

De voorwaardelijk toegekende vergoeding: direct opeisbaar?

ArbeidsRecht 2015/7

De aanleiding voor dit artikel is een recente uitspraak van de kortgedingrechter van Rechtbank Den Haag over de vraag of de door de rechter toegekende vergoeding in een ontbindingsprocedure 'voor zover vereist' direct opeisbaar is.² Deze procedure wordt door werkgevers gevoerd als een vangnet na een gegeven ontslag op staande voet om het risico van loondoorbetaling te beperken nadat de werknemer de nietigheid van het ontslag op staande voet heeft ingeroepen. Het is sinds jaar en dag vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat geen rechtsregel zich tegen de toewijsbaarheid van een ontbindingsverzoek voor zover vereist verzet.³ In de literatuur en jurisprudentie bestaat echter nog steeds discussie over het moment van opeisbaarheid van een vergoeding toegekend in een ontbindingsprocedure voor zover vereist.

1. De uitspraak van de kortgedingrechter Den Haag

De rechter in de Haagse zaak oordeelde dat de werknemer de beschikking waarin een vergoeding voorwaardelijk is toegekend pas ten uitvoer kan leggen als de opeisbaarheid van de vergoeding vaststaat op grond van een voor ten uitvoerlegging vatbare gerechtelijke beslissing dat het ontslag niet geldig is gegeven. De feiten zijn als volgt. Een werknemer van NV Haagse Milieuservices ('HMS'), in dienst sinds 1991, is op staande voet ontslagen, omdat hij buiten HMS om tegen betaling afval zou hebben opgehaald. De werknemer roept de nietigheid van het ontslag in. HMS dient daarop een verzoekschrift tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor zover vereist in. De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst voor zover deze nog bestaat, onder toekenning aan de werknemer van een door HMS verschuldigde vergoeding van € 83.150 bruto. HMS trekt het ontbindingsverzoek niet in. Vervolgens begint de werknemer een bodemprocedure, waarin hij onder meer een verklaring voor recht vordert dat de arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig is geëindigd. Nog voordat het vonnis in de bodemprocedure is gewezen, laat de werknemer de beschikking aan HMS betekenen, met het bevel om binnen twee dagen het bedrag van € 83.150 bruto aan hem te betalen. Voorts zegt de werknemer HMS aan dat bij niet betaling zal worden overgegaan tot executie van de beschikking. HMS start daarop een executiekortgeding. In die procedure stelt HMS

zich op het standpunt dat de werknemer pas aanspraak kan maken op de toegekende ontslagvergoeding nadat in een bodemprocedure onherroepelijk is beslist dat het ontslag op staande voet geen stand houdt. De kortgedingrechter volgt dit standpunt. Gelet op het onlosmakelijke verband tussen enerzijds de ontbinding van de arbeidsovereenkomst en anderzijds de toegekende vergoeding, vindt de kortgedingrechter dat een redelijke uitleg van de beschikking meebrengt dat aan de vergoeding dezelfde voorwaarde is verbonden, ook al vermeldt het dictum van de beschikking dat niet uitdrukkelijk. HMS is de vergoeding dus alleen verschuldigd voor zover de arbeidsovereenkomst op de datum van de beschikking nog bestond. Op dit moment staat nog niet vast dat de vergoeding opeisbaar is. Dat is volgens de kortgedingrechter pas het geval nadat in de bodemprocedure is beslist dat het ontslag op staande voet ten onrechte is gegeven of HMS de nietigheid van het ontslag heeft erkend. De werknemer kan de beschikking dus pas ten uitvoer leggen als de opeisbaarheid van de vergoeding vaststaat op grond van een voor ten uitvoerlegging vatbare gerechtelijke beslissing of een erkenning door HMS. Daarmee is immers de voorwaarde, waaronder de ontbinding is uitgesproken en de daaraan gekoppelde vergoeding is toegekend, vervuld. Volgens de kortgedingrechter kan, in deze fase, in het midden blijven of moet worden aangenomen dat de bodemrechter het ontslag op staande voet niet in stand zal laten.

2. Het arrest De Bode/De Hollandse IJssel

De werknemer in de Haagse zaak verweerde zich onder meer met een beroep op het arrest van de Hoge Raad inzake De Bode/De Hollandse IJssel.⁴ In dat arrest stond de vraag centraal vanaf welk moment de wettelijke rente over een voorwaardelijk toegekende vergoeding verschuldigd was. De werknemer betoogde dat de wettelijke rente verschuldigd was vanaf de datum van ontbinding. Volgens de werkgever (en in hoger beroep ook de rechtbank) was de wettelijke rente pas verschuldigd vanaf het moment dat in rechte onherroepelijk vaststond dat het ontslag op staande voet nietig was. De Hoge Raad gaf de werknemer gelijk. In een voorwaardelijke ontbindingsprocedure wordt de ontbinding van de arbeidsovereenkomst afhankelijk gesteld van de nietigheid van het ontslag en niet van (het in kracht van gewijsde gaan van) een rechterlijke uitspraak over die nietigheid. Ook als de nietigheid van het ontslag pas later door de rechter wordt geconstateerd, moet het op staande voet gegeven ontslag geacht worden nooit werking te hebben gehad. De Hoge Raad overwoog dat er geen grond was om aan te nemen dat de beschikking tot ontbinding enigerlei andere werking zou moeten hebben dan ingeval geen sprake zou zijn geweest van het nietige ontslag op staande

1 Mr. O.S. van Beijeren en mr. E.L.J. Bruyninckx zijn advocaat bij Legaltree.

2 Rb. Den Haag, 30 september 2014, Rechtspraak.nl, ECLI:NL:RBDHA:2014:12008.

3 HR 21 oktober 1983, NJ 1984/296.

4 HR 5 september 1997, NJ 1998/421.

voet, en wel met name ten aanzien van het tijdstip van verschuldigd worden van de vergoeding. De wettelijke rente was dus verschuldigd vanaf de datum waarop de arbeids-overeenkomst was ontbonden. Uit dit arrest wordt wel afgeleid dat de werknemer de vergoeding toegekend in een voorwaardelijke ontbindingsprocedure direct, dus vanaf de ontbindingsdatum, kan opeisen.⁵

De Hoge Raad volgde overigens niet A-G Strikwerda, die concludeerde tot verwerping van het cassatieberoep. De A-G ging in zijn conclusie in op het karakter van de voorwaarde waaronder de ontbinding werd uitgesproken. Hij constateerde dat de rechtbank de voorwaarde die de kantonrechter aan de ontbinding had verbonden – namelijk ‘voor zover rechtens vereist’ –, als een opschortende voorwaarde naar analogie van art. 6:21 en 6:22 BW had uitgelegd. Volgens de rechtbank was die voorwaarde pas vervuld op het moment dat in rechte onherroepelijk vaststond dat het ontslag op staande voet nietig was. In die visie kreeg de ontbindingsbeschikking pas op dat moment haar werking. De vergoeding was, aldus de A-G, dus ook pas op dat moment verschuldigd en opeisbaar.

De A-G stelt voorop dat de wettelijke regeling inzake voorwaardelijke verbintenissen niet rechtstreeks van toepassing is op door de rechter gestelde voorwaarden, maar daarop hoogstens analogisch kan worden toegepast. Zou het bij de ontbinding ‘voor zover rechtens vereist’ gaan om een opschortende voorwaarde, dan zou de ontbinding pas werking krijgen op het moment waarop de rechter (met kracht van gewijsde) zou uitspreken dat het ontslag op staande voet nietig was. Zou sprake zijn van een ontbindende voorwaarde, dan zou de ontbinding direct werking hebben, maar die werking verliezen zodra de rechter vaststelt dat het ontslag op staande voet geldig was. Ook is denkbaar dat sprake is van een oneigenlijke voorwaarde. De voorwaarde waaronder de ontbinding wordt uitgesproken betreft niet een toekomstige onzekere gebeurtenis, maar een gebeurtenis die in het verleden ligt. Blijkt dan achteraf dat de arbeids-overeenkomst nog bestond, dan heeft de uitgesproken ontbinding van het begin af te gelden als onvoorwaardelijk. De vergoeding is dan direct verschuldigd en opeisbaar. Blijkt achteraf dat het ontslag geldig was, dan heeft de uitgesproken ontbinding nooit werking gehad. Is de vergoeding al betaald, dan is dat onverschuldigd gebeurd.

Volgens de A-G berust het oordeel van de rechtbank, dat in De Bode/De Hollandse IJssel sprake is van een ontbinding onder opschortende voorwaarde, op uitlegging van de ontbindingsbeschikking en van de gedingstukken in de procedure die tot de beschikking hebben geleid. Dat feitelijke oordeel kan in cassatie niet op juistheid worden getoetst, is niet onbegrijpelijk en getuigt volgens de A-G ook niet van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de werking van een opschortende voorwaarde. Om die reden conclu-

deerde de A-G tot verwerping van het beroep. De Hoge Raad vond echter wel dat de rechtbank blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, door de ontbinding afhankelijk te stellen van een rechterlijke uitspraak over de nietigheid van het ontslag en niet van de nietigheid zelf. De Hoge Raad typeerde de ontbinding voor zover vereist als een ‘met voorbehoud uitgesproken ontbinding’.⁶

Uit de analyse van de A-G en de uitspraak van de Hoge Raad blijkt dat men verschillend kan denken over het karakter van de ontbinding voor zover vereist en het tijdstip waarop de ontbindingsvergoeding opeisbaar wordt. De Haagse kortgedingrechter beschouwt de voorwaarde ‘voor zover rechtens vereist’ kennelijk als een opschortende voorwaarde en verwierp het beroep van de werknemer op De Bode/De Hollandse IJssel. Uit dat arrest volgt volgens de rechter niet dat een voorwaardelijk toegekende ontbindingsvergoeding ook onmiddellijk opeisbaar is indien een beroep is gedaan op de vernietigbaarheid van het ontslag op staande voet. Volgens de kortgedingrechter ging het in De Bode/De Hollandse IJssel alleen over de vraag vanaf welk moment de wettelijke rente over een voorwaardelijk toegekende vergoeding verschuldigd is. Uit het arrest volgt dat de vergoeding onmiddellijk na het uitspreken van de beschikking verschuldigd is, maar niet dat de toegekende vergoeding ook al kan worden geëxecuteerd voordat de nietigheid van het ontslag vaststaat, aldus de kortgedingrechter.

3. Discussie in literatuur en jurisprudentie

De kernvraag in de discussie over de opeisbaarheid is dan ook of de ontbindingsvergoeding in een ontbindingsprocedure voor zover vereist al executabel is op het moment dat de werknemer de nietigheid van het ontslag heeft ingeroepen (of – als dat later is – op de datum van de beschikking) of dat de vergoeding eerst executabel is indien bij in kracht van gewijsde gegaan vonnis de nietigheid van het ontslag vast is komen te staan.

Over deze vraag heeft de Hoge Raad zich nooit expliciet uitgelaten. Veel rechters vinden dat de voorwaardelijke ontbindingsvergoeding opeisbaar is vanaf de datum van ontbinding.⁷ Ook in de literatuur wordt daar veelal van uitgegaan.⁸ Deze stroming gaat dus uit van een ontbindende voorwaarde en niet van een opschortende voorwaarde. De kortgedingrechter van de Rechtbank Den Haag behoort tot een minderheid van rechters die vindt dat de voorwaardelijke ontbindingsvergoeding pas opeisbaar is als in een dag-

6 Zie ook A.R. Houweling en G.W. van der Voet, a.w.

7 Rb. Amsterdam (pres.) 9 september 1999, KG 199, 268; Ktr. Rotterdam 13 december 2002, JAR 2003/7; Ktr. Tiel 13 juli 2005, JAR 2005/200; Rb. Zwolle-Lelystad 23 februari 2005, JAR 2005/89; Rb. Den Haag 12 (vzr) februari 2009, Rechtspraak.nl, ECLI:NL:RBSGR:2009:BH9019, Rb. Midden-Nederland, Ktr. Locatie Utrecht 3 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3317 Rb. Amsterdam, Kamer voor kantonzaken, 26 november 2013, NJF 2014/51.

8 S.F. Sagel, bijzondere ontbindingen, voor zover vereist onder voorwaarde(n) of met vergoeding onder voorwaarde(n), *ArbeidsRecht* 2002/4, W.J.M. van Tongeren, Het tijdstip van verschuldigd worden van de vergoeding, *ArbeidsRecht* 1998/73, p. 10; A.M. Luttmmer-Kat (losbl), art. 7:685 BW, aant. 12.

5 Zie bijvoorbeeld A.R. Houweling en G.W. van der Voet, Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk 2009, p. 149 e.v.

vaardingsprocedure onherroepelijk is geoordeeld over de nietigheid van het ontslag op staande voet.⁹ Hij gaat dus uit van een opschortende voorwaarde.

Ook wij vinden dat de ontbindingsvergoeding opeisbaar is vanaf de (voorwaardelijke) ontbindingsdatum. Zoals ook Houweling en Van der Voet betogen,¹⁰ vloeit dit voort uit De Bode/De Hollandse IJssel. De Hoge Raad heeft in dat arrest immers overwogen dat er geen grond is om aan te nemen dat de beschikking tot ontbinding enigerlei andere werking zou moeten hebben dan ingeval geen sprake zou zijn geweest van het nietige ontslag op staande voet, en wel met name ten aanzien van het tijdstip van verschuldigd worden van de vergoeding. Zou geen sprake zijn geweest van een ontslag op staande voet, dan zou de ontbindingsbeschikking directe werking hebben en zou de vergoeding onmiddellijk verschuldigd en opeisbaar zijn. Bovendien kunnen wij ons vinden in de constatering van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag (een andere dan die het vonnis van 30 september 2014 wees) dat wettelijke rente niet kan worden toegewezen over een geldsom die niet opeisbaar is. Uit De Bode/De Hollandse IJssel volgt naar onze mening ondubbelzinnig dat de vergoeding opeisbaar is vanaf de dag waarop de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk is ontbonden.¹¹

Ook vanuit menselijk oogpunt kan worden betoogd dat de vergoeding opeisbaar behoort te zijn vanaf de ontbindingsdatum. In veel gevallen waarin een (voorwaardelijke) vergoeding wordt toegekend is de kans groot dat het ontslag op staande voet in de loonvorderingsprocedure nietig wordt verklaard. Immers, als de werkgever zeker is van zijn zaak, zal hij weinig reden zien om een voorwaardelijk ontbindingsverzoek in te dienen. Doet de werkgever dat wel, dan is er kennelijk reden om te twijfelen aan de geldigheid van het ontslag op staande voet en is er een goede kans dat in de voorwaardelijke ontbindingsprocedure een vergoeding wordt toegekend. In dat geval is het niet redelijk dat de werknemer dan – lange tijd – zou moeten wachten tot de toegekende vergoeding opeisbaar is, namelijk totdat in de bodemprocedure onherroepelijk komt vast te staan dat het ontslag op staande voet nietig is. De werknemer zal de vergoeding doorgaans hard nodig hebben: hij kan wellicht moeilijk een nieuwe baan vinden, heeft geen recht op een WW-uitkering en zit met financiële verplichtingen. In een dergelijke situatie verdient niet de werkgever die – waarschijnlijk ten onrechte – heeft gekozen voor een ontslag op staande voet bescherming, maar de werknemer. Zoals Houweling en Van der Voet opmerken, vormt de onmiddellijke opeisbaarheid van de ontbindingsvergoeding een wenselijke prikkel voor de werkgever om niet te lichtvaardig

over te gaan tot een ontslag op staande voet en om ter zake een verantwoorde risicoafweging te maken.¹²

De Haagse kortgedingrechter heeft in onze visie dan ook ten onrechte geoordeeld dat de ontbindingsvergoeding pas opeisbaar is vanaf de datum waarop in rechte komt vast te staan dat het ontslag op staande voet nietig is. De ontbindingsbeschikking van de kantonrechter dwingt niet tot die uitleg; de kantonrechter heeft de ontbinding slechts afhankelijk gesteld van de voorwaarde dat de arbeidsovereenkomst nog bestaat, niet van een rechterlijk vonnis waarin wordt geoordeeld over de geldigheid van het ontslag op staande voet.

4. Restitutierisico

Een argument dat werkgevers vaak aanvoeren tegen de onmiddellijke opeisbaarheid van de ontbindingsvergoeding houdt verband met het restitutierisico. Indien de ontbindingsvergoeding onmiddellijk wordt uitbetaald, terwijl later komt vast te staan dat het ontslag op staande voet toch geldig was, bestaat het risico dat de werknemer de onverschuldigd betaalde vergoeding niet meer kan terugbetalen. Zoals hiervoor is opgemerkt zal de ontbindingsrechter vaak goed kunnen inschatten of er wel of geen sprake is van een dringende reden. Er zijn echter ook gevallen denkbaar waarin dat voor de ontbindingsrechter moeilijker is. Denk aan ingewikkelde fraudezaken, waarbij veel kennis van boekhoudkundige regels en onderzoek naar overtredingen daarvan vereist is. In dergelijke gevallen is het mogelijk dat in de ontbindingsprocedure wordt geoordeeld dat geen sprake is van een dringende reden, terwijl in de bodemprocedure komt vast te staan dat daar wel degelijk sprake van is. Het is dan onbevredigend als de werknemer – naar later blijkt: onterecht – een ontbindingsvergoeding heeft ontvangen en tegen de tijd dat onherroepelijk vaststaat dat het ontslag op staande voet geldig is niet meer in staat is de vergoeding terug te betalen. Ook denkbaar is de situatie dat het gaat om een werknemer die woonachtig is (geweest) in het buitenland en na het ontslag weer terugkeert naar dat land.

In gevallen met een groot restitutierisico zou in het dictum van de ontbindingsbeschikking expliciet moeten worden opgenomen dat de vergoeding pas opeisbaar is nadat in een bodemprocedure onherroepelijk is geoordeeld dat het ontslag op staande voet niet geldig is. In gevallen waarin er een reëel restitutierisico bestaat, is het dus aan te bevelen om de ontbindingsrechter uitdrukkelijk en gemotiveerd te verzoeken om expliciet in de beschikking op te nemen dat de vergoeding pas opeisbaar is als in rechte onherroepelijk vaststaat dat het ontslag geen stand kan houden. Dit biedt een praktische oplossing waarbij wij ons terdege realiseren dat niet alle rechters de bereidheid hebben om dit in het dictum op te nemen. Het zij herhaald dat de Hoge Raad in het arrest De Bode/De Hollandse IJssel immers (naar onze mening terecht) heeft overwogen dat het bijzondere karakter van

9 Rb. Amsterdam (pres.), 15 juli 1999, KG 1999/197; Rb. Alkmaar (pres.), 15 juni 2000, KG 2000/138; Hof Leeuwarden 23 juli 2003, JAR 2003/211; Rb. Rotterdam (vzr.), 18 januari 2005, JAR 2005/75; Rb. Breda, team kanton Bergen op Zoom, 25 september 2012, Rechtspraak.nl, ECLI:NL:RBBRE:2012:BX8802.

10 A.R. Houweling en G.W. van der Voet, a.w.

11 Rb. Den Haag 12 februari 2009, Rechtspraak.nl, ECLI:NL:RBSGR:2009:BH9019.

12 A.R. Houweling en G.W. van der Voet, a.w. p. 152.

de ontbindingsprocedure en de clause 'voor zover rechts vereist' met zich brengen dat de ontbinding afhankelijk wordt gesteld van de nietigheid van het ontslag en niet van een rechterlijke uitspraak over de nietigheid.

Wij menen dat het beleid van de rechtbanken zou moeten zijn om een dergelijke passage niet op te nemen in het dictum tenzij sprake is van een goed gemotiveerd en evident restituerisico.

5. Duidelijk beleid rechtbanken gewenst

Het is niet duidelijk of rechtbanken (informeel) een standpunt hebben ingenomen over de opeisbaarheid van voorwaardelijke ontbindingsvergoedingen. Wij menen dat het wel gewenst is dat de rechtbanken daarover een uniform standpunt innemen en wel dat de voorwaardelijke ontbindingsvergoeding opeisbaar is vanaf de ontbindingsdatum. De Rechtbank Amsterdam lijkt dat informele beleid overigens te hebben zoals onder meer mag blijken uit de beschikking van 24 januari 2011 van kantonrechter Berkhout.¹³ In die zaak verzocht de werkgever om in de beschikking op te nemen dat de vergoeding eerst opeisbaar is wanneer onherroepelijk is komen vast te staan dat de arbeidsovereenkomst niet is geëindigd. De rechter wijst dat verzoek af onder verwijzing naar het arrest De Bode/De Hollandse IJssel. Zij voegt daaraan toe dat de werknemer ontegensprekelijk belang heeft bij het ontvangen van de vergoeding en dat het bovendien aannemelijk is dat de kantonrechter het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig zal achten.

6. De WWZ

Tot slot een korte vooruitblik naar de ontslagbepalingen van de WWZ die per 1 juli 2015 in werking treden en de vraag of de voorwaardelijke ontbindingsprocedure onder het nieuwe recht nog mogelijk is en of de vergoeding direct opeisbaar zou moeten zijn. Wij menen van wel. De Hoge Raad overwoog in het arrest Nijman/X¹⁴ het volgende:

“Het onderhavige geval wordt dáárdóór gekenmerkt dat het effect van het door de werkgever aan de werknemer gegeven ontslag op staande voet, onzeker is, nu de werknemer binnen de in art. 9 lid 2 BBA genoemde termijn de nietigheid van het ontslag, als opleverende een handeling in strijd met art. 6 lid 1 BBA heeft ingeroepen. Het kan geruime tijd duren voordat op dit punt bij een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke uitspraak zekerheid is verkregen. Derhalve mag ervan worden uitgegaan dat de werkgever er in het algemeen een gerechtvaardigd belang bij heeft om in zodanig geval een voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de voet van art. 1639w BW (oud) (het huidige art. 7:685 BW) te vragen, namelijk voor het geval de arbeidsovereenkomst blijkt niet te zijn geëindigd door het aan de werknemer

op staande voet gegeven ontslag. Geen rechtsregel verzet zich tegen een dergelijke gang van zaken (...)”

Hoewel het BBA niet meer zal gelden per 1 juli 2015, zal de werknemer die het niet eens is met het gegeven ontslag op staande voet, de kantonrechter op grond van art. 7:681 lid 1 BW (nieuw) kunnen verzoeken de opzegging te vernietigen. Daarmee is naar onze mening het arrest van de Hoge Raad van toepassing. Het effect van het ontslag op staande voet is immers door de mogelijke vernietiging door de rechter onverminderd onzeker en het kan geruime tijd duren voordat onherroepelijk zekerheid is verkregen.

Het feit dat hoger beroep en cassatie van beschikkingen mogelijk zal zijn na 1 juli 2015 maakt niet dat de vergoeding in de voorwaardelijke ontbindingsprocedure niet direct opeisbaar zou moeten zijn. Immers, art. 7:683 BW (nieuw) bepaalt dat deze rechtsmiddelen de tenuitvoerlegging van de beschikking niet schorsen.

¹³ Rb. Amsterdam, sector kanton Amsterdam, 24 januari 2011, JAR 2011/77.

¹⁴ HR 21 oktober 1983, NJ 1984/296.