

MASTERSCRIPTIE ARBEIDSRECHT



Universiteit Utrecht

Herstel van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep: did they live happily ever after?

door

R.J. (Rik) de Jager

5958121

Scriptiebegeleider:

Mr. dr. N. (Nataschja) Hummel

2 juli 2021

Aantal woorden: 20.935

INHOUDSOPGAVE

INLEIDING EN VRAAGSTELLING	4
I. JURIDISCH KADER HERSTEL VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMST	6
1.1. Inleiding.....	6
1.2. Herstel van de arbeidsovereenkomst onder het oude ontslagrecht	6
1.2.1. Voorzieningen	7
1.2.2. Afkoopsom	7
1.3. Ontwikkeling na 1953.....	8
1.4. Gebruik herstelveroordeling tot aan Wwz	8
1.5. De Wwz en de herstelveroordeling.....	10
1.5.1. Herstel ex artikel 7:682 BW.....	11
1.5.2. Herstel ex artikel 7:683 BW.....	11
1.5.3. Verval mogelijkheid afkoopsom.....	12
1.5.4. Tijdstip van herstel	13
1.5.5. Te treffen voorzieningen.....	13
1.6. Tussenconclusie	14
II. ANALYSE HERSTEL IN HOGER BEROEP	16
2.1. Herstel: op welke wijze en door wie?	16
2.1.1. Bedoeling wetgever.....	16
2.1.2. <i>Mediant</i> - en <i>Vlisco</i> -beschikking.....	17
2.1.3. <i>Amsta</i> -beschikking	19
2.1.4. Beschouwing <i>Amsta</i> -beschikking	20
2.2. Status te herstellen arbeidsovereenkomst	22
2.2.1. Herstelveroordeling werkgever.....	23
2.2.2. Herstel door rechter zelf	26
2.3. De transitievergoeding na herstel in hoger beroep	27
2.3.1. Verschuldigdheid transitievergoeding	27
2.3.2. Onderbreking van meer dan 6 maanden	31
2.4. Tussenconclusie	33
III. JURISPRUDENTIE HERSTEL IN HOGER BEROEP.....	35
3.1. Frequentie rechtspraak	35
3.2. Toepassing van herstel in hoger beroep	37
3.2.1. Datum van herstel.....	37

3.2.2.	Herstel door de werkgever of appelrechter?	38
3.2.3.	Oorzaak einde arbeidsovereenkomst	38
3.2.4.	Getroffen voorzieningen	39
3.2.5.	Transitievergoeding.....	41
3.2.6.	Transitievergoeding bij een onderbreking van meer dan 6 maanden	43
3.3.	Tussenconclusie	43
IV. PRAKTIJKERVARINGEN HERSTEL IN HOGER BEROEP.....		45
4.1.	Verantwoording vooraf.....	45
4.2.	Beweegredenen herstelverzoek.....	46
4.2.1.	Persoonlijke overwegingen	46
4.2.2.	Financiële en proces-technische overwegingen	47
4.3.	Succesvol herstel: utopie?.....	48
4.3.1.	Succesvol herstel.....	48
4.3.2.	Niet geslaagd herstel.....	50
4.4.	Mening betrokken procespartijen over herstelveroordeling	51
4.4.1.	Werkgeversadvocaten.....	52
4.4.2.	Werknemersadvocaten	52
4.5.	Praktische verbeterpunten herstel	53
4.6.	Tussenconclusie	54
V. CONCLUSIE		56
5.1.	Geen wijziging herstelveroordeling.....	56
5.2.	Toepassen schorsende werking hoger beroep.....	56
5.3.	Invoeren voorlopige voorziening hoger beroepsprocedure	58
5.4.	Exit herstel in hoger beroep, alleen billijke vergoeding mogelijk	58
5.5.	Vernietiging kantonrechter (zonder terugwerkende kracht).....	59
5.6.	Te prefereren optie	60
BRONNENLIJST		62
	Geraadpleegde literatuur.....	62
	Geraadpleegde kamerstukken	65
	Geraadpleegde rechtspraak.....	65
BIJLAGE I.....		66

INLEIDING EN VRAAGSTELLING

her-stel-len (*herstelde, heeft, is hersteld*) **1** in de vorige toestand brengen **2** weer in goede, bruikbare staat brengen **3** beter worden.

Hoewel al bijna 70 jaar onderdeel van het arbeidsrecht, heeft het leerstuk van herstel van de arbeidsovereenkomst met de invoering van de Wet werk en zekerheid (hierna: Wwz) in 2015 een meer prominente positie in het ontslagrecht gekregen. Vóór de Wwz opereerde het herstel van de arbeidsovereenkomst in de marge van het ontslagrecht. Van deze mogelijkheid werd sporadisch gebruikgemaakt. De Wwz introduceerde het herstel van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep, waardoor sindsdien ook de appelrechter een herstelveroordeling mag uitspreken. Vandaag de dag kunnen aldus zowel de kantonrechter (ex artikel 7:682 BW) als het gerechtshof (ex artikel 7:683 BW) de werkgever veroordelen om de arbeidsovereenkomst te herstellen of daar zelf toe overgaan. De herpositionering met de Wwz heeft zijn vruchten afgeworpen: er zijn sindsdien meer herstelveroordelingen geweest dan in de zeven voorafgaande decennia tezamen.

Daarmee is niet gezegd dat herstel van de arbeidsovereenkomst vandaag de dag een uitgekristalliseerd onderwerp is. Het herstel van de arbeidsovereenkomst is een complex leerstuk, waarbij over enkele aspecten nog onduidelijkheid bestaat. Deze complexiteit is vergroot door een drietal beschikkingen van de Hoge Raad, die in de jaren na de Wwz een andere koers lijkt te varen dan de wetgever wat betreft het herstel van de arbeidsovereenkomst. Zo staat de vraag ter discussie of er bij herstel een nieuwe arbeidsovereenkomst ontstaat, of dat de oude overeenkomst wordt voortgezet. Datzelfde geldt voor de vraag of de werknemer een ontvangen transitievergoeding dient terug te betalen en, zo ja, op welke grondslag. Naast deze dogmatische vragen levert het leerstuk van herstel van de arbeidsovereenkomst ook pragmatische vragen op. Immers, na herstel in hoger beroep worden werkgever en werknemer – vaak na een lange periode – weer tot elkaar veroordeeld. Heeft herstel in dat licht nog wel kans van slagen? En zo ja, onder welke omstandigheden wel, of juist niet?

Bovenstaande vragen geven aanleiding om het leerstuk van herstel van de arbeidsovereenkomst nader onder de loep te nemen. Daarbij zal ik een blik op de toekomst werpen en inventariseren of, en zo ja, hoe het leerstuk van herstel van de arbeidsovereenkomst aangepast moet worden. Daarbij zal ik mij voornamelijk beperken tot het herstel van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep. Andere vragen die rijzen rondom de herstelveroordeling zijn niet minder interessant, maar het zou omwille van de omvang van deze scriptie te ver voeren om ook – bijvoorbeeld – vraagstukken omtrent het herstel bij de kantonrechter te behandelen.

Al het bovenstaande leidt tot de rechtsvraag die de rode draad vormt voor deze scriptie:

“Dient het leerstuk van herstel van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep te worden herzien, mede gelet op het huidige juridisch kader, de jurisprudentie en de ervaring in de praktijk?”

Om deze vraag te beantwoorden is de scriptie in verschillende deelvragen opgedeeld. Het onderzoek vangt aan met een bespreking van de ontstaansgeschiedenis en het huidige juridisch kader van het herstel van de arbeidsovereenkomst. Vervolgens duik ik dieper in het leerstuk van herstel van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep. Een centraal punt bij deze inhoudelijke behandeling vormt het spanningsveld tussen de bedoeling van de wetgever en de pragmatische benadering van de Hoge Raad. Na de inhoudelijke behandeling van het leerstuk sta ik stil bij de uitwerking van het herstel in hoger beroep in de praktijk. In dat kader zal ik de sinds de invoering van de Wwz gewezen rechtspraak over het herstel in hoger beroep bespreken en onderzoeken of, en zo ja, wat de gemeenschappelijke elementen van deze uitspraken zijn. Vervolgens behandel ik mijn uitgevoerde empirisch onderzoek naar de praktijkervaringen omtrent het herstel in hoger beroep. Aan de hand van interviews met 32 procespartijen poog ik een beeld te vormen van de beweegredenen van een werknemer om in hoger beroep herstel te verzoeken. Ook onderzoek ik de periode na het herstel. Heeft herstel in hoger beroep kans van slagen of is het een utopie? En wat vonden de procespartijen zelf van de herstelbeschikking van de appelrechter? Met de besproken ervaringen en uitkomsten van de onderzochte herstelbeschikkingen, in combinatie met de inhoudelijke behandeling van het leerstuk, schets ik vervolgens in de conclusie enkele mogelijke verbeterpunten voor het herstel in hoger beroep en geef ik antwoord op de centrale onderzoeksvraag.

1. JURIDISCH KADER HERSTEL VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMST

1.1. Inleiding

In dit hoofdstuk behandel ik de ontstaansgeschiedenis en het huidige juridische kader van het leerstuk van herstel van de arbeidsovereenkomst. Daarbij staat de vraag centraal hoe aan dit rechtsfiguur invulling werd gegeven onder het oude ontslagrecht. Tevens sta ik stil bij de ontwikkeling na het ontstaansmoment van het herstel van de arbeidsovereenkomst, met als belangrijkste wijziging de invoering van de Wvz in 2015.

1.2. Herstel van de arbeidsovereenkomst onder het oude ontslagrecht

In 1953 werd bij wet van 17 december het herstel van de arbeidsovereenkomst en de bijbehorende afkoopsom ingevoerd.¹ Art. 1639t (oud) BW gaf de rechter de bevoegdheid om herstel van de dienstbetrekking te bevelen:

“De rechter kan de werkgever die schadeplichtig is geworden volgens artikel 1639v BW of die de dienstbetrekking kennelijk onredelijk opzegt, ook veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen.”

Uit de tekst van deze bepaling volgde dat herstel in twee situaties mogelijk was, namelijk bij een onregelmatige opzegging en bij een kennelijk onredelijke opzegging.² De ratio achter de invoering van de herstelveroordeling was grotendeels gelegen in een verandering in opvatting over het eindigen van de dienstbetrekking. Bij de invoering van de Wet op de Arbeidsovereenkomst in 1907 gold aanvankelijk als uitgangspunt dat partijen, wanneer zij dat wensten, *eenzijdig* een einde konden maken aan de dienstbetrekking.³ De arbeidsovereenkomst droeg een dusdanig persoonlijk karakter dat toetsing van de opzegging niet door derden kon plaatsvinden, waardoor terugkeren in de dienstbetrekking uitgesloten was.⁴ Deze toentertijd vanzelfsprekend geachte praktijk vond haar codificatie in art. 1639o (oud) BW.

De wetswijziging van 1953 nam afscheid van deze praktijk en was voornamelijk ingegeven door – zoals Levenbach het noemt – een wezenlijke verandering in maatschappelijke opvattingen.⁵ Middels de wetswijziging kon ook een *derde*, de rechter, oordelen over het einde van de arbeidsovereenkomst. Of, zoals de memorie van toelichting verwoordde:⁶

¹ Wet van 17 december 1953, Stb, 1953, 619.

² Respectievelijk met als vindplaats art. 1639v (oud) BW en art. 1639s (oud) BW.

³ Levenbach 1954, p. 116. Zie ook Boot, *TAP* 2011/3, p. 92.

⁴ Houweling, *TvO* 2017/3, p. 109.

⁵ Levenbach 1954, p. 116.

⁶ *Kamerstukken II* 1947/1948, 881, nr. 3, p. 6.

“In de tweede plaats wil het ontwerp accentueren, dan verbreking van de band, die de dienstbetrekking heeft geschapen, niet behoort te staan ter uitsluitende beoordeling van een der partijen.”

Indien de rechter tot het oordeel kwam dat de dienstbetrekking hetzij onregelmatig, hetzij kennelijk onredelijk was opgezegd, kon hij niet alleen aan de werknemer een schadevergoeding toekennen, maar tevens aan de werkgever de verplichting opleggen om de dienstbetrekking te herstellen. In vele gevallen, zo argumenteerde de wetgever, kon met enige goede wil de dienstbetrekking hersteld worden.⁷ Slechts in die gevallen wanneer de band tussen de werkgever en werknemer dusdanig kwellend was geworden zou ‘het geforceerd in stand houden der dienstbetrekking geen gunstige verwachtingen mogen koesteren’.⁸ Het uitgangspunt van het geïntroduceerde wetsvoorstel was aldus dat de herstelveroordeling voortaan het uitgangspunt diende te zijn.

1.2.1. Voorzieningen

Het oorspronkelijke wetsvoorstel uit 1953 maakte geen melding van de mogelijkheid om voorzieningen treffen voor de fase tussen de opzegging van de arbeidsovereenkomst en het herstel van de dienstbetrekking. Deze omissie werd verholpen naar aanleiding van de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer. Het ontbreken van de mogelijkheid tot het treffen van voorzieningen zou leiden tot inkomens- en rechtsonzekerheid voor de werknemer gedurende de onderbrekingsperiode.⁹ De rechter kon aldus voorzieningen treffen in het kader van de rechtsgevolgen van de onderbreking. Een dergelijke voorziening behelsde onder andere de betaling van een vergoeding wegens gederfde inkomsten of een aanvulling op een genoten uitkering tijdens de onderbreking. Ook elementen als compensatie voor het verlies aan opgebouwde vakantiedagen en aanvullende pensioenvoorzieningen behoorden tot de beschikbare voorzieningen.¹⁰

1.2.2. Afkoopsom

Een andere bevoegdheid van de rechter betrof het vaststellen van een afkoopsom. De rechter kon de afkoopsom ambtshalve vaststellen of op verzoek van de werkgever. De afkoopsom vond haar oorsprong in de opvatting dat, ook al leek herstel van de arbeidsovereenkomst op papier een haalbare optie, het altijd aan de partijen was om hier invulling aan te geven. Het betalen van de afkoopsom door de werkgever resulteerde in het vervallen van de herstelverplichting (en de bijbehorende voorzieningen). De afkoopsom fungeerde daarmee als een, in de woorden van Houweling, ‘uitlaatklep’ voor de werkgever indien herstel van de

⁷ *Kamerstukken II 1947/1948*, 881, nr. 3, p. 6.

⁸ *Kamerstukken II 1947/1948*, 881, nr. 3, p. 6.

⁹ *Kamerstukken II 1952/1953*, 881, nr. 40, p. 2349.

¹⁰ Boot, *TAP 2011/3*, p. 93.

arbeidsovereenkomst toch niet haalbaar bleek te zijn.¹¹ De wetgever voorzag een hoge drempel bij het vaststellen van een afkoopsom. Uit de memorie van toelichting valt af te leiden dat de rechter het vaststellen van een afkoopsom moest nalaten, in het geval hij van oordeel was dat er geen ernstige bezwaren bestonden tegen het herstel van de arbeidsovereenkomst.¹²

1.3. Ontwikkeling na 1953

Het hierboven beschreven wetstechnische kader van de herstelveroordeling behield in de decennia na 1953 min of meer haar karakter. Inhoudelijk heeft de herstelveroordeling weinig verandering ondergaan.¹³ Bij de transponering van art. 1639t BW naar art. 7:682 (oud) BW in 1997, heeft de wetgever ervoor gekozen om “herstel van de dienstbetrekking” te vervangen door “herstel van de arbeidsverhouding”.¹⁴ In het nieuwe BW had de term dienstbetrekking namelijk meerdere betekenissen. In het kader van de herstelveroordeling duidde de term op een feitelijke situatie, en op andere plekken werd dienstbetrekking gebruikt als een synoniem van de arbeidsovereenkomst. Om onduidelijkheid te voorkomen, opteerde de wetgever voor het gebruik van de term arbeidsverhouding bij een herstelveroordeling.¹⁵

De kernelementen van de herstelveroordeling – de veroordeling van de werkgever om te herstellen, het treffen van voorzieningen en de mogelijkheid om een afkoopsom vast te stellen – bleven intact.¹⁶ Tevens bleef het de rechter slechts toegestaan om een herstelveroordeling uit te spreken indien dit door een van de partijen werd gevorderd. Een ambtshalve herstelveroordeling behoorde niet tot de beschikbare mogelijkheden, zo had de Hoge Raad al bevestigd in 1976.¹⁷ Bij de invoering van de Flexwet in 1999 werd de aanvankelijke mogelijkheid om ook de *werknemer* te veroordelen tot herstel van de arbeidsovereenkomst met de werkgever geschrapt. Deze mogelijkheid zag de wetgever als een (onnodige) beperking van de vrije arbeidskeuze en de werknemersmobiliteit.¹⁸

1.4. Gebruik herstelveroordeling tot aan Wwz

De wetgever toonde hoge verwachtingen bij de invoering van de herstelveroordeling in 1953. Uitgangspunt bij het ontwerp van art. 1639t BW was een primaat voor de herstelveroordeling bij een onrechtmatig ontslag.¹⁹ De optimistische houding van de wetgever vond echter niet

¹¹ Houweling, *TvO* 2017/3, p. 82.

¹² *Kamerstukken II* 1947/1948, 881, nr. 3, p. 10.

¹³ Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2018:1274, bij HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), par. 3.8.

¹⁴ *Kamerstukken II* 1993/1994, 23438, 3, p. 52.

¹⁵ *Kamerstukken II* 1993/1994, 23438, 3, p. 52.

¹⁶ Na de transponering in het nieuwe BW kregen de onregelmatige opzegging en de kennelijk onredelijke opzegging als grondslag respectievelijk art. 7:677 (oud) BW en art. 7:681 (oud) BW.

¹⁷ HR 4 juni 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB6935 (*Derksen/Derksen*).

¹⁸ *Kamerstukken II* 1996/1997, 25263, nr. 3, p. 32.

¹⁹ *Kamerstukken II* 1947/1948, 881, nr. 3, p. 2

haar gelijke in de praktijk. Uit jurisprudentieonderzoek van Van den Heuvel uit 1983 en Boot uit 2011 blijkt dat herstel van de arbeidsovereenkomst sporadisch werd toegewezen door de rechter. Van den Heuvel noteerde in de periode van 1953 tot en met 1983 slechts 15 gepubliceerde uitspraken over de herstelveroordeling.²⁰ Van deze 15 uitspraken werd in het merendeel een herstelveroordeling uitgesproken.²¹ Uit het jurisprudentieonderzoek van Boot blijkt dat de door Van den Heuvel geconstateerde praktijk correspondeert met de periode van 2000 tot 2011. In deze periode telde Boot 60 uitspraken waarin herstel van de arbeidsovereenkomst werd verzocht. In slechts vier van die 60 uitspraken wees de rechter daadwerkelijk herstel van de arbeidsovereenkomst toe.²²

In haar onderzoek signaleert Boot enkele oorzaken van het sporadische gebruik van de herstelveroordeling. Zo oordeelden rechters veelal dat de functie van de werknemer was komen te vervallen en er verder ook geen passende functies in de betreffende onderneming beschikbaar waren.²³ Een andere reden om niet tot een herstelveroordeling over te gaan, vond haar oorzaak in het feit dat de arbeidsrelatie tussen werkgever en werknemer zodanig verstoord bleek te zijn dat herstel niet (meer) tot de mogelijkheden behoorde.²⁴ Deze, door de wetgever in 1953 al getypeerde *dusdanig kwellende band* tussen de werkgever en werknemer kon gelegen zijn in – onder meer – emotioneel opgestelde processtukken of een vertrouwensbreuk tussen partijen.²⁵ Ook signaleerde Boot als oorzaak dat de herstelprocedure en het onderliggende geschil vaak al te lang had voortgeduurd, hetgeen ook bijdroeg aan de verstoorde arbeidsrelatie.²⁶

De wetgever merkte eveneens het redelijk onzichtbare bestaan van de herstelveroordeling op. In een wetsontwerp uit 1976, aangaande de herziening van het ontslagstelsel, opperde de wetgever om de mogelijkheid tot herstel af te schaffen.²⁷ De regeling was niet tot leven gekomen, zo schreef de toenmalig Minister van Justitie Dries van Agt, en diende te komen vervallen. In de onderbouwing van dit standpunt werd een advies van de Sociaal-Economische Raad aangehaald.²⁸ Hierin pleitte de Sociaal-Economische Raad eveneens voor het afschaffen van de herstelveroordeling. De herstelveroordeling was praktisch van geen betekenis, bood partijen geen zinvolle oplossing en was bovendien altijd op verzoek van een van de partijen om te zetten in een afkoopsom: *exit* de herstelveroordeling, zo bepleitte de Raad. Het wetsvoorstel uit 1976 haalde uiteindelijk de eindstreep niet. Op 15 maart 1990 diende de

²⁰ Van den Heuvel 1983, p. 83.

²¹ Exacte cijfers werden door Van den Heuvel niet gegeven.

²² Boot, *TAP* 2011/3, p. 94. Het gaat om Rb. Groningen 23 december 2010, ECLI:NL:RBGRO:2010:BP4934; Rb. Groningen 27 juli 2005, *JAR* 2005/196; Rb. Haarlem 17 januari 2007, ECLI:NL:RBHAA;2007:AZ6499 en Rb. Zutphen 25 februari 2003, ECLI:NL:RBZUT:2003:AF5551.

²³ Boot, *TAP* 2011/3, p. 95.

²⁴ Boot, *TAP* 2011/3, p. 95

²⁵ *Kamerstukken II* 1947/1948, 881, nr. 3.

²⁶ Boot, *TAP* 2011/3, p. 96.

²⁷ *Kamerstukken II* 1975/1976, 13656, nr. 3, p. 10.

²⁸ SER-advies inzake intrekking van art. 6 van het BBA, 1970, nr. 9, p. 7.

regering een nieuw wetsvoorstel tot herziening van het ontslagrecht in. In het nieuwe wetsvoorstel werd de afschaffing van de herstelveroordeling niet opgenomen, waardoor herstel van de arbeidsovereenkomst deel bleef uitmaken van het ontslagrecht.²⁹ Ook bij de invoering van de Wwz behield dit rechtsfiguur haar positie in het ontslagrecht, zij het dat herstel van de arbeidsovereenkomst grondig werd hervormd. In de volgende paragraaf staat dan ook de huidige inhoud en toepassing van de herstelveroordeling centraal.

1.5. De Wwz en de herstelveroordeling

De invoering van de Wwz in 2015 betekende een grondige herziening van het Nederlandse arbeidsrecht. Art. 7:669 lid 3 BW schrijft voortaan dwingend de ontslagroutes voor: enerzijds de voorafgaande toetsing door het UWV bij ontslagen wegens bedrijfseconomische of langdurige ziekte, anderzijds de toetsing door de kantonrechter in het geval van onder meer (vermeend) disfunctioneren, verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, andere in de persoon van de werknemer gelegen redenen of wegens een verstoorde arbeidsverhouding.³⁰ De Wwz introduceert daarnaast de mogelijkheid om tegen een ontbindingsbeslissing van de kantonrechter in hoger beroep te gaan.

Volgt de werkgever weliswaar de juiste ontslagroute, maar blijken de regels van het ontslagrecht niet (voldoende) in acht zijn genomen, dan wacht hem mogelijk twee typen niet-financiële sancties: de vernietiging van de opzegging of het herstel van de arbeidsovereenkomst.³¹ De kantonrechter heeft zowel de vernietiging van de opzegging als het herstel van de arbeidsovereenkomst tot zijn beschikking; de appelrechter kan enkel tot herstel van de arbeidsovereenkomst overgaan.

De eerste niet-financiële sanctie van vernietiging van de opzegging vindt haar grondslag in art. 7:681 BW. De kantonrechter kan in de gevallen genoemd in art. 7:681 lid 1 onder a tot en met e BW de opzegging van de arbeidsovereenkomst vernietigen. Daarbij gaat het – kort samengevat – om situaties waarin de arbeidsovereenkomst is opgezegd in strijd met de ontslagregels, zoals de opzegging van de arbeidsovereenkomst ondanks de weigering van het UWV om toestemming voor het ontslag te verlenen (sub a). Vernietigt de kantonrechter de opzegging, dan heeft dat als gevolg dat de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht voortduurt en dat alle daaruit voortvloeiende rechten en plichten zijn blijven bestaan, óók in de tijd tussen de opzegging en de rechterlijke vernietiging.³² De tweede niet-financiële sanctie

²⁹ *Kamerstukken II* 1989/1990, 13656 en 16682, nr. 5.

³⁰ *Kamerstukken II* 2013/2014, 33818, nr. 3, p. 25.

³¹ A-G De Bock noemt in haar conclusie bij de *Amsta*-beschikking, naast de niet-financiële sancties van vernietiging van de opzegging en herstel van de arbeidsovereenkomst, ook de financiële sancties van de transitievergoeding en de billijke vergoeding die de werkgever mogelijk te wachten staat. Zie Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2018:1274, bij HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), par. 3.11.

³² Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2018:1274, bij HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), par. 3.14.

betreft het herstel van de arbeidsovereenkomst. Art. 7:682 BW ziet op de herstelveroordeling bij de kantonrechter, art. 7:683 BW op de herstelveroordeling in hoger beroep.

1.5.1. Herstel ex artikel 7:682 BW

Herstel van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter is slechts aan de orde in enkele specifieke situaties.³³ De werknemer kan herstel verzoeken na de opzegging die heeft plaatsgevonden met toestemming van het UWV, als hij van mening is dat de toestemming ten onrechte is verleend of met de toestemming ten onrechte is opgezegd.³⁴ Het betreft hier een onjuiste hantering van de opzeggrond (art. 7:682 leden 1 en 2 BW). Tevens kan herstel worden verzocht na de ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens het vervallen van werkzaamheden (ex art. 7:669 lid 3 sub a BW), indien de werkgever binnen 26 weken na de datum van ontbinding dezelfde of vergelijkbare werkzaamheden laat verrichten zonder de ontslagen werknemer in de gelegenheid te stellen zijn vroegere werk te hervatten. Daarbij gaat het om een schending van de wederindiensttredingsvoorwaarde na ontbinding (art. 7:682 lid 4 en 5 BW). De wetgever heeft in deze beide gevallen voor de rechtsfiguur van herstel van de arbeidsovereenkomst geopteerd, omdat de arbeidsovereenkomst reeds is opgezegd met toestemming van het UWV (lid 1) of al bij onherroepelijke beslissing was ontbonden (lid 4 en 5).³⁵

1.5.2. Herstel ex artikel 7:683 BW

Is de appelrechter van mening dat de kantonrechter ten onrechte het verzoek van de werkgever om ontbinding van de arbeidsovereenkomst heeft *toegewezen*, of het verzoek van de werknemer om vernietiging van de opzegging of om herstel van de arbeidsovereenkomst ten onrechte heeft *afgewezen*, dan kan hij op grond van art. 7:683 lid 3 BW de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen. De appelrechter kan ook (ambtshalve) opteren voor een billijke vergoeding, indien hij van mening is dat herstel van de arbeidsovereenkomst niet in de rede ligt.³⁶

Vernietiging van de opzegging, en het gevolg dat de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht voortduurt en alle daaruit voortvloeiende rechten en plichten zijn blijven bestaan, behoort in hoger beroep zoals genoemd niet tot de mogelijkheden. De arbeidsovereenkomst komt na de kantonrechtersbeschikking definitief ten einde.³⁷ Het creëren van (enkel) de herstelsanctie in hoger beroep hangt samen met het afwijken van het gewone procesrecht om geen schorsende werking toe te kennen aan een hoger beroep tegen

³³ Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2018:1274, bij HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), par. 3.14.

³⁴ Van Slooten, Vegter en Verhulp 2020, art. 7:682 BW, aant. 1.

³⁵ Zo luidt de – overigens enige – motivering van de wetgever, zie *Kamerstukken II* 2013/2014, 33818, nr. 3, p. 118.

³⁶ *Kamerstukken II* 2013/2014, 33818, nr. 3, p. 35.

³⁷ Verhulp, *NJ* 2019/140.

een ontbindingsbeschikking.³⁸ Art. 7:683 lid 1 BW bepaalt dat het instellen van hoger beroep de tenuitvoerlegging van de beschikking in eerste aanleg niet schorst. Is een ontbindingsverzoek in eerste aanleg toegewezen, dan heeft dat als gevolg dat de arbeidsovereenkomst daarmee wordt beëindigd en niet kan worden vernietigd.³⁹ De wetgever heeft met het uitsluiten van de schorsende werking van hoger beroep afgeweken van het gewone procesrecht, zij het weloverwogen:⁴⁰

“Dat betekent dat aan een beschikking van de rechter in eerste aanleg altijd gevolg wordt gegeven – wat de rechtszekerheid voor zowel werkgever als werknemer ten goede komt – en dat bijvoorbeeld in het geval van een toegewezen verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst, de arbeidsovereenkomst daadwerkelijk eindigt.”

1.5.3. Verval mogelijkheid afkoopsom

Er bestaat een belangrijk verschil tussen de huidige wetsystematiek van de herstelveroordeling en de oude toepassing van de rechtsfiguur. Waar art. 7:682 lid 3 (oud) BW de mogelijkheid bevatte van het – op verzoek van de werkgever – afkopen van de herstelverplichting, kent de huidige regeling een dergelijke mogelijkheid niet. Bij de invoering van de Wwz heeft de regering de afkoopsom laten vervallen. In de literatuur is betoogd dat de afkoopsom in zekere zin gereïncarneerd is in de vorm van het al dan niet toekennen van een billijke vergoeding door de appelrechter als alternatief voor de verzochte herstelveroordeling.⁴¹ De toe te kennen billijke vergoeding vertoont een zekere nauwe verwantschap met de afkoopsom van art. 7:682 (oud) BW. Art. 7:682 lid 4 (oud) BW schreef immers voor dat de afkoopsom ‘met het oog op de omstandigheden van het geval naar billijkheid’ wordt bepaald. Helemaal gelijk zijn beide vergoedingen echter niet. Zo was de rechter vrij in het bepalen van de hoogte van de afkoopsom.⁴² Door de wetgever of Hoge Raad verleende handvatten bij het begroten van de afkoopsom ontbraken.⁴³ Dat is anders bij de billijke vergoeding. Hoewel de rechter eveneens vrijheid kent in het begroten van de billijke vergoeding, heeft de Hoge Raad in de *New Hairstyle*-beschikking een reeks gezichtspunten vastgesteld op basis waarvan de rechter de billijke vergoeding dient vast te stellen.⁴⁴

³⁸ Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2018:1274, bij HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), par. 3.16.

³⁹ *Kamerstukken II* 2013/2014, 33818, nr. 3, p. 119.

⁴⁰ *Kamerstukken II* 2013/2014, 33818, nr. 3, p. 35.

⁴¹ Houweling, *TvO* 2017/3, p. 111.

⁴² Boot, *TAP* 2011/3, p. 94.

⁴³ Boot, *TAP* 2011/3, p. 94.

⁴⁴ HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187 (*New Hairstyle*), r.o. 3.4.5.

1.5.4. Tijdstip van herstel

De rechter bepaalt het moment van herstel, zo volgt uit art. 7:682 lid 6 BW (jo. art. 7:683 lid 4 BW). Het precieze herstelmoment is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.⁴⁵ De rechter heeft discretionaire vrijheid bij het bepalen van de datum van herstel, zo volgt uit de *Meriant*-beschikking.⁴⁶ De veroordeling met herstel kan zowel met terugwerkende kracht als tegen een latere, zelfs in de toekomst gelegen datum worden uitgesproken.⁴⁷ Dat de mogelijkheid om met terugwerkende kracht te herstellen bestaat, volgt onder meer uit de wetsgeschiedenis van de Wwz. Zo spreekt de toelichting bij art. 7:683 lid 3 BW over het door de appelrechter treffen van voorzieningen voor een *eventuele* tussenliggende periode.⁴⁸

1.5.5. Te treffen voorzieningen

De rechter kan op basis van art. 7:682 lid 6 (jo. art. 7:683 lid 4 BW) voorzieningen treffen omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst. Voorzieningen kunnen worden getroffen in zowel de situatie dat de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht wordt hersteld met ingang van de beëindigingsdatum, als wanneer de arbeidsovereenkomst tegen een later moment wordt hersteld.⁴⁹ Hoewel de wetgever bij de noodzaak tot het treffen van voorzieningen met name de situatie van herstel op een *later* tijdstip dan de ontbindingsogen voor ogen had, benadrukte de Hoge Raad in de *Amsta*-beschikking uit 2019 dat de werknemer ook nadelige gevolgen kan ondervinden van een onderbreking van de arbeidsovereenkomst indien deze wordt hersteld met ingang van de ontbindingsdatum.⁵⁰

Veroordeelt de rechter bijvoorbeeld de werkgever om de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht te herstellen (of herstelt hij zelf met terugwerkende kracht), dan kan hij bepalen dat loon verschuldigd is vanaf de hersteldatum en een ontvangen WW-uitkering als onverschuldigd dient te worden terugbetaald. En andersom: wordt de arbeidsovereenkomst hersteld tegen een later moment, dan kan de rechter bepalen om de in de tussenliggende periode ontvangen WW-uitkering aan te vullen tot het niveau van het loon dat de werknemer genoten zou hebben als de arbeidsovereenkomst niet onderbroken was.⁵¹ Een andere mogelijke voorziening is het repareren van pensioenschade. De voorziening

⁴⁵ *Kamerstukken I* 2013/2014, 33818, C, p. 114.

⁴⁶ HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3241 (*Meriant*).

⁴⁷ *Kamerstukken I* 2013/2014, 33818, C, p. 114.

⁴⁸ *Kamerstukken II* 2013/2014, 33818, nr. 3, p. 120.

⁴⁹ Van Slooten, Vegter en Verhulp 2020, art. 7:682 BW, aant. 1.

⁵⁰ *Kamerstukken II* 2013/2014, 33818, nr. 3 p. 118-119, *Kamerstukken I* 2013/2014, 33818, C, p. 110-111 en *Kamerstukken I* 2013/2014, 33818, E, p. 17 worden in dat kader aangehaald door de Hoge Raad, zie HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), r.o. 3.5.3.

⁵¹ *Kamerstukken I* 2013/2014, 33818, C, p. 114.

die de rechter kan treffen heeft voorts uitdrukkelijk geen punitief karakter, zo volgt uit de parlementaire geschiedenis.⁵²

In eveneens de *Amsta*-beschikking overwoog de Hoge Raad voorts dat een veroordeling tot terugbetaling van de transitievergoeding moet worden aangemerkt als voorziening ex art. 7:682 lid 6 BW (jo. art. 7:683 lid 4 BW). Het is aan de rechter om tot het oordeel te komen of de werknemer de ontvangen transitievergoeding dient terug te betalen aan de werkgever. Daarbij overweegt de Hoge Raad dat het treffen van voorzieningen – uiteindelijk – het doel heeft om de betreffende werknemer te compenseren voor het nadeel dat hij heeft geleden door de onderbreking van de arbeidsovereenkomst. De kwestie over het terugbetalen van de transitievergoeding dient de rechter te bekijken vanuit deze achtergrond.⁵³

De Hoge Raad heeft in de *Meriant*-beschikking geoordeeld dat de rechter beslissingsruimte heeft bij het treffen van voorzieningen. Over de bestaande ruimte voor de rechter bestond verwarring na de invoering van de Wwz. Art. 7:682 lid 2 (oud) BW bevatte de woorden: “kan hij voorzieningen treffen”, terwijl art. 7:682 lid 6 BW een imperatieve formulering kent: “treft hij voorzieningen”. In de parlementaire geschiedenis van de Wwz werd echter geen melding gemaakt van deze taalkundige wijziging, waardoor A-G De Bock in haar conclusie bij de *Meriant*-beschikking tot het oordeel kwam dat de wetgever geen bewuste keuze heeft gemaakt bij het laten vervallen van het woord “kan”.⁵⁴ De Hoge Raad nam deze lezing over en oordeelde dat de rechter een discretionaire bevoegdheid toekomt bij de beslissing of bij herstel van de arbeidsovereenkomst een voorziening moet worden getroffen, en, zo ja, welke voorziening.⁵⁵

1.6. Tussenconclusie

De rechtsfiguur van herstel van de arbeidsovereenkomst leidde tot de invoering van de Wwz een relatief onzichtbaar bestaan in het Nederlandse ontslagrecht. Herstel van de arbeidsovereenkomst bleek een sporadisch rechtsfiguur te zijn, opererend in de marge van het ontslagrecht. Desondanks maakt de herstelveroordeling nog steeds onderdeel uit van het Nederlandse arbeidsrecht. De invoering van de Wwz in 2015 betekende een aanpassing van het leerstuk, nu ook de mogelijkheid van herstel van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep ex art. 7:683 BW in het leven werd geroepen.

Nadrukkelijk heeft de wetgever bepaald dat de appelrechter niet de opzegging kan vernietigen. Aan de beschikking van de kantonrechter wordt dus altijd gevolg gegeven waardoor deze komt te eindigen. Wel kan de appelrechter de veroordeling tot herstel zowel

⁵² *Kamerstukken I* 2013/2014, 33818, C, p. 114.

⁵³ HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), r.o. 3.5.6.

⁵⁴ Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2017:1203, bij HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3241 (*Meriant*).

⁵⁵ HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3241 (*Meriant*), r.o. 3.3.2.

met terugwerkende kracht als tegen een latere (zelfs toekomstige) datum uitspreken. Voor de tussenliggende periode kan de appelrechter voorzieningen treffen omtrent de rechtsgevolgen van het herstel. Deze mogelijkheid bestaat ook indien met terugwerkende kracht is hersteld tot de datum van opzegging. Heeft de werknemer een transitievergoeding ontvangen, dan kan de appelrechter de werknemer veroordelen tot terugbetaling van deze vergoeding, op voorwaarde dat een dergelijke terugbetaling als voorziening ex art. 7:682 lid 6 jo 7:683 lid 4 BW wordt aangemerkt.

2. ANALYSE HERSTEL IN HOGER BEROEP

De rechtsfiguur van herstel van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep is complex. De invoering ten tijde van de Wwz heeft vragen opgeroepen omtrent de inhoud en toepassing van het leerstuk.⁵⁶ Het nodigt daarom uit om het herstel van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep inhoudelijk 'af te pellen'. Daarbij behandel ik achtereenvolgens op welke wijze en door wie het herstel plaatsvindt, of met het herstel een nieuwe arbeidsovereenkomst tot stand komt of juist de oude arbeidsovereenkomst wordt voortgezet en wat de gevolgen van het herstel zijn voor de (verschuldigheid van de) transitievergoeding. Andere vraagstukken vallen buiten het bereik van deze scriptie. Zo bestaan er mogelijk problemen met het schriftelijkheidsvereiste in het kader van het concurrentiebeding na een herstel van de arbeidsovereenkomst. Dient een dergelijk beding dan opnieuw overeengekomen te worden? Ik vermoed dat een werkgever niet opnieuw het concurrentiebeding schriftelijk dient overeen te komen, indien de herstelde arbeidsovereenkomst onder gelijkblijvende voorwaarden als de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst is gesloten. Ook is onduidelijk wat de gevolgen van een herstel in hoger beroep zijn voor de werknemersanciënniteit in het kader van het afspiegelingsbeginsel na een bedrijfseconomisch ontslag, alsook voor de pensioenaanspraak van de werknemer. Hoewel interessante vraagstukken, zal ik daar omwille van de omvang van de scriptie niet dieper op ingaan.⁵⁷

2.1. Herstel: op welke wijze en door wie?

2.1.1. Bedoeling wetgever

De wetsgeschiedenis van de rechtsfiguur van herstel lijkt het antwoord op de vraag wie herstelt eenvoudig te geven. Uit de parlementaire geschiedenis bij de invoering van het herstel van de arbeidsovereenkomst volgt dat herstel in feite een gevolg was van het (aloude) beginsel 'pacta sunt servanda'.⁵⁸ Dit beginsel behelst de notie dat de partij, die zich aan wanprestatie schuldig maakt, gedwongen kan worden tot nakoming van zijn verplichtingen. Toegepast op de herstelveroordeling betekent dit dat de *rechter* de partijen kon veroordelen tot een herstelverplichting.⁵⁹ Werd de verplichting opgelegd om de dienstbetrekking te herstellen, dan was het aldus aan de veroordeelde partij om zijn verplichtingen na te komen en een nieuwe arbeidsovereenkomst tot stand te brengen.

Ook na de invoering van de Wwz bleef het de rechter die de werkgever veroordeelt om te herstellen. Deze onomwonden formulering is ook terug te vinden in de memorie van

⁵⁶ Zie bijvoorbeeld Houweling, *TvO* 2017/3; Kruit, *AR-updates.nl* 2019-0102 en Mees, *JIN* 2017/90.

⁵⁷ Zie over deze vraagstukken onder meer Sies, *TRA* 2011/6; Dekker, *AR* 2014/57 en Houweling, *TvO* 2017/3 voor de gevolgen van de herstelveroordeling voor respectievelijk het concurrentiebeding, de pensioenaanspraak en het afspiegelingsbeginsel.

⁵⁸ *Kamerstukken II* 1953/1954, 881, nr. 37, p. 2.

⁵⁹ Levenbach 1954, p. 124. Zie ook Boot, *TAP* 2011/3, p. 93.

toelichting bij de Wwz. Zo vermeldt de toelichting bij art. 7:683 lid 3 BW (cursivering toegevoegd):⁶⁰

“In het derde lid wordt voorgesteld welke twee mogelijkheden er zijn als de appel- of cassatierechter tot het oordeel komt dat een ontbindingsverzoek van de werkgever ten onrechte is toegewezen of een verzoek tot vernietiging van de opzegging of tot herstel van de arbeidsovereenkomst van de werknemer ten onrechte is afgewezen. *Hij kan – de eerste mogelijkheid – de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen.* De rechter is daarbij vrij om te bepalen met ingang van welke datum hij de arbeidsovereenkomst herstelt.”

Een andere verhelderende toelichting volgt uit de memorie van antwoord:⁶¹

“*Draagt de rechter de werkgever op om de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht te herstellen dan zal loon verschuldigd zijn vanaf de hersteldatum en zal de WW-uitkering als onverschuldigd moeten worden terugbetaald.*”

Uit deze passages volgt duidelijk dat de regering een wetssysteem beoogt waarbij de rechter de werkgever opdraagt de arbeidsovereenkomst te herstellen.⁶² Dat blijkt ook uit de wettekst van art. 7:683 lid 3 BW, waar staat dat de rechter “de werkgever [kan] veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen”. Op basis van de parlementaire geschiedenis en wettekst lijkt de kous dus af. Over de vraag wie de arbeidsovereenkomst herstelt is echter verwarring ontstaan na een tweetal beschikkingen van de Hoge Raad in 2016 en 2017.

2.1.2. Mediant- en Vlisco-beschikking

De *Mediant*-beschikking draaide om de vraag of in het stelsel van de Wwz voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst nog mogelijk was.⁶³ Bij het beantwoorden van deze vraag veroorzaakte de Hoge Raad echter verwarring over de vraag wie de arbeidsovereenkomst herstelt. Hij overwoog (accent toegevoegd):

“De appel- of verwijzingsrechter dient zijn in art. 7:683 lid 3 BW gegeven bevoegdheid om (de werkgever te veroordelen) de arbeidsovereenkomst (te) herstellen of aan de werknemer een billijke vergoeding toe te kennen, in volle omvang te kunnen

⁶⁰ *Kamerstukken II 2013/2014, 33818, nr. 3 p. 119.*

⁶¹ *Kamerstukken I 2013/2014, 33818, C, p. 110.* Zie ook *Kamerstukken II 2013/2014, 33818, nr. 3, p. 118; Kamerstukken II 2013/2014, 33818, nr. 3, p. 119; Kamerstukken I 2013/2014, 33818, E, p. 17* (nota naar aanleiding van het verslag); *Kamerstukken I 2013/2014, 33818, C, p. 93* en *Kamerstukken I 2013/2014, 33818, C, p. 112.*

⁶² Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2018:1274, bij HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), par. 3.26.

⁶³ HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998 (*Mediant*), r.o. 3.12.2.

uitoefenen met inachtneming van alle ten tijde van zijn beslissing relevante feiten en omstandigheden van het geval.”

Op soortgelijke wijze oordeelde de Hoge Raad in de daaropvolgende *Vlisco*-beschikking (accent toegevoegd).⁶⁴

“De desbetreffende passage moet aldus worden gelezen dat met de bevoegdheid van de appel- of verwijzingsrechter om op de voet van art. 7:683 lid 3 BW (de werkgever te veroordelen) de arbeidsovereenkomst te herstellen of aan de werknemer een billijke vergoeding toe te kennen, welke bevoegdheid hij in volle omvang moet kunnen uitoefenen, onvereenigbaar is dat de kantonrechter desverlangd de voorwaardelijk verzochte ontbinding van de arbeidsovereenkomst (ook) zou uitspreken voor het geval de appel- of verwijzingsrechter, anders dan de kantonrechter, zou oordelen dat het ontslag op staande voet ten onrechte is gegeven, en hij (de werkgever veroordeelt) de arbeidsovereenkomst herstelt (te herstellen).”

Wat betekenen deze haakjes? Wat is de bedoeling van de Hoge Raad? Het tussen haakjes plaatsen van het zinsdeel ‘de werkgever veroordelen om’, met name na de tweede keer in de *Vlisco*-beschikking, lijkt te suggereren dat de Hoge Raad twee opties voor zich ziet, namelijk i) de rechter herstelt de arbeidsovereenkomst, of ii) de rechter veroordeelt de werkgever tot herstel. Bedoelt de Hoge Raad hiermee te zeggen dat de rechter ook zelf de arbeidsovereenkomst kan herstellen? Het haakjes-gebruik van de Hoge Raad leidt tot verwarring in de literatuur.⁶⁵ Hoofdoorzaak van de ontstane onduidelijkheid is dat het gebruik van haakjes tot meerdere interpretaties kan leiden. In deze context zijn drie gebruiksvormen van haakjes van belang, namelijk i) om een verklaring of toevoeging te geven, zijnde een *verduidelijking*, ii) een alternatief voor komma’s om zo een bepaald zinsdeel minder zwaarte te geven en iii) het aangeven van een *alternatief*.⁶⁶

A-G De Bock preferereert de eerste gebruiksvorm van haakjes, dus *ter verduidelijking*, met de functie van: “*lees als*”.⁶⁷ Het zinsdeel tussen de haakjes betekent een verduidelijking van hetgeen buiten de haakjes staat, namelijk dat de overweging dat de rechter tot herstel kan overgaan gelezen moet worden als ‘de werkgever veroordelen om de arbeidsovereenkomst te herstellen’.⁶⁸ Uit de wetsgeschiedenis blijkt volgens De Bock duidelijk genoeg dat de rechter de werkgever veroordeelt tot herstel van de arbeidsovereenkomst. Een andere

⁶⁴ HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:571 (*Vlisco*), r.o. 3.6.3.

⁶⁵ Onder andere Kruit, *AR-updates.nl* 2016-1482; Houweling, *TvO* 2017/3; Mees, *JIN* 2017/90. Zie in dat kader ook de algemene oproep van Castermans aan de Hoge Raad om te stoppen met het tussen haakjes plaatsen van woorden of zinsdelen: Castermans, *NTBR* 2018/26.

⁶⁶ Renkema 2014, par. 9.6, aangehaald door Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2018:1274, bij HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), par. 3.30.

⁶⁷ Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2018:1274, bij HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), par. 3.31.

⁶⁸ Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2018:1274, bij HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), par. 3.31.

interpretatie is naar haar mening niet aannemelijk.⁶⁹ Mees hanteert een soortgelijke opvatting in zijn annotatie bij de *Vlisco*-beschikking.⁷⁰

Houweling meent daarentegen dat de Hoge Raad door het gebruik van de parentheses een alternatieve mogelijkheid heeft overwogen. Het komt hem eerder voor dat de Hoge Raad hier de ruimte aan de rechter geeft hetzij de werkgever te veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen, hetzij de arbeidsovereenkomst zelf te herstellen (zonder handeling van de werkgever).⁷¹ Ook Dekker signaleert dat de overweging van de Hoge Raad in *Mediant* en *Vlisco* de mogelijkheid lijkt open te houden dat de rechter zélf herstel bewerkstelligt.⁷²

2.1.3. *Amsta*-beschikking

In de *Amsta*-beschikking verschaft de Hoge Raad duidelijkheid over de vraag op welke wijze herstel plaatsvindt.⁷³ In overweging 3.5.12 komt de Hoge Raad allereerst tot de conclusie dat uit het wetssysteem van art. 7:682 BW en art. 7:683 BW inderdaad volgt dat de rechter enkel de werkgever kan veroordelen om de arbeidsovereenkomst te herstellen.⁷⁴ Dit volgt ook uit de parlementaire geschiedenis van de Wwz, zo constateert de Hoge Raad. *Done deal*, lijkt het? Niets is minder waar. De Hoge Raad overweegt vervolgens dat de rechter de ruimte heeft om ook zelf, bij wege van constitutieve uitspraak, herstel van de arbeidsovereenkomst uit te spreken, zij het enkel op verzoek van de werknemer. Daartoe hanteert de Hoge Raad verschillende (praktische) argumenten. Zo volgt uit de wetsgeschiedenis *niet* waarom de mogelijkheid van herstel door de rechter niet zou kunnen. Ook biedt herstel door de rechter het voordeel dat ‘direct in de procedure, en onder rechterlijk toezicht, komt vast te staan in welke vorm en met ingang van welk tijdstip de arbeidsovereenkomst is of wordt hersteld’.⁷⁵ Het in het dictum van een uitspraak herstellen van een arbeidsovereenkomst, zo vervolgt de Hoge Raad, heeft als gevolg dat met ingang van de hersteldatum een arbeidsovereenkomst van kracht wordt, die inhoudelijk – tenzij de rechter anders bepaalt – gelijk is aan de opgezegde of ontbonden arbeidsovereenkomst.⁷⁶

Met de woordkeuzes voor ‘in welke vorm’ en ‘tenzij de rechter anders bepaalt’ ziet de Hoge Raad blijkbaar zelfs de mogelijkheid voor de rechter om een arbeidsovereenkomst *met een andere inhoud* dan de beëindigde arbeidsovereenkomst in het leven te roepen, zo schrijven ook Sagel en Barentsen.⁷⁷ Dat opent een scala aan mogelijkheden voor de rechter. Is bijvoorbeeld de functie van de betreffende werknemer al reeds vervuld door een ander, dan

⁶⁹ Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2018:1274, bij HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), par. 3.31.

⁷⁰ Mees, *JIN* 2017/90, p. 18.

⁷¹ Houweling, *TvO* 2017/3, p. 113.

⁷² Dekker, *AR-updates.nl* 2017-0392, p. 14.

⁷³ HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*).

⁷⁴ HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), r.o. 3.5.12.

⁷⁵ HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), r.o. 3.5.12.

⁷⁶ HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), r.o. 3.5.12.

⁷⁷ Barentsen, Sagel & Van der Kroon, *NJB* 2019/35, p. 2686.

zou de rechter de herstelveroordeling kunnen uitspreken voor een andere functie (mits de werknemer dat uiteraard verlangt).⁷⁸ Of in het geval dat de verhoudingen op de werkvloer (ernstig) verstoord zijn, dan zou de rechter de herstelveroordeling ook kunnen laten zien op een andere locatie om de werknemer zo een nieuwe start te geven.⁷⁹

Ter onderbouwing van zijn oordeel doet de Hoge Raad een beroep op art. 3:300 BW. Art. 3:300 BW behelst het recht van reële executie en luidt:

“1. Is iemand jegens een ander gehouden een rechtshandeling te verrichten, dan kan, tenzij de aard van de rechtshandeling zich hiertegen verzet, de rechter op vordering van de gerechtigde bepalen dat zijn uitspraak dezelfde kracht heeft als een in wettige vorm opgemaakte akte van degene die tot de rechtshandeling gehouden is, of dat een door hem aan te wijzen vertegenwoordiger de handeling zal verrichten. Wijst de rechter een vertegenwoordiger aan, dan kan hij bepalen dat de door deze te verrichten handeling zijn goedkeuring behoeft.

2. Is de gedaagde gehouden om tezamen met de eiser een akte op te maken, dan kan de rechter bepalen dat zijn uitspraak in de plaats van de akte of een deel daarvan zal treden.”

Het betreft hier een uitzondering op de hoofdregel van art. 3:33 BW, waarin is bepaald dat een rechtshandeling in beginsel niet tot stand kan komen buiten de daartoe verplichte om.⁸⁰ Er is, met andere woorden, een wilsverklaring van de handelende nodig. Met de reële executie wordt deze wilsverklaring door de rechter ingevuld. De werknemer is in dat geval niet afhankelijk van de welwillendheid van de werkgever.⁸¹

2.1.4. Beschouwing *Amsta*-beschikking

Tot op zekere hoogte kan ik mij vinden in de praktische voordelen van een herstel door de rechter zelf. Bij een veroordeling van de werkgever om de arbeidsovereenkomst te herstellen geeft de rechter de regie toch uit handen. Gezien het voorafgaande arbeidsconflict bestaat er bij een herstel door de werkgever mogelijk meer risico op nieuwe discussies en geschillen over de uitvoering van dat herstel. Het herstel door de rechter zelf voorkomt dergelijke discussies en biedt daarmee een zekere mate van rechtszekerheid aan de partijen, met name aan de werknemer.

De overwegingen van de Hoge Raad in *Amsta* komen mij echter toch merkwaardig voor. Het bevestigt weliswaar de lezing van de *Mediant*- en *Vlisco*-beschikkingen dat de Hoge Raad een

⁷⁸ Barentsen, Sagel & Van der Kroon, *NJB* 2019/35, p. 2687.

⁷⁹ Barentsen, Sagel & Van der Kroon, *NJB* 2019/35, p. 2687.

⁸⁰ Jongbloed 2021, art. 3:300 BW, aant. 3.

⁸¹ Barentsen, Sagel & Van der Kroon, *NJB* 2019/35, p. 2686.

alternatieve herstelkans voor ogen had (en maakt zodoende een einde aan de gecreëerde onduidelijkheid), maar op de gehanteerde onderbouwing van de Hoge Raad valt het een en ander af te dingen. Zo staat de *Amsta*-beschikking namelijk op gespannen voet met de scheiding der machten en zijn er vraagtekens te zetten bij de gekozen grondslag van art. 3:300 BW.

2.1.4.1. Scheiding der machten

De Hoge Raad schuift allereerst met zijn overweging uitdrukkelijk de bedoeling van de wetgever terzijde, en dat in één en dezelfde rechtsoverweging. Hij bevestigt enerzijds de wetssystematiek en de bedoeling van de wetgever dat de rechter de werkgever veroordeelt om de arbeidsovereenkomst te herstellen, om anderzijds die bedoeling direct weer aan de kant te zetten door te oordelen dat ook de rechter zelf de bevoegdheid tot herstel krijgt.⁸² Dat de Hoge Raad lijnrecht tegen de al decennialang heersende opvatting van de wetgever ingaat is naar mijn mening opvallend te noemen, des te meer omdat geen juridisch-inhoudelijke argumenten worden aangevoerd. De Hoge Raad maakt gebruik van louter pragmatische redenen. In feite, zo schrijft Kruit ook in zijn annotatie bij de *Amsta*-beschikking, zegt de Hoge Raad hiermee tegen de wetgever: “jullie kunnen het zo bedacht en bedoeld hebben, maar wij kiezen toch voor een andere route”.⁸³

Annotatoren bij de *Amsta*-beschikking plaatsen de uitspraak van de Hoge Raad in een bredere toepassing, namelijk dat de Hoge Raad niet voor het eerst de grenzen van zijn bevoegdheid opzoekt.⁸⁴ Zo voegde de Hoge Raad in de *New Hairstyle*-beschikking tegen de uitdrukkelijke wens van de wetgever een schadecomponent toe aan de billijke vergoeding, introduceerde hij in de *Kolom*-beschikking tegen de wetssystematiek in een gedeeltelijke transitievergoeding en plaatste hij in de *Wilco*-beschikking – idem tegen het wettelijk systeem in – het loonrisico bij een in hoger beroep alsnog rechtsgeldig geoordeeld ontslag op staande voet bij de werknemer.⁸⁵ In deze uitspraken is de tendens waarneembaar dat de Hoge Raad steeds uitdrukkelijker op de stoel van de wetgever gaat zitten, hetgeen ook de literatuur in toenemende mate opvalt.⁸⁶ De Hoge Raad schuurt met de *Amsta*-beschikking naar mijn mening eveneens erg dicht tegen de grenzen van de rechterlijke autonomie aan. Voor de vraag of de Hoge Raad inderdaad over deze grenzen heen gaat, is doorslaggevend of de gekozen route van art. 3:300 BW voldoende grondslag biedt.

⁸² Zie ook Kruit, *AR-updates.nl* 2019-0102.

⁸³ Kruit, *AR-updates.nl* 2019-0102.

⁸⁴ Zie onder meer Kruit, *AR-updates.nl* 2019-0102 en Hogewind-Wolters, *JAR* 2019/57.

⁸⁵ HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187 (*New Hairstyle*); HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1209 (*Wilco*); HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617 (*Kolom*).

⁸⁶ Zie in dat kader bijvoorbeeld De Vos, *JIN* 2019/61 en Pennings, *TRA* 2020/60.

2.1.4.2. Art. 3:300 BW: toereikende grondslag?

Uit de wetsgeschiedenis van art. 3:300 BW volgt dat deze bepaling *terughoudend* moet worden toegepast.⁸⁷ Reële executie maakt immers inbreuk op de rechten van de wederpartij. De parlementaire geschiedenis vermeldt daarom ook dat de voorkeur moet worden gegeven aan de situatie dat de wederpartij zelf presteert, al dan niet onder druk van een dwangsom.⁸⁸ Jongbloed toont zich in zijn proefschrift over de bevoegdheid van reële executie ook kritisch over het inzetten van art. 3:300 BW in het kader van de arbeidsovereenkomst.⁸⁹ Hij schrijft dat reële executie over het algemeen niet mogelijk is bij arbeidsovereenkomsten. Het bijzondere karakter van de arbeidsovereenkomst staat daaraan in de weg. Juist omdat het bij arbeidsovereenkomsten over de persoon en de aan hem gebonden prestaties gaat, stelt Jongbloed vraagtekens bij een toepassing van art. 3:300 BW in het arbeidsrecht.

Naar mijn mening kunnen er tevens vraagtekens gezet worden bij de *algemene* toepassing die de Hoge Raad aan dit artikel geeft. In het arbeidsrecht is slechts één keer een beroep gedaan op art. 3:300 BW. Het betrof de situatie dat een werkgever weigerde een arbeidsovereenkomst aan te bieden, waarop de werknemer de kantonrechter en vervolgens het Hof Den Haag verzocht om de rechterlijke beslissing ex art. 3:300 BW in de plaats te laten treden van de schriftelijke arbeidsovereenkomst.⁹⁰ Beide rechters wezen het verzoek van de werknemer af, nu de inhoud van de arbeidsovereenkomst voldoende concreet en duidelijk was. Het roept aldus de vraag op waarom de Hoge Raad aansluit bij art. 3:300 BW.⁹¹

2.2. Status te herstellen arbeidsovereenkomst

Een tweede vraagstuk omtrent de rechtsfiguur van herstel in hoger beroep is de status van de te herstellen arbeidsovereenkomst. Is de te herstellen arbeidsovereenkomst een nieuwe arbeidsovereenkomst, of wordt de oude arbeidsovereenkomst voortgezet? Ik hoor de lezer wellicht denken: is de status van de te herstellen arbeidsovereenkomst niet *much ado about nothing*? Of het nu een nieuwe of een voortgezette arbeidsovereenkomst is na herstel, wat maakt het uit? Juridisch gezien is het antwoord: vrij veel. Zo is de status van de te herstellen arbeidsovereenkomst van belang voor de vraag of de werkgever (al dan niet) de transitievergoeding verschuldigd is. Bij het ontstaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst is de eerdere arbeidsovereenkomst immers reeds geëindigd en staat de verschuldigdheid van de transitievergoeding wettelijk gezien vast.

⁸⁷ Van Zeben & Du Pon 1981, p. 899.

⁸⁸ Van Zeben & Du Pon 1981, p. 899.

⁸⁹ Jongbloed 1987, p. 63.

⁹⁰ Rb. Rotterdam 6 september 2006, HA-ZA052608 en Hof Den Haag 17 augustus 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BR0475. Zie ook Kruit, *AR-updates.nl* 2019-0102.

⁹¹ Zie ook De Vos, *JIN* 2019/61.

2.2.1. Herstelveroordeling werkgever

Voor de vraag wat de status is van de te herstellen arbeidsovereenkomst is van belang *wie* herstelt (de werkgever of de rechter zelf). Ik zal dit vraagstuk daarom opsplitsen voor beide herstel mogelijkheden.

2.2.1.1. Nieuwe arbeidsovereenkomst?

In de wetsgeschiedenis en in de literatuur werd algemeen aanvaard dat de rechter een herstelveroordeling uitspreekt en het vervolgens aan de partijen zelf is om een *nieuwe* arbeidsovereenkomst te sluiten.⁹² Van een herleving van de oude dienstbetrekking was geen sprake, evenmin van de situatie dat de dienstbetrekking geacht werd nooit te zijn beëindigd.⁹³ In dat licht is de verwoording van de wetgever van belang. De wetgever koos in art. 1639t BW bewust voor de terminologie “herstel van de *dienstbetrekking*” (en later voor de term “*arbeidsverhouding*”). De arbeidsovereenkomst was reeds door de opzegging geëindigd, en die opzegging werd door de veroordeling tot herstel niet ongedaan gemaakt.⁹⁴ De herstelveroordeling zag op de verplichting om een nieuwe arbeidsovereenkomst met de werknemer aan te gaan.

Met de invoering van de Flexwet in 1999 wijzigde de wetgever de terminologie van het herstel. De tekst van art. 7:682 (oud) BW sprak voortaan over de “*arbeidsovereenkomst*”. De – ietwat summere – toelichting van de wetgever luidde:⁹⁵

“De wijziging van “*arbeidsverhouding*” in “*arbeidsovereenkomst*” in artikel 682 is bedoeld om een onbedoelde discrepantie in terminologie tussen deze bepaling en de overige bepalingen van titel 7.10 BW op te heffen.”

De ratio achter deze wijziging was de behoefte om in titel 7.10 BW dezelfde terminologie te hanteren. Hoewel een begrijpelijke gedachte, lijkt de wetgever hiermee onbedoeld zijn eerdere welbewuste keuzes in 1953 en 1997 voor de termen “*dienstbetrekking*” en “*arbeidsverhouding*” terzijde te hebben geschoven. De wetgever beoogde geen inhoudelijke wijziging van art. 7:682 (oud) BW.⁹⁶ Een achterliggende gedachte bij de keuze voor de (enkelvoudige) term *arbeidsovereenkomst* ontbrak, waardoor de techniek en de toepassing van de herstelveroordeling hetzelfde bleef.

⁹² Zie Levenbach 1954, p. 123-124; Molenaar 1957, p. 212-213.

⁹³ Molenaar 1957, p. 212-213.

⁹⁴ Houweling, *TvO* 2017/3, p. 110.

⁹⁵ *Kamerstukken II* 1997/1998, 25263, nr. 14, p. 8.

⁹⁶ Zie ook Houweling, *TvO* 2017/3, p. 111.

Een ander argument waarom er na herstel sprake is van een nieuwe arbeidsovereenkomst is gelegen in de wettekst van art. 7:672 lid 9 BW. Dit artikel behelst de berekening van de opzegtermijn van een herstelde arbeidsovereenkomst:

“Voor toepassing van lid 2 worden *arbeidsovereenkomsten* geacht eenzelfde, niet onderbroken arbeidsovereenkomst in geval van herstel van de arbeidsovereenkomst ingevolge artikel 682 of artikel 683.”

De wetgever heeft hier expliciet gekozen voor een meervoudsvorm. Houweling en Mees stellen dat deze woordkeuze laat zien dat de wetgever heeft beoogd dat de te herstellen arbeidsovereenkomst een nieuwe (tweede) juridische overeenkomst behelst.

Kruit signaleert nog een andere wetsystematische reden waarom er sprake is van een nieuwe arbeidsovereenkomst na herstel in hoger beroep. Een opzegging wegens een dringende reden kan in eerste aanleg alleen door vernietiging op grond van art. 7:681 BW worden teruggedraaid. Is de kantonrechter van mening dat het ontslag op staande voet terecht is verleend, dan staat daarmee de opzegging vast en kan dit oordeel van de kantonrechter in hoger beroep *niet* ongedaan worden gemaakt.⁹⁷ De appelrechter kan immers het oordeel van de kantonrechter niet vernietigen. Als gevolg hiervan blijft de oorspronkelijke opzegging in stand. Een te herstellen arbeidsovereenkomst moet per definitie dus een nieuwe arbeidsovereenkomst zijn. Het laten voortzetten van de oorspronkelijk opgezegde arbeidsovereenkomst – zonder deze te vernietigen – zou ingaan tegen het wettelijk ontslagsysteem.

2.2.1.2. Voortzetting arbeidsovereenkomst?

Een alternatieve opvatting is dat de te herstellen arbeidsovereenkomst dezelfde overeenkomst behelst als de oorspronkelijk aangegane arbeidsovereenkomst. A-G Keus in zijn conclusie bij de *Mediant*-beschikking en A-G De Bock in haar conclusie bij de *Vlisco*-beschikking steunen deze zienswijze.⁹⁸ Zij menen dat een herstelde arbeidsovereenkomst geen nieuwe arbeidsovereenkomst is. Dat moet worden uitgegaan van dezelfde arbeidsovereenkomst volgt volgens hen uit de wettelijke terminologie “[dat de werkgever wordt veroordeeld om] *de arbeidsovereenkomst te herstellen*” en de enkelvoudige woordkeuze van ‘arbeidsovereenkomst’ daarin. Een ander argument biedt art. 7:682 lid 6 BW:

⁹⁷ Kruit, *AR-updates.nl* 2016-1482.

⁹⁸ Concl. A-G Keus, ECLI:NL:PHR:2016:998, bij HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998 (*Mediant*); Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2017:21, bij HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:571 (*Vlisco*).

“Indien de kantonrechter een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst uitspreekt als bedoeld in lid 1, onderdeel a, of lid 2, onderdeel a, bepaalt hij op welk tijdstip de *arbeidsovereenkomst* wordt hersteld en treft hij voorzieningen omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking van de *arbeidsovereenkomst*.”

De keuze voor het enkelvoudige *arbeidsovereenkomst* lijkt hier eveneens te suggereren dat de wetgever heeft gekozen voor dezelfde overeenkomst. Het is immers dé arbeidsovereenkomst die wordt onderbroken.

Chorus en Van Waegeningh voeren in hun artikel enkele additionele argumenten aan waarom er sprake is van een voortzetting van de door het ontslag beëindigde arbeidsovereenkomst.⁹⁹ Wordt de werkgever veroordeeld om de arbeidsovereenkomst te herstellen, dan kan er van een vrije wilsovereenstemming lastig sprake zijn. En juist voor het aangaan van een nieuwe overeenkomst is een dergelijke wilsovereenstemming een algemeen vereiste, zo stellen zij. Daarnaast strookt het voortzetten van de arbeidsovereenkomst met de semantische keuze voor het woord ‘herstel’, namelijk het terugbrengen in de oude situatie. Keus, De Bock en Chorus en Van Waegeningh halen tevens de wetsgeschiedenis van de Wwz aan. De wetgever merkt daarin op dat bij herstel met terugwerkende kracht tot het moment van ontslag “*geen sprake [is] van een onderbreking van de arbeidsovereenkomst*”.¹⁰⁰ Hieruit leiden voornoemde auteurs af dat de regering de herstelde arbeidsovereenkomst aanmerkt als een voortzetting van de (‘oude’) arbeidsovereenkomst.

Vergelijken we deze opvatting met de opvatting dat er bij herstel sprake is van een nieuwe arbeidsovereenkomst, dan zijn naar mijn mening de argumenten voor een nieuwe arbeidsovereenkomst overtuigender dan een voortzetting van de oorspronkelijke aangegane arbeidsovereenkomst. De opvatting dat er na herstel sprake is van een nieuwe arbeidsovereenkomst – al heersend sinds het ontstaan van het leerstuk – past ook beter bij de realiteit dat het herstel van de arbeidsovereenkomst de eerdere beëindiging niet vernietigt. Dat de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst wordt voortgezet overtuigt mijns inziens niet. Is dat het geval, dan zou herstel van de arbeidsovereenkomst in feite een – zoals Houweling beschrijft - tweederangs vernietiging van de arbeidsovereenkomst opleveren, zeker indien de rechter met terugwerkende kracht herstelt.¹⁰¹ De opzegging heeft dan, net als bij vernietiging, als het ware nooit plaatsgevonden.

⁹⁹ Chorus & Van Weageningh, *AR* 2016/33, p. 11-12.

¹⁰⁰ *Kamerstukken I* 2013/2014, 33818, E, p. 117.

¹⁰¹ Houweling, *TvO* 2017/3, p. 110.

2.2.2. Herstel door rechter zelf

Wat is echter het verhaal indien de rechter *zelf* herstelt? Ook bij een rechterlijk herstel bestaan de twee opvattingen dat er sprake is van een voortzetting van de (oude) arbeidsovereenkomst dan wel dat een nieuwe arbeidsovereenkomst ontstaat.

2.2.2.1. Voortzetting arbeidsovereenkomst

In het geval dat de rechter zelf de arbeidsovereenkomst herstelt, dan zou dat het gevolg kunnen hebben dat de rechter (enkel) de ten onrechte geëindigde arbeidsovereenkomst herstelt en er daardoor - slechts - sprake is van een doorlopende arbeidsovereenkomst.¹⁰² Het is hier doorslaggevend dat er geen aanbiedingshandeling van de werkgever vereist is en er daardoor geen nieuwe arbeidsovereenkomst ontstaat.

2.2.2.2. Nieuwe arbeidsovereenkomst

Een andere opvatting is dat er ook bij een herstel door de rechter een nieuwe arbeidsovereenkomst ontstaat. Art. 3:300 BW speelt in dat kader een doorslaggevende rol. Het uitvoeren van reële executie ex art. 3:300 BW heeft meerdere vermogensrechtelijke implicaties. De uitspraak van de rechter vervangt de tot levering bestemde akte *niet*, zo schrijven ook Jongbloed en Bartels en Van Mierlo.¹⁰³ De uitspraak komt slechts in de plaats van de verklaring van de verkoper dat hij levert. De koper zal dan nog een notariële akte moeten doen opmaken waarin hij verklaart de levering te aanvaarden.¹⁰⁴ De overdracht vindt dan na inschrijving van de uitspraak en laatstgenoemde akte plaats.¹⁰⁵

Hoe wordt het voorgaande vermogensrechtelijk verhaal toegepast op het herstel van de arbeidsovereenkomst door de rechter? Is dat eigenlijk wel mogelijk? Helemaal helder is dat naar mijn mening niet. De wettekst spreekt namelijk over een in wettige vorm opgemaakte *akte*. Een arbeidsovereenkomst is – slechts – een overeenkomst tussen twee partijen waarbij een notariële akte niet wettelijk is voorgeschreven. Nemen we echter deze hobbel en passen we de vermogensrechtelijke uitleg van art. 3:300 BW naar analogie toe op het rechterlijk herstel van de arbeidsovereenkomst, dan lijkt mij de meest aannemelijke uitkomst dat de uitspraak van de rechter in de plaats komt van de rechtshandeling van de werkgever om een arbeidsovereenkomst aan te bieden. Het lezen van *arbeidsovereenkomst* in de plaats van *levering* verduidelijkt dat. De rechterlijke hersteluitspraak neemt dan de plaats in van de rechtshandeling van de werkgever dat hij de arbeidsovereenkomst (de levering) na herstel opnieuw aanbiedt.

¹⁰² Mees, *JIN* 2017/90, p. 17; Houweling, *TvO* 2017/3, p. 112; Kruit, *AR-updates.nl* 2019-0102.

¹⁰³ Jongbloed 2021, art. 3:300 BW, aant. 3 en Bartels & Van Mierlo 2013, art. 3:300 BW, aant. 304.

¹⁰⁴ Jongbloed 2021, art. 3:300 BW, aant. 3.

¹⁰⁵ Bartels & Van Mierlo 2013, art. 3:300 BW, aant. 304.

De rechtshandeling van de werkgever wordt naar mijn mening dus ingevuld door de rechterlijke uitspraak om te herstellen. Dan zijn we er echter nog niet. De werknemer dient vervolgens nog het aanbod van de werkgever te aanvaarden. Dat vindt aan werknemerszijde nu niet plaats door het opmaken van een notariële akte waarin de levering wordt aanvaard (zoals vermeld in art. 3:300 BW), maar – meen ik – door het aanvaarden van de arbeidsovereenkomst. Een wilsverklaring van de werknemer volstaat. De ‘overdracht van de levering’ – het sluiten van de arbeidsovereenkomst – hoeft ook niet plaats vinden door middel van inschrijving van de rechterlijke uitspraak en een akte. Mijns inziens komt de arbeidsovereenkomst tot stand indien de werknemer het (door de rechter ingevulde) aanbod aanvaard.

Ik sluit me dus niet aan bij de opvatting in de literatuur dat herstel door de rechter leidt tot een voortzetting van de oude arbeidsovereenkomst. Het klopt dat er bij een herstel van de arbeidsovereenkomst ex art. 3:300 BW geen aanbiedingshandeling van de werkgever vereist is. De rechtshandeling aan de zijde van de werkgever tot het aanbieden van een arbeidsovereenkomst wordt echter vervangen door de rechterlijke uitspraak. De inhoud van de ingevulde rechtshandeling kan gelijk zijn aan de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst of – indien de rechter dat bepaalt – aangepast worden. Maar de rechterlijke uitspraak tot herstel is *niet* de te herstellen arbeidsovereenkomst. De rechter herstelt niet de ten onrechte geëindigde arbeidsovereenkomst, hij vult enkel de rechtshandeling aan werkgemerszijde in die strekt tot het doen van een aanbod voor een arbeidsovereenkomst. Vereist is daarbij nog dat de werknemer het ingevulde aanbod aanvaard. Pas dan komt de te herstellen arbeidsovereenkomst tot stand. Naar mijn mening is deze aanvaarde en gesloten arbeidsovereenkomst daarom een *nieuwe* arbeidsovereenkomst. De oorspronkelijke arbeidsovereenkomst wordt niet met een pennenstreek door de rechter voortgezet. In beide herstelsituaties – de herstelveroordeling van de werkgever of het herstel door de rechter zelf – is er aldus sprake van een nieuwe arbeidsovereenkomst. Dat heeft belangrijke implicaties voor de verschuldigdheid van de transitievergoeding, hetgeen ik hierna zal behandelen.

2.3. De transitievergoeding na herstel in hoger beroep

Allereerst sta ik stil bij de vraag of de werknemer na herstel van de arbeidsovereenkomst een ontvangen transitievergoeding mag behouden. Daarna bespreek ik de situatie wanneer er méér dan zes maanden gelegen zijn tussen de beëindigings- en hersteldatum en de werknemer zijn anciënniteit in het kader van de opbouw van de transitievergoeding verliest.

2.3.1. Verschuldigdheid transitievergoeding

Art. 7:673 lid 1 BW bepaalt dat de transitievergoeding verschuldigd is indien de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever is opgezegd, ontbonden of niet is voortgezet. De aanspraak ontstaat in dat geval vanaf het moment van beëindiging. De

transitievergoeding vloeit voort uit de wet indien aan de daarin gestelde voorwaarden is voldaan en wordt uitdrukkelijk niet *toegekend* door de rechter.¹⁰⁶ De ratio achter het recht op een transitievergoeding is enerzijds om het ontslag te compenseren en anderzijds bedoeld om de overgang naar ander betaald werk te vergemakkelijken, zo volgt uit de wetsgeschiedenis.¹⁰⁷ De werknemer hoeft de transitievergoeding niet aan te wenden voor zijn transitie naar ander werk.¹⁰⁸

Voor de vraag wat de herstelveroordeling voor gevolg heeft voor een eerder verschuldigde (en al dan niet reeds betaalde) transitievergoeding, is het van belang om een onderscheid te maken tussen een vernietiging van de opzegging en een herstel van de arbeidsovereenkomst.¹⁰⁹ Bij een rechterlijke vernietiging van de opzegging vervalt de rechtsgrond aan de verschuldigdheid van de transitievergoeding. De titel op basis waarvan de transitievergoeding is betaald – de opzegging – wordt immers na de vernietiging geacht nooit te hebben bestaan, nu de arbeidsovereenkomst rechtens nooit geëindigd is.¹¹⁰ De werkgever kan de transitievergoeding als onverschuldigd betaald terugvorderen.¹¹¹ Over de vraag of de werknemer in het geval van herstel van de arbeidsovereenkomst een ontvangen transitievergoeding moet terugbetalen bestaat daarentegen discussie.

2.3.1.1. Opvatting wetgever

De wetgever schrijft bij de behandeling van de Wwz dat de werknemer na herstel van de arbeidsovereenkomst de aanspraak op de transitievergoeding verliest (cursivering toegevoegd):

“Benadrukt wordt dat wanneer de werknemer reeds een transitievergoeding heeft ontvangen maar vervolgens zijn verzoek om vernietiging van de opzegging wordt toegewezen hij de transitievergoeding zal moeten terugbetalen, aangezien de opzegging dan met terugwerkende kracht geacht wordt nooit te hebben bestaan. Bij herstel van de arbeidsovereenkomst *zal dat ook het geval zijn* bij een herstel met ingang van de ontbindingsdatum, en in overige situaties afhangen van de omstandigheden van het geval.”

Deze passage laat naar mijn mening zien dat de wetgever onvoldoende inzielt dat de herstelveroordeling *niet* gelijkstaat aan de vernietiging van de opzegging, en dat bij herstel de oude arbeidsovereenkomst niet geacht wordt nooit te zijn beëindigd. De ontbinding zelf

¹⁰⁶ Kruit, *AR-updates.nl* 2019-0102.

¹⁰⁷ Van Slooten, Vegter en Verhulp 2020, art. 7:673 BW, aant. 1.

¹⁰⁸ *Kamerstukken II* 2013/2014, 33818, nr. 4, p. 10 en 88.

¹⁰⁹ Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2018:1274, bij HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), par. 3.41.

¹¹⁰ *Kamerstukken II* 2013/2014, 33818, nr. 3, p. 39. Zie ook HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), r.o. 3.5.4.

¹¹¹ HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), r.o. 3.5.4.

wordt immers na herstel niet ongedaan gemaakt, waardoor de rechtsgrond aan de (reeds) verschuldigde transitievergoeding *niet* komt te vervallen. Voldeed de werknemer aan de voorwaarden waaronder hij aanspraak kon maken op een transitievergoeding bij de beëindiging van de (eerste) arbeidsovereenkomst, dan behoudt hij deze aanspraak na het herstel van de arbeidsovereenkomst, zo schrijven ook Kruit en Houweling.¹¹²

2.3.1.2. Wel rechtsgrond, toch terugbetaling?

Het niet vervallen van de rechtsgrond onder de transitievergoeding na een herstel van de arbeidsovereenkomst levert echter een spanningsveld op: is het wel *wenselijk* dat een werknemer na herstel van de arbeidsovereenkomst zijn (oude) werk terug heeft én zijn transitievergoeding mag houden? In hoeverre sluit het behouden van de transitievergoeding na herstel van de arbeidsovereenkomst aan bij de ratio van de transitievergoeding? Beide achterliggende componenten van de transitievergoeding – compensatie voor het *ontslag* en vergemakkelijking van de overgang naar *ander werk* – passen immers minder bij het herstel van de arbeidsovereenkomst. Er is sprake geweest van ontslag, maar dat ontslag is juist met het herstel gerepareerd.

Een grote meerderheid in de literatuur is dan ook voorstander van het terugbetalen van de transitievergoeding, ondanks dat de aanspraak op de transitievergoeding niet automatisch komt te vervallen.¹¹³ De rechter dient in dat geval zelf een uitdrukkelijke beslissing te nemen over de verschuldigdheid van de transitievergoeding. Daarbij voeren auteurs het treffen van een voorziening ex art. 7:682 lid 6 (jo. art. 7:683 lid 4 BW) aan als grondslag om een dergelijke beslissing te nemen.¹¹⁴ De rechter verplicht de werknemer dan tot terugbetaling van de transitievergoeding.

Ook A-G De Bock meent in haar conclusie bij de *Amsta*-beschikking dat als regel zou moeten gelden dat de werknemer bij herstel de transitievergoeding niet mag behouden. Omdat deze aanspraak niet automatisch vervalt dient de rechter op grond van art. 7:682 lid 6 BW (jo. 7:683 lid 4 BW) een uitdrukkelijke beslissing te nemen dat de werknemer de transitievergoeding dient terug te betalen.¹¹⁵ De wetgever heeft namelijk niet bedoeld dat herstel principieel tot een andere uitkomst zou moeten leiden dan vernietiging van de opzegging, zo meent De Bock.¹¹⁶ *Inhoudelijk* is de doelstelling hetzelfde. Het valt aldus niet te rechtvaardigen om bij herstel de aanspraak van de werknemer op de transitievergoeding wel in stand te houden en bij vernietiging van de opzegging niet. Daarnaast acht De Bock het onwenselijk dat een

¹¹² Kruit, *AR-updates.nl* 2019-0102 en Houweling, *TvO* 2017/3, p. 114.

¹¹³ Zie Bouwens, Duk & Bij de Vaate 2020, §33.2; Van Slooten, Vegter en Verhulp 2020, art. 7:673 BW, aant. 2 onder e; Van Slooten, Zaai en Zwemmer 2015, par. 7.3.4.3.

¹¹⁴ Bouwens, Duk & Bij de Vaate 2020, §33.2; Van Slooten, Vegter en Verhulp 2020, art. 7:673 BW, aant. 2 onder e; Van Slooten, Zaai en Zwemmer 2015, par. 7.3.4.3.

¹¹⁵ Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2018:1274, bij HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), par. 3.53.

¹¹⁶ Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2018:1274, bij HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), par. 3.52.

werknemer dubbel lijkt te profiteren in het geval van herstel. Hij komt immers in de situatie dat hij én zijn arbeidsovereenkomst terug heeft én de transitievergoeding mag behouden.¹¹⁷ Het zou onrechtvaardig zijn dat deze werknemer in een (financieel) betere positie komt te verkeren dan de werknemer wiens arbeidsovereenkomst al die tijd gewoon is voortgezet.

2.3.1.3. Amsta-beschikking

De Hoge Raad verschaft in de *Amsta*-beschikking duidelijkheid over de vraag of de werknemer gehouden is om een ontvangen transitievergoeding terug te betalen en, zo ja, op welke grondslag. De werknemer is inderdaad pas verplicht om de transitievergoeding terug te betalen indien hij daartoe door de rechter wordt veroordeeld.¹¹⁸ Een veroordeling van de werknemer tot terugbetaling van de transitievergoeding moet voorts worden aangemerkt als een voorziening omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst, met als grondslag art. 7:682 lid 6 BW (jo. 7:683 lid 4 BW). De rechter dient deze vraag te beantwoorden 'in samenhang met eventuele andere te treffen voorzieningen zoals compensatie voor inkomensschade of pensioenschade'.¹¹⁹

De Hoge Raad rondt vervolgens zijn overweging af door te stellen dat het geheel van voorzieningen ex art. 7:682 lid 6 (jo. 7:683 lid 4 BW) tot doel heeft dat 'de werknemer wordt gecompenseerd voor het nadeel door de onderbreking van de arbeidsovereenkomst en dat de vraag of, en zo ja, in hoeverre de transitievergoeding moet worden terugbetaald, tegen deze achtergrond moet worden beantwoord'.¹²⁰ De zinssnede 'of, en zo ja, *in hoeverre*' lijkt te suggereren dat de Hoge Raad de mogelijkheid in het leven heeft geroepen dat de werknemer ook een recht kan behouden op een gedeeltelijke transitievergoeding. De Hoge Raad heeft reeds in de *Kolom*-beschikking de mogelijkheid van een gedeeltelijke transitievergoeding toegestaan, zij het echter wanneer voldaan wordt aan specifieke voorwaarden.¹²¹ Dat na de *Kolom*-beschikking in korte tijd een nieuwe vorm van pro rata transitievergoeding wordt gecreëerd komt mij enigszins opvallend voor.

De gekozen route van de Hoge Raad sluit mijns inziens goed aan bij de achterliggende gedachte van de transitievergoeding en de vraag of het wenselijk is dat een werknemer én een herstelde arbeidsovereenkomst heeft én zijn transitievergoeding mag behouden. Tegelijkertijd laat de *Amsta*-beschikking wederom zien dat de Hoge Raad een pragmatische aanpak preferereert boven het wettelijk systeem van de Wwz. Dat zagen we al eerder bij de vraag wie herstelt. En daar wringt wat mij betreft enigszins de schoen. De Hoge Raad rekt de reikwijdte van art. 7:673 BW wel erg ver op door via – zoals Kruit omschrijft – de achterdeur

¹¹⁷ Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2018:1274, bij HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), par. 3.52.

¹¹⁸ HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), r.o. 3.5.4.

¹¹⁹ HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), r.o. 3.5.5.

¹²⁰ HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), r.o. 3.5.6.

¹²¹ HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617 (*Kolom*).

van art. 7:682 lid 6 (jo. 7:683 lid 4 BW) de terugbetaling van de transitievergoeding onderdeel te laten uitmaken van de te treffen voorzieningen.¹²²

Op de gekozen route van de Hoge Raad valt nog een andere kritische noot te maken. Art. 7:682 lid 6 BW spreekt over het treffen van voorzieningen *omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking* van de arbeidsovereenkomst. Naar de letter van de wet ligt de verschuldigdheid van de transitievergoeding echter in het feit dat de opzegging of ontbinding niet ongedaan kan worden gemaakt met een herstelveroordeling. Met de *onderbreking* van de arbeidsovereenkomst heeft de verschuldigdheid van de transitievergoeding geen enkel verband.¹²³ Zuiver bekeken kán een oordeel over het terugbetalen van de transitievergoeding geen voorziening ex art. 7:682 lid 6 (jo. art. 7:683 lid 4 BW) inhouden. Op de opvatting van de Hoge Raad valt dus het een en ander af te dingen.

2.3.1.4. Alternatieve benadering

Mijns inziens had de Hoge Raad ook een andere route kunnen kiezen. Art. 7:673 lid 5 BW biedt namelijk al de mogelijkheid om bij een opvolgende arbeidsovereenkomst de reeds betaalde transitievergoeding in mindering te brengen op de dan verschuldigde transitievergoeding. Het gesignaleerde probleem dat een werknemer én zijn arbeidsovereenkomst terug heeft én zijn transitievergoeding mag behouden speelt bij de toepassing van dit artikel minder een rol. Eindigt de herstelde arbeidsovereenkomst op een gegeven moment en is de werkgever een transitievergoeding verschuldigd, dan kan hij de reeds betaalde transitievergoeding in mindering brengen. Een deel van de uiteindelijk te betalen transitievergoeding is dan als het ware vooruitbetaald, zo schrijft ook Kruit in zijn annotatie bij de *Amsta*-beschikking.¹²⁴ Een mogelijke complicatie is de situatie dat de werknemer geen recht heeft op een transitievergoeding wanneer de herstelde arbeidsovereenkomst ten einde komt. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn indien de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werknemer beëindigd wordt of omdat de werknemer de AOW-leeftijd heeft bereikt. In die gevallen heeft de werkgever een deel van de transitievergoeding uiteindelijk te veel betaald. Dat is een manco van deze opvatting. Desondanks biedt art. 7:673 lid 5 BW een oplossing die wetsystematisch zuiver is én (beter) de juridische situatie honoreert dat de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst nu eenmaal beëindigd is en er daardoor een recht op een transitievergoeding is ontstaan.

2.3.2. Onderbreking van meer dan 6 maanden

In het kader van de transitievergoeding bestaat er een mogelijk probleem indien het herstel van de arbeidsovereenkomst meer dan zes maanden na de ontbinding of opzegging gelegen

¹²² Kruit, *AR-updates.nl* 2019-0102.

¹²³ Kruit, *AR-updates.nl* 2019-0102.

¹²⁴ Kruit, *AR-updates.nl* 2019-0102.

is. De ontbonden arbeidsovereenkomst telt dan volgens de wet niet langer mee bij de berekening van de transitievergoeding in het geval de werkgever de herstelde arbeidsovereenkomst beëindigt, nu de 'optelregel' van art. 7:673 lid 4 sub b BW niet meer van toepassing is. Deze regel telt arbeidsovereenkomsten tussen dezelfde partijen, die elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden hebben opgevolgd, samen bij de berekening van de transitievergoeding. Kan de werknemer geen beroep doen op art. 7:673 lid 4 sub b BW, dan heeft dat als gevolg dat bij de berekening van de transitievergoeding opnieuw moet worden begonnen met tellen, en wel vanaf de aanvangsdatum van de herstelde arbeidsovereenkomst.¹²⁵ De financiële gevolgen kunnen daarbij groot zijn voor de werknemer, nu de hoogte van de transitievergoeding 1/3 maandsalaris per heel dienstjaar bedraagt (art. 7:673 lid 2 BW).

De Hoge Raad onderkent in de *Amsta*-beschikking het potentiële probleem voor de werknemer in het geval van een onderbreking van méér dan zes maanden.¹²⁶ Hij geeft allereerst de appelrechter mee dat rekening moet worden gehouden met dit mogelijke nadeel voor de werknemer. Stelt de rechter tóch de datum van herstel op meer dan zes maanden na de ontbindings- of opzeggingsdatum, dan kan hij het financiële nadeel wegnemen door de ontbonden of opgezegde arbeidsovereenkomst mee te laten rekenen bij de transitievergoeding die verschuldigd is na beëindiging van de herstelde arbeidsovereenkomst.¹²⁷ De Hoge Raad wijst als grondslag hiervoor art. 7:682 lid 6 BW (jo. 7:683 lid 4 BW) aan. De appelrechter kan deze voorziening slechts treffen in combinatie met een veroordeling van de werknemer tot terugbetaling van de ontvangen transitievergoeding.

Hoe de praktijk deze mogelijkheid toepast is enigszins onduidelijk. Na de *Amsta*-beschikking zijn er nog geen herstelbeschikkingen geweest waarin de appelrechter met een beroep op art. 7:682 lid 6 BW (jo. 7:683 lid 4 BW) de beëindigde arbeidsovereenkomst mee laat tellen bij een toekomstige transitievergoeding, indien er meer dan zes maanden tussen de beëindiging en het herstel gelegen is. Daarnaast bestaat hier eveneens een spanningsveld tussen de wetssystematiek en de pragmatische opvatting van de Hoge Raad, hetgeen een patroon begint te worden. Art. 7:673 lid 4 sub b BW is immers duidelijk: bij een doorbreking van meer dan zes maanden is een samentelling van arbeidsovereenkomst niet mogelijk. Dat is een gegeven. Het feit dat de Hoge Raad dwars tegen deze bepaling ingaat door te oordelen dat een samentelling – in de vorm van een voorziening – toch mogelijk is, verbaast mij dan ook.

¹²⁵ Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2018:1274, bij HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), par. 3.65.

¹²⁶ HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), r.o. 3.5.7.

¹²⁷ HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), r.o. 3.5.8.

2.4. Tussenconclusie

Bij de behandeling van de vraagstukken op welke wijze en door wie herstel plaatsvindt, wat de status is van de te herstellen arbeidsovereenkomst en of de transitievergoeding bij herstel verschuldigd is, valt een rode draad waar te nemen: het leerstuk van herstel van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep voelt complex en gekunsteld aan. De rechtspraak en praktijk dienen met een groot aantal parameters rekening te houden: herstel door de werkgever/rechter, wel/geen terugwerkende kracht, de gevolgen van een tussenliggende periode van minder/meer dan zes maanden, wel/geen terugbetaling van de transitievergoeding.

Twee ontwikkelingen liggen mijns inziens aan deze complexiteit ten grondslag: het ontwerp van de wetgever bij de invoering van de Wwz en de latere koers van de Hoge Raad. Enerzijds heeft de wetgever met de invoering van herstel van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep een strikte scheiding voor ogen gehad tussen de vernietiging van de opzegging (in eerste aanleg) en het herstel van de arbeidsovereenkomst (in hoger beroep). De gevolgen van dat onderscheid leveren op zichzelf al ingewikkelde vragen op over het herstel en de gevolgen daarvan, nu immers door het herstel de ontbinding of opzegging niet ongedaan wordt gemaakt. De wetgever lijkt ook de uitvoering van het herstel in hoger beroep op sommige punten niet genoeg doordacht te hebben. Zie de situatie dat de rechtsgrond onder de verschuldigdheid van de transitievergoeding niet komt te vervallen na herstel van de arbeidsovereenkomst. Van deze problematiek maakt de wetgeschiedenis geen melding. Datzelfde geldt voor de situatie indien het herstel meer dan zes maanden na de ontbinding of opzegging gelegen is. De wetgever heeft dus door het ontwerp van het herstel van de arbeidsovereenkomst en het onbeantwoord laten van enkele losse eindjes bijgedragen aan de complexiteit van het leerstuk.

Anderzijds heeft de Hoge Raad in een reeks beschikkingen na de Wwz een eigen, pragmatische koers gevaren. Met name in de *Amsta*-beschikking heeft de Hoge Raad maximale armslag willen toekennen aan de feitenrechter én hiaten bij een strikte wetstoepassing op een praktische wijze willen oplossen. De Hoge Raad schuurt hiermee wel erg dicht aan tegen de grenzen van het wettelijk systeem, en hij gaat er in gevallen ook overheen. De *wet* bepaalt immers dat de rechter de werkgever veroordeelt tot herstel, net zoals dat de *wet* voorschrijft dat de transitievergoeding verschuldigd is bij een beëindiging van de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever en niet samengeteld kan worden bij een onderbreking van meer dan zes maanden. Mijns inziens moet de Hoge Raad zich van dat spanningsveld goed bewust blijven.

Het belangrijkste gevolg van de complexiteit is dat de door de wetgever gewenste rechtszekerheid lastig bereikt kan worden. Partijen dienen met de Wwz de zekerheid te hebben dat aan de arbeidsovereenkomst een einde is gekomen. Vernietiging van de

opzegging behoort daardoor in hoger beroep niet tot de mogelijkheden. Bij een herstel met terugwerkende kracht tot de ontbindingsdatum zijn de gevolgen echter materieel gelijk aan vernietiging van de opzegging. De zekerheid voor partijen dat aan de arbeidsovereenkomst een einde is gekomen wordt in dat geval dus uitgehold. Daarnaast komt het feit dat partijen met zoveel factoren rekening dienen te houden de rechtszekerheid mijns inziens ook niet ten goede. Een werknemer wacht bijvoorbeeld onzekerheid over de datum van herstel, de eventuele getroffen voorzieningen of het al dan niet terugbetalen van de transitievergoeding.

3. JURISPRUDENTIE HERSTEL IN HOGER BEROEP

De vraag die in dit hoofdstuk centraal staat, is hoe appelrechters handen en voeten geven aan het leerstuk van herstel van de arbeidsovereenkomst. Als startpunt voor de beantwoording van deze vraag hanteer ik de inwerkingtreding van de Wwz op 1 juli 2015. In dat kader bespreek ik twee onderdelen. Allereerst bekijk ik hoeveel hoger beroepsprocedures zijn gevoerd waarbij de werknemer met een beroep op art. 7:683 lid 3 BW heeft verzocht om herstel of om toekenning van een billijke vergoeding (§3.1). Vervolgens bekijk ik de gewezen beschikkingen waarbij het hof tot herstel overging (§3.2). Wat zijn de overeenkomsten en verschillen tussen deze herstelbeschikkingen? In bijlage I is – ten behoeve van de leesbaarheid van het hoofdstuk - een overzicht van de gewezen herstelbeschikkingen opgenomen.

3.1. Frequentie rechtspraak

Hoe past de rechtspraak het leerstuk van herstel in hoger beroep toe? Het betreft hier de gewezen procedures waarbij de werknemer met een beroep op art. 7:683 lid 3 BW heeft verzocht om herstel of om toekenning van een billijke vergoeding. Centraal staat dus de kwestie of het dienstverband in eerste aanleg terecht is beëindigd. Sinds de invoering van de WWZ tot en met 16 mei 2021 zijn er 404 beschikkingen op rechtspraak.nl gepubliceerd waarin de werknemer een beroep deed op art. 7:683 lid 3 BW. Daarbij heb ik op rechtspraak.nl alle hoger beroepsprocedures bekeken en doorzocht waar de woorden “herstel” dan wel “billijke vergoeding” (of allebei) in voorkwamen. Voor de jaren 2017 en 2018 heb ik gebruik gemaakt van het reeds gemaakte overzicht door Kruit en Kersten.¹²⁸ De beschikkingen waarin de werknemer hoger beroep heeft ingesteld tegen de datum van beëindiging, de hoogte van de toegekende billijke vergoeding en/of de beslissing omtrent de ernstige verwijtbaarheid heb ik – evenals Kruit en Kersten - niet meegenomen in dit overzicht.

Van de 404 beschikkingen heeft de appelrechter in 288 gevallen (71.3%) het verzoek van de werknemer afgewezen. In deze gevallen hield het oordeel van de kantonrechter stand en is er definitief een einde gekomen aan de arbeidsovereenkomst. In de resterende 116 gevallen (28.7%) wees de appelrechter het verzoek van de werknemer toe en werd er hersteld of een billijke vergoeding toegekend. Het hof oordeelde aldus dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ten onrechte had ontbonden, de opzegging ten onrechte had vernietigd of een herstelveroordeling ten onrechte niet had uitgesproken.¹²⁹

Van deze 116 uitspraken ging de appelrechter 34 keer (29.3%) over tot herstel; 82 keer (70.7%) kende het hof een billijke vergoeding toe. In 44 van deze 82 gevallen heeft de appelrechter daarbij ambtshalve een billijke vergoeding toegekend, ondanks het (primaire) herstelverzoek van de werknemer. Hierbij heb ik ook de beschikkingen meegerekend waarbij

¹²⁸ Kruit & Kersten, *AR* 2018/32, p. 14. en Kruit & Kersten, *AR* 2020/16, p. 26.

¹²⁹ Kruit & Kersten, *AR* 2020/16, p. 26.

de werknemer primair om herstel verzocht en subsidiair om een billijke vergoeding. Handhaafde de werknemer zijn herstelverzoek en kende de appelrechter in dat geval toch een billijke vergoeding toe, dan beschouw ik dat - in navolging van Kruit en Kersten – als het *ambtshalve* toekennen van een billijke vergoeding, ondanks het feit dat de werknemer wel subsidiair om een billijke vergoeding verzocht.¹³⁰

In tabelvorm kunnen de bovenstaande gegevens ook per jaar worden gerubriceerd:

Tabel 3.1

Hoger beroep werknemer	1-7-2015 t/m 31-12-2016	2017 ¹³¹	2018 ¹³²	2019	2020	2021 (t/m 16-5-2021)	Totaal 1-7-2015 t/m 16-5-2021
Herstel	12 (16.4%)	9 (9.4%)	6 (6.6%)	2 (2.6%)	3 (7.3%)	2 (8.3%)	34 (8.4%)
Billijke vergoeding	11 (15.1%)	15 (15.6%)	20 (21.7%)	19 (24.4%)	11 (26.8%)	6 (25%)	82 (20.3%)
<i>Waarvan ambtshalve</i>	5 (6.8%)	8 (8.3%)	12 (13%)	10 (12.8%)	4 (9.8%)	5 (20.8%)	44 (10.9%)
Afwijzing	50 (68.5%)	72 (75%)	66 (71.7%)	57 (73.1%)	27 (65.9%)	16 (66.7%)	288 (71.3%)
Totaal per jaar	73 (100%)	96 (100%)	92 (100%)	78 (100%)	41 (100%)	24 (100%)	404 (100%)

Uit de geanalyseerde jurisprudentie vallen enkele (voorlopige) conclusies te trekken. Een succesvol art. 7:683 lid 3-verzoek door een werknemer is geen eenvoudige opgave. In bijna driekwart van de beschikkingen wijst het hof het werknemersverzoek af en komt er definitief een einde aan het dienstverband, een mijns inziens hoog percentage. Honoreert de appelrechter het art. 7:683 lid 3-verzoek, dan valt op dat een billijke vergoeding eerder wordt toegewezen dan herstel van het dienstverband. Zo is het aantal uitspraken waarbij het hof *ambtshalve* overging tot het toekennen van een billijke vergoeding – en daarmee het primaire herstelverzoek afwees – hoger dan de uitspraken waarbij het hof daadwerkelijk tot herstel overging. Een herstelverzoek lijkt aldus niet snel te worden gehonoreerd door de appelrechter. De 34 herstelbeschikkingen vormen namelijk slechts 8.4% van het totaal van de gevoerde art. 7:683 lid 3-procedures. Daarnaast lijkt het aantal succesvolle herstelbeschikkingen in hoger beroep geleidelijk af te nemen. Daar in 2016 en 2017 nog

¹³⁰ Kruit & Kersten, AR 2020/16, p. 26.

¹³¹ Gegevens 2017 afkomstig uit Kruit & Kersten, AR 2018/32, p. 14.

¹³² Gegevens 2018 afkomstig uit Kruit & Kersten, AR 2020/16, p. 26.

respectievelijk twaalf en negen herstelbeschikkingen zijn geweest, waren dat er in 2018, 2019 en 2020 nog maar respectievelijk zes, twee en drie. Vooral 2019 laat een opvallende daling zien, zeker in het licht van de in dat jaar totaal geweest art. 7:683 lid 3-beschikkingen. Voor het jaar 2020 dient de kanttekening te worden gemaakt dat het aantal gevoerde art. 7:683 lid 3 BW-procedures substantieel lager lag dan voorgaande jaren, mogelijk vanwege de gevolgen van de coronacrisis voor de rechtspraak.

3.2. Toepassing van herstel in hoger beroep

Hoe wordt het leerstuk van herstel van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep toegepast? Om een completer beeld van het leerstuk te krijgen, zal ik de 34 gewezen herstelbeschikkingen analyseren aan de hand van de datum van herstel, wie herstelt, de oorzaak van het einde van de arbeidsovereenkomst in eerste aanleg, het wel of niet treffen van voorzieningen en het eventueel terugbetalen van de ontvangen transitievergoeding. Omwille van de omvang concentreer ik me niet verder op de afwijzingen van de art. 7:683 lid 3-verzoeken, hoewel deze interessant kunnen zijn.

3.2.1. Datum van herstel

Tabel 3.2

Datum herstel	Uitspraken	Percentage
Met terugwerkende kracht	28	82.4%
Per heden	6	17.6%

In 28 van de 34 herstelbeschikkingen herstelde de appelrechter met terugwerkende kracht tot de datum van de ontbinding, de opzegging of het ontslag op staande voet. In elk van deze gevallen verzocht de werknemer de appelrechter expliciet om het herstel met terugwerkende kracht te laten plaatsvinden.

In slechts zes gevallen veroordeelde de appelrechter tot herstel per heden. De ratio achter het niet met terugwerkende kracht herstellen loopt uiteen. Een werknemer kan zelf om een toekomstige datum hebben verzocht¹³³ of juist geen concrete datum hebben opgenomen in het beroepschrift.¹³⁴ In twee van deze zes gevallen verzocht de werknemer weliswaar om herstel met terugwerkende kracht, maar ging de appelrechter daar niet in mee. Hof Arnhem-Leeuwarden veroordeelde de werkgever niet met terugwerkende kracht tot herstel omdat de werknemster ten tijde van de ontbindingsdatum onbetaald verlof genoot – een omstandigheid die voor haar eigen rekening kwam - en daardoor in de tussenliggende periode

¹³³ Hof Den Bosch 7 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5397; Hof Den Haag 27 februari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:447.

¹³⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 2 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9733; Hof Den Haag 21 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3782.

geen inkomens- en/of pensioenschade had geleden.¹³⁵ Ook verweet de appelrechter de werknemster dat zij weliswaar in haar beroepschrift om herstel had verzocht, maar pas bij de mondelinge behandeling concreet had aangeboden om daadwerkelijk weer aan het werk te gaan. Het Hof Amsterdam weigerde eveneens om met terugwerkende kracht de werkgever tot herstel te veroordelen.¹³⁶ Het Hof verweet de werknemster onder meer haar handelen tijdens het onderliggende arbeidsconflict en haar nonchalante houding tijdens de zitting bij de kantonrechter.

3.2.2. Herstel door de werkgever of appelrechter?

Tabel 3.3

Hoe hersteld?	Uitspraken	Percentage
Werkgever veroordelen te herstellen	31	91.2%
Appelrechter herstelt zelf	3	8.8%

In 31 van de 34 uitspraken veroordeelde de appelrechter telkens de werkgever om de arbeidsovereenkomst te herstellen. Dat is niet verwonderlijk. Pas sinds de *Amsta*-beschikking uit 2019 is het mogelijk voor rechters om zelf te herstellen. Ook vermeldt de wettekst van art. 7:683 lid 3 BW duidelijk dat de rechter de werkgever daartoe veroordeelt. Na de *Amsta*-beschikking heeft de appelrechter in zeven herstelbeschikkingen drie keer van de mogelijkheid gebruik gemaakt om zelf tot herstel over te gaan. Dat is een relatief hoog percentage. De tijd zal moeten uitmaken of deze lijn zich voort zal zetten

3.2.3. Oorzaak einde arbeidsovereenkomst

Analysen we de voorafgaande kantonrechttersuitspraken, dan valt op dat het einde van de arbeidsovereenkomst een breed pallet aan oorzaken kent.

Tabel 3.4

Oorzaak einde arbeidsovereenkomst	Uitspraken	Percentage
Art. 7:678 BW (ontslag op staande voet)	8	23.5%
Art. 7:669 lid 3 sub a BW	5	14.7%
Art. 7:669 lid 3 sub b BW	-	-
Art. 7:669 lid 3 sub c BW	-	-
Art. 7:669 lid 3 sub d BW	6	17.6%
Art. 7:669 lid 3 sub e BW	8	23.5%
Art. 7:669 lid 3 sub f BW	-	-
Art. 7:669 lid 3 sub g BW	4	11.8%

¹³⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7100.

¹³⁶ Hof Amsterdam 17 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4234.

Art. 7:669 lid 3 sub h BW	3	8.9%
Art. 7:669 lid 3 sub i BW	-	-

Opvallend is dat in bijna een kwart van de herstelbeschikkingen er sprake was van een ontslag op staande voet. Daarbij springt met name de zwaarte van het arbeidsconflict in het oog. Enkele voorbeelden zijn een buschauffeur die eerder verkochte vervoersbewijzen tijdens zijn busdiensten opnieuw verkocht¹³⁷, een werknemer die (wederom) onder invloed van alcohol op werk verscheen¹³⁸, een beveiligingsbeambte die een kinderpornografisch filmpje aan collega's vertoonde¹³⁹ en een touringbusbestuurder die een tijdens een rit ontvangen bedrag van €450 weliswaar meldde bij zijn werkgever, maar vervolgens niet inleverde.¹⁴⁰ In al deze gevallen verzocht de werknemer succesvol om herstel. Gezien de – toch vaak turbulente – voorafgaande omstandigheden is dit percentage mijns inziens een bijzondere constatering.

Op een tweede plaats komt de beslissing van de kantonrechter om op de redelijke grond van art. 7:669 lid 3 sub e BW te ontbinden (verwijtbaar handelen). In acht van de 34 uitspraken is daar sprake van. Zo waren het vermeende misbruik maken van kortingen door een medewerkster van de Bijenkorf¹⁴¹ en het gevaarlijke en agressieve rijgedrag van een werknemer¹⁴² aanleiding voor de kantonrechter om in eerste aanleg de arbeidsovereenkomst te ontbinden op de e-grond. Met een derde plaats volgt de ontbindingsgrond van art. 7:699 lid 3 sub d BW (disfunctioneren). In zes gevallen heeft de kantonrechter op die grond ontbonden. Het disfunctioneren van de werknemer was onder andere gelegen in het onvoldoende opvolgen van protocollen in de gehandicaptenzorg¹⁴³ en het niet functioneren als horecamedewerker binnen een geüpgraded hotel.¹⁴⁴ Bij beide ontslaggronden, evenals de gewezen ontbindingen op grond van art. 7:669 lid 3 sub g en sub h BW, oordeelde de appelrechter dat er – achteraf – geen redelijke grond voor ontslag bestond.

3.2.4. Getroffen voorzieningen

De appelrechter kan, indien de werknemer daartoe verzoekt, voorzieningen treffen omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst. Te treffen voorzieningen zijn onder meer loon, emolumenten, vakantietoeslag, pensioenreparatie en eventuele wettelijke verhogingen, zie §1.2.5.¹⁴⁵

¹³⁷ Hof Amsterdam 2 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1721.

¹³⁸ Hof Amsterdam 11 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4571.

¹³⁹ Hof Den Haag 21 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3676.

¹⁴⁰ Hof Den Bosch 30 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2642.

¹⁴¹ Hof Den Haag 23 augustus 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2422.

¹⁴² Hof Den Bosch 23 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5113.

¹⁴³ Hof Amsterdam 17 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4234.

¹⁴⁴ Hof Den Haag 24 oktober 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2932.

¹⁴⁵ Zie onder meer *Kamerstukken I* 2013/2014, 33818, C. p. 114.

Tabel 3.5

Voorzieningen	Uitspraken	Percentage
Voorzieningen getroffen (loon en eventueel emolumenten/vakantietoeslag/wettelijke verhoging)	16	47.1%
Geen voorzieningen getroffen, niet verzocht	12	35.3%
Geen voorzieningen getroffen, wel verzocht	6	17.6%

In zestien van de 34 gewezen herstelbeschikkingen nam de appelrechter expliciet in het dictum op dat de werkgever het loon, eventueel aangevuld met overige emolumenten, vakantietoeslag of wettelijke verhoging, dient te voldoen. De werknemer heeft in deze zestien uitspraken daar ook telkens expliciet toe verzocht.

In twaalf andere herstelbeschikkingen verzocht de werknemer niet expliciet om het treffen van voorzieningen en trof de appelrechter deze ook niet. Van deze twaalf gevallen was er tien keer sprake van een herstel met terugwerkende kracht. In twee gevallen werd per heden hersteld, maar verzocht de werknemer – desondanks – niet om het treffen van voorzieningen. Of dat bewust gedaan is of het een onoplettendheid van de betrokken advocaat betrof, is onduidelijk. Dat werknemers niet steevast voorzieningen verzoeken valt te verklaren met een blik op de wetsgeschiedenis van de WWZ. Hieruit volgt dat de wetgever voornamelijk heeft gedacht aan situaties waarbij de arbeidsovereenkomst op een later tijdstip wordt hersteld dan de datum waarop de arbeidsovereenkomst is ontbonden.¹⁴⁶ Wordt met terugwerkende kracht hersteld, dan zit de reparatie van het herstel als het ware ingebakken in het herstel. Met het herstel vanaf de datum van het einde van het dienstverband ontstaat voor de werknemer – doordat de werkgever een nieuwe arbeidsovereenkomst dient aan te bieden – een loonvordering. De noodzaak voor de appelrechter om dan expliciet voorzieningen te treffen is dan (wellicht) minder aanwezig. Desalniettemin kan er ruimte zijn voor voorzieningen bij een herstel met terugwerkende kracht, zo benadrukte de Hoge Raad in zijn *Amsta*-beschikking.¹⁴⁷

In zes uitspraken verzocht de werknemer om het treffen van voorzieningen, maar ging de appelrechter daar niet in mee. In twee uitspraken lag aan de weigering hoogstwaarschijnlijk ten grondslag dat de appelrechter de werkgever veroordeelde om met terugwerkende kracht tot aan de datum van de eerdere ontbinding te herstellen.¹⁴⁸ In de andere vier uitspraken was er geen sprake van herstel met terugwerkende kracht. Dat de appelrechter in deze gevallen het werknemersverzoek tot het treffen van voorzieningen niet honoreerde, is

¹⁴⁶ HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), r.o. 3.5.3. Zie ook *Kamerstukken II* 2013/2014, 33818, nr. 3, p. 118-119.

¹⁴⁷ HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), r.o. 3.5.3.

¹⁴⁸ Hof Den Bosch 22 juni 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2820; Hof Den Bosch 8 april 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1048.

opvallend te noemen, nu de wetgever juist deze situatie voor ogen had bij het treffen van voorzieningen.

Zo zag het Hof Arnhem-Leeuwarden geen aanleiding om voorzieningen te treffen gezien de WW-uitkering die de werknemer in de tussenliggende periode had ontvangen.¹⁴⁹ Eenzelfde redenatie hanteerde het Hof Amsterdam.¹⁵⁰ De werknemer leed volgens de appelrechter geen inkomensschade door de ontvangen WW-uitkering. Geheel overtuigend vind ik deze redenatie niet. De hoogte van een WW-uitkering bedraagt in de eerste twee maanden 75% van het dagloon en na deze periode 70% van het dagloon.¹⁵¹ De kans is in dat geval meer dan aanwezig dat de werknemer inkomensschade lijdt. Een vaststaand gegeven is dat niet, nu een werknemer bijvoorbeeld ook aanspraak kan maken op een cao-voorziening. Ook het Hof Arnhem-Leeuwarden hanteerde het argument van geen inkomensschade, nu de betreffende werknemer onbetaald verlof had opgenomen vóór en ten tijde van de ontbinding.¹⁵² Het Hof Amsterdam overwoog dat de gevraagde voorzieningen niet toewijsbaar waren omdat dergelijke vorderingen pas ontstaan *nadat* de werkgever tot herstel is overgegaan.¹⁵³ De werknemer stelde hierop succesvol cassatieberoep in. De Hoge Raad vernietigde de uitspraak van de appelrechter en overwoog dat, indien de rechter ervoor kiest om de werkgever te veroordelen te herstellen, hij in dezelfde uitspraak de werkgever kan veroordelen tot betaling van na het herstel verschuldigde loon, overige toeslagen en emolumenten, vakantietoeslag en de wettelijke verhoging en rente.¹⁵⁴

3.2.5. Transitievergoeding

Tabel 3.6

Transitievergoeding terugbetaald?	Uitspraken	Percentage
Geen transitievergoeding ontvangen	15	44.1%
Terugbetaling transitievergoeding	18	52.9%
<i>Expliciete veroordeling hof</i>	13	38.2%
<i>Impliciete veroordeling hof</i>	5	14.7%
Transitievergoeding behouden	1	3%

Hoe gaat de rechtspraak om met het wel of niet terugbetalen van een ontvangen transitievergoeding? Bijna unaniem volgen de appelrechters de opvatting van de wetgever dat de transitievergoeding terugbetaald dient te worden, al verschilt de manier waarop appelrechters tot dat oordeel komen, zo blijkt uit de uitspraken waarbij de verschuldigdheid van de transitievergoeding aan bod kwam.

¹⁴⁹ Hof Arnhem-Leeuwarden 2 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9733.

¹⁵⁰ Hof Amsterdam 17 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4234.

¹⁵¹ Art. 47 Werkloosheidswet.

¹⁵² Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7100.

¹⁵³ Hof Amsterdam 11 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4571.

¹⁵⁴ HR 13 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:418 (*Dräger*), r.o. 4.1.3.

Dat laatste is niet steevast het geval. In vijftien uitspraken (44.1%) was er geen sprake van de vraag of de werknemer de ontvangen transitievergoeding diende terug te betalen. De werknemer had in deze gevallen geen transitievergoeding ontvangen, onder meer omdat in eerste aanleg het ontslag op staande voet geldig werd bevonden (en in deze uitspraken ook de ernstige verwijtbaarheid vast kwam te staan)¹⁵⁵ of omdat de kantonrechter op overige gronden de transitievergoeding niet had toegekend. De appelrechter hoefde daardoor geen oordeel te vellen over de verschuldigdheid van de transitievergoeding.

In de overige negentien uitspraken (55.9%) vormde de verschuldigdheid van de transitievergoeding wél onderdeel van het geschil. In slechts één uitspraak mocht de werknemer de ontvangen transitievergoeding behouden.¹⁵⁶ De datum van herstel lag geruime tijd na de datum van ontbinding, zodat niet kon worden aangenomen dat de uitgekeerde transitievergoeding onverschuldigd is betaald, aldus de appelrechter.¹⁵⁷

In achttien van de negentien herstelbeschikkingen werd de werknemer echter veroordeeld om de transitievergoeding terug te betalen. De precieze vorm van de terugbetaling kon zowel van impliciete als expliciete aard zijn. Appelrechters schreven bijvoorbeeld in vijf hersteluitspraken van vóór de *Amsta*-beschikking dat ze “ervan uitgingen” dat de werknemer de transitievergoeding dient terug te betalen, dat de werknemer daar vrijwillig toe zal overgaan of dat partijen dientengevolge zullen handelen. Op deze impliciete veroordelingswijze werd toentertijd kritiek geuit in de literatuur. Zo schreef Van Heusden in zijn noot bij de herstelbeschikking van het Hof Amsterdam dat een dergelijke opmerking van het hof onvoldoende was. Een uitdrukkelijke veroordeling tot terugbetaling was zijns inziens noodzakelijk om de werkgever een op dit punt executoriale titel te verschaffen.¹⁵⁸ Zoals besproken in hoofdstuk 2 sluit ik me bij deze zienswijze aan. De rechtsgrond onder de transitievergoeding komt immers niet automatisch te vervallen na een herstelveroordeling. Het is daarom goed dat de Hoge Raad hier duidelijkheid over heeft verschaft in de *Amsta*-beschikking, door te oordelen dat de rechter de werknemer expliciet tot terugbetaling dient te veroordelen in de vorm van een voorziening ex art. 7:682 lid 6 BW.¹⁵⁹

In de overige dertien herstelbeschikkingen ging de appelrechter over tot een expliciete veroordeling tot terugbetaling. Steevast stond de veroordeling tot terugbetaling in het dictum vermeld. De rode draad in deze uitspraken vormde de overweging dat de werknemer weliswaar naar de letter van de wet recht heeft op de transitievergoeding, maar dat een dergelijk recht haaks staat op de doelstelling van deze vergoeding.

¹⁵⁵ Hetgeen geen automatisme is, zie HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:484 (*Dräger*).

¹⁵⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 2 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9733.

¹⁵⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 2 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9733, r.o. 5.8.

¹⁵⁸ Van Heusden, *JAR* 2018/101.

¹⁵⁹ HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), r.o. 3.5.5.

3.2.6. Transitievergoeding bij een onderbreking van meer dan 6 maanden

De appelrechter heeft in zes uitspraken de werkgever veroordeeld om per datum beschikking tot herstel over te gaan. De zes uitspraken dateren allen van vóór de *Amsta*-beschikking. In elk van deze gevallen lag de datum van herstel langer dan zes maanden gelegen na het einde van de eerste arbeidsovereenkomst. Dat had als gevolg dat de werknemersanciënniteit in het kader van de transitievergoeding op grond van art. 7:673 lid 4 sub b BW doorbroken werd (zie §2.3.2). Door de procespartijen en het hof was aan deze problematiek – in ieder geval in de gepubliceerde uitspraak – geen aandacht besteed. De Hoge Raad heeft in de *Amsta*-beschikking deze problematiek gepasseerd door een samentelling van arbeidsovereenkomsten mogelijk te maken als een voorziening ex art. 7:682 lid 6 BW, óók bij een onderbreking langer dan zes maanden.¹⁶⁰ Hoe deze systematiek toegepast wordt in de praktijk is nog onduidelijk. Er zijn (nog) geen herstelbeschikkingen geweest post-*Amsta* die herstellen op een datum meer dan zes maanden gelegen na de ontbindingsdatum en waarbij de beëindigde arbeidsovereenkomst meetelt bij de berekening van de transitievergoeding.

3.3. Tussenconclusie

In dit hoofdstuk heb ik de jurisprudentie van het herstel in hoger beroep nader bekeken. Zijn er parallellen en verschillen waar te nemen in de gewezen herstelbeschikkingen? Het valt op dat de hoven in meer dan driekwart van de gevallen met terugwerkende kracht herstellen, ondanks de discretionaire bevoegdheid om daartoe anders te beslissen. Het met terugwerkende kracht herstellen levert een – nagenoeg – gelijke situatie op met de vernietiging van de opzegging. Het is mijns inziens dus de vraag of met het hoge percentage herstelveroordelingen met terugwerkende kracht de door de wetgever beoogde rechtszekerheid wel daadwerkelijk bereikt wordt. De gewenste duidelijkheid voor partijen “dat de arbeidsovereenkomst daadwerkelijk beëindigd is” wordt met een herstel met terugwerkende kracht niet bereikt. Daarnaast kiezen appelrechters in grote meerderheid voor de mogelijkheid om de werkgever te veroordelen om te herstellen. Dat is niet verrassend, gezien de wettekst van art. 7:683 BW en het feit dat pas sinds de *Amsta*-beschikking ook de rechter zelf kan herstellen. Sinds de *Amsta*-beschikking heeft de appelrechter in drie van de zeven uitspraken gebruikgemaakt van de mogelijkheid om zelf te herstellen. Het is afwachten of deze ontwikkeling zich doorzet in de komende jaren.

Het onderliggende arbeidsconflict van de herstelbeschikkingen kent een breed pallet aan oorzaken. Opvallend daarbij is de prominente rol van het ontslag op staande voet, met acht van de 34 herstelbeschikkingen. Juist bij een ontslag op staande voet lopen de emoties hoog op. Er is niet voor niets sprake van een *dringende reden* ex art. 7:678 BW. De werkgever zal daar niet lichtzinnig mee omgaan. Het feit dat de kantonrechter het ontslag op staande voet

¹⁶⁰ HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), r.o. 3.5.8.

heeft goedgekeurd suggereert ook dat de aanleiding daartoe niet door de werkgever is verzonnen. Het herstel door de appelrechter in deze gevallen is dan ook een interessante constatering.

Bekijken we het speelveld van de voorzieningen en (de verschuldigdheid van) de transitievergoeding, dan valt op dat appelrechters niet consequent voorzieningen treffen voor de rechtsgevolgen van de onderbreking. In de meerderheid van de uitspraken waar dat het geval was verzocht de werknemer echter niet om het treffen van voorzieningen. In vier gevallen verzocht de werknemer wél om voorzieningen, maar weigerde de appelrechter daartoe over te gaan. Dat vind ik merkwaardig, nu er in deze vier gevallen telkens per heden hersteld werd en de wetgever juist die situatie als aanleiding voor het treffen van voorzieningen had aangemerkt. De argumentatie dat de werknemer in de tussenliggende periode een (WW-)uitkering ontving vind ik niet overtuigend, nu de hoogte van die uitkering vaak onder het laatst verdiende loon ligt.

Wat betreft de transitievergoeding bij herstel van de arbeidsovereenkomst zijn de hoven redelijk consequent: de werknemer heeft geen aanspraak meer op de transitievergoeding en zal deze moeten terugbetalen. Ondanks dat de rechtsgrond niet is komen te vervallen onder de betaling van de transitievergoeding, wegen de appelrechters de achterliggende bedoeling ervan zwaarder. Slechts eenmaal mocht een werknemer de ontvangen transitievergoeding houden. Het geschetste spanningsveld omtrent de transitievergoeding en de verschuldigdheid daarvan bij herstel blijft daardoor vooral een academische discussie. Daarnaast is het nog niet in de praktijk voorgekomen dat de appelrechter als voorziening ex art. 7:682 lid 6 BW de beëindigde arbeidsovereenkomst mee laat tellen bij de transitievergoeding indien de herstelde arbeidsovereenkomst eindigt.

4. PRAKTIJKERVARINGEN HERSTEL IN HOGER BEROEP

Om een zo compleet mogelijk beeld te verkrijgen van het leerstuk van herstel van de arbeidsovereenkomst heb ik een empirisch onderzoek uitgevoerd naar de uitwerking van en de ervaringen met het herstel in hoger beroep.¹⁶¹ In dat kader heb ik zowel de periode vóór als ná het herstel onderzocht. Wat drijft een werknemer in de eerste plaats om herstel te verzoeken? En wat is de situatie na een succesvol herstelverzoek? De werkgever en werknemer zijn immers, vaak na een maandenlange onderbreking, weer tot elkaar veroordeeld. Dat roept vragen op over de uitwerking in de praktijk. In dit hoofdstuk bespreek ik resultaten van het onderzoek, die naar mijn mening een waardevolle bijdrage kunnen leveren aan het beter doorgronden van het leerstuk van herstel in hoger beroep.

4.1. Verantwoording vooraf

Het empirisch onderzoek bestaat uit afgenomen interviews met procespartijen die betrokken zijn geweest bij herstelbeschikkingen in hoger beroep.¹⁶² Daarbij heb ik zowel werknemers- als werkgeversadvocaten benaderd om een zo gevarieerd mogelijk beeld te krijgen van de ervaringen met het leerstuk. Ik heb alle procespartijen van de tot begin maart 2021 gewezen herstelbeschikkingen benaderd.¹⁶³ In totaal betrof het 32 herstelbeschikkingen (en 64 procespartijen). Van de 64 benaderde procespartijen waren er 32 advocaten bereid om een interview af te nemen. De interviews zijn afgenomen in de periode maart-april 2021. De tijdsduur van de interviews betrof gemiddeld 30 à 45 minuten. De gekozen opzet betrof een semi-gestructureerde interviewvorm, waarbij ik een vaste lijst met vragen had maar er ook ruimte bestond om op bepaalde antwoorden dieper in te gaan.

De 32 geïnterviewde advocaten zijn betrokken geweest bij 22 herstelbeschikkingen. In een aantal herstelzaken in hoger beroep heb ik dus de inzichten kunnen bespreken vanuit het perspectief van zowel de werkgevers- als werknemersadvocaat. Daarbij moet ik de kanttekening maken dat ik uiteindelijk niet alle gewezen herstelbeschikkingen heb kunnen behandelen. Desondanks meen ik dat het onderzoek een representatief beeld geeft van de tot dusver gewezen herstelbeschikking. De besproken uitspraken vormen bijna 65% van de totale herstelbeschikkingen. Ook heb ik de uiteindelijk behandelde herstelprocedures niet op voorhand geselecteerd.

¹⁶¹ De resultaten van het onderzoek zijn tevens in juli 2021 gepubliceerd in het tijdschrift *ArbeidsRecht*, zie De Jager, *AR* 2021/32.

¹⁶² Vooropgesteld benadruk ik dat alle interviewresultaten anoniem verwerkt zijn. De onderzoeksresultaten zijn niet herleidbaar tot enige individuele zaken of personen, nu het gaat over privacygevoelige informatie.

¹⁶³ De twee meest recente herstelbeschikkingen van eind maart en begin april 2021 zijn niet meegenomen in het onderzoek: Hof Arnhem-Leeuwarden 18 maart 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:777 en Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:1048.

Tabel 4.1.

Behandelde herstelbeschikkingen interviews	Aantal uitspraken
<i>Beide partijen geïnterviewd</i>	10
<i>Werknemersadvocaat geïnterviewd</i>	8
<i>Werkgeversadvocaat geïnterviewd</i>	4
Totaal	22

Het hoofdstuk is als volgt ingedeeld. In §4.2 bespreek ik de beweegredenen van werknemers om hoger beroep in te stellen en een herstelverzoek in te dienen. Vervolgens behandel ik in §4.3 en §4.4 de geslaagde en niet-geslaagde herstelbeschikkingen en bekijk ik of er bepaalde factoren zijn waar te nemen die kenmerkend zijn voor een wel of niet geslaagd herstel. Bij deze analyse bespreek ik met name de uitkomsten van de herstelbeschikkingen. De visie van de werkgevers- en werknemersadvocaten op het leerstuk van herstel – en de verschillen en overeenkomsten daartussen – is in dat kader (nog) niet relevant. Deze visies bespreek ik in het slotstuk van het onderzoek, waar de ervaringen van de procespartijen met de herstelbeschikkingen waar zij betrokken bij waren centraal staan.

4.2. Beweegredenen herstelverzoek

Wat drijft een werknemer om hoger beroep in te stellen en om herstel te verzoeken? Of, zo riep een van de geïnterviewden halverwege het gesprek uit: “Wat bezielt een werknemer, na alles wat er gebeurd is, na zoveel over en weer moddergooien, om voor dat herstel te gaan?”. Op basis van de interviews met de achttien betrokken werknemersadvocaten zijn er grofweg twee beweegredenen te ontdekken: de (sterke) persoonlijke wil van de werknemer en financiële en proces-technische overwegingen. Het varieert per herstelbeschikking in hoeverre beide componenten aanwezig zijn.

4.2.1. Persoonlijke overwegingen

Negen van de achttien werknemersadvocaten geven aan dat het herstelverzoek hoofdzakelijk ingegeven was door persoonlijke overwegingen van de werknemer. Daarbij gaat het in zeven gevallen om een werknemer die erop gebrand was om terug te keren op de werkvloer. De persoonlijke wil en overtuiging van de werknemer dat hij weer aan de slag wil gaan, kan ingegeven zijn door meerdere oorzaken. Zo kan iemands werk vervlochten zijn met zijn of haar identiteit of sociaal leven. Gechargeerd *is* iemands werk dan zijn of haar bestaan. Ook reparatie van gezichtsverlies speelt een rol. De herstelbeschikking, zo geeft een betrokkene aan, wordt dan bij wijze van spreken vastgepind in de bedrijfskantine om aan iedereen te laten zien: mij treft geen blaam. Collega’s weten na de eerdere beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever immers niet beter dan dat de betreffende werknemer (rechtsgeldig) ontslagen is. De herstelbeschikking vormt voor de werknemer een schone lei om dergelijke sentimenten op de werkvloer uit de wereld te kunnen helpen.

In twee andere gevallen ziet de persoonlijke wil om terug te keren op de werkvloer voornamelijk op de kansen van de werknemer op de arbeidsmarkt. Een wat oudere werknemer met een beperkte opleiding en een lang dienstverband zal, ook al heeft hij meestal een (transitie)vergoeding op zak, een afweging maken en de baankansen somber inschatten. Uit recent onderzoek van het Sociaal Cultureel Planbureau en de Universiteit Utrecht blijkt bijvoorbeeld dat de positie van ouders op de arbeidsmarkt niet gunstig is. Een grote groep 55-plussers komt na ontslag nog weinig aan het werk, ondanks het feit dat over het algemeen oudere werkzoekenden even frequent solliciteren als jongeren én bereid zijn om salaris in te leveren om werk te vinden.¹⁶⁴ Die realiteit zal de oudere werknemer inzien en meenemen in zijn overweging om herstel van de arbeidsovereenkomst te verzoeken.

4.2.2. Financiële en proces-technische overwegingen

Tegelijkertijd liggen aan het verzoek tot herstel ook financiële en proces-technische overwegingen ten grondslag. De vraag of de werknemer daadwerkelijk weer aan de slag wil speelt hier – vergeleken met de voorgaande redenen – geen of minder een rol. Zes werknemersadvocaten geven aan dat financiële redenen de voornaamste aanleiding waren voor het herstelverzoek. Daarbij zien twee uitspraken op algemene financiële overwegingen. Herstel van de arbeidsovereenkomst – en de bijbehorende loonvordering – biedt een financiële compensatie voor de (achteraf) ongegronde beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De resterende vier uitspraken betreffen gevallen waarbij de werknemer ziek of arbeidsongeschikt is. Behoud van het dienstverband vormt in dat kader een welkome (financiële) stabiliteit. Op grond van art. 7:629 lid 1 BW heeft de werknemer immers in beginsel recht op doorbetaling van 70% van zijn naar tijdruimte vastgesteld loon voor een periode van 104 weken. In de praktijk is veelal 100% loondoorbetaling afgesproken.¹⁶⁵ Het risico van loonderving als gevolg van ziekte komt in dat geval voor rekening van de werkgever.

In zeven gevallen is het herstelverzoek voornamelijk ingegeven door proces-technische overwegingen. Het herstelverzoek versterkt de onderhandelingspositie van de werknemer bij het eventueel treffen van een schikking. De herstelbeschikking vergroot de ‘prijs’ van de werknemer voor het niet terugkeren op het werk in de situatie dat een werkgever dat uitdrukkelijk wil voorkomen. De insteek van het herstelverzoek door de werknemer ziet in dat geval niet/minder op de lange termijn na de herstelbeschikking. Korte termijn en financiële overwegingen staan dan centraal. Dat de werknemer niet *coûte que coûte* terug wil keren bij zijn werkgever is van minder belang. Niet onbelangrijk is ook de overtuiging dat de werknemer zichzelf gevoelsmatig op achterstand zet door niet én primair herstel én subsidiair een billijke vergoeding te verzoeken, zo geven betrokkenen aan. Een gevoel van ‘niet geschoten, altijd mis’ heerst daarbij. Het verzoek om herstel – los van de inschatting over de wenselijkheid en

¹⁶⁴ Vlasblom & Schippers, *TvA* 2019/35.

¹⁶⁵ Van Slooten, Vegter en Verhulp 2020, *art. 7:629 BW*, aant. 1.

de kans van slagen – kan namelijk altijd nog ingetrokken worden indien de werknemer in de periode tussen ontbinding en hoger beroep ander werk mocht vinden.

4.3. Succesvol herstel: utopie?

Een vraag die centraal staat in dit onderzoek ziet op de periode ná de herstelbeschikking. Twee partijen worden in dat geval – vaak na lange tijd – weer tot elkaar veroordeeld. In de tussenliggende periode heeft het nodige plaatsgevonden. De werkgever is overgegaan tot het beëindigen van de arbeidsovereenkomst, zij het door middel van een ontslag op staande voet, een ontbindingsprocedure of een opzegging na toestemming van het UWV. Daarna is in eerste aanleg over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst geprocedeerd met de werknemer als verliezende partij. De werknemer heeft daar vervolgens hoger beroep tegen ingesteld en (primair) herstel verzocht, hetgeen de appelrechter ook heeft toegewezen. Na het eerdere rechtsgeldige ontslag keert de werknemer uiteindelijk, na twee rechterlijke procedures, weer terug bij de werkgever.

An sich roept dit gehele proces – met als apotheose de herstelbeschikking - vragen op over de werkbaarheid en de kans van slagen van het herstel van de arbeidsovereenkomst. Kan er van een succesvol herstel sprake zijn, en zo ja, onder welke omstandigheden? Daarbij definieer ik een geslaagd herstel als een duurzame terugkeer bij de oude werkgever van meer dan zes maanden, waarbij het eerdere geschil niet of in geringe mate een rol meer speelt.

Op basis van de 22 behandelde herstelbeschikkingen ontstaat het volgende beeld.

Tabel 4.2.

Uitkomst 22 besproken herstelbeschikkingen	Aantal
Geslaagd herstel: >6 maanden duurzaam teruggekeerd	7
Weer aan het werk gegaan: gedurende 1-6 maanden	3
Weer aan het werk gegaan: <1 maand	2
Werknemer niet meer aan het werk gegaan	10

4.3.1. Succesvol herstel

Uit de interviews blijkt dat van een geslaagd herstel – dus een *happily ever after*-situatie - niet snel sprake is. Van de 22 herstelbeschikkingen in kwestie, is slechts in zeven gevallen sprake van een geslaagd herstel. Deze zeven werknemers zijn nog steeds werkzaam bij de werkgever, of het einde van het dienstverband hield geen verband met het geschil dat heeft geleid tot de herstelbeschikking. Het ‘huwelijk’ tussen partijen is, in weerwil van de nodige hobbels, weer zo goed als mogelijk gelijmd.

De eerdere reden voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst lijkt bij de succesvolle herstelprocedures geen doorslaggevende rol te spelen. De voorafgaande ontslagoorzaken zijn bij geslaagde herstelbeschikkingen niet beperkt tot één of twee gronden. Zo is ook in twee gevallen waarbij de werknemer op staande voet ontslagen werd uiteindelijk succesvol hersteld. Dat is naar mijn mening een verrassende constatering. Een wellicht meer logische uitkomst zou zijn geweest dat de herstelbeschikkingen met ontslag op staande voet als voorafgaande ontslaggrond géén geslaagd herstel hebben opgeleverd. Bij een ontslag op staande voet is er immers (vaak) sprake van een turbulente en/of emotionele omstandigheid die tot het ontslag heeft geleid.

Bekijken we de succesvolle herstelprocedures verder, dan zijn er enkele constante factoren waar te nemen. In alle succesvolle herstelprocedures gaat het om werknemers met laaggeschoold werk. Dergelijke werknemers zijn eenvoudiger in te passen in de organisatie. De onderbreking van het dienstverband heeft in dat geval minder implicaties voor het functioneren op de werkvloer. Daarbij speelt het ontbreken van een leidinggevende functie een doorslaggevende rol. Betrokkenen geven aan dat, in het geval de werknemer wél een leidinggevende- of managementfunctie bekleedt, de eerdere beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de uiteindelijke terugkeer in de functie te veel drempels oplevert voor een succesvolle uitkomst. Dat ziet zowel op de organisatie (een andere werknemer heeft de leidinggevende functie reeds ingenomen) als op het gezag van de werknemer wiens dienstverband hersteld is (zijn autoriteit op de werkvloer krijgt door het arbeidsconflict en de daaropvolgende procedures een flinke knauw).

Daarnaast kan het feit dat de werkgever meerdere locaties of vestigingen heeft, een positieve rol spelen bij een geslaagd herstel. Gaat de werknemer op een andere locatie aan de slag, dan komt hij niet langer in contact met zijn (voormalige) leidinggevendens, op wiens verzoek de ontbindingsprocedure vaak is gestart. Een hard vereiste betreft dit niet, nu er ook geslaagde herstelprocedures zijn plaatsgevonden op dezelfde werklocatie. Maar juist in de gevallen waarbij het arbeidsconflict haar wortels vindt in een verstoorde arbeidsrelatie kan het herstel op een *andere* locatie de doorslag voor een succesvol herstel geven.

Een rode draad bij de succesvolle herstellen betreft ook de persoonlijke belangen en de bijbehorende wil van de werknemer bij het terugkeren in de functie. Met andere woorden: bij de werknemer moet een diepgewortelde wil aanwezig zijn om van het herstel een succes te maken. Er zijn diverse factoren waarneembaar die een dergelijke wil kunnen veroorzaken. Het verlies van werk betekent voor deze werknemer vaak ook een verlies van sociale contacten en de mogelijkheid om deel te nemen aan de maatschappij, waarbij het opleidingsniveau, de duur van het dienstverband of het op latere leeftijd emigreren naar Nederland een rol spelen. “Wat moet zo iemand met een zak geld?”, zo omschrijft een advocaat de positie van zijn cliënt. “Daar krijgt hij zijn structuur en dagelijkse bezigheden niet mee terug en zal de bijstand hem wachten”. Ontleent een werknemer dus een groot gevoel

van eigenwaarde en identiteit aan het werk, dan is dat een aanwijzing dat herstel mogelijk een duurzame kans op slagen heeft.

4.3.2. Niet geslaagd herstel

In een ruime meerderheid van de 22 uitspraken heeft het herstel niet geleid tot een duurzame voortzetting van het dienstverband. In vijftien van de 22 gevallen is de werknemer nog geen dag, of slechts voor een korte periode (minder dan zes maanden) aan het werk gegaan. Het einde van de dienstbetrekking hield verband met het arbeidsconflict dat ten grondslag lag aan het ontslag waarop de herstelbeschikking zag. Het herstel is dan een lege huls, waarbij de relatie tussen de partijen vaak flink bekoeld is.

Bekijken we deze gevallen nader, dan kunnen er meerdere oorzaken aangewezen worden die tot het einde van het dienstverband hebben geleid.

Tabel 4.3.

Onsuccesvol herstel: oorzaak einde dienstverband	Aantal
Schikking getroffen, geen dag meer gewerkt	4
Schikking getroffen, wel gewerkt (<6 maanden)	3
Opnieuw ontbindingsverzoek door werkgever	3
Ziekte (>24 maanden)	3
Overig	2
Totaal	15

Uit de onderzochte gevallen blijkt dat in zeven van de vijftien niet-succesvolle herstelprocedures er sprake is van een overeengekomen schikking. In vier van deze gevallen zijn partijen direct na de herstelbeschikkingen om de tafel gaan zitten om alsnog een regeling te treffen. De werknemer heeft geen dag meer gewerkt bij zijn (voormalige) werkgever. Betrokkenen geven aan dat herstel in deze gevallen eigenlijk nooit een reële optie is geweest. Partijen hebben maandenlang, soms meer dan anderhalf jaar, met modder naar elkaar gegooid. Het ontbreekt dan – aan beide kanten - aan vertrouwen om te herstellen. De herstelbeschikking vormt dan een waardevolle onderhandelingstroef voor de werknemer. Of, zoals één werknemersadvocaat het zegt: “Het onderhandelingspel start na de herstelbeschikking”. Het doel is dan om een zo hoog mogelijke vergoeding eruit te slepen. Het gaat dan niet om een terugkeer op de werkvloer – die hoop is eigenlijk vóór of gedurende de herstelprocedure al opgegeven.

Zulke sentimenten zijn niet altijd aanwezig. Werkgevers proberen er vaak toch het beste van te maken en zoeken naar werkzaamheden die in lijn liggen met het eerdere werk van de werknemer. Toch is dat geen garantie voor succes. In drie gevallen gaat de werknemer weliswaar terug, maar treffen partijen uiteindelijk alsnog een schikking omdat een vruchtbare invulling van de arbeidsrelatie niet mogelijk blijkt te zijn. De periode varieert van één tot

enkele maanden. In deze situaties blijkt het onderliggende arbeidsconflict, dat aanleiding gaf tot de eerdere beëindiging van de arbeidsovereenkomst, toch nog een (te) grote rol te spelen. In drie andere gevallen dient de werkgever na de herstelbeschikking opnieuw een ontbindingsverzoek in bij de kantonrechter. Ook hier blijkt het onderliggende arbeidsgeschil en de nasleep daarvan nog steeds te bestaan en vaak alleen nog maar meer op scherp gezet door de herstelbeschikking. “De verplichte terugkeer gaat met piepen en kraken”, zo geeft een werkgeversadvocaat aan.

In drie andere gevallen valt de werknemer met ziekte uit of wordt de reeds bestaande arbeidsongeschiktheid groter. Betrokkenen geven aan dat de herstelbeschikking van negatieve invloed is op het ziektebeeld van de werknemer. Zowel de houding van de werkgever – kleinerend, niet coöperatief – als de (langdurige) herstelprocedure en de tussenliggende werkloze periode – spanning en stress – kunnen ziekteklachten veroorzaken of verergeren. Dat leidt uiteindelijk tot een beëindiging ex art. 7:669 lid 3 sub b BW wegens twee jaar ziekte. Tot slot is de oorzaak van het eindigen van het dienstverband in twee niet-succesvolle herstelbeschikkingen gelegen in een overige omstandigheid. In het kader van de anonieme verwerking van de onderzoeksresultaten kan ik daar niet meer informatie over verschaffen, maar beide oorzaken zijn dusdanig uniek en specifiek dat ik deze niet heb meegenomen in de verdere behandeling van de onderzoeksresultaten.

Uit de besproken uitspraken blijkt dat de oorzaken van een niet-succesvol herstel van de arbeidsovereenkomst divers van aard kunnen zijn, zij het dat er vaak één constante factor aanwezig is. Het onderliggende conflict, dat aanleiding gaf tot de eerdere beëindiging van de arbeidsovereenkomst, is met de herstelbeschikking *niet* plotsklaps verdwenen. Zo verdwijnt bijvoorbeeld de ongeschiktheid van de werknemer tot het uitoefenen van bepaald werk – waar de kantonrechter het mee eens was en daardoor het ontbindingsverzoek heeft toegewezen – niet als sneeuw voor de zon na een herstelbeschikking door het hof. Het herstel van de arbeidsovereenkomst is dan enkel een papieren werkelijkheid.

4.4. Mening betrokken procespartijen over herstelveroordeling

Een ander onderdeel van het onderzoek betreft de mening van de procespartijen over de herstelbeschikking waar zij betrokken bij waren. Ook heb ik in dat kader gevraagd naar de opvatting van de procespartijen over het leerstuk van het herstel in hoger beroep *an sich*. Uit de antwoorden van de 32 geïnterviewden valt een gevarieerd beeld waar te nemen. Er is een duidelijk onderscheid tussen werkgevers- en werknemersadvocaten.

Tabel 4.4.

Mening uitspraak appelrechter	Advocaten
<i>Eens met herstel</i>	18
<i>Oneens met herstel</i>	14

4.4.1. Werkgeversadvocaten

Van de veertien werkgeversadvocaten laat één advocaat weten zich te kunnen vinden in de herstelbeschikking. Onder de omstandigheden van het geval was het herstel een geschikt en passend middel. De overige dertien betrokkenen zijn het niet eens met de herstelbeschikking, zij het dat de mate van ontevredenheid varieert. “Een gedrocht”, “een ondoordachte beslissing”, “te weinig oog van het hof voor de situatie op de werkvloer”, zijn kwalificaties die de revue passeren. Een betrokkene merkt op dat hij het gevoel kreeg dat het hof soms in “een juridische ivoren toren” verkeert. De appelrechter realiseert zich dan onvoldoende dat een werkgever niet zomaar overgaat tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst, hoewel er natuurlijk altijd werkgevers met kwade bedoelingen zullen (blijven) bestaan. Waarom is de werkgever op dit punt beland? Wat voor bedrijf is het? Deze vragen stelt het hof zichzelf onvoldoende. Het hof lijkt soms ervan uit te gaan, zo wordt opgemerkt, dat de werkgever *op voorhand* met kwade bedoelingen een ontslag heeft bewerkstelligd, terwijl de realiteit in dat geval vaak is dat het tussen partijen simpelweg “niet meer gaat”. Van een werkgever als kwade genius is dan in het geheel geen sprake. De appelrechter heeft daarbij het recht toegepast maar te weinig nagedacht over de uitkomst van de beschikking, zo is de heersende gedachte.

4.4.2. Werknemersadvocaten

Werknemersadvocaten zijn logischerwijs beter te spreken over de herstelbeschikkingen. Aangegeven wordt dat herstel in de eerste plaats een betere onderhandelingspositie oplevert voor het alsnog treffen van een schikking, zoals reeds besproken bij de motieven van de werknemer om herstel te verzoeken. In de tweede plaats vormt herstel ook een nuttige *checks and balances* op een werkgever die – achteraf – ten onrechte voor beëindiging van het dienstverband is gegaan. Zou er geen herstel mogelijk zijn, dan weet een werkgever dat hij bij een arbeidsconflict nooit met de weg terug – het herstel – geconfronteerd gaat worden. “Het hof plaatst de feiten van het geval in perspectief, beter dan dat de kantonrechter deed”, aldus een advocaat. Het herstel kan dan een normerende werking hebben. Herstel vormt ook voor werknemers een reparatie van gezichtsverlies, meer dan dat een vergoeding ooit zou kunnen.

Daarnaast heeft het herstel als voordeel dat de onduidelijkheid/onzekerheid over de uiteindelijke hoogte van de billijke vergoeding ontweken wordt. De wetgever heeft de rechter – bewust – een grote ruimte gegeven om de hoogte van de billijke vergoeding te bepalen.¹⁶⁶ Zeker in de jaren direct na de invoering van de Wwz leidde dat tot substantiële onzekerheid over hoe hoog een verzochte billijke vergoeding uiteindelijk uit zou pakken. De betrokken partijen benoemen deze onzekerheid ook. Inmiddels heeft de Hoge Raad de praktijk meer handvatten aangereikt. In de *New Hairstyle*-beschikking formuleert de Hoge Raad enkele

¹⁶⁶ Heerma van Voss 2021, aant. 445c.

gezichtspunten voor de berekening van de hoogte van de billijke vergoeding.¹⁶⁷ Desalniettemin ervaren de betrokken procespartijen (nog steeds) onzekerheid over welk getal de appelrechter uiteindelijk zal plakken op de billijke vergoeding.

De betrokken werknemersadvocaten zien echter ook haken en ogen aan herstel. Twaalf werknemersadvocaten noemen het gebrek aan vertrouwen tussen partijen. “In de meeste gevallen zal herstel op een desillusie uitlopen”, zo geeft een betrokkene aan. “Je moet als werkgever wel over je eigen schaduw heen kunnen stappen”. In de praktijk blijft dat laatste makkelijker gezegd dan gedaan. De *gedwongen* terugkeer van de werknemer op de werkvloer zal menig werkgever krenken. Een werkgever die een werknemer heeft ontslagen wil deze immers vaak niet terug op het werk, zo is de tendens. Het hof is daarbij soms (te) lijdelijk in wat door partijen gevraagd en bepleit wordt.

4.5. Praktische verbeterpunten herstel

Aan de hand van de gevoerde interviews zijn er enkele praktische verbeterpunten waar te nemen die het herstel van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep werkbaarder en succesvoller kunnen maken. Een eerste verbeterpunt betreft de duur van de hoger beroepsprocedure. Het inkorten van de duur van de hoger beroepsprocedure, tot ten hoogstens enkele maanden, zou het risico op een niet-geslaagd herstel kunnen verminderen. Een werknemer voelt zich dan minder losgemaakt van zijn herstelde dienstbetrekking en een werkgever ervaart minder (financiële) pijn van een herstel. Ik ben me ervan bewust dat een snelle hoger beroepsprocedure niet wettelijk vastgelegd kan worden én dat de werkdruk in de rechtspraak al zeer hoog is. Desondanks meen ik dat de appelrechter de taak heeft om in ieder geval geen onnodige vertraging te laten ontstaan in de herstelprocedure. De situatie, zoals door sommige procespartijen geschetst, dat de behandeling van de herstelprocedure zonder duidelijke aanleiding meerdere keren werd opgeschort, dient naar mijn mening voorkomen te worden. Snelheid is geboden, kortom.

Een ander verbeterpunt ziet op het spanningsveld tussen de juridische- en de feitelijke werkelijkheid. Mijns inziens zou het hof een actievere en assertievere opstelling kunnen aannemen om te onderzoeken of er überhaupt nog ruimte is voor herstel. De juridische laag van het geschil dient het hof als het ware af te pellen, om zo de feitelijke werkelijkheid bloot te leggen. De opstelling van het hof kan bijvoorbeeld ingevuld worden door het initiëren van een mediationronde. Mediation kan immers ook gestart worden *gedurende* een rechterlijke procedure op verwijzing van de rechter of op verzoek van een van de partijen.¹⁶⁸ Partijen tekenen dan voor aanvang van de mediationronde een geheimhoudingsverklaring, waardoor de inhoud van de gevoerde gesprekken vertrouwelijk blijft en partijen open en eerlijk met elkaar kunnen praten.

¹⁶⁷ HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187 (*New Hairstyle*).

¹⁶⁸ Stouthart, AR 2019/30.

De appelrechter kan de uitkomst van de mediationronde meenemen in zijn oordeel om tot herstel over te gaan of een billijke vergoeding toe te kennen. Het is uiteraard de vraag of partijen zich op dat moment in “de kaart laten kijken”, mede gelet op de proces-technische redenen om herstel te verzoeken. Evenwel kan het een mogelijkheid zijn voor het hof om de achterliggende beweegredenen van de werknemer om herstel te verzoeken beter te kunnen onderzoeken. Het hof hoeft uiteraard niet direct naar externe middelen als een mediationronde uit te wijken. Het op de mondelinge behandeling uitvoerig behandelen van de implicaties van een herstel werkt mijns inziens ook al bevorderend. Met deze assertieve opstelling kunnen de succesansen van herstel mogelijk beter worden ingeschat.

4.6. Tussenconclusie

In dit hoofdstuk heb ik 22 herstelbeschikkingen in hoger beroep nader bekeken en geanalyseerd. Aan de hand van 32 interviews met betrokken procespartijen heb ik achtereenvolgens besproken wat de beweegredenen voor de werknemer zijn om in hoger beroep (primair) herstel te verzoeken, of er sprake is van een geslaagd dan wel niet-geslaagd herstel, of er bepaalde factoren zijn waar te nemen bij beide uitkomsten van de herstelveroordeling en – tot slot – wat de mening van de betrokken procespartijen is over de herstelbeschikking waar zij betrokken bij zijn geweest en over het leerstuk van herstel in hoger beroep *an sich*.

Concluderend blijkt dat een geslaagd herstel weliswaar geen utopie is, maar in de praktijk wel lastig te bereiken is. Van de 22 besproken herstelbeschikkingen in hoger beroep is er in zeven gevallen (31.8%) sprake van een geslaagd herstel, waarbij de werknemer duurzaam is teruggekeerd bij de oude werkgever voor een periode van meer dan zes maanden. Het oorspronkelijke arbeidsgeschil is naar de achtergrond verdwenen en speelt geen of slechts in geringe mate nog een rol. In een meerderheid van de besproken herstelbeschikkingen in hoger beroep is er van een geslaagd herstel (in het geheel) geen sprake. In vijftien herstelbeschikkingen (68.2%) gaat de werknemer of geen enkele dag meer aan het werk, of voor een korte periode waarna uiteindelijk de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd. Op voorhand heeft een geslaagd herstel dus geen overweldigende kans van slagen.

Onder de juiste omstandigheden kan van een geslaagd herstel sneller sprake zijn. Daarbij gaat het met name om de factoren van laaggeschoold werk, de wil bij beide partijen om van het herstel een succes te maken, een (semi-)grote onderneming met meerdere locaties en een arbeidsconflict tussen de werknemer en een management waarbij laatstgenoemde niet langer in contact komt met de werknemer. Dergelijke elementen zijn, indien deze allemaal of in ruime meerderheid voorkomen, een substantiële aanwijzing voor de appelrechter dat van een geslaagd herstel sprake *kan* gaan worden. Bij een gebrek aan dergelijke factoren lijkt de kans groot te zijn dat herstel (slechts) een papieren tijger wordt. De pennenstreek van de appelrechter onder de herstelbeschikking vertaalt zich dan niet naar de werkelijkheid op de

werkvloer. Dat bedoel ik niet verwijtend: het hof heeft – na de schriftelijke en mondelinge behandeling – weliswaar een goed beeld van het geschil, maar geen alwetend oog waarmee de toekomst precies valt te voorspellen.

Desondanks signaleer ik enkele verbeterpunten die van positieve invloed zouden kunnen zijn op de kansen van een geslaagd herstel. Zo dient de appelrechter de duur van de hoger beroepsprocedure zo kort mogelijk te houden. Ook al is haastige spoed zelden goed, het onnodig lang(er) laten voortduren van de herstelprocedure vermindert de kansen op een succesvol herstel. Daarnaast dient het hof actief de kansen op een succesvol herstel actief te onderzoeken. Door onder meer het inlasten van een mediationronde – bijvoorbeeld bij twijfel over de kansen op een succesvolle terugkeer op de werkvloer – kan de appelrechter een beter beeld vormen over de slagingskansen van herstel.

5. CONCLUSIE

Na de inhoudelijke behandeling van het leerstuk en het onderzoek naar de ervaringen met en de uitkomsten van de gewezen herstelbeschikkingen, sta ik in de conclusie stil bij het beantwoorden van de onderzoeksvraag: *“Dient het leerstuk van herstel van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep te worden herzien, mede gelet op het huidige juridisch kader, de jurisprudentie en de ervaring in de praktijk?”*.

Ik zie vijf opties bij de beantwoording van de vraag wat er met de herstelveroordeling in hoger beroep moet gebeuren: i) geen wijziging aan het leerstuk van herstel in hoger beroep, ii) het toepassen van schorsende werking in hoger beroep, iii) het invoeren van een voorlopige voorziening in de hoger beroepsprocedure, iv) het alleen in stand laten van de mogelijkheid tot het toekennen van een billijke vergoeding ex art. 7:683 lid 3 BW en v) het introduceren van de mogelijkheid om de kantonrechtersbeschikking (zonder terugwerkende kracht) te vernietigen. Kortom, wat moet er met het leerstuk van herstel in hoger beroep gebeuren?

5.1. Geen wijziging herstelveroordeling

De eerste optie betreft het ongewijzigd in stand laten van het herstel van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep. Om verschillende gebeuren heeft dat niet mijn voorkeur. Ik meen dat mijn onderzoek enkele substantiële tekortkomingen van het herstel in hoger beroep laat zien. Zoals in hoofdstuk 2 besproken, is het herstel in hoger beroep vandaag de dag onnodig complex. Het ontwerp ten tijde van de invoering van de Wwz riep vanaf het begin vragen op, met name door het strikte onderscheid tussen vernietiging van de opzegging (alleen mogelijk in eerste aanleg) en herstel van de arbeidsovereenkomst (in beide instanties mogelijk). Ook heeft de wetgever de toepassing van het leerstuk van herstel op sommige punten niet goed doordacht, zoals de vraag of de transitievergoeding nog verschuldigd is na een herstel van de arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad heeft met een reeks beschikkingen de appelrechter meer handvatten proberen te geven. Hoewel vanuit pragmatisch oogpunt goed te begrijpen, laten de ingrepen van de Hoge Raad het herstel in hoger beroep wel gekunsteld overkomen. En waar dient deze complexiteit voor? Het aantal succesvolle herstelbeschikkingen is zeer beperkt, zeker gezien vanuit de totaal gevoerde art. 7:683 lid 3 BW-procedures. Ik betwijfel of de gekunsteldheid van het leerstuk het dan wel waard is. Met deze aspecten in het achterhoofd meen ik daarom dat het ongewijzigd laten van het herstel in hoger beroep niet wenselijk is.

5.2. Toepassen schorsende werking hoger beroep

De afwezigheid van de werknemer op de werkvloer in de periode tussen de kantonrechtersbeschikking en de uitspraak van de appelrechter, is van nadelige invloed op de slagingskansen van een herstelveroordeling, zo volgt uit het onderzoek. De

herstelveroordeling roept immers een ongemakkelijke situatie in het leven: na geruime tijd worden partijen tóch weer tot elkaar veroordeeld. Naar mijn mening zou een mogelijkheid zijn om de schorsende werking van hoger beroep wél van toepassing te verklaren op de genoemde arbeidsgeschillen van art. 7:683 lid 1 BW. De hoofdregel van art. 360 lid 1 Rv is dan van toepassing: hoger beroep schorst de werking, tenzij de beschikking uitvoerbaar is verklaard. Het instellen van schorsende werking van hoger beroep betekent dat de arbeidsovereenkomst pas wordt beëindigd als het hoger beroep niet succesvol blijkt te zijn.

Het toepassen van schorsende werking heeft het praktische voordeel dat de arbeidsovereenkomst gedurende het hoger beroep (nog) niet eindigt. Wijst de appelrechter het herstelverzoek van de werknemer toe, dan is er geen 'harde breuk' geweest in de periode tussen de beëindigings- en hersteldatum. Een werknemer voelt zich dan minder losgemaakt van zijn herstelde dienstbetrekking. In de huidige situatie kent hij immers een lange periode van onzekerheid over het wel of niet terugkeren op de werkvloer. De werkgever ervaart aan de andere kant minder financiële pijn van een herstel. Herstelt de appelrechter de arbeidsovereenkomst of wordt de werkgever daartoe veroordeeld, dan heeft de werknemer in de tussenliggende periode wél werk verricht (behoudens ziekte). Dat is anders in de huidige toepassing, waar werkgever dikwijls een forse loonvordering voor de kiezende krijgen over maanden waarin de werknemer geen arbeid als tegenprestatie heeft verricht. De frustratie die daarbij komt kijken ("weggegooid geld") wordt dan voorkomen.

De schorsende werking van hoger beroep kent echter ook nadelen. Een eerste nadeel is het afzakken van de huidige rechtszekerheid voor zowel werkgever als werknemer. Gezien de geruime duur van hoger beroepsprocedures zullen beide partijen lang in onzekerheid blijven over de vraag of de arbeidsovereenkomst daadwerkelijk eindigt.¹⁶⁹ Dat is in deze situatie met name voor de werkgever een hard gelach, nu de kantonrechtersbeschikking immers in zijn voordeel is uitgevallen. Een ander nadeel ziet op de situatie dat de appelrechter het art. 7:683 BW-verzoek van de werknemer *afwijst*. Wijst de appelrechter het werknemersverzoek af, dan komt vast te staan dat de kantonrechter terecht de arbeidsovereenkomst heeft beëindigd. Desalniettemin kan de werkgever wel over die periode loon hebben betaald. Een dergelijke financiële last is een nadeel voor de werkgever en kan oneerlijk aanvoelen. Mogelijk biedt een analoge toepassing van de *Wilco*-beschikking uitkomst.¹⁷⁰ De werkgever zou wellicht met een beroep op art. 7:627 en art. 7:628 lid 1 BW kunnen betogen dat het loonrisico bij de werknemer komt te liggen gedurende de hoger beroepsprocedure. Zou de werkgever het loonrisico dienen te dragen gedurende de onderliggende periode, dan zou dat ten voordele strekken van de uiteindelijk in het ongelijk gestelde werknemer.

¹⁶⁹ Hetgeen voor de wetgever juist aanleiding was om de schorsende werking van hoger beroep niet van toepassing te verklaren, zie *Kamerstukken II 2013/2014*, 33818, nr. 3, p. 35.

¹⁷⁰ HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1209 (*Wilco*).

5.3. Invoeren voorlopige voorziening hoger beroepsprocedure

Een andere mogelijkheid is gelegen in het oude ambtenarenrecht. Het leerstuk van de voorlopige voorziening zou naar analogie kunnen worden toegepast op het hoger beroep in het arbeidsrecht. De voorlopige voorziening in het oude ambtenarenrecht had als grondslag art. 8:81 Awb. Was een ambtenaar bijvoorbeeld disciplinair ontslagen, dan had dat mogelijk als gevolg dat zijn salaris werd stopgezet. Het instellen van bezwaar of beroep tegen dat ontslagbesluit schorste echter het ontslagbesluit niet, zo volgt uit art. 6:16 Awb. Voor de ambtenaar had dat het nadelige gevolg dat hij gedurende de bezwaarprocedure geen inkomen ontving. Om die nadelige financiële gevolgen tegen te gaan kon hij ex art. 8:81 Awb de bestuursrechter verzoeken om een voorlopige voorziening te treffen voor de duur van de bezwaartermijn.¹⁷¹

Op grond van art. 8:104 lid 1 en art. 8:108 lid 1 Awb was het voorgaande ook van toepassing indien door de ambtenaar tegen de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank hoger beroep werd ingesteld.¹⁷² De voorzieningenrechter in hoger beroep kon in dat geval een voorlopige voorziening treffen indien *onverwijlde spoed*, gelet op de betrokken belangen, dat vereiste.¹⁷³ Het spoedeisende belang zag dan op het verlies aan inkomsten door het ontslagbesluit. Hoewel nader onderzoek daarvoor vereist is, zou een soortgelijke regeling naar analogie in het ontslagrecht ingevoerd kunnen worden. Na de kantonrechtersbeschikking komt definitief een einde aan de arbeidsovereenkomst. De werknemer verliest in dat geval zijn inkomen. Stelt de werknemer vervolgens ex art. 7:683 lid 3 BW beroep in tegen de uitspraak van de kantonrechter, dan zou hij bij het hof een verzoek tot voorlopige voorziening kunnen indienen gedurende de hoger beroepsprocedure. De voorlopige voorziening vangt hiermee het inkomensverlies op en kan daardoor van positieve invloed zijn op de kansen van een succesvol herstel van de arbeidsovereenkomst.

5.4. *Exit* herstel in hoger beroep, alleen billijke vergoeding mogelijk

Een andere mogelijkheid betreft het enkel in stand houden van de mogelijkheid om ex art. 7:683 lid 3 BW een billijke vergoeding toe te kennen aan de werknemer. Het herstel van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep komt hiermee te vervallen.. Het grote voordeel van deze mogelijkheid is dat het voor beide partijen duidelijk is dat de arbeidsovereenkomst daadwerkelijk eindigt na de kantonrechtersbeschikking. Deze, door de wetgever zo gewenste zekerheid, wordt naar mijn mening vandaag de dag onvoldoende bereikt. Met de wetenschap dat de arbeidsovereenkomst definitief geëindigd is, kan de werknemer direct na de kantonrechtersbeschikking beginnen met zijn zoektocht naar nieuw werk. De huidige

¹⁷¹ Zie ook Borman, *Tekst en Commentaar*, art. 8:81 Awb.

¹⁷² Borman, *Tekst en Commentaar*, art. 8:81 Awb, aant. 11.

¹⁷³ Zie bijvoorbeeld CRvB 22 december 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:3380.

onzekerheid – wel/geen herstel, wel/geen terugwerkende kracht, wel/geen voorzieningen – wordt hiermee vermeden.

Een nadeel van deze mogelijkheid is het verlies van de hoger beroepsfunctie, in die zin dat de werknemer nu niet meer kan terugkeren bij de werkgever indien de appelrechter oordeelt dat de eerdere ontbinding ten onrechte is uitgesproken. Hoewel de hoger beroepsfunctie pas sinds de Wwz onderdeel uitmaakt van het ontslagrecht, meen ik dat het in sommige situaties van (grote) toegevoegde waarde kan zijn. Zo volgt uit het empirisch onderzoek dat in de succesvolle herstelprocedures er vaak sprake is van een werknemer met een – zogezegd – rugzakje. Door zijn persoonlijke omstandigheden, zij het een lage opleiding, beperking of buitenlandse afkomst, is dit type werknemer gehecht aan een terugkeer in het (laaggeschoolde) werk bij zijn oude werkgever. Een billijke vergoeding heeft voor deze groep werknemers weinig toegevoegde waarde.

5.5. Vernietiging kantonrechter zonder terugwerkende kracht

Een andere ingrijpende wijziging van het huidige stelsel is het mogelijk maken voor de appelrechter om de beslissing van de kantonrechter te vernietigen, indien de appelrechter van mening is dat de kantonrechter ten onrechte tot zijn oordeel is gekomen. Het herstel van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep komt hiermee te vervallen. De mogelijkheid van het vernietigen van de kantonrechtersbeschikking kent meerdere voordelen. De vernietiging van de kantonrechtersbeschikking zou een grote stap kunnen zetten naar het eenvoudiger en werkbaarder maken van het hoger beroep in het arbeidsrecht. Neem de vraag wie de arbeidsovereenkomst herstelt. Bij de vernietiging van een kantonrechtersbeschikking is het antwoord eenvoudig: het is de appelrechter die vernietigt. De complexiteit bij het herstel van de arbeidsovereenkomst, waarbij de rechter de werkgever veroordeeld tot herstel of zelf herstelt met de – in mijn ogen gekunstelde – route van art. 3:300 BW, wordt daarmee ontweken.

Bij de mogelijkheid van vernietiging is ook de discussie afwezig of er na vernietiging van de kantonrechtersbeschikking sprake is van een nieuwe arbeidsovereenkomst of een voortzetting van de oude. Na vernietiging van de kantonrechtersbeschikking wordt de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst immers voortgezet, nu de ontbinding of opzegging geacht wordt nooit te hebben plaatsgevonden. De rechtsgrond onder een verschuldigde transitievergoeding komt bij een vernietiging van de kantonrechtersbeschikking ook te vervallen. De vraagstukken rondom de transitievergoeding en herstel van de arbeidsovereenkomst – en de gekunstelde routes van de Hoge Raad – worden daarmee in het geheel vermeden.

Desondanks kent de mogelijkheid voor de appelrechter om de kantonrechtersbeschikking te vernietigen enkele haken en ogen. De gevolgen van de vernietiging van de

kantonrechtersbeschikking zijn in beginsel fors, doordat de arbeidsovereenkomst automatisch met terugwerkende kracht voortduurt en alle daaruit voortvloeiende rechten en plichten zijn blijven bestaan. Zo dient de werkgever loon te betalen over de periode waarin naar aanleiding van het geldig bevonden ontslag niet is gewerkt door de werknemer. Mede om die reden heeft de wetgever in de parlementaire geschiedenis van de Wwz expliciet aangegeven dat het niet wenselijk is om over te gaan tot een systeem waarin alleen de mogelijkheid van vernietiging van de opzegging overblijft.¹⁷⁴ In tegenstelling tot het herstel in hoger beroep heeft de appelrechter ook weinig gereedschap om rekening te houden met de belangen van de werkgever en werknemer.

Om aan deze bezwaren deels tegemoet te komen zou de wetgever de automatische terugwerkende kracht van de vernietiging kunnen ontnemen.¹⁷⁵ Daar bestaat momenteel geen toereikende wettelijke grondslag voor. Mogelijk zou een parallel kunnen worden getrokken met art. 3:53 lid 2 BW.¹⁷⁶ Dat artikel bepaalt dat de rechter onder meer de terugwerkende kracht aan een vernietiging kan ontzeggen. Een analoge toepassing op de vernietiging van de kantonrechtersbeschikking zou betekenen dat de appelrechter de vernietiging kan laten werken met ingang vanaf zijn beschikking. Deze ontzegging beperkt de financiële last voor de werkgever. De rechten en plichten uit de arbeidsovereenkomst ontstaan in dat geval pas (weer) op het moment van de beschikking door de appelrechter. Dat kan echter weer een financieel nadeel betekenen voor de werknemer, nu hij door het ontbreken van terugwerkende kracht niet een automatische loonaanspraak verkrijgt. Art. 3:53 lid 2 BW biedt daar echter ook een oplossing voor. Als een partij door een ontzegging krachtens het artikel onbillijk wordt bevoordeeld (in dit geval dus de werkgever), dan kan de rechter deze partij tot een uitkering aan de benadeelde partij (de werknemer) verplichten, aldus de tweede zin van het lid. Mijns inziens bestaat daar ruimte voor de rechter om de werknemer te compenseren voor het gemis aan loon en bijbehorende emolumenten in de periode tussen de kantonrechtersbeschikking en de vernietiging van die beschikking.

5.6. Te prefereren optie

Alle opties bekeken, meen ik dat een inhoudelijke wijziging van het herstel in hoger beroep gewenst is. Hoewel de genoemde mogelijkheden voor- en nadelen kennen, is de mogelijkheid om de kantonrechtersbeschikking te vernietigen naar mijn mening de meest gewenste aanpassing. Het ontnemen van de automatische terugwerkende kracht aan de vernietiging verdient daarbij mijn (sterke) voorkeur. De vernietiging van de kantonrechtersbeschikking door de appelrechter kent namelijk één doorslaggevend voordeel: het maakt het hoger beroep in het arbeidsrecht eenvoudiger en werkbaarder én behoudt tegelijkertijd de hoger beroepsfunctie in het ontslagrecht. De bestaande complexiteit rondom de

¹⁷⁴ *Kamerstukken I* 2013/2014, 33818, nr. C, p. 93.

¹⁷⁵ Zo stipt ook Houweling kort aan in zijn bijdrage, zie Houweling, *TvO* 2017/3, p. 114.

¹⁷⁶ Houweling, *TvO* 2017/3, p. 114.

herstelveroordeling in hoger beroep kan met deze mogelijkheid worden opgelost. Dat zou de hoger beroepspraktijk en de rechtszekerheid in het arbeidsrecht ten goede kunnen komen. Daar profiteren zowel de werkgevers, de werknemers én de betrokken procespartijen van. Ik voel mij in deze opvatting gesteund door de Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN), die in haar notitie bij het Wetsvoorstel werk en zekerheid in 2014 eveneens pleitte voor het afschaffen van het onderscheid tussen vernietiging van de opzegging door de rechter en herstel van de arbeidsovereenkomst.¹⁷⁷ Een eenduidig systeem van vernietiging verdient volgens hen de voorkeur.

Exit herstel, *welcome* vernietiging van de kantonrechtersbeschikking. De enige mogelijkheid is dat uiteraard niet. Mijn scriptie is (slechts) een aanzet voor een verdere discussie over de toekomst van het herstel van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep. In ieder geval zou het nodeloos ingewikkelde en gekunstelde systeem van vernietiging van de opzegging in eerste aanleg en herstel van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep moeten worden losgelaten. Om dat loslaten te bereiken zie ik met name een plaats weggelegd voor de wetgever. Alleen hij verkeert in de positie om de rechtsfiguur van herstel van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep aan te passen. Gemakkelijk zal dat niet gaan, gezien de relatief recente invoering van de Wwz. Desondanks spreek ik mijn hoop uit dat de wetgever bij een volgende grote verandering van het ontslagrecht art. 7:683 lid 3 BW kritisch onder de loep neemt. Daarbij kan de wetgever in ieder geval inspiratie putten uit zijn eerdere voornemen in 1976 om het herstel van de arbeidsovereenkomst te schrappen uit het ontslagrecht. De wetgever als moderne wonderdokter, zal ik maar zeggen.¹⁷⁸

¹⁷⁷ VAAN, *Notitie Wetsvoorstel werk en zekerheid (33818)*, 24 maart 2014, p. 10.

¹⁷⁸ Overgenomen van Jansen & Loonstra, *SR 2004/8*, par. 6.

BRONNENLIJST

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Barentsen, Sagel & Van der Kroon, *NJB* 2019/35

B. Barentsen, S. Sagel en J. van der Kroon, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJB* 2019/35.

Bartels & Van Mierlo 2013

S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Boot, *TAP* 2011/3

E.F.V. Boot, 'Herstel van de arbeidsovereenkomst: onbekend, ongewild en ongebruikt?', *TAP* 2011/3.

Borman 2021

T.C. Borman, *T&C Algemene wet bestuursrecht*, art. 8:81 Awb, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Bouwens, Duk & Bij de Vaate 2020

W.H.A.C.M. Bouwens, R.A.A. Duk & D.M.A. Bij de Vaate, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Castermans, *NTBR* 2018/26

A.G. Castermans, 'Rechtsontwikkeling tussen haakjes', *NTBR* 2018/26.

Chorus & Van Weageningh, *AR* 2016/33

F.A. Chorus en S. van Waegeningh, 'In staat van ontbinding? De voorwaardelijke ontbinding onder de Wwz', *ArbeidsRecht* 2016/33.

Dekker, *AR* 2014/57

C.P.R.M. Dekker, 'Het nieuwe arbeidsprocesrecht; pensioenschade onvermijdelijk?', *ArbeidsRecht* 2014/57.

Dekker *AR-updates.nl* 2017-0392

F.M. Dekker, 'Voorwaardelijke ontbinding in hoger beroep', noot bij HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:571 (*Vlisco*), *AR-updates.nl* 2017-0392.

Heerma van Voss 2021

G.J.J. Heerma van Voss, *Asser 7-V Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Van Heusden, *JAR* 2018/101

R.L. van Heusden, noot bij Hof Amsterdam 17 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4234, *JAR* 2018/101.

Van den Heuvel 1983

L.H. Van den Heuvel, *De redelijkheidstoetsing van ontslagen*, Deventer: Kluwer 1983.

Hogewind-Wolters, JAR 2019/57

P.A. Hogewind-Wolters, noot bij HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), *JAR* 2019/57.

Houweling, TvO 2017/3

A.R. Houweling, 'Herstel van de arbeidsovereenkomst onder de Wwz', *TvO* 2017/3.

De Jager, AR 2021/32

R.J. de Jager, 'Herstel van de arbeidsovereenkomst in hoger beroep: did they live happily ever after?', *ArbeidsRecht* 2021/32.

Jongbloed 1987

A.W. Jongbloed, *Reële executie in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1987.

Jongbloed 2021

A.W. Jongbloed, *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Kruit, AR-updates.nl 2016-1482

P. Kruit, 'Klare taal van de Hoge Raad: voorwaardelijke ontbinding onder de WWZ nog slechts beperkt mogelijk en bewijsrecht volledig van toepassing in de ontbindingsprocedure', noot bij HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR;2016:2998 (*Mediant*), *AR-updates.nl* 2016-1482.

Kruit, AR-updates.nl 2019-0102.

P. Kruit, 'Herstel van de arbeidsovereenkomst na de Amsta-beschikking: de zoektocht naar het juiste petitum', noot bij HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), *AR-updates.nl* 2019-0102.

Kruit & Kersten, AR 2018/32

P. Kruit en I. Kersten, 'Statistiek Ontbindingsprocedure 2017: eenzijdig ontslag bereikt historisch dieptepunt', *ArbeidsRecht* 2018/32.

Kruit & Kersten, AR 2020/16

P. Kruit en I. Kersten, 'Statistiek Ontbindingsprocedure 2018-2019: de Wwz werkt toch! Of toch niet...', *ArbeidsRecht* 2020/16.

Levenbach 1954

M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht*, Alphen aan den Rijn: Samson 1954.

Mees, JIN 2017/90

D.A.D. Mees, noot bij HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:571 (*Vlisco*), *JIN* 2017/90.

Molenaar 1957

A.N. Molenaar, *Arbeidsrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1957.

Pennings, TRA 2020/60

F.J.L. Pennings, 'Dikastrocatie: moet de wetgever niet de hand in eigen boezem steken?', *TRA* 2020/60.

Renkema 2014

J. Renkema, *Schrijfwijzer*, Boom: Den Haag 2014.

SER 1970

SER-advies inzake intrekking van art. 6 van het BBA, 1970, nr. 9.

Sies, TRA 2011/6

R.C. Sies, 'Het schriftelijkheidsvereiste en het (non)concurrentiebeding bij (stilzwijgende) verlenging: wie schrijft, die blijft', *TRA* 2011/6.

Van Slooten, Zaal en Zwemmer 2015

J.M van Slooten, I. Zaal en J. Zwemmer, *Handboek nieuw ontslagrecht 2015*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Van Slooten, Vegter & Verhulp 2020

J.M. van Slooten, M.S. Vegter en E. Verhulp, *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Stouthart, AR 2019/30.

G. Stouthart, 'Arbeidsconflicten en mediation', *ArbeidsRecht* 2019/30.

VAAN 2014

Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland, *Notitie Wetsvoorstel werk en zekerheid (33818)*, 24 maart 2014.

Verhulp, NJ 2019/140

E. Verhulp, noot bij HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:106 (*Investinfuture*), *NJ* 2019/140.

Vlasblom & Schippers, TvA 2019/35

J. Vlasblom & J. Schippers, 'Werkloze ouderen weer aan het werk? Het effect van reserveringsloon en zoekintensiteit', *Tijdschrift voor Arbeidsvraagstukken* 2019/35.

De Vos, JIN 2019/61

R. de Vos, noot bij HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*), *JIN* 2019/61.

Van Zeben & Du Pon 1981

C.J. van Zeben en J.W. du Pon (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.

GERAADPLEEGDE KAMERSTUKKEN

Kamerstukken II 1947/1948, 881, nr. 3, p. 6.
Wet van 17 december 1953, Stb, 1953, 619.
Kamerstukken II 1952/1953, 881, nr. 40, p. 2349.
Kamerstukken II 1953/1954, 881, nr. 37, p. 2.
Kamerstukken II 1975/1976, 13656, nr. 3.
Kamerstukken II 1989/1990, 13656 en 16682, nr. 5.
Kamerstukken II 1993/1994, 23438, 3, p. 52.
Kamerstukken II 1996/1997, 25263, 3, p. 32.
Kamerstukken II 1997/1998, 25263, 14, p. 8.
Kamerstukken II 2013/2014, 33818, nr. 4, p. 1-2.
Kamerstukken II 2013/2014, 33818, nr. 3, p. 25.
Kamerstukken I 2013/2014, 33818, nr. C, p. 110-111
Kamerstukken I 2013/2014, 33818, nr. E, p. 17

GERAADPLEEGDE RECHTSPRAAK

Rb. Zutphen 25 februari 2003, ECLI:NL:RBZUT:2003:AF5551.
Rb. Groningen 27 juli 2005, JAR 2005/196.
Rb. Rotterdam 6 september 2006, HA-ZA052608.
Rb. Haarlem 17 januari 2007, ECLI:NL:RBHAA;2007:AZ6499.
Hof Den Haag 17 augustus 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BR0475.
Rb. Groningen 23 december 2010, ECLI:NL:RBGRO:2010:BP4934.
HR 4 juni 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB6935 (*Derksen/Derksen*).
HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998 (*Mediant*).
HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:571 (*Vlisco*).
HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187 (*New Hairstyle*).
HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3241 (*Meriant*).
HR 13 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:418 (*Dräger*).
HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1209 (*Wilco*).
HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617 (*Kolom*).
HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*).
CRvB 22 december 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:3380.
Concl. A-G Keus, ECLI:NL:PHR:2016:998, bij HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998 (*Mediant*).
Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2017:21, bij HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:571 (*Vlisco*).
Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2017:1203, bij HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3241 (*Meriant*).
Concl. A-G De Bock, ECLI:NL:PHR:2018:1274, bij HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (*Amsta*).

BIJLAGE I

Uitspraak en datum	ECLI	Datum herstel	Herstel door werkgever of appelrechter?	Oorzaak einde arbeidsovereenkomst	Getroffen voorzieningen	Transitievergoeding behouden?
Hof Arnhem-Leeuwarden 8 april 2021	ECLI:NL:GHARL:2021:1048	Terugwerkende kracht	Werkgever veroordeeld	E-grond	Geen, wel verzocht	Terugbetaling als voorziening opgenomen
Hof Arnhem-Leeuwarden 18 maart 2021	ECLI:NL:GHARL:2021:777	Terugwerkende kracht	Appelrechter	G-grond	Geen, niet verzocht	Terugbetaling, vernietiging onderdeel ktr
Hof Arnhem-Leeuwarden 26 oktober 2020	ECLI:NL:GHARL:2020:8626	Terugwerkende kracht	Werkgever veroordeeld	D-grond	Loon + emolumenten	Nvt
Hof Den Bosch 11 juni 2020	ECLI:NL:GHSB:2020:1767	Terugwerkende kracht	Appelrechter	A-grond	Loon	Terugbetaling
Hof Den Haag 7 april 2020	ECLI:NL:GHDHA:2020:561	Terugwerkende kracht	Werkgever veroordeeld	Ktr herstelt na succesvolle ontslagaanvraag UWV	Loon en WW-suppletie voor tussenliggende periode	Terugbetaling
Hof Den Bosch 12 december 2019	ECLI:NL:GHSB:2019:4495	Terugwerkende kracht	Werkgever veroordeeld	OOSV	Loon + emolumenten + pensioenregeling	Nvt
Hof Den Bosch 6 juni 2019	ECLI:NL:GHSB:2019:2048	Terugwerkende kracht	Appelrechter	A-grond	Loon + emolumenten + vakantietoeslag	Terugbetaling, vernietiging onderdeel ktr
Hof Den Haag 21 december 2018	ECLI:NL:GHDHA:2018:3676	Terugwerkende kracht	Werkgever veroordeeld	OOSV	Loon + emolumenten + vakantietoeslag	Nvt
Hof Den Bosch 20 december 2018	ECLI:NL:GHSB:2018:5301	Terugwerkende kracht	Werkgever veroordeeld	H-grond	Geen, niet verzocht	Nvt
Hof Den Haag 11 december 2018	ECLI:NL:GHDHA:2018:3406	Terugwerkende kracht	Werkgever veroordeeld	OOSV	Loon	Nvt
Hof Amsterdam 11 december 2018	ECLI:NL:GHAMS:2018:4571	Terugwerkende kracht	Werkgever veroordeeld	OOSV	Geen, wel verzocht	Nvt
Hof Den Haag 5 juni 2018	ECLI:NL:GHDHA:2018:1607	Terugwerkende kracht	Werkgever veroordeeld	OOSV	Geen, niet verzocht	Nvt
Hof Den Haag 27 februari 2018	ECLI:NL:GHDHA:2018:447	Per heden	Werkgever veroordeeld	G-grond	Loon	Terugbetaling, in mindering gebracht op te betalen voorziening
Hof Den Bosch 7 december 2017	ECLI:NL:GHSB:2017:5397	Per heden	Werkgever veroordeeld	A-grond	Geen, niet verzocht	Terugbetaling

Hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2017	ECLI:NL:GHAHR:2017:11042	Terugwerkende kracht	Werkgever veroordeeld	H-grond	Loon	Terugbetaling
Hof Den Bosch 23 november 2017	ECLI:NL:GHSHE:2017:5113	Terugwerkende kracht	Werkgever veroordeeld	E-grond	Geen, niet verzocht	Terugbetaling
Hof Den Haag 21 november 2017	ECLI:NL:GHDHA:2017:3782	Per heden	Werkgever veroordeeld	E-grond	Geen, niet verzocht	Nvt
Hof Den Haag 24 oktober 2017	ECLI:NL:GHDHA:2017:2932	Terugwerkende kracht	Werkgever veroordeeld	D-grond	Loon + emolumenten	Terugbetaling
Hof Amsterdam 17 oktober 2017	ECLI:NL:GHAMS:2017:4234	Per heden	Werkgever veroordeeld	D-grond	Geen, wel verzocht	Terugbetaling
Hof Den Bosch 22 juni 2017	ECLI:NL:GHSHE:2017:2820	Terugwerkende kracht	Werkgever veroordeeld	A-grond	Geen, wel verzocht	Terugbetaling, in mindering gebracht op eindrekening
Hof Amsterdam 2 mei 2017	ECLI:NL:GHAMS:2017:1721	Terugwerkende kracht	Werkgever veroordeeld	OOSV	Loon + emolumenten	Nvt
Hof Arnhem- Leeuwarden 19 april 2017	ECLI:NL:GHARL;2017:3495	Terugwerkende kracht	Werkgever veroordeeld	D-grond	Loon + emolumenten	Terugbetaling, vernietiging onderdeel ktr
Hof Arnhem- Leeuwarden 14 december 2016	ECLI:NL:GHARL:2016:10148	Terugwerkende kracht	Werkgever veroordeeld	D-grond	Geen, niet verzocht	Terugbetaling, vrijwillig
Hof Den Bosch 8 december 2016	ECLI:NL:GHSHE:2016:5467	Terugwerkende kracht	Werkgever veroordeeld	D-grond	Loon	Terugbetaling, vernietiging onderdeel ktr
Hof Arnhem- Leeuwarden 2 december 2016	ECLI:NL:GHARL:2016:9733	Per heden	Werkgever veroordeeld	H-grond	Geen, wel verzocht	Geen terugbetaling, wn mag TV houden
Hof Den Bosch 1 december 2016	ECLI:NL:GHSHE:2016:5341	Terugwerkende kracht	Werkgever veroordeeld	OOSV	Loon + emolumenten	Nvt
Hof Arnhem- Leeuwarden 5 oktober 2016	ECLI:NL:GHARL:2016:7962	Terugwerkende kracht	Werkgever veroordeeld	G-grond	Dezelfde arbeidsvoor- waarden	Terugbetaling, vrijwillig
Hof Arnhem- Leeuwarden 2 september 2016	ECLI:NL:GHARL:2016:7100	Per heden	Werkgever veroordeeld	E-grond	Geen, wel verzocht	Nvt
Hof Den Bosch 1 september 2016	ECLI:NL:GHSHE:2016:3994	Terugwerkende kracht	Werkgever veroordeeld	E-grond	Geen, niet verzocht	Nvt

Hof Den Haag 23 augustus 2016	ECLI:NL:GHDHA:2016:2422	Terugwerkende kracht	Werkgever veroordeeld	E-grond	Geen, niet verzocht	Nvt
Hof Den Bosch 30 juni 2016	ECLI:NL:GHSHE:2016:2643	Terugwerkende kracht	Werkgever veroordeeld	G-grond	Geen, niet verzocht	Terugbetaling, vrijwillig
Hof Den Bosch 30 juni 2016	ECLI:NL:GHSHE:2016:2642	Terugwerkende kracht	Werkgever veroordeeld	OOSV	Loon + wettelijke verhoging + wettelijke rente	Nvt
Hof Den Bosch 28 april 2016	ECLI:NL:GHSHE:2016:1717	Terugwerkende kracht	Werkgever veroordeeld	E-grond	Geen, niet verzocht	Nvt
Hof Arnhem- Leeuwarden 15 februari 2016	ECLI:NL:GHARL:2016:1116	Terugwerkende kracht	Werkgever veroordeeld	E-grond	Geen, niet verzocht	Terugbetaling, vernietiging onderdeel ktr