

# Rvd W Rechtspraak van de Week

## In dit nummer:

### **RvdW 2019/176**

HR 25 januari 2019

Arbeidsrecht. Wwz. Veroordeling in hoger beroep tot herstel arbeidsovereenkomst; herstel tegen latere datum dan ontbindingsdatum; door rechter te treffen voorzieningen omtrent rechtsgevolgen onderbreking arbeidsovereenkomst (art. 7:682 lid 6 BW); doel voorzieningen; vrijheid rechter; niet verzochte voorzieningen; terugbetaling transitievergoeding? Herstel tegen datum meer dan zes maanden na ontbindingsdatum; wegnemen nadeel van art. 7:673 lid 4 aanhef en onder b BW. Kan rechter zelf arbeidsovereenkomst herstellen (HR 23 december 2016, NJ 2017/203 (*Meriant*) en HR 31 maart 2017, NJ 2017/204 (*Vlisco*))?

### **RvdW 2019/177**

HR 25 januari 2019

Arbeidsrecht. Wwz. Voorwaardelijke ontbinding; veroordeling in hoger beroep tot herstel arbeidsovereenkomst; HR 25 januari 2019, *RvdW 2019/176*; herstel tegen latere datum dan ontbindingsdatum; door rechter te treffen voorzieningen omtrent rechtsgevolgen onderbreking arbeidsovereenkomst (art. 7:682 lid 6 BW); doel voorzieningen; vrijheid rechter; motiveringsplicht rechter. Procesrecht; mondelinge behandeling voor een van de drie raadsheren in meervoudig te beslissen zaak.

### **RvdW 2019/178-182**

HR 13 juli 2018, 18 en 25 januari 2019

Uitspraken van de Hoge Raad (Civiele kamer) die deze week – met redactionele aantekening – in de NJ verschijnen.

### **RvdW 2019/183**

HR 22 januari 2019

Baby door gastouder heen en weer geschud met hersenletsel tot gevolg. 1. Toelaatbaarheid bijzondere voorwaarde. 2. Begroting kosten rechtsbijstand benadeelde partij.

### **RvdW 2019/184**

HR 22 januari 2019

Bezwaarschrift tegen dagvaarding ter zake van ronselen voor gewapende strijd en voorbereiden/bevorderen terroristisch misdrijf. Ontvankelijkheid OM i.v.m. vertrouwensbeginsel.

### **RvdW 2019/185-191**

HR 15 en 22 januari 2019

Uitspraken van de Hoge Raad (Strafkamer) die deze week – met redactionele aantekening – in de NJ verschijnen.

### **RvdW 2019/192-203**

HR 22 januari 2019

Overige uitspraken Hoge Raad (Strafkamer).

## Colofon

# RvdW Rechtspraak van de Week

### Redactie

Prof. mr. J.W. Fokkens en mw. mr. C.L. de Vries Lentsch-Kostense (hoofdredacteuren), mr. dr. E.J. Hofstee, mr. P. Kempees, mr. L.A.D. Keus, mr. L. Strikwerda, prof. mr. P. Vlas, prof. mr. dr. M.H. Wissink.

### Medewerkers

Mrs. C.S. Avendaño Canto, A.C. Buyse, mw. I.G.C. Bij de Vaate, mw. M. Chébiti, mw. W.A.G.J.W. Ferenschild, mw. prof. J.H. Gerards, mw. P.A.M. Jongens-Lokin, H.H.J. Knol, mw. M.E.A. Möhring, mw. B. Schenk, S. Sierksma, J. Uzman, mw. F.A. te Water Mulder, mw. J.E. van der Werff, mw. B.J.M. van de Wetering, mw. G.J.M. van Wijck, mw. A.M. van Woensel.

### Redactiesecretariaat

Mr. Marja J. Vos, tel. (0570) 647458, NJ@wolterskluwer.com

### Redactieadres

Redactie RvdW  
Postbus 23, 7400 GA Deventer

### Uitgever

Mr. H.G.D. (Daniël) ter Horst, Daniel.ter.Horst@wolterskluwer.com

### Citeerwijze

RvdW 2019/1

### Verschijning

40 maal per jaar.

### Abonnementen

Raadpleeg voor de abonnementsmogelijkheden en de bijbehorende prijzen: [www.wolterskluwer.nl/shop](http://www.wolterskluwer.nl/shop)

### Klantenservice

Onze klantenservice kunt u bereiken via:  
[www.wolterskluwer.nl/klantenservice](http://www.wolterskluwer.nl/klantenservice)

### Overige informatie

RvdW is een complementaire voorpublicatie van de NJ en bevat alle uitspraken van de civiele kamer van de Hoge Raad en een selectie van die van de strafkamer alsmede een selectie van uitspraken van Europese Hof voor de Rechten van de Mens, het Hof van Justitie van de Europese Unie en het Benelux-Gerechtshof. Uitspraken van de Hoge Raad, die op een later moment met annotatie in de NJ verschijnen, worden uitgebreid in de RvdW gepubliceerd. Uitspraken die met redactionele aantekening in de NJ verschijnen dan wel alleen online worden gepubliceerd, verschijnen in verkorte vorm in RvdW. Periodiek worden in RvdW overzichten van belangrijke uitspraken van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie van de Europese Unie opgenomen.

### Auteursrecht

Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer Nederland B.V. Niets uit deze uitgave mag worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer. Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (Postbus 3051, 2130 KB).

### Disclaimer

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en Wolters Kluwer geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

### Algemene voorwaarden en privacy statement

Op alle aanbiedingen en overeenkomsten van Wolters Kluwer Nederland B.V. zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer Nederland B.V. U kunt deze raadplegen via: [www.wolterskluwer.nl/algemene-voorwaarden](http://www.wolterskluwer.nl/algemene-voorwaarden). Indien Wolters Kluwer Nederland B.V. persoonsgegevens verkrijgt is daarop het privacybeleid van Wolters Kluwer Nederland B.V. van toepassing. Dit is raadpleegbaar via [www.wolterskluwer.nl/privacy-cookies](http://www.wolterskluwer.nl/privacy-cookies).

### Standaardpublicatievoorwaarden

Op iedere inzending van een bijdrage of informatie zijn van toepassing de Standaardpublicatievoorwaarden van Wolters Kluwer Nederland BV, gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank Amsterdam onder nr. 121/2004. De Standaardpublicatievoorwaarden kunt u raadplegen via:  
[www.wolterskluwer.nl/algemene-voorwaarden](http://www.wolterskluwer.nl/algemene-voorwaarden).

### ISSN 0165-0939

[www.wolterskluwer.nl](http://www.wolterskluwer.nl)

^  
Zie inhoud van deze uitgave ook op:  
[www.wolterskluwer.nl/navigator](http://www.wolterskluwer.nl/navigator)  
v

NAVIGATOR

Nederlands  
uitgeversverbond  
mw  
media voor vak  
& wetenschap

## HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

## • Te zijner tijd met annotatie in NJ

De volgende uitspraken van de Hoge Raad (Civiele kamer) verschijnen te zijner tijd met voorliggende uitspraak, cassatiemiddel en conclusie in de NJ. Deze uitspraken zijn geselecteerd voor annotatie.

## RvdW 2019/176

## HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

25 januari 2019, nr. 18/00255

(Mrs. E.J. Numann, A.H.T. Heisterkamp, M.V. Polak, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff; A-G mr. R.H. de Bock)

Art. 3:300, 7:673, 7:682, 7:683 BW

NJB 2019/260

ECLI:NL:HR:2019:80

ECLI:NL:PHR:2018:1274

**Arbeidsrecht. Wwz. Veroordeling in hoger beroep tot herstel arbeidsovereenkomst; herstel tegen latere datum dan ontbindingsdatum; door rechter te treffen voorzieningen omtrent rechtsgevolgen onderbreking arbeidsovereenkomst (art. 7:682 lid 6 BW); doel voorzieningen; vrijheid rechter; niet verzochte voorzieningen; terugbetaling transitievergoeding? Herstel tegen datum meer dan zes maanden na ontbindingsdatum; wegnemen nadeel van art. 7:673 lid 4 aanhef en onder b BW. Kan rechter zelf arbeidsovereenkomst herstellen (HR 23 december 2016, NJ 2017/203 (Meriant) en HR 31 maart 2017, NJ 2017/204 (Vlisco))?**

*In geval van een veroordeling in hoger beroep tot herstel van de arbeidsovereenkomst bepaalt de rechter het tijdstip daarvan. Dit kan zijn de datum van ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter of een ander tijdstip in het verleden, maar ook een tijdstip in de toekomst. De rechter heeft daarbij – binnen de grenzen van hetgeen de werknemer heeft verzocht – vrijheid.*

*De rechter treft voorzieningen omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst (art. 7:683 lid 4 BW jo. art. 7:682 lid 6 BW), bijvoorbeeld vergoeding van inkomensschade en van pensioenschade. De rechter heeft vrijheid bij zijn beslissing of, en zo ja, welke voorzieningen worden getroffen. Hij kan ook voorzieningen treffen die niet door een partij zijn verzocht. Hij dient partijen dan wel voldoende in de gelegenheid te stellen zich uit te laten over de wenselijkheid van die voorzieningen. Ook in geval van herstel van de arbeidsovereenkomst met ingang van de ontbindingsdatum, is het treffen van voorzieningen mogelijk. Nu de ontbinding zelf in hoger beroep niet ongedaan kan worden gemaakt, is van een verplichting van*

*de werknemer tot terugbetaling van de transitievergoeding pas sprake als hij hiertoe door de rechter wordt veroordeeld. Een veroordeling tot terugbetaling moet worden aangemerkt als een voorziening als bedoeld in art. 7:682 lid 6 BW. Het geheel van voorzieningen heeft tot doel dat de werknemer wordt gecompenseerd voor het nadeel veroorzaakt door de onderbreking van de arbeidsovereenkomst.*

*Indien tussen de beëindigingsdatum en het tijdstip van herstel een periode van meer dan zes maanden ligt, heeft dat tot gevolg dat de ontbonden arbeidsovereenkomst volgens de wet (art. 7:673 lid 4 aanhef en onder b BW) niet meer meetelt bij de berekening van de transitievergoeding in geval van (toekomstige) beëindiging van de herstelde arbeidsovereenkomst. De rechter dient rekening te houden met dit mogelijke nadeel voor de werknemer. Indien de rechter het tijdstip van het herstel bepaalt op meer dan zes maanden na de ontbindingsdatum, kan hij dit nadeel wegnemen door te bepalen dat de ontbonden arbeidsovereenkomst meetelt bij de berekening van de transitievergoeding na beëindiging van de herstelde arbeidsovereenkomst. Ook hier gaat het om een voorziening als bedoeld in art. 7:682 lid 6 BW. Indien de rechter de arbeidsovereenkomst herstelt op een later tijdstip dan de ontbindingsdatum, kan hij bepalen dat (in het hiervoor bedoelde geval: ook) de periode tussen de ontbindingsdatum en het herstel van die arbeidsovereenkomst meetelt bij de berekening van de transitievergoeding in geval van beëindiging van de herstelde arbeidsovereenkomst. Beide voorzieningen kunnen slechts worden getroffen in combinatie met een veroordeling tot terugbetaling van de betaalde transitievergoeding.*

*Mede gelet op het algemeen geldende art. 3:300 lid 4 BW kan de rechter zelf de arbeidsovereenkomst herstellen indien hierom is verzocht. Indien in het dictum van een uitspraak de arbeidsovereenkomst wordt hersteld, wordt daardoor met ingang van de herstel datum een arbeidsovereenkomst van kracht waarvan – tenzij de rechter anders bepaalt – de inhoud gelijk is aan die van de opgezegde of ontbonden arbeidsovereenkomst.*

[de werknemer], verzoeker tot cassatie, adv.: mr. S.F. Sagel, tegen Stichting Amsta, te Amsterdam, verweerster in cassatie, niet verschenen.

## Hoge Raad:

1 Het geding in feitelijke instanties Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- de beschikking in de zaak 5410013 EA VERZ 16-1191 van de kantonrechter te Amsterdam van 28 november 2016;
- de beschikking in de zaak 200.210.263/01 van het gerechtshof Amsterdam van 17 oktober 2017. De beschikking van het hof is aan deze beschikking gehecht.

## 2 *Het geding in cassatie*

Tegen de beschikking van het hof heeft de werknemer beroep in cassatie ingesteld. Het cassatierekest is aan deze beschikking gehecht en maakt daarvan deel uit.

Amsta heeft geen verweerschrift ingediend.

De zaak is voor de werknemer toegelicht door zijn advocaat en mede door mr. R. van Haeringen.

De conclusie van de Advocaat-Generaal R.H. de Bock strekt tot vernietiging en verwijzing.

De advocaat van de werknemer heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

## 3 *Beoordeling van het middel*

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) De werknemer, geboren in 1959, is sinds 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.

(ii) In een brief van 1 juli 2013 heeft Amsta aan de werknemer laten weten dat zij in toenemende mate ontevreden was over diens functioneren en dat zij genoodzaakt was 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.

(iii) In het verslag van een op 17 juli 2013 gehouden gesprek tussen Amsta en de werknemer staat dat een vervolgspraak zal worden gepland waarin de ontwikkeldoelen van de werknemer zullen worden vertaald naar een plan van aanpak, inclusief tijdspad, en dat voor dit traject een — bij voorkeur externe — coach zal worden benoemd.

(iv) Op 28 februari 2015 heeft de werknemer bij de politie aangifte gedaan van diefstal van zijn portemonnee met een bedrag van € 785 uit de huiskamer van de woonvoorziening van Amsta waar hij werkzaam was.

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

(vi) Op 17 maart 2015 heeft Amsta met de werknemer gesproken over (de wijze van) terugkeer van de werknemer op de werkvloer. Dit gesprek is in een brief van dezelfde datum bevestigd. Amsta heeft de werknemer meegedeeld dat diens functioneren in de komende periode met aandacht zou worden gevolgd, omdat zijn professionele handelen eerder onderwerp van aandacht was geweest.

(vii) In een brief van 8 juli 2016 heeft Amsta aan de werknemer bevestigd dat op 7 juli 2016 een gesprek heeft plaatsgevonden naar aanleiding van een klacht van een cliënt van Amsta. In de brief is vermeld dat de werknemer tijdens het verdere onderzoek naar de klachten voor maximaal drie weken op

non-actief is gesteld, om de rust onder de collega's te kunnen herstellen en voor beraad door Amsta over een mogelijke terugkeer van de werknemer.

(viii) Op verzoek van de leidinggevende hebben vier 'persoonlijk begeleiders' van Amsta zich uitgelaten over het functioneren van de werknemer. De werknemer was niet bij dit gesprek aanwezig. De persoonlijk begeleiders waren blijkens het — op 14 juli 2016 gedateerde — gespreksverslag van mening dat de werknemer zich niet coachbaar opstelde, dat hij problemen had met zijn gedragsrepertoire en expertise, dat ter ondersteuning van de werknemer zijn dienstindeling was gewijzigd, dat de werknemer zich niet professioneel opstelde en dat de werknemer een hoge emotionele expressie had. De conclusie was dat de persoonlijk begeleiders op dat moment de cliënten niet toevertrouwen aan de werknemer.

3.2.1 In eerste aanleg heeft Amsta verzocht, voor zover in cassatie van belang, de arbeidsovereenkomst met de werknemer te ontbinden wegens (i) ongeschiktheid van de werknemer om de bedongen arbeid te verrichten, (ii) verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer zodanig dat van Amsta in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, of (iii) een zodanig verstoorde arbeidsverhouding dat van Amsta in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren (respectievelijk de ontslaggronden van art. 7:669 lid 3 BW onder d, e en g).

De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst ontbonden met ingang van 1 januari 2017 wegens ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid (de d-grond). Aan de werknemer is een transitievergoeding toegekend van € 8.308 bruto. De kantonrechter heeft het verzoek van de werknemer om toekenning van een billijke vergoeding afgewezen.

3.2.2 In hoger beroep heeft de werknemer verzocht, verkort weergegeven en voor zover in cassatie van belang, primair om Amsta te veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen met ingang van 1 januari 2017 (de ontbindingsdatum), dan wel met ingang van een door het hof te bepalen datum en daarbij dan voorzieningen te treffen omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst, en subsidiair om toekenning van een billijke vergoeding.

Het hof heeft de beschikking van de kantonrechter vernietigd en Amsta veroordeeld tot herstel van de arbeidsovereenkomst per 1 november 2017. De overige verzoeken van de werknemer heeft het hof afgewezen.

Het hof heeft hiertoe overwogen dat het ontbindingsverzoek op geen van de aangevoerde ontslaggronden toewijsbaar is (rov. 3.14). Het heeft vervolgens het volgende overwogen:

"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 tussenvallende 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.”

3.3.1 Onderdeel 1 van het middel klaagt dat de laatste volzin van rov. 3.15 blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Het enkele feit dat de arbeidsovereenkomst zal worden hersteld, brengt volgens het onderdeel niet mee dat de werknemer verplicht is de transitievergoeding terug te betalen.

Subsidiair voert het onderdeel aan dat het hof heeft miskend dat bij een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst met ingang van een latere datum dan de ontbindingsdatum, de omstandigheden van het geval bepalend zijn voor het antwoord op de vraag of de transitievergoeding moet worden terugbetaald, en dat het hof zijn beslissing terzake moet motiveren. Wanneer de datum van herstel van de arbeidsovereenkomst meer dan zes maanden na de ontbindingsdatum ligt (zoals in dit geval), rust op het hof in dit verband zelfs een verzwaarde motiveringsplicht.

Meer subsidiair klaagt het onderdeel dat de beslissing van het hof in de laatste volzin van rov. 3.15 niet toereikend is gemotiveerd.

3.3.2 Onderdeel 2 klaagt dat het hof de beschikking van de kantonrechter ten onrechte geheel heeft vernietigd. De rechter in hoger beroep kan immers niet de ontbinding van de arbeidsovereenkomst vernietigen, maar alleen (de werkgever veroordelen om) de arbeidsovereenkomst (te) herstellen.

3.4 Bij de beoordeling van deze klachten wordt het volgende vooropgesteld.

Herstel van de arbeidsovereenkomst na ontbinding door de kantonrechter

3.5.1 Indien de rechter in hoger beroep oordeelt dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ten onrechte heeft ontbonden, kan hij de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen of kan hij aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen (art. 7:683 lid 3 BW). In geval van een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst bepaalt de rechter het tijdstip daarvan (art. 7:683 lid 4 BW in verbinding met art. 7:682 lid 6 BW). Dit kan zijn de datum van ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter of een ander tijdstip in het verleden, maar ook een tijdstip in de toekomst. Bij het nemen van een beslissing hierover heeft de rechter – binnen de grenzen van hetgeen de werknemer heeft verzocht – vrijheid. Zie *Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 119*, en *Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 114*.

Voorzieningen omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking

3.5.2 In geval van een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst, treft de rechter voorzieningen omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst (art. 7:683 lid 4 BW in verbinding met art. 7:682 lid 6 BW). In de parlementaire geschiedenis van de Wet werk en zekerheid (hierna ook: Wwz) zijn als voorbeelden van dergelijke voorzieningen genoemd: vergoeding van inkomensschade en vergoeding van pensioenschade (*Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 110-111 en 114*). Ook bij de beslissing of, en zo ja welke, voorzieningen nodig zijn, heeft de rechter vrijheid (zie de hiervoor genoemde passages uit de parlementaire geschiedenis en HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3241 (*Meriant*), rov. 3.3.2-3.3.3).

3.5.3 Uit de parlementaire geschiedenis van de Wwz blijkt dat de wetgever bij de noodzaak tot het treffen van voorzieningen in de zin van art. 7:682 lid 6 BW met name heeft gedacht aan de situatie dat de arbeidsovereenkomst wordt hersteld op een later tijdstip dan de datum waarop de arbeidsovereenkomst is ontbonden (zie onder meer *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 118-119*, *Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 110-111 en 114*, en *Kamerstukken I 2013/14, 33818, E, p. 17*). De werknemer kan echter ook nadelige gevolgen ondervinden van een onderbreking van de arbeidsovereenkomst wanneer deze wordt hersteld met ingang van de ontbindingsdatum. Daarom moet worden aangenomen dat ook in die situatie het treffen van voorzieningen als bedoeld in art. 7:682 lid 6 BW mogelijk is.

Terugbetaling van de transitievergoeding?

3.5.4 De wet bepaalt niet dat de werknemer een door hem ontvangen transitievergoeding moet terugbetalen indien de arbeidsovereenkomst wordt hersteld. Wel is deze kwestie bij de parlementaire behandeling van de Wwz aan de orde gekomen. Zie

vooral de volgende passage uit de parlementaire geschiedenis:

“Het zesde lid [van art. 7:682 BW] voorziet erin dat de rechter, als hij het verzoek van de werknemer inwilligt en de werkgever opdraagt de arbeidsovereenkomst te herstellen, bepaalt op welk tijdstip de overeenkomst wordt hersteld. Daarbij wordt in herinnering geroepen dat de arbeidsovereenkomst – anders dan bij een vernietiging van de opzegging – niet door de gerechtelijke beschikking zelf wordt hersteld. De rechter draagt de werkgever in de beschikking op om de werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden onder dezelfde voorwaarden als de vorige. (...) Ook bepaalt de rechter in zijn beschikking of een aan de werknemer toegekende transitievergoeding moet worden terugbetaald.” (*Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 119*).

Indien de kantonrechter de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever vernietigt, is de arbeidsovereenkomst rechtsnoodt nooit geëindigd, zodat aan een betaling van de transitievergoeding de rechtsgrond komt te ontvallen. In die situatie moet een uitgekeerde transitievergoeding dus door de werknemer uit hoofde van onverschuldigde betaling worden terugbetaald.

Bij herstel van de arbeidsovereenkomst ligt dit anders. Wanneer de rechter in hoger beroep van oordeel is dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ten onrechte heeft ontbonden, kan de rechter de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen (zie hiervoor in 3.5.1). De ontbinding zelf kan in hoger beroep niet ongedaan worden gemaakt. Dat betekent dat, anders dan bij vernietiging van de opzegging, de rechtsgrond niet aan betaling van de transitievergoeding komt te ontvallen. Van een verplichting van de werknemer tot terugbetaling van de transitievergoeding is daarom pas sprake als hij hiertoe door de rechter wordt veroordeeld.

3.5.5 Een veroordeling van de werknemer tot terugbetaling van de transitievergoeding moet worden aangemerkt als een voorziening omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7:682 lid 6 BW. De vraag of, en zo ja, in hoeverre deze voorziening moet worden getroffen, dient te worden beantwoord in samenhang met eventuele andere te treffen voorzieningen, bijvoorbeeld die met betrekking tot compensatie voor inkomensschade of pensioenschade (zie hiervoor in 3.5.2).

3.5.6 Het geheel van voorzieningen als bedoeld in art. 7:682 lid 6 BW heeft tot doel dat de werknemer wordt gecompenseerd voor het nadeel veroorzaakt door de onderbreking van de arbeidsovereenkomst. Ook de vraag of, en zo ja, in hoeverre de transitievergoeding moet worden terugbetaald, moet tegen deze achtergrond worden beantwoord.

Een onderbreking van meer dan zes maanden

3.5.7 Indien tussen de beëindigingsdatum en het tijdstip met ingang waarvan de arbeidsovereenkomst moet worden hersteld, een periode van meer dan zes maanden ligt (zoals in dit geval), heeft dat tot gevolg dat de ontbonden arbeidsovereenkomst volgens de wet niet meer meetelt bij de berekening van de transitievergoeding in geval van (toekomstige) beëindiging van de herstelde arbeidsovereenkomst (zie art. 7:673 lid 4, aanhef en onder b, BW). Bij zijn oordeelsvorming ten aanzien van het tijdstip met ingang waarvan de arbeidsovereenkomst moet worden hersteld, dient de rechter rekening te houden met dit mogelijke nadeel voor de werknemer.

3.5.8 Indien de rechter aanleiding ziet het tijdstip van het herstel te bepalen op meer dan zes maanden na de ontbindingsdatum, kan hij het hiervoor in 3.5.7 bedoelde nadeel wegnemen door te bepalen dat de ontbonden arbeidsovereenkomst meetelt bij de berekening van de transitievergoeding na beëindiging van de herstelde arbeidsovereenkomst (zie ook de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.65–3.69). Ook hier gaat het om een voorziening omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7:682 lid 6 BW. Deze voorziening kan slechts worden getroffen in combinatie met een veroordeling van de werknemer tot terugbetaling van de door de werkgever betaalde transitievergoeding.

Meetellen van de tussenperiode

3.5.9 Indien de rechter de arbeidsovereenkomst herstelt op een later tijdstip dan de ontbindingsdatum, kan hij bij wege van voorziening bepalen dat (in het hiervoor in 3.5.8 bedoelde geval: ook) de periode tussen de ontbindingsdatum en het herstel van die arbeidsovereenkomst meetelt bij de berekening van de transitievergoeding in geval van beëindiging van de herstelde arbeidsovereenkomst. Ook deze voorziening kan slechts worden getroffen in combinatie met een veroordeling van de werknemer tot terugbetaling van de door de werkgever betaalde transitievergoeding.

Processueel

3.5.10 Zoals hiervoor in 3.5.2 is overwogen, heeft de rechter vrijheid bij zijn beslissing of voorzieningen worden getroffen, en zo ja welke voorzieningen. Hij kan ook voorzieningen treffen die niet door een partij zijn verzocht. In dat geval dient hij partijen wel voldoende in de gelegenheid te stellen zich uit te laten over de wenselijkheid van die voorzieningen (zie ook de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.54).

Herstel door de rechter of door de werkgever?

3.5.11 De formulering van HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998 (*Mediant*), rov. 3.12.2 en 3.13.1, en HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:571 (*Visco*),

rov. 3.63 heeft onzekerheid doen ontstaan over het antwoord op de vraag of de rechter de werkgever veroordeelt de arbeidsovereenkomst te herstellen dan wel de rechter zelf de arbeidsovereenkomst herstelt (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.27-3.30). Hierover wordt het volgende overwogen.

3.5.12 Uit de tekst van de wettelijke bepalingen over herstel van een arbeidsovereenkomst (zie art. 7:682 BW en art. 7:683 BW) volgt dat de rechter de werkgever veroordeelt om de arbeidsovereenkomst te herstellen. Blijkens de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.22-3.25 weergegeven passages uit de parlementaire geschiedenis van de Wwz, is dit overeenkomstig de bedoeling van de wetgever. Uit de parlementaire geschiedenis van de Wwz blijkt echter niet waarom de mogelijkheid van herstel door de rechter uitgesloten zou moeten worden. Herstel door de rechter heeft in elk geval als 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. Daarmee kan tevens worden gewaarborgd dat het herstel aansluit bij de door de rechter getroffen voorzieningen. Mede gelet op het algemeen geldende art. 3:300 BW moet dan ook worden geoordeeld dat het stelsel van de Wwz zich niet ertegen verzet dat de rechter zelf de arbeidsovereenkomst herstelt indien hierom is verzocht. Ook de aard van de te verrichten rechtshandeling verzet zich hiertegen niet. Indien in het dictum van een uitspraak de arbeidsovereenkomst wordt hersteld, wordt daardoor met ingang van de hersteldatum een arbeidsovereenkomst van kracht waarvan – tenzij de rechter anders bepaalt – de inhoud gelijk is aan die van de opgezegde of ontbonden arbeidsovereenkomst.

De klachten in cassatie

3.6.1 Gelet op het voorgaande heeft het hof ten onrechte overwogen dat de grond aan de toegekende transitievergoeding is komen te ontvallen door het herstel van de arbeidsovereenkomst, en is het dus op onjuiste gronden ervan uitgegaan dat de werknemer de transitievergoeding aan Amsta zal (moeten) terugbetalen. Het enkele feit dat de rechter de werkgever veroordeelt de arbeidsovereenkomst te herstellen, doet immers voor de werknemer geen terugbetalingsverplichting ontstaan (zie hiervoor in 3.5.4). Voor dat laatste is een afzonderlijke beslissing nodig. De primaire klacht van onderdeel 1 slaagt dus.

3.6.2 Ook de klacht van onderdeel 2 slaagt: het hof heeft ten onrechte de beschikking van de kantonrechter geheel vernietigd. Zoals hiervoor in 3.5.4 is overwogen, kan de rechter in hoger beroep niet de ontbinding van de arbeidsovereenkomst ongedaan maken.

Het geding na verwijzing

3.7 Nu de primaire klacht van onderdeel 1 en de klacht van onderdeel 2 gegrond zijn, zal de beschikking van het hof worden vernietigd. Na verwij-

zing moeten partijen in de gelegenheid worden gesteld hun stellingen aan te passen aan hetgeen in deze beschikking is beslist. De hersteldatum van 1 november 2017 en de afwijzing door het hof van het verzoek van de werknemer tot het compenseren van inkomens- en pensioenschade kunnen na verwijzing niet meer aan de orde komen. De beslissingen van het hof op deze punten zijn in cassatie immers niet bestreden.

#### 4 Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de beschikking van het gerechtshof Amsterdam van 17 oktober 2017;

verwijst het geding naar het gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Amsta in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de werknemer begroot op € 400,34 aan verschotten en € 2.200 voor salaris.

#### RvdW 2019/177

##### HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

25 januari 2019, nr. 18/00718, nr. 18/00758

(Mrs. C.A. Streefkerk, G. Snijders, T.H. Tanja-van den Broek, C.E. du Perron, M.J. Kroeze; A-G mr. T. Hartlief)

Art. 7:682, 7:683 BW

NJB 2019/261

ECLI:NL:HR:2019:111

ECLI:NL:HR:2019:106

ECLI:NL:PHR:2018:1270

**Arbeidsrecht. Wwz. Voorwaardelijke ontbinding; veroordeling in hoger beroep tot herstel arbeidsovereenkomst; HR 25 januari 2019, RvdW 2019/176; herstel tegen latere datum dan ontbindingsdatum; door rechter te treffen voorzieningen omtrent rechtsgevolgen onderbreking arbeidsovereenkomst (art. 7:682 lid 6 BW); doel voorzieningen; vrijheid rechter; motiveringsplicht rechter. Procesrecht; mondelinge behandeling voor een van de drie raadsheren in meervoudig te beslissen zaak.**

*Beslissing conform HR 25 januari 2019, RvdW 2019/176, inzake veroordeling in hoger beroep tot herstel arbeidsovereenkomst en door de rechter te treffen voorzieningen. Zowel voor de beslissing over de datum van het herstel van de arbeidsovereenkomst als voor die over het treffen van voorzieningen gelden de gewone motiveringseisen.*

*De mondelinge behandeling had in beginsel moeten plaatsvinden voor de drie raadsheren die de beslissing zouden nemen, omdat zij mede tot doel had partijen in de gelegenheid te stellen hun stellingen toe te lichten. Zie HR 22 december 2017, RvdW 2018/67 en RvdW 2018/86 en voorts HR 22 juni 2018, RvdW 2018/754.*