

## Juridisch up to Date

2016-0071 - Juridisch up to Date 2016-11 d.d. 27-05-2016

Rubriek: Arbeid, medezeggenschap en pensioen

# Voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst: wel of niet doen?

## Inleiding

Tot de invoering van de Wet werk en zekerheid (WWZ) was het veelal praktijk om na een gegeven ontslag op staande voet een voorwaardelijk verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst in te dienen. Vanwege het tot 1 juli 2015 in artikel 7:685 lid 11 BW (oud) opgenomen appèlverbod gaf de voorwaardelijke ontbinding immers snel zekerheid over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. In praktijk werd dan vaak nog wel doorgeprocedeerd over de vraag of het ontslag op staande nu wel of niet terecht was geweest, maar was de loonvordering beperkt tot de periode vanaf de datum van het ontslag op staande voet tot de datum waarop de kantonrechter de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk had ontbonden.

Sinds de invoering van de WWZ wordt er door rechters verschillend gedacht over de vraag of een voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst nu wel of niet mogelijk is. Gelet op de veelheid aan verschillen in benadering heeft de Kantonrechter Enschede<sup>1</sup> het van belang geacht om, alvorens verder te oordelen, ter zake duidelijkheid van de Hoge Raad te verkrijgen op dit punt. De kantonrechter heeft op 26 april 2016 een groot aantal prejudiciële vragen (ex artikel 392 Rv) aan de Hoge Raad gesteld. De Hoge Raad beslist hierop binnen 6 maanden. In dit artikel wordt aandacht besteed aan voornoemde uitspraak en de verschillende standpunten in literatuur en rechtspraak.

## Feiten

Werknemer is sinds 1 september 2007 werkzaam als verpleegkundige. Er zijn al langere tijd klachten over het functioneren. Op 26 februari 2016 wordt werknemer op staande voet ontslagen. Werkgever stelt dat werknemer zich schuldig heeft gemaakt aan seksueel overschrijdend gedrag, fysiek geweld, verbale agressie en denigrerend pestgedrag. De werknemer gaat naar de Kantonrechter en verzoekt vernietiging van het ontslag op staande voet. De werkgever dient hierop een verweerschrift in, maar tevens een zelfstandig tegenverzoek strekkende tot (voorwaardelijke) ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter heeft de zaken vervolgens gesplitst en apart geoordeeld over het door de werkgever ingediende (voorwaardelijke) ontbindingsverzoek met gebruikmaking van de mogelijkheid ex artikel 7:686a lid 10 BW. Hierin staat dat de rechter een zaak in twee of meer zaken kan splitsen indien het verzoek en de in het verzoekschrift ingediende vorderingen (als bedoeld in het derde lid van dit artikel), zich naar het oordeel van de rechter niet lenen voor gezamenlijke behandeling. De kantonrechter stelt dan vervolgens vast dat in de andere procedure over het ontslag op staande voet op 26 april 2016 een bewijsopdracht is gegeven en concludeert dat in beide zaken niet tegelijkertijd een (eind)beschikking zal kunnen worden gegeven. De Kantonrechter vraagt zich af of de werkgever wel in zijn voorwaardelijk verzoek kan worden ontvangen, te weten voor zover de arbeidsovereenkomst in hoger beroep wordt hersteld, nu de arbeidsovereenkomst door het ontslag op staande voet is geëindigd en buitengerechtelijke vernietiging niet langer mogelijk is onder de WWZ. Vervolgens dient de vraag zich aan of het verzoek kan worden toegewezen, gelet op de hiervoor opgenomen geformuleerde voorwaarde 'voor zover de arbeidsovereenkomst in hoger beroep wordt hersteld'. De kantonrechter overweegt hierbij dat na afwijzing van een verzoek tot vernietiging in eerste aanleg het Hof het gegeven ontslag niet alsnog kan vernietigen. Het Hof kan ex artikel 7:683 lid 3 BW alleen de arbeidsovereenkomst herstellen of een billijke vergoeding toekennen. Als herstel wordt toegewezen zal dat zijn met ingang van een door het Hof te bepalen datum. Er ontstaat dan een nieuwe arbeidsovereenkomst. Het is dan de vraag of die nieuwe arbeidsovereenkomst op voorhand door middel van een voorwaardelijke ontbinding kan eindigen.

## Stromingen in literatuur en rechtspraak

Een groot aantal auteurs heeft aandacht besteed aan de vraag of, en in hoeverre een voorwaardelijke ontbinding mogelijk is. In de tussenbeschikking van de kantonrechter Enschede is een mooi overzicht van literatuur en jurisprudentie opgenomen. Twijfels zijn geuit over de vraag of er nog wel een gerechtvaardigd belang is voor een voorwaardelijke ontbinding. Daarbij wordt herhaald genoemd dat de voorwaardelijke ontbinding alleen de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst en niet de herstelde overeenkomst kan betreffen. Ook de rechtspraak laat een verdeeld beeld zien. Argumenten die de revue passeren zijn verschillend. Een werkgever kan belang hebben bij een voorwaardelijk verzoek omdat niet vaststaat of veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst er toe leidt dat de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst tussen partijen herleeft. Een argument tegen de mogelijkheid van een voorwaardelijke ontbinding is dat indien het verzoek van de werknemer tot vernietiging van het ontslag op staande voet wordt afgewezen en het ontslag op staande voet in eerste aanleg stand houdt, er een rechtsgeldig einde is gekomen aan de arbeidsovereenkomst. Er is dan geen arbeidsovereenkomst meer die kan worden ontbonden. Van

herleving van de oude arbeidsovereenkomst is geen sprake. In een andere zaak maakt de rechter onderscheid naar de geformuleerde voorwaarde. De kantonrechter oordeelt dat de werkgever geen belang heeft bij voorwaardelijke ontbinding onder de voorwaarde "voor zover de opzegging van de arbeidsovereenkomst in rechte wordt vernietigd" omdat bij dezelfde beschikking het verzoek van de werknemer tot vernietiging van die opzegging is afgewezen. Eventueel herstel van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep betekent dat partijen een nieuwe arbeidsovereenkomst aangaan. Dat betekent dat is komen vast te staan dat de huidige arbeidsovereenkomst als gevolg van de opzegging, het ontslag op staande voet, hoe dan ook is geëindigd. Een deel van de rechters oordeelt dat er, indien het gegeven ontslag op staande voet rechtsgeldig wordt geoordeeld, niets meer (voorwaardelijk) valt te ontbinden. Een andere overweging is dat het onder het oude recht gebruikte argument dat er zonder voorwaardelijke ontbinding langdurige onzekerheid bestond over de vraag of de arbeidsovereenkomst nu wel of niet is geëindigd onder de WWZ niet langer opgaat. Immers onder de WWZ is ook de beslissing op een ontbindingsverzoek appellabel.

#### Prejudiciële vragen

Juist gelet op de veelheid aan verschillen in opvatting heeft de Kantonrechter Enschede een groot aantal prejudiciële vragen gesteld. De belangrijkste vraag is of een werkgever in een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding kan worden ontvangen, waarbij onderscheid wordt gemaakt in verschillende situaties: (i) de situatie waarin werknemer nog geen verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet heeft ingediend of (ii) nog niet is beslist op een door werknemer ingediend verzoek tot vernietiging. Ook kan het antwoord op de vraag anders luiden als (iii) op een verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet en het voorwaardelijk ontbindingsverzoek op dezelfde dag wordt beslist waarbij het verzoek tot vernietiging wordt afgewezen of (iv) toegewezen. Vervolgens dient de vraag zich aan - in het geval de werkgever ontvankelijk is in het voorwaardelijk verzoek tot ontbinding - of de rechter de voorwaardelijk ontbinding in de hier-voor genoemde situaties kan uitspreken (mits er van een voldragen grond als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub c t/m h BW sprake is). Tenslotte vraagt de kantonrechter aan de Hoge Raad zich ook uit te spreken over de vraag of onderscheid gemaakt moet worden naar gelang de formulering van de voorwaarde, te weten: (i) de voorwaarde 'dat de arbeidsovereenkomst in hoger beroep wordt hersteld' of (ii) de voorwaarde 'indien en voor zover het verzoek van de werknemer tot vernietiging wordt afgewezen'. Tenslotte wordt aan de Hoge Raad voorgelegd of ook nog onderscheid dient te worden gemaakt naar de grondslag van het voorwaardelijk ontbindingsverzoek en of het bewijsrecht steeds ten volle van toepassing is. De zaak bij de kantonrechter Enschede is aangehouden in afwachting van de beslissing van de Hoge Raad op de prejudiciële vragen. Zoals in artikel 392 lid 2 Rv is opgenomen, mogen partijen zich eerst uitlaten over de voorgenomen vraagstelling. De beslissing van de Hoge Raad wordt dan binnen (maximaal) 6 maanden verwacht.

#### Ten slotte

De mogelijkheid tot een voorwaardelijke ontbinding is niet in de WWZ vastgelegd. Ook in het oude recht was dit niet het geval en vloeide dit uitsluitend voort uit het arrest Nijman/X<sup>2</sup>. In die zaak werd een voorwaardelijke ontbinding door de Hoge Raad met name toegestaan met argumenten als het verkrijgen van zekerheid en de mogelijkheid tot een spoedige beslissing. Het is de vraag of juist die argumenten onder WWZ nog wel opgaan. Daar kunnen vraagtekens bij worden gesteld. Daar komen dan nog de strengere ontslaggronden bij en het argument dat door verschillende kantonrechters is aangehaald dat ten tijde van de indiening er geen arbeidsovereenkomst bestaat gelet op het ontbreken van de mogelijkheid voor de werknemer om het ontslag op staande voet buitengerechtelijk te vernietigen. Er valt dan dus niets te ontbinden. Kortom, een antwoord op de prejudiciële vragen is voor de arbeidsrechtpraktijk welkom. Tot die tijd is het onzeker of een voorwaardelijk verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst kans van slagen heeft. Of een werkgever met dit argument dan maar niet tot indiening overgaat, lijkt een brug te ver.

- Noten :
1. Rechtbank Overijssel 26 april 2016  
(ECLI:NL:RBOVE:2016:1507)
  2. Hoge Raad 21 oktober 1983, NJ 1984, 296 (Nijman/X)

Auteur(s): mw. mr. W. Hafkamp-van der Zwaard, Houthoff Buruma, Amsterdam