

worden gedwongen het hele bedrag te betalen. Als de één (een deel) betaalt, hoeft de ander dat (deel van het) bedrag niet meer te betalen.

6. De beslissing

De rechtbank

6.1. wijst de vorderingen van eisers af,

6.2. veroordeelt eisers hoofdelijk in de proceskosten, aan de zijde van de Staat tot dit vonnis vastgesteld op € 2.045,00, te betalen binnen veertien dagen na aanschrijving daartoe. Als eisers niet tijdig aan de veroordeling voldoen en het vonnis daarna wordt betekend, dan moeten eisers € 90,- extra betalen, plus de kosten van betekening;

6.3. veroordeelt eisers in de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 Burgerlijk Wetboek over de proceskosten als deze niet binnen veertien dagen na aanschrijving zijn voldaan;

6.4. verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

41

Situatie rechtvaardigt geen beroep op geldig overeengekomen ontbindende voorwaarde

Kantonrechter Rechtbank Den Haag zp
Gouda

16 november 2023, nr. 10652520\|EJ VERZ
23-83372, ECLI:NL:RBDHA:2023:19263
(mr. Frinking)

Noot mr. B.M.C. Stenden, mr. M. van den
Heuvel, deze noot heeft betrekking op «JAR»
2024/41 en «JAR» 2024/47.

VOG. Beëindiging arbeidsovereenkomst.

De werknemer treedt in 2023 in dienst bij de werkgever. In de geldende complianceregelings is opgenomen dat de werknemer bij aanvang van het dienstverband moet beschikken over een VOG met screeningsprofiel '95 Financiële dienstverlening/Financial services' (hierna: VOG95). In de arbeidsovereenkomst staat de ontbindende voorwaarde dat uiterlijk 30 april 2023 een VOG moet zijn overgelegd. Op 19 januari herinnert de werkgever de werknemer per brief aan de voorwaarde van het hebben van een VOG om op zijn functie werkzaam te zijn. Pas op 6 april 2023 vraagt de werkgever twee VOG's aan: de reguliere VOG en

VOG95, zodat de werknemer de aanvraag kan afmaken. Beide VOG's worden per post toegekend, maar wegens ziekte heeft de werknemer deze eind mei nog niet overhandigd aan HR. De werkgever geeft hem een laatste kans om dit vóór 6 juni te doen op straffe van maatregelen, waarbij ontslag niet is uitgesloten. Uiteindelijk geeft de werknemer 9 juni de reguliere VOG af. De werkgever roept vervolgens de ontbindende voorwaarde in omdat de VOG95 niet is overhandigd. Aangezien de werknemer in de veronderstelling was dat hij slechts de reguliere VOG moest overhandigen, verzoekt hij de kantonrechter deze rechtshandeling te vernietigen.

De kantonrechter wijst het verzoek van de werknemer toe. Een ontbindende voorwaarde is alleen bij uitzondering geldig en moet aan de volgende voorwaarden voldoen: de voorwaarde mag geen strijd opleveren met het gesloten stelsel van ontslagrecht, de vervulling van de voorwaarde moet objectief worden bepaald en aan de arbeidsovereenkomst moet na vervulling van de voorwaarde geen invulling meer kunnen worden gegeven. Hoewel het beding in de arbeidsovereenkomst hieraan voldoet, kan de werkgever hier in deze situatie toch geen beroep op doen. In de arbeidsovereenkomst en in latere berichten is qua termijnen afgeweken van de complianceregelings, waardoor de werkgever bepalend werd voor het moment van intreden van de voorwaarde. Daarnaast was het voor de werknemer niet duidelijk dat de ontbindende voorwaarde zag op twee afzonderlijke VOG's. Dit bleek niet uit de arbeidsovereenkomst, noch uit de brief van 19 januari of de opzegging. Onder deze omstandigheden had de werkgever de werknemer de mogelijkheid moeten geven de VOG95 alsnog te overhandigen. Dit heeft hij niet gedaan, waardoor hij in redelijkheid ook (nog) geen beroep kon doen op de ontbindende voorwaarde. De opzegging wordt daarvoor vernietigd.

NB. De wet bevat geen regeling wat betreft de ontbindende voorwaarde. Ondanks dit en het gesloten ontslagstelsel kwam de Hoge Raad («JAR» 2023/105) tot de conclusie dat een ontbindende voorwaarde in uitzonderlijke gevallen is toegestaan. In lagere rechtspraak wordt dit ook toegepast. Een ontbindende voorwaarde is mogelijk onder de strenge voorwaarden zoals opgesomd door de kantonrechter in de onderhavige uitspraak. Recente voorbeelden waarin de rechter

een ontbindende voorwaarde rechtsgeldig achtte zijn rechtbank Oost-Brabant 27 november 2023, ECLI:NL:ROBBR:2023:5558 (waar een beroep van werkgever op de ontbindende voorwaarde niet opging) en rechtbank Oost-Brabant 31 augustus 2023, ECLI:NL:ROBBR:2023:4289 (waar een beroep van werkgever op de ontbindende voorwaarde wel opging).

[De werknemer] te [woonplaats],
verzoekende partij,
gemachtigde: mr. L. Nix,
tegen
Centric Financial Solutions & Services B.V. te
Gouda,
verwerende partij,
gemachtigde: mr. M.W. Koole.

1. Het procesverloop (...; red.)

2. De feiten

2.1. De werknemer is op [datum indiensttreding] 2023 in dienst getreden bij de werkgever voor de duur van één jaar. De laatste functie die de werknemer vervulde, is die van [functie], met een salaris van € 4.500,00 bruto per maand met een arbeidsduur van 40 uur per week.

2.2. In artikel 3 van de arbeidsovereenkomst is het volgende bepaald:

“3. Verklaring omtrent gedrag/Pre Employment Screening

Ten behoeve van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst dient de medewerker bij aanvang van de arbeidsovereenkomst (...) te beschikken over een actuele verklaring omtrent gedrag (VOG). Indiensttreding geschiedt onder de ontbindende voorwaarde dat de medewerker de VOG uiterlijk op 30 april 2023 aan de organisatie heeft overhandigd.

Indien komt vast te staan dat de VOG niet overhandigd zal worden, eindigt de arbeidsovereenkomst op die datum waarop dit bekend wordt. Wanneer de medewerker uiterlijk op 30 april 2023 de VOG niet aan de organisatie heeft overhandigd, eindigt de arbeidsovereenkomst op 30 april 2023. (...) Met betrekking tot de Pre Employment Screening gelden dezelfde voorwaarden.

Tevens vindt er ten behoeve van de uitvoering van de werkzaamheden een financiële integriteitscheck (FIC) plaats. Wanneer de uitkomsten van dit onderzoek negatief zijn, kan de medewerker niet tewerk gesteld worden en is de arbeidsovereenkomst

inhoudsloos. Indiensttreding geschiedt dan ook onder de ontbindende voorwaarde dat het onderzoek voor aanvang van de beoogde eerste werkdag (datum indiensttreding) positief wordt afgerond. De arbeidsovereenkomst is bij gebreke van een positief onderzoeksresultaat van rechtswege ontbonden per de eerste beoogde werkdag.
(...)”

2.3. Op de arbeidsovereenkomst zijn compliance regelingen van toepassing, waaronder de ‘Regeling Integriteitsgevoelige functies’. In deze regeling is onder meer bepaald:

“Basisprocedure

Voor alle te screenen medewerkers geldt dezelfde basisprocedure. Na toestemming van de sollicitant wordt informatie ingewonnen. Het gaat hierbij om:
(...)”

6. Er wordt ook een Verklaring Omtrent het Gedrag (VOG 95) van de sollicitant geëist. (...)”

2.4. Bij brief van 19 januari 2023 bericht de werkgever aan de werknemer het volgende:

“Verklaring Omtrent het Gedrag (VOG)

Door de steeds strenger wordende eisen van opdrachtgevers en wetgeving hebben wij ons integriteitsbeleid noodzakelijkerwijs verder geprofessionaliseerd. Het screenen van (nieuwe) medewerkers is dan ook een belangrijk onderdeel bij de indiensttreding in jouw functie waarvoor jij bent aangenomen.

Zonder een Verklaring omtrent het gedrag (VOG) kunnen wij je niet (langer) inzetten op jouw functie. Dit is aangegeven in ons voorstel (Personal Benefit Overview) en staat tevens opgenomen in de arbeidsovereenkomst. Conform deze afspraken dien je binnen 2 maanden na de aanvangsdatum van jouw arbeidsovereenkomst een recente VOG te overleggen. Het niet tijdig overleggen van een VOG is een ontbindende voorwaarde voor de arbeidsovereenkomst.

Hoe gaat het aanvragen van een VOG in zijn werk?

Wij zullen een Verklaring Omtrent het Gedrag (VOG) voor jou aanvragen bij De Dienst Justis. Vanuit De Dienst Justis ontvang je binnenkort op je privé e-mailadres een elektronische VOG-aanvraag. Wij verzoeken je deze aanvraag met behulp van DigiD en betaling per IDEAL zo spoedig mogelijk in te dienen bij De Dienst Justis. De VOG die je ontvang van Dienst Justis dien je voor 30 april 2023 bij de afdeling Human Resources in te leveren. (...)”

2.5. Met enige vertraging wordt op 6 april door de werkgever voor de werknemer een aanvraag ge-

daan voor twee VOG's: de reguliere VOG met screeningsprofiel 'Algemeen screeningsprofiel' en de VOG met screeningsprofiel '95 Financiële dienstverlening / Financial services' (hierna: VOG95) voor personen die werkzaam zijn bij een financiële dienstverlener of instelling.

2.6. Tussen de werkgever en de werknemer vindt vervolgens de volgende e-mailwisseling plaats:

a. de werkgever aan de werknemer op 6 april 2023: "Zojuist heb ik twee VOG's voor je aangevraagd. Ik wil je verzoeken om beide VOG's verder in behandeling te nemen.";

b. de werknemer aan de werkgever op 12 april 2023: "Ik ben net klaar met het betalen van de VOG en heb mijn e-mail voor alles ontvangen, ik dacht dat ik je zou informeren over de procedure. (...)"

c. de werkgever op 27 april 2023: "Ik was benieuwd of je de VOG's al hebt ontvangen. Zo ja, zou je de scan van de VOG zo spoedig mogelijk naar ons willen e-mailen en de originele VOG willen opsturen naar (...)"

d. e werknemer op 28 april 2023: "Ik heb het net per post ontvangen, ik heb elke week een kantoor-dag en ik vraag me af of ik het volgende week fysiek kan brengen of moet ik het opsturen?"

e. de werkgever op 28 april 2023: "Uiteraard mag je de VOG persoonlijk komen afgeven bij de afdeling HR. (...)"

en op 8 mei 2023: "Is het nog gelukt om je VOG af te geven bij de afdeling HR?"

de werknemer op 22 mei 2023: "Ik was erg ziek, ik kwam voglende week naar kantoor met de document (...)"

2.7. Bij e-mailbericht van 23 mei 2023 heeft de werkgever het volgende aan de werknemer bericht:

"(...) Voor je indiensttreding is je medegedeeld dat een VOG nodig is voor het uitoefenen van de functie. In de arbeidsovereenkomst is hieromtrent het volgende opgenomen: Artikel 3: "(...)"

Ondanks herhaaldelijke verzoeken, moeten wij helaas constateren dat we tot op heden jouw VOG niet hebben ontvangen. Wij verzoeken je dan ook dringend om uiterlijk vrijdag 26 mei a.s. het aanvraagbewijs naar ondergetekende te sturen en daarnaast voor 6 juni a.s. de VOG in te leveren bij de afdeling HR. Mochten wij op 6 juni a.s. geen VOG hebben ontvangen, dan kan dat gevolgen hebben voor je dienstverband, waarbij beëindiging van de arbeidsovereenkomst niet is uitgesloten. (...)"

2.8. Door ziekte van de werknemer is de overhandiging van de documenten vertraagd. Op 9 juni 2023 heeft de werknemer een reguliere VOG aan de werkgever overhandigd.

2.9. Bij brief van 9 juni 2023 heeft de werkgever de ontbindende voorwaarde van de arbeidsovereenkomst ingeroepen en de arbeidsovereenkomst per 9 juni 2023 ontbonden. In de brief staat onder meer:

"(...) In de arbeidsovereenkomst is de einddatum voor de overlegging van de VOG gesteld op uiterlijk 30 april 2023.

Na vele herinneringen per e-mail van (...) en (...) omtrent het aanleveren van de VOG heeft Centric jou op dinsdag 23 mei 2023 per mail jou nog twee weken respijt verleend, waarbij verzocht werd om uiterlijk 26 mei 2023 het aanvraagformulier toe te sturen en uiterlijk 6 juni 2023 de VOG te overleggen. Daarbij heeft Centric jou gewezen op de op jou rustende verplichtingen en de gevolgen in het geval dit niet nagekomen zou worden. Ten slotte heeft Centric jou op 8 juni 2023 geïnformeerd dat op 9 juni een vergadering zouden plaatsvinden waarbij met klem verzocht is om de VOG mee te nemen. Ook op deze vergadering heb jij verzaakt om de VOG aan Centric te overleggen.

Zoals Centric meermaals heeft gewezen, heeft het niet tijdig inleveren van de VOG als gevolg dat de arbeidsovereenkomst kan worden ontbonden. Ondanks het respijt dat je hebt gekregen van Centric heb jij willens en wetens niet tijdig je VOG ingeleverd. (...)"

2.10. Bij e-mailbericht van 18 juni 2023 bericht de werknemer over de vergadering van 9 juni 2023 het volgende aan de werkgever:

"(...) It was during this encounter that you specifically requested the submission of my VOG document.

I want to emphasize that I willingly and promptly handed you the VOG document as per your request. I vividly recall our exchange, and I was under the impression that the matter had been resolved satisfactorily. However, to my astonishment, you presented me with a letter shortly thereafter, which I was unable to fully comprehend at the time due to my ongoing medical condition and subsequent medical setback of which you are fully aware. The overwhelming nature of the situation prevented me from immediately grasping the content of the letter.

(...)"

2.11. Bij e-mailbericht van 26 juni 2023 ontvangt de werknemer het volgende bericht van de dienst Justis van het Ministerie van Justitie en Veiligheid: *“Uw VOG namens (...) met het aanvraagnummer (...) is op 12 april 2023 afgegeven en verstuurd naar het volgende adres: (...)”*

3. Het verzoek

3.1. De werknemer verzoekt de kantonrechter primair om de opzegging van de arbeidsovereenkomst, althans het invoeren van de ontbindende voorwaarde ex artikel 3 van de arbeidsovereenkomst, te vernietigen en om de werkgever te verplichten om hem binnen twee dagen na betekening van de beschikking weer toe te laten tot de werkzaamheden, althans het re-integratietraject, op straffe van een dwangsom. Subsidiair verzoekt de werknemer om de werkgever te veroordelen tot betaling van de wettelijke transitievergoeding en een billijke vergoeding van € 9.000,00. Primair en subsidiair verzoekt de werknemer tot slot om de werkgever te veroordelen tot betaling van het loon vanaf 9 juni 2023, de wettelijke verhoging en de wettelijke rente en veroordeling van de werkgever in de kosten van de procedure.

3.2. De werknemer legt aan zijn verzoek – kort samengevat – ten grondslag dat de werkgever op onjuiste gronden de ontbindende voorwaarde van de arbeidsovereenkomst heeft ingeroepen. De werknemer heeft de reguliere VOG aan de werkgever overhandigd op 9 juni 2023. Uit telefonische navraag bij de dienst Justis volgt dat de aanvraag voor de VOG95 niet adequaat is verwerkt, maar dat door Justis geen specifieke oorzaak voor het mislukken van de VOG95-aanvraag kon worden aangewezen. De werkgever had de werknemer een nadere gelegenheid moeten geven om alsnog de VOG95 over te leggen. De arbeidsovereenkomst bepaalt ook verder niets over een VOG met een specifiek risicoprofiel. Het invoeren van de voorwaarde is vernietigbaar en de werknemer verzoekt de kantonrechter om deze opzegging, althans de rechtshandeling van het invoeren van de ontbindende voorwaarde te vernietigen.

3.3. De werkgever voert verweer en voert daartoe – kort samengevat – het volgende aan. De werkgever kan het zich als ICT dienstverlener in de financiële sector niet permitteren om een werknemer bij een belangrijke klant, in dit geval de [klant], te laten werken zonder dat deze werknemer een VOG95 kan overleggen. Het was daarom niet langer verantwoord om het dienstver-

band te laten voortduren, zodat daarom de brief van 9 juni 2023 is opgesteld. Het had de werknemer redelijkerwijs duidelijk moeten zijn dat de werkgever twee verschillende VOG's van hem verlangde en dat het ontbreken van een VOG95 in de weg zou staan aan het voortzetten van het dienstverband. De werknemer is meermaals schriftelijk gewezen op de noodzaak van en in de gelegenheid gesteld tot het overleggen van de VOG95. Pas toen dat niet tot resultaat leidde, is overgegaan tot een beroep op de ontbindende voorwaarde. Het beroep daarop is terecht gedaan en wordt gerechtvaardigd door de feiten en omstandigheden, zodat het verzoek van de werknemer tot vernietiging van de opzegging moet worden afgewezen, aldus de werkgever.

3.4. Op de verdere stellingen en verweren van partijen wordt hierna bij de beoordeling, voor zover nodig, teruggekomen.

4. De beoordeling

4.1. Tussen partijen is niet in geschil dat in de arbeidsovereenkomst een ontbindende voorwaarde is opgenomen inhoudende dat de werknemer uiterlijk 30 april 2023 een verklaring omtrent het gedrag aan de werkgever heeft overhandigd.

4.2. Gelet op de voor het gesloten stelsel van het ontslagrecht zo kenmerkende bescherming van de werknemer, is een ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst slechts bij uitzondering geldig. Het opnemen van een ontbindende voorwaarde is naar vaste jurisprudentie onder bepaalde omstandigheden mogelijk, namelijk als de voorwaarde geen strijdigheid oplevert met het stelsel van het ontslagrecht, de vervulling van de ontbindende voorwaarde objectief wordt bepaald en aan de arbeidsovereenkomst na het intreden van de voorwaarde geen invulling meer kan worden gegeven.

4.3. De werkgever heeft aan de hand van onder meer de aanvullende stukken voldoende aangetoond dat de werkgever ten opzichte van de klant verplicht is om het personeel te screenen en dat het personeel over een geldige VOG dient te beschikken. Uit artikel 7.1 en artikel 7.17 van de tussen de werkgever en de klant gesloten Dienstverleningsovereenkomst – in samenhang met de bijbehorende Bijlage 9 'Security – Appendix II' en Bijlage 19 'Compliance' en de van toepassing verklaarde Regeling integriteitsgevoelige functies – volgt dat de sollicitant bij aanvang van het dienstverband een VOG95 dient te overhandigen.

Dit komt eveneens naar voren in de overgelegde assurancerapportage waarin staat vermeld dat alleen positieve uitkomsten van de screening procedure leiden tot in dienst nemen.

4.4. Met inachtneming van het voorgaande bevat artikel 3 van de arbeidsovereenkomst ten aanzien van het overleggen van een VOG naar het oordeel van de kantonrechter op zichzelf genomen een ontbindende voorwaarde die voldoet aan de onder 4.2 beschreven vereisten. Het moeten overleggen van een VOG is niet strijdig met het stelsel van ontslagrecht, de voorwaarde bevat een concrete en vooraf kenbare termijn en is objectief bepaalbaar en niet afhankelijk van de wil van partijen, maar van het wel of niet afgeven van een VOG door de dienst Justis. Tot slot is voldoende aannemelijk dat gelet op de Dienstverleningsovereenkomst geen invulling kan worden gegeven aan de arbeidsovereenkomst als een werknemer geen VOG kan overleggen.

4.5. Voor zover de ontbindende voorwaarde daarmee rechtsgeldig is overeengekomen, kan het beroep van de werkgever op die voorwaarde in dit geval naar het oordeel van de kantonrechter echter niet slagen. Daartoe wordt het volgende overwogen.

4.6. In artikel 3 van de arbeidsovereenkomst is een termijn voor het overleggen van een VOG bepaald op drie maanden tot uiterlijk 30 april 2023, dus ná aanvang van het dienstverband op [datum indiensttreding] 2023. Daarmee wordt kennelijk afgeweken van het bepaalde in de Regeling integriteitsgevoelige functies en hetgeen daarover is geconstateerd in het assurancerapportage dat 'bij aanvang van het dienstverband een VOG95 moet worden overhandigd' en dat 'alleen positieve uitkomsten van de screening procedure leiden tot in dienst nemen'. Vast staat dat de aanvraaglinks vervolgens pas op 6 april 2023 aan de werknemer zijn toegezonden en dat de werknemer op 12 april 2023 de aanvraag heeft gedaan. De werknemer heeft in de tussentijd zijn werkzaamheden verricht. Door ziekte van de werknemer is aan de werknemer uiteindelijk een termijn gesteld tot 26 mei 2023 en nadien een nog latere termijn tot 9 juni 2023. De werkgever is daarmee van de bepaling in de arbeidsovereenkomst afwijkende termijnen aan de voorwaarde gaan verbinden waarbij het moment van intreden van de voorwaarde afhankelijk werd van de beoordeling van de werkgever.

4.7. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft de werkgever voorts in de tussenliggende periode onvoldoende duidelijk gemaakt dat de ontbindende voorwaarde zag op twee afzonderlijke VOG's. Dit volgt niet uit artikel 3 van de arbeidsovereenkomst, noch uit de brief van 19 januari 2023 en het volgt zelfs niet uit de brief van 9 juni 2023 waarin een beroep op de ontbindende voorwaarde is gedaan. Uit iets anders dan twee aanvraaglinks en een enkele zinsnede in een afzonderlijke Regeling kon de werknemer niet opmaken dat de ontbindende voorwaarde uit artikel 3 van de arbeidsovereenkomst zag op zowel een reguliere VOG als een VOG95. De werknemer heeft uiteindelijk op de door de werkgever stelde uiterlijke termijn een reguliere VOG aan de werkgever overhandigd. Dat de werkgever op dat moment ook duidelijk heeft gemaakt dat alsnog een VOG95 ontbreekt en heeft geïnformeerd naar de reden van het ontbreken daarvan is niet gebleken. Evenmin is gebleken dat de werknemer nog in de gelegenheid is gesteld om de VOG95 te overleggen. Niet is vast komen te staan dat afgifte van de VOG95 aan de werknemer is geweigerd.

4.8. In deze omstandigheden kon de werkgever naar het oordeel van de kantonrechter op 9 juni 2023 in redelijkheid (nog) geen beroep doen op de ontbindende voorwaarde, maar had de werkgever de werknemer in de gelegenheid moeten stellen alsnog een VOG95 te overhandigen. Omdat de werkgever toch heeft opgezegd op 9 juni 2023, zal deze opzegging worden vernietigd.

4.9. Dat betekent dat de arbeidsovereenkomst voortduurt en de werknemer recht heeft op loon. De werkgever zal daarom worden veroordeeld tot doorbetaling van het loon vanaf 9 juni 2023. De gevorderde wettelijke verhoging van artikel 7:625 BW en de wettelijke rente zullen ook worden toegewezen, omdat de werkgever te laat heeft betaald, waarbij de wettelijke verhoging zal worden beperkt tot 10%.

4.10. De door de werknemer gevorderde wedertewerkstelling dan wel het re-integratietraject zal worden afgewezen. De werknemer heeft onvoldoende gesteld of aannemelijk gemaakt in hoeverre hij nog arbeidsongeschikt is. De kantonrechter ziet onvoldoende aanleiding om de wedertewerkstelling in afwachting daarvan toe te wijzen. Ook overigens is door de werkgever in het verweerschrift toegezegd dat de werkgever, voor zover de kantonrechter zou oordelen dat partijen

in dienstverband met elkaar door moeten, de re-integratie wederom ter hand zal nemen.

4.11. De werkgever zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van de procedure.

5. De beslissing

De kantonrechter:

5.1. vernietigt de opzegging van de arbeidsovereenkomst;

5.2. veroordeelt de werkgever tot betaling van het overeengekomen salaris aan de werknemer vanaf 9 juni 2023, te vermeerderen met de wettelijke verhoging met een maximum van 10%, en te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf de dag van opeisbaarheid van de afzonderlijke bedragen tot aan de dag van de gehele betaling;

5.3. veroordeelt de werkgever tot betaling van de proceskosten, die de kantonrechter aan de kant van de werknemer tot en met vandaag vaststelt op € 793,00 aan gemachtigdensalaris;

5.4. verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad;

5.5. wijst het meer of anders verzochte af.

NOOT

Deze noot heeft betrekking op «JAR» 2024/41 en «JAR» 2024/47.

Juridische grondslag

Art. 3:38 BW en art. 6:22 BW vormen in het (algemeen) vermogensrecht en het (algemeen) verbintenissenrecht de juridische grondslag voor een ontbindende voorwaarde. In Boek 7 BW ontbreekt, behoudens het uitzendbeding (art. 7:691 BW), een specifieke arbeidsrechtelijke grondslag voor een ontbindende voorwaarde in een arbeidsovereenkomst. In art. 7:667 lid 7 en 8 BW is enkel opgenomen dat een beding, krachtens hetwelk de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt wegens zwangerschap, bevalling, het huwelijk of het aangaan van een geregistreerd partnerschap door de werkne(e)m(st)er, nietig is. Onder verwijzing naar laatstgenoemd wetsartikel heeft de Hoge Raad in het *Mungra*-arrest (a contrario) geoordeeld dat een ontbindende voorwaarde onder voorwaarden in een arbeidsovereenkomst is toegestaan en niet noodzakelijk onverenigbaar is met het gesloten ontslagstelsel (HR 6 maart 1992, *NJ* 1992/509).

Herformulering toetsingskader

In latere arresten van de Hoge Raad werd het toetsingskader voor een rechtsgeldige ontbindende voorwaarde geherformuleerd (HR 6 maart 1992, *NJ* 1992/509; HR 24 mei 1996, *NJ* 1996/685; HR 13 februari 1998, *NJ* 1998/708; HR 1 februari 2002, *NJ* 2002/607 en HR 2 november 2012, «JAR» 2012/314, m.nt. Konijn).

Uit deze arresten volgt dat de geldigheid van een ontbindende voorwaarde slechts bij uitzondering kan worden aanvaard. Of een ontbindende voorwaarde verenigbaar is met het wettelijk ontslagstelsel zal van geval tot geval moeten worden bezien, waarbij het mede aankomt op de aard, inhoud en context van de voorwaarde. Een holistische weging dus.

Het intreden van de voorwaarde dient daarnaast objectief bepaalbaar te zijn. In *Arrindell/Port de Plaisance* oordeelde de Hoge Raad dat terecht geklaagd werd dat het vervullen van de ontbindende voorwaarde niet kon worden beoordeeld 'zonder een eigen, subjectieve, waardering van de omstandigheden door de vennootschap' (HR 13 februari 1998, *NJ* 1998/708). Het intreden van de voorwaarde mag niet afhankelijk zijn van de wil of subjectieve waardering van (in ieder geval) de werkgever. Dat sluit aan bij art. 6:23 lid 2 BW, waarin staat dat de ontbindende voorwaarde – als de redelijkheid en billijkheid dit verlangen – niet vervuld kan zijn wanneer de partij die bij de vervulling belang had, deze heeft teweeggebracht.

Inhoudsloos worden arbeidsovereenkomst?

In de literatuur bestond verdeeldheid over de vraag of uit het *Mungra*-arrest kan worden afgeleid dat het inhoudsloos worden van de arbeidsovereenkomst ook een constitutief vereiste was/is. In de *Mungra*-zaak ging het om een medisch specialist die een arbeidsovereenkomst had met een maatschap. De daarin opgenomen ontbindende voorwaarde was afhankelijk gesteld van toestemming van het bestuur van twee ziekenhuizen om aldaar werkzaamheden als medisch specialist uit te voeren. Deze ontbindende voorwaarde hield stand. De Hoge Raad overwoog dat de arbeidsovereenkomst wegens het ontbreken van een mogelijkheid van praktijkuitoefening in het ziekenhuis vrijwel geheel doel zou missen. Was het inhoudsloos worden van de arbeidsovereenkomst daarmee een constitutief vereiste? Wij menen van niet. In het *HTM*-arrest kwam de

Hoge Raad namelijk – anders dan het hof – tot het oordeel dat de ontbindende voorwaarde rechtsgeldig was, ondanks dat de arbeidsovereenkomst niet inhoudsloos was geworden. Welk gewicht legt het inhoudsloos worden van de arbeidsovereenkomst dan wel in de schaal? A-G Timmermans meende dat de regels van het ontslagstelsel zich in elk geval niet verzetten tegen een ontbindende voorwaarde die bij vervulling met zich brengt dat de arbeidsovereenkomst inhoudsloos wordt (zie randnummer 3.37 van zijn conclusie bij het *HTM*-arrest). Echter, de Hoge Raad heeft een dergelijke stelregel nimmer gegeven. Het is volgens ons slechts een omstandigheid die meegewogen wordt bij de beoordeling of de ontbindende voorwaarde verenigbaar is met het ontslagstelsel. Daarnaast kunnen wij ons voorstellen dat het niet inhoudsloos worden van een arbeidsovereenkomst een omstandigheid is óf kan zijn op basis waarvan een beroep op de rechtsgeldige ontbindende voorwaarde in strijd is met goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) of naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn (art. 6:248 BW). Wij komen daar verderop in deze annotatie op terug bij het bespreken van een tweetal recente uitspraken.

Wat zien we in de praktijk?

Een rechtsgeldige ontbindende voorwaarde is in het Nederlandse arbeidsrecht een zeldzaamheid en vaak voer voor discussie. Toelaatbare ontbindende voorwaarden uit de praktijk zijn ontbindende voorwaarden waarvan het vervullen van de voorwaarde afhankelijk is gesteld van (i) het beëindigen van een (noodzakelijke) opleiding door de werknemer of opleidingsinstelling, (ii) het verkrijgen en behouden van een wettelijk verplicht certificaat (VOG, Schipholpas en grijze pas beveiliging) en (iii) het niet verkrijgen of niet (langer) beschikken over een geldige verblijfs- en werkvergunning (TWV of GVV). Voor een overzicht van de rechtspraak sinds 2015 verwijzen wij naar het artikel van M. Ruijsenaars & L.D. Brouwer, 'De (on)toelaatbaarheid van de ontbindende voorwaarde in het arbeidsrecht', *ArbeidsRecht* 2023/51.

Voor wat betreft de laatste categorie (zie iii) wordt in de literatuur gesteld dat twijfelachtig is of een dergelijke voorwaarde stand zal houden, omdat de werkgever invloed kan uitoefenen op het verkrijgen en behouden van de vergunning.

Er zijn echter ook vergunningen op basis waarvan een vreemdeling arbeid kan verrichten die niet door de werkgever worden aangevraagd. Denk aan de vreemdeling met een afhankelijk recht (verblijfsvergunning voor het verblijfsdoel 'familie en gezin' (referent)) en de arbeidsmarkt-aantekening 'Arbeid vrij toegestaan. TWV niet vereist'. Daarnaast zijn er verschillende intrekingsgronden waar de werkgever geen enkele invloed op heeft.

Het venijn zit hem in de staart

Indien aan de eerdergenoemde vereisten is voldaan, is sprake van een rechtsgeldige ontbindende voorwaarde. Het enkel intreden van de rechtsgeldige ontbindende voorwaarde heeft echter niet altijd tot gevolg dat de arbeidsovereenkomst daadwerkelijk eindigt. De uitspraken van de rechtbank Den Haag van 16 november 2023 («JAR» 2024/41) en rechtbank Oost-Brabant van 27 november 2023 («JAR» 2024/47) illustreren dat.

In laatstgenoemde kwestie betrof het een werknemer met een verblijfsvergunning voor verblijf bij haar partner. In de arbeidsovereenkomst stond dat deze van rechtswege zou eindigen indien de werknemer niet (meer) over een geldige vergunning beschikte. De werknemer had bijna drie maanden van tevoren een verlengingsaanvraag bij de IND ingediend. De IND had echter op de datum waarop de vergunning afliep nog geen beschikking afgegeven, waarna de werkgever een beroep deed op de ontbindende voorwaarde. Een aantal dagen later ontving de (ex)werknemer alsnog bericht van de IND dat de vergunning (met terugwerkende kracht en dus aansluitend) werd verlengd.

De rechter oordeelde dat sprake was van een rechtsgeldige voorwaarde. Interessant aan de uitspraak is dat de rechter vervolgens overwoog dat een op zichzelf (rechts)geldige ontbindende voorwaarde toepassing kan missen indien de toepassing daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW) en/of in strijd is met goed werkgeverschap (art. 7:611 BW). Daarvan was volgens de rechter sprake. De werkgever had in de gegeven omstandigheden (de financiële belangen van werknemer, het feit dat zij rechtmatig in Nederland verbleef hangende de procedure bij de IND, dat zij arbeidsongeschikt was en ICS ervan op de hoogte was dat

de beslissing van de IND op (zeer) korte termijn zou volgen) de ontbindende voorwaarde niet mogen invoeren.

In gelijke zin oordeelde rechtbank Den Haag in een zaak waarbij de ontbindende voorwaarde was gekoppeld aan het verkrijgen van een VOG. De rechtbank concludeerde dat de ontbindende voorwaarde voldoet aan de eisen die daar in de rechtspraak aan worden gesteld. Vervolgens concludeerde de rechter dat de werkgever in redelijkheid (nog) geen beroep mocht doen op de ontbindende voorwaarde, omdat de werkgever van zijn eigen beleid was afgeweken door de werknemer al te laten starten met zijn werkzaamheden, terwijl de VOG nog niet was afgegeven en de werkgever duidelijker had moeten zijn dat twee VOG's (een reguliere VOG en een VOG95) benodigd waren, hetgeen niet kon worden afgeleid uit de ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst.

Tot slot is opvallend (en onjuist) dat in beide zaken de rechter bij het uiteenzetten van het toetsingskader als vereiste noemt het al dan niet inhoudsloos worden van de arbeidsovereenkomst. Dit is onzes inziens geen vereiste: het kan wel als omstandigheid meewegen bij de vraag of de ontbindende voorwaarde verenigbaar is met het ontslagstelsel en/of het beroep op de ontbindende voorwaarde in strijd is met goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) of naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 BW).

Conclusie

Samengevat: eerst moet beoordeeld worden of een ontbindende voorwaarde rechtsgeldig is overeengekomen. Als werkgever ben je er dan echter nog niet. Als werknemer loont het de moeite te beargumenteren dat een beroep op de rechtsgeldig overeengekomen voorwaarde in strijd is met het goed werkgeverschap of naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

mr. B.M.C. Stenden
advocaat bij Law&Pepper Advocaten

mr. M. van den Heuvel
legal counsel bij ABAB Legal B.V.

42

Werknemer die beschikbaarheid niet meldt, komt toch loonvordering toe

Kantonrechter Rechtbank Midden-Nederland
zp Almere
13 december 2023, nr. 10560009/MC EXPL
23-3391 BW 31650,
ECLI:NL:RBMNE:2023:7038
(mr. Berendsen)

Ontvankelijkheid. Kracht van gewijsde. Bedongen arbeid. Risicoverdeling.

[BW art. 7:628, 7:671a, 7:681]

Tussen partijen bestaat vanaf 1 maart 2022 een arbeidsovereenkomst. In de periode van maart tot en met november 2022 vervoert de werknemer cliënten van de werkgever van en naar de dagbesteding. Op 6 december 2022 laat de werkgever per WhatsApp-bericht weten dat met ingang van de volgende dag gebruik zal worden gemaakt van een taxibedrijf voor de werkzaamheden die de werknemer verrichtte. De kantonrechter vernietigt deze opzegging op 22 maart 2023 en verklaart voor recht dat aan de arbeidsovereenkomst nog geen einde is gekomen. De werkgever zegt de arbeidsovereenkomst met toestemming van het UWV op per 1 september 2023. De werknemer vordert in deze procedure onder meer betaling van achterstallig loon en de transitievergoeding. De werkgever stelt zich op het standpunt dat de werknemer niet-ontvankelijk is in zijn vorderingen, omdat hij in de eerder gevoerde verzoekschriftprocedure het verzoek tot betaling van loon vanaf 6 december 2022 tijdens de zitting heeft ingetrokken.

De kantonrechter wijst de vorderingen van de werknemer toe. De werknemer is ontvankelijk in zijn vorderingen, nu de voorgelegde vorderingen in de verzoekschriftprocedure niet zijn beoordeeld. Dat de werknemer er destijds voor koos deze vorderingen in te trekken, doet niet af aan zijn recht om daarover alsnog een oordeel te vragen. Nu geen van partijen in hoger beroep is gegaan, is de beschikking van de kantonrechter in kracht van gewijsde gegaan. Voor een geslaagde