

76

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
 28 januari 2016, nr. 200.178.909/01,
 ECLI:NL:GHSHE:2016:246
 (mr. Van Ham, mr. Den Hartog Jager, mr.
 Rousseau)
 Noot mr. A.M. Helstone, tevens behorend bij
 «JAR» 2016/73, «JAR» 2016/74, «JAR» 2016/77

Hoger beroep ontbinding. Wijziging ontbindingsdatum en toekenning budget voor outplacement.

[BW art. 7:669 lid 3 onder g, 7:671b, 7:672, 7:683, 7:686a]

De werkneemster is bij de werkgever, een onderwijsstichting, in dienst geweest als directeur. Op verzoek van de werkgever heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst tussen partijen per 1 oktober 2015 ontbonden op de g-grond. De werkgever stelt in hoger beroep dat de arbeidsovereenkomst niet per 1 oktober 2015, maar per 1 november 2015 ontbonden had moeten worden. De werkgever moest namelijk op grond van de Cao Primair Onderwijs een opzegtermijn van drie

maanden in acht nemen en in plaats van de wettelijke twee maanden waarvan nu is uitgegaan. Inachtneming van deze opzegtermijn is één van de voorwaarden voor de werkgever om in aanmerking te kunnen komen voor vergoeding van de werkloosheidskosten door het Participatiefonds. Ook heeft de werkgever verzocht aan de werkneemster een vergoeding van € 3.000,- toe te kennen voor outplacement. De werkneemster heeft in een zelfstandig tegenverzoek dezelfde verzoeken gedaan.

Het hof stelt vast dat, nu partijen daarover de kantonrechter in eerste aanleg niet hebben geïnformeerd, deze niet de juiste opzegtermijn heeft gehanteerd. Hoger beroep kan er echter mede toe dienen om in eerste aanleg gemaakte fouten te herstellen. In dit verband is van belang dat art. 7:683 BW inzake het hoger beroep tegen ontbinding van de arbeidsovereenkomst, wel de situatie regelt dat de rechter in hoger beroep van oordeel is dat de kantonrechter ten onrechte wel of niet heeft ontbonden, maar niet de situatie dat tegen de verkeerde datum is ontbonden. Het hof is van oordeel dat art. 7:683 BW geen limitatieve opsomming geeft van de uitspraken die de rechter in hoger beroep kan doen. Vanwege de herstelfunctie van het hoger beroep ziet het hof reden en mogelijkheid om in onderhavige zaak de ontbindingsdatum naar een latere datum te verschuiven. Dat betekent wel dat met terugwerkende kracht wordt ontbonden. Onder het tot 1 juli 2015 geldende recht was dit niet mogelijk op grond van rechtspraak van de Hoge Raad. Eén van de redenen daarvan was dat geen hoger beroep openstond tegen een ontbindingsbeschikking. Nu dat inmiddels anders is, ziet het hof in een situatie als de onderhavige voldoende grond voor wijziging van de ontbindingsdatum. Ook het aangeboden outplacementbudget wordt toegekend.

NB. Het hof stuit hier op een lacune in de Wwz. Een door de kantonrechter ontbonden arbeidsovereenkomst kan in hoger beroep hersteld worden en ook dit kan met terugwerkende kracht (vgl. art. 7:683 BW). Het ligt voor de hand dat dit dan ook kan bij een wijziging van de ontbindingsdatum.

De Stichting Montessori Onderwijs Zuid Oost Nederland te (...),
 appellante,
 advocaat: mr. I.A. Hoen te Alphen aan den Rijn,
 tegen
 de werknemster te (...),
 verweerster,
 advocaat: mr. S.M.M. Teklenburg te Eindhoven,

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

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

3. De beoordeling

3.1. In dit hoger beroep kan worden uitgegaan van de volgende feiten.

a. De werknemster, geboren in 1956, is vanaf 1 januari 2010 in dienst van Mozon als directeur, aanvankelijk op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en daarna op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

b. Het laatstverdiende salaris van de werknemster bedroeg € 4.402,= bruto per maand exclusief emolumenten. Tevens ontving de werknemster een structurele maandelijkse directietoelage van € 301,58 bruto per maand.

c. Op de arbeidsovereenkomst is de cao voor het Primair Onderwijs van toepassing.

d. Op 24 maart 2015 heeft het bestuur van Mozon het vertrouwen in de samenwerking met de werknemster opgezegd. Per die datum is tevens aan de werknemster een ordemaatregel opgelegd en is zij op non-actief gesteld.

3.2.1. In eerste aanleg heeft Mozon verzocht de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst zonder toekenning van een transitievergoeding zo spoedig mogelijk te ontbinden, primair op grond van artikel 7:671b jo. 7:669 lid 3 sub d BW, subsidiair op grond van artikel 7:671b jo. 7:669 lid 3 sub e BW, meer subsidiair op grond van artikel 7:671b jo. 7:669 lid 3 sub g BW en extra subsidiair op grond van artikel 7:671b jo. 7:669 lid 3 sub h BW. Daarnaast heeft Mozon verzocht de werknemster een verbod op te leggen om voor de duur van twee jaar na de uit te spreken ontbinding een betrekking te aanvaarden in de gemeente Venlo en een verbod op te leggen om gedurende die periode op enige wijze zakelijk contact te onderhouden met (de ouders van) de (ex)leerlingen van de (...) Montessorischool, op straffe van een

dwangsom van € 1.000,= per overtreding, met een maximum van € 50.000,=, althans een door de kantonrechter in redelijkheid te bepalen bedrag. Voorts heeft Mozon verzocht de werknemster te veroordelen in de kosten van de procedure.

3.2.2. De werknemster heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Zij heeft zich in eerste aanleg niet verzet tegen een ontbinding van de arbeidsovereenkomst, voor zover deze niet plaatsvindt wegens disfunctioneren of op grond van artikel 7:669 lid 3 sub e BW. Voorts heeft zij zich verweerd tegen de verzochte verboden en een zelfstandig verzoek ingediend inhoudende het buiten toepassing laten van artikel 7 lid 3 van de Werkloosheidsregeling Onderwijspersoneel (hierna: Wopo).

3.3. In de beschikking waarvan beroep heeft de kantonrechter de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst ontbonden op grond van artikel 7:671b lid 1 sub a jo. artikel 7:669 lid 3 sub g BW met ingang van 1 oktober 2015. Voorts heeft de kantonrechter zich onbevoegd verklaard van het door de werknemster ingediende verzoek kennis te nemen. De kantonrechter heeft de proceskosten tussen partijen gecompenseerd en het meer of anders verzochte afgewezen.

3.4. Mozon heeft in hoger beroep één grief aangevoerd. Voorts heeft Mozon in hoger beroep haar verzoek gewijzigd in die zin dat zij thans 1 november 2015 als datum van ontbinding verzoekt en tevens verzoekt te bepalen dat aan de werknemster een budget voor outplacement van € 3.000,= wordt toegekend. De werknemster heeft tegen deze wijziging van het verzoek geen bezwaar gemaakt. In het navolgende zal het hof uitgaan van het gewijzigde verzoek.

3.5. De werknemster heeft in haar verweerschrift aangegeven geen inhoudelijk verweer te voeren tegen de door Mozon verzochte wijzigingen/aanvulling van de beschikking van de kantonrechter. De werknemster heeft vervolgens in het daarna door haar ingediende "Tegenverzoek ex artikel 7:686a lid 3 BW behorend bij verweerschrift 7:683 BW" verzocht om:

1) primair Mozon te veroordelen tot nakoming van de afspraak dat wordt toegekend een budget voor outplacement in de orde van grootte zoals bepaald in het reglement van Stichting Participatiefonds 2015-2016 en subsidiair een verklaring voor recht dat de werknemster aanspraak heeft op een budget van € 3.000,= voor outplacement;

2) Mozon te veroordelen tot nakoming van de afspraak dat de arbeidsovereenkomst met de werkneemster eindigt tegen de datum van 1 november 2015, door de ontbindingsdatum te bepalen op 1 november 2015.

3.6. Het hoger beroep van Mozon richt zich niet tegen de beslissing van de kantonrechter tot ontbinding van de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst of de afwijzing van de andere verzoeken van Mozon, maar richt zich enkel tegen de datum waartegen de kantonrechter de arbeidsovereenkomst heeft ontbonden. Het hof begrijpt dat Mozon geen vernietiging van de ontbinding wenst, maar alleen verzoekt de ontbindingsdatum te wijzigen van 1 oktober 2015 naar 1 november 2015. Deze wijziging is volgens Mozon nodig om aanspraak te kunnen maken op een vergoeding van de werkloosheidskosten voor de werkneemster. Mozon heeft aangevoerd dat schoolbesturen in het primair onderwijs eigenrisicodrager zijn voor de kosten van werkloosheid van werknemers die uit dienst treden. Om de financiële gevolgen daarvan te beperken en te verdelen over het gehele primair onderwijs is de Stichting Participatiefonds opgericht. Het Participatiefonds betaalt de uitkeringskosten van werkzoekend onderwijspersoneel als een schoolbestuur heeft voldaan aan de voorwaarden die in het reglement van het Participatiefonds staan. Er is door Mozon niet voldaan aan deze voorwaarden doordat de modelbrief “verlengd aanbod ondersteuning extern” niet voor de datum van ontbinding is ondertekend en er evenmin in eerste aanleg een verzoek tot toekenning van een outplacementbudget is ingediend. Tijdens de mondelinge behandeling heeft Mozon nader toegelicht dat de kantonrechter voor het bepalen van de datum van ontbinding ten onrechte is uitgegaan van een opzegtermijn van twee maanden, terwijl op grond van de cao in het onderhavige geval een opzegtermijn van drie maanden geldt. Voorts heeft Mozon tijdens de mondelinge behandeling subsidiair verzocht, voor het geval het verzoek tot wijziging van de ontbindingsdatum in 1 november 2015 wordt afgewezen, de ontbindingsdatum te bepalen op de datum van de uitspraak.

3.7. De werkneemster onderschrijft het verzoek van Mozon tot wijziging van de datum van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst in 1 november 2015 (zelfstandig tegenverzoek onder 2).

3.8. Het hof oordeelt met betrekking tot het verzoek tot wijziging van de datum van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst als volgt. Ingevolge artikel 7:671b lid 8 sub a BW dient de kantonrechter bij ontbinding van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op verzoek van de werkgever het tijdstip van het einde van de arbeidsovereenkomst te bepalen op het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging zou zijn geëindigd, waarbij de duur van de periode die aanvangt op de datum van ontvangst van het verzoek om ontbinding en eindigt op de datum van dagtekening van de ontbindingsbeslissing in mindering wordt gebracht, met dien verstande dat een termijn van tenminste een maand resteert. De kantonrechter is bij toepassing van deze wetsbepaling uitgegaan van een voor de werkgever geldende opzegtermijn van twee maanden op grond van artikel 7:672 lid 2 sub b BW. In de cao Primair Onderwijs 2014-2015 is echter een afwijkende regeling opgenomen. Artikel 3.12 lid 1 aanhef en onder c van de cao bepaalt dat de werkgever bij opzegging een opzegtermijn in acht neemt van ten minste drie maanden indien de arbeidsovereenkomst vijf jaar of langer heeft geduurd. Nu de arbeidsovereenkomst tussen partijen langer dan vijf jaar heeft geduurd, dient bij toepassing van artikel 7:671b lid 8 sub a BW rekening te worden gehouden met een opzegtermijn voor de werkgever van drie maanden. De kantonrechter heeft derhalve ten onrechte de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst ontbonden met ingang van 1 oktober 2015 in plaats van met ingang van 1 november 2015. Partijen hebben in eerste aanleg verzuimd deze van de wet afwijkende cao-bepaling bij de kantonrechter onder de aandacht te brengen. Het hoger beroep kan er echter mede toe dienen om de in eerste aanleg gemaakte fouten te herstellen, zodat het wijzigingsverzoek gegrond is.

3.9. Artikel 7:683 BW regelt het hoger beroep tegen de ontbinding van een arbeidsovereenkomst door de kantonrechter. Dit artikel regelt *wel* de situatie dat de rechter in hoger beroep van oordeel is dat de arbeidsovereenkomst ten onrechte is ontbonden en ook de situatie dat de rechter in hoger beroep van oordeel is dat de arbeidsovereenkomst ten onrechte niet is ontbonden, maar *niet* de situatie dat de rechter in hoger beroep van oordeel is dat tegen de verkeerde datum is ontbonden. Het hof is van oordeel dat artikel 7:683 BW geen limitatieve opsomming geeft van de uitspra-

ken die de rechter in hoger beroep kan doen. Het hof ziet vanwege de hiervoor reeds genoemde herstelfunctie van het hoger beroep reden en mogelijkheid om in een situatie als de onderhavige, die door de wetgever niet onder ogen is gezien, uitsluitend de datum van ontbinding te wijzigen, met dien verstande dat ontbinding wel per een latere datum, maar niet per een eerdere datum dan die van de beschikking in eerste aanleg (dat zou een ontbinding met terugwerkende kracht opleveren) in beginsel mogelijk zal zijn.

3.10. Vervolgens dient het hof te beoordelen of de datum van ontbinding van de arbeidsovereenkomst gewijzigd kan worden in 1 november 2015, nu deze datum reeds is verstreken, of dat deze (op zijn vroegst) dient te worden gewijzigd in de datum van deze beschikking. Het hof heeft bij deze beoordeling onderkend dat volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad van voor de inwerkingtreding van de Wet Werk en Zekerheid, een ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet met terugwerkende kracht kon worden uitgesproken. De Hoge Raad heeft in de beschikking van 26 mei 1966, NJ 1966, 345, zijn beslissing, dat een ontbondenverklaring van een arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen als bedoeld in artikel 1639w BW (oud) niet met terugwerkende kracht kan worden uitgesproken, gemotiveerd met de omschrijving in het tweede lid van artikel 1639w BW (oud) van de omstandigheden die als gewichtige redenen kunnen worden aangemerkt en het feit dat er geen hoger beroep van de beslissing van de kantonrechter was opengesteld. Nu de wetgever inmiddels wel de mogelijkheid van hoger beroep heeft opengesteld, ziet het hof in laatstgenoemde door de Hoge Raad genoemde reden, aanleiding om een wijziging van de ontbindingsdatum in hoger beroep mogelijk te achten, in een situatie als de onderhavige waarin de arbeidsovereenkomst in eerste aanleg reeds is ontbonden, partijen het erover eens zijn dat de arbeidsovereenkomst ontbonden dient te blijven en dat alleen wordt verzocht om wijziging van de datum van ontbinding in een latere datum dan door de kantonrechter is bepaald, zodat van een ontbinding met terugwerkende kracht geen sprake is.

Gelet op het voorgaande is het hof van oordeel dat de datum van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst in deze beschikking kan worden gewijzigd in 1 november 2015, ondanks dat deze datum reeds is verstreken. Het hof zal derhalve het verzoek van Mozon tot wijziging van de datum

van ontbinding van de arbeidsovereenkomst in 1 november 2015 toewijzen en de bestreden beschikking overeenkomstig wijzigen en het daartoe strekkende verzoek (2) van de werkneemster toewijzen.

3.11. Met betrekking tot het verzoek van Mozon te bepalen dat aan de werkneemster een budget voor outplacement van € 3.000,= wordt toegekend, overweegt het hof als volgt.

Het hof is van oordeel dat hier sprake is van een met het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst verband houdend vordering in de zin van artikel 7:686a lid 3 BW. Tussen partijen is niet in geschil dat de verplichting van Mozon om een outplacementbudget van € 3.000,= aan de werkneemster te betalen, voortvloeit uit de contractuele verhouding tussen partijen. Voorts onderschrijft de werkneemster het verzoek van Mozon. Gelet op het voorgaande zal het hof het verzoek van Mozon, en daarmee het verzoek (1) van de werkneemster toewijzen.

3.12. Het hof ziet aanleiding de proceskosten van het hoger beroep tussen partijen te compenseren.

4. De beslissing

Het hof:

wijzigd de bestreden beschikking aldus dat de datum van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst tussen partijen van 1 oktober 2015 wordt gewijzigd in 1 november 2015;

bepaalt dat door Mozon aan de werkneemster een budget voor outplacement wordt toegekend ter hoogte van € 3.000,=, veroordeelt Mozon tot betaling van dat bedrag aan de werkneemster en verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad; compenseert de proceskosten in hoger beroep, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt; wijst af het in hoger beroep meer of anders verzochte.

NOOT

Zie voor de noot van mr. drs. A.M. Helstone «JAR» 2016/73.