



Universiteit
Leiden
The Netherlands

À la recherche du temps perdu: performativiteit en terugwerkende kracht in het arrest 'Loondoorbetaling na ontslag op staande voet'
Smith, C.E.; Kloosterhuis, H.T.M.

Citation

Smith, C. E., & Kloosterhuis, H. T. M. (2021). À la recherche du temps perdu: performativiteit en terugwerkende kracht in het arrest 'Loondoorbetaling na ontslag op staande voet'. *Tijdschrift Voor De Procespraktijk*, 2021(1), 13-18. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3263566>

Version: Publisher's Version
License: [Licensed under Article 25fa Copyright Act/Law \(Amendment Taverne\)](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3263566>

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

À la recherche du temps perdu: performativiteit en terugwerkende kracht in het arrest ‘Loondoorbetaling na ontslag op staande voet’

C.E. SMITH* EN
H.T.M. KLOOSTERHUIS**

1. Inleiding

Volgens E.M. Meijers is de fictie waarvan in het burgerlijk recht het meest gebruik wordt gemaakt de terugwerkende kracht die aan rechtshandelingen wordt verleend.¹ Zo kunnen verklaringen van belanghebbende personen terugwerkende kracht hebben – zoals afstand van een gemeenschap, verwerping van een erfenis, of schuldvergelijking. Niet alleen rechtshandelingen, maar ook andere rechtsfeiten, zoals ontbindende voorwaarden, kunnen ‘een ontbindende werking hebben op dezelfde wijze als ware de rechtsbetrekking, die zij ontbinden, nimmer ontstaan’.² Het recht verricht hier een huzarenstukje door de wereld terug te brengen in de oorspronkelijke staat nadat deze is gewijzigd door het intreden van een bepaald rechtsfeit, iets dat in de wereld van tijd en ruimte nog nimmer is gelukt. Zo kan de samenwerkingsovereenkomst tussen gemeente en aannemer door de rechter wegens onvoorziene omstandigheden worden ontbonden ‘als ware de samenwerkingsovereenkomst nimmer ontstaan’, maar dat geldt niet voor de intussen door de aannemer bouwrijp gemaakte grond – wat gerooid is, kan niet meer worden teruggezet.

In de wereld van het recht worden, goed beschouwd, aan de lopende band huzarenstukjes verricht en wel door de status van zaken en personen te veranderen enkel door een paar woorden uit te spreken of op te schrijven. Op deze manier worden zaken tot onderpand, krijgen personen het burgerschap en worden personen in de echt verbonden. Het lijkt op magie, maar dat is het uiteraard niet: de uitgesproken formule verandert op zichzelf bezien niet de materiële werkelijkheid, maar leidt, in de juiste context gedaan, tot *statusverandering*. Je bakt geen ei door te verklaren

‘Hierbij bak ik een ei’, maar je opent wel de vergadering door te verklaren ‘Hierbij open ik de vergadering’. Het gebakken ei is een zogenoemd ‘brute fact’ en behoort tot de wereld van tijd en ruimte, de vergadering is een zogenoemd ‘institutional fact’ en behoort tot de institutionele werkelijkheid.³

Het inzicht dat wij met woorden institutionele feiten creëren, danken wij aan onder andere de Engelse filosoof J.L. Austin. Wie iets belooft, aldus Austin in *How to do things with words* (1962), geeft geen beschrijving van zijn innerlijke gesteldheid, maar verricht een handeling: de belofte. Taalhandelingen als beloven, benoemen en arresteren worden om deze reden *performatief* genoemd. Als zij onder de juiste omstandigheden door de juiste persoon worden uitgevoerd, hebben zij reëel effect in de wereld.

Ook rechterlijke uitspraken zijn performatief. Het zijn taalhandelingen die tot statusverandering leiden (daaronder begrepen bevestiging van de *status quo*). Zo heeft een door de kantonrechter ontbonden arbeidsovereenkomst reëel effect in de wereld. Hetzelfde geldt voor de beslissing van het hof waarbij het vonnis van de kantonrechter met terugwerkende kracht wordt vernietigd ‘als ware de arbeidsovereenkomst nimmer ontbonden’. De laatste beslissing levert een hoofdpijndossier op in de wereld van tijd en ruimte (de effecten van de ontbonden arbeidsovereenkomst moeten ongedaan gemaakt worden), maar wordt moeiteloos voltrokken in de institutionele wereld van het recht.⁴

* Mr. dr. C.E. Smith is als universitair hoofddocent verbonden aan de Universiteit Leiden.

** Mr. dr. H.T.M. Kloosterhuis is universitair docent aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

1. E.M. Meijers, *De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948, p. 236.

2. Meijers 1948, p. 237.

3. De terminologie is van John R. Searle, *The Construction of Social Reality*, Londen: Penguin Books 1995, hfdst. 2. Het begrip ‘brute facts’ werd geïntroduceerd door G.E.M. Anscombe in ‘On Brute Facts’, *Analysis* 1958, nr. 3.

4. Deze inzichten hebben vanaf de jaren zestig van de vorige eeuw invloed gehad op de rechtstheoretische analyses van onder anderen H.L.A. Hart en K. Olivecrona. Kernpublicaties in de traditie van het institutioneel rechtspositivisme zijn D.N. MacCormick & O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht: Reidel 1986, D.W.P. Ruiter, *Institutional Legal Facts. Legal Powers*

Het onderscheid tussen 'brute facts'⁵ en institutionele feiten is een belangrijk analytisch onderscheid waarmee allerlei eigenaardigheden van het recht, zoals de terugwerkende kracht van uitspraken, kunnen worden verklaard. Het heeft niet alleen een theoretisch, maar ook een praktisch belang: het onvoldoende uiteenhouden van beide typen feiten kan tot begripsverwarring leiden, met alle (rechts)gevolgen van dien. In deze bijdrage bespreken wij een uitspraak van de Hoge Raad, waarin van een dergelijke begripsverwarring sprake lijkt te zijn. Het betreft het arrest 'Loondoorbetaling na ontslag op staande voet' (ECLI:NL:HR:2018:1209). Door de waardering van de feiten door het hof niet op te vatten als een institutioneel feit maar als een oordeel over een 'brute fact', kon de Hoge Raad afzien van letterlijke toepassing van de wet. Om dat laatste was het te doen, omdat de Hoge Raad van mening is dat letterlijke toepassing van de wet in het betreffende geval een ongerijmd of maatschappelijk ongewenst resultaat tot gevolg heeft.

De uitspraak is opgenomen in het jaarverslag van de Hoge Raad van 2018.⁶ Dat duidt erop dat de Hoge Raad de uitspraak exemplarisch acht voor, in dit geval, de rechtsvormende taak van de rechter in het civiele recht. Toch roept de uitspraak bij ons enkele vragen op, vragen die een zeker gewicht hebben, juist vanwege het door de Hoge Raad terecht aangeduide rechtsvormende belang van de uitspraak. Berust de constructie die aan de beslissing ten grondslag ligt niet op een contradictie? Kan men, zoals de Hoge Raad doet, de bedoeling van de wetgever afleiden uit diens zwijgen? En waarom verdient symmetrie in de rechtsverhouding de voorkeur boven asymmetrie? Na een korte bespreking van het arrest (par. 2), richten wij ons in paragraaf 3 op de contradictie en het onderscheid tussen 'brute facts' en institutionele feiten. In paragraaf 4 onderwerpen wij de opmerkelijke onderbouwing die de Hoge Raad voor zijn uitleg geeft aan een kritische analyse. We ronden af met een conclusie (par. 5).

2. De zaak in drie instanties

In de zaak 'Loondoorbetaling na ontslag op staande voet' ging het om het volgende. Een drukkerij had een werknemer op staande voet ontslagen omdat hij zonder toestemming enkele boeken had meegenomen. Volgens de werknemer was het ontslag ongeldig, omdat hij hiervoor wel toestemming zou hebben gekregen. Hij vorderde vernietiging van het ontslag en loondoorbetaling. De kantonrechter achtte geen dringende reden voor een ontslag op staande voet aanwezig en wees de vordering tot vernietiging van het ontslag toe. Maar het hof was van oordeel dat de werknemer terecht op staande voet was ontslagen en bepaalde, op de voet van artikel 7:683 lid 6 Burgerlijk Wetboek (BW), dat de arbeidsovereenkomst zou eindigen op de dag *na* de uitspraak. Daarnaast besliste het hof dat de werknemer

geén aanspraak kon maken op het loon over de tussenliggende periode – een periode van anderhalf jaar. In cassatie draaide het om de laatste kwestie: of de werkgever loon verschuldigd was over de periode dat de dienstbetrekking krachtens het vonnis van de kantonrechter doorliep. Voor de goede orde: de werkgever had gedurende deze tijd de werkwillige werknemer niet op het werk toegelaten.

De juridische grondslag van deze kwestie wordt gevormd door de Wet werk en zekerheid van 2015 (Wwz). Artikel 7:683 lid 6 BW bepaalt dat voor het geval de appel- of verwijzingsrechter oordeelt dat het verzoek om vernietiging van de opzegging *ten onrechte is toegewezen*, de rechter dient vast te stellen op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst eindigt. In de memorie van toelichting is deze bepaling als volgt toegelicht: 'In de gevallen bedoeld in het zesde lid bepaalt de rechter in hoger beroep of cassatie op welk toekomstig tijdstip de arbeidsovereenkomst eindigt. Daarbij is het de appel- of cassatierechter niet toegestaan om een beschikking van de kantonrechter houdende een vernietiging van de opzegging te vernietigen, omdat de opzegging zelf dan zou herleven, hetgeen per saldo zou neerkomen op een (door het nieuwe stelsel niet beoogde) einddatum in het verleden.'

De arbeidsovereenkomst duurt dus voort tot aan het moment dat de arbeidsovereenkomst in appel of vanwege cassatie wordt beëindigd. Het gevolg hiervan is dat de werkgever in beginsel loon verschuldigd is over deze periode.

Het laatste is komen te staan op stevige kritiek van enkele schrijvers. Allereerst acht men het ongerijmd dat, als hof of Hoge Raad het ontslag op staande voet achteraf toch geldig acht, de werkgever een loonbetalingsverplichting behoudt over de periode tussen het ontslag en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door het hof. Er zou bovendien sprake zijn van asymmetrie. De werknemer kan immers wél verzoeken de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht te *herstellen* als het door de kantonrechter gesanctioneerde ontslag wordt vernietigd, terwijl het de werkgever niet is toegestaan de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht te *ontbinden* als het door de kantonrechter nietig verklaarde ontslag door het hof wordt vernietigd.⁷

In zijn arrest onderschrijft de Hoge Raad deze kritiek: loondoorbetaling is ongerijmd in het licht van de wettelijke regeling van een ontslag op staande voet. En omdat volgens de Hoge Raad uit de parlementaire geschiedenis niet blijkt dat de wetgever doorbetaling van loon bij een rechtsgeldig ontslag op staande voet heeft beoogd dan wel bewust heeft aanvaard als een onvermijdelijke consequentie van het gekozen stelsel, dient voor dit (type) geval de verplichting tot loondoorbetaling niet te worden geaccepteerd.

and their Effects, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers 1993 en D.W.P. Ruiters, *Legal Institutions*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers 2001.

5. Bij gebrek aan een passend Nederlands equivalent ('bruut feit', 'bloot feit', 'ruw feit?') hanteren wij de Engelse term 'brute fact'.

6. <https://2018.jaarverslaghogeraad.nl>.

7. Zie voor de kritiek o.a. A.R. Houweling, 'Rechtspreken wat krom is: recht op loon na een "Kleine Diko"-ontslag op staande voet', *ArbeidsRecht* 2018/7 en B. Barentsen & R.A.A. Duk, 'Het ontslagrecht van de WWZ. De honden blaffen, maar de karavaan trekt verder', *TRA* 2015/67.

De constructie die tot dit resultaat voert, loopt via de regel van artikel 7:627 BW. Krachtens deze regel is geen loon verschuldigd voor de tijd gedurende welke de werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht, tenzij de oorzaak daarvoor meer in de risicosfeer van de werkgever dan van de werknemer ligt. Nu in hoger beroep is gebleken dat de werknemer terecht op staande voet is ontslagen, is sprake van een oorzaak die voor rekening van de werknemer komt.

De laatste stelling – dat het niet verrichten van de bedongen arbeid voor rekening komt van de werknemer – is cruciaal om de loonbetalingsverplichting van de werkgever van tafel te krijgen. De arbeidsovereenkomst mag immers niet met terugwerkende kracht ontbonden worden, zodat de loonbetalingsverplichting in beginsel doorloopt tot het moment waarop de arbeidsovereenkomst door het hof wordt ontbonden. Alleen als de oorzaak voor het niet verrichten van de bedongen arbeid (meer) in de risicosfeer van de werknemer ligt, herleeft de hoofdregel van artikel 7:627 BW. En dat is hier inderdaad het geval, aldus het hof en, bevestigend, de Hoge Raad. In tegenstelling tot wat de kantonrechter besliste, was volgens het hof wél sprake van een dringende reden voor ontslag op staande voet. En dus komt het risico voor het niet verrichten van werk niet voor rekening van de werkgever – hij had immers goede redenen om de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang niet voort te zetten.

3. Het tegelijk bestaan en niet-bestaan van een dringende reden

We richten ons allereerst op de constructie die de werkgever moet vrijwaren van de verplichting tot doorbetaling van het loon gedurende de periode dat de arbeidsovereenkomst krachtens de uitspraak van de kantonrechter doorloopt. Zoals uit onderstaande analyse blijkt, berust de constructie bij nadere inspectie op een contradictie.

De kantonrechter acht geen dringende reden aanwezig als gevolg waarvan het ontslag op staande voet ongegrond verklaard wordt en de arbeidsovereenkomst herleeft 'als ware deze nimmer ontbonden'. De werkgever is verplicht tot loondoorbetaling nu de werknemer bereid is de bedongen arbeid te verrichten. Maar volgens het hof is van een dringende reden wel degelijk sprake en kan de werkgever zich hierop beroepen bij de vordering tot loondoorbetaling over de voorliggende periode, ook al eindigt de arbeidsovereenkomst pas op de dag na de uitspraak in appel. Het hof verklaart de dringende reden, anders gezegd, met terugwerkende kracht geldig 'als ware vanaf de aanvang sprake van een dringende reden', een uitspraak waarmee de Hoge Raad het eens is.

Nu wordt het wel ingewikkeld, want hoe kan enerzijds de arbeidsovereenkomst voor de voorliggende periode in stand blijven wegens het *ontbreken* van een dringende reden, terwijl de werkgever zich tegelijkertijd met succes kan beroepen op het *bestaan* van een dringende reden ter afwering van de loonvordering over die pe-

riode? Of hebben we hier te maken met een van die huzarenstukjes van het recht, waarbij een dringende reden voor ontslag op staande voet tegelijkertijd kan bestaan en niet bestaan?

Het lijkt erop dat de Hoge Raad die mening is toegedaan. Dat hij het bestaan van die 'logische onmogelijkheid'⁸ mogelijk acht, kan worden verklaard met behulp van het onderscheid tussen 'brute facts' en institutionele feiten. In de constructie van de Hoge Raad is de dringende reden niet het resultaat van een performatieve taalhandeling van de rechter – dus niet iets dat, zoals het huwelijk, in het leven wordt geroepen door een taalhandeling – maar een bewering *over* feiten die bestaan onafhankelijk van wat daarover wordt gezegd. Dat kan worden afgeleid uit de volgende rechtsoverwegingen: 'Het is bovendien moeilijk te rechtvaardigen dat een werkgever (...) steeds verplicht zou zijn tot loonbetaling over de duur van een procedure in meerdere instanties, alleen maar omdat de rechter in eerste aanleg – naar in hoger beroep is vastgesteld: ten onrechte – in zijn nadeel heeft beslist.' (r.o. 3.7.1)

Dan volgt een curieuze formulering (r.o. 3.7.2, onze cursivering): 'Bij het vorenstaande kan worden aangekend dat aan een ontslag op staande voet strenge eisen worden gesteld en dat het daarbij vaak zal gaan om ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. *Indien van zodanig handelen of nalaten sprake is*, zal over de kwalificatie als grond voor ontslag op staande voet veelal geen twijfel bestaan (...).'

Zoals met alle tautologische uitspraken is het moeilijk het hiermee oneens te zijn. Dat de Hoge Raad met deze zinsnede eigenlijk tot uitdrukking brengt dat *in dit geval* sprake is van 'ernstig verwijtbaar handelen' blijkt uit het vervolg van de zin: '(...) en kan de beslissing in eerste aanleg in het voordeel van de werknemer zijn uitgevallen in verband met bewijsproblemen (zoals in het onderhavige geval) (...).'

Strikt genomen is het niet aan de Hoge Raad om zich over de waardering van de feiten uit te laten, nu dit oordeel over de feiten in rechte vaststaat. Maar vanuit retorisch perspectief, als opstap naar zijn beslissing die, zoals hij stelt, op gespannen voet staat met de letter of zelfs het systeem van de wet, is deze overweging begrijpelijk. De Hoge Raad zal immers over (heel) goede redenen moeten beschikken om de wet te corrigeren. Die zijn er, aldus de Hoge Raad, want het gaat in dit geval wérkelijk om ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer, en in dergelijke gevallen (de Hoge Raad herhaalt het voor de zekerheid nog maar eens) valt de verplichting tot doorbetaling van loon moeilijk te rechtvaardigen.

Toch heeft de vaststelling dat van een dringende reden werkelijk sprake is niet alleen een retorische functie. Die vaststelling is nodig voor de constructie dat de werkgever zich op die dringende reden kan beroepen ter afwering van de loonvordering van de werknemer. In de benadering van de Hoge Raad volgt de kwalifica-

8. Aristoteles spreekt van de wet van de non-contradictie en acht het van alle logische beginselen het meest zeker: *Metaphysica Gamma*, 1005b19-b26.

tie 'dringende reden' uit de standaardbetekenis van het begrip 'dringende reden'. Dat wil zeggen dat, in de klaarblijkelijke gedachtegang van de Hoge Raad, de kwalificatie van het hof, zoals iedere bewering over een stand van zaken, slechts de *erkenning* is van een *bestaand* feit: het ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer. Daarom zal iedere competente arbeidsjurist tot deze kwalificatie komen, tenzij bewijsproblemen of fouten in de procesvoering roet in het eten gooien. En dus is sprake van een dringende reden reeds *voordat* het hof dat heeft uitgesproken en *ondanks* het andersluidende oordeel van de kantonrechter.

Is hiermee de contradictie van tafel? Wij menen van niet. Het probleem is dat de uitspraak van een met gezag beklede autoriteit, zoals de rechter, gevolgen heeft in de wereld, óók als de uitspraak onjuist blijkt te zijn. Zo kan men het op goede gronden oneens zijn met de kwalificatie van de kantonrechter dat de gedragingen geen dringende reden opleveren. Maar de kwalificatie is, behalve een bewering of waarheidsuitspraak, óók een performatieve taalhandeling die rechtsgevolgen heeft: de uitspraak leidt tot vernietiging van het ontslag op staande voet. Had de werkgever afgezien van hoger beroep, dan was de uitspraak onherroepelijk geworden: zowel de kwalificatie ('dringende reden') als de rechtsgevolgen waren dan onaantastbaar geworden. Dat betekent dat uitspraken van rechters onjuist maar toch geldig kunnen zijn: onjuist voor zover de bewering niet in overeenstemming zou zijn met de feiten, maar geldig omdat de uitspraak is gedaan in de juiste context door een bevoegde instantie.⁹ Dat is uiteraard geen nieuw inzicht. Het rechtsoordeel, schrijft Scholten, is behalve een wetenschappelijk oordeel ook een *daad*. Het is een handeling met rechtsgevolgen die partijen bindt, ook als de uitspraak onjuist blijkt maar zijn gelding behoudt, bijvoorbeeld omdat deze intussen kracht van gewijsde heeft.¹⁰

Zo beschouwd kan de regel van artikel 7:683 lid 6 BW worden opgevat als een regel die uitgaat van het performatieve karakter van rechtspraak. Wij weten niet of de wetgever zich dit bewust is geweest, maar het biedt een rechtvaardiging voor de regeling: het zou ongerijmd zijn doorbetaling van loon met terugwerkende kracht ongedaan te maken voor een ontslag dat pas op het moment van de uitspraak in latere instantie als rechtmatig wordt beoordeeld.¹¹

Dat de rechtspraak performatief van karakter is, lijkt ons trouwens ook de opvatting van de Hoge Raad. De Hoge Raad gaat in het jaarverslag met de bijbehorende toelichting op spraakmakende arresten immers uit van de veronderstelling dat het recht geen gegeven is, maar het product van beslissingen en van keuzes, keuzes die dus ook anders hadden kunnen uitpakken.

Het huzarenstukje van de Hoge Raad blijkt bij nader inzien op drijfzand te berusten. Door in te stemmen

met de beslissing van het hof dat wél sprake is van een dringende reden waarop de werkgever zich mag beroepen, verleent de Hoge Raad terugwerkende kracht aan de beschikking van het hof. Dat betekent dat de beschikking van de kantonrechter niet alleen wordt verklaard onjuist ('onwaar') te zijn, maar ook ongeldig ('nietig'). Niettemin blijft de beschikking van de kantonrechter formeel in stand zoals artikel 7:683 lid 6 BW eist. Daarmee is de contradictie een feit: de arbeidsovereenkomst blijft formeel in stand wegens het ontbreken van een dringende reden, terwijl de werkgever zich tezelfdertijd op het bestaan ervan kan beroepen ter afwering van de loonvordering.

4. Twee curieuze argumenten voor rechterlijk activisme

Een uitspraak in strijd met de letter en het systeem van de wet die op een contradictie berust – met welke nader argumentatie rechtvaardigt de Hoge Raad zijn beslissing? Als letterlijke toepassing van de wet tot een ongerijmd of maatschappelijk onwenselijk resultaat leidt, aldus de Hoge Raad in het jaarverslag, geeft soms de tekst of het stelsel van de wet de doorslag en beperkt de Hoge Raad zich ertoe het onbevredigende resultaat aan te stippen en het aan de wetgever over te laten de regeling aan te passen.

In andere gevallen – zoals hier – ziet de Hoge Raad aanleiding om zelf een oplossing te bieden door middel van uitleg van de wet met behulp van argumenten als de wetgeschiedenis en de gevolgen van de regel.

Niet iedereen ziet daartoe aanleiding. Meerdere schrijvers vinden het weliswaar onbevredigend dat loon moet worden doorbetaald bij een terecht gegeven ontslag op staande voet, maar menen dat dit resultaat voortvloeit uit het systeem van de wet, zodat het aan de wetgever is hierin verandering aan te brengen.¹² In de glasheldere conclusie vraagt advocaat-generaal De Bock zich zelfs af of hier wel gesproken kan worden van een probleem. In sprekende gevallen zou de rechter hoogstens loonmatiging kunnen toepassen. Deze terughoudende opstelling maakt nieuwsgierig naar de argumenten die de Hoge Raad aanvoert voor een activistischer opstelling. De Hoge Raad geeft vijf argumenten. Het eerste cluster argumenten van de Hoge Raad vertrekt vanuit het uitgangspunt dat de werkgever de werknemer terecht op staande voet ontslagen had. In zo'n geval dient de werknemer zijn loonvordering te worden ontzegd, omdat

1. doorbetaling tot een onwenselijk verschil in uitkomst leidt met het geval dat ook de kantonrechter het ontslag terecht acht;

9. Dat laatste geldt uiteraard ook voor de uitspraken van hoogste rechters. Dat het oordeel van de Hoge Raad onherroepelijk is, wil slechts zeggen dat zijn oordeel *final but not infallible* is. Vgl. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press [1961] 1994, p. 144.

10. P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink [1931] 1974, p. 11, 130.

11. Aldus ook A-G De Bock onder 4.8.4 van de conclusie van dit arrest: 'Na de vernietiging door de kantonrechter van de opzegging, was het ontslag op staande voet van tafel en is de arbeidsovereenkomst herleefd. De werkgever had de werknemer derhalve moeten toelaten tot het werk en hem het loon moeten doorbetalen.'

12. Vgl. Barentsen & Duk 2015.

2. doorbetaling in strijd is met het uitgangspunt in de wet dat bij een ontslag op staande voet van de werkgever redelijkerwijs geen enkele voortzetting van de arbeidsovereenkomst kan worden verlangd;
3. doorbetaling maatschappelijk onbevredigend is.

Maar deze argumenten leggen pas gewicht in de schaal als aangenomen wordt dat al vanaf het moment van ontslag sprake zou zijn van een dringende reden voor ontslag, ondanks het andersluidende oordeel van de kantonrechter. Zoals wij hierboven hebben uiteengezet, miskent dit uitgangspunt dat de kwalificatie niet is gegeven met de gedragingen van de werknemer, maar het resultaat is van een performatieve taalhandeling van de rechter. Het uitgangspunt bij bovenstaande drie argumenten dient dus niet te zijn dat werd doorbetaald bij een terecht gegeven ontslag op staande voet (oordeel hof), maar bij een onterecht gegeven ontslag op staande voet (oordeel kantonrechter). Bij deze uitgangspunten zijn geen van bovenstaande argumenten bruikbaar.¹³

Zo blijven nog twee argumenten over voor de met de letter en het systeem van de wet strijdige uitleg:

4. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt niet dat de wetgever het uit artikel 7:683 lid 6 BW voortvloeiende gevolg van doorbetaling van loon bij een rechtsgeldig ontslag op staande voet heeft beoogd of bewust heeft aanvaard als een onvermijdelijke consequentie van het gekozen stelsel.
5. Er is sprake van asymmetrie met de situatie waarbij de rechter in hoger beroep oordeelt dat het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet in eerste aanleg ten onrechte is afgewezen.

Met het vierde argument begeeft de Hoge Raad zich op glad ijs. In de literatuur worden al vraagtekens geplaatst bij een uitleg op basis van *expliciete* uitlatingen van de wetgever, omdat het niet vanzelf spreekt waarom de uitlatingen van de wetgever over de strekking of de bedoeling van een wettelijke bepaling voorrang zouden moeten hebben op de tekst van die bepaling zélf.¹⁴ 'Zodra wetten in werking zijn getreden', aldus Vranken, 'dienen ze op eigen benen te kunnen staan.'¹⁵ Maar hier leidt de Hoge Raad uit een *zwijgen* van de wetgever af dat deze een consequentie van het nieuwe stelsel kennelijk *niet* onder ogen heeft gezien en die *niet* zou hebben aanvaard indien hij die *wel* onder ogen had gezien. Een constructie met zo'n hoog hypothetisch gehalte geeft vermoedelijk niet zozeer de opvattingen van de wetgever weer, maar die van de Hoge Raad zelf. En die is dat het ongerijmd is dat een werknemer recht op doorbetaling van loon toekomt bij een in hoger beroep terecht beoordeeld ontslag op

staande voet. Toch valt er wel een rechtvaardiging te bedenken voor deze, kennelijk niet door de wetgever onder ogen geziene consequentie – twee zelfs. De eerste geeft advocaat-generaal De Bock: 'Hoewel velen hier een "Wwz-probleem" zien dat moet worden "opgelost", is dat naar mijn mening niet per se een *gegeven*. (...) [M]en kan dit ook zien als een logisch gevolg van het systeem van hoger beroep zoals dat onder de Wwz is vormgegeven (...) Het is onvermijdelijk dat de appelrechter tot een ander oordeel over het ontslag op staande voet kan komen dan de kantonrechter (...) [M]isschien [moet] gewoon worden aanvaard dat in een geval als het onderhavige, uitgangspunt is dat de werkgever gehouden is het loon van de werknemer te betalen over de gehele periode vanaf het ontslag tot aan het moment van beëindiging van de arbeidsovereenkomst.' (4.4.5)

De tweede rechtvaardiging is een abstractere versie van de vorige en is door ons al in de vorige paragraaf gegeven. De wettelijke regel die door de Hoge Raad terzijde is geschoven kan, zo stelden wij, worden opgevat als de erkenning van het performatieve karakter van de rechtspraak. Het zou ongerijmd zijn doorbetaling van loon met terugwerkende kracht ongedaan te maken voor een ontslag dat pas op het moment van de uitspraak in latere instantie als rechtmatig wordt beoordeeld.

De slotsom is dat, nu een rechtvaardiging kan worden gevonden voor de betreffende loondoorbetaling, niet voetstoots kan worden aangenomen dat de wetgever dit gevolg, *had hij het onder ogen gezien*, niet zou hebben gewild.

Zo komen we bij het laatste argument: de rechtvaardiging van de uitleg met een beroep op *asymmetrie*. Daarbij is het uitgangspunt dat symmetrie beter of wenselijker is dan asymmetrie: de werknemer heeft rechten waarover de werkgever in een gespiegelde situatie niet beschikt en dat is onwenselijk. Maar waarom is dat onwenselijk? En waar bestaat die onevenwichtigheid of asymmetrie in? Om met het laatste te beginnen: die ligt in het gegeven dat de werknemer, als hij als eisende partij in hoger beroep gelijk krijgt, met terugwerkende kracht zijn ten onrechte niet betaalde loon *wel* kan opvorderen, maar dat de werkgever, als hij als eisende partij in hoger beroep gelijk krijgt, het ten onrechte betaalde loon *niet* kan terugvorderen.¹⁶ Waarom is dat erg? Omdat volgens de Hoge Raad voor deze asymmetrie geen behoorlijke rechtvaardiging lijkt te bestaan (r.o. 3.7.3). De Hoge Raad betoont zich hier echter weinig onderzoekend, want een voor de hand liggende rechtvaardiging voor asymmetrische rechtsverhoudingen is het bestaan van asymmetrische *machtsverhoudingen*, zoals die tussen professionele

13. Zo is doorbetaling inderdaad maatschappelijk onbevredigend bij een terecht gegeven ontslag op staande voet, maar niet als de werknemer *ten onrechte* is ontslagen (argument 3). Argument twee stelt dat doorbetaling bij een terecht gegeven ontslag op staande voet strijdig is met het uitgangspunt dat in dat geval van de werkgever redelijkerwijs niet kan worden verlangd de arbeidsovereenkomst voort te zetten – maar dat is natuurlijk anders bij een *onterecht* gegeven ontslag. En het verschil in uitkomst met het geval dat ook de kantonrechter een dringende reden aanwezig acht, is slechts onwenselijk te achten als de kwalificatie met de feiten zou zijn gegeven (argument 1).

14. Zie onder 4.6.2 van de conclusie.

15. Asser-Vranken, Algemeen Deel*, nr. 150.

16. De loonvordering is uiteraard een afgeleide van de arbeidsovereenkomst als primaire vordering; blijkt het ontslag in hoger beroep nietig, dan heeft de werknemer in beginsel het recht de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht te herstellen, terwijl in de gespiegelde variant de werkgever de arbeidsovereenkomst niet met terugwerkende kracht kan ontbinden.

aanbieder en consument, tussen verhuurder en huurder, tussen Openbaar Ministerie en verdachte en, inderdaad, tussen werkgever en werknemer. Zo zijn de effecten van een ontslag in de regel ingrijpender voor de werknemer dan voor de werkgever. Asymmetrische rechtsverhoudingen heffen dat verschil enigszins op. Afgezien hiervan is een rechtvaardiging voor het verschil ook nog gelegen in het volgende. Het is niet onredelijk dat, als de rechter in hoger beroep oordeelt dat de werknemer ten onrechte is ontslagen, deze met terugwerkende kracht zijn loon kan opvorderen: de arbeidsovereenkomst was immers ontbonden door de uitspraak in eerste aanleg en de werknemer heeft over die periode geen loon ontvangen. In het omgekeerde geval, als de kantonrechter het verzoek tot vernietiging heeft toegewezen, herleeft de arbeidsovereenkomst 'als ware de rechtsbetrekking nimmer ontbonden'. De werkgever zal de werknemer zijn loon moeten doorbetalen, maar hij krijgt er wel iets voor terug: de bedongen arbeid. Kiest men er niettemin voor hem niet op het werk toe te laten – wat feitelijk een schorsing is – dan is het niet onredelijk dat de verliespost van de loondoorbetaling voor rekening van de werkgever komt. Anders dan de Hoge Raad stelt, valt het bestaan van deze asymmetrie dus wel te rechtvaardigen – met twee argumenten zelfs.

5. Conclusie

Overzien wij het geheel van argumenten dat de Hoge Raad voor zijn beslissing heeft aangevoerd, dan blijken alle argumenten in meer of mindere mate te steunen op de premisse dat de kwalificatie van een dringende reden van ontslag moet worden opgevat als de kwalificatie van een vaststaand feit en dus als de materiële waarheid in alle instanties. Dat is een andere manier om te zeggen dat de kwalificatie door de Hoge Raad wordt beschouwd als een uitspraak omtrent gegeven feiten, vergelijkbaar met uitspraken over *brute facts of nature*.

Wij hebben in deze bijdrage betoogd dat de kwalificatie méér is dan alleen een waarheidsuitspraak. Door te verklaren dat de werkgever zich op de dringende reden kan beroepen, óók gedurende de tijd dat de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer werd bepaald door de beschikking van de kantonrechter, wordt miskend dat de beslissing van de kantonrechter een performatieve taalhandeling is. In het interval tussen de beschikking van de kantonrechter en die van het hof gold als 'waarheid' dat van een dringende reden voor ontslag geen sprake was, met als consequentie dat de dienstbetrekking niet was ontbonden en dat de werkgever verplicht was tot loondoorbetaling. In het licht van deze uitgangspunten is de doorbetaling van loon ongerijmd noch maatschappelijk onwenselijk, zoals de Hoge Raad stelt, maar een consequentie van het wettelijk systeem. Door terugwerkende kracht toe te kennen aan de kwalificatie 'dringende reden' en tegelijkertijd de beschikking van de kantonrechter in stand te laten (zoals art. 7:683 lid 6 BW eist), is bovendien sprake van een contradictie. Ten slotte onderbouwt de Hoge Raad zijn uitleg die 'op gespannen voet staat met de letter en het systeem van de wet' met en-

kele curieuze argumenten, zoals een wel erg hypothetische constructie ('uit de parlementaire geschiedenis blijkt *niet* dat de wetgever de gevolgen van de regeling *wel* onder ogen heeft gezien') en het 'symmetrie'-argument ('symmetrie is te verkiezen boven asymmetrie'). Misschien is het meest verbazingwekkende dat de uitspraak door de Hoge Raad in zijn jaarverslag is opgenomen als voorbeeld van zijn rechtsvormende taak. Wij hangen geen legistisch rechtsvindingsmodel aan en zien zeker een rol weggelegd voor de Hoge Raad als rechtsvormer, maar vanuit het oogpunt van de staatsrechtelijke verhoudingen lijkt het ons verstandig als de Hoge Raad zich daarbij beperkt tot uitspraken die een sterke onderbouwing hebben en technisch goed in elkaar steken.