

# Na einde van rechtswege: recht op vergoeding? De beëindigingsvergoeding bij de ontbindende voorwaarde onder de WWZ

ArbeidsRecht 2019/18

De toelaatbaarheid van de ontbindende voorwaarde die ertoe leidt dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege tot een einde komt<sup>2</sup> is door de Hoge Raad voor de eerste maal geaccepteerd in 1992 in het *Mungra*-arrest<sup>3</sup>. Sindsdien heeft de Hoge Raad diverse arresten gewezen waarin hij een ontbindende voorwaarde de ene keer wel, en de andere keer niet rechtsgeldig heeft geacht.<sup>4</sup> Al deze arresten zijn echter gewezen in de periode voor intreding van de WWZ en onder 'oud (ontslag)recht'. De vraag of de ontbindende voorwaarde onder de WWZ nog bestaansrecht heeft, is in de rechtspraak dus nog niet definitief (door de Hoge Raad) beantwoord. In dit artikel gaan wij allereerst kort op deze vraag in. Verder zullen wij met name aandacht besteden aan een vraagstuk dat daarmee samenhangt, dat voor de arbeidsrechtpraktijk evenzeer relevant is, maar tot nu toe in de literatuur en jurisprudentie relatief weinig aandacht heeft gehad. Dat is de vraag of en zo ja, in welke gevallen, de werknemer bij het intreden van de ontbindende voorwaarde aanspraak kan maken op een transitievergoeding (en/of een billijke vergoeding).

## 1. Bestaansrecht ontbindende voorwaarde onder de WWZ

Wij menen dat de ontbindende voorwaarde nog steeds bestaansrecht heeft. Anders dan bij voorbeeld Rietveld<sup>5</sup> zien wij geen reden om aan te nemen dat de wijziging van het ontslagrecht onder de WWZ de ontbindende voorwaarde

sinds 1 juli 2015 niet meer mogelijk zou maken. In zoverre sluiten wij ons aan bij Van Slooten, die in gelijke zin concludeert.<sup>6</sup> In navolging van Van Slooten hechten wij daarbij met name waarde aan het feit dat zowel het algemeen vermogensrecht als het arbeidsrecht zich ook na de inwerkingtreding van de WWZ (wettekstueel) niet tegen de ontbindende voorwaarde verzetten, integendeel. Art. 6:22 BW vormt de basis voor de ontbindende voorwaarde in het vermogensrecht, en in art. 7:667 lid 7 en 8 BW is bepaald dat de ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst in de aldaar genoemde gevallen niet is toegestaan. Juist het feit dat art. 7:667 lid 7 en 8 BW dit zo expliciet bepalen, is in 1992 voor de Hoge Raad een reden geweest om in het *Mungra*-arrest te oordelen dat ontbindende voorwaarde (a contrario) onder voorwaarden dus wel is toegestaan. Art. 7:667 lid 7 en 8 BW zijn ook onder de WWZ ongewijzigd gebleven, zodat dit reeds een belangrijke aanwijzing vormt dat de ontbindende voorwaarde ook onder de WWZ bestaansrecht heeft. Daarbij wijzen wij erop dat – zoals ook Van Slooten heeft aangestipt – de rechtsfiguur van de ontbindende voorwaarde noch in de WWZ, noch in de memorie van toelichting daarop wordt behandeld – en dus ook niet wordt verboden. Om dan te concluderen dat de ontbindende voorwaarde per definitie in geen geval meer met het wettelijk stelsel van het ontslagrecht van de WWZ verenigbaar zou zijn, gaat ons ook om die reden te ver. Ook het gegeven dat de wetgever sinds 1 juli 2015 heeft gekozen voor een systeem van wettelijke ontslaggronden en heeft besloten de (ook onder oud recht bestaande) herplaatsingsplicht wettelijk te verankeren in art. 7:669 BW, waaraan enkele auteurs in dit verband kennelijk de nodige waarde hechten<sup>7</sup>, maakt dit niet anders. Integendeel. De ontslaggronden en de herplaatsingsplicht zijn immers direct ontleend aan het voormalige Ontslagbesluit<sup>8</sup>, dat voor 1 juli 2015 nadrukkelijk onderdeel van ons wettelijk ontslagstelsel uitmaakte. Het enkele feit dat deze vereisten sinds 1 juli 2015 expliciet in de wet zijn opgenomen, kan onzes inziens dan ook niet worden beschouwd als een zodanig 'radicale' wijziging van het wettelijk ontslagstelsel dat hier nu 'plotseling' de ontbindende voorwaarde niet langer mee zou kunnen worden verenigd. Wij zien dan ook niet in waarom de ontbindende voorwaarde onder oud recht niet, maar onder de WWZ wel (per definitie) in strijd met het wettelijk stelsel van ons ontslagrecht zou zijn. Ook onder de WWZ zien wij derhalve nog ruimte voor de ontbindende voorwaarde, zij het (uiteraard) nog steeds met de toepassing van de genoemde terug-

1 Dhr. mr. F.A. Chorus en dhr. mr. B.P. Furstner zijn advocaat bij De Koning Vergouwen Advocaten te Amsterdam.

2 Ter bevordering van de leesbaarheid van dit artikel zullen wij deze species van ontbindende voorwaarde in ons artikel vrijwel steeds (enkel) 'de ontbindende voorwaarde' noemen.

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

4 J.M. van Slooten, 'Is er onder de Wwz nog plaats voor de ontbindende voorwaarde?', *TvO* januari 2017, nr. 1. Zie voor niet rechtsgeldig: HR 24 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2082 (*Van Zijl/Van Koppen*) en HR 13 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2575 (*Port de Plaisance*) en voor wel rechtsgeldig: HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6100 (*Monte/Bank van de Nederlandse Antillen*) en HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0348 (*HTM*).

5 R. Rietveld, 'De (niet meer) ontbindende voorwaarde', *ArbeidsRecht* 2017/27. Naast Rietveld vragen echter ook Van Eck, De Wolff en De Laat zich af of onder de WWZ nog ruimte voor de ontbindende voorwaarde bestaat, zij het dat zij zich minder kritisch dan Rietveld opstellen. Zie respectievelijk: D.J.B. de Wolff, 'De arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde en de Wet werk en zekerheid', *TRA* 2017/25; M. van Eck, 'Over de (on)mogelijkheid van de ontbindende voorwaarde onder de Wwz', *TvO* januari 2017, nr. 1; J.J.M. de Laat, 'De ontbindende voorwaarde in het nieuwe ontslagrecht', *TRA* 2014/100.

6 J.M. van Slooten, 'Is er onder de Wwz nog plaats voor de ontbindende voorwaarde?', *TvO* januari 2017, nr. 1.

7 Rietveld, De Laat, Van Eck en De Wolff laten in de hiervoor aangehaalde artikelen blijken dit van (groot) belang te achten.

8 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 98.

houdende en genuanceerde toets die de Hoge Raad in het *Mungra*-arrest en later onder meer het *HTM*-arrest tot uiting heeft gebracht.<sup>9</sup> Die toets houdt naar de kern genomen in dat een ontbindende voorwaarde alleen geldig kan zijn als deze verenigbaar is met het wettelijk ontslagstelsel, hetgeen van geval tot geval moet worden bezien, waarbij het mede aankomt op de aard, inhoud en context van de voorwaarde. Daarbij is steeds vereist dat het intreden van de voorwaarde objectief bepaalbaar is en niet afhankelijk is van de wil of subjectieve waardering van een daarbij belanghebbende partij.<sup>10</sup> Is aan deze toets voldaan, dan is sprake van een rechtsgeldige ontbindende voorwaarde en zal het enkele intreden van de ontbindende voorwaarde tot gevolg hebben dat de arbeidsovereenkomst (van rechtswege) tot een einde komt. Dit was reeds onder oud recht het geval, en wij verwachten dus dat de Hoge Raad van deze door hem in 1992 uitgezette lijn niet zal afwijken.

## 2. Einde van rechtswege: recht op een vergoeding?

Dat brengt ons op de vraag of en zo ja, in welke gevallen, de werknemer onder de WWZ bij het intreden van de ontbindende voorwaarde aanspraak kan maken op een ontslagvergoeding, lees: een transitievergoeding en/of een billijke vergoeding. Daarvoor is om te beginnen van belang vast te stellen dat, als gezegd, het intreden van een rechtsgeldige ontbindende voorwaarde er steeds en per definitie toe zal leiden dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege tot een einde komt. Daarbij wijzen wij erop dat het intreden van de ontbindende voorwaarde naar vaste rechtspraak<sup>11</sup> niet afhankelijk kan zijn van de wil of subjectieve waardering van een daarbij belanghebbende partij. De partij die bij het intreden van de ontbindende voorwaarde belang heeft, zal in principe steeds de werkgever zijn. De werkgever zal dus nooit invloed mogen (kunnen) uitoefenen op het intreden van de ontbindende voorwaarde en het van rechtswege einde van de arbeidsovereenkomst dat daarvan het gevolg is ('triggerverbod').<sup>12</sup> Als van zodanige invloed wel sprake is, is de ontbindende voorwaarde niet rechtsgeldig en zal deze om die reden niet in werking kunnen treden.

## 3. Transitievergoeding

Een werkgever zal dus nooit de ontbindende voorwaarde kunnen 'triggeren'. Om deze reden zal het uit het intreden van de ontbindende voorwaarde voortvloeiende einde van de arbeidsovereenkomst ons inziens dan ook nooit het gevolg kunnen zijn van het initiatief van de werkgever: het is, als gezegd, een einde van rechtswege. Dit hoeft bij het intreden van de ontbindende voorwaarde echter niet aan

een aanspraak op de transitievergoeding in de weg staan. De werknemer die op dat moment minimaal 24 maanden bij de werkgever in dienst is, zou namelijk een beroep kunnen doen op het bepaalde in art. 7:673 lid 1 onder a onder 3<sup>e</sup> BW. Hierin is bepaald dat de werkgever een transitievergoeding is verschuldigd indien een arbeidsovereenkomst (met een duur van minimaal 24 maanden) na een einde van rechtswege op initiatief van de werkgever niet aansluitend is voortgezet. De vraag of de werkgever bereid is de door het intreden van de ontbindende voorwaarde arbeidsovereenkomst voort te zetten, rijst direct in het kader van het einde van rechtswege, dat het gevolg is van de ontbindende voorwaarde. Anders dan op het intreden van de ontbindende voorwaarde zelf, kan de werkgever op het antwoord op deze vervolgvraag uiteraard wél invloed uitoefenen. Sterker nog: dit is volledig van het besluit (de bereidheid) van de werkgever afhankelijk. Als de werkgever besluit de door het intreden van de ontbindende voorwaarde geëindigde arbeidsovereenkomst niet voort te zetten, is in de regel sprake van een 'niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever'. Alsdan is voldaan aan de vereisten van art. 7:673 lid 1 onder a onder 3<sup>e</sup> BW – waarmee de transitievergoeding onzes inziens in beginsel verschuldigd is.

De kantonrechter te Utrecht<sup>13</sup> heeft in 2018 een dergelijk geval behandeld. Het ging om een beveiligiger van beveiligingsbedrijf G4S, wiens arbeidsovereenkomst was aangegaan onder de ontbindende voorwaarde dat (kort gezegd) de van overheidswege verleende toestemming om beveiligingswerk te verrichten zou worden ingetrokken. Dit strookte met het bepaalde in art. 7 Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus (Wpbr), waaruit volgt dat tewerkstelling als beveiligiger niet is toegestaan als de korpschef hier geen toestemming voor verleent. Dat laatste gebeurde: de korpschef trok de verleende toestemming in en de ontbindende voorwaarde trad in werking, met als gevolg dat de arbeidsovereenkomst direct van rechtswege tot een einde kwam. De werknemer, die op het moment van het einde van de arbeidsovereenkomst een kleine negen jaar in dienst was, berustte in het intreden van de ontbindende voorwaarde en het einde van zijn arbeidsovereenkomst. Hij claimde echter de volgens hem verschuldigde transitievergoeding. De kantonrechter oordeelde evenwel dat de transitievergoeding in de gegeven omstandigheden niet aan de werknemer verschuldigd was. De kantonrechter overwoog daartoe allereerst dat niet kan worden gezegd dat werkgever G4S het initiatief had genomen de arbeidsovereenkomst te doen eindigen. Dit was immers het gevolg van het intrekken van de toestemming door de korpschef (een derde), waardoor de ontbindende voorwaarde in werking trad, en dus een omstandigheid waarop G4S geen invloed had (en ook niet mócht hebben, het triggerverbod). Van een initiatief van de werkgever tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst was derhalve volgens de kantonrechter geen sprake, zodat dit geen grond voor toekenning van de transitievergoeding kon vormen. Deze redenering is in lijn met

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

10 HR 6 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0535 (*Mungra/Van Meir*), r.o. 3.3. en HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0348 (*HTM*) – zie ook de conclusie van A-G Timmerman bij het *HTM*-arrest, ECLI:NL:PHR:2012:BX0348, randnummer 3.15.

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

12 D.J.B. de Wolff, 'De arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde en de Wet werk en zekerheid', *TRA* 2017/25.

13 Rechtbank Midden-Nederland 11 april 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3216.

hetgeen wij hierboven hebben besproken, en wij kunnen ons in zoverre met het oordeel van de kantonrechter verenigen.<sup>14</sup>

Vervolgens overwoog de kantonrechter dat onbetwist gesteld was dat voor alle werknemers van G4S, ongeacht hun functie, geldt dat zij over de voormelde toestemming van de korpschef dienen te beschikken om hun werk te verrichten, en dat G4S dus niet de keuze heeft de werknemer ander werk binnen haar organisatie aan te bieden. Op die grond concludeerde de kantonrechter *“dat, nu niet kan worden gezegd dat de arbeidsovereenkomst door G4S is beëindigd, niet is voldaan aan de voorwaarden waaronder een transitievergoeding kan worden toegekend”*. Dit laatstgenoemde oordeel achten wij niet juist. Anders dan de kantonrechter kennelijk aanneemt, is in dit geval volgens ons namelijk wel degelijk sprake van een geval waarin de arbeidsovereenkomst op initiatief van G4S, de werkgever, niet is voortgezet. Immers, ook als wordt aangenomen dat voor alle werknemers van G4S vereist is dat zij over toestemming van de korpschef beschikken, dan nog had G4S om haar moverende redenen ervoor kunnen kiezen de arbeidsovereenkomst na het intreden van de ontbindende voorwaarde voort te zetten. Voor zover de arbeidsovereenkomst nadien al niet inhoudelijk (in een andere functie) had kunnen worden voortgezet/ingevuld, had G4S bijvoorbeeld kunnen besluiten de arbeidsovereenkomst voort te zetten terwijl de werknemer tot nader order zou worden vrijgesteld van werk (met behoud van loon). In die periode had G4S zich onder meer (samen met de werknemer) ertoe kunnen inspannen alsnog (opnieuw) de vereiste toestemming van de korpschef te bemachtigen, zodat op een nader moment in de toekomst het werk opnieuw door de werknemer had kunnen worden opgepakt en ingevuld. Kortom, G4S had dus wel degelijk de keus de arbeidsovereenkomst met de werknemer, ook na het intreden van de ontbindende voorwaarde, voort te zetten. Kennelijk heeft G4S evenwel besloten hiervan af te zien, en het contract van de werknemer niet te verlengen. Hoewel deze beslissing van G4S gezien de voor de hand liggende praktische bezwaren begrijpelijk is, blijft het een gegeven dat G4S door te weigeren de arbeidsovereenkomst met de werknemer te continueren, onzes inziens wel degelijk het initiatief heeft genomen de arbeidsovereenkomst niet voort te zetten als bedoeld in art. 7:673 lid 1 onder a onder 3<sup>e</sup> BW. Daarmee is volgens ons, anders dan de kantonrechter heeft geoordeeld, de transitievergoeding in een dergelijk geval na het intreden van de ontbindende voorwaarde in beginsel juist wel aan de werknemer verschuldigd.

Er zijn echter ook situaties denkbaar waarin de werknemer na het intreden van een ontbindende voorwaarde geen aanspraak op een transitievergoeding kan maken. Dit zal allereerst het geval zijn indien de werkgever na het intreden van de ontbindende voorwaarde wel degelijk bereid is de beëindigde arbeidsovereenkomst (op alternatieve, passende

wijze) voort te zetten, maar de werknemer weigert daarmee akkoord te gaan. Van een niet-voortzetting op initiatief van de werkgever is dan geen sprake, zodat een transitievergoeding ex art. 7:673 lid 1 onder a onder 3<sup>e</sup> niet aan de orde is. Ook zal de transitievergoeding niet verschuldigd zijn in de gevallen ex art. 7:673 lid 7 BW, waarbij voor wat betreft de ontbindende voorwaarde met name kan worden gewezen op art. 7:673 lid 7 onder c BW: ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Het intreden van de ontbindende voorwaarde is in de praktijk namelijk niet zelden het gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Ter vergelijking met de hiervoor genoemde uitspraak van de kantonrechter, kan worden gedacht aan de beveiligers die door ernstig verwijtbaar handelen (bijvoorbeeld het plegen van een misdrijf) bewerkstelligt dat zijn vergunning wordt ingetrokken – waarmee de werknemer dus feitelijk zelf de ontbindende voorwaarde in werking laat treden, en/of bewerkstelligt dat de werkgever weigert de arbeidsovereenkomst nadien nog met hem voort te zetten, ook niet in een andere passende functie.<sup>15</sup> Daarbij wijzen wij erop dat het aanbieden van een passende functie bij (ernstig) verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer en/of een serieus gegronde, overwegend aan de werknemer te wijten vertrouwensbreuk, doorgaans niet in de rede zal liggen (art. 7:669 lid 1 BW)<sup>16</sup>.

#### 4. Billijke vergoeding

Naast de transitievergoeding, kan de werkgever bij intreden van de ontbindende voorwaarde onder omstandigheden ook een billijke vergoeding aan de werknemer verschuldigd zijn. Indien na een einde van rechtswege sprake is van omstandigheden die maken dat het niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, kan de kantonrechter deze billijke vergoeding ex art. 7:673 lid 9 onder a of b BW (naast de transitievergoeding) aan de werknemer toekennen. Toekenning van een billijke vergoeding kan aangewezen zijn als de werknemer na het intreden van de ontbindende voorwaarde op oneigenlijke wijze wordt belemmerd de arbeidsovereenkomst voort te zetten. Dit laatste bijvoorbeeld doordat de werkgever om ondeugdelijke, gekleurde/subjectieve redenen weigert de werknemer een beschikbare en passende functie aan te bieden. Dat dit handelen/nalaten van een later moment stamt dan het contract dat door de ontbindende voorwaarde is geëindigd, hoeft hier in principe niet aan af te doen. Immers, bij de beoordeling of het niet voortzetten van een van rechtswege geëindigde arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever (art. 7:673 lid 9 BW), kan ook gewicht toekomen aan feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan na dat einde van rechtswege.<sup>17</sup>

14 Zo ook E. Verhulp, in: *T&C Arbeidsrecht*, art. 7:673 BW, aant. 2d.

15 Vgl. Rechtbank Overijssel 14 juni 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:2069.

16 HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220.

17 HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1979.

## 5. **Werknemer staat niet met lege handen**

Wij komen daarmee tot de conclusie dat de ontbindende voorwaarde ook onder WWZ nog bestaansrecht heeft: er is geen overtuigende, valide reden om op dit gebied een koerswijziging van de Hoge Raad te verwachten. Het intreden van de ontbindende voorwaarde heeft tot gevolg dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege tot een einde komt. Als de werknemer op dat moment minimaal twee jaar in dienst is, en de arbeidsovereenkomst vervolgens op initiatief van de werkgever niet wordt voortgezet, is de werkgever ex art. 7:673 lid 1 onder a onder 3<sup>e</sup> BW in beginsel steeds de transitievergoeding aan de werknemer verschuldigd. Dit zal enkel niet het geval zijn als het intreden van de ontbindende voorwaarde dan wel het niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Voorts kan de werknemer onder omstandigheden aanspraak maken op de billijke vergoeding, namelijk als de werkgever hem oneigenlijk belemmert de arbeidsovereenkomst op passende, andere wijze voort te zetten. Ook bij dit einde van rechtswege staat de werknemer dus niet per definitie met lege handen. Dat lijkt ons een terechte uitkomst.