

ANNOTATIE

Voorwaardelijke ontbinding na ontslag op staande voet onder de WWZ

mr. dr. P. Kruit

Annotatie bij Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 15-02-2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1116 (AR-2016-0167)

1. Inleiding

Na een door de werkgever gegeven ontslag op staande voet zal de werknemer doorgaans een procedure ex artikel 7:681 BW starten, strekkende tot vernietiging van het ontslag op staande voet. Met de afschaffing van de mogelijkheid tot buitengerechtelijke vernietiging met de invoering van de WWZ per 1 juli 2015 rest de werknemer geen andere mogelijkheid dan zich direct tot de kantonrechter te wenden. De werknemer heeft hier niet veel te kiezen. Vecht hij het ontslag op staande voet immers niet aan, dan is hij niet alleen van het ene op het andere moment zijn baan en het daaraan gekoppelde inkomen kwijt, maar bestaat daarmee tevens een grote kans dat het UWV de WW-uitkering zal weigeren. Zeker bij een wat complexer ontslag op staande voet – zoals frauduleus handelen – komt het niet zelden voor dat in de ‘bodempcedure’ over het ontslag op staande voet (thans art. 7:681 BW) bewijslevering noodzakelijk is, waardoor een geruime tijd verstrijkt tussen het ontslag op staande voet en het rechterlijk oordeel omtrent de rechtmatigheid hiervan. Om het risico op een hoge loonvordering te vermijden, verzoekt de werkgever doorgaans voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst na het invoeren van de vernietigbaarheid van het ontslag op staande voet door de werknemer. Voor de invoering van de WWZ bleek dit voor de werkgever een manier om hoe dan ook een definitief einde aan de arbeidsovereenkomst te maken, ook indien het gegeven ontslag op staande voet achteraf niet terecht blijkt te zijn. Vanwege het tot 1 juli 2015 in artikel 7:685 lid 11 (oud) BW neergelegde appelverbod gaf de voorwaardelijke ontbinding snel en definitief zekerheid omtrent het einde van de arbeidsovereenkomst. De vraag is of na invoering van de WWZ deze standaardpraktijk nog kan worden voortgezet. In deze annotatie zal ik hierop naar aanleiding van een arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden nader ingaan. Nadat ik in paragraaf 2 ben ingegaan op de wijze waarop in de (lagere) rechtspraak vooralsnog met de voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt omgegaan, zal ik in paragraaf 3 stilstaan bij het doel en de legitimiteit van de voorwaardelijke ontbinding. In paragraaf 4 zal ik ingaan op een inhoudelijke moeilijkheid

rondom de voorwaardelijke ontbinding gelegen in de strikte ontslaggronden die met de WWZ in artikel 7:669 lid 3 BW zijn neergelegd. Vervolgens bespreek ik in paragraaf 5 de verschillende situaties waarin een voorwaardelijke ontbinding zich na ontslag op staande voet kan voordoen en welke gevolgen die specifieke situaties mijns inziens hebben op de mogelijkheid tot toepassing van de voorwaardelijke ontbinding door de kantonrechter.

2. Voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst in de lagere rechtspraak

Sinds de invoering van de WWZ op 1 juli 2015 wordt in de lagere rechtspraak verschillend omgegaan met de vraag of een voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst na een door de werkgever gegeven ontslag op staande voet nog mogelijk is. In de onderhavige zaak – waar het ontslag op staande voet naar oud recht moest worden beoordeeld – beantwoordt het hof deze vraag bevestigend. Het hof overweegt daarbij dat voor het inmiddels vervallen artikel 7:685 (oud) BW is aanvaard dat een werkgever 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 van de arbeidsovereenkomst met toepassing van artikel 7:671b lid 1 BW tot een ander oordeel te komen om de enkele reden dat tegen de beslissing op dat ontbindingsverzoek hoger beroep in cassatie is opengesteld. De mogelijk langere duur waarop zekerheid over voorwaardelijke ontbinding, dan wel (op de voet van art. 7:683 lid 3 BW) voorwaardelijk herstel of een billijke vergoeding wordt verkregen, doet daaraan onvoldoende af.

Naast het Hof Arnhem-Leeuwarden in onderhavige kwestie oordeelden eveneens de Kantonrechter Den Haag en de Kantonrechter Zutphen dat voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst onder de WWZ nog steeds mogelijk is nu de werkgever hierbij een gerechtvaardigd belang heeft, ook wanneer het ontslag op staande voet naar nieuw recht is gegeven. De Kantonrechter Den Haag overweegt hierbij dat artikel 7:683 lid 3 BW meebrengt dat het gerechtshof in hoger beroep de werkgever kan veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen of aan de werknemer een billijke vergoeding toe te kennen, maar dat op het moment van de uitspraak in eerste aanleg nog niet over een dergelijke zaak is beslist, waardoor niet kan worden uitgesloten dat de werkgever belang heeft bij zijn verzoek tot voorwaardelijke ontbinding. De kantonrechter geeft echter geen blijk van het feit dat hij de mogelijke uitkomsten in de hogerberoepprocedure in zijn afweging heeft betrokken (Ktr. Den Haag 17 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:14811). De kantonrechter te Zutphen oordeelt soortgelijk, omdat ‘niet is uitgesloten dat de werkgever een redelijk belang heeft bij de voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst ondanks dat het ontslag op staande voet stand houdt. Met het verzoek is klaarblijkelijk beoogd de eventueel te zijner tijd al dan niet met terugwerkende kracht herstelde arbeidsovereenkomst door deze voorwaardelijke ontbinding te doen eindigen’. De kantonrechter acht het op voorhand ontbinden van een nog te herstellen arbeidsovereenkomst juridisch mogelijk (Ktr. Zutphen 12 november 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7645).

Een andere stroming is echter ook in de lagere rechtspraak te ontwaren. Zo oordeelde de Kantonrechter Amsterdam dat de werkgever geen belang heeft bij voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Volgens de kantonrechter heeft de wetgever beoogd om de rechter in hoger beroep de mogelijkheid te geven om niet alleen te oordelen dat het ontslag op staande voet onterecht is verleend, maar eveneens te oordelen over alle gevolgen die deze beslissing voor partijen met zich brengt en dus ervoor te kiezen om de arbeidsovereenkomst 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 ontbindingsbeschikking kunnen doen en voor de periode vóór ontbinding een billijke vergoeding toekennen. Gelet hierop heeft de werkgever haar belang bij voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst onvoldoende onderbouwd (Ktr. Amsterdam 10 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8025). De Kantonrechter Roermond voegt hier nog aan toe dat de Hoge Raad in de jaren tachtig de mogelijkheid van voorwaardelijke ontbinding heeft aanvaard gelet op de destijds geldende regelgeving en de daaraan verbonden periode van onzekerheid. Hiervan is inmiddels geen sprake meer, aldus de kantonrechter. Wanneer het ontslag op staande voet door de kantonrechter rechtsgeldig is geacht – zoals in casu het geval was – valt er niets meer (voorwaardelijk) te ontbinden. Daarbij geldt dat, indien de kantonrechter tegelijkertijd de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk zou ontbinden, hij zijn eigen oordeel in twijfel zou trekken. Voor een voorwaardelijk ontbindingsverzoek is volgens de kantonrechter dan ook geen plaats (Ktr. Roermond 7 december 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:10158).

Uit de hiervoor besproken (greep uit de) rechtspraak over de mogelijkheid tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst onder de WWZ valt af te leiden dat hierover verschillend wordt gedacht. In geen van de uitspraken wordt echter op juridisch systematische wijze het ene dan wel het andere standpunt volledig onderbouwd. Ik zal hiertoe in het navolgende een aanzet geven.

3. Doel van de voorwaardelijke ontbinding

Nergens in Boek 7 titel 10 BW is de mogelijkheid gecreëerd om voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken. Enkel is in de artikelen 7:671b BW, 7:671c BW en 7:686 BW de mogelijkheid gecreëerd om (onvoorwaardelijke) ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken. De mogelijkheid tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst is echter door de Hoge Raad toegestaan in het arrest Nijman/X (HR 21 oktober 1983, *NJ* 1984/296). In dit arrest overweegt de Hoge Raad dat het vaststellen van de nietigheid van het ontslag op staande voet geruime tijd kan duren. De werkgever heeft daarom een gerechtvaardigd belang bij het verzoeken van een voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst, namelijk om zekerheid te verkrijgen omtrent het al dan niet eindigen van de arbeidsovereenkomst. De aard en strekking van de ontbindingsprocedure ex artikel 1639w BW – de voorloper van artikel 7:685 (oud) BW – is immers gericht op een spoedige beslissing waaraan in het onderhavige geval behoefte is, aldus de Hoge Raad. Hieraan voegt de Hoge Raad nog toe dat de kans op ‘tegenstrijdige beslissingen’ onvoldoende grond oplevert voor het beperken van de mogelijkheid tot voorwaardelijke ontbinding van de

arbeidsovereenkomst, omdat het verschil in aard van de beide procedures meebrengt dat de vaststelling en weging van de feiten niet op dezelfde wijze geschiedt.

Uit de hiervoor weergegeven rechtsoverweging van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat de voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst na een aan de werknemer verleend ontslag op staande voet gerechtvaardigd is op grond van de volgende argumenten:

- De werkgever heeft belang bij het verkrijgen van zekerheid.
- De ontbindingsprocedure geeft gelet op haar aard een spoedige beslissing.
- De aard van de procedures brengt met zich dat de vaststelling en weging van de feiten in de ontbindingsprocedure en de bodemprocedure over het ontslag op staande voet niet op dezelfde wijze geschieden zodat van ‘tegenstrijdige uitspraken’ geen sprake zal zijn.

Indien bovenstaande argumenten op basis waarvan de voorwaardelijke ontbinding in het oude ontslagstelsel werd toegestaan langs de thans geldende ‘WWZ-meetlat’ worden gelegd, is het mijns inziens maar zeer de vraag in hoeverre ook na 1 juli 2015 rechtens plaats is voor de voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Immers, de zekerheid die de werkgever kon verkrijgen aangaande het al dan niet eindigen van de arbeidsovereenkomst met de werknemer kwam voort uit het appelverbod zoals dat voor 1 juli 2015 gold. Indien de kantonrechter de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk ontbond, bestond er voor de werknemer geen mogelijkheid tegen dit oordeel op te komen. Het einde van de arbeidsovereenkomst was hiermee hoe dan ook een feit. Nu met de invoering van de WWZ een volledig hoger beroep en cassatie mogelijk zijn gemaakt in artikel 7:683 BW zal ook een voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst na een verleend ontslag op staande voet niet de door de werkgever zo gewenste zekerheid bieden. De werknemer kan immers ook tegen deze voorwaardelijke ontbindingsbeschikking hoger beroep en eventueel zelfs cassatie instellen, zodat partijen jaren met elkaar kunnen procederen over de vraag of de arbeidsovereenkomst al dan niet voorwaardelijk moet worden ontbonden.

Hiermee is feitelijk ook het argument van de spoedige beslissing die de voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst met zich bracht als argument komen te vervallen. Hoewel de voorwaardelijke ontbinding ex artikel 7:671b BW wellicht spoedig zou kunnen worden uitgesproken, is hiermee nog geen spoedige beslissing over het al dan niet *eindigen van de arbeidsovereenkomst* gegeven. Dit is immers afhankelijk van een eventueel hoger beroep van de werknemer, waardoor – zelfs indien de werknemer niet van de mogelijkheid tot hoger beroep gebruik zou maken – met een appeltermijn van drie maanden hoe dan ook gedurende een behoorlijke tijd onzekerheid blijft bestaan over het al dan niet eindigen van de arbeidsovereenkomst. Hierbij komt dat onder de WWZ ook op de (voorwaardelijke) ontbindingsprocedure in beginsel het bewijsrecht volledig van toepassing is verklaard, zodat bij bewijslevering in de 681-procedure over het ontslag op staande voet veelal dezelfde bewijslevering noodzakelijk zal zijn in de voorwaardelijke ontbindingsprocedure, indien hetzelfde feitencomplex aan de voorwaardelijke ontbinding ten grondslag ligt. Dit staat een spoedige beslissing in de weg (zie anders W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate,

‘Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht’, ARBAC april 2015).

Het laatste argument dat de Hoge Raad gebruikt om de voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst in het arrest Nijman/X te accorderen betreft het verschil in aard van de beide procedures (de bodemprocedure over het ontslag op staande voet en de voorwaardelijke ontbindingsprocedure). Hiermee doelt de Hoge Raad op het feit dat in de bodemprocedure inzake het ontslag op staande voet een volledige bewijslevering van toepassing is, daar waar in de ontbindingsprocedure ex artikel 1639w en later 7:685 (oud) BW slechts ‘aannemelijk’ diende te worden gemaakt dat de arbeidsovereenkomst diende te eindigen. Bovendien was de juridische grondslag van beide procedures verschillend (de dringende reden versus de verandering in de omstandigheden).

Na een ontslag op staande voet was de verhouding tussen partijen vaak al dermate verstoord dat voldoende aannemelijk was dat een verdere voortzetting van de arbeidsrelatie niet opportuun was. De arbeidsovereenkomst werd in een voorwaardelijke ontbindingsprocedure naar oud recht dan ook vrijwel stevast ontbonden. Het betrof onder het oude ontslagrecht aldus een relatief lichte toets. Na invoering van de WWZ is echter ook in de ontbindingsprocedure ex artikel 7:671b BW het volledige bewijsrecht van toepassing. Indien de werkgever hetzelfde feitencomplex ten grondslag legt aan de voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst als aan het ontslag op staande voet zal een eventueel noodzakelijke bewijslevering derhalve in beide procedures van toepassing zijn (zie o.a. Kantonrechter Haarlem 22 oktober 2015, AR Updates 2015-1052). De vraag rijst derhalve hoe verschillend de aard van de beide procedures van artikel 7:681 BW en artikel 7:671b BW thans nog zijn.

Tussenconclusie

Vastgesteld moet worden dat de mogelijkheid tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet in een wettelijke bepaling in Boek 7 titel 10 BW werd gereguleerd. De mogelijkheid van voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst vloeide uitsluitend voort uit het arrest Nijman/X van de Hoge Raad uit 1983. Indien de door de Hoge Raad aangedragen argumenten voor het toestaan van de voorwaardelijke ontbinding – het verkrijgen van zekerheid, de mogelijkheid tot een spoedige beslissing en het verschil in aard van de procedure inzake ontslag op staande voet en ontbinding van de arbeidsovereenkomst – worden beoordeeld naar het thans geldende ontslagrecht na invoering van de WWZ lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de legitimiteit van de voorwaardelijke ontbindingsprocedure.

4. Twee andere bezwaren: de grondendiscussie en de onmogelijkheid tot buitengerechtelijke vernietiging

Naast de hiervoor beschreven bezwaren tegen de voorwaardelijke ontbindingsprocedure onder de WWZ indachtig de door de Hoge Raad aangedragen argumenten om deze procedure onder het oude ontslagrecht wel toe te staan, kan nog een tweetal aanvullende argumenten worden aangevoerd waarom voor de voorwaardelijke ontbindingsprocedure na 1 juli 2015 geen

plaats meer is. Het betreft zowel een materieel argument als een formeel argument.

Materieel argument: de grondendiscussie

Sinds 1 juli 2015 is het aantal gronden waarop de arbeidsovereenkomst kan worden ontbonden limitatief in de wet vastgelegd. In artikel 7:669 lid 3 BW staan de acht ontslaggronden opgesomd, waarbij de gronden c tot en met h aan de kantonrechter zijn toebedeeld. De kantonrechter kan de arbeidsovereenkomst enkel (voorwaardelijk) ontbinden indien aan een van deze ontslaggronden volledig is voldaan. Wanneer een werkgever na een ontslag op staande voet voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoekt, lijken de e-grond (verwijtbaar handelen) en de g-grond (verstoorde arbeidsverhouding) hiervoor het meest in aanmerking te komen.

Ten aanzien van de e-grond geeft de memorie van toelichting bij de WWZ als uitleg dat het verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer:

‘zodanig ernstig dient te zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Hiervan is bijvoorbeeld sprake indien de werknemer zijn verplichtingen op grond van artikel 7:660a BW niet nakomt. Ook is hiervan uiteraard sprake bij omstandigheden die een dringende reden opleveren als bedoeld in artikel 7:678 BW. Dan kan immers van de werkgever in ieder geval niet worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren’ (*Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 98-101*).

Bij de ontslaggrond verwijtbaar handelen denkt de wetgever aldus aan situaties die zijn te vergelijken met een dringende reden. Toegegeven moet worden dat de dringende reden slechts als voorbeeld van verwijtbaar handelen in de zin van de e-grond wordt genoemd, maar naast het schenden van de re-integratieverplichtingen ex artikel 7:660a BW worden geen andere voorbeelden van de e-grond genoemd. Indien hierbij in aanmerking wordt genomen dat ook het stelselmatig schenden van de re-integratieverplichtingen een dringende reden voor ontslag op staande voet kan opleveren (zie HR 8 oktober 2004, *JAR 2004/259* (Vixia/Gerrits)) lijkt voorzichtig te kunnen worden geconcludeerd dat met de ontslaggrond ‘verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer’ wordt bedoeld een situatie die nagenoeg tegen een dringende reden aanligt.

Indien voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst vervolgens wordt verzocht voor het geval het ontslag op staande voet in de 681-procedure geen stand houdt, lijkt het mij in dit licht moeilijk voor te stellen dat de e-grond de voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan dragen. Dit kan wellicht anders zijn indien het ontslag op staande voet onderuit gaat op de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, de onverwijldheidseis of de mededelingseis.

Veeleer ligt het echter voor de hand dat een eventuele voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter wordt uitgesproken op grond van artikel 7:669 lid 3 onderdeel g BW, de verstoorte arbeidsverhouding. Hierbij dient echter in ogenschouw te worden genomen dat de door de kantonrechter aan te leggen toets niet enkel ziet op het

constateren van een verstoorde arbeidsverhouding, maar ook dat sprake is van een duurzame dan wel zeer ernstige verstoring van de arbeidsverhouding, waarbij de verstoring van de verhouding niet hoofdzakelijk aan de werkgever te wijten is. Het is uitdrukkelijk niet toegestaan de arbeidsovereenkomst te ontbinden op de g-grond indien de werkgever met zijn handelen zelf de verstoring van de arbeidsrelatie heeft gecreëerd. Wanneer de kantonrechter constateert dat de verstoring van de arbeidsrelatie feitelijk enkel voortvloeit uit een door de werkgever onterecht gegeven ontslag op staande voet bestaat er mijns inziens onvoldoende grond om hierop de arbeidsovereenkomst te ontbinden. De door de werknemer verrichte gedraging die de dringende reden heeft opgeleverd om het ontslag op staande voet te geven, zal aldus ook voldoende moeten komen vast te staan om hieruit de verstoring van de arbeidsrelatie te kunnen concluderen. Hierbij ziet de werkgever zich geconfronteerd met eenzelfde bewijslast als in de 681-procedure. Voorts kan worden aangevoerd dat ook bij een voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de g-grond aan de vereiste herplaatsingsinspanning die voortvloeit uit het eerste lid van artikel 7:669 BW door de werkgever dient te worden voldaan. Enkel indien de kantonrechter zou oordelen dat herplaatsing 'niet in de rede ligt' kan van deze herplaatsingsverplichting worden afgezien. In de memorie van toelichting staat echter beschreven dat hiermee terughoudend dient te worden omgegaan en dat bij het 'niet in rede liggen' van herplaatsing bijvoorbeeld kan worden gedacht aan verwijtbaar handelen van de werknemer (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p 98-101). Dit is overigens ook met zoveel woorden in lid 1 van artikel 7:669 BW verwoord.

In vergelijking met de situatie voor 1 juli 2015 – toen de arbeidsovereenkomst nog kon worden ontbonden vanwege een 'verandering in de omstandigheden' – moet worden vastgesteld dat sprake is van een verzwaring van de ontslaggronden. Waar tot 1 juli 2015 slechts door de werkgever aannemelijk behoefde te worden gemaakt dat sprake was van een verandering in de omstandigheden bestaande uit een verstoring van de arbeidsverhouding – welke doorgaans alleen al door het geven van ontslag op staande voet aanwezig werd geacht – is de kantonrechter thans gebonden aan de in de wet neergelegde ontslaggronden en zullen alle bijbehorende voorwaarden moeten worden gesteld en bewezen alvorens tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan worden overgegaan. Indien de werkgever hetzelfde feitencomplex c.q. dezelfde gedraging van de werknemer aan de voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst ten grondslag legt als aan het ontslag op staande voet, dan zal ook in het kader van de voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst deze gedraging in rechte moeten komen vast te staan. Het enkel 'aannemelijk maken' is niet langer voldoende. Het enkele feit dat de werkgever wellicht een onterecht ontslag op staande voet heeft gegeven leidt weliswaar tot een verandering in de omstandigheden tussen partijen, maar nog niet direct tot een in artikel 7:669 lid 3 BW neergelegde ontslaggrond. Het is daardoor geen vanzelfsprekendheid meer dat een voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter zal worden uitgesproken.

Formeel argument: het ontbreken van de mogelijkheid tot buitengerechtelijke vernietiging

Een formeel argument op basis waarvan de voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst na de invoering van de WWZ niet langer mogelijk kan worden geacht,

betreft het ontbreken van de mogelijkheid tot het invoeren van de buitengerechtelijke vernietiging van het ontslag op staande voet. Nadat een werkgever het ontslag op staande voet heeft verleend, kon de werknemer tot 1 juli 2015 met een simpel briefje de nietigheid van het ontslag op staande voet invoeren. Indien het vervolgens tot een bodemprocedure over het ontslag op staande voet kwam, was de toets van het ontslag op staande voet juridisch gezien eigenlijk de vraag naar het terecht invoeren van de buitengerechtelijke vernietiging door de werknemer. Vanaf het moment van het invoeren van de buitengerechtelijke vernietiging door de werknemer bestond de arbeidsovereenkomst daarmee nog met terugwerkende kracht vanaf het moment van het gegeven ontslag op staande voet. Indien de werkgever vervolgens een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst indiende kon de vraag naar ontvankelijkheid eenvoudig bevestigend worden beantwoord, omdat de voorwaardelijkheid van de voorwaardelijke ontbinding erin was gelegen dat nog niet in rechte was vastgesteld of de buitengerechtelijke vernietiging door de werknemer al dan niet terecht was ingeroepen (zie hierover S.F. Sagel, 'Bijzondere ontbindingen: voor zover vereist, onder voorwaarde(n) of met vergoeding onder voorwaarde(n)', *ArbeidsRecht* 2002/4, nr. 24 en 2002/8-9, nr. 43). Indien achteraf in de bodemprocedure kwam vast te staan dat het ontslag op staande voet niet terecht was gegeven en de werknemer daarmee terecht de buitengerechtelijke vernietiging had ingeroepen, bestond er ten tijde van het uitspreken van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst inderdaad nog een arbeidsovereenkomst als gevolg waarvan de werkgever ontvankelijk was in zijn verzoek.

Onder het huidige WWZ-recht is niet langer plaats voor de buitengerechtelijke vernietiging van het ontslag op staande voet. De werknemer dient binnen twee maanden na het ontslag op staande voet een verzoek ex artikel 7:681 BW bij de kantonrechter in te dienen strekkende tot vernietiging van het ontslag op staande voet. Tot het moment waarop de kantonrechter het ontslag op staande voet heeft vernietigd is er derhalve geen onduidelijkheid over het al dan niet bestaan van een arbeidsovereenkomst. Deze arbeidsovereenkomst is door de werkgever opgezegd met onmiddellijke ingang, waardoor de arbeidsovereenkomst ten tijde van het indienen van een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding niet bestaat waardoor niet-ontvankelijkheid zou moeten volgen. De onzekerheid inzake het ontslag op staande voet vloeit in deze situatie niet voort uit de al dan niet terecht uitgebrachte buitengerechtelijke vernietigingsverklaring door de werknemer, maar door de vraag welk oordeel de kantonrechter in de toekomst zal geven over de rechtsgeldigheid van het ontslag op staande voet. Tot het moment waarop de kantonrechter uitspraak doet bestaat echter hoe dan ook geen arbeidsovereenkomst en zou de werkgever op grond hiervan reeds niet-ontvankelijk moeten worden verklaard.

Tussenconclusie

Naast de vraag in hoeverre de voorwaardelijke ontbinding gelet op de door de Hoge Raad gehanteerde criteria in het arrest Nijman/X nog gerechtvaardigd is, bestaat ook bij een bevestigend antwoord op deze vraag nog een tweetal argumenten op basis waarvan de voorwaardelijke ontbinding tot moeilijkheden leidt. Ten eerste is het voor de werkgever niet zonder meer een gelopen race dat een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding leidt tot

ontbinding van de arbeidsovereenkomst gelet op de strenge en limitatieve ontslaggronden die thans in artikel 7:669 lid 3 jo. lid 1 BW zijn neergelegd. Daarnaast kan gereede twijfel worden uitgesproken bij de vraag of de werkgever wel ontvankelijk is in zijn verzoek, nu ten tijde van indiening van het verzoek hoe dan ook geen arbeidsovereenkomst bestaat gelet op het ontbreken van de mogelijkheid voor de werknemer om het ontslag op staande voet buitengerechtelijk te vernietigen.

5. Verschillende situaties van de voorwaardelijke ontbinding

Veronderstel dat ondanks de hiervoor beschreven bezwaren tegen het fenomeen van de voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst het ook onder de WWZ nog mogelijk is een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst na een door de werknemer gestarte 681-procedure strekkende tot vernietiging van het ontslag op staande voet in te dienen. Het is immers voor de werkgever een kleine moeite om in het verweerschrift in de 681-procedure een tegenverzoek tot voorwaardelijke ontbinding ex artikel 7:671b BW op te nemen. Tot welke mogelijke scenario's leidt dit dan? Ik onderscheid drie mogelijkheden:

1. De kantonrechter doet in de 681-procedure en de 671b-procedure tegelijk uitspraak en oordeelt dat het ontslag op staande voet terecht is gegeven.
2. De kantonrechter doet in de 681-procedure en de 671b-procedure gelijk uitspraak en oordeelt dat het ontslag op staande voet niet terecht is gegeven.
3. De kantonrechter doet eerst uitspraak in de 671b-procedure en pas later in de 681-procedure omdat in de 681-procedure nadere bewijslevering nodig is.

Ad 1

Indien de kantonrechter tegelijkertijd uitspraak doet in zowel de 681-procedure aangaande de rechtsgeldigheid van het ontslag op staande voet en de 671b-procedure aangaande de voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst en hierbij oordeelt dat het ontslag op staande voet terecht is gegeven, dan zou de werkgever in het 671b-verzoek tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst in mijn optiek altijd niet-ontvankelijk moeten worden verklaard. Immers, in dat geval komt onherroepelijk vast te staan dat het ontslag op staande voet niet wordt vernietigd en er aldus op het moment van uitspreken van het oordeel in de 671b-procedure hoe dan ook geen arbeidsovereenkomst meer bestaat. Aan de enige ontvankelijkheidsvoorwaarde voor een 671b-verzoek is in dat geval aldus niet voldaan. Zelfs indien de werknemer in hoger beroep zou gaan tegen het oordeel van de kantonrechter dat het ontslag op staande voet terecht is gegeven, leidt een geslaagd hoger beroep niet langer tot vernietiging van de opzegging, maar ex artikel 7:683 lid 3 BW tot een veroordeling van de werkgever de arbeidsovereenkomst op een door het hof te bepalen datum te herstellen, dan wel tot een billijke vergoeding. De mogelijkheid van het hof om de werkgever te veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen heeft naar haar aard geen terugwerkende kracht en ontnemt ook niet de rechtsgeldigheid aan het eerder door de werkgever aan de werknemer verleende ontslag op staande voet. Het hof kan weliswaar besluiten de werkgever te

veroordelen de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht te herstellen, maar dit mag ook een in de toekomst gelegen datum zijn waarbij voor de tussenliggende periode ex artikel 7:683 lid 4 jo. 7:682 lid 6 BW een voorziening kan worden getroffen.

Een herstelveroordeling betreft aldus niet het doorlopen van dezelfde arbeidsovereenkomst als die eerder is opgezegd, maar de verplichting tot het aanbieden van een nieuwe arbeidsovereenkomst tegen dezelfde voorwaarden op een door het hof te bepalen datum. Het lijkt mij derhalve onmogelijk dat de kantonrechter hierop anticipeert met een voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst, nu immers voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt gevraagd voor zover de arbeidsovereenkomst die door de werkgever is opgezegd wegens een dringende reden alsnog blijkt te bestaan. In hoger beroep kan *die* arbeidsovereenkomst echter nooit meer terugkeren, omdat de sanctie op een onterecht gegeven ontslag op staande voet in hoger beroep van kleur verschiet van vernietiging van de opzegging naar een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst. Een voorwaardelijk ontbindingsverzoek dient in deze situatie daarmee altijd tot niet-ontvankelijkheid te leiden.

Ad 2

In de situatie dat de werknemer in de 681-procedure in het gelijk wordt gesteld en het ontslag op staande voet aldus wordt vernietigd kan in mijn optiek evenmin *voorwaardelijke* ontbinding van de arbeidsovereenkomst worden uitgesproken. Immers, indien de kantonrechter het ontslag op staande voet vernietigt heeft dit als gevolg dat de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht wordt geacht altijd te hebben voortbestaan. Indien op dezelfde datum een uitspraak wordt gedaan in de 671b-procedure dan is dit altijd een onvoorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Vast staat immers dat de arbeidsovereenkomst nog bestaat. Zelfs wanneer de werkgever ex artikel 7:683 BW in hoger beroep zou gaan en het hof vervolgens concludeert dat het ontslag op staande voet wel terecht is gegeven, dan leidt dit niet tot een situatie waarin de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht alsnog kan worden beëindigd. Het hof kan dan – in de voor de werkgever meest gunstige situatie – per direct besluiten de arbeidsovereenkomst alsnog te beëindigen. Op het moment van uitspraak in de 671b-procedure door de kantonrechter staat in deze situatie hoe dan ook vast dat de arbeidsovereenkomst nog bestaat. Hieraan kan ook in appel geen afbreuk worden gedaan, zodat uitsluitend een onvoorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan worden uitgesproken. Ook in scenario 2 is daarmee geen plaats voor een voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

Ad 3

De enige situatie waarin een voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst theoretisch denkbaar is, betreft de situatie waarin de kantonrechter eerst uitspraak doet in de 671b-procedure die door de werkgever is verzocht en pas later in de door de werknemer gestarte 681-procedure strekkende tot vernietiging van het ontslag op staande voet. In dat geval bestaat immers op het moment van uitspreken van de voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst nog onduidelijkheid over het bestaan van de arbeidsovereenkomst

en zou een voorwaardelijke ontbinding tot de mogelijkheden kunnen behoren. Hierbij dient echter wel te worden beseft dat wanneer de kantonrechter besluit dat in de 681-procedure nadere bewijslevering noodzakelijk is waardoor in deze procedure pas op een latere datum uitspraak kan worden gedaan, de werknemer de kantonrechter ervan dient te overtuigen dat zulks ook geldt voor de 671b-procedure. Indien immers hetzelfde feitencomplex wordt aangevoerd bij zowel het ontslag op staande voet als de voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst – dit zal doorgaans het geval zijn – dan is immers ook het karakter van de 671b-procedure na invoering van de WWZ zodanig veranderd dat hierop het bewijsrecht in beginsel van toepassing is en de aan de werknemer verweten gedraging moet komen vast te staan alvorens deze gedraging ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan rechtvaardigen. Onverminderd blijven ook in deze derde situatie de hiervoor beschreven argumenten overeind op basis waarvan de Hoge Raad in het arrest Nijman/X de voorwaardelijke ontbinding heeft toegestaan. Na 1 juli 2015 zou een weging van deze argumenten tot een andere conclusie ten aanzien van de toepasselijkheid van de voorwaardelijke ontbindingsprocedure kunnen leiden. Dit brengt mee dat ook in situatie 3 door de werknemer met succes lijkt te kunnen worden geageerd tegen een door de werkgever ingediend verzoek tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst.