



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

**De Wwz, het ontslag op staande voet en de rechter**  
Sagel, S.F.

**Citation**

Sagel, S. F. (2016). De Wwz, het ontslag op staande voet en de rechter. *Tijdschrift Recht En Arbeid*, 2016(10), 39-47. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/44502>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/44502>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

# De Wwz, het ontslag op staande voet en de rechter

TRA 2016/85

**De invoering van de Wwz heeft grote veranderingen met zich gebracht voor de praktijk van het ontslag op staande voet. In deze bijdrage wordt een eerste analyse gegeven van de Wwz-rechtspraak op dit terrein, waarbij vooral wordt ingegaan op de vervaltermijn van art. 7:686a BW, de verschuldigdheid van een transitievergoeding bij een terecht ontslag op staande voet, de mogelijkheid voor de rechter om bij een vernietigbaar ontslag op staande voet af te zien van de toekenning van een billijke vergoeding in de zin van art. 7:681 BW, de wijze van begroting van die vergoeding en de mogelijkheid van een switch van een verzoek tot vernietiging naar een verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding.**

## 1. Inleiding

In 2015 verscheen in dit tijdschrift een uitvoerige bijdrage van mijn hand over de gevolgen van de Wet werk en zekerheid voor het ontslag op staande voet.<sup>2</sup> Geconstateerd werd toen dat hoewel de Wwz de drie eisen die art. 7:677 lid 1 BW aan zulk een ontslag stelt – de onverwijldheid van de opzegging, het bestaan van een dringende reden en de mededeling daarvan bij de opzegging – nauwelijks heeft gewijzigd, die wet desondanks wel eens vergaande consequenties zou kunnen hebben voor de bij zo een ontslag betrokken partijen.<sup>3</sup> Inmiddels zijn we een jaar verder en is het tijd om het jurisprudentiële net op te halen: wat zijn de resultaten van één jaar Wwz-rechtspraak over het ontslag op staande voet en welke lessen kunnen we daaruit trekken? In het navolgende worden die vragen aan de hand van de bespreking van een aantal *themata* beantwoord. Aan de orde komen achtereenvolgens de vervaltermijn van art. 7:686a BW, de transitievergoeding, de vrijheid van de rechter om (g)een billijke vergoeding toe te kennen bij een vernietigbaar ontslag, de begroting van die vergoeding en de mogelijkheid van een “switch” van vernietiging naar die billijke vergoeding.

## 2. De vervaltermijn van art. 7:686a BW; nog een onverwijldheidseis!

Eigenlijk heeft de Wwz ervoor gezorgd dat er nu drie onverwijldheidseisen gelden bij een ontslag op staande voet: twee voor de werkgever en één voor de werknemer. De werkgever moet onverwijld opzeggen en na die opzegging onverwijld de dringende reden meedelen. Maar met de invoering van art. 7:686a BW kan ook de werknemer die zo een ontslag overkomt, vervolgens geen tijd verliezen. Ook hij moet onverwijld aan de slag, te weten door, als hij zich niet bij dat ontslag wil neerleggen, binnen twee maanden een verzoek op grond van art. 7:681 BW tot vernietiging daarvan of tot toekenning van een billijke vergoeding in te dienen bij de rechter.

De soep van die vervaltermijn wordt blijkens de eerste rechtspraak in de praktijk vooralsnog even heet gegeten als hij door de wetgever is opgediend. Rechters passen de bepaling streng toe; zelfs een overschrijding van de termijn met één seconde is funest.<sup>4</sup> In mijn eerdergenoemde bijdrage uit 2015 wees ik op een arrest van de Hoge Raad uit 2012 waarin is uitgemaakt dat ook de toepassing van een wettelijke vervaltermijn – in die zaak ging het om de termijn van zes maanden als voorheen opgenomen in art. 9 BBA waarbinnen een beroep moest zijn gedaan op het ontbreken van de voor opzegging vereiste bestuurlijke toestemming – onder omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn en dus via de band van art. 6:248 lid 2 BW buiten toepassing geplaatst kan worden.<sup>5</sup> Bij een termijn van maar twee maanden, een derde van de oude termijn, zou zich die situatie wel eens eerder kunnen voordoen, schreef ik toen. Hoewel er blijkbaar ook binnen de rechterlijke macht onvrede bestaat over de vervaltermijn van art. 7:686a BW – de Amsterdamse kantonrechter Ulrici die het afgelopen jaar een aantal schrijvende gevallen had zien langskomen, deed tijdens een recent congres in Rotterdam een krachtige oproep aan de wetgever om de termijn te verlengen – heeft die onvrede nog niet geleid tot rechterlijke ruimhartigheid bij de toepassing ervan.<sup>6</sup> Zo liet de Kantonrechter Enschede een werkneemster die vier dagen te laat was met de indiening van haar verzoek, schipbreuk lijden op de klippen van art. 7:686a BW. De derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid mocht de werkneemster ook niet baten, want hoewel zij had gesteld dat zij psychische problemen had, bleek de rechter uit het dossier dat de werkneemster al drie maanden voor het ontslag aan de werkgever had laten weten dat zij werd bijgestaan door een advocaat. De psychische problemen stonden dus niet in de weg aan het zoeken van rechtsgeleerde bijstand.<sup>7</sup> Wat de kantonrechter niet in haar beschouwingen betrok, was de stelling van de werkneemster dat de dringende reden voor

1 Prof. mr. S.F. Sagel is hoogleraar arbeidsrecht aan de Universiteit Leiden, advocaat in Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift.

2 S.F. Sagel, ‘Het ontslag op staande voet en de Wwz (i) en (ii)’, *TRA* 2015/45 en *TRA* 2015/56.

3 Slechts de mededelingseis wijzigde in die zin dat de partij die opzegt de dringende reden niet langer ‘gelijktijdig’ met de opzegging moet meedelen, maar zulks ook nog *onverwijld na* de opzegging mag doen. Dat geeft de opzeggende partij een korte tijdspanne, van hooguit zo’n één of twee dagen, om de dringende reden zodanig helder te formuleren en over te brengen dat die mededeling tot ‘onmiddellijke duidelijkheid’ bij de wederpartij leidt omtrent de dringende reden. Zie daarover recent nog HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:290.

4 Ktr. Almere 31 maart 2016, ECLI:NL:RBME:2016:1803, *JAR* 2016/101.

5 HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5695.

6 Zie: <http://vaanvva.nl/wp-content/uploads/2014/12/Presentatie-Ulrici.pdf>.

7 Ktr. Enschede 28 januari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:285.

dat ontslag “boterzacht” was. Ik denk dat ook die omstandigheid (hoe sterk is de dringende reden?) in deze afweging wel degelijk een zeker effect zou moeten hebben. Juist in gevallen waarin de werkgever tegen beter weten in op staande voet ontslaat, zonder te beschikken over ook maar het begin van een dringende reden, en de werknemer juist door dat volstrekt ten onrechte gegeven ontslag (nog verder) van de kaart raakt, kan een termijn als die van art. 7:686a BW onaanvaardbare gevolgen hebben. Dit nog los van het feit dat de weging van art. 6:248 lid 2 BW er altijd één is van alle omstandigheden die het individuele geval kenmerken.

Ook in een zaak bij de Rechtbank Rotterdam werd een beroep gedaan op doorbreking van de vervaltermijn van art. 7:686a BW. In die zaak beriep de werknemersadvocaat zich er ter onderbouwing van zijn beroep op art. 6:248 lid 2 BW op, dat niet eerder in rechte was geageerd omdat er schikkingsoverleg plaatsvond en men dat schikkingsoverleg niet wilde belasten met het entameren van een procedure. Hoe begrijpelijk dat argument wellicht ook is met de bril van het tot 1 juli 2015 geldende ontslagrecht op, lijkt het terecht te zijn verworpen. Onder het sindsdien geldende recht zal de werknemersadvocaat aan de werkgever waarmee hij onderhandelt over een minnelijke regeling na een ontslag op staande voet, moeten (kunnen) uitleggen dat ondanks die onderhandelingen ter sauvering van rechten een verzoek tot vernietiging wordt ingediend. Het leek er in deze zaak bovendien op dat het argument dat werd aangevoerd voor de termijnoverschrijding, niet geheel te goeder trouw werd gehanteerd, nu de procedure niet alleen te laat, maar ook bij *dagvaarding* was ingeleid. Het had er daarmee de schijn van dat de vertraging meer van doen had met onbekendheid met de in art. 7:686a BW verankerde voorschriften dan met iets anders.<sup>8</sup>

Van belang is verder dat de rechtspraak uitwijst dat de werknemer de vervaltermijn van art. 7:686a BW ook niet kan “stuiten” door middel van het bij *dagvaarding* entameren van een kortgeding “oude stijl” waarin na een ontslag op staande voet wedertewerkstelling en loondoorbetaling wordt gevorderd. Dat speelde in een zaak die heeft geleid tot een arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 7 juni 2016.<sup>9</sup> In die zaak had de werknemer na een hem gegeven ontslag op staande voet wel binnen de termijn van art. 7:686a BW een kortgeding geëntameerd waarin doorbetaling van loon en wedertewerkstelling werd gevorderd, maar niet een verzoekschrift tot vernietiging van dat ontslag ingediend. Na het verstrijken van de vervaltermijn verzocht de gemachtigde van de werknemer de kantonrechter het kortgeding “op de voet van het bepaalde in artikel 69 Rv” te behandelen als een verzoekschriftprocedure en voegde daaraan toe dat de bezwaren van de werknemer “onder andere strekten tot vernietiging van het gegeven ontslag”. Die vlieger ging noch in eerste aanleg, noch in hoger beroep op.

Het hof stelde, met juistheid, voorop dat een kortgeding zich naar zijn aard niet voor een vordering tot vernietiging van een ontslag leent. Het gaat daarbij immers om een

constitutieve beslissing, die in kortgeding niet kan worden genomen. En ook art. 69 Rv kon de werknemer niet baten. Daarin is bepaald dat indien een procedure met een verzoekschrift is ingeleid in plaats van met een *dagvaarding* of met een *dagvaarding* in plaats van met een verzoekschrift, de rechter, zo nodig, degene die de procedure heeft ingeleid, beveelt het stuk waarmee de procedure is ingeleid, te verbeteren of aan te vullen. Daarbij geldt dat de procedure aanhangig is vanaf de oorspronkelijke dag van indiening of *dagvaarding*. Deze spoorwissel-bepaling, zo besliste het hof, “schept niet de mogelijkheid tot herstel van een fout die erin bestaat dat, ongeacht het inleidende gedingstuk, een verzoek niet binnen de daarvoor wettelijk voorgeschreven termijn is gedaan. Evenmin schept artikel 69 Rv de mogelijkheid tot herstel van een fout erin bestaande dat in kort geding een beslissing wordt nagestreefd die naar haar aard niet bij wijze van voorlopige voorziening kan worden gegeven, zoals de vernietiging van een ontslag op staande voet.” Het ging hier dus op twee manieren mis, een pijnlijk voorbeeld van “vlek op vlek”: de werknemer had pas twee dagen na het verstrijken van de daarvoor geldende termijn zijn vordering zo verduidelijkt dat daarin een verzoek tot vernietiging gelezen kon worden – zodat hij dus te laat was – en bovendien had hij dat verzoek ingediend in een kortgedingprocedure, waarin dat verzoek naar zijn aard niet thuis hoort. Dergelijke fouten van de werknemersadvocaat kunnen inderdaad niet langs de band van art. 69 Rv gerepareerd worden. Die bepaling kan wel soelaas bieden wanneer een werknemersadvocaat binnen de tweemaandstermijn van art. 7:686a BW bij *dagvaarding* een *bodemprocedure* tot vernietiging van het ontslag of tot doorbetaling van loon op basis van de stelling dat sprake is van een vernietigbare opzegging, dan wel tot toekenning van een billijke vergoeding in de zin van art. 7:681 BW entameert. In dat geval zal art. 69 Rv wel kunnen – en moeten – worden aangewend voor een spoorwissel naar de verzoekschriftprocedure.

### 3. Terecht ontslag op staande voet met transitievergoeding

Een tweede les uit het eerste jaar Wwz-rechtspraak, is dat een rechtsgeldig ontslag op staande voet best samen kan gaan met verschuldigdheid van de transitievergoeding. Hoewel in de memorie van toelichting van de Wwz nog stond dat de aanspraak op een transitievergoeding vervalt bij ernstige verwijtbaarheid en “dus” ook bij een terecht ontslag op staande voet, heeft Minister Asscher in een latere fase van het wetgevingsproces op dit punt een behoorlijke draai gemaakt.<sup>10</sup> Terecht merkte hij bij de behandeling in de Eerste Kamer op dat de Wwz niets veranderde aan het begrip dringende reden en dat voor ernstige verwijtbaarheid *meer* vereist is dan *slechts* een dringende reden.<sup>11</sup> Dat betekent, zo schreef ik hier vorig jaar, dat het bestaan van een dringende reden – en een rechtsgeldig ontslag op staande voet – dus, anders dan onder het oude recht, wel degelijk ge-

8 Ktr. Rotterdam 15 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2782.

9 Hof Amsterdam 7 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2171.

10 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 49-51.

11 *Handelingen I* 2013/14, 33818, 3 juni 2014, 32-14-14.

paard kan gaan met de verschuldigdheid van een (substantiële) vergoeding.<sup>12</sup> Een dringende reden kan immers samengaan met allerlei verwijtbaarheidsgradaties, fluctuerend van het geheel ontbreken van verwijtbaarheid, via matige verwijtbaarheid, tot het bestaan van een behoorlijke, zij het net niet ernstige, mate van verwijtbaarheid. In al dat soort gevallen zal de transitievergoeding verschuldigd zijn, ook al is sprake van een dringende reden. Die opvatting is door de Kantonrechter Amsterdam – overigens: in een ontbindingszaak op basis van de e-grond – inmiddels met zoveel woorden onderschreven en ook de Kantonrechter Alkmaar onderkent de mogelijkheid van samenloop van een transitievergoeding met een rechtsgeldig ontslag op staande voet, zij het dat daarvan in die Alkmaarse zaak geen sprake was gelet op de ernst van de handelwijze.<sup>13</sup> Dat was wel het geval in een zaak die leidde tot een beschikking van de Kantonrechter Zwolle van 25 april 2016, waarin inderdaad werd beslist dat sprake was van een rechtsgeldig ontslag op staande voet, waarbij de werknemer – hoewel hem een verwijt trof van zijn handelwijze – zijn aanspraak op de transitievergoeding behield, omdat dat verwijt in de ogen van de kantonrechter niet als *ernstig verwijt* te duiden was.<sup>14</sup> Zowel in de Amsterdamse als in de Zwolse zaak was sprake van ontoelaatbaar gedrag op het werk dat (in elk geval: deels) werd veroorzaakt door een alcoholverslaving. Dat nam de verwijtbaarheid zeker niet geheel weg, maar wel in zoverre, dat de lat van ernstige verwijtbaarheid niet gehaald werd. Hier lijkt zich een begin van een lijn af te tekenen dat zeker daar waar ontoelaatbaar gedrag dat als dringende reden kwalificeert, wordt veroorzaakt door drank- of drugsproblematiek, daarbij de verschuldigdheid van de transitievergoeding in beeld zal komen. Iets vergelijkbaars zal kunnen gelden in gevallen waarin het gedrag van de werknemer tot op zekere hoogte wordt “vergoelikt” door andere verzachtende omstandigheden die kunnen afdoen aan het verwijt dat de werknemer treft, zoals het handelen onder invloed van (begrijpelijke) emoties, een permissieve bedrijfscultuur of gebrek aan duidelijke gedragsregels. Al dat soort omstandigheden kan meebrengen dat een bepaalde handelwijze überhaupt niet als dringende reden kwalificeert, maar daarin kan de rechter onder het systeem van de Wwz ook aanleiding zien voor het genuanceerdere oordeel dat, die de verwijtbaarheid verzachtende omstandigheden in aanmerking genomen, wel sprake is van een dringende reden, maar eveneens van verschuldigdheid van de transitievergoeding. De Wwz geeft de rechter daarmee de ruimte tot meer maatwerk dan onder het oude systeem bestond. Juist in de moeilijke gevallen, de spreekwoordelijke dubbeltjes op zijn kant,

waarin de ernst van de handelwijze enerzijds en de persoonlijke omstandigheden anderzijds een verschillende uitkomst indiceren, heeft de rechter door de Wwz de mogelijkheid gekregen om een tussenweg te bewandelen. Was het onder het oude ontslagrecht bij een ontslag op staande voet *alles* – bij het oordeel: geen dringende reden – of *niets* – bij het oordeel: wel een dringende reden – voor de werknemer, nu kan de rechter enerzijds de werkgever behulpzaam zijn (door een dringende reden aan te nemen) en tegelijkertijd tegemoet komen aan de “zeligheidsfactor” aan de kant van de werknemer, door de scherpste randjes eraf te vijlen met het oordeel dat die dringende reden niet ernstig verwijtbaar is (waardoor de transitievergoeding verschuldigd is). Sterker nog: de rechter kan er zelfs toe overgaan te beslissen dat er een dringende reden is, mede in aanmerking genomen dat de transitievergoeding verschuldigd zal zijn (nu geen sprake is van ernstige verwijtbaarheid), waardoor de gevolgen van het ontslag zodanig worden gemitigeerd dat zij niet opwegen tegen de aard en de ernst van de handelwijze van de werknemer. Er ligt de komende jaren een schone taak voor werkgevers- en werknemersadvocaten om de kansen in deze grijze zone verder te verkennen.

#### 4. Wel vernietigbaar maar geen billijke vergoeding?

Interessante ontwikkelingen zijn er ook bij de billijke vergoeding om toekenning waarvan de werknemer op grond van art. 7:681 BW kan verzoeken als alternatief voor een verzoek tot vernietiging van de opzegging.

Opmerkelijk is allereerst, dat er inmiddels een aantal uitspraken is gedaan waarin de rechter tot het oordeel kwam dat een ontslag op staande voet inderdaad niet voldeed aan de daaraan op grond van art. 7:677 lid 1 BW te stellen eisen, zodat dat ontslag vernietigbaar was, maar waarin het verzoek om toekenning van een billijke vergoeding in de zin van art. 7:681 BW desondanks integraal werd afgewezen.

In een uitspraak van de Kantonrechter Roermond van 29 juni 2016 werd een werknemster – die eerst zelf de arbeidsovereenkomst had opgezegd – tijdens de opzegtermijn ten onrechte op staande voet ontslagen. De werknemster vorderde toekenning van zowel de transitievergoeding, de vergoeding wegens onregelmatige opzegging, als een billijke vergoeding ex art. 7:681 BW. De eerste twee vergoedingen werden toegewezen, maar de kantonrechter overwoog dat voor toekenning van de billijke vergoeding daarnaast geen plaats was, ook al was de opzegging van de arbeidsovereenkomst in strijd met de daarvoor geldende regels de werkgever ernstig aan te rekenen. Daarbij nam de kantonrechter in aanmerking dat de werknemster weliswaar ter onderbouwing van die vergoeding had gesteld dat zij met medeweten van de werkgever het slachtoffer was geweest van stelselmatige pesterijen door haar collega's, maar deze stelling niet verder had onderbouwd. Bovendien nam de rechter in aanmerking dat de werknemster de arbeidsovereenkomst zelf al opgezegd had, zodat deze als gevolg van die opzegging 24 dagen na het door de werkgever gegeven ontslag sowieso zou zijn geëindigd. Als ge-

12 Uit HR 12 februari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2849 volgde immers dat een terecht ontslag op staande voet niet kennelijk onredelijk kan zijn.

13 Ktr. Amsterdam 17 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9419, *AR-Updates* 2015-1332. Ktr. Alkmaar 22 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11368: “De kantonrechter heeft hiervoor geoordeeld dat het ontslag op staande voet terecht is gegeven, omdat daarvoor een dringende reden aanwezig was. Hoewel een dringende reden niet zonder meer samenvalt met ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, leveren de feiten en omstandigheden die de dringende reden vormen in dit geval ook een dergelijke ernstige verwijtbaarheid op.” *Cursiveringen* toegevoegd.

14 Ktr. Zwolle 26 april 2016, *AR-Updates* 2016-0477.

volg van het niet in acht nemen van de opzeggingsregels kwam aan de werknemster al de transitievergoeding en de gefixeerde schadevergoeding toe, waarop zijn geen aanspraak zou hebben gehad indien de arbeidsovereenkomst zou zijn geëindigd als gevolg van haar eigen opzegging. In die omstandigheden zag de kantonrechter aanleiding om de gevraagde billijke vergoeding af te wijzen.<sup>15</sup> In dezelfde lijn ligt een uitspraak van de Kantonrechter Rotterdam van 19 april 2016 die het, nu de werknemster die ten onrechte op staande voet was ontslagen wel enig verwijt trof van haar handelwijze (een valse ziekmelding), “niet billijk” achtte om naast de vergoeding wegens de onregelmatigheid van het ontslag en de transitievergoeding ook nog eens de billijke vergoeding van art. 7:681 BW toe te kennen.<sup>16</sup> Te wijzen valt voorts op een uitspraak van de Kantonrechter Arnhem van 11 november 2015, waarin het ging om een ontslag op staande voet van een werknemer die werkte op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.<sup>17</sup> De werknemer verzocht om toekenning van een billijke vergoeding van € 26.254,80, hetgeen overeenkwam met het loon over de resterende periode van het dienstverband. Daarnaast vorderde hij een vergoeding wegens de onregelmatigheid van de opzegging, gelijk aan datzelfde bedrag. De kantonrechter wees de billijke vergoeding af, omdat hij het “niet billijk” achtte dat aan de werknemer naast de vergoeding ex art. 7:672 lid 9 BW ook nog een vergoeding naar billijkheid zou worden toegekend.<sup>18</sup>

Het is de vraag of deze lijn in de lagere rechtspraak juist is. Heeft de rechter, wanneer hij oordeelt dat sprake is van een vernietigbare opzegging in de zin van art. 7:681 BW, inderdaad de vrijheid om in het geheel geen billijke vergoeding toe te kennen als de werknemer zijn verzoek daar uitdrukkelijk (mede) op heeft gericht?

Bezieet men de tekst van art. 7:681 lid 1 BW, dan geeft deze niet direct uitsluitsel over de vraag of het de rechter vrijstaat om wanneer zich één van de in dat artikel onder a tot en met d opgesomde gevallen van vernietigbaarheid voordoet en de werknemer heeft gekozen voor een verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding, af te zien van de toekenning daarvan. Betoogd zou kunnen worden dat het gebruik van het woord “kan” (“De kantonrechter kan op verzoek van de werknemer de opzegging (...) vernietigen, of op zijn verzoek aan hem ten laste van de werkgever een billijke vergoeding toekennen”) suggereert dat hier geen sprake is van een imperatieve bepaling, maar dat de rechter de discretionaire bevoegdheid heeft om al dan niet een vergoeding toe te kennen. Aan de andere

kant kan men het woord “kan” in art. 7:681 BW ook in die zin uitleggen dat daarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat de rechter twee dingen “kan” – in die zin dat hij *bij machte* is om die beslissingen te nemen – in het geval van een vernietigbaar ontslag, te weten ofwel vernietigen ofwel een billijke vergoeding toekennen, terwijl daarmee niet beoogd is aan te geven dat het hem ook vrij staat om daarvan af te zien als de werknemer voor één van beide opties heeft gekozen en er inderdaad sprake is van een vernietigbare opzegging. De wetsgeschiedenis bevat de nodige aanknopingspunten voor de stelling dat de tweede uitleg de juiste is. De memorie van toelichting vermeldt: “Als de kantonrechter tot het oordeel komt dat de werkgever in strijd heeft gehandeld met de door hem in acht te nemen regels, kan hij, al naar gelang het verzoek van de werknemer, de opzegging vernietigen of aan de werknemer een vergoeding toekennen.”<sup>19</sup> Deze passage duidt erop dat een derde smaak, te weten de rechter die *wel* tot het oordeel komt dat de werkgever in strijd met de geldende regels heeft opgezegd, maar die desondanks *geen* vergoeding toekent of de opzegging niet vernietigt, ontbreekt. Even verderop blijkt nog duidelijker dat als de rechter tot het oordeel komt dat sprake is van vernietigbaarheid en de werknemer heeft verzocht om vernietiging, die vernietiging dan ook moet worden uitgesproken: “Overigens zal de rechter bij een ontslag op staande voet wegens een (vermeende) dringende reden natuurlijk wel moeten beoordelen of er sprake van een dringende reden was. Blijkt die er niet te zijn geweest of zijn de vormvoorschriften (...) niet nageleefd dan heeft de werkgever zonder de (dan wel verplichte) toestemming of instemming opgezegd *en zal de opzegging worden vernietigd*.” De wetsgeschiedenis vermeldt niet dat wanneer de werknemer in plaats van voor vernietiging, heeft gekozen voor een verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding, de rechter meer vrijheid heeft om die vordering af te wijzen. Een dergelijke aanduiding zou, indien de wetgever daar zo tegenaan had gekeken, wel bepaald voor de hand hebben gelegen.

Interessant is overigens om in dit verband nog een blik te werpen op het tot 1 juli 2015 geldende ontslagrecht, toen in art. 7:681 BW nog het kennelijk onredelijk ontslag te vinden was. Ook toen bepaalde de wet dat indien één der partijen de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk had opgezegd, de rechter steeds aan de wederpartij een schadevergoeding “kan” toekennen. Die formulering moest volgens de Hoge Raad niet worden misverstaan als discretionaire bevoegdheid van de rechter. Als sprake was van een kennelijk onredelijk ontslag ontstond daardoor steeds een recht op schadevergoeding. Als de wederpartij bij een kennelijk onredelijk ontslag betwistte dat de andere partij door dat kennelijk onredelijke ontslag schade had geleden of zou lijden, had de rechter – zo besliste de Hoge Raad in een arrest van 4 juni 1976 – weliswaar een grote vrijheid met betrekking tot de vaststelling van de omvang van de schade, maar die vrijheid ging niet zover dat de rechter “naar *believen de vergoeding van de schade kan gelasten of achterwege laten*”, waaraan de Hoge Raad nog toevoegde dat “*hieraan niet kan afdoen, dat*

15 Ktr. Roermond 29 juni 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:5421.

16 Ktr. Rotterdam 19 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2857, *AR-Updates* 2016-0520.

17 Ktr. Arnhem 11 november 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7439, *AR-Updates* 2015-1206, *Prg.* 2016/30, *JIN* 2016/52, m.nt. van D. Schuurman en H.E. Meerman.

18 In weer een andere zaak – die overigens niet zag op een ontslag op staande voet – was sprake van een vernietigbaar ontslag omdat de werkgever had opgezegd met een ontslagvergunning die niet aan hem, maar aan een zustervereniging was verleend. De Kantonrechter Almere achtte toekenning van de billijke vergoeding in dat geval ‘niet redelijk’ omdat de vergunning ook zou zijn verleend als deze door de juiste vereniging zou zijn aangevraagd, zie Ktr. Almere 19 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4211, *JAR* 2016/118.

19 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 116.



in art. 1639s, eerste lid, het woord 'kan' is gebruikt.<sup>20</sup> Ik denk dat, mede gelet op de hiervoor aangehaalde passages uit de wetsgeschiedenis van de Wwz, eenzelfde benadering is aangewezen voor de billijke vergoeding van art. 7:681 BW. Is sprake van een vernietigbare opzegging en kiest de werknemer ervoor om in plaats van de vernietiging van de opzegging die billijke vergoeding toegekend te krijgen, dan heeft de rechter weliswaar, nu het gaat om een *billijke* vergoeding, een vrij ruime marge – waarover hierna meer – om die vergoeding vast te stellen, maar geheel afzien van de toekenning van enige vergoeding kan hij, zo zou ik menen, niet.

Dat geldt des te sterker nu de argumenten die in de hiervoor genoemde rechtspraak tot nog toe zijn aangehaald om toekenning van een billijke vergoeding af te wijzen in gevallen waarin wel sprake was van een vernietigbaar ontslag op staande voet, niet echt overtuigen. In de Roermondse uitspraak zag de rechter vooral in het feit dat de werknemer door het ontslag op staande voet al aanspraak had gekregen op de transitievergoeding en op een vergoeding wegens de onregelmatigheid van het ontslag aanleiding om af te zien van een billijke vergoeding. In de Arnhemse zaak werd die aanleiding gevonden in de toekenning van alleen de vergoeding wegens de onregelmatigheid van het ontslag. Die benadering miskent evenwel dat de grondslag voor de toekenning van de vergoeding wegens onregelmatig ontslag een andere is dan de grondslag van de billijke vergoeding. De vergoeding voor de onregelmatigheid compenseert slechts (langs de weg van een forfaitair bepaald bedrag) dat de arbeidsovereenkomst tegen een eerdere datum is beëindigd dan tussen partijen geldt (meestal: op grond van de toepasselijke opzegtermijn). De billijke vergoeding van art. 7:681 BW daarentegen heeft, naar hierna nog uitvoeriger aan de orde zal komen, een andere strekking. Die vergoeding vormt een alternatief voor vernietiging en beoogt, naar billijkheid, te compenseren dat de werkgever de werknemer heeft ontslagen in strijd met de geldende regels, en mede te voorkomen dat zulk gedrag in de toekomst weer vertoond wordt. Zelfs indien de werknemer door toewijzing van de vordering wegens de onregelmatigheid van de opzegging al geheel wordt gebracht in de financiële situatie waarin hij had verkeerd wanneer de opzegging wordt weggedacht – hetgeen het geval kan zijn bij de opzegging van een contract voor bepaalde tijd, waar de vergoeding wegens de onregelmatigheid het loon tot de einddatum afdekt – blijft er dus aanleiding voor toekenning van een billijke vergoeding ex art. 7:681 BW, te weten alleen al als vergoeding voor het immateriële nadeel/het leed dat de werknemer door het ontslag in strijd met de geldende regels heeft geleden, alsmede om te voorkomen dat de werkgever zulk een ontslag in de toekomst weer geeft. Die elementen worden ook door de transitievergoeding niet afgedekt, zodat ook in de (eventuele) verschuldigdheid daarvan geen aanleiding kan worden gevonden om geheel af te zien van de toekenning van een billijke vergoeding. Dat alles laat natuurlijk onverlet dat de rechter, bij de begroting van de billijke vergoeding, wel rekening zal mogen houden met de vergoeding die op grond van de onregelmatigheid van het ontslag is toegekend. Net als

dat onder het tot 1 juli 2015 geldende recht was toegestaan bij de berekening van de schadevergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag.<sup>21</sup> Maar geheel afzien van een billijke vergoeding bij een vernietigbaar ontslag waarbij om die vergoeding is gevraagd, lijkt de spreekwoordelijke brug te ver.

## 5. De begroting van de billijke vergoeding na een vernietigbaar ontslag op staande voet: een driestromenland

Overziet men de resultaten van het eerste jaar Wwz-rechtspraak ten aanzien van de begroting van de billijke vergoeding van art. 7:681 BW, dan dringt zich de conclusie op dat uniformiteit in benadering vooralsnog ver te zoeken is. Grosso modo zijn er drie stromen in die rechtspraak te onderscheiden.

### 5.1 Stroming 1: de ernst van de verwijtbaarheid als (vage) richtingaanwijzer

In de eerste plaats is er een lijn die voor de begroting van de billijke vergoeding van art. 7:681 BW aanknoopt bij de mate van verwijtbaarheid van de handelwijze van de werkgever en die daar dan, min of meer ongemotiveerd, een bedrag op "plakt" waarin die verwijtbaarheid dan (in voldoende mate) tot uitdrukking zou komen. Zo overwoog de Kantonrechter Maastricht in een uitspraak van 21 maart 2016, waarin sprake was van een werkgever die, kort samengevat, een dringende reden had geconstrueerd om (goedkoop) van een zieke werknemer af te komen, dat een bedrag van € 23.202 bruto hem "*niet onredelijk*" voorkwam gelet op de mate van verwijtbaarheid aan de kant van de werkgever. Hoe dat bedrag aan die verwijtbaarheid werd gerelateerd, bleek evenwel niet uit de uitspraak.<sup>22</sup> In diezelfde lijn valt een uitspraak van de Kantonrechter Den Haag van 22 februari 2016, waarin werd overwogen dat de kantonrechter het door de werknemer aan billijke vergoeding gevraagde bedrag van € 17.500 "*niet onredelijk*" achtte "*gelet op de door de werknemer gestelde wijze waarop zij is behandeld*".<sup>23</sup> Dat soort uitspraken, die zeker niet op zichzelf staan, roepen herinneringen op aan de tijd van het kennelijk onredelijk ontslag, waarin – zeker voordat de Hoge Raad in de arresten Van der Grijp/Stam en Rutten/Breed het belang had benadrukt van een deugdelijke motivering voor de voorspelbaarheid van uitkomsten<sup>24</sup> – vaak ter motivering van de hoogte

21 HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5360, JAR 2013/180 en zie ook S.F. Sagel, 'Het ontslag op staande voet en de Wwz (II)', TRA 2015/56.

22 Ktr. Maastricht 21 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2432, AR-Updates 2016-0301.

23 Ktr. Den Haag 22 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1743, AR-Updates 2016-0210.

24 HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6596 en HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4472, waarin de Hoge Raad benadrukte dat het werken met een formule niet nodig was om te komen tot betere voorspelbaarheid van uitkomsten omdat die voorspelbaarheid "immers ook toe (neemt, SFS) naarmate de rechter vollediger inzicht geeft in de gedachtegang die tot zijn beslissing heeft geleid. Daarnaast blijft denkbaar dat de rechters die over deze vergoedingen beslissen, een zekere mate van harmonisatie tot stand brengen door de van belang zijnde factoren duidelijk te benoemen en door inzichtelijk te maken welke financiële gevolgen in soortgelijke gevallen eventueel aan de verschillende factoren kunnen worden verbonden, zonder dat zij één bepaalde algemene formule als vuistregel hanteren".

20 HR 4 juni 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB6935.

van de vergoeding uit kennelijk onredelijk ontslag werd volstaan met een korte, sjabloonmatige, verwijzing naar “het voorgaande” of “alle omstandigheden van het geval” die dan leidde tot een bepaald bedrag. Zo uitgebreid als het oordeel inzake de kennelijke onredelijkheid vaak gemotiveerd werd, zo beperkt was de motivering van de daarbij behorende vergoeding. Voor de schikkingspraktijk was die rechterlijke grabbelton natuurlijk niet bevorderlijk. Na de zojuist genoemde arresten van de Hoge Raad voltrok zich een duidelijke verandering en werden heel wat uitspraken gedaan waarin wel inzichtelijk werd uitgelegd hoe bij een bepaald bedrag werd gekomen. Overziet men de eerste stroming in de rechtspraak over de billijke vergoeding van art. 7:681 BW, dan lijken we weer een beetje terug bij af. Dat die marginale motivering onwenselijk is, is inmiddels door menig auteur – onder wie vertegenwoordigers van de rechterlijke macht zelf – geconstateerd.<sup>25</sup> Het enkele feit dat sprake is van een billijke vergoeding, zou geen vrijbrief moeten zijn voor een zo marginale motivering.

## 5.2 Stroming 2: straf en afschrikking

Een tweede, geheel andere, benadering treft men aan in een interessant arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 31 maart 2016.<sup>26</sup> In die zaak koos het hof, onder verwijzing naar een aantal passages uit de wetsgeschiedenis, voor een opvallende aanvliegroute, die men wellicht, met een knipoog naar Dostojevski, als “misdaad en straf-benadering” kan aanduiden.

De insteek van het hof in die zaak, die draaide om het ontslag van een kapster die al 25 jaar in dienst was en (laatstelijk) een dienstverband van één ochtend in de week had, was dat het vertrekpunt in de begroting van de billijke vergoeding van art. 7:681 BW dient te zijn dat die vergoeding een “punitief en preventief karakter” moet hebben. De hoogte van de billijke vergoeding dient voor deze werkgever (die het ontslag heeft gegeven) “een zodanig substantieel bedrag te beslaan dat hiermee een dergelijk handelen van de werkgever in de toekomst wordt voorkomen.” Op basis van die insteek – een vergoeding met punitief en preventief karakter – kwam het hof tot een vergoeding van € 4.000,-bruto. De lengte van het dienstverband en de gevolgen die het ontslag voor de werknemer hebben, liet het hof uitdrukkelijk buiten beschouwing bij de begroting van de billijke vergoeding omdat die factoren al in de transitievergoeding zouden zijn verdisconteerd. Na de vergoeding op basis van het “punitieve en preventieve” uitgangspunt op € 4.000 bruto te hebben gesteld, is het hof vervolgens nog gaan onderzoeken of er wellicht bijzondere omstandigheden waren die tot een verhoging of verlaging van dat bedrag aanleiding zouden kunnen geven, een vraag die het hof ontkennend beantwoordde.

De benadering van het hof is opmerkelijk, alleen al omdat het verschijnsel van “*punitive damages*” in de Nederlandse rechtssfeer niet bepaald op veel warme steun kan rekenen.<sup>27</sup> Daarbij komt, dat wanneer bij de begroting van de billijke vergoeding, al is het maar als vertrekpunt, wordt aangeknoopt bij het bedrag dat nodig is om een bepaalde werkgever te straffen voor zijn handelwijze en die handelwijze in de toekomst te voorkomen, het in de rede ligt dat de toe te kennen billijke vergoedingen nogal uiteen zullen gaan lopen al naar gelang de omvang en daarmee samenhangende financiële draagkracht van werkgevers. Voor effectieve “*deterrence*” van de bakker op de hoek is vermoedelijk een ander bedrag vereist dan voor het afschrikken van een Amerikaanse multinational, die niet echt zal schrikken van een boete van € 4.000. Dat is, naar Amerikaanse begrippen, “*peanuts*”. Voor zover ik heb kunnen nagaan staat het Amerikaanse arbeidsrechtelijke record op een bedrag van at \$ 185,872,719.52 aan *punitive damages*. Dat wel zeer aanzienlijke bedrag achtte de jury, mede in aanmerking genomen de omzet van de werkgever – een grote keten in autobehoeftigheden –, vereist om de werkgever te laten inzien dat hij zijn personeel in de toekomst anders diende te behandelen.<sup>28</sup> Zo een vaart zal het in Nederland natuurlijk niet lopen, maar de principiële vraag is wel, of het wenselijk is dat de billijke vergoeding in sterke mate gaat afhangen van de omvang en draagkracht van de werkgever, wat onontkoombaar lijkt als die vergoeding een preventief effect moet hebben. Want in dat geval zullen werknemers van kleine of minder draagkrachtige werkgevers (veel) lagere billijke vergoedingen ontvangen dan werknemers van grote werkgevers, hetgeen er dan weer toe kan leiden dat werknemers van zulke kleine werkgevers eerder zullen kiezen voor een verzoek om vernietiging van het ontslag dan voor toekenning van een billijke vergoeding. En dat werpt op zijn beurt weer de vraag op, of dat, juist bij kleine werkgevers – waar partijen veel meer “op elkaars lip zitten” – een wenselijke uitkomst zou zijn.

Daarbij komt, dat men zich ook kan afvragen of het niet meer aanspreekt om bij de begroting van de vergoeding, die toekomt aan een werknemer die in strijd met de geldende regels op staande voet is ontslagen, primair aansluiting te zoeken bij datgene wat voor die werknemer een billijke uitkomst te zien geeft, in plaats van daarbij als uitgangspunt in te zoomen op de werkgever die dat ontslag heeft gegeven (en hetgeen vereist is om hem in andere, toekomstige, gevallen van vergelijkbaar gedrag af te houden). Het daarvoor vereiste bedrag hoeft geen enkele relatie te hebben met de ellende en het financiële nadeel dat de werknemer door het ontslag heeft ondervonden. Ook bij de beslissing van het

25 C.J. Frikkee en M.E. Smorenburg, ‘Berekening van een billijke vergoeding’, *ArbeidsRecht* 2016/11, S.F. Sagel, ‘Pas toe en leg uit’, *TRA* 2016/1 en zie ook de bijdrage van D.M.A. Bij de Vaate en mr. D.B.M. Pinedo, ‘Jurisprudentie over de billijke vergoeding: labyrint of duidelijke lijn?’ in deze TRA-special.

26 Hof Arnhem-Leeuwarden 31 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2601, *AR-Updates* 2016-0349.

27 Tekenend in dat verband is dat de Nederlandse civiele rechter in zaken waarin, op grond van regels van internationaal privaatrecht, het recht van een land van toepassing is dat *punitive damages* kent, dat soort schadevergoeding regelmatig afwijst omdat toewijzing ervan strijdig wordt geacht met de Nederlandse openbare orde. Zie: *Kamerstukken II* 2000/01, 26608, 5, p. 13 en o.a. Rb. Utrecht 8 februari 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW1631, Rb. Rotterdam 17 februari 1995, *NIPR* 1996, 134 en Hof ‘s-Gravenhage 29 oktober 1996, *NIPR* 1997, 244.

28 Rosario Juarez v. AutoZone Stores, Inc. (Case No. 08-CV-00417-WVG), S.D. Cal. Nov. 17, 2014.

hof dat bij de berekening van de billijke vergoeding geen rekening wordt gehouden met de gevolgen van het ontslag, zijn – met Frikkee – wel vraagtekens te plaatsen.<sup>29</sup> Immers, in de wetsgeschiedenis van de Wwz is van regeringszijde verschillende keren duidelijk gemaakt dat bij de begroting van de billijke vergoeding van art. 7:681 BW rekening kan worden gehouden met het feit dat de werknemer, door het hem gegeven vernietigbare ontslag, loon heeft gemist. Dat gevolg – het gemiste loon – kan in de billijke vergoeding worden verdisconteerd.<sup>30</sup> Tegen de beschikking van het hof is overigens cassatieberoep ingesteld.<sup>31</sup>

### 5.3 *Stroming 3: spiegelen aan de economische waarde van het dienstverband bij vernietiging*

Een derde benadering die inmiddels een aantal keren is gevolgd, waaronder door het Gerechtshof 's-Hertogenbosch, is erin gelegen dat de gevolgen van het vernietigbare ontslag – anders dan in de zojuist besproken uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden, waarin die gevolgen geheel buiten beschouwing bleven – bij de begroting van de billijke vergoeding juist tot uitgangspunt worden genomen. Zulks in die zin dat bij de vaststelling van de vergoeding wordt aangesloten bij de waarde die het dienstverband voor de werknemer zou hebben gehad, als de opzegging vernietigd zou zijn. De gedachte achter die benadering – waarvoor ook in de literatuur wel is gepleit – is in de kern dat de billijke vergoeding een alternatief is voor een vernietigingsverzoek en dat het, mede om die reden, in de rede ligt bij de begroting ervan een relatie te leggen met de waarde die de vernietiging voor de werknemer zou hebben gehad. In lijn daarmee stelde het Gerechtshof 's-Hertogenbosch de billijke vergoeding op een bedrag van ruim drie maandlonen met als overweging dat indien het ontslag op staande voet – dat het hof vernietigbaar achtte omdat er, gelet op de persoonlijke omstandigheden van de werknemer (net) geen dringende reden was – zou worden weggedacht, er wel binnen ongeveer drie maanden na de opzegging een ontbinding zou zijn gevolgd nu de handelwijze van de werknemer wel als valide grond voor ontbinding kwalificeerde (gelet op een eerdere waarschuwing die de werknemer had gekregen).<sup>32</sup> Andere mooie voorbeelden uit deze lijn zijn afkomstig van kantonrechters in Amsterdam en Zwolle.<sup>33</sup> In de Amsterdamse uitspraak overwoog de kantonrechter uitdrukkelijk “*dat de billijke vergoeding ex artikel 7:681 lid 1, sub a, BW kwalificeert als een alternatief voor vernietiging van de opzegging en dus voor herstel van de arbeidsrelatie. (...)*” en dat zij “*daarin aanleiding (ziet, toevoeging SFS) de billijke vergoeding te relateren aan de economische waarde die herstel van het dienstver-*

*band voor de werknemer zou hebben gehad en niet meer dan dat.*” In de Zwolse uitspraak, opvallend fraai gemotiveerd met een heldere exegese van de volgens de kantonrechter “*weinig consistente, soms zelfs tegenstrijdige, parlementaire geschiedenis van de Wwz*”, werd tot het oordeel gekomen dat indien de werknemer zou hebben gekozen voor vernietiging van het hem wegens werkweigering en verzuim van taken gegeven ontslag, na een maand of dertien alsnog wegens een verstoorde arbeidsverhouding tot een beëindiging zou zijn gekomen. De vergoeding werd dus als uitgangspunt gesteld op de tegenwaarde van die dertien maanden loon. Daarnaast werd de transitievergoeding toegewezen. Bij de billijke vergoeding werd vervolgens ook nog het verschil opgeteld tussen de per de ontslagdatum verschuldigde – en dus toegewezen – transitievergoeding en de (hogere) transitievergoeding die dertien maanden later zou hebben gegolden. Ook dat past geheel in de hier bedoelde “*spiegelbenadering*”. Van de billijke vergoeding trok de kantonrechter vervolgens evenwel – terecht – de ook door hem toegekende vergoeding wegens onregelmatig ontslag af (nu die vergoeding, wanneer zou zijn gekozen voor vernietiging van de opzegging, niet verschuldigd zou zijn geweest zodat deze, wanneer bij de begroting van de billijke vergoeding wordt gespiegeld aan de waarde die het dienstverband bij vernietiging zou hebben gehad, in mindering moet worden gebracht op de billijke vergoeding).<sup>34</sup> Tot slot trok de kantonrechter uit oogpunt van billijkheid een derde van het loon dat de werknemer inmiddels elders verdiende af van de vergoeding, daarbij met een schuin oog kijkend naar art. 7:680a BW (dat loonmatiging op die grond mogelijk maakt in de route waarin voor vernietiging zou zijn gekozen). Het zal geen verbazing wekken dat mij de beschikking uit Zwolle bijzonder aanspreekt en dat zeker niet alleen omdat deze aantoont hoe goed een billijke vergoeding, ook zonder dat daar pagina's aan rechtsoverwegingen voor vereist zijn, inzichtelijk gemotiveerd kan worden. Belangrijker dan dat, is dat de benadering die spreekt uit die beschikking, evenals uit de Amsterdamse en Bossche uitspraken, mij – zoals ik hier in mijn eerdere bijdrage uit 2015 schreef – niet alleen dogmatisch juist, maar vooral ook praktisch wenselijk voorkomt. Dogmatisch juist, omdat de vergoeding van art. 7:681 BW inderdaad bedoeld is als alternatief voor vernietiging en uit de wetsgeschiedenis blijkt dat bij de berekening van die vergoeding rekening gehouden mag worden met door de vernietigbare opzegging gemist loon.<sup>35</sup> Prak-

29 C.J. Frikkee, 'Billijke vergoeding bij vernietigbare opzegging', TRA 2016/61.

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

31 De auteur merkt volledigheidshalve op dat hij bij die cassatieprocedure als cassatieadvocaat van de werknemer is betrokken.

32 Hof 's-Hertogenbosch 23 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2514, AR-Updates 2016-0678.

33 Ktr. Amsterdam 17 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1690 en Ktr. Zwolle 1 april 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1205, AR-Updates 2016-0401. Zie ook, zij het minder uitvoerig gemotiveerd: Ktr. Tilburg 13 juli 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:4337.

34 Zie anders – en minder juist: de benadering van de Amsterdamse kantonrechter in de zojuist genoemde uitspraak van 17 maart 2016, die afzag van toekenning van de vergoeding wegens onregelmatig ontslag, omdat die vergoeding al verdisconteerd zat in het bedrag aan door de vernietigbare opzegging misgelopen loon dat bij wege van billijke vergoeding werd toegekend. Zie r.o. 11: “*Nu de billijke vergoeding is gerelateerd aan het salaris dat [verzoekster] zou hebben ontvangen over de periode van 5 november 2015 tot 1 april 2016 als het ontslag op staande voet vernietigd was, wijst de kantonrechter een separate vergoeding vanwege onregelmatige opzegging af vanwege de overlap van deze vergoedingen.*” Zie in die zin ook Ktr. Tilburg 13 juli 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:4337.

35 Zie ook: J.M. van Slooten e.a., *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 162, waar wordt betoogd dat de billijke vergoeding ‘minimaal gelijk moet zijn aan de claim die uit de vernietiging voortvloeit.’



tisch wenselijk, omdat door het creëren van zoveel mogelijk “*Gleichlauf*” tussen de financiële waarde die een verzoek tot vernietiging en een verzoek om toekenning van een billijke vergoeding heeft, de werknemer eerder zal kiezen voor de tweede route, de billijke vergoeding. De praktijk leert dat het in veel gevallen de verstandigste keuze voor een werknemer is om na een vernietigbaar ontslag op staande voet, zijn genoegdoening te zoeken in een billijke vergoeding in plaats van in terugkeer, via de vernietiging van het ontslag, in een toch verziekte arbeidsverhouding. Maar wil de werknemer die van realiteitszin getuigende en op de toekomst gerichte keuze maken, dan moet de rechter ervoor zorgen dat die optie niet wordt ontmoedigd doordat de werknemer daar financieel (veel) slechter van wordt. Overigens laat de “*spiegel-benadering*” natuurlijk zonder meer de mogelijkheid open dat er bij de begroting ook met andere aspecten dan alleen de waarde van het door de vernietigbare opzegging verloren gegane dienstverband rekening wordt gehouden, bijvoorbeeld met het feit dat de werknemer daardoor ook een “emotionele tik” heeft gekregen, of met de wens om de werkgever te doordringen van de onjuistheid van zijn handelwijze. Dergelijke aspecten kunnen tot een (verdere) verhoging van de vergoeding leiden; de “*spiegel-benadering*” moet, anders gezegd, niet worden misverstaan als een harde schadeberekening, maar veeleer als uitgangspunt voor de begroting van de billijke vergoeding waarop, op basis van andere (billijkheids)aspecten, in onderling verband beschouwd, een correctie of verfijning kan worden toegepast.<sup>36</sup>

## 6. Switch: vernietiging versus billijke vergoeding

Tot slot nog dit. Hoe zit het eigenlijk met de mogelijkheid voor de werknemer om zijn koers ten aanzien van art. 7:681 BW te verleggen, dat wil zeggen om een verzoek tot vernietiging in de loop van de gevolgde procedure van kleur te laten verschieten in een verzoek om toekenning van een billijke vergoeding (en vice versa)? In de praktijk komt het – zo vertelde in elk geval de Amsterdamse kantonrechter Ulrici tijdens haar voordracht bij het hiervoor reeds eerder genoemde Rotterdamse congres – blijkbaar met enige regelmaat voor dat werknemers hun verzoek ex art. 7:681 BW zo inkleden, dat zij primair vernietiging verzoeken en subsidiair de toekenning van een billijke vergoeding. Die in steek, die in die zin vreemd aandoet dat het subsidiair gevorderde naar zijn aard *nimmer* toegewezen kan worden (omdat dat subsidiair gevorderde alleen voor toewijzing in aanmer-

king komt, als ook het primair gevorderde voor toewijzing in aanmerking komt), wordt gekozen om (i) de werknemer in staat te stellen om op enig moment de primaire vordering – vernietiging – te laten vallen, waarna de subsidiaire vordering – billijke vergoeding – overblijft en (ii) te voorkomen dat de werknemer dan tegengeworpen krijgt dat de vervaltermijn van art. 7:686a BW met betrekking tot het verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding inmiddels verstreken is. Ik vraag me af of dit nodig is. Wanneer de werknemer tijdig, dat wil zeggen: binnen de door art. 7:686a BW gestelde termijn van twee maanden na het ontslag, een verzoekschrift strekkende tot vernietiging van de opzegging heeft ingediend, is hij daarna binnen de begrenzingen van art. 283 Rv, zolang de rechter nog geen eindbeschikking heeft gegeven, bevoegd “*het verzoek of de gronden daarvan te verminderen, dan wel schriftelijk te veranderen of te vermeerderen.*” Op basis van deze bepaling lijkt me – en ik sluit me daarbij aan bij Verhulp en Verburg – toelaatbaar dat de werknemer zijn verzoek tot vernietiging verandert in een verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding (en vice versa), vooral ook omdat art. 7:686a lid 4 sub a onder 2 BW spreekt van een vervaltermijn van twee maanden voor een verzoek “*op grond van artikel (...) 681 lid 1*”. De bepaling rept dus niet separaat van vervaltermijnen voor verzoeken tot “*toekenning van een billijke vergoeding op grond van art. 7:681*”, respectievelijk verzoeken tot “*vernietiging op grond van art. 7:681 BW*”.<sup>37</sup> Dat duidt erop dat de wetgever de toekenning van de billijke vergoeding en de vernietiging ziet als twee smaken van hetzelfde, zodat zich er niets tegen verzet om een verzoek tot vernietiging tijdens de procedure, maar voor de eindbeschikking, van kleur te laten verschieten in een verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding op basis van dezelfde grondslag, art. 7:681 BW.<sup>38</sup> Dat is vermoedelijk anders ten aanzien van verzoeken tot toekenning van een transitievergoeding (art. 7:673 BW) en de vergoeding wegens onregelmatig ontslag (art. 7:672 lid 9 BW), die door art. 7:686a BW worden genoemd als separate vorderingen. Dergelijke separate vorderingen zullen binnen de door art. 7:686a BW gestelde vervaltermijn na het ontslag op staande voet moeten worden ingesteld en zullen dus ook niet door een wijziging van een verzoek tot vernietiging ex art. 7:681 BW in een verzoek tot toekenning van een billijke vergoe-

<sup>36</sup> Zo kan ook worden bewerkstelligd dat in die gevallen waarin de economische waarde van vernietiging van het dienstverband geringer is dan de transitievergoeding en de vergoeding wegens onregelmatig ontslag die de werknemer door zich bij dat ontslag neer te leggen, heeft ontvangen – een situatie die zich overigens vrij zelden zal voordoen –, toch nog een billijke vergoeding toegekend kan krijgen. Die vergoeding moet in zo een geval immers iets anders compenseren dan de waarde van het dienstverband. Zie Ktr. Enschede 18 maart 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:939 voor een geval waarin immateriële schadevergoeding werd afgewezen omdat dat aspect meegenomen kan worden in de billijke vergoeding.

<sup>37</sup> Zie de noot van Verhulp onder JAR 2016/86 en zie L.G. Verburg, *Kanttekeningen bij de Wet werk en zekerheid*, Den Haag: Bju 2016, par. 3.11.2.

<sup>38</sup> Zie anders: Ktr. Utrecht 5 april 2016, JAR 2016/86, die meende dat een werknemer alleen binnen twee maanden na het ontslag de koers kan verleggen van een verzoek tot vernietiging (in die zaak primair gedaan) naar een verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding (in die zaak subsidiair gedaan). Zie ook anders: P.J. Jansen, ‘Ontslag op staande voet en de Wet werk en zekerheid: is er nog plaats voor een kort geding, voorwaardelijke ontbinding, bewijslevering en een switch?’, TAP 2015/59, die wellicht de *actor intellectualis* is van de primair/subsidiair-benadering: “Zowel voor het verzoek om vernietiging van het ontslag als het verzoek om toekenning van een billijke vergoeding geldt op grond van art. 7:686a lid 4 (nieuw) BW een vervaltermijn van twee maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Als de werknemer de mogelijkheid van een switch wil openhouden, zal hij dus binnen die termijn in ieder geval ook een verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding moeten doen. Als de werknemer binnen de vervaltermijn nog geen definitieve keuze wil maken, lijkt mij de oplossing daarvoor in de praktijk dat de werknemer in zijn verzoekschrift primair vernietiging van het ontslag vraagt en subsidiair een billijke vergoeding.”

ding ex art. 7:681 BW alsnog kunnen worden ingesteld.<sup>39</sup> Kortom: de werknemer die zich het recht wil voorbehouden om van vernietiging te “switchen” naar de toekenning van een billijke vergoeding en na die switch dan ook aanspraak wil maken op de vergoedingen wegens onregelmatig ontslag en de transitievergoeding, doet er goed aan die verzoeken dan terstond in het inleidende verzoekschrift te verwerken, op straffe van verval van de mogelijkheid daartoe. Doet hij dat niet, dan kan hij na de voor het instellen van die vorderingen geldende vervaltermijnen alleen nog maar switchen naar de billijke vergoeding. Erg praktisch is het allemaal niet, maar ik denk wel dat dit is wat het wettelijke systeem meebrengt.

## 7. Conclusie

En de voorwaardelijke ontbinding dan? Die vraag zou na lezing van de voorgaande beschouwingen wel eens kunnen opkomen, want dat aan het ontslag op staande voet gelieerde leerstuk – waarover in de lagere rechtspraak en de doctrine nogal verschillend gedacht wordt – is daarin de grote afwezigheid.<sup>40</sup> De reden voor die afwezigheid ligt voor de hand. De vraag of de rol van die rechtsfiguur onder het Wwz-ontslagrecht is uitgespeeld of dat daarvoor (soms) nog steeds plaats is, ligt thans ter beantwoording bij de Hoge Raad voor, naar aanleiding van prejudiciële vragen die daarover zijn gesteld door de Kantonrechter Enschede.<sup>41</sup> Vermoedelijk zal de Hoge Raad die vragen kort na de publicatie van deze bijdrage beantwoorden, zodat een pas op de plaats ten aanzien van dat deelonderwerp hier is aangewezen. Ook los van de voorwaardelijke ontbinding is er blijkens het voorgaande genoeg te zeggen over het ontslag op staande voet onder de Wwz. Duidelijk is inmiddels dat de vervaltermijn van art. 7:686a BW inderdaad zo gevaarlijk is, als werd voorspeld. Duidelijk is eveneens dat er bij het ontslag op staande voet voor de rechter meer smaken zijn gekomen dan de keuze tussen het terechte ontslag op staande voet zonder enige aanspraak op vergoeding en het onterechte ontslag op staande voet met aanspraak op vergoeding. Daartussen is een nieuwe categorie ontstaan van het terechte ontslag op staande voet met aanspraak op een transitievergoeding. Ten aanzien van de billijke vergoeding van art. 7:681 BW lopen de meningen uiteen. Sommige rechters zijn van mening dat bij een vernietigbaar ontslag op staande voet geheel kan worden afgezien van het toekennen van enige vergoeding, maar die benadering lijkt – even los van een eventueel beroep op art. 6:248 lid 2 BW –aanvechtbaar. En waar het de begroting van die billijke vergoeding betreft, is de verdeeldheid nog groter; daar hangt het bij de huidige stand van zaken maar net van de rechter af die partijen tegenkomen, hoe dat vraagstuk wordt benaderd. Dat kan men als kinder-

ziekte beschouwen, maar ook kinderziektes veroorzaken ellende, in dit geval: rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid. Bovendien dragen de verschillende benaderingen natuurlijk niet bij aan de dejuridisering die de Wwz mede beoogt. Want wie niet weet welke maatstaven in rechte gehanteerd gaan worden, weet ook niet goed hoe te schikken. Overigens, om toch met een positieve noot te eindigen, valt wel op dat de lagere rechtspraak zich, na een wat terughoudende start, in veel gevallen met uitvoerige motiveringen vol overgave heeft gestort in de rechtsontwikkeling van de Wwz. Of men het nu met de inhoud van die motivering eens is of niet: veel rechters gaan het Wwz-debat weloverwogen aan en dat is in zichzelf een compliment waard.

39 Zie in die zin ook: J. Jansen, ‘Ontslag op staande voet en de Wet werk en zekerheid: is er nog plaats voor een kort geding, voorwaardelijke ontbinding, bewijslevering en een switch?’, *TAP* 2015/59.

40 Zie voor een mooie overzichtsbijdrage: D.C.N. Doolaage en J.P. Quist, ‘De voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz: is het einde nabij?’, *TAP* 2016/135.

41 Ktr. Enschede 20 mei 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1762, *JAR* 2016/141.