

ANNOTATIE

# **Klare taal van de Hoge Raad: voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ nog slechts beperkt mogelijk en bewijsrecht volledig van toepassing in de ontbindingsprocedure**

*mr. dr. P. Kruit*

*Annotatie bij Hoge Raad, 23-12-2016, ECLI:NL:HR:2016:2998 (AR-2016-1482)*

## **1. Inleiding**

De eerste WWZ-beschikking van de Hoge Raad is een feit. Op 23 december 2016 gaf de Hoge Raad de arbeidsrechtelijke wereld een kerstcadeau in de vorm van de beantwoording van de prejudiciële vragen van de Kantonrechter Enschede inzake de voorwaardelijke ontbinding. Op 20 mei 2016 legde de Kantonrechter Enschede een aantal prejudiciële vragen aan de Hoge Raad voor ten aanzien van de toepasselijkheid van de voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst onder de WWZ. Voorts heeft de kantonrechter een prejudiciële vraag gesteld over de toepasselijkheid van het bewijsrecht in de (voorwaardelijke) ontbindingsprocedure, nu over zowel de voorwaardelijke ontbinding als het bewijsrecht in literatuur en jurisprudentie verschillend werd gedacht en geoordeeld. Hoewel de Hoge Raad niet altijd met duidelijk omlinjnde antwoorden op de aan hem gestelde vragen komt, spreekt de Hoge Raad ditmaal klare taal. Zonder omslachtige formuleringen worden de prejudiciële vragen van de kantonrechter beantwoord. In deze annotatie breng ik in paragraaf 2 eerst de door de kantonrechter voorgelegde prejudiciële vragen in herinnering en geef ik in paragraaf 3 het antwoord van de Hoge Raad op deze vragen. Van hieruit wordt in paragraaf 4 een praktische duiding van deze beschikking gegeven. Paragraaf 5 bevat de conclusie.

## 2. De prejudiciële vragen

In haar uitspraak van 20 mei 2016 besloot de Kantonrechter Enschede het leerstuk van de voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ aan de Hoge Raad voor te leggen in een aantal prejudiciële vragen.

‘A (a) Kan een werkgever onder de Wet werk en zekerheid in een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding worden ontvangen?

(b) Indien de hiervoor onder A (a) gestelde vraag in het algemeen bevestigend noch ontkennend kan worden beantwoord, kan een werkgever dan wel in zijn verzoek tot voorwaardelijke ontbinding worden ontvangen indien de werknemer een verzoek tot vernietiging van het gegeven ontslag op staande voet heeft ingediend en

- op dat verzoek nog niet is beslist (bijvoorbeeld omdat een bewijsopdracht is gegeven); of

- op dat verzoek en op het voorwaardelijke ontbindingsverzoek – al dan niet na bewijslevering in één of beide procedures – op dezelfde dag (eind)beschikking wordt gewezen en waarbij het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet wordt afgewezen;

B. Indien, na positieve beantwoording van één van de vragen onder A, een werkgever ontvankelijk dient te worden verklaard in zijn verzoek tot voorwaardelijke ontbinding na een gegeven ontslag op staande voet, kan de kantonrechter dan tot voorwaardelijke ontbinding – ervan uitgaande dat van een voldragen grond als bedoeld in art. 7:669 lid 3 sub c t/m h BW sprake is – overgaan:

(a) als op een door de werknemer ingediend verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet [...] nog niet [is] beslist (bijvoorbeeld omdat een bewijsopdracht is gegeven);

(b) als op een door de werknemer ingediend verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet en op het voorwaardelijke ontbindingsverzoek – al dan niet na bewijslevering in één of beide procedures – op dezelfde dag beschikking wordt gewezen, waarbij het verzoek tot vernietiging van de opzegging (het gegeven ontslag op staande voet) wordt afgewezen;

C. Dient bij beantwoording van de vragen onder B onderscheid gemaakt te worden naar gelang de formulering van de voorwaarde, te weten:

(a) de voorwaarde “dat de arbeidsovereenkomst in hoger beroep wordt hersteld”? en

(b) de voorwaarde “indien en voor zover het verzoek van de werknemer tot vernietiging van de opzegging (het gegeven ontslag op staande voet) wordt afgewezen”?

D. Dient bij beantwoording van de vragen hierboven, onder B en/of C onderscheid gemaakt te worden naar de grondslag van het voorwaardelijk ontbindingsverzoek, te weten:

(a) de situatie waarbij aan het voorwaardelijk ontbindingsverzoek dezelfde feiten en omstandigheden ten grondslag zijn gelegd als die aan het ontslag op staande voet ten grondslag zijn gelegd, zoals in de onderhavige zaak resulterende in een verzoek op basis van de zogenoemde e-grond, en [...]

(b) de situatie dat aan het voorwaardelijk verzoek andere feiten en omstandigheden ten grondslag zijn gelegd die niet (direct) in relatie staan tot de feiten en omstandigheden die hebben geleid tot het ontslag op staande voet, zoals in de onderhavige zaak resulterende in de g-grond;

E. Indien voorwaardelijke ontbinding in één of meerdere situaties als hiervoor genoemd mogelijk is, is het bewijsrecht daarop dan ten volle van toepassing?’

### **3. Het antwoord van de Hoge Raad**

De Hoge Raad beantwoordt de prejudiciële vragen als volgt:

‘A. Een werkgever kan onder de Wet werk en zekerheid in een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding worden ontvangen, tenzij de rechter op processuele gronden niet toekomt aan een behandeling van de zaak.

B. Het is wenselijk dat de rechter het verzoek van de werknemer tot vernietiging van het hem op staande voet gegeven ontslag, en het verzoek van de werkgever tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor het geval de rechter zal oordelen dat ontslagaanzegging in de gegeven omstandigheden niet gerechtvaardigd was, zoveel mogelijk gelijktijdig behandelt en beslist.

Indien op het verzoek van de werkgever tot voorwaardelijke ontbinding op zichzelf al kan worden beslist, maar op het door de werknemer gedane verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet nog niet, bijvoorbeeld omdat een bewijsopdracht is gegeven, kan de rechter het ontbindingsverzoek afzonderlijk behandelen indien aanhouding een onaanvaardbare vertraging van die procedure zou opleveren.

Indien het door de werknemer ingediende verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet wordt afgewezen, heeft de werkgever – al naar gelang de formulering van de voorwaarde – geen belang meer bij het voorwaardelijke ontbindingsverzoek.

C. Als het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst is gedaan onder de voorwaarde:

- (a) “dat de arbeidsovereenkomst in hoger beroep wordt hersteld”, of
- (b) “indien en voor zover het verzoek van de werknemer tot vernietiging van de opzegging (het gegeven ontslag op staande voet) wordt afgewezen”,

dient het in zoverre te worden afgewezen. In het eerste geval omdat dit onwenselijk is en in het tweede geval omdat er geen belang meer is.

D. Bij beantwoording van de vragen onder B en C dient geen onderscheid te worden gemaakt naar de grondslag van het voorwaardelijk ontbindingsverzoek. Het maakt aldus geen verschil of aan het voorwaardelijk ontbindingsverzoek dezelfde feiten en omstandigheden ten grondslag zijn gelegd als aan het ontslag op staande voet, of

dat aan het voorwaardelijk ontbindingsverzoek andere feiten en omstandigheden ten grondslag zijn gelegd die niet (direct) in relatie staan tot de feiten en omstandigheden die hebben geleid tot het ontslag op staande voet.

E. De wettelijke bewijsregels zijn in beginsel van overeenkomstige toepassing in ontbindingsprocedures als hier bedoeld. Indien de rechter, na afweging van de belangen van beide partijen, aanleiding ziet om in de ontbindingsprocedure eerder te oordelen dan in de ontslagprocedure, is hij evenwel bevoegd om de wettelijke bewijsregels buiten toepassing te laten. De rechter dient dat oordeel te motiveren;’

#### **4. Praktische implicaties**

In mijn eerdere annotatie over de voorwaardelijke ontbinding (P. Kruit, Voorwaardelijke ontbinding na ontslag op staande voet onder de WWZ, AR 2016-0167) gaf ik aan dat vraagtekens konden worden geplaatst bij de toepasselijkheid van de voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ, omdat de door de Hoge Raad in zijn arrest uit 1983 (ECLI:NL:HR:1983:AG4670, NJ 1984/296 (Nijman/X)) gegeven argumenten – snelheid en definitieve zekerheid – onder de WWZ niet langer kunnen worden bereikt.

De Hoge Raad onderkent deze bezwaren expliciet (r.o. 3.4.3) maar is desondanks van mening dat voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst onder de WWZ nog steeds mogelijk is, nu de WWZ deze rechtsfiguur niet uitsluit. Voorts geeft de Hoge Raad aan dat er wel degelijk een belang *kan* zijn voor de werkgever bij het indienen van een voorwaardelijk ontbindingsverzoek, namelijk voor zover het ontslag op staande voet door de kantonrechter als ‘niet rechtsgeldig gegeven’ wordt beoordeeld.

Bij een voorwaardelijke ontbinding na een ontslag op staande voet kan een drietal situaties zich voordoen:

1. De kantonrechter doet in de 681-procedure en de 671b-procedure tegelijk uitspraak en oordeelt dat het ontslag op staande voet terecht is gegeven.
2. De kantonrechter doet in de 681-procedure en de 671b-procedure gelijk uitspraak en oordeelt dat het ontslag op staande voet niet terecht is gegeven.
3. De kantonrechter doet eerst uitspraak in de 671b-procedure en pas later in de 681-procedure, bijvoorbeeld omdat in de 681-procedure nadere bewijslevering nodig is.

De Hoge Raad beschrijft in zijn beschikking al deze drie varianten.

*Uitgangspunt: gelijktijdige behandeling*

De Hoge Raad kiest in zijn beschikking duidelijk voor een processuele benadering. Uitgangspunt is volgens de Hoge Raad dat de procedures van artikel 7:681 BW en 7:671b BW gelijktijdig moeten worden behandeld. Zelfs indien de werkgever een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst indient nog voordat de werknemer de vernietigingsprocedure ex artikel 7:681 BW is gestart, dient de kantonrechter het voorwaardelijk ontbindingsverzoek van de werkgever aan te houden tot het moment waarop ook de werknemer zijn 681-procedure aanhangig heeft gemaakt. De beide procedures zijn volgens de Hoge Raad zodanig aan elkaar verknocht dat een afzonderlijke behandeling eigenlijk niet is voor te stellen. Door vervolgens ook het bewijsrecht volledig van toepassing te verklaren in de voorwaardelijke ontbindingsprocedure zorgt de Hoge Raad voor een situatie waarin zelfs bij het geven van een bewijsopdracht door de kantonrechter niet goed denkbaar is dat de beide procedures worden gesplitst, nu deze bewijslevering ook in de voorwaardelijke ontbindingsprocedure noodzakelijk zal zijn. Met deze benadering elimineert de Hoge Raad feitelijk situatie 3 zoals hiervoor omschreven. Het niet gelijktijdig afdoen van de voorwaardelijke ontbindingsprocedure van de werkgever en het vernietigingsverzoek van de werknemer zal met deze aanpak slechts zelden voorkomen. Enkel wanneer de voorwaardelijke ontbinding (deels) is gebaseerd op andere feiten dan het ontslag op staande voet zou de ontbindingsbeschikking eerder kunnen worden gewezen dan de 681-beschikking. Het speelveld van het ontslag op staande voet en de voorwaardelijke ontbinding wordt hiermee door de Hoge Raad gereduceerd tot een tweetal mogelijke scenario's. In feite moet enkel nog onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat het ontslag op staande voet wordt vernietigd en de situatie waarin het ontslag op staande voet rechtsgeldig wordt geoordeeld. Hoe dient de kantonrechter in beide situaties om te gaan met het voorwaardelijk ontbindingsverzoek?

De Hoge Raad is helder: enkel wanneer de kantonrechter het ontslag op staande voet vernietigt, bestaat de mogelijkheid tot (on)voorwaardelijke ontbinding van de

arbeidsovereenkomst. Indien de kantonrechter besluit dat het ontslag op staande voet wel rechtsgeldig is gegeven, dan bestaat voor de kantonrechter niet de mogelijkheid om de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk te ontbinden, namelijk voor zover het hof in hoger beroep zou oordelen dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is en de arbeidsovereenkomst (al dan niet met terugwerkende kracht) dient te worden hersteld. Het op voorhand ontbinden van een nog te herstellen arbeidsovereenkomst is een onaanvaardbare doorkruising van de mogelijkheid tot herstel welke bevoegdheid de wetgever uitdrukkelijk aan het hof heeft toegekend. Het zowel in de lage rechtspraak (zie o.a. Ktr. Rotterdam 30 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2737; Ktr. Dordrecht 1 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:969; Ktr. Den Haag 17 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:14811; Ktr. Amsterdam 24 november 2015, JAR 2015/284; Ktr. Zutphen 12 november 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7645) als in de literatuur (zie o.a. F.G. Laagland, Het procedurele mijnenveld van het ontslag op staande voet, *ArA* 2015/4, p. 45-52; P.G. Vestering & W.J.J. Wetzels, *Praktisch arbeidsprocesrecht onder de WWZ*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 53-58; F.A. Chorus & S. van Waegeningh, In staat van ontbinding? De voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz, *ArbeidsRecht* 2016/33) verdedigde standpunt dat een nog te herstellen arbeidsovereenkomst op voorhand kan worden ontbonden, wordt door de Hoge Raad aldus uitdrukkelijk verworpen. In die situatie dient het voorwaardelijk ontbindingsverzoek te worden afgewezen vanwege een gebrek aan belang.

#### *Status van de te herstellen arbeidsovereenkomst blijft onduidelijk*

De Hoge Raad laat zich (helaas) niet expliciet uit over de vraag of de nog te herstellen arbeidsovereenkomst dezelfde arbeidsovereenkomst is als die door het ontslag op staande voet is geëindigd, dan wel dat het gaat om een nieuwe (tweede) arbeidsovereenkomst. Zoals Houweling in zijn annotatie reeds uitvoerig heeft beargumenteerd, kan uit het stelsel van het ontslagrecht enkel worden geconcludeerd dat het een nieuwe (tweede) arbeidsovereenkomst betreft (A.R. Houweling, Ken uw klassieken! Over de herstelveroordeling in de Wet werk en zekerheid, *AR* 2016-0462). Immers een opzegging (ook wegens een dringende reden) kan enkel door vernietiging ex artikel 7:681 BW ongedaan worden gemaakt. Indien de kantonrechter in eerste aanleg oordeelt dat het ontslag op staande voet terecht is gegeven, kan dit oordeel van de kantonrechter in hoger beroep *niet* ongedaan worden gemaakt. Daarmee blijft ook de opzegging van de werkgever onaangedaan. Daaruit volgt dat een te herstellen arbeidsovereenkomst altijd een nieuwe (en dus tweede) arbeidsovereenkomst moet zijn, omdat het tegen het systeem van het ontslagrecht zou indruisen om zonder de opzegging te vernietigen toch de (eerste) arbeidsovereenkomst te laten continueren.

De Hoge Raad gaat op deze discussie niet in en volstaat met de opmerking dat het onwenselijk is wanneer de kantonrechter in eerste aanleg een uitspraak van het hof in hoger beroep zou kunnen dwarsbomen. Hoewel de uitkomst hetzelfde is, meen ik dat de route die de Hoge Raad

kies een opmerkelijke is. De Hoge Raad redeneert niet vanuit de systematische gedachte van het ontslagrecht, maar vanuit de invalshoek van hiërarchie tussen de verschillende gerechten: 'het kan toch niet zo zijn dat de kantonrechter in eerste aanleg het hof als appelrechter de pas afsnijdt'... De vraag naar de status van de te herstellen arbeidsovereenkomst is echter wel degelijk relevant. Weliswaar niet meer voor het leerstuk van de voorwaardelijke ontbinding, maar bijvoorbeeld wel voor de vraag of de werkgever – hoewel hij de arbeidsovereenkomst heeft moeten herstellen – tevens een transitievergoeding is verschuldigd. Wellicht dat de Hoge Raad hierover in een volgende beschikking duidelijkheid verschaft.

#### *Voorwaardelijke ontbinding in hoger beroep?*

Nu de Hoge Raad duidelijk heeft gemaakt dat voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet mogelijk is indien de kantonrechter het ontslag op staande voet in stand laat, dient de vraag zich aan of de werkgever in de appelprocedure opnieuw voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan verzoeken. De werkgever zou dan aan het hof vragen om een op zijn veroordeling door de werkgever te herstellen arbeidsovereenkomst direct weer te ontbinden. Van Zanten-Baris merkt in haar annotatie in JAR op dat de Hoge Raad deze mogelijkheid in rechtsoverweging 3.13.2 in het midden laat (JAR 2017/19). Hoewel ik het tekstueel met Van Zanten-Baris eens ben dat de Hoge Raad deze mogelijkheid van voorwaardelijke ontbinding in hoger beroep niet uitsluit, zie ik er weinig toegevoegde waarde in. Wanneer de werkgever in eerste aanleg in het gelijk wordt gesteld, kan deze beslissing in hoger beroep niet ongedaan worden gemaakt. In hoger beroep kan de werknemer enkel betogen dat de kantonrechter de opzegging ten onrechte niet heeft vernietigd en daardoor herstel van de arbeidsovereenkomst moet worden uitgesproken. De vraag naar de rechtsgeldigheid van het ontslag op staande voet staat opnieuw centraal. Anders dan de kantonrechter heeft het hof van de wetgever uitdrukkelijk de bevoegdheid gekregen om *zo nodig ambtshalve* de herstelveroordeling om te zetten in een billijke vergoeding. Als redenen voor deze ambtshalve bevoegdheid noemt de wetgever enerzijds tijdsverloop, maar anderzijds ook de situatie waarin 'herstel van de arbeidsovereenkomst niet in de rede ligt' (Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 34-35). Ik kan mij goed voorstellen dat wanneer het hof tot het oordeel komt dat weliswaar geen sprake is van een rechtsgeldig ontslag op staande voet, maar de arbeidsrelatie door het handelen van de werknemer wel verstoord is geraakt dit nu precies een situatie is waarin het hof van haar ambtshalve bevoegdheid om een herstelveroordeling om te zetten in een billijke vergoeding gebruik maakt. Een voorwaardelijke ontbinding in hoger beroep heeft in mijn optiek aldus – mocht dit al mogelijk zijn – geen toegevoegde waarde.

#### *Gevolgen voor de rechtspraak*

De gevolgen van deze beschikking van de Hoge Raad zijn mijns inziens groot. Deze uitspraak leidt er immers toe dat de voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst nog slechts in beperkte mate mogelijk is, namelijk alleen wanneer het ontslag op staande voet door de kantonrechter niet rechtsgeldig wordt geacht. Indien de kantonrechter het ontslag op staande voet wel rechtsgeldig oordeelt en de werknemer tegen dit oordeel appelleert bestaat voor de werkgever geen mogelijkheid meer het risico op een eventuele loonvordering op voorhand te beperken voor het geval de werknemer in hoger beroep in het gelijk wordt gesteld. Dit resulteert in een volledig gelijk speelveld in hoger beroep, daar waar dit voorheen voor de werkgever doorgaans slechts om een beperkt risico ging. Het verhoogde risico voor de werkgever in de appelprocedure zou ertoe kunnen leiden dat voor de werknemer een extra incentive ontstaat om in hoger beroep te gaan, om onder de druk van dit aanzienlijke risico alsnog een minnelijke regeling te treffen. Nu bij de beoordeling van het ontslag op staande voet 'alle omstandigheden van het geval in onderlinge samenhang' dienen te worden betrokken, kan de weging van deze omstandigheden in hoger beroep immers zomaar anders uitvallen dan in eerste aanleg. Dit risico wordt met onderhavige beschikking van de Hoge Raad volledig op het bord van de werkgever gelegd.

Nu de werkgever op voorhand niet weet hoe de kantonrechter en eventueel het hof over het ontslag op staande voet gaat oordelen, loopt hij hiermee, zoals gezegd, een aanzienlijk risico op een hoge loonvordering of een billijke vergoeding. De enige manier om dit procedurele risico te vermijden, is het niet geven van het ontslag op staande voet en direct besluiten tot het indienen van een regulier ontbindingsverzoek ex artikel 7:671b BW, waarbij de e-grond en de g-grond doorgaans de meest voor de hand liggende ontslaggronden zijn. Weliswaar kan ook de reguliere ontbindingsprocedure in een appel eindigen, maar nu de ontslaggronden een beduidend lagere drempel kennen dan het ontslag op staande voet, wordt hiermee het risico voor de werkgever ingeperkt. In de kwesties waarin de werkgever een ontslag op staande voet overweegt, is doorgaans immers wel het een en ander aan de hand. Hierbij merk ik op dat in mijn optiek de schorsing zonder behoud van loon op grond van artikel 7:628 BW na invoering van de WWZ tot de mogelijkheden is gaan behoren (zie anders annotatie van F. Dekker, Don't Believe the Hype: Van der Gulik/Visser & Partners is springlevend!, AR 2016-0487), zodat met een schorsing zonder behoud van loon hangende een reguliere ontbindingsprocedure feitelijk een zelfde situatie kan worden gecreëerd als met een ontslag op staande voet, echter zonder de procedurele risico's die aan een ontslag op staande voet zijn verbonden. Indien de werknemer zich daadwerkelijk ernstig misdragen heeft, dan is het enige resterende risico bij de route van het onvoorwaardelijke ontbindingsverzoek dat wellicht een transitievergoeding moet worden betaald indien het handelen van de werknemer niet als 'ernstig verwijtbaar' wordt aangemerkt. Dit risico is aanmerkelijk kleiner dan de hoge loonvordering met daaraan verbonden wedertewerkstelling van de werknemer, dan wel een billijke vergoeding plus



transitievergoeding plus onregelmatige opzeggingsvergoeding bij een onterecht ontslag op staande voet. De route van de reguliere ontbinding met schorsing zonder behoud van loon zou daarom weleens de plaats van het ontslag op staande voet kunnen gaan innemen bij zeer ernstig wangedrag van de werknemer. De onderhandelingsmacht die een ontslag op staande voet met zich brengt, kan met een schorsing zonder behoud van loon en een reguliere ontbindingsprocedure mijns inziens op eenzelfde wijze worden gecreëerd. Ook met deze route wordt immers van het ene op het andere moment de geldkraan van de werknemer dichtgedraaid, waardoor voor de werkgever een sterke onderhandelingspositie ontstaat. Ik acht de kans groot dat met deze beschikking van de Hoge Raad het ontslag op staande voet (nog) verder zal worden teruggedrongen in de dagelijkse arbeidsrechtpraktijk.

*Andere voorwaardelijke ontbindingsverzoeken ook aan banden?*

Een kanttekening bij de beschikking van de Hoge Raad is dat deze expliciet is toegespitst op de situatie van het gegeven ontslag op staande voet en de naar aanleiding hiervan gestarte voorwaardelijke ontbindingsprocedure. De vraag is in hoeverre de beschikking van de Hoge Raad kan worden geëxtrapoleerd naar andere situaties waarin voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst aan de orde zal zijn; hierbij valt te denken aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst met de verkrijger na overgang van onderneming, een discussie over de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst dan wel een overeenkomst van opdracht en de toepassing van de ketenregeling zoals bij de vraag naar de toepasselijkheid van opvolgend werkgeverschap. In hoeverre is het oordeel van de Hoge Raad ten aanzien van de voorwaardelijke ontbinding na ontslag op staande voet één op één toepasbaar bij deze andere situaties waarin voorwaardelijke ontbinding in beeld komt? Ik ben van mening dat ook in al die situaties de door de Hoge Raad geformuleerde regels kunnen worden toegepast. In die situaties zal de werknemer immers ook met een beroep op artikel 7:681 BW een opzegging door de werkgever moeten vernietigen, waarbij de discussie naar het bestaan van een arbeidsovereenkomst als voorvraag in deze procedure tot uiting komt. Indien de door de Hoge Raad geformuleerde regels echter onverkort van toepassing zijn, zorgt ook dit type 681-geschillen voor een verhoogd risico voor de werkgever. Wanneer de kantonrechter tot het oordeel komt dat tussen partijen een overeenkomst van opdracht is gesloten en geen arbeidsovereenkomst, kan naar analogie geen voorwaardelijke ontbinding plaatsvinden voor het geval het hof in hoger beroep zou oordelen dat alsnog sprake is van een arbeidsovereenkomst. De werkgever loopt in een dergelijke situatie aldus hetzelfde risico als na een gegeven ontslag op staande voet. Nu de Hoge Raad in de onderhavige beschikking zich uitsluitend beperkt tot de voorwaardelijke ontbinding na een gegeven ontslag op staande voet, kan niet worden uitgesloten dat in andere denkbare gevallen waarin voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst een rol speelt anders wordt geoordeeld. Erg

aannemelijk lijkt mij dit echter niet.

### *Bewijs*

Tot slot geeft de Hoge Raad expliciet aan dat het bewijsrecht in beginsel ten volle van toepassing is in de ontbindingsprocedure op grond van artikel 284 Rv. Hoewel dit oordeel wellicht niet direct als een verrassing komt – de parlementaire geschiedenis is weliswaar op dit punt wat tegenstrijdig, maar vanwege de opheffing van het appelverbod kan moeilijk nog gesproken worden van een ‘bijzonder karakter’ van de ontbindingsprocedure zodanig dat het bewijsrecht niet van toepassing zou moeten worden verklaard – brengt ook dit oordeel grote consequenties voor de ontslagpraktijk met zich. Immers, voor iedere ontbindingsprocedure (niet alleen de voorwaardelijke) geldt dat een voldoende gespecificeerd bewijsaanbod op grond van deze beschikking van de Hoge Raad niet langer kan worden gepasseerd. Waar in de lage rechtspraak nu verschillend (en doorgaans erg terughoudend) wordt omgegaan met een bewijsaanbod, zal de kantonrechter op basis van deze beschikking minder makkelijk tot afwijzing van een bewijsaanbod kunnen komen. Hiermee wordt immers het risico gelopen dat de uitspraak in hoger beroep onderuit gaat, vanwege het ten onrechte passeren van een bewijsaanbod. Wel is van groot belang dat partijen het bewijsaanbod voldoende specificeren. Hierop wordt een bewijsaanbod thans vaak afgewezen. Indien echter duidelijk wordt gemaakt *wie er wat* kan verklaren en welk belang dit heeft voor de beoordeling van de zaak, zal de kantonrechter het aangeboden (getuigen)bewijs niet eenvoudig kunnen passeren. Dit zal ongetwijfeld tot een vertraging van de ontbindingsprocedure leiden, waardoor ook in deze procedure voor werkgevers een groter risico ontstaat op een langere loonbetalingsverplichting gedurende de looptijd van de procedure.

### **5. Conclusie**

Concluderend stel ik vast dat de Hoge Raad de arbeidsrechtpraktijk duidelijke richtsnoeren heeft gegeven hoe om te gaan met de toepassing van de voorwaardelijke ontbinding en het bewijsrecht. Zowel de voorwaardelijke ontbindingsprocedure als de reguliere ontbinding met een volledig bewijsrecht heeft door deze beschikking van de Hoge Raad een aanmerkelijk hogere drempel gekregen. Voor iedere praktijkjurist is het echter raadzaam om na een gegeven ontslag op staande voet voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst te (blijven) verzoeken. Op voorhand is immers niet duidelijk hoe de kantonrechter over het ontslag op staande voet zal gaan oordelen. Buiten een geringe proceskostenveroordeling vanwege de beslissing ‘gebrek aan belang’ indien het ontslag op staande voet wel rechtsgeldig wordt geoordeeld, zie ik hier voor de werkgever geen risico. Wel kunnen werknemers met een goed gespecificeerd bewijsaanbod ‘zand in de ontbindingsmachine’ strooien en hiermee voor vertraging zorgen. Het belang om ontslagzaken in onderling overleg op te lossen wordt

hiermee voor de werkgever enkel maar groter. Wat dat betreft kan worden gezegd dat deze beschikking van de Hoge Raad volledig in lijn is met het doel van de wetgever: dejuridiseren van het ontslagrecht. De Hoge Raad stimuleert partijen om er in onderling overleg uit te komen.