

De spijtopterende werknemer

W.J.M. van Tongeren¹

75 Een werknemer wordt ontslagen. De opzegtermijn wordt niet in acht genomen. Er is geen ontslagvergunning. De werknemer roept op grond van art. 6 jo. 9 BBA de nietigheid van de opzegging in. Korte tijd later herroept de werknemer het beroep op de nietigheid – hij heeft inmiddels een nieuwe baan – en stelt dat schadeloosstelling opgezegd is. Dat is ook zo. De werknemer vordert de schadeloosstelling als bedoeld in art. 7A:1639r BW. De werkgever stelt dat een nadere keuze niet mogelijk is. In zijn arrest van 7 oktober 1994, Rechtspraak van de Week 1994 – 199C, stelt de Hoge Raad de werknemer in het gelijk.

Herroeping beroep op nietigheid

De werknemer kan, als hij de nietigheid van het ontslag ingeroepen heeft, van die keuze terugkomen door ondubbelzinnig van zijn beroep op de nietigheid afstand te doen. Alsdan – zo gaat de Hoge Raad verder – beëindigt het onregelmatig ontslag de dienstbetrekking alsnog per de aangezegde ontslagdatum en wordt de werkgever ingevolge art. 7A:1639o schadeloosgesteld. Dit alles behoudens bijzondere omstandigheden, waarvan volgens de Hoge Raad in het hem voorgelegde geval niet was gebleken.

De uitspraak van de Hoge Raad – waaruit blijkt van de keuzemogelijkheid van de werknemer – is niet opmerkelijk. Niet opmerkelijk omdat de Hoge Raad in zijn arrest van 24 november 1961 (NJ 1962, 54) een soortgelijke uitspraak heeft gedaan. De keuzemogelijkheid lijkt echter niet vanzelfsprekend. De (rechts)gevolgen van een beroep op de nietigheid van de opzegging of een beroep op de schadeloosstelling zijn heel uiteenlopend. In feite: doorgaan met de arbeidsovereenkomst of stoppen. Een beroep op de nietigheid doet de arbeidsovereenkomst volledig herleven. Het loon blijft verschuldigd ervan uitgaande dat de werknemer bereid en in staat is om de overeengekomen arbeid te verrichten. Er ontstaat dus een loonvordering – die weer na de herroeping van het beroep op de nietigheid – zo versta ik de Hoge Raad – van rechtswege vervalt.

Een beroep op schadeloosstelling betekent uitgaande van het einde van de arbeidsovereenkomst

1. Mr. W.J.M. van Tongeren is advocaat bij Derks . Star Busmann, Utrecht.

dat recht bestaat op betaling van de wettelijke schadeloosstelling én dat bijv. de werking van een concurrentiebeding vervalt – art. 7A:1637x, lid 3.

Niet duidelijk is hoe vaak de werknemer – binnen de grenzen van de verjaringstermijnen van art. 9 BBA resp. art. 7A:1639u – kan switchen van een beroep op de nietigheid van de opzegging naar de schadeloosstellende opzegging en terug.

Kan de werknemer in het door de Hoge Raad berechte geval de herroeping herroepen als hij in zijn nieuwe baan in de proeftijd ontslagen zou worden of de overeenkomst voor bepaalde tijd niet verlengd zou worden? Of kan de werknemer, als hij eerst kiest voor de optie van de schadeloosstellende opzegging omdat hij meteen na de opzegging een baan elders kon aanvaarden, de nietigheid van het ontslag inroepen, als het met de baan niet goed blijkt te gaan? Ik zou menen dat de werknemer kan blijven switchen, tenzij hij onherroepelijk afstand gedaan heeft van de ene of de andere mogelijkheid. In verband met het herroepen van het beroep op de nietigheid overweegt de Hoge Raad weliswaar dat de werknemer van die keuze kan terugkomen door jegens de werkgever ondubbelzinnig van zijn beroep op de nietigheid afstand te doen, maar ik heb het gevoel dat de Hoge Raad doelt op de ondubbelzinnigheid van dit beroep en niet op de onherroepelijkheid van het afstand doen.

Koerswijziging niet altijd mogelijk

De Hoge Raad wijst nog op bijzondere omstandigheden, die in de weg staan aan het veranderen van koers. De Hoge Raad noemt geen voorbeelden, maar ik kan mij voorstellen dat de werknemer zijn beroep op de nietigheid van de opzegging niet meer kan herroepen als de werkgever zich bij het beroep van de werknemer op de nietigheid van de opzegging heeft neergelegd en in feite dat beroep geaccepteerd heeft.

Een bijzondere omstandigheid zou ook kunnen zijn als na het moment waarop de werknemer de nietigheid van de opzegging ingeroepen heeft er sprake is van een overgang van de onderneming van de werkgever als bedoeld in art. 7A:1639aa e.v. Ik kan mij niet voorstellen dat de voormalige werkgever – die geen werkgever meer is – nog geconfronteerd zou kunnen worden met de wettelijke schadeloosstelling in het geval de werknemer zijn beroep op de nietigheid van de opzegging herroepen zou hebben.

Mag werkgever ook switchen?

Zou nu de werkgever, geconfronteerd met een koerswijziging van de werknemer, op zijn beurt op de opzegging kunnen terugkomen?

Ik denk het niet. Een opzegging is onherroepelijk. Het door de opzeggende partij gewilde rechtsgevolg

van de opzegging is de beëindiging van de arbeids-overeenkomst.

Vgl. prof. Van der Grinten: 'De opzegging bindt de opzeggende partij. Zij kan daarop niet terugkomen tenzij met goedvinden van de wederpartij' (Arbeids-overeenkomstenrecht 16e druk 1993, pag. 154). Vgl. ook Hoge Raad 16 februari 1977 (NJ 1979, 454). In die zaak was aan de orde dat er een opzegtermijn was van 3 maanden en er opgezegd was met inachtneming van een termijn van 2 maanden. De werkgever bood de werknemer aan nog een maand extra in dienst te blijven. De Hoge Raad oordeelde – kort gezegd – dat ook al weigerde de werknemer nog gedurende die maand arbeid te verrichten de werkgever toch verplicht was om de wettelijke schadeloosstelling – van 1 maand – te betalen.

Prof. Stein in een noot onder dat arrest neemt een tussenstandpunt in, aldus dat hij het mogelijk acht dat degene die de dienstbetrekking heeft opgezegd, daarop slechts kan terugkomen als de gerechtvaardigde belangen van de andere partij daaraan niet in de weg staan.

Intussen merk ik op dat van een opzegging onderscheiden moet worden een ontslagaanvraag. Een ontslagaanvraag geldt als een aanbod om met wederzijds goedvinden de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Als de werknemer zijn ontslagaanvraag intrekt voordat degene die bevoegd is de aanvraag te aanvaarden deze aanvaardt, is de ontslagaanvraag van de baan en is aanvaarding niet meer mogelijk. Vgl. in dit verband Hoge Raad 23 januari 1981 (NJ 1981, 392). In dat arrest was aan de orde een ontslagaanvraag van een werknemer gericht tot de directeur van een stichting die niet zelf de ontslagaanvraag kon aanvaarden, maar een ontslagaanvraag aan het bestuur van de stichting diende voor te leggen.

Is het nu onredelijk dat de werknemer na een opzegging kan kiezen en de werkgever op de opzegging niet meer kan terugkomen?

Het lijkt mij niet. Dit omdat de opzegging aan de kant van de werkgever gewild is en er aan de kant van de werknemer (slechts) sprake is van naar hun aard twee (weliswaar verschillende) verweermiddelen tegen die opzegging. Aan de ene kant het inroepen van de nietigheid van de opzegging, aan de andere kant een beroep op de wettelijke schadeloosstelling, eventueel gevolgd door een beroep op art. 7A:1639s.

— Bij andere opzegverboden

De vraag is of hetgeen geldt voor een herroeping van een beroep op de nietigheid van de opzegging in het kader van art. 6 jo. art. 9 BBA ook geldt in geval van een (herroeping van een) beroep op de nietigheid van de opzegging als er sprake is van een huwelijk, ziekte,

zwangerschap danwel lidmaatschap van de Ondernemingsraad. Ik zou menen dat hier hetzelfde geldt. Immers, het beroep op de nietigheid van de opzegging is ook hier een verweermiddel – dat de werknemer kan inroepen, maar ook kan laten varen. Opmerking verdient dat art. 7A:1639o, lid 5 bepaalt dat de werkgever niet schadeplichtig is als er vanwege huwelijk, ziekte of zwangerschap opgezegd wordt. In dat geval is de keuzemogelijkheid van de werknemer – dus – beperkter.

— Slot

Hoe te oordelen over het arrest van de Hoge Raad? Hoewel het eenvoudiger zou zijn als de eenmaal gemaakte keuze een andere zou uitsluiten, is het verdedigbaar dat de werknemer een keuzevrijheid heeft.

Het gaat immers om verweermiddelen. Dat er soms onduidelijkheid kan zijn moet maar op de koop toe genomen worden. Het ging hiervoor over met name de keuzemogelijkheden van de werknemer. Ik voeg eraan toe dat aangenomen moet worden dat de werkgever die – in de praktijk – ook zal hebben.

Van belang is dat de werknemer (of zijn rechtskundig adviseur) in het verkeer met de werkgever om misverstanden te voorkomen in het voorkomend geval van begin af aan uitdrukkelijk kenbaar maakt dat zijn keuze een voorlopige is.

VUT : vrijwillige of verplichte uittreding

Prof. dr. E. Lutjens¹

76 Aan VUT-regelingen ligt meestal het vrijwillige karakter ten grondslag. Toch is contractueel verplichte uittreding ook mogelijk. Hieronder enige beschouwingen daarover.

— VUT: vrijwillig of verplicht?

In 1982 verzocht de Telegraaf ontbinding van een arbeidsovereenkomst met een journalist op de grond dat de werknemer had geweigerd om met VUT te gaan. De kantonrechter Amsterdam wees het verzoek af (30 december 1982, Prg. 1983, 1928). De CAO voor dagbladjournalisten kende (en kent nog steeds) de verplichting voor de werknemer om van het recht op VUT gebruik te maken indien de werkgever dat verlangt. De kantonrechter achtte deze CAO-bepa-

1. Prof. dr. E. Lutjens is hoogleraar Pensioenrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam en advocaat te Utrecht bij het kantoor Derks . Star Busmann, sectie Pensioen- en verzekeringsrecht.