

De drie tijdsdimensies van de a-grond

TRA 2016/81

Bij een bedrijfseconomisch ontslag zijn diverse tijdsdimensies te onderscheiden. De eerste dimensie is dat bij de beëindiging allerlei tijdstippen van belang zijn, zoals het afspiegelmoment² en het moment waarop de herplaatsingstermijn aanvangt.³ De tweede dimensie ziet op de vraag hoe de kantonrechter toepassing van regels uit de eerste dimensie, hier toegespitst op herplaatsing, moet beoordelen: ex nunc of ex tunc (en wanneer is dat?). Een derde dimensie betreft de vraag in hoeverre de rechter in hoger beroep ex nunc of ex tunc oordeelt.

1. Inleiding

De wetgever heeft over deze vragen vrijwel niets opgemerkt in de parlementaire geschiedenis. Er is inmiddels een beperkt aantal uitspraken en een enkele opmerking in de literatuur. Aan de hand hiervan zal ik bezien of er een consistent systeem bestaat of te ontwerpen is. De praktische betekenis van deze kwestie is met name wanneer het zin heeft voor een werkgever of werknemer om in een procedure nieuwe feiten met betrekking tot herplaatsingsmogelijkheden aan te voeren. Om het overzichtelijk te houden zal ik de eerste dimensie aan het einde uitvoeriger behandelen.

2. Toepassing van de vraagstelling in de praktijk; een casus

Als uitgangspunt neem ik een bedrijf dat gaat reorganiseren. Als gevolg daarvan komen twee arbeidsplaatsen te vervallen, laten we zeggen van verkoopmedewerkers. Voor beiden geldt een wettelijke opzegtermijn van vier maanden. De werkgever vraagt toestemming aan het UWV op grond van art. 7:671a BW. Voor het ontslaan van werknemer A wordt toestemming gegeven door het UWV. Werknemer A begint vervolgens een procedure tot herstel op grond van art. 7:682 lid 1 sub a BW. Werknemer B wint bij het UWV. Vervolgens vraagt de werkgever ontbinding op grond van art. 7:671b lid 1 sub b BW bij de kantonrechter. Beiden werknemers zijn van oordeel dat herplaatsing binnen redelijke termijn mogelijk was. Hiertoe zijn diverse argumenten aan te voeren: het kan zijn dat er reeds een andere baan aanwezig was op het moment waarop de ontslagprocedure werd gestart. Ook is het mogelijk dat deze passende arbeid er pas achteraf bleek te zijn. Een derde mogelijkheid is dat de werknemer achteraf gezien door middel van scholing in staat zou zijn geweest om de arbeid te verrichten, maar dat niet eerder kenbaar had gemaakt of dat zulks niet eerder onderzocht was.

3. De herplaatsingsverplichting

Hoewel er nog andere relevante momenten gelden (zie hierna), beperk ik mij nu tot de herplaatsingsverplichting.⁴ Zoals bekend, moet herplaatsing binnen een redelijke termijn mogelijk zijn, al dan niet met behulp van scholing. Art. 10 lid 1 Ontslagregeling stelt dat deze termijn gelijk is aan de wettelijke opzegtermijn. Art. 10 lid 4 Ontslagregeling regelt dat de opzegtermijn aanvangt op het moment waarop op het verzoek om toestemming voor de opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt beslist. Bij werknemer A neem ik aan dat dit verzoek om toestemming op 1 februari wordt gedaan en het besluit dan op 1 maart volgt. Verondersteld dat de werkgever diezelfde dag tot opzegging overgaat, eindigt de opzegtermijn op 1 juni (in verband met één maand aftrek ex art. 7:672 lid 5 BW). De herplaatsingsstermijn is hier vier maanden (immers gelijk aan de wettelijke opzegtermijn) en vangt, conform art. 10 lid 4 Ontslagregeling, aan op 1 maart. Deze eindigt derhalve op 1 juli. De mogelijkheid om herstel te verzoeken eindigt vervolgens op 1 augustus, te weten twee maanden na het einde van de opzegtermijn (art. 7:686 a lid 4 BW). Deze verschillende data werken soms verwarrend en kunnen tot 'gekke situaties' leiden. Ik kom daar op terug. Nu eerst een vergelijking met ontbinding.

4. Situatie bij ontbinding wegens de a-grond

Bij werknemer B volgt het ontslag drie maanden later. Op 1 maart volgt afwijzing door het UWV en twee maanden later moet het ontbindingsverzoek zijn ingediend (dat is de uiterste datum gelet op art. 7:686a lid 4 BW). Ik neem aan dat de kantonrechter alsnog ontbindt en dan bij beschikking op 1 juni. In dat geval schuiven ook alle andere termijnen op. De einddatum van de arbeidsovereenkomst is dan 1 september (in plaats van 1 juni bij opzegging). Daar waar de herplaatsingstermijn bij werknemer A tot 1 juni liep, schuift deze nu op naar 1 oktober, namelijk vier maanden na de ontbindingsbeschikking.

5. De tweede dimensie: de verschillen tussen opzegging en ontbinding

Dat leidt ertoe dat voor werknemer B in feite dus een langere herplaatsingstermijn geldt, indien we ook de periode vanaf de mislukte aanvraag tot toestemming UWV meenemen. Een ander gevolg is dat ontwikkelingen in het tijdvak juni-oktober bij werknemer B deels wel (zie hierna) een rol kunnen spelen en bij werknemer A niet.

1 Prof. mr. J.M. van Slooten (m) is hoogleraar arbeidsrecht aan de UVA en advocaat bij Stibbe.

2 Art. 12 Ontslagregeling.

3 Als bedoeld in art. 7:669 lid 1 BW jo. art. 10 lid 4 Ontslagregeling.

4 Om deze reden behandel ik verder niet de situatie dat de werknemer vernietiging verzoekt. Dogmatisch gezien zal een vernietigingsverzoek hier gelijk te stellen zijn aan een herstelverzoek. Met uitzondering van de kwestie van de wederindiensttreedingsvoorwaarde zal de combinatie vernietiging en herplaatsing zich niet zo snel voordoen.

5.1 *Bij herstelprocedure toetsing ex tunc*

Een ander verschil blijkt indien we kijken naar de toetsingsmaatstaf die moet worden aangelegd bij de beoordeling van het ontslag. Werknemer A begint een herstelprocedure waarover de wetgever heeft opgemerkt dat 'de werknemer die van oordeel is dat de toestemming ten onrechte door het UWV is verleend' een procedure kan beginnen. Dit duidt op een toetsing ex tunc. Onder verwijzing naar deze passage in de wetsgeschiedenis oordeelde de Rechtbank Amsterdam dat zo getoetst moet worden in de Finapres-zaak.⁵ Deze visie is ook, verder uitgewerkt, tot uitdrukking gebracht door de Kantonrechter Utrecht.⁶ Deze oordeelde:

“Het vorenstaande betekent dat Voetbal International, ten tijde van haar verzoek bij het UWV om toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen (in dit geval rond eind augustus 2015) een inschatting diende te maken van de mogelijkheden tot herplaatsing van de werknemer. De vraag of die inschatting juist is geweest moet ex tunc worden beoordeeld aan de hand van de vacatures die bij Voetbal International bestonden of binnen een redelijke termijn zouden ontstaan.”

In hoger beroep heeft inmiddels ook het Gerechtshof 's-Hertogenbosch (impliciet) geoordeeld dat ex tunc moet worden geoordeeld.⁷

In de literatuur heeft Verhulp zich hierover het duidelijkst uitgelaten. Hij is van mening dat in de herstelprocedure ex tunc moet worden geoordeeld:

“Nu de kennelijke bedoeling van de minister is om te bewerkstelligen dat op het moment van beslissen een inschatting van de mogelijkheden tot herplaatsing gedurende een periode gelijk een opzegtermijn wordt gemaakt, dient die inschatting te worden beoordeeld en niet wat zich feitelijk na die beoordeling heeft voltrokken.”⁸

Verhulp wijst verder nog op het arrest *Schoonderwoert/Schoonderwoerd*.⁹ In dit arrest is geoordeeld over kennelijk onredelijk ontslag onder het oude recht. Het ligt voor de hand hier in ieder geval naar te kijken, alhoewel het oud recht betreft. Ook in die procedure kon herstel worden uitgesproken. Ook hierin is geoordeeld dat ex tunc moet worden geoordeeld of de werkgever bij de opzegging kennelijk onredelijk handelde. 'In dat verband dient', aldus de Hoge Raad, 'te worden gekeken naar de omstandigheden zoals deze zich niet later dan op het tijdstip van ingang van het ontslag voordeden; nadien intredende omstandigheden kunnen in aanmerking worden genomen voor zover zij aan-

wijzingen opleveren voor wat niet later dan op voormeld tijdstip kon worden verwacht'.¹⁰

5.2 *Bij ontbindingsprocedure geldt toetsing ex nunc*

Bij herstel geldt dus een ex tunc toetsing. Bij de ontbindingsbeschikking geldt daarentegen in beginsel een ex nunc toetsing. Dat volgt naar mijn mening uit de aard van de procedure. Is immers bij herstel sprake van toetsing achteraf van een rechtshandeling van de werkgever (de opzegging); bij ontbinding verricht de rechter als het ware de rechtshandeling zelf. In de zaak betreffende het Amsterdam Museum oordeelde de kantonrechter aldaar ook dat zij ex nunc moest toetsen en niet het werk van het UWV mocht toetsen:

“De kantonrechter moet, blijkens de wetsgeschiedenis, in het geval van de a-grond, het ontbindingsverzoek aan dezelfde criteria toetsen als het UWV waarbij de Ontslagregeling van toepassing is. De kantonrechter zal de zaak opnieuw moeten beoordelen.”¹¹

5.3 *Vier mogelijke momenten voor toetsing ex tunc*

Terug naar de verschillen in temporele werking: niet alleen is in het geval van ontbinding het tijdvak drie maanden verschoven ten opzichte van de herstelprocedure, maar ook het moment van waaruit naar dit tijdvak achteraf kan worden gekeken. Dit leidt echter tot de vraag tot welk moment de ex tunc toetsing dan eigenlijk precies teruggaat. Ik zie hier vier mogelijkheden. Ten eerste kan men aanhaken bij de kennelijk onredelijk ontslagjurisprudentie zoals hierboven genoemd. Daarin wordt gekozen voor de ingang van het ontslag (ik interpreteer dat als de einddatum; in het voorbeeld 1 juni). Ook kan men kiezen voor 'het moment van ontslag'. Dat betreft dus de opzegging; 1 maart. Hiervoor pleit dat de werkgever die eenmaal opzegt deze niet meer eenzijdig ongedaan kan maken; met latere omstandigheden kan hij dus geen rekening houden. Dit pleit dan ook tegen de eerste mogelijkheid. Hiervoor kiest ook Rechtbank Amsterdam in de Finapres-zaak.¹² De derde mogelijkheid is te ontleen aan art. 10 lid 4 Ontslagregeling: het moment waarop beslist wordt door het UWV; ook dat is hier 1 maart, maar dat kan ook een maand voor de opzegging liggen. Het gaat dan om de start van de herplaatsingstermijn. De vierde mogelijkheid is het moment van indiening van de aanvraag (1 februari). Pleitbaar is dat de werkgever op het moment van de indiening een inschatting moet maken of er binnen de herplaatsingstermijn passende arbeid gevonden zal kunnen worden. Die inschatting moet hij maken voordat de herplaatsingstermijn aanvangt. Zoals Verhulp schrijft:

“Het gaat er om of de werkgever een juiste inschatting heeft gemaakt en die inschatting maakt hij in beginsel op dat moment. Hiertegen pleit dat de werkgever nog wel in staat is om na de toestemming van het UWV te besluiten niet op te zeggen. Ik zou dus willen kiezen voor

5 Rb. Amsterdam 26 april 2016, *AR-Updates* 2016-0500 (Finapres).

6 Ktr. Utrecht 18 maart 2016, *JAR* 2016/105.

7 Zie: Hof 's-Hertogenbosch 9 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2337.

8 Zie: E. Verhulp, 'Ontslagregeling', in: J.M. van Slooten, M. Vegter & E. Verhulp, *Tekst en Commentaar arbeidsovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, aant. 4.

9 HR 17 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2457.

10 HR 17 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2457.

11 Ktr. Amsterdam 16 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8342, r.o. 12.

12 Rb. Amsterdam 26 april 2016, *AR-Updates* 2016-0500 (Finapres).

de tweede mogelijkheid: het moment van opzegging. Maar zeker ben ik niet.”

Terzijde: ontbindingsrechter kan niet rekening houden met alle omstandigheden op moment van ontbinding

Een niet onbelangrijk terzijde: Verhulp heeft erop gewezen dat het systeem op dit punt bij ontbinding niet goed in elkaar zit. Zou men namelijk kiezen voor de derde mogelijkheid (het moment waarop het UWV of de rechter een beslissing neemt) dan dient ook de ontbindingsrechter te oordelen naar het moment waarop hij zijn beschikking geeft en dat ligt na het moment van de indiening van het verzoek en de behandeling. Zodoende kan hij geen rekening houden met wat na de zitting nog is gebeurd; bij opzegging kan de werkgever dat wel.¹³ Ook op dit punt dreigt dus een discrepantie tussen herstel en ontbinding. Bij herstel is dus te bepleiten dat de werkgever rekening moet houden met ontwikkelingen tussen het verlenen van toestemming en het gebruikmaken daarvan, terwijl de ontbindingsrechter niet verder kan kijken dan vanaf het moment van de mondelinge behandeling.

6. De derde dimensie: hoger beroep

De verschillen tussen werknemer A en werknemer B worden groter indien er hoger beroep wordt ingesteld. In dat geval zal bij herstel nog altijd toetsing ex tunc plaatsvinden. Dat volgt naar mijn mening uit de beschikking van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch.¹⁴ Bij behandeling van het hoger beroep tegen een ontbindingsbeschikking is er echter twijfel mogelijk over het toetsingsmoment.

6.1 De aangebrande monteur

Aan de ene kant is er de beschikking in de zaak die ik maar noem de 'Aangebrande monteur'.¹⁵ Daarin oordeelt het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden "dat het [Hof] niet nogmaals hoeft te toetsen of er ten tijde van de beslissing in hoger beroep, dus ex nunc, nog herplaatsingsmogelijkheden voor de werknemer bestaan. Bij de beoordeling van de vraag of de kantonrechter ten onrechte de verzochte ontbinding heeft afgewezen heeft die toets al – ex tunc derhalve – plaatsgevonden". Deze uitspraak lijkt erop te duiden dat er in hoger beroep ex tunc zal worden geoordeeld. Meer precies: naar het moment waarop de kantonrechter de ontbindingsbeschikking nam die in hoger beroep is voorgelegd. Het hof onderbouwt dit met een a contrario redenering gebaseerd op art. 7:683 lid 5 BW. Deze bepaling ziet op de situatie dat het hof, anders dan de rechter in eerste aanleg, tot het oordeel komt dat de arbeidsovereenkomst moet eindigen. In dat geval wordt de bepaling omtrent de toekenning van een vergoeding ex art. 7:671b en 7:671c BW van toepassing verklaard. Het hof leidt daar a contrario uit af dat het bij andere aspecten niet gebonden is aan art. 7:671b BW en dus geen opzegtermijn

in acht hoeft te nemen, zoals volgt uit art. 7:671b lid 8 BW. Met dezelfde redenering ('een en ander brengt ook mee...') oordeelt het hof dat herplaatsingsmogelijkheden niet opnieuw hoeven te worden getoetst. Relevant in dit verband is dat art. 10 lid 4 Ontslagregeling voorschrijft dat de redelijke termijn aanvangt op de dag waarop wordt beslist op het verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Strikt genomen ontbindt het hof echter niet, maar 'bepaalt hij op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst eindigt', zie art. 7:683 lid 5 BW. Daarbij komt dat de kantonrechter al een beslissing heeft genomen op het verzoek tot ontbinding. Weliswaar was dat een afwijzing, maar wel een beslissing. Art. 10 lid 4 Ontslagregeling vereist of impliceert niet dat het moet gaan om een beslissing te ontbinden.

6.2 De afgedwaalde conciërge

Met bovenstaande beschikking lijkt, op het eerste gezicht, in tegenspraak te zijn de beschikking van hetzelfde hof in de zaak van de conciërge die van zijn pad was afgedwaald.¹⁶ In die zaak had de kantonrechter een conciërge ontslagen op de e-grond zonder toekenning van een vergoeding. Omdat volgens hem sprake was van verwijtbare gedragingen had hij niet op herplaatsingsmogelijkheden getoetst (zie art. 7:669 lid 1 BW slot). Het hof oordeelt echter dat de d-grond meer aangewezen is en voegt daar aan toe: "Daarmee dient het Hof ook te beoordelen of sprake is van herplaatsingsmogelijkheden in de zin van artikel 7:669 BW, eerste lid". Deze uitspraak is nog te verenigen met die van de aangebrande monteur: indien de kantonrechter reeds herplaatsingsmogelijkheden heeft beoordeeld, zoals bij de monteur, hoeft het dat niet nog eens te doen. Heeft de kantonrechter deze toets nog niet gedaan, dan dient het hof dat alsnog te doen.

6.3 De schooldirecteur

Een derde uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden luidt weer net iets anders. Hier gaat het om een schooldirecteur wiens overeenkomst is ontbonden op de d-grond.¹⁷ Hier oordeelt het hof:

"De kantonrechter heeft in haar beschikking goed gemotiveerd waarom herplaatsing als directeur niet in de rede ligt. Appellant heeft geen andere stellingen op dit punt aangevoerd dan reeds door de kantonrechter verworpen stellingen. Het Hof neemt de motivering van de kantonrechter over en maakt deze tot de zijne."

Deze uitspraak lijkt toch wel enigszins strijdig met de voorgaande. De kantonrechter had hier wel herplaatsing bekeken. De overweging van het hof suggereert in ieder geval dat, als appellant andere stellingen had aangevoerd met betrekking tot herplaatsing, het hof die had betrokken in zijn oordeel.

Dat brengt mij ook op de vraag in hoeverre de ex tunc lijn in hoger beroep, zoals blijkt in de zaak van de aangebrande

13 E. Verhulp, 'Ontslagregeling', in: J.M. van Slooten, M. Vegter & E. Verhulp, *Tekst en Commentaar arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2015, aant. 4.

14 Hof 's-Hertogenbosch 9 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2337.

15 Hof Arnhem-Leeuwarden 25 april 2016, JAR 2016/146.

16 Hof Arnhem-Leeuwarden 29 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:5337.

17 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:761, RAR 2016/65.

monteur, zich verhoudt tot het beginsel dat het hoger beroep een integrale herkansing biedt. In ieder geval biedt dit beginsel het recht om nieuwe feiten in hoger beroep aan te voeren. Daaronder vallen zowel feiten die zich pas na de uitspraak in eerste aanleg hebben voorgedaan als feiten die om andere redenen niet eerder zijn aangevoerd.¹⁸ Dat beginsel hoeft evenwel niet mee te brengen dat het hof herplaatsing opnieuw beoordeelt naar het moment waarop het een oordeel geeft. Die nieuwe feiten kunnen ook worden gebruikt om de toetsing ex tunc ter discussie te stellen.

Er dringt zich dan een vergelijking op met het toetsingsmoment van andere ontslaggronden. Te denken valt aan de vraag of er sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding, de g-grond. Stel dat de kantonrechter een verzoek op die grond afwijst en de werkgever daartegen in hoger beroep gaat. Precies die kwestie deed zich voor in de beschikking betreffende de aangebrande monteur en waarin geoordeeld werd dat de herplaatsing ex tunc moet worden beoordeeld. Maar over de vraag of er een verstoorde arbeidsverhouding was oordeelde dat hof ex nunc: *“Het voorgaande brengt het Hof tot de conclusie dat sprake is van een zodanig ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding dat voortzetting niet langer van de werkgever gevegd kan worden”* (bena-drukking JvS).

6.4 **Bezwaren tegen toetsing ex nunc in hoger beroep**

Dat lijkt toch niet consistent! Wat zou er nu eigenlijk op tegen zijn om in hoger beroep (ook) de herplaatsingsmogelijkheden ex nunc te toetsen? Het eerste bezwaar is de nog grotere discongruentie met de herstelprocedure. Bij werknemer A wordt bekeken of op 1 maart passende arbeid tot 1 juli te voorzien was. Bij werknemer B zitten we dan tegen het einde van het jaar alvorens het hof een beslissing neemt. Dat is aan werknemer A en B niet uit te leggen, maar systematisch begrijpelijk gelet op het feit dat bij herstel een rechtshandeling achteraf wordt getoetst, terwijl bij ontbinding de toets bij het uitvoeren van de rechtshandeling plaatsvindt.

Een volgend bezwaar is dat er in zekere mate een premie komt op het instellen van appel. Dat speelt in ieder geval voor de werkgever van wie in eerste aanleg het ontbindingsverzoek is afgewezen. Als de herplaatsingsmogelijkheden zijn verslechterd kan dat een reden zijn om alsnog appel in te stellen. Omgekeerd geldt dit niet voor de werknemer. Indien zijn arbeidsovereenkomst in eerste aanleg niet is ontbonden heeft hij geen reden voor appel. Dat kan hij wel hebben als zijn verzoek tot herstel in eerste aanleg is afgewezen. Dan geldt echter een toetsing ex tunc. Met andere woorden: een wat eenzijdig positief effect voor de werkgever.

In de derde plaats zou men kunnen aanvoeren dat de werkgever bij nieuwe herplaatsingsmogelijkheden in hoger beroep maar een nieuwe procedure moet beginnen bij het UWV. Dat doet zich nog in verhevigde mate voor bij de situatie als bedoeld in art. 7:683 lid 3 BW. De arbeidsovereenkomst is dan geëindigd (hetzij ontbonden, hetzij het

verzoek tot herstel is afgewezen). Indien het hof daar anders over denkt, kan het de arbeidsovereenkomst herstellen. Ook hier doet zich de vraag voor hoe dan moet worden omgegaan met de actuele herplaatsingsmogelijkheden. Zijn die in de tussentijd verslechterd, dan wordt de werkgever veroordeeld een arbeidsovereenkomst te herstellen die in feite zinloos is. Het voelt uiteraard niet goed voor een rechter om dat te doen. Nu kan hij dat oplossen door dan een billijke vergoeding toe te kennen, maar de vraag is dan nog steeds of hij rekening mag houden met de nieuwe situatie. Men kan echter ook bepleiten dat de vraag of de herplaatsingsmogelijkheden zijn verslechterd niet voor het eerst in hoger beroep aan de orde dient te komen maar (opnieuw) getoetst dient te worden door het UWV en de kantonrechter.

In een presentatie tijdens het evaluatiecongres BWZ heeft G.C. Boot ten aanzien van de toetsing in hoger beroep de gedachte geopperd dat ex tunc toetsing zou kunnen plaatsvinden in het geval in eerste instantie tot beëindiging is geoordeeld (de art. 7:683 lid 3 BW situatie) en ex nunc in het geval de kantonrechter tot doorwerken heeft geoordeeld (de situatie ex art. 7:683 leden 5 en 6 BW). De gedachte lijkt wel praktisch, maar doorkruist het uitgangspunt dat bij herstel altijd ex tunc toetsing hoort.

7. **De eerste dimensie**

Hierboven heb ik mij gericht op herplaatsingsissues. Zoals ook aan het begin genoemd, is een ontslag wegens bedrijfseconomische redenen omgeven door diverse andere juridisch relevante momenten. Ik benoem deze hierna nog kort en meen dat veel van de hierboven genoemde vragen zich ook bij die momenten kunnen voordoen.

- De afspiegeling vindt in beginsel plaats op het moment waarop het verzoek om toestemming wordt ingediend (art. 12 lid 1 Ontslagregeling). De werkgever kan echter op grond van lid 2 uitgaan van een eerder, objectief vast te stellen moment dan het moment bedoeld in lid 1 indien daar redelijke grond voor is en voor zover dat moment niet gelegen is voor het moment waarop aan de werknemers te kennen is gegeven dat de arbeidsplaatsen zouden vervallen (bijvoorbeeld 1 januari). De peildatum verandert niet wanneer de werknemer bij het UWV wint en de werkgever alsnog ontbinding vraagt. Anders dan op andere plaatsen wordt in art. 12 lid 1 Ontslagregeling alleen het UWV-toestemmingsmoment genoemd en niet het moment waarop het ontbindingsverzoek wordt beoordeeld. De in dit artikel gesignaleerde problemen rondom herplaatsing en toetsingsmoment doen zich uiteraard ook voor als het hof alsnog een oordeel velt over de vraag of een werknemer wel of niet conform het afspiegelingsbeginsel voor ontslag in aanmerking komt.
- Dan is er de aannemelijkheidstermijn van art. 8 Ontslagregeling. Deze bedraagt 26 weken en vangt aan op de dag waarop beslist wordt op het verzoek om toestemming voor de opzegging of over de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Die begint dus in het voorbeeld op 1 maart en eindigt op 1 september. Het

¹⁸ F.B. Bakels, A. Hammerstein & E. Wesseling-Van Gent, *Asser Procesrecht. Deel 4 Hoger Beroep*, Deventer: Kluwer 2012.

kan zijn dat zich binnen deze periode omstandigheden voordoen op grond waarvan geoordeeld moet worden dat er geen bedrijfseconomische grondslag is voor het ontslag. Net als bij herplaatsing komt dan de vraag aan de orde wat daarvan het gevolg moet zijn. Vermoedelijk is dat herstel. Leidt dit ook tot een ex tunc toetsing? Dat ligt voor de hand, omdat de werkgever bij het indienen van de ontslagaanvraag een inschatting moest maken of zich binnen 26 weken de bedrijfseconomische reden zou (blijven) voordoen. Een ander argument voor ex tunc toetsing is dat het einde van de 26 weken termijn (1 oktober) ligt na het moment van de vervaltermijn voor het vragen van herstel (1 augustus). Dat blijft wel iets vreemds hebben, omdat een omstandigheid die zich voordoet tussen 1 augustus en 1 september aanleiding kan zijn te denken dat de werkgever bij de ontslagaanvraag een verkeerde inschatting heeft gemaakt. Het is onduidelijk wat voor rechtsmiddelen de werknemer dan heeft.

- Een andere relevante datum is die bedoeld in art. 7:681 lid 1 sub d-e BW betreffende de wederindiensttredingsvoorwaarde (WITV). Deze houdt in dat de werkgever de inmiddels ontslagen werknemer in de gelegenheid moet stellen zijn vroegere werkzaamheden te hervatten indien binnen 26 weken alsnog weer iemand wordt aangenomen op dat werk. Deze 26 weken termijn begint te lopen na de opzegging op 1 maart en eindigt dus ook op 1 september. Bij overtreding daarvan geldt de mogelijkheid tot vernietiging, inclusief een vervaltermijn die uiterlijk 1 november eindigt.

8. Conclusie

Uit bovenstaande volgt wel dat de vraag of bij ontbinding herplaatsingsmogelijkheden ex nunc of ex tunc moeten worden getoetst, niet eenvoudig te beantwoorden is. Op basis van een paar uitspraken (van één hof) lijkt de lijn in de rechtspraak te zijn: toetsing ex tunc, tenzij de rechter nog niet eerder heeft getoetst. Mij lijkt dat in ieder geval een praktische aanpak, maar geheel passend in de ontbindingsprocedure acht ik haar niet. Ik heb helaas geen ruimte om na te gaan hoe op andere rechtsgebieden en onder het oude recht met dit soort vragen wordt en werd omgegaan. Het kan echter zeker de moeite waard zijn dat te doen.

Verder laat deze verkenning zien dat er verschillen zijn in de toetsingsmaatstaf en het tijdstip bij ontbinding en herstel, terwijl daaraan dezelfde reorganisatie-ontslag ten grondslag kan liggen. Dat is begrijpelijk maar niet uit te leggen, om het maar eens apodictisch te zeggen.

Al met al betreft het hier betrekkelijk taaie kost en men kan zich afvragen hoe vaak dit soort vragen zich in de praktijk zullen voordoen. Ik vrees echter ook dat het past bij de Wwz om zo precies te zijn en daarnaast dat deze vragen soms in procedures van beslissende betekenis kunnen zijn.