

ANNOTATIE

Voorwaardelijke ontbinding in hoger beroep

F.M. Dekker*Annotatie bij Hoge Raad, 31-03-2017, ECLI:NL:HR:2017:571 (AR-2017-0392)*

1. Inleiding

Op 23 december 2016 was de eerste WWZ-uitspraak van de Hoge Raad een feit (HR 23 december 2016, AR 2016-1482 m.nt. P. Kruit (Mediant)). Dat was een beschikking in een prejudiciële procedure, waarin de Hoge Raad vragen beantwoordde over (met name) de voorwaardelijke ontbinding onder het regime van de WWZ. Op 31 maart 2017 verscheen dan eindelijk de eerste ‘reguliere’ Hoge Raad-uitspraak, dat wil zeggen een uitspraak in een cassatieprocedure. Wederom heeft de beschikking de voorwaardelijke ontbinding tot onderwerp. De Hoge Raad corrigeert een verschrijving in de Mediant-beschikking en werkt die beschikking nader uit.

2. Casus

De zaak gaat over een werknemer die met ingang van 1 november 2011 bij Vlisco in dienst is getreden in de functie van heftruckchauffeur. Hij is bij brief van 27 juli 2015 door Vlisco op staande voet ontslagen. De werknemer heeft in dit geding primair de kantonrechter verzocht het ontslag te vernietigen. Vlisco heeft vervolgens bij wege van tegenverzoek de kantonrechter verzocht de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk te ontbinden, indien en voor zover het ontslag op staande voet door de kantonrechter wordt vernietigd.

Met betrekking tot het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet heeft de kantonrechter Vlisco een bewijsopdracht gegeven en iedere verdere beslissing aangehouden. In de ontbindingsprocedure heeft de kantonrechter daarentegen einduitspraak gedaan: hij ontbond de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk per 1 december 2015 wegens verwijtbaar handelen van de werknemer. De proceskosten zijn gecompenseerd.

De werknemer heeft hoger beroep ingesteld tegen de beschikking van de kantonrechter voor zover daarin de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk is ontbonden. Het hof stelt de werknemer in het gelijk. Daartoe stelt het hof voorop dat het in een situatie als hier aan de

orde, waarin de kantonrechter nog geen oordeel heeft gegeven over de rechtsgeldigheid van het ontslag op staande voet, mogelijk is om ontbinding te verzoeken van de arbeidsovereenkomst, voor het geval de opzegging door de kantonrechter wordt vernietigd. De kantonrechter heeft dit verzoek naar het oordeel van het hof evenwel ten onrechte toegewezen. Het hof veroordeelt Vlisco daarom op de voet van artikel 7:683 lid 3 BW de arbeidsovereenkomst met de werknemer te herstellen met ingang van 1 december 2015 onder dezelfde arbeidsvoorwaarden als voor die datum, voor het geval de kantonrechter de opzegging van de arbeidsovereenkomst zal vernietigen. Als de in het ongelijk gestelde partij is Vlisco veroordeeld in de proceskosten van het hoger beroep.

3. Oordeel Hoge Raad

Hoewel de werknemer in het gelijk is gesteld, is hij niet tevreden met de beslissing van het hof en stelt hij daartegen cassatie in. Hij klaagt in de eerste plaats dat het hof, gelet op het systeem van de WWZ, het ten onrechte mogelijk heeft geacht dat in een geval als het onderhavige, waarin de kantonrechter nog geen oordeel heeft gegeven over het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet, de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk wordt ontbonden. Vlisco had volgens de werknemer niet-ontvankelijk verklaard moeten worden in zijn verzoek.

De Hoge Raad verwierpt deze klacht onder verwijzing naar de Mediant-beschikking. In die beschikking is geoordeeld dat de werkgever naar het thans geldende recht nog steeds de mogelijkheid heeft een verzoek te doen tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor het geval het ontslag op staande voet niet gerechtvaardigd wordt geacht. Voor een niet-ontvankelijkverklaring is slechts plaats in gevallen waarin de rechter op processuele gronden niet toekomt aan een behandeling van het verzoek ten principale. Afgezien van dergelijke gevallen is de partij die de ontbinding verzoekt, dus in beginsel steeds ontvankelijk in haar verzoek.

In de tweede plaats klaagt de werknemer dat het hof de herstelveroordeling ten onrechte zou hebben beperkt tot het geval de kantonrechter de opzegging zou vernietigen. Het hof zou daarmee namelijk hebben miskend dat hoger beroep en cassatie mogelijk zijn van het oordeel van de kantonrechter. Het door het hof uitgesproken herstel van de arbeidsovereenkomst had om die reden ook het geval moeten betreffen dat de vernietiging van het ontslag pas door de appelrechter wordt uitgesproken.

Ook deze klacht gaat volgens de Hoge Raad niet op. De reden daarvoor is dat de klacht op het onjuiste uitgangspunt berust dat een opzegging in hoger beroep zou kunnen worden vernietigd. Uit artikel 7:683 lid 3 BW volgt dat iets dergelijks niet mogelijk is: indien het hof meent dat de kantonrechter het ontslag op staande voet ten onrechte in stand heeft gelaten, heeft het de keuze tussen herstel van de arbeidsovereenkomst en toekenning van een billijke vergoeding. Vernietiging van de opzegging is in appel geen optie meer.

Deze klacht zet de Hoge Raad op het spoor van een verschrijving in de Mediant-beschikking. In die beschikking overwoog de Hoge Raad namelijk dat het – samengevat weergegeven – met het systeem van artikel 7:683 lid 3 BW onverenigbaar is dat de kantonrechter een

arbeidsovereenkomst voorwaardelijk zou ontbinden 'voor het geval de appel- of verwijzingsrechter, anders dan de kantonrechter, het op staande voet gegeven ontslag zou vernietigen'. Deze passage moet volgens de Hoge Raad aldus worden gelezen dat de kantonrechter een arbeidsovereenkomst niet mag ontbinden voor het geval de appelrechter 'zou oordelen dat het ontslag op staande voet ten onrechte is gegeven, en hij (de werkgever veroordeelt) de arbeidsovereenkomst herstelt (te herstellen)'.

Vervolgens ziet de Hoge Raad naar aanleiding van deze klacht reden ten overvloede in te gaan op een kwestie die in de Mediant-beschikking niet uitdrukkelijk aan de orde kwam, namelijk de vraag of ook de appelrechter bevoegd is een arbeidsovereenkomst voorwaardelijk te ontbinden. De Hoge Raad oordeelt dat in de Mediant-beschikking besloten ligt dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord. Dit blijkt volgens de Hoge Raad ten eerste uit het feit dat in rechtsoverweging 3.13.1 van die beschikking – kort na de gecorrigeerde passage – wordt geconcludeerd dat, gelet op het systeem van het thans geldende recht, slechts als voorwaarde kan worden gesteld dat het op staande voet gegeven ontslag door de rechter 'van dezelfde aanleg' wordt vernietigd (welke passage moet worden verstaan zoals hiervoor weergegeven). Voorts wijst de Hoge Raad erop dat in rechtsoverweging 3.13.2 van de Mediant-beschikking staat dat, kort gezegd, langs de weg van een voorwaardelijk verzoek tot ontbinding, de gevolgen van het eventuele oordeel dat het ontslag op staande voet niet gerechtvaardigd was, 'in de desbetreffende instantie' kunnen worden beperkt. Daarmee is in lijn, aldus nog steeds de Hoge Raad, dat in rechtsoverweging 3.4.6 van de Mediant-beschikking het geval wordt besproken dat 'in de instantie waarin de procedure verkeert', het ontslag op staande voet niet gerechtvaardigd wordt geacht. Deze algemeen geformuleerde bewoordingen, die mede de appelrechter omvatten, stroken naar het oordeel van de Hoge Raad met hetgeen in de desbetreffende overwegingen staat over de functie van de voorwaardelijke ontbinding in het stelsel van het met ingang van 1 juli 2015 geldende recht.

In de derde en laatste plaats klaagt de werknemer in cassatie dat het hof heeft verzuimd een beslissing te nemen over de proceskosten in eerste aanleg. Deze klacht treft wel doel. De Hoge Raad wijst erop dat het hof heeft overwogen dat Vlisco als de in het ongelijk gestelde partij is te beschouwen. Omdat de kantonrechter de proceskosten tussen partijen heeft gecompenseerd, had het hof derhalve Vlisco niet alleen moeten veroordelen in kosten van het hoger beroep, maar ook – zoals was verzocht – in de kosten van de eerste aanleg. De Hoge Raad doet de zaak op dit punt zelf af.

4. Commentaar

De verwerping van de cassatieklacht van de werknemer over de mogelijkheid van een voorwaardelijke ontbinding onder het regime van de WWZ kan, gelet op de Mediant-beschikking, voor niemand een verrassing zijn. Voor wie het WWZ-procesrecht onder de knie heeft, geldt hetzelfde met betrekking tot de klacht dat het hof het herstel ten onrechte alleen zou hebben uitgesproken voor het geval de kantonrechter de opzegging zou vernietigen en niet tevens voor het geval het hof dat zou doen. Het zijn dan ook niet zozeer de antwoorden op de cassatieklachten die de Vlisco-beschikking interessant maken. Dat zijn vooral de

overwegingen die de Hoge Raad ten overvloede uitspreekt. In die overwegingen corrigeert de Hoge Raad enerzijds een verschrijving in de Mediant-beschikking. Anderzijds verschaft hij duidelijkheid over een kwestie die in die beschikking niet uitdrukkelijk ter sprake is gekomen.

4.1. Correctie verschrijving Mediant-beschikking

Onderdeel 2 van het cassatiemiddel zette de Hoge Raad, zoals vermeld, op het spoor van een verschrijving in de Mediant-beschikking. In die beschikking maakt de Hoge Raad namelijk melding van 'het geval de appel- of verwijzingsrechter, anders dan de kantonrechter, het op staande voet gegeven ontslag zou vernietigen'. Ingevolge artikel 7:683 lid 3 BW kan dit geval zich echter niet voordoen. Op grond van dat artikellid kan het hof dat meent dat het ontslag op staande voet in eerste aanleg ten onrechte in stand is gebleven, ofwel de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen ofwel de werknemer een billijke vergoeding toekennen. Vernietiging van de opzegging is in appel geen optie meer. Om die reden moet de geciteerde passage volgens de Hoge Raad in de Vlisco-beschikking zo worden gelezen dat de kantonrechter een arbeidsovereenkomst niet mag ontbinden voor het geval de appelrechter 'zou oordelen dat het ontslag op staande voet ten onrechte is gegeven, en hij (de werkgever veroordeelt) de arbeidsovereenkomst herstelt (te herstellen)'.

Hoewel het uiteraard goed is dat de Hoge Raad deze fout in de Mediant-beschikking corrigeert, meen ik dat er geen twijfel over kon bestaan wat de Hoge Raad in de Mediant-beschikking bedoelde. In de zin direct vóór de foutieve zin overwoog de Hoge Raad namelijk dat de appelrechter zijn 'bevoegdheid om (de werkgever te veroordelen) de arbeidsovereenkomst te herstellen of aan de werknemer een billijke vergoeding toe te kennen, in volle omvang [dient] te kunnen uitoefenen met inachtneming van alle ten tijde van zijn beslissing relevante feiten en omstandigheden van het geval'. Hieruit blijkt dat de Hoge Raad het systeem van artikel 7:683 lid 3 BW wel degelijk goed op het netvlies had. Dat de Hoge Raad in de daaropvolgende zin per ongeluk sprak van 'vernietiging' in plaats van van 'herstel van de arbeidsovereenkomst' was volgens mij dan ook niet meer dan een verschrijving. Ik moet bekennen dat deze fout mij vóór lezing van de Vlisco-beschikking ook niet was opgevallen. Ik heb de beslissing van de Hoge Raad in de Mediant-zaak van meet af aan zo begrepen, dat de kantonrechter in een voorwaardelijke ontbindingsprocedure het hof in de procedure over het ontslag op staande voet niet voor de voeten mag lopen en niet mag beknotten in zijn mogelijkheden.

4.2. Voorwaardelijke ontbinding in appel

De Hoge Raad corrigeert de Mediant-beschikking niet alleen, maar grijpt de gelegenheid tevens aan om antwoord te geven op een vraag die in die beschikking niet uitdrukkelijk aan de orde kwam, maar die voor de praktijk wel van groot belang is: mag ook de appelrechter een arbeidsovereenkomst voorwaardelijk ontbinden of is dat een exclusieve bevoegdheid van de kantonrechter? Het antwoord van de Hoge Raad luidt dat ook het gerechtshof een voorwaardelijke ontbinding kan uitspreken.

Dit antwoord roept enkele juridische en praktische vragen op. De beste manier om deze

vragen aan de orde te stellen, is door de verschillende scenario's die zich kunnen voordoen de revue te laten passeren. Ik kom dan tot zeven relevante scenario's. De procedure waarin de werknemer vernietiging van het ontslag verzoekt, noem ik hierna gemakshalve 'de opzeggingsprocedure'. De procedure waarin de werkgever om voorwaardelijke ontbinding verzoekt 'de ontbindingsprocedure'.

Scenario 1: ontbindingsverzoek toegewezen en opzeggingsprocedure aangehouden

Ik begin met het scenario uit de hier geannoteerde zaak. Dat is het scenario waarin de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever voorwaardelijk wordt ontbonden, terwijl de beslissing over de rechtsgeldigheid van het ontslag op staande voet wordt aangehouden. In dit geval zal de werknemer hoger beroep willen instellen tegen de ontbindingsbeschikking. De vraag rijst welke opties het hof dan heeft.

Wanneer het hof het met de kantonrechter eens is, is de kwestie eenvoudig. In dat geval zal het hof simpelweg de ontbindingsbeschikking bekrachtigen. Het wordt echter lastiger wanneer de appelrechter van oordeel is dat de kantonrechter het bij het verkeerde eind had. Het Hof 's-Hertogenbosch koos in deze zaak voor een voorwaardelijk herstel van de arbeidsovereenkomst onder dezelfde voorwaarde als waaronder de kantonrechter de arbeidsovereenkomst had ontbonden. In haar conclusie merkt A-G De Bock op dat zij dit een onjuiste beslissing vindt. Wanneer aan de door het hof geformuleerde voorwaarde – te weten: dat de kantonrechter de opzegging van de arbeidsovereenkomst vernietigt – wordt voldaan, is volgens haar namelijk geen behoefte (meer) aan herstel, omdat de arbeidsovereenkomst door de vernietiging van het ontslag herleeft. Het hof had de ontbindingsbeschikking naar de mening van de A-G daarom moeten vernietigen en – opnieuw rechtdoende – het ontbindingsverzoek alsnog moeten afwijzen.

Ik ben het niet met de A-G eens. Zij miskent dat vernietiging van de ontbindingsbeschikking vanwege artikel 7:683 lid 3 BW niet mogelijk is. Op grond van dat artikellid heeft de appelrechter die van oordeel is dat het verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst ten onrechte is toegewezen, twee opties: (1) hij kan de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen of (2) hij kan de werknemer een billijke vergoeding toekennen. Het Hof 's-Hertogenbosch heeft naar mijn mening dan ook op juiste wijze beslist. De A-G heeft weliswaar gelijk dat wanneer aan de door het hof geformuleerde voorwaarde wordt voldaan, de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst herleeft, maar zij ziet over het hoofd dat op dat moment tevens de door de kantonrechter uitgesproken voorwaardelijke ontbinding effect sorteert. Die ontbinding is immers uitgesproken voor het geval het ontslag op staande voet wordt vernietigd en deze beslissing blijft door het systeem van artikel 7:683 lid 3 BW in stand. Hierdoor is aan herstel van de arbeidsovereenkomst wel degelijk behoefte.

De situatie is samengevat als volgt. De arbeidsovereenkomst eindigt door het ontslag op staande voet op datum A. Wanneer de kantonrechter dit ontslag vernietigt, herleeft de arbeidsovereenkomst op die datum, maar eindigt deze door de voorwaardelijke ontbinding op datum B alsnog. Vervolgens dient de werkgever de werknemer – op grond van de

appelbeschikking in de ontbindingsprocedure – een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden (waarvan de ingangsdatum afhankelijk is van de beslissing van het hof).

Scenario 2: ontbindingsverzoek toegewezen en vernietigingsverzoek toegewezen

In het vorige scenario ging ik ervan uit dat de kantonrechter in de ontbindingsprocedure einduitspraak deed, terwijl de beslissing in de opzeggingsprocedure werd aangehouden. Denkbaar is ook dat de beslissing in beide procedures tegelijk valt (al dan niet genomen door dezelfde rechter). In dit tweede scenario neem ik wederom – net als in scenario 1 – aan dat de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk wordt ontbonden en dat de werknemer daartegen in beroep gaat. Voor de opzeggingsprocedure zijn dan drie beslissingen mogelijk: (1) het ontslag op staande voet wordt vernietigd, (2) aan de werknemer wordt een billijke vergoeding toegekend of (3) het verzoek van de werknemer wordt afgewezen. In geval van de eerste twee beslissingen is de situatie gelijk. Om die reden bespreek ik die beide gevallen gezamenlijk als scenario 3. Scenario 2 betreft het geval waarin de kantonrechter in de opzeggingsprocedure het ontslag op staande voet vernietigt.

In dit scenario is voldaan aan de voorwaarde waaronder de ontbinding van de arbeidsovereenkomst is uitgesproken. Dat betekent dat de arbeidsovereenkomst door die ontbinding eindigt. Hierdoor doet zich de merkwaardige situatie voor dat de werkgever geen belang heeft bij een hoger beroep tegen het oordeel dat het ontslag op staande voet ten onrechte is gegeven. Artikel 7:683 lid 6 BW bepaalt immers dat het hof, indien het van oordeel is dat het verzoek van de werknemer om vernietiging van de opzegging ten onrechte is toegewezen, bepaalt op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst eindigt. Dit tijdstip moet in de toekomst zijn gelegen. Het hof kan de vernietiging van het ontslag op staande voet dus niet terugdraaien, evenmin als het hof in de ontbindingsprocedure de voorwaardelijke ontbinding kan terugdraaien. Met een nieuwe einddatum van de arbeidsovereenkomst schiet de werkgever evenwel niets op, nu deze door de voorwaardelijke ontbinding reeds is geëindigd. In dit scenario hangt het derhalve geheel van de appelrechter in de ontbindingsprocedure af of de werknemer nog een baan heeft. Indien het ontbindingshof het gelijk aan de zijde van de werknemer legt en de werkgever veroordeelt de arbeidsovereenkomst te herstellen, heeft de werknemer zijn baan terug. Besluit het hof daarentegen de werknemer in plaats daarvan een billijke vergoeding toe te kennen of wijst het hof het hoger beroep van de werknemer af, dan is de arbeidsovereenkomst daarmee definitief ten einde.

Scenario 3: ontbindingsverzoek toegewezen en vernietigingsverzoek afgewezen dan wel billijke vergoeding toegekend

Scenario 3 is – zoals vermeld – gelijk aan scenario 2, met dien verstande dat de kantonrechter in de opzeggingsprocedure het ontslag op staande voet niet vernietigt, maar de werknemer een billijke vergoeding toekent dan wel het verzoek van de werknemer afwijst. In dat geval is de voorwaarde waaronder de arbeidsovereenkomst is ontbonden niet vervuld, zodat de werknemer geen belang heeft bij een hoger beroep tegen de ontbindingsbeschikking. De werkgever heeft dat evenmin, nu hij in die procedure de in het gelijk gestelde partij is. In dit

scenario spitst het geschil zich derhalve geheel toe op het appel van de opzeggingsprocedure, waar dat in het vorige scenario juist het appel in de ontbindingsprocedure was. Geeft het hof de werkgever (alsnog) gelijk of kent het de werknemer (eveneens) een billijke vergoeding toe, dan is definitief niet langer sprake van een arbeidsovereenkomst tussen beide. Veroordeelt het hof de werkgever daarentegen tot herstel van de arbeidsovereenkomst, dan is de werknemer terug in dienst.

De vraag zou kunnen opkomen of de werkgever op een dergelijk herstel kan anticiperen door in de ontbindingsprocedure om ontbinding te vragen voor het geval de arbeidsovereenkomst wordt hersteld. Na de Mediant-beschikking is duidelijk dat de kantonrechter een dergelijk verzoek niet kan toewijzen. Aan de vraag of het hof de arbeidsovereenkomst wel onder die voorwaarde mag ontbinden, komt men in dit scenario niet toe. De werkgever kan immers niet bij het hof terecht, nu hij de procedure in eerste aanleg heeft gewonnen. De partij die in het gelijk wordt gesteld, heeft geen belang bij een appel.

Scenario 4: ontbindingsverzoek afgewezen en opzeggingsprocedure nog aanhangig

In de vorige drie scenario's is de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter steeds voorwaardelijk ontbonden. Mogelijk is natuurlijk ook dat de kantonrechter het ontbindingsverzoek van de werkgever afwijst. In de komende vier scenario's neem ik dat tot uitgangspunt. Net als hiervoor begin ik met het geval waarin de ontbindingsprocedure reeds in de appelfase verkeert, terwijl de opzeggingsprocedure nog in eerste aanleg aanhangig is. Het is in deze situatie de werkgever die hoger beroep instelt. De vraag is dan of de appelrechter de arbeidsovereenkomst mag ontbinden voor het geval de kantonrechter het ontslag op staande voet vernietigt. Daaraan zou om twee redenen kunnen worden getwijfeld.

Ten eerste omdat de Hoge Raad in de Mediant-beschikking heeft geoordeeld dat de kantonrechter niet een ontbinding mag uitspreken voor het geval de appelrechter, anders dan de kantonrechter, zou oordelen dat het ontslag op staande ten onrechte is gegeven en het de werkgever veroordeelt de arbeidsovereenkomst te herstellen. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat niet is toegestaan dat de arbeidsovereenkomst in een bepaalde instantie wordt ontbonden onder een voorwaarde die betrekking heeft op de uitkomst van de opzeggingsprocedure in een andere instantie. Zo moet het oordeel van de Hoge Raad naar mijn mening echter niet worden begrepen. De achtergrond van de bedoelde beslissing is volgens mij enkel dat de Hoge Raad niet wil dat een lagere rechter een hogere rechter voor de voeten loopt. Daarmee is niet gezegd dat ook het omgekeerde niet is toegestaan. Ik zie er geen principiële bezwaar in dat een hogere rechter (het hof) een ontbinding zou uitspreken voor het geval de lagere rechter (de kantonrechter) het ontslag op staande voet zou vernietigen.

De tweede reden waarom kan worden betwijfeld of het hof de arbeidsovereenkomst mag ontbinden onder de voorwaarde dat de kantonrechter het ontslag op staande voet vernietigt, is dat de Hoge Raad aan het slot van rechtsoverweging 3.13.1 van de Mediant-beschikking concludeert dat, gelet op het systeem van het thans geldende recht, slechts als voorwaarde kan worden gesteld dat het op staande voet gegeven ontslag door de rechter 'van dezelfde

aanleg' ongeldig wordt bevonden. In rechtsoverweging 3.13.2 voegde de Hoge Raad hier voorts aan toe dat, kort gezegd, langs de weg van een voorwaardelijk verzoek tot ontbinding, de gevolgen van het eventuele oordeel dat het ontslag op staande voet niet gerechtvaardigd was, 'in de desbetreffende instantie' kunnen worden beperkt. Ook deze overwegingen suggereren dat een ontbinding alleen mag worden uitgesproken onder een voorwaarde die betrekking heeft op de uitkomst van de opzeggingsprocedure in dezelfde instantie. Dit zou betekenen dat de kantonrechter in de ontbindingsprocedure alleen zou mogen preluderen op de uitkomst van de opzeggingsprocedure in eerste aanleg en dat het hof alleen mag preluderen op de uitkomst van die procedure in appel. Het lijkt mij echter sterk dat de Hoge Raad dit zo zou hebben bedoeld. De bedoelde passages kunnen volgens mij worden verklaard door het feit dat de Hoge Raad in de Mediant-beschikking steeds tot uitgangspunt neemt dat de ontbindingsprocedure en de opzeggingsprocedure gelijk oplopen. Dit acht de Hoge Raad de meest wenselijke situatie. Het lijkt erop dat de Hoge Raad in zijn overwegingen geen rekening heeft gehouden met de mogelijkheid dat beide procedures ook weleens uit elkaar zouden kunnen lopen. Het gaat mij te ver aan te nemen dat de Hoge Raad zou hebben willen zeggen dat een appelrechter een arbeidsovereenkomst niet zou mogen ontbinden voor het geval de kantonrechter het ontslag op staande voet zou vernietigen.

Scenario 5: ontbindingsverzoek afgewezen en vernietigingsverzoek toegewezen

Ook in scenario 5 wordt het verzoek om voorwaardelijke ontbinding afgewezen en stelt de werkgever hoger beroep in. Verschil met scenario 4 is evenwel dat de kantonrechter niet alleen in de ontbindingsprocedure maar ook in de opzeggingsprocedure beschikking wijst. Zoals reeds vermeld bij scenario 2, zijn er dan drie mogelijkheden: (1) het ontslag op staande voet wordt vernietigd, (2) aan de werknemer wordt een billijke vergoeding toegekend of (3) het verzoek van de werknemer wordt afgewezen. Dit vijfde scenario betreft het geval waarin de kantonrechter het ontslag op staande voet vernietigt.

In dit geval zal het in beide procedures de werkgever zijn die hoger beroep instelt. Aangezien de voorwaarde waaronder de kantonrechter de arbeidsovereenkomst heeft ontbonden reeds is vervuld, zal in de ontbindingsprocedure – in ieder geval materieel – niet langer sprake zijn van een voorwaardelijk maar van een onvoorwaardelijk ontbindingsverzoek. Door de vernietiging van het ontslag op staande voet staat immers buiten kijf dat tussen partijen een arbeidsovereenkomst bestaat. Het hof kan deze beslissing in de opzeggingsprocedure – zoals vermeld – niet terugdraaien. Indien het hof, anders dan de kantonrechter, meent dat het ontslag op staande voet wel degelijk gerechtvaardigd was, moet het ingevolge artikel 7:683 lid 6 BW een nieuwe einddatum voor de arbeidsovereenkomst vaststellen.

De uitkomst in beide appelprocedures is bij winst van de werkgever derhalve hetzelfde: er wordt een nieuwe einddatum voor de arbeidsovereenkomst bepaald (zie leden 5 en 6 van art. 7:683 BW). Agevraagd kan daarom worden of de werkgever er wel belang bij heeft om zowel in de opzeggingsprocedure als in de ontbindingsprocedure in hoger beroep te gaan. Ik meen van wel, nu het toetsingskader in beide procedures verschilt. In de opzeggingsprocedure staat de vraag centraal of het ontslag op staande voet rechtsgeldig is gegeven, terwijl het in de

ontbindingsprocedure draait om de vraag of sprake is van een redelijke grond ex artikel 7:669 lid 3 BW. In de ontbindingsprocedure kan de werkgever geheel andere feiten en omstandigheden aan zijn verzoek ten grondslag leggen als aan het ontslag op staande voet. In die zin lijken de kansen op succes voor de werkgever in de ontbindingsprocedure dus groter. Daar staat echter tegenover dat de rechter in die procedure de mogelijkheid heeft de werknemer een billijke vergoeding toe te kennen. Artikel 7:683 lid 5 BW bepaalt namelijk dat artikel 7:671b BW wat dat betreft in hoger beroep van overeenkomstige toepassing is. In die zin heeft de werkgever meer belang bij een gunstige beslissing in de opzeggingsprocedure.

In dit scenario kan zich overigens een lastige situatie voordoen indien de werkgever in beide appelprocedures in het gelijk wordt gesteld. Dan kan zich het namelijk het – wellicht onwaarschijnlijke – geval voordoen dat het hof in de ontbindingsprocedure de arbeidsovereenkomst ontbindt (bijv. vanwege een verstoorde arbeidsverhouding) en daarbij de werknemer – op diens verzoek – een transitievergoeding toekent omdat de ontbinding hem niet ernstig valt aan te rekenen, terwijl het hof in de opzeggingsprocedure juist een dringende reden aanneemt en de werknemer de transitievergoeding ontzegt op de grond dat de dringende reden hem ernstig valt te verwijten. In dit scenario is sprake van twee tegenstrijdige uitspraken. Denkbaar is zelfs dat het ontbindingshof de werknemer een additionele billijke vergoeding toekent, omdat het van oordeel is dat de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Met een beroep op HR 21 maart 1997, JAR 1997/88 is dan verdedigbaar dat de werknemer aanspraak kan maken op de transitievergoeding en de eventuele billijke vergoeding, tenzij de werkgever de ontbindingsbeschikking in cassatie van tafel weet te krijgen. Om die reden is het voor de werkgever wellicht verstandig in hoger beroep toch een voorwaarde aan zijn ontbindingsverzoek te verbinden, namelijk de voorwaarde dat het ontslag op staande voet door de appelrechter in de opzeggingsprocedure niet rechtsgeldig wordt bevonden. Met die voorwaarde sorteert de ontbindingsbeschikking geen effect, indien de werkgever in de opzeggingsprocedure van het hof alsnog gelijk krijgt.

Scenario 6: ontbindingsverzoek afgewezen en billijke vergoeding toegekend

In het vorige scenario is het ontslag op staande voet in de opzeggingsprocedure door de kantonrechter vernietigd. Een mogelijkheid is echter ook dat hij de werknemer een billijke vergoeding toekent. In dat geval is de situatie wezenlijk anders. Aangezien de kantonrechter – anders dan de appelrechter – gebonden is aan het verzoek van de werknemer, moet de werknemer zich in dit scenario hebben neergelegd bij het einde van de arbeidsovereenkomst. De werknemer heeft immers niet om vernietiging van het ontslag verzocht. Daarmee staat het einde van de arbeidsovereenkomst vast, hetgeen tot gevolg heeft dat de werkgever geen belang heeft bij een hoger beroep in de ontbindingsprocedure. Op voorhand staat immers vast dat de te formuleren voorwaarde niet zal worden vervuld. In dit scenario concentreert het geschil zich dus in het hoger beroep van de opzeggingsprocedure.

Voor de volledigheid zij opgemerkt dat herstel van de arbeidsovereenkomst in het hoger beroep van de opzeggingsprocedure niet mogelijk is. Krachtens artikel 7:683 lid 3 BW kan iets

dergelijks immers enkel worden bevolen wanneer het verzoek van de werknemer tot vernietiging van de opzegging ten onrechte is afgewezen. Dit doet zich echter niet voor, nu de werknemer niet om vernietiging heeft verzocht. Had hij dat wel gedaan, dan had de kantonrechter dat verzoek moeten toewijzen in plaats van de werknemer een billijke vergoeding toe te kennen.

Scenario 7: ontbindingsverzoek afgewezen en vernietigingsverzoek afgewezen

In de vorige twee scenario's is de werkgever zowel in de ontbindingsprocedure als in de opzeggingsprocedure in eerste aanleg in het ongelijk gesteld. In het zevende en laatste scenario is dat anders. Het voorwaardelijke ontbindingsverzoek wordt nog altijd afgewezen, maar dat geldt ook voor het verzoek van de werknemer tot vernietiging van het ontslag op staande voet. In dit scenario zal dus de werkgever in hoger beroep willen in de ontbindingsprocedure en de werknemer in de opzeggingsprocedure.

Het appel in de opzeggingsprocedure is niet spannend. Het hof heeft daarin de reguliere mogelijkheden. Als het hof met de kantonrechter meent dat het ontslag op staande voet terecht is gegeven, bekrachtigt het de beschikking uit eerste aanleg. Is het hof daarentegen van oordeel dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is, dan kan het de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen dan wel de werknemer een billijke vergoeding toe te kennen. Geen van deze beslissingen levert complicaties op.

Het appel in de ontbindingsprocedure is een stuk interessanter. Een ontbinding voor het geval de kantonrechter het ontslag op staande voet vernietigt, is niet zinvol nu het vernietigingsverzoek van de werknemer reeds is afgewezen. De vraag die voorligt is derhalve of het hof de arbeidsovereenkomst kan ontbinden onder de voorwaarde dat het hof in de opzeggingsprocedure besluit tot herstel van de arbeidsovereenkomst. A-G De Bock gaat in haar conclusie voor de Vlisco-beschikking uitvoerig op deze vraag in en beantwoordt hem bevestigend.

Daartoe wijst zij onder 2.19 van de conclusie in de eerste plaats op de hiervoor gememoreerde slotsom uit rechtsoverweging 3.13.1 van de Mediant-beschikking dat slechts als voorwaarde kan worden gesteld dat het ontslag op staande voet door de rechter 'van dezelfde aanleg' ongeldig wordt bevonden. Deze overweging vormt volgens de A-G een aanwijzing dat de appelrechter in de ontbindingsprocedure kan preluderen op de uitkomst van het hoger beroep in de opzeggingsprocedure. Ook wijst de A-G op rechtsoverweging 3.13.2 uit de Mediant-beschikking, waarin de Hoge Raad overweegt dat via een voorwaardelijk ontbindingsverzoek de gevolgen van het eventuele oordeel dat het ontslag op staande voet niet gerechtvaardigd was 'in de desbetreffende instantie' kunnen worden beperkt.

Deze overwegingen uit de Mediant-beschikking zouden inderdaad een aanwijzing kunnen vormen dat een ontbinding onder de voorwaarde van herstel in de opzeggingsprocedure mogelijk is. Maar dat hoeft niet noodzakelijkerwijs. Denkbaar is ook dat de Hoge Raad met de bedoelde overwegingen het oog had op de situatie waarin de werkgever in de opzeggingsprocedure appel instelt omdat de kantonrechter het ontslag op staande voet heeft

vernietigd en in de ontbindingsprocedure omdat zijn ontbindingsverzoek is afgewezen. In dat geval kan het ontbindingshof de arbeidsovereenkomst ontbinden zonder zich te hoeven bedienen van de voorwaarde in kwestie. Doordat het ontslag op staande voet is vernietigd, is de arbeidsovereenkomst tussen partijen immers herleefd en is deze voor ontbinding vatbaar. In de opzeggingsprocedure kan het hof de vernietiging van het ontslag, zoals reeds meermaals is opgemerkt, niet terugdraaien. In dit scenario heeft de werkgever belang bij een ontbinding van de arbeidsovereenkomst om daarmee de loonvordering te beperken voor het geval in de opzeggingsprocedure ook het hof het ontslag op staande voet onterecht acht. De door de A-G aangehaalde overwegingen van de Hoge Raad in de Mediant-beschikking vormen zodoende geen sluitend bewijs (hoewel ik ze wel een sterke aanwijzing vind).

A-G De Bock gaat in haar conclusie in de tweede plaats in op de opmerking van A-G Keus in zijn conclusie voor de Mediant-beschikking dat bij een voorwaardelijk ontbindingsverzoek in hoger beroep geen belang bestaat, omdat – kort weergegeven – in het geval de appelrechter oordeelt dat het ontslag op staande voet geen stand houdt, hij bij zijn beslissing om al dan niet de werkgever tot herstel van de arbeidsovereenkomst te veroordelen dan wel bij de keuze voor het tijdstip waartegen dat herstel moet plaatsvinden, mee zal wegen of er ruimte was voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst. A-G De Bock is het niet met haar ambtgenoot eens, omdat volgens haar niet zeker is dat het hof in de opzeggingsprocedure mee zal wegen of de arbeidsovereenkomst had kunnen worden ontbonden. Tot zover deel ik de mening van De Bock. In het vervolg van het betoog kan ik haar evenwel niet volgen. Zij schrijft:

‘Dit leidt ertoe dat zich kan voordoen dat de ene appelrechter (in de opzeggingsprocedure) beslist dat herstel van de arbeidsovereenkomst tegen een bepaald tijdstip geboden is en de andere appelrechter (in de ontbindingsprocedure) oordeelt dat géén herstel dient plaats te vinden. Die laatste rechter dient de overeenkomst dan te ontbinden tegen een in de toekomst gelegen tijdstip.’

De A-G raakt volgens mij op twee manieren het spoor van het WWZ-procesrecht bijster. Ten eerste: in de ontbindingsprocedure kan herstel van de arbeidsovereenkomst enkel aan de orde zijn als de arbeidsovereenkomst in eerste aanleg is ontbonden. Als het hof in die situatie, zoals de A-G stelt, oordeelt dat géén herstel dient plaats te vinden, hoeft het de arbeidsovereenkomst dus niet te ontbinden tegen een in de toekomst gelegen datum. Het hof kan dan eenvoudigweg de ontbindingsbeschikking van de kantonrechter bekrachtigen. De laatste zin van het citaat is dus niet juist.

Ten tweede: in de situatie die A-G De Bock beschrijft, ligt zowel in de opzeggingsprocedure als in de ontbindingsprocedure bij de appelrechter de vraag voor of de arbeidsovereenkomst moet worden hersteld. Dat betekent dat in de opzeggingsprocedure het ontslag op staande voet rechtsgeldig is bevonden en dat de arbeidsovereenkomst in de ontbindingsprocedure voorwaardelijk is ontbonden. In dit scenario is de voorwaarde waaronder de ontbinding is uitgesproken dus niet vervuld, waardoor die ontbinding geen effect sorteert. Van een herstel in de ontbindingsprocedure kan daardoor geen sprake zijn, althans hooguit onder een voorwaarde die niet vervuld kan raken. De situatie van tegenstrijdige uitspraken waar de A-G

op lijkt te doelen, in de zin dat de ene appelrechter (in de opzeggingsprocedure) beslist dat herstel van de arbeidsovereenkomst geboden is en de andere appelrechter (in de ontbindingsprocedure) oordeelt dat géén herstel nodig is (maar juist een nieuwe einddatum bepaalt), kan zich dus ook om die reden niet voordoen.

A-G De Bock gaat als laatste in op het feit dat bij een voorwaardelijke ontbinding in hoger beroep in feite ontbinding wordt verzocht van een overeenkomst die nog niet bestaat. Zij ziet daarin echter geen belemmering. Onder verwijzing naar de beschouwingen van A-G Keus in zijn conclusie voor de Mediant-uitspraak onder 5.19, stelt De Bock dat kan worden aangenomen dat in de ogen van de wetgever een herstelde arbeidsovereenkomst in feite neerkomt op dezelfde arbeidsovereenkomst. Het aanvaarden van de mogelijkheid van ontbinding in hoger beroep past volgens A-G De Bock ook bij de oplossingsrichting die de Hoge Raad in de Mediant-beschikking heeft gekozen. Daarbij wijst zij erop dat de Hoge Raad in die beschikking overweegt dat voor het geval (onder meer) de appelrechter oordeelt dat het verzoek om vernietiging van het ontslag op staande voet ten onrechte is afgewezen het volgende geldt: 'In een zodanig geval kan de appelrechter of de verwijzingsrechter (de werkgever veroordelen om) de arbeidsovereenkomst (te) herstellen (...).' Met het tussen haakjes plaatsen van 'de werkgever veroordelen om' wordt volgens de A-G door de Hoge Raad mogelijk gesuggereerd dat de appelrechter in de opzeggingsprocedure zélf het herstel van de arbeidsovereenkomst kan uitspreken. Er zou dan geen handeling van de werkgever nodig zijn om herstel tot stand te brengen. Hoewel De Bock toegeeft dat de wettekst wel lijkt uit te gaan van herstel van de arbeidsovereenkomst door de werkgever, meent zij dat een herstel door de rechter een voorwaardelijk ontbindingsverzoek in hoger beroep beter inpasbaar zou maken in het wettelijk systeem.

Ook in rechtsoverweging 3.6.3 van de Vlisco-beschikking, waarin de Hoge Raad de verschrijving in de Mediant-beschikking corrigeert, zijn de woorden 'de werkgever veroordelen om' tussen haakjes geplaatst. Dat is in mijn ogen opmerkelijk, omdat de Hoge Raad daarmee inderdaad de mogelijkheid open lijkt te houden voor de gedachte dat de rechter niet de werkgever opdraagt de arbeidsovereenkomst te herstellen, maar dat herstel zélf bewerkstelligt. Een dergelijke gedachte is niet alleen, zoals A-G De Bock opmerkt, moeilijk te rijmen met de tekst van artikel 7:683 lid 3 BW, maar ook lijnrecht in strijd met de bedoeling van de wetgever. In de memorie van toelichting bij de WWZ is in het artikelsgewijze gedeelte over artikel 7:682 lid 6 BW het volgende te lezen (*Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 119*):

'Het zesde lid voorziet erin dat de rechter, als hij het verzoek van de werknemer inwilligt en de werkgever opdraagt de arbeidsovereenkomst te herstellen, bepaalt op welk tijdstip de overeenkomst wordt hersteld. Daarbij wordt in herinnering geroepen dat de arbeidsovereenkomst – anders dan bij een vernietiging van de opzegging – niet door de gerechtelijke beschikking zelf wordt hersteld. De rechter draagt de werkgever in de beschikking op om de werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden onder dezelfde voorwaarden als de vorige. Voor de bepaling van het aantal dienstjaren tellen de dienstjaren uit de vorige arbeidsovereenkomst mee; zie artikel 7:672, achtste lid (nieuw), BW. Ook bepaalt de rechter in zijn beschikking of een aan de werknemer toegekende

transitievergoeding moet worden terugbetaald.’

Deze passage is van belang, omdat artikel 7:682 lid 6 BW op grond van het vierde lid van artikel 7:683 BW van overeenkomstige toepassing is ‘indien de rechter een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst uitspreekt als bedoeld in lid 3’. De visie van de wetgever is helder: in geval van herstel van de arbeidsovereenkomst herstelt de rechter de arbeidsovereenkomst niet zelf, maar draagt hij de werkgever op daarvoor zorg te dagen. Daaruit volgt naar mijn mening dat een herstelde overeenkomst in de ogen van de wetgever, anders dan A-G De Bock stelt, geenszins in feite neerkomt op dezelfde overeenkomst. In dat geval zou het voorschrift van artikel 7:672 lid 9 BW – luidende: voor de toepassing van artikel 7:672 lid 2 BW worden arbeidsovereenkomsten geacht eenzelfde, niet onderbroken arbeidsovereenkomst te vormen in geval van herstel van de arbeidsovereenkomst ingevolge artikel 7:682 of 7:683 BW – ook overbodig zijn geweest (in gelijke zin: A.R. Houweling, ‘Ken uw klassieken! Over de herstelveroordeling in de Wet werk en zekerheid’, Annotaties AR 2016-0462). Ook het feit dat de herstelde arbeidsovereenkomst niet per se hoeft aan te sluiten op de vorige arbeidsovereenkomst spreekt mijns inziens tegen de gedachte dat het dezelfde overeenkomst zou zijn. Tussen beide arbeidsovereenkomst kan een gat van enkele maanden en mogelijk zelfs van meer dan een jaar zitten. Het lijkt mij nogal opmerkelijk om er in zo’n geval van uit te gaan dat – in feite – toch sprake is van één en dezelfde overeenkomst.

Er bestaat volgens mij dus een principiële verschil tussen de situatie waarin een opzegging wordt vernietigd en die waarin de arbeidsovereenkomst wordt hersteld. In het eerste geval herleeft de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst; in het tweede geval komt een nieuwe overeenkomst tot stand. De vraag is evenwel of het feit dat een herstelde overeenkomst een nieuwe overeenkomst is, in weg staat aan een ontbinding daarvan op voorhand.

Deze vraag vind ik lastig te beantwoorden. Aan de ene kant gaat het mij gevoelsmatig een brug te ver een arbeidsovereenkomst te ontbinden die nog tot stand moet komen. Aan de andere kant zie ik geen juridische argumenten om, indien het mogelijk is een ontbinding uit te spreken voor het geval de opzegging wordt vernietigd, niet tevens toe te staan dat een ontbinding wordt uitgesproken onder de voorwaarde dat de arbeidsovereenkomst wordt hersteld. Ik licht dit toe.

Er bestaat ten aanzien van de vernietiging van een opzegging een belangrijk verschil tussen het huidige recht en het recht van vóór 1 juli 2015. Destijds was het gebruikelijk dat een ontslag op staande voet al vóór het uitspreken van de voorwaardelijke ontbinding door de werknemer buitengerechtelijk werd vernietigd. Hierdoor bestond gedurende de ontbindingsprocedure wellicht onzekerheid over het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen partijen, maar hij was er – in het geval het ontslag op staande voet ten onrechte was gegeven – wel degelijk. Het vonnis in de opzeggingsprocedure was in die tijd declaratoir van aard (de buitengerechtelijke vernietiging werd bevestigd) en niet constitutief. De voorwaarde waaronder de ontbinding werd uitgesproken luidde dan ook niet, zoals nu, ‘voor het geval de opzegging wordt vernietigd’, maar ‘voor het geval tussen partijen (nog) een arbeidsovereenkomst mocht (blijken te) bestaan’. Een voorwaardelijke ontbinding was niet slechts mogelijk na een ontslag

op staande voet, maar ook in situaties waarin om een andere reden onduidelijkheid bestond over het al dan niet bestaan van een arbeidsovereenkomst. Bijvoorbeeld omdat de werkgever meende dat sprake was van een overeenkomst van opdracht (in dat geval was art. 7:685 (oud) BW niet van toepassing; zie HR 8 november 1996, *JAR* 1996/249 (Sijthoff/Ouwerkerk)).

Doordat een opzegging niet meer buitengerechtelijk kan worden vernietigd, is het systeem thans wezenlijk anders. Nu is een ontslag op staande voet pas van de baan op het moment dat de kantonrechter in de opzeggingsprocedure beschikking wijst (en daarin, uiteraard, het ontslag vernietigt). Tot die tijd is 100% zeker dat geen arbeidsovereenkomst bestaat. Toch heeft de Hoge Raad in de Mediant-beschikking geaccepteerd dat een voorwaardelijke ontbinding ook onder het huidige stelsel mogelijk is. In dat geval is de redenering (kennelijk) dat ten tijde van de ontbindingsbeschikking weliswaar geen arbeidsovereenkomst bestaat, maar dat na de vernietiging van de opzegging komt vast te staan dat die er – achteraf gezien – op dat moment toch was. Door de vernietiging van de opzegging moet immers worden uitgegaan van de juridische fictie dat nimmer een opzegging heeft plaatsgevonden.

Daarvandaan is het naar mijn mening maar een kleine stap om ook te accepteren dat een ontbinding wordt uitgesproken voor het geval de arbeidsovereenkomst wordt hersteld. Ook in dat geval bestaat op het moment van de ontbindingsbeschikking (mogelijk) geen arbeidsovereenkomst, maar is die er door het herstel achteraf gezien toch. Wel is naar mijn mening vereist dat de arbeidsovereenkomst wordt 'hersteld' met terugwerkende kracht tot een datum gelegen vóór de ontbindingsbeschikking. Alleen in dat geval kan de juridische fictie worden gehanteerd dat ten tijde van die beschikking een arbeidsovereenkomst bestond die vatbaar was voor ontbinding.

Mijn vermoeden is dat ook de Hoge Raad een ontbinding voor het geval de arbeidsovereenkomst zou worden hersteld, mogelijk acht. In de Vlisco-beschikking verwerpt de Hoge Raad immers eerst onderdeel 2 van het cassatiemiddel op de grond dat dat onderdeel op de onjuiste veronderstelling berust dat in appel nog sprake zou kunnen zijn van een vernietiging van een opzegging. Daarna corrigeert de Hoge Raad, naar aanleiding van dit middelonderdeel, een verschrijving in de Mediant-beschikking om duidelijk te maken dat de sanctie in een opzeggingsprocedure in hoger beroep herstel van de arbeidsovereenkomst is en niet vernietiging van de opzegging. Pas na deze twee oordelen leert de Hoge Raad ons dat ook in hoger beroep een voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan worden uitgesproken. Indien de Hoge Raad zou menen dat een dergelijke ontbinding niet kan onder de voorwaarde dat herstel zou worden bevolen, had het tegen de achtergrond van de twee direct voorafgaande oordelen in de rede gelegen dat hij dat expliciet had vermeld. Door die twee eerdere oordelen moet de Hoge Raad immers wel scherp op het netvlies hebben gehad dat in appel alleen nog herstel van de arbeidsovereenkomst kan worden bevolen en dat het niet langer mogelijk is het ontslag te vernietigen. Ik voel mij in deze gedachte gesterkt door het feit dat de Hoge Raad zijn oordeel dat een voorwaardelijke ontbinding ook in appel mogelijk is, motiveert door te wijzen op overwegingen in de Mediant-beschikking die ervan uitgaan dat de opzeggings- en de ontbindingsprocedure in dezelfde instantie verkeren. Dat toont dat de Hoge Raad in ieder geval niet het oog heeft op de situatie waarin de opzeggingsprocedure nog

in eerste aanleg aanhangig is, in welk geval een ontbinding in hoger beroep zou kunnen worden uitgesproken op de voorwaarde dat het ontslag op staande voet wordt vernietigd.

5. Slot

Met de Vlisco-beschikking is duidelijk dat het voorwaardelijk ontbinden van een arbeidsovereenkomst niet tot het exclusieve domein van de kantonrechter behoort. Ook de appelrechter is daartoe bevoegd. Dit kan in de praktijk evenwel tot de nodige hoofdbrekens en complicaties leiden. In het voorgaande heb ik geprobeerd enig overzicht te bieden door de mogelijke scenario's die zich voor kunnen doen op een rij te zetten en enkele daarbij optredende complicaties te bespreken. De belangrijkste vraag die mijns inziens nog resteert is of een ontbinding ook mogelijk is onder de voorwaarde dat in de opzeggingsprocedure herstel van de arbeidsovereenkomst wordt bevolen. Ik vermoed dat het antwoord bevestigend zal luiden. Persoonlijk zou ik menen dat dan wel een vereiste zou moeten zijn dat de arbeidsovereenkomst wordt 'hersteld' met terugwerkende kracht tot een datum gelegen vóór de ontbindingsbeschikking.