



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De (niet meer) ontbindende voorwaarde

Rietveld, R.D.

Publication date

2017

Document Version

Final published version

Published in

ArbeidsRecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Rietveld, R. D. (2017). De (niet meer) ontbindende voorwaarde. *ArbeidsRecht*, 2017(5), 16-21. [27]. <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00CDF461&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

De (niet meer) ontbindende voorwaarde

ArbeidsRecht 2017/27

Een einde van rechtswege van de arbeidsovereenkomst kan, zij het onder strenge voorwaarden, bereikt worden door een ontbindende voorwaarde op te nemen in de arbeidsovereenkomst. Zodra de door de werkgever en de werknemer overeengekomen voorwaarde intreedt, eindigt de arbeidsovereenkomst zonder dat een preventieve toets nodig is. Met de komst van een (nog meer) gesloten grondenstelsel in de Wwv ligt de ontbindende voorwaarde onder vuur. Onder andere de herplaatsingsplicht en eventueel verschuldigde transitievergoeding spelen hierin een rol.

1. Het begin van de ontbindende voorwaarde

De eerste keer dat de Hoge Raad zich uitliet over de mogelijkheid van een ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst was in 1992.² Vervangend gynaecoloog Mungra, in dienst bij de maatschap van onder andere Van Meir, had een bepaling in zijn arbeidsovereenkomst waaruit onduidelijk bleek dat nevenwerkzaamheden bij klinieken in Goes en Zierikzee niet zonder toestemming van het bestuur van de Stichting Oosterscheldeziekenhuizen mochten worden verricht. Werd in strijd met deze bepaling gehandeld, dan “zal de waarnemingsovereenkomst zijn ontbonden”. Mungra verrichtte toch arbeid bij een andere maatschappij en per brief werd hem meegegeed dat zijn arbeidsovereenkomst per direct eindigde.

Voordat deze kwestie aan de Hoge Raad werd voorgelegd, werd in de literatuur al gediscussieerd over de mogelijkheid en wenselijkheid van dergelijke voorwaarden.³ Vooruitlopend op de verdere standpunten in dit artikel is het goed te bezien wat de uitkomst was van een onderdeel van de discussie in de literatuur destijds, namelijk of sprake was van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd. De vraag is dus of een contract waarin een voorwaarde is opgenomen die kan leiden tot een einde op een onzeker moment en dus niet op een bepaalde datum, kan worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Het antwoord van de auteurs en ook van de Hoge Raad destijds luidde ontkennend en daarmee ontstond ruimte voor de vraag of een abrupt einde van een vast contract wel paste bij het systeem van het ontslagrecht, ook toen een gesloten stelsel.

Net als toen, wordt ook nu nog gezocht naar de plek van de ontbindende voorwaarde binnen het bestaande ontslagstelsel. De vraag is nog steeds actueel in het licht van de huidige opzeggingsmogelijkheden, zoals te lezen in § 3.1. De overwegingen van de Hoge Raad⁴ zijn tot nu toe, samen met enkele lagere uitspraken, de enige rechterlijke aanknopingspunten.

2. Mungra/Van Meir

Het oordeel van de Hoge Raad over de ontbindende voorwaarde van het ziekenhuis luidde dat een dergelijke voorwaarde kon bestaan naast het toen geldende ontslagrecht. Daarbij werd opgemerkt dat een ontbindende voorwaarde in strijd kan zijn met dat ontslagrecht, maar niet noodzakelijkerwijs hoeft te zijn. Een van de omstandigheden die de Hoge Raad van belang achtte is dat de voorwaarde niet in strijd mag zijn met het gesloten stelsel, dus niet met een wettelijke bepaling of een opzegverbod. Daarbij kan worden gedacht aan een voorwaarde die inhoudt dat de arbeidsovereenkomst ophoudt te bestaan als de werknemer meer dan drie maanden ziek is. Zowel het opzegverbod tijdens ziekte als de ontslaggrond wegens langdurige arbeidsongeschiktheid staan aan een dergelijke voorwaarde in de weg.⁵ Ook vereist voor een geldige ontbindende voorwaarde is dat deze objectief bepaalbaar is. Intreding van de voorwaarde mag niet afhangen van het subjectieve oordeel van de werkgever, zoals bijvoorbeeld het geval is als de werkgever zelf oordeelt of de werknemer op het gewenste niveau een taal spreekt of zelf bepaalt wat een “gangbare termijn” is.⁶ Een derde voorwaarde is dat het intreden van de voorwaarde niet afhankelijk mag zijn van het gedrag van de werkgever. Dit vereiste volgt ook uit art. 6:23 lid 2 BW jo. art. 6:22 BW, waarin is opgenomen dat het intreden van een ontbindende voorwaarde de verbintenis doet eindigen, tenzij de partij die belang heeft bij de vervulling dit zelf teweeg heeft gebracht. De beoordeling vindt plaats naar redelijkheid en billijkheid en voor het arbeidsrecht is het gevolg dat te meer invloed de werkgever kan uitoefenen, des te groter de kans is dat de voorwaarde ongeldig is.⁷ Overigens hoeft volgens oude rechtspraak invloed van een onafhankelijke derde op het intreden van de voorwaarde niet aan de geldigheid in de weg te staan.⁸ Zo kon de arbeidsovereenkomst eindigen bij verlies van de Schipholpas als dit door partijen was overeengekomen. Desalniettemin oordeelde de Kantonrechter te Haarlem dat de ontbindende voorwaarde niet was ingetreden, nu de werkgever intrekking van de pas zelf in de hand had gewerkt doordat hij Schiphol had gewaarschuwd

1 Mr. R.D. Rietveld is onderzoeker en ontwikkelaar bij ArbeidsmarktResearch UvA BV (www.magontslag.nl). Zij ontwikkelt digitale beslisbomen waarmee de gebruiker een inschatting krijgt van zijn rechtspositie bij eventueel ontslag.

2 HR 6 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0535 (*Mungra/Van Meir*).

3 In het arrest van de Hoge Raad (*Mungra/Van Meir*) is een helder overzicht opgenomen en uitgeschreven.

4 Aangevuld met HR 24 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2082 (*Van Zeil/Van Koppen*) en HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0348 (*HTM*).

5 Zie bijvoorbeeld Ktr. Amsterdam 3 februari 2003.

6 Over de ‘gangbare termijn’ liet Ktr. Delft zich op 11 september 2011 uit, ECLI:NL:RBSGR:2011:BV0431.

7 Ktr. Rotterdam 13 mei 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AP4704.

8 HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6100 (*Monte/Bank*).

dat de werknemer niet conform de eisen aan de Schipholpas had gehandeld, terwijl niet vaststond dat dit ook echt het geval was en ook niet dat bewijs voor handen was.⁹ Het inhoudsloos worden van de arbeidsovereenkomst was de vierde voorwaarde. Sinds het HTM-arrest wordt deze voorwaarde vaak als slechts een aanvullende beschouwd en niet als constitutief vereiste.¹⁰ In die zaak verviel de loonkostensubsidie van de werknemer, zodat de ontbindende voorwaarde intrad (ook hier had een onafhankelijke derde dus invloed op het intreden van de voorwaarde). Hoewel de werknemer de werkzaamheden had kunnen blijven uitoefenen, was de arbeidsplaats alleen maar ingericht en in stand gehouden vanwege de subsidie. Ondanks dat de arbeidsovereenkomst feitelijk dus niet inhoudelijk was geworden, was deze wel van rechtswege geëindigd.

3. De komst van de Wwz

Met de komst van de Wwz is de vraag gerezen of de ontbindende voorwaarde nog wel kan bestaan binnen het huidige ontslagrecht. Daartoe moet eerst bekeken worden welke veranderingen de Wwz met zich heeft gebracht in het licht van het oordeel uit het Mungra/Van Meir-arrest. In ieder geval niet veranderd is art. 7:667 lid 7 en 8 BW waarin is opgenomen dat de arbeidsovereenkomst *niet* kan eindigen wegens een huwelijk, geregistreerd partnerschap, zwangerschap of bevalling van de werknemer. Dit zou een reden kunnen zijn aan te nemen dat de wetgever geen wijziging heeft beoogd, maar mijns inziens zou dat een veel te snel getrokken conclusie zijn.

3.1 Gesloten stelsel

De geslotenheid van zowel het huidige als het oude ontslagrecht is tweeledig. Ten eerste wordt met de geslotenheid bedoeld de manier waarop een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan eindigen, zoals vastgelegd in de wet. Naast opzegging in de proeftijd, wegens overlijden, wegens een dringende reden, door ontbinding¹¹ of met wederzijds goedvinden, kennen we sinds de invoering van de Wwz de mogelijkheid van een einde met instemming van art. 7:671 BW en opzegging tegen of na het bereiken van de AOW-gerechtigde of een andere overeenkomen leeftijd.¹² De invulling van de ontslaggronden is sinds 1 juli 2015 veel stringenter geworden: het grondenstelsel van art. 7:669 lid 3 BW is limitatief en voor het bestaan van een redelijke grond kunnen onvoldragen gronden niet meer samen worden genomen. Voorheen kon dit wel en konden onvoldragen ontslaggronden afgekocht worden met in verhouding tot het gebrek staande vergoedingen.

Te bepleiten valt zelfs, al wordt de wetgever dan wel heel veel krediet toegekend, dat de wetgever al rekening heeft gehouden met de onmogelijkheid van de ontbindende voorwaarde. Bij de opsomming van de limitatieve gronden is immers de h-grond¹³ in het leven geroepen en verderop zal ik beargumenteren dat deze grond zeer geschikt is voor situaties waar normaliter een ontbindende voorwaarde voor in de arbeidsovereenkomst zou zijn opgenomen. Het tweede element van de geslotenheid is dat de route die de werkgever moet volgen (UWV of kantonrechter), wordt bepaald door de gekozen ontslaggrond. Ook dit gold niet voor inwerkingtreding van de Wwz.

Een meer gesloten systeem geeft aanleiding aan te nemen dat de toets die ten grondslag ligt aan de geldigheid van een ontbindende voorwaarde, nu nog strenger is. De ruimte die de Hoge Raad in 1992 gaf, is immers nog meer beperkt, zo niet verdwenen. Er mocht geen strijd zijn met het gesloten stelsel van het ontslagrecht en daarmee ook niet met de preventieve toets. De wetgever heeft met de Wwz voor ogen gehad het aantal mogelijke ontslaggronden te beperken. Daarnaast is de keuze gemaakt dat de redelijke gronden die in de persoon van de werknemer gelegen zijn, door de kantonrechter beoordeeld moeten worden en niet door het UWV.

Een derde reden is dat nu is opgenomen dat de werkgever alleen om de preventieve toets heen kan als de werknemer instemt met het ontslag. De werknemer heeft dan twee of drie weken de tijd deze instemming te herroepen, wat ook geldt voor de beëindigingsovereenkomst.¹⁴

Een laatste argument voor de stelling dat de ontbindende voorwaarde in het huidige ontslagrecht geen bestaansrecht heeft, is gelegen in de aanzegplicht. Hoewel is geconcludeerd dat het opnemen van een ontbindende voorwaarde niet leidt tot een directe kwalificatie van een tijdelijke arbeidsovereenkomst, geeft de aanzegplicht wel duidelijk aan dat het niet de bedoeling van de wetgever is dat een werknemer voor een onverwacht einde van de arbeidsovereenkomst komt te staan, behalve wanneer sprake is van de situatie dat de werknemer de werkgever een dringende reden voor ontslag heeft gegeven. Overigens wordt zelfs in die gevallen duidelijk dat de wetgever het belang van de preventieve toets groot acht, aangezien het ontslag op staande voet niet meer buitengerechtelijk vernietigd kan worden, terwijl dit voor 1 juli 2015 wel kon. Nu het moment waarop de voorwaarde intreedt niet van tevoren is te voorzien, leidt de voorwaarde wel tot onzekerheid over een mogelijk direct einde.

3.2 Herplaatsingsverplichting

Het inhoudsloos worden van de arbeidsovereenkomst, zoals in § 2 al ter sprake kwam, lijkt een belangrijkere rol te hebben gekregen per 1 juli 2015. De werkgever heeft in het

9 Ktr. Haarlem 19 december 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:12631.

10 HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0348 (HTM).

11 Art. 7:652 respectievelijk art. 7:674, 7:677 en 7:671b en 7:671c BW.

12 Art. 7:669 lid 4 BW en let daarbij op de wijziging per 1 juli 2016, die bijvoorbeeld tot gevolg heeft gehad dat de arbeidsovereenkomst alleen nog maar tegen of na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd kan worden opgezegd als dit door partijen is overeengekomen, mits de pensioengerechtigde leeftijd lager ligt dan de leeftijd waarop werknemer recht heeft op een AOW-uitkering.

13 Art. 7:669 lid 3 sub h BW.

14 De instemming kan worden vernietigd op grond art. 7:670a lid 5 en art. 7:671 lid 2 BW en de beëindigingsovereenkomst kan worden ontbonden binnen twee of drie weken op grond van art. 7:670b lid 2 BW.

huidige systeem namelijk een herplaatsingsplicht.¹⁵ Dat was onder het oude recht ook het geval, maar slechts in bepaalde gevallen. Ondanks dat de wetgever geen verandering heeft beoogd,¹⁶ is de herplaatsingsplicht toch verzwaard. Voordat sprake kan zijn van een redelijke grond voor ontslag moet de werkgever zich ervan vergewissen dat herplaatsing van de werknemer niet mogelijk is of moet hij gemotiveerd stellen dat dit niet in de rede ligt. In de wet en Ontslagregeling is duidelijk omschreven welke arbeidsplaatsen hiervoor in aanmerking komen, alsmede de te hanteren termijnen en de plicht de werknemer scholing te bieden als dit helpt een passende functie te vinden. De werkgever heeft geen herplaatsingsverplichting als het ontbindingsverzoek stoelt op verwijtbaar handelen/nalaten van de werknemer ex art. 7:669 lid 3 sub e BW of als het gaat om een werknemer die een geestelijk ambt bekleedt.¹⁷ Kan een werknemer herplaatst worden op een passende functie (zelfs binnen het gehele concern als de onderneming daar onderdeel van uit maakt), dan eindigt de arbeidsovereenkomst dus niet. De rechter kan niet ontbinden en het UWV geeft geen toestemming. Dit brengt met zich dat het vierde, extra vereiste van het inhoudsloos worden van de arbeidsovereenkomst een belangrijker rol heeft gekregen als zo goed mogelijk wordt aangesloten bij het systeem van de Wwz.

3.3 Tussenconclusie

Met al deze (extra) vormen van een (nog meer) gesloten ontslagstelsel, is de ontbindende voorwaarde een vreemde eend in de bijt. Tezamen met de verzwaarde herplaatsingsplicht die nu geldt, kan al worden geconcludeerd dat de ontbindende voorwaarde niet past binnen het huidige ontslagrecht. Voor een einde aan de arbeidsovereenkomst is steeds een preventieve toets of instemming vereist, tenzij sprake is van een bepaalde tijd contract waarvan het einde een zekerheid is (dus gesteld op een einddatum of einde van een opdracht). Zelfs in dat laatste geval volgt nu uit de wet dat de werknemer uiterlijk een maand van tevoren gewaarschuwd moet worden dat hij zich moet oriënteren op de arbeidsmarkt aangezien de werkgever moet aanzeggen. Het is niet wenselijk dat partijen al deze verplichtingen kunnen omzeilen door een ontbindende voorwaarde op te nemen. Te meer nog zou dit niet meer toegestaan moeten zijn, nu eigenlijk geen voorwaarde te bedenken is die niet onder de h-grond¹⁸ zou kunnen vallen (§ 4) en gezien de bijkomende problemen (§ 5).

4. Redelijke gronden

Alle situaties die ervoor zorgen dat van de werkgever niet meer kan worden verwacht de arbeidsovereenkomst voort te laten duren, zijn voorzien in de huidige wet. Al met al ligt het dus veel meer voor de hand alle situaties omschreven in een geldige ontbindende voorwaarde onder de redelijke gronden te scharen. Dat de werknemer gewaarschuwd is,

is bij meerdere gronden van belang. Ik zou er daarom ook voor pleiten de voorwaarde die eerst zou zorgen voor een einde van rechtswege om te zetten in een waarschuwing in de arbeidsovereenkomst. Op die manier weet de werknemer direct bij het aangaan van het dienstverband dat bij een bepaalde handeling of tekortkoming de werkgever de gang naar de kantonrechter zal maken. Let wel: een waarschuwing in de arbeidsovereenkomst helpt, maar neemt niet weg dat aan alle vereisten voor het bestaan van een grond voor ontslag moet zijn voldaan.

4.1 De h-grond

De h-grond leent zich bij uitstek voor gevallen die in ontbindende voorwaarden worden omschreven. Deze grond is niet voor niets bedacht en als het dan al niet was voorzien door de wetgever, welke kans ik overigens groot acht, dan zijn de tot dusver bekende ontbindende voorwaarden meestal onder de h-grond te scharen. Dat neemt niet weg dat de uitkomst van de rechterlijke beslissingen nu anders zou kunnen zijn, aangezien nu de herplaatsingsplicht zwaarder weegt, zodat wellicht ook het HTM-arrest anders had uitgekapt.

Een onder oud recht bekende ontbindende voorwaarde is het niet verkrijgen van een Verklaring Omtrent Gedrag (VOG).¹⁹ Zeer recent heeft Kantonrechter te Zwolle een ontbindingsverzoek voor zover vereist, namelijk wanneer de ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst niet voor een einde van de arbeidsovereenkomst had gezorgd, moeten beoordelen.²⁰ Helaas wordt in de uitspraak met geen woord gerept over de vraag of de arbeidsovereenkomst is geëindigd, maar in ieder geval wijst de rechter het verzoek af. Zowel aan de voorwaarden voor disfunctioneren als een verstoorde arbeidsverhouding was niet voldaan, onder andere omdat bij de functie ook werkzaamheden hoorden die zonder in het bezit te zijn van een VOG konden worden vervuld. De kantonrechter overwoog:

“Dat heeft ertoe geleid dat Humanitas [verweerder] niet kon inzetten zoals zij dat wilde, omdat voor de door [verweerder] te verrichten werkzaamheden de aanwezigheid van een VOG soms wettelijk vereist is. Dat maakt [verweerder] zelf niet ongeschikt voor het verrichten van de bedongen werkzaamheden, maar maakte hem voor Humanitas wel ongeschikt om in te zetten voor bepaalde opdrachten. Afgezien daarvan is tot op heden nog steeds niet komen vast te staan dat [verweerder] voor de functie bij Humanitas geen VOG zal kunnen verkrijgen.”²¹

Naast het niet geheel ongeschikt zijn voor de functie, zou naar alle waarschijnlijkheid dit gegeven ook een rol hebben gespeeld bij de vraag of de werknemer herplaatst had kun-

15 Art. 7:669 lid 1 BW en art. 9 Ontslagregeling.

16 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 86.

17 Art. 7:669 lid 2 BW.

18 Art. 7:669 lid 3 sub h BW.

19 Ktr. Delft 11 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BV0431, al werd de voorwaarde hier niet geldig geacht omdat de VOG binnen 'gangbare termijn' verkregen moest worden en dit niet voldoende specifiek en teveel ter vrije bepaling van de werkgever stond.

20 Ktr. Zwolle 30 januari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:413.

21 Ktr. Zwolle 30 januari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:413, r.o. 4.3.

nen worden. De rechter is aan deze vraag niet toegekomen, aangezien geen sprake was van de aangevoerde gronden. Of de h-grond tot een andere uitkomst had geleid, is daarmee ook onzeker.

In het verlengde hiervan ligt het verlies van een Schipholpas. Hoewel dit niet in de arbeidsovereenkomst als een ontbindende voorwaarde was opgenomen, leidde het niet beschikken over de pas wel tot ontbinding op de h-grond.²² Volgens de kantonrechter was de arbeidsovereenkomst inhoudsloos geworden nu de werknemer geen toegang tot zijn werkplek had en ook nergens anders werkzaamheden binnen het bedrijf kon verrichten. Opvallend is dat de kantonrechter nog van belang achtte dat KLM geen invloed kon uitoefenen op het verliezen noch op het verkrijgen van de Schipholpas, een eis die de Hoge Raad ook van belang acht(te) bij de ontbindende voorwaarde. Vergelijkbaar is de uitspraak van Kantonrechter te Maastricht over een beveiliging die zijn werk niet meer kon uitoefenen, omdat de korpschef (zie hier weer de onafhankelijke derde) zijn goedkeuring had ingetrokken en in de cao was bepaald dat dergelijke goedkeuring nodig was voor het verrichten van werkzaamheden.²³ Herplaatsing lag daarom ook niet in de rede.

Daarnaast zijn het niet behouden van een bepaalde opleiding of andere certificaten,²⁴ waaronder het hebben van een rijbewijs, het niet behalen van een taaltoets²⁵ en het vervallen van de no-riskpolis van de Ziektewet²⁶ voorbeelden van ontbindende voorwaarden die onder de h-grond passen.

4.2 Overige gronden

Welke redelijke ontbindingsgrond uiteindelijk moet worden gekozen, hangt natuurlijk ook af van de omstandigheden van het geval. De h-grond is geschikt voor situaties die niet in de andere gronden zijn geregeld. Is dit wel het geval, dan zal voor de desbetreffende grond moeten worden gekozen. Is sprake van een situatie die onder één van de andere gronden kan vallen, dan zal al snel het oordeel moeten zijn dat de ontbindende voorwaarde in strijd is met het ontslagrecht en dat door een einde van rechtswege de preventieve toets ongewenst omzeild wordt. Het Hof Amsterdam heeft dit, zij het indirect, begin dit jaar ook bepaald.²⁷ De uitspraak lijkt te stellen dat dit hof van mening is dat de ontbindende voorwaarde nog kan bestaan onder de Wwz, maar anderzijds wordt duidelijk alleen over de in het geding zijnde voorwaarde gesproken en deze is hoe dan ook in strijd met het gesloten stelsel van het ontslagrecht. Het betreft een voorwaarde die de arbeidsovereenkomsten van de acteurs van de musical Sky van rechtswege doet eindigen als de productie eerder stopt dan gepland, wat volgens de arbeidsovereenkomst afhankelijk kan zijn van “*diverse externe factoren*”. Het Amsterdamse Hof concludeert dat met zo'n voorwaarde de preventieve toets wordt omzeild, omdat het hier eigenlijk gaat om bedrijfseconomische om-

standigheden waar het UWV in eerste instantie over heeft te oordelen. Daarnaast was het intreden van de voorwaarde afhankelijk van het subjectieve oordeel van de werkgever. Waarschijnlijk was de werkgever een stuk goedkoper uit geweest als zij direct het UWV toestemming had gevraagd voor opzegging. Volgens het UWV wordt doorgaans binnen vier weken een beslissing afgegeven en de kans is groot dat de toestemming was verleend.

Niet alleen als de ontbindende voorwaarde in strijd is met het ontslagstelsel of zorgt voor omzeiling van de preventieve toets ligt het meer voor de hand de kantonrechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Ook als het gedrag dat ten grondslag ligt aan het inwerkingtreden van de ontbindende voorwaarde op zichzelf een redelijke grond kan opleveren, lijkt het verstandiger direct ontbinding te verzoeken of soms zelfs de werknemer op staande voet te ontslaan. Dit geldt bijvoorbeeld als de werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld jegens de werkgever en daardoor niet meer in het bezit is van een Schipholpas. In dat geval staat herplaatsing immers nooit ter discussie en bestaat ook de kans dat geen transitievergoeding hoeft te worden betaald als blijkt dat het gedrag ernstig verwijtbaar is, zoals bij bijvoorbeeld diefstal of geweld.²⁸ Het gedrag zal zich dan wel in uitoefening van de werkzaamheden moeten hebben geuit, zoals bij een arts die ontucht pleegt bij patiënten en daarom de toegang tot het ziekenhuis wordt ontzegd. Niet alleen het niet meer kunnen binnentreden van het ziekenhuis, maar primair het (ernstig) verwijtbare handelen levert een redelijke grond voor ontbinding of een dringende reden voor ontslag op. Door ontbinding te verzoeken, wordt ook zekerheid verkregen over het voortbestaan van de arbeidsovereenkomst.

5. Gevolgen van het wel toestaan van een ontbindende voorwaarde

Zou nu de ontbindende voorwaarde toch een leven gegund zijn onder de Wwz, dan doet zich nog een aantal mogelijke problemen voor. Deze problemen pleiten als bijkomende argumenten voor de onmogelijkheid van ontbindende voorwaarden.

5.1 Opzegtermijn

Om maar met het zwakste argument te beginnen; art. 7:672 BW. Wordt een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussentijds opgezegd of ontbonden, dan moet altijd een opzegtermijn worden gehanteerd. In geval van een ontslag op staande voet is de werknemer zelfs jegens de werkgever schadeplichtig omdat hij zich niet aan zijn opzegtermijn heeft gehouden en de werkgever een dringende reden voor ontslag heeft gegeven. Een leeftijdsontslagbeding is wel toegestaan, maar daarbij is bekend op welk de arbeidsovereenkomst gaat eindigen. Niet valt in te zien waarom de ontbindende voorwaarde wel zou kunnen zorgen voor een direct einde, terwijl het niet zeker is wanneer dit einde in-

22 Ktr. Haarlem 6 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:12178.

23 Ktr. Maastricht 30 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2771.

24 Onder oud recht: Ktr. Haarlem 13 oktober 2010, ECLI:NL:RBNHO:2010:BO0958.

25 Onderoudrecht: Ktr. Maastricht 3 augustus 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:6597.

26 Onder oud recht: Hof Amsterdam 15 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5259.

27 Hof Amsterdam 24 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:163.

28 Art. 7:673 lid 7 onderdeel c BW.

treedt en de werknemer dit einde niet vanzelfsprekend te verwijten valt.

5.2 Proeftijd

Wanneer de arbeidsovereenkomst wordt aangegaan voor onbepaalde tijd of voor meer dan zes maanden kan een proeftijd overeen worden gekomen. Stel nu dat de in diezelfde overeenkomst opgenomen ontbindende voorwaarde binnen zes maanden intreedt. Dan was de proeftijd nietig geweest, aangezien een overeenkomst die korter dan zes maanden duurt geen proeftijd mag bevatten.²⁹ Nu is dat geen probleem als partijen beiden niet van de mogelijkheid gebruik hebben gemaakt de arbeidsovereenkomst in de proeftijd op te zeggen, maar wat nu als de werkgever in een ander geval dat wel wil doen en de werknemer daartegenover stelt dat de opzegging nietig is. De werknemer heeft hier een punt, nu een proeftijd niet is toegestaan als de overeenkomst is aangegaan voor minder dan zes maanden en als het einde van de overeenkomst niet op een kalenderdatum is gesteld de proeftijd niet langer dan een maand mag zijn.³⁰

5.3 Herplaatsing

Hiervoor is de conclusie al getrokken dat de vraag of de arbeidsovereenkomst echt inhoudsloos is geworden van groter belang is sinds inwerkingtreding van de Wwz. Herplaatsingsperikelen passen niet bij een direct einde van rechtswege. De periode dat werkgever vooruit moet kijken, begint namelijk pas te lopen op het moment dat toestemming wordt verkregen van het UWV of de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbindt. Dit zou met zich brengen dat na het intreden van de ontbindende voorwaarde alsnog moet worden bezien of de werknemer herplaatst kan worden. Blijkt dit mogelijk te zijn, dan is het gevolg de werknemer op die functie geplaatst moet worden en daartoe een nieuwe arbeidsovereenkomst moet worden aangegaan, nu het einde van rechtswege van de eerste arbeidsovereenkomst dus wel is ingetreden. Mij is onduidelijk hoe de werknemer dit kan afdwingen, anders dan met een beroep op goed werkgeverschap van art. 7:611 BW of wellicht een billijke vergoeding, mits het niet herplaatsen als ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever kan worden gezien.

Overigens is ook hier weer van belang dat de arbeidsovereenkomst met daarin een ontbindende voorwaarde door de Hoge Raad is gekwalificeerd als een overeenkomst voor onbepaalde tijd. Het argument dat de herplaatsingsplicht niet geldt bij overeenkomsten van bepaalde tijd en daarmee niet bij alle overeenkomsten met een einde van rechtswege³¹, gaat daardoor niet op.

29 Art. 7:652 BW.

30 D.J.B. de Wolff noemt in gelijke zin het concurrentiebeding en de mogelijkheid van tussentijdse opzegging in 'De arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde en de Wet werk en zekerheid', TRA 2017/25.

31 J. van Slooten, 'Is er onder de Wwz nog plaats voor de ontbindende voorwaarde?', TvO 2017, afl. 1, p. 2-3.

5.4 Transitievergoeding

Art. 7:673 BW stelt dat na twee jaar dienstverband recht bestaat op een transitievergoeding, behoudens enkele uitzonderingen en afhankelijk van de leeftijd en het soort dienstverband bij het aangaan en het eindigen van de arbeidsovereenkomst. In het eerste lid onder sub 3 staat:

“na een einde van rechtswege op initiatief van de werkgever niet aansluitend is voortgezet...”

Het “*op initiatief van de werkgever*” slaat op het niet aansluitend voortzetten van de arbeidsovereenkomst, waarbij een onderbrekingsperiode van maximaal zes maanden nog als aansluitend kan worden gezien. Uit de wetsgeschiedenis is af te leiden dat de wetgever hier heeft gedoeld op de situatie dat een overeenkomst voor bepaalde tijd niet werd verlengd.³² Wederom: als een ontbindende voorwaarde is opgenomen maakt het intreden ervan niet dat opeens sprake was van bepaalde tijd contract en daarom ziet deze bepaling niet op dergelijke overeenkomsten. In de wet staat nu dus eigenlijk dat geen transitievergoeding is verschuldigd als een ontbindende voorwaarde intreedt. Als dit de bedoeling is van de wetgever, dan kan ik mij niet voorstellen dat er wel ruimte voor het bestaan van ontbindende voorwaarden werd geacht te zijn. Is aan de situatie simpelweg niet gedacht, dan is de enige oplossing een coulante lezing van het artikel. Het zou immers onlogisch zijn dat de werknemer bij elke andere beëindigingswijze mogelijk recht heeft op een transitievergoeding – zelfs als de werknemer verwijtbaar heeft gehandeld – maar geen recht bestaat op een vergoeding wanneer een ontbindende voorwaarde intreedt. Deze werknemer zou eveneens recht moeten hebben op een transitievergoeding.

5.5 Vernietiging en billijke vergoeding

De werknemer die de opzegging van de arbeidsovereenkomst wil laten vernietigen heeft daar twee maanden de tijd voor.³³ In plaats van vernietiging met een bijkomende loonvordering kan ook om een billijke vergoeding gevraagd worden.³⁴ De hoogte van deze vergoeding kan nog wel eens hoog oplopen, nu opzegging zonder redelijke grond in de wetsgeschiedenis al is gekwalificeerd als ernstig verwijtbaar handelen. De werkgever kan om dit te voorkomen een ontbindingsverzoek indienen, zoals bij Kantonrechter Zwolle gebeurde (De VOG zaak).³⁵ Om tijd en moeite te besparen kan dan bijna net zo goed een ontbindingsverzoek ingediend worden. Acht de kantonrechter die op het verzoek van de werknemer moet oordelen over de geldigheid van de ontbindende voorwaarde, deze nietig, dan is de arbeidsovereenkomst nooit geëindigd en is over de gehele periode loon verschuldigd als de werknemer beschikbaar is geweest voor werk.

32 Kamerstukken II 2013/14, 33318, 3, p. 39.

33 Art. 7:686a lid 4 BW.

34 Art. 7:681 BW wegens strijd met art. 7:671 BW.

35 Ktr. Zwolle 30 januari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:413.

6. Het einde van de ontbindende voorwaarde

De ontbindende voorwaarde past niet binnen het huidige ontslagrecht. De Hoge Raad gaf in Mungra/Van Meir al duidelijk aan dat zo'n voorwaarde slechts bij uitzondering kon bestaan binnen het gesloten ontslagstelsel. Nu dit stelsel per 1 juli 2015 nog veel meer gesloten is geworden, zowel gezien het afgebakende grondenstelsel als het feit dat instemming moet worden verkregen en anders via een vastgelegde route toestemming of ontbinding moet worden gevraagd voor het ontslag, kan die uitzondering amper nog bestaan. Ook de zwaarder geworden herplaatsingsplicht maakt een direct einde van de arbeidsovereenkomst niet passen bij het huidige stelsel. Het is wenselijk gelijke gevallen gelijk te behandelen. Aangezien de ontbindende voorwaarden altijd wel onder de h-grond of anders misschien onder een andere grond kunnen worden geschaard én in dat geval in ieder geval aan art. 7:669 lid 1 moet zijn voldaan voordat tot ontbinding kan worden overgegaan, daarbij de opzegtermijn in acht nemend en als aan de voorwaarden van art. 7:673 BW is voldaan met betaling van de transitievergoeding, zou dat de aangewezen route moeten zijn. Een voorwaarde in de arbeidsovereenkomst als waarschuwing kan wel behulpzaam zijn en in bepaalde gevallen de kans op toewijzing van het ontbindingsverzoek vergroten.