

ANNOTATIE

Ken uw klassieken! Over de herstelveroordeling in de Wet werk en zekerheid

prof. mr. dr. A.R. Houweling

Annotatie bij Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 22-04-2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3215 (AR-2016-0462)

1. Ken uw klassieken

De Wet werk en zekerheid (WWZ) heeft heel wat pennen in beweging gebracht. Veel aandacht gaat uit naar de rechterlijke invulling van het ‘ernstig verwijtbaar handelen’ en de wijze waarop de ‘billijke vergoeding’ wordt vastgesteld (zie recentelijk nog S.S.M. Peters, ‘Billijke vergoedingen hausse in 2016: ontaardt het door de wetgever geregisseerde strakke ballet in een losbandige lambada?’, AR 2016-0200). In deze noot sta ik stil bij het herstelverzoek ex artikel 7:682 BW en artikel 7:683 BW. Mij is namelijk bij tal van expert meetings en (in house) cursussen opgevallen dat de rechtsfiguur van het herstelverzoek als een WWZ-noviteit wordt gezien, terwijl deze figuur meer dan een halve eeuw reeds een plekje in het arbeidsrecht heeft. Immers, onder het oude recht kon de werknemer zowel bij onregelmatige opzegging (art. 7:680 (oud) BW) als bij kennelijk onredelijke opzegging (art. 7:681/682 (oud) BW) vorderen dat de werkgever werd veroordeeld tot herstel van de arbeidsovereenkomst. Wellicht vanwege de relatieve onbekendheid met deze rechtsfiguur onder het oude recht (zie A.R. Houweling, ‘Onbekend maakt onbemind: herstel van de arbeidsovereenkomst in het Nederlands ontslagrecht’, in: A.R. Houweling (red.), *De kennelijke onredelijkheid in beweging*, Den Haag: Sdu 2013, p. 77-85 en E.F.V. Boot, ‘Herstel van de arbeidsovereenkomst: onbekend, onbemind en ongebruikt?’, *TAP* 2011-3, p. 93 e.v.), worden thans vragen opgeworpen, waarop door vooraanstaande (arbeids)rechtsgeleerden zoals Levenbach en Molenaar reeds in de jaren vijftig antwoord is gegeven. Wat dient te worden

verstaan onder 'het treffen van voorziening omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst'? Heeft de werknemer recht op loon over de periode dat de arbeidsovereenkomst nog niet is hersteld? Herstelt de rechter de arbeidsovereenkomst of veroordeelt hij enkel de werkgever tot het herstellen van de overeenkomst? Wat als de werknemer na een veroordeling bij nader inzien toch niet wil meewerken aan de herstelveroordeling, pleegt hij dan wanprestatie? En, behelst de herstelde arbeidsovereenkomst een nieuwe juridische overeenkomst? Typisch een gevalletje 'ken uw klassieken!' of is er toch meer aan de hand? In r.o. 5.21 van de hier te annoteren beschikking van het Hof Arnhem-Leeuwarden gaat het hof uitdrukkelijk en op voortreffelijke wijze in op het herstelverzoek en implicaties ervan voor bijvoorbeeld een voorwaardelijk ontbindingsverzoek. In deze noot stel ik in het bijzonder de vraag aan orde of bij herstel een juridisch nieuwe arbeidsovereenkomst ontstaat of sprake is van herleving van de oude overeenkomst. Het antwoord op deze vraag is relevant voor onder meer de voorwaardelijke ontbinding, de ketenregeling en de rechtsgeldigheid van bijzondere bedingen.

2. Herstel van de dienstbetrekking 1953

Herstel van de arbeidsovereenkomst is geen noviteit van de WWZ, maar van wetswijziging 881 (1953/54). De herstell*vordering* (want destijds een dagvaardingsprocedure) werd toentertijd beschouwd als het resultaat van de 'moderne opvatting': de arbeidsovereenkomst droeg niet langer een dusdanig persoonlijk karakter dat toetsing van de ontslaggrond niet door derden kon geschieden en terugkeer zou zijn uitgesloten. Integendeel, bij onrechtmatig ontslag zou terugkeer naar het werk voortaan uitgangspunt zijn (*Kamerstukken II* 1947/48, 881, 3 en 37, p. 2). Deze hoge verwachtingen zijn niet uitgekomen, getuige het handjevol aan rechterlijke uitspraken omtrent de herstelveroordeling (L.H. van den Heuvel, *De redelijkheidstoetsing van ontslagen*, Deventer: Kluwer 1983, p. 83 e.v.; Boot 2011, p. 93 e.v. en Houweling 2013, p. 77-85). De herstell*vordering* trof men oorspronkelijk aan in artikel 1639t BW onder de noemer 'herstel der *dienstbetrekking*'. De gekozen terminologie 'dienstbetrekking' is van betekenis. De wetgever ging namelijk uit van de gedachte dat de arbeidsovereenkomst door opzegging was geëindigd. Die opzegging werd door de herstelveroordeling niet ongedaan gemaakt. De werkgever werd verplicht *opnieuw* een arbeidsovereenkomst met de werknemer aan te gaan. Om de werkgever hiertoe nog meer te dwingen, werd expliciet gewezen op de mogelijkheid tot het opleggen van een dwangsom (*Kamerstukken II* 1947/48, 881, 3, p. 10). Over het karakter van de herstelde overeenkomst lezen we bij Levenbach: 'Juist omdat herstel van de dienstbetrekking civielrechtelijk een nieuwe wilsovereenstemming van de beide partijen vergt, reikt de verplichting van de veroordeelde partij niet verder dan het opbrengen van de zijnerzijds daartoe vereiste wilsverklaring', en iets verderop: 'Aangezien echter het vonnis niet van rechtswege de oude dienstbetrekking doet herleven en juridisch een nieuwe

overeenkomst wordt gesloten, zal voor het herstel van die bedingen uit de oude arbeidsovereenkomst, welke volgens de wet slechts schriftelijk mogen worden aangegaan, een nieuwe schriftelijke bevestiging nodig zijn' (M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1954, p. 123-124). Molenaar verwoordde het voorgaande als volgt: 'Indien herstel wordt bevolen, betekent dit niet dat de oude dienstbetrekking herleeft, noch dat zij geacht wordt nimmer te zijn beëindigd. De hoofdregel blijft ook hier van kracht: iedere verbreking van het contract, ook de meest onregelmatige of onredelijke, beëindigt de rechtsbetrekking tussen partijen. Er staat dan ook niet in de wet, dat de rechter herstelt, doch dat de rechter herstel beveelt', en iets verderop in zijn betoog: 'De termen "herleven" en "herstellen" zijn in zoverre misleidend, dat zij het doen voorkomen alsof de onregelmatige of kennelijk onredelijke beëindiging eenvoudig weggedacht kan worden, zodat de dienstbetrekking doorloopt als ware er niets gebeurd. Niets echter is minder waar: de dienstbetrekking, welke er is na het herstel is een geheel nieuwe, op dezelfde, of op andere voorwaarden [als partijen daartoe zelf instemmen: toev. ARH] dan de oude aangegaan' (A.N. Molenaar, *Arbeidsrecht*, Zwolle: Tjeenk-Willink 1957, p. 212-213). Ook Van den Heuvel spreekt van het 'weer tot stand brengen van de overeenkomst' in zijn dissertatie (Van den Heuvel 1983, p. 82). Kortom, de herstelveroordeling leidt niet tot een automatisch herstel van de arbeidsovereenkomst, als ware het een soort tweederangs vernietiging van de opzegging. Het leidt tot een verplichting van de werkgever zijn wil overeenkomstig de veroordeling te uiten, een rechterlijk gebod (vergelijkbaar met art. 3:296 BW). Indien het gebod wordt opgevolgd dan ontstaat een nieuwe juridische arbeidsovereenkomst, zodra en indien de werknemer daarmee instemt. Het is immers denkbaar dat de werknemer alsnog afziet van het opnieuw aangaan van de arbeidsovereenkomst, omdat hij na de veroordelende beschikking, maar voor de datum van de fatale termijn een veel beter alternatief heeft gevonden.

3. Van dienstbetrekking via arbeidsverhouding naar arbeidsovereenkomst: geen materiële wijziging beoogd

Nu kan men tegenwerpen dat artikel 1639t BW uitging van herstel van de *dienstbetrekking* terwijl de huidige wettelijke regeling spreekt van het veel engere begrip 'arbeidsovereenkomst'. Om verschillende redenen is deze tegenwerping zinledig.

Ten eerste bepaalt de huidige regeling op gelijke wijze als de oude, dat de rechter de werkgever veroordeelt de arbeidsovereenkomst te herstellen. Kortom, ook hier geen automatisch herstel. Kennelijk moet de werkgever in actie komen.

Ten tweede miskent men dan dat voor de WWZ herstel van de dienstbetrekking reeds was gewijzigd in herstel van de arbeidsovereenkomst. Daarvoor moeten we terug naar 1997. Bij invoering van 7.10 BW heeft de toenmalige regering ervoor gekozen 'dienstbetrekking' te

wijzigen in ‘arbeidsverhouding’: ‘In plaats van de woorden «herstel van de dienstbetrekking» zijn de woorden «herstel van de arbeidsverhouding» gekomen. Doordat het woord dienstbetrekking in de huidige wet in meer dan één betekenis voorkomt – hier is het, anders dan op veel andere plaatsen, niet synoniem met arbeidsovereenkomst, maar duidt het een feitelijke situatie aan – is het onvoldoende eenduidig. Het is duidelijker een ander woord te gebruiken’ (*Kamerstukken II* 1993/94, 23438, 3, p. 52). Bij de invoering van de Flexwet (1999) werd artikel 7:682 (oud) BW opnieuw aangepast. Aanvankelijk kon namelijk ook de werknemer worden veroordeeld de arbeidsovereenkomst met de werkgever te herstellen. Deze mogelijkheid werd geschrapt, omdat het de werknemersmobiliteit onnodig zou beperken. (Zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, 3.) Bij deze wijziging werd opnieuw gesleuteld aan de terminologie van de herstellvordering: ‘arbeidsverhouding’ werd gewijzigd in ‘arbeidsovereenkomst’. De uiterst summiere toelichting bij deze wijziging luidde als volgt: ‘De wijziging van “arbeidsverhouding” in “arbeidsovereenkomst” in artikel 7:682 (oud) BW is bedoeld om een onbedoelde discrepantie in terminologie tussen deze bepaling en de overige bepalingen van titel 7.10 BW op te heffen’ (zie *Kamerstukken II* 1997/98, 25263, 14, p. 8). De regering dacht er goed aan te doen in de hele titel van 7.10 BW dezelfde terminologie te hanteren, maar realiseerde zich toen onvoldoende dat de wetgever in 1953 en 1997 welbewust had gekozen voor dienstbetrekking/arbeidsverhouding bij de herstellveroordeling, nu herstel van de reeds geëindigde arbeidsovereenkomst niet mogelijk is. Een inhoudelijke wijziging van artikel 7:682 (oud) BW was in ieder geval niet beoogd. Oftewel, de techniek bleef dezelfde. Met de invoering van de WWZ is dit niet anders. De rechtsfiguur van herstel van de arbeidsovereenkomst wordt zowel naar oud recht als nieuw recht op een zelfde wijze aangeduid, waaruit mag worden afgeleid dat men geen inhoudelijke wijziging heeft beoogd wat het rechtskarakter van de ‘herstelde overeenkomst’ betreft. Zo schrijft de regering in antwoord op het advies van de Raad van State: ‘Ook in het huidige recht kennen we in deze situaties de figuur van herstel (mogelijkheid van herstel in kennelijk onredelijk ontslag procedure na oordeel UWV)’ (zie onder meer *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 57). Kortom, de gewijzigde terminologie – van dienstbetrekking via arbeidsverhouding naar arbeidsovereenkomst – komt geen betekenis toe.

Ten derde, indien na een herstellveroordeling altijd sprake zou zijn van de oude arbeidsovereenkomst die gewoon doorloopt (al dan niet met een kleine onderbreking), dan zou de inhoud van artikel 7:672 lid 9 BW volstrekt overbodig zijn. In dit artikel is geregeld hoe de opzegtermijn van een herstelde arbeidsovereenkomst moet worden berekend. Het negende lid luidt als volgt: ‘Voor toepassing van lid 2 worden arbeidsovereenkomsten [cursivering ARH] geacht eenzelfde, niet onderbroken arbeidsovereenkomst te vormen in geval van herstel van de arbeidsovereenkomst ingevolge artikel 682 of artikel 683.’ De gehanteerde meervoudsvorm van arbeidsovereenkomst laat zien dat ook de wetgever uitgaat van een

nieuwe (tweede) juridische overeenkomst (zie uitvoerig: A.R. Houweling (red.), *Loonstra&Zondag. Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 761).

4. Afkoopsom vervallen?

Er is wel een belangrijk verschil tussen de huidige en oude regeling van herstel van de arbeidsovereenkomst. De oude regeling stond toe dat op verzoek van de werkgever de herstelveroordeling alsnog kon worden afgekocht (art. 7:682 lid 3 (oud) BW). Die mogelijkheid – afkopen van herstel – is met de inwerkingtreding van de WWZ vervallen. Hoewel, vervallen...? Ja, als het gaat om een procedure bij de kantonrechter. Nee, als het gaat om een procedure bij het hof. Immers, de appelrechter mag ambtshalve overgaan tot het toekennen van een billijke vergoeding als alternatief voor de verzochte herstelveroordeling. De dan toe te kennen billijke vergoeding vertoont nauwe verwantschap met de oude afkoopsom (zie Houweling 2015, p. 755). Voor de invulling van deze billijke vergoeding zou derhalve inspiratie kunnen worden ontleend aan deze afkoopsom (zie over de afkoopsom naar oud recht O. van der Kind & E.A. Jacz, ‘De afkoopsom van art. 7:682 BW – een boete naar billijkheid volgens de kantonrechtersformule?’, *ArbeidsRecht* 2013/60).

Het enkele feit dat het afkopen van de herstelveroordeling niet langer mogelijk is onder de WWZ, doet overigens niet af aan de opvatting dat door herstel een nieuwe juridische arbeidsovereenkomst ontstaat. De WWZ-wetgever heeft enkel de contractsvrijheid nog verder ingeperkt: u zult herstellen en onder geen beding is die verplichting in eerste aanleg afkoopbaar! Overigens werd reeds bij de behandeling van artikel 1639t BW de vraag gesteld of de afkoopsom wel een plaats in het recht moest hebben. De toenmalige minister meende van wel, omdat denkbaar was dat herstel normaliter in de rede lag, maar dat de verhouding tussen partijen inmiddels zodanig is verstoord geraakt dat de werkgever deze verplichting zou moeten afkopen (een soortgelijke redenering treffen we aan bij de ambtshalve toekenning van een billijke vergoeding in hoger beroep ex art. 7:683 BW).

5. Relevantie van de kwalificatie van de herstelovereenkomst: voorwaardelijke ontbinding, ketenregeling, bijzondere bedingen, transitievergoeding en afspiegeling

Wellicht dat een enkeling denkt: ‘Wat maakt al dit academisch geneuzel uit?’ Ik zou daarop antwoorden: ‘Heel veel!’ Indien de herstelveroordeling leidt tot de verplichting een nieuwe juridische overeenkomst aan te gaan, dan heeft dit vergaande consequenties voor tal van vraagstukken. Om te beginnen de voorwaardelijke ontbindingsprocedure. Op de vraag of een werkgever belang heeft bij een voorwaardelijke ontbinding als in eerste aanleg de kantonrechter de werkgever gelijk geeft (bijvoorbeeld bij ontslag op staande voet bevestigt dat

sprake is van een dringende reden en daarom het vernietigingsverzoek van de werknemer afwijst), wordt regelmatig in de praktijk geantwoord dat dit belang er is, omdat in hoger beroep de appelrechter de arbeidsovereenkomst kan herstellen. Onzin! Allereerst onzin, omdat de appelrechter helemaal niets herstelt. Hij legt de werkgever een verplichting op iets te doen. De werkgever kan dat nalaten. Zolang de werkgever dit nalaat, is er ook geen arbeidsovereenkomst. Maar nog belangrijker lijkt mij dat er geen enkele juridische grond is waarop op voorhand de virtuele arbeidsovereenkomst valt te ontbinden. Immers, een werkgever kan alleen voorwaardelijke ontbinding verzoeken van de *arbeidsovereenkomst* en niet van de *arbeidsverhouding*. Op 1 april kan de werkgever derhalve niet de kantonrechter verzoeken de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk te ontbinden voor zover deze in de toekomst zal worden aangegaan (en dat is iets anders dan voor zover de huidige arbeidsovereenkomst in de toekomst nog blijkt te bestaan). Daarin verschilt de herstelveroordeling van de vernietiging, namelijk bij vernietiging van de opzegging is de arbeidsovereenkomst al die tijd blijven bestaan en kan derhalve op 1 april wel voorwaardelijk worden ontbonden (overigens is 'ontbinding voor zover hersteld' wel in de rechtspraak terug te vinden, zie Kantonrechter Zutphen 12 november 2015, AR 2015-1227; zie ook W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate, 'Voorwaardelijke procedures in het nieuwe ontslagrecht', ARBAC april 2015). Het voorwaardelijk ontbinden van een arbeidsovereenkomst die überhaupt nog niet bestaat, lijkt mij onmogelijk (ongeacht de formulering van het voorwaardelijke ontbindingsverzoek). Dat de herstelveroordeling terugwerkende kracht kan hebben, doet aan het voorgaande niet af (zie ook P. Kruit, 'Voorwaardelijke ontbinding na ontslag op staande voet onder de WWZ', AR 2016-0167 en onlangs ook Ktr. Enschede 26 april 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:1507). Hooguit zou betoogd kunnen worden dat de verstoorde *arbeidsverhouding* nog altijd aanwezig is. En omdat de *arbeidsverhouding* de arbeidsovereenkomst overstijgt, zou hier mogelijk een ontslaggrond gevonden kunnen worden. Maar dan dient de werkgever een (nieuw) ontbindingsverzoek in te dienen *nadat* hij de arbeidsovereenkomst eerst heeft hersteld. Het is dan nog maar de vraag of de kantonrechter tot ontbinding over zal gaan. Moet de herstelovereenkomst geen eerlijke kans krijgen?

De tweede consequentie is te vinden in de ketenregeling. Stel nu dat de derde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tussentijds is ontbonden maar in appel herstel volgt. Er ontstaat dan een vierde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De ketenregeling ex artikel 7:668a BW zal als effect hebben dat deze overeenkomst converteert in een voor onbepaalde tijd. In dergelijke gevallen zal de appelrechter in de meeste gevallen gebruik maken van de ambtshalve toekenning van het alternatief: een billijke vergoeding.

Een derde consequentie van het aanvaarden dat sprake is een nieuwe juridische

overeenkomst, is dat sommige bijzondere bedingen opnieuw schriftelijk moeten worden aangegaan. Wat als de werknemer niet bereid is het concurrentiebeding opnieuw te tekenen? Ik meen dat de werkgever dan niet kan worden verweten de beschikking van de kantonrechter niet na te leven en dwangsommen verschuldigd zijn. Het is immers de werknemer die niet meewerkt. Maar wat als partijen feitelijk gewoon weer op dezelfde voet verder werken, zonder dat de afspraken opnieuw op schrift zijn gesteld. Kan de werknemer dan toch aan schriftelijke bedingen (eenzijdig wijzigingsbeding, concurrentiebeding, boetebeding, enz.) gehouden worden? Betoogd zou kunnen worden dat aan de ratio van het schriftelijkheidsvereiste destijds is voldaan en nu de arbeidsverhouding gelijk blijft, niet opnieuw schriftelijke afspraken hoeven te volgen, maar juridisch-technisch gezien zou men daartoe wel verplicht zijn.

Een vierde consequentie is dat de werkgever – ook bij herstel met terugwerkende kracht – de transitievergoeding voor het beëindigen van voorgaande arbeidsovereenkomst verschuldigd is en blijft. In de parlementaire geschiedenis is opgemerkt dat bij herstel met terugwerkende kracht tot datum einde dienstverband, de werknemer de transitievergoeding moet terugbetalen, maar daarvoor is geen wettelijke basis.

Maar betekent dit ook dat een werknemer zijn anciënniteit verliest en dus bij een tweede bedrijfseconomisch ontslag opeens onder aan de afspiegingsladder staat? Het antwoord op deze vraag moet worden gezocht in de regeling omtrent afspiegeling. In artikel 15 Ontslagregeling treffen we aan dat indien sprake is van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten tussen dezelfde partijen binnen zes maanden, de arbeidsovereenkomsten bij elkaar worden opgeteld. Ook in andere gevallen regelt de wet de rechtsgevolgen in specifieke situaties. Ik noemde reeds de samentelling bij de berekening van de opzegtermijn (art. 7:672 lid 9 BW). Maar ook de transitievergoeding voorziet in een samentelregeling (art. 7:673 lid 4 en 5 BW).

Het aanvaarden van een nieuwe juridische overeenkomst kan soms vergaande gevolgen hebben, als bijvoorbeeld de pensioenuitvoerder niet meer bereid is tegen de oude voorwaarden de werknemer opnieuw aan te melden. Of dat werknemer hierdoor een bepaalde cao-aanspraak misloopt. Indien zich dit voordoet, dan zou de werknemer aan de rechter moeten vragen hiervoor voorzieningen te treffen (art. 7:682 lid 6 jo. 7:683 lid 4 BW).

6. Tot besluit

Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft het derhalve volledig bij het juiste einde. Ik juich dit oordeel toe. Temeer omdat ik mij nu gesteund voel door wat rechtspraak, wanneer ik over het herstelverzoek spreek en betoog dat sprake is van een nieuwe juridische overeenkomst. Mij

wordt dan meer dan eens tegengeworpen dat deze zienswijze een uiterst onpraktische en vooral zeer dogmatische benadering is. Daar kan ik het tot op zekere hoogte mee eens zijn, maar tegelijkertijd is dit wel de juridische werkelijkheid. Herstel als een tweederangs vernietigingsgrond zou ik van harte willen omarmen, zij het dat het juridisch systeem zich daartegen verzet. En natuurlijk kunnen we met wat pragmatisme doen alsof het toch een soort vernietiging is, maar dan kunnen we met hetzelfde pragmatisme onze mr.-titel afschaffen. Als vernietiging en herstelveroordeling hetzelfde is, dan is vernietiging en ontbinding dat straks ook en is er eigenlijk ook geen verschil meer tussen een wanprestatie en onrechtmatige daad. Laten wij alsjeblieft de wetgever scherp houden en confronteren met de juridische werkelijkheid die hij creëert. Dat de wetgever dan mogelijk overgaat tot aanpassing van de wet, in bijvoorbeeld een stelsel waarin de kantonrechter een opzegging met toestemming van het UWV gewoon kan vernietigen omdat achteraf toch blijkt dat sprake is van een onrechtmatigheid, dan wel dat het hof de ontbindingsbeschikking van de kantonrechter kan vernietigen omdat er fouten zijn gemaakt, waarbij eventueel de automatisch terugwerkende kracht van de vernietiging kan worden ontnomen (art. 3:53 lid 2 BW biedt daarvoor ook mogelijkheden waar het de rechtshandeling betreft. Bij vernietiging van een beschikking zou dit in een wettelijke regeling tot uitdrukking moeten komen), is alleen maar te billijken. Immers, wat voor de wetenschapper, de magistraat en de praktijkjurist geldt, geldt ook voor de wetgever: ken uw klassieken!