

ANNOTATIE

Herstel van de arbeidsovereenkomst na de Amsta-beschikking: de zoektocht naar het juiste petitum

mr. dr. P. Kruit

Annotatie bij Hoge Raad, 25-01-2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (AR-2019-0102)

1 Inleiding

In de Amsta-beschikking (HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80) behandelt de Hoge Raad een drietal onderwerpen die gerelateerd zijn aan het herstel van de arbeidsovereenkomst na een onterecht ontslag: (1) Wie herstelt de arbeidsovereenkomst, de werkgever of de rechter?, (2) Blijft de transitievergoeding verschuldigd na herstel van de arbeidsovereenkomst?, en (3) Hoe moet worden omgegaan met een eventuele periode van onderbreking? In deze annotatie zal ik in de paragrafen 2-4 voornoemde vragen bespreken conform het stramien dat eerst de (wet)systematiek wordt uiteengezet, vervolgens hoe de Hoge Raad in de Amsta-beschikking heeft geoordeeld en tot slot mijn reflectie hierop. In paragraaf 5 zal ik vervolgens trachten een petitum te formuleren dat aansluit bij de door de Hoge Raad gecreëerde kaders.

2 Wie herstelt de arbeidsovereenkomst: de werkgever of de rechter?

Systematiek

In de systematiek van de Wwz is een tweetal juridische grondslagen opgenomen waarmee het mogelijk is dat de arbeidsovereenkomst wordt hersteld. Enerzijds is dat artikel 7:682 BW, onder meer na een onterecht door het UWV verleende ontslagvergunning (lid 1 sub a). Anderzijds betreft het de situatie wanneer de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ten onrechte heeft ontbonden, dan wel het verzoek tot vernietiging van de opzegging ten onrechte heeft afgewezen. Ook in die situatie kan de werknemer, nu bij het gerechtshof, om herstel van

de arbeidsovereenkomst verzoeken. De juridische grondslag is dan artikel 7:683 lid 3 BW.

Zowel in artikel 7:682 BW als in artikel 7:683 BW heeft de wetgever voor dezelfde formulering gekozen, namelijk dat respectievelijk de kantonrechter en het gerechtshof 'de werkgever kan veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen'. Wanneer naar de parlementaire geschiedenis van de Wwz wordt gekeken dan blijkt hieruit dat de wetgever hiermee uitdrukkelijk heeft bedoeld een systeem waarin niet de rechter de arbeidsovereenkomst herstelt, maar altijd een rechtshandeling van de werkgever is vereist alvorens de arbeidsovereenkomst opnieuw tot stand komt (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 118 en 119; *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, E, p. 17 en C, p. 93, 110 en 112). De veroordeling tot herstel kan zowel met terugwerkende kracht tot aan de datum waarop de arbeidsovereenkomst ten onrechte geëindigd is, als tegen een latere, zelfs in de toekomst gelegen, datum. De rechter kan bij een veroordeling tot herstel tegen een latere datum dan de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd, besluiten een voorziening te treffen op grond van artikel 7:682 lid 6 BW (al dan niet met behulp van de schakelbepaling van art. 7:683 lid 4 BW).

Het belang van de vraag op welke wijze de arbeidsovereenkomst wordt hersteld is groot. Wanneer de werkgever eerst nog een nieuwe arbeidsovereenkomst moet aanbieden alvorens deze als 'hersteld' wordt beschouwd, dan brengt dit vanzelfsprekend met zich dat sprake is van een nieuwe arbeidsovereenkomst. De oude – ten onrechte geëindigde – arbeidsovereenkomst kan dan niet 'herleven', zodat juridisch gezien sprake is van twee contracten die elkaar – al dan niet met een tussenpoos – opvolgen. Wanneer de rechter de arbeidsovereenkomst zou mogen herstellen, dan zou dat kunnen impliceren dat de rechter de ten onrechte beëindigde arbeidsovereenkomst herstelt, zodat sprake is van slechts een doorlopende arbeidsovereenkomst. Daarmee zou de facto het herstel van de arbeidsovereenkomst eenzelfde rechtsgevolg creëren als de vernietiging van de opzegging, terwijl dit volgens de wetgever toch twee van elkaar te onderscheiden sancties zijn (zie hierover uitvoerig A.R. Houweling, 'Herstel van de arbeidsovereenkomst onder de Wwz', *TvO* 2017/3, p. 114-117).

Hoewel de wetssystematiek duidelijk lijkt, heeft de Hoge Raad in de beschikkingen *Mediant* (HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2998) en *Vlisco* (HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:571) verwarring gecreëerd door de volgende formulering te hanteren: 'In een zodanig geval kan de appelrechter of de verwijzingsrechter (de werkgever veroordelen om) de arbeidsovereenkomst (te) herstellen'. Hiermee heeft de Hoge Raad de indruk gewekt dat ook de rechter zelf tot herstel van de arbeidsovereenkomst kan besluiten.

Hoge Raad in Amsta

In de Amsta-beschikking komt de Hoge Raad in overweging 3.5.12 tot de conclusie dat het wettelijk stelsel inderdaad met zich brengt dat de rechter enkel de werkgever kan veroordelen tot herstel van de arbeidsovereenkomst. Hiermee lijkt de kous af. De Hoge Raad vervolgt echter dat uit de parlementaire geschiedenis niet volgt waarom herstel door de rechter moet worden uitgesloten. Herstel door de rechter heeft als voordeel dat direct in de procedure, onder rechterlijk toezicht, komt vast te staan in welke vorm en met ingang van welk tijdstip de arbeidsovereenkomst is of wordt hersteld, aldus de Hoge Raad. Hoewel deze praktische benadering geen steun vindt in de (systematiek van de) Wvz, komt de Hoge Raad met een oplossing. Met een beroep op artikel 3:300 BW – het recht van reële executie – kan de rechter ook zelf tot herstel van de arbeidsovereenkomst overgaan, doch enkel wanneer de werknemer hierom heeft verzocht. Wanneer de rechter met een beroep op artikel 3:300 BW zelf tot herstel van de arbeidsovereenkomst overgaat, dan is de inhoud van die arbeidsovereenkomst gelijk aan de inhoud van de opgezegde of ontbonden arbeidsovereenkomst, tenzij de rechter anders bepaalt.

Voorts bepaalt de Hoge Raad in de Amsta-beschikking dat ook wanneer de arbeidsovereenkomst (moet worden) hersteld tegen de datum van het eerdere ontslag een voorziening kan worden getroffen, daar waar in de parlementaire geschiedenis uitdrukkelijk is bepaald dat de voorziening is bedoeld voor de situatie waarin herstel tegen een latere datum plaatsvindt.

Reflectie

Ik moet eerlijkheidshalve bekennen dat ik met verbazing kennis heb genomen van de overweging van de Hoge Raad. Aan de ene kant bevestigt de Hoge Raad de bedoeling van de wetgever bij het leerstuk van herstel van de arbeidsovereenkomst, namelijk herstel vindt enkel door de werkgever plaats, maar aan de andere kant schuift de Hoge Raad deze bedoeling van de wetgever uit pragmatische overwegingen direct weer terzijde door te oordelen dat ook de rechter deze bevoegdheid tot herstel krijgt. Bij de – in mijn ogen ietwat gekunstelde – route die via artikel 3:300 BW loopt, moet de kanttekening worden gemaakt dat uit de parlementaire geschiedenis van artikel 3:300 BW volgt dat de rechter deze bepaling terughoudend moet gebruiken (TM, *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 899). Ik betwijfel daarom of de rechtshandeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:682 en 7:683 BW standaard onder de bepaling van artikel 3:300 BW had mogen worden gebracht. Voor een dergelijke standaardtoepassing lijkt dit artikel niet te zijn geschreven. Mij is slechts één arbeidsrechtelijke uitspraak bekend waarin een beroep werd gedaan op artikel 3:300 BW. Het betrof het verzoek van een werknemer om de rechterlijke beslissing ex artikel 3:300 BW in de plaats van de schriftelijke arbeidsovereenkomst te laten treden, nu de werkgever weigerde een arbeidsovereenkomst aan te bieden. Zowel de kantonrechter als het Hof Den Haag wees dit verzoek af, omdat

onduidelijk was wat de inhoud van de arbeidsovereenkomst zou zijn geweest (Hof Den Haag 17 augustus 2010, ECLI:NL:GHDHA:2010:BR0475). Van een brede toepassing van artikel 3:300 BW in de arbeidsrechtpraktijk is dus bepaald geen sprake.

Zoals Hogewind-Wolters in haar annotatie bij deze beschikking in *JAR* (2019/57) al terecht opmerkt, doet zich hier een sterk spanningsveld in de scheiding der machten voor. De Hoge Raad heeft op grond van artikel 81 RO weliswaar een taak op het gebied van de rechtsontwikkeling, maar deze kan in mijn optiek niet zover gaan dat het systeem van de wet, of een duidelijke bedoeling van de wetgever daarmee terzijde wordt gezet. Feitelijk zegt de Hoge Raad hiermee tegen de wetgever: jullie kunnen het zo bedacht hebben, maar wij vinden dat het toch anders moet. Dit doet mij denken aan wat Montesquieu autonome rechtsvinding noemt in zijn 'De l'esprit des lois' (XI, 6): de rechter bepaalt los van de wet wat in een bepaalde zaak een goede uitkomst is. De plaats die de Hoge Raad thans inneemt, sluit in elk geval aan bij de al door Wiarda gesignaleerde tendens naar een steeds autonomere rechtsvinding door de Hoge Raad (G.J. Wiarda, *3 typen van rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999).

Op het terrein van de Wwz is het niet voor het eerst dat de Hoge Raad de grenzen van zijn bevoegdheid opzoekt. Ik denk aan de New Hairstyle-beschikking (ECLI:NL:HR:2017:1187), waarin tegen de uitdrukkelijke wens van de wetgever toch een schadecomponent aan de billijke vergoeding werd gekoppeld, of de Kolom-beschikking (ECLI:NL:HR:2018:1617), waarin de Hoge Raad tegen de systematiek van de wet in een 'pro rato transitievergoeding' introduceerde, of wat dacht u van de Wilco-beschikking (ECLI:NL:HR:2018:1209), waarin met terugwerkende kracht en tegen het wettelijk systeem in het loonrisico bij een in hoger beroep alsnog terecht geoordeeld ontslag op staande voet bij de werknemer werd gelegd. De Amsta-beschikking kan wat mij betreft moeiteloos aan dit lijstje met controversiële uitspraken worden toegevoegd.

Wanneer zowel de Amsta-beschikking als de hiervoor genoemde drie beschikkingen New Hairstyle, Wilco en Kolom worden beschouwd, dan valt hieruit niet te zeggen dat de Hoge Raad specifiek voor een werkgevers- of werknemersvriendelijke benadering kiest. Zo kent de Wilco-beschikking toch vooral een werkgeversvriendelijke uitkomst, daar waar Kolom juist een voor de werknemer gunstige uitkomst kent. Van New Hairstyle en onderhavige Amsta-beschikking kan niet worden gezegd dat deze nu specifiek voor de werkgever of de werknemer een gunstige afloop kent; deze beschikkingen lijken door louter pragmatisme te zijn ingegeven. Ik zie in de rechtspraak van de Hoge Raad aldus niet zozeer een koers die een van de betrokken partijen (verder) wil beschermen. Het heeft er meer de schijn van dat de Hoge Raad bepaald niet achter de door de wetgever gekozen benadering van 'hard-and-fast-rules' staat (zie hierover ook S.F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules*, Leiden: Universiteit Leiden 2014). Het wettelijk stelsel kenmerkt zich

volgens de wetgever door eenvoud en duidelijkheid. Een strikte – misschien zelfs rigide – toepassing van dit systeem leidt tot de door de wetgever nagestreefde rechtszekerheid. Die rechtszekerheid welke volgens de wetgever zelfs prevaleert boven rechtvaardigheid, daar lijkt de Hoge Raad niet aan te willen. De Hoge Raad zoekt de grenzen van het wettelijk systeem op – en in mijn optiek gaat hij daar zelfs geregeld overheen – om zodoende toch in een concreet geval een redelijke uitkomst te geven.

Hoewel het in het kader van de scheiding der machten belangrijk is dat er een zekere mate van balans is tussen die machten en dit een zekere mate van autonomie van de rechter vereist, dient zulks wel binnen bepaalde grenzen plaats te vinden. Smith (C.E. Smith, *Regels van rechtsvinding*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 43) geeft aan dat de autonomie van de rechter op twee manieren is begrensd. Enerzijds dient de rechter zich in de rechtsvorming niet te laten leiden door het eigen rechtsgevoel, maar door de waarden van het rechtssysteem. De oplossing moet *binnen het geldend recht* rechtvaardig zijn. Anderzijds begrenst de staatsrechtelijke verhouding de rechtsvormende taak van de rechter. Daar waar de rechter met rechtsvorming in het exclusieve domein van een van de andere staatsmachten treedt, overschrijdt hij de grens. Smith noemt dit de heteronomie van de autonome rechter.

In hoeverre de Hoge Raad binnen de heteronomie van de autonome rechter blijft wanneer (1) uitdrukkelijk de bedoeling van de wetgever terzijde wordt geschoven (New Hairstyle, Amsta) of (2) een nieuwe niet bestaande rechtsregel wordt geïntroduceerd (Kolom), of (3) uitdrukkelijk van de wettelijke systematiek van risicoverdeling wordt afgeweken (Wilco) is uiteraard voor discussie vatbaar. Naar mijn idee zoekt de Hoge Raad hier de grens wel uitdrukkelijk op.

3 Blijft de transitievergoeding verschuldigd na herstel van de arbeidsovereenkomst?

Systematiek

Uit de systematiek van artikel 7:673 lid 1 BW vloeit voort dat de transitievergoeding verschuldigd is wanneer de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever is opgezegd, ontbonden is of niet is voortgezet. Belangrijk hierbij is op te merken dat de transitievergoeding niet door de rechter wordt *toegekend*, maar dat de aanspraak voortvloeit uit de wet wanneer aan de daarin gestelde voorwaarden is voldaan.

In beide situaties waarin herstel van de arbeidsovereenkomst aan de orde kan zijn (art. 7:682 en 7:683 BW) heeft een opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst plaatsgevonden waarvan achteraf door de kantonrechter of het gerechtshof wordt geoordeeld dat dit onterecht is gebeurd. Het rechtsgevolg is dat de werkgever (of sinds onderhavige beschikking: de rechter) de arbeidsovereenkomst herstelt. Dit herstel vindt plaats door middel van een nieuwe

rechtshandeling, namelijk het aanbieden van een nieuwe (tweede) arbeidsovereenkomst. De herstelde arbeidsovereenkomst is daarmee uitdrukkelijk geen voortzetting van de beëindigde arbeidsovereenkomst. Dit maakt de vraag naar verschuldigheid van de transitievergoeding bij een herstelde arbeidsovereenkomst systematisch gezien eenvoudig te beantwoorden. Indien de werknemer voldeed aan de voorwaarden waaronder hij aanspraak kon maken op een transitievergoeding bij de (onterechte) beëindiging van de (eerste) arbeidsovereenkomst, dan behoudt hij die aanspraak, omdat de rechtshandeling opzegging of ontbinding van die eerste arbeidsovereenkomst niet ongedaan is gemaakt door het herstel van de arbeidsovereenkomst. Door het herstel is immers een nieuwe (tweede) arbeidsovereenkomst ontstaan die geen afbreuk doet aan het eindigen van de eerste arbeidsovereenkomst. Manco van deze systematiek die op zich deugdelijk in elkaar steekt, is dat de werknemer in deze situatie zowel zijn arbeidsovereenkomst met bijbehorende loonaanspraak terug heeft, als ook een transitievergoeding heeft ontvangen waar hij wettelijk gezien recht op had en houdt. Dat lijkt wat dubbelop, maar de wetgever heeft dit ‘probleem’ in zekere zin al ondervangen met artikel 7:673 lid 5 BW, waarin staat dat bij een hernieuwd ontslag de reeds betaalde transitievergoeding in mindering mag worden gebracht op de dan te betalen transitievergoeding. Er is aldus een deel van de vergoeding vooruitbetaald, zo zou je kunnen stellen. Slechts in de situatie waarin de werknemer bij een einde van de tweede arbeidsovereenkomst geen aanspraak heeft op een transitievergoeding (bijvoorbeeld omdat hij zelf opzegt, of omdat hij de AOW-leeftijd heeft bereikt), heeft de werkgever in dit geval een deel van de transitievergoeding ‘te veel’ betaald.

Hoge Raad in Amsta

De Hoge Raad onderkent de hiervoor geschetste systematiek aangaande de transitievergoeding. In overweging 3.5.4 beschrijft de Hoge Raad eerst dat herstel van de arbeidsovereenkomst niet de opzegging of ontbinding ongedaan maakt, zodat de grondslag tot betaling van de transitievergoeding niet komt te ontvallen. De Hoge Raad vervolgt in overweging 3.5.5 echter met de stelling dat een veroordeling tot betaling van de transitievergoeding moet worden aangemerkt als voorziening als bedoeld in artikel 7:682 lid 6 BW. Het is dus aan de rechter om – in samenhang met andere voorzieningen zoals compensatie voor inkomenschade of pensioenschade – te bepalen of de werknemer de ontvangen transitievergoeding moet terugbetalen.

In overweging 3.5.6 overweegt de Hoge Raad tot slot dat het geheel van voorzieningen tot doel heeft dat de werknemer wordt gecompenseerd voor het nadeel door de onderbreking van de arbeidsovereenkomst en dat ook de vraag of, en zo ja, in hoeverre de transitievergoeding moet worden terugbetaald, tegen deze achtergrond moet worden bekeken.

Reflectie

Het uitgangspunt dat de Hoge Raad formuleert, namelijk dat bij herstel van de arbeidsovereenkomst geen juridische grondslag bestaat om tot een terugbetalingsverplichting van de transitievergoeding door de werknemer te komen, lijkt mij correct. Dit vloeit immers voort uit het systeem van artikel 7:673 lid 1 BW. Daar had de Hoge Raad het wat mij betreft ook bij moeten laten. Zoals ik hiervoor al uiteenzette, biedt artikel 7:673 lid 5 BW voor de situatie die dan ontstaat al een oplossing ter voorkoming van dubbele betaling. Door via de achterdeur van artikel 7:682 lid 6 BW de terugbetaling van de transitievergoeding onderdeel te maken van de te treffen voorziening, rekt de Hoge Raad de reikwijdte van deze bepaling in mijn ogen te ver op. Immers, artikel 7:682 lid 6 BW bepaalt letterlijk ‘... en treft hij (de rechter) voorzieningen *omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking*’ [cursivering PKR]. De tekst van de wet geeft dus zelf al aan waar de voorzieningen op (mogen) zien, namelijk de rechtsgevolgen van de onderbreking. De verschuldigdheid van de transitievergoeding heeft niets te maken met de onderbreking – sterker nog: deze kwestie is juist prangend wanneer geen sprake is van een onderbreking en de werknemer aansluitend zowel een nieuwe arbeidsovereenkomst als de transitievergoeding krijgt – maar met het feit dat de rechtshandeling opzegging of ontbinding niet ongedaan kan worden gemaakt in een herstelprocedure. Kortom, er is geen enkel verband tussen de (al dan niet bestaande) onderbreking en de verschuldigdheid van de transitievergoeding. Gelet op de tekst van de wet kan een oordeel van de rechter over terugbetaling van de transitievergoeding dus nooit een ‘voorziening’ in de zin van artikel 7:682 lid 6 BW zijn. Uitsluitend kan de rechter een onderbreking in de arbeidsovereenkomst aanbrengen en geen financiële voorziening treffen, *omdat* de werknemer ook al een transitievergoeding heeft ontvangen. Tegen deze achtergrond is de overweging van de Hoge Raad dat de rechter als onderdeel van het geheel aan voorzieningen kan bepalen dat de transitievergoeding moet worden terugbetaald, zeer opmerkelijk te noemen.

De Hoge Raad lijkt dat spanningsveld zelf ook te zien, getuige de hiervoor beschreven nabrander in overweging 3.5.6. De Hoge Raad stelt dat de vraag of de werknemer de transitievergoeding moet terugbetalen, moet worden beantwoord tegen de achtergrond dat het geheel van voorzieningen als bedoeld in artikel 7:682 lid 6 BW de werknemer compenseert voor het nadeel van de onderbreking. Let op: *de werknemer* moet worden gecompenseerd voor zijn nadeel. Ik lees hierin, dat wanneer geen sprake is van een onderbreking de werknemer niet hoeft te worden gecompenseerd voor enig nadeel. Nergens in de wet staat dat de werkgever moet worden gecompenseerd voor enig nadeel als gevolg van een achteraf onjuiste UWV- of kantonrechterbeslissing. Terugbetaling van de transitievergoeding – waarvan de verschuldigdheid uit die verkeerde UWV- of kantonrechterbeslissing voortvloeit – kan dan in

mijn optiek niet aan de orde zijn. Desondanks oordeelt de Hoge Raad dat terugbetaling van de transitievergoeding wel onderdeel van de voorzieningen als bedoeld in artikel 7:682 lid 6 BW kan zijn. Bedoelt de Hoge Raad met overweging 3.5.6 dan wellicht dat de transitievergoeding moet worden beschouwd als een compensatie aan de werknemer voor een eventuele onderbreking, en dat bij gebrek aan onderbreking die compensatie ongedaan moet worden gemaakt? Het lijkt niet alleen een creatieve lezing van artikel 7:682 lid 6 BW, maar het zou tevens miskennen dat de verschuldigdheid van de transitievergoeding geen voorziening aan de werknemer betreft (een voorziening wordt immers krachtens de wet aan de werknemer *toegekend*), maar een wettelijk recht dat voortvloeit uit de rechtshandeling opzegging of ontbinding.

Tot slot merk ik hier nog op dat de Hoge Raad blijkbaar ook een partiële terugbetaling van de transitievergoeding tot de mogelijkheden ziet behoren. In overweging 3.5.6 staat immers verwoord 'of, en zo ja, in hoeverre, de transitievergoeding moet worden terugbetaald'. Dat geen verplichting bestaat tot het treffen van een voorziening, ook bij herstel tegen een latere datum dan de ontslagdatum, heeft de Hoge Raad reeds bepaald in de Meriant-beschikking (HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3241). De Hoge Raad voegt hieraan in de Amsta-beschikking toe dat de rechter zowel op verzoek van partijen als ambtshalve voorzieningen kan treffen (overweging 3.5.10). In dat laatste geval zal de rechter partijen wel voldoende in de gelegenheid moeten stellen zich uit te laten over de wenselijkheid van die voorzieningen. Terugbetaling van de transitievergoeding is met deze overweging geen vanzelfsprekendheid. Het is aan de rechter – ook indien partijen hierom niet hebben verzocht – een beslissing te nemen over de noodzaak van terugbetaling van de transitievergoeding.

Hierbij bestaat, blijkens de door de Hoge Raad gekozen formulering, zelfs de mogelijkheid dat de rechter beslist dat de werknemer een deel van zijn transitievergoeding kan behouden en een deel aan de werkgever zal moeten terugbetalen. Hoewel de Hoge Raad in de Kolom-uitspraak (ECLI:NL:HR:2018:1617) voor sommige specifieke situaties de pro rato transitievergoeding reeds in het leven heeft geroepen, lijkt ook hier een situatie te kunnen ontstaan waarin de werknemer recht behoudt op een gedeeltelijke transitievergoeding. Het behoeft weinig betoog dat ook deze variant van een pro rato transitievergoeding ver verwijderd is van het wettelijk systeem van artikel 7:673 BW. Het lijkt mij dat het uiteindelijk niet terug te betalen deel van de transitievergoeding bij een later ontslag weer ex artikel 7:673 lid 5 BW in mindering mag worden gebracht op de dan te betalen transitievergoeding. Al zou zelfs kunnen worden betoogd dat de gedeeltelijk ontvangen transitievergoeding die tevens dient als 'voorziening' in de zin van artikel 7:682 lid 6 BW niet in mindering kan worden gebracht ex artikel 7:673 lid 5 BW, omdat immers dit deel van de transitievergoeding fungeerde als 'voorziening' en niet als 'transitievergoeding'. Nu beide begrippen door deze Amsta-

beschikking door elkaar dreigen te gaan lopen, roept dat weer andere afbakeningsvragen op. De Hoge Raad lijkt met de in de Wwz ingezette koers die afwijkt van het wettelijk systeem langzaam in een web van complicaties verstrikt te geraken.

4 Per wanneer wordt de arbeidsovereenkomst hersteld en hoe om te gaan met een onderbreking?

Systematiek

In het wettelijk systeem van de Wwz onderscheidt herstel van de arbeidsovereenkomst zich van vernietiging van de opzegging door onder andere het ontbreken van terugwerkende kracht. Herstel van de arbeidsovereenkomst kan zowel met terugwerkende kracht per de datum dat de arbeidsovereenkomst ten onrechte is geëindigd, als een datum die op een later moment is gelegen. Dit is volledig ter discretionaire bevoegdheid aan de rechter overgelaten (zie ook HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3241 (Meriant)). Deze latere datum kan zelfs gelegen zijn langer dan zes maanden na het eindigen van de eerste arbeidsovereenkomst, zulks met het gevolg dat de anciënniteit van de werknemer in het kader van de transitievergoeding op grond van artikel 7:673 lid 4 sub b BW wordt doorbroken. Dit is bij herstel van de arbeidsovereenkomst ook helemaal niet bezwaarlijk, omdat – zoals beschreven – de transitievergoeding gewoon verschuldigd blijft en de werknemer aldus niet wordt benadeeld.

Hoge Raad in Amsta

De Hoge Raad oordeelt in de Amsta-beschikking in overweging 3.5.8 dat de rechter als onderdeel van de te treffen voorziening ook kan bepalen dat – in geval van een onderbreking van langer dan zes maanden – de ontbonden of opgezegde arbeidsovereenkomst meetelt bij de berekening van de transitievergoeding van de herstelde arbeidsovereenkomst. Dit past volgens de Hoge Raad in de ruime vrijheid die de rechter heeft bij het treffen van voorzieningen. De Hoge Raad koppelt hier echter wel expliciet de voorwaarde aan dat deze voorziening slechts kan worden getroffen in combinatie met de voorziening dat de werknemer de reeds betaalde transitievergoeding moet terugbetalen.

Reflectie

De Hoge Raad heeft mij in deze Amsta-beschikking op alle aspecten verbaasd, zo ook ten aanzien van de onderbreking van langer dan zes maanden. Ook deze overweging druist lijnrecht in tegen de wetssystematiek van artikel 7:673 BW. Immers, deze bepaling regelt al de situatie waar de Hoge Raad thans een draai aan geeft. Op grond van de wet is het simpel: bij herstel van de arbeidsovereenkomst houdt de werknemer zijn transitievergoeding. Is de

onderbreking korter dan zes maanden dan kan de betaalde transitievergoeding in mindering worden gebracht ex artikel 7:673 lid 5 BW op een transitievergoeding na het eindigen van de herstelde arbeidsovereenkomst. Is de onderbreking langer dan zes maanden dan ontstaat een nieuwe aanspraak op transitievergoeding waarop de werknemer bij beëindiging van de herstelde arbeidsovereenkomst recht heeft. De Hoge Raad gaat dwars door deze systematiek heen door ook bij een doorbreking langer dan zes maanden een samentelling van arbeidsovereenkomsten mogelijk te maken, dus in strijd met artikel 7:673 lid 4 sub b BW. Als tegenprestatie moet de werknemer dan wel zijn verkregen transitievergoeding (geheel?) inleveren. Dit bevreemdt mij. Immers, de betaalde transitievergoeding zal een werknemer – zeker bij een onderbreking langer dan zes maanden – toch nodig hebben gehad om in zijn levensonderhoud te voorzien. Daarnaast maakt de Hoge Raad artikel 7:673 lid 5 BW in dit verband geheel overbodig, waarin reeds is voorzien in het voorkomen van een dublering van de transitievergoeding. Het meetellen van de eerdere arbeidsovereenkomst zou in mijn optiek juist voor andere aspecten dan de transitievergoeding relevant kunnen zijn, zoals het afspiegelingsbeginsel of de in acht te nemen opzegtermijn. Deze gevolgen noemt de Hoge Raad in overweging 3.5.8 en 3.5.9 echter niet, maar hij beperkt zich tot de anciënniteit bij het bepalen van de omvang van de transitievergoeding. Ik zie echter geen reden aan te nemen dat niet ook voor het afspiegelingsbeginsel en de opzegtermijn kan worden verzocht het nadeel van de onderbreking weg te nemen.

5 Hoe formuleer je het petitum bij een verzoek tot herstel van de arbeidsovereenkomst?

Wat je er ook van vindt, we hebben het met de rechtspraak van de Hoge Raad te doen. Zo ook met de door de Hoge Raad in de Amsta-beschikking geschetste kaders inzake het herstel van de arbeidsovereenkomst. Dit roept de vraag op hoe dit nu om te zetten in een petitum in een 682- of 683-verzoekschrift en -verweerschrift. Er zijn zoveel parameters waarmee rekening moet worden gehouden, zoals: terugwerkende kracht, geen terugwerkende kracht, tussenliggende periode van korter of langer dan zes maanden, de te treffen voorziening, al dan niet terugbetalen van de transitievergoeding. Ik heb getracht met inachtneming van de verschillende elementen een correct en zo volledig mogelijk petitum te formuleren. Hiermee kunt u in de dagelijkse praktijk wellicht uw voordeel doen.

682/683 verzoekschrift/beroepschrift: verzoek tot herstel

Verzoekt U Edelachtbare:

I. De arbeidsovereenkomst ex artikel 7:682/683 BW jo. 3:300 BW zelf te herstellen, dan wel de werkgever te veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen. II. Het herstel als bedoeld onder I te bepalen op datum [aansluitend einde arbeidsovereenkomst], althans op een door U

Edelachtbare in goede justitie te bepalen datum.III. De werkgever te veroordelen tot betaling van het salaris, inclusief emolumenten vanaf de datum als bedoeld onder II, te vermeerderen met wettelijke verhoging en wettelijke rente.IV. De werkgever te veroordelen tot wedertewerkstelling van werknemer binnen 48 uur na betekening van de beschikking, zulks op straffe van een dwangsom van €...V. Indien de onder II bedoelde datum zes maanden of langer na [datum einde arbeidsovereenkomst] ligt, de voorziening te treffen dat beide arbeidsovereenkomsten samen moeten worden genomen voor alle arbeidsrechtelijke regelingen waarvoor de doorbrekingstermijn van zes maanden nadelige gevolgen heeft voor de werknemer.VI. De voorziening te treffen dat werkgever wordt veroordeeld tot betaling van een bedrag van €... [laatstverdiende loon inclusief emolumenten] indien de arbeidsovereenkomst aansluitend op [datum einde arbeidsovereenkomst] wordt hersteld, alsmede een bedrag van €... voor iedere maand dat de onderbreking heeft geduurd, zulks ter compensatie van door de werknemer geleden nadeel.VII.De werkgever te veroordelen in de kosten van deze procedure, het salaris van de gemachtigde daaronder begrepen.

682/683 verweerschrift (in hoger beroep): verweer tegen herstelverzoek

Verzoekt U Edelachtbare:

Primair:

I. Het verzoek tot herstel van de arbeidsovereenkomst af te wijzen.

Subsidiar:

II. De arbeidsovereenkomst te (laten) herstellen per [datum in de toekomst]. III. De werknemer te veroordelen het brutobedrag van de reeds betaalde transitievergoeding ter grootte van € ... terug te betalen binnen 7 dagen na betekening van de beschikking.

Primair en subsidiar:

IV. Het meer of anders verzochte af te wijzen. V. De werknemer te veroordelen in de kosten van deze procedure, het salaris van de gemachtigde daaronder begrepen. *Mr. dr. P. (Pascal) Kruit*