

JAR 2018/101, Gerechtshof Amsterdam 17-10-2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4234, 200.2...

Wetsbepaling(en):

[BW BOEK 7 artikel 682](#), [BW BOEK 7 artikel 683](#)

Ook gepubliceerd in:

[ECLI:NL:GHAMS:2017:4234](#), [AR-Updates.nl 2018-0368](#)

JAR 2018/101, Gerechtshof Amsterdam, 17-10-2017,
ECLI:NL:GHAMS:2017:4234, 200.210.263/01 (annotatie)

Inhoudsindicatie

Herstel arbeidsovereenkomst zonder terugwerkende kracht en zonder voorziening voor de tussenliggende periode, Terugbetalen transitievergoeding

Ga direct naar

[Samenvatting](#)
[Uitspraak](#)
[Beslissing/besluit](#)
[Noot](#)

Gegevens

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	17-10-2017
Publicatie	JAR 2018/101 (Sdu Jurisprudentie Arbeidsrecht), aflevering 6, 2018
Annotator	mr. dr. R.L. van Heusden
ECLI	ECLI:NL:GHAMS:2017:4234
Zaaknummer	200.210.263/01
Overige publicaties	ECLI:NL:GHAMS:2017:4234 AR-Updates.nl 2018-0368
Rechtsgebied	Arbeidsrecht

Rechters	mr. Aarts mr. Akkaya mr. Boot
Partijen	De werknemer te (...), appellant, advocaat: mr. R. Sauer te Den Haag, tegen Stichting Amsta te Amsterdam, geïntimeerde, advocaat: mr. S. de Graaf te Amsterdam.
Regelgeving	BW Boek 7 - 682 lid 6 BW Boek 7 - 683 lid 4

Samenvatting

Bij brief van 1 juli 2013 heeft de werkgever laten weten in toenemende mate ontevreden te zijn over het functioneren van de werknemer als Medewerker Begeleiding en een verbetertraject te willen inzetten. Op 28 februari 2015 heeft de werknemer aangifte gedaan van diefstal van zijn portemonnee op het werk. Hij heeft vervolgens in strijd met de regels zonder toestemming de kamer van een bewoner doorzocht. In juli 2016 zou een cliënt van de werkgever zich over de werknemer beklaagd hebben. Verder hebben vier persoonlijk begeleiders van cliënten zich kritisch over de werknemer uitgelaten in een gesprek met zijn toenmalige leidinggevende. De werkgever heeft vervolgens ontbinding gevraagd. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst per 1 januari 2017 ontbonden op de

d-grond met toekenning van een transitievergoeding van € 8.308,=.

Op het hoger beroep van de werknemer overweegt het hof dat er, anders dan was afgesproken, kennelijk geen coach voor de werknemer is ingeschakeld en er evenmin een plan van aanpak met tijdpad op schrift is gesteld. Kennelijk is er dus geen uitvoering gegeven aan het in juli 2013 aangekondigde verbetertraject. Het portemonnee-incident is van onvoldoende gewicht om van ongeschiktheid voor de arbeid te kunnen spreken. Het door de leidinggevende in juli 2016 opgestelde verslag is te algemeen en maakt niet duidelijk in hoeverre de werknemer op zijn gedrag is aangesproken en zich diende te verbeteren. Er was dus geen voldragen d-grond. Het "portemonnee incident" is onvoldoende ernstig voor een e-grond en van een

g-grond is evenmin sprake. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst dus ten onrechte ontbonden. Het hof herstelt per 1 november 2017 en dus niet met terugwerkende kracht en treft geen voorzieningen voor de tussenliggende periode. Daarvoor is redengevend de handelwijze van de werknemer met betrekking tot het portemonnee-incident in samenhang met het feit dat de werknemer vanaf de ontbindingsdatum een WW-uitkering ontvangt. Verder heeft de werknemer zich kennelijk nogal nonchalant opgesteld ter zitting van de kantonrechter. Nu de arbeidsovereenkomst wordt hersteld, is de grond aan de toegekende transitievergoeding komen te vervallen. Het hof gaat er daarom van uit dat de werknemer het bedrag van € 8.308,= aan de werkgever zal terugbetalen.

NB. Bij herstel van de arbeidsovereenkomst zonder terugwerkende kracht is de appelrechter niet verplicht een voorziening te treffen voor de tussenliggende periode, zo overwoog de Hoge Raad in «JAR» 2018/16. De wet kent geen grondslag voor terugbetaling van de transitievergoeding,

vandaar de door het hof gekozen "oplossing" (idem

Hof 's-Hertogenbosch, «JAR» 2016/296). Een optie is ook om de transitievergoeding aan te merken als een voorziening of deze op een eventuele voorziening in mindering te brengen, zoals in «JAR» 2016/133.

Uitspraak

1. Het geding in hoger beroep

(...; red.)

2. Feiten

De kantonrechter heeft in de bestreden beschikking onder 1.1. tot en met 1.9. een aantal feiten als in deze zaak vaststaand aangemerkt. Daarover bestaat geen geschil, zodat ook het hof daarvan zal uitgaan. In deze zaak gaat het om het volgende.

2.1. De werknemer, geboren op (...) 1959, is sinds 1 januari 2008 in dienst van Amsta, laatstelijk in de functie van Medewerker Begeleiding. Het laatstverdiende salaris bedraagt € 2.288,03 bruto per maand, exclusief vakantietoeslag en overige emolumenten, op basis van een 40-urige werkweek.

2.2. Bij brief van 1 juli 2013 heeft Amsta aan de werknemer laten weten dat zij in toenemende mate ontevreden is over het functioneren van de werknemer en dat zij genooddaakt is een verbetertraject in te zetten. In de brief zijn verbeterdoelen geformuleerd met de mededeling dat aan het eind van het traject de beoordeling op alle punten voldoende moet zijn.

2.3. Op 17 juli 2013 heeft er een voortgangsgesprek tussen Amsta en de werknemer plaatsgevonden. In het verslag van dit gesprek staat dat op 29 juli 2013 een vervolgspraak zal worden gepland en dat in dit gesprek de ontwikkeldoelen van de werknemer zullen worden vertaald naar een plan van aanpak, inclusief tijdpad, en dat voor dit traject een (bij voorkeur) externe coach zal worden benoemd.

2.4. Op 28 februari 2015 heeft de werknemer bij de politie aangifte gedaan van diefstal van zijn portemonnee op 26 februari 2015 in de huiskamer van de woonvoorziening van Amsta waar de werknemer werkzaam is. Daarbij is volgens het proces-verbaal van aangifte onder meer een bedrag van € 785,- aan contanten ontvreemd.

2.5. Bij brief van 13 maart 2015 heeft Amsta een aan de werknemer op 3 maart 2015 gegeven officiële waarschuwing in verband met het zonder toestemming en tegen de regels in betreden en doorzoeken van de kamer van een bewoner schriftelijk aan de werknemer bevestigd. De werknemer is op non-actief gesteld.

2.6. Bij brief van 17 maart 2015 heeft Amsta een gesprek met de werknemer dat die dag had plaatsgevonden over (de wijze van) terugkeer van de werknemer op de werkvloer bevestigd. Meegedeeld wordt dat er reden is om het functioneren van de werknemer in de komende periode met aandacht te volgen, omdat het professioneel handelen van de werknemer eerder onderwerp van aandacht is geweest.

2.7. Amsta heeft bij brief van 8 juli 2016 aan de werknemer schriftelijk bevestigd dat een cliënt van Amsta zich had beklagd over de bejegening van de werknemer jegens hem, dat Amsta en de

werknemer hierover op 7 juli 2016 hadden gesproken en dat de werknemer in dat gesprek voorsnog voor maximaal drie weken op non actief was gesteld hangende verder onderzoek over de klachten, om voor de korte termijn de rust onder de collega's te kunnen herstellen en voor beraad door Amsta over (de wijze van) een mogelijke terugkeer van de werknemer.

2.8. In een gesprek met de toenmalige leidinggevende van de werknemer, Z, heeft een viertal persoonlijk begeleiders van cliënten van Amsta zich op verzoek van Z over het functioneren van de werknemer uitgelaten. Dit gesprek is neergelegd in een verslag van 14 juli 2016. In het verslag staat dat de werknemer zich niet coachbaar opstelt, dat de werknemer problemen heeft met zijn gedragsrepertoire en expertise, dat ter ondersteuning van de werknemer zijn dienstindeling is gewijzigd, dat de werknemer zich niet professioneel opstelt en dat de werknemer een hoge emotionele expressie heeft. De conclusie is dat de persoonlijk begeleiders voor dat moment de cliënten niet toevertrouwen aan de werknemer. De werknemer was niet bij dat gesprek aanwezig.

3. Beoordeling

3.1. Amsta heeft in eerste aanleg verzocht om ontbinding van de arbeidsovereenkomst met de werknemer op zo kort mogelijke termijn vanwege ongeschiktheid van de werknemer om de bedongen arbeid te verrichten, wegens verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer zodanig dat van Amsta in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren en wegens een zodanig verstoorde arbeidsverhouding dat van Amsta in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, kosten rechtens.

3.2. De werknemer heeft verweer gevoerd en geconcludeerd tot afwijzing van het verzoek van Amsta. Voor het geval het verzoek tot ontbinding toegewezen zou worden, heeft de werknemer verzocht aan hem een transitievergoeding van

€ 8.308,= bruto toe te kennen alsmede een billijke vergoeding, in goede justitie te bepalen, met inachtneming van de geldende opzegtermijn. Alles met veroordeling van Amsta in de proceskosten en uitvoerbaar bij voorraad.

3.3. Bij de bestreden beschikking heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst tussen partijen (vanwege ongeschiktheid van de werknemer de bedongen arbeid te verrichten) met ingang van 1 januari 2017 ontbonden, aan de werknemer een transitievergoeding toegekend van € 8.308,= bruto, Amsta veroordeeld tot betaling van genoemd bedrag uitvoerbaar bij voorraad, bepaald dat partijen ieder de eigen proceskosten dragen en het meer of anders verzochte afgewezen.

3.4. Tegen deze beslissingen en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt de werknemer met zijn grieven op.

3.5. Grief 1 richt zich, kort gezegd, tot het oordeel van de kantonrechter dat de door Amsta naar voren gebrachte feiten en omstandigheden een redelijke grond opleveren als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub d BW. Met grief 2 komt de werknemer op tegen het oordeel van de kantonrechter dat herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn niet in de rede ligt. De grieven 3 en 4 houden in dat de kantonrechter ten onrechte tot toewijzing van het ontbindingsverzoek van Amsta is overgegaan en ten onrechte de proceskosten heeft gecompenseerd.

3.6. Ter toelichting op de grieven voert de werknemer, samengevat weergegeven, het volgende aan. De werknemer betwist dat er in verband met zijn functioneren (coaching)gesprekken hebben plaatsgevonden. Evaluatiegesprekken en/of jaarlijkse functioneringsgesprekken hebben evenmin plaatsgevonden. Dergelijke gesprekken zijn door Amsta ook niet schriftelijk vastgelegd. Verder heeft Amsta aan het in juli 2013 aangekondigde verbetertraject nooit uitvoering gegeven en is er ten behoeve van de werknemer nooit een externe coach ingeschakeld. Aldus is de werknemer

onvoldoende door Amsta begeleid. Daarmee ontbreekt het voor disfunctioneren benodigde "dossier", althans dat dossier is onvoldoende. Verder heeft Amsta onvoldoende scholing aan de werknemer aangeboden. Het aanbieden van scholing lag voor de hand omdat de werknemer niet over een passende vooropleiding beschikt. Ten slotte heeft de kantonrechter ten onrechte niet meegewogen dat de werknemer vanaf augustus 2014 arbeidsongeschikt is geweest en vanaf 1 december 2014 tot een groot deel van 2015 heeft gere-integreerd. Nu aan de strikte vereisten van artikel 7:669 lid 3 sub d BW niet is voldaan, kan van een voldragen

"d-grond" niet worden gesproken, aldus de werknemer.

3.7. Het hof overweegt als volgt. Bij brief van 1 juli 2013 heeft Amsta aan de werknemer laten weten dat vanwege zijn onvoldoende functioneren een verbetertraject zou worden gestart. Vervolgens heeft Amsta in een gesprek met de werknemer op 17 juli 2013 de ontwikkelingsdoelen van de werknemer geformuleerd. Afgesproken is dat die ontwikkelingsdoelen in een gesprek op 29 juli 2013 zouden worden vertaald naar een plan van aanpak inclusief tijdspad en dat daarnaast in het kader van het verbetertraject een (bij voorkeur) externe coach zou worden benoemd. De werknemer heeft betwist dat er een (externe) coach voor hem is ingeschakeld. De door Amsta aangehaalde coachinggesprekken door en met collega's op de werkvloer kunnen niet als zodanig worden gekwalificeerd.

Het had naar het oordeel van het hof voor de hand gelegen dat Amsta een plan van aanpak met daaraan gekoppeld een tijdspad op schrift had gesteld, zodat het voor de werknemer duidelijk was geweest binnen welke tijdsperiode hij zich op een bepaald punt had dienen te verbeteren, en dat het traject (tussentijds) door Amsta was geëvalueerd. Niet is gebleken dat Amsta dat heeft gedaan. Het hof kan niet anders dan concluderen dat aan het in juli 2013 aangekondigde verbetertraject geen uitvoering is gegeven. Dat de werknemer verschillende keren mondeling, bijvoorbeeld tijdens teamoverleggen, op zijn functioneren is aangesproken, wat de werknemer overigens heeft betwist, is niet voldoende om van een gedegen uitgevoerd verbetertraject te kunnen spreken. Het "portemonnee incident" dateert van februari 2015, dus geruime tijd later, en staat los van de punten waarop het door Amsta gestelde disfunctioneren van de werknemer zag. Dit incident is van onvoldoende gewicht om te spreken van ongeschiktheid van de werknemer om de bedongen arbeid te verrichten. Op 14 juli 2016, dat wil zeggen nadat de werknemer door Z op non-actief was gesteld, is een verslag geschreven. Niet duidelijk is wie het verslag heeft opgesteld: wel wordt vermeld dat dit in opdracht van Z is geschied. In het verslag wordt melding gedaan van een aantal gebeurtenissen en gesprekken die in 2014, 2015 en 2016 zouden hebben plaatsgevonden. De kritiek die in het verslag over de werknemer wordt uitgesproken, is ten dele in algemene bewoordingen gesteld, bijvoorbeeld: "De persoonlijk begeleiders hebben op regelmatige basis gedurende een langere periode een coaching-moment of feedback-moment met medewerker de werknemer (hof: de werknemer) ingepland en gevoerd.". Evenzo wordt in algemene bewoordingen gesteld dat de werknemer niet bereid was om veranderingen aan te brengen in zijn gedragsrepertoire. In welke mate het echter voor de werknemer duidelijk moet zijn geweest dat hij door de betreffende begeleiders op zijn gedrag werd aangesproken, en dat het echt nodig was dat hij zich zou verbeteren, blijkt uit het verslag onvoldoende. Op basis van dit verslag kan daarom niet worden geconcludeerd dat de werknemer onvoldoende functioneerde en voldoende gelegenheid heeft gehad zich te verbeteren. Het hof hecht beperkte waarde aan de e-mail van 19 juli 2016 van de vertrouwenspersoon van Amsta aan Z waarin staat dat in de laatste drie jaren een structureel patroon bestond dat cliënten zich vanuit de begeleiding/bejegening door de werknemer niet respectvol benaderd voelden. Immers, niet is gebleken dat Amsta deze klachten met de werknemer heeft besproken en evenmin dat de gegrondheid van de betreffende klachten voldoende is komen vast te staan.

3.8. Aldus moet worden geoordeeld dat Amsta de werknemer onvoldoende in de gelegenheid heeft gesteld om zijn functioneren op de door Amsta gewenste punten te verbeteren. Bovendien

is niet gebleken dat Amsta de werknemer specifieke scholing heeft geboden om te voorzien in die onderdelen waarvan Amsta meende dat de werknemer daarin tekortschoot. De twee door Amsta genoemde trainingen/cursussen 'Motiverende Gesprekstechnieken met intervisie' en 'Zorg en Dwang', volstaan niet aangezien deze cursussen van algemene aard waren en niet specifiek gericht waren op de door Amsta gestelde tekortkomingen van de werknemer. Nu het hof een voldragen

"d-grond" niet aanwezig acht, behoorde de arbeidsovereenkomst niet op deze grond te worden ontbonden. Grief 1 slaagt.

3.9. Amsta heeft aan haar verzoek tot ontbinding eveneens ten grondslag gelegd verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer zodanig dat van Amsta in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren en een zodanig verstoorde arbeidsverhouding dat van Amsta in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Deze gronden liggen thans aan het hof ter beoordeling voor.

Verwijtbaar handelen?

3.10. Amsta heeft aangevoerd dat de werknemer (ernstig) verwijtbaar heeft gehandeld (in de zin van artikel 7:669 lid 3 aanhef en sub e BW) door tegen de binnen Amsta geldende instructies en regels in cliënten van Amsta zowel verbaal als fysiek herhaaldelijk op de verkeerde en onheuse manier te bejegenen, zodanig dat die cliënten zich niet veilig voelen bij de werknemer en zelfs niet meer door hem behandeld wensen te worden.

3.11. Het "portemonnee incident" van februari 2015 is, hoewel de werknemer op dit punt onjuist heeft gehandeld door, naar hij ter zitting in hoger beroep heeft erkend, de kamer van de desbetreffende cliënt binnen te gaan onvoldoende om een zodanig verwijtbaar handelen aan te nemen dat dit in substantiële mate bijdraagt aan het oordeel dat de arbeidsovereenkomst dient te eindigen. Hierbij neemt het hof in overweging dat onvoldoende is gebleken dat Amsta zich heeft ingespannen om deze voor de werknemer onmiskenbaar vervelende en nadelige gebeurtenis, er was immers op een locatie van Amsta een substantieel geldbedrag van de werknemer ontvreemd, op een passende wijze op te lossen, ook niet nadat de werknemer aan Amsta had laten weten dat de cliënt wiens kamer de werknemer was binnen getreden, tegenover een collega van de werknemer had erkend de betreffende diefstal te hebben gepleegd. In juli 2016 heeft een persoonlijk begeleider zich over de handelwijze van de werknemer jegens dezelfde cliënt beklagd. Z heeft vervolgens aan de werknemer laten weten dat Amsta hiernaar nader onderzoek zou doen en de werknemer hangende dit onderzoek op non actief gesteld. Voor het hof is onduidelijk gebleven wat uit dat onderzoek, als het al heeft plaatsgevonden, naar voren is gekomen. Ten slotte is, zoals reeds overwogen, niet gebleken dat Amsta klachten aan het adres van de werknemer met hem heeft besproken of anderszins aan de orde heeft gesteld, zodat aan deze klachten geen doorslaggevende betekenis wordt gegeven. Aldus komt het hof tot het oordeel dat van de door Amsta aangedragen grond van verwijtbaar handelen als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 aanhef en sub e BW niet kan worden gesproken. Dit leidt ertoe dat ook op deze grond de arbeidsovereenkomst niet kan worden ontbonden.

Verstoorde arbeidsverhouding?

3.12. Amsta heeft verder aangevoerd dat zij met een uiterst kwetsbare groep cliënten werkt en dat het daarom van belang is dat zij blind erop kan vertrouwen dat haar werknemers ervoor zorgdragen dat de cliënten goede persoonlijke zorg en begeleiding krijgen en ervaren. Door het langdurig disfunctioneren maar vooral het gedrag en de houding van de werknemer is de arbeidsverhouding tussen partijen inmiddels zo verstoord geraakt dat van Amsta niet kan worden

gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, aldus Amsta.

3.13. Gelet op hetgeen het hof hiervoor in rechtsoverweging 3.7 heeft overwogen, had het op de weg van Amsta gelegen om de werknemer door middel van voldoende begeleiding en een duidelijk plan van aanpak gelegenheid te bieden om zijn functioneren op de door Amsta gewenste punten te verbeteren, hetgeen Amsta niet althans onvoldoende heeft gedaan. Het gestelde disfunctioneren en het gedrag en de houding van de werknemer leveren daarom niet een redelijke grond op als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub g BW. Nu Amsta geen andere gronden heeft aangevoerd waaruit kan worden opgemaakt dat de arbeidsverhouding tussen partijen zodanig verstoord is dat van Amsta in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, behoort ook deze grond niet tot beëindiging van het dienstverband te leiden.

3.14. Nu het hof van oordeel is dat het ontbindingsverzoek van Amsta op geen van de aangevoerde gronden toewijsbaar was, betekent dit dat grief 3 eveneens slaagt. Gezien deze uitkomst behoeft grief 2 geen nadere bespreking.

3.15. Het voorgaande leidt ertoe dat het hof de beschikking van de kantonrechter zal vernietigen en Amsta zal veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen met ingang van 1 november 2017. Voor een herstel met terugwerkende kracht of een eerdere datum dan 1 november 2017 en voor het treffen van de verzochte voorzieningen (doorbetaling van het salaris met inbegrip van vergoeding voor onregelmatige dienst en vakantiebijslag over de periode van onderbreking en reparatie van de onderbreking in de pensioenopbouw) in de tussenliggende periode ziet het hof geen aanleiding. De daarop betrekking hebbende verzoeken van de werknemer worden mitsdien afgewezen. Daarvoor is redengevend de handelwijze van de werknemer met betrekking tot het portemonnee-incident in samenhang met het feit dat – zoals ter zitting in hoger beroep is gebleken – de werknemer na de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter een WW-uitkering heeft ontvangen en nog steeds ontvangt. Tevens weegt het hof mee dat de werknemer ter zitting van de kantonrechter kennelijk een nogal nonchalante houding aan de dag heeft gelegd met betrekking tot de hem gemaakte verwijten. Hierbij merkt het hof op dat de werknemer zich dient te realiseren dat hij de instructies van Amsta aangaande zijn werkwijze en de binnen Amsta geldende regels dient (op) te volgen en dat hij open dient te staan voor door Amsta gegeven kritiek op zijn functioneren. Nu de arbeidsovereenkomst zal worden hersteld en de grond aan de toegekende transitievergoeding daarmee is komen te ontvallen, gaat het hof ervan uit dat de werknemer het aan hem uitbetaalde bedrag van € 8.308,= bruto aan Amsta zal terugbetalen.

3.16. Het hof zal Amsta als de in het ongelijk gestelde partij veroordelen in de kosten in beide instanties. Grief 4 slaagt daarmee.

4. Beslissing

Het hof:

vernietigt de bestreden beschikking, en opnieuw rechtdoende:

veroordeelt Amsta tot herstel van de arbeidsovereenkomst tussen partijen per 1 november 2017;

wijst de overige verzoeken van de werknemer af;

veroordeelt Amsta in de kosten van het geding in beide instanties en begroot deze kosten, voor zover tot heden aan de zijde van de werknemer gevallen, in eerste aanleg op € 400,= voor salaris en in hoger beroep op € 313,= aan verschotten en

€ 1.788,= voor salaris;

verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

Waar tegen een beschikking van de kantonrechter in een ontbindingsprocedure ex artikel 7:685 BW (oud) geen hoger beroep open stond, bestaat de mogelijkheid van hoger beroep sinds de invoering van de WWZ wel waar het gaat om een beschikking van de kantonrechter in een ontbindingsprocedure ex artikel 7:671b BW. Houdt de beslissing van de kantonrechter in hoger beroep stand, dan is de situatie overzichtelijk en roept deze geen vragen op. Houdt de beslissing geen stand, dan kunnen zich verschillende situaties voordoen.

In de situatie dat het door de werkgever ingediende ontbindingsverzoek door de kantonrechter werd afgewezen en de werkgever in hoger beroep in het gelijk wordt gesteld, zal de arbeidsovereenkomst alsnog door het hof worden ontbonden. Deze ontbinding zal echter niet met terugwerkende kracht kunnen geschieden (Kamerstukken II 2013/2014, 33818, nr. 3, p. 119-120). De reden hiervoor laat zich raden. Verondersteld dat de werknemer na de afwijzende beschikking van de kantonrechter gewoon doorgewerkt heeft, kan de inmiddels verrichtte arbeid niet meer ongedaan worden gemaakt en zou het buitengewoon gekunsteld zijn om er niettemin vanuit te gaan dat de arbeidsovereenkomst niet langer bestond, het salaris onverschuldigd werd betaald en de werknemer met terugwerkende kracht over de betrokken periode werkloos is geweest en een WW-uitkering behoort te krijgen (vgl. artikel 35 WW). Een schrale troost voor de werkgever is dat het hof de vrijheid heeft de arbeidsovereenkomst terstond te ontbinden en derhalve geen rekening hoeft te houden met de opzegtermijn (zie HR 16 februari 2018, «JAR» 2018/72, m.nt. Koole).

In de spiegelbeeldige situatie, waarin de arbeidsovereenkomst wél ontbonden werd door de kantonrechter doch het hof van mening is dat daarvoor onvoldoende reden bestond, kan het hof de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen (mits verzocht door de werknemer) of ervoor kiezen de werknemer een billijke vergoeding toe te kennen.

Kiest het hof voor de eerste mogelijkheid, dan is het hof vrij om te bepalen met ingang van welke datum de arbeidsovereenkomst door de werkgever dient te worden hersteld. Dit kan ook een moment in het verleden zijn (Kamerstukken I 2013/2014, 33 818, C, p. 114). Besluit het hof dat de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht hersteld moet worden, dan is dat voor de werkgever bepaald zuur, nu hij alsdan met terugwerkende kracht salaris verschuldigd zal zijn, doch daartegenover geen arbeid meer gesteld zal kunnen zien. Indien de werknemer in de betreffende periode een andere werkkring heeft gehad en daaruit inkomsten heeft gegenereerd, ligt het voor de hand de loonvordering die de werknemer als gevolg van het herstel van de arbeidsovereenkomst op de werkgever heeft te matigen, zo niet op grond van artikel 7:680a BW dan wel op grond van artikel 6:428 lid 2 BW (vgl. HR 11 juli 2008, NJ 2008/418). Indien de werknemer echter over de betrokken periode een WW-uitkering heeft genoten, zal deze in beginsel, na een herzienings- en terugvorderingsbesluit, door de werknemer moeten worden terugbetaald aan het UWV en zal dit derhalve niet kunnen leiden tot een verlaging van het door de werkgever verschuldigde salaris. Indien het hof kiest voor herstel vanaf een latere datum dan de ontbindingsdatum treft het hof volgens artikel 7:683 lid 4 BW jo. artikel 7:682 lid 6 BW voorzieningen omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst. Het hof is niet verplicht zulke voorzieningen te treffen (zie HR 22 december 2017, «JAR» 2018/16 m.nt. Van Zanten-Baris).

Kiest het hof niet voor herstel van de arbeidsovereenkomst maar voor het toekennen van een billijke vergoeding, dan dient volgens de parlementaire geschiedenis in de hoogte daarvan tot uitdrukking te komen dat de vergoeding een alternatief is voor herstel van de arbeidsrelatie. In de parlementaire geschiedenis wordt opgemerkt dat het hof vermoedelijk vaak zal kiezen voor een

billijke vergoeding in plaats van herstel, gelet op het tijdsverloop tussen de ontbindingsdatum en de uitspraak in het hoger beroep (Kamerstukken II 2013/2014, 33818, nr. 3, p. 35).

In bovenstaande uitspraak koos het hof Amsterdam ondanks het tijdsverloop van bijna 10 maanden voor herstel van de arbeidsovereenkomst. Het hof vond het niet aangewezen dat herstel te laten plaatsvinden met terugwerkende kracht. Evenmin vond het hof het aangewezen een voorziening ten behoeve van de werknemer te treffen. Het hof wees in dit verband niet alleen op de WW-uitkering die de werknemer reeds ontvangen had en nog steeds ontving, maar ook op het feit dat de werknemer verwijtbaar gedrag tentoongespreid had. Verwijtbaar gedrag dat niet voldoende is om een ontbinding te kunnen dragen, kan er in de optiek van het hof aldus wel toe leiden dat herstel niet met terugwerkende kracht plaatsvindt en de werknemer aanspraak op een voor de tussenliggende periode te treffen voorziening verliest. Voor wat betreft de door de werknemer ontvangen transitievergoeding merkt het hof in zijn uitspraak nog op dat met het herstel van de arbeidsovereenkomst de grond daaraan is komen te ontvallen en dat het hof ervan uitgaat dat de werknemer die vergoeding zal terugbetalen. In het systeem van de WWZ blijft de beschikking van de kantonrechter echter staan en zal naar ik meen een uitdrukkelijke veroordeling tot terugbetaling noodzakelijk zijn om de werkgever op dit punt een executoriale titel te verschaffen (zie bijv. Hof Den Haag 24 oktober 2017, «JAR» 2017/308 m.nt. Huffman). De werkgever doet er verstandig aan zulks uitdrukkelijk te verzoeken. Overigens hoeft terugbetaling van de transitievergoeding blijkens de parlementaire geschiedenis geen automatisme te zijn, indien herstel van de arbeidsovereenkomst niet plaatsvindt met ingang van de ontbindingsdatum (Kamerstukken II 2013/2014, 33818, nr. 3, p. 35. Vgl. ook Ktr. Amsterdam 22 april 2016, «JAR» 2016/133, m.nt. Hogewind-Wolters). In de situatie dat de onderbreking langer dan 6 maanden heeft geduurd, zoals het geval was in bovenstaande uitspraak, ligt terugbetaling mijns inziens sowieso niet in de rede, gelet op artikel 7:673 lid 4 sub b BW.

De door het hof gekozen insteek om niet met terugwerkende kracht tot herstel over te gaan betekent per saldo dat de consequenties van de achteraf gezien onterechte beslissing van de kantonrechter (grotendeels) worden afgewenteld op de WW. Hierover kan verschillend worden gedacht, maar naar mijn gevoel is deze uitkomst in zijn algemeenheid, en derhalve niet alleen in die zaken waarin sprake is van verwijtbaarheid aan de kant van de werknemer, te prefereren boven een herstel met terugwerkende kracht, waar (i) de werkgever geen verwijt valt te maken dat de kantonrechter een onjuist oordeel heeft geveld, (ii) de werkgever tegenover het door hem met terugwerkende kracht te betalen salaris geen arbeid meer gesteld zal kunnen zien en (iii) in de spiegelbeeldige situaties een onterechte afwijzing door de kantonrechter van een ontbindingsverzoek evenmin met terugwerkende kracht wordt rechtgezet – hetgeen in die situaties juist een voordeel voor de WW-fondsen oplevert.

mr. dr. R.L. van Heusden, Van Heusden Arbeidsrechtadvocatuur