

Kroniek van het sociaal recht

Barend Barentsen & Stefan Sagel¹

Vooruitlopend op de Kamerverkiezingen van maart 2017 en tijdens de langdurige kabinetsformatie is de wetgevingsmachine goeddeels stil komen te liggen. Op het moment van schrijven van deze kroniek is nog onduidelijk wat de sociaalrechtelijke agenda van de nieuwe coalitie gaat zijn. Gaat het ontslagrecht wederom op de schop? Worden er fundamentele veranderingen aangebracht in het onderscheid tussen werknemers en zzp'ers? Hoe worden de aanvullende bedrijfspensioenen toekomstbestendiger gemaakt, en hoe wordt de prijs van die aanpassingen over de generaties verdeeld? Het zijn voorwaar geen geringe kwesties en op zich rechtvaardigen zij alleen al een maandenlange formatie. In de rechtspraak hebben zich ondertussen allerlei kroniekwaardige ontwikkelingen voorgedaan die van grote betekenis zijn. Met name de eerste uitspraken van de Hoge Raad op het terrein van de Wwz, waarnaar zo reikhalzend werd uitgekeken en die daarom – vanwege hun grote belang voor de praktijk – relatief uitvoerig worden besproken, smaken naar meer.

1. Inleiding

'Zoals eerder vermeld. Hebben jullie niet binnen twee weken gereageerd en sta ik in mijn recht om week 31 en 32 met vakantie te gaan. Dus bij deze ga ik twee weken van mijn vakantie genieten.'

Dit e-mailtje van de werkneemster van kapsalon New Hairstyle zegt eigenlijk wel genoeg over de ijzige sfeer die daar inmiddels was ontstaan. Hoewel de werkgever de kapster eerder zelf van haar taken had ontheven – ze was tijdelijk gedegradieerd tot schoonmaakster nadat ze had geweigerd om akkoord te gaan met een beëindigingsovereenkomst – en het maar om een dienstverband van één middag in de week ging, weigerde hij in te stemmen met haar verzoek om vakantie in de twee door deze werkneemster gewenste weken. Een van de twee middagen was akkoord, de andere middag zou in kapsalon New Hairstyle tot onoverkomelijke organisatorische problemen leiden, problemen die de werkgever overigens wel te laat had aangevoerd. Daar is meer aan de hand, zullen ook niet-inge-wijden in het arbeidsrecht kunnen bevroeden, en op deze zaak gaan we hierna onder 8. dan ook meer uitvoerig in. Het kroniekwaardige aan deze zaak, op zichzelf komt het

wel vaker voor dat er arbeidsconflicten worden gecreëerd of op zijn minst opgezocht door werkgevers, is dat deze uiteindelijk leidde tot een belangrijke uitspraak van de Hoge Raad over de billijke vergoeding bij (vernietigbaar) ontslag. Dat de kapster de vrijheid nam om op vakantie te gaan was voor de werkgever namelijk aanleiding om haar tijdens die vakantie willens en wetens in strijd met de geldende regels te ontslaan, simpelweg omdat hij – zo bevestigde de werkgever bij de kantonrechter – 'er klaar mee was'.²

Het is overigens vooral in de rechtspraak dat zich kroniekwaardige ontwikkelingen hebben voorgedaan, maar die zijn dan ook meteen van grote betekenis. Vooruitlopend op de Kamerverkiezingen van maart 2017 en tijdens de langdurige kabinetsformatie is de wetgevingsmachine goeddeels stil komen te liggen. Op het moment van schrijven van deze kroniek is nog onduidelijk wat de sociaalrechtelijke agenda van de nieuwe coalitie gaat zijn. Gaat het ontslagrecht wederom op de schop? Worden er fundamentele veranderingen aangebracht in het onderscheid tussen werknemers en zzp'ers? Hoe worden de aanvullende bedrijfspensioenen toekomstbestendiger

Auteurs

1. Prof. mr. B. Barentsen en prof. mr. S.F. Sagel zijn verbonden aan de afdeling sociaal recht van de Universiteit Leiden. Sagel is

voorts advocaat te Amsterdam en was in die hoedanigheid betrokken bij een deel van de in deze kroniek besproken rechtszaken. Deze kroniek bestrijkt de periode okto-

ber 2016 - september 2017.

Noten

2. HR 30 juni 2017,

ECLI:NL:HR:2017:1187, JAR 2017/188, m.nt. Van Zanten-Baris (*New Hairstyle*).

gemaakt, en hoe wordt de prijs van die aanpassingen over de generaties verdeeld? Het zijn voorwaar geen geringe kwesties en op zich rechtvaardigen zij alleen al een maandenlange formatie. Wel ziet het er daarbij naar uit dat de invloed van de vakbeweging op de kabinetsplannen minder sterk zal zijn dan tijdens Rutte-II. Het in 2015 ingevoerde nieuwe ontslagrecht vloeit immers voort uit het tussen werkgevers- en werknemersorganisaties gesloten sociaal akkoord, en daarin is een flink aantal maatregelen ter versterking van werknemersbescherming aan te wijzen. Aan het einde van de zomer van 2017 bleek dat de sociale partners niet tot een nieuw akkoord konden komen. Als de verkiezingsprogramma's en de voortekenen niet bedriegen, lijkt het er wel op dat het nieuwe kabinet wat meer geneigd zal zijn het werkgeversgeluid te laten doorklinken in het beleid.

Onze taak is echter om terug te kijken en niet om in een glazen bol te loeren. Wat viel er op het afgelopen jaar? We kijken kort naar enkele wetgevingsinitiatieven die de eindstreep niet haalden, of al weer buiten werking werden gesteld terwijl de inkt van het Staatsblad waarin ze werden afgekondigd nog nauwelijks droog was (par. 2). Ook besteden we aandacht aan de normalisering van de ambtelijke rechtspositie (par. 3). Daarna gaan we in op twee belangrijke uitspraken over werknemersrechten in faillissement: de Hoge Raad over medezeggenschap van de OR bij doorstart en het HvJ EU over de pre pack (par. 4). Het rechtspraak-overzicht zetten we (par. 5) voort met een bespreking van de uitspraak van de Hoge Raad over payrolling (en de uitzendovereenkomst). Daarna volgt een korte uitstap naar het cao-recht (par. 6). In par. 7 zien wij de vele vragen rond voorwaardelijke ontbinding onder ogen, die ondanks en voor een deel dankzij de Hoge Raad resteren. Daarna (par. 8) staat de uitspraak over de billijke vergoeding centraal. We ronden (par. 9) af met de uitspraken van het HvJ EU over de mogelijkheid van werkgevers om een 'neutrale uitstraling' (verbod van kleding dat op geloofs- of levensovertuiging wijst) op te leggen aan hun personeel. U ziet het al: *it was a very good year*; met een prachtige oogst aan belangwekkende rechtspraak.

2. Wetgevende schijnbewegingen

Zoals gezegd, gebeurde er op het wetgevingsvlak niet heel veel. Minister Asscher van SZW kondigde nog wel het plan aan om een compensatieregeling voor transitievergoeding aan langdurig zieke werknemers in te voeren, maar dit plan belandde in de ijskast.³ Thans zien werkgevers van ontslag van langdurig zieke werknemers af, omdat ze het na twee jaar loonbetaling bij ziekte wel welletjes vinden. Als de werknemer niet herplaatsbaar is in eigen of aangepast werk, mag de werkgever de werknemer na twee jaar ziekte ontslaan. Hij kan het dienstverband echter slapend laten voortduren: dan hoeft er geen ontslagvergoeding te worden betaald. Ervan uitgaande dat de werkgever het maximaal haalbare aan re-integratie-inspanningen heeft geleverd, is de loondoorbetalingsplicht ook tot een einde gekomen en hoeven er geen verdere inspanningen meer te worden geleverd. Dat wordt alleen anders wanneer de gezondheidstoestand van de werknemer verandert of wanneer er alsnog passende vacatures ontstaan.

De Minister van SZW acht het slapend laten voortduren van arbeidsovereenkomsten met langdurig arbeidson-

geschikten getuigen van 'onfatsoenlijk werkgeverschap'. In de rechtspraak tot nu toe wordt wel aan dat standpunt gerefereerd, maar de lijn is wel dat dit gedrag niet in strijd is met de wettelijke norm om zich als een goed werkgever te gedragen.⁴ Kort gezegd hebben werknemers niet het recht om ontslagen te worden om een ontslagvergoeding te garanderen. Hoe en of de werkgever tot ontslag overgaat, is zijn vrije keuze. Werknemers worden niet gedwongen om in dienst te blijven: zij kunnen de lege arbeidsovereenkomst zelf opzeggen of laten ontbinden. In dat geval hebben ze echter geen recht op een transitievergoeding, tenzij de ontbinding het gevolg is van ernstig ver-

Te verwachten valt dat er een veel bredere wijziging in de verplichtingen van werkgevers bij ziekte aan zit te komen

wijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.⁵

Om deze praktijk tegen te gaan, bestaat nu het voor-nemen om werkgevers die langdurig arbeidsongeschikte werknemers ontslaan via de WW te compenseren voor de transitievergoeding. Niet de werkgever, maar alle premiebetalers draaien dan op voor de ontslagvergoeding. Dat zou het voor werkgevers minder onaantrekkelijk moeten maken om na twee jaar ziekte tot ontslag over te gaan. De Raad van State was uitermate kritisch over deze plannen.⁶ De teneur van het commentaar was dat dit medicijn, een door het UWV uit te voeren compensatieregeling, zo ingewikkeld is dat het erger is dan de kwaal. Het is afwachten of de regeling nog wordt doorgezet door het nieuwe kabinet, ook omdat te verwachten valt dat er een veel bredere wijziging in de verplichtingen van werkgevers bij ziekte aan zit te komen. Onder werkgevers maar ook bij veel politieke partijen valt te horen dat de loondoorbetalingsperiode bij ziekte moet worden verkort.

In onze vorige kroniek braken wij al de staf over de Wet DBA, op grond waarvan zzzp'ers door de fiscus met behulp van modelovereenkomsten zouden worden onderscheiden van werknemers.⁷ Na een ware klachtenregen uit de praktijk en een kritisch rapport van de Commissie-Boot is besloten om de nieuwe wet voorlopig niet te handhaven. Alleen bij bewust frauduleus misbruik van een nep zzzp-schap, in het jargon: 'kwaadwillendheid', zal er worden opgetreden met boetes en naheffingen.⁸ De commissie-Boot is aanzienlijk genuanceerder dan wij over de modelovereenkomsten, en komt ook met een aantal interessante voorstellen om de vraag of iemand nu echt zelfstandig is of niet wat beter op te lossen.⁹ Wij willen terugblikkend toch wel benadrukken dat de wetgever hier een fiks brevet van onvermogen heeft afgegeven. Binnen een half jaar komt de overheid tot de conclusie dat de in het voorjaar van 2016 ingevoerde wet niet goed uit voeren valt. En dat terwijl ook de al genoemde niet-ingewijden in het arbeidsrecht weten dat het onderscheid werknemer/zelfstandige

heel lastig in heldere, simpele en correcte criteria te van- gen is. Van welke waanvoorstelling is men in vredesnaam uitgegaan begin 2016? Het is in het sociale domein helaas niet het enige voorbeeld van *shoot first and ask questions later* door de wetgever, zoals de verwickelingen rond de uitbetaling van pgb's door de Sociale Verzekeringsbank illustreren.¹⁰

Van een uitbreiding van de Wet normering topinko- mens tot alle werkenden in de publieke sector is het niet meer gekomen. Thans geldt de wet alleen voor de hoogste bestuurders van (semi-)publieke instellingen, maar het voornemen bestond om de Wnt te laten gelden voor alle werknemers en ambtenaren bij die instellingen (Wnt-3). Dit wetsvoorstel is in afwachting van een missionair kabi- net in de fase van internetconsultatie blijven steken, en komt daar misschien nooit meer uit.¹¹ Wel trad de Evaluatiewet Wnt in werking, die de wet op enkele onderdelen wat aanpaste.¹² Het verbod op variabele beloning (bonus- ban) is afgeschaft en de ruimte om bij cao af te wijken van de Wnt is iets uitgebreid.

Opmerkelijk is wel dat de Wnt, die begin 2013 van kracht werd, in haar nog zo jonge bestaan al met de Repa- ratiewet Wnt,¹³ de Aanpassingswet Wnt,¹⁴ de Wijzigingswet Wnt (Wnt-2)¹⁵ en nu dus ook nog een Evaluatiewet is aan- gepast. (Top)inkomenspolitiek is een gevoelig onderwerp, maar hier is wel sprake van heel veel wetgevende drukte in krap vijf jaar. Op het gevaar af dat u ons – met al onze kritiek op de wetgever – gaat zien als arbeidsrechtelijke *Statler en Waldorf*: dat komt de kwaliteit en uitvoerbaar- heid van de Wnt allerminst ten goede. Daar komt bij dat in de Evaluatiewet een aantal heikele kwesties, waaronder de vraag of de Wnt zich verzet tegen een contractuele ver- goeding bovenop de wettelijke transitievergoeding, dan nog niet eens wordt opgelost. Dat zou 'te ingewikkeld' zijn.¹⁶ De kwestie is uitgesteld tot de behandeling van de Wnt-3, maar nu onzeker is of die wet er ooit nog gaat komen, is het extra betreurenswaardig dat de wet deze materie niet duidelijk regelt.

3. Wet normalisering rechtspositie ambtenaren

Een van de weinige wetgevingsoperaties die de afgelopen periode voltooid werd, is die van de normalisering van de ambtelijke rechtspositie.¹⁷ De indieners van het wetsvoor- stel hebben overigens van meet af aan betoogd dat hier- door heel weinig zou veranderen. Het merendeel van de ambtenaren komt onder het arbeidsrecht te vallen, maar uiteindelijk verandert dat niet heel veel aan hun rechts- positie. Medewerkers van de overheid worden werkne- mers met een arbeidsovereenkomst, maar blijven daar- naast ambtenaar heten. De Ambtenarenwet blijft, met

Rond een wet die zo weinig verandert, is verbazingwekkend veel te doen

een aantal bijzondere verplichtingen, op hen van toepas- sing.¹⁸ Wel wordt deze omgedoopt tot Ambtenarenwet 2017 (AW 2017).

De WNRA dient ter bezegeling van de al jaren lopende normalisering, waarbij de positie van ambtenaren steeds meer overeenkomsten is gaan vertonen met die van werk- nemers. Tal van regelingen, zoals de WOR en de werkne- mersverzekeringen, zijn op beide groepen van toepassing. Verder is het formeel eenzijdige karakter van de rechtsrela- tie tussen overheid en ambtenaar (aanstellingsbesluit in plaats van arbeidsovereenkomst en wettelijke rechtpositie- regeling in plaats van cao) meer een kwestie van vorm dan van inhoud. Ook aan de ambtelijke aanstelling gaat wils- overeenstemming vooraf en over de rechtpositieregelingen moet de overheid onderhandelen met vakbonden. Aan de andere kant is juist het civiele ontslagrecht dankzij de Wwz weer grote gelijkenissen met het gesloten stelsel van het ambtelijke ontslagrecht gaan vertonen.¹⁹ Sommigen bewe- ren zelfs dat werknemers thans meer ontslagbescherming genieten dan ambtenaren.

Een belangrijk verschil is wel dat de rechtsbescher- ming van ambtenaren bestuursrechtelijk is vormgegeven; zij vallen onder de Awb. Dat gaat veranderen, maar dat is eigenlijk een van de weinige ingrijpende veranderingen die de WNRA gaat brengen. De wettelijke bezwaarprocedu- re verdwijnt en de civiele rechter wordt bevoegd. In eerste aanleg is dat de kantonrechter, waar net als bij de bestuursrechter geen verplichte procesvertegenwoor- diging geldt. Daarnaast wordt het bestaande systeem van collectieve onderhandelingen in de publieke sector ingeruild voor echte cao-onderhandelingen.

Een klein deel van de huidige ambtenaren wordt ove- rigens niet genormaliseerd. Defensie, politie, rechterlijke macht en OM zijn uitgezonderd van de WNRA. Zij blijven niet alleen ambtenaar heten, maar behouden ook de (for- meel) eenzijdige relatie met de werkgever. Op hen blijft de Awb dan ook van toepassing.

Rond een wet die zo weinig verandert, is verbazing- wekkend veel te doen. In de eerste plaats was er het kort geding van de vakbonden tegen bekrachtiging van de wet door de Minister van BZK. In de bestaande overlegregelin- gen is bepaald dat overheidswerkgevers de rechtspositie

3. Zie *Kamerstukken II* 2017/18, 34707, 36, p. 25 en *Kamerstukken II* 2016/17, 34669, 2.

4. O.a. Hof Den Haag 14 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3036.

5. Art. 7:673 lid 1 sub b onder 2° BW.

6. *Kamerstukken II* 2016/17, 34669, 4.

7. B. Barentsen & S.F. Sagel, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJB* 2016/1819, onder 2.

8. *Kamerstukken II* 2016/17, 34036, 40 en

61.

9. Eindrapport van de Commissie (Model) overeenkomsten, bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 34036, 40, zie ook www.rijks-overheid.nl/documenten/kamerstuk-ken/2016/11/18/rapport-commissie-boot.

10. In deze zin ook al B. Barentsen, 'Je Maintiendrai', *TRA* 2017/1.

11. Zie www.internetconsultatie.nl/uitbrei-dingpersonelereikwijdeWnt/details.

12. *Stb.* 2017, 151.

13. *Stb.* 2014, 446.

14. *Stb.* 2014, 235.

15. Wet verlaging bezoldigingsmaximum Wnt, *Stb.* 2014, 488.

16. MvT Evaluatiewet Wnt, *Kamerstukken II* 2016/17, 34654, 3, p. 6.

17. Wet normalisering rechtspositie ambte- naren, *Stb.* 2017, 123. Zie uitgebreider hierover: B. Barentsen, 'Normalisering amb-

telijke rechtspositie', *NJB* 2017/420; en N. Hummel, 'Het ambtenarenrecht is dood: lang leve het ambtenarenrecht', *Arbeids- Recht* 2017/20.

18. *Kamerstukken II* 2010/11, 32550, 4, p. 17.

19. N. Hummel & D.M.A. Bij de Vaate, 'De Wet werk en zekerheid: omgekeerde nor- malisering?', *TRA* 2014/64.

van hun personeel alleen met instemming van de bonden mogen wijzigen. Volgens de bonden is die instemmingsplicht met voeten getreden, en daarom eisten zij dat de minister op zijn minst met hen zou overleggen voordat hij het door het parlement aanvaarde wetsvoorstel zou bekrachtigen. Zowel de Haagse voorzieningenrechter als het Haagse gerechtshof wezen die vordering af.²⁰

De implementatie van de wet, en dat is een tweede verrassend punt, gaat nog geruime tijd duren. De minister heeft begin 2017 laten weten uit te gaan van 1 januari 2020 als invoeringsdatum.²¹ In de tussentijd moet het corpus aan Nederlandse wetgeving worden doorgelooid op het begrip 'ambtenaar' en zo nodig worden aangepast aan de nieuwe definitie. Vanaf 2020 kan het begrip ambtenaar zowel zogeheten 'blijfambtenaren' omvatten (zoals politieagenten) maar ook 'nieuwe ambtenaren (ambtenaren met arbeidsovereenkomst, zoals gemeenteambtenaren) en het is de vraag voor welke ambtenaren de bestaande wettelijke normen moeten blijven gelden.

Daarnaast moeten overheidswerkgevers en vakbonden aan de slag, omdat de bestaande wettelijke rechtspositieregelingen vervangen moeten worden door cao's. Dat is een nog wel grotere klus dan de opschoning van de wetgeving, al was het maar omdat de wettelijke regels die nu bepalen in welke overheidssector met welke bonden overeenstemming moet worden bereikt gaan vervallen. Daarnaast kan er tussen de bonden en de werkgever onenigheid ontstaan over het niveau van de arbeidsvoorwaarden in 2020. Mogelijk behoort de o-lijn tot het verleden, maar het valt niet uit sluiten dat vakbondseisen en werkgeverswensen zo ver uit elkaar liggen dat er geen cao tot stand komt of op zijn minst dat er een langdurige impasse optreedt. Zo lang en voor zover er geen nieuwe cao's worden afgesloten, blijven de oude wettelijke rechtspositieregelingen na inwerkingtreding van de WNRA van kracht (artikel 17 AW 2017).

Hoewel de WNRA uitgaat van de zogeheten 'big bang', die inhoudt dat ambtenaren op het moment van inwerkingtreding van rechtswege een arbeidsovereenkomst krijgen met dezelfde inhoud als hun aanstelling, gaan er inmiddels stemmen op om toch arbeidsovereenkomsten aan te gaan met de huidige ambtenaren. Ten eerste is het wat gek om de op wilsovereenstemming en tweezijdigheid gerichte normalisering simpelweg van rechtswege eenzijdig op te leggen. Ten tweede is het om binding aan cao's van ambtenaren die geen lid zijn van een cao-partij te garanderen ook noodzakelijk om de cao met een incorporatiebeding in de arbeidsovereenkomst van toepassing te verklaren.

4. Arbeidsrecht in faillissement

In faillissement hebben veel schuldeisers en andere belanghebbenden vaak het nakijken, op schuldeisers met een sterke wettelijke positie zoals de fiscus na. Hoewel werknemers niet helemaal achteraan hoeven aan te sluiten in het rijtje, staan ook zij in het faillissement van de werkgever minder sterk. De normale ontslagbescherming en -procedure gelden bijvoorbeeld niet en ook hebben werknemers geen recht op transitievergoeding als zij tijdens faillissement worden ontslagen.²² Die nadelen voor werknemers kunnen gezien worden als voordelen voor kwakkelende bedrijven die dringend moeten saneren.

Faillissement kan leiden tot een afscheid van een schuldenlast én van kostbare werknemers en dito arbeidsvoorwaarden. Als de onderneming wordt overgenomen kan deze met een afgeslankt personeelsbestand met vaak soberder arbeidsvoorwaarden verder. De laatste jaren werd doorstart vergemakkelijkt met behulp van de zogeheten pre pack, een buitenwettelijke voorfase van het faillissement die volgens de meeste rechtbanken mogelijk was. Daarin werd alvast een stille of beoogd curator door de rechtbank benoemd, die vooruitlopend op het faillissement kon gaan proberen om de onderneming te laten overnemen door een derde. Op die manier zou de continuïteit van de onderneming beter zijn verzekerd. Een soepele doorstart, waarbij er op de dag van het faillissement direct een partij klaar staat om de onderneming te kopen en voort te zetten is ook bevorderlijk voor het behoud van werkgelegenheid. Ook zouden de schuldeisers er belang bij hebben, omdat een lopend bedrijf (zonder schuldenlast) vaak meer waard zal zijn dan de afzonderlijke bezittingen als machines en gebouwen. De pre-pack raakte steeds meer in zwang en het Wetsvoorstel Continuïteit ondernemingen moest deze van een deugdelijke wettelijke basis voorzien.²³

Daarmee is de vraag welke rechten werknemers in faillissement hebben nog belangrijker geworden. Vorig jaar oordeelde de Ondernemingskamer (OK) dat de aard van de faillissementsprocedure zich verzet tegen toepasselijkheid van het adviesrecht van de WOR op het besluit van de curator om de onderneming met het oog op een doorstart te verkopen. Deze zaak betreft het faillissement van de franchise- en verkooporganisatie achter de DA-drogisterijen.²⁴ In december 2015 was deze failliet verklaard en de curator verkocht deze onderneming vervolgens conform de al voor faillissement opgestelde plannen. Pas in de loop van januari 2016 werd de OR geïnformeerd door de curator, en dan nog alleen omdat daar uitdrukkelijk om was gevraagd. De doorstart was toen eigenlijk al een feit. De OR meende dat om advies had moeten worden gevraagd, voordat de curator tot dat besluit was overgegaan. Volgens de OK is het optreden van de curator gericht op vereffening van het vermogen van de failliet, en is er dan geen plaats voor medezeggenschap van de OR.

De uitspraak van de OK is uiterst kritisch ontvangen in de literatuur,²⁵ en de Hoge Raad toonde zich daarvoor onvankelijk.²⁶ De Hoge Raad stelt voorop dat de OR niet zo zeer aan de (failliete) vennootschap is verbonden, maar aan de onderneming. Dat is het feitelijke samenwerkingsverband van mensen en bedrijfsmiddelen dat als zelfstandige eenheid in de maatschappij functioneert. Die onderneming kan heel wel voortbestaan als de rechtspersoon die haar in stand houdt, in WOR-termen de ondernemer geheten, failliet gaat en wordt vereffend. De OR blijft dan ook voortbestaan en heeft ook belang bij uitoefening van zijn rechten. Heel ferm overweegt de Hoge Raad dat het adviesrecht van artikel 25 WOR in faillissement onverkort geldt. Daarbij wordt in het midden gelaten of de curator moet worden gezien als ondernemer of bestuurder in de zin van de WOR. In ieder geval kan hij met de ondernemer op één lijn worden gesteld en dient de OR om advies te worden gevraagd op zodanig moment dat het nog van wezenlijke invloed kan zijn op het doorstart-besluit. Dat houdt volgens vaste rechtspraak in dat de ondernemer

De bloeiende pre pack praktijk lijkt te worden weggemaaid met de overgang van onderneming-zeis van het HvJ EU

een voldoende concreet voornemen moet hebben om een bepaald besluit te gaan nemen, maar dat dat besluit nog niet onomstotelijk vast mag staan.

In faillissement lijkt het woord 'onverkort' toch wat anders te betekenen dan in het normale spraakgebruik. In de eerste plaats maakt de Hoge Raad de bijstelling dat er geen adviesrecht aan de orde is wanneer de besluiten van de curator niet gericht zijn op voortzetting van de onderneming. Verkoop van losse vermogensbestanddelen of het ontslag van werknemers in het kader van afwikkeling van de boedel (niet gericht op doorstart) zijn niet adviesplichtig. Gelet op de door de Hoge Raad vooropgestelde positie van de OR, die is gekoppeld aan het voortbestaan van de onderneming, is dat geen verbazende bijstelling. Het bijzondere is wel dat de ondernemer zelf wel advies moet vragen als hij voornemens is de zaak helemaal te sluiten. Zou dat dan niet toch ook voor de curator moeten gelden?

Wel overweegt de Raad nog dat een curator die niet zelf de ondernemingsactiviteiten voortzet, maar alleen een korte periode op de winkel past om deze in goede staat te kunnen doorverkopen, geacht mag worden de onderneming in stand te houden. Hij hoeft niet, zoals de curator in de DA-zaak naar de kern genomen had betoogd, daadwerkelijk de verantwoordelijkheid te nemen voor de kernactiviteiten van de onderneming, in de casus dus het leveren van onder andere shampoo, nagellak en schep-snoep aan DA-winkels.

Verder overweegt de Hoge Raad dat het adviesrecht dan wel geldt, maar de nadere procedurele voorschriften van artikel 25 lid 2 WOR e.v. niet. Gezien de in faillissement bestaande tijdsdruk is een deel van de daar genoemde voorschriften, zoals de eis dat het voorgenomen besluit inclusief achtergrondinformatie schriftelijk moet worden overgelegd, en dat de ondernemer een maand moet wachten met uitvoering van een besluit tegen het OR-advies in, hoogst onpraktisch. De verhouding tussen curator en OR wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid, die ertoe noopt om met elkaars gerechtvaardigde belangen rekening te houden. De curator zal de OR wel voldoende en tijdig moeten informeren, maar de invulling ervan zal anders zijn dan in een normaal adviestraject. Evenzo zal er van de OR veel sneller advies mogen worden verwacht dan gebruikelijk. Hoe die eisen van redelijkheid en billijkheid in het concrete geval uitpakken, zal in de rechtspraak nader moeten worden uitgewerkt. Op zich werd daarin, ook buiten faillissement, al de benadering gehanteerd dat in bijzondere gevallen of noodsituaties van reguliere termijnen en vormvoorschriften mocht worden afgeweken.

Het is overigens de vraag of het in faillissement 'onverkort geldende' adviesrecht van de OR en de rechtspraak daarover een hoge vlucht gaan nemen. Het adviesrecht mag dan wel gelden, maar de rechtsgevolgen van niet-naleving ervan door de curator zijn beperkt. De uitkomst voor de OR van DA is in zekere zin ontvullend. Hij kan de proceskosten en advieskosten in rekening brengen, maar die komen ten laste van de failliete boedel. Van terugdraaien of bevroren van de verkoop, als de OR dat al zou willen, is geen sprake. De OR heeft dan wel principieel gelijk gekregen, maar het is de vraag of ondernemingsraden daar in het algemeen praktisch eigenlijk heel veel mee opschieten. Dat geldt eens te meer, nu de Hoge Raad artikel 25 lid 2-6 WOR uitschakelt én hij pure boedelafwikkelingsbeslissingen (waaronder ontslag) buiten het adviesrecht houdt.

Een andere reden om te betwijfelen of er in dergelijke kwesties veel rechtspraak gaat volgen, is dat de bloeiende pre pack praktijk lijkt te worden weggemaaid met de overgang van de onderneming-zeis van het HvJ EU. Faillissementen konden tot voor kort een nieuwe start betekenen voor een onderneming omdat, naast allerlei andere beschermende regels, ook de regels inzake overgang van onderneming niet gelden bij faillissement (artikel 7:666 BW). Normaliter moet een werkgever die de onderneming van een ander voortzet dat met behoud van alle werknemers en met hun oude arbeidsvoorwaarden doen. Na faillissement geldt dat allemaal niet. Het staat de verkrijger vrij om slechts een deel van het personeel over te nemen, waarbij hij niet gebonden is aan de wettelijke ontslagvolgorde (afspiegelingsbeginsel). Ook kan hij de nieuwe werknemers andere, soberder arbeidsvoorwaarden aanbieden, ervan uitgaande dat veel werknemers min of meer gedwongen zijn om te kiezen voor een slechter betaalde baan in plaats van helemaal geen baan. Zo bezien is faillissement niet het einde van de onderneming, maar een nieuw begin.

Naar aanleiding van het flitsfaillissement van kinderopvangorganisatie Estro in 2015 rees de vraag of zo'n geprepackt faillissement de werknemersbescherming bij overgang van onderneming wel kan doorbreken. FNV en een aantal oud-werknemers betoogden bij de rechter dat er bij een pre pack als dit in feite sprake is van een nep-faillissement, omdat de hele procedure is gericht op doorstart van de onderneming en niet op liquidatie ervan ten behoeve van de schuldeisers. Mag er dan wel worden doorgestart met achterlating van de nodige werknemers en van een deel van de arbeidsvoorwaarden?

Wat er van de pre pack praktijk in het algemeen ook zij, er was in dit in geval wel enige aanleiding om de wenk-

20. Rb. Den Haag (vzr.) 17 november 2016,

ECLI:NL:RBDHA:2016:13777; en Hof Den

Haag 23 december 2016,

ECLI:NL:GHDHA:2016:3858.

21. Brief van de Minister van BZK van 20

januari 2017, *Kamerstukken II* 2016/17,

32550, 60.

22. Art. 7:673c BW.

23. *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 2.

24. Hof Amsterdam (OK) 26 mei 2016,

ECLI:NL:GHAMS:2016:2020, *JAR*

2016/160, m.nt. Loesberg.

25. Zie onder meer de noot van Loesberg in

de *JAR*, Sprengers in *AR-updates* 2016-

0555 en Jellinghaus & Kraaijpoel in *JIN*

2016/210.

26. HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982,

JAR 2017/172, m.nt. Nekeman.

brauwen te fronsen. In het najaar van 2014 voorzag Estro al dat het tegen de zomer van 2015 in ernstige financiële problemen zou komen. De grootaandeelhouder van Estro ontwierp daarop het plan voor een doorstart, waarbij een nieuw op te richten dochtermaatschappij (SmallSteps) na faillissement een deel van de kinderdagverblijven en van het personeel zou overnemen. Er werd een stille curator benoemd en begin juli 2015 werd het faillissement van Estro uitgesproken. Twee dagen later nam SmallSteps een aanzienlijk deel, maar lang niet alle, kinderdagverblijven en werknemers over, zoals ook al van tevoren door de grootaandeelhouder en de curator was uitgewerkt. Onder een nieuwe naam, maar op dezelfde locaties en met exact dezelfde aandeelhouder werden de activiteiten van Estro voortgezet. Een viertal werknemers dat niet door de nieuwe werkgever in dienst werd genomen, misschien niet geheel toevallig op iets hogere leeftijd en met een lang dienstverband, stapte vervolgens naar de rechter.

Deze legt prejudiciële vragen voor aan het HvJ EU.²⁷ Artikel 5 lid 1 van de Richtlijn overgang van ondernemingen laat toe dat lidstaten een uitzondering op de door de richtlijn voorgeschreven werknemersbescherming hantieren.²⁸ Nederland heeft dat gedaan in artikel 7:666 BW, maar de vraag is of een pre pack faillissement wel te zien valt als een door de richtlijn bedoelde insolventieprocedure. De tekst van artikel 5 lid 1 Richtlijn luidt als volgt:

“Tenzij de lidstaten anders bepalen, zijn de artikelen 3 en 4 niet van toepassing op een overgang van een onderneming, vestiging of een onderdeel van een onderneming of vestiging wanneer de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (die een door een overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn).”
In zijn arrest van 22 juni 2017 overweegt het hof dat

Als het faillissement en de doorstart minder strak geregisseerd worden mag een pre pack blijkbaar wel, maar gaat wel een groot deel van haar aantrekkingskracht voor overnemende partijen verloren. Die kopen geen rijdende trein, maar een zinkend schip

een pre pack faillissement kan kwalificeren als een door de Richtlijn bedoelde insolventieprocedure.²⁹ Een snelle doorstart kan immers tot een hogere opbrengst leiden voor de schuldeisers en kan dan ook gericht zijn op veref-

fening van het vermogen. In dit geval is dat volgens het hof echter niet zo. De doorstart en faillissement zijn minutieus voorbereid, de doorstart vond vrijwel direct plaats én de activiteiten van de *onderneming* zijn niet onderbroken geweest. Volgens het hof kan dan niet gezegd worden dat de faillissementsprocedure gericht was op liquidatie van de onderneming. Dat is een opmerkelijke tournure, nu de richtlijn juist spreekt van liquidatie van de *vennootschap*. Dat laatste was uiteindelijk wel de uitkomst van de faillissementsprocedure bij Estro. Mogelijk moet het hof zo worden begrepen dat die liquidatie het hoofddoel van het faillissement moet zijn, en niet slechts een neveneffect van de doorstart.

De meningen zijn verdeeld over de vraag of er na de *Estro*-uitspraak nog ruimte is voor de Nederlandse pre pack.³⁰ Het HvJ EU heeft er ook nog fijntjes op gewezen dat deze een wettelijke grondslag ontbeert, en alleen al daarom niet past binnen de door de Richtlijn geboden uitzondering. Het is echter twijfelachtig of het zin heeft om alsnog in die wettelijke basis te voorzien. Heel veel pre packs werden nu eenmaal uitvoerig voorbereid en zijn erop gericht dat de onderneming vrijwel direct doorstart. Als het faillissement en de doorstart minder strak geregisseerd worden (of er geruime tijd tussen faillissement en doorstart zit) mag een pre pack blijkbaar wel, maar gaat wel een groot deel van haar aantrekkingskracht voor overnemende partijen verloren. Die koopt geen rijdende trein, maar een zinkend schip dat misschien al door de meest gekwalificeerde werknemers is verlaten. De pre pack à la Small Steps wordt ook minder aantrekkelijk, omdat deze wel als overgang van onderneming moet worden gezien. Dat betekent dat de verkrijger al het personeel én hun arbeidsvoorwaarden op de koop toe krijgt. Ook zonder de eerder in deze kroniek weggegooiden glazen bol durven wij de voorspelling aan dat de kans op doorstart na faillissement al met al wel iets kleiner is geworden.

Op de Utrechtse kantonrechter rust inmiddels de niet benijdenswaardige taak om artikel 7:666 BW, dat de OvO-bescherming bij faillissement categorisch uit lijkt te sluiten, richtlijnconform uit te leggen. Tot nu toe kende de Nederlandse wet geen onderscheid tussen op doorstart gerichte en niet op doorstart gerichte faillissementen, zoals het HvJ EU nu wel hanteert. De rechter zal vrij dicht langs het verbod van *contra legem* interpretatie van artikel 7:666 moeten scheren om deze bepaling in overeenstemming met het EU-recht uit te leggen. Daarbij kan de rechter zich echter wel gesterkt weten door de uitspraak van de Hoge Raad in de *Albron*-zaak, die ook de vertaling van de Richtlijn Overgang van Ondernemingen in de Nederlandse wet betrof.³¹ Daarin nam de Hoge Raad aan dat de nationale rechter de ruimte had om de Nederlandse wet in Europese zin uit te leggen, omdat uit de wetgeschiedenis niet uitdrukkelijk was gebleken dat de wetgever van de Richtlijn beoogde af te wijken, terwijl de beschermingsgedachte van de richtlijn voor extensieve interpretatie pleitte. Dat maakt het misschien mogelijk voor de Utrechtse kantonrechter om ‘faillissement’ in artikel 7:666 BW anders uit te leggen dan elders in het BW (bijvoorbeeld: artikel 7:673d BW).³²

5. De uitzendovereenkomst en de allocatiefunctie

De Hoge Raad heeft het afgelopen jaar, op 4 november 2016, in de zaak *C4C/Stipp* ook een belangrijke uitspraak gedaan over de definitie van de uitzendovereenkomst, waarmee een bijna twintig jaar durende discussie definitief is beslecht. Die discussie zag op de vraag of voor het bestaan van een uitzendovereenkomst een zogeheten 'allocatiefunctie' is vereist (en wat die functie dan behelst). De definitie van de uitzendovereenkomst, geïntroduceerd in het kader van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid, staat in artikel 7:690 BW: het gaat daarbij om een arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van diens beroep of bedrijf, ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachten een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van die derde. De werkgever die kwalificeert als uitzendwerkgever kan zich beroepen op een verlicht arbeidsrechtelijk regime, als

Het is fraai te zien hoe de cassatierechter soms discussies waar halve bibliotheken over zijn volgeschreven met een paar welgemikte pennenstreken weet te beslechten

nader uitgewerkt in artikel 7:691 BW. Zo kunnen uitzendwerkgevers meer arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd achter elkaar sluiten zonder dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat en kunnen zij een zogeheten uitzendbeding in de arbeidsovereenkomst opnemen, dat inhoudt dat de arbeidsovereenkomst eindigt als de inlener de terbeschikkingstelling beëindigt.

In de afgelopen jaren zijn nieuwe vormen van driehoeksverhoudingen opgekomen, naast die met het klassieke uitzendbureau dat zelf arbeidskrachten selecteert en vervolgens in contact brengt met opdrachtgevers die op zoek zijn naar tijdelijke krachten. Vooral het verschijnsel van *payrolling*, waarbij de werkgever, in de meest extreme vorm, zelf een werknemer selecteert, maar deze – tenein-

de van alle 'personeelssores' af te zijn – inhuurt via een payrollonderneming die op haar beurt niet veel meer doet dan het salaris betalen, heeft een hoge vlucht genomen. De vraag was vervolgens of die payrollbedrijven een beroep kunnen doen op het verlichte arbeidsrechtelijke regime van artikel 7:691 BW, maar ook of zij vallen onder de sectorale regelingen voor het uitzendbedrijf, zoals de algemeen verbindend verklaarde uitzend-cao en het pensioenfonds voor het uitzendwezen, die voor hun werksfeer aansluiten bij de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW.

De kern van die discussie betrof de vraag of de werkgever voor het bestaan van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW een 'allocatiefunctie' op de arbeidsmarkt moest bekleden. De discussie op dat punt is door A-G Van Peurseem in zijn breed opgezette conclusie voor het arrest van 4 november 2016 treffend aangeduid als een '*festival van verdeeldheid en spraakverwarring*' omdat er nogal wat definities van het begrip allocatiefunctie in omloop waren.³³ Aan de ene kant van het spectrum stond de allocatiefunctie in 'klassieke zin', waarvan slechts sprake is wanneer de uitzendwerkgever daadwerkelijk optreedt als intermediair, bij het samenbrengen van vraag naar en aanbod van tijdelijke arbeid, in het bijzonder in gevallen van extra vraag naar arbeid wegens 'piek en ziek'. Er waren ook ruimere definities in omloop, waarbij onder een allocatiefunctie slechts werd verstaan dat een uitzendwerkgever bedrijfsmatig arbeidskrachten ter beschikking stelt aan derden. De wetsgeschiedenis van artikel 7:690 BW hielp, *to put it mildly*, ook niet echt. Die bevatte zowel passages waaruit leek te volgen dat inderdaad een allocatiefunctie in klassieke zin vereist was, als passages waaruit bleek dat zo een vereiste juist niet gold en dat de wetgever veeleer een hele brede scope aan de definitie van de uitzendovereenkomst beoogde te geven.³⁴

In de literatuur was ook nog een soort van tussenstroming ontstaan die bepleitte dat voor het bestaan van een uitzendovereenkomst in de zin van de definitiebepaling van artikel 7:690 BW geen allocatiefunctie was vereist, maar dat een uitzendwerkgever, als hij zich op de uitzonderingen van artikel 7:691 BW wilde beroepen, wel een klassieke allocatiefunctie moest vervullen.³⁵ Dat hebben wij altijd een wat vreemde benadering gevonden. Het spreekt niet direct aan dat een rechtsfiguur in het kader van de definitiebepaling die toegang geeft tot een bepaalde afdeling in het BW, anders moet worden uitgelegd dan de betekenis die die rechtsfiguur heeft in het kader van de materiële regeling van die afdeling.

De Hoge Raad heeft de knoop in het *C4C/Stipp*-arrest nu doorgemaakt.³⁶ Het is fraai te zien hoe de cassatierechter soms discussies waar halve bibliotheken over zijn volge-

27. Ktr. Utrecht 24 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:954, JAR 2016/64.

28. Richtlijn 2001/23/EU inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen.

29. HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16,

ECLI:EU:C:2017:489, JAR 2017/189 (Estro).

30. In haar noot in JAR 2017/189 ziet Loesberg bijvoorbeeld nog wel mogelijkheden, Verburg ziet ruimte voor 'gewone' doorstarts, maar niet voor pre packs (*Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk* 2017/334). Ook Schaink ('Het Smallsteps arrest: de pre-pack voorbij, maar

wat volgt?', *ArbeidsRecht* 2017/34) ziet nog maar weinig toekomst voor de pre pack.

31. HR 5 april 2013,

ECLI:NL:HR:2013:BZ1780, NJ 2013/389.

32. Zie over de beslissing van de Hoge Raad in de *Albron*-zaak ook B. Barentsen & S.F. Sagel, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJB* 2013/2114.

33. Conclusie onder 3.25.

34. *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, 6, p. 15-16 vs. *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, 3, p. 10.

35. Zie o.a. L.G. Verburg, 'Payrolling: over duiding en verbinding', *AA* 2013, p. 911 e.v.

36. HR 4 november 2016, JAR 2016/286.

schreven, met een paar welgemikte pennenstreken weet te beslechten. De Hoge Raad heeft er, in r.o. 3.4.2 van zijn arrest, op de kop af drie zinnen voor nodig om de allocatiefunctie af te wijzen: de tekst van artikel 7:690 BW omvat geen allocatiefunctievereiste, en uit de totstandkomingsgeschiedenis ervan kan evenmin worden afgeleid dat zo een vereiste wel in die tekst moet worden ingelezen. Uit een door de Hoge Raad aangehaalde passage uit de wetsgeschiedenis blijkt namelijk dat artikel 7:690 BW ook allerlei andere driehoeksrelaties beoogt te omvatten behalve alleen de klassieke uitzendrelatie. *Simple comme bonjour*. De Hoge Raad heeft wel kritiek gekregen op zijn enigszins selectieve presentatie van de wetsgeschiedenis, waarin – als gezegd – ook wel passages waren te ontwaren die erop duiden dat de wetgever wel van een klassieke allocatiefunctie uitging. Die kritiek lijkt ons misplaatst: daar waar de wetsgeschiedenis op zijn best multi-interpretabel is, kan men het de Hoge Raad moeilijk euvel duiden dat hij het een brug te ver vindt gaan om in een op zich heldere bepaling additionele vereisten in te lezen.

Vervolgens maakt de Hoge Raad, in feite ten overvloede omdat die kwestie in cassatie niet ter beslechting voorlag, van de gelegenheid gebruik om te verduidelijken dat het begrip uitzendovereenkomst een en dezelfde betekenis heeft in artikel 7:690 BW en in artikel 7:691 BW. Het voorgaande betekent dat ook payroll-bedrijven en allerlei andere soorten (langdurige) uitzenders/detacheerders kunnen kwalificeren als uitzendwerkgevers in de zin van art. 7:690 BW – vanzelfsprekend: mits hun personeel onder leiding en toezicht van de derde werkt – en dat zij zich dus ook kunnen beroepen op de uitzonderingen van artikel 7:691 BW. De Hoge Raad heeft zich klaarblijkelijk gerealiseerd hier te maken te hebben met een nogal politiek geladen beslissing en zich op voorhand tegen mogelijke kritiek geprobeerd in te dekken. Hij wijst er namelijk op dat voor zover de toepasselijkheid van artikel 7:691 BW op payroll-situaties leidt tot onwenselijke situaties, het primair aan de wetgever is om grenzen te stellen. Bovendien reikt de Hoge Raad de rechter twee mogelijkheden aan om daadwerkelijk onwenselijke situaties te bestrijden. Een beroep op het verlichte regime kan onder omstandigheden via de band van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid terzijde worden gesteld, en ook heeft de rechter ‘de mogelijkheid (...) de regels van art. 7:691 BW zo uit te leggen dat strijd met de ratio van die regels wordt voorkomen’. Veel ruimte bieden die opties volgens ons niet. De eerste biedt, naar zijn aard, gelet op de daarvoor geldende onaanvaardbaarheidslat, niet meer dan de ruimte van het spreekwoordelijke muizengaasje. De tweede uitzondering intrigeert ons meer. Het is afwachten in welke gevallen de rechter langs die band zal kunnen ingrijpen. Wij zien hier bijvoorbeeld ruimte ten aanzien van artikel 7:691 lid 6 BW. Die bepaling sluit, kort gezegd, intra-concern uitzending uit van het verlichte arbeidsrechtelijke regime als vervat in die bepaling. Denkbaar is dat de rechter, in het kader van redelijke wetsuitleg, in gevallen waarin een payroll onderneming weliswaar formeel buiten het concern staat waartoe de inlener behoort, maar er wel sprake is van een nauwe verwevenheid tussen beide entiteiten, bijvoorbeeld omdat sprake is van dezelfde bestuurders en intensieve financiële verbondenheid, zo

een situatie materieel op één lijn stelt met artikel 7:691 lid 6 BW zodat de payrollwerkgever geen beroep toekomt op de uitzonderingen die artikel 7:691 BW mogelijk maakt.

Het arrest in de zaak *C4C/Stipp* is ook in die zin van belang, dat de Hoge Raad daarin duiding geeft aan het begrip ‘leiding en toezicht’ in de zin van artikel 7:690 BW. Van een uitzendovereenkomst als in die bepaling bedoeld is, als gezegd, slechts sprake wanneer de uitzendkracht werkt onder leiding en toezicht van de inlener. De Hoge Raad verduidelijkt nu dat dat begrip op één lijn gesteld moet worden met het gezagscriterium van artikel 7:610 BW. Dat betekent, wanneer men de rechtspraak van de Hoge Raad over laatstgenoemd criterium ter hand neemt, dat van leiding en toezicht ook al sprake kan zijn wanneer enkel sprake is van *formeel* gezag, dat wil zeggen: wanneer instructies worden gegeven die niet zien op de inhoud van het werk, maar wel op de goede orde in de onderneming, zoals instructies die verduidelijken wanneer gewerkt moet worden, hoe vakantiedagen opgenomen worden, hoe de werknemer zich ziek heeft te melden, enz.³⁷ Zulk formeel gezag kan volstaan in het kader van het gezagsvereiste in de zin van artikel 7:610 BW en volstaat dus ook in het kader van het leiding- en toezicht criterium. Dat brengt met zich dat ook hooggekwalificeerd werk, ten aanzien waarvan de inlener niet eens inhoudelijke instructies *kan* geven – simpelweg omdat hij de kennis mist – ook kan vallen onder de reikwijdte van artikel 7:690 BW, mits de inlener wel *formele* instructies kan geven.

Waar moet het arrest *C4C/Stipp* op het spectrum van werkgevers- vs. werknemersvriendelijke uitspraken worden geplaatst? Is het een ronduit *werkgeversvriendelijk* arrest, nu niet alleen klassieke uitzendbureaus, maar een veel breder scala van uitzenders, waaronder payroll-ondernemingen, de geneugten van artikel 7:691 BW kunnen proeven? Die analyse is ons te kort door de bocht. Het is veel eerder een Cruyffiaans arrest, in die zin dat de uitspraak recht doet aan diens adagium ‘*ieder nadeel heb zijn voordeel*’.³⁸ Want tegenover de toepasselijkheid van artikel 7:691 BW zien payrollorganisaties zich ook geconfronteerd met het feit dat zij zich, als uitzenders, zullen moeten houden aan de collectieve regelingen in de sector, zoals het verplicht gestelde pensioenfonds voor het uitzendwezen en de uitzend-cao (tijdens algemeen verbindend verklaring daarvan). En dat is dan weer goed nieuws voor de payroll-werknemers.

6. De cao-norm; uitzondering en uitbreiding

Als er één arbeidsrechtelijk onderwerp is, waar de Hoge Raad zich met regelmaat over moet buigen, dan is het wel de uitleg van cao-bepalingen. Jaar in, jaar uit, is sprake van een constante stroom van uitspraken over dat onderwerp. Voor die uitleg geldt sinds twee arresten uit 1993 een van de *Haviltex*-norm afwijkende doctrine.³⁹ Die zogeheten cao-norm behelst, dat aan een cao-bepaling een uitleg naar objectieve maatstaven moet worden gegeven.⁴⁰ Dat betekent dat bij die uitleg in beginsel de bewoordingen van de uit te leggen bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van de cao, van doorslaggevende betekenis zijn. Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de cao gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf

mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden.⁴¹ De gedachte achter deze afwijkende, objectieve uitleg van cao-bepalingen is dat individuele werknemers en werkgevers op wie de cao-bepalingen van toepassing zijn, meestal niet bij de totstandkoming ervan betrokken zijn. Het cao-overleg vindt achter gesloten deuren plaats, op een ander niveau (te weten: het collectieve niveau) dan het niveau waarop de cao-bepalingen vervolgens gaan gelden (te weten: het niveau van de individuele arbeidsovereenkomst). De cao-norm strekt er, gegeven die setting, toe individuele werknemers en werkgevers, die ten opzichte van de cao-partijen als derden zijn aan te merken, te beschermen tegen de voor hen niet kenbare bedoelingen en verwachtingen aan de cao-tafel. Daarnaast heeft de cao-norm ook tot doel om uniformiteit in de uitleg van cao-bepalingen te bewerkstelligen. In een arrest uit 2000 besliste de Hoge Raad dat niet kan worden aanvaard dat een bepaling van een cao op verschillende wijzen zou moeten worden uitgelegd al naar gelang de (rechts)personen die bij een geschil daaromtrent als procespartijen in het geding zijn betrokken. Ongeacht of een individuele werknemer procedeert over de uitleg van een bepaling uit een sociaal plan en/of cao, of dat zijn vakbond over diezelfde bepaling procedeert – steeds zal de cao-norm van toepassing zijn om ervoor te zorgen dat voor alle aan de cao/het sociaal plan onderworpenen dezelfde uitleg geldt, op basis van dezelfde objectieve uitlegcriteria.⁴² De grondslagen van de cao-norm zijn aldus derdenbescherming en het bewerkstelligen van een uniforme uitleg voor de hele cao-populatie.

In de loop der jaren zijn de *Haviltex*-norm en de cao-norm steeds verder naar elkaar toe gekropen. Werd de cao-norm aanvankelijk door de *NJ*-redactie nog als 'grammaticale' uitleg tegenover de *Haviltex*-norm geplaatst, in de loop der jaren verduidelijkte de Hoge Raad dat dat toch echt te scherp was aangezet.⁴³ Tussen de *Haviltex*-norm en de cao-norm bestond geen tegenstelling, maar veeleer een vloeiende overgang, zoals de Hoge Raad dat in het beroemde arrest *DSM/Fox* uit 2004 zo fraai uitdrukte.⁴⁴ Zo kan ook binnen de cao-norm best rekening worden gehouden met de bedoelingen van partijen, mits deze kenbaar zijn uit een objectief kenbare, dat wil zeggen: voor alle aan de cao onderworpen derden toegankelijke, bron. Bovendien hebben de beide uitlegnormen volgens datzelfde arrest uit 2004 ook een gemeenschappelijke grondslag, te weten dat bij de uitleg van een schriftelijk contract telkens van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen.

In een belangwekkend arrest van 25 november 2016 heeft de Hoge Raad de grenzen tussen beide uitlegnormen nog wat verder genuanceerd.⁴⁵ Of beter gezegd: hij heeft voor het eerst aanvaard dat onder omstandigheden de cao-norm helemaal buiten toepassing kan blijven bij de uitleg van cao-bepalingen en kan worden vervangen door

de *Haviltex*-norm. Wat was er aan de hand?

In verband met een beoogde reorganisatie is tapijtproducent Ossfloor met FNV een sociaal plan overeengekomen. Condor, de moedermaatschappij van Ossfloor, heeft zich garant gesteld voor de nakoming van de verplichtingen van Ossfloor uit hoofde van het sociaal plan, indien Ossfloor gedurende vijf jaar na de reorganisatie zou failleren of sluiten. Met het oog daarop heeft Condor het plan ook mede ondertekend. Volgens FNV, die niet geloofde in de levensvatbaarheid van Ossfloor na de reorganisatie, was die toezegging vooral afgedwongen met het oog op de achterblijvers, die in het kader van de reor-

De Hoge Raad heeft voor het eerst aanvaard dat onder omstandigheden de cao-norm helemaal buiten toepassing kan blijven bij de uitleg van cao-bepalingen en kan worden vervangen door de *Haviltex*-norm

ganisatie *niet* ontslagen werden, om hen enige zekerheid in een volgens FNV onzekere toekomst te bieden. De werkingssfeerbepaling van het sociaal plan luidde echter aldus dat het sociaal plan alleen zag op werknemers die in het kader van de reorganisatie werden ontslagen. Vrij kort na de reorganisatie failleerde Ossfloor inderdaad en de overgebleven 35 werknemers, die door de curator werden ontslagen, wendden zich toen samen met FNV tot Condor, met een beroep op haar toezegging om garant te staan voor uitvoering van het sociaal plan. Condor wilde daar niet van weten en stelde, met een beroep op de tekst van het sociaal plan, nergens toe gehouden te zijn jegens de achterblijvers. Zij waren toch immers niet in het kader van de reorganisatie van Ossfloor ontslagen?

FNV en de werknemers lieten het er niet bij zitten. Er vonden voorlopige getuigenverhoren plaats waarin FNV een groot aantal getuigen liet horen zowel van de werkgevers- als van de vakbondsdelegatie bij de onderhandelingen over het sociaal plan. Zij verklaarden unisono dat het de bedoeling tijdens de onderhandelingen was dat Condor gedurende vijf jaar garant zou staan voor nakoming van het sociaal plan ten opzichte van de achterblijvers en dat Condor daarin uitdrukkelijk had bewilligd. Juist op grond van die toezegging had de ondernemingsraad vervolgens ook positief geadviseerd over de reorganisatie.

37. HR 17 juni 1994, *JAR* 1994/152.

38. www.volkskrant.nl/sport/-ieder-nadeel-heb-zijn-voordeel-en-andere-cruiffaanse-uitspraken-a4269378/.

39. HR 17 september 1993, *NJ* 1994/173;

en HR 24 september 1993, *NJ* 1994/174.

40. In het algemeen wordt aangenomen

dat de *Haviltex*-norm wel geldt voor het obligatoire deel van de cao, dat wil zeggen de bepalingen die alleen de relatie tussen de cao-partijen zelf beheerst.

41. HR 24 februari 2012, *NJ* 2012/142.

42. HR 26 mei 2000, *NJ* 2000/473.

43. Zie het redactionele kopje boven het arrest van 17 september 1993:

'Arbeidstuchtrecht. Uitleg CAO; *grammaticale interpretatie*; bijzondere wetenschap werkgever. Bevoegdheid tot nemen discipli-

naire sanctie; eisen van duidelijkheid CAO.'

44. HR 20 februari 2004, *JAR* 2004/83.

45. HR 25 november 2016, *NJ* 2017/114.

Desondanks leek de zaak voor FNV en de achterblijvers in de daarop volgende bodemprocedure lange tijd slecht af te lopen. Zowel de rechtbank als het hof wezen de vordering tot nakoming, met een beroep op de cao-norm af. Volgens beide rechters waren de getuigenverklaringen voor de beoordeling van de uitleg van het sociaal plan irrelevant, omdat in het kader van de cao-norm bij de uitleg van de tekst, slechts gelet kan worden op de objectief kenbare bedoelingen van de cao-partijen, niet op de subjectieve bedoelingen aan de onderhandelingstafel. Condor mocht zich dus achter de wat gebrekkige tekst van het sociaal plan verschuilen voor haar eigen goede bedoelingen van weleer. Ook het advies van de ondernemingsraad, waarin aan de garantie voor de achterblijvers werd gerefereerd, bleef buiten beschouwing, omdat ook dat stuk geen 'openbaar' karakter had.⁴⁶

Bij de Hoge Raad keerden de kansen alsnog. Hij besliste dat in de bijzondere omstandigheden van dit geval, toepassing van de cao-norm 'niet gerechtvaardigd' was en dat wel degelijk acht mocht worden geslagen op de niet kenbare bedoelingen van de opstellers van het sociaal plan (lees: de getuigenverklaringen) en op het niet-openbare advies van de ondernemingsraad. Redengevend daarvoor was, dat de Hoge Raad meende dat in de specifieke omstandigheden van dit geval in de hiervoor genoemde tweeledige ratio van de cao-norm, te weten 1. derdenbescherming en 2. uniformiteit van uitleg voor alle partijen die aan de uit te leggen collectieve regeling onderworpen zijn, geen rechtvaardiging kon worden gevonden voor de toepassing van de objectieve cao-uitlegnorm.⁴⁷ De ratio van derdenbescherming noopte hier niet tot toepassing van de cao-norm, omdat Condor – die zich op de cao-norm beriep – geen derde was, maar veeleer een tweede die mede aan de onderhandelingen had deelgenomen en dus heel wel wist wat daar wel en niet door haar zelf (toe) gezegd was. En ook de wens om een uniforme uitleg voor alle bij een collectieve regeling betrokkenen te realiseren noopte volgens de Hoge Raad hier niet tot toepassing van de cao-norm, simpelweg omdat iedereen die nog enig belang had bij de uitkomst van de procedure, daarbij als procespartij betrokken was; te weten FNV, alle werknemers die door de curator waren ontslagen en Condor. Andere relevante derden waren er niet; Ossfloor was ter ziele gegaan en de dienstverbanden van de werknemers die in het kader van de reorganisatie waren afgevoerd, waren al lang en breed beëindigd.

Het arrest spreekt het rechtsgevoel aan. Daar waar een uitleg-norm die juist strekt ter bescherming van onwetende derden, ten gronde door deelnemers aan de onderhandelingen wordt gebruikt om te ontkomen aan toezeggingen die door hen in het belang van die derden zijn gedaan, terwijl bovendien ook de eveneens met die uitleg-norm beoogde uniformiteit niet in het geding is, behoort de rechter die norm buiten toepassing te laten. Het valt overigens nog wel te bezien in hoeverre het *Condor*-arrest navolging gaat krijgen. Zelden zal zich namelijk bij cao-uitleggeschillen een feitelijke constellatie voordoen waarin beide dragende pijlers onder de cao-norm – derdenbescherming en uniforme uitleg – ontbreken en de Hoge Raad heeft de zaak wel heel duidelijk naar die bijzondere situatie toegeschreven. Of daaraan een ruimere betekenis toekomt – bijvoorbeeld als slechts een van de

dragende pijlers voor toepassing van de cao-norm ontbreekt – zal de toekomst moeten uitwijzen.

Terzijde merken wij hier nog op dat de cao-norm gedurende het tijdvak waarop deze kroniek ziet, ook nog in een ander opzicht is genuanceerd. Uit een arrest van de Hoge Raad uit 2002 volgde reeds dat bij de uitleg van cao-bepalingen ook acht geslagen kon worden op eerdere versies van dezelfde cao.⁴⁸ Daarbij gaat het immers, op het moment waarop de uit te leggen bepaling geldt, om een objectief kenbare bron. In de literatuur kwam vervolgens de vraag op of bij die uitleg ook met posterieure versies van een cao rekening kon worden gehouden. Die vraag werd verschillend beantwoord. Sommigen wezen die benadering van de hand, omdat een latere cao ten tijde van de gelding van de uit te leggen cao-bepaling, juist nog niet objectief kenbaar is.⁴⁹ Anderen daarentegen meenden dat met zo een latere cao best rekening kan worden gehouden, omdat het wel een bron is waaruit de objectief meest redelijke uitleg te distilleren valt.⁵⁰ Dat debat is door de Hoge Raad in een arrest van 23 september 2016 in het voordeel van de laatstgenoemde benadering beslecht. De uitleg naar objectieve maatstaven is dus geen uitleg die noodzakelijkerwijs beperkt is tot ten tijde van de gelding van de uit te leggen cao objectief kenbare factoren. Ook posterieure objectief kenbare factoren zijn bij die uitleg klaarblijkelijk niet per definitie *off limits*.⁵¹

7. Voorwaardelijke ontbinding; veel antwoorden en nieuwe vragen...

Het afgelopen jaar leidde ook tot de eerste uitspraken van de Hoge Raad over het ontslagrecht van de Wwz, twee over de zogeheten 'voorwaardelijke ontbinding' en één over de billijke vergoeding. Die uitspraken verdienen in deze kroniek een belangrijke plaats, niet alleen omdat zij veel vragen beantwoorden, maar ook omdat zij een aantal nieuwe vragen oproepen.

Onder het oude, tot 1 juli 2015 geldende recht, was de voorwaardelijke ontbinding door de Hoge Raad aanvaard als veiligheidsklep voor gevallen waarin twijfel bestond over de vraag of een arbeidsovereenkomst bestond, of nog voortduurde, zoals vooral na een ontslag op staande voet waarvan de vernietigbaarheid was ingeroepen.⁵² Het aanvaarden van de mogelijkheid van een ontbinding voor zover vereist op grond van artikel 7:685 BW (oud) deed in zulke gevallen recht aan de strekking van die bepaling, die er immers op gericht was in één instantie een snelle en definitieve beslissing naar billijkheid te verkrijgen over het voortduren van de arbeidsovereenkomst.

Over de vraag of de rechtsfiguur van de voorwaardelijke ontbinding onder het Wwz-ontslagrecht ook nog tot de mogelijkheid behoort, bestond onduidelijkheid omdat tijdens de gehele parlementaire geschiedenis geen woord aan die kwestie is gewijd. Op het kompas van de oude rechtspraak van de Hoge Raad kon men in elk geval niet meer varen, want door de aanvaarding van de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie in ontbindingszaken was het argument dat het aanvaarden van een voorwaardelijke ontbinding recht doet aan de strekking van de ontbindingsprocedure om in één instantie tot een even spoedige als definitieve beslissing omtrent het voortbestaan van de arbeidsovereenkomst te komen, weggeslagen. Bovendien leek aanvaarding van de voorwaardelijke ontbinding op het

Over de vraag of de rechtsfiguur van de voorwaardelijke ontbinding onder het Wwz-ontslagrecht ook nog tot de mogelijkheid behoort bestond onduidelijkheid omdat tijdens de gehele parlementaire geschiedenis geen woord aan die kwestie is gewijd

eerste gezicht niet al te goed te verenigen met de wens van de Wwz-wetgever om het ontslagrecht te vereenvoudigen en te dejuridiseren. Het omarmen van die rechtsfiguur kan er immers toe leiden dat op één ontslag maar liefst twee, tot aan de Hoge Raad en terug uitgeprocedeerde ontslagzaken volgen: één over het ontslag zelf en één over de voorwaardelijke ontbinding en dat dan ook nog eens met allerlei risico's op tegenstrijdige uitkomsten en complexiteiten. Een eenvoudig, gedejuridiseerd, systeem ziet er anders uit. Bovendien stuitte de voorwaardelijke ontbinding ook op bepaalde systematische bezwaren. Onder het systeem van de Wwz kan de appelrechter, wanneer hij, anders dan de kantonrechter, oordeelt dat een ontslag op staande voet ten onrechte is gegeven, dat ontslag niet alsnog vernietigen. Een in eerste aanleg rechtsgeldig bevonden ontslag, blijft in stand, al kan de appelrechter in zo een geval wel aan de werkgever opdragen om het dienstverband te herstellen (of aan de werknemer een billijke vergoeding toe te kennen). Verdraagt zich met dat wettelijke stelsel wel dat de kantonrechter, voor het geval dat het hof onverhoopt zijn oordeel dat het ontslag rechtsgeldig is niet deelt en de arbeidsovereenkomst wil herstellen, die te herstellen arbeidsovereenkomst alvast ontbindt, daarmee op voorhand de facto de pas van de hogere rechter afsnijnd? Aan de andere kant onderkennen verschillende auteurs ook wel dat de werkgever, zeker in gevallen waarin het oordeel van de kantonrechter over de rechtsgeldigheid van het ontslag lange tijd op zich laat wachten, bijvoorbeeld doordat uitvoerige bewijslevering over het al dan niet bestaan van een dringende reden vereist is, er ook in het nieuwe systeem nog steeds belang

bij kan hebben dat de arbeidsovereenkomst alvast voorwaardelijk wordt ontbonden.

Al snel na de invoering van de ontslagparagraaf van de Wwz werd duidelijk dat zowel in de rechtspraak als in de doctrine zeer verschillend tegen deze materie werd aangekeken en het was in die situatie van grote verdeeldheid – en daarmee samenhangende rechtsonzekerheid – dat een kantonrechter uit Enschede de spreekwoordelijke stoute schoenen aantrok en de Hoge Raad via prejudiciële vragen om duidelijkheid verzocht. Het feit dat de kantonrechter ervoor koos om de prejudiciële vragen direct aan het begin van de procedure te stellen, had als groot voordeel dat de Hoge Raad zich in de volle breedte over de materie kon buigen. Nu op het moment dat de vragen werden gesteld, vrijwel alle mogelijke uitkomsten nog open lagen, was een antwoord op de vraag naar de toelaatbaarheid van een voorwaardelijke ontbinding door de kantonrechter in al die scenario's 'nodig om op de eis of het verzoek te beslissen', zoals artikel 392 lid 1 Rv voor het stellen van prejudiciële vragen vereist. Dat leidde niet alleen tot een ware waslijst aan prejudiciële vragen, maar ook tot een beschikking van de Hoge Raad die de praktijk een grote mate van duidelijkheid biedt voor een aantal veel voorkomende situaties; de *Mediant*-beschikking van 23 december 2016.⁵³

7.1 *Mediant*; voorwaardelijke ontbinding in prima

De Hoge Raad stelt in zijn *Mediant*-beschikking voorop dat de motivering die hij onder het oude recht had gegeven voor de aanvaarding van de voorwaardelijke ontbinding, die rechtsfiguur onder de vigor van de Wwz niet langer kan dragen, nu die wet hoger beroep en cassatie tegen ontbindingsbeschikkingen mogelijk heeft gemaakt. Tegelijkertijd blijkt volgens de Hoge Raad niet uit de wetgeschiedenis dat de wetgever de mogelijkheid van voorwaardelijke ontbinding heeft willen uitsluiten en bovendien staat ook de wet niet aan een dergelijke samenloop van procedures in weg. Deze argumenten, waaraan een zeker 'wie zwijgt stemt toe-gehalte' niet ontzegd kan worden, brengen de Hoge Raad echter vervolgens niet tot een integrale aanvaarding van de voorwaardelijke ontbinding. Zo gemakkelijk heeft de Hoge Raad het zichzelf niet gemaakt. Integendeel; wat de Hoge Raad vervolgens heeft gedaan, is het uitvoeren van een genuanceerde maatwerk-analyse, waarbij hij nauwkeurig voor de vanuit Enschede aangereikte situaties heeft onderzocht in hoeverre voorwaardelijke ontbinding zich met de systematiek van de Wwz verdraagt.

Daarbij is door hem als uitgangspunt gekozen dat (de behandeling van) de zaak waarin de rechtsgeldigheid van

46. Zie Rb. Overijssel 8 mei 2013, *RAR* 2013/118 en Hof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2015, *JAR* 2015/110.

47. Zie ook: A. Koster, 'Haviltexen op een cao; het zit 'm in de ratio', *ArbeidsRecht* 2017/23; H.N. Schelhaas, 'Tussen cao-norm en Haviltex-formule: uitleg in het arbeidsrecht', *TAP* 2017/261.

48. HR 31 mei 2002, *JAR* 2002/153.

49. S.F. Sagel, 'De objectief-tekstuele uitleg

van cao-bepalingen: betekenis en reikwijdte (I)', *ArbeidsRecht* 2003/49.

50. C.J. Loonstra, 'Uitleg van CAO-bepalingen: op weg naar een (objectieve) redelijkheidstoets?', *ArA* 2003/2, p. 95: 'Als – zoals de Hoge Raad in De Heel – bij de uitleg van een CAO-bepaling mag worden teruggegrepen op voorheen geldende CAO's, dan mogen eveneens teksten uit latere CAO's gebruikt worden om tot de

correcte, meest objectief redelijke uitleg te komen.'

51. HR 23 september 2016, *NJ* 2016, 427, r.o. 3.4.4.

52. HR 21 oktober 1983, *NJ* 1984/296. Zie over de voorwaardelijke ontbinding onder het oude recht o.a.: D.M.A. Bij de Vaate, *Bijzonder ontslagprocesrecht* (diss. VU Amsterdam), Monografieën Sociaal Recht, 2015/4.4.2; A.R. Houweling & G.W. van

der Voet, 'De voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst na een ontslag op staande voet', *TAP* 2009/4; W.H.A.C.M. Bouwens, 'De voorwaardelijke ontbinding', *SR* 2004/36; S.F. Sagel, 'Bijzondere ontbindingen: voorzover vereist, onder voorwaarde(n) of met vergoeding onder voorwaarde(n). Deel 1: De ontbinding voorzover vereist', *AR* 2002/24.

53. HR 23 december 2016, *NJ* 2017/203.

het ontslag op staande voet aan de orde is en het ontbindingsverzoek dat is ingediend voor het geval dat dat ontslag niet rechtsgeldig is, verknocht zijn en 'zoveel mogelijk gelijktijdig' worden behandeld en beslist. Daarmee wordt de rechtszekerheid bevorderd, doordat tegenstrijdige uitspraken worden voorkomen, en voorts wordt de belasting van het gerechtelijk apparaat zo verminderd. Indien, zo overweegt de Hoge Raad, een voorwaardelijk ontbindingsverzoek en een verzoek tot vernietiging van een ontslag op staande voet bij verschillende kantonrechters of hoven aanhangig zijn, dan 'kan' artikel 285 Rv, dat voorziet in de

Het enkele feit dat er niet binnen twee maanden een verzoek tot vernietiging van de opzegging is ingediend, hoeft niet steeds te betekenen dat een voorwaardelijk ontbindingsverzoek buiten behandeling kan blijven

verwijzing van verknochte zaken, toepassing vinden. Hoewel artikel 285 Rv een 'kan-bepaling' is, lijkt de vrijheid van de ontbindingsrechter die weet dat tegelijkertijd elders een verknocht verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet aanhangig is, om de zaak *niet* te verwijzen, gelet op de door de Hoge Raad zo duidelijk uitgesproken voorkeur voor gevoegde behandeling, realiter een nogal theoretische mogelijkheid te zijn. Weet de ontbindingsrechter van de andere procedure, dan zal hij moeten verwijzen.

De Hoge Raad *zoomt* vervolgens *in* op de situatie die bestaat wanneer de werkgever meteen na een ontslag op staande voet probeert zijn positie veilig te stellen door, voordat de werknemer überhaupt in rechte is opgekomen tegen het ontslag – hetgeen die werknemer gelet op artikel 7:686a lid 4 BW binnen een vervaltermijn van twee maanden na het ontslag moet doen – een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding in te dienen. In dat geval zal de kantonrechter de behandeling moeten aanhouden totdat die vervaltermijn is verstreken, omdat anders de werknemer in feite wordt gedwongen om al binnen die, toch al korte, vervaltermijn waarbinnen hij zijn standpunt moet bepalen, te gaan procederen naar aanleiding van het ontslag.

Indien de werknemer niet binnen twee maanden opkomt tegen het ontslag of – als hij dat wel tijdig doet – zijn verzoek tot vernietiging van het ontslag wordt afgewezen, dan breekt de voorwaardelijke ontbindingsprocedure in de knop. Als het verzoek tot ontbinding is ingediend onder de voorwaarde dat een verzoek tot vernietiging wordt toegewezen, kan het ontbindingsverzoek in die gevallen 'in de regel' buiten behandeling blijven omdat

de voorwaarde waaronder het verzoek is ingediend, niet in vervulling is gegaan. Ontbreekt die voorwaarde – en is dus eigenlijk sprake van een onvoorwaardelijk verzoek – dan kan het ontbindingsverzoek in die gevallen (dat wil zeggen de gevallen waarin niet tijdig een verzoek tot vernietiging is gedaan of een zodanig vernietigingsverzoek is afgewezen) volgens de Hoge Raad bij gebrek aan belang worden afgewezen. Wat bedoelt de Hoge Raad met 'in de regel'? Klaarblijkelijk zijn hier uitzonderingen denkbaar.

Het enkele feit dat er niet binnen twee maanden een verzoek tot vernietiging van de opzegging is ingediend, hoeft niet steeds te betekenen dat een voorwaardelijk ontbindingsverzoek buiten behandeling kan blijven. Onder het tot 1 juli 2015 geldende recht besliste de Hoge Raad namelijk al eens dat de destijds voor een beroep op de vernietigingsgrond van artikel 9 lid 1 BBA geldende vervaltermijn van zes maanden, onder bijzondere omstandigheden doorbroken kon worden als toepassing ervan een naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar resultaat opleverde.⁵⁴ Die leer zal onder het regime van de Wvz zijn toepassing behouden en verdedigbaar is zelfs dat zo een onaanvaardbaar resultaat bij een vervaltermijn van twee maanden eerder aan de orde zal kunnen zijn dan bij een vervaltermijn van zes maanden.⁵⁵ Het kan dus zo zijn dat de werkgever ook na het verstrijken van de twee maanden termijn wel degelijk belang behoudt bij voorwaardelijke ontbinding, te weten voor het geval de werknemer later alsnog succesvol claimt dat de vervaltermijn hem niet tegengeworpen kan worden.

De Hoge Raad bespreekt vervolgens, uitgaande van de hoofdregel dat het wenselijk is dat de behandeling van het werknemersverzoek tot vernietiging van de opzegging en van het werkgeversverzoek tot (voorwaardelijke) ontbinding door dezelfde rechter gelijktijdig plaatsvindt, hoe moet worden omgegaan met de situatie dat op het ene verzoek, door processuele complicaties, eerder kan worden beslist dan op het andere. Te denken valt aan de situatie waarin voor beslechting van het ontbindingsverzoek wegens een verstoorde arbeidsverhouding – artikel 7:669 lid 3 sub g BW – geen bewijslevering nodig is omdat de rechter partijen op de zitting heeft zien kijden, terwijl voor de aan het ontslag ten grondslag gelegde dringende reden wel bewijslevering nodig is. De rechter moet dan terughoudend zijn met het separaat afdoen van de beide verzoeken. Gelijktijdige behandeling blijft het uitgangspunt, ook wanneer het ontbindingsverzoek is gebaseerd op een andere grond dan het voorafgaande ontslag op staande voet. Een uitzondering is slechts op zijn plaats wanneer het aanhouden van de beslissing op het ontbindingsverzoek tot *onevenredige* vertraging leidt. Het komt daarbij aan op een afweging van het zwaarwegende belang bij gelijktijdige behandeling tegen het belang van een spoedige beslissing. In het kader van dat laatste belang valt, wat ons betreft, in het bijzonder te denken aan de financiële situatie waarin de werkgever verkeert. Maar er zijn ook andere argumenten denkbaar die kunnen maken dat de werkgever een groot belang heeft bij snelle duidelijkheid dat de werknemer definitief het veld heeft geruimd, bijvoorbeeld wanneer de werkgever wil reorganiseren en hij moet weten of de werknemer in het kader van de afspiegeling moet worden meegenomen (of dat hij buiten beschouwing kan blijven omdat zijn arbeidsovereenkomst is ontbonden).

Kantonrechter, regeer niet over uw graf heen...

De Hoge Raad brengt vervolgens een zeer belangrijke beperking aan op de mogelijkheid van voorwaardelijke ontbinding. De kantonrechter kan die ontbinding niet uitspreken voor het geval de appelrechter het ontslag op staande voet, anders dan de kantonrechter, *niet* rechtsgeldig acht. Op die situatie ziet het bepaalde in artikel 7:683 lid 3 BW. Acht de kantonrechter het ontslag op staande voet rechtsgeldig, dan staat daarmee – in de systematiek van de Wwz – vast dat dat ontslag de arbeidsovereenkomst heeft doen eindigen. De appelrechter kan het oordeel van de kantonrechter dat het ontslag op staande voet de arbeidsovereenkomst heeft beëindigd als zodanig niet vernietigen. Wat hij wel kan doen, is de werkgever veroordelen om de arbeidsovereenkomst te herstellen, of – in plaats daarvan – de werknemer een billijke vergoeding toe te kennen (ter compensatie van het feit dat de kantonrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat het ontslag rechtsgeldig was en er desondanks geen herstel volgt). Met die systematiek verdraagt zich volgens de Hoge Raad niet dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst zou ontbinden voor het geval dat het hof alsnog herstel daarvan uitsprekt. De appelrechter moet zijn bevoegdheid om te herstellen of een billijke vergoeding toe te kennen in alle vrijheid kunnen uitoefenen, gebaseerd op de omstandigheden zoals die zich op dat moment voordoen. Daarbij past niet dat de kantonrechter het hof voor de voeten loopt door alvast te ontbinden voor het geval dat het hof zijn oordeel (dat het ontslag op staande voet rechtsgeldig is), niet deelt. Die beslissing van de Hoge Raad komt ons zonder meer juist voor. Gelet op de systematiek van het nieuwe ontslagrecht, zo overweegt de Hoge Raad in de *Mediant*-beschikking, kan slechts voorwaardelijke ontbinding worden verkregen met als voorwaarde 'dat het op staande voet gegeven ontslag door de rechter van dezelfde aanleg wordt vernietigd'. Voor de kantonrechter – want dat is de enige rechter die het ontslag in het systeem van de Wwz kan vernietigen – betekent dit dat hij slechts daadwerkelijk *voorwaardelijk* kan ontbinden voor het geval dat in diezelfde instantie pas later wordt geoordeeld dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is. Daarmee is het belang van de *voorwaardelijke* ontbinding ingrijpend beperkt. Zeker nu het uitgangspunt zal zijn dat de beslissingen over het ontslag op staande voet en de *voorwaardelijke* ontbinding parallel lopen, zal een daadwerkelijke *voorwaardelijke* ontbinding door de kantonrechter nog maar zelden worden uitgesproken en effect sorteren. Als de kantonrechter de beide zaken inderdaad gelijktijdig afdoet en oordeelt dat het ontslag vernietigd wordt, maar hij het ontbindingsverzoek wel toewijsbaar acht, is van een *voorwaardelijke* ontbinding geen sprake. De arbeidsovereenkomst wordt dan meteen onvoorwaardelijk ontbonden, de arbeidsovereenkomst is immers herleefd door de gelijk-

De appelrechter moet zijn bevoegdheid in alle vrijheid kunnen uitoefenen. Daarbij past niet dat de kantonrechter het hof voor de voeten loopt door alvast te ontbinden

tijdig uitgesproken vernietiging. Van een *voorwaardelijke* ontbinding door de kantonrechter kan slechts sprake zijn, wanneer de rechter het verzoek tot ontbinding, in strijd met de hoofdregel, eerder afdoet dan het verzoek tot vernietiging van het ontslag en ontbindt voor het geval dat het ontslag later door hemzelf wordt vernietigd. Voor ontbinding door de kantonrechter, vooruitlopend op een oordeel van de appelrechter dat het ontslag niet rechtsgeldig was en herstel op zijn plaats is, bestaat hoe dan ook geen ruimte.⁵⁶

7.2 Bewijsrecht

De *Mediant*-uitspraak is ook om twee andere redenen van groot belang. In het verleden, onder de vigeur van het tot 1 juli 2015 geldende ontslagrecht, gold dat het bewijsrecht in ontbindingsprocedures ex artikel 7:685 BW gelet op de informele op een snelle beslissing gerichte aard van die procedure, in beginsel niet van toepassing was.⁵⁷ Daarop is veel kritiek gekomen, ook vanuit de hoek van verschillende A-G's bij de Hoge Raad.⁵⁸ De kern van die kritiek laat zich aldus samenvatten dat niet goed valt in te zien dat de rechter een beslissing die zo direct en vergaand ingrijpt in de mogelijkheden van mensen om in hun levensonderhoud en dat van hun naasten te voorzien, zou kunnen worden genomen op basis van aannames, zonder deugdelijke bewijslevering. De wetsgeschiedenis van de Wwz gaf geen duidelijk antwoord op de vraag of op dit punt een koerswijziging werd beoogd. Veel verder dan de vage richtingaanwijzers dat het toelaten van getuigenbewijs meestal niet gebeurt, maar op zich 'wel kan', en dat het 'aan de rechter is om dit aan de hand van de omstandigheden van het geval te bepalen' ging de wetsgeschiedenis niet.⁵⁹ A-G Keus knoopte daarbij in zijn conclusie voor de *Mediant*-beschikking aan: hij meende de wetsgeschiedenis zo te moeten lezen dat de ontbindingsrechter ook onder de vigeur van de Wwz alle vrijheid heeft om al dan niet getuigenbewijs te gelasten. De Hoge Raad koos hier duidelijk – en ons inziens: terecht – een ander pad. Hij overweegt dat aan de wetsgeschiedenis, nu die op dit punt weinig concludent is, niet al te veel gewicht behoort toe te

54. Zie HR 22 juni 2012, *JAR* 2012/189; *NJ* 2012/396 en daarover B. Barentsen & S.F. Sagel, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJB* 2012/2453.

55. Zie S.F. Sagel, 'Het ontslag op staande voet en de WWZ (II)', *TRA* 2015/56.

56. Zie over de *Mediant*-uitspraak ook V. Bij

de Vaate, 'Het dossier voorwaardelijke ontbinding gesloten?', *TvO* 2017/2; D.N.C. Doolaage & J.P. Quist, 'Voorwaardelijke ontbinding na ontslag op staande voet: the story continues', *TAP* 2017/1; T.L.C.W. Noordoven, 'De Hoge Raad schept duidelijkheid: voorwaardelijke ontbinding na

ontslag op staande voet blijft mogelijk', *Bb* 2017/25;

57. HR 3 december 1982, *NJ* 1983/182 en zie ook HR 5 maart 1999, *NJ* 1999/676; HR 29 september 2000, *NJ* 2001/302.

58. A-G Spier in zijn conclusie voor HR 14 februari 2003, *JAR* 2003/72 en A-G Huy-

decoper in zijn conclusie voor HR 18 juni 2004, *JAR* 2004/168. Zie ook H.J.W. Alt, 'Stelplicht en bewijslast in het (nieuwe) arbeidsrecht', *MSR* 2017/12.7.5, nr. 71. 59. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 37-38; *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 110.

komen. Gelet op artikel 284 lid 1 Rv heeft als uitgangspunt te gelden dat de wettelijke bewijsregels van overeenkomstige toepassing zijn in ontbindingsprocedures onder de Wwz. Anders dan onder het oude recht, kan 'in de regel' niet meer worden gezegd dat de aard van de zaak zich tegen die toepasselijkheid verzet, mede nu de ontbindingsprocedure een gewone procedure met appel en cassatie is geworden. Dat laat onverlet dat als de rechter bij een voorwaardelijk ontbindingsverzoek aanleiding ziet om de ontbinding eerder af te doen dan het ontslag op staande voet, hij de wettelijke bewijsregels buiten toepassing kan laten. De rechter moet dat oordeel dan wel motiveren. De Hoge Raad geeft hiermee een alleszins welkome en duidelijke regel voor de toepasselijkheid van de reguliere bewijsregels in arbeidsrechtelijke ontbindingsprocedures, ongeacht of het daarbij gaat om voorwaardelijke of onvoorwaardelijke verzoeken. Die regel luidt dat de wettelijke bewijsregels daarop in beginsel, dat wil zeggen: te motiveren uitzonderingen daargelaten, gewoon van toepassing zijn.

Hoewel de Hoge Raad dat argument in de *Mediant*-beschikking niet noemt, past die benadering naadloos bij een van de belangrijkste grondslagen van de Wwz, te weten de nadruk op het daadwerkelijk bestaan van een van de wettelijke ontslaggronden, wil beëindiging van het dienstverband gewettigd zijn. Hoe vaag de wetsgeschiedenis ook is over de toepasselijkheid van het bewijsrecht; de regering heeft keer op keer benadrukt dat zij een zuiver ontslagrechtelijk systeem wil, waarbij alleen bij het daadwerkelijk bestaan van een ontslaggrond een beëindiging kan plaatsvinden en een gebrek aan ontslaggrond niet met geld geheeld kan worden. Zoals de regering het zo fraai uitdrukte: 'Of er is een redelijke grond voor ontslag en dan kan de rechter de arbeidsovereenkomst ontbinden, of er is geen redelijke grond voor ontslag en dan is er ook geen grond om de arbeidsovereenkomst te ontbinden'.⁶⁰ De andere kant van die principiële medaille is toepasselijkheid van het bewijsrecht. Bij een systeem dat zo de focus legt op het al dan niet bestaan van een ontslaggrond, past natuurlijk wel dat de werkgever de gelegenheid krijgt om, met alle middelen rechts, bewijs te leveren van het bestaan van de aangevoerde grond (en de werknemer om dat bewijs te ontkrachten).

De Hoge Raad geeft hiermee een alleszins welkome en duidelijke regel voor de toepasselijkheid van de reguliere bewijsregels in arbeidsrechtelijke ontbindingsprocedures

7.3. Herstel

Zoals de vaste lezers van deze kroniek wel van hun sociaalrechtelijke auteurs gewend zijn, kan het op het eerste gezicht meest onbetekenende woord dat de Hoge Raad

gebruikt, hen al in vervoering brengen; zie bijvoorbeeld de kroniek uit 2012 voor beschouwingen over het woordje 'alleszins'.⁶¹ Dit jaar lieten we ons nog wat verder meeslepen en raakten wij zelfs behoorlijk opgewonden van het 'leestekengebruik' van de cassatierechter. Die overwoog in de *Mediant*-beschikking in het kader van zijn beschouwingen over de toelaatbaarheid van de voorwaardelijke ontbinding min of meer *en passant* dat de appel- of verwijzingsrechter door artikel 7:683 lid 3 BW de 'bevoegdheid om (de werkgever te veroordelen) de arbeidsovereenkomst te herstellen' heeft gekregen. Het zijn die haakjes die het hem doen. De wet bepaalt namelijk slechts in artikel 7:683 lid 3 BW dat de appelrechter, wanneer hij vindt dat een opzegging niet rechtsgeldig is geweest (nadat de kantonrechter ten onrechte anders heeft geoordeeld), de werkgever kan *veroordelen* om de arbeidsovereenkomst te herstellen. De wettekst biedt niet de mogelijkheid van herstel door de rechter. Ook uit de wetsgeschiedenis volgt dat het slechts de bedoeling van de wetgever is geweest om mogelijk te maken dat de rechter de werkgever veroordeelt om te herstellen; '*de rechter draagt de werkgever (...) op om de werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden onder dezelfde voorwaarden als de vorige*', zo lezen wij in de memorie van toelichting.⁶² Hoe zit dit nu? Heeft de Hoge Raad zich vergist met die haakjes? Staan ze er wellicht zelfs voor de sier?

Wij geloven daar niets van en dat geldt des te sterker, nu diezelfde haakjes in de tweede beschikking van de Hoge Raad over de voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz, waarop wij zo dadelijk nog terugkomen, weer opdoken, op precies dezelfde plekken. Dat kan maar één ding betekenen; die haakjes staan er niet voor niets – ze betekenen *iets*. Maar wat is dat *iets*?

Hoewel het nog te vroeg is om definitieve conclusies te trekken, duiden die haakjes er wat ons betreft in elk geval op dat de Hoge Raad van mening is dat de rechter die herstel wil bewerkstelligen, *twee* smaken ter beschikking heeft. Hij kan de werkgever opdragen te herstellen, maar hij kan ook *zelf* herstellen. Waarom worden die twee smaken onderscheiden, zo rijst dan de vraag? Wellicht omdat de Hoge Raad ziet dat de rechtsgevolgen van beide beslissingen nogal uiteen lopen. Een veroordeling tot herstel, is een condemnatoir vonnis. De werkgever moet eraan voldoen, maar het is natuurlijk maar afwachten of hij dat doet, met mogelijke executieproblemen tot gevolg. Een herstelveroordeling is een constitutieve beslissing; de rechter herstelt zelf en vanaf dat moment is loon verschuldigd (als de werknemer zich beschikbaar houdt voor arbeid). Maar er zijn mogelijk nog meer verschillen. Bij de veroordeling tot herstel, gaat het – zo volgt uit de wetsgeschiedenis – uitdrukkelijk om veroordeling tot het aangaan van een arbeidsovereenkomst op *dezelfde voorwaarden*. Wellicht ziet de Hoge Raad bij een constitutieve herstelbeslissing wel ruimte om een arbeidsovereenkomst op een andere manier, dat wil zeggen: onder andere voorwaarden, te herstellen, waarmee dan in feite een wijziging in de arbeidsverhouding tot stand wordt gebracht. Krijgt hier de *imprévision* een plaatsje in het ontslagrecht? Ook dat is immers een leerstuk dat leidt tot aanpassing van de overeenkomst via een constitutief rechterlijk oordeel en dat, net als het herstel van de arbeidsovereenkomst, met terugwerkende kracht kan worden toegepast (zelfs ten aanzien van een overeen-

Wellicht zijn het slechts *fata morgana's* van twee HR-watchers die te lang en intensief naar twee haakjes hebben gestaard

komst die al geëindigd is).⁶³ En wat zijn dan de criteria waaraan de rechter moet toetsen of en op welke wijze de aanpassing moet worden vormgegeven? Krijgen daar wellicht de op de norm van goed werkgeverschap gebaseerde *Stoof/Mammoet*-criteria die eveneens zien op wijziging van de arbeidsovereenkomst, zij het dan uiteindelijk met wederzijds goedvinden, een zekere reflexwerking binnen artikel 6:258 BW?⁶⁴ Dat is zeker niet ondenkbaar, want ook bij de invulling van de *imprévision* gaat het er uiteindelijk om dat de rechter moet zoeken naar de uitkomst die partijen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid – in de plaats van het oorspronkelijk overeengekomene – wel van elkaar mogen verwachten.⁶⁵ Het kan best zijn dat de omstandigheden tussen partijen op het moment waarop het hof, geruime tijd na het ontslag, beslist dat herstel is aangewezen, zodanig zijn gewijzigd – en dat in de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst niet was verdisconteerd – dat de werknemer, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, niet mag verwachten dat de arbeidsovereenkomst op de oude wijze wordt hersteld. Wellicht gunt de Hoge Raad de rechter hier de vrijheid voor maatwerk. Dat zijn spannende vergezichten, zeker ook voor rechtshulpverleners die goed moeten nadenken over de wijze waarop zij hun verzoeken inkleden; primair een veroordeling tot herstel met terugwerkende kracht op gelijke voorwaarden, subsidiair een constitutieve herstelbeslissing voor een net even andere functie, tegen een iets lager salaris, op een andere plek in de organisatie? Maar wellicht zijn het ook slechts *fata morgana's* van twee HR-watchers die wat al te lang en intensief naar twee haakjes hebben gestaard. De toekomst zal het leren. De *Mediant*-beschikking beantwoordt niet alleen vragen, zij werpt ook veel nieuwe, interessante, vragen op.

7.4 Vlisco

Toch nog even terug naar de voorwaardelijke ontbinding, voor het geval u dacht het allemaal begrepen te hebben. Als gezegd, overwoog de Hoge Raad in de *Mediant*-beschikking dat een voorwaardelijke ontbinding slechts toelaatbaar is onder de voorwaarde dat het gegeven ontslag door de rechter van dezelfde aanleg wordt vernietigd'. Die overweging wierp nogal wat vragen op ten aanzien van de mogelijkheden van voorwaardelijke ontbinding *in appel*. In het Wwz-systeem kan de appelrechter de opzegging namelijk helemaal niet vernietigen; als de kantonrechter daartoe ten onrechte niet is overgegaan staat het hof slechts de mogelijkheid van herstel of toekenning van een billijke vergoeding ten dienste. De verwarring werd er niet minder op, nu de Hoge Raad in de *Mediant*-beschik-

king door een kleine *slip of the pen*, suggereerde dat ook de appelrechter het ontslag op staande voet wel zou kunnen vernietigen.⁶⁶ In de *Vlisco*-beschikking van 31 maart 2017 heeft de Hoge Raad getracht op dit punt meer duidelijkheid te scheppen.⁶⁷ In die beschikking verhelderde hij allereerst dat de appelrechter inderdaad niet de bevoegdheid heeft het ontslag te vernietigen en gaf hij ruitelijk toe dat dat in de *Mediant*-beschikking 'ten onrechte' was vermeld.⁶⁸ Daaraan voegde de Hoge Raad vervolgens toe dat de appelrechter wel de bevoegdheid toekomt om de 'voorwaardelijke ontbinding uit te spreken'. De overwegingen die de Hoge Raad daaraan wijdt, lezen wij zo dat het hof, net als de kantonrechter, de vrijheid heeft om het veiligheidsnet van de voorwaardelijke ontbinding te spannen voor zover het betreft het opvangen van de rechtsgevolgen die *in zijn eigen instantie* kunnen worden verbonden aan het oordeel dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is gegeven.

Deze als verheldering bedoelde overweging leidt echter tot allerlei nieuwe vragen. In de eerste plaats: hoezo kan de appelrechter überhaupt voorwaardelijk *ontbinden*? De tekst van artikel 7:683 lid 5 BW lijkt te suggereren dat in de systematiek van de Wwz alleen de rechter in eerste aanleg daadwerkelijk een ontbinding kan uitspreken. Weigert de kantonrechter te ontbinden en vindt het hof dat ontbinding wel op zijn plaats was geweest in eerste aanleg, dan kan het hof blijkens artikel 7:683 lid 5 BW slechts een datum bepalen waarop de arbeidsovereenkomst alsnog 'eindigt'. Alleen al terminologisch lijkt het dus minder zuiver om hier te spreken van een ontbinding, al is die discussie tot op zekere hoogte semantisch, temeer nu bij een *beëindiging* op de voet van artikel 7:683 lid 5 BW, het bepaalde omtrent de toekenning van een billijke vergoeding in eerste aanleg van overeenkomstige toepassing is. Toch zijn er wel verschillen. Een ontbinding kan de kantonrechter namelijk in beginsel slechts uitspreken met inachtneming van de opzegtermijn – vide artikel 7:671b lid 8 sub a BW – terwijl die eis voor het hof, bij het vaststellen van een einddatum niet geldt.⁶⁹ Als het overigens wel echt de bedoeling van de Hoge Raad is om de rechter in appel de mogelijkheid te geven om voorwaardelijk te ontbinden, ook als daar pas voor het eerst in appel om wordt gevraagd, dan is dat een opmerkelijke breuk met het systeem van de wet. Daarmee wordt partijen immers ten gronde één instantie ontnomen, terwijl het nu juist de bedoeling van de wetgever was dat ook in ontbindingszaken in twee instanties geprocedeerd kan worden.

Maar ook als we ervan uitgaan dat daar waar de

60. Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 87.

61. B. Barentsen & S.F. Sagel, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJB* 2012/2453.

62. Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 119.

63. E. Baan, voorheen bewerkt door W.L. Valk, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:258 BW, aant. 44.

64. HR 11 juli 2008, *JAR* 2008/204.

65. Jac. Hijma, *Het constitutieve wijzigingsvonnis* (rede), Deventer, 1989, p. 5

en 12.

66. R.o. 3.13.1, derde volzin.

67. HR 31 maart 2017, *NJ* 2017/204.

68. R.o. 3.6.3, eerste volzin.

69. Zie in die zin ook Hof Den Bosch 3 november 2016,

ECLI:NL:GHSHE:2016:4919, waarin het Hof oordeelde dat hij in appel geen ontbinding kan uitspreken en niet gehouden is aan art. 7:671b lid 8 sub a BW.

Hoge Raad spreekt over voorwaardelijke ontbinding door de appelrechter, hij eigenlijk het oog heeft op voorwaardelijke beëindiging van het dienstverband, zijn we er nog niet. Wat betekent namelijk de overweging van de Hoge Raad dat het de appelrechter is toegestaan in appel voorwaardelijk te beëindigen voor zover daarmee de gevolgen van het oordeel van de rechter *in de desbetreffende instantie* dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is, kunnen worden beperkt? Betekent dat nu dat het hof alleen voorwaardelijk kan ontbinden/beëindigen voor het geval dat in hoger beroep, in het kader van de beoordeling van de rechtsgeldigheid van het ontslag op staande voet, herstel van het dienstverband wordt bevolen? Als dat juist zou zijn, zou de reikwijdte van de voorwaardelijke beëindiging in hoger beroep nogal beperkt zijn. De appelrechter heeft immers de mogelijkheid om af te zien van herstel en om in plaats daarvan een billijke vergoeding toe te kennen, als hij meent dat voor voortzetting van het dienstverband geen aanleiding is. Wat voegt de mogelijkheid van voorwaardelijke ontbinding daar dan nog aan toe? Als men wat langer doordenkt, blijken er wel degelijk scenario's te zijn waarin de werkgever belang kan hebben bij voorwaardelijke beëindiging door het hof voor het geval dat het ontslag door de appelrechter niet rechtsgeldig wordt bevonden. Te denken valt bijvoorbeeld aan het zojuist genoemde geval dat het hof, het oorspronkelijke ontslag niet rechtsgeldig achtend, afziet van herstel, en in plaats daarvan een billijke vergoeding toekent. In dat geval kan de werkgever nog steeds belang hebben bij voorwaardelijke ontbinding/beëindiging, te weten voor het geval de verwijzingsrechter, na een succesvol cassatieberoep van de werknemer, oordeelt dat toch herstel van het dienstverband op zijn plaats is. Verhulp merkt in zijn NJ-noot onder de *Vlisco*-beschikking op dat zo een voorwaardelijke ontbinding niet toelaatbaar zou zijn omdat het hof daarmee het verwijzingshof voor de voeten loopt.⁷⁰ Wij denken daar toch anders over, omdat de procedure bij de verwijzingsrechter in feite niets meer is dan een voortzetting van de procedure bij het hof (voorafgaand aan de cassatie).⁷¹ Het aanvaarden van de mogelijkheid van ontbinding/beëindiging door het hof voor het geval de verwijzingsrechter herstelt, sluit zo gezien dus zonder meer aan bij de gedachte van de Hoge Raad dat zowel het hof als de kantonrechter voorwaardelijk kunnen ontbinden om de risico's van een oordeel *in hun instantie* dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig was, af te dekken.

Een vraag die in dit verband ook nog open ligt, is of het hof wel voorwaardelijk kan ontbinden wanneer de kantonrechter nog niet heeft geoordeeld over de rechtsgeldigheid van het ontslag, of er nog geen appelprocedure loopt over de beslissing van de kantonrechter inzake de rechtsgeldigheid van het ontslag. Op dat moment is dus niet duidelijk of er überhaupt een appelprocedure komt over het ontslag en dus rijst de vraag of het hof dan wel voorwaardelijk kan ontbinden; de Hoge Raad lijkt immers voor ogen te hebben dat de appelrechter alleen voorwaardelijk kan beëindigen, voor zover het de gevolgen betreft die intreden als het ontslag 'in de desbetreffende instantie' – dat wil hier dus zeggen: door het hof – niet rechtsgeldig wordt geacht. Wij denken dat de *Vlisco*-beschikking niet zo beperkt gelezen moet worden. In het Wwz-ontslagrecht

Gaat u het 'eenvoudige' ontslagrecht 'even' aan de bakker op de hoek uitleggen, die zijn knecht net op staande voet heeft ontslagen wegens het zonder afrekenen consumeren van een overgebleven roombroodje? Succes! Of nog beter: sterkte!

staan tegen ontbindingsbeschikkingen appel en cassatie open. Dat betekent, ons inziens, dat de appelrechter ook kan controleren of de rechter in eerste aanleg een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding terecht heeft toe- of afgewezen. Dat brengt dan weer mee dat wanneer de procedure over de rechtsgeldigheid van het ontslag en de voorwaardelijke ontbinding in eerste aanleg niet tegelijkertijd worden afgedaan, en het ontbindingsverzoek wordt afgewezen, in appel ten toets kan komen of dat terecht is gebeurd en dat de appelrechter dus ook alsnog een datum kan bepalen waartegen de arbeidsovereenkomst eindigt, voor het geval dat de kantonrechter het ontslag vernietigt.⁷² Dat ligt eens te meer voor de hand, omdat de appelrechter met zo een beëindiging in zekere zin ook een veiligheidsnet spant voor een mogelijke uitspraak van de appelrechter over het ontslag op staande voet. Deelt die appelrechter namelijk uiteindelijk het oordeel van de kantonrechter dat het ontslag vernietigd moest worden, door een tegen dat oordeel gericht appel te verwerpen, dan is de beëindiging die het Hof in appel heeft uitgesproken in de voorwaardelijke ontbindingsprocedure in zekere zin wel degelijk ook een beëindiging die de gevolgen van het oordeel van de appelrechter over de rechtsgeldigheid van het ontslag op staande voet redresseert. Wij denken dus dat het Hof niet alleen voorwaardelijk kan beëindigen voor het geval in appel herstel wordt uitgesproken, maar ook voor het geval de rechter in eerste aanleg de opzegging vernietigt.

Volgt u het nog? Zo dat niet, of niet helemaal, het geval is, dan hoeft u zich wat ons betreft zeker niet te schamen. Integendeel; u staat niet alleen. Daar waar zelfs de Hoge Raad eventjes het Wwz-spoor bijster raakt en wij u uit alleszins vertrouwelijke bron kunnen meedelen dat ook hooggeleerde arbeidsrechtdeskundigen op enig moment sterretjes gaan zien als ze te lang over de voorwaardelijke ontbinding delibereren, lijkt dat leerstuk nu niet direct het bewijs te leveren van het feit dat de Wwz het ontslagrecht vereenvoudigd heeft.⁷³ Gaat u het voorgaande 'eenvoudige' ontslagrecht 'even' aan de bakker op de hoek uitleggen, die zijn knecht net op staande voet heeft ontslagen wegens het zonder afrekenen consumeren van een overgebleven roombroodje? Succes! Of nog beter: sterkte!

In de literatuur gaan inmiddels al stemmen op die werkgevers adviseren om gelet op het mijnenveld van ontslag en voorwaardelijke ontbinding, maar helemaal af te zien van het geven van ontslag op staande voet en in plaats daarvan te kiezen voor een ontbindingsverzoek wegens diezelfde dringende reden, op de zogeheten e-grond.⁷⁴ Dat advies lijkt voorsnog aan dovemansoren gericht. Het ontslag op staande voet is 'alive and kickin'. Van zowel een Amsterdamse als van een Rotterdamse kantonrechter begrepen wij onlangs dat zij, in de eerste lijn, eerder *meer*, dan *minder* ontslag op staande voet zaken zien langskomen dan vóór de Wwz. Een deel daarvan gaat vast ook weer de Hoge Raad halen. Over deze materie is het laatste woord zeker nog niet gezegd.

8. De kapster uit Spakenburg

En dat brengt ons dan bij de kapster die de inleiding van deze Kroniek voor haar rekening heeft genomen. Haar ontslag gaf aanleiding tot de derde belangrijke uitspraak van de Hoge Raad over de Wwz.⁷⁵ Die zaak ziet op de billijke vergoeding die in de discussies over de Wwz zo een belangrijke rol speelt en die de rechter kan toekennen *naast* de standaard transitievergoeding, wanneer – heel kort gezegd – sprake is van (een bepaalde vorm van) ernstige verwijtbaarheid aan de kant van de werkgever. Het ontslagrecht zoals dat sinds 1 juli 2015 geldt, wordt bevolkt door een zeer groot aantal billijke vergoedingen, ze zijn niet op de vingers van twee handen te tellen. Grof gezegd vallen die billijke vergoedingen uiteen in twee categorieën, te weten billijke vergoedingen waarbij voor de verschuldigdheid ervan vereist is dat de werkgever vanwege het ontstaan van de reden voor de beëindiging een *ernstig* verwijt te maken valt, en in de tweede plaats billijke vergoedingen waarbij de ernstige verwijtbaarheid besloten ligt in de in de wet omschreven situatie waarin de aanspraak op de vergoeding ontstaat. In de zaak die leidde tot de beschikking rond de kapster draaide het om de billijke vergoeding van artikel 7:681 lid 1 sub a BW. Dat is een billijke vergoeding waar de werknemer bij een hem gegeven vernietigbaar ontslag om kan verzoeken, als alternatief voor een verzoek om vernietiging van die opzegging. Die billijke vergoeding valt in de tweede categorie; de ernstige verwijtbaarheid ligt hier volgens de regering besloten in het feit dat de werkgever in strijd met wettelijke regels, en derhalve vernietigbaar heeft ontslagen.⁷⁶ Om dat nu per definitie te zien als een situatie van ernstige verwijtbaarheid, hebben wij van begin af aan een wat geforceerde

benadering gevonden. Er zijn immers heel wat vernietigbare ontslagen denkbaar waarin de werkgever weliswaar een voor dat ontslag geldende regel heeft geschonden – met vernietigbaarheid als gevolg – zonder dat nu direct inzichtelijk is waarom de werkgever daarvan een ernstig verwijt treft. Men denke aan een ontslag op staande voet wegens zeer ernstig wangedrag, waarbij de werkgever net iets te laat heeft ontslagen om dat ontslag nog onverwijld te laten zijn. Er is dan automatisch sprake van een aanspraak op een billijke vergoeding, nu het ontslag niet aan alle wettelijke vereisten voldoet, maar om dat nu 'ernstig verwijtbaar' te noemen... Het heeft er veel van weg dat de wetgever de weg van de 'ingebakken' ernstige verwijtbaarheid bij sommige billijke vergoedingen vooral heeft gekozen om het systeem van de billijke vergoedingen de schijn van uniformiteit te geven; de *ogenschijnlijke* gemene deler voor die vergoedingen is het vereiste van de ernstige verwijtbaarheid.

Wanneer men de lagere rechtspraak bezag over de billijke vergoeding van artikel 7:681 lid 1 sub a BW, zoals die zich sedert 1 juli 2015 had ontwikkeld, dan was dat eigenlijk een driestromenland. Een deel van de rechters kende ongemotiveerd een bepaald bedrag toe omdat dat 'gelet op alle omstandigheden van het geval billijk' was. Deze stroming droeg vanzelfsprekend niet echt bij aan de voorspelbaarheid van uitkomsten.⁷⁷ Een tweede stroming nam tot uitgangspunt dat die billijke vergoeding primair een punitief en preventief karakter moest hebben *voor de werkgever* en keek dus juist niet, of in mindere mate, naar de gevolgen van het ontslag voor de werknemer.⁷⁸ De derde stroming daarentegen nam bij de beoordeling juist die gevolgen tot uitgangspunt en leunde bij de begroting van de vergoeding in sterke mate op het 'alternatief-karakter' van de billijke vergoeding van artikel 7:681 lid 1 sub a BW. Wanneer die vergoeding moet worden gezien als alternatief voor vernietiging, waarom zou men dan, bij de begroting niet primair spiegelen aan de 'restloonwaarde' die de vernietiging van de opzegging voor de werknemer zou hebben gehad?⁷⁹ Anders gezegd; hoe lang zou het dienstverband dan nog hebben geduurd.⁸⁰

Voor die derde stroming sprak niet alleen dat de regering tijdens de behandeling van de Wwz tot twee keer aan toe had benadrukt dat bij de begroting van de billijke vergoeding van artikel 7:681 BW ook 'door het ontslag gemist loon' in de beschouwing kon worden betrokken, maar ook een belangrijk praktisch argument.⁸¹ Te weten: de harde realiteit dat het na een vernietigbaar ontslag (op

70. Annotatie onder NJ 2017/204, onder 9.

71. Art. 424 Rv.

72. Zie in die zin ook E. Verhulp in zijn NJ-noot onder de *Visco*-beschikking.

73. Voor wie nog niet genoeg complexiteit heeft geproefd verwijzen wij naar de aardige bijdrage van Dekker in het mei-nummer van het *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk*. Hij schetst maar liefst zeven (!) scenario's voor de voorwaardelijke ontbinding in hoger beroep. F.M. Dekker, 'Voorwaardelijke ontbinding in hoger beroep in zeven scenario's', *TAP* 2017/214.

74. O. van der Kind, 'De Mediantbeschik-

king van de Hoge Raad: een game changer voor de praktijk van het ontslag op staande voet', *ArbeidsRecht* 2017/19. Overigens moet daarbij niet uit het oog worden verloren dat die e-grond (verwijtbaar gedrag) alleen kan dienen als substituuat voor een ontslag op staande voet, wanneer de dringende reden minst genomen enigszins verwijtbaar is aan de werknemer (maar dat is vrijwel steeds het geval).

75. HR 30 juni 2017, NJ 2017/298.

76. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 61.

77. Zie bijvoorbeeld: Ktr. Amsterdam

ECLI:NL:RBAMS:2016:5015; Ktr. Rotterdam 30 mei 2016/131; Ktr. Maastricht 1 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:1789. Zie ook: S.F.Sagel, 'Pas toe en leg uit', *TRA* 2016/1, 2009/305, in: *JAR 25 jaar, een hooggeleerde selectie met annotaties verfraaid*, Den Haag, 2016.

78. Zie bijv.: Ktr. Arnhem 29 september 2016, *AR-Updates* 2016-1115; Ktr. Zaandijk 28 juli 2016,

ECLI:NL:RBNHO:2016:6519.

79. Ktr. Rotterdam 22 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6495; Ktr. Zwolle 1

april 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1205; Ktr. Amsterdam 17 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1690.

80. Zie voor een pleidooi voor deze benadering: J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw Ontslagrecht*, Deventer, 2015, par. 7.2.3.4 en 8.3.7; Van Zanten-Baris in haar annotatie onder *JAR* 2016/266; S.F. Sagel, 'Het ontslag op staande voet en de WWZ (II)', *TRA* 2015/56.

81. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 55 en *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 92.

staande voet) vaak ook voor de ontslagen werknemer maar beter is dat er een definitief einde komt aan de arbeidsrelatie en dat hij zijn energie richt op het vinden van een andere werkkring. Tegen de wil van de werkgever en vaak ook *contre* het eigen *coeur* inzetten op terugkeer op de oude werkvloer, is vaak een recept voor (situationele) arbeidsongeschiktheid. Maar wil de werknemer in plaats van voor vernietiging van de opzegging kiezen voor de realistische aanpak van het opteren voor een billijke vergoeding, dan mag de waarde van de beide oplossingen elkaar niet te zeer ontlopen.⁸²

De Hoge Raad heeft met zijn beschikking van 30 juni 2017, gewezen naar aanleiding van een uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden die in de punitief/preventieve-stroming viel te plaatsen, duidelijkheid gegeven. Van belang bij de analyse van die beschikking is allereerst om goed de reikwijdte van de overwegingen van de Hoge Raad af te bakenen. Zien wij het goed, dan heeft de Hoge Raad de beschikking zo opgebouwd dat eerst een aantal, beknopte, overwegingen wordt besteed aan de billijke vergoeding *in het algemeen* (r.o. 3.4.1-3.4.3), waarna hij inzoomt op de billijke vergoeding van artikel 7:681 lid 1 sub a BW (r.o. 3.4.4-3.4.5).

In zijn overwegingen over de billijke vergoeding in het algemeen wijdt de Hoge Raad een interessante beschouwing aan de vraag in hoeverre de gevolgen van het ontslag kunnen leiden tot de toekenning van een billijke vergoeding. Omdat de gevolgen van het ontslag in de systematiek van de Wwz forfaitair worden opgevangen door de transitievergoeding, kunnen die gevolgen volgens de Hoge Raad '*duis geen grond meer zijn voor het toekennen van een vergoeding anders dan de transitievergoeding*'. Hier onderscheidt het huidige recht zich dus van het oude, omdat toen – in het kader van het kennelijk onredelijk ontslag – het *gevolgen*criterium van artikel 7:678 lid 2 sub b BW (oud) juist een belangrijke bron was voor de toekenning van de (schade)vergoeding als bedoeld in die bepaling. Overigens zien wij, ook in het nieuwe recht, wel één – zij het zeer beperkte – uitzondering op de door de Hoge Raad als vertrekpunt gehanteerde regel dat de gevolgen geen grond meer kunnen zijn voor het toekennen van een vergoeding, anders dan de transitievergoeding. Die uitzondering, of wellicht beter: nuancering, ligt op het terrein van het ontslag op staande voet wegens een dringende reden. Nu bij de beoordeling van het bestaan van een dringende reden, een weging van alle omstandigheden van het geval vereist is, waaronder de gevolgen van het ontslag voor de werknemer, kunnen juist die gevolgen aan het bestaan van een dringende reden in de weg staan.⁸³ Daar waar een ontslag op staande voet vernietigbaar blijkt vanwege de gevolgen van dat ontslag, kunnen die gevolgen dus wel degelijk tot een vergoeding naast de transitievergoeding leiden, sterker nog: die gevolgen kunnen dan tot de verschuldigdheid van twee additionele vergoedingen leiden, te weten een vergoeding wegens het niet in acht nemen van de opzegtermijn en de billijke vergoeding van artikel 7:681 lid 1 sub a BW.

Het feit dat de gevolgen van het ontslag onder het huidige recht in het algemeen geen reden meer zijn voor toekenning van een billijke vergoeding verzet zich er, zo vervolgt de Hoge Raad, niet tegen dat met de gevolgen van het ontslag wel rekening wordt gehouden bij het bepalen

van de omvang van de billijke vergoeding waarop de wet een werknemer aanspraak geeft omdat de werkgever van het ontslag als zodanig een ernstig verwijt kan worden gemaakt, *voor zover die gevolgen zijn toe te rekenen aan het de werkgever te maken verwijt*. Die overweging ziet klaarblijkelijk op alle billijke vergoedingen die het Wwz-ontslagrecht rijk is en brengt met zich dat, bijvoorbeeld, ook de billijke vergoeding die de ontbindingsrechter op grond van artikel 7:671b lid 8 sub c BW aan de werknemer kan toekennen wanneer de ontbindingsgrond ernstig verwijtbaar is *ontstaan*, voor de werkgever lelijk in de papieren kan gaan lopen. Is bijvoorbeeld sprake van een zogeheten g-grond voor ontbinding – de verstoorde arbeidsverhouding – waarbij de werkgever van het ontstaan van die grond een ernstig verwijt treft, dan is gelet op de beschikking in de *New Hairstyle*-zaak goed verdedigbaar dat het inkomensverlies dat optreedt door de ontbinding, wel degelijk kan worden meegenomen bij de begroting van de billijke vergoeding. Dat inkomensverlies is dan immers rechtstreeks toe te rekenen aan het de werkgever te maken verwijt, namelijk dat hij willens en wetens een ontslaggrond heeft gecreëerd.

Na deze algemene overwegingen gaat de Hoge Raad, meer specifiek, in op de begroting van de billijke vergoeding ex artikel 7:681 lid 1 sub a BW. De Hoge Raad zet hier duidelijke lijnen uit, al moet goed worden onderkend dat die lijnen bepaald niet in graniet zijn gebeiteld. De Hoge Raad wil voor de lagere rechter – en voor zichzelf – nog enige speelruimte bewaren.

Wij duiden de overwegingen van de cassatierechter aldus dat de Hoge Raad de hierboven als derde beschreven 'alternatief-benadering', waarbij voor de bepaling van de hoogte van de vergoeding wordt gespiegeld aan de waarde die het dienstverband nog voor de werknemer zou hebben gehad als hij voor vernietiging zou hebben gekozen, als toelaatbare maatstaf omarmt, maar dat hij deze zeker niet voor alle gevallen dwingend voorschrijft. Uit de wetsgeschiedenis en de strekking van de billijke vergoeding van artikel 7:681 lid 1 sub a BW als alternatief voor vernietiging volgt volgens de Hoge Raad dat 'bij het vaststellen van de billijke vergoeding op grond van deze bepaling mede *kan* worden gelet op hetgeen de werknemer aan loon zou hebben genoten als de opzegging zou zijn vernietigd'. Daarbij zal het dan van de omstandigheden van het geval afhangen welke verdere duur van de arbeidsovereenkomst daarbij in aanmerking moet worden genomen. De Hoge Raad suggereert daarbij dat de rechter dan in aanmerking kan nemen op welke termijn de werkgever de arbeidsovereenkomst, bij gebreke van de vernietigbare opzegging, wel had kunnen beëindigen en of de werkgever dat dan vermoedelijk ook had gedaan. De rechter *kan* dus voor de 'spiegelen aan vernietigen-benadering' kiezen, maar hij *hoeft* dat van de Hoge Raad niet steeds te doen. Het hangt uiteindelijk af van de omstandigheden van het geval of en in hoeverre bij de vaststelling van de billijke vergoeding van artikel 7:681 BW rekening wordt gehouden met het inkomen dat de werknemer zou hebben genoten als de opzegging zou zijn vernietigd en tot die omstandigheden behoort volgens de Hoge Raad onder meer de mate waarin de werkgever van de grond voor de vernietigbaarheid van de opzegging een verwijt valt te maken. Voorts kan daartoe behoren – voor zover het om in de toekomst

te derven loon gaat — of de redenen die de werknemer heeft om af te zien van vernietiging van de opzegging aan de werkgever zijn toe te rekenen. Het eerste gezichtspunt begrijpen wij zo dat naarmate de werkgever grovere fouten maakt, of zelfs – zoals de kapsalon uit Spakenburg – willens en wetens door rood rijdt en fundamentele regels van het ontslagrecht met voeten treedt, er reden is om hem ‘vol’ te laten voelen welke gevolgen dat voor de werknemer had en die werknemer ook even ‘vol’ te compenseren voor de ten onrechte verloren baan. De billijke vergoeding heeft dan wel geen ‘specifiek punitief karakter’, zo overweegt de Hoge Raad. Maar via de band van de mate van verwijtbaarheid die beïnvloedt hoe zeer rekening kan worden gehouden met de gevolgen, sluipt er toch iets van een indirect bestraffend *gevolg* in de berekening.⁸⁴ Maar dat is heel wat anders dan dat straf en boete de primaire

De billijke vergoeding heeft dan wel geen ‘specifiek punitief karakter’, zo overweegt de Hoge Raad. Maar via de band van de mate van verwijtbaarheid sluipt er toch iets van een indirect bestraffend *gevolg* in de berekening

doelstellingen zijn van de vergoeding. Die tweede lijn in de lagere rechtspraak is door de Hoge Raad dus uitdrukkelijk verworpen. Het tweede gezichtspunt ligt in het verleden van het eerste. Daar waar een werknemer op volstrekt begrijpelijke gronden afziet van vernietiging, omdat zijn werkgever hem ‘honds’ heeft behandeld en die werknemer daardoor huizenhoog opziet tegen continuering van het dienstverband, mede omdat hij degene die hem zo onheus heeft bejegend dan weer dag in, dag uit op de werkvloer tegenkomt, is er alle aanleiding om de werkgever in volle omvang te confronteren met de waarde die het dienstverband nog voor de werknemer zou hebben gehad. Aan de andere kant, wanneer een werkgever min of meer abusievelijk een ontslagbrief verstuurt omdat hij, op begrijpelijke – maar achteraf onjuist blijkende – gronden

vermoedt dat de werknemer een ernstige misstap heeft begaan, kan de zaak heel anders liggen wanneer de werkgever, zodra hij zijn fout heeft ontdekt, deze onmiddellijk ruiterlijk toegeeft, excuses maakt en bereid is de werknemer terug te nemen en te rehabiliteren. In zo een geval zal er eerder verwacht mogen worden dat de werknemer voor vernietiging kiest. Doet hij dat niet, terwijl een terugkeer best verwacht had kunnen worden, dan zal dat een drukkend effect kunnen hebben op de mate waarin gemiste inkomsten in de billijke vergoeding worden meegenomen, of er zelfs toe leiden dat er helemaal niet gespiegeld wordt aan de waarde van de vernietiging. Dat rikt naar een ‘eigen schuld’ benadering als bedoeld in artikel 6:101 BW en misschien bedoelt de Hoge Raad dat ook wel zo; hij merkt immers ook nog op dat voor zover elementen van de vaststelling van de billijke vergoeding zien op de vergoeding van schade van de werknemer, de wettelijke regels van artikel 6:95 e.v. BW zich voor overeenkomstige toepassing lenen.

Bij de vaststelling van de billijke vergoeding van artikel 7:681 lid 1 sub a BW kan, zo overweegt de Hoge Raad tot slot, ook ermee rekening worden gehouden of de werknemer *inmiddels* ander werk heeft gevonden, en met de inkomsten die hij daaruit dan geniet, alsmede met andere inkomsten die hij in redelijkheid in de toekomst kan verwerven. Ook dat zijn weer belangrijke richtingaanwijzers. Allereerst volgt uit het woord *inmiddels* dat de Hoge Raad bij de begroting van de billijke vergoeding van artikel 7:681 lid 1 sub a BW uitdrukkelijk kiest voor een *ex nunc* benadering, daar waar bij de begroting van de kennelijke onredelijke ontslagvergoeding die tot 1 juli 2015 het alternatief was voor vernietiging, werd gekozen voor een *extunc* benadering.⁸⁵ Toen was de situatie op de laatste dag van het dienstverband in beginsel beslissend, zowel voor de beoordeling van de kennelijke onredelijkheid als voor de vergoeding; nu is het moment waarop de rechter beslist de peildatum. En de verwijzing naar de inkomsten die de werknemer in redelijkheid weer kan verwerven? Daar zien wij wederom de overeenkomstige toepassing van de regels van de artikel 6:95 BW e.v. om de hoek kijken; de werknemer heeft, op enig moment, wel een schadebepenkingsplicht door te gaan kijken naar ander werk.

Kortom: bij de berekening van de billijke vergoeding van artikel 7:681 lid 1 sub a BW *mag* de rechter spiegelen aan de waarde van de vernietiging en dus rekening houden met hetgeen de werknemer is misgelopen aan inkomsten door niet voor de vernietiging te kiezen. Doet de rechter dat, dan zal hij bij die rekenkundige exercitie, volgens de Hoge Raad ook moeten betrekken of de werknemer door het ontslag wel een transitievergoeding heeft ontvangen. Dat betekent ons inziens niet dat die transitievergoeding per definitie van de billijke vergoeding wordt afgetrokken. Want goed denkbaar is, dat de werknemer die transitievergoeding ook zou hebben ontvangen wanneer

⁸². Zie voor dit argument: S.F. Sagel, ‘De Wwz, het ontslag op staande voet en de rechter’, *TRA* 2016/85.

⁸³. Blijkens de wetgeschiedenis heeft de Wwz niets veranderd aan het begrip dringende reden, zodat we ervan uitgaan dat

de gevolgen van het ontslag in dat kader nog steeds meewegen. *Handelingen I* 2013/14, 33818, 3 juni 2014, 32-14-14.

⁸⁴. Zie bijv. in die zin ook al Ktr. Zwolle 1 april 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1205, die de verwijtbaarheid betrok bij de bepaling

van de verwachte levensduur van het dienstverband bij vernietiging.

⁸⁵. HR 17 oktober 1997,

ECLI:NL:HR:1997:AG7282, *NJ* 1999/266,

m.nt. P.A. Stein; HR 3 december 2004,

ECLI:NL:HR:2004:AR1717, *NJ* 2005/119,

m.nt. G.J.J. Heerma van Voss; HR 8 april 2011, *NJ* 2011/168; HR 8 april 2016, *NJ*

2016, 426, m.nt. B. Barentsen.

de arbeidsovereenkomst, na vernietiging, in de toekomst alsnog geëindigd zou zijn. In dat geval kan het zelfs aangevoerd worden om bij de billijke vergoeding ook het verschil op te tellen tussen de daadwerkelijk betaalde transitievergoeding en de hogere transitievergoeding die betaald zou hebben moeten worden in het hypothetische vergelijkingsgeval dat de arbeidsovereenkomst na vernietiging alsnog op termijn geëindigd zou zijn.

De beschikking in de *New Hairstyle*-zaak beantwoordt veel vragen, maar niet alle. Onduidelijk blijft bijvoorbeeld welke maatstaf de rechter moet hanteren wanneer hij bij de begroting niet kan of moet willen spiegelen aan de waarde van de vernietiging; die mogelijkheid laat de Hoge Raad immers uitdrukkelijk open. Een specifiek punitieve benadering is dan uitgesloten, maar wat geldt dan wel? Duidelijk is in elk geval dat de Hoge Raad, hoe dan ook, maatwerk voorstaat. Het werken met vaste formules is niet geïndiceerd. Dat noopt ook rechtshulpverleners om de spreekwoordelijke spade dieper te gaan; zij zullen immers goed moeten na-

De ondernemersvrijheid speelt in de afwegingen van het Hof een steeds belangrijkere rol en heeft blijkbaar hetzelfde gewicht als fundamentele vrijheidsrechten

denken hoe zij een vergoeding begroten en onderbouwen. Daarbij kan ook worden gedacht aan creatieve oplossingen, waarbij een verzoek bijvoorbeeld aldus wordt ingekleed dat primair een bepaalde billijke vergoeding van minimaal een bepaald bedrag wordt verzocht en subsidiair vernietiging. Het kan immers best zo zijn dat de werknemer bereid is om zijn arbeidsovereenkomst op te geven als daar minimaal een bepaalde waarde tegenover staat, terwijl hij zijn baan terug wil als de rechter hem dat bedrag niet 'gunt'.

9. HvJ EU en discriminatie wegens godsdienst
Op 14 maart 2017 wees het HvJ EU twee opmerkelijke arresten over de mogelijkheid van de werkgever om de vrijheid van godsdienst van werknemers te beperken.

De eerste zaak betreft het ontslag van een receptioniste van een beveiligingsbedrijf in België.⁸⁶ Zij had haar werkgever gemeld dat zij een hoofddoek wilde gaan dragen. Met een beroep op het bedrijfsreglement, waarin het werknemers was verboden om zichtbare tekens van hun politieke, filosofische of religieuze overtuigingen te dragen, beëindigde de werkgever daarop de arbeidsovereenkomst. Aan het EU-hof de vraag of dit ontslag in strijd was met Richtlijn 2000/78/EG, die gelijke behandeling in arbeid en beroep voorschrijft. Daarmee komt het EU-hof in het vaarwater van het EVRM en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).

Voor de uitleg van het begrip godsdienst sluit het Hof aan bij vaste rechtspraak van het EHRM. Dat betekent dat

de vrijheid van godsdienst niet alleen het recht om te geloven omvat, maar ook om dat actief te belijden, bijvoorbeeld door bepaalde kledingstukken of sieraden te dragen. Niet alleen de innerlijke overtuiging is dus beschermd.

Tot zover is de uitspraak niet opmerkelijk, maar deze wordt dat vervolgens wel door het hier aan de orde zijnde reglement dat *alle* geloofsuitingen op de werkvloer verbiedt, niet als een vorm van directe discriminatie te kwalificeren. Op zichzelf is die benadering in zoverre nog wel begrijpelijk, dat er in geval van indirecte discriminatie een belangenafweging mogelijk is en het onderscheid toch gerechtvaardigd kan worden geacht. De toetsing bij direct onderscheid is veel minder flexibel; zulk onderscheid levert alleen dan geen verboden discriminatie op in specifiek in de wet omschreven gevallen. Hoe begrijpelijk ook, het is volgens ons niet direct voor de hand liggend om hier uit te gaan van indirecte discriminatie, omdat de gestelde regels vrij direct een verbod opleveren voor alle geloven en levensovertuigingen, zodat er – zo bezien – een rechtstreeks onderscheid wordt gemaakt tussen hen die, kort gezegd, niet geloven (en dus ook geen geloof of levensovertuiging willen uitdragen) en hen die een geloof of levensovertuiging hebben en deze ook willen uitdragen. Het is waar dat niet alle gelovigen en ongelovigen even hard worden getroffen door kledingvoorschriften, maar het uitdrukkelijke doel van de regeling is toch wel dat geen enkele werknemer zijn of haar geloof uitdrukkelijk mag belijden. In die zin is er geen sprake van een 'neutrale' maatregel, die min of meer toevallig extra nadelig en daarmee discriminerend voor bepaalde groepen uitpakt. Een geïjkt voorbeeld van indirecte discriminatie was altijd het bevoordelen van fulltimers ten opzichte van parttimers, waarmee in feite vooral vrouwelijke werknemers werden benadeeld. Een meer op deze casus gericht voorbeeld van onderscheid dat wel als indirect onderscheid zou zijn aan te merken, zou zijn dat van een werkgever die aan zijn personeel voorschrijft een bepaald uniform of bedrijfskleding te dragen. Dat voorschrift kan indirect discriminerend werken als dat ertoe leidt dat, ook al is dat niet de bedoeling, bepaalde gelovigen op die manier worden verhinderd hun geloof te uiten. In dit geval zit de indirectheid van de discriminatie er kennelijk in dat de maatregel niet rechtstreeks gericht is op een *bepaald* geloof. Alle gelovigen benadelen, is klaarblijkelijk geen directe discriminatie naar geloof. Aan het hof moet worden toegegeven dat het onderscheid tussen een werkgever die uitdrukkelijk bepaalde bedrijfskleding voorschrijft en een werkgever die het personeel in 'normale kleren maar dan wel neutraal' wil zien, dunnetjes is. In zoverre valt de benadering van het Hof ook wel weer te begrijpen.

Als gezegd, wilde het Hof klaarblijkelijk de weg naar de belangenafweging openhouden. Daar valt veel voor te zeggen, maar ook in die afweging gebeuren vervolgens opmerkelijke dingen. De wens van de werkgever om personeel met een 'neutrale uitstraling' te hebben, met name als deze klantencontact hebben, acht het hof een legitiem doel. Het Hof weegt daarbij artikel 16 van het Grondrechtenhandvest van de EU mee, waarin de vrijheid van ondernemerschap is beschermd. De ondernemersvrijheid speelt in de afwegingen van het Hof een steeds belangrijkere rol, en heeft blijkbaar hetzelfde gewicht als fundamentele vrijheidsrechten.

In de *Eweda*-uitspraak van het EHRM, over kledingvoorschriften bij British Airways, woog juist mee dat de

werkgever *slechts* commerciële belangen had bij de uniforme en neutrale uitstraling van het personeel. Mede daarom achtte het EHRM het verbod om een religieus sieraad te dragen juist niet toelaatbaar.⁸⁷ Aan de andere kant lijkt het EHRM dan weer wel meer onder de indruk van het argument dat in publieke functies een neutrale uitstraling mag worden verlangd van werknemers. In een Franse zaak achtte het EHRM voldoende rechtvaardiging voor het ontslag van een medewerkster van een openbaar ziekenhuis gelegen in het in de Franse grondwet verankerde beginsel van 'laïcité', dat wil zeggen de religieuze neutraliteit van de Franse staat en openbare diensten.⁸⁸

Het HvJ EU stipuleert in de Belgische zaak dat de nagestreefde neutraliteit in het bijzonder een legitiem doel is bij werknemers die in contact treden met klanten van de werkgever. Een verbod als door de werkgever gehanteerd, acht het HvJ EU vervolgens een geschikt middel om een zodanig beleid van neutraliteit te waarborgen, maar wel alleen als dat beleid ook daadwerkelijk coherent en systematisch wordt nagestreefd. Het beleid moet zo zijn vormgegeven dat het ook echt een ieder (die in contact staat met klanten) verboden is tekens van politieke, filosofische of religieuze overtuigingen te dragen. Het beleid alleen toe passen op, of handhaven voor, groepen die een bepaald geloof of levensovertuiging aanhangen, terwijl andere geloofsovertuigingen niet worden gesanctioneerd, is niet toelaatbaar. In de definitie van het hof zou er dan immers ook feitelijk sprake zijn van directe discriminatie. Toch gaat de eis van een goed geformuleerd en consequent gehandhaafd neutraliteitsbeleid vrij ver. In de eerste plaats lijkt het hof te eisen dat er daadwerkelijk consistent beleid wordt ontwikkeld, en dat kan voor kleinere organisaties nog best een hele opgave zijn. Daarbij moet bedacht worden dat niet alleen hoofddoekjes, mijters, halskettingen met kruisen of keppeltjes als 'niet-neutraal' kunnen worden opgevat. Het wel of niet dragen van een das of de hand waar iemand zijn of haar trouwring draagt kunnen bijvoorbeeld ook al wijzen op iemands afkomst en voorkeuren. Moet de werkgever er werkelijk op toe zien dat alle uitingen van geloof of levensovertuiging worden uitgebannen, of gaat het alleen om zaken die door het grote publiek als zodanig worden herkend? De 'beleids-eis' lijkt de ruimte voor de werkgever om ad hoc via open normen als het goed werknemerschap enige grenzen te stellen aan religieuze uitingen op de werkvloer ook danig in te perken. Verder wordt van de werkgever ook nog verwacht dat hij, alvorens tot ontslag wordt overgegaan, onderzoekt of het mogelijk is om de betrokken werknemers te herplaatsen in een functie waarin zij geen contact hebben met de klant.

In de andere uitspraak van 14 maart 2017 gaat het om de uitleg van een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste.⁸⁹ Het komt erop neer dat op bepaalde normaliter verboden kenmerken mag worden onderscheiden, als dat kenmerk een wezenlijk en bepalend vereiste is voor de functie. Denk aan iemands 'gender' bij fotomodellen. In deze zaak was het ontslag aan de orde van een projectingenieur die bij een bepaalde opdrachtgever was gedetacheerd. Deze laatste wilde niet werken met werknemers met hoofddoekjes, waarop het detacheringsbureau haar ontsloeg. Het Hof wijst het betoog dat de wens van klanten een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste zou zijn resoluut van de hand. Aan de ene kant valt toe te juichen dat werkgevers zich niet mogen ver-

schuilen achter de vooroordelen van hun klanten. Dat ze zelf niet willen discrimineren, maar dat de klant nu eenmaal koning is, is een te magere excuus. Aan de andere is de voorkeur van cliënten wel een lastige realiteit waar ook goedwillende werkgevers mee hebben te *dealen*. Mag er pas naar klanten worden geluisterd als die klanten zelf een algemeen en consequent gehandhaafd neutraliteitsbeleid erop na houden? Of moeten werkgevers die discussie voor zijn en eigener beweging zo'n beleid invoeren, om zo te garanderen dat de werknemers bij alle klanten welkom zijn?

Deze uitspraken illustreren ook maar weer eens dat handhaving van fundamentele werknemersrechten door twee internationale instanties, die elk toch eigen accenten leggen, tot complicaties kan leiden. Werkgevers en nationale overheden moeten tegelijkertijd twee net iets anders ingevulde normen naleven.

10. Tot slot

Zoals gezegd; het afgelopen jaar was een bijzonder goed jaar, met een hele rijke rechtspraak-oogst. Met name de eerste uitspraken van de Hoge Raad op het terrein van de Wwz, waarnaar zo reikhalzend werd uitgekeken en die hiervoor – vanwege hun grote belang voor de praktijk – relatief uitvoerig zijn besproken, smaken naar meer. Juist ook omdat de Hoge Raad er in die uitspraken blijk van heeft gegeven niet terug te deinzen voor ferme stellingnames over die nieuwe wet. Nota bene meteen in zijn eerste Wwz-uitspraak, de *Mediant*-beschikking, heeft de Hoge Raad op één punt de wetsgeschiedenis vanwege zijn innerlijke tegenstrijdigheid terzijde geschoven (toepasselijkheid van het bewijsrecht) en zelf een duidelijke koers bepaald, terwijl hij op een ander punt (te weten: herstel van het dienstverband) zelfs tegen de letter van de wet en de wetsgeschiedenis is ingegaan, door klaarblijkelijk te beslissen dat de rechter zelf kan herstellen, terwijl de wetgever heeft beoogd dat hij alleen tot herstel kan veroordelen. Ook de uitspraak ten aanzien van de begroting van de billijke vergoeding is een sterk staaltje rechtsvorming. De Hoge Raad had ervoor kunnen kiezen om die zaak af te doen met een overweging langs de lijn dat het, gelet op het feitelijk karakter van die afweging, aan de feitenrechter is om de billijke vergoeding te bepalen en dat de cassatierechter zich daarin niet kan mengen. Ook hier heeft hij echter het tegenovergestelde gedaan en, zo goed als mogelijk in het licht van de ook op dit punt nogal duistere wetsgeschiedenis, richtingaanwijzers aangezet. Dat belooft wat voor het komend jaar: er zit inmiddels heel wat Wwz in de pijplijn van de cassatierechter en die heeft er klaarblijkelijk 'zin in'. Voeg daarbij de arbeidsrechtelijke plannen waarmee het komende kabinet ongetwijfeld de arbeidsmarkt gaat bestormen en u weet het al weer: volgend jaar valt er vast opnieuw veel moois te rapporteren. Wij zien ernaar uit. •

86. HvJ EU 14 maart 2017, JAR 2017/96.

2016/54.

87. EHRM 15 januari 2013, EHRC 2013/67.

89. HvJ EU 14 maart 2017, JAR 2017/97.

88. EHRM 26 november 2015, EHRC