

# 59. Ontslag op staande voet en de Wet werk en zekerheid: is er nog plaats voor een kort geding, voorwaardelijke ontbinding, bewijslevering en een *switch*?

MR. P.J. JANSEN

De Wet werk en zekerheid (WWZ) zet per 1 juli 2015 het ontslagrecht op z'n kop. Het hele ontslagrecht? Nee, er blijven ook nog wel wat oude bekenden bestaan, zoals het ontslag op staande voet. In de huidige praktijk wordt na een ontslag op staande voet vaak een kort geding gestart door de werknemer, waarop de werkgever reageert met een voorwaardelijk ontbindingsverzoek. De vraag is of er na een ontslag op staande voet in het nieuwe ontslagrecht van de WWZ nog plaats is voor een kort geding en voorwaardelijke ontbinding. En in het verlengde daarvan is het ook de vraag of er in dat nieuwe ontslagrecht nog plaats is voor bewijslevering en voor een *switch*. Op deze vragen ga ik hierna in.<sup>1</sup> Een kort antwoord op die vragen kan ik alvast geven: er kan nog veel, er kan nog meer, maar 't wordt ook anders.

## 1. Inleiding: een nieuw scenario?

Als een werknemer een ontslag op staande voet aanvecht, verloopt dat in het huidige ontslagrecht vaak volgens een vertrouwd scenario. De werknemer doet een buitengerechtigd beroep op de vernietigbaarheid van het ontslag. Dat beroep moet worden gedaan binnen een vervaltermijn van zes maanden na het ontslag. De werknemer vordert vervolgens in kort geding doorbetaling van loon en eventueel tewerkstelling. De werkgever reageert vaak met een voorwaardelijk ontbindingsverzoek op grond van art. 7:685 van het Burgerlijk Wetboek (BW), waarna in veel gevallen een gezamenlijke behandeling van dat verzoek en het kort geding plaatsvindt. In het kort geding en de ontbindingsprocedure zal doorgaans geen bewijslevering (kunnen) plaatsvinden. Voor bewijslevering is natuurlijk wel plaats als partijen in een bodemprocedure, ingeleid met een dagvaarding, verder procederen over het ontslag op staande voet. Op enig moment kan de werknemer soms aanleiding zien voor een *switch*.<sup>2</sup> In dat geval laat de werknemer een beroep op de vernietigbaarheid van het ontslag varen en vordert hij geen loondoorbetaling meer, maar in plaats daarvan een (gefixeerde) schadevergoeding wegens het niet in acht nemen van de opzegtermijn, vaak in combinatie

met een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag.<sup>3</sup> Zo'n *switch* mag, als de werknemer maar ondubbelzinnig afstand doet van zijn beroep op de vernietigbaarheid van het ontslag.<sup>4</sup>

Dit scenario moet voor de WWZ in ieder geval deels worden herschreven. De buitengerechtigde vernietiging van een ontslag is van de baan. Alleen de kantonrechter kan het ontslag nog vernietigen.<sup>5</sup> De werknemer kan de vordering tot vernietiging niet meer bij dagvaarding doen, maar moet daartoe een verzoekschrift indienen, binnen een vervaltermijn van twee maanden na het ontslag.<sup>6</sup> Een vordering wegens kennelijk onredelijk ontslag is voor de werknemer niet meer mogelijk. De ontbindingsprocedure van art. 7:685 BW komt te vervallen. De werkgever kan alleen nog ontbinding verzoeken op grond van art. 7:671b lid 1 (nieuw) BW en op de in dat artikel genoemde limitatieve ontslaggronden.<sup>7</sup>

Dit nieuwe scenario roept vragen op, waaronder de vragen waarover het in dit artikel gaat: is er in het nieuwe ontslagrecht van de WWZ nog wel plaats voor een kort geding, voorwaardelijke ontbinding, bewijslevering en een

1 O. van der Kind gaat in *ArbeidsRecht* 2014/58, 'Ontslag op staande voet onder de WWZ', vooral in op de inhoudelijke aspecten van ontslag op staande voet na inwerkingtreding van de WWZ; in dit artikel ligt het accent op de procesrechtelijke aspecten.

2 Die aanleiding kan bijvoorbeeld zijn dat de werknemer inmiddels al ander werk heeft gevonden of zich niet meer beschikbaar wil stellen om te werken bij de werkgever; een *switch* kan in de praktijk soms goed uitpakken voor de werknemer, zie bijvoorbeeld: Rb. Maastricht 9 september 1999, «JAR» 2000/149.

3 Dat zo'n gecombineerde vordering mogelijk is, blijkt uit vaste rechtspraak; zie bijvoorbeeld: HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5360; «JAR» 2013/180.

4 HR 7 oktober 1994, «JAR» 1994/234 (Dibbets/Pinckers) en HR 7 juni 2002, «JAR» 2002/155 (Greeven/Connexion).

5 Art. 7:681 lid 1 (nieuw) BW.

6 Art. 7:686a lid 2 (nieuw) BW en art. 7:686a lid 4, onder a, 2° (nieuw) BW.

7 O. van der Kind wijst in *ArbeidsRecht* 2014/58, 'Ontslag op staande voet onder de WWZ', nog op de mogelijkheid van ontbinding op grond van art. 7:686 BW, wegens een tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst; die mogelijkheid laat ik hier verder buiten beschouwing.

*switch*? Ik begin met het bespreken van de mogelijkheden tot bewijslevering en kom daarna achtereenvolgens toe aan het kort geding, de voorwaardelijke ontbinding en de *switch*.

## 2. Bewijslevering: 'nee, tenzij' of 'ja, tenzij'?

Niet alleen geschillen over ontslag op staande voet moeten onder de WWZ verplicht worden ingeleid met een verzoekschrift. Dat geldt voor alle gedingen die te maken hebben met het einde van de arbeidsovereenkomst.<sup>8</sup> Op het moment dat de verzoekschriftprocedure voor dergelijke geschillen als verplichte procedure wordt voorgeschreven, doet zich de vraag voor hoe het dan zit met de bewijsregels in ontslagzaken en de mogelijkheid tot bewijslevering. Volgens art. 284 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) zijn de bewijsregels van de dagvaardingsprocedure van overeenkomstige toepassing op de verzoekschriftprocedure, tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet. Voor de huidige ontbindingsprocedure van art. 7:685 BW brengt dit mee dat over het algemeen wordt aangenomen dat die bewijsregels daarop niet van toepassing zijn, omdat ervan wordt uitgegaan dat de aard van de huidige ontbindingsprocedure zich daartegen verzet.<sup>9</sup> Dat betekent dat de kantonrechter best bewijslevering door bijvoorbeeld getuigen kan toestaan in een ontbindingsprocedure, maar dat hij daartoe in beginsel niet gehouden is.<sup>10</sup> Als het bewijsrecht niet van toepassing is, heeft dat overigens ook tot gevolg dat partijen in de betreffende verzoekschriftprocedure hun stellingen niet meer hoeven te bewijzen, maar dat zij ermee kunnen volstaan die stellingen voldoende aannemelijk te maken.<sup>11</sup> De 'lat' ligt dan lager, waar het gaat om de vaststelling van de feiten.

Wat betekent dit nu voor bewijslevering in verzoekschriftprocedures in het nieuwe ontslagrecht? Zijn de bewijsregels nu wel of niet van toepassing? In de wetsgeschiedenis van de WWZ is nader ingegaan op die vraag. Volgens de memorie van toelichting geldt het bewijsrecht alleen in bijzondere omstandigheden, dus kennelijk met de gedachte: 'nee, tenzij'.<sup>12</sup> In de memorie van antwoord wordt opgemerkt dat het aan de rechter wordt overgelaten of het bewijsrecht al dan niet moet worden toegepast.<sup>13</sup> En in de nota naar aanleiding van het verslag wordt deze laatste visie herhaald, met de toevoeging dat de vraag of het bewijsrecht van toepassing is, afhangt van het spoedeisend karakter en de complexiteit van de zaak.<sup>14</sup> Volgens de regering mag aangenomen worden dat bij zaken die het ontslag van een werknemer betreffen, een zekere

spoedeisendheid aan de orde is, waardoor het bewijsrecht in de regel niet van toepassing zal zijn.<sup>15</sup> In complexe zaken zou mogelijk door de rechter anders moeten worden geoordeeld, bijvoorbeeld wanneer discussie bestaat over ernstige verwijtbaarheid van de werkgever of de werknemer. Deze laatste visie lijkt in ieder geval wat meer ruimte te bieden voor bewijslevering dan het 'nee, tenzij' van de memorie van toelichting.

Mij lijkt zeker verdedigbaar het standpunt dat in de verzoekschriftprocedure van de WWZ in beginsel als uitgangspunt moet worden genomen dat het bewijsrecht wordt toegepast, gelet op het grote belang van waarheidsvinding.<sup>16</sup> Dus: 'ja, tenzij'. Anderzijds verwacht ik dat de kantonrechter in zijn algemeenheid niet snel geneigd zal zijn om *hard and fast rules* te formuleren voor de toepassing van het bewijsrecht in ontslagzaken onder de WWZ.<sup>17</sup> De beoordelingsvrijheid die de wetgever de kantonrechter heeft gegeven bij de toepassing van het bewijsrecht geeft immers ook ruimte voor een flexibele en praktische, op de concrete zaak afgestemde benadering voor bewijslevering, zonder dat dit afbreuk hoeft te doen aan de waarheidsvinding. Zo is denkbaar dat in een zaak over ontslag op staande voet niet zozeer de feiten ter discussie staan, maar vooral de vraag of die feiten een dringende reden voor ontslag opleveren. In dat geval zal er doorgaans geen reden zijn om het bewijsrecht van toepassing te verklaren. Als de kantonrechter op een zitting bijvoorbeeld camerabeelden wil bekijken en deze wil betrekken bij de beoordeling van een ontslag op staande voet, zal het ook niet altijd nodig zijn dat eerst en expliciet wordt beslist welke bewijsregels gelden. Wellicht hoeft zelfs het horen van een getuige op een zitting niet zonder meer gepaard te gaan met het, al dan niet vooraf, van toepassing verklaren van het bewijsrecht. Ik wijs in dit verband ook op het wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, waarin wordt voorgesteld dat na voorafgaande toestemming van de rechter tijdens de mondelinge behandeling getuigen kunnen worden gehoord.<sup>18</sup> De praktijk en de rechtsontwikkeling in het nieuwe ontslagrecht zullen uiteindelijk moeten uitwijzen of de kantonrechter volledige beoordelingsvrijheid tot uitgangspunt zal nemen bij de toepassing van het bewijsrecht, dan wel of in rechtspraak daarvoor nadere regels worden geformuleerd.<sup>19</sup> Op de vraag of het bewijsrecht moet worden toegepast in ontslagzaken onder de WWZ, verwacht ik vooralsnog dat het antwoord zal zijn: 'ja, indien nodig'.

8 Art. 7:686a lid 2 (nieuw) BW.

9 *Kamerstukken II* 1999-2000, 26 855, nr. 3, p. 157 en HR 29 september 2000, *NJ* 2001/302 (Kuijper/ING).

10 Voor een voorbeeld waarin bewijslevering door getuigenbewijs in een ontbindingsprocedure werd toegestaan, zie: Ktr. Bergen op Zoom 13 augustus 2013, «JAR» 2013/184.

11 HR 22 november 1996, *NJ* 1997/205 (Boukacem/Martinair) en EK 2013-2014, 33 818, nr. E, p. 16.

12 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 3, pag. 38.

13 *Kamerstukken I* 2013-2014, 33 818, nr. C, pag. 110.

14 *Kamerstukken I* 2013-2014, 33 818, nr. E, pag. 16.

15 De wetsgeschiedenis is in dit verband overigens niet altijd eenduidig, omdat in de memorie van toelichting juist wordt opgemerkt dat toepassing van het bewijsrecht wel aangewezen kan zijn in een procedure waarin de vraag speelt of sprake is van een terecht ontslag op staande voet; zie: *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 38.

16 Zie: K.G.F. van der Kraats, *ArbeidsRecht* 2014/59, 'Bewijzen vermoeit de waarheid, althans de procedure?'

17 De term *hard and fast rules* in samenhang met de WWZ heb ik ontleend aan S.F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules*, oratie Universiteit Leiden, 5 september 2014.

18 Art. 31k lid 2 (nieuw) Rv en *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 059, nr. 2, p. 8.

19 W.J.J. Wetzels verwacht in *TAP* 2014/1, 'Het nieuwe arbeidsprocesrecht: wordt het eenvoudiger?', dat er in ieder geval volop bewijslevering zal worden toegestaan.

### 3. Kort geding: wat kan er nog (meer)?

Volgens de nieuwe procesregels van de WWZ moet een verzoekschrift, bijvoorbeeld tot vernietiging van een ontslag op staande voet, binnen vier weken na indiening daarvan op een zitting worden behandeld.<sup>20</sup> Dit geldt nu ook voor de behandeling van een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst.<sup>21</sup> Ik ga ervan uit dat per 1 juli 2015 in het Procesreglement verzoekschriftprocedures voor kantonzaken zal worden bepaald dat in alle procedures in het kader van de WWZ in beginsel uitspraak wordt gedaan op een termijn van drie weken na de zitting, zoals op dit moment ook al geldt voor de ontbindingsprocedure. Als deze termijnen in de praktijk worden gehaald, komt de vraag op of een kort geding nog wel zinvol is. Immers, als een verzoek tot vernietiging van een ontslag op staande voet binnen vier weken wordt behandeld op een zitting, waarom dan nog een kort geding? Een kort geding zal naar mijn inschatting in de praktijk over het algemeen niet op een nog veel kortere termijn (kunnen) worden behandeld dan een verzoekschrift, en wat is dan nog het spoedeisend belang?

Echter, als de kantonrechter in een verzoekschriftprocedure

### De werknemer kan in zijn verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet dus ook vragen om op grond van art. 223 Rv een voorlopige voorziening te treffen

waarbij vernietiging van een ontslag op staande voet wordt gevraagd, bepaalt dat de bewijsregels van de dagvaardingsprocedure van toepassing zijn, wordt het in ieder geval een ander verhaal. Als de toepassing van die bewijsregels meebrengt dat ook getuigen worden gehoord, is de kans groot dat er geen uitspraak zal kunnen worden gedaan binnen drie weken na de zitting. Het kan dan wellicht zelfs nog vele maanden duren voordat uitspraak volgt. In zo'n situatie zal een kort geding voor de werknemer toch de aangewezen weg zijn om op korte termijn een oordeel te krijgen over zijn vordering tot loondoorbetaling en tewerkstelling. Ik ga er daarom van uit dat een kort geding mogelijk én relevant blijft voor ontslagzaken in het kader van de WWZ.<sup>22</sup> Overigens zal een werknemer die in een verzoekschriftprocedure vernietiging van een ontslag op staande voet vraagt, nog niet weten of de kantonrechter het bewijsrecht zal toepassen en evenmin of getuigen zullen worden gehoord. Gelet op die onzekerheid kan ik mij voorstellen dat in de praktijk de werknemer

tegelijktijd met een verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet ook in kort geding veroordeling van de werkgever tot betaling van (een voorschot op) het loon en tewerkstelling zal gaan vorderen. Het lijkt voor de hand te liggen dat zo'n verzoek en het kort geding dan gelijktijdig op een zitting worden behandeld.

Naast het kort geding van art. 254 Rv dient zich wellicht nog een mogelijkheid aan voor het vragen van een voorlopige voorziening. Op grond van art. 223 Rv kan iedere partij tijdens een aanhangig geding vorderen dat de rechter een voorlopige voorziening zal treffen voor de duur van het geding. Die vordering moet samenhangen met de hoofdvordering. Een dergelijke provisionele vordering heeft in de praktijk van het huidige arbeidsrecht niet of nauwelijks betekenis, omdat zo'n vordering pas kan worden ingediend als een dagvaardingsprocedure is gestart. Een kort geding biedt daarom op dit moment een veel eenvoudigere en snellere weg om een voorlopige voorziening te vragen. Na 1 juli 2015 zal de werknemer echter een verzoekschrift moeten indienen om vernietiging van het ontslag op staande voet te verkrijgen. Buitengerechtelijke vernietiging is immers niet meer mogelijk. Met de indiening van het verzoekschrift is direct sprake van een aanhangig geding in de zin van art. 223 Rv. De werknemer kan in zijn verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet dus ook vragen om op grond van art. 223 Rv een voorlopige voorziening te treffen. Een kort geding is in dat geval niet meer nodig.

De vraag is nog of in een verzoekschriftprocedure wel een voorlopige voorziening als bedoeld in art. 223 Rv kan worden gevraagd. In een uitspraak van 5 december 2014 heeft de Hoge Raad op die vraag een antwoord gegeven: *'De wet en de aard van de verzoekschriftprocedure zoals geregeld in art. 261 e.v. Rv verzetten zich niet tegen overeenkomstige toepassing van art. 223 Rv op verzoekschriftprocedures. (...) Derhalve kan (...) in een verzoekschriftprocedure een incidenteel verzoek gedaan worden tot het treffen van een voorlopige voorziening voor de duur van het geding, overeenkomstig hetgeen art. 223 Rv bepaalt voor dagvaardingsprocedures'*.<sup>23</sup> Het lijkt mij duidelijk dat dit oordeel van de Hoge Raad ook van toepassing is op de verzoekschriftprocedure van de WWZ. Uit de uitspraak van de Hoge Raad volgt overigens dat het verzoek om een voorlopige voorziening kan worden gedaan in het verzoek- of verweerschrift, maar ook bij afzonderlijk incidenteel verzoekschrift. Verder overweegt de Hoge Raad dat het voor de hand ligt dat indien een spoedeisend belang bestaat bij een voorlopige voorziening, op het verzoek daartoe in de regel eerst en vooraf wordt beslist. Ik stel mij voor dat in de praktijk door de kantonrechter het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet, net als in geval van een kort geding, gelijktijdig op zitting wordt behandeld met het verzoek om een voorlopige voorziening als bedoeld in art. 223 Rv.

20 Art. 7:686a lid 5 (nieuw) BW.

21 Art. 7:685 lid 6 BW; dat deze termijn in de wet is neergelegd, neemt niet weg dat die termijn om uiteenlopende redenen in de praktijk niet altijd wordt gehaald.

22 In de omstandigheid dat een werknemer onder de WWZ geen buitengerechtelijke vernietiging van het ontslag meer kan invoeren, zie ik geen belemmering voor de mogelijkheid van een vordering in kort geding; de werknemer zal bij gebreke van de mogelijkheid van buitengerechtelijke vernietiging wellicht wel zijn vordering in kort geding daarop moeten aanpassen, in die zin dat hij een voorschot op het loon vordert, in plaats van simpelweg loondoorbetaling.

23 HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3533.

#### 4. Voorwaardelijke ontbinding: kan het nog (gemakkelijker)?

Als de werknemer na een ontslag op staande voet in de huidige praktijk van het arbeidsrecht in kort geding loon- doorbetaling vordert, reageert de werkgever vaak met een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding. Dit om te voorkomen dat bij een eventuele toewijzing van de vordering in kort geding de verplichting tot loon- doorbetaling lange tijd blijft voortduren.

Ik ga ervan uit dat een werkgever ook na 1 juli 2015 de mogelijkheid heeft om na een ontslag op staande voet een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding te doen, al dan niet in reactie op een verzoek van de werknemer om vernietiging van dat ontslag. Die mogelijkheid wordt immers geboden door art. 7:671b lid 1 (nieuw) BW, op grond waarvan de werkgever op de daar genoemde gronden ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan verzoeken. Anders dan in het huidige recht, staat tegen een beschikking tot ontbinding in het nieuwe ontslagrecht wel hoger beroep open.<sup>24</sup> Komt het hof in hoger beroep tot het oordeel dat de (voorwaardelijke) ontbinding ten onrechte is toegewezen, dan kan het hof de werkgever veroordelen om de arbeidsovereenkomst te herstellen of aan de werknemer een billijke vergoeding toe te kennen.<sup>25</sup> Daarmee heeft een ontbinding in het nieuwe ontslagrecht dus niet het definitieve karakter van een ontbinding onder het huidige recht. Ik denk echter niet dat de mogelijkheid van hoger beroep meebrengt dat de voorwaardelijke ontbinding na 1 juli 2015 geheel zal verdwijnen. Ook in het nieuwe ontslagrecht zal de werkgever het risico van een langdurige loonbetalingsverplichting na een toegewezen loonvordering in kort geding toch vaak willen beperken. Daarbij komt dat het instellen van hoger beroep tegen een toegewezen ontbinding geen schorsende werking heeft.<sup>26</sup> Hangende het hoger beroep blijft de ontbinding dus gewoon in stand.<sup>27</sup> Om die reden is door de regering ook

de verwachting uitgesproken dat een hof vermoedelijk niet vaak zal overgaan tot een veroordeling van de werkgever om de arbeidsovereenkomst te herstellen, maar dat de rechtsstrijd in de praktijk met name zal gaan over de hoogte van de (billijke) vergoeding.<sup>28</sup> Hiervan uitgaande zal een (voorwaardelijke) ontbinding in het nieuwe ontslagrecht, ondanks de mogelijkheid van hoger beroep, wellicht toch vaak een definitief einde van de arbeidsovereenkomst betekenen.<sup>29</sup>

Het kan voor een werkgever in het nieuwe ontslagrecht ook eenvoudiger worden om een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding in te dienen.<sup>30</sup> Als de werknemer bij verzoekschrift vernietiging van het ontslag op staande voet vraagt, kan de werkgever daartegen een verweerschrift indienen, waarbij hij tegelijkertijd bij wijze van tegenverzoek voorwaardelijke ontbinding kan vragen.<sup>31</sup> Aangenomen mag worden dat de werknemer dan gelegenheid krijgt om verweer te voeren tegen het verzoek tot ontbinding en dat de verschillende verzoeken gezamenlijk op één zitting worden behandeld. En welke termijnen moeten dan in acht worden genomen bij indiening van die verweerschriften en het zelfstandig tegenverzoek? Uit art. 282 lid 1 Rv volgt dat een verweerschrift en dus ook een tegenverzoek tot de aanvang van de behandeling kan worden ingediend. Het laat zich raden dat dit in ontslagzaken in de praktijk problemen gaat geven. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de regering voor ogen staat dat dergelijke problemen zullen worden opgelost door art. 282 Rv zodanig te wijzigen dat het verweerschrift en een tegenverzoek uiterlijk tien dagen vóór de zitting moeten worden ingediend.<sup>32</sup> Deze oplossing is echter onderdeel van het wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en deze wijziging zal in ieder geval niet ingaan per 1 juli 2015. De regering gaat ervan uit dat in de tussentijd zal worden voorzien in een aanpassing van het Procesreglement verzoekschriftprocedures voor kantonzaken.<sup>33</sup> Dat Procesreglement gaat nu uit van een termijn voor indiening van het verweerschrift van vijf werkdagen vóór de zitting.<sup>34</sup> Als de termijn van tien

24 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 34; volgens art. 358 lid 1 Rv staat tegen eindbeschikkingen in verzoekschriftprocedures, behoudens berusting, hoger beroep open, en dit geldt dus voor alle beschikkingen in het kader van de WWZ; het huidige art. 7:685 lid 11 BW, waarin is geregeld dat tegen een beschikking krachtens dat artikel geen hoger beroep kan worden ingesteld, vervalt met ingang van 1 juli 2015.

25 Art. 7:683 lid 3 (nieuw) BW; ik merk nog op dat de billijke vergoeding die het hof in hoger beroep kan toekennen een heel andere vergoeding is dan de hierna te bespreken billijke vergoeding die een werknemer onder meer na een ontslag op staande voet kan vorderen; voor de billijke vergoeding die het hof kan toekennen, is geen ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever vereist en het hof moet daarbij tot uitdrukking brengen dat die vergoeding een alternatief is voor herstel van de arbeidsovereenkomst; zie: *Kamerstukken I* 2013-2014, 33 818, nr. C, p. 115.

26 Art. 7:683 lid 1 (nieuw) BW.

27 Strikt genomen blijft de ontbinding van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep per definitie in stand, omdat het hof gelet op art. 7:683 lid 3 (nieuw) BW alleen de mogelijkheid heeft om de werkgever te veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen, indien hij oordeelt dat er ten onrechte is ontbonden door de kantonrechter; de regering gaat er overigens van uit dat bij een veroordeling tot herstel met ingang van de ontbindingsdatum geen sprake is van een onderbreking van de arbeidsovereenkomst; zie: *Kamerstukken I* 2013-2014, 33 818, nr. E, p. 17.

28 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 4, p. 57 en *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 7, p. 75.

29 Ik merk op dat het overigens nog de vraag is of een voorwaardelijke ontbinding wel effect kan hebben in het geval waarin een werknemer in hoger beroep herstel van de arbeidsovereenkomst vraagt en verkrijgt; verdedigbaar is de stelling dat een dergelijk herstel ertoe leidt dat de voorwaardelijke ontbinding geen werking meer heeft, omdat die ontbinding alleen de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst treft en niet de herstellende arbeidsovereenkomst.

30 Een inhoudelijke complicatie bij een verzoek tot (voorwaardelijke) ontbinding in het nieuwe ontslagrecht zou nog kunnen zijn dat iedere aangevoerde ontbindingsgrond 'voldragen' moet zijn en dat het toekennen van een billijke vergoeding als compensatie voor een 'onvoldragen' ontslaggrond niet meer mogelijk lijkt; zie uitgebreid hierover S.F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules*, oratie Universiteit Leiden, 5 september 2014.

31 Op grond van art. 7:671b lid 1 BW en art. 7:686a lid 2 en 3 BW, in verbinding met art. 282 lid 4 Rv; zie ook: TK 2013-2014, 33 988, nr. 3, p. 13-14.

32 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 988, nr. 3, p. 4.

33 *Kamerstukken I* 2013-2014, 33 818, nr. C, p. 116.

34 Art. 1.3.3 Procesreglement verzoekschriftprocedures voor kantonzaken.

dagen die de regering voor ogen staat moet gaan gelden, zal per 1 juli 2015 dus een wijziging van het Procesreglement dienen plaats te vinden. Verder kan een gezamenlijke behandeling van dit soort verzoeken uiteraard tot de nodige nieuwe complicaties en vertraging leiden, zeker als de kantonrechter bij één of meer van die verzoeken kiest voor toepassing van het bewijsrecht. Daarvoor is een oplossing bedacht die al wel van kracht wordt op 1 juli 2015. Op grond van art. 7:686a lid 10 (nieuw) BW kan de kantonrechter een zaak in twee of meer zaken splitsen indien de verschillende

### Als de werknemer de mogelijkheid van een switch wil openhouden, zal hij dus net als bij de billijke vergoeding tijdig en subsidiair moeten verzoeken om de werkgever te veroordelen tot betaling van de verschuldigde transitievergoeding

verzoeken zich niet lenen voor gezamenlijke behandeling. Hoewel dat niet met zo veel woorden uit dat artikel blijkt, neem ik aan dat dit ook geldt voor tegenverzoeken. Daarbij is in de wetsgeschiedenis als voorbeeld gegeven dat de kantonrechter een verzoek tot ontbinding als een aparte zaak kan afsplitsen en behandelen, om te voorkomen dat er langdurige onzekerheid blijft bestaan over het voortduren van de arbeidsovereenkomst.<sup>35</sup> Hoe dit alles in de praktijk gaat uitpakken, zal na 1 juli 2015 moeten worden bezien.

#### 5. De *switch*: is het over of is het anders?

In het huidige ontslagrecht heeft de werknemer de mogelijkheid van een *switch*. De werknemer ziet dan alsnog af van een beroep op de vernietigbaarheid van het ontslag op staande voet en legt zich neer bij het einde van de arbeidsovereenkomst. Hij kan dan uiteraard geen aanspraak meer maken op loondoorbetaling, maar vordert in plaats daarvan toekenning van de gefixeerde schadevergoeding en een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag. Ik verwacht dat een vergelijkbare *switch* in het nieuwe ontslagrecht nog steeds mogelijk is. Op grond van art. 7:681 lid 1 (nieuw) BW kan de werknemer na een ontslag op staande voet immers verzoeken om vernietiging van dat ontslag dan wel een billijke vergoeding vragen. De werknemer kan dus net als in het huidige ontslagrecht de keuze maken om zich al dan niet bij het einde van de arbeidsovereenkomst neer te leggen, en loondoorbetaling dan wel een vergoeding vorderen.<sup>36</sup> Uitgaande van die keuzemogelijkheid valt niet in te zien waarom de werknemer niet ook de optie heeft om aanvankelijk te verzoeken om vernietiging van het ontslag, maar later alsnog te *switchen* naar een verzoek om toekenning van een billijke vergoeding. Er is wel een *catch*. Zowel voor het verzoek om vernietiging van het ontslag als het verzoek om toekenning van een billijke

vergoeding geldt op grond van art. 7:686a lid 4 (nieuw) BW een vervaltermijn van twee maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Als de werknemer de mogelijkheid van een *switch* wil openhouden, zal hij dus binnen die termijn in ieder geval ook een verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding moeten doen. Als de werknemer binnen de vervaltermijn nog geen definitieve keuze wil maken, lijkt mij de oplossing daarvoor in de praktijk dat de werknemer in zijn verzoekschrift primair vernietiging van het ontslag vraagt en subsidiair een billijke vergoeding.

De vraag kan wel opkomen wat het praktische belang is van een *switch* naar het verzoek om een billijke vergoeding. In de wetsgeschiedenis is de mogelijkheid van het verkrijgen van een billijke vergoeding immers aangemerkt als een ‘muizengaatje’.<sup>37</sup> De regering heeft beoogd te regelen dat voor toekenning van een billijke vergoeding alleen dan plaats is als het ontslag het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.<sup>38</sup> Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever zal zich blijken de wetsgeschiedenis slechts voordoen in uitzonderlijke gevallen, bijvoorbeeld wanneer als gevolg van laakbaar gedrag van de werkgever of vanwege een ernstige schending van re-integratieverplichtingen bij ziekte een verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan.<sup>39</sup> In eerdergenoemd art. 7:681 lid 1 (nieuw) BW is echter, anders dan in bijvoorbeeld de artt. 7:671b lid 8 en 7:671c lid 2 (nieuw) BW, niet expliciet vermeld dat de billijke vergoeding alleen kan worden toegekend in geval van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. De regering heeft opgemerkt dat niettemin in alle genoemde artikelen sprake is van eenzelfde type billijke vergoeding.<sup>40</sup> In dit verband is in de memorie van antwoord toegelicht dat de billijke vergoeding van art. 7:681 lid 1 (nieuw) BW kan worden toegekend als het ontslag als zodanig ernstig verwijtbaar is, omdat de werkgever de voor een rechtsgeldig ontslag geldende voorschriften niet heeft nageleefd.<sup>41</sup> Daaraan is toegevoegd dat in art. 7:681 (nieuw) BW voor de daarin bedoelde specifieke gevallen reeds invulling is gegeven aan de ernstige verwijtbaarheid.<sup>42</sup> Uitgaande van die opmerkingen is de regering kennelijk van mening dat als een door de werkgever gegeven ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is, daarmee ook is gegeven dat de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. De werkgever heeft dan opgezegd in strijd met de voor een rechtsgeldig ontslag geldende voorschriften, te weten art. 7:671 (nieuw) BW. Volgens art. 7:671 (nieuw) BW is immers voor een rechtsgeldige opzegging, bij gebreke van een dringende reden, instemming van de werknemer dan wel toestemming van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen vereist. Moeten genoemde opmerkingen van de regering inderdaad zo worden begrepen, dan zal een

35 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 988, nr. 3, p. 4 en 15.

36 Zie ook: *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 7, p. 75; ik laat hier de gevolgen die een dergelijke keuze van de werknemer kan hebben voor zijn aanspraken op socialezekerheidsuitkeringen buiten beschouwing.

37 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 4, p. 15.

38 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 31 en 32.

39 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 34.

40 *Kamerstukken I* 2013-2014, 33 818, nr. C, p. 113.

41 *Kamerstukken I* 2013-2014, 33 818, nr. C, p. 99.

42 *Kamerstukken I* 2013-2014, 33 818, nr. C, p. 113.



werknemer in een zaak waarin de kantonrechter oordeelt dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is, in beginsel ook aanspraak kunnen maken op een billijke vergoeding. De werknemer hoeft in dat geval niet meer aan te tonen dat de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld, want dat is dan al een gegeven. De vraag welk bedrag aan billijke vergoeding vervolgens moet worden toegekend, laat ik hier verder buiten beschouwing.<sup>43</sup>

Bij de *switch* kan ook een rol spelen dat een werknemer na het einde van de arbeidsovereenkomst eveneens recht heeft op een transitievergoeding, voor zover hij voldoet aan de voorwaarden daarvoor.<sup>44</sup> Als de werknemer zich na een ontslag op staande voet (alsnog) neerlegt bij het einde van de arbeidsovereenkomst, kan hij in zijn verzoekschrift ook vragen om betaling van die transitievergoeding. Voor zover de werkgever die transitievergoeding al heeft betaald na het ontslag en de werknemer instemt met de hoogte daarvan, zal een dergelijk verzoek niet aan de orde zijn. Ik schat echter in dat in de praktijk nogal eens discussie zal ontstaan over de vraag of de transitievergoeding wel juist is vastgesteld. Bovendien kan ik mij voorstellen dat het geregeld zal voorkomen dat een werkgever na een ontslag op staande voet de transitievergoeding niet aan de werknemer betaalt, met een beroep op art. 7:673 lid 7 (nieuw) BW. Op grond van dat artikel is de transitievergoeding niet verschuldigd indien het eindigen van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Hoewel een dringende reden niet zonder meer hoeft samen te vallen met ernstig verwijtbaar handelen, zal een werkgever waarschijnlijk toch vaak het standpunt innemen dat het ontslag op staande voet ook leidt tot het verlies van recht op een transitievergoeding.<sup>45</sup> In zo'n geval zal de werknemer er verstandig aan doen om in zijn verzoekschrift tot vernietiging van het ontslag ook te vragen om toekenning of vaststelling van het recht op een transitievergoeding, in ieder geval bij wijze van subsidiair verzoek. Dat is temeer van belang, omdat zelfs in het geval dat de kantonrechter mocht oordelen dat het ontslag op staande voet terecht is, daarmee nog niet zonder meer gegeven is dat de werknemer geen recht heeft op een transitievergoeding. In dat verband kan de werknemer namelijk een beroep doen op art. 7:673 lid 8 (nieuw) BW, waarin is geregeld dat aan de werknemer ook in geval van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten een transitievergoeding kan worden toegekend, indien het niet toekennen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Er is bovendien reden voor de werknemer om in zijn verzoekschrift de transi-

tievergoeding 'mee te nemen', al dan niet bij wijze van subsidiair verzoek, omdat de bevoegdheid daartoe vervalt drie maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Als de werknemer de mogelijkheid van een *switch* wil openhouden, zal hij dus net als bij de billijke vergoeding tijdig en subsidiair moeten verzoeken om de werkgever te veroordelen tot betaling van de verschuldigde transitievergoeding.

Verder kan bij de *switch* de vergoeding vanwege een onregelmatige opzegging worden gevorderd.<sup>46</sup> Die vergoeding, die de huidige gefixeerde schadevergoeding vervangt, bestaat uit het loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging had behoren voort te duren. Als het ontslag op staande voet geen stand houdt, maar de werknemer zich (alsnog) neerlegt bij het einde van de arbeidsovereenkomst, heeft hij in beginsel ook aanspraak op deze vergoeding. Ook hier geldt dat de werknemer te maken heeft met een vervaltermijn van twee maanden en tijdig, zo nodig subsidiair, moet verzoeken om toekenning van deze vergoeding, wil hij de mogelijkheid van een *switch* behouden.<sup>47</sup>

Het is dus niet 'over' voor de *switch*, maar het wordt wel anders.

## 6. Conclusie: er kan nog veel, er kan nog meer, maar 't wordt ook anders

Ook in het nieuwe ontslagrecht van de WWZ is er na een ontslag op staande voet naar mijn verwachting nog plaats voor een kort geding, een voorwaardelijk ontbindingsverzoek, bewijslevering en een *switch*. Wellicht dienen zich zelfs nog nieuwe mogelijkheden aan, zoals de voorlopige voorziening van art. 223 Rv. Er zal ook veel anders worden, met name door de invoering van de verzoekschriftprocedure en de gevolgen daarvan voor de wijze van behandeling van ontslagzaken en de mogelijkheid tot bewijslevering. En in het kader van de *switch* kan worden verzocht om andere vergoedingen dan voorheen, waarbij een verzoek daartoe aan strikte vervaltermijnen is gebonden. De praktijk en de rechtsontwikkeling in het nieuwe ontslagrecht zullen uiteindelijk moeten uitwijzen welke plaats het kort geding, het voorwaardelijke ontbindingsverzoek, bewijslevering en de *switch* daadwerkelijk krijgen of behouden.



### Over de auteur

Mr. P.J. Jansen is kantonrechter in de Rechtbank Noord-Holland. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

43 Gelet op de wetsgeschiedenis is de regering van oordeel dat bij de vaststelling van de billijke vergoeding de gevolgen van het ontslag geen rol mogen spelen, omdat daarin al wordt voorzien door de transitievergoeding, en dat de hoogte van de billijke vergoeding in relatie staat tot het ernstige verwijtbare handelen of nalaten van de werkgever; zie *Kamerstukken II 2013-2014*, 33 818, nr. 3, p. 34 en *Kamerstukken II 2013-2014*, 33 818, nr. 7, p. 91.

44 Art. 7:673 lid 1 (nieuw) BW.

45 Over het onderscheid tussen een 'dringende reden' en 'ernstige verwijtbaarheid'; zie: B. Schouten, *TAP 2014/1*, 'Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten: over de omvang van een muizengaatje'.

46 Art. 7:672 lid 9 (nieuw) BW.

47 De vraag of er naast de billijke vergoeding, de transitievergoeding en de vergoeding wegens onregelmatige opzegging nog andere vergoedingen mogelijk zijn, laat ik hier buiten beschouwing; ik verwijs daarvoor o.a. naar S.F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules*, oratie Universiteit Leiden, 5 september 2014.