

Switchen onder de Wwz

Mr. Anna Görgün en mr. Bart de Vroe*

1. Inleiding

In het arrest Dobbets/Pinckers is door de Hoge Raad voor het eerst bevestigd dat een werknemer het recht heeft om te ‘switchen’ van een reeds ingeroepen vernietiging van het ontslag naar een schadevergoeding.¹ Al voor de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid (Wwz) is de vraag gesteld of er na inwerkingtreding van de Wwz nog plaats is voor die bestendige switch-praktijk. In deze bijdrage wordt de grondslag voor de switch na inwerkingtreding van de Wwz en de uitwerking daarvan in de praktijk in beeld gebracht. Bij het bespreken van de ‘switch-mogelijkheden’ zullen wij aandacht besteden aan het verschil tussen de ‘switch’ zoals die gold voor en na de inwerkingtreding van de Wwz. Wat betreft de ‘switch’ onder het huidige recht gaan we in op de (omgekeerde) ‘switch-mogelijkheden’ die een werknemer heeft van een verzoek tot vernietiging van de opzegging, naar een billijke vergoeding, de vergoeding voor onregelmatige opzegging en de transitievergoeding. Ook komen de vervaltermijnen en het hoger beroep aan bod en eindigen we met de positie van de statutair bestuurder in dit geheel.

2. De switch

2.1 Tot 1 juli 2015

Voor een beoordeling van de switch-mogelijkheden onder de Wwz in dit artikel is allereerst een definiëring van de ‘switch’ van belang. Onder het oude recht gold het volgende.² De werknemer die opkwam tegen een opzegging zonder vergunning kon zich binnen zes maanden na het ontslag richten op een vernietiging van het ontslag of in plaats daarvan een vergoeding.³ Door te switchen binnen de termijn van zes maanden kon de werknemer terugkomen op een eerder gemaakte keuze. Tegen de ontbinding van de arbeidsovereenkomst zelf stond tot 1 juli 2015 geen hoger beroep open, reden

waarom de switch voornamelijk in eerste aanleg een rol speelde.

In het Dobbets/Pinckers-arrest heeft de Hoge Raad aangevaard dat een werknemer die de (buitengerechtelijke) vernietiging van het ontslag heeft ingeroepen, behoudens bijzondere omstandigheden, op die vernietiging mag terugkomen indien hij afstand doet van zijn beroep op de nietigheid van het ontslag (switchen).⁴ Het ontslag bleef dan in stand en de werknemer kon aanspraak maken op een vergoeding in plaats van de vernietiging. Met de switch kon de werknemer dus een daadwerkelijke verandering in de rechtssituatie brengen, zelfs buiten rechte. De switch van voor 1 juli 2015 was een door de Hoge Raad gehonoreerde kunstgreep om mogelijk te maken dat de werknemer eenzijdig kon terugkomen op de vernietiging van het ontslag. De term ‘switch’ is onzes inziens daarom gereserveerd voor de specifieke situatie dat de werknemer eerst het ontslag buitengerechtig heeft vernietigd, daarna terugkomt op die vernietiging van het ontslag en in plaats daarvan de werkgever schadeplichtig stelt.

2.2 Na 1 juli 2015

Sinds de inwerkingtreding van de Wwz – voor zover hier relevant – op 1 juli 2015 is het buitengerechtig inroepen van de vernietiging door een werknemer niet meer mogelijk. De werknemer die wenst op te komen tegen het ontslag moet nu de rechter verzoeken het ontslag te vernietigen of om hem vanwege het ontslag een vergoeding toe te kennen. Als de werknemer vernietiging van het ontslag wenst, dan moet hij dit uiterlijk twee maanden na het ontslag verzoeken aan de kantonrechter, in plaats van binnen zes maanden zelf inroepen zoals voor de Wwz. Een andere wijziging is dat het sinds 1 juli 2015 mogelijk is om in hoger beroep te gaan van een beschikking van de kantonrechter. Voor de vergoeding kan de werknemer – afhankelijk van de omstandigheden van het geval – kiezen uit de vergoeding voor onregelmatige opzegging, de transitievergoeding en een billijke vergoeding of een combinatie daarvan. Omdat de werknemer sinds 1 juli 2015 het ontslag niet meer buitengerechtig kan vernietigen, komt het eerste keuzemoment voor de werknemer feitelijk pas in rechte aan bod.

Het is de vraag of een wijziging van het verzoek van de werknemer hangende de procedure, ook als ‘switch’ moet worden beschouwd. Jansen omschrijft de switch

* Mr. K.A. Görgün en mr. L.J. de Vroe zijn advocaten bij Vestius Advocaten te Amsterdam.

1. HR 7 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1476, JAR 1994/234 (Dobbets/Pinckers).

2. Een overzichtartikel over de switch voor de Wwz: G.C. Boot, ‘De switch’, *ArbeidsRecht* 2002/53. Boot heeft de verhouding tussen de switch en de privaatrechtelijke regels ook wel als ‘wonderlijk’ aangeduid.

3. Art. 7:681 en 7:681 BW (oud).

4. De Hoge Raad heeft dit herhaald in HR 7 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0645, JAR 2002/155 (Greeven/Connexion Openbaar Vervoer NV).

als een keuzemogelijkheid van de werknemer.⁵ Zo beschouwd kan ook de keuze van de werknemer om zijn primaire verzoek te veranderen als een switch worden aangemerkt. Ook Van Slooten, Zaal en Zwemmer kwalificeren de situatie waarin een werknemer eerst om vernietiging van de opzegging verzoekt, daarna besluit zich alsnog bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst neer te leggen en daarbij verzoekt om een billijke vergoeding, als een switch. Dat, en ook de omgekeerde situatie (eerst een billijke vergoeding en daarna alsnog vernietiging verzoeken) is volgens hen ook onder de Wwz nog mogelijk.⁶ Met Verhulp zijn wij echter van mening dat ‘de switch’ als zodanig niet meer bestaat.⁷ De werknemer kan sinds 1 juli 2015 niet meer buitengerechtigd vernietigen, laat staan dat hij kan terugkomen op die vernietiging. Dat een werknemer hangende de procedure zijn verzoek kan wijzigen staat daar los van en is in feite terug te voeren op de bevoegdheid tot het wijzigen van eis ex artikel 283 Rv. Daarom wordt daar waar in dit artikel wordt gesproken over de ‘switch’ na de Wwz, gedoeld op de mogelijkheid voor de werknemer om hangende de procedure zijn eis te wijzigen. Hierna zullen wij de ‘switch-mogelijkheden’ die de werknemer heeft onder de Wwz verder uitwerken.

3. Vervaltermijn

3.1 Artikel 7:686a BW

Zowel de vernietiging van het ontslag als de billijke vergoeding moet sinds 1 juli 2015 binnen twee maanden na einde arbeidsovereenkomst door de werknemer bij verzoekschrift worden verzocht, op straffe van verval.⁸ Overigens heeft de Hoge Raad voor het specifieke geval van artikel 7:686a lid 4, aanhef en onder b BW, onlangs bepaald dat er geen aanleiding bestaat om artikel 7:686a lid 4 aanhef en onder b ambtshalve toe te passen.⁹ Zekerheidshalve doen partijen er dus verstandig aan om het er niet op aan te laten komen en expliciet een beroep te doen op de vervaltermijn. In literatuur en rechtspraak is aan de orde gesteld of een ‘switch’ ook na de vervaltermijn van twee maanden nog mogelijk is.¹⁰ Dit is temeer van belang voor situaties waarin de werknemer

niet zowel de vernietiging als de billijke vergoeding al bij (tijdig) verzoekschrift primair of subsidiair aan elkaar heeft verzocht. De rechtspraak ter zake laat een wisselend beeld zien, zoals hieronder zal worden toegelicht.

3.2 Aanpassing verzoek

In de situatie dat een werknemer tijdig (dus binnen twee maanden na einde arbeidsovereenkomst) heeft verzocht om primair vernietiging van het ontslag en subsidiair de billijke en andere vergoedingen, is het de werknemer toegestaan om zijn verzoek of de gronden daarvan te wijzigen zolang de rechter nog geen uitspraak heeft gedaan.¹¹ Het is de werknemer aldus toegestaan om zijn primaire eis (vernietiging) te laten vallen en van zijn subsidiaire verzoek zijn primaire verzoek te maken.¹² Een dergelijke switch is ook na de vervaltermijn van twee maanden nog mogelijk, zolang de einduitspraak nog niet is gewezen. De vervaltermijn is immers met het tijdig instellen van het subsidiaire verzoek veiliggesteld. Zowel procesrechtelijk als op grond van Boek 7 BW is deze switch aldus toegestaan. Ook is het de werknemer toegestaan om op grond van artikel 283 Rv zijn verzoek mondeling te wijzigen bij gelegenheid van de mondelinge behandeling.¹³

3.3 Vermeerdering verzoek

In de situatie dat een werknemer bij verzoekschrift slechts de vernietiging van het ontslag heeft verzocht, maar hangende de procedure alsnog berust in het ontslag en in plaats daarvan een billijke vergoeding verzoekt (of andersom), is het de vraag of de vervaltermijnen de werknemer kunnen worden tegengeworpen als de werknemer pas na twee maanden na het ontslag ‘switcht’. In deze situatie heeft de werknemer niet (tijdig) subsidiair verzocht om de toekenning van de billijke en/of andere vergoedingen gerelateerd aan het ontslag, zoals de gefixeerde schadevergoeding en de transitievergoeding. Het is de werknemer op grond van artikel 283 Rv toegestaan om tot de uitspraak van de rechter zijn verzoek of gronden te vermeerderen of te veranderen. Boek 7 BW kent echter kortere vervaltermijnen, van twee of drie maanden na einde arbeidsovereenkomst. Los van de mogelijkheden die artikel 283 Rv biedt, geldt voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van elke vermeerdering c.q. verandering van het verzoek ook het beginsel van de goede procesorde. De verweerder moet naar het oordeel van de Hoge Raad bij een vermeerdering of verandering van het verzoek in ieder geval wel de gelegenheid worden geboden om zijn verweer aan te vullen of zijn standpunt te herzien.¹⁴ Er zijn natuurlijk meerdere redenen te bedenken waarom de werknemer later alsnog wenst te berusten in het ontslag en in plaats van de vernietiging van de opzegging een vergoeding zou willen ontvangen. De werknemer kan bijvoorbeeld hangende

5. P.J. Jansen, ‘Ontslag op staande voet en de Wet werk en zekerheid: is er nog plaats voor een kort geding, voorwaardelijke ontbinding, bewijsoverlevering en een switch?’, *TAP* 2015-2.

6. J.M. van Slooten, I. Zaal en J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 5.7.4.

7. Zie de noot van Verhulp bij Rb. Midden-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1247, *JAR* 2016/86.

8. Art. 7:686a lid 4 BW.

9. HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2305, *JAR* 2019/17 met noot van A. van Zanten-Baris.

10. Zie bijvoorbeeld J.M. van Slooten, I. Zaal en J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 187; E. Verhulp, in *T&C BW*, commentaar op art. 7:681 BW (Vernietiging opzegging of billijke vergoeding), aant. 3 (online, laatst bijgewerkt op 1 juli 2018); W.J.J. Wetzels, ‘Perikelen rond de vervaltermijn van art. 7:686a lid 4 BW’, *ArbeidsRecht* 2018/27 en P.J. Jansen, ‘Ontslag op staande voet en de Wet werk en zekerheid: is er nog plaats voor een kort geding, voorwaardelijke ontbinding, bewijsoverlevering en een switch?’, *TAP* 2015/59.

11. Art. 283 jo. 130 Rv.

12. Zie bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1247, *JAR* 2016/86.

13. Zie onder meer HR 4 juni 1976, *NJ* 1977/125 en HR 19 januari 1979, *NJ* 1979/398.

14. HR 12 mei 2006, *NJ* 2006/293.

de procedure een andere baan hebben gevonden. Vanwege de korte vervalttermijnen is het voorts niet ondenkbaar dat de werknemer pas in de laatste dagen voor het einde van de tweemaandenvervaltermijn zich heeft gemeld bij een advocaat, bijvoorbeeld omdat de aangevraagde WW-uitkering door het UWV is afgewezen. Het kan ook simpelweg een onderhandelingsstactiek zijn. Hieronder zullen wij duiden welke ‘switch-mogelijkheden’ de werknemer heeft voor het verzoeken van een billijke vergoeding, de onregelmatige opzegging en de transitievergoeding, ook na het verstrijken van de vervalttermijn.

3.4 Vermeerdering: billijke vergoeding

In het merendeel van de literatuur wordt voor wat betreft de switch van de vernietiging van het ontslag naar de billijke vergoeding ex artikel 7:686a lid 4 BW, overwogen dat een dergelijke switch ook na ommekomst van de tweemaandenvervaltermijn mogelijk is voor zover beide verzoeken dezelfde grondslag kennen.¹⁵ Bij de Vaate verwijst naar de criteria die de Hoge Raad heeft geformuleerd voor de beoordeling of een wijziging van het verzoek als een ‘nieuwe rechtsvordering’ gezien moet worden.¹⁶ Volgens de Hoge Raad is sprake van een nieuwe rechtsvordering indien het nieuwe verzoek berust op een andere juridische en feitelijke grondslag dan het oorspronkelijk ingediende verzoek.¹⁷ Indien sprake is van een nieuwe rechtsvordering en de vervalttermijn reeds verstreken is, kan de verzoeker zijn verzoek niet meer wijzigen op grond van artikel 283 Rv. Omdat zowel het verzoek tot vernietiging van het ontslag als het vorderen van de billijke vergoeding zijn gestoeld op hetzelfde feitencomplex en dezelfde juridische grondslag, namelijk artikel 7:681 BW, ziet Bij de Vaate ruimte voor een switch inhoudende een vermeerdering van eis, ook na ommekomst van de vervalttermijn van twee maanden. De jurisprudentie van de Hoge Raad waarnaar zij verwijst gaat echter om de beoordeling van de vraag of er sprake is van een nieuwe rechtsvordering bij verjaring. Het is de vraag of die jurisprudentie eenop-een kan worden toegepast op de stringentere vervalttermijnen. Van Slooten, Zaal en Zwemmer vinden voor het antwoord op de vraag naar de toelaatbaarheid van een dergelijke wijziging, steun bij het feit dat de werknemer bij een switch van de vernietiging van het ontslag naar een billijke vergoeding, binnen het onderdeel van artikel 7:686a lid 4 BW blijft.¹⁸ Wij delen deze mening.

Kantonrechter Amsterdam heeft in ieder geval toegestaan dat een werknemer ter zitting (buiten de vervalttermijn van twee maanden) alsnog om een billijke vergoeding verzoekt in plaats van de vernietiging van het ontslag.¹⁹ De kantonrechter overweegt dat noch in de

bewoordingen van artikel 7:681 BW, noch in de wetsgeschiedenis aanwijzingen te vinden zijn dat deze wijziging van eis buiten de vervalttermijn niet meer mogelijk is, zolang het oorspronkelijke verzoek maar tijdig is ingediend. Voor zover wij hebben kunnen nagaan, is er nog geen uitspraak gewezen waarin een dergelijke switch (van verzoek vernietiging ontslag naar verzoek billijke vergoeding) na de vervalttermijn door de rechter niet is toegestaan. De mogelijkheid van een switch van een vernietiging van het ontslag naar een billijke vergoeding, ook buiten de vervalttermijn, lijkt ons juist en wenselijk. In de situatie waarin tijdens de mondelinge behandeling duidelijk wordt dat werknemer en werkgever niet meer met elkaar verder kunnen, heeft de werknemer namelijk een uitweg. Hij kan in dat geval alsnog een billijke vergoeding verzoeken en zijn verzoek tot vernietiging van het ontslag laten vallen.

3.5 Vermeerdering: overige vergoedingen

Hiervoor hebben wij besproken dat een werknemer ook na de vervalttermijn nog kan switchen van een verzoek tot vernietiging van het ontslag naar een billijke vergoeding. In dat geval legt de werknemer zich neer bij het ontslag en verzoekt hij een geldelijke genoegdoening. De werknemer heeft echter meer te vorderen dan alleen de billijke vergoeding. Indien de werknemer het vernietigbare ontslag in stand laat, heeft hij meestal tevens aanspraak op een vergoeding vanwege onregelmatige opzegging en mogelijk ook een transitievergoeding. De juridische grondslag van zowel het verzoek tot vernietiging van het ontslag als het verzoek tot toekenning van de billijke vergoeding wordt zoals hierboven aangegeven gevonden in hetzelfde artikel, namelijk artikel 7:681 BW (jo. art. 7:686a lid 4 BW). Dat ligt anders voor wat betreft de switch van het verzoek tot vernietiging van het ontslag (art. 7:681 BW) naar het verzoek tot toekenning van de gefixeerde schadevergoeding wegens onregelmatige opzegging (art. 7:672 lid 9 BW, vervalttermijn twee maanden) en tot toekenning van de transitievergoeding (art. 7:673 lid 1 BW, vervalttermijn drie maanden).²⁰ Een dergelijke switch zal namelijk wel als ‘nieuwe rechtsvordering’ moeten worden beschouwd vanwege de veranderde juridische grondslag. Een na de vervalttermijn ingediend aanvullend verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding is om die reden in onze ogen terecht afgewezen door Kantonrechter Breda.²¹

In de praktijk wordt de switch-mogelijkheid vaak zeker gesteld met een primaire en subsidiaire eis bij verzoekschrift. Sagel constateert dat deze in steek juridisch gezien vreemd is; een subsidiaire vordering kan immers alleen worden toegewezen als ook de primaire eis toewijsbaar is.²² De werknemer die binnen twee maanden na het ontslag primair om vernietiging en subsidiair om

15. Zie voetnoot 10.

16. D.M.A. Bij de Vaate in *T&C BW, Arbeidsovereenkomst*, art. 7:681 BW, aant. 6 (online, laatst bijgewerkt op 23 maart 2018).

17. Zie o.a. HR 23 mei 1997, *NJ* 1997, 531 en HR 8 oktober 2004, *NJ* 2004, 659.

18. J.M. van Slooten, I. Zaal en J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 7.5.1.8.d.

19. Rb. Amsterdam 5 oktober 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:6651.

20. W.J.J. Wetzels, ‘Perikelen rond de vervalttermijn van art. 7:686a lid 4 BW’, *ArbeidsRecht* 2018/27.

21. Rb. Zeeland-West-Brabant 25 februari 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1200.

22. S.F. Sagel, ‘De Wwz, het ontslag op staande voet en de rechter’, *TRA* 2016/85.

de vergoedingen daarvoor in de plaats heeft verzocht, kan echter de vervaltermijn niet worden tegengeworpen. Met Sagel zijn wij van mening dat de werknemer die zich het recht wil voorbehouden om van vernietiging te 'switchen' naar de toekenning van een billijke vergoeding en ook aanspraak wil maken op de vergoeding wegens onregelmatig ontslag en/of de transitievergoeding, op straffe van verval van de mogelijkheid daartoe die verzoeken meteen in het inleidende verzoekschrift dient op te nemen. Hoe omslachtig ook, een andere manier om de termijn zeker te stellen is er in onze ogen niet, behalve dan de (nog omslachtiger) mogelijkheid om twee verzoekschriften in te dienen.

3.6 Overige vergoedingen onderdeel billijke vergoeding?

Interessant is nog de vraag of, in het geval er niet meer geswitcht kan worden voor wat betreft de overige vergoedingen vanwege het verstrijken van de vervaltermijn, de werknemer op basis van de gezichtspunten uit de New Hairstyle-beschikking met succes zou kunnen betogen dat (ook) de inmiddels vervallen mogelijkheid tot het verzoeken van de gefixeerde schadevergoeding en/of de transitievergoeding moet worden meegenomen bij de vaststelling van de hoogte van de billijke vergoeding.²³ Deze vraag is voor zover wij weten nog niet aan de orde geweest.

Een van de gezichtspunten bij het bepalen van de billijke vergoeding is het gemiste loon en de verwachte duur van de arbeidsovereenkomst. Deze inkomensschade moet op basis van New Hairstyle worden begroot aan de hand van de verwachte duur van de arbeidsovereenkomst.²⁴ De werknemer moet dus onderbouwen hoe lang de arbeidsovereenkomst zou hebben voortgeduurd indien het vernietigbare ontslag wordt weggedacht. Daarbij is ook de opzegtermijn relevant. Indien de werknemer de opzegtermijn onderdeel maakt van zijn begroting van de verwachte duur van de arbeidsovereenkomst, is dat naar zijn aard een ander verzoek dan een verzoek om een vergoeding vanwege onregelmatige opzegging. De werkgever kan onzes inziens echter stellen dat een vervallen aanspraak geen onderdeel kan uitmaken van de begroting van de inkomensschade van de werknemer. Nu de Hoge Raad onlangs heeft bepaald dat de ambtshalve toetsing van de vervaltermijn geen wet van Meden en Perzen is, doet de werkgever er goed aan om de rechter op de eventuele vervaltermijn opmerkelijk te maken, nu de rechter zonder protest van de werkgever dit deel van de begroting zou kunnen toewijzen.²⁵

Ook het recht op en de hoogte van de transitievergoeding is een gezichtspunt bij de vaststelling van de hoogte van de billijke vergoeding. Wij zien geen ruimte om

de transitievergoeding na het verstrijken van de vervaltermijn nog te claimen als onderdeel van de billijke vergoeding, om dezelfde redenen die wij hiervoor hebben genoemd bij de vervallen schadevergoeding vanwege onregelmatige opzegging. De hoogte van de vervallen transitievergoeding kan naar onze mening dan echter ook geen drukkende werking meer hebben op de hoogte van de billijke vergoeding.

4. Omgekeerde switch

De omgekeerde switch betreft de situatie dat een werknemer die eerst heeft berust in het ontslag en verzoekt om een vergoeding, alsnog terugkomt op die berusting en verzoekt om de vernietiging van het ontslag. Al onder het oude recht was er discussie over de toelaatbaarheid van een omgekeerde switch. De Hoge Raad heeft immers in Dobbets/Pinckers overwogen dat een switch slechts mogelijk is als de werknemer zich daarbij ondubbelzinnig neerlegt bij het ontslag. Hoewel op basis van die overweging van de Hoge Raad door Verhulp²⁶ werd geconcludeerd dat een omgekeerde of dubbele switch niet is toegestaan, liet lagere rechtspraak ook voor 1 juli 2015 een meer wisselend beeld zien.²⁷

Ook onder de Wwz is de omgekeerde switch al aan de orde gekomen. Door Kantonrechter Overijssel is aangenomen dat de switch en de omgekeerde switch in beginsel ook na het verstrijken van de tweemaandenvervaltermijn mogelijk zijn, indien het aanvankelijke verzoek en het gewijzigde verzoek berusten op dezelfde juridische en feitelijke grondslag.²⁸ Toch acht de kantonrechter de omgekeerde switch in casu ontoelaatbaar omdat het verzoek niet binnen een redelijke termijn (zoals twee maanden na het eerste verzoek), maar vijf maanden na het ontslag werd gedaan. Kort gezegd overweegt de kantonrechter dat een dergelijke switch in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Daarbij oordeelt de kantonrechter dat het van belang is dat de Wwz niet voor niets relatief korte vervaltermijnen in het leven heeft geroepen. Het zou naar het oordeel van de kantonrechter onjuist zijn om door het gebruikmaken van de switch, die naar het oordeel van de kantonrechter door de gekozen wetssystematiek ook na invoering van de Wwz mogelijk blijft, de rechtszekerheid die de vervaltermijnen beogen te geven weer weg te nemen door geen beperking in tijd aan het toepassen van de switch te stellen.

Kantonrechter Rotterdam oordeelde dat de omgekeerde switch in beginsel mogelijk is onder de Wwz, maar niet als de werknemer zich ondubbelzinnig heeft neergelegd

23. HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187 (New Hairstyle), *JAR* 2017/188.

24. D. van Gerven, 'De billijke vergoeding: guidance van de Hoge Raad in een nieuw overzicht', *TAP* 2018/318.

25. HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2305, *JAR* 2019/17 met noot van A. van Zanten-Baris.

26. Zie Ktr. Almelo 27 februari 2007, *JAR* 2007/79 met noot van E. Verhulp.

27. Zie bijvoorbeeld Rb. Den Bosch 17 november 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BV0280, *JAR* 2012/40, waarin een dubbele switch wel toelaatbaar werd geacht.

28. Rb. Overijssel 24 mei 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:1995, *JAR* 2018/175.

bij het ontslag.²⁹ De kantonrechter oordeelt dat een omgekeerde switch in kwestie niet meer mogelijk is omdat de werknemer eerder heeft berust in het ontslag. Door de betreffende werknemer is ‘pas’ drie weken na het ontslag een beroep gedaan op de vernietiging van het ontslag zonder zich daarvoor al beschikbaar te houden voor werk; ook daarna had hij geen wedertewerkstelling gevorderd. De kantonrechter oordeelt onder verwijzing naar het Dibbets/Pinckers-arrest dat de rechtszekerheid niet wordt gediend met het toestaan dat de werknemer die ondubbelzinnig berust in de opzegging, alsnog zijn verzoek switcht naar een vernietiging van het ontslag. Daar waar de uitspraak van Kantonrechter Overijssel naar ons idee volstrekt arbitrair is, is laatstgenoemde beschikking van Kantonrechter Rotterdam niet alleen onbegrijpelijk, maar ook onjuist. De vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst werd immers verzocht binnen de vervaltermijn van twee maanden. Volgens de uitspraak heeft de werknemer ter zitting echter verklaard een voorkeur te hebben voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, hetgeen verklaart waarom de kantonrechter op basis van deze motivering toch is gekomen tot een afwijzing van het primaire verzoek (vernietiging) en in plaats daarvan een billijke vergoeding heeft toegekend aan de werknemer.

Hiervoor hebben wij al betoogd dat de switch zoals die gold voor 1 juli 2015 niet meer bestaat. Wij menen dat de eis van ‘ondubbelzinnig neerleggen bij het ontslag’, zoals geformuleerd in het Dibbets/Pinckers-arrest, een werknemer na 1 juli 2015 niet meer kan worden tegen-gevoerd; dat arrest zag namelijk op een andere soort switch. Sterker nog, de vervaltermijn van twee maanden die geldt bij indiening van een verzoek tot de vernietiging of een vergoeding is zodanig kort dat een werknemer die verzoeken wat ons betreft niet kan prijsgeven tijdens die twee maanden door zich niet beschikbaar te houden voor werk of door een bepaalde positie in te nemen tijdens onderhandelingen.

5. Hoger beroep

De vraag of een werknemer voor het eerst in hoger beroep kan switchen van het verzoek tot vernietiging naar een verzoek om een vergoeding is voor zover wij hebben kunnen nagaan slechts aan de orde gekomen in een atypische zaak betreffende een bestuurdersontslag bij Hof Arnhem-Leeuwarden.³⁰ Volgens het hof is het mogelijk om een verzoek tot toekenning van een vergoeding vanwege onregelmatige opzegging en/of een billijke vergoeding eerst in hoger beroep te doen, als dit binnen de vervaltermijn gebeurt. Annotator Van Luipen constateert dat het doorlopen van de gehele rechtsgang tot aan hoger beroep binnen de vervaltermijn van twee

maanden – een uitzondering wellicht daargelaten – feitelijk onhaalbaar is. De facto zou dit er dus op neerkomen dat switchen in hoger beroep niet mogelijk is. Wij menen dat een switch in hoger beroep wordt beheerst door dezelfde grenzen als in eerste aanleg. Dit betekent naar ons idee dat het in hoger beroep mogelijk is om voor het eerst een beroep te doen op de billijke vergoeding, als in eerste aanleg tijdig om vernietiging is verzocht (en andersom) omdat de werknemer in dat geval binnen dezelfde onderdelen van artikel 7:681 lid 1 jo. artikel 7:683 lid 3 BW blijft. Het is echter niet mogelijk om voor het eerst in hoger beroep een vergoeding voor onregelmatige opzegging of de transitievergoeding te verzoeken. Als de omgekeerde switch eruit zou bestaan dat pas in hoger beroep herstel van de arbeidsovereenkomst wordt verzocht – terwijl de werknemer in eerste aanleg heeft volstaan met het verzoeken van vergoedingen – moet indachtig het oordeel van de hiervoor aangehaalde uitspraken van Kantonrechter Overijssel en Kantonrechter Rotterdam, er rekening mee worden gehouden dat deze omgekeerde switch door het gerechtshof al helemaal in strijd met de rechtszekerheid zal worden geacht. Dit laatste wat ons betreft terecht.

Daar waar het in eerste aanleg mogelijk is om eerst tijdens de zitting (mondeling) te switchen, is dat in hoger beroep in ieder geval niet toegestaan wegens strijdigheid met de twee-conclusie-regel, tenzij de wederpartij daarmee ondubbelzinnig instemt. In hoger beroep moeten namelijk alle grieven en eisen al bij memorie van grieven (of in incidenteel appèl in memorie van antwoord) worden vermeld en dient de rechter geen acht te slaan op later nog ingebrachte eiswijzigingen.³¹

6. Statutair bestuurder

De bestuurder van een kapitaalvennootschap (een bv of een niet-beursgenoteerde nv) wordt, behoudens wat betreft de uitzondering van de structuurvennootschap, benoemd en ontslagen door de algemene vergadering van aandeelhouders (AvA). Diezelfde AvA zal hebben te beslissen over een eventueel ontslag op staande voet van de bestuurder. Kan de bestuurder net als de ‘gewone’ werknemer, binnen twee maanden de vernietiging van het ontslag vragen bij de kantonrechter? Artikel 7:681 BW sluit de bestuurder, want immers (meestal) ook werknemer, niet rechtstreeks uit van de mogelijkheid om vernietiging te verzoeken. Maar artikel 7:681 lid 1 onder a BW verwijst voor een beroep op vernietiging van de opzegging of aanspraak op een billijke vergoeding echter naar de opzegging in strijd met artikel 7:671 BW. En dit laatste artikel bepaalt in lid 1 onder e dat de werkgever een arbeidsovereenkomst kan opzeggen zonder instemming van de werknemer, indien de werknemer bestuurder is van de vennootschap. De bestuurder is dus indirect het beroep op artikel 7:681 BW ont-
no-

29. Rb. Rotterdam 22 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2388, *JAR* 2018/176.

30. Hof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2283, *JIN* 2017/109 met noot van L. van Luipen.

31. HR 20 juni 2008, *NJ* 2009/21 (Willemsen c.s./NOM), r.o. 4.2.1 t/m 4.2.4; HR 19 juni 2009, *NJ* 2010/154, r.o. 2.4.2 t/m 2.4.5).

men. Met Verburg³² zijn wij van mening dat de bestuurder de vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst terecht niet kan inroepen.³³ Had hij deze actie wel, dan zou dit strijdig zijn met het systeem van de wet, nu de wet in artikel 2:134/244 BW bepaalt dat de rechter niet de veroordeling tot herstel kan uitspreken. Dat het hier het vennootschapsrechtelijk ontslag betreft, wil niet zeggen dat via de omweg van de vernietiging op grond van artikel 7:681 BW de bestuurder alsnog zou kunnen bereiken dat hij zijn werkzaamheden kan blijven uitvoeren. Hoewel dit gevoelsmatig wringt, brengt deze gedachtegang dus ook mee dat de bestuurder die meent ten onrechte op staande voet ontslagen te zijn, dit onrecht niet ongedaan kan maken door een vernietiging van het ontslag, maar slechts genoegdoening in geld zal kunnen krijgen. Een switch zal zich bij de bestuurder dan ook niet voordoen; de bestuurder kan op grond van artikel 7:682 lid 3 BW een billijke vergoeding verzoeken als de opzegging een redelijke grond ontbeert (onder a) of het gevolg is van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever (onder b). Een bestuurder kan echter wel op grond van artikel 2:15 lid 5 BW de vernietiging van het vennootschapsrechtelijk ontslag vorderen bij de rechtbank, waarvoor hij een jaar de tijd heeft. Schending van artikel 7:669 BW leidt er evenwel niet per definitie toe dat het vennootschapsrechtelijk ontslag vernietigbaar is ex artikel 2:8 BW jo. artikel 2:15 lid 1 onder b BW.³⁴ Voor strijdigheid met de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in laatstgenoemd artikel, moet sprake zijn van schending van de procedureregels, waarbij het geijkte voorbeeld is dat van het niet horen van de bestuurder of het hem niet in de gelegenheid stellen zijn raadgevende stem uit te brengen. Een materiële toetsing van het ontslag ex artikel 2:15 lid 1 onder b BW aan arbeidsrechtelijke gronden is naar onze mening niet aan de orde.³⁵ De bestuurder, die teleurgesteld is in de hoogte van de door de rechter toegekende billijke vergoeding, zal dus niet met succes alsnog de vennootschapsrechtelijke vernietiging van het ontslag kunnen nastreven, anders dan op procedurele gronden, terwijl die procedure ex artikel 2:15 BW zich niet leent voor toekenning van een vergoeding op de gronden voor de billijke vergoeding van artikel 7:682 lid 3 BW. De bestuurder zal, met inachtneming van de toepasselijke vervaltermijnen, een keuze moeten maken tussen aantasting van het vennootschapsrechtelijk ontslagbesluit als zodanig, of de arbeidsrechtelijke route die eventueel leidt tot een vergoeding. Kiest hij in eerste instantie voor een billijke vergoeding en dus voor de arbeidsrechtelijke route, dan kan hij binnen het jaar alsnog de vernietiging ex artikel

2:15 BW inroepen. In de omgekeerde situatie waarbij eerst de vernietiging wordt ingeroepen ex artikel 2:15 BW en de bestuurder alsnog besluit dat hij gaat voor de vergoeding, kan dit alleen nog met succes als de vervaltermijn van artikel 7:686a BW inmiddels niet is verstreken. Dit spanningsveld tussen boek 2 en boek 7 werd nog eens duidelijk in de uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 21 december 2017.³⁶

7. Conclusie

De ‘echte’ switch bestaat sinds de invoering van de Wwz niet meer. Wel kan de werknemer tot in een vrij laat stadium van de procedure alsnog een beroep doen op een billijke vergoeding in plaats van de vernietiging van het ontslag. Als het gaat om een vermindering van eis dan wordt een dergelijke keuze gedragen door de procesregels uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Bij een vermeerdering c.q. verandering van eis (billijke vergoeding in plaats van vernietiging) zal het ook vaak gaan om een verandering van het verzoek op basis van hetzelfde feitencomplex en dezelfde juridische grondslag. Als de werknemer in een dergelijk geval echter ook zijn aanspraak op een gefixeerde schadevergoeding en transitievergoeding wil behouden, dan kunnen de vervaltermijnen de werknemer in de wielen rijden bij een te late ‘switch’ als hij die verzoeken niet binnen de vervaltermijnen heeft zeker gesteld. De eerste jurisprudentie onder de Wwz lijkt de omgekeerde switch toe te staan indien het aanvankelijke verzoek en het gewijzigde verzoek berusten op dezelfde juridische en feitelijke grondslag; met dien verstande dat een al te late omgekeerde switch vanwege het rechtszekerheidsargument blijkens de eerste uitspraken over dit onderwerp niet wordt gehonoreerd. De bestuurder ontbeert de mogelijkheid van de arbeidsrechtelijke switch omdat hij de opzegging niet kan vernietigen. De switch van het nastreven van de vennootschapsrechtelijke vernietiging van het ontslagbesluit naar een verzoek om een billijke vergoeding is wel denkbaar, mits die switch binnen de vervaltermijn van twee maanden is gedaan.

32. L.G. Verburg, *De bestuurder van de NV of de BV*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2015, p. 83.

33. Behoudens de vernietiging van een opzegging in strijd met een opzegverbod: art. 7:681 lid 1 onder b en c BW.

34. In andere zin: E.S. de Bock, ‘De statutair bestuurder onder Werk en Zekerheid’, *ArbeidsRecht* 2014/53 en M.W.A.M. van Kempen, ‘De billijke vergoeding bij ontslag van de statutair bestuurder nader beschouwd’, *TAO* 2016, nr. 1, p. 37-44.

35. In gelijke zin: J.M. van Slooten, I. Zaal en J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 10.3.3.

36. Hof Arnhem-Leeuwarden 21 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:11450, JAR 2018/32.