven reden als juist en als dringend ervaart."[4] Indien de dringende reden onjuist is geformuleerd, kan dat er toe leiden dat de dringende reden niet wordt aangenomen. Dit ontdekte het arbeidsrechtelijk bekende taxibedrijf Hofman, dat een werknemer op staande voet ontsloeg wegens 'verduistering' van ritgelden. Nu in feitelijke instanties niet was vastgesteld dat er van opzet aan de zijde van de werknemer sprake was, terwijl voor verduistering opzet vereist is, werd de zaak gecasseerd.[5]

Door deze vereisten was het in rechte staande houden van een ontslag op staande voet vaak al een hachelijke zaak. Door het hiervoor aangehaalde arrest Schrijvers/Van Essen is de beëindigingswijze van het ontslag op staande voet nog mistiger geworden. Indien de gevolgen van de opzegging op staande voet voor de werknemer zeer ernstig zijn dient dit betrokken te worden bij de vraag of er sprake is van een dringende reden. In de woorden van de Hoge Raad: *"Bij de beoordeling van de vraag of van zodanige dringende reden sprake is, moeten de omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in ogenschouw worden genomen. Daarbij behoren in de eerste plaats in de beschouwing te worden betrokken de aard en de ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt, en verder onder*

---

[1] HR 12 februari 1999, JAR 1999/102 en NJ 1999, 643.
[2] HR 23 juni 2000, JAR 2000/164.
[3] Het woord 'gelijktijdig' is in de wet opgenomen per 1 januari 1999. Sindsdien kan de mededeling dus zeker niet later dan de opzegging plaatsvinden: Kamerstukken II 1998/99 26 257, nr. 7, p. 9
[4] HR 23 april 1993, NJ 1993, 504, m. nt. PAS. Dit is al sinds 1918 vaste rechtspraak, zie S.W. Kuip, Ontslagrecht met bijzondere aandacht voor de dringende reden, Kluwer; Deventer 1993, p. 94
[5] HR 26 januari 2001, JAR 2001/40 (Wapenaar/Taxi Hofman BV)

meer de aard van de dienstbetrekking, de duur daarvan en de wijze waarop de werknemer die dienstbetrekking heeft vervuld, alsmede de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals zijn leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben. Ook indien de gevolgen ingrijpend zijn, kan een afweging van deze persoonlijke omstandigheden tegen de aard en de ernst van de dringende reden tot de slotsom leiden dat een onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst toch gerechtvaardigd is. De vraag of de gevolgen van de beëindiging van de dienstbetrekking voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de beëindiging, behoort derhalve te worden beantwoord in het kader van de vraag of er sprake is van een dringende reden." Indien die vraag bevestigend wordt beantwoord zal geen dringende reden aangenomen kunnen worden. Inmiddels is deze overweging vaste rechtspraak.[6] Het eerder ingenomen standpunt dat de rechter niet ambtshalve gehouden is het bestaan van dergelijke omstandigheden te onderzoeken en te toetsen aan de gevolgen van de opzegging[7] lijkt door de Hoge Raad wat afgezwakt voor die gevallen waarin de werknemer dergelijke omstandigheden (zoals leeftijd en diensttijd) wel bekend heeft gemaakt.[8]

Uit het vorenstaande blijkt dat de opzegging op staande voet aanzienlijke beperkingen kent. Die leiden er toe dat een dergelijke opzegging nogal eens ten onrechte blijkt. Toch weerhoudt het risico dat de opzegging op staande voet ten onrechte zou kunnen zijn en welk risico al ten tijde van de opzegging manifest is, de werkgever in veel gevallen niet van de opzegging wegens een dringende reden. Het ontslag op staande voet wordt soms gebruikt als tactisch middel.[9] Door een dergelijk ontslag kan de werknemer de toegang tot het werk worden ontzegd, terwijl het in de praktijk veelal de aanzet is tot het definitieve einde van de arbeidsovereenkomst.

Werkgever stelt een dringende reden: Opzeggen of ontbinden?

De partij bij de arbeidsovereenkomst, meestal de werkgever, die meent dat de andere partij hem een dringende reden heeft verschaft om de arbeidsovereenkomst onverwijld te beëindigen, heeft een keuze. Ik ga in het vervolg steeds uit van de situatie dat de werkgever meent een dringende reden te hebben om de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Dit past het best bij de praktijk. De werkgever kan de arbeidsovereenkomst wegens de dringende reden opzeggen of wegens die dringende reden ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoeken.

Kuip[10] heeft reeds in 1993 overtuigend uiteengezet dat de wetgever uitsluitend een keuze mogelijk heeft willen maken en niet de cumulatie van acties: een dringende reden kan aanleiding vormen de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen of kan aanleiding vormen de kantonrechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden te ontbinden. De bedoeling van de wetgever is niet geweest om de werkgever die de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden opzegt, daarna een 'way out' te gunnen door deze partij toe te staan zich vervolgens tot de kantonrechter te wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst wegens dezelfde dringende reden voorwaardelijk te ontbinden. Dat blijkt ook uit de tekst van art. 7:685 lid 2 BW; "Als gewichtige redenen worden beschouwd omstandigheden die een dringende reden als bedoeld in artikel 677 lid 1 *zouden hebben opgeleverd indien de arbeidsovereenkomst deswege onverwijld opgezegd zou zijn* (..)". Uit

---

[6] HR 21 januari 2000, JAR 2000/45 (P/Hema BV)
[7] HR 27 april 2001, JAR 2001/95 (L/Wennekers Lederwaren Den Haag).
[8] HR 22 februari 2002, JAR 2002/81 (Looyen/Jansen & de Kruyf)
[9] Zie in dit verband bijv. HR 11 mei 2001, JAR 2001/111 (Bénetière/Daalmans). M.n. noot 1 van de conclusie van A-G Spier is in dit verband verhelderend. Zie ook zijn conclusie voor HR 27 april 2001, JAR 2001/95 onder 3.53.
[10] S.W. Kuip, Ontslagrecht met bijzondere aandacht voor de dringende reden, Kluwer; Deventer 1993, p. 143 e.v.

deze tekst leid ik af dat indien de arbeidsovereenkomst onverwijld is opgezegd, er geen sprake meer is van een dringende reden die (naast de opzegging, voorwaardelijke) ontbinding kan rechtvaardigen.

De Hoge Raad heeft anders geoordeeld: de werkgever die een arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden opzegt, kan vervolgens voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoeken, al dan niet wegens diezelfde dringende reden.[11] Deze door de Hoge Raad geboden mogelijkheid is wel beschouwd als een handreiking aan de werkgever.[12] De tot 1985 geldende circulaire van de Directeur-Generaal van de Arbeidsvoorziening,[13] om op te zeggen voor zover de arbeidsovereenkomst niet reeds door de opzegging op staande voet zou zijn geëindigd, stond een voorwaardelijke opzegging in de weg. [14] De werkgever kreeg door deze rechtspraak een herkansing: indien het ontslag op staande voet niet geldig blijkt, kan door het indienen van een voorwaardelijk ontbindingsverzoek 'de schade' worden beperkt. Deze oplossing past bij de tekst van art. 7:685 lid 1 BW, waarin is bepaald dat iedere partij 'te allen tijde bevoegd is zich tot de kantonrechter te wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen te ontbinden."

Dit laat onverlet dat de werkgever die meent dat er sprake is van een dringende reden, voor de keuze staat of hij die dringende reden aangrijpt om de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen –gevolgd door een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding- of om zich tot de kantonrechter te wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen –bestaande uit een dringende reden- te ontbinden. Bij die keuze dient de werkgever zich goed te realiseren dat de opzegging een eenzijdige rechtshandeling is. Hij kan op die opzegging niet terug komen, behalve in het geval de werknemer daarmee instemt. Volledigheidshalve wijs ik er op dat een werkgever ook na een ontslag op staande voet voorwaardelijk de arbeidsovereenkomst kan opzeggen, met toestemming van de CWI. De hierna te schetsen problemen doen zich dan niet voor: in beide gevallen eindigt de arbeidsovereenkomst door opzegging.[15]

Werknemer is ontslagen op staande voet: aanvaarden, vernietigen of berusten in het einde van de arbeidsovereenkomst?

Naar mijn waarneming wordt –indien de werkgever er voor kiest de dringende reden aan te grijpen om de arbeidsovereenkomst te beëindigen - eerder gekozen voor een opzegging op staande voet dan voor een verzoek tot (onvoorwaardelijke) ontbinding wegens een dringende reden.[16] Dat zal samenhangen met de mogelijkheid om na de opzegging wegens een dringende reden die ontbinding – zij het voorwaardelijk - alsnog te verzoeken. Na een opzegging op staande voet kan de werknemer drie dingen doen.

Ten eerste kan hij de opzegging wegens de dringende reden aanvaarden omdat hij de aangevoerde reden inderdaad als juist en dringend erkent. De relatie tussen werkgever en werknemer is dan ten einde. Dit zal zich in een aanzienlijk aantal gevallen voordoen, hoewel naar mijn indruk de aanvaarding van een opzegging op staande voet de laatste tijd weer afneemt, hetgeen onder meer zal samenhangen met de toenemende moeite andere arbeid te vinden.

---

[11] HR 21 oktober 1983, NJ 1984, 296, m nt. PAS (Nijman/X) en HR 27 maart 1987, NJ 1987, 882 (Secreurop/Koning)
[12] R.A.A. Duk, Rechtspraak over ontslag, in vogelvlucht (1975-1985), Adv.bl. 1986, p. 158.
[13] van 20 juni 1977 betreffende ontslagvergunningen "voor zover vereist", Jura no. 128 221.
[14] Hierover uitvoerig S.W. Kuip, a.w. p. 135-143.
[15] Zie voor een voorbeeld: Ktr. Amsterdam 9 mei 2001, JAR 2001/114.
[16] In deze zin ook Kuip, a.w. p. 152

Ten tweede: een werknemer die meent dat de arbeidsovereenkomst onterecht onverwijld wegens een dringende reden is opgezegd, kan de vernietiging van die opzegging inroepen. Vaak wordt het inroepen van de vernietiging van de opzegging door de UWV als voorwaarde gesteld voor het toekennen van een voorschot op de WW-uitkering. De werknemer stelt zich op het standpunt dat er geen sprake is van een dringende reden, of geen sprake is van een opzegging die onverwijld onder gelijktijdige mededeling van de reden is geschied. De werkgever diende derhalve, naar het oordeel van de werknemer, krachtens art. 6 BBA voor de opzegging over toestemming van de CWI te beschikken. Na de vernietiging stelt de werknemer zich op het standpunt dat de arbeidsovereenkomst niet door de opzegging is geëindigd en dat hij beschikbaar is voor het verrichten van de bedongen arbeid. De werknemer beoogt daarmee aanspraak te houden op doorbetaling van loon. Als reactie op deze stellingname van de werknemer verzoekt de werkgever vrijwel altijd om voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Op dat verzoek wordt vaak positief beslist: veelal wordt de arbeidsovereenkomst dan voorwaardelijk ontbonden. Mocht blijken dat de werknemer de opzegging inderdaad heeft vernietigd, dan is aan de voorwaarde van de ontbindingsbeschikking voldaan en wordt door de beschikking de arbeidsovereenkomst ontbonden. Het rechtskarakter van de voorwaardelijke ontbinding is vorig jaar reeds uitvoerig geanalyseerd, zodat ik dit aspect hier verder kan laten rusten.[17] Voor mijn betoog is van belang dat de (voorwaardelijke) ontbindingsbeschikking geen gezag van gewijsde heeft, zodat een rechter aan die beslissing in een dagvaardingsprocedure niet gebonden is.

Ten derde: denkbaar is ook dat de werknemer na een hem gegeven ontslag op staande voet berust in het einde van de arbeidsovereenkomst, maar niet in de onverwijlde beëindiging daarvan. In dit geval meent de werknemer dat er geen dringende reden is om de arbeidsovereenkomst op te zeggen, of dat die dringende reden niet is gebruikt om de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen. Heeft de werknemer daarin gelijk dan schendt de opzeggende werkgever de verplichting om op te zeggen met inachtneming van een opzegtermijn, terwijl de opzegging, ook mede om die reden, tevens kennelijk onredelijk kan zijn.[18]

Het is de vraag of de werkgever die de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden heeft opgezegd –zo lang de werknemer de opzegging niet vernietigt- ontvangen kan worden in zijn verzoek tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Naar mijn mening is dat niet het geval. Zolang de werknemer de opzegging niet vernietigt, is het einde van de arbeidsovereenkomst door de opzegging een feit. Er is niet voldaan aan de door Hoge Raad gestelde voorwaarde voor de voorwaardelijke ontbinding. Er is geen ruimte er van uit te gaan dat de arbeidsovereenkomst nog voortduurt.[19] Het gegeven dat de werknemer de mogelijkheid heeft om de opzegging (alsnog) te vernietigen, verandert daaraan niets.

Eerst vernietigen, dan berusten. Of andersom. De *switch*.

Hiervoor is geschreven dat de werknemer op een ontslag op staande voet kan reageren met het vernietigen van de opzegging. Het komt voor dat de werknemer op die vernietiging wenst terug te komen, bijvoorbeeld omdat hij onverwacht ander werk heeft gevonden of omdat de werknemer bij nader inzien niet langer bereid is om voor de werkgever arbeid te verrichten. De werknemer wil in die gevallen vaak alsnog berusten in het einde van de arbeidsovereenkomst door de opzegging op staande voet. De rechtspraak biedt de werknemer

---

[17] S.F. Sagel, Bijzondere ontbindingen: voor zover vereist, onder voorwaarde(n), of met vergoedingen onder voorwaarde(n), ArbeidsRecht 2002/4, nr. 24.

[18] Deze schadevergoedingen kunnen samen gevorderd worden: HR 7 oktober 1994, JAR 1994/234 (Dibbets/Pinckers) als Rb. Maastricht 9 september 1999, JAR 2000/149.

[19] HR 27 maart 1987, NJ 1987, 882 en HR 18 december 1987, NJ 1988, 351.

de mogelijkheid om van standpunt te veranderen.[20] In de woorden van de Hoge Raad: "*Heeft de werknemer die nietigheid van het ontslag ingeroepen, dan kan hij –behoudens bijzondere omstandigheden (..)- van die keuze terugkomen door jegens zijn werkgever ondubbelzinnig van zijn beroep op nietigheid afstand te doen. Alsdan beëindigt het onregelmatig ontslag de dienstbetrekking alsnog per de aangezegde ontslagdatum en wordt de werkgever ingevolge art. 7A:1639o (thans art. 7:677, red.) schadeplichtig.*"

Naar mijn mening is het ook mogelijk om eerst de schadeplichtigheid van de opzegging in te roepen (waarbij dan niet expliciet afstand van een beroep op de vernietiging is gedaan) en daarop terug te komen en de opzegging alsnog te vernietigen.[21] In de praktijk gebeurt dat niet of nauwelijks, mede omdat de werknemer tot op het moment dat hij alsnog de opzegging vernietigt èn zich beschikbaar stelt voor het verrichten van de bedongen arbeid niet eenvoudig aanspraak kan maken op doorbetaling van loon. Toch is deze *switch* voorstelbaar onder meer in het geval de werknemer aansluitend op het ontslag op staande voet ander werk vindt, doch door de nieuwe werkgever in de proeftijd wordt ontslagen. De Hoge Raad stelt aan het veranderen van de keuze de voorwaarde dat van de eerst gemaakte keuze onherroepelijk wordt afgezien. Men kan dus maar één keer *switchen*. Uiteraard dient een definitieve keuze gemaakt te worden binnen de termijnen van art. 9 BBA en art. 7:683 BW, zes maanden, of – in uitzonderingsgevallen – binnen twee maanden, als de opzegging uitsluitend wordt vernietigd op grond van een bijzonder opzegverbod.[22]

Een voor de praktijk zeer belangrijke reden om terug te komen op de vernietiging van de opzegging is dat het voortbestaan van de arbeidsovereenkomst na de opzegging op staande voet voor de werknemer niet interessant blijkt te zijn. Dat zal het geval zijn indien de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk is ontbonden en bij die voorwaardelijke ontbinding aan de werknemer geen of slechts een geringe vergoeding wordt toegekend. Het volhouden van de vernietiging door de werknemer zal dan betekenen dat – zo hij in rechte gelijk zal krijgen - de arbeidsovereenkomst door de alsdan onvoorwaardelijk geworden ontbindingsbeschikking zal eindigen. De werknemer kan dan slechts het loon over de periode tussen het ontslag op staande voet en de ontbindingsdatum vorderen. Door af te zien van het beroep op vernietiging en te berusten in het einde van de arbeidsovereenkomst door de opzegging op staande voet kan de werknemer zich op het standpunt stellen dat de opzegging zonder inachtneming van de voor de opzegging geldende termijn is geschied en dat de opzegging kennelijk onredelijk is. Daarmee creëert de werknemer nieuwe mogelijkheden om in een procedure van de werkgever een schadevergoeding naar billijkheid te vorderen. Dat dit soms tot een zeer succesvolle uitkomst kan leiden, blijkt uit een vonnis van de rechtbank te Maastricht. Een werknemer die na een verloren voorlopige voorziening strekkende tot tewerkstelling en voorwaardelijke ontbinding zonder vergoeding zich alsnog beroept op de onregelmatigheid en kennelijk onredelijkheid van de opzegging krijgt een bedrag van bijna f 650.000,- toegewezen.[23] Tevens maakt dit vonnis duidelijk dat een vonnis in voorlopige voorziening, waarin een vordering tot tewerkstelling van de werknemer is afgewezen, en een voorwaardelijke ontbindingsbeschikking, ook als daarin de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk wegens de dringende reden wordt ontbonden, niet aan de *switch* van de werknemer (van het beroep op de vernietigingsgrond naar onregelmatigheid en kennelijk onredelijkheid van de opzegging) in de weg staan.[24]

---

[20] Reeds in 1994, HR 7 oktober 1994, JAR 1994/234 (Dibbets/Pinckers)

[21] Anders: D.J. Buijs, SR 2000-12, p. 373 en R.A.A. Duk, Enkele problemen bij de nietigheid van ontslagen, SMA 1971, p. 250/251, die deze problematiek uitvoerig bespreekt.

[22] Zie art. 7: 647 lid 2, 7:648 lid 2, 7:677 lid 5 BW, art. 8 lid 2 AWGB.

[23] Rb. Maastricht 9 september 1999, JAR 2000/149. Zie ook het commentaar bij dit vonnis van D.J. Buijs, SR 2000-12, p. 373.

[24] Ook in deze zin HR 7 juni 2002, JAR 2002/155 (Greeven/Connexion). Zie hierover G.C. Boot, De switch, ArbeidsRecht 2002/10, nr 53.

Switchen na de ontbindingsbeschikking: kan het wel?

De *switch* van de werknemer zal dus veelal zijn ingegeven door de inhoud van de voorwaardelijke ontbindingsbeschikking. Is die voor de werknemer gunstig (lees: er wordt niet voorwaardelijk ontbonden of er wordt voorwaardelijk ontbonden onder toekenning van een voor de werknemer voldoende vergoeding) dan heeft de werknemer er veelal geen belang bij terug te komen op zijn keuze de opzegging te vernietigen. Staat vast dat de werknemer de opzegging terecht heeft vernietigd, dan is aan de voorwaarde van de ontbindingsbeschikking voldaan en kan de werknemer zich op de beschikking beroepen.

Is de voorwaardelijke ontbindingsbeschikking voor de werknemer ongunstig (lees: er wordt voorwaardelijk ontbonden wegens een dringende reden- en dus zonder vergoeding aan de werknemer toe te kennen- of wegens verandering in de omstandigheden zonder of onder toekenning van een naar het oordeel van de werknemer te lage vergoeding) dan zal de werknemer er verstandig aan kunnen doen af te zien van zijn beroep op de vernietiging van de opzegging en alsnog te kiezen voor de onregelmatigheid en kennelijk onredelijkheid van de opzegging. Door Boot[25] is de vraag opgeworpen of de werknemer wel op de vernietiging kan terugkomen of dat hij is gehouden aan de eenmaal ingeroepen vernietiging van de opzegging.

Ik denk dat het antwoord op die vraag gevonden moet worden door niet alleen naar de privaatrechtelijke werking van vernietiging te kijken maar juist ook naar de arbeidsrechtelijke invulling van de gebeurtenissen na de opzegging op staande voet. Daarnaast kan een vergelijking met de mogelijkheid om terug te komen op de opzegging zinvol zijn om een antwoord op die vraag te vinden. Om met dat laatste te beginnen: De opzegging (op staande voet) is een eenzijdige rechtshandeling. De werkgever kan daarop alleen terugkomen met instemming van de werknemer.[26] Het inroepen van de vernietiging van de opzegging is evenzeer een eenzijdige rechtshandeling. Naar mijn mening kan de werknemer in ieder geval met instemming van de werkgever op de vernietiging van de opzegging terugkomen. Maar de vraag is of de werknemer ook zonder die instemming op de vernietiging kan terugkomen. Naar mijn mening is dat inderdaad mogelijk.

Boot is duidelijk een andere mening toegedaan.[27] Hij meent dat de vernietiging van de opzegging door de werknemer er toe leidt dat de opzegging in zijn geheel is verdwenen, zodat er niets meer is (geweest) om op terug te komen. Hoewel ik denk dat de opvatting van Boot strikt privaatrechtelijk bezien juist is, meen ik dat zijn opvatting in strijd is met de bedoeling van de mogelijkheid de opzegging te vernietigen en onwenselijk is. De bedoeling van de mogelijkheid van de vernietiging is om de werknemer te beschermen,[28] en om te voorkomen dat de werkgever voordeel kan behalen door zich te beroepen op de vernietiging van zijn eenzijdige rechtshandeling door de werknemer.[29] Indien een werknemer niet terug zou kunnen komen op de vernietiging van de opzegging, betekent dat een benadeling van de werknemer in zijn processuele positie. Deze benadeling wordt veroorzaakt door de mogelijkheid die de werkgever heeft om na de vernietiging van de opzegging op staande voet alsnog voorwaardelijk ontbinding te verzoeken. Waar de werkgever deze mogelijkheid heeft, zal daar tegenover de keuze van de werknemer moeten staan om pas na de voorwaardelijke ontbindingsbeschikking een definitief standpunt (vernietigen of schadeplichtigheid) in te

---

[25] G.C. Boot, De switch, ArbeidsRecht 2002/10, nr. 53

[26] W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Kluwer; Deventer 2002, p. 252. Zie ook HR 30 juni 1995, *JAR* 1995/152 en HR 16 februari 1979, NJ 1979, 454 (Roering/Bougonjen).

[27] G.C. Boot, De switch, ArbeidsRecht 2002/10, nr 53.

[28] Zie in deze zin: A.R. Bloembergen, C.C. van Dam, Jac. Hijma, W.L. Valk, Rechtshandeling en overeenkomst, Kluwer: Deventer 2001, p. 150.

[29] W. Snijders, Titel 3.2 BW en de nulliteiten in het arbeidsrecht, *SR* 2002, p. 139.

nemen. Dit wordt niet anders als de vernietiging van de opzegging geen voorwaarde zou zijn om te kunnen worden ontvangen in een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding, zoal in de praktijk ook al wel lijkt te worden aangenomen. De werknemer die zijn loonvordering niet wenst te verspelen zal zich binnen korte termijn beschikbaar moeten stellen voor verrichten van de arbeid, hetgeen alleen zin heeft nà vernietiging van de opzegging.

Bovendien geldt dat de (gevolgen van de) opzegging na de vernietiging *de facto* is (zijn) blijven bestaan: de werkgever beroept zich immers nog steeds op die opzegging waar hij volhoudt dat de arbeidsovereenkomst door die opzegging is geëindigd. Als nu de werknemer de opzegging heeft vernietigd, maar de werkgever daarentegen volhoudt dat de opzegging terecht heeft plaatsgevonden en een grond voor vernietiging ontbreekt, kan de werkgever er geen bezwaar tegen hebben dat de werknemer zijn beroep op de vernietiging intrekt. Dat wordt niet anders als de werknemer bij die intrekking van de vernietiging de werkgever wegens de opzegging schadeplichtigheid stelt.

‘Wederzijds goedvinden’ als bijzondere omstandigheid.

Het is de vraag of de werknemer alleen kan terugkomen op de vernietiging van de opzegging als de werkgever volhoudt dat de opzegging geldig is en zich op het standpunt stelt dat de gevolgen van de opzegging in stand blijven. Anders gezegd: Indien de werkgever in de vernietiging van de opzegging door de werknemer berust en er vanuit gaat dat de arbeidsovereenkomst voortduurt en niet is geëindigd door de opzegging, is het de vraag of de werknemer zijn beroep op de vernietiging toch kan intrekken en kan kiezen voor het aanvaarden van het einde van de arbeidsovereenkomst door de opzegging. Volgens de Hoge Raad komt de werknemer het recht toe te *switchen* ‘behoudens bijzondere omstandigheden’.[30] Boot heeft zich eerder[31] gebogen over de vraag welke die bijzondere omstandigheden kunnen zijn. Hij heeft toen buiten beschouwing gelaten de situatie dat de werkgever de vernietiging van de opzegging door de werknemer erkent en zich, met de werknemer, op het standpunt stelt dat de arbeidsovereenkomst niet (door de opzegging) is geëindigd. Hiervoor schreef ik dat naar mijn mening een belangrijke reden om de werknemer toe te staan terug te komen op vernietiging is dat de werkgever zich op het standpunt stelt en blijft stellen dat de werknemer de vernietiging ten onrechte heeft ingeroepen. Gedacht zou kunnen worden dat het standpunt van de werkgever, die berust in de vernietiging van de opzegging door de werknemer, een bijzondere omstandigheid is die een *switch* in de weg staat.

Het gevolg van deze gedachte is dat als de werkgever de gevolgen van opzegging – na vernietiging van de werknemer – ongedaan heeft gemaakt, en de werknemer heeft toegelaten of opgeroepen tot de arbeid, de werknemer het niet meer is toegestaan terug te komen op de vernietiging en het einde door de opzegging alsnog te ‘aanvaarden’: er is immers nu helemaal geen opzegging meer.

Wie het eerst komt…?

Als het juist is dat de werkgever door het berusten in de vernietiging van het ontslag op staande voet de keuzemogelijkheid van de werknemer ongedaan kan maken, zou het zaak zijn om na ontvangst van de voorwaardelijke ontbindingsbeschikking snel te handelen. Indien de werkgever twijfelt aan de houdbaarheid van een opzegging op staande voet, maar de voorwaardelijke ontbindingsbeschikking luidt dat de arbeidsovereenkomst, voor zover deze mocht blijken nog te bestaan, wordt ontbonden zonder of onder toekenning van een lage vergoeding aan de werknemer, dan kan de werkgever trachten de opzegging op staande voet

[30] HR 7 oktober 1994, JAR 1994, 234, NJ 1995, 171 (Dibbets/Pinckers)
[31] G.C. Boot, SMA 1995, 591

ongedaan te maken door te berusten in de vernietiging die door de werknemer is ingeroepen. Dit zou dan betekenen dat de werkgever, door te berusten in de vernietiging van de opzegging op staande voet, de werknemer de mogelijkheid ontneemt alsnog te berusten in de opzegging, omdat er geen sprake meer is van een opzegging. De voorwaardelijk gegeven ontbindingsbeschikking wordt dan onvoorwaardelijk. De werknemer heeft dan in beginsel recht op loon tot aan de datum van ontbinding, maar met betaling van dat bedrag kan de werkgever in sommige gevallen 'goedkoop' van de werknemer af komen. In de gepubliceerde rechtspraak heeft zich een dergelijk geval – voor zover ik heb kunnen nagaan – één keer voorgedaan.[32] Dat liep slecht voor de werkgever af, in die zin dat hij in de loonvorderingsprocedure werd veroordeeld tot betaling van een bedrag overeenkomstig de kantonrechtersformule, zulks op juridisch volstrekt onduidelijke, maar voor wat de uitkomst betreft, om zeer begrijpelijke redenen.

Naar mijn mening kan de berusting in de vernietiging van de opzegging niet zo werken. De processuele mogelijkheden van partijen behoren niet uitsluitend te worden bepaald door de snelheid waarmee (de gemachtigden van) partijen reageren op de voorwaardelijke ontbindingsbeschikking. In een dergelijk geval zal overigens de werknemer veelal het onderspit delven.[33]

Waar het om gaat dat ook in een geval als het onderhavige de werkelijkheid voor de schijn dient te gaan. De werkgever die oprecht meent zich met de opzegging op staande voet vergist te hebben en die vergissing inziet na de vernietiging van de opzegging, dient de werknemer op te roepen om de arbeid te hervatten. Wordt deze werknemer door de oproep en de houding van de werkgever een reële kans geboden op behoud van de arbeidsovereenkomst, dan doet zich naar mijn mening een bijzondere omstandigheid voor als door de Hoge Raad bedoeld. Indien de werkgever slechts om processuele redenen, na de reeds voorwaardelijk uitgesproken ontbinding en met het oog op het eindigen van de arbeidsovereenkomst, de vernietiging van de opzegging "aanvaardt", dan doet zich naar mijn mening geen omstandigheid voor die de werknemer in de weg staat om alsnog af te zien van het beroep op de vernietiging en de werkgever te houden aan de opzegging op staande voet.

De voorwaardelijke ontbindingsbeschikking.

Een korte beschouwing van de laatste jaargangen van de JAR laat zien dat er nogal wat voorwaardelijke ontbindingsbeschikkingen worden gepubliceerd, waarvan een behoorlijk aantal voor de werknemer reden voor de *switch* kan zijn. Uit deze rechtspraak blijkt dat de gedachte dat de opzegging op staande voet als tactisch middel wordt gebruikt, niet helemaal uit de lucht komt vallen. In ieder geval compliceert de mogelijkheid om na de opzegging op staande voet de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk te ontbinden het ontslagrecht aanzienlijk.

Veelal wordt de arbeidsovereenkomst wegens verandering in de omstandigheden voorwaardelijk ontbonden onder toekenning van een vergoeding lager dan C = 1.[34] Vaker lijkt de voorwaardelijke ontbinding plaats te vinden zonder toekenning van een vergoeding, waarbij ik er vanuit ga dat indien de kantonrechter overwegingen geeft ten aanzien van de vraag of een vergoeding dient te worden toegekend, wordt ontbonden wegens een verandering

---

[32] Rb. Den Haag 1 maart 2000, JAR 2000/98.

[33] Zie in dit verband de conclusie van de A-G Bakels voor HR 13 september 2002, JAR 2002/247: "Voorts valt daarbij te bedenken dat Da Silva in eerste aanleg niet door een advocaat maar door (de rechtskundige dienst van) de FNV werd vertegenwoordigd die, naar valt aan te nemen, een beperkte capaciteit heeft en prioriteiten moet stellen bij de behartiging van de belangen van haar leden, hetgeen een vakbondslid niet ten nadele mag strekken (..)".

[34] Bijv. Rb Amsterdam 21 februari 2001, JAR 2001/52, waaruit blijkt dat bij ontbinding is toegekend een vergoeding waarbij C = ongeveer 0,8,

in de omstandigheden.[35] Soms wordt de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk ontbonden wegens een dringende reden.[36] Slechts een enkele keer wordt de voorwaardelijke ontbinding geweigerd,[37] terwijl ik in de laatste jaren geen beschikking heb gevonden waarin de ontbinding voorwaardelijk wordt uitgesproken onder toekenning van een vergoeding waarbij C hoger is dan 1.[38]

In het geval de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk wordt ontbonden wegens een verandering van omstandigheden, zonder toekenning van een vergoeding of onder toekenning van een lage vergoeding, hetgeen veel gebeurt, verhoogt het appèlverbod van art. 7:685 BW en de beperkte ruimte die de Hoge Raad laat om naast de beoordeling in het kader van art. 7:685 lid 8 BW billijkheidsvergoedingen van de werkgever te vorderen, de druk op de voorwaardelijke ontbindingsprocedure. Indien de kantonrechter bij het bepalen van de vergoeding in de voorwaardelijke ontbindingsbeschikking bepaalde aspecten buiten beschouwing heeft gelaten, en deze beschikking onvoorwaardelijk wordt, kan de werknemer die aspecten alsnog ten grondslag leggen aan een vordering tot billijke schadevergoeding,[39] maar verder is die ruimte zeer beperkt. [40]

Indien de kantonrechter de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden voorwaardelijk heeft ontbonden, en deze beschikking onvoorwaardelijk wordt, omdat de opzegging niet wegens een dringende reden blijkt te zijn gedaan, kan de werkgever van de werknemer schadevergoeding vorderen op grond van art. 7:677 lid 3 BW. Het is mogelijk deze schadevergoeding te verrekenen met het eventueel aan de werknemer toekomende loon, waarop hij recht heeft tot de datum van ontbinding.[41] De werknemer kan daarentegen trachten een vergoeding van de werkgever op grond van art. 7:611 BW te verkrijgen: een ontbinding wegens een dringende reden staat daaraan niet in de weg nu de billijkheidsvergoeding op grond van art. 7:685 lid 8 BW niet in beeld is geweest.

Hoe kan het anders?

De Hoge Raad heeft in 1983 de voorwaardelijke ontbinding toegestaan. Dit kan niet los worden gezien van de toen geldende richtlijn die het verstrekken van een toestemming ‘voor zover vereist’ om de arbeidsovereenkomst op te zeggen, ernstig belemmerde. Deze richtlijn is al in 1985 ingetrokken. Dat had aanleiding kunnen zijn om ook op deze rechtspraak terug te komen, omdat die het ontslagrecht aanzienlijk compliceert. Ik zie in ieder geval grote voordelen bij de gedachte dat de werkgever die er voor kiest de arbeidsovereenkomst op staande voet te zeggen, gehouden is om – indien hij zekerheid over het definitieve einde van de arbeidsovereenkomst wenst - in de lijn van de opzegging ook een voorwaardelijk einde te bewerkstelligen. De procedure blijft zich dan richten tegen de opzegging. Nu is het mogelijk om het ontslag op staande voet ‘op te lossen’ in de voorwaardelijke ontbinding. De ontbindingsprocedure in de huidige vorm is daarvoor niet bedoeld, maar bovenal ook niet geschikt.

---

[35] Bijv. Ktr. Eindhoven 8 oktober 2001, JAR 2001/206, Ktr. Sittard 21 december 2001, JAR 2002/28 (ontslag op staande voet van een werknemer die ruim 35 jaar in dienst is, acht de kantonrechter een te zware maatregel, wel ontbinding wegens verandering van omstandigheden op een termijn van 3 maanden), Ktr. Haarlem 15 februari 2002, JAR 2002/55,

[36] Bijv. Ktr. Utrecht 20 november 2000, JAR 2001/7, Ktr. Assen 23 januari 2002, JAR 2002/73

[37] Bijv. Ktr. Bergen op Zoom 29 juni 2001, JAR 2001/146, Ktr. Utrecht 17 april 2002, JAR 2002/145

[38] Zelfs in een geval waarin de dringende reden (mij) ‘gezocht’ voorkomt, ontbindt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk onder toekenning van een vergoeding op grond van C = 1, zie de conclusie van de A-G (onder 2.7 t/m 2.9) voor HR 11 mei 2001, JAR 2001/111 (Bénetière/Daalmans)

[39] Zie in dit verband de (m.i.) terechte overwegingen van de Rb. Den Haag 1 maart 2000, JAR 2000/98.

[40] HR 1 maart 2002, JAR 2002/67 (PTT/Guérand)

[41] Hierover: E. Verhulp, *JAR-Verklaard*, 6 september 2002, p. 9/10.

De opzegging op staande voet in combinatie met de voorwaardelijke ontbindingsbeschikking kan de werknemer, maar ook de werkgever in een vervelende positie brengen. Advocaat-Generaal Spier wijst in zijn conclusie voor Hoge Raad 27 april 2001[42] op deze – in zijn woorden - 'schaduwzijde' van het huidige ontslagrecht. Volgens de advocaat-generaal bestaat die schaduwzijde voor de werknemer daaruit dat bij de beoordeling van het verzoek tot voorwaardelijke ontbinding veelal wordt aangenomen dat de opzegging op staande voet een situatie in het leven heeft geroepen die een zinvolle terugkeer onmogelijk of onwenselijk maakt. "In zoverre is het ontslag op staande voet in het leven van alledag een soort fait accompli." Anderzijds heeft de procedure voor de werkgever het nadeel dat 'sommige Kantonrechters zich in de voorwaardelijke ontbindingsprocedure wat makkelijk van de zaak lijken af te maken', hetgeen kan leiden tot 'rijkelijk hoge vergoedingen' voor het geval de werkgever de discussie over de houdbaarheid van het ontslag op staande voet verliest. Uit de gepubliceerde rechtspraak blijkt daarvan niet veel. Vervolgens legt de advocaat-generaal naar mijn mening de vinger op de zere plek. Hij schrijft:[43] "Het werkelijke probleem schuilt m.i. hierin dat de procedure krachtens art. 7:685 BW – ondanks, of misschien juist dankzij, alle goede bedoelingen van de wetgever – niet steeds op een voldoende uitgezocht feitelijk substraat wordt beslist. Naar mijn indruk is dat de werkelijke reden waarom het ontslag op staande voet tot de dag van vandaag op ruime schaal wordt gebruikt. Men kan slechts hopen dat een verbetering van de procedure van art. 7:685 BW (met name door een verplichting getuigen te horen) nabij is." Dat kan mij niet snel genoeg gebeuren,[44] maar ik vrees dat het nog lang zal duren.

---

[42] JAR 2001/95.
[43] Conclusie voor HR 27 april 2001, JAR 2001/95, onder 3.53.
[44] In gelijke zin: A.I.M. van Mierlo & W.J.J. Wetzels, Procesrechtelijke knelpunten in het arbeidsrecht, in: B.F. Beljaars en E. Bos, Juridische samenwerking aan de Maas, Kluwer; Deventer, 2002, p. 31, S.W. Kuip, De vernieuwde verzoekschriftprocedure in eerste aanleg, PP 2002, p. 41.