Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

ARBAC | Academie voor Arbeidsrecht

DOI: 10.5553/ARBAC/221187802015000002001

Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht

Prof. mr. dr. W.H.A.C.M. Bouwens en ***mr. dr. D.M.A. Bij de Vaate***

Aanbevolen citeerwijze bij dit artikel
Prof. mr. dr. W.H.A.C.M. Bouwens en mr. dr. D.M.A. Bij de Vaate, 'Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht', *ARBAC* april 2015, DOI: 10.5553/ARBAC/221187802015000002001

1 Inleiding

Wanneer de werknemer, anders dan zijn werkgever, van mening is dat er tussen hen (nog steeds) een arbeidsovereenkomst bestaat, bijvoorbeeld omdat na een opzegging door de werkgever een beroep werd gedaan op een vernietigingsgrond, zal hij in veel gevallen bij de kantonrechter een vordering tot loondoorbetaling en feitelijke tewerkstelling instellen. Tegen de beslissing van de kantonrechter staan hoger beroep en cassatie open. Daardoor kan jarenlang onzekerheid bestaan over het (voort)bestaan van de arbeidsovereenkomst. In het huidige recht kan de werkgever zich indekken tegen deze onzekerheid – en het daarmee gepaard gaande risico van een met het verstrijken van de tijd oplopende loonvordering – door het doen van een voorwaardelijk[1] ontbindingsverzoek aan de kantonrechter of het vragen van toestemming 'voor zover rechtens vereist' aan het UWV.
Op 14 juni 2014 is de Wet werk en zekerheid (Wwz) in het *Staatsblad* verschenen.[2] Als uitvloeisel daarvan zal per 1 juli 2015 een nieuw ontslagrecht in werking treden.[3] In deze bijdrage staat de vraag centraal wat deze wetswijziging betekent voor de hiervoor genoemde voorwaardelijke ontslagprocedures. Zijn deze nog mogelijk na inwerkingtreding van de Wwz en zo ja, wat is het nut van het vragen van toestemming 'voor zover rechtens vereist' aan het UWV of het doen van een voorwaardelijk ontbindingsverzoek aan de kantonrechter onder het nieuwe ontslagrecht? Alvorens deze vragen te beantwoorden, staan wij eerst kort stil bij de huidige praktijk van de voorwaardelijke procedures.

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

2 Voorwaardelijke procedures in het huidige ontslagrecht

In het huidige ontslagstelsel kan de werkgever die het dienstverband met een werknemer zonder diens instemming wil beëindigen, kiezen tussen opzegging of een ontbinding door de kantonrechter. Kiest de werkgever voor de ontbindingsroute van art. 7:685 BW, dan bestaat snel duidelijkheid over het einde van de arbeidsovereenkomst en de vergoeding die daarvoor eventueel betaald moet worden. Het betreft een verzoekschriftprocedure, waarin het bewijsrecht niet integraal van toepassing wordt geacht. Tegen de ontbindingsbeschikking staat ingevolge het elfde lid van art. 7:685 BW bovendien geen hoger beroep en cassatie open.
Kiest de werkgever voor de opzeggingsroute, dan is de situatie complexer. Veelal is voor de opzegging op grond van art. 6 BBA toestemming nodig van het UWV. Heeft de werkgever opgezegd zonder ontslagvergunning of is een bijzonder opzegverbod van toepassing, dan kan de werknemer de opzegging in of buiten rechte vernietigen[4] en vervolgens loon en feitelijke tewerkstelling vorderen bij de kantonrechter. Het betreft een dagvaardingsprocedure, waarin de regels van bewijsrecht onverkort van toepassing zijn. Tegen de uitspraak van de rechter staan in dit geval wel hoger beroep en cassatie open. Bij een beroep van de werknemer op een vernietigingsgrond kan derhalve jarenlang onzekerheid bestaan over het einde van de arbeidsovereenkomst.
Deze onzekerheid en het daarmee gepaard gaande risico voor de werkgever op een hoogoplopende loonvordering van de werknemer wordt in de huidige praktijk in belangrijke mate ingeperkt door de mogelijkheid tot het voeren van een ontslagprocedure ‘voor zover (rechtens) vereist’. De kantonrechter respectievelijk het UWV wordt dan verzocht de ontbinding uit te spreken, onderscheidenlijk toestemming te verlenen voor opzegging voor het geval dat tussen partijen (nog steeds) een arbeidsovereenkomst bestaat. Blijkt in de loonvorderingsprocedure geen arbeidsovereenkomst (meer) te bestaan, dan heeft de voorwaardelijke ontbinding of ontslagvergunning geen werking. Wordt de werknemer in de loonvorderingsprocedure in het gelijk gesteld, dan is de periode waarover de werkgever loon verschuldigd is, in ieder geval beperkt tot het moment van de voorwaardelijk uitgesproken ontbinding, respectievelijk de dag waartegen voor zover vereist is opgezegd.[5]

De voorwaardelijke procedures worden onder het huidige recht voornamelijk gebruikt in de situatie waarin de werkgever de werknemer op staande voet ontslaat en deze zich vervolgens op het ontbreken van een ontslagvergunning beroept (art. 9 BBA). Het debat tussen partijen zal zich in de loonvorderingsprocedure concentreren op de vraag of voldaan is aan de wettelijke vereisten voor een ontslag op staande voet, en daarmee aan een van de uitzonderingen op het

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

toestemmingsvereiste (art. 6 lid 2 BBA). Een vergelijkbare situatie doet zich voor bij een opzegging door de werkgever tijdens een proeftijd waarvan de geldigheid door de werknemer wordt betwist. De voorwaardelijke ontslagprocedure biedt echter niet alleen uitkomst in gevallen waarin de werknemer zich op de vernietigbaarheid van de opzegging door de werkgever beroept. Zij kan bijvoorbeeld ook als veiligheidsklep worden gebruikt indien partijen twisten over de vraag of tussen hen überhaupt een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen, of wanneer de werkgever zich in de loonvorderingsprocedure op het standpunt stelt dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege of met wederzijds goedvinden is geëindigd.[6]

In de kort na de totstandkoming van het BBA in 1945 verschenen richtlijnen van de Directeur-Generaal van het Rijksarbeidsbureau aan de Gewestelijke Arbeidsbureaus (GAB) werd de verlening van een vergunning 'voor zover de arbeidsverhouding rechtens nog bestaat' reeds aanbevolen in die gevallen waarin de wederpartij betwistte dat een dringende reden aanwezig was voor een onverwijlde opzegging van de arbeidsovereenkomst en de directeur GAB de toestemming stellig zou hebben verleend wanneer geen ontslag op staande voet had plaatsgevonden.[7] Ook in de huidige Beleidsregels Ontslagtaak van het UWV wordt de ontslagprocedure voor zover rechtens vereist uitdrukkelijk genoemd. Zij kan volgens de beleidsregels uitkomst bieden wanneer de werkgever twijfelt of sprake is van een rechtsgeldig einde van rechtswege, een geldige ontbindende voorwaarde, een rechtsgeldig gegeven ontslag op staande voet of in de proeftijd, en hij het zekere voor het onzekere wil nemen. Het UWV buigt zich in deze gevallen niet over de vraag of de arbeidsverhouding rechtsgeldig is geëindigd, maar beoordeelt slechts aan de hand van de criteria in het Ontslagbesluit of de door de werkgever aangevoerde redenen van dien aard zijn dat de ontslagvergunning (voorwaardelijk) verleend moet worden.[8]

In de praktijk wordt veelal de voorkeur gegeven aan de voorwaardelijke ontbinding boven de ontslagvergunning voor zover vereist. De opkomst van de voorwaardelijke ontbinding hangt samen met een tweetal richtlijnen van de Directeur-Generaal voor de Arbeidsvoorziening uit 1977,[9] die de strekking hadden dat geen ontslagvergunning voor zover vereist meer mocht worden afgegeven indien de feiten die aanleiding waren voor het ontslag op staande voet 'juridische' bewijsvoering behoefden. De rechtspraktijk zocht en vond een uitweg in een voorwaardelijk geformuleerd ontbindingsverzoek ex art. 1639w (oud) BW.

In de literatuur en de lagere jurisprudentie was de voorwaardelijke ontbinding aanvankelijk bepaald niet onomstreden.[10] De Hoge Raad heeft de mogelijkheid van een ontbinding voor zover rechtens vereist in 1983 uitdrukkelijk aanvaard in de zaak Nijman/X. Het standpunt van de rechtbank in deze procedure luidde dat geen plaats is voor een verzoek door de werkgever tot voorwaardelijke ontbinding van de

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

arbeidsovereenkomst, wanneer dit verzoek is gegrond op dezelfde feiten als een voordien door de werkgever aan de werknemer verleend ontslag op staande voet, althans dat voor zodanige ontbinding geen plaats is als het niet alleen in de ontbindingsprocedure maar ook in de inmiddels — door de werknemer — aangespannen loonvorderingsprocedure om de vraag gaat of de werknemer zich nu wel of niet aan de desbetreffende feiten heeft schuldig gemaakt. De Hoge Raad overwoog als volgt:

> 'Het onderhavige geval wordt daardoor gekenmerkt dat het effect van het door de werkgever aan de werknemer gegeven ontslag op staande voet, onzeker is, nu de werknemer binnen de in art. 9 lid 2 BBA 1945 genoemde termijn de nietigheid van het ontslag, als opleverende een handeling in strijd met art. 6 lid 1 heeft ingeroepen. Het kan geruime tijd duren voordat op dit punt bij een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke uitspraak zekerheid is verkregen. Derhalve mag ervan worden uitgegaan dat de werkgever er in het algemeen een gerechtvaardigd belang bij heeft om in zodanig geval voorwaardelijk ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de voet van art. 1639w [thans art. 7:685 BW] te vragen, namelijk voor het geval de arbeidsovereenkomst blijkt niet te zijn geëindigd door het aan de werknemer op staande voet gegeven ontslag. Geen rechtsregel verzet zich tegen een dergelijke gang van zaken en aan de toewijsbaarheid van een zodanig verzoek tot ontbinding staan in het bijzonder niet in de weg omstandigheden als de Rb. blijkens het hierboven (…) overwogene op het oog had.'[11]

Dat de rechtspraktijk, ook nadat in 1985 de eerder genoemde richtlijnen aan de directeuren van GAB's werden ingetrokken,[12] de voorkeur is blijven geven aan het voorwaardelijk ontbindingsverzoek boven de ontslagvergunningsprocedure voor zover vereist, hangt waarschijnlijk samen met de omstandigheid dat de werknemer na een opzegging voor zover vereist wederom tot in drie instanties kan procederen, nu over de kennelijke onredelijkheid van die opzegging;[13] tegen de voorwaardelijk uitgesproken ontbinding staat – zoals vermeld – in beginsel geen hoger beroep en cassatie open. Daarmee wordt de periode waarover de werkgever wellicht alsnog loon verschuldigd is definitief gefixeerd.[14] Daarnaast biedt de toestemming voor zover vereist geen soelaas indien een bijzonder opzegverbod van toepassing is; dergelijke verboden hoeven echter niet in de weg te staan aan een voorwaardelijke ontbinding.

3 De nieuwe ontslagprocedure in hoofdlijnen

In tegenstelling tot eerdere wetsvoorstellen tot wijziging van het ontslagrecht wordt in de Wwz uitgegaan van het behoud van de preventieve ontslagtoetsing. De preventieve toetsing zal net als nu

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

worden uitgevoerd door het UWV of de kantonrechter.[15] Belangrijk verschil met het huidige ontslagrecht is echter dat de werkgever krachtens de Wwz niet meer de vrije keus heeft tussen ofwel de UWV-route, ofwel de ontbindingsroute. Na 1 juli 2015 zal een ontslag wegens bedrijfseconomische redenen of langdurige arbeidsongeschiktheid van de werknemer in eerste instantie getoetst worden door het UWV (art. 7:671a jo. art. 7:669 lid 3 sub a en b (nieuw) BW).[16] Ontslag wegens vermeend disfunctioneren, verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, andere in de persoon van de werknemer gelegen redenen of vanwege een verstoorde arbeidsverhouding, zal in eerste aanleg worden beoordeeld in een ontbindingsprocedure door de kantonrechter (art. 7:671b jo. art. 7:669 lid 3 sub c t/m h (nieuw) BW).[17]

Na een opzegging zonder de vereiste instemming van de werknemer en – als het om bedrijfseconomische redenen of langdurige arbeidsongeschiktheid gaat – zonder de vervangende toestemming van het UWV, kan de werknemer zich tot de kantonrechter wenden met het verzoek de opzegging te vernietigen of een billijke vergoeding toe te kennen (art. 7:681 lid 1 (nieuw) BW). De werknemer kan de opzegging niet meer, zoals nu het geval is, buitengerechtelijk vernietigen.[18] Heeft het UWV een ontslagvergunning verleend, maar meent de werknemer dat de opzegging niet voldoet aan de voorwaarden genoemd in art. 7:669 lid 3 aanhef en sub a of b (nieuw) BW, dan kan hij de kantonrechter verzoeken de werkgever te verplichten de arbeidsovereenkomst te herstellen.[19] In deze procedure toetst de rechter aan dezelfde criteria als die het UWV hanteert.[20] Wordt geoordeeld dat niet aan deze criteria is voldaan, dan veroordeelt de kantonrechter de werkgever tot herstel van de arbeidsovereenkomst op een nader te bepalen tijdstip en treft hij voorzieningen omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst (art. 7:682 lid 6 (nieuw) BW). Dat herstel kan plaatsvinden met terugwerkende kracht, bijvoorbeeld met ingang van het moment waarop de arbeidsovereenkomst eindigde door de opzegging.[21] In plaats van herstel kan de kantonrechter in deze procedure een billijke vergoeding toekennen, maar slechts op verzoek van de werknemer en alleen indien sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever (art. 7:682 lid 1 sub b en c (nieuw) BW).[22] Anders dan nu is het voor de werkgever niet meer mogelijk om een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst af te kopen.

In alle ontslagprocedures staat tegen de uitspraak van de kantonrechter hoger beroep en cassatie open (art. 7:683 (nieuw) BW).[23] Dit betekent dat niet alleen tegen de uitspraak van de kantonrechter in het kader van de voornoemde vernietigings- of herstelprocedure appel mogelijk wordt, maar ook tegen een ontbindingsbeschikking. Komt de rechter in hoger beroep tot het oordeel dat het verzoek van de werkgever tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ten onrechte is toegewezen of dat het verzoek

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

van de werknemer tot vernietiging van de opzegging of tot herstel van de arbeidsovereenkomst ten onrechte is afgewezen, dan kan de werkgever alsnog veroordeeld worden tot herstel van de arbeidsovereenkomst. De hogerberoepsrechter heeft echter steeds de mogelijkheid – dus ook zonder dat de werknemer daarom verzoekt en ook wanneer de werkgever geen ernstig verwijt treft – de werkgever, in plaats van tot herstel, te veroordelen tot betaling van een billijke vergoeding aan de werknemer (art. 7:683 lid 3 (nieuw) BW).[24]
Ten slotte wijzigt de Wwz de manier waarop ontslagprocedures worden ingeleid. Nu worden – met uitzondering van de ontbindingsprocedure van art. 7:685 BW – alle ontslagprocedures ingeleid met een dagvaarding. Het tweede lid van het nieuwe art. 7:686a BW zal gaan bepalen dat alle gedingen die op het in, bij of krachtens de negende afdeling (einde van de arbeidsovereenkomst) bepaalde zijn gebaseerd, worden ingeleid met een verzoekschrift.[25] In gedingen die op het in, bij of krachtens deze afdeling bepaalde zijn gebaseerd, kunnen daarmee verband houdende, andere vorderingen onder het nieuwe recht eveneens worden ingediend met een verzoekschrift. Lenen het verzoek en de daarmee samenhangende vorderingen zich naar het oordeel van de rechter niet voor gezamenlijke behandeling, dan kan deze de zaak in twee of meer zaken splitsen.[26]

4 Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht

4.1 Vernietiging van de opzegging

Is het onder het nieuwe recht nog mogelijk om een voorwaardelijke procedure te voeren en zo ja, is dit een voor de praktijk aantrekkelijk scenario? Toestemming ‘voor zover vereist’ en voorwaardelijke ontbinding worden in het huidige recht gevraagd wanneer onzekerheid bestaat over het (voort)bestaan van een arbeidsovereenkomst. Die onzekerheid zal veelal zijn oorsprong vinden in een opzegging van de werkgever die door de werknemer wordt vernietigd, maar kan – zo constateerden wij reeds – ook een andere reden hebben. Voor zover het verzoeken betreft die niet gebaseerd zijn op een omstreden opzegging, maar bijvoorbeeld op het bestaan van een door de wederpartij betwiste overgang van onderneming, is er geen reden over de mogelijkheid van voorwaardelijke procedures anders te oordelen dan onder het huidige recht. Dat straks in drie instanties geprocedeerd kan worden tegen een voorwaardelijke beëindiging – en het belang van snelle zekerheid aldus aan gewicht inboet – vormt op zichzelf geen reden om een dergelijke beëindiging niet langer geoorloofd te achten. Onder het huidige recht is het immers ook mogelijk om in drie instanties te procederen tegen een opzegging (na een toestemming) voor zover rechtens vereist.

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Vernietiging van een opzegging zal onder het nieuwe recht – net als nu – voornamelijk aan de orde zijn bij een ontslag op staande voet. Indien de onverwijlde opzegging niet voldeed aan de wettelijke vereisten (art. 7:677 lid 1 BW), was in de meeste gevallen voor de beëindiging van de overeenkomst schriftelijke instemming van de werknemer nodig (zie art. 7:671 lid 1 (nieuw) BW). Het ontbreken van die instemming maakt de opzegging vernietigbaar (art. 7:681 (nieuw) BW). De rechterlijke vernietiging betekent dat de arbeidsovereenkomst, en daarmee de loonbetalingsverplichting, herleeft met terugwerkende kracht tot het moment waartegen de arbeidsovereenkomst is opgezegd.[27] Het belang van de werkgever om snel zekerheid te verkrijgen over de geldigheid van het ontslag wordt in het nieuwe ontslagrecht in zoverre gediend dat de werknemer slechts twee maanden de tijd heeft om vernietiging van de opzegging te verzoeken (art. 7:686a lid 4 (nieuw) BW) en dat de behandeling door de kantonrechter in de vierde week na indiening van het verzoek dient aan te vangen (art. 7:686a lid 5 (nieuw) BW).[28] De einduitspraak in eerste aanleg kan echter een behoorlijke tijd op zich laten wachten, zeker als nadere bewijsvoering nodig is.[29] Gedurende die tijd loopt de potentiële loonvordering op. De werkgever zal er derhalve, net als onder het huidige recht, belang bij hebben de eventueel nog bestaande arbeidsovereenkomst voor zover nodig rechtsgeldig te beëindigen zonder daarvoor zijn primaire standpunt – dat geen arbeidsovereenkomst meer bestaat – op te hoeven geven.[30] Verschil met het huidige recht is dat de werknemer de vernietiging van de opzegging niet meer buiten rechte kan inroepen (art. 7:681 (nieuw) BW).[31] De rechterlijke uitspraak wordt constitutief. Staat dit in de weg aan een voorwaardelijke ontslagprocedure? Voor een bevestigende beantwoording van deze vraag kan worden aangevoerd dat de (eerste) opzegging op het moment van de opzegging voor zover vereist of de voorwaardelijke ontbinding nog niet is vernietigd. De arbeidsovereenkomst is rechtsgeldig tot een einde gekomen. Geredeneerd zou kunnen worden dat een overeenkomst die niet (meer) bestaat, ook niet ontbonden kan worden, en dat dus een niet-ontvankelijkverklaring op zijn plaats is. Daar staat echter tegenover dat de vernietiging door de rechter – net als onder het huidige recht – terugwerkende kracht heeft. Na vernietiging van de (eerste) opzegging wordt de arbeidsovereenkomst geacht nooit beëindigd te zijn geweest. Bovendien wijkt deze situatie naar onze mening niet wezenlijk af van die onder het huidige recht waarin de werknemer nog geen beroep heeft gedaan op een vernietigingsgrond, maar de termijn van art. 9 BBA nog niet is verstreken. De opzegging heeft in dat geval vooralsnog het beoogde rechtsgevolg, maar een terecht beroep op de vernietigingsgrond zal de rechtsgeldigheid van de opzegging alsnog met terugwerkende kracht aantasten. Onder het huidige recht wordt veelal aangenomen dat een voorwaardelijke ontbinding in deze gevallen mogelijk is.[32] Wij zouden ook daarom willen aannemen dat het gegeven dat de vernietiging onder het nieuwe recht niet meer buiten rechte kan worden ingeroepen niet in de weg staat aan een

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

voorwaardelijke procedure.[33]
Het constitutieve karakter van de rechterlijke uitspraak in de vernietigingsprocedure heeft ons inziens wel gevolgen voor de opeisbaarheid van een in de voorwaardelijke procedure toegekende (billijke) vergoeding en de verschuldigdheid van wettelijke rente over die vergoeding. Volgens de Hoge Raad kan de clausule 'voor zover rechtens vereist' onder het huidige recht in redelijkheid niet anders betekenen dan dat de met dit voorbehoud uitgesproken ontbinding van de arbeidsovereenkomst afhankelijk wordt gesteld van de nietigheid van het ontslag, en niet van (het in kracht van gewijsde gaan van) een rechterlijke uitspraak omtrent die nietigheid.[34] Dit betekent dat de vergoeding thans opeisbaar is, en daarover wettelijke rente moet worden betaald, vanaf de datum waarop ingevolge de rechterlijke uitspraak de arbeidsovereenkomst is ontbonden, althans wanneer de werknemer terecht een beroep op de vernietigingsgrond heeft gedaan.[35] Onder het nieuwe recht wordt pas aan het voorbehoud voldaan wanneer de rechter in de vernietigingsprocedure de opzegging heeft vernietigd. Dit brengt naar onze mening mee dat een in de voorwaardelijke procedure toegekende vergoeding ook pas vanaf die rechterlijke vernietiging opeisbaar wordt.

Anders dan onder het huidige recht kan de werkgever straks vanwege de koppeling tussen ontslaggrond en -route niet meer vrijelijk kiezen tussen een voorwaardelijk ontbindingsverzoek en een aanvraag voor een ontslagvergunning voor zover rechtens vereist.[36] In het geval van een ontslag op staande voet waarbij de werkgever twijfelt of aan de wettelijke vereisten is voldaan, zullen met name de redelijke gronden genoemd in art. 7:669 lid 3 sub e (verwijtbaar handelen van de werknemer) en sub g (verstoorde arbeidsverhouding) (nieuw) BW de grondslag kunnen vormen voor een voorwaardelijk ontbindingsverzoek.[37] De e-grond zal met name uitkomst kunnen bieden voor situaties waarin het laakbare gedrag van de werknemer op zichzelf vaststaat, maar de werkgever twijfelt over de geoorloofdheid van het ontslag op staande voet, bijvoorbeeld vanwege de lange duur van de dienstbetrekking, het onberispelijke arbeidsverleden van de werknemer of zijn slechte arbeidsmarktpositie, dan wel vanwege mogelijke schending van de onverwijldheidseis. Ook de g-grond kan onder omstandigheden soelaas bieden, omdat de verweten gedragingen een verstoring van de arbeidsverhouding tot gevolg kunnen hebben, zodanig dat van de werkgever redelijkerwijs niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Een dergelijke verstoring kan zelfs aan de orde zijn, wanneer (nog) niet vaststaat of de werknemer de verweten gedraging daadwerkelijk begaan heeft.[38]
De weg van opzegging met toestemming van het UWV is in het nieuwe stelsel slechts weggelegd voor een ontslag wegens bedrijfseconomische redenen of langdurige arbeidsongeschiktheid van de werknemer (art. 7:671a lid 1 jo. art. 7:669 lid 3 sub a en b (nieuw) BW). In geval van een

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

door de werkgever gegeven ontslag op staande voet zullen deze gronden vermoedelijk niet van toepassing zijn, zodat ook niet op grond daarvan toestemming 'voor zover vereist' verleend kan worden door het UWV.[39] Dit kan anders liggen indien de werkgever zich beroept op een van de andere gevallen genoemd in art. 7:671 lid 1 (nieuw) BW, waarin de arbeidsovereenkomst zonder instemming van de werknemer kan worden opgezegd (sub b en d t/m h). Denk bijvoorbeeld aan een opzegging gedurende de proeftijd of een opzegging van een werknemer die een geestelijk ambt uitoefent. Betwist de werknemer dat zich een uitzondering voordoet – bijvoorbeeld omdat het proeftijdbeding niet aan de geldigheidsvereisten voldoet of omdat de godsdienstige aspecten een ondergeschikt element vormen van de werkzaamheden – en is de reden voor de opzegging bedrijfseconomisch van aard of gelegen in langdurige arbeidsongeschiktheid van de werknemer, dan kan de werkgever op een van die gronden toestemming 'voor zover rechtens vereist' vragen aan het UWV gevolgd door een tweede opzegging 'voor zover vereist'.[40]

Onder het nieuwe recht is het mogelijk dat de rechter het verzoek tot vernietiging van de opzegging en het voorwaardelijk geformuleerde ontbindingsverzoek gelijktijdig afdoet in één procedure. De kantonrechter kan besluiten de verzoeken te voegen (art. 285 Rv).[41] De werkgever kan het voorwaardelijk geformuleerde verzoek tot ontbinding ook als zelfstandig tegenverzoek indienen bij verweerschrift in de door de werknemer geïnitieerde vernietigingsprocedure (art. 282 lid 4 Rv). Worden beide verzoeken gelijktijdig afgedaan en krijgt de werknemer gelijk – de opzegging wordt vernietigd – dan kan de rechter het ontbindingsverzoek door de werkgever onvoorwaardelijk afdoen. Het voordeel voor de werkgever is in deze gevallen slechts gelegen in de tijdwinst ten opzichte van de situatie waarin hij eerst na de vernietiging van de opzegging de ontbindingsrechter benadert. Wijst de rechter het verzoek tot vernietiging af, dan hangt het af van de formulering van de voorwaarde in het ontbindingsverzoek en de vraag of een voorwaardelijk ontbindingsverzoek ook kan zien op de situatie dat onzekerheid bestaat over het einde van de arbeidsrelatie doordat later tot herstel van de arbeidsovereenkomst veroordeeld kan worden. Wordt uitsluitend ontbinding gevraagd voor zover de opzegging vernietigd wordt, dan heeft de werkgever in dat geval geen belang (meer) bij de ontbinding en dient hij in dat verzoek niet-ontvankelijk te worden verklaard. In hoger beroep kan de opzegging namelijk niet meer vernietigd worden (art. 7:683 lid 3 (nieuw) BW). Wordt ontbinding gevraagd voor zover de opzegging vernietigd of de arbeidsovereenkomst hersteld wordt, dan zou de werkgever nog wel belang kunnen hebben bij toewijzing van het voorwaardelijke ontbindingsverzoek, namelijk voor het geval in hoger beroep of na verwijzing in cassatie geoordeeld wordt dat de vernietiging van de

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

opzegging in eerste aanleg ten onrechte is afgewezen en de hogerberoepsrechter de werkgever verplicht tot herstel van de arbeidsovereenkomst. Het is echter de vraag of een voorwaardelijk ontbindingsverzoek ook voor die gevallen kan worden toegewezen (zie hierna).
Het is ook mogelijk dat de rechter het voorwaardelijk ontbindingsverzoek eerder afdoet dan het vernietigingsverzoek van de werknemer. Deze situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer de werknemer de hem verweten gedragingen in de vernietigingsprocedure betwist en de rechter in dat kader nadere bewijsvoering nodig acht, terwijl de in het voorwaardelijke ontbindingsverzoek aangevoerde grond – bijvoorbeeld disfunctioneren of een verstoorde arbeidsverhouding – betrekkelijk eenvoudig kan worden vastgesteld. Krijgt de werknemer alsnog gelijk in de vernietigingsprocedure, dan is het loondoorbetalingsrisico als gevolg van de voorwaardelijk uitgesproken ontbinding in beginsel beperkt tot de dag waartegen de ontbinding voor zover vereist is uitgesproken.

Bedacht dient te worden dat onder het nieuwe recht ook tegen de voorwaardelijke ontbinding hoger beroep en cassatie aangetekend kan worden. De snelle zekerheid die de procedure onder het huidige recht biedt met betrekking tot het einde van de arbeidsovereenkomst ingeval de werknemer na de opzegging een beroep doet op een vernietigingsgrond, is in de toekomst derhalve niet meer gegarandeerd.[42] Het is echter bepaald niet uitgesloten dat de opzegging door de kantonrechter wordt vernietigd – bijvoorbeeld omdat het ontslag op staande voet niet aan de wettelijke vereisten voldoet – maar wel een redelijke grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst aanwezig wordt geacht, bijvoorbeeld omdat de arbeidsverhouding (inmiddels) zodanig is verstoord of dat de werknemer zodanig verwijtbaar heeft gehandeld, dat het van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, en dit oordeel ook in hoger beroep en na cassatie standhoudt. De werknemer heeft in dat geval slechts een loonvordering tot de dag waarop de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk is ontbonden.[43]

Ten slotte wijzen wij erop dat in de hier bedoelde gevallen het instellen van een voorwaardelijke ontbindingsprocedure, net als onder het huidige recht, invloed kan hebben op de mogelijkheden van de rechter om partijen tot een schikking van het geschil te bewegen. Door ter zitting zijn twijfels te uiten over de houdbaarheid van het ontslag op staande voet, maar de werknemer ook de mogelijke toewijzing van het voorwaardelijk ingediende ontbindingsverzoek voor te houden, zullen beide partijen wellicht bereid zijn ‘op de gang’ alsnog tot een vergelijk te komen.

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

4.2 Herstel van de arbeidsovereenkomst

Door de dwingende koppeling in het nieuwe ontslagrecht tussen ontslaggrond en -route kunnen zich onder het nieuwe recht afbakeningsproblemen voordoen tussen de UWV-procedure en de ontbindingsprocedure. In zijn advies heeft de Raad van State erop gewezen dat zich ten aanzien van een bepaalde werknemer een combinatie van ontslaggronden kan voordoen die elk in een andere procedure getoetst moeten worden. Daarbij werd bij wijze van voorbeeld gewezen op de werknemer die langdurig ziek is (art. 7:669 lid 3 sub b BW) van wie tijdens de ziekteperiode ook de arbeidsverhouding verstoord raakt (sub g). Verder acht de raad het niet ondenkbaar dat een werknemer een op bedrijfseconomische redenen (sub a) gegrond ontslag betwist met de stelling dat vermeend disfunctioneren (sub d) daarvoor de werkelijke reden is.
In haar reactie op het advies stelt de regering dat het nieuwe systeem tot heldere keuzes en zuivere afwegingen noopt. Indien in het hiervoor gegeven voorbeeld de werkgever – in strijd met de werkelijkheid – bedrijfseconomische redenen als grond voor ontslag opgeeft, komt het logischerwijs voor zijn rekening als hij – nadat UWV geen toestemming heeft verleend – vervolgens alsnog bij de rechter ontbinding op grond van disfunctioneren zal moeten bewerkstelligen als daar reden voor is. De regering erkent dat de nieuwe regeling de mogelijkheid van de gelijktijdige indiening van een ontbindingsverzoek onverlet laat, maar acht dit, gezien de nieuwe structuur, geen logische keuze. Het ligt volgens de regering veel meer voor de hand dat een werkgever beoordeelt welke grond de meeste kans van slagen heeft.[44] Probleem is dat dit vaak op voorhand lastig te bepalen is. De regering claimt met de keuze voor een gesloten stelsel van ontslaggronden en verplichte ontslagroute een helder systeem te hebben gecreëerd dat partijen houvast geeft.[45] Neemt men echter de ontslaggronden onder de loep, dan blijken deze veelal ruim en vaag geformuleerd te zijn en nadere interpretatie te behoeven.[46] De werkgever zal in deze gevallen niet het risico willen lopen een beoordelingsfout te maken om er na het doorlopen van de ene ontslagroute achter te komen dat het ontslag toch niet op de grond waarvan hij dacht dat die het meeste kans maakte, realiseerbaar is, om vervolgens alsnog de andere ontslagroute te moeten starten. Hij kan dit voorkomen door voor beide ankers te gaan liggen.[47] Kan het ontbindingsverzoek voorwaardelijk worden toegewezen indien het UWV reeds toestemming heeft verleend en de arbeidsovereenkomst op de a- of b-grond is opgezegd door de werkgever, maar de werknemer vervolgens op grond van art. 7:682 (nieuw) BW in rechte betwist dat aan de voorwaarden voor een ontslag op bedrijfseconomische gronden of wegens langdurige arbeidsongeschiktheid is voldaan? Kan de werkgever het loonbetalingsrisico dat in die gevallen aan een herstelveroordeling kleeft, beperken door een voorwaardelijke ontbinding?

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Tegen de mogelijkheid van een voorwaardelijk ontbindingsverzoek in de hier bedoelde gevallen pleit dat, ten tijde van de behandeling van het verzoek, de arbeidsovereenkomst door de opzegging rechtsgeldig is beëindigd en dat daarin geen verandering komt als de kantonrechter de werknemer in de herstelprocedure in het gelijk stelt. De werkgever zal in dat geval veroordeeld worden de arbeidsovereenkomst met de werknemer (al dan niet met terugwerkende kracht) te herstellen. Daartoe moet door partijen een nieuwe overeenkomst worden gesloten.[48] In feite bestaat er in het kader van de 682-procedure dus geen onzekerheid over het einde van de arbeidsovereenkomst, maar uitsluitend over het al dan niet herleven van een arbeidsverhouding tussen de werkgever en werknemer.
Daar staat tegenover dat een herstel met terugwerkende kracht de facto hetzelfde effect heeft als een vernietiging van de opzegging. De verplichting loon door te betalen herleeft daardoor eveneens met terugwerkende kracht. Daarnaast kan erop worden gewezen dat wanneer de rechter in eerste aanleg in de 7:682-procedure constateert dat de werkgever ondanks de toestemming van het UWV op gebrekkige gronden heeft opgezegd, hij geen andere keus heeft dan het verzoek van de werknemer tot herstel van de arbeidsovereenkomst te honoreren, ook wanneer zich (inmiddels) andere gronden voordoen die een ontslag rechtvaardigen. Omdat een ontbinding op die andere gronden niet met terugwerkende kracht kan worden uitgesproken, heeft de werkgever er belang bij deze reeds te verkrijgen voordat over de verplichting tot herstel onherroepelijk is geoordeeld. Wij zien niet in waarom de werkgever in de hier bedoelde gevallen eerst een nieuwe arbeidsovereenkomst zou moeten aanbieden om na totstandkoming van de nieuwe arbeidsovereenkomst alsnog een ontbindingsverzoek op andere gronden in te kunnen dienen. Gelet op het vorenstaande zouden wij willen aannemen dat een ontbindingsverzoek voorwaardelijk kan worden toegewezen wanneer een herstelprocedure als bedoeld in art. 7:682 BW aanhangig is. Een en ander geldt *mutatis mutandis* voor de opzegging voor zover vereist wanneer de andere gronden bedrijfseconomisch van aard zijn of zien op de langdurige arbeidsongeschiktheid van de werknemer.

Hoe zit het bij herstel in het hoger beroep op grond van art. 7:683 lid 3 (nieuw) BW nadat het verzoek tot vernietiging van de opzegging of het verzoek tot herstel van de arbeidsovereenkomst in eerste aanleg is afgewezen? Kan de werkgever ook het loonbetalingsrisico dat aan een dergelijke herstelveroordeling kleeft, beperken door een voorwaardelijke ontbinding? Vóór die mogelijkheid pleit een van de argumenten die ook hiervoor bij de herstelprocedure van art. 7:682 BW werd aangevoerd, namelijk dat een herstelveroordeling met terugwerkende kracht de facto dezelfde gevolgen heeft als een vernietiging van de opzegging.[49] Daar staat echter tegenover dat de appelrechter de veroordeling tot herstel wel steeds kan vervangen door de verplichting een billijke vergoeding te betalen. Had de

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

werkgever de arbeidsovereenkomst, bij het achterwege laten van de gebrekkige opzegging, in de tussentijd op andere gronden rechtsgeldig kunnen (laten) beëindigen, dan ligt herstel in hoger beroep of na cassatie niet in de rede. De hogerberoepsrechter kan in dat geval (ambtshalve) besluiten de werknemer een billijke vergoeding toe te kennen.[50] Uit de parlementaire stukken blijkt dat in de hoogte van deze billijke vergoeding tot uitdrukking moet komen dat, de omstandigheden van het geval in ogenschouw nemend, de vergoeding een alternatief is voor het herstel van de arbeidsrelatie.[51] Wij zouden willen aannemen dat daartoe ook behoort de omstandigheid dat de arbeidsovereenkomst bij het achterwege laten van de gebrekkige beëindiging later op andere gronden rechtsgeldig had kunnen worden beëindigd. De vergoeding zal daardoor dus lager kunnen uitvallen. Omdat aldus al tegemoet kan worden gekomen aan de belangen van de werkgever, achten wij het, mede in verband met het belang het ontslagrecht niet onnodig te compliceren, goed verdedigbaar om een voorwaardelijke ontbinding met het oog op een mogelijke herstelveroordeling in hoger beroep níét als mogelijkheid te aanvaarden.

4.3 Termijn

Ontbinding dient op grond van art. 7:671b lid 8 (nieuw) BW in beginsel te worden uitgesproken ingaande het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst bij opzegging zou zijn geëindigd, waarbij – indien de ontbinding niet het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever – de duur van de periode gelegen tussen de ontvangst van het verzoek om ontbinding en de dagtekening van de ontbindingsbeschikking in mindering wordt gebracht, met dien verstande dat een termijn van ten minste één maand resteert. Deze termijnbepaling is dwingend, behalve in het geval de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Zij geldt in beginsel ook voor een voorwaardelijk uitgesproken ontbinding. Wanneer de voorwaardelijke ontbinding wordt toegewezen, terwijl (later) de vernietiging van de opzegging wordt uitgesproken, levert dit geen problemen op. De ontbindingsrechter kan voor de berekening van de termijn uitgaan van de dag van zijn beschikking, omdat een (later) uitgesproken vernietiging per definitie ex tunc werkt. Is sprake van een voorwaardelijke ontbinding, terwijl de arbeidsovereenkomst later hersteld kan worden door het aanhangig zijn van de 7:682-procedure, dan levert het voorschrift wel problemen op. Niet uitgesloten is immers dat de werkgever veroordeeld wordt de arbeidsovereenkomst te herstellen met ingang van een dag gelegen na de dag waarop de voorwaardelijke ontbinding wordt uitgesproken. De rechter kan daarmee rekening houden door in deze gevallen de termijn in te laten gaan op de datum van zijn beschikking of zoveel later als blijkt dat herstel plaatsvindt.

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

5 Conclusie

In dit artikel stond de vraag centraal wat de invoering van het nieuwe ontslagrecht betekent voor de voorwaardelijke ontslagprocedures. Conclusie is dat het voeren van een voorwaardelijke procedure mogelijk blijft en zinvol kan zijn, in het bijzonder na een betwist ontslag op staande voet. Grootste verschil is dat straks de werkgever niet meer steeds voor de voorwaardelijke ontbinding kan kiezen, maar een ontslagvergunning voor zover rechtens vereist moet aanvragen wanneer de grond bedrijfseconomisch is of gelegen is in langdurige arbeidsongeschiktheid van de werknemer.
Dat voor de vernietiging van de opzegging de rechterlijke uitspraak constitutief wordt, staat niet in de weg aan voorwaardelijke procedures. Gelet op de terugwerkende kracht van de rechterlijke vernietiging, en het ontbreken daarvan bij de ontbinding of een opzegging, houdt de werkgever belang bij een voorwaardelijke ontbinding of toestemming voor zover vereist op zo kort mogelijke termijn op een van de gronden genoemd in art. 7:669 (nieuw) BW.
Een voorwaardelijke procedure kan ook worden ingezet in gevallen waarin onduidelijkheid bestaat over de grond voor het ontslag. De werkgever kan aldus voor twee ankers gaan liggen. Dat na een toestemming van het UWV de werkgever rechtsgeldig kan opzeggen, en de arbeidsovereenkomst dientengevolge is geëindigd, staat ons inziens niet in de weg aan een voorwaardelijke ontbindingsprocedure, omdat de gevolgen van een geslaagde herstelprocedure in hoge mate vergelijkbaar (kunnen) zijn met die van een vernietiging van de opzegging. Omdat herstel ook op een later tijdstip kan plaatsvinden, moet de voorwaardelijke ontbinding in dat geval worden uitgesproken op een termijn ingaande de dag van de beschikking of zoveel later als later blijkt dat het herstel dient plaats te vinden.
Aan het met een voorwaardelijke beëindiging gediende werkgeversbelang kan de rechter in hoger beroep tegemoet komen door in plaats van tot herstel de werkgever te veroordelen tot het betalen van een billijke vergoeding en bij de bepaling van de hoogte daarvan rekening te houden met de omstandigheid dat de werkgever, bij het achterwege laten van de gebrekkige opzegging, de arbeidsovereenkomst inmiddels op andere gronden rechtsgeldig had kunnen (laten) beëindigen. Mede in verband met het belang het ontslagrecht niet onnodig te compliceren, achten wij het daarom goed verdedigbaar om een voorwaardelijke ontbinding met het oog op een mogelijke herstelveroordeling in hoger beroep níét als mogelijkheid te aanvaarden.

Noten

1 De term ‘voorwaardelijk’ is strikt genomen niet op zijn plaats. Van een voorwaarde als bedoeld in art. 3:38 respectievelijk art. 6:21 e.v. BW is geen sprake, omdat het niet gaat om een toekomstige

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

gebeurtenis, maar slechts om de onzekerheid van partijen over de vraag of tussen hen in het verleden een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen, dan wel of die arbeidsovereenkomst reeds eerder rechtsgeldig is geëindigd. Vgl. S.F. Sagel, 'Bijzondere ontbindingen: voor zover vereist, onder voorwaarde(n) of met vergoeding onder voorwaarde(n). Deel 1: De ontbinding voorzover vereist', *ArbeidsRecht* 2002/24 en A.R. Houweling en G.W. van der Voet, 'De voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst na een ontslag op staande voet', *TAP* 2009/4, p. 149.

2 Wet van 14 juni 2014 tot wijziging van verschillende wetten in verband met de hervorming van het ontslagrecht, wijziging van de rechtspositie van flexwerkers en wijziging van verschillende wetten in verband met het aanpassen van de Werkloosheidswet, het verruimen van de openstelling van de Wet inkomensvoorziening oudere werklozen en de beperking van de toegang tot de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers (Wet werk en zekerheid), *Stb*. 2014, 216.

3 *Stb*. 2014, 274.

4 Art. 9 BBA, art. 7:677 lid 5 BW, art. 7:647 lid 2 BW, art. 7:648 lid 1 BW, art. 8 lid 2 AWGB, art. 9 lid 2 WGBH/CZ, art 11 lid 3 WGBL, art. 108 Pw.

5 Na het verlenen van de ontslagvergunning voor zover vereist hoeft de werkgever niet steeds alsnog (voor zover vereist) op te zeggen. Wanneer een eerdere opzegging op staande voet wegens haar nietigheid niet tot de daarmee beoogde beëindiging van de arbeidsovereenkomst leidt, brengt een redelijke wetstoepassing volgens de Hoge Raad mee dat de nietige opzegging wordt geconverteerd in een geldige opzegging tegen de vroegst mogelijke datum waartegen zulks mogelijk is. Zie HR 26 januari 1968, *NJ* 1968/139, m.nt. Scholten (*Hocké NV/Boon*); HR 23 januari 1981, *NJ* 1981/284, m.nt. Stein (*Neon-Brabant BV/Mulders*).

6 Zie onder meer: HR 3 december 1982, *NJ* 1983/182 (*Bravenboer/Van Rhee*) (betwist einde 'in minnelijk overleg'); HR 18 december 1988, *NJ* 1988/351 (*Van Leeuwen/Van Leeuwen Offset BV*) (ontbinding van 'eventueel tussen partijen tot stand gekomen' arbeidsovereenkomst); Ktr. Hilversum 7 november 1994, *Prg*. 1994/4213 (omstreden einde van rechtswege); Ktr. Groningen 29 september 1995, *JAR* 1996/2 (betwiste overgang van onderneming); Ktr. Utrecht 19 juni 1996, *Prg*. 1996/4620 (ontslag tijdens proeftijd).

7 Te kennen uit: M.G. Levenbach, noot bij Ktr. Leiden 19 februari 1947, *Arbeid* 1950, p. 28, die dezelfde handelwijze bepleit voor andere gevallen waarin onzeker was of (nog) een arbeidsverhouding bestond.

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

De bevoegdheid van de directeur GAB om toestemming te verlenen of te weigeren voor het geval een arbeidsverhouding mocht blijken wél te bestaan, werd door de Hoge Raad erkend in HR 17 oktober 1952, *NJ* 1953/476.

8 Beleidsregels Ontslagtaak UWV 2012 – versie september 2012, *Stcrt*. 2012, 16614, hoofdstuk 1, p. 4-5.

9 Richtlijnen van 20 juni 1977 (Jura nr. 128 221) en 11 augustus 1977 (Jura nr. 132 049).

10 Zie daarover uitgebreid, met tal van verwijzingen: S.W. Kuip, *Ontslagrecht met bijzondere aandacht voor de dringende reden* (diss. VU Amsterdam) 1993, p. 143-147.

11 HR 21 oktober 1983, *NJ* 1984/296, m.nt. Stein. Een jaar eerder (HR 3 december 1982, *NJ* 1983/182) had de Hoge Raad zich overigens ook al, zonder onderbouwing, op het standpunt gesteld dat een verzoek om voorwaardelijke ontbinding ‘rechtens geoorloofd en toewijsbaar is’.

12 Richtlijn van 22 januari 1985 (Jura\B nr. 134 390).

13 Een voorbeeld daarvan vinden we in HR 26 september 1997, *NJ* 1998/419 en 420 (*B./PTT Telecom*).

14 Vgl. W.H.A.C.M. Bouwens, ‘De voorwaardelijke ontbinding’, *SR* 2004, afl. 5, p. 179; G.C. Boot, ‘Ontslag op staande voet: een weg met vele valkuilen’, *SR* 2005, afl. 5, p. 170.

15 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 25.

16 Bij cao of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan kan een van de werkgever onafhankelijke en onpartijdige commissie worden aangewezen die, voor zover het gaat om bedrijfseconomische ontslagen, de taak van het UWV overneemt (art. 7:671a (nieuw) BW).

17 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 25.

18 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 116.

19 Zie art. 7:682 lid 1 (nieuw) BW.

20 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 31. Wanneer bij cao is afgeweken van het afspiegelingsbeginsel (art. 7:669 lid 6 (nieuw) BW), dient hij die afwijkende regels toe te passen.

21 *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 110 en 114.

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

22 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 71.

23 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 34.

24 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 35.

25 Zie art. S van de Verzamelwet SZW 2015: Wet van 26 november 2014, *Stb*. 2014, 504.

26 Art. 7:686a lid 3 en 10 (nieuw) BW.

27 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 26.

28 Vgl. E. Verhulp, *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, art. 671b, aant. 5, Deventer: Kluwer 2014. Zijn argument dat de werkgever die na een ontslag op staande voet onmiddellijk voorwaardelijke ontbinding verzoekt, de werknemer kan dwingen om de beslissing of hij zich op de vernietiging beroept reeds binnen twee maanden te nemen, en dat de voorwaardelijke ontbinding daarom minder goed zou passen binnen het wettelijk systeem, kunnen wij niet volgen. Niets belet de werknemer in het voorgelegde geval om (nagenoeg) de volle twee maanden te gebruiken alvorens een verzoek (tot vernietiging of een billijke vergoeding) bij de rechtbank in te dienen.

29 Vgl. A. van Zanten-Baris, Verslag discussie Nationaal ArbeidsRecht diner 2014: Wet Werk en Zekerheid, *ArbeidsRecht* 2014/36.

30 Verhulp 2014 wijst er nog op dat een beroep op art. 7:680a BW ook uitkomst kan bieden voor de werkgever. De drempel voor matiging van de loonvordering op grond van dit artikel is echter zo hoog (‘onaanvaardbare gevolgen’) dat wij deze weg niet als een volwaardig alternatief voor de voorwaardelijke procedure zouden willen beschouwen, nog daargelaten dat het nalaten een voorwaardelijk ontbindingsverzoek of een aanvraag ontslagvergunning voor zover vereist in te dienen onder het huidige recht tegen matiging van de loonvordering pleiten (zie HR 30 oktober 1998, *NJ* 1999/268, m.nt. Stein (*Öztürk/Bouw- en sloopafval*); HR 13 september 2002, *NJ* 2002/496 (*Da Silva/Heineken*) en HR 1 juni 2012, *JAR* 2012/173 (*Brabo Castro/Tandartspraktijk Braga*).

31 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 116.

32 Hof Amsterdam 10 juni 2004, *JAR* 2004/183; C.G.M. Fruytier, ‘De voorwaardelijke ontbinding’, *ArbeidsRecht* 2004/52; Bouwens 2004, p. 181. Anders: Ktr. Apeldoorn 6 oktober 2003, *JAR* 2003/246; E. Verhulp, ‘Na de voorwaardelijke ontbinding …’, *ArbeidsRecht* 2003/6.

33 Vgl. D.M.A. Bij de Vaate, *Bijzonder ontslagprocesrecht* (diss. VU

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Amsterdam) 2015, p. 376.

34 HR 5 september 1997, *JAR* 1997/215 (*De Bode/De Hollandsche IJssel*).

35 Sagel 2002 en Houweling en Van der Voet 2009, p. 149.

36 Vgl. L.G. Verburg, 'Eenvoudig of toch complex: nieuwe dualiteiten in perspectief', in: *Wetsvoorstel 33 818 in de praktijk gebracht*, Samenvattend verslag Symposium 21 januari 2014 van de Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN), p. 53. Te raadplegen via <www.vaan-arbeidsrecht.nl>.

37 Vgl. O. van der Kind, 'Ontslag op staande voet onder de Wwz', *ArbeidsRecht* 2014/58; Bij de Vaate 2015, p. 377.

38 Zie voor een voorbeeld onder het huidige recht: Ktr. Alkmaar 13 juli 2010, *JAR* 2010/218.

39 Vgl. Bij de Vaate2015, p. 377.

40 Ook onder het nieuwe recht zouden wij willen aannemen dat een redelijke wetstoepassing meebrengt dat de nietige opzegging wordt geconverteerd in een geldige opzegging tegen de vroegst mogelijke datum waartegen zulks mogelijk is. Vergelijk noot 5. Een tweede opzegging is derhalve strikt genomen niet nodig.

41 Vgl. W.J.J. Wetzels, 'Het nieuwe arbeidsprocesrecht: wordt het eenvoudiger?, *TAP* 2014/1, p. 83.

42 Vgl. W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl en W.L. Roozendaal, *H.L. Bakels' Schets van het Nederlandse arbeidsrecht, aanvullende bijlage WWZ bij de 22e druk*, Deventer: Kluwer 2014, p. 37.

43 Vgl. Bij de Vaate 2015, p. 379.

44 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 49-50.

45 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 43.

46 Vgl. R.A.A. Duk, 'Art. 7:669 van wetsvoorstel 33 818: de rechter als bureaucraat', *TRA* 2014, afl. 3, p. 37-38; D.M.A. Bij de Vaate, N. Hummel, 'De Wet werk en zekerheid: omgekeerde normalisering?', *TRA* 2014, afl. 8/9, p. 11.

47 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 50.

48 Dat het bij herstel om een nieuwe overeenkomst gaat, blijkt ook uit

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

het feit dat voor het berekenen van de duur van de opzegtermijn de wet in art. 7:672 lid 8 BW een fictie kent op grond waarvan de arbeidsovereenkomsten in geval van herstel geacht worden eenzelfde, niet onderbroken arbeidsovereenkomst te vormen. Met het begrip 'herstel van de arbeidsovereenkomst' lijkt de wetgever dan ook niet zozeer de overeenkomst zelf, maar de daardoor in het leven geroepen arbeidsverhouding op het oog te hebben. Het zou gelet daarop beter zijn om te spreken van 'herstel van de dienstbetrekking'. Dit was ook de terminologie die door de wetgever in 1954 bij de invoering van art. 1639t (oud) BW werd gebruikt.

49 Om daarover geen misverstand te laten bestaan, is het in dat geval verstandig in het dictum van de voorwaardelijke ontbindingsbeschikking tot uitdrukking te brengen dat de ontbinding niet alleen wordt uitgesproken 'voor zover de arbeidsovereenkomst wordt vernietigd', maar ook 'voor zover de arbeidsovereenkomst wordt hersteld'.

50 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 34-35.

51 *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 114-115.

© Boom Juridische uitgevers