

Het tijdstip van verschuldigd worden van de vergoeding

W.J.M. van Tongeren*

73 Een ontbinding van een arbeidsovereenkomst voorzover nodig – na een ontslag op staande voet – is in de praktijk een bekend fenomeen. De volgende drie situaties komen hierna aan de orde:

1. een ontbinding(sbeschikking) gevolgd door een ontslag op staande voet vóór de ontbindingsdatum;
2. een ontslag op staande voet ná de mondelinge behandeling en vóór de beschikking;
3. een ontslag op staande voet gevolgd door een ontbinding.

De vraag is – als er een vergoeding wordt bepaald – of de werknemer de vergoeding meteen kan incasseren. Die vraag wordt hierna besproken in het licht van de uitspraak van de Hoge Raad van 5 september 1997, NJ 1998, 421.

Ontbinding/ontslag op staande voet

De situatie van een ontbinding gevolgd door een ontslag op staande voet vóór de ontbindingsdatum was aan de orde in de zaak die geleid heeft tot de uitspraak van de HR van 21 maart 1997, NJ 1997, 380.¹ De Hoge Raad oordeelde onjuist de opvatting dat aan een ontbindingsbeschikking slechts rechtskracht, althans rechtsgevolg, toekomt, indien de arbeidsovereenkomst op het in de beschikking bepaalde tijdstip van de ontbinding nog steeds bestaat. Die opvatting zou miskennen dat aan een onherroepelijke rechterlijke uitspraak niet zonder aanwending van een rechtsmiddel rechtskracht kan worden ontzegd door in een volgend geding te laten vaststellen dat aan deze uitspraak de rechtskracht is ontvallen omdat de grondslag waarop de uitspraak berustte is weggevalen.

Zaak Geels

In de zaak Geels, HR 27 januari 1989, NJ 1989, 588, heeft de Hoge Raad beslist dat de onherroepelijkheid van de beschikking waarbij aan – de indertijd bekende voetballer – Geels een vergoeding werd toegekend tot

gevolg had dat hetgeen ter voldoening aan die beschikking aan Geels was betaald niet als onverschuldigd betaald aangemerkt en teruggevorderd kon worden, ook toen later in de bodemzaak kwam vast te staan dat de arbeidsovereenkomst aan nietigheid laboreerde. De Hoge Raad oordeelde, zoals in de uitspraak van 21 maart 1997, doorslaggevend dat aan een onherroepelijke rechterlijke uitspraak niet zonder aanwending van een rechtsmiddel rechtskracht kon worden ontnomen. De kantonrechter had in zijn beschikking, naar achteraf kwam vast te staan, een nietige arbeidsovereenkomst ontbonden, maar de vergoeding bleef verschuldigd.

Misbruik van recht

De A-G Vranken merkt in zijn conclusie voor de uitspraak van 21 maart 1997 op dat als de kans van slagen in een bodemzaak (dermate) gering is, executie van de ontbindingsbeschikking misbruik van recht zou kunnen opleveren. Ik vraag mij af of daarvan spoedig sprake zal zijn. De arbeidsrechtelijke balans is immers in de ontbindingsprocedure opgemaakt. Ik kan me voorstellen dat daarvan sprake zou kunnen zijn in geval van geheel 'nieuwe' misdragingen van de werknemer op een tijdstip ná het geven van de ontbindingsbeschikking en vóór de ontbindingsdatum. Dan zou er sprake zijn van nova. Bedacht moet worden dat een werkgever een werknemer ook niet meer op staande voet kan ontslaan na de ontbindingsdatum.

Hoger beroep

Ik ben van mening dat het in de situatie van een ontbinding gevolgd door een ontslag op staande voet vóór de ontbindingsdatum, geen zin heeft om (nog) hoger beroep in te stellen (de beroepstermijn van twee maanden zal veelal nog niet verstreken zijn) tegen een ontbindingsbeschikking op de enkele grond dat ná de ontbindingsbeschikking maar vóór de ontbindingsdatum de werknemer op staande voet is ontslagen. Immers, op het moment dat de rechter ontbond, bestond de arbeidsovereenkomst nog. De rechter heeft dus niet iets ontbonden wat er toen niet was en is dus niet buiten het toepassingsgebied van (nu) art. 7:685 BW getreden. Hoger beroep heeft wellicht wel zin in de situatie dat de kantonrechter iets heeft ontbonden dat er niet was op het moment van de ontbinding. In de hogerberoepzaak die heeft geleid tot de beschikking van de Hoge Raad van 6 maart 1992 (NJ 1992, 509) was aan de orde een ontbinding van een eerder door het in vervulling gaan van een ontbindende voorwaarde geëindigde arbeidsovereenkomst. Toen had hoger beroep zin.

*. Mr. W.J.M. van Tongeren is advocaat bij Derks . Star Busmann. Hanotiau te Utrecht.

1. Zie over deze materie W.L. Hareuberg, ArbeidsRecht 1996/3, 23.

De vergoeding

Uit de uitspraak van de HR van 21 maart 1997, ook in het licht van de zaak Geels, moet worden afgeleid dat in het geval van een ontbinding gevolgd door een ontslag op staande voet de – eventueel – bepaalde vergoeding verschuldigd is én verschuldigd blijft als – later – in een (eventuele) bodemzaak zou komen vast te staan dat de arbeidsovereenkomst op het in de beschikking bepaalde tijdstip niet (meer) bestond.

— Ontslag op staande voet/ontbinding

In de uitspraak van 5 september 1997 (NJ 1998, 421) was de vraag aan de orde of (mits aangezegd) de wettelijke rente over de vergoeding was verschuldigd vanaf het tijdstip van de ontbindingsdatum óf vanaf het tijdstip dat in de – latere – bodemzaak onherroepelijk was uitgemaakt dat het ontslag op staande voet ongeldig was en het ontslag vanwege het invoeren van de nietigheid nietig. De Hoge Raad overweegt: 'Zulks in aanmerking genomen bestaat er dan ook geen grond om aan te nemen dat de beschikking tot ontbinding enigerlei andere werking – en wel met name ten aanzien van het tijdstip van verschuldigd worden van de vergoeding – zou moeten hebben dan in geval geen sprake zou zijn geweest van het nietige ontslag op staande voet.' Vóór de hiervoor aangehaalde overweging die begint met: 'Zulks in aanmerking genomen', overweegt de Hoge Raad dat de rechtbank ten onrechte overweegt dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst afhankelijk is gesteld van de *opschortende* voorwaarde dat de rechter het ontslag op staande voet nietig verklaart en voorts dat de rechtbank er aan voorbijgezien heeft dat de in gevallen als het onderhavige gebruikelijke clausule 'voorzover rechtens vereist', in redelijkheid niet anders kan betekenen dan dat de met dit voorbehoud uitgesproken ontbinding van de arbeidsovereenkomst afhankelijk wordt gesteld van de nietigheid van het ontslag en niet van (het in kracht van gewijsde gaan van) een rechterlijke uitspraak omtrent die nietigheid. Dit brengt mee, zo overweegt de Hoge Raad, dat ook als de nietigheid van het ontslag pas later, in een daaromtrent gevoerd geding, door de rechter wordt geconstateerd, het op staande voet gegeven ontslag geacht moet worden nimmer werking te hebben gehad.

— Ontbindende of opschortende voorwaarde

De A-G Vranken merkt in zijn conclusie voor de uitspraak van de HR van 21 maart 1997, onder verwijzing naar HR 27 maart 1987, NJ 1989, 882 en HR 7 oktober 1994, NJ 1995, 171 op dat indien de nietigheid van een ontslag op staande voet is ingeroepen, de arbeidsovereenkomst gewoon doorloopt totdat de rechter anders beslist. Dat betekent dat strikt

genomen een ontbinding voorzover nodig niet mogelijk is, nu door het invoeren van de nietigheid van het ontslag de arbeidsovereenkomst 'herrijst'. Het invoeren van de nietigheid betekent dat de arbeidsovereenkomst weer bestaat tot het moment dat in rechte wordt uitgemaakt dat het beroep op de nietigheid ten onrechte is gedaan. Wordt ontbinding voorzover vereist gevraagd en wordt er ontbonden, dan is er een beschikking met een ontbindende voorwaarde en niet een beschikking onder de opschortende voorwaarde dat het beroep op de nietigheid van het ontslag terecht blijkt te zijn geweest. Het beroep op de nietigheid, zonder onmiddellijke werking zou ook zijn doel voorbij schieten. Nietigheid is een ernstige sanctie die verbandhoudt met een rechtsgoed dat de wetgever in hoge mate beschermwaardig heeft geoordeeld. De gedachte van het invoeren van de nietigheid met onmiddellijke werking is in het arbeidsrecht geen vreemde gedachte. Die gedachte ligt bijvoorbeeld ook ten grondslag aan art. 27 lid 6 WOR, waarin is bepaald dat een ondernemer de kantonrechter kan verzoeken te verklaren dat een ondernemingsraad ten onrechte een beroep heeft gedaan op de nietigheid van een instemmingsplichtig besluit dat de ondernemer zonder de instemming van de ondernemingsraad heeft genomen. Het besluit van de ondernemer is nietig *totdat de rechter anders beslist*, in de woorden van de hiervóór aangehaalde A-G Vranken. Dat wat de Hoge Raad in zijn uitspraak de gebruikelijke clausule 'voorzover rechtens vereist' noemt, heeft juridisch dan ook het gehalte van wat bijvoorbeeld in het spraakgebruik een voorlopige koopovereenkomst heet. Zoals er bij een voorlopige koopovereenkomst sprake is van een gebondenheid van partijen is er in geval van een ontbinding voorzover nodig ook meteen de werking van een 'normale' beschikking, zij het dat achteraf door een bodemzaak de grondslag onder de beschikking uit zou kunnen vallen. Deze grondslag is immers minder volwaardig dan de – onaanastbare – grondslag waarover de Hoge Raad het heeft in zijn uitspraak van 21 maart 1997, in het geval van een ontbinding gevolgd door een ontslag op staande voet. Als in het voorkomende geval een werkgever 'in conventie' ontbinding voorzover nodig vraagt, doet de werknemer er wellicht verstandig aan in reconventie, als hij de nietigheid van het ontslag heeft ingeroepen, 'gewoon' ontbinding te vragen, zodat hij (voorzover nodig) invloed kan uitoefenen op het dictum. Immers, in zijn (de werknemers) visie loopt de arbeidsovereenkomst gewoon door totdat de rechter anders heeft beslist. Een ontbinding van een arbeidsovereenkomst voorzover nodig is overigens niet onbestaanbaar. Zij is bestaanbaar indien en zolang de nietigheid van het ontslag op staande voet niet

is ingeroepen. Of in een situatie dat er verschil van mening is over de vraag of er al dan niet een arbeidsovereenkomst bestaat.

— De vergoeding

Kan de werknemer, in geval de werkgever weigert te betalen, met de ontbindingsbeschikking in de hand – en (nu) de uitspraak van de Hoge Raad – betaling van de door de kantonrechter vastgestelde vergoeding verlangen? Naar mijn oordeel kan de werknemer de vergoeding incasseren, nu het inroepen van de nietigheid het rechtsgevolg heeft dat de arbeidsovereenkomst nog bestaat, *totdat de rechter anders beslist*, in een eventuele bodemprocedure. Het Amsterdamse Hof heeft in een (niet gepubliceerd) arrest van 26 maart 1998 overigens (ten onrechte?) beslist dat uit de uitspraak van de Hoge Raad van 5 september 1997 niet voortvloeit dat een vergoeding in verband met een beschikking voorzover nodig voor executie vatbaar is. Het hof beperkt de betekenis van de uitspraak van de Hoge Raad tot het punt waar het in die uitspraak in het bijzonder om ging, namelijk het tijdstip vanaf welk de wettelijke rente over de vergoeding was verschuldigd. Rood daarentegen lijkt van een andere opvatting uit te gaan. Hij schrijft in TVVS 1997, p. 352 in zijn noot onder de uitspraak van de Hoge Raad van 5 september 1997: 'De werkgever moet derhalve betalen, ook wanneer het te zijner tijd zal blijken dat het ontslag op staande voet de arbeidsovereenkomst beëindigde en de overeenkomst daarna dus niet meer kon worden ontbonden.'

Belang

Waarom al die drukte over het moment van het verschuldigd worden en het opeisbaar zijn van de vergoeding? De werknemer kan er groot belang bij hebben om alvast de vergoeding te incasseren. De financiële positie van een werkgever kan verslechteren. De werkgever, bijvoorbeeld een werkmaatschappij van een buitenlandse holding kan zijn deuren sluiten, enz.

Ontslag op staande voet na mondelinge — behandeling

Ik ben geneigd te denken dat de situatie van een ontslag op staande voet na de mondelinge behandeling en vóór de datum van de ontbindingsbeschikking en de ontbindingsdatum meer lijkt op de situatie van een ontslag op staande voet na een ontbinding dan op een ontbinding na een ontslag op staande voet. Dat betekent dat een eventueel door de rechter bepaalde vergoeding verschuldigd is en ook verschuldigd blijft. Dat is wellicht anders als de werkgever erin zou slaan om het geven van een beschikking tegen te hou-

den door intrekking van het verzoek, ervan uitgaande dat dat (nog) mogelijk is. Of hoger beroep soelaas zou kunnen bieden, is geen in cassatie uitgemaakte zaak (zie de hiervoor genoemde hogerberoepzaak).

— Slot

In geval van een ontbinding gevolgd door een ontslag op staande voet voor de ontbindingsdatum is een vergoeding onherroepelijk verschuldigd, met uitzondering wellicht van de situatie van een ontslag op staande voet op grond van geheel nieuwe feiten van na het tijdstip van de ontbindingsbeschikking. Hetzelfde zal gelden mogelijk als er sprake is van een ontbinding en een ontslag op staande voet na de mondelinge behandeling. In de situatie van een ontbinding na een ontslag op staande voet, moet worden aangenomen dat een eventueel vastgestelde vergoeding meteen verschuldigd en opeisbaar is, onder de ontbindende voorwaarde dat later wordt bepaald dat het beroep op de nietigheid van het ontslag ten onrechte is gedaan. Aangenomen moet worden dat vanwege het beroep op de nietigheid het voortduren van de arbeidsovereenkomst en de rechtsgevolgen daarvan – voorlopig – voorrang hebben op de voorlopigheid van de ontbindingsbeschikking. Als het beroep op de nietigheid (nog) niet is gedaan of niet kan worden gedaan, bijvoorbeeld omdat de vraag uitsluitend is of er een arbeidsovereenkomst bestaat of niet, zal die – voorlopige – voorrang er niet zijn.