

## 73

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem  
15 februari 2016, nr. 200.179.151,  
ECLI:NL:GHARL:2016:1116  
(mr. Knottnerus, mr. Kuiper, mr. Fikkers)  
Noot mr. drs. A.M. Helstone, tevens behorend  
bij «JAR» 2016/74, «JAR» 2016/76, «JAR»  
2016/77

**Voorwaardelijke ontbinding in eerste aanleg  
onterecht toegewezen. Arbeidsovereenkomst  
voorwaardelijk hersteld vanaf datum ontbin-  
ding.**

[Wet werk en zekerheid art. XII lid 1 aanhef en  
onder b; BW art. 7:629, 7:669 lid 3, 7:671b,  
7:683; BW (oud) art. 7:685]

*De werknemster heeft zich op 5 december 2015  
ziekgemeld met zwangerschapsgerelateerde  
klachten. Zij heeft aangegeven dat zij ziek wordt  
van de geur van kippenvlees op haar werkplek.  
Naar aanleiding van een anoniem sms-bericht heeft  
de werkgever een recherchebureau opdracht gege-  
ven om onderzoek te verrichten. Dit bureau heeft  
vastgesteld dat de werknemster werkzaamheden  
heeft verricht in het restaurant van haar partner.  
Zij heeft daar onder meer kebab bereid. Verder is  
de werknemster zonder toestemming vier dagen  
naar het buitenland geweest. De werknemster is  
op 20 februari 2015 op staande voet ontslagen. Op  
verzoek van de werkgever heeft de kantonrechter  
de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk ontbon-  
den. De werknemster heeft hiertegen hoger be-  
roep ingesteld.*

*Het hof overweegt dat het verzoek van de werkge-  
ver moet worden beoordeeld op basis van het met  
ingang van 1 juli 2015 geldende recht. Een voor-  
waardelijke ontbindingsprocedure kan niet worden  
aangemerkt als een geding dat betrekking heeft  
op de opzegging, zoals omschreven in art. XII lid  
1 aanhef en onder b van het Overgangsrecht. Na  
de invoering van het nieuwe ontslagrecht is nog  
plaats voor een verzoek tot voorwaardelijke ontbin-  
ding na een ontslag op staande voet dat onder het  
oude recht is gegeven. In het kader van art. 7:685  
BW (oud) is aanvaard dat de werkgever een gerecht-  
vaardigd belang heeft bij voorwaardelijke ontbin-  
ding, nu het geruime tijd kan duren voordat bij in  
kracht van gewijsde gegane rechterlijke uitspraak  
zekerheid is verkregen over het effect van het ont-  
slag op staande voet. Er is geen grond om in het*

*geval van een naar oud recht te beoordelen ontslag  
op staande voet voor een voorwaardelijke ontbin-  
ding met toepassing van art. 7:671b lid 1 BW tot  
een ander oordeel te komen om de enkele reden  
dat tegen de beslissing op dat ontbindingsverzoek  
hoger beroep en cassatie is opengesteld. De  
voorwaardelijke ontbinding is in eerste aanleg  
onterecht toegewezen. Een schending van de re-  
integratieverplichtingen door de werknemster  
levert geen grond op voor ontbinding omdat de  
werknemster niet schriftelijk is gemaand tot nako-  
ming en omdat de werkgever niet beschikt over  
een deskundigenoordeel. Voor het verrichten van  
hand- en spandiensten in het restaurant van de  
partner van de werknemster was geen toestem-  
ming van de werkgever vereist. Het hof wijst het  
verzoek van de werknemster tot herstel voorwaar-  
delijk toe, met ingang van de datum waarop de  
kantonrechter de arbeidsovereenkomst voorwaar-  
delijk heeft ontbonden.*

*NB. Het hof geeft in deze zaak geen principiële  
oordeel over het al dan niet toelaatbaar zijn van  
een voorwaardelijke ontbinding onder de Wwv,  
maar relateert het voorwaardelijk ontbinden in dit  
geval aan het feit dat het eraan voorafgegane ont-  
slag op staande voet naar oud recht moet worden  
beoordeeld. Zie voor vergelijkbare gevallen «JAR»  
2015/217 en «JAR» 2015/195.*

De werkgever te (...),  
verzoekster in het principaal hoger beroep,  
verweerster in het incidenteel hoger beroep,  
in eerste aanleg: verzoekster,  
advocaat: mr. J.V. van Ophem,  
tegen  
de werknemster te (...),  
verweerster in het principaal hoger beroep,  
verzoekster in het incidenteel hoger beroep,  
in eerste aanleg: verweerster,  
advocaat: mr. E.E.P. Gosling-Verheijen.

1. *Het geding in eerste aanleg  
(...; red.)*

2. *Het geding in hoger beroep  
(...; red.)*

### 3. De vaststaande feiten

3.1. De werknemster, geboren op (...), is op 30 november 2009 bij de werkgever in dienst getreden in de functie van productiemedewerker tegen een laatstgenoten salaris van € 2.017,94 bruto per 4 weken op basis van een 38-urige werkweek.

3.2. In de schriftelijke arbeidsovereenkomst is onder andere het volgende vermeld:

“Artikel 13 – Werkzaamheden voor derden

Het is werknemer niet toegestaan andere werkzaamheden bij derden, al dan niet in loondienst, te verrichten, tenzij hierover andere afspraken zijn gemaakt, welke ook schriftelijk zijn vastgelegd.”

3.3. De werknemster heeft zich op 5 december 2014 bij de werkgever ziek gemeld in verband met zwangerschapsgerelateerde klachten.

3.4. Op 8 januari 2015 heeft een telefoongesprek tussen de werknemster en de heer X, personeelsfunctionaris bij de werkgever, plaats gevonden. In een niet gedateerde verklaring van X, die de gemachtigde van de werkgever als productie 16 bij zijn brief van 10 augustus 2015 aan de kantonrechter heeft gezonden, is met betrekking tot dit telefoongesprek het volgende vermeld:

“8-1-2015 Telefoon, X -> de werknemster

De werknemster liet me weten dat ze nog steeds ziek is. Ze kan niet veel. Met kerst en oud-nieuw rustig aan moeten doen. We hebben de mogelijkheden tot werkhervatting doorgesproken. De werknemster benadrukte daarbij telkens dat ze niet tegen de lucht kon.

Ik heb met de werknemster de mogelijkheid van kantinewerk doorgesproken en laten weten dat we in de kantine plek voor haar hebben. Daar hangt geen of veel minder de lucht van kippenvles. Zou dat wat voor haar zijn? De werknemster liet mij weten dat niet te kunnen en te willen. Ze kan niet tegen de frituurlucht die in de kantine hangt.

Ik nodig de werknemster gelijk uit voor consult BA.

Officiële uitnodiging volgt per mail.”

3.5. Op 8 januari 2015 heeft X een anoniem sms-bericht ontvangen waarin werd gesteld dat verschillende medewerkers van de werkgever elders “zwart” werkzaamheden verrichtten, terwijl zij ziek waren. In dit sms-bericht werd onder andere de werknemster genoemd.

3.6. De werknemster is op 14 januari 2015 op het spreekuur van de bedrijfsarts van de werkgever geweest. In een probleemanalyse van de bedrijfsarts van 14 januari 2015 is onder andere het volgende vermeld:

“4.1. Beperkingen van de werknemer

Wat zijn de beperkingen van de werknemer waardoor deze het eigen of ander werk (gedeeltelijk) niet meer kan verrichten?

Omschrijving beperking(en): Werknemer is fysiek minder belastbaar. Bovendien extra gevoelig voor koude en bepaalde geuren, die bij haar ziekteverschijnselen opwekken. Er is tijdelijk een urenbeperking.

Prognose: Maximaal tot aanvang WAZO-periode.

4.2. Knelpunten in de eigen functie

Omschrijf de aspecten in de functie van werknemer waardoor deze zijn werk niet kan doen.

De kou op de werkplek en de geur van het product. De uren.

4.3. Arbeidsmogelijkheden van de werknemer

Welke werkzaamheden kan de werknemer nog wél verrichten?

Werknemer kan in beperkt aantal uren (bv. 4x3/week) in een qua geuren neutrale en niet koude omgeving fysiek licht werk doen.

4.4. Hoe is de relatie tussen de werkgever en de werknemer

Over de kwaliteit van de arbeidsverhouding zijn geen bijzonderheden te melden; deze kan worden omschreven als goed.

(...)

4.6. Toestemming werknemer

Client gaat akkoord met verzending van deze probleemanalyse aan de werkgever.

4.7. Mening van de werkgever

Geef de mening van de werkgever over de werknemer, zijn functie, de arbeidsmogelijkheden, de oorzaak van het verzuim, de kwaliteit van de arbeidsverhouding

Idem.

4.8. Overige relevante informatie voor de probleemanalyse

Werknemer heeft klachten en beperkingen, die vallen onder de vangnetregeling van UWV.(...)

Voor het eigen werk in volle omvang is zij niet geschikt maar aangepaste werkzaamheden (zie 4.3) mogen geprobeerd worden. Aandachtspunt is wel dat haar situatie de komende tijd nog wettelijk kan veranderen.

CONCLUSIE ARBEIDSMOGELIJKHEDEN

5.1. Geef een beschrijving van de mogelijkheden van de werknemer om weer in zijn eigen functie te werken. Geef ook een prognose.

Nog geen.

5.2. Geef een beschrijving van de mogelijkheden van de werknemer om in ander werk bij de werkgever aan de slag te komen. Geef ook een prognose.

Zie 4.3

(...)

5.4. Wat is uw conclusie over de mogelijkheid tot werken van de werknemer

Wel benutbare mogelijkheden.

(...)

6.2. Advies stappenplan re-integratieactiviteiten

(...)

In onderling overleg bepalen of er geschikt en passend werk voorhanden is. Zo ja, dan in dat werk 4x3 uur hervatten en na 1-2 weken evalueren hoe het gaat. Bij succes de uren uitbreiden en bij serieuze problemen stoppen en advies vragen aan de bedrijfsarts.

(...)"

3.7. De werknemer is zonder toestemming van de werkgever en zonder dit te melden aan de werkgever op woensdag 4 februari 2016 naar haar ouders in (land) gereisd en op zondag 8 februari 2015 in Nederland teruggekeerd.

3.8. Naar aanleiding van het onder 3.5 vermelde sms-bericht heeft de werkgever een recherchebureau opdracht gegeven een onderzoek te verrichten. Dit onderzoek heeft plaats gevonden in de periode van 16 januari 2015 tot en met 13 februari 2015. Het recherchebureau heeft op 4 maart 2015 schriftelijk aan de werkgever gerapporteerd. In dit rapport is onder andere het volgende vermeld: "In opdracht van de werkgever (hierna genoemd: de werkgever), (...) werd een onderzoek uitgevoerd naar aanleiding van een sms-bericht waarin werd gesteld dat meerdere medewerkers van de werkgever elders 'zwart' werkzaamheden verrichtten, terwijl zij zich ziek hadden gemeld.

(...)

De personen die in de melding werd genoemd ten aanzien van het zwart bijverdiensten tijdens ziekte bij de werkgever, betroffen:

(...) de werknemer;

(...)

Het onderzoek heeft plaats gevonden in de periode vrijdag 16 januari tot en met vrijdag 13 februari 2015.

(...)

2.1. Vaststellen of genoemde medewerkers werkzaamheden elders uitvoeren

Uit het onderzoek is bekend geworden dat de werknemer en (...) werkzaamheden hebben verricht bij bedrijf 2. De werknemer heeft dit gedaan tijdens haar ziekteperiode bij de werkgever.

(...) De werknemer is bij bedrijf 2 aan het werk gezien tijdens een van de observaties. Beide vrouwen zouden vanaf november/december 2014 ongeveer vier à vijf keer werkzaamheden bij bedrijf 2 hebben verricht.

De werknemer kreeg naar eigen zeggen niet betaald voor haar werkzaamheden bij bedrijf 2, maar wilde 'slechts' bij haar vriend zijn op de zondagen dat hij alleen in bedrijf 2 aan het werk was. De werknemer deelde mee dat zij vooral aanwezig was geweest (van 14.00 tot 21.00 uur) en alleen incidenteel wat werkzaamheden verrichtte. De vriend van de werknemer (...) is overigens een van de vennoten van bedrijf 2. Ook is de werknemer tijdens haar ziekteperiode, in februari 2015, in (land) verbleven zonder dit te melden aan/overleggen met de werkgever.

(...)

#### 4. Observaties

##### 4.1. Uitgevoerde observaties

Op de volgende data zijn observaties uitgevoerd: (...)

vrijdag 16 januari 2015, (...);

(...)

(...) zondag 1 februari 2015, van 20.00 tot 20.45

uur;

(...)

(...) zondag 8 februari 2015, (...).

(Zie bijlage 5)

4.2. Voornaamste uitkomsten van de observaties  
Uit het bezoek aan bedrijf 2, uitgevoerd op zondag 1 februari 2015, werd onder meer bekend dat de werknemer verschillende werkzaamheden, waaronder schoonmaakwerkzaamheden, in bedrijf 2 heeft uitgevoerd (...)

##### 5. Gesprekken

Op basis van de uitkomsten van het informatief onderzoek en de observaties is besloten om een (confronterend) gesprek te voeren met de werknemer. Dit gesprek is integraal gerapporteerd in paragraaf 5.1. Naar aanleiding van het gesprek met de werknemer is tevens een (confronterend) gesprek gevoerd (...). Bij beide gesprekken was een beëdigd tolk voor de (land) taal aanwezig.

##### 5.1. Gesprek met de werknemer

Het gesprek met de werknemster vond plaats op vrijdag 13 februari 2015 van omstreeks 10.00 tot 12.20 uur (...)

(...)

(Zie bijlagen 6 (...))

3.9. In bijlage 5 bij het rapport van het recherchebureau is met betrekking tot de observaties in bedrijf 2 onder andere het volgende vermeld:

“Observatie uitgevoerd op dinsdag 20 januari 2015 (...)

Gedurende de observatie werden er meerdere controles te voet uitgevoerd. Tijdens geen van deze controles is mevrouw de werknemster waargenomen.

(...)

Observatie (III) uitgevoerd op donderdag 22 januari 2015

(...)

In de hoek van de keuken zat een vrouw op een stoel. (...) Het signalement van de vrouw kwam overeen met het signalement van de werknemster. (...) De werknemster voerde geen werkzaamheden uit.

(...)

Observatie (II) uitgevoerd op vrijdag 23 januari 2015

(...)

11.50 uur (...) De werknemster werd niet aangetroffen.

13.05 uur: (...) Betrokkene werd hierbij niet aangetroffen.

(...)

Observatie uitgevoerd op zondag 1 februari 2015

Op zondag 1 februari 2015 betrad onze medewerker omstreeks 20.00 uur het pand van [bedrijf 2]

(...)

Tevens werd in de [bedrijf 2] achter een tafel een vrouw waargenomen. De vrouw dronk een blikje Coca Cola. (...) Het signalement van de vrouw kwam overeen met het opgegeven signalement en de door opdrachtgever verstrekte foto van de werknemster.

(...)

Onze medewerker bestelde bij de partner van de werknemster een shoarmaschotel en een blikje Ice tea. Hierna nam onze medewerker plaats aan een tafel.

Nadat de partner van de werknemster de bestelling van onze medewerker serveerde, stond de werknemster op en liep achter de toonbank/koelvitriene. De werknemster bereidde een Turkse pizza en at deze vervolgens op achter de tafel.

Nadat de werknemster de Turkse pizza had opgegeten liep zij achter de toonbank/koelvitriene. Betrokkene voerde vervolgens handelingen uit achter de toonbank/koelvitriene en voerde tevens schoonmaakhandelingen uit ter hoogte van het frituur.

Tijdens de aanwezigheid van onze medewerker hebben nog twee klanten een bezoek gebracht aan de [bedrijf 2] en eten besteld. Deze twee klanten werden door de partner van de werknemster geholpen.

Omstreeks 20.30 uur haalde de werknemster de dienbladen met daarop snacks uit de koelvitriene en bracht deze weg uit het zicht van onze medewerker.

(...)

Omstreeks 20.45 uur verliet onze medewerker bedrijf 2. Na vertrek van onze medewerker werd de deur afgesloten.

Als bijlage is een DVD opgenomen met daarop beeldmateriaal van de werknemster tijdens het bezoek van onze medewerker aan bedrijf 2.

(...)

Observatie uitgevoerd op maandag 2 februari 2016

(...)

Gedurende het bezoek werd de werknemster niet in bedrijf 2 waargenomen.

(...)

Observatie uitgevoerd op dinsdag 4 februari 2015

(...)

Gedurende de observatie is de werknemster niet aangetroffen.

(...)

Observatie uitgevoerd op zaterdag 7 februari 2015

(...)

De werknemster werd tijdens de aanwezigheid van onze medewerker niet waargenomen.

(...)

Observatie uitgevoerd op zondag 8 februari 2015

(...)

De werknemster en haar partner werden niet waargenomen.

(...)

3.10. Bijlage 6 bij het rapport van het recherchebureau bevat het verslag van het gesprek van de medewerkers van het recherchebureau met de werknemster op 13 februari 2015. In dit verslag is onder andere het volgende vermeld:

“Ik ben inderdaad zwanger en heb mij, volgens mij op 5 december 2014, ziek gemeld. De eerste drie maanden van mijn zwangerschap was ik

ontzettend misselijk, de hele dag door. Ik ben nu bijna vijf maanden zwanger. De laatste tijd, sinds twee, drie weken, gaat het beter.

Ik heb, voordat ik mijn ziekmeldde, wel geprobeerd te werken, maar het ging niet. Ik ben toen naar de huisarts geweest en heb medicijnen gekregen. Ik heb daarna nog een week geprobeerd te werken, maar het ging nog steeds niet. Ik heb mij toen ziek gemeld bij X.

(...)

U vraagt naar de regels voor een zieke medewerker. Wat mag hij dan wel, wat mag hij dan niet. Je mag absoluut niet het land verlaten, maar dat ligt ook aan welke ziekte je lijdt.

(...)

Ik ben, zoals u vraagt, niet in (land) geweest tijdens ziekte zonder dat vooraf te melden aan de werkgever.

Het klopt dat ik mij sinds drie weken beter voel. Ik ben toen ook bij de bedrijfsarts geweest. Ik heb toen aangegeven dat ik graag weer wilde werken voor zo'n vier uur per dag. De bedrijfsarts heeft toen gezegd dat ik bericht zou krijgen van de werkgever wanneer er een geschikte werkplek was. U zegt dat ik bij mijn ziekmelding het aanbod heb gekregen om in de kantine werkzaamheden te doen. Ik heb een dergelijk aanbod nooit gehad. Ik heb inderdaad aangegeven dat ik vanwege de lucht in de Productie misselijk werd. Als ik toen het aanbod had gehad om in de kantine te gaan werken, dan had ik dat zeker geprobeerd. Als mensen zeggen dat ik dit aanbod wel heb gehad, liegen ze.

Ik heb in mijn ziekteperiode nergens anders gewerkt. Ook heb ik niemand geholpen. Ook heb ik geen onbetaald werk gedaan of iets dergelijks. U vraagt mij naar mijn daginvulling tijdens mijn huidige ziekteperiode. Toen ik zo misselijk was, deed ik niks. Dat is de eerste drie maanden geweest. Ik ben in die periode niet in (land) geweest. Ik heb mij pas ziek gemeld toen het echt niet meer ging. Ik doe nu normale dingen als koken, schoonmaken, dat soort zaken. Ik heb geen cursussen gevolgd of iets dergelijks.”

Omstreeks 10.55 uur informeerden onze medewerkers de werkneemster over enkele bevindingen uit het onderzoek, waarna zij vervolgde:

“Nogmaals, ik ben niet in (land)] geweest tijdens mijn huidige ziekteperiode. U zegt dat ik wel dergelijk in (land) ben geweest en dat dit het moment is om openheid van zaken te geven. Als ik dit van tevoren had geweten, dan had ik misschien wel

een advocaat meegenomen. U zegt dat dit nog steeds kan en dat ik op elk moment kan stoppen met dit gesprek.

Ik was inderdaad in (land). Ik was vanaf woensdag 4 tot en met zondag 8 februari 2015 in (land). Ik heb daar niets gedaan. Ik ben naar mijn ouders gegaan, zodat mijn ouders mijn zwangerschap konden zien. Ik heb niet bij de werkgever gemeld dat ik naar (land) ben gegaan. Ik weet niet waarom. Ik dacht: ‘het gaat maar om vier dagen’. Ik had nog geen bericht gekregen van de werkgever voor nieuw werk. Het klopt dat ik in theorie wel had kunnen werken, maar officieel nog ziek was. Het klopt dat is dus eigenlijk had moeten melden bij de werkgever dat ik naar (land) wilde gaan en daar toestemming voor had moeten vragen.

(...)

Ik denk dat wanneer ik vooraf bij de werkgever had gemeld dat ik voor die vier dagen in februari 2015 naar (land) wilden om mijn ouders te zien, dat ik daar dan geen toestemming voor had gekregen. Daarom heb ik het denk ik niet gemeld.

(...)

U vraagt naar werkzaamheden tijdens mijn ziekteperiode. Ik zat weken thuis. Om de week ben ik op zondagen met mijn partner mee geweest naar zijn restaurant. Hij heeft dat restaurant samen met iemand anders. Op zondagen werkt mijn partner daar alleen. Ik ben dan een halve dag bij hem. Ik werk daar niet en krijg er ook niet voor betaald. Ik veeg wel wat. Ik zit natuurlijk niet alleen maar. Werken kun je het niet noemen.

Het restaurant heet bedrijf 2.(...)

Ik maak daar wel eens kebab, ik veeg wel eens, ik maak drankjes, vul de koelvitruines bij, haal ze leeg, dat soort zaken. Ik ben daar dan van 14.00 uur tot 21.00 uur. Dat is inderdaad een lange ‘halve dag’, zoals u zegt. Ik ben daar alleen om bij mijn partner te zijn. Ik wil onder de mensen zijn. Ik kan niet alleen maar thuis zitten.

Ik heb niet van tevoren met de werkgever besproken dat die zondagen goed zijn voor mij. Het gaat immers om zondagen. Weekend is weekend.

(...)

Ik begrijp dat u zegt dat ik hier het aanbod zou hebben gehad om in de kantine te werken. Maar ik heb zo'n aanbod niet gehad. Ik snap heel goed dat wanneer ik dat aanbod geweigerd had vanwege het misselijk worden van de lucht, dat het dan vreemd overkomt als ik wel in het restaurant van mijn partner kan zijn.

Ik heb zelf juist de intentie gehad om te werken. Ik heb dat ook nadrukkelijk gezegd toen ik bij de bedrijfsarts was een aantal weken geleden. De bedrijfsarts zei dat hij contact zou opnemen met X, maar ik heb niets meer van X gehoord. Ik heb hier geen document van, zoals u vraagt.

(...)

Ik denk dat ik in totaal vier, vijf keer bij mijn partner in het restaurant ben geweest.

(...)”

3.11. De werknemster is op 13 februari 2015 door de werkgever voor de duur van één week (als ordemaatregel) geschorst om reden dat bij de werkgever het vermoeden was ontstaan dat de werknemster in haar ziekteperiode, terwijl zij geen werkzaamheden verrichtte, maar wel door de werkgever werd betaald, elders (betaalde) werkzaamheden zou hebben verricht. Hierdoor was volgens de werkgever mogelijk sprake van een dringende reden die tot beëindiging van het dienstverband zou kunnen leiden. Daarop wilde de werkgever zich de komende dagen beraden, zo heeft zij bij brief van 13 februari 2015 aan de werknemster bevestigd.

3.12. Bij brief van 20 februari 2015 heeft de werkgever de werknemster op staande voet ontslagen. In deze brief is onder andere het volgende vermeld:

“Geachte mevrouw,

Op vrijdag 13 februari 2015 bent u met onmiddellijke ingang en voor de duur van één week als ordemaatregel geschorst. Dit omdat bij ons het vermoeden was ontstaan dat u in uw ziekteperiode, terwijl u geen werkzaamheden verrichtte, maar wel door ons werd betaald, elders (betaalde) werkzaamheden heeft verricht. U heeft daar die ochtend ook met een medewerker van (bedrijf) over gesproken. Wij hebben u in het kader van de schorsing te kennen gegeven dat wij ons zouden beraden op de ontstane situatie, waarbij een beëindiging van uw dienstverband op grond van een dringende reden niet werd uitgesloten.

Wij hebben u vervolgens uitgenodigd voor een gesprek op vandaag, vrijdag 20 februari 2015 om 9.30 uur. In dit gesprek hebben wij het volgende met u besproken.

U bent sedert 30 november 2009 als Productiemedewerker werkzaam bij de werkgever U heeft zich op 5 december 2014 arbeidsongeschikt gemeld, welke arbeidsongeschiktheid door de bedrijfsarts is bevestigd. U heeft fysieke beperkingen en bent

extra gevoelig voor kou en bepaalde geuren. Daarnaast heeft u ons laten weten dat u zwanger bent.

In de afgelopen periode hebben wij alles in het werk gesteld om u op een juiste en correcte wijze te laten re-integreren, zulks tot op heden helaas zonder resultaat. Van een (volledige) werkhervatting is nog geen sprake. Daarbij is ook van belang dat u werkzaamheden in de kantine heeft geweigerd, omdat u de geur aldaar niet zou kunnen verdragen.

Recentelijk is bij ons het vermoeden ontstaan, na een anonieme tip, dat verschillende medewerkers van onze organisatie, die afwezig waren in verband met arbeidsongeschiktheid, op vakantie zouden zijn of elders werkzaamheden zouden verrichten. Dit terwijl deze medewerkers daartoe fysiek niet in staat konden worden geacht of dit niet bij ons hadden gemeld én zij in die periode op grond van ziekte ook door ons werden betaald. U betrof één van deze personen.

Op grond van onze vermoedens hebben wij (bedrijf) ingeschakeld en hen verzocht ons vermoeden nader te onderzoeken c. q. te verifiëren. Bedrijf heeft in dit kader onderzoek verricht en daarbij onder andere observaties uitgevoerd.

Bedrijf heeft u op vrijdag 13 februari 2015 geconfronteerd met haar bevindingen. Bij dit gesprek was ook een beëdigd tolk aanwezig. Voorts is van dit gesprek een gespreksverslag gemaakt, waarvan u een afschrift heeft ontvangen.

Uit het gespreksverslag blijkt dat de medewerker van bedrijf u vragen heeft gesteld over uw afwezigheid en/of werkzaamheden gedurende uw ziekte. Daarbij is u ook concreet gevraagd of u gedurende uw ziekte in het buitenland (land) bent geweest en/of gedurende bij een ander bedrijf heeft gewerkt. U heeft zulks in eerste instantie tot twee keer toe ontkend.

Pas nádat de medewerker van bedrijf u meer en meer met de bevindingen confronteerde, gaf u aan dat het juist was dat u in uw ziekteperiode en zonder dat te melden van 4 tot en met 8 februari 2015 in (land) bij uw ouders bent geweest. Dit zodat uw ouders uw zwangerschap konden zien. U verklaarde voorts dat u gedurende uw ziekteperiode om de week op zondag werkzaamheden heeft verricht in het restaurant van uw partner. U maakte daar kebab, maakte drankjes, vulde de koelvitruines bij, etc. U bent daar die zondagen van 14:00 uur tot 21:00 uur geweest. Naast het feit dat

u elders werkzaamheden verricht, komt daar bij dat zulks in een restaurant plaatsvindt, met alle geuren van dien.

Op grond van de bevindingen van bedrijf en uw eigen verklaringen komen wij tot de conclusie dat u in ernstige mate verwijtbaar heeft gehandeld. U kan worden verweten dat:

- u gedurende uw ziekteperiode bij de werkgever en terwijl u door ons werd betaald gedurende één of meerdere dagen (op vakantie) in het buitenland bent geweest;

- u één of meerdere keren elders al dan niet betaalde en al dan niet fysieke werkzaamheden heeft verricht, zonder zulks te melden en zonder dat u daar ook maar op enige wijze toestemming voor had gekregen;

- u het ten onrechte heeft doen voorkomen dat u op grond van arbeidsongeschiktheid geen werkzaamheden voor ons zou kunnen verrichten;

- u ten onrechte een aanbod tot passend werk (in de kantine bij de werkgever) heeft geweigerd;

- u in strijd met de adviezen van de bedrijfsarts heeft gehandeld en daardoor mogelijk verdere re-integratie heeft belemmerd en/of vertraagd;

- u in ernstige mate in strijd heeft gehandeld met de binnen onze organisatie geldende ziekteverzuimregels;

- u door uw gedrag onze organisatie financieel heeft benadeeld (u had immers ook bij ons kunnen werken);

- u, op het moment dat u naar uw afwezigheid en/of werkzaamheden elders werd gevraagd, daarover ontwijkende en/of leugenachtige verklaringen heeft afgelegd.

Gezien de geconstateerde gedragingen heeft u in ernstige mate in strijd gehandeld met uw verplichtingen als werknemer en uw verantwoordelijkheden in ernstige mate veronachtzaamd. Daarnaast heeft u met uw gedrag het aanzien van onze organisatie aangetast. Uw positie is dan ook onhoudbaar.

In het gesprek op 20 februari 2015 heeft u desgevraagd geen aanvullende informatie of omstandigheden aan de eerdere verklaringen toegevoegd. De bovengenoemde gedragingen vormen ieder voor zich en zeker in onderlinge samenhang een dringende reden voor ontslag op staande voet. Door uw gedrag is een zodanige vertrouwensbreuk ontstaan dat wij u niet langer kunnen handhaven in uw functie. Om die reden bent u in

het gesprek van vandaag (vrijdag 20 februari 2015) op staande voet ontslagen. Per direct wordt de betaling van uw salaris stopgezet.

Wij realiseren ons dat dit een zware maatregel is, die verstrekende gevolgen voor u heeft. In onze afweging hebben wij uw persoonlijke omstandigheden betrokken, maar wij menen dat gezien de ernst van de verwijten die u kunnen worden gemaakt deze maatregel gegrond is. Wij behouden ons uitdrukkelijk het recht voor om de schade, die wij lijden ten gevolge van het feit dat u ons een dringende reden hebt gegeven voor uw ontslag op staande voet en alles wat daarmee samenhangt, op u te verhalen.

(...)"

3.13. De werknemster heeft de werkgever bij exploit van 28 juli 2015 in kort geding gedagvaard om op 12 augustus 2015 bij de kantonrechter in de rechtbank Gelderland, locatie Arnhem, te verschijnen. De werknemster heeft onder andere veroordeling van de werkgever gevorderd haar toe te laten tot de bedongen arbeid en aan haar het overeengekomen loon ad € 2.017,94 bruto per 4 weken te betalen vanaf periode 3 van 2015 tot het moment dat de arbeidsovereenkomst rechtsgeeldig zal zijn geëindigd.

3.14. De kantonrechter heeft bij vonnis in kort geding van 19 augustus 2015 de vorderingen van de werknemster afgewezen wegens het ontbreken van een spoedeisend belang. De werknemster heeft geen hoger beroep ingesteld tegen deze uitspraak.

#### 4. Het geschil en de beslissing in eerste aanleg

4.1. De werkgever heeft op 6 augustus 2015 een verzoekschrift bij de kantonrechter ingediend, waarin zij heeft verzocht de arbeidsovereenkomst met de werknemster voorwaardelijk, voor het geval in rechte onherroepelijk vast komt te staan dat de arbeidsovereenkomst met de werknemster niet op 20 februari 2015 is beëindigd, per zo spoedig mogelijk te ontbinden.

4.2. Namens de werknemster is mede aan de hand van pleitaantekeningen tegen het verzoek verweer gevoerd. De werknemster heeft verzocht het verzoek af te wijzen en, voor het geval de kantonrechter van oordeel zou zijn dat de arbeidsovereenkomst wel zou moeten worden ontbonden, aan haar de transitievergoeding toe te kennen ad € 4.328,= bruto, rekening te houden met een fictieve opzegtermijn van twee maanden en de werkgever in de proceskosten te veroordelen.

4.3. De kantonrechter heeft bij de bestreden beschikking de arbeidsovereenkomst tussen partijen (voorwaardelijk) met ingang van 1 november 2015 ontbonden, aan de werkneemster ten laste van de werkgever een transitievergoeding van € 4.328,= bruto toegekend en de proceskosten tussen partij en gecompenseerd in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

### 5. De beoordeling in hoger beroep

#### *In het principaal en in het incidenteel hoger beroep*

5.1. Partijen hebben ter gelegenheid van de mondelinge behandeling bij dit hof verklaard dat de werkneemster een bodemprocedure tegen de werkgever heeft aangespannen naar aanleiding van het aan haar op 20 februari 2015 verleende ontslag op staande voet. De zaak stond voor conclusie van antwoord op 6 januari 2016.

5.2. Zoals onder 4.1 is overwogen, heeft de werkgever op 6 augustus 2015 een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst met de werkneemster bij de kantonrechter ingediend, dus na de inwerkingtreding van de bepalingen omtrent het ontslagrecht in de Wet werk en zekerheid (hierna: Wwz), opgenomen in afdeling 9 van Boek 7, titel 10 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) op 1 juli 2015.

5.3. In artikel XII lid 1, aanhef en onder b. van het Overgangsrecht bij de Wwz is onder andere bepaald dat het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen alsmede afdeling 9 van Boek 7, titel 10 van het BW, zoals deze luiden vóór 1 juli 2015, van toepassing blijven op de opzegging van de arbeidsovereenkomst gedaan vóór dat tijdstip en op de gedingen die *daarop* (cursivering hof) betrekking hebben. De Memorie van Toelichting (Kamerstukken II 2013/2014, 33 818, nr. 3, p. 126) vermeldt ten aanzien van dit artikel onder meer: "Onderdeel b regelt overgangsrecht voor de situatie dat de arbeidsovereenkomst is opgezegd voor inwerkingtreding van dit wetsvoorstel. Dit kan een situatie zijn waarbij met toestemming van UWV is opgezegd (dan geldt ook op grond van onderdeel a het overgangsrecht) maar kan ook een situatie zijn waarbij zonder toestemming van UWV is opgezegd, bijvoorbeeld een opzegging wegens een dringende reden. Onderdeel b bevat alle vormen van opzeggingen."

5.4. Het hof is van oordeel dat een voorwaardelijke ontbindingsprocedure niet kan worden aangemerkt als een geding dat betrekking heeft op de

*opzegging*, zoals omschreven in artikel XII lid 1, aanhef en onder b. van het Overgangsrecht. Een voorwaardelijke ontbindingsprocedure ziet naar haar aard op een andere – zelfstandige – wijze van beëindiging van de arbeidsovereenkomst en staat in zoverre los van de opzegging, zoals in dit geval, wegens een dringende reden. Niet van belang is dat aan het voorwaardelijk verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst nagenoeg hetzelfde feitencomplex ten grondslag is gelegd als aan het ontslag op staande voet, aangezien een voorwaardelijke ontbindingsprocedure een ander – eigen – beoordelingskader heeft dan gedingen die betrekking hebben op een ontslag op staande voet. Dit betekent dat het onderhavige verzoek moet worden beoordeeld op basis van het met ingang van 1 juli 2015 geldende recht.

5.5. De vraag die vervolgens moet worden beantwoord is of er na de invoering van het nieuwe ontslagrecht per 1 juli 2015 nog plaats is voor een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst na een ontslag op staande voet, waarvan de rechtsgeldigheid naar oud recht moet worden beoordeeld. Het hof beantwoordt deze vraag bevestigend en overweegt het volgende. In het kader van het inmiddels vervallen artikel 7:685 BW is aanvaard dat een werkgever, nadat een werknemer de vernietigbaarheid van een ontslag op staande voet heeft ingeroepen, een gerechtvaardigd belang kan hebben bij voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst, nu het geruime tijd kan duren voordat bij in kracht van gewijsde gegane rechterlijke uitspraak zekerheid is verkregen over het effect van het ontslag op staande voet (Hoge Raad 21 oktober 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4670). Het hof is van oordeel dat er geen grond is om in het geval van een naar oud recht te beoordelen ontslag op staande voet voor een voorwaardelijke ontbinding met toepassing van artikel 7:671b lid 1 BW tot een ander oordeel te komen om de enkele reden dat tegen de beslissing op dat ontbindingsverzoek hoger beroep en cassatie is opengesteld. De mogelijk langere duur waarop zekerheid over voorwaardelijke ontbinding, dan wel (op de voet van artikel 7:683 lid 3 BW) voorwaardelijk herstel of een bilijke vergoeding wordt verkregen, doet daaraan onvoldoende af.



*In het incidenteel hoger beroep*

5.6. In dit hoger beroep gaat het om de vraag of de kantonrechter al dan niet terecht het verzoek van de werkgever om de arbeidsovereenkomst met de werknemerst voorwaardelijk te ontbinden, heeft toegewezen.

5.7. Op grond van artikel 7:671b BW kan de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever worden ontbonden op grond van artikel 7:669 lid 3, onderdelen c tot en met h BW. Hierbij geldt dat de arbeidsovereenkomst alleen kan worden ontbonden indien daar een redelijke grond voor is en herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Herplaatsing ligt in ieder geval niet in de rede indien sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onder e BW.

5.8. Het voorwaardelijk verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst van de werkgever is primair gebaseerd op artikel 7:669 lid 3 sub e BW, te weten verwijtbaar handelen van de werknemer, zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Aan het door de werkgever gestelde – en door de werknemer betwist – verwijtbaar handelen heeft de werkgever de volgende feiten en omstandigheden het volgende ten grondslag gelegd:

- de werknemer heeft tijdens haar arbeidsongeschiktheid, zonder toestemming van de werkgever en zonder dit aan de werkgever te melden, in het buitenland ((land)) verbleven (volgens het voorwaardelijk verzoek tot ontbinding in eerste aanleg enkele dagen, volgens het hoger beroepschrift voor langere tijd);
- de werknemer heeft gedurende haar ziekte elders werkzaamheden verricht;
- de werknemer heeft gedurende haar arbeidsongeschiktheid geweigerd passende werkzaamheden te verrichten en heeft aldus haar re-integratieverplichtingen geschonden;
- de werknemer heeft, toen zij door het recherchebureau met de hiervoor vermelde feiten en omstandigheden werd geconfronteerd, met betrekking tot haar verblijf in (land) en door haar verrichte werkzaamheden elders leugenachtige verklaringen afgelegd.

5.9. De werkgever heeft subsidiair aangevoerd dat de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk dient te worden ontbonden omdat sprake is van een verstoorde verhouding tussen partijen, zodanig dat

van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst met de werknemer te laten voortduren (artikel 7:671b lid 1 onder a BW in verbinding met artikel 7:669 lid 3 onder g BW) en meer subsidiair dat de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk dient te worden ontbonden op grond van andere omstandigheden die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren (artikel 7:671b lid 1 onder a BW in verbinding met artikel 7:669 lid 3 onder h BW).

*Verblijf in (land)*

5.10. Vast staat dat de werknemer zonder toestemming van de werkgever in de periode van 4 februari tot en met 8 februari 2015 bij haar ouders in (land) geweest. Zij is samen met haar partner in de nacht van 4 op 5 februari 2015 naar (land) vertrokken en is op zondagochtend 8 februari 2015 teruggerezen naar Nederland. De werknemer heeft hiermee in strijd gehandeld met de binnen de werkgever geldende regel, die zowel in het Bedrijfsreglement 2012 als in het Bedrijfsreglement 2014 is vastgelegd, dat tijdens een verzuimperiode vakantie alleen met toestemming van de vestigingsmanager mogelijk is. De werknemer was met deze regel bekend. Zij heeft aangevoerd dat zij in augustus 2013 voor het laatst bij haar familie in (land) was geweest en dat zij haar ouders wilde laten zien dat zij zwanger was. Dit heeft de werkgever op zichzelf niet betwist.

5.11. Het hof is van oordeel dat de werkgever een gerechtvaardigd belang heeft bij een strikte naleving van de binnen haar bedrijf geldende verzuimregel, hetgeen betekent dat de werknemer voor haar verblijf in (land) toestemming had moeten vragen aan de werkgever. Hiertegenover staat het hiervoor omschreven doel van de werknemer om haar ouders te bezoeken en het feit dat de periode waarin de werknemer in (land) heeft verbleven een relatief korte periode betrof, waarmee slechts twee werkdagen (de donderdag en de vrijdag) waren gemoeid. De hiervoor behandelde omstandigheden en daarmee samenhangende belangen van de werkgever en de werknemer tegen elkaar afgewogen, is het hof van oordeel dat de werknemer met de overtreding van de eerdergenoemde verzuimregel weliswaar verwijtbaar heeft gehandeld, maar niet zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Het

hof neemt hierbij in aanmerking dat gesteld noch gebleken is dat de werknemster met dit kortdurend verblijf in (land) haar re-integratie heeft belemmerd. Voorts acht het hof van belang dat het Bedrijfsreglement 2014, waarop de werkgever zich beroept, een sanctiebeleid kent, waarin ontslag als de (meest) zware sanctie geldt en ontslag (behoudens in geval van een dringende reden) pas na een aantal waarschuwingen wordt aangezegd. De omstandigheid dat de werknemster, zoals zij heeft aangevoerd, uit angst voor mogelijk nadelige gevolgen, tijdens haar gesprek met de medewerkers van het recherchebureau – een gesprek dat door het recherchebureau zelf als “confrontierend” is gekwalificeerd – niet direct openheid van zaken heeft gegeven, leidt niet tot een ander oordeel. Het hof acht van doorslaggevend belang dat de werknemster heeft erkend dat zij in de hiervoor vermelde periode in (land) was.

#### *Weigering aanbod passend werk/schending re-integratieverplichtingen*

5.12. De werkgever heeft voorts als grond voor haar voorwaardelijk verzoek tot ontbinding aangevoerd dat de werknemster verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub e BW omdat zij – kort gezegd – haar re-integratieverplichtingen als bedoeld in artikel 7:660a BW niet is nagekomen omdat zij een aanbod van de werkgever tot het verrichten van passend werk in de kantine van de werkgever heeft geweigerd. Volgens de werkgever heeft X tijdens zijn telefoongesprek met de werknemster op 8 januari 2015 het hiervoor vermelde aanbod gedaan en heeft de werknemster dit afgewezen. Zij verwijst in dit verband naar de onder 3.4 geciteerde verklaring van X. De werknemster heeft gemotiveerd betwist dat X op 8 januari 2015 aan haar een dergelijk aanbod heeft gedaan. Zij bestrijdt ook de juistheid van de verklaring van X.

5.13. Ook indien het hof veronderstellerwijze zou uitgaan van de juistheid van de verklaring van X, is het hof van oordeel dat uit die verklaring slechts kan worden afgeleid dat X in zijn telefoongesprek met de werknemster de *mogelijkheid* (cursivering hof) van kantinewerk met de werknemster heeft doorgesproken. Wat die mogelijkheid precies inhield, blijkt uit deze verklaring niet en heeft de werkgever, naar aanleiding van de gemotiveerde betwisting door de werknemster dat de werkgever een dergelijk aanbod heeft gedaan, ook niet nader toegelicht. De werknemster is voorts pas

op 14 januari 2015 voor het eerst op het spreekuur van de bedrijfsarts is geweest, die de onder 3.6 vermelde probleemanalyse heeft opgesteld. De bedrijfsarts heeft onder 6.2 (Advies stappenplan re-integratieactiviteiten) van deze probleemanalyse vermeld dat de werkgever en de werknemster in onderling overleg moeten bepalen of er geschikt of passend werk voorhanden en dat wanneer dat het geval was de werknemster in dat werk 4 x 3 uur zou moeten hervatten met een evaluatie na 1 tot 2 weken. In de probleemanalyse wordt niets vermeld omtrent het aanbod dat de werkgever stelt aan de werknemster te hebben gedaan met betrekking tot door de werknemster te verrichten kantinewerk. Gesteld noch gebleken is dat de werkgever naar aanleiding van deze probleemanalyse, op grond van artikel 7:658a lid 3 BW, in overleg met de werknemster een plan van aanpak heeft opgesteld in verband met eventuele door de werknemster te verrichten werkzaamheden in de kantine, dan wel op andere wijze met de werknemster in gesprek is gegaan met betrekking tot haar re-integratie. Tenslotte is van belang dat de werknemster onbetwist heeft aangevoerd dat niet is voldaan aan de extra eisen voor het slagen van een (voorwaardelijke) ontbinding op grond van artikel 7:669 lid 3 sub e BW wegens schending van re-integratieverplichtingen door de werknemster, neergelegd in artikel 7:671b lid 5 BW onder a (de werknemer moet schriftelijk zijn gemaand tot nakoming van zijn verplichtingen) en onder b (de werkgever moet beschikken over een deskundigenoordeel).

5.14. Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen kan dan ook niet worden geoordeeld dat de werknemster haar re-integratieverplichtingen niet is nagekomen omdat zij geweigerd heeft een aanbod voor passend werk te aanvaarden.

5.15. Het hof passeert daarom het bewijsaanbod van de werkgever, zoals geformuleerd onder 5.1 van haar hoger beroepschrift, als niet terzake dienend.

#### *Het verrichten van werkzaamheden elders*

5.16. De werkgever heeft voorts aangevoerd dat de werknemster ernstig verwijtbaar heeft gehandeld omdat zij in strijd met artikel 13 van haar arbeidsovereenkomst tijdens haar ziekte in bedrijf 2, die mede door haar partner wordt gedreven, werkzaamheden heeft verricht. De werkgever heeft verwezen naar de rapportage van bedrijf s, zoals hiervoor onder 3.8 tot en met 3.10 (deels)

geciteerd. De werknemster heeft gemotiveerd betwist dat zij tijdens haar ziekte werkzaamheden als hiervoor bedoeld heeft verricht.

5.17. Het recherchebureau heeft in de periode 16 januari 2015 tot en met 13 februari 2015 onderzoek verricht en observaties uitgevoerd. De werknemster heeft tijdens haar gesprek op 13 februari 2015 met medewerkers van het recherchebureau verklaard dat zij één keer in de veertien dagen op zondag haar partner gezelschap hield in bedrijf 2 omdat zij niet de hele dag thuis alleen wilde blijven en omdat haar partner op die zondag alleen in bedrijf 2 werkte. Zij heeft voorts verklaard dat zij bij die gelegenheid wel eens een kebab en drankjes (klaar) maakte, veegde en koelvitriines bijvulde en leeghaalde. Het recherchebureau heeft slechts bij één van de door haar uitgevoerde observaties, te weten op zondag 1 februari 2015, geconstateerd dat de werknemster in bedrijf 2 van haar partner “handelingen achter de toonbank/koelvitrine en schoonmaakhandelingen ter hoogte van de frituur uitvoerde”. Op de dvd die bij het hof is gedeponneerd en op de foto’s die in deze procedure zijn overgelegd met betrekking tot deze observatie is slechts te zien dat de werknemster een schaal met producten uit de koelvitrine haalt. Tijdens andere door het recherchebureau uitgevoerde observaties, te weten op 20, 22 en 23 januari 2015 en op 2, 4, 7 en 8 februari 2015 heeft het recherchebureau gerapporteerd dat de werknemster niet aanwezig was in bedrijf 2 of dat zij, wanneer zij wel aanwezig was, op een stoel zat en geen werkzaamheden uitvoerde. Onder 2.1 van het rapport van het recherchebureau is vermeld dat gaat om werkzaamheden die (onder andere) de werknemster ongeveer vier à vijf keer in de periode vanaf november/december 2014 in bedrijf 2 zou hebben verricht.

5.18. Het hof is van oordeel dat niet meer is komen vast te staan dan dat de werknemster incidenteel, in het weekend, enige hand- en spandiensten in bedrijf 2 van haar partner heeft verricht, die niet als (loonvormende) arbeid kunnen worden beschouwd. Voor deze hand- en spandiensten had zij geen toestemming van de werkgever nodig. Gesteld noch gebleken is dat het verrichten van deze hand- en spandiensten de re-integratie van de werknemster hebben belemmerd.

5.19. Uit hetgeen hiervoor is overwogen vloeit voort dat het verwijt van de werkgever aan het adres van de werknemster dat zij op dit punt een leugenachtige verklaring heeft afgelegd, geen doel

kan treffen. De werknemster heeft consistent verklaard dat zij tijdens haar ziekte geen werkzaamheden elders heeft verricht.

5.20. Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen kunnen de door de werkgever aangevoerde gronden de door haar verzochte voorwaardelijke ontbinding op grond van (primair) artikel 7:671b lid 1 onder a BW in verbinding met artikel 7:669 lid 3 onder e BW niet dragen.

5.21. De werkgever heeft subsidiair aangevoerd dat de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk dient te worden ontbonden omdat sprake is van een verstoorde verhouding tussen partijen, zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst met de werknemster te laten voortduren (artikel 7:671b lid 1 onder a BW in verbinding met artikel 7:669 lid 3 onder g BW). De werkgever heeft met betrekking tot de voorwaardelijke ontbinding op deze grond dezelfde feiten en omstandigheden aangevoerd als die zij ten grondslag heeft gelegd aan haar verzoek tot voorwaardelijke ontbinding op de in artikel 7:669 lid 3 onder e BW vermelde grond. Zij heeft geen, althans onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld die meebrengen dat het voorwaardelijk verzoek tot ontbinding op deze grond zou moeten worden gehonoreerd. Het hof neemt hierbij in aanmerking dat in de probleemanalyse van de bedrijfsarts van 14 januari 2015 ook namens de werkgever is bevestigd dat de arbeidsverhouding als goed kan worden omschreven. Dat de door de werkgever aan het adres van de werknemster geuite verwijten (waaronder het terechte verwijt dat de werknemster zonder toestemming op twee werkdagen in (land) was) de arbeidsverhouding tussen partijen niet ten goede zijn gekomen, betekent echter niet dat de arbeidsverhouding tussen partijen zodanig ernstig en duurzaam is verstoord dat dit toewijzing van het voorwaardelijk verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst zou kunnen rechtvaardigen.

5.22. De werkgever heeft meer subsidiair aangevoerd dat de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk dient te worden ontbonden op grond van andere omstandigheden die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren (artikel 7:671b lid 1 onder a BW in verbinding met artikel 7:669 lid 3 onder h BW). De werkgever heeft met betrekking tot de voorwaardelijke ontbinding op deze grond dezelfde feiten en omstandigheden aangevoerd als die zij ten grondslag

heeft gelegd aan haar verzoek tot voorwaardelijke ontbinding op de in artikel 7:669 lid 3 onder e BW vermelde grond. Zij heeft aldus geen “andere omstandigheden” als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub h BW gesteld die tot toewijzing van het voorwaardelijk verzoek op deze grond kunnen leiden. Het hof overweegt hierbij dat artikel 7:669 lid 3 onder h BW niet bedoeld is om als restgrond te dienen voor een ontslag waarvoor geen redelijke grond bestaat als opgenomen onder de overige onderdelen van artikel 7:669 lid 3 BW.

5.23. De slotsom is dat de kantonrechter ten onrechte het verzoek tot voorwaardelijke ontbinding van arbeidsovereenkomst van de werkgever heeft toegewezen. De grieven I en II van de werknemster slagen. Het hof overweegt dat in het systeem van de Wwz een door de kantonrechter uitgesproken ontbinding ondanks hoger beroep van kracht blijft. Als het hof, zoals in dit geval, tot het oordeel komt dat de kantonrechter ten onrechte tot ontbinding is overgegaan, kan het hof ofwel de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen, ofwel in plaats daarvan aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen (zie artikel 7:683 lid 3 BW). Het hof zal het verzoek van de werknemster tot herstel van de arbeidsovereenkomst – zo begrijpt het hof, mede gelet op hetgeen de werknemster in eerste aanleg heeft aangevoerd en tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep heeft verklaard, het petitiem in het incidenteel hoger beroep – voorwaardelijk, voor het geval in rechte onherroepelijk komt vast te staan dat het dienstverband tussen partijen niet op 20 februari 2015 is beëindigd, toewijzen met ingang van de datum waarop de kantonrechter de arbeidsovereenkomst, naar het oordeel van het hof ten onrechte, voorwaardelijk heeft ontbonden. Over de hiervoor vermelde voorwaarde zijn beide partijen het eens. Het hof zal deze voorwaarde in het dictum van de beschikking opnemen. Voor een andere beslissing ziet het hof geen reden in dit geval, waarin de werkgever primair inzet op ontslag op staande voet en geen bijzondere redenen heeft aangevoerd op grond waarvan, voor het geval dat ontslag geen stand houdt, het hof de voorwaardelijk ontbonden arbeidsovereenkomst tegen een latere datum zou moeten herstellen dan de ontbindingsdatum. Omwille van de duidelijkheid zal het hof in het dictum opnemen dat het hof verstaat, dat de kantonrechter ten onrechte het verzoek van de werkgever tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst met de

werknemster heeft toegewezen. Gelet op het voorgaande behoeft grief III, die is gericht tegen het volgens de werknemster onjuiste oordeel van de kantonrechter dat het ontbindingsverzoek geen verband houdt met omstandigheden waarop het opzegverbod tijdens het bevallingsverlof van de werknemster betrekking heeft, niet meer te worden besproken.

5.24. Nu, zoals hiervoor overwogen, het hof de door de kantonrechter voorwaardelijk ontbonden arbeidsovereenkomst op verzoek van de werknemster herstelt, dient het hof zich tevens uit te laten over de voorzieningen omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking, zoals bedoeld in artikel 7:682 lid 6 BW, dat op grond van artikel 7:683 lid 4 van overeenkomstige toepassing is.

Het hof zal dat doen naar aanleiding van de grieven in het principaal hoger beroep met betrekking tot de door de kantonrechter toegekende transitievergoeding.

5.25. Als de in het incidenteel hoger beroep overwegend in het ongelijk te stellen partij zal het hof de werkgever in de kosten van de beide instanties veroordelen. In zoverre dient de bestreden beschikking, waarin de kantonrechter de proceskosten tussen partijen heeft gecompenseerd, te worden vernietigd.

De kosten voor de procedure in eerste aanleg aan de zijde van de werknemster zullen tot aan de bestreden beschikking worden vastgesteld op nihil voor verschotten en op € 400,= voor salaris gemachtigde overeenkomstig het liquidatietarief (twee punten, € 200,= per punt).

De kosten voor de procedure in het (incidenteel) hoger beroep aan de zijde van de werknemster zullen tot aan deze uitspraak worden vastgesteld op nihil voor verschotten en op € 894,= voor salaris advocaat overeenkomstig het liquidatietarief (de helft van het hierna te vermelden tarief in het principaal hoger beroep).

#### *In het principaal hoger beroep*

5.26. Voor zover grief I betrekking heeft op de vaststelling van de feiten, heeft de werkgever geen belang bij de behandeling van deze grief, aangezien het hof zelf hiervoor onder 3.1 tot en met 3.14 de feiten heeft vastgesteld. Voor zover deze grief erover klaagt dat de kantonrechter in het midden heeft gelaten of de werknemster haar re-integratieverplichtingen niet is nagekomen omdat zij geweigerd heeft een aanbod voor passend werk te aanvaarden – volgens de werkgever is dit het

geval geweest – faalt deze grief, gelet op hetgeen hiervoor onder 5.12 tot en met 5.14 is overwogen. Met betrekking tot het door de werkgever aangeboden bewijs onder randnummer 54 van haar memorie van antwoord in het incidenteel hoger beroep verwijst het hof naar hetgeen hiervoor onder 5.15 is overwogen.

5.27. Op grond van hetgeen het hof hiervoor in het incidenteel hoger beroep heeft overwogen en beslist, behoeft grief IV niet meer te worden behandeld. Bij grief II, waarmee de werkgever opkomt tegen een passage in de beschikking die volgens haar betrekking heeft op een rechtsvraag die in deze procedure niet aan de orde is, heeft de werkgever naar het oordeel van het hof dan ook in het onderhavige hoger beroep geen belang.

5.28. De grieven III, V, VI en VIII hebben alle betrekking op de door de kantonrechter toegekende transitievergoeding voor het geval de arbeidsovereenkomst door ontbinding eindigt. Naar het oordeel van het hof is er, nu er als gevolg van de voorwaardelijke veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst onmiddellijk aansluitend op de voorwaardelijke ontbindingsdatum feitelijk geen transitieperiode is geweest, ook geen reden om de beslissing omtrent die vergoeding in stand te laten. In zoverre dient de bestreden beschikking te worden vernietigd. Het verzoek van de werknemer tot toekenning van een transitievergoeding zal alsnog worden afgewezen.

5.29. Het hof heeft onder 5.23 overwogen dat aan de toewijzing van het door de werknemer verzochte herstel van de arbeidsovereenkomst de voorwaarde wordt verbonden, waarover partijen het eens zijn en voorts dat deze voorwaarde in het dictum van de beschikking zal worden opgenomen. Grief VII behoeft verder niet meer te worden besproken.

5.30. Als de overwegend in het ongelijk te stellen partij zal het hof de werkgever in de kosten van het principaal hoger beroep veroordelen. Deze kosten aan de zijde van de werknemer zullen tot aan deze uitspraak worden vastgesteld op € 311,= voor verschotten (griffierecht) en op € 1.788,= voor salaris advocaat overeenkomstig het liquidatietarief (twee punten, tarief II in hoger beroep). Grief IX faalt.

*In het principaal en in het incidenteel hoger beroep*

5.31. Het hof zal deze beschikking, voor zover het de hierin uitgesproken proceskostenveroordelingen in eerste aanleg en in het principaal en in het

incidenteel hoger beroep betreft, uitvoerbaar bij voorraad verklaren. Gelet op de voorwaarde die aan de veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst in het incidenteel hoger beroep wordt verbonden, zal de beschikking, voor zover het de veroordeling tot herstel betreft, niet uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

*6. De beslissing*

Het hof, beschikkende in hoger beroep:

*In het principaal hoger beroep*

vernietigt de beschikking van de kantonrechter (rechtbank Gelderland, team kanton en handelsrecht, locatie Arnhem) van 31 augustus 2015, voor zover de kantonrechter aan de werknemer ten laste van de werkgever een transitievergoeding tot een bedrag van € 4.328,= bruto heeft toegekend en beschikt in zoverre opnieuw:

wijst het verzoek van de werknemer tot toekenning van een transitievergoeding alsnog af; veroordeelt de werkgever in de kosten van dit hoger beroep, tot aan deze beschikking aan de zijde van de werknemer vastgesteld op € 311,= voor verschotten en op € 1.788,= voor salaris advocaat overeenkomstig het liquidatietarief;

*In het incidenteel hoger beroep*

verstaat dat de kantonrechter ten onrechte het verzoek van de werkgever tot voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst met de werknemer heeft toegewezen;

veroordeelt de werkgever voorwaardelijk, voor het geval in rechte onherroepelijk komt vast te staan dat het dienstverband tussen partijen niet op 20 februari 2015 is beëindigd, de arbeidsovereenkomst met de werknemer te herstellen met ingang van 1 november 2015;

vernietigt de beschikking van de kantonrechter (rechtbank Gelderland, team kanton en handelsrecht, locatie Arnhem) van 31 augustus 2015, voor zover de kantonrechter de proceskosten tussen partijen heeft gecompenseerd en beschikt in zoverre opnieuw:

veroordeelt de werkgever in de proceskosten van de beide instanties, tot aan de bestreden beschikking aan de zijde van de werknemer wat betreft de eerste aanleg vastgesteld op nihil voor verschotten en op € 400,= voor salaris gemachtigde overeenkomstig het liquidatietarief en tot aan deze beschikking wat betreft het hoger beroep vastgesteld op nihil voor verschotten en op € 894,= voor salaris advocaat overeenkomstig het liquidatietarief;

*In het principaal hoger beroep en in het incidenteel hoger beroep*  
verklaart deze beschikking, voor zover het de hierin vermelde proceskostenveroordelingen betreft, uitvoerbaar bij voorraad;  
wijst het meer of anders verzochte af.

## NOOT

Nu de arbeidsrechtpraktijk zo langzamerhand vertrouwd begint te raken met de WWZ, komt de eerste stroom van appelrechtspraak in WWZ-ontslagzaken op gang. Deze vier uitspraken van de hoven in respectievelijk 's-Hertogenbosch en Arnhem-Leeuwarden werpen nieuw licht op de beoordeling van de voorwaardelijke ontbindingsprocedure, de d-grond (disfunctioneren) en de (hoogte van de) billijke vergoeding bij ernstige verwijtbaarheid van de werkgever. Er komen echter ook nieuwe vragen op die niet door de WWZ-wetgever zijn onderkend. In het hiernavolgende zal ik de vier uitspraken bespreken.

*Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 2016 (JAR 2016/76)*

In deze uitspraak is de kernvraag welke ruimte artikel 7:683 BW biedt voor een wijziging door de appelrechter van de ontbindingsdatum met terugwerkende kracht indien de kantonrechter is uitgegaan van een onjuiste opzegtermijn. Onder de nieuwe regels van de WWZ (artikel 7:671b lid 8 sub a BW) ontbindt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst met ingang van de datum waarop de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging zou zijn geëindigd onder aftrek van de tijd die de ontbindingsprocedure in beslag heeft genomen. Na deze aftrek moet ten minste een termijn van een maand resteren. Naast de vraag of er een wettelijke mogelijkheid is voor de appelrechter om de ontbindingsdatum te wijzigen, doet zich hier nog een ander probleem voor. Uit vaste jurisprudentie van de Hoge Raad (HR 26 mei 1966, NJ 1966/345, HR 15 oktober 1982, NJ 1983/79 en HR 10 september 1993, NJ 1993/777) volgt dat een ontbinding met terugwerkende kracht niet mogelijk is. Als belangrijkste motivering is hiervoor door de Hoge Raad het ontbreken van hoger beroep tegen ontbindingsbeschikkingen genoemd: ontbinding met terugwerkende kracht staat immers op gespan-

nen voet met de rechtszekerheid en de gevolgen van de terugwerkende kracht zijn niet te overzien.

De vraag of de wet de appelrechter de mogelijkheid biedt om de ontbindingsdatum te wijzigen met inachtneming van de juiste opzegtermijn, beantwoordt het hof bevestigend. Hoewel deze mogelijkheid niet letterlijk volgt uit 7:683 BW, is hiervoor volgens het hof wel ruimte. Dat volgt uit het doel van het hoger beroep om in eerste aanleg gemaakte fouten te kunnen herstellen. Daartoe overweegt het hof dat de wijziging van de ontbindingsdatum alleen kan leiden tot een latere datum dan die door de kantonrechter was bepaald en niet tot een eerdere datum. Duidelijk is dat het hof hier niet de deur heeft willen openzetten voor wijzigingen van de ontbindingsdatum in hoger beroep in andere gevallen dan deze. Het hof wijst hierbij expliciet op de situatie waarin partijen gezamenlijk beogen om een latere ontbindingsdatum dan in eerste aanleg was bepaald door de appelrechter te laten vaststellen. Onder deze omstandigheden ligt de hier gekozen benadering van het hof wat mij betreft voor de hand, gelet op het gezamenlijke verzoek van partijen en het wederzijdse belang bij een latere ontbindingsdatum. In dit geval was het wederzijdse belang om aan de voorwaarden te voldoen voor een werkloosheidsuitkering van het participatiefonds; in gevallen zoals deze moet het m.i. mogelijk zijn voor de appelrechter om een dergelijk verzoek op deze gronden te honoreren.

*Hof Arnhem-Leeuwarden 15 februari 2016 («JAR» 2016/73)*

De vraag of wat in het pre-WWZ tijdperk wel of niet mogelijk werd geacht nog steeds afdwingbaar is onder de WWZ, is ook relevant voor de voorwaardelijke ontbinding. In de zaak die leidde tot de beschikking van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 15 februari 2016 kwam – onder meer – de vraag aan de orde wat de betekenis van de voorwaardelijke ontbindingsprocedure nog is onder de WWZ. Dit is een belangrijk onderwerp van debat in de literatuur. Op grond van het Nijman-arrest uit 1983 van de Hoge Raad (HR 21 oktober 1983, NJ 1984/296, m.nt. P.A. Stein) gold onder het oude recht dat een voorwaardelijke ontbinding op grond van artikel 7:685 BW

mogelijk was. De motivering van de Hoge Raad in dat arrest was gelegen in het ontbreken van hoger beroep tegen ontbindingsbeschikkingen. Verhulp (T&C Arbeidsovereenkomst, Kluwer: 2015, artikel 7:671b BW, aantekening 5), Sagel en Barentsen (B. Barentsen en S. Sagel, 'Kroniek sociaal recht', *NJB* 2015/1784) plaatsen kanteekeningen bij de betekenis van de voorwaardelijke ontbindingsprocedure onder de WWZ. Zij hebben er op gewezen dat het Nijman-arrest in ieder geval niet langer een relevante onderbouwing is voor de aanvaardbaarheid van een voorwaardelijke ontbinding onder het WWZ-systeem nu hoger beroep openstaat en dit destijds de belangrijkste motivering was voor de Hoge Raad. Dat neemt echter m.i. niet weg dat de werkgever nog altijd een gerechtvaardigd belang kan hebben bij het inperken van alle mogelijke risico's van loondoorbetaling na een ontslag op staande voet (zie hiervoor ook het standpunt van Dekker in haar recente overzichtsartikel: H.B. Dekker, 'Overzicht relevante jurisprudentie WWZ tot 1 januari 2016', *TAP* 2016/3) en dus ook bij de voorwaardelijke ontbinding. Zo overwoog ook het hof in deze zaak (r.o. 5.5.); de mogelijkheid van voorwaardelijke ontbinding wordt vervolgens als uitgangspunt voor de beoordeling van de zaak gehanteerd. Tot dat de Hoge Raad zich hierover uitlaat zal het debat hierover nog wel voortduren.

Ik bespreek hierna de laatste twee uitspraken van het Hof Arnhem-Leeuwarden over de d-grond (artikel 7:669 lid 3 sub d BW) en het Hof 's-Hertogenbosch over de billijke vergoeding op grond van artikel 7:671c lid 2 sub b BW.

*Hof Arnhem-Leeuwarden van 3 februari 2016 («JAR» 2016/74)*

Bij de beoordeling van de d-grond hoeft de lengte van het verbetertraject niet afhankelijk te zijn van de duur van een dienstverband, ook niet als een werknemer 35 jaar in dienst is geweest. Ook onder deze omstandigheden kan volgens het Hof Arnhem-Leeuwarden sprake zijn van een voldragen d-grond die een ontbinding rechtvaardigt.

Mij valt op dat het hof voor de beoordeling van de kwaliteit van het verbetertraject (conform 7:669 lid 3 sub d BW) de totale duur van het dienstverband niet van doorslaggevend belang acht (r.o. 5.9). In dit geval laat het hof ook de verantwoordelijkheid van de werkgever (een

onderwijsstichting) voor andere medewerkers zwaar meewegen. Die verantwoordelijkheid beperkt zich volgens het hof niet alleen tot het functioneren van de betrokken werknemer maar strekt zich ook uit tot het "*functioneren en de arbeidsomstandigheden van de andere personeelsleden*" (r.o. 5.10). Deze verantwoordelijkheid kan volgens het hof een rechtvaardiging opleveren voor de duur van een verbetertraject, juist wanneer het gaat om een leidinggevende. Ik vind het een goede ontwikkeling dat het hof ook deze omstandigheden laat meewegen bij de beoordeling of een d-grond voldragen is. In de praktijk komen situaties zoals deze regelmatig voor. De benadering van het Hof getuigt er m.i. ook van dat werkgevers niet bevreesd hoeven te zijn dat rechters onder de WWZ eerder tot afwijzing overgaan en een starre en formalistische uitleg geven van de eisen die 7:669 lid 3 sub d BW stelt. Dat is niet het geval: ook in de lagere rechtspraak na 1 juli 2015 is een voldragen d-grond al eerder aangenomen (zie hiervoor bijvoorbeeld Ktr. Zutphen 17 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5909 en Ktr. Groningen 20 november 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:5493). Voor een billijke vergoeding is in gevallen zoals deze geen plaats.

*Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016 («JAR» 2016/77)*

Ruimte voor een billijke vergoeding is er wel in de laatste uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch van 4 februari 2016. In die zaak had de werkgever (een advocatenkantoor) het wel erg bont gemaakt. Goedschiks of kwaadschiks, maar het zal gebeuren, lijkt de gedachte van de werkgever hier te zijn geweest. Het gebruik van seksueel getinte e-mails die de werkneemster op haar zakelijke e-mail account had ontvangen wordt hier terecht aangemerkt als ernstige verwijtbaarheid van de werkgever om een ontslag te forceren. Daarbij woog zwaar mee dat de werkgever in eerste instantie had getracht op oneigenlijke gronden (bedrijfseconomische omstandigheden) een ontslagvergunning bij het UWV te verkrijgen. De koudwatervrees van de kantonrechter om in eerste aanleg een billijke vergoeding toe te kennen aan de werkneemster, kan ik onder deze uitzonderlijke omstandigheden niet plaatsen. In gevallen zoals deze mag immers redelijkerwijs worden aangenomen dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de

werkgever. Ik wijs in dit verband op de gelijkenis van dit geval met het voorbeeld uit de parlementaire geschiedenis van de situatie waarin de werkgever een valse grond voor ontslag aanvoert met als enige oogmerk een onwerkbaar situatie te creëren en ontslag langs die weg te realiseren (Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 34). Terecht heeft het hof hier m.i. dan ook een billijke vergoeding aan deze werknemer toegekend.

Interessant zijn hier nog de overwegingen over de hoogte van de billijke vergoeding (r.o. 3.21-3.23). Hiervoor hecht het hof niet alleen waarde aan de impact van het inbrengen van de gewraakte e-mails op de werknemer maar ook aan het feit dat zij onder normale omstandigheden tot 1 januari 2017 een dienstverband met het advocatenkantoor zou hebben gehad. Uit de feiten volgt dat de betrokken advocaat per die datum zijn praktijk zou neerleggen. Alles afwegende en rekening houdend met de aanspraak van de werknemer op een WW-uitkering, kent het hof uiteindelijk een billijke vergoeding van € 10.000 toe.

Hoe verhoudt de hoogte van deze billijke vergoeding zich tot andere uitspraken waarin een billijke vergoeding op basis van dezelfde grondslag is toegekend? Hier ging het om een billijke vergoeding als bedoeld in artikel 7:671c lid 2 sub b BW, i.e. in verband met een ontbindingsverzoek van een werknemer. Opvallend is dat in de lagere rechtspraak eerder substantieel hogere billijke vergoedingen op basis van deze wettelijke grondslag zijn toegekend. Ik wijs bijvoorbeeld op de uitspraak van de Kantonrechter Dordrecht van 16 oktober 2015 (AR 2015-1009) die een billijke vergoeding van € 50.000 bruto toekende aan een werknemer vanwege ernstig verwijtbaar handelen (treitergedrag) van de werkgever (in die zaak overigens een notariskantoor). In die zaak was echter sprake van een lang dienstverband (22 jaar), een oudere werknemer van 63 jaar die gedeeltelijk arbeidsongeschikt was en onbehoorlijk gedrag van de werkgever (bestaande uit vloeken, schelden, tieren en uitlatingen door de maten van het betrokken kantoor). Hier was een belangrijke overweging voor de kantonrechter dat de werknemer niet meer zou kunnen doorwerken tot haar pensioengerechtigde leeftijd en dus loon en een aanzienlijk bedrag aan pensioenopbouw zou mislopen. In dit opzicht verschillen de feiten van deze zaak; in

dit geval ging het om een werknemer van 47 jaar en was geen sprake geweest van treitergedrag tijdens het dienstverband. (zie voor een ander voorbeeld ook Kantonrechter 's-Hertogenbosch 1 september 2015, AR 2015-0865, waarin een billijke vergoeding van bijna €30.000 werd toegekend).

Kort en goed: de hoogte van de billijke vergoeding kan verschillen, afhankelijk van de mate van ernstige verwijtbaarheid en de omstandigheden van het geval. Dat geldt niet alleen voor de billijke vergoeding ingevolge artikel 7:671c lid 2 sub b BW (zoals in deze zaak het geval was) maar ook voor de andere wettelijke grondslagen waarop een billijke vergoeding kan worden toegekend (opgenomen in afdeling 9 titel 10 Boek 7 BW). In dit verband wijs ik op de recente uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam (Ktr. Amsterdam 29 januari 2016, JAR 2016/45) die op grond van artikel 7:671b lid 8 sub c BW (op tegenverzoek van de werknemer) een billijke vergoeding toekende ad € 60.000 (waarbij moet worden aangetekend dat de transitievergoeding van omstreeks € 20.000 hierin verdisconteerd was). De hoogte van deze vergoeding baseerde de kantonrechter – opmerkelijk genoeg – op de Kantonrechtformule. Of de beoordeling van de verschillende grondslagen van de billijke vergoeding uiteindelijk zal leiden tot een zekere mate van consistentie in de rechtspraak, zullen wij nog moeten bezien.

Tot slot: voor wie beslagen ten ijs wil komen in ontslagprocedures in hoger beroep, wijs ik hier nog op het landelijke procesreglement van de hoven in WWZ-zaken (Stcrt.2015, 46151). In februari 2016 is een recent artikel van Fikkers (senior raadsheer bij het Hof Arnhem-Leeuwarden) verschenen dat nuttig en van belang is voor de praktijk (M.E.L. Fikkers, 'Het procesreglement van de hoven in WWZ-zaken', TAP 2016/2). Haar boodschap bij de afsluiting van haar bijdrage is klip en klaar: "*soepelheid*" van de hoven met betrekking tot het naleven van de regels onder het WWZ-procesrecht mag na enkele maanden ervaring met ontslagrecht in hoger beroep onder de WWZ niet meer worden verwacht. Arbeidsrechtadvocaten zijn gewaarschuwd.

A.M. Helstone