

De Hoge Raad redt

en laat werknemer niet struikelen over *Baijings*-arrest

Willem van Tongeren¹

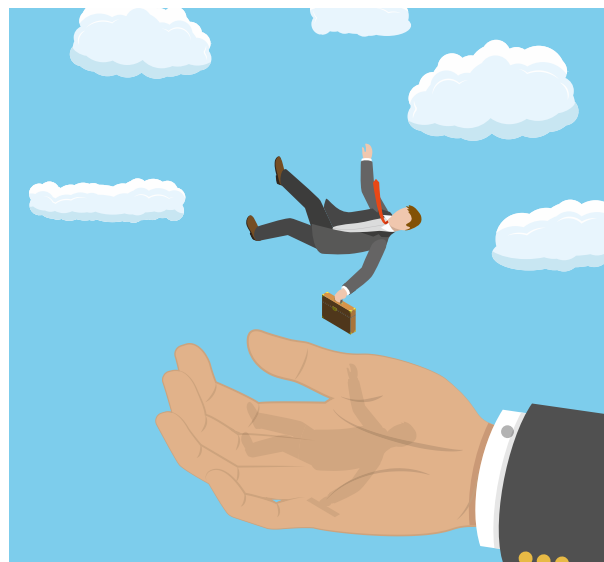
Het is dapper (en ook juist) van de Hoge Raad dat hij zwaarder laat wegen wat feitelijk is gebeurd, namelijk dat het vaststaande feit van een onterecht ontslag op staande voet van een 57-jarige werknemer, na een dienstverband van 30 jaar, zwaarder weegt dan (een strikte toepassing van) het *Baijings*-arrest, omdat hij anders de werknemer met lege handen zou hebben laten staan. Het is redelijker dat een werkgever de risico's van een door hem gegeven ontslag op staande voet blijft dragen en dat hij er niet mee wegstapt door zich te (kunnen) beroepen op een beschikking waarvan vaststaat dat die fout is, ook al was die beschikking (ogenschijnlijk) 'onherroepelijk'.

Soms word je blij van een uitspraak. Dat overkwam tenminste mij toen ik het arrest las van de Hoge Raad van 26 oktober 2018.² Wat was het geval? In 2014 werd een 57-jarige operator, na een dienstverband van 30 jaar, op staande voet ontslagen. Als dringende reden werd genoemd dat de werknemer, naar uit camerabeelden bleek, tijdens zijn werkzaamheden had geconstateerd dat in een verpakking van een door hem te controleren doos met eierpoeder een *gat* zat en dat hij desalniettemin die doos had doorgelaten en op een pallet had geplaatst, terwijl hij die doos (vanwege het gat in de verpakking) had moeten verwijderen. Daardoor was de werknemer, volgens de werkgever, op grove en onacceptabele wijze zijn plichten niet nagekomen en had hij de belangen van de werkgever op het spel gezet.

In procedure 1, een kort geding, vroeg de werknemer bij de kantonrechter toelating tot zijn werk, omdat in zijn ogen het ontslag op staande voet niet deugde. Hij kreeg gelijk.

In procedure 2 vroeg de werkgever (de gebruikelijke) ontbinding 'voor zoveel nodig', voor het geval het ontslag op staande voet geen einde aan de arbeidsovereenkomst had gemaakt. Die ontbinding kreeg de werkgever omdat de kantonrechter, een andere dan in procedure 1, oordeelde dat er sprake was van verwijtbare en bewuste nalatigheid en dat de omstandigheden die aanleiding waren voor het ontbindingsverzoek geheel aan de werknemer te wijten waren en dat om die reden ook toekenning van een vergoeding niet aan de orde was.

In procedure 1 ging de werkgever in beroep. Dat pakte voor de werkgever in die zin helemaal verkeerd uit omdat, toen de camerabeelden tijdens de mondelinge behandeling bij het hof nog eens goed werden bekeken,



bleek dat de te controleren doos 'geen zak met een gat bevatte' en dus (kort gezegd) de dringende reden niet bestond. Terug kon de werknemer niet meer, omdat procedure 2 tot de (intussen onherroepelijke) ontbinding van de arbeidsovereenkomst had geleid.

In procedure 3, aangespannen meteen na afloop van procedure 2, op een tijdstip al voordat in procedure 1 in hoger beroep kwam vast te staan dat het ontslag op staande voet niet deugde, vroeg de werknemer een (aanzienlijke) (schade)vergoeding, namelijk van € 267.795, op grond van de redelijkheid en billijkheid en goed werkgeverschap.

Het was van begin af aan duidelijk dat in procedure 3 de beschikking van de kantonrechter in procedure 2 enorm

in de weg zou staan. De Hoge Raad heeft in 1997 het 'Baijings-arrest' gewezen.³ Daarin is overwogen (kort gezegd) dat buiten de wettelijke regeling om voor een toetsing aan de eisen van redelijkheid en billijkheid slechts bij uitzondering en in beperkte mate ruimte bestaat en dat, in een ontbindingszaak, het resultaat van de rechterlijke toetsing aan de eisen van redelijkheid en billijkheid 'in beginsel' (aanhalingstekens van mij) ten volle tot uitdrukking dient te komen in de hoogte van de vergoeding die de rechter toekent, 'zodat er daarnaast voor zodanige toetsing geen plaats is'. In de praktijk heeft het Baijings-arrest er toe geleid dat een werknemer in een afzonderlijk geding alleen een kwestie aan de orde kon stellen die met de (verzochte) vergoeding naar redelijkheid en billijkheid niets te maken had, zoals in de Baijings-zaak zelf, waarin het ging, als de arbeidsovereenkomst zou worden ontbonden, over schade vanwege verlies van uit aandelen-opties voortvloeiende voordelen, en de kantonrechter ook uitdrukkelijk had overwogen dat de werknemer over die (beweerde) schade maar een aparte procedure moest gaan voeren.

De kantonrechter,⁴ het hof,⁵ dat wél een verklaring voor recht afgaf waarin het ontslag op staande voet nietig werd verklaard, maar niet gevoelig was voor het argument van de werknemer dat de billijkheid 'schreeuwt' om heroverweging van de ontbindingsbeschikking, en de advocaat-generaal bij de Hoge Raad⁶ bleven binnen de lijntjes van het Baijings-arrest, zoals zij het arrest opvatten. Het hof en de advocaat-generaal wezen er ook nog op dat de werknemer voldoende tijd had gehad om, nadat hij in procedure 2 nul op het rekest had gekregen, de bakens te verzetten. Hij had zich vanaf toen kunnen neerleggen bij het ontslag op staande voet en hij had dus in procedure 3 niet de onderhavige vergoeding moeten vorderen maar hij had een vergoeding kunnen vorderen vanwege onregelmatig ontslag en/of de kennelijke onredelijkheid van het ontslag. Immers na en met de 'switch' (het accepteren van het ontslag op staande voet) zou de ontbindingsbeschikking in procedure 2 zijn uitgewerkt, omdat er in dat geval ten tijde van de ontbindingsbeschikking niets meer te ontbinden viel. Bovendien 'waarschuwde' de advocaat-generaal voor de 'ongewenste consequentie' van het in cassatie meegaan met de opvatting van de werknemer, namelijk dat in dat geval (spiegelbeeldig) een werknemer aan wie een vergoeding was toegekend op basis van, naar achteraf zou komen vast te staan, onjuiste feiten, de toegekende en ontvangen vergoeding zou moeten terugbetalen. Dit klinkt op zich zelf wel 'logisch' maar of in de praktijk het gevaar zo groot is, vraag ik me af.

De Hoge Raad liet zich niet afschrikken. Hij vindt het niet eens nodig in zijn oordeel apart en specifiek te verwijzen naar de uitzondering op de hoofdregel, 'in beginsel', in het Baijings-arrest, op welke uitzondering in het cassatiemiddel vanzelfsprekend wél een beroep werd gedaan. Terecht, denk ik, verwees de Hoge Raad er niet naar, omdat de in het Baijings-arrest bedoelde vergoe-

De kantonrechter, het hof en de advocaat-generaal bij de Hoge Raad bleven binnen de lijntjes van het Baijings-arrest

ding nou juist de in procedure 2 verzochte, maar afgewezen, vergoeding was, welke (zelfde) vergoeding nu in procedure 3 (wederom) wordt gevorderd. De Hoge Raad redde de werknemer door te overwegen dat na afloop van procedure 2 nieuwe informatie van *wezenlijke betekenissen* bekend is geworden, die de rechter in die procedure niet heeft kunnen meewegen. Daar voegt de Hoge Raad nog aan toe dat het 'strookt' met het Baijings-arrest, vanwege het summiere karakter van de ontbindingsprocedure en het toentertijd ontbreken in een ontbindingszaak van een recht van beroep, om in een afzonderlijk geding (opnieuw) te beoordelen of de werknemer tóch aanspraak heeft op een vergoeding op basis van de nieuw bekend geworden feiten. Deze overweging is misschien ook bedoeld als geruststelling van de advocaat-generaal. Vanwege het nú wel bestaan van het beroepsrecht in het huidige, wat ik maar noem, Wwz- tijdperk zal er meer gelegenheid zijn voor een juiste vaststelling van de feiten en zullen de door de advocaat-generaal gevreesde 'ongelukken' zich niet vlug voordoen. Ten overvloede overweegt de Hoge Raad dat ook niet aan zijn beslissing in de weg staat, om aan de werknemer een nieuwe kans te geven en zijn aanspraak op een vergoeding te laten beoordelen in een nieuwe afzonderlijke procedure, het feit dat hij een kans heeft laten lopen, namelijk dat de werknemer zich ook had kunnen neerleggen bij zijn ontslag op staande voet, na de beschikking in procedure 2, en dat hij tijdig in procedure 3 een andere vordering, namelijk (ook) een vordering had kunnen instellen op grond van onregelmatig ontslag respectievelijk kennelijk onredelijk ontslag, maar daarvoor blijkbaar niet heeft gekozen.

Ik vind het dapper (en ook juist) van de Hoge Raad dat hij zwaarder laat wegen wat feitelijk is gebeurd, namelijk dat het vaststaande feit van een onterecht ontslag op staande voet van een 57-jarige werknemer, na een dienstverband van 30 jaar, zwaarder weegt dan (een strikte toepassing van) het Baijings-arrest, omdat hij anders de werknemer met lege handen zou hebben laten staan. Het is redelijker dat een werkgever de risico's van een door hem gegeven ontslag op staande voet blijft dragen en dat hij er niet mee wegkomt door zich te (kunnen) beroepen op een beschikking waarvan vaststaat dat die fout is, ook al was die beschikking (ogenschijnlijk) 'onherroepelijk'. Het is ook goed om te constateren dat advocaten 'kansloze' zaken soms toch tot een goed einde kunnen brengen. •

Auteur

1. Mr. W.J.M. van Tongeren is advocaat te Twello.

Noten

2. HR 26 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1986.

3. HR 4 oktober 7, NJ 1998/257.

4. Rb. Noord Holland 3 december 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:10549, niet gepubliceerd.

5. Hof Amsterdam 30 mei 2017,

ECLI:NL:GHAMS:2017:2040.

6. Parket bij de Hoge Raad 3 augustus 2018, ECLI:NL:PHR:2018:924.