

ANNOTATIE

# Naar een cumulatief ontslagstelsel of een kennelijk onredelijke ontbindingsprocedure? Tweemaal de Hoge Raad over de verhouding tussen de kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure en ontbindingsprocedure

*A.R. Houweling*

1. Sinterklaas en de Kerstman hebben veel gemeen. Beiden verschijnen eens per jaar (meestal in december), dragen fluweelrode kledij, hebben lange witte baarden en brengen een zak vol cadeautjes mee. Ook al gelooft men allang niet meer in Sinterklaas en/of de Kerstman, toch blijft men deze traditie in ere houden. Daarbij dienen enkele strikte regels in acht te worden genomen. Zo hoort Zwarte Piet alleen bij Sinterklaas en horen rendieren uitsluitend bij de Kerstman. Zet men voor Sinterklaas zijn schoen, voor de Kerstman hangt men zijn sok klaar. Op gelijke wijze kan men ons duale ontslagstelsel weergeven. De opzeggings- en de ontbindingsprocedure vertonen namelijk op onderdelen verwantschap. Toch zijn er ook verschillen in beide 'ontslagtradities'. En ook al geloven sommigen allang niet meer in ons traditionele duale ontslagstelsel, men houdt deze anno 2009 nog steeds in ere. Bij deze tradities past echter niet dat in de ene ontslagprocedure plotsklaps elementen uit de andere ontslagprocedure worden geïntroduceerd. Om maar in de beeldspraak te blijven: Sinterklaas moet niet plotseling op een rendier over de daken rijden en Zwarte Piet kan niet zomaar als de knecht van de Kerstman komen opdraven. Dat zou immers volstrekt ongeloofwaardig zijn. In het vooruitzicht van 'Pakjesavond' benadrukte de Hoge Raad daarom op 27 november 2009 nog maar eens het belang van strikte handhaving van onze twee verschillende 'ontslagtradities'. Op 11 december jongstleden lijkt de Hoge Raad daar echter van te zijn teruggekomen en lijkt het college zelfs een soort 'Kerstklaas' of 'Sinterman' te hebben willen introduceren. Beide uitspraken van de Hoge Raad zijn in ieder geval van groot belang voor de

ontslagrechtpraktijk en luiden mogelijk een nieuwe ontslagtraditie in. 2. Wat oordeelde de Hoge Raad ook alweer in de zaak Van de Grijp/Stam? Het arrest in deze zaak verscheen op vrijdagochtend 27 november 2009, om precies te zijn om 10:10 u. (AR 2009/901). Centraal stond de vraag of bij de begroting van de schadevergoeding ex art. 7:681 BW aansluiting kan worden gezocht bij (een variant op) de kantonrechttersformule en of een dergelijke formule tevens kan worden gebruikt bij de beantwoording van de vraag of een ontslag kennelijk onredelijk is. De Hoge Raad beantwoordt beide vragen ontkennend en baseert zich daarbij op het verschil in karakter tussen de 681- en 685-procedure. Met dit arrest kwam het doek voor de formule van het Hof Den Haag ( $A \times B \times C \times 70\%$ ) te vallen en werd de praktijk weer teruggeworpen op de weinig houvast biedende 'alle omstandigheden van het geval'-benadering. 3. In zijn beschikking van afgelopen vrijdag - 11 december jongstleden - gaf de Hoge Raad antwoord op de volgende drie vragen: 1) Kan een werknemer van wie de arbeidsovereenkomst reeds is opgezegd, tijdens de duur van de opzegtermijn nog een ontbindingsverzoek indienen?; 2) Komt de werkgever die voor een tweede maal de arbeidsovereenkomst opzegt (de tweede maal tegen een eerdere datum), terug op een eenzijdige rechtshandeling (de eerste opzegging) en zo ja, is daarvoor dan de medewerking van de werknemer noodzakelijk? en 3) Levert een onregelmatige opzegging met het enige doel de werknemer de mogelijkheid tot het voeren van een ontbindingsprocedure te ontnemen, misbruik van bevoegdheid op? De Hoge Raad beantwoordt de eerste vraag bevestigend. Voorts overweegt de Hoge Raad dat een werkgever in beginsel voor een tweede keer kan opzeggen zonder medewerking van de werknemer (mits de tweede opzegging tegen een eerdere datum is). Het ontslagmotief van deze tweede opzegging kan volgens de Hoge Raad echter wel misbruik van bevoegdheid opleveren. Hoewel de Hoge Raad in deze beschikking in eerste instantie antwoord lijkt te geven op andersoortige vragen dan in het arrest van 27 november 2009, is er een duidelijk verband tussen beide uitspraken: de verhouding tussen de 681- en de 685-procedure. Dit blijkt in het bijzonder uit r.o. 3.3 van de beschikking, waarin de Hoge Raad nogmaals het verschil uitlegt tussen 'het Sinterklaas-' en 'het kerstfeest'. De beschikking is daarmee niet alleen van groot belang voor de ontbindingspraktijk, maar lijkt tevens belangrijke consequenties voor het duale ontslagstelsel als geheel te impliceren. Afhankelijk van de uitleg die men aan deze rechtsoverweging geeft, staat de beschikking tot slot mogelijk ook nog eens op gespannen voet met het arrest Van de Grijp/Stam. Beide uitspraken worden om die reden in dit commentaar besproken. 4. Was het oordeel van de Hoge Raad in de zaak Van de Grijp/Stam te verwachten? Mijns inziens wel. Uit een reeks eerdere arresten van de Hoge Raad kon dit oordeel al worden afgeleid. Zo oordeelde de Hoge Raad in het arrest Schellekens/Dumeco (HR 15 februari 2008, JAR 2008/75) dat een schadevergoeding op grond van het goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) niet aan de hand van de kantonrechttersformule kan worden begroot. Later datzelfde jaar oordeelde de Hoge Raad in het arrest Dahri/Vianen

Beton (HR 14 november 2008, *JIN* 2009/66) dat een kennelijk onredelijk ontslag een schending van het goed werkgeverschap oplevert. Art. 7:681 BW is dus met andere woorden een bijzondere uitwerkingvorm van art. 7:611 BW. Daarmee gaf de Hoge Raad impliciet eigenlijk al aan dat de kantonrechters-formule zich niet leent voor begroting van de schadevergoeding in een kennelijk- onredelijk-ontslagprocedure. Eerder dat jaar wees de Hoge Raad er in het *Seminis*-arrest (HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/203) juist op dat de vergoeding in een 685-procedure een vergoeding naar billijkheid is, die op abstracte wijze moet worden vastgesteld. De 685-vergoeding is volgens de Hoge Raad, met andere woorden, uitdrukkelijk geen schadevergoeding (en dus een andersoortige vergoeding dan de 681-vergoeding), zodat de rechter meer vrijheid heeft bij het vaststellen van deze vergoeding. Op 27 november 2009 lijkt de Hoge Raad deze lijn consequent door te trekken en te concretiseren. Zowel in r.o. 4.2 als in r.o. 4.3 benadrukt de Hoge Raad dat de toetsing bij kennelijk onredelijk ontslag neerkomt op een toetsing aan (de algemeen aanvaarde normen van) het goed werkgeverschap. In de laatstgenoemde rechtsoverweging wordt zelfs heel uitdrukkelijk overwogen dat - wat betreft de begroting van de schade - de vergoeding is gerelateerd aan zowel de aard en de ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting als goed werkgever te handelen, als de daaruit voortvloeiende (materiële en immateriële) nadelen voor de werknemer. Vanwege het schadevergoedingskarakter van de 681-vergoeding zijn de gewone regels met betrekking tot de begroting van schade uit Boek 6 BW van toepassing. Bij het vaststellen van de schadevergoeding in geval van een kennelijk onredelijk ontslag, dient de rechter - aldus de Hoge Raad - steeds nauwkeurig rekenschap te geven van de concrete omstandigheden en factoren die invloed hebben op de hoogte van de vergoeding (r.o. 4.4). Een algemene formule voor de vaststelling van de schadevergoeding, noch een generieke korting op deze vergoeding, passen volgens de Hoge Raad bij een dergelijke wijze van schadebegroting. 5. Zoals gezegd, is dit oordeel van de Hoge Raad - na het verschijnen van de arresten *Dahri/Vianen Beton* en *Schellekens/Dumeco* - niet meer heel erg spectaculair te noemen. Wel rijst de vraag of de Hoge Raad afstand heeft willen nemen van zijn eerdere standpunt in het arrest *Schoonderwoert/Schoonderwoerd* (HR 17 oktober 1997, *NJ* 1999, 266). In dat arrest overwoog de Hoge Raad immers dat voor de vaststelling van de schade in beginsel geen rekening mag worden gehouden met omstandigheden zoals zij zich nadien - na het eindigen van de arbeidsovereenkomst - hebben voorgedaan. Zo mocht het feit dat de werknemer - tegen de verwachtingen in - kort na zijn ontslag een nieuwe baan vond, niet worden meegenomen bij het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding. Is deze opvatting in lijn te brengen met het standpunt dat de hoogte van de schadevergoeding zoveel mogelijk dient aan te sluiten bij de concreet geleden schade? Of moet *Schoonderwoert/Schoonderwoerd* worden gelezen als zijnde gewezen onder het oude recht (zie hieromtrent G.C. Boot, *Sdu OpMaat Arbeidsrecht*, 30-11-2009)? 6. Het is voorts opvallend

dat regels uit Boek 6 BW zo gemakkelijk en schijnbaar onverkort van toepassing worden verklaard op een onderdeel van het ontslagrecht. Dit roept interessante vragen op, zoals de vraag of bij een schending van art. 7:611 BW - kennelijk-onredelijk-ontslagsituaties daargelaten - in plaats van schadevergoeding ook nakoming kan worden gevorderd. Daarnaast leidt de uitdrukkelijke typering van het kennelijk onredelijk ontslag als een vorm van schending van het goed werkgeverschap tot de vraag of een proeftijdontslag dan nog wel aan de eisen van het goed werkgeverschap mag worden getoetst, aangezien een beroep op art. 7:681 BW in art. 7:676 lid 2 BW tijdens de proeftijd uitdrukkelijk wordt uitgesloten. 7. In r.o. 4.2 benadrukt de Hoge Raad dat in een 681-procedure eerst de vraag naar de kennelijke onredelijkheid moet worden beantwoord, voordat men aan de vergoedingsvraag toekomt. Daarmee wordt de zogenoemde 'geïntegreerde toets' van het Hof Den Haag gecasseerd (zie hieromtrent: A.R. Houweling en G.W. van der Voet, Kennelijk onredelijk ontslag volgens het Hof 's-Gravenhage: hogere wiskunde of 'systematical madness', *TAP* 2009-1, p. 15 e.v.). De enkele omstandigheid dat geen vergoeding aan de werknemer is aangeboden, kan volgens de Hoge Raad namelijk op zichzelf niet leiden tot een kennelijk onredelijk ontslag. De Hoge Raad lijkt hiermee echter voorbij te gaan aan het feit dat de formule van het Hof Den Haag in de C-factor voldoende ruimte leek te bieden voor de toetsing die de Hoge Raad verlangt. Door de C-factor op nul te stellen, kon de hoogte van de toe te kennen vergoeding immers ook gelijk zijn aan nul (in welk geval het ontslag zonder toekenning van een vergoeding niet kennelijk onredelijk is). In een eerdere bijdrage over deze problematiek ben ik uitvoerig op dit punt ingegaan, zodat ik thans volsta met een verwijzing (A.R. Houweling, Gespierde taal inzake kennelijk onredelijk ontslagformule Hof 's-Gravenhage: oude kantonrechttersformule in ere herstellen?, *TAP* 2009-7, p. 276-280). In die eerdere bijdrage voerde ik tevens een pleidooi voor de invoering van een vergelijkbare motiveringsplicht als die welke de Hoge Raad introduceerde in de AVM-arresten. Hoewel de Hoge Raad niet zover is gegaan als in de AVM-arresten, roept hij de feitenrechters op 27 november 2009 wel op om in hun uitspraken uitdrukkelijk te motiveren (r.o. 4.4 en r.o. 4.6). Op die wijze zou harmonisatie in de rechtspraak kunnen worden bereikt, zonder gebruik van een algemene formule. Doet de Hoge Raad hiermee een oproep tot het in het leven roepen van de 'Aanbevelingen van de Kring van Gerechtshoven'? (Zie voor een soortgelijk pleidooi: O. van der Kind, De klucht van kennelijk onredelijk ontslag en schadevergoeding, *TRA* 2009-11, p. 19 e.v.) Of doelt de Hoge Raad op de 18 omstandigheden zoals opgesomd in de zogenoemde 'XYZ-arresten'? Waarschijnlijk geen van beide. Het lijkt er veeleer op dat de Hoge Raad doelt op een wijze van motiveren zoals het Hof Den Haag deed op 20 januari 2009 (AR 2009/52). In dat uitvoerig gemotiveerde arrest benoemde en waardeerde het hof de verschillende relevante omstandigheden, zodat zowel duidelijk werd waarom het ontslag kennelijk onredelijk was, als waarom een bepaalde vergoeding was aangewezen. Als alle rechters dit (gaan) doen en van elkaars uitspraken op de

hoogte zijn, ontstaat vanzelf een zekere harmonisatie. Een formule met een volslagen open C- of Z-factor kan deze harmonisatie 'an sich' niet brengen, maar leidt - zonder inzichtelijk en toereikend argumenteren - enkel tot schijnzekerheid. 8. Er is nog een andere reden waarom de Hoge Raad waarschijnlijk niet over is gegaan tot toepassing van de kantonrechtersformule in een 681-procedure. Toepassing van (een variant op) de kantonrechtersformule zou immers verregaande consequenties kunnen hebben gehad voor de BBA-procedure en zou mogelijk het begin van het einde van ons duale ontslagstelsel kunnen hebben ingeluid. Als een vergoeding conform de kantonrechtersformule ook na verkregen toestemming van het UWV Werkbedrijf en na opzegging inachtneming van de geldende opzegtermijn door middel van een beroep op art. 7:681 BW alsnog kan worden verkregen, waarom zou je als werkgever dan nog zo'n lange en omslachtige procedure bewandelen met het procesrisico in alle instanties nadien, als het alternatief bestaat uit een snelle en eenvoudige 685-procedure waarbij de hoogte van de ontslagvergoeding hetzelfde zal zijn? Alleen in geval van een evident redelijk ontslag zou het UWV WERKbedrijf dan mogelijk nog een optie kunnen zijn. Ons hoogste rechtscollege besloot vast te houden aan ons duale ontslagstelsel en zag geen aanleiding om tot een zekere harmonisatie van beide procedures over te gaan. Sinterklaas is geen Kerstman! Ook al lijken ze van een afstandje misschien wel een beetje op elkaar. Mogelijk - en dat zou overigens ook volkomen terecht zijn - vindt de Hoge Raad afschaffing van het duale ontslagstelsel een taak van de wetgever en heeft het hoogste rechtscollege om die reden niet willen meegaan in de benadering van het Hof Den Haag (Houweling 2009, p. 276-280). 9. Hiermee is de link gelegd met de beschikking van 11 december 2009. Zeker na het arrest Van de Grijp/Stam is het voor werknemer - met het oog op de hogere ontslagvergoeding - interessant en aantrekkelijk om tijdens de opzeggingsprocedure een ontbindingsverzoek in te dienen bij de kantonrechter. Eindigt de arbeidsovereenkomst middels opzegging, dan resteert werknemer enkel nog de kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure (art. 7:681 BW). In deze procedure zal hij: 1) moeten stellen en zo nodig bewijzen dat sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag; 2) moeten stellen en zo nodig bewijzen dat hij concrete schade van een bepaalde omvang heeft geleden, waarbij hij geen beroep kan doen op de kantonrechters-formule en 3) het procesrisico voor lief moeten nemen dat tot aan de Hoge Raad wordt doorgeprocedeerd. De snelle en eenvoudige ontbindingsprocedure (art. 7:685 BW) is in verreweg de meeste gevallen een veel aantrekkelijker alternatief. Zo zullen kinderen - indien zij zouden moeten kiezen - in het algemeen liever op korte termijn 'Pakjesavond' vieren met de zekerheid van veel en/of grote cadeaus, in plaats van veel langer te wachten op de komst van de Kerstman met waarschijnlijk minder en/of kleinere cadeautjes (gezien de doorgaans hoge rekening voor het kerstdiner...). Kan men in aanloop naar kerst daarom besluiten om alsnog Sinterklaas te gaan vieren? 10. Literatuur en rechtspraak zijn tot nu toe verdeeld geweest over het antwoord op de vraag hoe met dit verschijnsel om te gaan. Zeker in de situaties waarin het ontbindingsverzoek feitelijk

neerkomt op een beroep op het gevolgen criterium van art. 7:681 lid 2 sub b BW, hadden kantonrechters moeite een dergelijke procedure toe te staan. Voor een dergelijke vordering kennen wij immers de 681-procedure? Of vloeit deze keuzevrijheid nu eenmaal voort uit het feit dat niet alleen de werkgever, maar ook de werknemer gebruik mag maken het duale karakter van ons ontslagstelsel? (Zie uitvoerig over deze problematiek: C.J. Loonstra, Toegang tot de ontbindingsrechter na inschakeling CWI?, TAP 2008-0, p. 24-31.) De Hoge Raad geeft op deze vraag in de onderhavige beschikking antwoord: zolang de arbeidsovereenkomst nog bestaat, kan deze ook worden ontbonden (r.o. 3.3). Een ontbindingsverzoek tijdens de opzegtermijn is niet in strijd met het ontslagstelsel. De werknemer is dan ook ontvankelijk in zijn verzoek. Maar, zo vervolgt de Hoge Raad, voor de toewijsbaarheid van een dergelijk verzoek is bepalend of sprake is van een *zodanige* verandering van omstandigheden dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve op een *nog eerder* tijdstip dan waartegen is opgezegd behoort te beëindigen. Met andere woorden: voor toewijzing van een dergelijk verzoek moet er wel heel wat aan de hand zijn. Naar mate de ontbindingsdatum dichterbij de datum zit waartegen is opgezegd, zal de vereiste 'gewichtige reden' aan gewicht toenemen (zie in gelijke zin: Ktr. Delft 3 december 2009, AR 2009/927). De enkele omstandigheid dat de werknemer via een reguliere opzegging geen duidelijkheid heeft verkregen omtrent een eventuele ontslagvergoeding, levert volgens mij geen verandering van omstandigheden op waardoor de arbeidsovereenkomst *eerder moet eindigen*. De ontslagvergoeding staat immers los van de noodzaak van het eerder doen eindigen van de arbeidsovereenkomst, maar ziet enkel op de financiële gevolgen *nadat* de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Naar analogie met het arrest Van de Grijp/Stam zou ontbinding louter en alleen ter verkrijging van een ontbindingsvergoeding niet zijn toegestaan. Ook bij toepassing van art. 7:685 BW moet de rechter immers eerst vaststellen *dat* sprake is van een gewichtige reden gelegen in de veranderingen van omstandigheden *voordat* hij toekomt aan de vraag welke vergoeding billijk is. 11. Tot zover is de beschikking helder en duidelijk. Deze benadering is nog redelijk in te passen in het duale ontslagstelsel dat de Hoge Raad op vrijdag 27 november 2009 zo sterk omarmde. Maar dan volgen er nog een paar zinnen in r.o. 3.3 die tamelijk raadselachtig zijn. De Hoge Raad vervolgt namelijk met de overweging, dat ook de vergoeding van art. 7:685 lid 8 BW moet worden bepaald met inachtneming van het uitgangspunt dat de arbeidsovereenkomst reeds is beëindigd met ingang van de datum waartegen is opgezegd. Wat bedoelt de Hoge Raad hiermee te zeggen? Dat de ontbindingsrechter rekening moet houden met het feit dat de werkgever reeds een lang ontslagtraject heeft bewandeld en derhalve een iets lagere vergoeding moet toekennen? Of bedoelt de Hoge Raad te zeggen dat de ontbindingsrechter alleen voor die omstandigheden die tot het *eerder* eindigen nopen een vergoeding mag toekennen? Mag een vergoeding wegens het beëindigen *sec* in deze procedure dan geen rol meer spelen? In dat geval introduceert de Hoge Raad in de

ontbindingsprocedure tijdens de opzegtermijn een soort schadeplichtigheid ex art. 7:680 BW. De vergoeding kan niet meer bedragen dan het loon over de resterende opzegtermijn. Welke lezing juist is, is onduidelijk. De Hoge Raad geeft geen nadere handvatten. 12. Sterker nog, de Hoge Raad compliceert het een en ander nog eens met de slotzinnen van r.o. 3.3. Daar staat namelijk het volgende: 'De vraag of de ontslagen werknemer ook aanspraak kan maken op een vergoeding ter zake van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door opzegging, dient te worden beantwoord aan de hand van het bepaalde in artikel 7:681 BW. De in artikel 7:682 BW geregelde mogelijkheid van herstel van de dienstbetrekking leent zich niet voor toepassing, aangezien het indienen van het ontbindingsverzoek een afstand doen van deze mogelijkheid impliceert.' Wat bedoelt de Hoge Raad hiermee te zeggen? Men kan deze rechtsoverweging op verschillende manieren uitleggen. 1) Allereerst zou men kunnen stellen dat is bedoeld aan te geven dat in geval van ontbinding tijdens de opzegtermijn, de ontbindingsrechter (in een 685-procedure) bij het bepalen van de hoogte van de toe te kennen ontbindingsvergoeding, de 681-maatstaf dient aan te leggen: de ontbindingsrechter zal de schade nauwkeurig moeten begroten overeenkomstig de regels in Boek 6 BW. Het voorgaande zou neerkomen op het strooien met pepernoten tijdens het kerstdiner. Gemakshalve duid ik deze uitleggingsvariant aan als de 'kennelijk onredelijke ontbinding' welke vergelijkbaar is met een 'Sinterman' of 'Kerstklaas'. Als de Hoge Raad dit daadwerkelijk heeft beoogd, dan staat dat op gespannen voet met zijn eerdere rechtspraak. Immers, in het arrest Van de Grijp/Stam (r.o. 4.3) overweegt de Hoge Raad nog dat beide vergoedingen qua karakter totaal verschillen. Waarom zou de ontbindingsrechter dan nu opeens gebonden zijn aan het karakter van de 681-vergoeding? 2) Een andere denkbare uitleg van r.o. 3.3 is dat de werknemer, die alleen ontbinding kan verzoeken voor het *eerder* doen eindigen van zijn arbeidsovereenkomst, alleen voor dit eerder doen eindigen een bepaalde ontbindingsvergoeding kan krijgen. Voor de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst *sec*, dient een werknemer alsnog een 681-procedure te voeren. Het enige dat werknemer daarin niet kan vorderen, is herstel van het dienstverband ex art. 7:682 BW. Dat heeft hij namelijk prijsgegeven toen hij ontbinding verzocht. Welnu, ik hoop dat deze uitleg niet juist is, want deze miskent de systematiek van ons ontslagrecht. Als eenmaal is ontbonden, dan bestaat er volgens de wet geen mogelijkheid meer om een 681-procedure te starten. De arbeidsovereenkomst is dan immers niet geëindigd door opzegging, maar door ontbinding. Deze uitleg van r.o. 3.3 zou van ons duale ontslagstelsel een 'cumulatief ontslagstelsel' maken: na ontbinding volgt mogelijk nog een kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure. Beide procedures zouden ook gelijktijdig kunnen plaatsvinden. Een werknemer kan immers reeds tijdens de opzegtermijn een 681-procedure starten. Deze versie kan men de 'getrokken lootjes-variant' noemen. Zijn de lootjes voor kerst al getrokken, dan zul je de wensen op dat lootje ook pas met kerst kunnen verzilveren. Dat inmiddels ook voor Sinterklaas lootjes worden getrokken, doet daar niet aan af. 13. Geen van beide uitlegvarianten

levert een bevredigend resultaat op. De rechtsoverweging leidt dan ook enkel tot verwarring. Heel veel verwarring. Dat is goed nieuws voor de praktijkjurist, want die mag met deze 'vage' rechtsoverweging 'spelen'. Het helpt ons ontslagsysteem echter geen stap verder, eerder drie stappen terug. Let wel, de Hoge Raad plaatst het voorgaande in een rechtsoverweging ten overvloede. Dat doet de Hoge Raad meestal alleen als hij iets duidelijk wil maken. Het recht of de rechtsregel helder uiteen wil zetten. We mogen er dus niet te lichtvaardig aan voorbij gaan.

14. Ik rond af... maar ben nog lang niet klaar. Ik heb nog niets gezegd over de cassatiemiddelen in deze beschikking. Het eerste middel gaat in de kern om de vraag of de rechtsregel uit het arrest HR 30 juni 1995 (*JAR* 1995/152 *De Waal/Van Rijn*) - dat men niet zonder medewerking van de werknemer kan terugkomen op een gedane opzegging (een eenzijdige rechtshandeling) - ook van toepassing is als men voor een tweede keer opzegt, maar dan tegen een eerder datum. De Hoge Raad oordeelt - mijns inziens terecht - dat men in een dergelijke situatie niet eenzijdig terugkomt op een rechtshandeling, maar dat de oorspronkelijke rechtshandeling geen rechtsgevolg meer heeft door het eindigen van de arbeidsovereenkomst op een eerder tijdstip, ten gevolge van de tweede opzegging. Anders dan in de zaak *De Waal/Van Rijn*, waar de werkgever een te korte opzegtermijn in acht had genomen en deze eenzijdig wilde verlengen tot een regelmatige opzegging, speelde in de onderhavige beschikking dat de werkgever regelmatig had opgezegd en vervolgens alsnog schadeplichtig wilde opzeggen (zie in gelijke zin de noot van Bergwerf onder Hof Amsterdam 10 maart 2009, *JIN* 2009/660). Dat kan, aldus de Hoge Raad. De vraag of een werkgever ook voor een tweede keer van dezelfde ontslagvergunning gebruik mag maken, wordt in dit arrest niet beantwoord. Sommigen stellen zich op het standpunt dat het *Lypack*-arrest (HR 14 maart 2003, *JAR* 2003/90) zich daartegen verzet. In die zaak oordeelde de Hoge Raad dat de ontslagvergunning een 'aflopend karakter' heeft en deze na gebruik is 'opgebruikt', zodat voor een tweede opzegging een nieuwe ontslagvergunning vereist is. Dat zou met zich brengen dat de werknemer in de onderhavige zaak ook een beroep had kunnen doen op art. 9 BBA om zo alsnog ontvankelijkheid in de ontbindingsprocedure te realiseren.

15. De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat het hof niet is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting door te overwegen dat het bewust onregelmatig opzeggen met als enkel doel de werknemer niet ontvankelijk te laten zijn in een eventuele ontbindingsprocedure, misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) kan opleveren. Opnieuw zien we dat het algemeen vermogensrecht ogenschijnlijk gemakkelijk wordt aangewend voor het oplossen van een arbeidsrechtelijk vraagstuk. Ook dit roept vragen op. Is het 'vol toetsen' van het ontslagmotief aan art. 3:13 BW thans ten aanzien van alle opzeggingsvarianten mogelijk? Dus ook het proeftijdontslag? Ook in dat geval lijkt de Hoge Raad terug te komen op eerdere jurisprudentie (*Codfried/ISS*). En is het voorts mogelijk dat een werknemer zich op misbruik van bevoegdheid beroept, nadat de vervaltermijnen van art. 7:681 BW reeds zijn verstreken? Eerdere rechtspraak van de Hoge Raad stond dit niet toe



vanwege het gesloten stelsel van het ontslagrecht. Maar hoe gesloten is dat stelsel nog na deze twee uitspraken van de Hoge Raad? Mij bekruipt toch het gevoel alsof Sinterklaas en de Kerstman opeens samen in één arrenslee het ontslagstelsel doorkruisen. Dit kan toch niet de bedoeling zijn? 16. Twee arresten over fundamentele vragen van ons ontslagrecht. Een derde arrest wordt op korte termijn verwacht, te weten de zaak Rutten/Breed (beter bekend als 'de XYZ-zaak'). Het is zeer te hopen dat de Hoge Raad dit arrest aangrijpt om duidelijkheid te creëren naar aanleiding van de thans gerezen vragen, die als volgt kunnen worden samengevat: 1) Wat bedoelt de Hoge Raad met r.o. 3.3 in zijn beschikking van 11 december jongstleden? 2) Heeft de Hoge Raad afstand willen doen van het arrest Schoonderwoert/Schoonderwoerd, in die zin dat vanaf 27 november 2009 bij de begroting van de schadevergoeding ex art. 7:681 BW ook rekening mag worden gehouden met nadien voorgedane omstandigheden (zoals het vinden van een nieuwe dienstbetrekking of het verbeteren van de arbeidsmarktpositie van werknemer)? 3) Wat bedoelt de Hoge Raad met de wijze van uniformering van ontslagvergoedingen zoals overwogen in r.o. 4.6 (Van de Grijp/Stam) en bieden 'de 18 omstandigheden' in Rutten/Breed hier wellicht uitkomst?

De Hoge Raad heeft zich nu tweemaal uitgelaten over de verhouding tussen de kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure en de ontbindingsprocedure. Driemaal is scheepsrecht. To be continued?