

JAR 2013/207 Ontbindingsverzoek werknemer na indienen ontslagaanvraag, Onregelmatige...

Wetsbepaling(en):

[BW Boek 3 Artikel 13](#), [BW Boek 7 Artikel 677](#)

Aflevering 2013 afl. 12
 College Rechtbank Noord-Nederland
 Datum 31 juli 2013
 Rolnummer 2098741\EJ VERZ 13-176
 Rechter(s) mr. Van den Noort
 Wopkiena Geessiena Patje te Groningen,
 verzoekster in conventie,
 verweerster in voorwaardelijke reconventie,
 gemachtigde: mr. B. van Dijk, advocaat te Groningen,
 Partijen tegen
 de besloten vennootschap Heijkoop en Partners BV te Groningen,
 verweerster in conventie,
 verzoekster in voorwaardelijke reconventie,
 gemachtigde: mr. S.M. van der Meer, advocaat te Amsterdam.

[Noot](#) *mr. dr. G.W. van der Voet*

Trefwoorden Ontbindingsverzoek werknemer na indienen ontslagaanvraag, Onregelmatige opzegging, Geen misbruik van bevoegdheid, Voorwaardelijke ontbinding

BW Boek 3 - 13
 BW Boek 7 - 670

Regelgeving BW Boek 7 - 677
 BW Boek 7 - 681
 BW Boek 7 - 685

**JAR 2013/207 Rechtbank Noord-Nederland,
 31-07-2013, 2098741\EJ VERZ 13-176, ECLI:NL:RBNNE:2013:4917
 Ontbindingsverzoek werknemer na indienen ontslagaanvraag,
 Onregelmatige opzegging, Geen misbruik van bevoegdheid,
 Voorwaardelijke ontbinding**

»Samenvatting

Op 30 mei 2013 heeft de werkgever aan UWV WERKbedrijf toestemming gevraagd voor opzegging van de arbeidsovereenkomst van de werknemster – in dienst sinds 1 december 2007, 58 jaar – in verband met bedrijfseconomische omstandigheden. De werknemster heeft de kantonrechter bij verzoekschrift van 17 juni 2013 verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden onder toekenning van een vergoeding met een C-factor van 1,5. UWV heeft op 20 juni 2013 aan de werkgever toestemming verleend om de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Op 26 juni 2013 heeft de werkgever zonder inachtneming van de opzegtermijn de arbeidsovereenkomst met de werknemster tegen 1 juli 2013 opgezegd. De werknemster heeft de vernietigbaarheid van de opzegging ingeroepen.

De kantonrechter overweegt dat, wat er ook zij van het feit dat het ontbindingsverzoek is ingediend voordat UWV toestemming aan de werkgever had verleend, als uitgangspunt de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever op 26 juni 2013 heeft te doen gelden. Weliswaar heeft de werkgever daarbij niet de wettelijke opzegtermijn in acht genomen, maar dit maakt de opzegging niet vernietigbaar op grond van het bepaalde in art. 7:677 lid 2 BW. Hoewel er op het moment van opzegging al een ontbindingsprocedure aanhangig was, kon de werkgever wel (al dan niet schadelijkt) opzeggen. De kantonrechter ziet geen aanleiding om die opzegging als misbruik van bevoegdheid aan te merken omdat bij toepassing van art. 3:13 BW terughoudendheid past. De conclusie is dan ook dat niet is gebleken dat er (nog) een arbeidsovereenkomst tussen partijen bestaat, hetgeen betekent dat de werkneemster in haar ontbindingsverzoek niet ontvankelijk moet worden verklaard. De vraag of sprake is van een vernietigbare opzegging dient niet in deze procedure maar in een nog te entameren dagvaardingsprocedure te worden beantwoord. Voor het geval dat daaruit mocht blijken dat de opzegging toch niet het einde van het dienstverband tot gevolg heeft, heeft de werkgever een voorwaardelijk ontbindingsverzoek ingediend. Uitgaande van die hypothese moet worden beoordeeld of sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden op grond waarvan beëindiging van het dienstverband tussen partijen in de rede ligt. Daarover heeft UWV reeds bevestigend geoordeeld. Het voorwaardelijk ontbindingsverzoek wordt daarom ingewilligd met een vergoeding op basis van correctiefactor 1.

NB. Uit HR, «JAR» 2010/17 (Van Hooff/Elektra) volgt dat een onregelmatige opzegging om ontbinding te voorkomen misbruik van bevoegdheid kan opleveren. Volgens Hof Amsterdam, «JAR» 2012/107, is dit het geval als is opgezegd om een ontbinding te blokkeren. Zie ook «JAR» 2013/206 in deze aflevering. Zie anders «JAR» 2009/206.

[beslissing/besluit](#)

»Uitspraak

Procesgang

(...; red.)

Overwegingen

1. De feiten

In conventie en in reconventie

1.1. De kantonrechter gaat uit van de volgende feiten.

1.2. Patje is geboren op 4 juni 1955 en is thans 58 jaar. Patje is krachtens arbeidsovereenkomst werkzaam geweest bij Heijkoop tegen een salaris van laatstelijk € 2.310,45 per maand exclusief vakantietoeslag en overige emolumenten.

1.3. Tussen Patje en de directeur van Heijkoop, de heer J. Heijkoop, heeft over een periode van 8 jaar een affectieve relatie bestaan. Deze relatie is begin maart 2013 geëindigd.

1.4. Omstreeks 27 mei 2013 heeft Patje zich bij Heijkoop ziek gemeld.

1.5. Door Heijkoop is op 30 mei 2013 aan het UWV Werkbedrijf toestemming gevraagd om de arbeidsovereenkomst met Patje op te zeggen. Heijkoop heeft verval van de functie van Patje in verband met bedrijfseconomische omstandigheden aan dit verzoek ten grondslag gelegd.

1.6. Patje is op 11 juni 2013 door de bedrijfsarts gezien. Volgens de bedrijfsarts berusten de klachten van Patje niet op ziekte. In de conclusie van de terugkoppeling van het spreekuur staat het volgende vermeld:

“Mevrouw Patje ervaart spanningen en klachten tengevolge van de werkrelatie die samenhangen met de privé situatie (werkgever en partner zijn/waren dezelfde persoon). Naar mijn oordeel zijn de door haar ervaren klachten een normale reactie op de situatie.”

1.7. Patje heeft op 13 juni 2013 verweer gevoerd tegen de ontslaaanvraag stellende dat er geen sprake is van verval van haar functie. De wens de arbeidsovereenkomst te beëindigen zou erin hebben gelegen dat de relatie tussen J. Heijkoop en Patje was geëindigd.

1.8. Het UWV Werkbedrijf heeft op 20 juni 2013 aan Heijkoop toestemming verleend om de arbeidsovereenkomst met Patje op te zeggen.

1.9. Op 26 juni 2013 heeft Heijkoop zonder inachtneming van de opzegtermijn de arbeidsovereenkomst met Patje tegen 1 juli

2012 opgezegd.

1.10. Patje is op 15 juli 2013 door de verzekeringsarts gezien. In zijn rapportage schrijft de verzekeringsarts:

“Cliënt (Patje, kantonrechter) is nu ten gevolge van ziekte niet geschikt te achten voor het eigen werk.”

2. Het standpunt van Patje

In conventie

Kort en goed heeft Patje het volgende aan haar verzoek ten grondslag gelegd. Patje vervulde de functie van algemeen medewerkster. Door Heijkoop is de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst onregelmatig opgezegd in verband met het niet in acht nemen van de wettelijke opzegtermijn van twee maanden en het feit dat Patje ten tijde van de opzegging ziek was. Patje heeft een beroep op de vernietigbaarheid van de opzegging gedaan. Dit betekent dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen niet per 1 juli 2013 is geëindigd en voortduurt. Patje is, gelet op de ontstane situatie, van mening dat zij niet in haar functie kan terugkeren. Dit wordt bevestigd door haar psycholoog. Zij verzoekt dan ook ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van gewichtige redenen bestaande uit een wijziging van omstandigheden. Patje is van mening dat zij aanspraak kan maken op een vergoeding conform de kantonrechtformule en correctiefactor 1,5.

In voorwaardelijke reconventie

Bedrijfseconomische omstandigheden komen voor rekening en risico van de werkgever. Bij toekenning van het verzoek tot ontbinding dient daarom een vergoeding aan Patje te worden betaald op basis van correctiefactor 1. Voor zover Heijkoop een beroep doet op het habe nichts verweer stelt Patje dat Heijkoop de zaken slechter voorstelt dan dat deze daadwerkelijk zijn. Het verzoek om Patje te veroordelen in de proceskosten dient te worden afgewezen.

3. Het standpunt van Heijkoop

In conventie

In essentie komt het standpunt van Heijkoop op het volgende neer. Patje is niet-ontvankelijk in haar verzoek. Patje was werkzaam als incassomedewerkster. De arbeidsovereenkomst is door Heijkoop tegen 1 juli 2013 opgezegd. Weliswaar is bij deze opzegging niet de wettelijke opzegtermijn in acht genomen, maar dit maakt niet dat de opzegging niet rechtsgeldig plaats heeft kunnen vinden. Heijkoop kan enkel schadeplichtig zijn in verband met deze wijze van opzeggen. Of Heijkoop ook daadwerkelijk schadeplichtig is, kan in deze procedure niet worden beoordeeld. Daarvoor dient Patje een vordering ex artikel 7:681 BW in te stellen. Heijkoop betwist dat Patje ten tijde van de opzegging arbeidsongeschikt was.

In voorwaardelijke reconventie

Voor zover in een later stadium mocht blijken dat het beroep van Patje op een opzegverbod stand houdt, verzoekt Heijkoop de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk te ontbinden op grond van bedrijfseconomische omstandigheden. Door het UWV Werkbedrijf is deze grond reeds aannemelijk gekwalificeerd. Daarnaast heeft Patje door het indienen van het verzoekschrift strekkende tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst uitdrukkelijk te kennen gegeven niet langer werkzaam te willen zijn bij Heijkoop. Nu er geen sprake is van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van Heijkoop is zij van mening dat er geen hogere vergoeding aan Patje dient te worden toegekend dan de reeds door Heijkoop aangeboden vergoeding ter hoogte van vier maanden aanvulling van de WW-uitkering van Patje tot haar laatstverdiende salaris.

4. De beoordeling

In conventie en in voorwaardelijke reconventie

4.1. Gelet op de nauwe onderlinge samenhang zal de kantonrechter de verzoeken in conventie en reconventie gezamenlijk behandelen.

4.2. De kantonrechter gaat voorbij aan het debat van partijen omtrent de vraag welke functie door Patje is vervuld. Voor de uitkomst van deze procedure is het antwoord op die vraag niet relevant zodat dit deel van de stellingen van partijen onbesproken zal blijven.

4.3. De eerste vraag die de kantonrechter dient te beantwoorden is of Patje kan worden ontvangen in haar verzoek. Hij overweegt daartoe als volgt.

4.4. Wat ook zij van het feit dat het ontbindingsverzoek van Patje is ingediend (op 17 juni 2013) voordat door het UWV Werkbedrijf op 20 juni 2013 toestemming aan Heijkoop verleende om de arbeidsovereenkomst op te zeggen, als uitgangspunt heeft de opzegging van de arbeidsovereenkomst door Heijkoop op 26 juni 2013 te gelden. Weliswaar heeft Heijkoop daarbij niet de wettelijke opzegtermijn van twee maanden in acht genomen, maar dit maakt de opzegging niet vernietigbaar op grond van het bepaalde in artikel 7:677 lid 2 van het BW. Laatstgenoemd artikel bepaalt enkel dat de partij die eerder opzegt dan tussen partijen geldt (in het onderhavige geval de opzegtermijn van twee maanden), schadeplichtig is. Hoewel er op het moment van opzegging al een ontbindingsprocedure aanhangig was, kon Heijkoop wel (al dan niet schadeplichtig) opzeggen. De kantonrechter ziet geen aanleiding om die opzegging als misbruik van bevoegdheid aan te merken omdat bij toepassing van artikel 3:13 BW terughoudendheid past.

4.5. In deze procedure is niet gebleken dat Patje een beroep op lid 5 van artikel 7:677 jo. 6:670 lid 1 BW toekomt, nu uit de door haar overgelegde terugkoppeling van het spreekuur van de bedrijfsarts d.d. 11 juni 2013 niet blijkt dat zij ten tijde van de opzegging arbeidsongeschikt was. Uit het door Patje overgelegde deskundigenoordeel d.d. 15 juli 2013 van de verzekeringsarts blijkt dat zij op 15 juli 2013, derhalve na de opzegging, arbeidsongeschikt was. Nu niet anders is gesteld of gebleken, moet daarom aangenomen worden dat Patje ten tijde van de opzegging op 26 juni 2013 niet arbeidsongeschikt was. Voor zover Patje de vernietigbaarheid van de opzegging heeft ingeroepen oordeelt de kantonrechter dat vernietiging eerst door een rechter dient te worden uitgesproken. Nu gesteld noch gebleken is dat hiervan sprake is, gaat de kantonrechter aan de stellingen van Patje op dit punt voorbij.

4.6. In het licht van voorgaande overwegingen komt de kantonrechter tot zijn conclusie dat in deze procedure niet is gebleken dat er (nog) een arbeidsovereenkomst tussen partijen bestaat hetgeen betekent dat Patje in haar verzoek om die arbeidsovereenkomst in verband met een wijziging van omstandigheden te ontbinden niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

4.7. Het ontbindingsverzoek van Heijkoop is voorwaardelijk gedaan, namelijk voor het geval achteraf (door de bodemrechter) niettemin mocht worden vastgesteld dat de opzegging van 26 juni 2013 geen stand kan houden en de arbeidsovereenkomst met andere woorden voort duurt. De kantonrechter heeft zich ervan vergewist dat het verzoek geen verband houdt met het bestaan van een opzegverbod. Weliswaar stelt Patje dat zij ten tijde van de opzegging arbeidsongeschikt was hetgeen betekent dat er sprake is van een opzegverbod maar uit het verzoek van Heijkoop blijkt dat de wens tot beëindiging van het dienstverband is ingegeven door bedrijfseconomische omstandigheden en dat de mogelijke arbeidsongeschiktheid van Patje daarbij geen rol speelt. Dit geldt temeer nu in deze procedure, zoals in rechtsoverweging 4.4 is overwogen, niet gebleken dat Patje ten tijde van de opzegging van de arbeidsovereenkomst arbeidsongeschikt was.

4.8. De vraag of er sprake is van een vernietigbare opzegging dient niet in deze procedure maar in een nog te entameren dagvaardingsprocedure te worden beantwoord. Voor het geval in de dagvaardingsprocedure mocht blijken dat de opzegging door het inroepen van de vernietigbaarheid toch niet het einde van het dienstverband tot gevolg heeft, heeft Heijkoop een voorwaardelijk ontbindingsverzoek ingediend. Uitgaande van die hypothese moet worden beoordeeld of er sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden op grond waarvan beëindiging van het dienstverband tussen partijen in de rede ligt. Daarover heeft het UWV Werkbedrijf reeds bevestigend geoordeeld. Aan dat oordeel komt in beginsel doorslaggevende betekening toe, nu het UWV Werkbedrijf in dezen bij uitstek de deskundige organisatie is. Dat beginsel kan uitzondering lijden indien de beslissing tot toestemming van het UWV Werkbedrijf tot beëindiging van de dienstbetrekking in strijd moet worden geacht met een of meer fundamentele beginselen van een goede procesorde – bijvoorbeeld schending van het beginsel van hoor en wederhoor – of wanneer deze evident onjuist is, dan wel als na die beslissing nieuwe, voor de beoordeling relevante feiten en omstandigheden bekend zijn geworden. Dat hiervan sprake zou zijn, is evenwel gesteld noch gebleken. Het voorwaardelijk verzoek om de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van bedrijfseconomische zal daarom worden ingewilligd.

4.9. Door Heijkoop is gesteld dat er geen sprake is van ernstige verwijtbaarheid aan haar zijde die maakt dat aan Patje een hogere vergoeding dient te worden toegekend dan de reeds aan haar aangeboden vergoeding ter hoogte van vier maanden aanvulling van haar WW-uitkering tot haar laatstverdiende salaris. Patje stelt zich daartegenover op het standpunt dat bedrijfseconomische omstandigheden voor rekening en risico van de werkgever dienen te komen en dat een vergoeding op basis van correctiefactor 1 op zijn plaats is. De kantonrechter overweegt als volgt.

4.10. Een ontbinding op grond van een wijziging van omstandigheden in het kader van bedrijfseconomische omstandigheden is bij uitstek een situatie waarin geen der partijen een verwijt valt te maken. In de onderhavige casus is niet gebleken dat van dit uitgangspunt dient te worden afgeweken. Het vormt echter wel een omstandigheid die geheel in de risicosfeer van Heijkoop ligt. Voorts is niet gebleken dat Patje enig ander verwijt zou kunnen worden gemaakt dat maakt dat de arbeidsovereenkomst dient te worden ontbonden. Dit betekent in beginsel dat een ontbindingsvergoeding op basis van een neutrale correctiefactor 1 op zijn plaats is. Heijkoop heeft zich weliswaar op het standpunt gesteld dat hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt, maar dat kan aan het voorgaande niet afdoen. Voor zover Heijkoop een beroep op de "habe nichts en habe wenig exceptie" heeft opgeworpen, kan de kantonrechter haar daarin evenmin volgen nu een ontbinding op grond van bedrijfseconomische omstandigheden niet zondermeer inhoudt dat zij een ontbindingsvergoeding niet kan voldoen. Nu anderszins evenmin is gebleken dat zij geen vergoeding kan voldoen, zal hieraan voorbij worden gegaan en zal een vergoeding op basis van correctiefactor 1 worden toegewezen.

4.11. Alvorens de hoogte van de ontbindingsvergoeding op basis van correctiefactor 1 kan worden bepaald, dient te worden vastgesteld wanneer de dienstbetrekking een aanvang heeft genomen. De kantonrechter is van oordeel dat hiervoor de datum 1 december 2007 dient te worden aangehouden. Dit is de datum waarop de arbeidsovereenkomst tussen partijen tot stand is gekomen. Weliswaar heeft Patje gesteld dat zij reeds vanaf augustus 2005 werkzaamheden voor Heijkoop heeft verricht maar dit is, gelet op de betwisting daarvan door Heijkoop, in deze procedure niet vast komen te staan. Dit geldt te meer nu de gemachtigde van Patje in zijn brief van 22 april 2013 eveneens is uitgegaan van een dienstverband vanaf 1 december 2007.

4.12. Gelet op het voorgaande zal de kantonrechter de hoogte van de vergoeding vaststellen op een bedrag van € 26.200,= bruto. Nu Heijkoop een lagere vergoeding heeft aangeboden, zal zij in de gelegenheid worden gesteld het verzoek in te trekken zoals in het dictum is opgenomen.

4.13. De kantonrechter ziet aanleiding om de proceskosten zowel in conventie als in reconventie te compenseren in die zin dat beide partijen de eigen kosten dienen te dragen.

Beslissing

De kantonrechter:

in conventie

verklaart Patje niet-ontvankelijk in haar verzoek;

in voorwaardelijke reconventie

stelt Heijkoop in de gelegenheid haar verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst in te trekken uiterlijk op vrijdag 23 augustus 2013 voor 17.00 uur;

en indien het verzoek wordt gehandhaafd:

ontbindt de arbeidsovereenkomst tussen partijen, voor het geval deze nog mocht blijken te bestaan, per 1 september 2013 onder toekenning van een vergoeding aan Patje ten laste van Heijkoop van € 26.200,= bruto;

in conventie en in voorwaardelijke reconventie

compenseert de proceskosten aldus dat partijen de eigen kosten dragen;

wijst af het meer of anders gevorderde.

»Annotatie

In de zaken Patje/Heijkoop en Bosman/KuiperCompagnons deed zich een vergelijkbare situatie voor. Toch oordeelden de kantonrechters tegengesteld. In beide zaken had de werkgever het UWV verzocht om toestemming om het dienstverband met de werknemer wegens bedrijfseconomische redenen op te zeggen. Vlak voor het verkrijgen van toestemming van het UWV, diende de werknemer – die het niet eens was met de hoogte van de aangeboden vergoeding – een ontbindingsverzoek in. In beide gevallen werd de arbeidsovereenkomst vervolgens onregelmatig door de werkgever opgezegd.

In de zaak Bosman/KuiperCompagnons oordeelde de Kantonrechter Rotterdam dat de opzegging 'geen rechtskracht had'. Uit het feit dat de werkgever de werknemer tegelijkertijd met de opzegging een schadeloosstelling aanbood, leidde de kantonrechter af dat de werkgever de arbeidsovereenkomst onregelmatig had opgezegd met de bedoeling de door de werknemer gestarte ontbindingsprocedure te blokkeren. Dit kwalificeerde volgens de kantonrechter als misbruik van bevoegdheid. Dat het de eerste opzegging betrof en niet een tweede opzegging, zoals in het arrest Van Hooff Elektra/Oldenburg (HR 11 december 2009, «JAR» 2010/17), deed volgens deze kantonrechter niet ter zake. Waar het om ging was de intentie van de werkgever bij de opzegging. Omdat de arbeidsovereenkomst niet door de opzegging ten einde was gekomen, verklaarde de kantonrechter het ontbindingsverzoek ontvankelijk en ontbond met toekenning van een vergoeding (C=1).

In de zaak Patje/Heijkoop oordeelde de Kantonrechter Groningen dat de werkgever weliswaar niet de opzegtermijn in acht had genomen, maar dat dat de opzegging nog niet vernietigbaar maakte. Uit artikel 7:677 lid 2 BW volgt namelijk slechts dat de werkgever in dat geval schadeplichtig is. Het enkele feit dat de werknemer op het moment van opzegging reeds een ontbindingsverzoek had ingediend, vormde onvoldoende aanleiding om de opzegging te kwalificeren als misbruik van recht (zie in gelijke zin o.a.: Ktr. Rotterdam 4 januari 2011, ECLI:NL:RBROT:2011: BS1689 en Ktr. Den Bosch 19 juni 2012, zaaknr. 829172 (niet gepubliceerd)). Bij de toepassing van artikel 3:13 BW paste volgens deze kantonrechter namelijk terughoudendheid. Het onvoorwaardelijke ontbindingsverzoek van de werknemer werd om die reden niet-ontvankelijk verklaard, waarna de arbeidsovereenkomst (op verzoek van de werkgever) slechts voorwaardelijk werd ontbonden. (Zie met betrekking tot de vraag wanneer voorwaardelijk en wanneer onvoorwaardelijk kan worden ontbonden o.a.: A.R. Houweling en G.W. van der Voet, 'De voorwaardelijke ontbinding van een arbeidsovereenkomst na een ontslag op staande voet', TAP 2009, p. 149 e.v.)

Welke kantonrechter heeft nu gelijk? In het arrest Van Hooff Elektra deed zich de situatie voor waarin de werkgever regelmatig had opgezegd, maar toen de werknemer vervolgens een ontbindingsverzoek indiende, de arbeidsovereenkomst een tweede maal opzegde, ditmaal tegen een eerdere datum. Die opzegging vond uitsluitend plaats om ontbinding met toekenning van een (hogere) vergoeding te voorkomen. Volgens de Hoge Raad leverde de tweede opzegging daarom misbruik van bevoegdheid op. In de onderhavige ontbindingszaken werd slechts één keer door de werkgever opgezegd. Doel van die opzegging was de arbeidsovereenkomst te beëindigen om een reden die door het UWV Werkbedrijf als redelijke ontslaggrond was beoordeeld. De ontslagreden 'an sich' leidde in de zaak Bosman/KuiperCompagnons dus niet tot misbruik van bevoegdheid. Wel het feit dat de opzegging onregelmatig plaatsvond met het doel te voorkomen dat het door de werknemer ingediende ontbindingsverzoek ontvankelijk zou worden verklaard. De vraag is of dit verschil in omstandigheden in de onderhavige zaak tot een ander oordeel had dienen te leiden.

De Hoge Raad geeft in het arrest Van Hooff Elektra niet duidelijk aan waarom de onregelmatige opzegging misbruik van bevoegdheid opleverde. Dat is jammer, want de uitspraak roept vragen op. Zo gaf de Hoge Raad niet aan om welke vorm van misbruik het precies zou gaan (in artikel 3:13 lid 2 BW worden er drie genoemd). Het Hof Amsterdam deed dat vorig jaar wel in een soortgelijke zaak (Hof Amsterdam 14 februari 2012, «JAR» 2012/107 (ING/X)). Het hof oordeelde dat de werkgever zijn bevoegdheid om bij de opzegging de wettelijke opzegtermijn niet in acht te nemen, had gebruikt voor een doel waarvoor deze niet was verleend (er was volgens het hof met andere woorden sprake van détournement de pouvoir). Strikt genomen kan de onregelmatige opzegging echter geen misbruik van bevoegdheid opleveren, simpelweg omdat er door de wetgever geen

bevoegdheid tot onregelmatige opzegging aan de werkgever is toegekend. De werkgever heeft de opzegtermijn in acht te nemen die door (of overeenkomstig) artikel 7:672 BW wordt voorgeschreven. Doet hij dat niet, dan handelt hij in strijd met de wet (en niet in de uitoefening van een hem toekomende bevoegdheid). De wetgever heeft er echter ten tijde van het tot stand komen van de wet van 13 juli 1907 (*Stb.* 193) bewust voor gekozen om daaraan de sanctie van schadeplichtigheid (thans opgenomen in artikel 7:677 lid 2 BW) te verbinden en niet de sanctie van (ver)nietig(baar)heid. Had de wetgever wel voor laatstgenoemde sanctie gekozen, dan had de wetgever ter zake een opzegverbod geformuleerd en daar – met het oog op de rechtszekerheid – een korte vervalttermijn aan verbonden (zoals bij alle opzegverboden het geval is). Het aannemen van nietigheid van de onregelmatige opzegging op grond van misbruik van bevoegdheid, past daarom niet binnen ons gesloten stelsel van ontslagrecht. De Kantonrechter Groningen heeft om die reden gelijk met zijn stelling dat bij de toepassing van artikel 3:13 BW terughoudendheid past en dat aan het arrest Van Hooff Elektra op dit punt geen ruime uitleg dient te worden gegeven (door dit slechts toe te passen op situaties waarin een onregelmatige opzegging volgt op een regelmatige opzegging).

Een tweede reden voor voornoemde, beperkte toepassing van het Van-Hooff-Elektra arrest, is omdat zich anders de onwenselijke situatie voordoet dat de arbeidsovereenkomst niet is opgezegd en de kantonrechter daardoor vrij is om het ontbindingsverzoek van de werknemer toe te wijzen en een vergoeding overeenkomstig de kantonrechtersformule toe te kennen. Beide kantonrechters hebben dat in de onderhavige ontbindingszaken ook gedaan (zij het de Kantonrechter Groningen voorwaardelijk). In een zaak zoals die zich voordeed in het arrest Van Hooff Elektra – waarin in ieder geval één keer regelmatig was opgezegd – en in andere zaken waarin regelmatig is opgezegd, mag de kantonrechter het ontbindingsverzoek volgens de Hoge Raad echter slechts toewijzen indien er gewichtige redenen zijn die nopen tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst tegen een eerdere datum. De enkele wens van het verkrijgen van een hogere ontslagvergoeding is daartoe onvoldoende en leidt tot afwijzing van het verzoek. Wordt een gewichtige reden tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst tegen een eerdere datum aanwezig geacht, dan dient de vergoeding volgens de Hoge Raad in Van Hooff Elektra te worden vastgesteld overeenkomstig artikel 7:681 BW en hetgeen de Hoge Raad ter zake heeft overwogen in de zaken Van de Grijp/Stam (HR 27 november 2009, «JAR» 2009/305) en Rutten/Breed (HR 12 februari 2010, «JAR» 2010/72). Daarbovenop kan de kantonrechter dan eventueel nog een vergoeding toekennen voor de schade die de werknemer lijdt door het door de ontbinding op een eerder tijdstip eindigen van de arbeidsovereenkomst, maar dit zal in verreweg de meeste gevallen aanzienlijk lager zijn, dan het resultaat van de kantonrechtersformule. (Zie o.a. ook A.R. Houweling, 'Ontbinding(s)verzoek' tijdens de opzegtermijn: een analyse van rechtspraak na Van Hooff Elektra/Oldenburg-Pekel', *TRA* 2010, 48.) In de zaak Bosman/KuiperCompagnons had de werkgever de werknemer bijvoorbeeld een vergoeding aangeboden van € 75.000,- bruto, terwijl de kantonrechter hem een significant hogere vergoeding toekende van € 184.000,- bruto. Dit was het resultaat van een toepassing van de neutrale kantonrechtersformule. Dat het nog nadeliger voor de werkgever kan uitpakken, bleek in de genoemde ING-zaak, waarin de kantonrechter een C-factor van C=2,5 had toegepast, waardoor de ontbindingsvergoeding maar liefst € 1.345.900,- bruto bedroeg. Het is zeer onwaarschijnlijk dat de werknemers in deze zaken eenzelfde vergoeding hadden ontvangen als de vergoeding was begroot ex artikel 7:681 BW (als het ontbindingsverzoek al niet was afgewezen c.q. de opzegging al kennelijk onredelijk was bevonden). Had de werkgever regelmatig opgezegd, dan had hij wellicht honderdduizend respectievelijk vele honderdduizenden euro's kunnen besparen. Een dergelijke verschil valt niet te rijmen met de ernst van het geconstateerde 'misbruik'.

Vanwege de hierboven genoemde dogmatische reden gecombineerd met de ongewenste praktische uitwerking zou ik er sterk voor willen pleiten de regel uit het arrest Van Hooff Elektra – dat een onregelmatige opzegging misbruik van recht kan opleveren – niet ook toe te passen op de eerste opzegging door de werkgever. Kiest men ervoor om dit toch te doen – en daarmee ruim baan te geven aan doorwerking van het algemeen vermogensrecht in het ontslagrecht – dan dient men naar mijn mening consequent te zijn en tevens conversie van de nietige (onregelmatige) opzegging in een geldige (regelmatige) opzegging aan te nemen ex artikel 3:42 BW. Vervolgens dient dan – eveneens in navolging van Van Hooff Elektra – afwijzing van het ontbindingsverzoek te volgen indien het de werknemer alleen maar om een hogere vergoeding te doen is c.q. er geen gewichtige redenen zijn waarom de arbeidsovereenkomst op een eerder tijdstip dient te eindigen. Voor werkgevers is het in ieder geval raadzaam om het zekere voor het onzekere te nemen en in dit soort situaties gewoon regelmatig op te zeggen.

mr. dr. G.W. van der Voet,