

beëindiging van de arbeidsovereenkomst leidende handelen of nalaten van de werknemer niet slechts als verwijtbaar, maar als ernstig verwijtbaar moet worden aangemerkt.⁸ Hoewel het hof met deze maatstaf geen rekening heeft kunnen houden, meent de P-G in de onderhavige zaak dat het hof deze maatstaf niet heeft miskend. Volgens de P-G heeft het hof onder de omstandigheid waarin vaststaat dat een strafrechtelijk onderzoek naar de werknemer feiten en omstandigheden aan het licht heeft gebracht die zodanig zwaarwegend zijn dat zij tot de uitzonderlijke maatregel van intrekking van de toestemming hebben geleid, kunnen oordelen dat de werknemer een ernstig verwijt treft van de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst 'nu hij niets heeft aangevoerd ter bestrijding van voornoemde feiten en omstandigheden, respectievelijk het daarop gebaseerde intrekingsbesluit'.⁹

Wat opvallend is, is dat noch de werkgever, noch enige gerechtelijke instantie in deze zaak, precies weet wát nu de feiten zijn geweest op grond waarvan de toestemming voor de werknemer is ingetrokken. Het oordeel van de korpschef is in dit geval leidend, en kennelijk mag ervan worden uitgegaan dat als de korpschef iets ernstig genoeg vindt om gegeven toestemming in te trekken en de werknemer hier niets tegen doet, dat daarmee de ernstige verwijtbaarheid van de werknemer vaststaat. Bij de totstandkoming van de WWZ heeft de wetgever juist een aantal zeer concrete gevallen benoemd waarin een werknemer geen recht zou hebben op een transitievergoeding (plegen van een misdrijf, herhaaldelijk ondanks waarschuwingen te laat komen, het gunstiger voorstellen van productiecijfers, etc.) – maar in de onderhavige situatie lijkt veeleer sprake te zijn van een soort 'afgeleide' ernstige verwijtbaarheid. Niemand heeft kunnen vaststellen of de gedragingen van de werknemer zoals gebleken in het onderzoek als 'verwijtbaar' of 'ernstig verwijtbaar' kwalificeren. Kennelijk kan echter ook in dat geval gebruik worden gemaakt van de uitzonderingsregel, en heeft de werknemer dus geen recht op een transitievergoeding. Overigens stelde de werknemer tot slot ook nog dat hij al zeven jaar goed had gefunctioneerd, en dat het hof dat ook had moeten meenemen in zijn overwegingen. Geheel in lijn met de *Woondroomzorg*-beschikking stelt de P-G dat dit soort feiten niet kan worden meegewogen in de beoordeling van de vraag of de uitzonderingsregel van art. 7:673 lid 7 aanhef en onder c BW van toepassing is. Persoonlijke omstandigheden kunnen (voor zover zij niet zien op de verwijtbaarheid van het gedrag van de werknemer) pas een rol spelen wanneer de werknemer een beroep doet op het zogenoemde 'luizengaatje' – waarbij de vraag moet worden beantwoord of het niet toekennen van een transitievergoeding op grond van art. 7:673 lid 7 aanhef en onder c BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.¹⁰ Daarop had de werknemer in deze zaak echter geen beroep gedaan, zodat zijn persoonlijke omstandigheden geen rol speelden.

mr. A. van Vlodrop
Bird & Bird

8 HR 8 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:203, NJ 2019/308, m.nt. E. Verhulp, «JAR» 2019/73, m.nt. S. Said, «JIN» 2019/119, m.nt. E. Wies & A. Westerduin.

9 PHR 29 november 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1271.

10 De 'uitzondering op de uitzondering' van art. 7:673 lid 8 BW.

55

Over het rechterlijke toetsingsmoment in ontslagzaken

Hoge Raad
21 februari 2020, nr. 19/01978, ECLI:NL:HR:2020:284
(mr. Numann, mr. Du Perron, mr. Kroeze, mr. Sieburgh, mr. Lock)
(Concl. A-G Hartlief)
Noot mr. M. Ruijsenaars en D. Rijsemus

Ontbinding. Ernstig verwijtbaar handelen werknemer. Ex nunc. Omstandigheden na eerste aanleg.

[BW art. 7:671b, 7:683]

Essentie: Toetsing ontbindingsverzoek in hoger beroep na afwijzing in eerste aanleg vindt ex nunc plaats, na toewijzing eerste aanleg ex tunc.

Samenvatting: Werknemer (1979) is op 1 juli 2011 in dienst getreden van werkgever. Werknemer is in 2015 wegens arbeidsongeschiktheid uitgevallen. Tussen werknemer en bestuurder/aandeelhouder zijn spanningen ontstaan die ondanks twee mediationpogingen niet zijn weggenomen. De kantonrechter heeft in eerste aanleg de arbeidsovereenkomst ontbonden wegens een verstoorde verhouding onder toekenning van de transitievergoeding. In hoger beroep is komen vast te staan dat werknemer zich (heimelijk) toegang heeft verschaft tot de mailbox van werkgever en geluidsoptnames tussen werkgever en diens advocaat heeft bemachtigd. Het hof heeft deze schendingen van de privacy van werkgever zo ernstig bevonden dat werknemer alsnog de transitievergoeding werd ontzegd. Volgens werknemer had het hof ex tunc moeten beoordelen en daarmee deze omstandigheden die pas eerst na de ontbindingszitting zijn geopenbaard, buiten beschouwing moeten laten.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. In het civiele procesrecht is uitgangspunt dat het hoger beroep niet uitsluitend strekt tot een beoordeling van de juistheid van de in eerste aanleg gegeven beslissing, maar, binnen de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep, tot een nieuwe behandeling en beslissing van de zaak, waarbij de rechter in hoger beroep heeft te oordelen naar de toestand zoals die zich voordoet ten tijde van zijn beslissing. Indien de rechter in hoger beroep van oordeel is dat het verzoek van de werkgever tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ten onrechte is toegewezen, kan hij op grond van art. 7:683 lid 3 BW (1) de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen of (2) aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen. Daarbij kan herstel van de arbeidsovereenkomst plaatsvinden met ingang van de datum van ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter of van een ander tijdstip in het verleden, maar ook met ingang van een tijdstip in de toekomst. In de wetsgeschiedenis wordt het vermoeden uitgesproken dat de rechter in hoger beroep gelet op het tijdsverloop vaak zal overgaan tot toekenning van een billijke vergoeding in plaats van herstel van de arbeidsovereenkomst.

Uit het voorgaande volgt dat door een beschikking waarbij de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbindt, daadwerkelijk een einde komt aan die overeenkomst, ook al wordt tegen

deze beschikking hoger beroep ingesteld. Daardoor is op het moment dat de rechter in hoger beroep op grond van art. 7:683 lid 3 BW beoordeelt of het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst terecht is toegewezen, de arbeidsovereenkomst tussen partijen al geruime tijd geëindigd. Hoger beroep kan niet ertoe leiden dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht wordt vernietigd. Indien de rechter in hoger beroep tot het oordeel komt dat het ontbindingsverzoek van de werkgever ten onrechte is toegewezen, kan hij de overeenkomst wel, al dan niet met ingang van een tijdstip in het verleden, herstellen (of de werkgever daartoe verplichten), maar daarover dient hij afzonderlijk te beslissen. Met dit stelsel, waaraan de rechtszekerheid voor de werknemer en de werkgever ten grondslag ligt, is niet verenigbaar dat de rechter in hoger beroep op grond van feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan na de ontbindingsbeschikking van de kantonrechter zou kunnen oordelen dat de arbeidsovereenkomst ten onrechte is ontbonden. In hoger beroep moet de vraag of het verzoek van de werkgever om ontbinding van de arbeidsovereenkomst terecht is toegewezen dan ook worden beoordeeld naar de toestand ten tijde van de beslissing van de kantonrechter ('*ex tunc*').

Dat de rechter in hoger beroep de toewijzing van het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst van de werkgever '*ex tunc*' moet beoordelen, doet niet af aan de herkansingsfunctie van het hoger beroep. Deze herkansingsfunctie brengt mee dat het partijen vrijstaat andere feiten en omstandigheden naar voren te brengen dan in eerste aanleg zijn aangevoerd. Bij de beoordeling '*ex tunc*' mag de rechter in hoger beroep alleen acht slaan op door partijen aangevoerde feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan vóór de ontbindingsbeschikking van de kantonrechter.

Indien de rechter in hoger beroep tot het oordeel komt dat het ontbindingsverzoek van de werkgever ten onrechte is toegewezen, kan hij op grond van art. 7:683 lid 3 BW voorzien in herstel van de arbeidsovereenkomst of aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen. Welke voorziening de rechter treft, moet in overeenstemming met het uitgangspunt in het civiele procesrecht worden beoordeeld aan de hand van de aan de rechter ten tijde van de beslissing in hoger beroep bekende feiten en omstandigheden, ook indien deze zich hebben voorgedaan na de ontbindingsbeschikking ('*ex nunc*').

Ook het recht op en de omvang van de transitievergoeding en de billijke vergoeding dient de rechter in hoger beroep, in overeenstemming met het uitgangspunt in het civiele procesrecht, te beoordelen aan de hand van de hem ten tijde van de beslissing in hoger beroep bekende feiten en omstandigheden. Daarbij verdient opmerking dat de vraag of de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer als bedoeld in art. 7:673 lid 7 aanhef en onder c BW, in welk geval geen recht op transitievergoeding bestaat, en de vraag of de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever als bedoeld in art. 7:671b lid 9 aanhef en onder c BW of art. 7:671b lid 10 aanhef en onder b BW, in welk geval aanspraak bestaat op een billijke vergoeding, moeten worden beantwoord aan de hand van de feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan tot het moment waarop de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter is ontbonden.

Het onderdeel voert niet aan dat het hof feiten en omstandigheden in zijn beoordeling heeft betrokken die dateren van na de beschikking van de kantonrechter. Het klaagt alleen dat het

hof feiten bij de beoordeling heeft betrokken die voor het eerst in hoger beroep zijn aangevoerd en die bij de werkgever pas bekend zijn geworden na de beschikking van de kantonrechter. Die klacht stuit af op hetgeen hiervoor is overwogen omtrent de herkansingsfunctie van het hoger beroep bij een beoordeling '*ex tunc*'.

[de werknemer], wonende te [woonplaats],
eiser tot cassatie,
hierna: [de werknemer],
advocaat: M.J. van Basten Batenburg,
tegen

1. [verweerster 1] B.V., gevestigd te [vestigingsplaats],
2. [verweerster 2] B.V., gevestigd te [vestigingsplaats],
verweersters in cassatie,
hierna: [de werkgever],
advocaat: M.A.J.G. Janssen.

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Hartlief)

In deze zaak is een voor het regime van de Wet Werk en Zekerheid (hierna: 'WWZ') relevante¹ vraag aan de orde: toetst de appelrechter in het kader van art. 7:683 lid 3 BW *ex tunc* of *ex nunc*? Gelet op art. 7:683 lid 1 BW staan hoger beroep en cassatie open tegen een beschikking tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op basis van art. 7:671b of art. 7:671c BW, tot vernietiging van de opzegging op basis van art. 7:677 lid 4 of art. 7:681 BW of tot herstel van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:682 BW. In de onderhavige zaak heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst tussen [eiser] en [verweersters] BV op grond van art. 7:669 lid 3 onder g BW (verstoorde arbeidsverhouding) ontbonden onder toekenning van een transitievergoeding. [eiser] heeft op de voet van art. 7:683 lid 1 BW hoger beroep ingesteld. Dat heeft hem echter geen baat gebracht, omdat [verweersters] BV op haar beurt incidenteel appel heeft ingesteld en daarbij haar eis heeft gewijzigd naar aanleiding van een feit (computervredebreuk door [eiser]) dat haar pas na de ontbindingsbeschikking van de kantonrechter bekend is geworden. Het hof heeft mede op grond hiervan geoordeeld dat de 'g-grond' 'inmiddels' aan de orde is en [eiser] veroordeeld tot terugbetaling van de transitievergoeding (ernstig verwijtbaar handelen van [eiser]) en tot schadevergoeding in verband met door [verweersters] BV gemaakte onderzoekskosten. In cassatie betoogt [eiser] dat het hof hiermee in strijd met het stelsel van de wet een *ex nunc* oordeel heeft gegeven. Daarnaast komt [eiser] op tegen het

1 Een verwante vraag (hoe zit dat bij art. 7:683 lid 5 en 6 BW?) is aan de orde in de zaak *Schoonmaakbedrijf Victoria BV* (zaaknummer 18/03869). In haar conclusie (ECLI:NL:PHR:2019:955) maakt A-G De Bock onderscheid tussen het geval van art. 7:683 lid 3 BW (heeft de kantonrechter het ontbindingsverzoek van de werkgever terecht toegewezen respectievelijk het verzoek van de werknemer tot vernietiging van de opzegging of tot herstel van de arbeidsovereenkomst terecht afgewezen?) en de situaties die in art. 7:683 leden 5 en 6 BW aan de orde zijn (heeft de kantonrechter het ontbindingsverzoek van de werkgever terecht afgewezen respectievelijk het verzoek van de werknemer tot vernietiging van de opzegging of herstel van de arbeidsovereenkomst terecht toegewezen?). In het kader van art. 7:683 lid 3 BW zou de appelrechter *ex tunc* moeten toetsen (randnummers 5.20-5.42), terwijl bij de beoordeling op grond van art. 7:683 leden 5 en 6 BW *ex nunc* toetsing voor de hand zou liggen (randnummers 5.44-5.68).

passeren van zijn bewijsaanbod, de veroordeling tot terugbetaling van de transitievergoeding, het oordeel dat herplaatsing niet mogelijk is en het oordeel dat [verweersters] BV niet ernstig verwijtbaar heeft gehandeld.

1. Feiten

- 1.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan.²
- 1.2. [eiser], geboren op [geboortedatum] 1979, is op 1 juli 2011 in dienst getreden bij [verweerster 1] B.V. in de functie van manager financiële en juridische zaken voor 38 uur per week. Met ingang van 1 januari 2018 zijn [verweerster 1] B.V. en [verweerster 2] B.V. gefuseerd. Sindsdien is nog sprake van één vennootschap met de naam [verweerster 2] B.V.³
- 1.3. Art. 2.2 van de arbeidsovereenkomst geeft als functieomschrijving:
'het op managementniveau verrichten van financiële en juridische werkzaamheden ten behoeve van de onderneming van de werkgever en de met haar gelieerde ondernemingen, dit alles in de meest ruime zin van het woord genomen.'
- 1.4. Op 2 februari 2015 is [eiser] vanwege medische klachten arbeidsongeschikt geraakt.
- 1.5. In de loop der tijd zijn spanningen ontstaan tussen [betrokkene 1], directeur-eigenaar van [verweersters] BV, en [eiser].
- 1.6. Er hebben twee mediationtrajecten plaatsgevonden. Deze hebben niet tot een oplossing tussen partijen geleid.
- 1.7. [eiser] heeft [verweersters] BV in 2017 gedagvaard in kort geding en betaling van achterstallig loon en vakantiegeld gevorderd, alsmede toelating in de eigen functie in verband met de re-integratie dan wel tot re-integratie conform het advies van de arbeidsdeskundige. Bij vonnis van 28 juli 2017 zijn deze vorderingen afgewezen.

2. Het procesverloop

Eerste aanleg⁴

- 2.1. Bij verzoekschrift, ontvangen op 22 januari 2018 ter griffie van de rechtbank Zeeland-West Brabant, heeft [verweersters] BV de kantonrechter verzocht om de arbeidsovereenkomst tussen partijen te ontbinden op grond van een verstoorde arbeidsverhouding (art. 7:669 lid 3 onder g BW (hierna ook: 'de g-grond')) met toekenning van een transitievergoeding aan [eiser].
- 2.2. Bij beschikking van 16 april 2018 heeft de kantonrechter⁵ de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 juni 2018 ontbon-

den en [verweersters] BV veroordeeld tot betaling van een transitievergoeding van € 16.230,24 bruto.

2.3. Daarbij heeft de kantonrechter het verweer van [eiser] dat de wens van [verweersters] BV om de arbeidsovereenkomst te beëindigen van meet af aan is ingegeven door bedrijfseconomische redenen en dat [verweersters] BV het ontbindingsverzoek dan ook ten onrechte bij de rechtbank heeft ingediend, verworpen:

'4.6. (...) Weliswaar heeft er eind 2015/begin 2016 binnen [verweersters] een herstructurering plaatsgevonden en is de functie van [eiser] vervangen door meer specialistische functies, zoals [verweersters] onweersproken heeft gesteld, maar uit de stukken van [verweersters] en uit de behandeling ter zitting is genoegzaam gebleken dat die omstandigheden geen rol hebben gespeeld bij het indienen van het ontbindingsverzoek. Het verzoek is gebaseerd op een verstoorde arbeidsverhouding en daaraan is niet (mede) ten grondslag gelegd een bedrijfseconomische reden. Er is dan ook geen aanleiding om [verweersters] niet-ontvankelijk te verklaren in haar verzoek, dan wel om het verzoek om die reden af te wijzen.'

2.4. Vervolgens heeft de kantonrechter de onderbouwing van het beroep op de g-grond door [verweersters] BV samengevat:

'4.7. [verweersters] voert ter onderbouwing van de ontbindingsgrond aan dat een rechterhand van de directeur-eigenaar, hetgeen [eiser] van [betrokkene 1] was, op zijn minst het vertrouwen van die directeur-eigenaar moet hebben en sprake moet zijn van een relatie met wederzijds respect. Dat is in de relatie tussen partijen absoluut niet meer het geval, aldus [verweersters]. Zij wijst daarbij op het volgende:

- 1) Partijen kunnen niet meer normaal met elkaar spreken. Besprekingen met [eiser] en [betrokkene 1] verlopen uiterst vervelend, scherp en onvriendelijk.
 - 2) De toonzetting van [eiser] in de correspondentie is onvriendelijk van aard en laat weinig ruimte voor normaal contact of overleg.
 - 3) [eiser] is meerdere malen weggelopen uit besprekingen met [verweersters].
 - 4) In twee mediations met verschillende mediators hebben [eiser] en [betrokkene 1] niet tot oplossingen of tot elkaar kunnen komen.
 - 5) [eiser] maakt aan [verweersters] ernstige verwijten ten aanzien van tekortschietende re-integratie inspanningen.
 - 6) Toen [verweersters] in het kader van de re-integratie in februari 2017 [eiser] concreet gelegenheid bood werkzaamheden bij [verweersters] op kantoor te komen verrichten, verscheen [eiser] niet.
 - 7) [eiser] heeft klachten ingediend tegen nagenoeg iedereen die [verweersters] als externe deskundigen heeft ingeschakeld om deze kwestie in goede banen te leiden.
 - 8) [eiser] heeft [verweersters] in kort geding gedagvaard. Het is een feit dat het de basis voor het noodzakelijk vertrouwen in de verhouding tussen de directeur en de tweede man (de rechterhand van de bestuurder) in het bedrijf aantast als dat gebeurt.
 - 9) [eiser] heeft aangekondigd zich niet neer te leggen bij afwijzing van zijn vorderingen in kort geding, hetgeen betekent dat partijen in de toekomst nog tegen elkaar zullen procederen. [verweersters] stelt dat [betrokkene 1] serieuze mentale klachten van de situatie met [eiser] en de gedachte dat zij in de toekomst weer moeten samenwerken, heeft gekregen.'
- 2.5. In rov. 4.9. heeft de kantonrechter deze feiten en omstandigheden gewaardeerd, nadat hij eerst in rov. 4.8. heeft gememoreerd dat [eiser] heeft betwist dat de arbeidsverhoudingen

2 Deze feitenweergave is ontleend aan de in cassatie niet bestreden rov. 3.1.1. tot en met 3.1.6. van de bestreden beschikking van het hof 's-Hertogenbosch van 31 januari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:323, *AR-Updates.nl* 2019/0115.

3 In hoger beroep zijn de namen van de oorspronkelijke gedaagden gehandhaafd (zie de beschikking van het hof van 31 januari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:323, *AR-Updates.nl* 2019/0115). Ook [eiser] heeft de oorspronkelijke gedaagden in zijn verzoekschrift tot cassatie als verweerders aangeduid (waarbij verweerster in cassatie zich ook heeft aangesloten, zie voetnoot 1 bij randnummer 1.2 van haar verzoekschrift in cassatie). Ter voorkoming van onduidelijkheid zal ik niet als in het verzoekschrift tot cassatie en in het verzoekschrift in cassatie de oorspronkelijke gedaagden steeds in enkelvoud aanduiden en wel als '[verweersters] BV'.

4 De weergave van het verzoek in eerste aanleg en van de grondslag daarvan (randnummer 2.1 van deze conclusie) is gebaseerd op rov. 3.2. van de beschikking van het hof.

5 Rb. Zeeland-West-Brabant 16 april 2018 (niet gepubliceerd).

tussen partijen ernstig en duurzaam zijn verstoord en dat sprake is van een voldragen ontslaggrond.

2.6. Volgens de kantonrechter leveren deze feiten en omstandigheden (hiervoor randnummer 2.4) inderdaad een redelijke grond voor ontbinding op:

‘4.9. Naar het oordeel van de kantonrechter leveren de door [verweersters] naar voren gebrachte feiten en omstandigheden een redelijke grond voor ontbinding op, zoals bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub g BW. Daartoe wordt het volgende overwogen. Vast staat dat [eiser] bij [verweersters] de functie van manager financiële en juridische zaken verrichtte en dat hij in die functie de rechterhand was van de directeur-eigenaar [betrokkene 1]. Het moge zo zijn dat het managementteam thans uit vijf personen bestaat, zoals [eiser] stelt, maar dit neemt niet weg dat de functie van [eiser] meebrengt dat hij en [betrokkene 1] nauw met elkaar moeten samenwerken en vertrouwen in elkaar moeten hebben. Van de zijde van [verweersters] is uitvoerig betoogd en met voorbeelden onderbouwd dat de arbeidsrelatie tussen [eiser] en met name [betrokkene 1] verstoord is geraakt en dat een verdere vruchtbare samenwerking tussen hen niet meer is te verwachten. De kantonrechter deelt dat standpunt. [verweersters] heeft heel uitdrukkelijk betoogd dat de directeur-eigenaar niet (langer) met [eiser] wil samenwerken en letterlijk ziek wordt van de gedachte dat hij dit wel weer zou moeten. Gezien de functie die [eiser] bekleedde, het geringe aantal personeelsleden dat op de (hoofd)vestiging werkzaam is alsmede de omstandigheid dat de inzet van twee mediationstrajecten niet heeft geleid tot een verbetering van de arbeidsverhoudingen, is de kantonrechter van oordeel dat van [verweersters] in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst met [eiser] te laten voortduren.’

2.7. Op basis hiervan heeft de kantonrechter ook geconcludeerd dat herplaatsing binnen [verweersters] BV niet mogelijk is en dat, anders dan [eiser] kennelijk meent, niet is vereist dat [verweersters] BV zich ook inspant om [eiser] buiten haar organisatie te herplaatsen (rov. 4.10.).

2.8. Aansluitend volgt de slotsom van de kantonrechter:

‘4.11. De conclusie op grond van het voorgaande is dat aan de vereisten van artikel 7:669 lid 1 jo lid 3 sub g BW is voldaan. De verzochte ontbinding zal daarom worden toegewezen.’

2.9. Vervolgens heeft de kantonrechter een einddatum van de arbeidsovereenkomst bepaald op de voet van art. 7:671b lid 8 BW:

‘4.12. Nu het verzoek tot ontbinding wordt ingewilligd, dient het einde van de arbeidsovereenkomst te worden bepaald. Artikel 7:671b lid 8 sub a BW bepaalt dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbindt tegen de datum waarop de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging zou zijn geëindigd onder aftrek van de tijd die de procedure heeft gekost, met dien verstande dat ten minste een maand dient te resteren. [verweersters] heeft onweersproken gesteld dat de opzegtermijn twee maanden bedraagt. [verweersters] heeft naar voren gebracht dat het geen doel dient om met de gebruikelijke opzegtermijn rekening te houden nu zij vanwege de duur van de arbeidsongeschiktheid jegens [eiser] geen loonbetalingsverplichting meer heeft. Slechts in situaties als bedoeld in artikel 7:671b lid 8 sub b BW en artikel 7:671b lid 9 BW kan de kantonrechter de ontbindingsdatum vrij bepalen. Die situaties doen zich hier niet voor. De kantonrechter bepaalt het einde van de arbeidsovereenkomst daarom op 1 juni 2018.’

2.10. Tot slot heeft de kantonrechter geoordeeld dat [eiser] recht heeft op een transitievergoeding en [verweersters] BV in dit verband veroordeeld tot betaling van het door [verweer-

sters] BV berekende bedrag aan vergoeding van € 16.230,24 bruto:

‘4.13. Nu de arbeidsovereenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd, de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever wordt ontbonden en het eindigen daarvan niet het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, heeft [eiser] ingevolge artikel 7:673 BW aanspraak op een transitievergoeding. [verweersters] heeft deze vergoeding berekend op een bedrag van € 16.230,24 bruto. [eiser] heeft daartegen geen verweer gevoerd, zodat de kantonrechter uitgaat van de juistheid daarvan. [verweersters] zal worden veroordeeld tot betaling van voormeld bedrag.’

Hoger beroep⁶

2.11. In hoger beroep heeft [eiser] vijf grieven tegen deze beschikking van de kantonrechter aangevoerd, geconcludeerd tot vernietiging van de bestreden beschikking en – kort weergegeven – verzocht:

– *primair*: [verweersters] BV te bevelen om de arbeidsovereenkomst te herstellen op verbeurte van een dwangsom;

– *subsidiair*: aan [eiser] een billijke vergoeding toe te kennen ten laste van [verweersters] BV als bedoeld in art. 7:683 lid 3 BW ten bedrage van € 225.000,= bruto, althans een vergoeding die het hof redelijk acht;

– *meer subsidiair*: aan [eiser] een billijke vergoeding toe te kennen ten laste van [verweersters] BV als bedoeld in art. 7:683 BW ten bedrage van € 100.000,=, althans een vergoeding die het hof redelijk acht, alsook een billijke vergoeding als bedoeld in art. 7:671b lid 8 aanhef en onder c van € 100.000,=, althans een vergoeding die het hof redelijk acht;

– *uiterst subsidiair*: voor het geval dat het hof de ontbinding in stand laat, een transitievergoeding toe te kennen van € 16.640,=;

alles met veroordeling van [verweersters] BV in de proceskosten in eerste en tweede aanleg, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 14 dagen na de dag van de uitspraak.

2.12. [verweersters] BV heeft daartegen verweer gevoerd en in incidenteel beroep verzocht om de bestreden beschikking te vernietigen voor wat betreft de toegekende transitievergoeding, met veroordeling van [eiser] tot terugbetaling van de onverschuldigd betaalde transitievergoeding van € 16.230,24 en tot betaling van € 29.790,72 ter zake van schadevergoeding/onderzoekskosten met wettelijke rente vanaf 1 september 2018 over het laatste bedrag, alles met veroordeling van [eiser] in de proceskosten in hoger beroep.

2.13. In zijn beschikking van 31 januari 2019 is het hof allereerst ingegaan op de vraag of [verweersters] BV een succesvol beroep op de g-grond kan doen. Het hof heeft daarbij als vertrekpunt genomen dat de insteek van [verweersters] BV aanvankelijk was de arbeidsovereenkomst te beëindigen wegens een bedrijfseconomische reden, maar dat inmiddels sprake is van een geval waarin de g-grond aan de orde is:

‘3.5. Tussen partijen is niet in discussie dat [verweersters] B.V. kort na de ziekmelding van [eiser] in februari 2015 heeft aangegeven dat zij de arbeidsovereenkomst met [eiser] wilde beëindigen, met name omdat [verweersters] B.V. stelde dat de functie van [eiser] zou komen te vervallen. Juist vanwege deze

6 De weergave van het petitum van [eiser] in hoger beroep (randnummer 2.11 van deze conclusie) is ontleend aan rov. 3.3. van de beschikking van het hof en de weergave van het verweer en het incidenteel beroep van [verweersters] BV (randnummer 2.12 van deze conclusie) is ontleend aan rov. 3.4. van die beschikking.

aanvankelijk andere insteek van [verweersters] B.V. in 2015 dient nauwkeurig bezien te worden of daadwerkelijk sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding. Het hof is niettemin met de kantonrechter van oordeel dat inmiddels sprake is van een zodanig verstoorde arbeidsverhouding dat van [verweersters] B.V. in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst voort te laten duren. Het hof overweegt daartoe het volgende:

2.14. Aansluitend heeft het hof zijn oordeel dat inmiddels voldaan is aan art. 7:669 lid 3 BW, gemotiveerd. In de eerste plaats heeft het hof in beeld gebracht dat de verstandhouding tussen partijen snel is verslechterd, nadat [verweersters] BV (bij e-mail van 20 maart 2015, overgelegd als productie 3 bij het inleidend verzoekschrift) [eiser] heeft aangegeven dat zij wilde streven naar een beëindiging:

‘3.5.1. Uit de bij verzoekschrift als producties 2 en 3 overgelegde e-mails van respectievelijk 15 en 20 maart 2015 van [eiser] aan [betrokkene 1] en van [betrokkene 1] aan [eiser] blijkt dat [verweersters] B.V. toen wilde streven naar beëindiging van het dienstverband. Daarbij is onder andere door [betrokkene 1] aangegeven dat hij geen warme gevoelens meer had bij de samenwerking met [eiser] en dat met het opheffen van de functie van [eiser] een bezuiniging kon worden gerealiseerd. [eiser] voert in deze procedure kort gezegd aan dat hij gedwongen werd om zich tegen dit – in zijn ogen onterechte – motief voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst te verdedigen. Aldus heeft [verweersters] B.V. het startsein voor de inhoudelijke discussie gegeven en wordt het inhoudelijk verschil van mening, aldus [eiser], ten onrechte aangegrepen om aan te voeren dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding. Het hof stelt vast dat de verstandhouding tussen partijen na de e-mails van 15 en 20 maart 2015 snel is verslechterd. Dat blijkt onder meer uit het volgende. De bedrijfsarts adviseert al op 29 april 2015 aan partijen om in gesprek te komen onder begeleiding van een mediator. Die poging wordt snel en zonder succes beëindigd. Ook een mediation in juni 2017 wordt zonder succes afgesloten. In het kader van re-integratie in 1ste of 2de spoor zijn partijen niet of nauwelijks in staat om in gezamenlijk overleg afspraken te maken.’

2.15. Vervolgens heeft het hof aandacht besteed aan de slechte persoonlijke verstandhouding tussen [eiser] en [betrokkene 1] zoals blijkt uit de (toonsetting van de) e-mails van [eiser] aan [betrokkene 1]:

‘3.5.2. Dat sprake is van een slechte persoonlijke verstandhouding tussen [betrokkene 1] en [eiser], althans in elk geval van wantrouwen van [eiser] jegens [betrokkene 1] blijkt ook uit (de toonzetting) van de correspondentie. Zo wijst het hof op: – de e-mail van [eiser] van 2 juni 2015 op het voorstel van [verweersters] om [betrokkene 2] als mediator in te schakelen; waarin [eiser] onder andere schrijft: “Ik krijg het gevoel (het heeft althans de schijn tegen) dat [betrokkene 2] met een bepaald doel wordt voorgesteld. Dit gevoel wordt bovendien versterkt door het feit dat [betrokkene 2] vandaag – ongevraagd en onaangekondigd – heeft proberen te bellen (...) op mijn privé telefoon. (...) Afgezien van het feit dat ik geen toestemming heb gegeven voor het verstrekken van mijn privé telefoonnummer aan een derde (!), is mijn instemming (...) blijkbaar voor jou geen vereiste meer voor de keuze van een mediator”;

– de laatste alinea van een e-mail van [eiser] aan [betrokkene 1] van 26 januari 2017, waarin [eiser] [betrokkene 1] verwijt dat hij aan derden (het hof: het ging daarbij om personen die via [verweersters] contact met [eiser] zochten in verband met een actie van de zoon van [eiser] ten behoeve van Serious

Request) het privé e-mailadres van [eiser] heeft gegeven en dat hij, [eiser], daarover een klacht kan indienen bij de Autoriteit Persoonsgegevens;’

2.16. Daarna heeft het hof betekenis toegekend aan het gegeven dat in hoger beroep is komen vast te staan dat [eiser] zich jegens [betrokkene 1] schuldig heeft gemaakt aan computer-vrederebreuk:

‘3.5.3. Voorts is in hoger beroep komen vast te staan dat [eiser] zich in de periode van 11 januari 2017 tot 29 juni 2018 regelmatig toegang heeft verschaft tot het mailaccount van [betrokkene 1], terwijl [eiser] sinds februari 2015 feitelijk niet meer werkte bij [verweersters] B.V. en hij in september 2015 zijn laptop bij [verweersters] B.V. heeft ingeleverd. Op die wijze heeft [eiser] alle verzonden en ontvangen mailberichten van [betrokkene 1] in de betreffende periode kunnen inzien, zonder dat [betrokkene 1] daarvan op de hoogte was. Het hof acht dit een ernstige inbreuk op de privacy van [betrokkene 1]. Daarnaast is gebleken dat [eiser] zich toegang heeft verschaft tot de digitale bestanden van de telefooncentrale van [verweersters] B.V. Hij heeft op of omstreeks 29 juni 2018 een audio-opname laten horen van een gesprek tussen [verweersters] en diens raadsman. [eiser] heeft nog aangevoerd dat hij toestemming had om op het mailaccount van [betrokkene 1] in te loggen, stellende dat hij ook in het verleden tijdens vakanties van [betrokkene 1] diens mails diende bij te houden en dat [betrokkene 1] nog steeds hetzelfde wachtwoord gebruikte. [eiser] voert voorts aan dat dit de enige manier was om te bewijzen dat hij onrechtvaardig werd behandeld door [verweersters] B.V.

Het hof overweegt dat het voor [eiser] overduidelijk was of had moeten zijn dat hij in elk geval na september 2015 (toen hij ook zijn laptop heeft ingeleverd bij [verweersters] B.V.) geen toestemming meer had van [betrokkene 1] om op diens mailaccount in te loggen. Hetzelfde geldt voor het beluisteren van digitaal opgenomen gesprekken van medewerkers van [verweersters] B.V. Dat hij wist dat hij zonder toestemming handelde, heeft [eiser] ter zitting in hoger beroep overigens erkend. Ook eventuele bewijsnood aan de zijde van [eiser] rechtvaardigt dergelijke ernstige inbreuken niet.’

2.17. De conclusie van het hof luidt als volgt:

‘3.6. Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen staat met voldoende zekerheid vast dat de arbeidsverhouding tussen partijen zodanig verstoord is dat van [verweersters] B.V. in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst voort te laten duren.’

2.18. Daarmee is ook het verweer van [eiser] dat sprake is van een oneigenlijke en onvoldragen g-grond gesneuveld:

‘3.7. Het hof verwerpt daarbij het verweer van [eiser] dat sprake is van een oneigenlijke en onvoldragen g-grond. Aan [eiser] kan worden toegegeven dat [verweersters] B.V. in februari 2015 en ook enige tijd daarna nog de arbeidsovereenkomst wilde beëindigen vanwege bedrijfseconomische redenen. Dat neemt echter niet weg dat in de periode vanaf februari 2015 sprake is geweest van een zodanige verslechtering van de verstandhouding dat inmiddels sprake is van een voldragen g-grond. [eiser] heeft onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld waaruit blijkt dat [verweersters] B.V. bewust heeft aangestuurd op het creëren van een dergelijke verstoorde arbeidsverhouding. Ook als [verweersters] B.V., zoals [eiser] aanvoert, het laatste mediationtraject niet is ingegaan met de intentie om de arbeidsovereenkomst voort te zetten, maar enkel om te spreken over de voorwaarden van een exit, en dat enkel door [verweersters] B.V. is gezocht naar een mediator waar de advocaat van [verweersters] B.V. goede ervaringen

mee had (verweerschrift in incidenteel appel onder 15) dan leidt dat op zichzelf niet tot de conclusie dat [verweersters] B.V. bewust heeft aangestuurd op een duurzaam verstoorde arbeidsverhouding. (...)

2.19. Vervolgens heeft het hof in diezelfde rov. 3.7. het door [eiser] in dit verband aangeboden bewijsaanbod gepasseerd: '(...) [eiser] heeft verder te bewijzen aangeboden dat [verweersters] B.V. niet de intentie heeft gehad om te zoeken naar een oplossing in het tweede mediationtraject (zie beroepschrift nr. 63). Het hof merkt daarbij op dat het (de advocaat van) [eiser] ter zitting heeft gevraagd concreet te maken wat er in dat verband ten bewijze wordt aangeboden. Daarop is geantwoord dat de mediation niet op herstel zag maar op escalatie van het geschil en dat bij [verweersters] B.V. tijdens de tweede mediation de intentie bestond om de zaak te laten escaleren. Het hof zal [eiser] niet toelaten om het aangeboden bewijs te leveren omdat concrete gedragingen van [verweersters] B.V. waaruit zou blijken dat [verweersters] B.V. bewust heeft aangestuurd op een verstoorde arbeidsverhouding niet zijn gesteld, zodat het bewijsaanbod niet ter zake dienend is. (...)'

2.20. Daarna is het hof in dezelfde rov. 3.7. nog ingegaan op diverse andere verweren van [eiser] waarbij het hof ook de (on)mogelijkheid tot herplaatsing heeft besproken:

'(...) Dat de verstoring van de arbeidsverhouding is ontstaan in de periode dat [eiser] arbeidsongeschikt was doet evenmin af aan het feit dat sprake is van een ernstig verstoorde arbeidsverhouding. Herplaatsing is evenmin mogelijk gelet op die verstoorde arbeidsverhouding en de omstandigheid dat herplaatsing uitsluitend mogelijk is in een managementfunctie, althans in een functie waarvoor een goede verstandhouding met [betrokkene 1] vereist is. Er is immers sprake van een betrekkelijk kleine management-organisatie. Ook indien sprake zou zijn van verwijtbaar handelen van [verweersters] B.V., legt dat gelet op de aard en ernst van de verstoorde arbeidsverhouding zoals blijkt uit de alinea's 3.5.1. tot en met 3.5.3 niet zoveel gewicht in de schaal dat moet worden aangenomen dat de arbeidsovereenkomst niet kan worden ontbonden op grond van de verstoorde arbeidsverhouding. Het hof gaat hierna nog in op de vraag of de ontbinding van de arbeidsovereenkomst een gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van [verweersters] B.V.'

2.21. Daarop volgt de tussenconclusie:

'3.8. Het verzoek om [verweersters] B.V. te veroordelen om de arbeidsovereenkomst tussen partijen te herstellen zal derhalve worden afgewezen. Hetzelfde geldt voor het op art. 7:683 lid 3 BW gegronde verzoek om een billijke vergoeding toe te kennen in plaats van herstel van de arbeidsovereenkomst.'

2.22. Vervolgens is het hof toegekomen aan het verzoek van [eiser] om een billijke vergoeding aan hem toe te kennen op grond van art. 7:671b lid 8 aanhef en onder c jo. 7:683 lid 5 BW (ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever). Het hof heeft dit verzoek afgewezen:

'3.10. [eiser] voert daartoe aan dat [verweersters] B.V. bewust heeft aangestuurd op een verstoorde arbeidsverhouding en beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Het hof heeft hiervoor al overwogen dat niet is gebleken dat [verweersters] B.V. bewust heeft aangestuurd op een verstoorde arbeidsverhouding. Het hof verwijst daartoe naar hetgeen hiervoor onder 3.5.1 tot en met 3.7 is overwogen. Het verzoek wordt afgewezen.'

2.23. Daarna is het hof ingegaan op het eerste verzoek van [verweersters] BV in incidenteel beroep, namelijk tot vernietiging van de bestreden beschikking voor wat betreft de toegekende transitievergoeding en veroordeling van [eiser] tot te-

rugbetaling van de transitievergoeding ad € 16.230,24. Het hof heeft deze vordering toegewezen onder verwijzing naar rov. 3.5.3. (randnummer 2.16):

'Transitievergoeding

3.11. In incidenteel beroep verzoekt [verweersters] B.V. de bestreden beschikking te vernietigen voor wat betreft de toegekende transitievergoeding en [eiser] te veroordelen tot terugbetaling van de betaalde transitievergoeding ad € 16.230,24. [verweersters] B.V. voert daartoe aan dat na de datum van de bestreden beslissing is gebleken dat [eiser] zich gedurende langere tijd zonder toestemming toegang heeft verschaft tot het mailaccount van [betrokkene 1]. Aldus heeft [eiser] ernstig verwijtbaar gehandeld en is [verweersters] B.V. geen transitievergoeding verschuldigd.

3.12. Het hof overweegt als volgt. Art. 7:673c [bedoeld zal zijn: art. 7:673, A-G] lid 7 aanhef en onder c bepaalt dat de transitievergoeding niet verschuldigd is indien het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Het hof heeft hiervoor onder 3.5.3 overwogen dat [eiser] zich zonder toestemming gedurende een langere periode toegang heeft verschaft tot het mailaccount van [betrokkene 1]. [eiser] heeft alle op dat mailaccount inkomende en uitgaande e-mails inclusief bijlagen kunnen inzien. Het hof acht dat een ernstige inbreuk op de privacy van [betrokkene 1]. De stelling van [eiser] dat hij alleen op die manier bewijs kon verzamelen voor zijn standpunt, rechtvaardigt, zoals hiervoor reeds overwogen, die ernstige inbreuk op de privacy niet. Het hof vindt deze gedraging, die mede heeft geleid tot het oordeel dat de arbeidsovereenkomst duurzaam is verstoord, ernstig verwijtbaar als bedoeld in art. 7:673 lid 7 aanhef en onder c BW.

Het hof zal daarom de bestreden beslissing vernietigen voor zover daarbij een transitievergoeding is toegekend en [eiser] veroordelen tot terugbetaling van € 16.230,24 aan [verweersters] B.V.'

2.24. Ten slotte is aan de orde gekomen het tweede verzoek van [verweersters] BV in het incidenteel beroep tot veroordeling van [eiser] tot betaling van € 29.790,72 aan [verweersters] BV in verband met de door deze gemaakte kosten van onderzoek naar de computervrededreuk. Daarbij heeft het hof eerst de stellingen van [verweersters] BV en vervolgens het verweer van [eiser] in dit verband de revue laten passeren:

'Betaling van schadevergoeding/onderzoekskosten'

3.13. [verweersters] B.V. heeft in hoger beroep tevens zelfstandig verzocht om [eiser] te veroordelen tot betaling van € 29.790,72. Zij voert daartoe aan dat zij tot dat bedrag schade heeft geleden als gevolg van het handelen van [eiser], bestaande uit het op heimelijke wijze inbreken in de (computer)systemen van [verweersters] B.V. [verweersters] B.V. heeft een onderzoek door FOX IT laten uitvoeren omdat zij niet wist op welke wijze de inbreuk plaatsvond, waar [eiser] allemaal bij kon, of daar anderen bij betrokken waren en wat zij moest doen om verdere inbreuken te voorkomen. Er is ook gebleken dat [eiser] weigerde mee te werken aan dit onderzoek toen hem dat werd gevraagd, aldus [verweersters] B.V. De in rekening gebrachte kosten van het onderzoek bedroegen inclusief btw € 29.790,72. [verweersters] B.V. heeft de daarop betrekking hebbende facturen van FOX IT overgelegd.

3.14. [eiser] voert als meest verstrekkend verweer dat het in strijd is met de goede procesorde dat voor het eerst in hoger beroep dit zelfstandig verzoek wordt gedaan. Het hof stelt voorop dat [verweersters] B.V. in eerste aanleg reeds verzoeken heeft gedaan, zodat er geen sprake van is dat voor het eerst in hoger beroep een verzoek door [verweersters] B.V. is

gedaan. Vervolgens moet worden beoordeeld of [eiser] onredelijk in zijn verdediging wordt bemoeilijkt dan wel de procedure onredelijk wordt vertraagd als gevolg van het zelfstandig verzoek. Aangezien [eiser] verweer heeft kunnen voeren tegen dit verzoek (zowel bij verweerschrift in incidenteel appel, bij akte naar aanleiding van het nieuwe verzoek en ter zitting) en de procedure niet onredelijk is vertraagd als gevolg van dit verzoek zal het hof op het zelfstandig verzoek beslissen.

3.15. Het hof heeft onder 3.5.3. overwogen dat [eiser] zich zonder toestemming van [verweersters] B.V. toegang heeft verschaft tot het mailaccount van [betrokkene 1] en tot digitaal opgeslagen telefoongesprekken. Het verweer van [eiser] dat hij wel toestemming had wordt, voor zover [eiser] dit verweer handhaaft, op dezelfde gronden verworpen als onder 3.5.3. verworpen. [eiser] heeft verder als verweer gevoerd dat er geen reden was om de kosten te maken, aangezien [eiser] zelf aan [verweersters] heeft laten weten dat hij beperkt toegang had tot de ICT-omgeving van [verweersters]. (...)

2.25. Daarop volgt in dezelfde rov. 3.15. het oordeel van het hof dat, kort gezegd, inhoudt dat het redelijk is dat [eiser] uitsluitend de onderzoekskosten die betrekking hebben op de geconstateerde inbreuken aan [verweersters] BV vergoedt:

(...) Het hof overweegt hierover als volgt. Toen [eiser] bleek te beschikken over een e-mail bericht tussen onder meer [betrokkene 1] en diens advocaat, waar hij in beginsel geen toegang meer toe kon hebben en over een audio opname van een telefoongesprek tussen [betrokkene 1] en diens raadsman, was dat voldoende aanleiding voor [verweersters] B.V. om een onderzoek te doen naar de beveiliging van haar ICT-systeem. [eiser] heeft zijn stelling dat hij [verweersters] B.V. heeft laten weten dat hij beperkt toegang had tot de ICT-omgeving van [verweersters] B.V. onvoldoende geconcretiseerd. Daarbij neemt het hof voorts het volgende in aanmerking. Als [eiser] al op enig moment aan [verweersters] B.V. concreet zou hebben gezegd hoe hij toegang toe deze gegevens had en tot welke gegevens hij zich toegang heeft verschaft, geldt naar het oordeel van het hof het volgende. De handelwijze van [eiser] leverde een dermate grote inbreuk op de privacy van [betrokkene 1] en op het vertrouwen van [verweersters] B.V. op, dat niet verwacht kan worden dat [verweersters] B.V. er zonder nader onderzoek van uit zou moeten gaan dat die mededelingen waar en volledig zouden zijn. Het hof neemt daarbij voorts in aanmerking dat [eiser] heeft geweigerd mee te werken aan het onderzoek van FOX IT.

Ten slotte verweert [eiser] zich met de stelling dat kennelijk uitgebreid onderzoek is gedaan naar de beveiliging van de ICT-systemen van [verweersters] B.V. en dat hij de kosten van een dergelijk uitgebreid onderzoek niet hoeft te dragen. Het hof overweegt hierover als volgt. Nu [verweersters] BV onvoldoende duidelijk heeft kunnen maken waarom een verdergaand en meer omvattend onderzoek, zoals dat blijkt uit de rapportage, noodzakelijk is geweest acht het Hof het redelijk om de onderzoekskosten die betrekking hebben op de geconstateerde inbreuken van [eiser] te begroten op € 7.500,= excl. btw. Het hof zal dat bedrag toewijzen. De gevorderde btw wordt afgewezen, nu [eiser] onbetwist heeft aangevoerd dat de btw door [verweersters] B.V. kan worden teruggevorderd van de belastingdienst en dus niet als schade gekwalificeerd dient te worden. Tegen de verzochte ingangsdatum van de wettelijke rente is geen verweer gevoerd. Ook dat verzoek is toewijsbaar.

2.26. Het hof heeft de bestreden beschikking vervolgens vernietigd voor zover [verweersters] BV is veroordeeld om aan [eiser] een transitievergoeding te betalen van € 16.230,24. In

zoverre opnieuw rechtdoende heeft het hof vervolgens bepaald dat [verweersters] BV geen transitievergoeding verschuldigd is aan [eiser] in verband met de ontbinding van de arbeidsovereenkomst en heeft het [eiser] veroordeeld tot betaling van € 16.230,24 aan [verweersters] BV ter zake van onverschuldigd betaalde transitievergoeding. Voor het overige heeft het hof de beschikking bekrachtigd en heeft het [eiser] veroordeeld tot betaling van € 7.500,= aan [verweersters] BV met wettelijke rente en tot betaling van de proceskosten van [verweersters] BV in hoger beroep. Het hof heeft de veroordelingen tot betaling uitvoerbaar bij voorraad verklaard en, ten slotte, het meer of anders verzochte afgewezen (rov. 3.16. en het dictum).

2.27. [eiser] heeft bij verzoekschrift van 18 april 2019 – derhalve tijdig – cassatieberoep ingesteld tegen de beschikking van het hof. Bij verweerschrift van 21 juni 2019 heeft [verweersters] BV zich op het standpunt gesteld dat het cassatieberoep moet worden verworpen.

3. Bespreking van het middel

Inleiding

3.1. Het middel valt uiteen in vijf onderdelen, waarin [eiser], op hoofdlijnen, het volgende betoogt:

- of een redelijke ontslaggrond aanwezig is, moet in de situatie als bedoeld in art. 7:683 lid 3 BW, anders dan het hof heeft gedaan, *ex tunc* beoordeeld worden (onderdeel 1);
- zijn bewijsaanbod is ten onrechte door het hof gepasseerd (onderdeel 2);
- of in hoger beroep de transitievergoeding in geval van een (gesteld) ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer nog verschuldigd is, dient ook, anders dan het hof heeft gedaan, *ex tunc* beoordeeld te worden (subonderdelen 3a en 3b);
- uitgaande van een *ex tunc* toetsing, heeft het hof niet duidelijk gemaakt op welke manier de gepleegde computervredesbreuk in causaal verband kan worden gebracht met de door de kantonrechter uitgesproken ontbinding van de overeenkomst (subonderdeel 3c);
- art. 24 Rv is door het hof geschonden bij zijn oordeel met betrekking tot de mogelijkheid tot herplaatsing van [eiser] bij [verweersters] BV (onderdeel 4); en
- [verweersters] BV heeft ernstig verwijtbaar gehandeld (onderdeel 5).

Voordat ik aan bespreking van deze (sub)onderdelen toekom, zal ik eerst enkele algemene opmerkingen maken over de eerste door [eiser] aan de orde gestelde kwestie (toetst de appelrechter in het kader van art 7:683 lid 3 BW inderdaad *ex tunc*?), niet alleen omdat het antwoord ook van betekenis is bij de onderdelen 3 en 5, maar ook omdat dit een voor de praktijk relevante kwestie betreft waarbij de regering bij invoering van de WWZ niet uitdrukkelijk in de wetgeschiedenis heeft stilgestaan.⁷ Om dit onderwerp in het juiste perspectief te plaatsen, sta ik eerst kort stil bij het (rechtsmiddelenverbod van het) oude art. 7:685 BW (randnummers 3.2 tot en met 3.5), bij het daarvan afwijkende regime van de WWZ waarin ook op enkele belangrijke punten

⁷ Ik wijs nogmaals op de zaak *Schoonmaakbedrijf Victoria BV* (zaaknummer 18/03869) met conclusie van A-G De Bock (ECLI:NL:PHR:2019:955). In die zaak gaat het overigens uiteindelijk om de toetsing in het kader van art. 7:683 lid 5 BW, terwijl in de onderhavige zaak de toetsing in het kader van art. 7:683 lid 3 BW centraal staat.

wordt afgeweken van het reguliere appelprocesrecht (randnummers 3.6-3.7) en bij het reguliere hoger beroep op hoofdlijnen (functies van het hoger beroep en het toetsingsmoment in hoger beroep) (randnummers 3.8 tot en met 3.15). Na een tussenbalans (randnummer 3.16) ga ik specifiek in op het toetsingsmoment bij de beoordeling op de voet van art. 7:683 BW (randnummers 3.17 tot en met 3.26). Daarop volgt de bespreking van de klachten van onderdeel 1 (randnummers 3.27 e.v.) en ten slotte die van de overige (sub)onderdelen (randnummers 3.34 e.v.).

Het oude rechtsmiddelenverbod en het huidige art. 7:683 BW
3.2. Onder het vóór het regime van de WWZ geldende ontslagrecht was de mogelijkheid van hoger beroep of cassatie tegen ontbindingsbeschikkingen niet vanzelfsprekend. Op grond van art. 7:685 lid 11 BW (oud) gold immers een rechtsmiddelenverbod om te voorkomen dat partijen vanwege het instellen van een rechtsmiddel zouden moeten wachten op een definitieve beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Snelheid van de ontbindingsprocedure vormde zo de rechtvaardiging voor het rechtsmiddelenverbod.⁸

3.3. Dit rechtsmiddelenverbod is, mede vanwege kritische geluiden in de literatuur (het verbod zou, zo werd bijvoorbeeld betoogd, schending van art. 6 EVRM opleveren⁹) in de loop der tijd gerelativeerd. Het rechtsmiddel van hoger beroep en van cassatie stond onder omstandigheden toch open: in de rechtspraak van Uw Raad werd daarbij een drietal gronden¹⁰ voor doorbraak van het rechtsmiddelenverbod onderscheiden.¹¹

3.4. Met de invoering van de WWZ per 1 juli 2015 is dit rechtsmiddelenverbod uiteindelijk komen te vervallen, zoals indirect blijkt uit de tekst van art. 7:683 lid 1 BW:

‘Indien tegen een beschikking tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst als bedoeld in de artikelen 671b en 671c, of tot vernietiging van de opzegging als bedoeld in de artikelen 677, lid 4, en 681 of tot herstel van de arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 682, hoger beroep of beroep in cassatie wordt ingesteld, schorst dit de tenuitvoerlegging van de beschikking niet.’

3.5. In de memorie van toelichting heeft de regering uiteengezet waarom gekozen is voor het openstellen van hoger beroep en cassatie.¹²

‘De overweging die hieraan ten grondslag ligt, is dat in een stelsel waar verschillende kantonrechters oordelen over ontslag, de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie tegen een beslissing van de rechter van belang wordt geacht om uniformiteit in de rechtspraak te bevorderen. Uniformiteit en rechtszekerheid als gevolg van rechtspraak in meerdere instanties zal ook reflexwerking hebben bij ontslagen die tussen partijen onderling worden geregeld. Bij de keuze voor en uitwerking van deze mogelijkheid is enerzijds betrokken het belang van de werknemer en de werkgever om snel duidelijkheid te hebben over het al dan niet beëindigen van de arbeidsovereenkomst en anderzijds betrokken het belang van de werknemer en de werkgever om in hoger beroep en cassatie te kunnen gaan als deze zich onrechtvaardig behandeld voelen.’

3.6. Uit deze toelichting blijkt ook dat de regering bij de keuze voor de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie en de uitwerking daarvan in het huidige art. 7:683 BW heeft betrokken *enerzijds* het belang van de werknemer en de werkgever om snel duidelijkheid te krijgen over het al of niet beëindigen van de arbeidsovereenkomst en *anderzijds* hun belang om een rechtsmiddel in te stellen als zij zich onrechtvaardig behandeld voelen. Die afweging heeft geleid tot enkele bijzondere regels in art. 7:683 BW die afwijken van bepalingen van regulier appelprocesrecht, waaronder de regel in het zojuist geciteerde lid 1 van art. 7:683 BW (randnummer 3.4) dat het instellen van rechtsmiddelen *geen schorsende werking* heeft, waarmee wordt afgeweken van art. 350 en art. 360 Rv.¹³

3.7. Ook op andere wezenlijke punten wijkt art. 7:683 BW af van het reguliere appelprocesrecht.¹⁴ De appelrechter kan bij zijn beoordeling op de voet van art. 7:683 BW de beslissing van de rechter in eerste aanleg bijvoorbeeld *niet vernietigen*,¹⁵

8 Zie in dit verband nader D.M.A. Bij de Vaate, *Bijzonder ontslagprocesrecht* (Monografieën Sociaal Recht nr. 67), diss., Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 74.

9 Zie in dit verband uitgebreid D.M.A. Bij de Vaate, *Bijzonder ontslagprocesrecht* (Monografieën Sociaal Recht nr. 67), diss., Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 168-170.

10 Het rechtsmiddelenverbod werd doorbroken wanneer de kantonrechter (1) art. 7:685 BW (oud) ten onrechte buiten toepassing had gelaten, (2) buiten het toepassingsgebied van art. 7:685 BW (oud) was getreden en de bepaling dus ten onrechte had toegepast of (3) bij de behandeling van de zaak een of meer fundamentele rechtsbeginselen had veronachtzaamd, zodat van een eerlijke en onafhankelijke behandeling van de zaak geen sprake was. Zie nader onder meer P.G. Vestering, *SDU Commentaar Arbeidsrecht*, art. 685 BW Boek 7, Den Haag: Sdu 2014, C.6., N.T. Dempsey, ‘De relatieve onaantastbaarheid van een ontbindingsbeschikking’, *Arbeidsrecht* 2012/55, p. 6-8 en A.J. Swelheim, ‘Appel en cassatie van beschikkingen ex art. 7:685 BW: een vierde inventarisatie’, *Arbeidsrecht* 1999/67, p. 17-22.

11 Zie nog HR 1 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2312, NJ 2011/220 en JAR 2011/112 m.nt. C.G.M. Fruytier (*Flynth/...*), rov. 3.4.3.

12 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 34-35 (memorie van toelichting) en *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 4, p. 58 (Advies afdeling advisering Raad van State en Nader Rapport).

13 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 4, p. 58 (Advies afdeling advisering Raad van State en Nader Rapport). Zie over de bijzondere regels nader D.M.A. Bij de Vaate, *Handboek arbeidsprocesrecht*, Den Haag: Bju 2018, p. 352 e.v. en P.G. Vestering en W.J.J. Wetzels, *Praktisch arbeidsprocesrecht onder de WWZ*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2018, p. 100 en voor de schorsende werking van het hoger beroep in het reguliere appelprocesrecht Asser Procesrecht/F.B. Bakels, A. Hammerstein & E.M. Wesseling-van Gent, *Deel 4. Hoger Beroep*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 7.

14 Zie ook A-G De Bock in haar conclusie (ECLI:NL:PHR:2019:955) in *Schoonmaakbedrijf Victoria BV*, randnummers 5.12 e.v.

15 Zie expliciet ten aanzien van het oordeel van de appelrechter (ex art. 7:683 lid 3 BW) dat de kantonrechter de opzegging ten onrechte heeft vernietigd, *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 119-120 (memorie van toelichting) (met als motivering (p. 120) dat de opzegging dan zou herleven en dat zou neerkomen op een einddatum in het verleden wat door het nieuwe stelsel nu juist niet wordt beoogd). Alléén de kantonrechter mag een opzegging van de arbeidsovereenkomst dus vernietigen en niet de appelrechter. Zie HR 31 maart 2017, ECLI:NL:2017:571, NJ 2017/204 m.nt. E. Verhulp, JIN 2017/90 m.nt. D.A.D. Mees, JAR 2017/116 m.nt. A. van Zanten-Baris en *AR-Updates.nl* 2017/0391 m.nt. F.M. Dekker (*Vlisco*), rov. 3.6.1-3.6.2. Zie ook P.G. Vestering en W.J.J. Wetzels, *Praktisch arbeidsprocesrecht onder de WWZ*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2018, p. 100.

terwijl dat in appel wel gebruikelijk is.¹⁶ In plaats daarvan wordt in art. 7:683 leden 3, 5 en 6 BW concreet aangeduid welke beslissingen de appelrechter in de verschillende mogelijke situaties kan nemen. Zo is in art. 7:683 lid 3 BW neergelegd dat indien de appelrechter beslist dat de kantonrechter ten onrechte het ontbindingsverzoek heeft toegewezen of ten onrechte het verzoek tot vernietiging van de opzegging of tot herstel van de arbeidsovereenkomst heeft afgewezen, de appelrechter zal moeten kiezen tussen herstel van de arbeidsovereenkomst en toekenning van een billijke vergoeding aan werknemer.¹⁷ Kiest hij voor herstel van de arbeidsovereenkomst¹⁸ dan kan, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis, de appelrechter overigens niet alleen een hersteldatum in de toekomst bepalen, maar kan hij ook kiezen voor een hersteldatum *in het verleden*.¹⁹ Gaat het om art. 7:683 lid 5 of lid 6 BW dan mag de appelrechter die van oordeel is dat de kantonrechter het ontbindingsverzoek ten onrechte heeft afgewezen (lid 5) of het verzoek tot vernietiging van de opzegging ten onrechte heeft toegewezen (lid 6) alleen een tijdstip bepalen waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, waarbij de einddatum echter niet in het verleden mag liggen.²⁰ Beëindiging van de arbeidsover-

eenkomst mag dus niet tegen een tijdstip in het verleden, herstel van de arbeidsovereenkomst wél. Voordat ik nader op art. 7:683 BW inga, maak ik eerst een enkele opmerking over het reguliere appelprocesrecht en de wijze van toetsing in hoger beroep,²¹ om uiteindelijk uit te komen bij de vraag of art. 7:683 BW ook op het punt van de wijze van toetsing (het toetsingsmoment) afwijkt van het reguliere appelprocesrecht.

Het reguliere appelprocesrecht op hoofdlijnen

3.8. Het beginsel van twee (volle) feitelijke rechterlijke instanties komt veel gewicht toe.²² Het uitgangspunt in hoger beroep is dan ook de herbeoordeling van de oorspronkelijke vordering.²³ De appelrechter is immers evenals de rechter in eerste aanleg een feitenrechter: een rechter die over de feiten oordeelt en deze zelfstandig interpreteert en kwalificeert.²⁴

3.9. Omdat de appelrechter niet het vonnis in eerste aanleg maar, binnen de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep, de vordering (her)beoordeelt en zijn oordeel moet afstemmen op de processuele stand van zaken ten tijde van zijn uitspraak in hoger beroep en niet slechts aan de hand van de stellingen van partijen in eerste aanleg (waarover nader in randnummer 3.12), hebben partijen de mogelijkheid in appel hun stellingen aan te passen en te wijzigen.²⁵ Het hoger beroep houdt een herkansing in voor partijen; zij hebben in hoger beroep de mogelijkheid tot herstel van feitelijke of juridische onjuistheden of verzuimen bij de behandeling in eerste aanleg of om hun eerdere proceshouding om andere redenen in eerste aanleg aan te vullen, te corrigeren en aan te passen, voor zover de

16 Wanneer de appelrechter van oordeel is dat de beslissing in eerste aanleg niet juist is, dan moet hij deze in beginsel juist vernietigen. Zie hierover nader H.J. Snijders en A. Wendels, *Civiel appel* (Serie Burgerlijk Procesrecht & Praktijk 2), Deventer: Kluwer 2009, p. 245 e.v.

17 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 119-120 (memorie van toelichting). Zie in dit verband nader F.G. Laagland, in F.J.L. Pennings en L.C.J. Sprengers (red.), *De Wet werk en zekerheid* (Monografieën Sociaal Recht, nr. 72), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 145-146, D.M.A. Bij de Vaate, *Handboek arbeidsprocesrecht*, Den Haag: Bju 2018, p. 355-357 en P.G. Vestering en W.J.J. Wetzels, *Praktisch arbeidsprocesrecht onder de WWZ*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2018, p. 100-101.

18 Overigens mag de appelrechter niet ambtshalve herstel van de arbeidsovereenkomst toewijzen; de werknemer moet daar uitdrukkelijk om verzoeken. Zie in dit verband *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 119-120 (memorie van toelichting). Een billijke vergoeding mag de appelrechter wel ambtshalve toekennen. De regering heeft hiervoor als reden gegeven dat er zoveel tijd kan zijn verstreken voordat een uitspraak in hoger beroep wordt gedaan, dat herstel van de arbeidsovereenkomst niet meer in de rede ligt. De appelrechter moet in zo'n geval dan ook de mogelijkheid hebben om, desnoods ambtshalve, te kiezen voor toekenning van een billijke vergoeding aan de werknemer. Zie *Kamerstukken I* 2013-2014, 33 818, C, p. 115 (memorie van antwoord) en *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 120 (memorie van toelichting). Verder is van belang dat de appelrechter (als hij meent dat herstel van de arbeidsovereenkomst aan de orde is) niet alleen de werkgever kan veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen, maar daartoe ook (gelet op art. 3:300 BW) zelf kan overgaan, zo valt af te leiden uit HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80, NJ 2019/139 (m.nt. E. Verhulp onder NJ 2019/140) (*Amsta*), rov. 3.5.12. In geval van (een veroordeling tot) herstel treft de appelrechter ook voorzieningen omtrent de gevolgen van onderbreking van de arbeidsovereenkomst (art. 7:683 lid 4 jo. 7:682 lid 6 BW). Zie daarover de *Amsta*-beschikking, rov. 3.5.2-3.5.3.

19 *Kamerstukken I* 2013-2014, 33 818, C, p. 114 (memorie van antwoord) en *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 120 (memorie van toelichting). Zie over de vrijheid van de rechter in dit verband HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80, NJ 2019/139 (m.nt. E. Verhulp onder NJ 2019/140) (*Amsta*), rov. 3.5.1.

20 Zie hiervoor eveneens *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 120 (memorie van toelichting). De regel voorkomt dat het openstellen van rechtsmiddelen ertoe zou kunnen leiden dat de werkne-

mer enige tijd na de voor hem gunstige beschikking van de kantonrechter geconfronteerd zou worden met een einde van de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht. Een einddatum in het verleden wordt nu juist niet door het nieuwe stelsel beoogd. Zie in dit verband ook F.G. Laagland, in F.J.L. Pennings en L.C.J. Sprengers (red.), *De Wet werk en zekerheid* (Monografieën Sociaal Recht, nr. 72), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 146.

21 Het navolgende is mede gebaseerd op mijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2018:581) voor HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1777, RvdW 2018/1039 en JBPR 2019/4 m.nt. E. Gras, randnummers 3.10 e.v.

22 Asser Procesrecht/F.B. Bakels, A. Hammerstein & E.M. Wesseling-van Gent, *Deel 4. Hoger Beroep*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 9 en W. Hugenholtz en W.H. Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Dordrecht: Convoy Uitgevers 2018, p. 13-14 en 264.

23 Zie reeds HR 16 december 1926, NJ 1927, p. 263 (*Exploitatie Maatschappij Zevenhuizen/Van Stockum*). Zie verder F.J.H. Hovens, *Het civiele hoger beroep. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de functie van het hoger beroep in burgerlijke zaken*, diss., Deventer: Kluwer 2005, p. 218.

24 W. Hugenholtz en W.H. Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Dordrecht: Convoy Uitgevers 2018, p. 13-14.

25 Zie bijvoorbeeld HR 3 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1050 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), NJ 1993/714 (*Qin Yun Yp/PTT*), rov. 3.3 en HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1777, RvdW 2018/1039 en JBPR 2019/4 m.nt. E. Gras, rov. 3.3.2. Zie verder onder meer A. Hammerstein, 'De rechtsmiddelen verzet en hoger beroep', TCR 2003, p. 31, F.J.H. Hovens, *Het civiele hoger beroep. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de functie van het hoger beroep in burgerlijke zaken*, diss., Deventer: Kluwer 2005, p. 244 en R.H. de Bock, 'Herkansing in hoger beroep aan banden? Ook mét herkansing kan voortvarend worden geprocedeerd', in M.L. Hendrikse en A.W. Jongbloed (red.), *De toekomst van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 126 e.v.

zaak althans aan de hogere rechter wordt voorgelegd.²⁶ Dit kan worden ingegeven door gewijzigde omstandigheden in de vorm van nieuwe feitelijke ontwikkelingen, nieuwe rechtspraak of nieuwe wetgeving.²⁷ Het appel biedt de mogelijkheid tot herstel van feitelijke of juridische onjuistheden of verzuimen bij de behandeling in eerste aanleg en brengt een nieuwe behandeling en beslissing van de zaak mee, voor zover de zaak althans aan de hogere rechter wordt voorgelegd.²⁸

3.10. Door het hoger beroep wordt het gehele geschil zoals dat zich in eerste aanleg heeft ontwikkeld, afgewenteld op de appelrechter ('de devolutieve werking' van het hoger beroep).²⁹ Deze devolutieve werking van het hoger beroep wordt evenwel begrensd door onder meer de eis van het aanvoeren van grieven ('het grievenstelsel'). Het grievenstelsel³⁰ houdt, kort gezegd, in dat de appelrechter slechts heeft te oordelen over behoorlijk in het geding naar voren gebrachte grieven tegen de uitspraak in eerste aanleg.³¹

3.11. Uit het voorgaande volgt dat het hoger beroep een tweetal functies heeft. Enerzijds strekt het ertoe om de beslissing van de rechter in eerste aanleg door een hogere rechter te laten toetsen ('de controlefunctie') en anderzijds geeft hoger beroep partijen de gelegenheid tot het verbeteren en aanvullen van hetgeen zij in eerste aanleg hebben aangevoerd ('de herkansingsfunctie').³²

3.12. Dat het hoger beroep een nieuwe feitelijke instantie is, waarin de toewijsbaarheid van de vordering op de voorgrond staat, brengt mee dat de appelrechter dient te oordelen naar de stand van zaken ten tijde van zijn beslissing.³³ Hij geeft in beginsel een *ex nunc*-beoordeling.³⁴ De appelrechter hoeft niet te beslissen of de eerste rechter het destijds bij het rechte eind had, al kan dat wel uit zijn motivering blijken.³⁵ Uw Raad heeft dit in het arrest *Qin Yun Yp/PTT* als volgt weergegeven: '3.3. (...) Het hoger beroep strekt (...) niet uitsluitend tot een beoordeling van de juistheid van de in eerste aanleg gegeven beslissing, maar, binnen de grenzen van de rechtsstrijd in appel, tot een nieuwe behandeling en beslissing van de zaak, waarbij de appelrechter heeft te oordelen naar de toestand zoals die zich voordoet ten tijde van zijn beslissing (vgl. HR 6 april 1967, NJ 1967, 243 en HR 19 okt. 1979, NJ 1980, 125). (...)'³⁶

26 Zie bijvoorbeeld HR 3 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1050 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), NJ 1993/714 (*Qin Yun Yp/PTT*), rov. 3.3.

27 Zie bijvoorbeeld F.J.H. Hovens, *Het civiele hoger beroep. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de functie van het hoger beroep in burgerlijke zaken*, diss., Deventer: Kluwer 2005, p. 244.

28 Zie bijvoorbeeld HR 3 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1050 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), NJ 1993/714 (*Qin Yun Yp/PTT*).

29 Asser Procesrecht/F.B. Bakels, A. Hammerstein en E.M. Wesseling-van Gent, *Deel 4. Hoger beroep*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nrs. 81 en 125, H.J. Snijders en A. Wendels, *Civiel appel* (Serie Burgerlijk Procesrecht & Praktijk 2), Deventer: Kluwer 2009, p. 199 en H.E. Ras & A. Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken* (Serie Burgerlijk Procesrecht & Praktijk IV), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 63-64. Zie in dit verband HR 23 februari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2000 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), NJ 1996/395 en JOR 1996/41 m.nt. B. Wessels ([...]), rov. 3.5, HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4663, NJ 2007/638 m.nt. E.J. Dommering (*Dexia*/[...]), rov. 3.10 en HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, NJ 2009/21 m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders en JOR 2008/260 m.nt. Y. Borrius ([...]/NOM), rov. 4.2.3. Vgl. ook HR 26 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1991, NJ 2004/637 m.nt. J. de Boer (*Stichting Bureau Jeugdzorg Zeeland*), rov. 3.6.

30 Zie verder over de ontwikkeling van het grievenstelsel onder meer H.E. Ras & A. Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken* (Serie Burgerlijk Procesrecht & Praktijk IV), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 14 e.v.

31 Zie hiervoor onder meer HR 6 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG473 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), NJ 1984/396 m.nt. W.L. Haardt (S.K.S. Siller en *Jamart BV/Schouten*) en HR 3 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8278, NJ 2006/120 (*Budé/Geju*), rov. 5.2 en HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6830, NJ 2006/620 en JBPR 2006/20 m.nt. A. Hammerstein (*Eurol/Eurochemie*), rov. 3.4.4. Daarbij gelden alle gronden die een appellant aanvoert ten betoge dat de bestreden uitspraak moet worden vernietigd als 'grievend'. Zie HR 1 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:137, NJ 2019/71, rov. 3.3.2, HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, NJ 2009/21 m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders en JOR 2008/260 m.nt. Y. Borrius ([...]/NOM), rov. 4.2.1-4.2.3, HR 3 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8278, NJ 2006/120 (*Budé/Geju*), rov. 4.3 en HR 12 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8435, NJ 2004/341 m.nt. W.M. Kleijn, rov. 4.6.1. Zie over het grievenstelsel als beperking van de devolutieve werking van het hoger beroep nader H.E. Ras & A. Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken* (Serie Burgerlijk Procesrecht & Praktijk

IV), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 63-64 en Asser Procesrecht/F.B. Bakels, A. Hammerstein en E.M. Wesseling-van Gent, *Deel 4. Hoger beroep*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nrs. 81 en 101.

32 Zie onder meer Asser Procesrecht/F.B. Bakels, A. Hammerstein en E.M. Wesseling-van Gent, *Deel 4. Hoger beroep*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 4 onder (iii) en (v) en nr. 104, H.E. Ras & A. Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken* (Serie Burgerlijk Procesrecht & Praktijk IV), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 13 en D.M.A. Bij de Vaate, *Handboek arbeidsprocesrecht*, Den Haag: Bju 2018, p. 323. Zie in dit verband ook HR 11 december 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2803 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), NJ 1999/341 (*NDC/Osse Overslagcentrale*), rov. 3.5, HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2831 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), NJ 1999/715 m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.3 en HR 1 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7319, NJ 2003/355 m.nt. H.J. Snijders ([...]), rov. 4.2.

33 Zie bijvoorbeeld HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2828 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), NJ 1999/381 m.nt. D.W.F. Verkade (*Meccano*/[...]), rov. 3.5.

34 Zie bijvoorbeeld F.J.H. Hovens, *Civiel appel*, Den Haag: Sdu 2007, p. 114 e.v.

35 Vgl. HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3437, NJ 2003/343 m.nt. H.J. Snijders (*Telfort/Scaramea*), rov. 3.4 waarin duidelijk wordt dat (bijvoorbeeld in verband met verbeurde dwangsommen) de inzet in appel door partijen ook beperkt kan zijn tot het enkele antwoord op de vraag of de uitspraak in eerste aanleg juist was.

36 HR 3 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1050 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), NJ 1993/714 (*Qin Yun Yp/PTT*). Zie ook HR 23 februari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2000 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), NJ 1996/395 en JOR 1996/41 m.nt. B. Wessels ([...]), rov. 3.5, HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2828 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), NJ 1999/381 m.nt. D.W.F. Verkade (*Meccano*/[...]), rov. 3.5 en HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4663, NJ 2007/638 m.nt. E.J. Dommering (*Dexia*/[...]), rov. 3.10. Zie in dit verband nader F.G. Laagland en I. Lintens, 'Het rechterlijke toetsingsmoment in ontslagzaken: een betoog voor een uniforme toetsing ex tunc', *TRA* 2018/2, p. 3-4, H.J. Snijders en A. Wendels, *Civiel appel* (Serie Burgerlijk Procesrecht & Praktijk 2), Deventer: Kluwer 2009, p. 199 en Asser Procesrecht/F.B. Bakels, A. Hammerstein en E.M. Wesseling-van Gent, *Deel 4. Hoger beroep*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 93.

3.13. Dit houdt dan ook in dat feiten die zich pas na de uitspraak in eerste aanleg hebben voorgedaan, in hoger beroep alsnog aan de orde kunnen komen.³⁷ Met inachtneming van dit alles dient de appelrechter het geschil in beginsel te beoordelen naar het moment van zijn beslissing.³⁸

3.14. In beginsel oordeelt de appelrechter dus naar de actuele situatie in hoger beroep.³⁹ Het feit dat een door de rechtbank gedane uitspraak ten tijde van het vonnis op zichzelf juist was, vrijwaart deze dus niet voor vernietiging in hoger beroep. Een nieuw feit of een nieuwe feitelijke ontwikkeling kan namelijk meebrengen dat de uitspraak, gegeven de nieuwe stand van zaken, in appel toch geen stand kan houden.⁴⁰ De nieuwe feiten dienen, behoudens uitzonderingen,⁴¹ wel bij de grieven te worden aangevoerd. De omvang van het hoger beroep wordt, als gezegd (randnummer 3.10), bepaald door de grieven die de appellante heeft geformuleerd.⁴²

3.15. In die gevallen waarin in appel toch een toetsing *ex tunc* aan de orde is,⁴³ vindt beoordeling plaats naar de toestand zoals die zich ten tijde van de beslissing van de rechter in eerste aanleg voordeed. Een dergelijke toetsing *ex tunc* in hoger beroep laat evenwel onverlet dat feiten en omstandigheden die zich ten tijde van de beslissing in eerste aanleg reeds hadden voorgedaan maar die bij de rechter toen niet bekend waren (omdat deze door de partijen niet waren ingebracht), in

hoger beroep alsnog aan de orde kunnen worden gesteld.⁴⁴ Ook bij toetsing *ex tunc* moet de appelrechter de herkansingsfunctie van het hoger beroep immers in acht nemen.

Tussenbalans

3.16. Met art. 7:683 BW wijkt het huidige arbeidsprocesrecht op een aantal wezenlijke punten af zowel van het onder het oude art. 7:685 BW ontwikkelde regime (randnummers 3.2 tot en met 3.5) als van het reguliere appelprocesrecht (randnummers 3.6-3.7). De centrale vraag is nu of het uitgangspunt van het reguliere appelprocesrecht dat de appelrechter *ex nunc* (dus naar de situatie ten tijde van zijn beslissing) toetst (randnummer 3.14) wél zonder meer geldt voor de beoordeling op de voet van art. 7:683 BW. [eiser] betoogt in dit verband (in onderdeel 1) dat dit niet het geval is in de situatie als bedoeld in lid 3 van art. 7:683 BW, omdat dan toetsing *ex tunc* (dat wil zeggen naar de situatie ten tijde van de beslissing van de kantonrechter) zou moeten plaatsvinden.

Art. 7:683 lid 3, lid 5 en lid 6 BW: toetsing *ex nunc* of *ex tunc*?

3.17. In de wetsgeschiedenis van de WWZ wordt niet specifiek ingegaan op het door de appelrechter te hanteren toetsingsmoment bij de beoordeling op de voet van 7:683 BW. Toch valt er wel wat over te zeggen.

3.18. In de literatuur wordt in dit verband onderscheid gemaakt tussen de toetsing in het kader van art. 7:683 lid 3 BW enerzijds en die in het kader van art. 7:683 lid 5 en 6 BW anderzijds,⁴⁵ omdat de situaties die in deze artikelen worden geregeld wezenlijk van elkaar verschillen, zoals ook tot uitdrukking komt in de wettekst.

3.19. De leden 3, 5 en 6 van art. 7:683 BW luiden als volgt:

‘3. Indien de rechter in hoger beroep of na verwijzing in cassatie oordeelt dat het verzoek van de werkgever om ontbinding van de arbeidsovereenkomst ten onrechte is toegewezen of dat het verzoek van de werknemer om vernietiging van de opzegging of om herstel van de arbeidsovereenkomst ten onrechte is afgewezen, kan hij de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen of aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen.

5. Indien de rechter in hoger beroep of na verwijzing in cassatie oordeelt dat het verzoek van de werkgever of de werknemer om ontbinding van de arbeidsovereenkomst ten onrechte is afgewezen, bepaalt hij op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst eindigt. De artikelen 671b en 671c zijn ten aanzien van de toekenning van een vergoeding van overeenkomstige toepassing.

6. Indien de rechter in hoger beroep of na verwijzing in cassatie oordeelt dat het verzoek van de werknemer om vernietiging van de opzegging of om herstel van de arbeidsovereenkomst ten onrechte is toegewezen, bepaalt hij op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst eindigt.’

37 Asser Procesrecht/F.B. Bakels, A. Hammerstein & E.M. Wesseling-van Gent, *Deel 4. Hoger beroep*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 159.

38 Asser Procesrecht/F.B. Bakels, A. Hammerstein & E.M. Wesseling-van Gent, *Deel 4. Hoger beroep*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 159 onder verwijzing naar HR 3 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1050 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), *NJ* 1993/714 (*Qin Yun Yp/PTT*), HR 23 februari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2000 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), *NJ* 1996/395 en *JOR* 1996/41 m.nt. B. Wessels (*Meijburg & Co./Haze-winkel c.s.*), HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2828 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), *NJ* 1999/381 m.nt. D.W.F. Verkade (*Meccano/[...]*), HR 30 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6341, *NJ* 2001/389 m.nt. H.J. Snijders (*Erven M.*) en HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3437, *NJ* 2003/343 m.nt. H.J. Snijders (*Telfort/Scaramea*).

39 Dit verdient in zoverre relativering dat aard en inhoud van de vordering bepalend zijn voor de vraag welke ‘bril’ de (appel)rechter opzet bij het beoordelen van de zaak. Daarvoor verwijst ik nu kortheidshalve naar randnummer 3.13 van mijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2018:581) voor HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1777, *RvdW* 2018/1039 en *JBPR* 2019/4 m.nt. E. Gras.

40 Asser Procesrecht/F.B. Bakels, A. Hammerstein & E.M. Wesseling-van Gent, *Deel 4. Hoger beroep*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 159.

41 Zie voor uitzonderingen op de regel Asser Procesrecht/F.B. Bakels, A. Hammerstein & E.M. Wesseling-van Gent, *Deel 4. Hoger beroep*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nrs. 107 e.v.

42 Zie in dit verband onder meer HR 9 december 1966, ECLI:NL:HR:1966:AB4295 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), *NJ* 1967/76 (*Wildschut/Bijleveld*), HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ3242, *NJ* 2004/76, *JBPR* 2004/18 m.nt. M.A.J.G. Janssen en *Ars Aequi* 2004, p. 282 e.v. m.nt. G.R. Rutgers (*Clickly*) en HR 31 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:214, *RvdW* 2014/253 en *JBPR* 2014/29 m.nt. G. van Rijssen (*New India*).

43 Zie bijvoorbeeld hof Arnhem 3 februari 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BH4470, rov. 6 waarin ten aanzien van de rechtmatigheid van in eerste aanleg opgelegde dwangsommen *ex tunc* werd getoetst. Zie verder hiervoor voetnoot 39.

44 Zie in die zin recentelijk HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1234, *RvdW* 2019/913, *JAR* 2019/204 m.nt. I. Janssen en *TRA* 2019/98 m. nt. C.J. Frikkee (*Achmea*), rov. 3.1.3. Zie in dit verband ook F.G. Laagland en I. Lintsen, ‘Het rechterlijke toetsingsmoment in ontslagzaken: een betoog voor een uniforme toetsing *ex tunc*’, *TRA* 2018/2, p. 4.

45 Zie in dit verband onder meer A-G de Bock in haar conclusie (ECLI:NL:PHR:2019:955) in *Schoonmaakbedrijf Victoria BV*, randnummers 5.17, 5.44 en 5.67 en F.G. Laagland en I. Lintsen, ‘Het rechterlijke toetsingsmoment in ontslagzaken: een betoog voor een uniforme toetsing *ex tunc*’, *TRA* 2018/2, p. 4 e.v.

3.20. Ik ga eerst kort in op de leden 5 en 6 van art. 7:683 BW en kom daarna meer uitvoerig te spreken over de situatie die in de onderhavige zaak aan de orde is: die van art. 7:683 lid 3 BW.

3.21. In geval van toepassing van art. 7:683 lid 5 of 6 BW stelt de werknemer of de werkgever één van de volgende vragen aan de orde:

a. heeft de kantonrechter het ontbindingsverzoek (van werkgever of werknemer) terecht afgewezen? (lid 5)

b. heeft de kantonrechter het verzoek van de werknemer tot vernietiging van de opzegging of herstel van de arbeidsovereenkomst terecht toegewezen? (lid 6)

Hier is er ten tijde van de beoordeling in hoger beroep gelet op het feit dat het hoger beroep ingevolge art. 7:683 lid 1 BW geen schorsende werking heeft, nog een arbeidsovereenkomst.⁴⁶ In appel wordt de daaraan ten grondslag liggende beslissing van de kantonrechter bestreden en wordt alsnog op beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de appelrechter aangestuurd. Bij deze stand van zaken (de arbeidsovereenkomst bestaat nog; moet zij alsnog worden beëindigd?) ligt het voor de hand dat de appelrechter uiteindelijk *ex nunc* toetst, ook waar het de herplaatsingsmogelijkheid en eventuele opzegverboden betreft.⁴⁷ Over art. 7:683 lid 5 en lid 6 BW

zal ik nu echter niet verder uitweiden, omdat de situatie in de onderhavige zaak niet door (één van) deze artikelleden wordt bepaald.

3.22. Bij toepassing van art. 7:683 lid 3 BW is een heel andere situatie aan de orde. Hier is het per definitie de *werknemer* die de appelrechter één van de volgende twee vragen voorlegt:

a. heeft de kantonrechter het ontbindingsverzoek van de werkgever terecht toegewezen?

b. heeft de kantonrechter het verzoek van de werknemer tot vernietiging van de opzegging of tot herstel van de arbeidsovereenkomst terecht afgewezen?

Gelet op de regel van art. 7:683 lid 1 BW dat het hoger beroep geen schorsende werking heeft, gaat het in de gevallen waarop lid 3 van deze bepaling ziet dus steeds om de situatie dat er in hoger beroep als gevolg van de beschikking van de kantonrechter in eerste aanleg *geen* arbeidsovereenkomst meer is.⁴⁸ De werknemer bestrijdt de daaraan ten grondslag liggende beslissing van de kantonrechter en stuurt in dit verband aan op herstel van de arbeidsovereenkomst of op een billijke vergoeding. Het ligt dan in de rede dat de appelrechter de aan deze situatie (er is geen arbeidsovereenkomst meer) ten grondslag liggende beslissing van de kantonrechter (uiteraard met inachtneming van de herkansingfunctie) (randnummers 3.11 en 3.15) *ex tunc* beoordeelt: was die beslissing *destijds* terecht?⁴⁹ Voor zover daarbij de beoordeling door de kantonrechter van de verschillende vereisten voor opzegging door de werkgever c.q. ontbinding door de werkgever aan de kaak wordt gesteld (redelijke grond, herplaatsing is niet mogelijk of ligt niet in de rede en van een opzegverbod is geen sprake⁵⁰), houdt zij dus ook een *ex tunc* oordeel in.⁵¹

46 Zie voor de beperkte ruimte die de appelrechter heeft als hij de in dit randnummer genoemde vragen ontkennend beantwoordt, randnummer 3.7.

47 In deze zin reeds J.M. van Slooten e.a. (red.), *T&C Arbeidsovereenkomst. Speciale uitgave WAB en Wnra*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, art. 7:683 BW, aant. 8 (E. Verhulp), D.M.A. Bij de Vaate, *Handboek arbeidsprocesrecht*, Den Haag: Bju 2018, p. 360-361 en uitvoerig A-G De Bock in haar conclusie (ECLI:NL:PHR:2019:955) in *Schoonmaakbedrijf Victoria BV*, randnummers 5.44 e.v., waarin zij het pleidooi van Laagland en Lintsen (hierna voor *ex tunc* toetsing aan een kritisch oordeel onderwerpt. Zie voor de feitenrechtspraak onder meer hof Amsterdam 27 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2572, AR 2017/3736 (*Combined Traders BV*), rov. 3.4 en hof 's-Hertogenbosch 8 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2543, AR 2017/2929 (*Banket BV*), rov. 3.19. Een afwijkend standpunt wordt ingenomen door F.G. Laagland en I. Lintsen, 'Het rechterlijke toetsingsmoment in ontslagzaken: een betoog voor een uniforme toetsing *ex tunc*', *TRA* 2018/2, p. 4 e.v. Zij wijzen erop dat *ex nunc* toetsing in haar algemeenheid rechtsonzekerheid met zich brengt, omdat partijen rekening moeten houden met toekomstige ontwikkelingen die tijdens de procedure in eerste aanleg niet voorzien waren. Verder stellen zij dat als de *ex tunc* toetsing alleen zou gelden voor de beoordeling in het kader van art. 7:683 lid 3 BW, maar niet voor de beoordeling op grond van art. 7:683 lid 5 of 6 BW, de positie van de werkgever in de laatstgenoemde situaties extra versterkt zou worden ten opzichte van die van de werknemer. De werkgever zou dan in hoger beroep juist een volledige herkansing krijgen om de arbeidsovereenkomst te doen beëindigen (op grond van art. 7:683 lid 5 of lid 6 BW), terwijl dat - vanwege de *ex tunc* toetsing - niet zou gelden voor de werknemer die (op grond van art. 7:683 lid 3 BW) zijn arbeidsovereenkomst in hoger beroep hersteld wil krijgen. Wat mij betreft op goede gronden heeft A-G De Bock in haar conclusie (ECLI:NL:PHR:2019:955) in *Schoonmaakbedrijf Victoria BV*, randnummers 5.46 e.v. deze argumenten gewogen en te licht bevonden en geconcludeerd dat in het kader van art. 7:683 lid 5 en 6 BW *ex nunc* toetsing aangewezen is (onder meer ook vanuit overwegingen van proceseconomie). Dat neemt niet weg dat ook het hof Arnhem-Leeuwarden op het spoor zit van toetsing *ex tunc*: hof Arnhem-Leeuwarden 25 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3301, *AR-Updates.nl* 2016/0468 m.nt. J.H. Even, rov. 5.11 en hof Arnhem-Leeuwarden 11 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:7914, AR 2017/1117 (*LegalXS BV*), rov. 5.5.

48 Zie voor de (beperkte) mogelijkheden die de appelrechter heeft als hij de in dit randnummer genoemde vragen ontkennend beantwoordt, randnummer 3.7.

49 In die zin ook D.M.A. Bij de Vaate, *Handboek arbeidsprocesrecht*, Den Haag: Bju 2018, p. 353-354.

50 Er moet een redelijke grond voor opzegging of ontbinding zijn (art. 7:699 lid 1 en lid 3 resp. art. 7:671b lid 2 BW), herplaatsing binnen redelijke termijn zou niet mogelijk zijn of niet in de rede liggen (art. 7:699 lid 1 en lid 3 resp. art. 7:671b lid 2 BW) en er mag geen opzegverbod gelden (art. 7:670 resp. art. 7:671b lid 2 BW).

51 De vraag of herplaatsing binnen een redelijke termijn mogelijk is, wordt op grond van art. 7:669 lid 5 BW jo. art. 10 lid 4 van de Ontslagregeling beoordeeld naar het moment dat beslist wordt op het verzoek om toestemming voor opzegging of ontbinding. In het kader van art. 7:683 lid 3 BW wordt dan gekeken naar het moment waarop de kantonrechter in eerste aanleg heeft beslist. Zie bijvoorbeeld hof Arnhem-Leeuwarden 25 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3301, *AR-Updates.nl* 2016/0468 m.nt. J.H. Even en *JAR* 2016/146, rov. 5.11 en hof Arnhem-Leeuwarden 14 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10148, *AR Updates* 2016/1470 (*PostNL Pakketten Benelux BV*), rov. 5.4 en in dezelfde lijn F.G. Laagland en I. Lintsen, 'Het rechterlijke toetsingsmoment in ontslagzaken: een betoog voor een uniforme toetsing *ex tunc*', *TRA* 2018/2, p. 5 en A-G De Bock in haar conclusie (ECLI:NL:PHR:2019:955) in *Schoonmaakbedrijf Victoria BV*, randnummer 5.35. Ook wat de vraag naar een eventueel opzegverbod betreft, ligt het in de situatie die in art. 7:683 lid 3 BW aan de orde is in de rede dat wordt gekeken naar het moment waarop de kantonrechter heeft beslist. Zie bijvoorbeeld W.J.J. Wetzels en P.G. Vestering, *SDU Commentaar Arbeidsrecht*, art. 683 BW Boek 7, Den Haag: Sdu 2019, C.1., p. 1703, F.G. Laagland en I. Lintsen, 'Het rechterlijke toetsingsmoment in ontslagzaken: een betoog voor een uniforme toetsing *ex tunc*', *TRA* 2018/2, p. 8 en ook A-G De Bock in haar conclusie (ECLI:NL:PHR:2019:955) in *Schoonmaakbedrijf Victoria BV*, randnummers 5.40-5.41. Zie ver-

3.23. Dat bij deze beoordeling op de voet van art. 7:683 lid 3 BW toetsing *ex tunc* geboden is, wordt door de meeste auteurs⁵² aangenomen. Daarbij wordt ook rechtszekerheid als argument aangevoerd. Als de werkgever en de werknemer steeds rekening zouden moeten houden met toekomstige omstandigheden die tijdens de procedure in eerste aanleg niet bestonden (en dat is in principe het geval bij toetsing *ex nunc*), is inderdaad de rechtszekerheid in het geding.⁵³ Rechtszekerheid ligt weliswaar in zekere zin besloten in het openstellen van hoger beroep en cassatie (art. 7:683 lid 1 BW, randnummers 3.4 en 3.5), maar de wetgever heeft dat geprobeerd te ondervangen door op een aantal punten af te wijken van het reguliere appelprocesrecht (zie daarvoor nader randnummers 3.6 en 3.7). Met toetsing *ex tunc* in hoger beroep wordt de rechtszekerheid mijns inziens voldoende gewaarborgd, nu bij deze toetsing feiten en omstandigheden die zich ná de beschikking van de kantonrechter hebben voorgedaan (*nova*) niet worden betrokken.

3.24. Ook in de feitenrechtspraak is toetsing *ex tunc* bij de beoordeling op grond van art. 7:683 lid 3 BW steeds het uitgangspunt.⁵⁴ Illustratief is in dit kader de uitspraak van het hof Arnhem-Leeuwarden van 29 maart 2018 waarin het hof geen acht slaat op het vertrek van de leidinggevende als nieuw feit in hoger beroep.⁵⁵

‘5.5. Tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep is door [verzoeker] opgemerkt dat [B] inmiddels een werkkring elders heeft. Daarmee is volgens hem de (belangrijkste) aanleiding voor de verstoorde verhouding weg en zou hij weer bij LWM kunnen werken.

Het hof verwerpt dit betoog. Zoals aan het slot van de vorige overweging is vermeld, heeft de kantonrechter indertijd terecht de ontbinding van de arbeidsovereenkomst uitgesproken.

Het hof beoordeelt de juistheid van die beslissing, die leidde tot het eindigen van de overeenkomst, *ex tunc*, dus aan de hand van de situatie zoals die was ten tijde van de beslissing van de kantonrechter [...] nu artikel 7:683 lid 3 BW van de appelrechter vraagt te beoordelen of de kantonrechter ten onrechte het ontbindingsverzoek van de werkgever heeft toegewezen en de kantonrechter slechts heeft kunnen oordelen op basis van de toen bekende feiten en omstandigheden.’

3.25. Komt de appelrechter tot de conclusie dat de beslissing van de kantonrechter een *ex tunc*-beoordeling niet doorstaat, dan staat hij vervolgens voor de vraag of herstel van de arbeidsovereenkomst dan wel een billijke vergoeding op haar plaats is (randnummer 3.7).⁵⁶ In dit verband wordt in de literatuur en de feitenrechtspraak als uitgangspunt genomen dat de appelrechter de vraag welke van deze twee beslissingen hij moet nemen als hij meent dat de arbeidsovereenkomst ten onrechte is ontbonden *ex nunc*, dat wil zeggen naar de situatie ten tijde van zijn beslissing, beoordeelt.⁵⁷

der bijvoorbeeld hof Arnhem-Leeuwarden 25 juni 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:5829, JAR 2018/181, rov. 5.2 (*Achmea*). In deze zaak is de *ex tunc* toetsing door het hof bij de beoordeling van het opzegverbod als zodanig niet ter discussie gesteld, wel de vraag of toetsing *ex tunc* kan afdoen aan de herkansingsfunctie in hoger beroep. Dat is niet het geval, heeft Uw Raad bevestigd in HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1234, RvdW 2019/913, JAR 2019/204 m.nt. I. Janssen en TRA 2019/98 m.nt. C.J. Frikkee (*Achmea*), rov. 3.1.3.

52 Zo niet alleen A-G De Bock in haar conclusie (ECLI:NL:PHR:2019:955) in *Schoonmaakbedrijf Victoria BV*, randnummers 5.20 e.v., maar bijvoorbeeld ook F.G. Laagland en I. Lintsen, ‘Het rechterlijke toetsingsmoment in ontslagzaken: een betoog voor een uniforme toetsing *ex tunc*’, TRA 2018/2, p. 4-5, W.J.J. Wetzels en P.G. Vesterling, *SDU Commentaar Arbeidsrecht*, art. 683 BW Boek 7, Den Haag: Sdu 2019, C.1., p. 1702 en D.M.A. Bij de Vaate, *Handboek arbeidsprocesrecht*, Den Haag: Bju 2018, p. 353-354. Anders C.J. Loonstra en W.A. Zondag, in A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata deel II*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 190 e.v. die bepleiten dat over de gehele linie (dus niet alleen bij art. 7:683 lid 5 en lid 6 BW, maar ook bij art. 7:683 lid 3 BW) toetsing *ex nunc* moet plaatsvinden. Zie voor een overtuigende weerlegging van hun standpunt voor zover het om art. 7:683 lid 3 BW gaat A-G De Bock in haar conclusie (ECLI:NL:PHR:2019:955) in *Schoonmaakbedrijf Victoria BV*, randnummers 5.31-5.33.

53 F.G. Laagland en I. Lintsen, ‘Het rechterlijke toetsingsmoment in ontslagzaken: een betoog voor een uniforme toetsing *ex tunc*’, TRA 2018/2, p. 4.

54 Zie bijvoorbeeld hof Den Haag 15 februari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:289, JAR 2019/87 (*Centric Netherlands BV*), rov. 4.4, hof Arnhem-Leeuwarden 29 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3020, JAR 2018/106 m.nt. F.J. Laagland, (*Lamb Weston Meijer Vof*), rov. 5.5 en hof Arnhem-Leeuwarden 17 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9176, AR 2016/3439, rov. 5.7.

55 Hof Arnhem-Leeuwarden 29 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3020, JAR 2018/106 m.nt. F.J. Laagland (*Lamb Weston Meijer Vof*). Anders C.J. Loonstra en W.A. Zondag, in A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata deel II*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 190 e.v. die juist bepleiten dat over de gehele linie (dus niet alleen bij art. 7:683 lid 5

en lid 6 BW, maar ook bij art. 7:683 lid 3 BW) toetsing *ex nunc* moet plaatsvinden. Daarbij bespreken zij het voorbeeld van de situatie dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbindt wegens een verstoorde arbeidsrelatie tussen de werknemer en diens leidinggevende, waarna in hoger beroep de leidinggevende vertrokken blijkt. In zo'n situatie zou de appelrechter wat Loonstra en Zondag betreft op verzoek van de werknemer mogen aannemen dat de g-grond is weggevallen (p. 191). In de zojuist geciteerde uitspraak zit het hof Arnhem-Leeuwarden dus duidelijk op een ander spoor.

56 A-G De Bock legt er in haar conclusie (ECLI:NL:PHR:2019:955) in *Schoonmaakbedrijf Victoria BV*, randnummer 5.42 de nadruk op dat uit het wettelijk systeem (door haar behandeld in randnummers 5.25-5.27) zou voortvloeien dat het de voorkeur verdient de werknemer een financiële vergoeding te geven (in plaats van de arbeidsovereenkomst te herstellen en daarmee de werknemer te laten terugkeren naar zijn (voormalig) werkgever) indien de appelrechter van oordeel is dat de arbeidsovereenkomst ten onrechte door de kantonrechter is ontbonden.

57 Zie bijvoorbeeld F.G. Laagland, in F.J.L. Pennings en L.C.J. Sprengers (red.), *De Wet werk en zekerheid* (Monografieën Sociaal Recht, nr. 72), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 142, W.J.J. Wetzels en P.G. Vesterling, *SDU Commentaar Arbeidsrecht*, art. 683 BW Boek 7, Den Haag: Sdu 2019, C.1., p. 1702-1703 en in deze zin ook, althans voor zover het om toekenning van de billijke vergoeding gaat, A-G De Bock in haar conclusie (ECLI:NL:PHR:2019:955) in *Schoonmaakbedrijf Victoria BV*, randnummer 5.43. Zie (in verband met de billijke vergoeding) ook HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:878, NJ 2019/170 (m.nt. E. Verhulp onder NJ 2019/173), TRA 2018/79 m.nt. M.S.A. Vegter en JIN 2018/125 m.nt. B.J. Sap (*Zinzia*), rov. 3.3.4 en HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:857, NJ 2019/171 (m.nt. E. Verhulp onder NJ 2019/173), TRA 2018/78 m.nt. D.J. Buijs, JAR 2018/168 m.nt. A. van Zanten-Baris en JIN 2018/126 m.nt. B.J. Sap, rov. 3.4.2. Zie in dit verband ook nog *Kamerstukken I* 2013-2014, 33 818, C, p. 115 (memorie van antwoord) en *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 7, p. 90 (nota naar aanleiding van het verslag).

Conclusie ten aanzien van het toetsingsmoment in het kader van art. 7:683 lid 3 BW

3.26. In het licht van het voorgaande is de conclusie dat de beoordeling in hoger beroep op de voet van art. 7:683 lid 3 BW, waar het de beslissing van de kantonrechter betreft, *ex tunc* moet plaatsvinden.⁵⁸ Daarbij speelt een rol dat ingevolge art. 7:683 lid 1 BW het hoger beroep geen schorsende werking heeft, zodat er in de situatie van art. 7:683 lid 3 BW geen arbeidsovereenkomst meer is en de juistheid van de daaraan ten grondslag liggende beslissing van de kantonrechter in hoger beroep voorligt. Ook de rechtszekerheid wordt met toetsing *ex tunc* in het kader van art. 7:683 lid 3 BW gediend, omdat deze toetsing weliswaar de herkansingsfunctie van het hoger beroep onverlet laat (randnummer 3.15), maar het aanvoeren van *nova* verbiedt (randnummer 3.23). Bij een *ex nunc* toetsing zou een ontslag dat ten tijde van de beoordeling door de kantonrechter terecht was, in hoger beroep onterecht kunnen worden bevonden vanwege feiten en omstandigheden die zich pas na die beslissing hebben voorgedaan. Dat is geen wenkend perspectief, omdat zo elk ontslag op losse schroeven blijft staan, totdat een definitieve rechterlijke beslissing is genomen.⁵⁹ Komt de appelrechter tot de conclusie dat de beslissing van de kantonrechter een *ex tunc* toetsing niet doorstaat, dan staat hij vervolgens voor de vraag of hij zal overgaan tot (veroordeling van de werkgever tot) herstel van de arbeidsovereenkomst of tot toekenning van een billijke vergoeding aan de werknemer. Dit constitutieve oordeel vergt een beoordeling naar de omstandigheden ten tijde van zijn beslissing: een *ex nunc* oordeel derhalve.

Dit brengt mij bij de bespreking van onderdeel 1.

Onderdeel 1

3.27. Dit onderdeel is gericht tegen rov. 3.5. tot en met 3.7.⁶⁰ van de beschikking van het hof waarin het hof, kort gezegd, op de voet van art. 7:683 lid 3 BW heeft geoordeeld dat 'inmiddels' de arbeidsverhouding tussen de werknemer en de werkgever is verstoord. Daarmee heeft het hof volgens [eiser] blijk gegeven van een *ex nunc* toetsing. Het hof heeft immers een feit dat [verweersters] BV pas in hoger beroep heeft aangevoerd (namelijk de computervredbreuk) bij zijn overwegingen betrokken. Daarmee heeft het hof, aldus nog steeds [eiser], miskend dat de beslissing van de kantonrechter op het ontbindingsverzoek in het onderhavige geval *ex tunc* beoor-

deeld had moeten worden en niet *ex nunc*. Volgens [eiser] past bij een *ex tunc* benadering niet dat feiten die bekend worden na de beschikking door de kantonrechter in de beoordeling van het ontbindingsverzoek worden betrokken, althans dat dat rechtens onjuist is, omdat dit strijdig is met het stelsel van de wet. Dit licht [eiser] vervolgens toe in randnummers 2.6 tot en met 2.10 van zijn verzoekschrift tot cassatie. [eiser] sluit dit onderdeel daarbij af met een veegklacht in randnummer 2.10.

3.28. De stelling van [eiser] dat de appelrechter bij de beoordeling op de voet van art. 7:683 lid 3 BW een toetsing *ex tunc* dient aan te leggen, is juist. Zie hiervoor nader randnummers 3.17 tot en met 3.26. Desalniettemin faalt de rechtsklacht. Ik licht dat toe.

3.29. [eiser] verwijt het hof in dit onderdeel, zo blijkt uit randnummer 2.25 van zijn verzoekschrift tot cassatie, dat het in rov. 3.5. tot en met 3.7. *ex nunc* heeft getoetst door de door [eiser] gepleegde computervredbreuk bij zijn oordeel te betrekken. Daarmee neemt [eiser] tot uitgangspunt dat toetsing *ex nunc* onder meer inhoudt dat de appelrechter feiten bij zijn oordeel betreft die voor het eerst in hoger beroep door een partij worden aangevoerd omdat die feiten pas na de beslissing in eerste aanleg bekend werden (hoewel deze toen al hadden plaatsgevonden). Dit uitgangspunt is onjuist. Zoals hiervoor in randnummer 3.15 is toegelicht, kunnen dergelijke feiten vanwege de herkansingsfunctie van het hoger beroep ook in het kader van een *ex tunc* toetsing worden meegenomen. Als de computervredbreuk door [eiser] pas na de beschikking van de kantonrechter was gepleegd en het hof dat nieuwe feit bij zijn oordeel zou betrekken, zouden de kaarten anders liggen, omdat dan sprake zou zijn van toetsing *ex nunc* (zie daarover randnummers 3.12 tot en met 3.14). Nu de gepleegde computervredbreuk in eerste aanleg al een feit was, maar nog niet bekend was bij [verweersters] BV en de kantonrechter, heeft [verweersters] BV dit feit, gegeven de herkansingsfunctie van het hoger beroep, voor het eerst in hoger beroep aan de orde gesteld en ook mogen stellen (randnummers 3.11 en 3.15). Ten onrechte veronderstelt [eiser] in dit onderdeel dat het hof een toetsing *ex nunc* heeft toegepast door dit nieuwe feit bij zijn oordeel te betrekken, omdat dat bij een toetsing *ex tunc* niet mogelijk zou zijn. In het verlengde hiervan mist dit onderdeel ook feitelijke grondslag. Dit licht ik toe.

3.30. Als gezegd, heeft het hof geen toetsing *ex nunc* toegepast door de gepleegde computervredbreuk bij zijn oordeel mede te betrekken, maar heeft het toepassing gegeven aan de herkansingsfunctie van het hoger beroep. Daarnaast blijkt uit rov. 3.5.1. tot en met 3.5.3. duidelijk dat het hof een toetsing *ex tunc* heeft gehanteerd. In rov. 3.5.1. heeft het hof namelijk gekeken naar de e-mails van 15 en 20 maart 2015 en heeft het daaruit geconcludeerd dat de verstandhouding tussen partijen sinds die e-mailwisseling snel is verslechterd (randnummer 2.14). In rov. 3.5.2. heeft het hof ook voor wat betreft de slechte persoonlijke verstandhouding tussen [eiser] en [betrokkene 1], verwezen naar de (toonsetting van de) e-mails van [eiser] aan [betrokkene 1] van 2 juni 2016 en van 27 januari 2017, waaruit het hof ook deels heeft geciteerd (randnummer 2.15). In rov. 3.5.3. heeft het hof vervolgens de door [eiser] in de periode van 11 januari 2017 tot 29 juni 2018 meermalen gepleegde computervredbreuk die [verweersters] BV in hoger beroep voor het eerst heeft aangevoerd, besproken (randnummer 2.16). Het hof heeft in dat kader, kort gezegd, geoordeeld dat het [eiser] eigenlijk al in september 2015 (toen hij zijn laptop moest inleveren bij [verweersters] BV)

58 Ook hier zit ik op hetzelfde spoor als A-G De Bock in haar conclusie (ECLI:NL:PHR:2019:955) in *Schoonmaakbedrijf Victoria BV*, randnummer 5.42.

59 Zie in dit verband A-G De Bock in haar conclusie (ECLI:NL:PHR:2019:955) in *Schoonmaakbedrijf Victoria BV*, randnummer 5.23 naar aanleiding van het voorbeeld van een ontbinding wegens bedrijfseconomische redenen die in appel ter discussie wordt gesteld en daarbij een beroep wordt gedaan op een na de beschikking van de kantonrechter binnengehaalde order. Een vergelijkbaar voorbeeld (ontbinding op de g-grond waarna in appel wordt ingebracht dat leidinggevende met wie werknemer juist een verstoorde verhouding had inmiddels is vertrokken) is hiervoor in voetnoot 55 genoemd.

60 Dat in het verzoekschrift tot cassatie in randnummer 2.5 bij onderdeel 1 ook rov. 3.12. is vermeld, lijkt mij een verschrijving. Onderdeel 1 stelt namelijk het toetsingsmoment aan de orde en niet de verplichting tot terugbetaling van de transitievergoeding door [eiser] wegens ernstig verwijtbaar handelen die in rov. 3.12. aan de orde is. Het laatstgenoemde onderdeel van het hof is door [eiser] in onderdeel 3 ter discussie gesteld.

overduidelijk was of had moeten zijn dat hij geen toestemming meer had van [betrokkene 1] om in zijn mailaccount in te loggen en dat dat ook geldt voor het beluisteren van digitaal opgenomen telefoongesprekken van medewerkers van [verweersters] BV. In rov. 3.6. heeft het hof uit dit alles geconcludeerd dat de g-grond aan de orde is (randnummer 2.17). Vervolgens heeft het hof in rov. 3.7. deze conclusie – in het kader van het verweer van [eiser] dat sprake is van een oneigenlijke of onvoldragen g-grond – nog nader toegelicht. Ook daaruit volgt dat het hof aan de omstandigheden in het verleden (rov. 3.5.1. en 3.5.2.) betekenis heeft toegekend in die zin dat het heeft gemeend dat de verstandhouding als gevolg daarvan toen al was verslechterd en dat met de gepleegde computervrederebreuk die pas na de beschikking van de kantonrechter gebleken is, inmiddels sprake is van een voldragen g-grond (randnummer 2.18).

3.31. Uit de hiervoor kort besproken rov. 3.5.1. tot en met 3.7. blijkt duidelijk dat het hof bij zijn beoordeling op de voet van art. 7:683 lid 3 BW of de g-grond aan de orde is, van toetsing *ex tunc* is uitgegaan en dat het daarbij ook de herkansingsfunctie van het hoger beroep in acht heeft genomen. Op grond van het voorgaande faalt dit onderdeel dat uitgaat van een *ex nunc* toetsing door het hof, dus ook wegens gemis aan feitelijke grondslag.

3.32. Daaruit volgt dat ook de veegklacht in randnummer 2.10 van het verzoekschrift tot cassatie faalt, nu deze voortbouwt op het onjuiste uitgangspunt dat het hof *ex nunc* heeft getoetst.

3.33. Op grond van het voorgaande faalt *onderdeel 1*.

Onderdeel 2

3.34. In dit onderdeel verwijt [eiser] het hof dat het in rov. 3.7. zijn aanbod tot het leveren van tegenbewijs ten onrechte heeft gepasseerd, omdat [eiser] geen concrete gedragingen zou hebben gesteld waaruit zou blijken dat [verweersters] BV bewust heeft aangestuurd op een verstoorde arbeidsverhouding, terwijl volgens vaste rechtspraak van Uw Raad⁶¹ een dergelijk aanbod niet behoeft te worden gespecificeerd. Voor zover geen sprake is van miskenning van het ontbreken van de specificatie-eis voor een aanbod tot tegenbewijs, betoogt [eiser] dat het oordeel van het hof ook onbegrijpelijk is, omdat niet inzichtelijk is waarom het hof het bewijsaanbod van [eiser] niet had hoeven te bespreken in het licht van de te nemen beslissing over het al of niet aanwezig zijn van een verstoorde arbeidsrelatie.

3.35. De rechtsklacht in dit onderdeel faalt. Het hof heeft niet miskend dat de specificatie-eis die wel geldt voor een bewijsaanbod van de partij op wie (op grond van art. 150 Rv) de bewijslast rust,⁶² niet geldt voor het aanbod tot het leveren van tegenbewijs. Het hof heeft met het hier bestreden oordeel niets anders bedoeld dan dat [eiser] aan zijn verweer dat [verweersters] BV bewust heeft aangestuurd op een verstoorde arbeidsverhouding zodat sprake is van een oneigenlijke of onvoldragen g-grond, onvoldoende handen en voeten heeft gegeven om aan tegenbewijs toe te komen. Het hof overweegt daartoe in rov. 3.7. dat 'concrete gedragingen' waaruit dat bewust aansturen van [verweersters] BV op een verstoorde ar-

beidsverhouding zou blijken, niet door [eiser] zijn 'gesteld'. Daarmee heeft [eiser] dus, anders gezegd, de stellingen van [verweersters] BV op dit punt onvoldoende gemotiveerd betwist. Daarom was het hof ook niet verplicht om [eiser] toe te laten tot het leveren van tegenbewijs.⁶³ Dat het hof vervolgens heeft geconcludeerd dat het bewijsaanbod 'niet ter zake dienend is', is wat formulering betreft ongelukkig, maar biedt [eiser] geen soelaas, omdat uit de voorafgaande volzinnen in die overweging voldoende blijkt dat het hof dat niet heeft bedoeld; het hof is niet aan het tegenbewijsaanbod toegekomen. Daarmee faalt ook de, subsidiair aangevoerde, motiveringsklacht van [eiser].

3.36. Daarmee faalt *onderdeel 2*.

Onderdeel 3

3.37. Dit onderdeel is gericht tegen rov. 3.11. en 3.12.⁶⁴ waarin het hof heeft geoordeeld dat het eindigen van de arbeidsovereenkomst aan [eiser] te wijten is en dat de door hem gepleegde computervrederebreuk, waarbij het hof verwijst naar rov. 3.5.3., die volgens het hof mede heeft geleid tot het oordeel dat de arbeidsverhouding duurzaam is verstoord, ernstig verwijtbaar is en dat hij om die reden tot terugbetaling van de transitievergoeding gehouden is. Dit onderdeel valt uiteen in drie subonderdelen.

3.38. In subonderdeel 3a voert [eiser] aan dat het hof art. 24 Rv heeft geschonden, omdat [verweersters] BV de gestelde computervrederebreuk in eerste aanleg niet als zodanig in haar ontbindingsverzoek ten grondslag had gelegd aan de vermeende verstoorde relatie. Voor zover van een schending van art. 24 Rv geen sprake zou zijn, stelt [eiser] onder verwijzing naar onderdeel 1 dat het hof ten onrechte een *ex nunc* toets heeft gehanteerd. Dit subonderdeel faalt wegens gemis aan feitelijke grondslag. Dit licht ik toe.

3.39. Zoals hiervoor is uiteengezet (randnummers 3.29 en 3.30), heeft het hof een *ex tunc* toetsing aangelegd en daarbij de herkansingsfunctie van het hoger beroep in acht genomen (hiervoor randnummer 3.15). Van schending van art. 24 Rv door het hof in het licht van de door [verweersters] BV in eerste aanleg aangevoerde stellingen is dan ook geen sprake. Bij zijn *ex tunc* toetsing heeft het hof binnen de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep gehandeld door de door [eiser] gepleegde computervrederebreuk bij zijn oordeel te betrekken.⁶⁵ [verweersters] BV heeft immers in hoger beroep (en die ruimte had zij ook, zie hiervoor randnummer 3.15) de door [eiser] gepleegde computervrederebreuk (die haar pas na de beschikking van de kantonrechter bekend was geworden) mede ten

61 Daarbij verwijst [eiser] naar HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU7245, NJ 2012/96, JBPR 2012/38 m.nt. H.W.B. thoe Schwartzenberg en JIN 2012/61 m.nt. M.A.J.G. Janssen (*Stichting SLS Wonen*), rov. 3.3.

62 Zie daarvoor nader *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 166 Rv, aant. 6 (G.R. Rutgers).

63 Vgl. HR 3 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ808), NJ 2005/160 m.nt. M.M. Mendel (*Lorus horloge*), rov. 3.7 en HR 8 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1083, NJ 2006/478 m.nt. Jac. Hijma (*[.../...]*), rov. 3.9. Zie hierover ook Asser *Procesrecht/W.D.H. Asser, Deel 3. Bewijs*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 224.

64 Dat in het verzoekschrift tot cassatie in randnummer 2.16 bij onderdeel 3 rov. 3.9. en 3.10 zijn vermeld, is een kennelijke verschrijving. Onderdeel 3 stelt, zo blijkt uit de toelichting op de drie subonderdelen, de verplichting tot terugbetaling van de transitievergoeding door [eiser] wegens ernstig verwijtbaar handelen aan de orde.

65 De klacht over de schending van art. 24 Rv in dit subonderdeel gaat niet over de rechtsstrijd in hoger beroep, maar over de rechtsstrijd in eerste aanleg (waarmee [eiser] hier dus voortbouwt op zijn onjuiste uitgangspunt in onderdeel 1 dat het hof een *ex nunc* toetsing hanteert).

grondslag gelegd aan haar beroep op de g-grond.⁶⁶ Bovendien heeft [verweersters] BV in haar incidenteel beroep een zelfstandig verzoek tot terugbetaling van de transitievergoeding op de voet van art. 7:673 lid 7 aanhef en onder c BW gedaan.⁶⁷ Deze aanvulling van de rechtsstrijd heeft [eiser] ook aanvaard.⁶⁸ Nu dit subonderdeel voor het overige verwijst naar onderdeel 1 waarin [eiser], ten onrechte, tot uitgangspunt heeft genomen dat het hof een *ex nunc* toetsing heeft aangelegd, faalt dit subonderdeel ook om de redenen die in randnummers 3.29 tot en met 3.31 zijn uiteengezet.

3.40. In subonderdeel 3b klaagt [eiser] dat het oordeel van het hof, uitgaande van een aan te leggen *ex tunc* toetsing, ook niet voldoende begrijpelijk is, omdat [verweersters] BV noch in eerste aanleg noch in haar incidenteel verzoekschrift in hoger beroep heeft gesteld dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg was van ernstig verwijtbaar handelen van [eiser]. Ter toelichting verwijst [eiser] eerst naar het inleidende verzoekschrift en stelt hij dat [verweersters] BV in eerste aanleg de (later bekend geworden) computervredebreek niet aan de g-grond ten grondslag had gelegd en dat zij toen heeft verzocht om toekenning van de transitievergoeding aan [eiser]. Ook heeft [eiser] aangevoerd dat [verweersters] BV in hoger beroep over de computervredebreek enkel heeft gesteld dat in verband daarmee ontslag op staande voet zou zijn verleend als het dienstverband nog zou hebben bestaan (verwijzend naar randnummer 38. van haar verzoekschrift hoger beroep tevens inhoudende incidenteel beroep).

3.41. Gelet op de toelichting begrijp ik subonderdeel 3b aldus dat [eiser] meent dat het oordeel van het hof (over de verschuldigheid van de transitievergoeding door [eiser]) uitgaande van een *ex tunc* toetsing ook onbegrijpelijk is, omdat [verweersters] BV noch in haar verzoekschrift in eerste aanleg noch in haar incidenteel beroep heeft aangevoerd dat de ontbinding door de kantonrechter *destijds* het gevolg was van ernstig verwijtbaar handelen van [eiser] (namelijk de gepleegde computervredebreek, die pas na de beschikking van de kantonrechter bekend werd). Dit subonderdeel faalt. Zoals in randnummers 3.29 tot en met 3.31 is toegelicht, heeft het hof juist een *ex tunc* toetsing gehanteerd waarbij de herkansingsfunctie in hoger beroep in acht is genomen. Bovendien heeft [verweersters] BV, zoals in randnummer 3.39 is uiteengezet, ook daadwerkelijk gebruik gemaakt van de herkansingsfunctie door de gepleegde computervredebreek uitdrukkelijk mede aan de g-grond ten grondslag te leggen en door tevens in haar incidenteel beroep een zelfstandig verzoek tot terugbetaling van de transitievergoeding op de voet van art. 7:673 lid 7 aanhef en onder c BW te doen. Dit alles maakt dat dit subonderdeel hetzelfde lot deelt als subonderdeel 3a en onderdeel 1.

3.42. Subonderdeel 3c klaagt dat het hof van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan ter zake van art. 7:673 lid 7 aanhef en onder c BW omdat het hof niet heeft overwogen dat en waarom de gepleegde computervredebreek in causaal verband kan worden gebracht met de door de kantonrechter uitgesproken ontbinding van de overeenkomst, terwijl de genoemde bepaling juist een causaal verband vereist tussen het

eindigen van de arbeidsovereenkomst en het ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer. Voor zover het hof dit niet heeft miskend, is zijn oordeel in ieder geval onbegrijpelijk, omdat niet valt in te zien waarom de door het hof aangeduide omstandigheid van de computervredebreek in causaal verband staat tot het door de kantonrechter uitgesproken einde van de arbeidsovereenkomst op basis van de g-grond, aldus nog steeds [eiser].

3.43. Ik begrijp dit subonderdeel aldus dat [eiser] betoogt dat nu het hof niet was toegestaan om bij zijn oordeel of de g-grond aan de orde is, de gepleegde computervredebreek te betrekken (omdat dit feit pas na de beschikking van de kantonrechter bekend is geworden), dit ook gevolgen heeft voor zijn oordeel dat [eiser] de transitievergoeding moet terugbetalen. Volgens [eiser] is er dan (de gepleegde computervredebreek dus weggedacht) geen sprake van een ontbinding *als gevolg van* ernstig verwijtbaar handelen van [eiser] (als bedoeld in art. 7:673 lid 7 aanhef en onder c BW), althans niet zonder een nadere motivering die het hof volgens [eiser] achterwege heeft gelaten. Daarmee bouwt ook dit subonderdeel voort op het onjuiste uitgangspunt in onderdeel 1 dat het hof de gepleegde computervredebreek niet bij zijn oordeel had mogen betrekken, omdat het daarmee een *ex nunc* toetsing zou hebben aangelegd die op grond van het stelsel van de wet niet toegestaan is. Ook dit subonderdeel sneuvelt daarmee om de redenen die hiervoor in randnummers 3.29 tot en met 3.31 zijn uiteengezet. Uitgaande van de door het hof gehanteerde *ex tunc* toetsing met inachtneming van de herkansingsfunctie van het hoger beroep, heeft het hof dan ook in rov. 3.12. met juistheid causaal verband aangenomen tussen de gepleegde computervredebreek door [eiser], die het hof heeft gekwalificeerd als een ernstig verwijtbare gedraging,⁶⁹ en de duurzaam verstoorde arbeidsverhouding.

3.44. Daarmee missen alle subonderdelen van onderdeel 3 doel, zodat ook *onderdeel 3* faalt.

Onderdeel 4

3.45. Dit onderdeel is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 3.7. waarin het hof kort is ingegaan op de vraag of herplaatsing gelet op de verstoorde arbeidsverhouding in de rede ligt. Volgens [eiser] heeft het hof art. 24 Rv geschonden door aan zijn oordeel dat herplaatsing niet in de rede ligt ten grondslag te leggen dat sprake is van een 'betrekkelijk kleine management-organisatie'. Die stelling komt volgens [eiser] namelijk niet uit de koker van [verweersters] BV. Daarmee heeft het hof ook een onbegrijpelijk oordeel gegeven. Dit onderdeel faalt echter wegens gemis aan belang. Het oordeel van het hof dat herplaatsing niet in de rede ligt vanwege de verstoorde arbeidsverhouding is immers gebaseerd op een andere zelfstandig dragende overweging, namelijk dat herplaatsing uitsluitend mogelijk is in een managementfunctie terwijl daarvoor een goede verstandhouding met [betrokkene 1] vereist is. Nu [eiser] in cassatie niet (ook) tegen deze overweging is opgekomen, heeft hij geen belang bij zijn klachten tegen de voornoemde zinsnede uit rov. 3.7.

3.46. Daarmee faalt *onderdeel 4*.

Onderdeel 5

3.47. Dit onderdeel is gericht tegen rov. 3.9. en rov. 3.10 waarin het hof heeft geoordeeld dat nu in de daaraan voorafgaande rov. 3.5.1. tot en met 3.7. is geoordeeld dat niet is gebleken dat

66 Zie hiervoor verzoekschrift hoger beroep tevens inhoudende incidenteel beroep van [verweersters] BV, randnummer 32.

67 Zie hiervoor verzoekschrift hoger beroep tevens inhoudende incidenteel beroep van [verweersters] BV, randnummer 39.

68 In zijn verzoekschrift in incidenteel beroep heeft [eiser] daartegen geen uitdrukkelijk bezwaar gemaakt en heeft hij op dit punt juist inhoudelijk verweer gevoerd. Zie met name randnummer 20.

69 Die kwalificatie wordt in cassatie niet als zodanig bestreden.

[verweersters] BV bewust heeft aangestuurd op een verstoorde arbeidsverhouding en beëindiging van de arbeidsovereenkomst, het verzoek van [eiser] om een billijke vergoeding aan hem toe te kennen op grond van ernstig verwijtbaar handelen van [verweersters] BV (art. 7:671b lid 8 aanhef en onder c in verband met art. 7:683 lid 5 BW) wordt afgewezen. [eiser] voert daartoe allereerst aan dat het hof daarmee, zonder een begrijpelijke motivering, essentiële stellingen van [eiser] heeft gepasseerd, waaronder zijn stelling dat het ernstig verwijtbaar handelen van [verweersters] BV is gelegen in het feit zij haar re-integratieverplichtingen heeft geschonden om welke reden een loonsanctie is opgelegd door het UWV. [eiser] werkt deze motiveringsklacht in randnummers 2.27 tot en met 2.29 van het verzoekschrift tot cassatie verder uit. In randnummer 2.26 voert [eiser] ook in dit verband aan dat het hof ten onrechte *ex nunc* heeft getoetst⁷⁰ en verder dat de verwijzing door het hof naar rov. 3.5.1. tot 3.7. onjuist en onbegrijpelijk is.

3.48. Deze rechts- en motiveringsklacht falen reeds op grond van hetgeen hiervoor in randnummers 3.29 tot en met 3.31 (in het kader van de bespreking van onderdeel 1) is uiteengezet.

3.49. Wat betreft de motiveringsklacht in randnummer 2.25 van het verzoekschrift tot cassatie die verder is uitgewerkt in randnummers 2.27 tot en met 2.29 geldt het volgende. [eiser] verwijst in randnummer 2.28 naar de wetsgeschiedenis bij art. 7:671c lid 2 aanhef en onder b BW waarin de regering schending van de re-integratieverplichtingen specifiek zou hebben genoemd als omstandigheid die ertoe kan leiden dat van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever gesproken kan worden.⁷¹ In randnummer 2.29 voert [eiser] verder nog aan dat niet valt uit te sluiten dat schending van de re-integratieverplichtingen door de werkgever, die nota bene tot een loonsanctie van het UWV heeft geleid, als ernstig verwijtbaar heeft te gelden zodat het verzoek om een billijke vergoeding kan worden toegewezen. Dat geldt te meer nu het hof ook de andere stelling van [eiser], namelijk dat [verweersters] BV in eerste instantie bedrijfseconomische omstandigheden aan haar wens tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst ten grondslag heeft gelegd, welke stelling het hof in rov. 3.7. aan-nemelijk heeft geacht, in rov. 3.9. en 3.10 onbesproken heeft gelaten. Volgens [eiser] hadden deze omstandigheden tot een ander oordeel over de billijke vergoeding kunnen leiden.

3.50. Deze motiveringsklacht faalt reeds omdat [eiser] in cassatie niet afzonderlijk (doch enkel in het kader van het toetsingsmoment, en overigens mijns inziens vergeefs (randnummers 3.37 tot en met 3.44) heeft geklaagd over het oordeel van het hof in rov. 3.12. (in samenhang met rov. 3.5.3.) dat de ontbinding wegens een verstoorde arbeidsverhouding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van [eiser] (mede vanwege de gepleegde computervredereuk). Uitgaande van dit oordeel en het, evenmin in cassatie weersproken, oordeel van het hof (in rov. 3.7. waarnaar het hof in rov. 3.10 verwijst) dat niet is gebleken dat [verweersters] BV bewust heeft aangestuurd op een verstoorde arbeidsverhouding, is het niet onbegrijpelijk dat het hof niet uitdrukkelijk is ingegaan op de stelling van [eiser] dat [verweersters] BV haar re-integratieverplichtingen heeft geschonden. Gelet hierop valt wat mij betreft ook niet in te zien waarom de stelling tot een ander

oordeel ten aanzien van de billijke vergoeding had moeten leiden. [eiser] licht dit in dit onderdeel ook niet verder toe.

3.51. Het onderdeel mist verder feitelijke grondslag waar [eiser] in randnummer 2.29 van het verzoekschrift tot cassatie aanvoert dat het hof ook geen acht heeft geslagen op zijn stelling dat in eerste instantie de wens van [verweersters] BV was geweest om de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen te beëindigen. Die stelling heeft het hof in rov. 3.7. uitgebreid gemotiveerd besproken waarna het hof vervolgens heeft geconcludeerd dat [verweersters] BV niet heeft aangestuurd op een verstoorde arbeidsverhouding en beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Naar dit oordeel in rov. 3.7. heeft het hof in het kader van zijn oordeel over het verzoek van [eiser] tot toekenning van een billijke vergoeding, in rov. 3.10 uitdrukkelijk verwezen.

3.52. Op grond van het voorgaande faalt *onderdeel 5*.

Slotsom

3.53. Daarmee falen alle (sub)onderdelen van het door [eiser] voorgestelde middel. Slotsom is daarom dat het cassatieberoep moet worden verworpen.

4. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Hoge Raad

1. Procesverloop

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

- a. de beschikking in de zaak 6596466 AZ VERZ 18-4 van de rechtbank Zeeland-West-Brabant van 16 april 2018;
- b. de beschikking in de zaak 200.242.837/01 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 31 januari 2019.

[de werknemer] heeft tegen de beschikking van het hof beroep in cassatie ingesteld. Het cassatierecht is aan deze beschikking gehecht en maakt daarvan deel uit. [de werkgever] B.V. heeft verzocht het beroep te verwerpen.

De conclusie van de Advocaat-Generaal T. Hartlief strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

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

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. Deze zaak gaat over de vraag of, indien een verzoek van de werkgever tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter is toegewezen, de rechter in hoger beroep moet oordelen (i) aan de hand van de feiten en omstandigheden ten tijde van de beslissing van de kantonrechter ('*ex tunc*') of (ii) aan de hand van de feiten en omstandigheden ten tijde van de beslissing in hoger beroep ('*ex nunc*').

2.2. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) [de werknemer], die is geboren in 1979, is op 1 juli 2011 in dienst getreden bij de rechtsvoorganger van [de werkgever] in de functie van manager financiële en juridische zaken.
- (ii) In februari 2015 is [de werknemer] arbeidsongeschikt geraakt.
- (iii) In de loop van de tijd zijn spanningen ontstaan tussen de bestuurder/aandeelhouder van [de werkgever] (hierna: de bestuurder) en [de werknemer]. In dat verband hebben twee mediationtrajecten plaatsgevonden. Deze hebben niet tot een oplossing geleid.
- (iv) [de werknemer] heeft [de werkgever] in 2017 gedagvaard in kort geding en betaling van achterstallig loon en vakantie-

⁷⁰ Dat in randnummer 2.26 van het verzoekschrift tot cassatie "*ex tunc*" toetsing staat, is dus een schrijffout.

⁷¹ *Kamerstukken II 2013-2014*, 33 818, nr. 3, p. 34 (memorie van toelichting).

geld gevorderd, alsmede toelating in de eigen functie in verband met de re-integratie dan wel tot re-integratie conform het advies van de arbeidsdeskundige. Bij vonnis van 28 juli 2017 zijn deze vorderingen afgewezen.

2.3.1. In de onderhavige procedure heeft [de werkgever] (op grond van art. 7:671b BW in verbinding met art. 7:669 lid 3, onderdeel g, BW) verzocht de arbeidsovereenkomst tussen partijen te ontbinden op grond van een verstoorde arbeidsverhouding, met toekenning van een transitievergoeding aan [de werknemer].

2.3.2. Bij beschikking van 16 april 2018 heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 juni 2018 ontbonden en [de werkgever] veroordeeld tot betaling van een transitievergoeding. Hiertoe heeft de kantonrechter, kort gezegd, overwogen dat duidelijk is dat de arbeidsrelatie tussen [de werknemer] en de bestuurder verstoord is geraakt en dat een verdere vruchtbare samenwerking tussen hen niet meer is te verwachten, waardoor – ook gelet op de functie van [de werknemer], het geringe aantal personeelsleden dat op de vestiging werkzaam is en de twee vruchteloze mediationtrajecten – van [de werkgever] in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Volgens de kantonrechter is het einde van de arbeidsovereenkomst niet het gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van [de werknemer].

2.3.3. In hoger beroep heeft [de werknemer] verzocht primair om de arbeidsovereenkomst te herstellen, subsidiair om toekenning van een billijke vergoeding en meer subsidiair om toekenning van een hogere transitievergoeding. [de werkgever] heeft in hoger beroep onder meer verzocht om [de werknemer] te veroordelen tot terugbetaling van de betaalde transitievergoeding.

2.3.4. Het hof heeft, voor zover in cassatie van belang, de beschikking van de kantonrechter vernietigd wat betreft het oordeel over de transitievergoeding. Het heeft bepaald dat [de werkgever] geen transitievergoeding verschuldigd is en [de werknemer] veroordeeld tot terugbetaling van de betaalde transitievergoeding. Voor het overige heeft het hof de beschikking bekrachtigd. Hiertoe heeft het hof als volgt overwogen.⁷²

Er is sprake van een zodanig verstoorde arbeidsverhouding dat van [de werkgever] in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. (rov. 3.5)

De verstandhouding tussen partijen is snel verslechterd en twee pogingen tot mediation zijn zonder succes gebleven. Partijen zijn in het kader van de re-integratie nauwelijks in staat om in gezamenlijk overleg afspraken te maken. (rov. 3.5.1) Dat een slechte persoonlijke verstandhouding tussen de bestuurder en [de werknemer] bestaat, althans wantrouwen van [de werknemer] jegens de bestuurder, blijkt ook uit de (toon)zetting van de correspondentie. (rov. 3.5.2)

In hoger beroep is komen vast te staan dat [de werknemer] zich in de periode tussen 11 januari 2017 en 29 juni 2018 regelmatig toegang heeft verschaft tot het mailaccount van de bestuurder, terwijl [de werknemer] sinds februari 2015 feitelijk niet meer werkte bij [de werkgever] en hij in september 2015 zijn laptop bij [de werkgever] had ingeleverd. Op die wijze heeft [de werknemer] alle verzonden en ontvangen mailberichten van de bestuurder in de desbetreffende periode kunnen inzien, zonder dat de bestuurder daarvan op de hoogte was. Het hof acht dit een ernstige inbreuk op de privacy van

de bestuurder. Daarnaast is gebleken dat [de werknemer] zich toegang heeft verschaft tot de digitale bestanden van de telefooncentrale van [de werkgever]. In juni 2018 bleek hij te beschikken over een audio-opname van een gesprek tussen de bestuurder en diens raadsman. [de werknemer] heeft aangevoerd dat hij toestemming had om op het mailaccount van de bestuurder in te loggen. Hij heeft gesteld dat hij ook in het verleden tijdens vakanties van de bestuurder diens mails diende bij te houden en dat de bestuurder nog steeds hetzelfde wachtwoord gebruikte. [de werknemer] heeft betoogd dat dit de enige manier was om te bewijzen dat hij onrechtvaardig werd behandeld door [de werkgever]. Het had volgens het hof voor [de werknemer] overduidelijk moeten zijn dat hij in elk geval na september 2015 (toen hij zijn laptop heeft ingeleverd) geen toestemming meer had van de bestuurder om op diens mailaccount in te loggen. Hetzelfde geldt voor het beluisteren van digitaal opgenomen gesprekken van medewerkers van [de werkgever]. [de werknemer] heeft ter zitting in hoger beroep ook erkend dat hij wist dat hij zonder toestemming handelde. Eventuele bewijsnood aan de zijde van [de werknemer] rechtvaardigt dergelijke ernstige inbreuken niet. (rov. 3.5.3)

Het verzoek van [de werknemer] om [de werkgever] te veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen, wordt dan ook afgewezen. Datzelfde geldt voor het verzoek om een billijke vergoeding toe te kennen. (rov. 3.8)

Het hof acht de in rov. 3.5.3 beschreven gedragingen van [de werknemer], die mede hebben geleid tot het oordeel dat de arbeidsverhouding duurzaam is verstoord, ernstig verwijtbaar als bedoeld in art. 7:673 lid 7, aanhef en onder c, BW. (rov. 3.12)

3. Beoordeling van het middel

3.1. Onderdeel 1 van het middel is gericht tegen rov. 3.5 en rov. 3.12, voor zover het hof in die overwegingen feiten bij de beoordeling heeft betrokken die pas in hoger beroep door de werkgever zijn aangevoerd en die bij de werkgever ook pas bekend zijn geworden na de beschikking van de kantonrechter. Hiermee heeft het hof miskend dat het de beslissing van de kantonrechter op het ontbindingsverzoek 'ex tunc' had moeten beoordelen. Bij een dergelijke beoordeling 'ex tunc' past niet dat feiten die pas na het wijzen van de beschikking door de kantonrechter bij de werkgever bekend zijn geworden, en dus door de werkgever voor het eerst in hoger beroep zijn aangevoerd, in hoger beroep bij de beoordeling van het ontbindingsverzoek worden betrokken, aldus het onderdeel.

Beoordeling in hoger beroep bij een door de kantonrechter uitgesproken ontbinding

3.2.1. Hoger beroep tegen een uitspraak van de kantonrechter in een ontbindingsprocedure is mogelijk geworden door de Wet werk en zekerheid.⁷³ Uit de wetsgeschiedenis van deze wet volgt dat in het hoger beroep tegen een beschikking van de kantonrechter in een ontbindingsprocedure, de normale regels van het civiele procesrecht gelden, voor zover daarvan in art. 7:683 BW niet is afgeweken.⁷⁴

3.2.2. In het civiele procesrecht is uitgangspunt dat het hoger beroep niet uitsluitend strekt tot een beoordeling van de juistheid van de in eerste aanleg gegeven beslissing, maar, binnen de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep, tot een nieuwe behandeling en beslissing van de zaak, waarbij de rechter in

72 Hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:323.

73 Stb. 2014, 216.

74 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 119.

hoger beroep heeft te oordelen naar de toestand zoals die zich voordoet ten tijde van zijn beslissing.⁷⁵

3.2.3. De vraag is of, voor het geval waarin de kantonrechter het ontbindingsverzoek van de werkgever heeft toegewezen,⁷⁶ art. 7:683 BW afwijkt van het hiervoor in 3.2.2 weergegeven uitgangspunt in het civiele procesrecht dat de rechter in hoger beroep heeft te oordelen naar de toestand zoals die zich voordoet ten tijde van zijn beslissing.

3.2.4. Bij de beantwoording van die vraag is van belang dat volgens de wetsgeschiedenis van de Wet werk en zekerheid, bij de keuze voor en uitwerking van de mogelijkheid van hoger beroep tegen de uitspraak van de kantonrechter in een ontbindingsprocedure, enerzijds is betrokken het belang van de werknemer en de werkgever om snel duidelijkheid te hebben over het al dan niet beëindigen van de arbeidsovereenkomst en anderzijds het belang van de werknemer en de werkgever om in hoger beroep te kunnen gaan als zij zich onrechtvaardig behandeld voelen.⁷⁷

Dit heeft ertoe geleid dat de wetgever – in afwijking van de normale regels van het civiele procesrecht – in art. 7:683 lid 1 BW heeft opgenomen dat het hoger beroep tegen een beschikking waarin het ontbindingsverzoek is toegewezen, de tenuitvoerlegging van die beschikking niet schorst. Volgens de toelichting bij deze bepaling komt het de rechtszekerheid voor zowel de werkgever als de werknemer ten goede als door de toewijzing van het ontbindingsverzoek door de kantonrechter de arbeidsovereenkomst daadwerkelijk eindigt. De werknemer zal dan op zoek moeten gaan naar een andere baan, ook als hij hoger beroep instelt.⁷⁸

3.2.5. Indien de rechter in hoger beroep van oordeel is dat het verzoek van de werkgever tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ten onrechte is toegewezen, kan hij op grond van art. 7:683 lid 3 BW (i) de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen of (ii) aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen. Daarbij kan herstel van de arbeidsovereenkomst plaatsvinden met ingang van de datum van ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter of van een ander tijdstip in het verleden, maar ook met ingang van een tijdstip in de toekomst.⁷⁹ In de wetsgeschiedenis wordt het vermoeden uitgesproken dat de rechter in hoger beroep gelet op het tijdsverloop vaak zal overgaan tot toekenning van een billijke vergoeding in plaats van herstel van de arbeidsovereenkomst.⁸⁰

3.2.6. Uit het voorgaande volgt dat door een beschikking waarbij de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbindt, daadwerkelijk een einde komt aan die overeenkomst, ook al wordt tegen deze beschikking hoger beroep ingesteld. Daardoor is op het moment dat de rechter in hoger beroep op grond van art. 7:683 lid 3 BW beoordeelt of het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst terecht is toegewezen, de arbeidsovereenkomst tussen partijen al geruime tijd

geëindigd. Hoger beroep kan niet ertoe leiden dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht wordt vernietigd. Indien de rechter in hoger beroep tot het oordeel komt dat het ontbindingsverzoek van de werkgever ten onrechte is toegewezen, kan hij de overeenkomst wel, al dan niet met ingang van een tijdstip in het verleden, herstellen (of de werkgever daartoe verplichten), maar daarover dient hij afzonderlijk te beslissen. Met dit stelsel, waaraan de rechtszekerheid voor de werknemer en de werkgever ten grondslag ligt, is niet verenigbaar dat de rechter in hoger beroep op grond van feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan na de ontbindingsbeschikking van de kantonrechter zou kunnen oordelen dat de arbeidsovereenkomst ten onrechte is ontbonden. In hoger beroep moet de vraag of het verzoek van de werkgever om ontbinding van de arbeidsovereenkomst terecht is toegewezen dan ook worden beoordeeld naar de toestand ten tijde van de beslissing van de kantonrechter ('*ex tunc*').

3.3. Dat de rechter in hoger beroep de toewijzing van het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst van de werkgever '*ex tunc*' moet beoordelen, doet niet af aan de herkansingsfunctie van het hoger beroep. Deze herkansingsfunctie brengt mee dat het partijen vrijstaat andere feiten en omstandigheden naar voren te brengen dan in eerste aanleg zijn aangevoerd. Bij de beoordeling '*ex tunc*' mag de rechter in hoger beroep alleen acht slaan op door partijen aangevoerde feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan vóór de ontbindingsbeschikking van de kantonrechter.⁸¹

3.4.1. Hetgeen hiervoor in 3.2.4-3.2.6 is overwogen, geldt voor de beoordeling in hoger beroep of het ontbindingsverzoek van de werkgever terecht is toegewezen. Indien de rechter in hoger beroep tot het oordeel komt dat het ontbindingsverzoek van de werkgever ten onrechte is toegewezen, kan hij op grond van art. 7:683 lid 3 BW voorzien in herstel van de arbeidsovereenkomst of aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen (zie hiervoor in 3.2.5). Welke voorziening de rechter treft, moet in overeenstemming met het uitgangspunt in het civiele procesrecht (zie hiervoor in 3.2.2) worden beoordeeld aan de hand van de aan de rechter ten tijde van de beslissing in hoger beroep bekende feiten en omstandigheden, ook indien deze zich hebben voorgedaan na de ontbindingsbeschikking ('*ex nunc*').

3.4.2. Ook het recht op en de omvang van de transitievergoeding en de billijke vergoeding dient de rechter in hoger beroep, in overeenstemming met het uitgangspunt in het civiele procesrecht (zie hiervoor in 3.2.2), te beoordelen aan de hand van de hem ten tijde van de beslissing in hoger beroep bekende feiten en omstandigheden.⁸² Daarbij verdient opmerking dat de vraag of de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer als bedoeld in art. 7:673 lid 7, aanhef en onder c, BW, in welk geval geen recht op transitievergoeding bestaat, en de vraag of de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever als bedoeld in art. 7:671b lid 9, aanhef en onder c, BW of art. 7:671b lid 10, aanhef en onder b, BW, in welk geval aanspraak bestaat op een billijke vergoeding, naar hun aard moeten worden beantwoord aan de hand van de feiten en

75 Vgl. o.m. HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1948, rov. 3.1.3; HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1777, rov. 3.3.2; en HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4663, rov. 3.10.

76 In HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283, speelt dezelfde vraag voor het geval waarin de kantonrechter het ontbindingsverzoek van de werkgever heeft afgewezen.

77 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 35.

78 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 35; Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 4, p. 58.

79 HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80 (Amsta), rov. 3.5.1.

80 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 35, Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 4, p. 58.

81 Vgl. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1234 (Achmea), rov. 3.1.3 en HR 3 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1050, rov. 3.3.

82 Vgl. HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:878 (Zinzia), rov. 3.3.4 en HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187 (New Hairstyle), rov. 3.4.5.

omstandigheden die zich hebben voorgedaan tot het moment waarop de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter is ontbonden.

De onderhavige zaak

3.5. Het hiervoor in 3.1 weergegeven onderdeel betoogt, blijkens het voorgaande terecht, dat de toewijzing van het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst moet worden beoordeeld aan de hand van feiten en omstandigheden zoals die zich voordeden ten tijde van de beslissing van de kantonrechter. Het onderdeel voert echter niet aan dat het hof feiten en omstandigheden in zijn beoordeling heeft betrokken die dateren van na de beschikking van de kantonrechter. Het klaagt alleen dat het hof feiten bij de beoordeling heeft betrokken die voor het eerst in hoger beroep zijn aangevoerd en die bij de werkgever pas bekend zijn geworden na de beschikking van de kantonrechter. Die klacht stuit af op hetgeen hiervoor in 3.3 is overwogen omtrent de herkansingsfunctie van het hoger beroep bij een beoordeling *'ex tunc'*.

3.6. De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot vernietiging van de bestreden uitspraak leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

4. Beslissing

De Hoge Raad:

– verwerpt het beroep;

– veroordeelt [de werknemer] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [de werkgever] begroot op € 879,07 aan verschotten en € 1.800,= voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [de werknemer] deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

NOOT

Sinds de invoering van de Wet werk en zekerheid staan hoger beroep en cassatie open tegen ontbindingsbeschikkingen van kantonrechters (art. 7:683 BW). Tot de onderhavige uitspraak van de Hoge Raad was onduidelijk welk toetsingsmoment de rechter in hoger beroep dient te hanteren. Er zijn twee mogelijkheden: de beoordeling in hoger beroep vindt plaats aan de hand van de feiten en omstandigheden zoals die bestonden ten tijde van de beslissing van de kantonrechter (*'ex tunc'*) of de beoordeling vindt plaats aan de hand van de feiten en omstandigheden ten tijde van de beslissing in hoger beroep (*'ex nunc'*).

Het uitgangspunt in het civiele procesrecht is dat het hoger beroep niet uitsluitend strekt tot een beoordeling van de juistheid van de in eerste aanleg gegeven beslissing, maar ook tot een nieuwe behandeling van het geschil (de herkansingsfunctie). Naar vaste rechtspraak is de standaardwijze van toetsing in hoger beroep daarom *ex nunc* (vgl. HR 3 september 1993, *NJ* 1993/714). De vraag rijst of op deze standaardwijze van toetsing – vanwege het bijzondere karakter van de arbeidsovereenkomst – een uitzondering geldt voor ontbindingszaken. In de literatuur wordt bij de beantwoording van deze vraag doorgaans een onderscheid gemaakt tussen twee situaties:

1. de kantonrechter heeft het ontbindingsverzoek van de werkgever (ten onrechte) toegewezen en de werknemer verzoekt in hoger beroep herstel van de arbeidsovereenkomst of, in plaats daarvan, toekenning van een billijke vergoeding (art. 7:683 lid 3 BW);

2. de kantonrechter heeft het ontbindingsverzoek (ten onrechte) afgewezen en de werkgever verzoekt de rechter in hoger beroep het einde van de arbeidsovereenkomst te bepalen op een in de toekomst gelegen datum (art. 7:683 lid 5 BW).

Van belang hierbij is dat in hoger beroep bij situatie (1) geen arbeidsovereenkomst meer tussen partijen bestaat. In situatie (2) bestaat er wel nog een arbeidsovereenkomst. Ook in de onderhavige uitspraak maakt de Hoge Raad dit onderscheid.

Toewijzing ontbindingsverzoek in eerste aanleg: ex tunc-toetsing

Het merendeel van de auteurs betoogt dat een *ex tunc*-toetsing in het kader van art. 7:683 lid 3 BW op zijn plaats is (zie o.a. F.G. Laagland en I. Lintsen, 'Het rechterlijke toetsingsmoment in ontslagzaken: een betoog voor een uniforme toetsing *ex tunc'*, *TRA* 2018/2). Met name de rechtszekerheid is een veelgehoord argument. Bij een *ex nunc*-toetsing zou de werkgever immers rekening moeten houden met toekomstige ontwikkelingen die in eerste aanleg niet te overzien zijn. De ongewenste situatie kan zich voordoen dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst heeft ontbonden op grond van een verstoorde arbeidsrelatie, terwijl in hoger beroep naar voren komt dat het geschil inmiddels is opgelost. Een *ex nunc*-toetsing zou als gevolg hebben dat de redelijke grond (in dit geval de verstoorde arbeidsverhouding) niet langer meer bestaat en dat het hof tot herstel van de arbeidsovereenkomst of de toekenning van een billijke vergoeding zou moeten besluiten. In andere woorden: een voldragen ontslaggrond is in eerste aanleg niet altijd voldoende bij een *ex nunc*-toetsing in hoger beroep.

Ook de Hoge Raad heeft deze ongewenste uitkomst bij een *ex nunc*-toetsing in zijn oordeel meegewogen. Volgens de Hoge Raad is het namelijk de bedoeling van de wetgever geweest dat door een beschikking van de kantonrechter daadwerkelijk een einde komt aan de arbeidsovereenkomst, ook al wordt tegen deze beschikking hoger beroep ingesteld. Het is onvereenigbaar met het stelsel van rechtszekerheid als partijen na een toegewezen ontbindingsbeschikking nog in onzekerheid verkeren. Er is immers geen arbeidsovereenkomst meer in hoger beroep. De vraag of het ontbindingsverzoek in eerste aanleg terecht is toegewezen, moet volgens de Hoge Raad dan ook in hoger beroep worden beoordeeld naar de toestand ten tijde van de beslissing van de kantonrechter (*ex tunc*).

Naar onze mening is dit een gewenste uitkomst. Ook de werknemer heeft voordeel bij een *ex tunc*-toetsing; hij weet waar hij aan toe is en kan eventueel op zoek naar een andere baan. Daarnaast kan een werkgever de reeds betaalde transitievergoeding niet terugvorderen op grond van ernstig verwijtbaar gedrag van de werknemer dat zich voordoet na de uitspraak van de kantonrechter.

De Hoge Raad benadrukt dat een *ex tunc*-toetsing er niet aan in de weg staat om in hoger beroep 'nieuwe' feiten en omstandigheden aan te voeren die ten tijde van de beslissing in eerste aanleg nog niet bekend waren maar al wel bestonden. Een *ex tunc*-toetsing doet dus niet af aan de herkansingsfunctie van het hoger beroep. Zo ook in de onderhavige zaak

waar de werkgever pas in hoger beroep ermee bekend was geworden dat de werknemer een ernstige inbreuk op zijn recht op privacy had gemaakt. Hoewel de werknemer met het *ex tunc*-verweer in de hand meende dat dit (nieuwe) feit in hoger beroep niet mocht worden meegenomen in de beoordeling, had hij niet aangevoerd dat dit feit dateerde van na de beschikking van de kantonrechter. Tegen deze achtergrond oordeelt de Hoge Raad dat het onderdeel niet tot vernietiging van de bestreden uitspraak kan leiden.

Het vorenstaande betekent overigens niet dat ook de keuze tussen herstel en een billijke vergoeding een beoordeling *ex tunc* betreft. Deze keuze toetst een rechter in hoger beroep *ex nunc*, aldus de Hoge Raad. Hier wordt dus wel aangesloten bij de hoofdregel van het civiele procesrecht. Wij zijn van mening dat dit een wenselijke uitkomst heeft voor de praktijk. Immers, op het moment dat in de tussentijd de relatie tussen werkgever en werknemer tot een dieptepunt is gedaald, is een herstel van de arbeidsovereenkomst onwenselijk. Een billijke vergoeding ligt anderzijds meer in de rede op het moment dat de werkgever op basis van zijn onacceptabele gedrag daartoe aanleiding geeft.

Ook het recht op en de omvang van de transitievergoeding en de billijke vergoeding moeten worden beoordeeld aan de hand van de huidige situatie, oftewel *ex nunc* (vgl. Hoge Raad 30 juni 2017, «JIN» 2017/171). Zo is onder meer relevant of de werknemer inmiddels ander werk heeft gevonden. Voor zover het echter gaat om de vraag of sprake is van 'ernstige verwijtbaarheid' van de werknemer dan wel de werkgever, moet deze vraag *ex tunc* worden beoordeeld. Het gaat immers om de beoordeling van het verloop van het ontslag.

Afwijzing ontbindingsverzoek in eerste aanleg: ex nunc-toetsing

De spiegelbeeldige situatie (situatie 2 hiervoor) staat centraal in een andere beschikking van de Hoge Raad (HR 21 februari 2020, «JAR» 2020/73). De Hoge Raad overweegt – in tegenstelling tot de hiervoor behandelde uitspraak – dat de rechter in hoger beroep aan de hand van de hem ten tijde van zijn beslissing bekende feiten en omstandigheden moet beoordelen of het ontbindingsverzoek in eerste aanleg ten onrechte is afgewezen (*ex nunc*). In deze situatie treedt er immers geen wijziging op in de rechtstoestand tussen partijen: zoals gezegd bestaat er nog een arbeidsovereenkomst in hoger beroep. Op deze grond ziet de Hoge Raad voor een afwijking van de standaard *ex nunc*-toetsing in het civiele procesrecht geen aanknopingspunten. Het is in feite geen verschil met de zaak in eerste aanleg (vgl. voor- en nadelen in F.G. Laagland en I. Lintsen, 'Het rechterlijke toetsingsmoment in ontslagzaken: een betoog voor een uniforme toetsing *ex tunc*', TRA 2018/2).

De vraag rijst wel of de toetsing van het herplaatsingsvereiste in dit geval ook *ex nunc* moet worden beoordeeld in hoger beroep. De Hoge Raad laat zich hier niet over uit. Bij een onterechte toewijzing van het ontbindingsverzoek in eerste aanleg (situatie 1) is verdedigbaar dat ook een *ex tunc*-toetsing voor de hand ligt bij het herplaatsingsvereiste. Dit sluit ook aan bij art. 10 Ontslagregeling: 'De redelijke termijn [...] vangt aan op de dag waarop wordt beslist op het verzoek om toestemming voor de opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst'. Bij een onterechte afwijzing van het ontbindingsverzoek (situatie 2) ligt het echter voor de hand aan te sluiten bij een *ex nunc*-toetsing (net als de redelijke ontslaggrond). Bij een *ex tunc*-toetsing zou de werknemer immers in het verleden – toen er nog geen redelijke ontslag-

grond bestond – dienen mee te werken aan herplaatsing. Dit terwijl de rechter in hoger beroep het einde van de arbeidsovereenkomst bepaalt op basis van feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan na het ontbindingsverzoek in eerste aanleg. Dit lijkt ons niet wenselijk (vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 29 maart 2018, «JAR» 2018/106, m.nt. F.G. Laagland). Hoe rechters dit zullen gaan toepassen in hoger beroep, zal de praktijk moeten uitwijzen.

mr. M. Ruijsenaars en D. Rijsemus
resp. advocaat en legal assistant bij Liber Dock (Amsterdam)

56

'Mandjesvergelijking' na overname supermarkt in strijd met wettelijke regels bij overgang van onderneming

Gerechtshof Amsterdam
7 januari 2020, nr. 200.242.992/01,
ECLI:NL:GHAMS:2020:28
(mr. Cortenaar, mr. Verbeek, mr. Haanappel-van der Burg)
Noot mr. M. Boot

Overgang van onderneming. Mandjesvergelijking. Supermarkt. Persoonlijke toeslag. Afbouw toeslag. Harmoniseren arbeidsvoorwaarden.

[BW art. 7:611, 7:662, 7:663]

Essentie: 'Mandjesvergelijking' na overname supermarkt in strijd met wettelijke regels bij overgang van onderneming. Het hof verenigt zich met de overwegingen van de kantonrechter en maakt deze tot de zijne.

Samenvatting: Werkneemster is op 31 juli 1989 in dienst getreden bij (de rechtsvoorganger van) de V.O.F. De Block Koningshoek (hierna: De Block) in de functie van Teamleider Verkoop. De Block was een franchisenemer die voor eigen rekening, maar onder naam van Albert Heijn, supermarkten exploiteerde. Op de tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst is de Cao Levensmiddelenbedrijf van toepassing. De AH-supermarkten van De Block zijn eind november 2015 door Albert Heijn overgenomen. Daarbij zijn ook de werknemers van De Block overgenomen, onder wie werkneemster. Aan werkneemster is meegedeeld dat de cao voor Personeel van Grootwinkelbedrijven in Levensmiddelen (hierna: VGL-cao) op haar voortgezette dienstverband van toepassing is. Bij de overname heeft Albert Heijn de methode van de zogeheten 'mandjesvergelijking' gehanteerd. De mandjesvergelijking komt erop neer dat Albert Heijn de arbeidsvoorwaarden van een werknemer bij de (ex-)franchisenemer ('mandje 1') vergelijkt met de arbeidsvoorwaarden van de werknemer bij Albert Heijn ('mandje 2'). In het geval dat na een overname van een AH-supermarkt de arbeidsvoorwaarden van een werknemer bij Albert Heijn (in zijn totaliteit) minder zijn dan bij de (ex-)franchisenemer, dan kent Albert Heijn aan die werknemer een persoonlijke toeslag toe. De persoonlijke toeslag wordt in de methode van de mandjesvergelijking afgebouwd. Deze afbouw is gekoppeld aan de periodieke loonsverhoging van de VGL-cao. In november 2015 is aan werkneemster meegedeeld dat haar salaris op grond van de VGL-cao zou worden ver-