

ANNOTATIE

Twee rauwelijke opzeggingen uit de Grillroom van Ramses

A.R. Houweling*Annotatie bij Hoge Raad, 20-11-2015, ECLI:NL:HR:2015:3333 (AR-2015-1163)*

1. Inleiding

Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad mag een opzegging door de werknemer, vanwege de ernstige gevolgen van de beëindiging van een dienstverband, niet zonder meer worden aangenomen. Er dient sprake te zijn van een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring die erop gericht is de beëindiging te bewerkstelligen (HR 28 mei 1982, *NJ* 1983/2. Sindsdien is dit standpunt meermalen herhaald, o.a. in HR 19 april 1996, *JAR* 1996/116; HR 30 mei 1997, *NJ* 1997/611; HR 26 mei 2000, *JAR* 2000/152). Ter bescherming van de werknemer zijn dus extra eisen gesteld aan (het aannemen van) een opzegging. Indien de werkgever de opzeggingshandeling verricht, gelden deze ‘verzwaarde eisen’ echter niet. Bouwens en Duk merken daarover op:

‘Dat het op dit punt gaat om een benadering die verband houdt met de specifieke, zwakkere positie van de werknemer, brengt mee dat de hier bedoelde eisen niet gelden voor min of meer dubbelzinnige opzegging door de werkgever, die door de werknemer om hem moverende redenen wordt aanvaard’ (W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Van der Grinten. Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 325).

Met de ‘hiervoor bedoelde eisen’ wijzen zij op voornoemde vaste rechtspraak van de Hoge Raad. Als een werknemer meent dat de werkgever de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd, omdat hij tegen een werknemer zegt ‘ik ben tot de conclusie gekomen dat de arbeidsovereenkomst is ontbonden’, dan kan een werkgever achteraf niet zeggen dat er geen sprake was van een ondubbelzinnige opzegging waardoor mogelijke acties uit schadeplichtige opzegging zouden moeten stranden. Dit alles lijkt heel werknemersvriendelijk: een werknemersopzegging mag niet te snel worden aangenomen, terwijl de ontslaghandeling van de werkgever al snel als opzegging wordt beschouwd. Maar wat nu als de werknemer meent dat geen sprake is van een opzegging, maar simpelweg van een misvatting over het al dan niet voortbestaan van de arbeidsovereenkomst (voor bepaalde tijd of bij een overgang van onderneming)? Is er dan sprake van een opzegging of van een doorlopende

arbeidsovereenkomst? Het belang van de beantwoording van deze vraag is gelegen in het feit dat bij een opzegging een zeer korte vervaltermijn van twee maanden aanvangt, waarbinnen de werknemer een verzoekschrift moet hebben ingediend ter vernietiging van de opzegging. Is evenwel sprake van een doorlopende overeenkomst, dan geldt er een verjaringstermijn van vijf jaar voor nakoming van openstaande loonvorderingen. Deze laatste termijn kan bovendien worden gestuit, hetgeen niet geldt voor de vervaltermijn bij vernietiging. De Hoge Raad kreeg in november tot tweemaal toe een dergelijke vraag voorgelegd.

Hierna bespreek ik eerst het arrest Ramses Grillroom II waarin de ‘werkgeversopzegging’ centraal stond. Daarna schets ik kort de twee novemberarresten om daarna aan te tonen dat de in Ramses Grillroom II geformuleerde rechtsregel niet te lichtvaardig mag worden toegepast, omdat het dan precies het tegenovergestelde effect bewerkstelligt, te weten: *vermindering van werknemersbescherming*.

2. De goed gegrilde werkgeversopzegging

In Ramses Grillroom II (HR 10 juni 2005, RAR 2005/79) speelde zich het volgende af. Werknemer Al Hage Hussein is op 1 augustus 2001 in dienst getreden op basis van een arbeidsovereenkomst voor de duur van één jaar. Vanaf 7 november 2001 verricht Al Hage Hussein geen werkzaamheden meer. Volgens zijn zeggen vanwege arbeidsongeschiktheid. Op 27 november 2001 schrijft werkgever het volgende aan Al Hage Hussein:

‘Wij zijn tot de conclusie gekomen dat de arbeidsovereenkomst per 07 november ontbonden is. U ontvangt de eindafrekening één dezer dagen.’

Al Hage Hussein stelt zich vervolgens op het standpunt dat werkgever de arbeidsovereenkomst onregelmatig heeft opgezegd en vordert gefixeerde schadevergoeding (art. 7:677 lid 4 jo. 7:680 (oud) BW). Werkgever stelt zich op het standpunt dat niet hij, maar Al Hage Hussein de arbeidsovereenkomst heeft beëindigd door zonder enige berichtgeving weg te blijven van het werk. Het hof overweegt naar aanleiding van het door werkgever in hoger beroep herhaalde verweer dat niet hij de arbeidsovereenkomst heeft beëindigd maar Al Hage Hussein zelf, dat het heeft te beslissen of de bedoelde brief van 27 november 2001 al dan niet een opzegging van de zijde van werkgever behelst. Bij de beantwoording van die vraag stelt het hof voorop dat voor de opzegging van een arbeidsovereenkomst een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring is vereist, die erop is gericht de beëindiging van de arbeidsovereenkomst te bewerkstelligen. Volgens het hof geldt dat niet alleen voor de opzegging van de zijde van de werknemer, maar ook ten aanzien van die van de zijde van de werkgever. Vervolgens heeft het hof geoordeeld dat niet gezegd kan worden dat bedoelde brief van 26 november 2001 een zodanige verklaring behelst, en dat het voor rekening van Al Hage Hussein moet blijven dat hij die brief kennelijk wel als een opzegging heeft opgevat.

De Hoge Raad oordeelt dat het hof hiermee een onjuist, want te beperkt, criterium heeft gehanteerd bij de beoordeling of er sprake is van opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever. De volgens vaste rechtspraak geldende strenge maatstaf ter beantwoording van de vraag of een werknemer zijn dienstbetrekking vrijwillig heeft willen beëindigen, dient er

inderdaad toe de werknemer te behoeden voor de *ernstige gevolgen* die vrijwillige beëindiging van het dienstverband voor hem kan hebben, kort gezegd het verloren gaan van de mogelijkheid zich op ontslagbescherming te beroepen, en het mogelijk verlies van aanspraken ingevolge de socialezekerheidswetgeving, met name een werkloosheidsuitkering. In verband met die *ernstige gevolgen* zal de werkgever niet spoedig mogen aannemen dat een verklaring van de werknemer is gericht op vrijwillige beëindiging van de dienstbetrekking. Waar het gaat om de beantwoording van de vraag of een door de werkgever afgelegde verklaring strekt tot beëindiging van de dienstbetrekking zijn *ernstige gevolgen* zoals hiervoor vermeld niet aan de orde. Er is daarom geen reden een dergelijke verklaring, indien de werknemer deze heeft opgevat als gericht op de beëindiging van de dienstbetrekking, maar de werkgever zich op het standpunt stelt dat die verklaring niet die strekking had, anders te beoordelen dan aan de hand van de maatstaf van artikelen 3:33 en 3:35 BW. Een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring van de werkgever is volgens de Hoge Raad daarom niet vereist.

Tot drie keer toe benadrukt de Hoge Raad in het arrest dat de *ernstige gevolgen* voor de werknemer bij een werknemersopzegging reden zijn terughoudendheid te betrachten bij het aannemen van deze rechtshandeling. Waarom zijn we daar terughoudend mee, welnu – zo leert de Hoge Raad ons – vanwege kort gezegd het *verloren gaan van de mogelijkheid zich op ontslagbescherming te beroepen*. Als een werkgever de opzeggende partij is, spelen deze ernstige gevolgen voor hem, de werkgever niet, en mag dus van een andere benadering worden uitgegaan.

Uit dit arrest mag volgens mij niet worden afgeleid dat een dubbelzinnige opzegging door de werkgever is geoorloofd indien dit ernstige gevolgen heeft voor de werknemer, bestaande uit het verlies aan ontslagbescherming. Ik licht dit toe aan de hand van de twee arresten die in november 2015 bij de Hoge Raad dienden.

3. Twee novemberarresten

Op vrijdag de dertiende verwierp de Hoge Raad het cassatieberoep van werknemer in de Dakteam-uitspraak. Wat was er aan de hand? Werknemer is per 28 februari 2011 als dakdekker/onderhoudsmonteur voor een periode van drie maanden in dienst getreden van Dakteam B.V. (hierna: Dakteam). De arbeidsovereenkomst is hierna tweemaal met een periode van zes maanden verlengd tot uiteindelijk 31 mei 2012. Werknemer is vervolgens per 1 juni 2012 als dakbedekker/onderhoudsmonteur in dienst getreden van Dakbeheer. Deze arbeidsovereenkomst is verlengd met een periode van zes maanden tot 28 februari 2013. Bij brief van 12 februari 2013 schreef Dakbeheer aan werknemer het volgende: ‘Hierbij bevestigen we dat jij bij ons in dienst bent geweest voor de periode 28 januari 2011 tot en met heden en dat jij de werkzaamheden in de functie van dakdekker/onderhoudsmonteur naar volle tevredenheid hebt uitgevoerd voor Dakteam B.V. en Dakteam Beheer B.V. Beëindiging van het huidige contract is alleen te wijten aan de economische omstandigheden. We wensen je veel succes toe met toekomstige sollicitaties en nieuwe dienstbetrekking.’ In de periode van 28 februari 2013 tot 3 juni 2013 heeft werknemer een uitkering ingevolge de Werkloosheidswet ontvangen. Toevallig een periode van net iets meer dan drie maanden waardoor de keten van

artikel 7:668a (oud) BW is doorbroken? Op 3 juni 2013 is werknemer als uitzendkracht in dienst getreden van Rijnmond Payroll Service B.V. om als dakdekker voor Dakteam werkzaam te zijn. De uitzending is gestart op 3 juni 2013 en is geëindigd op 10 januari 2014. Bij brief van 29 januari 2014 van zijn advocaat heeft werknemer zich tot Dakbeheer gewend en zich op het standpunt gesteld dat hij vanaf 10 januari 2014 aanspraak maakt op loon en wedertewerkstelling, omdat hij op grond van de zogenoemde ketenregeling (art. 7:668a (oud) BW) een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft bij Dakbeheer, als opvolgend werkgever van Dakteam. De kantonrechter heeft de loonvordering afgewezen, stellende dat werknemer kennelijk destijds het einde van de arbeidsovereenkomst heeft aanvaard. Het hof oordeelde dat werknemer niet binnen de gestelde tijd van artikel 9 BBA (6 maanden) is opgekomen tegen de (kennelijke) opzegging van de arbeidsovereenkomst van Dakbeheer. De A-G concludeert dat voor de beëindigende werknemer krachtens vaste rechtspraak geldt dat zijn verklaring duidelijk en ondubbelzinnig moet zijn, maar voor de beëindigende werkgever geldt die (zwaardere) maatstaf niet. Dat het hof in de brief van Dakbeheer een beëindigingshandeling aan de zijde van Dakbeheer heeft gezien, is juist. Het beroep van werknemer op artikel 6:248 lid 2 BW in een poging de 'harde' vervaltermijn van het BBA buiten werking te zetten, wordt door de A-G afgewezen (zie voor een succesvol beroep op art. 6:248 lid 2 BW bij vervaltermijnen J.H. Even, 'De Rhythm & Blues van het BBA', AR 2012-0592). De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep onder verwijzing naar artikel 81 RO.

Een week later volgde de tweede zaak. In deze Curaçaose zaak was de centrale vraag of een 'niet-docerende rector' onder de uitzondering van 'docerend personeel' van het aldaar geldende equivalent van het BBA (de zogenoemde Landsverordening beëindiging arbeidsovereenkomsten) valt. De A-G concludeert onder verwijzing naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad, dat het niet feitelijk doceren geen doorslaggevende betekenis ter zake toekomt (zie over deze vraag m.n. HR 19 oktober 1979, NJ 1980/57, ECLI:NL:HR:1979:AC6687 (Beijer/Smit) en HR 20 maart 1992, NJ 1992/725, ECLI:NL:HR:1992:ZCo548 (Driessen/Katholieke Universiteit)). Aan deze kernklacht gaat evenwel een andere rechtsklacht vooraf, waarin de werknemer zich op het standpunt stelt dat de arbeidsovereenkomst helemaal niet is opgezegd. De A-G concludeert anders en leidt uit de volgende passage uit de brief aan de werknemer af dat de arbeidsovereenkomst door de werkgever is opgezegd: 'U hebt in het afgelopen schooljaar 2013-2014, als gepensioneerde uw diensten en medewerking aan het voortgezet onderwijs verleend. (...) Al naar gelang de behoefte in het onderwijs kan het mogelijk zijn dat wij u vragen ons wederom bij te staan. Wij hopen dat indien wij u benaderen u zich beschikbaar stelt.' De Hoge Raad verwerpt de cassatieklacht onder verwijzing naar artikel 81 RO.

4. Rauwe uitspraken...

In beide zaken wordt de rechtsregel uit Ramses Grillroom II toegepast, met als resultaat dat de werknemer in een nadelige(re) positie komt te verkeren. Dit terwijl Ramses Grillroom II nu juist is geschreven ter bescherming van de werknemer. Hem mag geen dubbelzinnige opzegging van de werkgever worden tegengeworpen.

Hoe we in de brief van de werkgever in de Curaçaose zaak een opzegging moeten lezen, vraag ik me af. Natuurlijk speelt hierbij ook de context. De werknemer was na pensionering gevraagd nog enige tijd aan te blijven als rector. Nadat een nieuwe rector was aangetrokken en partijen over de afwikkeling van de arbeidsverhouding hadden gesproken, volgde de hiervoor geciteerde brief. Duidelijk is de brief niet. Er valt eigenlijk niet eens een dubbelzinnige opzegging in te lezen. De context van de zaak maakt dat wellicht iets anders, maar mag van een werkgever geen duidelijkheid worden verwacht bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst?

Valt de Curaçaose zaak wellicht nog te billijken, dat geldt in veel mindere mate voor de Dakteam-zaak. In die zaak wordt de werknemer duidelijk in een nadelige(re) positie gebracht. Zo moet hij in twijfelgevallen zekerheidshalve maar onmiddellijk in actie komen, door de werkgever om duidelijkheid te vragen en/of een verzoekschriftprocedure tot vernietiging van de vermeende opzegging te starten. Hij moet dan om te beginnen echter wel doorhebben dat het mogelijk om een opzeggingshandeling zou kunnen gaan.

Als we dit naar het huidige ontslagrecht vertalen, dan zou dit betekenen dat indien de werkgever zich vergist in de ketenregeling (hij is drie arbeidsovereenkomsten voor de duur van een jaar aangegaan), maar de werknemer wel tijdig 'aanzegt' de arbeidsovereenkomst niet voort te zetten en daarbij bovendien een transitievergoeding betaalt, de werknemer binnen twee maanden in actie moet komen omdat deze handelingen beschouwd mogen worden als opzegging. Dat lijkt mij onjuist, want de arbeidsovereenkomst is reeds van rechtswege geconverteerd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en een dergelijke vergissing van de werkgever – die bovendien misleidend is voor de werknemer – mag toch niet te gemakkelijk met een beroep op Ramses Grillroom II, dan wel verwijzing naar artikel 3:33 jo. 3:35 BW, ten nadele van de werknemer worden uitgelegd. Artikel 3:35 BW lijkt al helemaal niet op z'n plaats, omdat de werknemer geen 'ontslag heeft genomen' en de werkgever dus ook niet uit de gedraging een bepaalde verklaring heeft mogen afleiden.

Een meer juiste benadering lijkt mij dat sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en de periode waarover geen arbeid is verricht aan de hand van artikel 7:628 BW, dan wel artikel 6:248 lid 2 jo. 7:680a BW (HR 11 juli 2008, AR 2008-0434 (Fianed)), tot een loonbeperking moet leiden. Op gelijke wijze kan het toch niet zo zijn dat een werkgever die meent dat een werknemer krachtens overgang van onderneming bij de verkrijger in dienst is getreden en deswege de loonbetaling staakt, zich na twee maanden bevrijd mag voelen van de werknemer als de werknemer geen 681-actie heeft ingesteld tegen de werkgever bij wie hij al die tijd nog in dienst is gebleven?

Laten we niet uit het oog verliezen dat Ramses Grillroom II ter bescherming van de werknemer is geschreven en niet aldus mag worden uitgelegd dat het ter bescherming van de werkgever mag worden aangewend. Temeer geldt terughoudendheid indien de werkgever profiteert van een dubbelzinnige opzegging (vgl. HR 8 april 1994, JAR 1994/95 (Van der Laan/LCS)). Kortom, laten we het product uit de Grillroom van Ramses goed bereiden en voorkomen dat het resultaat (te) rauw op het bord van de werknemer terechtkomt!