

JAR 2015/301 Kantonrechter Rechtbank Amsterdam, 03-11-2015, 4430825 EA VERZ
15-939, ECLI:NL:RBAMS:2015:8025

**Ontslag op staande voet rechtsgeldig, Voorwaardelijk ontbindingsverzoek
afgewezen wegens gebrek aan belang, Mogelijkheid tot herstel
arbeidsovereenkomst**

Publicatie	JAR 2015 afl. 17
Publicatiedatum	15 december 2015
College	Kantonrechter Rechtbank Amsterdam
Uitspraakdatum	03 november 2015
Rolnummer	4430825 EA VERZ 15-939 LJN ECLI:NL:RBAMS:2015:8025
Rechter(s)	mr. Van Berkum
Partijen	De werknemster te (...), verzoekster, gemachtigde: mr. L. van Dijk, tegen de stichting Stichting Evean Zorg te Purmerend, verweester, gemachtigde: mr. H.J. van der Hauw.
Noot	mr. R.L. van Heusden
Trefwoorden	Ontslag op staande voet rechtsgeldig, Voorwaardelijk ontbindingsverzoek afgewezen wegens gebrek aan belang, Mogelijkheid tot herstel arbeidsovereenkomst,
Regelgeving	BW Boek 7 - 669 BW Boek 7 - 677 BW Boek 7 - 678 BW Boek 7 - 681

» **Samenvatting**

De werknemster is sinds 5 november 2002 in dienst van de werkgever, een zorgcentrum, als helpende niveau-2. Gedurende haar dienstverband is de werknemster vele malen aangesproken op haar veelvuldig te laat komen en op haar beroepshouding tegenover de bewoners van het zorgcentrum en haar collega's. Zij heeft diverse officiële waarschuwingen ontvangen en er zijn twee verbetertrajecten doorlopen. In juli 2015 is de werknemster weer een paar keer te laat gekomen en heeft zich een incident voorgedaan waarbij de werknemster niet adequaat heeft gehandeld ten opzichte van een patiënte die onwel was geworden. Daarop heeft de werkgever haar op 14 juli 2015 op staande voet ontslagen. De werknemster verzoekt vernietiging van het ontslag op staande voet. De werkgever verzoekt voorwaardelijke ontbinding.

De kantonrechter stelt vast dat de werknemster stelselmatig is aangesproken op haar gedrag met betrekking tot te laat komen en bejegening van collega's en patiënten. De werknemster heeft onvoldoende overtuigend betwist dat zij ook in juli 2015 twee keer te laat is gekomen en ook het incident met de patiënte staat vast. Op grond van deze gebeurtenissen kan – mede gelet op het gehele verloop van de arbeidsrelatie – van de werkgever redelijkerwijs niet meer gevergd worden het dienstverband nog langer te laten voortduren. Het verzoek van de werknemster wordt dus afgewezen. In reconventie overweegt de kantonrechter dat de werkgever onvoldoende belang heeft bij zijn voorwaardelijk ontbindingsverzoek. Weliswaar kan de rechter in hoger beroep besluiten tot herstel van de arbeidsovereenkomst, maar als herstel naar het oordeel van de rechter niet in de rede ligt, kan hij ook (ambtshalve) besluiten om niet tot veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst over te gaan. In dat geval kan hij aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen. Als de rechter in hoger beroep wel tot veroordeling tot herstel wil overgaan, zou hij dit ook kunnen doen in het geval de arbeidsovereenkomst eerder is ontbonden en kan hij voor de periode voorafgaand aan de ontbinding een billijke vergoeding toekennen. Gelet hierop heeft de werkgever op dit moment onvoldoende belang bij de gevraagde ontbinding.

NB. In «JAR» 2015/284 oordeelde een andere Amsterdamse kantonrechter dat, als een ontslag op staande voet in stand blijft, er toch voorwaardelijk kan worden ontbonden. Volgens die kantonrechter kan, nu onder de Wwz hoger beroep tegen een ontbinding mogelijk is, niet geheel worden uitgesloten dat een werkgever belang heeft bij een voorwaardelijke ontbinding. In de hier opgenomen zaak klinkt dus een ander geluid. Zie voor voorwaardelijke ontbinding na een vernietigd ontslag «JAR» 2015/217 en «JAR» 2015/268.

» **Uitspraak**
Verloop van de procedure

(...; red.)

Gronden van de beslissing
Uitgangspunten

I. Uitgegaan wordt van het volgende.

1.1. De werknemster, geboren op (...), is sinds 5 november 2002 in dienst van Evean en is werkzaam in de functie van helpende niveau-2. Het bruto salaris bedraagt € 1810,70 per maand, verhoogd met een ORT-toeslag van € 62,49 op basis van een werkweek van 28 uur.

1.2. De werknemster werkt als niet gediplomeerde verzorgende in een verpleeghuis voor dementerenden, genaamd (...).

1.3. Gedurende haar dienstverband is de werknemster vele malen aangesproken op haar gedrag, te weten op het regelmatig niet op tijd komen en op haar beroepshouding tegenover de bewoners en haar collega's. Zo heeft zij in 2004 en 2005 een officiële waarschuwing gekregen en is in 2006 het te laat komen besproken tijdens haar functioneringsgesprek. In 2010 is een functioneringstraject gestart omdat de werknemster regelmatig een uur te laat op haar werk kwam. In 2011 is de werknemster vanwege te laat komen meer dan een week geschorst geweest. In 2012 en in 2013 heeft een incident plaatsgevonden tussen de werknemster en haar collega('s), waarop zij tevens bij brief door Evean is aangesproken.

1.4. Op 27 september 2013 is de werknemster ziek uitgevallen vanwege een depressie. Vanaf januari 2014 is de werknemster gaan re-integreren en in augustus 2014 is zij 50% beter gemeld.

1.5. Op 2 december 2014 is Evean met de werknemster opnieuw een verbetertraject gestart onder andere ten aanzien van het te laat komen. Gedurende dit traject is de werknemster volledig arbeidsgeschikt geraakt en beter gemeld. Het traject is op 2 juni 2015 beëindigd en daarbij is schriftelijk vastgelegd:

"(...) De eindconclusie van uw verbetertraject is dat er op de genoemde ontwikkelpunten t.a.v. aanwezigheid, samenwerking, bejegening en houding een verbetering is te zien in uw functioneren. U heeft laten zien dat u in staat bent om te voldoen aan de verwachtingen en eisen die gesteld worden aan uw functioneren conform uw functieprofiel. Daarbij is er voldoende vertrouwen dat u in staat bent deze verbeteringen structureel te handhaven waardoor er geen reden is om dit verbetertraject verder voort te zetten of te verlengen. (...)

Daarbij verwachten wij van u dat u de positieve veranderingen ten aanzien van uw functioneren structureel zult voortzetten, ook nu het verbetertraject is afgerond. Aangezien dit de tweede keer is dat er een verbetertraject met u heeft plaatsgevonden en u heeft laten zien dat u in staat bent te voldoen aan de gestelde verwachtingen en functie-eisen gaan wij ervan uit dat er geen incidenten meer zullen plaatsvinden. Mocht er desondanks sprake zijn van een terugval in functioneren of in het geval er klachten zijn die betrekking hebben op genoemde verbeterpunten uit dit traject wordt niet opnieuw een verbetertraject met u gestart. In dat geval ontvangt u direct een officiële waarschuwing die bij herhaling zal leiden tot (arbeidsrechtelijke) sancties. (...)"

1.6. Op 1 en op 7 juli 2015 is de werknemster te laat op haar werk verschenen. Zij is daarop op beide dagen door haar leidinggevende aangesproken. De leidinggevende heeft op 7 juli 2015 de werknemster medegedeeld dat het gevolg hiervan is dat zij een officiële waarschuwing krijgt. In het gespreksverslag van die dag van de leidinggevende is onder meer vermeld:

"(...) Met de werknemster afgesproken dat zij zich bij aanvang van haar dienst bij mij meldt zodat vastgesteld kan worden dat ze op tijd is. Verder klachten vanuit andere medewerker besproken over haar ontoelaatbare uitspraken, de werknemster geeft zelf aan dat zij die dingen niet gezegd heeft, maar even later geeft zij veel items aan waaruit blijkt dat zij het moeilijk vindt om feedback van naaste collega's te accepteren. (...) Tevens ook besproken dat ik uit eigen bevinden vind dat zij geen rekening houdt met de doelgroep bewoners op de woonunit, zo heeft zij in mijn bijzijn ontzettend veel onrust veroorzaakt omdat ze wat zocht in de vriezer, op dat moment was het onmogelijk haar in te laten zien hoe zij de bewoners benadeelde, en gaf mij een reactie dat onrust goed was, want beweging was goed voor de mensen. (...)"

1.7. Bij brief van 8 juli 2015 is aan de werknemster een laatste officiële waarschuwing gegeven, waarbij is vermeld dat indien zij zich opnieuw niet aan de afspraken houdt die voortvloeien uit haar arbeidsovereenkomst en zij wederom te laat is om de bedongen arbeid te verrichten, zij met onmiddellijke ingang zal worden ontslagen.

1.8. Op 10 juli 2015 heeft een gesprek tussen de leidinggevende en de werknemster plaatsgevonden, waarvan de leidinggevende een verslag heeft gemaakt, waarin onder meer is vermeld:

"(...) Vandaag was de werknemster wederom te laat (...).

De werknemster (...) vertelde dat ze ook niet snapt van zichzelf waarom het niet lukt om op tijd te komen, zelfs al kost het haar baan (Letterlijke woorden van de werknemster). De werknemster geeft aan dat ze het erg dom vindt van haarzelf dat ze zo aan baanzekerheid riskeert terwijl ze financieel afhankelijk is van haar baan ivm WSNP.

(...) Verteld dat zij rekening moet houden met een eventueel ontslag op staande voet."

1.9. Vervolgens is de werknemster naar aanleiding van een incident later op die dag op non-actief gesteld. Dit is bij brief van 10 juli 2015 aan de werknemster bevestigd. Hierin is onder meer vermeld:

"(...) Op 10 juli jl. komt u wederom te laat op uw werk. (...) Voorts werd ik op 10 juli jl. Door collega's van u direct na uw dienst geconfronteerd met een verontrustende gebeurtenis die had plaatsgevonden waarbij sprake was van onprofessioneel en onzorgvuldig handelen van uw kant waardoor gezondheidsrisico is ontstaan voor een cliënt.

Tijdens het wegpakken van de boodschappen is een cliënt in uw bijzijn onwel geworden en op de grond gevallen. U bekommert zich niet om de cliënt, maar schreeuwt naar collega's dat er 'eentje' op de grond ligt waarna u zonder omkijken naar de gevallen cliënt verder gaat met de boodschappen. Hoewel uw prioriteit als zorgverlener te allen tijde bij de cliënt behoort te liggen, zeker in een benarde situatie als deze waarin sprake is van nog onbekend letsel en gezondheidsrisico, gaat u onverstoord verder met het opruimen van de boodschappen.

Ik ben geschokt door dit verhaal en uw optreden in deze situatie. (...) Ik stel u daarom tot uw volgende dienst op 14 juli a.s. op non-actief. (...)"

1.10. Op 14 juli 2015 is de werknemster op staande voet ontslagen.

1.11. Bij brief van 15 juli 2015 heeft de werknemster de nietigheid van het ontslag ingeroepen en gemeld dat zij zich beschikbaar houdt om werkzaamheden te verrichten.

Verzoek, voorlopige voorziening en voorwaardelijk tegenverzoek

2. De werknemster verzoekt, na vermeerdere van haar verzoek, vernietiging van het op 14 juli 2015 gegeven ontslag op staande voet, met bevel aan Eveen om de werknemster met onmiddellijke ingang weer tot haar werk toe te laten op straffe van een dwangsom, alsmede doorbetaling van haar salaris vanaf 14 juli 2015, vermeerderd met de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 Burgerlijk Wetboek ("BW") van 50%, met veroordeling van Eveen in de kosten van de procedure. Bij voorlopige voorziening verzoekt zij verder reeds doorbetaling van haar salaris vanaf 14 juli 2015 toe te wijzen. Subsidiair verzoekt de werknemster aan haar een billijke en de transitievergoeding toe te kennen, alsmede Eveen te veroordelen tot loondoorbetaling vanaf 14 juli 2015 tot en met de dag dat de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging had behoren voort te duren.

3. Aan dit verzoek legt de werknemster ten grondslag dat er geen sprake is van een dringende reden voor het ontslag.

4. Eveen verweert zich tegen het verzoek.

5. Voor het geval het ontslag op staande voet vernietigd wordt, dan wel de arbeidsovereenkomst in hoger beroep wordt hersteld, verzoekt Eveen de arbeidsovereenkomst te ontbinden, met veroordeling van de werknemster in de kosten van de procedure.

6. Op de stellingen van partijen wordt hieronder voor zover van belang nader ingegaan.

Beoordeling

Verzoeken de werknemster

7. Het gaat in deze zaak in de kern om de vraag of het gegeven ontslag op staande voet moet worden vernietigd. Eveen heeft over de arbeidsrelatie met de werknemster een uitgebreid dossier opgebouwd en in deze procedure overgelegd. Hieruit volgt dat vrijwel vanaf aanvang van het dienstverband de werknemster stelselmatig is aangesproken op haar gedrag met betrekking tot te laat komen en bejegening van collega's en patiënten. In de afgelopen vijf jaar is twee keer een zogenaamd verbetertraject opgestart en afgerond, waarbij de werknemster steeds weer is gewaarschuwd voor de consequenties die verbonden kunnen worden aan haar gedrag. Uiteindelijk is de werknemster een maand na het afronden van het tweede traject opnieuw te laat gekomen en heeft zij, nadat zij een week later weer te laat kwam, een officiële laatste waarschuwing gekregen. Eveen stelt dat de werknemster vervolgens op 10 juli 2015 opnieuw te laat is gekomen en dat later die dag een incident heeft plaatsgevonden, zoals verwoord in de brief van 10 juli 2015 (zie 1.8), op grond waarvan van haar redelijkerwijs niet langer kan worden gevergd om de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

8. De werknemster betwist dat zij op 10 juli 2015 te laat is gekomen. Ter zitting heeft zij daarover echter weinig consequent verklaard. In eerste instantie verklaarde zij dat ze zeker wist dat ze die dag op tijd was omdat zij, aangekomen in de huiskamer, tegen haar collega's had gezegd: "Ik ben op tijd". Het was toen volgens de werknemster ongeveer drie minuten voor acht. De werknemster verklaarde daarna koffie te hebben gedronken met haar collega's in de huiskamer. De werknemster verklaarde zich niet te kunnen herinneren dat er was afgesproken dat zij zich bij aanvang van haar dienst moest melden bij haar leidinggevende. Toen zij al in de huiskamer was, heeft de leidinggevende haar laten roepen en is zij vervolgens naar de kamer van de leidinggevende gegaan. De leidinggevende, die ook ter zitting aanwezig was, heeft echter verklaard dat zij de werknemster uit de lift zag stappen en dat zij, voordat de werknemster in de huiskamer kwam, haar bij zich op haar kamer heeft geroepen. Zij heeft toen vastgesteld dat de werknemster ongeveer 8 minuten te laat was en heeft toen met de werknemster besproken hetgeen zij heeft vastgelegd in het overgelegde gespreksverslag (zie 1.8). De werknemster heeft hierop verklaard dat zij het weer wist en dat zij inderdaad vanuit de lift direct naar de kamer van de leidinggevende is gegaan en dus niet naar de huiskamer, maar dat zij niet te laat was. Verder heeft de werknemster ter zitting verklaard dat zij inderdaad veel moeite heeft om op tijd te komen en dat ze ook voor deze zitting bijna te laat was.

9. Tegenover de consistente verklaring van de leidinggevende ter zitting en het gedetailleerde gespreksverslag, heeft de werknemster onvoldoende overtuigend betwist dat zij op 10 juli 2015 te laat was, zodat hiervan uit wordt gegaan. Ook ten aanzien van het door Eveen gestelde incident, heeft de werknemster onvoldoende tegengeworpen om te kunnen concluderen dat hiervan haar geen verwijt kan worden gemaakt. Onbetwist is immers gebleven dat zij heeft gezegd dat er "eentje" op de grond ligt en dat zij (uiteindelijk) verder is gegaan met de boodschappen opruimen in plaats van de patiënt heeft bijgestaan. Deze twee gebeurtenissen op een dag, maken dat – gelet op het gehele verloop van de arbeidsrelatie – van Eveen redelijkerwijs niet meer gevergd kon worden het dienstverband nog langer te laten voortduren. Alle kansen en verbetertrajecten waren inmiddels gevolgd en de werknemster was

voldoende gewaarschuwd voor de consequenties.

10. De door de werknemster aangevoerde persoonlijke omstandigheden maken het voorgaande niet anders. Daarbij is mede in aanmerking genomen dat de werknemster heeft verklaard dat de omstandigheid dat zij op staande voet is ontslagen bekend was bij toelating tot de wettelijke schuldsaneringsregeling. Het verzoek tot vernietiging van het ontslag, maar ook het subsidiaire verzoek en de gevorderde voorlopige voorziening zullen daarom worden afgewezen.

Voorwaardelijk tegenverzoek Eveen

11. De eerste voorwaarde waaronder het verzoek is ingesteld, is niet ingetreden. Het ontslag op staande voet is immers niet vernietigd, zodat de arbeidsovereenkomst op dit moment is geëindigd. De mogelijkheid bestaat echter dat in hoger beroep de arbeidsovereenkomst alsnog wordt hersteld, nu ingevolge de Wet werk en zekerheid per 1 juli 2015 hoger beroep tegen deze beschikking is opengesteld. De andere voorwaarde waaronder het verzoek is ingesteld, is daarmee ingetreden, zodat het verzoek wordt geacht te zijn ingesteld.

12. Vraag is echter of Eveen belang heeft bij haar verzoek. In de memorie van toelichting, Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 34-35, bij artikel 7:683 van het Burgerlijk Wetboek (BW), is vermeld dat "In het geval de werknemer enkel om herstel heeft verzocht of primair om herstel heeft verzocht en subsidiair om een vergoeding, maar herstel van de arbeidsovereenkomst naar het oordeel van de rechter niet in de rede ligt, kan de rechter (in het eerste geval: ambtshalve) besluiten niet tot veroordeling van herstel van de arbeidsovereenkomst over te gaan. In dat geval kan hij aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen. Gezien het tijdsverloop zal een rechter hier vermoedelijk vaak toe overgaan." Hieruit wordt afgeleid dat de wetgever heeft bedoeld om de rechter in hoger beroep met dit artikel de mogelijkheid en de middelen te geven om zo nodig ambtshalve, dus ook als hierom niet is verzocht, niet alleen te oordelen of het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet terecht is afgewezen, maar eveneens te oordelen over alle gevolgen die deze beslissing voor partijen met zich brengt en dus ervoor te kiezen om de arbeidsovereenkomst, hoewel het ontslag volgens deze rechter onterecht is gegeven, niet te herstellen. Indien de rechter in hoger beroep wel tot veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst wenst over te gaan, zal hij dit ook in het geval van een ontbindingsbeslissing kunnen doen en voor de periode vóór ontbinding een billijke vergoeding toekennen. Gelet hierop, heeft Eveen thans onvoldoende gesteld omtrent haar belang bij de door haar verzochte ontbinding. Haar verzoek wordt daarom afgewezen.

13. Nu zowel de verzoeken van de werknemster als het tegenverzoek worden afgewezen, zullen de proceskosten tussen partijen worden gecompenseerd.

Beslissing

De kantonrechter:

inzake het verzoek van de werknemster (4430825 EA VERZ 15-939):

I. wijst het verzoek af;

inzake de voorlopige voorziening (4431201 EA VERZ 15-940):

II. wijst het verzoek af;

inzake het verzoek van Eveen (4568331 EA VERZ 15-1143):

wijst het verzoek af;

inzake alle verzoeken:

IV. bepaalt dat partijen ieder de eigen proceskosten dragen;

V. wijst het meer of anders verzochte af.

» Noot

Is er onder de WWZ nog een toekomst weggelegd voor de 'voorwaardelijke' ontbinding? De meningen hierover zijn in de literatuur en rechtspraak verdeeld. Opvallend is dat zowel voor- als tegenstanders steun voor hun standpunt (menen te) vinden in het arrest *Nijman/X* (HR 21 oktober 1983, *NJ* 1984/296). In dit arrest heeft de Hoge Raad onder het oude recht de mogelijkheid van een voorwaardelijke ontbinding na een ontslag op staande voet ("oosv") aanvaard. De meest relevante overwegingen uit dit arrest laten zich als volgt samenvatten:

(i) er kan lange tijd onzekerheid bestaan over de vraag of het oosv stand houdt en hierin ligt een gerechtvaardigd belang van de werkgever bij een spoedige beslissing via een voorwaardelijke ontbindingsprocedure;

(ii) dat tegenstrijdige beslissingen kunnen ontstaan is niet bezwaarlijk omdat de aard van de betrokken procedures en het daarin van toepassing zijnde bewijsrecht verschillen.

Ad (i)

De WWZ heeft geen verandering gebracht in het feit dat lange tijd onzekerheid kan bestaan over de vraag of het oosv stand houdt. Wat wél is veranderd, is dat de werkgever niet langer op korte termijn zekerheid kan verkrijgen omtrent het eindigen van de arbeidsovereenkomst, aangezien tegen een

ontbindingsbeschikking hoger beroep openstaat. De vraag is of de Hoge Raad aan dit aspect van het op korte termijn verkrijgen van zekerheid doorslaggevende betekenis hecht. Verschillende kantonrechters zien op dit punt (kennelijk) geen probleem, waar zij zonder meer tot het oordeel komen dat de werkgever ook onder de WWZ een gerechtvaardigd belang heeft bij een voorwaardelijke ontbinding (zie bijv. Ktr. Rotterdam 16 oktober 2015, *PrG*, 2015/317, Ktr. Alkmaar 9 oktober 2015, *AR* 2015-1027, Ktr.'s-Hertogenbosch 22 september 2015, «JAR» 2015/268 en Ktr. Assen 15 september 2015, *RAR* 2016/10). Een ander aandachtspunt is dat de werkgever niet alleen in het hoger beroep tegen de ontbindingsbeschikking maar ook in het hoger beroep tegen de beschikking van de rechter ex artikel 7:681 BW door het hof ertoe veroordeeld kan worden om de arbeidsovereenkomst met de werknemer te herstellen (artikel 7:683 lid 3 BW). Bij herstel ontstaat een nieuwe arbeidsovereenkomst. De vraag rijst of deze nieuwe arbeidsovereenkomst in de procedure ex artikel 7:671b BW reeds op voorhand ontbonden kan worden. Indien dat niet mogelijk is, betekent dit dat ook via deze weg een voorwaardelijke ontbinding kan worden doorkruist. Indien dat wel mogelijk is, kan het hof er niettemin ook toe besluiten de werknemer een billijke vergoeding toe te kennen. In bovenstaande uitspraak komt de Kantonrechter Amsterdam op grond van deze met artikel 7:683 lid 3 BW samenhangende complicaties tot het oordeel dat de werkgever geen belang heeft bij een voorwaardelijke ontbinding, althans dienaangaande onvoldoende heeft gesteld. De vraag is echter of dat belang niet reeds daarin gevonden kan worden dat het hof rekening kan houden met een uitgesproken ontbinding ex artikel 7:671b BW.

Barentsen en Sagel zien in de mogelijkheden die artikel 7:683 lid 3 BW biedt een 'veiligheidsklep' waarmee aan de gerechtvaardigde belangen van de werkgever voldoende tegemoet gekomen kan worden en die de behoefte van de werkgever aan een voorwaardelijke ontbinding wegneemt (zie B. Barentsen en S. Sagel, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJB* 2015/1784). De veiligheidsklep bestaat er dan uit dat indien het oosv ongeldig geacht mocht worden, het hof in de omstandigheid dat er wel een andere gegronde reden voor de beëindiging bestond aanleiding kan vinden géén herstel van de dienstbetrekking uit te spreken en een lagere billijke vergoeding aan de werknemer toe te kennen. Ook Bouwens en Bij de Vaate lijken voorstander van deze insteek (zie W.H.A.C.M. Bouwens en D.M.A. Bij de Vaate, 'Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht', *ARBAC* april 2015). Als bezwaarpunt tegen deze opvatting kan worden opgemerkt dat over een belangrijke vraag, te weten of er naast het oosv wellicht een zelfstandige grondslag voor ontbinding bestaat, in retrospectief en eerst in appél wordt geoordeeld, en derhalve feitelijk in één instantie, in een procedure die op de behandeling van die vraag niet gericht is. De belangen van de werkgever worden naar ik meen beter gediend indien genoemde vraag reeds in eerste aanleg wordt beantwoord in de daartoe geëigende procedure ex artikel 7:671b BW.

Ad (ii)

Ook op dit punt lijkt de WWZ een wezenlijke verandering te hebben gebracht, nu zowel de procedure ex artikel 7:671b BW als de procedure ex artikel 7:681 BW wordt ingeleid met een verzoekschrift. Volgens de Kantonrechter Roermond is daarmee in beide procedures het reguliere bewijsrecht van toepassing en dient (mede) om deze reden de mogelijkheid van een voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ afgewezen te worden (zie Ktr. Roermond 7 december 2015, *ECLI:NL:RBLIM:2015:10158*). De regering heeft tijdens de parlementaire behandeling van de WWZ evenwel aangegeven dat de verzoekschriftprocedure ook onder de WWZ gericht is op het verkrijgen van een spoedige beslissing en dat om die reden het bewijsrecht in beginsel niet van toepassing is in ontbindingsprocedures. De regering noemde daarbij als voorbeeld van een bijzondere situatie waarin het bewijsrecht wél toepassing kan vinden de procedure ex 7:681 BW na een oosv (zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 38 en *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, E, p. 16). Kortom, wat het onderhavige onderwerp betreft is de situatie in de opvatting van de regering bewijsrechtelijk niet wezenlijk anders dan onder het oude recht het geval was (zie dienovereenkomstig Ktr. Zaanstad 26 augustus 2015, «JAR» 2015/236). Er bestaat echter veel kritiek op voornoemde opvatting (zie o.a. Frikkee in haar annotatie in *TRA* 2015/60). Indien toepassing van het reguliere bewijsrecht uitgangspunt wordt in de ontbindingsprocedure zou dit, afgaande op de overwegingen uit Nijman/X, een belangrijke 'sta-in-de-weg' kunnen zijn voor de voorwaardelijke ontbinding. Of het risico van tegenstrijdige oordelen onder de WWZ in de praktijk erg groot zal zijn, is echter de vraag. De betrokken procedures zullen immers veelal, bij wijze van tegenverzoek of na verwijzing en/of voeging, behandeld worden door dezelfde rechter.

Het zou voor de arbeidsrechtpraktijk zeer wenselijk zijn indien op korte termijn omtrent het bestaansrecht van de voorwaardelijke ontbinding duidelijkheid verschaft kan worden. Tot die tijd zal het advies aan werkgevers wat een oosv betreft nog krachtiger luiden dan voorheen: "bezingt eer ge begint". De werkgever die een oosv tóch aandurft, en die zijn risico wil beperken middels een voorwaardelijke ontbindingsprocedure, doet er daarbij goed aan uitvoerig te (trachten te) motiveren waarom hij meent bij zijn ontbindingsverzoek een gerechtvaardigd belang te hebben.

mr. R.L. van Heusden,