



uitspraak van de week



Auteur : mr. W.A.E. Meuris
Datum : 18 juli 2018
Onderwerp : Loondoorbetalingsverplichting voor werkgever indien in hoger beroep door het Hof wordt geoordeeld dat het ontslag op staande voet terecht was?
Rechtspraak : ECLI:NL:HR:2018:1209

Wat als een werknemer op staande voet is ontslagen, hij het ontslag aanvecht, de kantonrechter stelt de werkgever het loon moet doorbetalen omdat het ontslag nietig is en vervolgens de werkgever in hoger beroep gaat? En als het Hof in hoger beroep de werkgever gelijk geeft en concludeert dat de werkgever de man terecht op staande voet heeft ontslagen? Is er dan toch nog op basis van de eerdere uitspraak van de kantonrechter een loondoorbetalingsverplichting voor werkgever voor de periode tussen ontslag en einddatum van de arbeidsovereenkomst? En komt bij vernietigbaar ontslag het niet toelaten tot arbeid dan voor risico van de werkgever? De Hoge Raad legt haarfijn uit hoe dit juridisch in elkaar zit.

Het wettelijk stelsel bij een rechtsgeldig gegeven ontslag op staande voet na beoordeling in twee instanties

Indien een werkgever een werknemer op staande voet ontslaat, de werknemer bij de rechter vernietiging van dit ontslag verzoekt en in hoger beroep wordt geoordeeld dat het ontslag rechtsgeldig is, zijn er twee mogelijkheden:

- a. de rechter in eerste aanleg wijst het verzoek van de werknemer af en de rechter in hoger beroep oordeelt dat het verzoek terecht is afgewezen;
- b. de rechter in eerste aanleg wijst het verzoek van de werknemer toe en de rechter in hoger beroep oordeelt dat het verzoek ten onrechte is toegewezen.

Deze twee gevallen zullen hierna worden aangeduid als situatie (a) en situatie (b).

In situatie (a) is de arbeidsovereenkomst geëindigd op het moment waarop het ontslag is gegeven. Voor situatie (b) bepaalt art. 7:683 lid 6 BW dat de rechter in hoger beroep bepaalt op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst eindigt. De parlementaire geschiedenis vermeldt met betrekking tot deze bepaling:

“Het vijfde en zesde lid regelen de (...) situatie waarin in hoger beroep of cassatie wordt geoordeeld dat de arbeidsovereenkomst ten onrechte heeft voortgeduurd. (...). 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. (...)” (Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 120)

Uit deze toelichting blijkt dat in situatie (b) de arbeidsovereenkomst naar de bedoeling van de wetgever in stand blijft tot een door de rechter in hoger beroep te bepalen tijdstip en dat dit tijdstip niet voor de datum van diens uitspraak mag zijn gelegen.



Uit het door de wetgever gekozen stelsel vloeit voort dat in situatie (b) – de situatie die zich voordoet in het onderhavige geval – de werknemer in beginsel recht behoudt op loon tot het door de rechter in hoger beroep bepaalde moment waarop de arbeidsovereenkomst eindigt. De arbeidsovereenkomst, en daarmee de tot loonbetaling strekkende verbintenis, blijft immers tot dat moment in stand. In situatie (a) heeft de werknemer daarentegen geen recht op loon over de hiermee corresponderende periode, nu de arbeidsovereenkomst is geëindigd met ingang van de datum van het ontslag op staande voet.

Stelsel van het oude recht

Onder het recht dat gold vóór de op 1 juli 2015 ingevoerde Wet werk en zekerheid (Stb. 2014, 216; hierna: Wwz) waren de rechtsgevolgen van de situaties (a) en (b) gelijk. De rechter in hoger beroep, die in afwijking van de rechter in eerste aanleg tot het oordeel kwam dat de werkgever rechtsgeldig ontslag op staande voet had gegeven, kon de beschikking van de rechter in eerste aanleg vernietigen. Dit had, door de terugwerkende kracht van de vernietiging, tot gevolg dat alsnog vaststond dat de arbeidsovereenkomst als gevolg van het ontslag op staande voet op de ontslagdatum was geëindigd, waarmee de rechtsgrond kwam te ontvallen aan eventuele daarna verrichte loonbetalingen.

Kritiek op het nieuwe stelsel in situatie (b)

Het verschil in rechtsgevolgen dat onder de Wwz bestaat tussen de situaties (a) en (b), is vanuit de systematiek van die wet verklaarbaar. In materieel opzicht bestaan tussen beide situaties echter geen relevante verschillen. Het is bovendien moeilijk te rechtvaardigen dat nadat door een definitief rechterlijk oordeel is komen vast te staan dat van een werkgever redelijkerwijs niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren” (art. 7:678 lid 1 BW) en hij om die reden indertijd de arbeidsovereenkomst “onverwijld” mocht opzeggen (art. 7:677 lid 1 BW), deze werkgever desondanks nog 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. In de literatuur is meermalen gewezen op het onbevredigende van dit resultaat (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.4.1).

Bij het vorenstaande kan worden aangetekend 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, en kan de beslissing in eerste aanleg in het voordeel van de werknemer zijn uitgevallen in verband met bewijsproblemen (zoals in het onderhavige geval), met fouten in de procesvoering die in hoger beroep zijn hersteld, met een misslag van de eerste rechter of met een andere oorzaak die geen verband houdt met waardering van de feiten. Zeker in dit soort gevallen is een verplichting tot doorbetaling van loon moeilijk te rechtvaardigen.

In dit verband kan voorts worden gewezen op een zekere onevenwichtigheid die in het wettelijk stelsel besloten ligt. Indien de rechter in hoger beroep oordeelt dat het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet in eerste aanleg ten onrechte is afgewezen, kan hij de arbeidsovereenkomst – en daarmee de loonaanspraak van de werknemer – met terugwerkende kracht herstellen (art. 7:683 lid 3 BW). Indien de rechter in hoger beroep oordeelt dat het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet in eerste aanleg ten onrechte is toegewezen, kan hij echter niet de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht beëindigen (zie hiervoor in 3.5.2). Als in de laatste situatie loon moet worden doorbetaald, loopt de werkgever een voor de loonbetaling



doorslaggevend procesrisico dat de werknemer in de spiegelbeeldige situatie niet loopt en waarvoor geen behoorlijke rechtvaardiging lijkt te bestaan.

Heeft de wetgever doorbetaling van loon in situatie (b) beoogd?

Betwijfeld kan worden of de wetgever het uit art. 7:683 lid 6 BW voortvloeiende gevolg van doorbetaling van loon bij een rechtsgeldig ontslag op staande voet in situatie (b) heeft beoogd of bewust heeft aanvaard als een onvermijdelijke consequentie van het gekozen stelsel.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt niet dat de wetgever dit aspect onder ogen heeft gezien. De voor 1 juli 2015 geldende regeling van ontslag op staande voet is nagenoeg ongewijzigd overgenomen in de nieuwe wet en de parlementaire geschiedenis van de Wwz bevat geen aanwijzingen dat bij de invulling of toepassing van de vereisten voor en de gevolgen van een ontslag op staande voet materiële wijzigingen zijn beoogd ten opzichte van het voordien geldende arbeidsrecht.

Bij het bovenstaande verdient opmerking dat art. 7:683 BW betrekking heeft op alle procedures betreffende beëindiging van een arbeidsovereenkomst, ongeacht de gronden voor de beëindiging. Dit vloeit voort uit de wens van de wetgever om de procedures tot beëindiging van een arbeidsovereenkomst op zoveel mogelijk uniforme wijze te regelen. Dat kan verklaren waarom het gevolg van loondoorbetaling voor het specifieke geval van een ontslag op staande voet in situatie (b) niet expliciet onder ogen is gezien bij de totstandkoming van de Wwz.

Kan art. 7:627 BW in verbinding met art. 7:628 lid 1 BW worden toegepast in situatie (b)?

Volgens art. 7:627 BW is geen loon verschuldigd voor de tijd gedurende welke de werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht. Art. 7:628 lid 1 BW bepaalt echter dat de werknemer het recht op het naar tijdruimte vastgestelde loon behoudt, indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen. In deze zaak is de vraag aan de orde of op grond van laatstgenoemde bepaling in situatie (b) de vordering tot loondoorbetaling van de werknemer kan worden afgewezen voor de periode na de ontslagdatum.

In HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3057, NJ 2007/332 (Van der Gulik/Vissers) is geoordeeld dat een schorsing of een op non-actiefstelling een oorzaak is die in redelijkheid voor rekening van de werkgever dient te komen, ook indien de werknemer aanleiding heeft gegeven tot de maatregel: "3.5 Ingevolge art. 7:628 lid 1 behoudt de werknemer het recht op het naar tijdruimte vastgestelde loon indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen. Een schorsing of een op non-actiefstelling ligt in de risicosfeer van de werkgever en is 'een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen' in de zin van lid 1, zodat de werkgever ook tijdens een schorsing of een op non-actiefstelling verplicht is tot doorbetaling van loon. Dat is ook het geval indien de werkgever gegronde redenen had om de werknemer te schorsen of op non-actief te stellen en de schorsing of op non-actiefstelling aan de werknemer zelf is te wijten. De werkgever kan zich immers, zolang de arbeidsovereenkomst bestaat, niet eenzijdig aan de verplichting tot loonbetaling onttrekken, ook niet ingeval het gedrag van de werknemer grond voor schorsing of op non-actiefstelling oplevert. Een (tijdelijke) inbreuk op deze grond op het recht van de werknemer op loon, en derhalve een schorsing of op non-actiefstelling met inhouding van loon, is alleen mogelijk, indien naar luid van het in dit geding toepasselijke lid 5 (oud) van art. 7:628 van dit artikel is afgewezen bij schriftelijke overeenkomst of bij reglement. Nu de stukken van het geding geen andere gevolgtrekking toelaten



dan dat van zulk een afwijking geen sprake is, is de Rechtbank derhalve (...) uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting.

Voor zover bij de behandeling van de wetsvoorstellen 24349 ('Wulbz') en 26257 ('Repa-flexwet') – overigens in ander verband – gedane uitlatingen van bewindslieden (...) in een andere richting wijzen, vormen deze geen reden om tot een ander dan het evenvermelde, met de heersende rechtsopvatting omtrent de doorbetaling van loon in geval van schorsing van een werknemer strokende, oordeel te komen."

De vraag is of de in het arrest Van der Gulik/Vissers gebezigde argumenten eraan in de weg staan dat art. 7:628 lid 1 BW wordt toegepast in situatie (b).

Voor de betekenis van het arrest Van der Gulik/Vissers is van belang dat een schorsing en een op non-actiefstelling eenzijdig door de werkgever opgelegde maatregelen zijn die weliswaar (kunnen) berusten op (vermeend) verwijtbaar gedrag van de werknemer, maar waaraan de wet geen gevolgen verbindt voor het recht op loon. Uit het arrest Van der Gulik/Vissers volgt dat een zodanig gevolg wel mogelijk is indien daarvoor een wettelijke grondslag bestaat (in het arrest: indien op grond van de daartoe in art. 7:628 lid 5 (oud) BW geopende mogelijkheid bij schriftelijke overeenkomst of bij reglement van art. 7:628 lid 1 (oud) BW was afgeweken).

Bij een ontslag op staande voet is sprake van een andere situatie dan waarop het arrest Van der Gulik/Vissers ziet. Anders dan bij een schorsing of een op non-actiefstelling, verbindt de wet als uitgangspunt aan een geldig ontslag op staande voet het gevolg dat de arbeidsovereenkomst onmiddellijk eindigt, waarmee ook het recht op loon vervalt. De strenge eisen die voor een ontslag op staande voet gelden, maken het voor de werknemer aanstonds duidelijk wat zijn positie is en waartegen hij desgewenst kan opkomen. Van een situatie die voor de toepassing van art. 7:628 lid 1 BW op één lijn moet worden gesteld met die van het arrest Van der Gulik/Vissers, is daarom geen sprake.

Mede gelet op hetgeen hiervoor in 3.5-3.8 is overwogen, volgt uit het voorgaande dat de in het arrest Van der Gulik/Vissers genoemde argumenten niet eraan in de weg staan dat de rechter de art. 7:627 en 7:628 lid 1 BW in situatie (b) ten grondslag legt aan het oordeel dat een op staande voet ontslagen en vervolgens niet tot het werk toegelaten werknemer geen recht op loon toekomt.

Wijze van toepassing van de art. 7:627 BW en 7:628 lid 1 BW in situatie (b)

De hiervoor weergegeven maatstaf van art. 7:628 lid 1 BW leidt tot een beoordeling aan de hand van de omstandigheden van het geval. De gevallen waarin situatie (b) aan de orde is, vertonen echter gemeenschappelijke kenmerken die het mogelijk maken om daarvoor uitgangspunten te formuleren.

In situatie (b) kunnen twee periodes worden onderscheiden: de periode tussen het ontslag op staande voet en de beslissing van de rechter in eerste aanleg waarbij de opzegging wordt vernietigd (hierna: periode 1) en de periode tussen de beslissing van de rechter in eerste aanleg en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep (hierna: periode 2). Hieronder zal worden uiteengezet hoe art. 7:628 lid 1 BW in deze periodes kan worden toegepast. Daarbij wordt verondersteld dat de werknemer zich tot het verrichten van arbeid bereid heeft verklaard, maar niet tot het werk is toegelaten, ook niet na de beslissing in eerste aanleg.

Periode 1

In deze periode is het ontslag op staande voet verleend (naar in hoger beroep is geoordeeld: rechtsgeldig) en is er nog geen rechterlijk oordeel waaruit volgt dat de werkgever de werknemer



weer tot het werk moet toelaten. Uitgangspunt is dan dat de oorzaak van het niet verrichten van werk in redelijkheid niet voor rekening van de werkgever dient te komen. Dit is in overeenstemming met de tekst en strekking van art. 7:677 lid 1 BW in verbinding met art. 7:678 lid 1 BW (de vereisten voor een geldig ontslag op staande voet). Daaruit volgt immers dat gedragingen of eigenschappen van de werknemer meebrengen dat vanaf de ontslagdatum voortzetting (hoe kort ook) van de arbeidsovereenkomst in redelijkheid niet van de werkgever kon worden gevergd.

Periode 2

Voor deze periode geldt ten opzichte van periode 1 de bijzonderheid dat de werkgever op grond van het oordeel van de rechter in eerste aanleg verplicht was de werknemer tot het werk toe te laten. Op zichzelf verandert dit feit niets aan de uiteindelijke uitkomst van de procedure, die inhoudt dat de werkgever goede grond had om de werknemer met onmiddellijke ingang de toegang tot het werk te ontzeggen. Het voor risico van de werkgever laten komen van de uitspraak van de rechter in eerste aanleg, zou ten voordele strekken van de uiteindelijk in het ongelijk gestelde werknemer. Tegen de achtergrond van de maatstaf van art. 7:678 lid 1 BW voor het ontslag op staande voet, valt niet zonder meer in te zien waarom dit in diens verhouding tot de werkgever redelijk zou zijn. Daarom kan ook voor periode 2 hetzelfde uitgangspunt worden gehanteerd als voor periode 1.

De maatstaf van art. 7:628 lid 1 BW biedt echter in voorkomend geval ruimte voor het oordeel dat de rechterlijke uitspraak in eerste aanleg in de gegeven omstandigheden – waartoe onder meer kunnen behoren de ontslaggrond en de reden waarom de werkgever in eerste aanleg in het ongelijk is gesteld – geheel of gedeeltelijk (wel) voor risico van de werkgever komt.

Periode 1 en periode 2

Ook overigens geeft de maatstaf van art. 7:628 lid 1 BW de rechter ruimte om op grond van de omstandigheden van het geval in situatie (b) af te wijken van het hiervoor gegeven uitgangspunt, bijvoorbeeld indien aan de werknemer van zijn gedrag geen of slechts een gering verwijt kan worden gemaakt. Nu het wettelijk stelsel meebrengt dat in situatie (b) na het (rechtsgeldige) ontslag op staande voet de arbeidsovereenkomst, en daarmee in beginsel ook de verplichting tot loonbetaling, doorloopt tot de door het hof bepaalde datum (zie hiervoor in 3.5.2-3.5.3), ligt het op de weg van de werkgever om in hoger beroep de toepassing in te roepen van art. 7:627 BW ('geen arbeid, geen loon'). Vervolgens rust op de werknemer de stelplicht met betrekking tot omstandigheden die meebrengen dat de oorzaak van het niet verrichten van de arbeid – ondanks het rechtsgeldig gebleken ontslag op staande voet – in redelijkheid voor rekening van de werkgever dient te komen als bedoeld in art. 7:628 lid 1 BW.

Alternatief: loonmatiging

Opmerking verdient nog dat in situatie (b), afgezien van de mogelijkheid om de art. 7:627 en 7:628 lid 1 BW toe te passen, ook de mogelijkheid bestaat om, vanwege de omstandigheid dat het ontslag op staande voet rechtsgeldig is geoordeeld, het in beginsel verschuldigde loon te matigen met overeenkomstige toepassing van art. 7:680a BW, dan wel de werknemer diens aanspraak op loonbetaling met toepassing van art. 6:248 lid 2 BW geheel of gedeeltelijk te ontzeggen (uiteraard mits aan de voorwaarden voor toepassing van die bepalingen is voldaan).

De klachten in cassatie

Onderdeel 1a klaagt dat het hof heeft miskend dat het niet tot zijn werk toelaten van de werknemer in situatie (b) een oorzaak is die voor rekening van de werkgever behoort te komen als bedoeld in



uitspraak van de week
art. 7:628 lid 1 BW.

Volgens onderdeel 1b is de beslissing van het hof in strijd met het wettelijk stelsel van het ontslagrecht, in het bijzonder met art. 7:683 lid 6 BW. Deze klachten stuiten af op het voorgaande.

Ten overvloede wordt nog het volgende overwogen naar aanleiding van de klacht uit onderdeel 1b dat de benadering van het hof leidt tot een situatie die – wat betreft de verplichtingen van de werkgever – overeenkomt met een vernietiging van de beslissing van de kantonrechter, die de werkgever juist heeft willen uitsluiten.

Door een beslissing als die van het hof, waarin tot uitgangspunt wordt genomen dat de arbeidsovereenkomst voortduurt tot de datum die door het hof wordt bepaald, wordt het door de werkgever beoogde stelsel als zodanig niet aangetast. Binnen dat stelsel kan immers door toepassing van onder meer de art. 7:627 en 7:628 lid 1 BW worden bereikt dat het voortduren van de arbeidsovereenkomst in voorkomend geval niet tot een onredelijk resultaat leidt. Het enkele feit dat de werkgever een uniform stelsel voor alle wijzen van beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft beoogd, brengt niet mee dat ook de gevolgen daarvan moeten worden aanvaard die de werkgever daarbij kennelijk niet onder ogen heeft gezien.

Tegenover de door het onderdeel gestelde inbreuk op het wettelijk stelsel kan bovendien erop worden gewezen dat juist het voortbestaan van de arbeidsovereenkomst dat uit art. 7:683 lid 6 BW voortvloeit, in situatie (b) niet te rijmen valt met de wettelijke maatstaf voor een ontslag op staande voet. Die maatstaf komt immers erop neer dat vanaf het moment van het (rechtsgeldige) ontslag op staande voet van de werkgever redelijkerwijs geen enkele voortzetting – ook niet voor korte duur – van de arbeidsovereenkomst kan worden gevegd.