

# BLOGREEKS: NIEUWE KLASSIEKERS VAN HET ONTSLAGRECHT

## Deel 6: Arbeidsprocesrechtelijke perikelen

### Inleiding

In deze blogreeks 'Nieuwe klassiekers van het ontslagrecht' bespreek ik de belangrijkste uitspraken van de Hoge Raad sinds de invoering van de Wet werk en zekerheid (**Wwz**), aangezien de Wwz ongeveer vijf jaar geleden in werking is getreden.

Deze blogreeks is bedoeld voor ondernemers, HR professionals en legal counsels en biedt een kort overzicht van de huidige stand van zaken op een bepaald arbeidsrechtelijk onderwerp. Welke lessen kunnen wij trekken uit de beslissingen van de Hoge Raad?

In deze blogreeks besprak ik de redelijke gronden voor ontslag (blog 1), het herplaatsingsvereiste (blog 2) en de (pro rata) transitievergoeding (blog 3). In blog 4 en blog 5 behandelde ik het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door werknemer of werkgever. In deze blog gaat het over diverse arbeidsprocesrechtelijke perikelen.

### Vervaltermijnen

Artikel 7:686a lid 4 BW bevat een aantal zeer korte vervaltermijnen. Anders dan een verjaringstermijn, zijn deze vervaltermijnen niet te stuiten. Bij bijvoorbeeld een ontslag op staande voet *moet* de werknemer binnen twee maanden een verzoek tot vernietiging van het ontslag bij de kantonrechter indienen.

In de Botobe-beschikking<sup>1</sup> werd de arbeidsovereenkomst met een werknemer opgezegd, waarop de werknemer bij de kantonrechter om de transitievergoeding verzocht. In het verweerschrift deed werkgever Botobe een beroep op de – per 1 januari 2020 vervallen – overbruggingsregeling van artikel 7:673d BW (oud). Een succesvol beroep zou leiden tot een significant lagere transitievergoeding. De vervaltermijn was evenwel verstreken. Toch oordeelde de Hoge Raad dat de werkgever een beroep kon doen op de overbruggingsregeling. De Hoge Raad overwoog – samengevat – dat strikte handhaving van de vervaltermijn ertoe zou leiden dat de werkgever telkens zekerheidshalve een procedure zou moeten starten, terwijl dit niet was beoogd door de wetgever. Mogelijk kunnen werkgevers óók een beroep op de Botobe-beschikking doen in de volgende situatie. Een op staande voet ontslagen werknemer verzoekt één dag voor het verstrijken van de vervaltermijn om vernietiging van het ontslag. In het verweerschrift kan de werkgever vervolgens een onvoorwaardelijk tegenverzoek doen, te weten betaling van de gefixeerde schadevergoeding. Voor het verzoek om betaling van de gefixeerde schadevergoeding geldt een vervaltermijn van twee maanden. Algemeen wordt aangenomen dat een verzoek tot betaling van de gefixeerde schadevergoeding niet bij verweerschrift buiten de vervaltermijn kan worden gedaan, maar mijns inziens geldt Botobe ook voor deze situatie.

---

<sup>1</sup> HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2305 (Botobe).

## Voorwaardelijk ontbindingsverzoek na ontslag op staande voet?

Sinds de invoering van de Wwz kan een ontslag op staande voet door de werknemer niet meer buitengerechtelijk worden vernietigd. Een op staande voet ontslagen werknemer dient daarom binnen twee maanden na het ontslag bij de kantonrechter om vernietiging van dit ontslag te verzoeken (artikel 7:681 juncto 7:686a lid 4 BW). In de Mediant-beslissing<sup>2</sup> heeft de Hoge Raad bevestigd dat het onder de Wwz mogelijk blijft een verzoek te doen tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst, bijvoorbeeld op de e-grond, voor het geval het ontslag op staande voet wordt vernietigd. De Hoge Raad geeft daarbij een aanbeveling om het werknemersverzoek tot vernietiging van het ontslag en het voorwaardelijke werkgeversverzoek tot ontbinding zoveel mogelijk gevoegd te behandelen. Volgens de Hoge Raad mag een werkgever niet verzoeken om ontbinding van de arbeidsovereenkomst, indien en voor zover een hof in hoger beroep het ontslag op staande voet zal teniet doen, omdat de kantonrechter dan 'voor de voeten' van het hof gaat lopen.

In de Vlisco-beschikking<sup>3</sup> heeft de Hoge Raad vervolgens overwogen dat ook het hof bevoegd is de voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst uit te spreken. Dit geldt dus voor het geval de kantonrechter het werknemersverzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet heeft afgewezen en de werknemer vervolgens in hoger beroep gelijk krijgt. Als de werkgever in eerste aanleg een voorwaardelijk verzoek tot ontbinding heeft gedaan, moet het hof dit verzoek alsnog behandelen.

## Loon na onterechte vernietiging van ontslag op staande voet?

Stel dat een werkgever een werknemer op staande voet ontslaat. De werknemer verzoekt vervolgens succesvol bij de kantonrechter vernietiging van dit ontslag. De werkgever gaat in hoger beroep. Wat gebeurt er als het hof vindt dat het ontslag op staande voet wel terecht was? De door de kantonrechter uitgesproken vernietiging van het ontslag op staande voet kan in hoger beroep niet ongedaan worden gemaakt. Uit artikel 7:683 lid 5 BW volgt voorts dat het hof alsnog een tijdstip dient te bepalen waarop de arbeidsovereenkomst eindigt. Dit kan *niet* met terugwerkende kracht.<sup>4</sup> Kortom, de werkgever lijkt aan het kortste eind te trekken, ondanks dat het hof uiteindelijk heeft geoordeeld dat de werkgever niets mis heeft gedaan. Niet alleen is dit onrechtvaardig, bovendien zit in het wettelijke stelsel een onevenwichtigheid, omdat in de spiegelbeeldige situatie waarin de werknemer in hoger beroep alsnog in het gelijk wordt gesteld, herstel van de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht mogelijk is. De Hoge Raad heeft dit probleem 'opgelost' via de loonaanspraak op grond van artikel 7:628 BW. In de Wilco-beschikking<sup>5</sup> is geoordeeld dat de werknemer vanaf het ontslag op staande voet geen recht heeft op loon wanneer het ontslag op staande voet ten onrechte door de kantonrechter is vernietigd.

Ook in de zaak waarbij een psychotherapeut had gelogen over het hebben van bepaalde kwalificaties, op grond waarvan de werkgever de arbeidsovereenkomst buitengerechtelijk

---

<sup>2</sup> HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998 (Mediant).

<sup>3</sup> HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:571 (Vlisco)

<sup>4</sup> Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 120.

<sup>5</sup> HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1209 (Wilco).

vernietigde wegens bedrog, ligt de weg vrij voor het verwijzingshof om te oordelen dat de werknemer geen recht heeft op loon vanaf de buitengerechtelijke vernietiging. Interessant hierbij is dat de psychotherapeut, anders dan de werknemer in de Wilco-zaak, wel heeft gewerkt na het einde van de arbeidsovereenkomst. Ook oordeelde de Hoge Raad dat voor een rechtsgeldig beroep op een wilsgebrek geen vereiste is dat de arbeidsovereenkomst volledig inhoudsloos is geworden.<sup>6</sup>

Het is mijns inziens goed te beargumenteren dat voornoemde uitspraken ook kunnen worden toegepast wanneer de kantonrechter ten onrechte een ontbindingsverzoek wegens (ernstig) verwijtbaar gedrag heeft afgewezen en het hof de arbeidsovereenkomst alsnog beëindigt.

## **Ontbindingstermijn, herstel en voorzieningen**

Wanneer een kantonrechter de arbeidsovereenkomst op verzoek van een werkgever ontbindt, moet de kantonrechter een bepaalde ontbindingstermijn in acht nemen. Die termijn is gelijk aan de tussen partijen geldende opzegtermijn met aftrek van de duur van de procedure, met dien verstande dat een termijn van ten minste een maand resteert (artikel 7:671b lid 9 BW). Wanneer het hof oordeelt dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ten onrechte niet heeft ontbonden en het hof de arbeidsovereenkomst alsnog beëindigt (artikel 7:683 lid 5), heeft de Hoge Raad in Decor<sup>7</sup> geoordeeld dat deze ontbindingstermijn in hoger beroep niet in acht hoeft te worden genomen.

Een 'omgekeerde Decor' kan ook plaatsvinden. Stel nu dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbindt en het hof oordeelt dat deze beslissing onjuist is. In dat geval kan de werkgever in hoger beroep worden veroordeeld de arbeidsovereenkomst te herstellen of kan het hof aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen. Herstel van de arbeidsovereenkomst kan met terugwerkende kracht, per heden of in de toekomst. Daarbij kan het hof de werknemer verplichten tot terugbetaling van de transitievergoeding, maar dat hoeft niet, zo volgt uit Amsta.<sup>8</sup> Als het herstel leidt tot een onderbreking van de arbeidsovereenkomst, is er – zo is bepaald in de Meriant-beschikking<sup>9</sup> – geen verplichting maar een mogelijkheid om voorzieningen te treffen. Het is aan de rechter om te beoordelen welke voorziening in welk geval nodig is. De appelrechter kan de arbeidsovereenkomst zelf herstellen. Indien de rechter ervoor kiest om niet zelf de arbeidsovereenkomst te herstellen, maar om de werkgever te veroordelen tot herstel van de arbeidsovereenkomst, kan hij, indien de werknemer daarom verzoekt, in dezelfde uitspraak de werkgever veroordelen tot betaling van het na herstel verschuldigde loon (alsmede tot betaling van vakantietoeslag, overige toeslagen en emolumenten, de wettelijke verhoging en wettelijke rente) vanaf de datum met ingang waarvan de arbeidsovereenkomst moet worden hersteld.<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> HR 7 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:213 (Bedriegende psychotherapeut).

<sup>7</sup> HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182 (Decor).

<sup>8</sup> HR 15 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (Amsta).

<sup>9</sup> HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3241 (Meriant).

<sup>10</sup> HR 13 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:418 (Dräger II).

## Ex tunc of ex nunc?

Tot slot is zeer relevant het antwoord op de vraag *hoe* een zaak in hoger beroep moet worden beoordeeld. Moet het hof de zaak beoordelen op basis van de stand van zaken zoals deze in eerste aanleg was (*ex tunc*) of mogen ook de feiten en omstandigheden van na de beschikking in eerste aanleg een rol spelen bij de (her)beoordeling (*ex nunc*)? Dit is van belang bij bijvoorbeeld de redelijke ontslaggrond, de opzegtermijn, de herplaatsingstoets, de opzegverboden en de billijke vergoeding.

In twee uitspraken van 21 februari 2020 heeft de Hoge Raad duidelijkheid gegeven. In de zaak van het Schoonmaakbedrijf Victoria<sup>11</sup> werd het ontbindingsverzoek met betrekking tot een schoonmaakster in eerste aanleg afgewezen. In de zaak van de Manager financiële en juridische zaken<sup>12</sup> had de kantonrechter het ontbindingsverzoek van de werkgever juist toegewezen. In hoger beroep in de schoonmaakzaak beëindigde het hof de arbeidsovereenkomst alsnog op de e-grond. In het hoger beroep van de manager werd zijn verzoek tot herstel van de arbeidsovereenkomst of een billijke vergoeding afgewezen. Beide hoven toetsten *ex nunc*. De Hoge Raad schetst de vervolgens in cassatie de volgende vuistregels voor het toetsingsmoment van ontbindingsbeschikkingen, het recht op en de omvang van de transitievergoeding en billijke vergoeding in hoger beroep:

- Hoofregel in het civiele procesrecht is dat de rechter in hoger beroep oordeelt naar de toestand zoals die zich voordoet ten tijde van zijn beslissing (*ex nunc*). Deze hoofregel geldt ook als de kantonrechter het ontbindingsverzoek heeft afgewezen en de werkgever in hoger beroep alsnog om beëindiging van de arbeidsovereenkomst vraagt. Dit betekent bijvoorbeeld enerzijds dat een verstoorde relatie in hoger beroep kan verergeren door de procedure, maar anderzijds dat het ontslag van de manager met wie de arbeidsrelatie was verstoord juist kan leiden tot een vermindering van die verstoring.
- Wanneer het hof oordeelt dat een ontbindingsverzoek door de kantonrechter ten onrechte is toegewezen, kan het hof de arbeidsovereenkomst herstellen en een voorziening treffen. Het beoordeling van de voorziening gebeurt *ex nunc*.
- Echter, wanneer het ontbindingsverzoek in eerste aanleg is toegewezen dient het hof de vraag of de ontbinding door de kantonrechter terecht is toegewezen te worden beoordeeld naar de toestand ten tijde van de beslissing van de kantonrechter (*ex tunc*).
- Het eventuele recht op en de omvang van de transitievergoeding en een billijke vergoeding wordt in hoger beroep *ex nunc* beoordeeld. Het vinden van een nieuwe baan na het ontslag kan dus leiden tot een lagere billijke vergoeding.<sup>13</sup>
- Echter, als de kantonrechter de arbeidsovereenkomst heeft ontbonden, wordt in hoger beroep *ex tunc* beoordeeld of de werknemer zijn aanspraak op de transitievergoeding heeft verloren wegens ernstig verwijtbaar gedrag, of de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en of de werknemer aldus recht heeft op een billijke vergoeding.

---

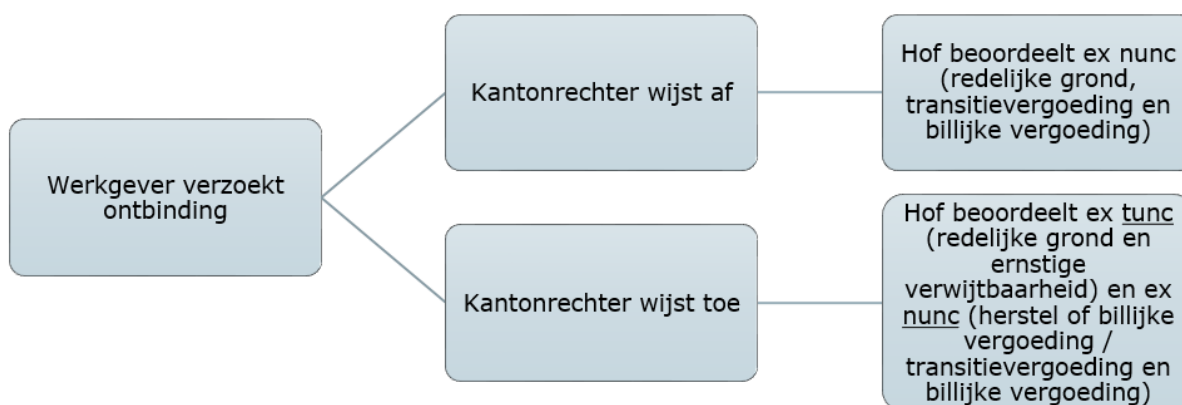
<sup>11</sup> HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283 (Schoonmaakbedrijf Victoria).

<sup>12</sup> HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:284 (Manager financiële en juridische zaken).

<sup>13</sup> HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:878 (Zinzia).

- Bij de beoordeling 'ex tunc' staat het partijen vrij andere feiten en omstandigheden naar voren te brengen dan in eerste aanleg zijn aangevoerd, maar mag de rechter in hoger beroep alleen acht slaan op door partijen aangevoerde feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan vóór de ontbindingsbeschikking van de kantonrechter. Zo kan een werknemer bijvoorbeeld voor het eerst in hoger beroep een beroep doen op een – vóór indiening van het ontbindingsverzoek bestaand – opzegverbod.<sup>14</sup>

Schematisch ziet dit er als volgt uit:



Over de vraag of herplaatsing en de opzegverboden ex tunc of ex nunc moeten worden beoordeeld, moet de Hoge Raad zich nog uitlaten.

## Afronding

De Wwz beoogde onder meer het ontslagrecht eenvoudiger te maken. Uit het voorgaande blijkt dat deze doelstelling niet is behaald. Procederen in ontslagzaken is – zeker in hoger beroep – een mijnenveld, waarin expertise vereist is!

Wilt u de volgende afleveringen van deze blogreeks ontvangen of heeft u vragen? Stuur mij dan een bericht op [s.theunissen@lexence.com](mailto:s.theunissen@lexence.com) of meldt u aan via [marketing@lexence.com](mailto:marketing@lexence.com).

## Sander Theunissen



### Telefoonnummer

+31 6 114 994 65

### E-mail

s.theunissen@lexence.com

[www.lexence.com](http://www.lexence.com)

<sup>14</sup> HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1234 (Achmea).