
Juridisch up to Date

2016-0123 - Juridisch up to Date 2016-19 d.d. 21-10-2016

Rubriek: Arbeid, medezeggenschap en pensioen

WWZ: kan werkgever worden veroordeeld om het loon ook na een terecht gegeven ontslag op staande voet te betalen?

Inleiding

De Wet werk en zekerheid (WWZ) wordt de laatste tijd volop geëvalueerd, maar ook bekritiseerd. Er zijn toch wel veel geluiden dat er nog het nodige aan de WWZ moet worden geschaafd voordat de rechtspraak er echt mee uit de voeten kan. In dit artikel staat een uitspraak van het Gerechtshof 's-Gravenhage¹ centraal waarbij aandacht is voor een onbedoeld of ongewenst effect van de bij WWZ geïntroduceerde mogelijkheid van hoger beroep tegen ontbindingsbeschikkingen zoals geregeld in artikel 7: 683 BW.

De feiten

Het gaat in deze zaak om het volgende. Een werkneemster van 24 jaar is ruim 4 jaar werkzaam als leidster BSO (buitenschoolse opvang) en KDV (kinderdagverblijf). Op 13 augustus 2015 is het een buitengewoon warme zomerdag en werkneemster besluit samen met een collega om met een groep van 10 kinderen in de leeftijd van 1 tot 12 jaar naar een buitenspeeltuin te gaan. Er wordt voor het vervoer van de kinderen gebruik gemaakt van de bedrijfsauto van het kinderdagverblijf. Ongeveer 1,5 uur na aankomst ontdekt één van de twee werkneemsters dat er in plaats van 10, maar 9 kinderen in de speeltuin zijn. Een kind van twee jaar blijkt na een tevergeefse zoektocht in de speeltuin nog in de afgesloten bedrijfsauto te zitten. Hoewel het kind langere tijd in de hete, afgesloten auto heeft gezeten, is het kind ongedeerd. Werkgever laat het hierbij echter niet. Werkneemster is nog dezelfde middag geschorst en de volgende dag per telefoon op staande voet ontslagen.

De procedures in eerste aanleg

De werkneemster start hierop een kort geding en vordert loonbetaling vanaf de datum van het ontslag op staande voet. De werkgever dient vervolgens op 1 september 2015 een verzoekschrift in waarbij de kantonrechter primair is verzocht om te bepalen dat de werkneemster een vergoeding ex artikel 7:677 lid 2 BW is verschuldigd en subsidiair is verzocht om de arbeidsovereenkomst op een zo kort mogelijke termijn te ontbinden op grond van het bepaalde in artikel 7:669 lid 3 onder e (verwijtbaar handelen werknemer) en/of g (verstoorde arbeidsverhouding) en/of h (andere omstandigheden). De werkneemster doet vervolgens bij haar verweerschrift een zelfstandig (tegen)verzoek. Zij vraagt om de verzoeken van werkgever niet ontvankelijk te verklaren, af te wijzen en haar eigen verzoeken tot (i) vernietiging van de opzegging, (ii) toekenning van een billijke vergoeding van ruim ? 5.000,- en bij ontbinding (iii) toekenning van de transitievergoeding van ruim ? 1.700,- toe te wijzen. Bij beschikking van 2 november 2015 wordt de door werkgever op 14 augustus 2015 gedane opzegging vernietigd. De kantonrechter oordeelt dat er geen dringende reden voor het ontslag aanwezig is. Op het verzoek van de werkgever wordt de primaire vordering tot toekenning van een vergoeding ex artikel 7:677 lid 2 BW afgewezen maar de arbeidsovereenkomst wordt wel ontbonden met ingang van 1 januari 2016. In het kort geding vonnis wordt de loonvordering toegewezen waarbij de kantonrechter als (vaststaand) uitgangspunt heeft genomen dat de gedane opzegging inmiddels vernietigd was en de arbeidsovereenkomst van partijen ontbonden per 1 januari 2016.

Hoger beroep

Tegen het kort geding vonnis tot doorbetaling van loon wordt geen hoger beroep door werkgever ingesteld. Wel wordt hoger beroep ingesteld tegen de beschikking van de kantonrechter waarbij het ontslag is vernietigd en de arbeidsovereenkomst is ontbonden met ingang van 1 januari 2016. Anders dan de kantonrechter acht het hof wel een dringende reden voor het ontslag op staande voet aanwezig. Het hof overweegt daarbij dat werkneemster onaanvaardbaar is tekortgeschoten in de kern van datgene waarvoor zij door de werkgever was aangenomen, namelijk de zorg voor de aan haar toevertrouwde kinderen. Ouders moeten er op kunnen vertrouwen dat hun kind daar de vereiste zorg en aandacht krijgt. Dat het hier niet om een opzettelijke, menselijke fout gaat en dat zelfs sommige ouders wel eens een vergelijkbare fout maken weegt tegen het voorgaande niet op, aldus het hof. De vordering tot toekenning van de vergoeding ter zake van het verschaffen van de dringende reden ex artikel 7:677 lid 2 jo lid 3 sub a BW ligt voor toewijzing gereed. Voor matiging ziet het hof geen aanleiding. Het hof stelt verder dat nu het hof van oordeel is dat het ontslag op staande voet op goede gronden gegeven is, het hof aan de bespreking van de subsidiaire vordering, namelijk de ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet meer toekomt. De vraag is dan nog wel of de werkgever recht heeft op restitutie van al hetgeen zij de werkneemster al heeft betaald, waaronder het hof dan verstaat, het loon dat is uitbetaald na 13 augustus 2015.

Het hof komt dan tot een volgende redenatie. Het hof is van oordeel dat hoewel het ontslag op staande voet op goede gronden is gegeven, de arbeidsovereenkomst van partijen niet op de datum van het ontslag op staande voet eindigt.

Het hof dient immers conform artikel 7:683 lid 6 BW zelf een tijdstip te bepalen waarop de arbeidsovereenkomst alsnog eindigt. Artikel 7:683 lid 6 BW luidt: "Indien de rechter in hoger beroep <..> 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". Volgens de memorie van toelichting mag het dan niet gaan om een tijdstip dat in het verleden ligt. Op basis hiervan stelt het hof uiteindelijk de einddatum van de arbeidsovereenkomst vast op 1 januari 2016 en bepaalt dat de loonbetalingen die zijn gedaan tussen de datum waarop het ontslag op staande voet is gegeven, 14 augustus 2015 en 1 januari 2016 dan niet als onverschuldigd betaald kunnen worden teruggevorderd.

Commentaar

Het is de vraag of de door het Hof gekozen route juist en wenselijk is. Het lijkt in ieder geval in strijd met de doelstelling van de WWZ om het ontslagrecht eenvoudiger en goedkoper te maken. Als je echter naar de huidige tekst van artikel 7:683 lid 6 BW kijkt ligt een beëindiging met terugwerkende kracht niet in de rede. Het effect kan wel ongewenst zijn. Het zou immers kunnen lonen om als werknemer die terecht op staande voet is ontslagen altijd hoger beroep in te stellen. Het hof kan dan immers niet met terugwerkende kracht beëindigen en de werknemer zou dan alsnog aanspraak kunnen maken op de loonbetaling tussen het moment van ontslag op staande voet en de door het hof vastgestelde beëindigingdatum. In de literatuur wordt wel de oplossing gezocht in de loonmatiging. Het is de vraag of die juridische mogelijkheid voldoende soelaas biedt. De Hoge Raad heeft hier immers al eerder van gezegd dat matiging alleen aan de orde kan zijn als toewijzing van de loonvordering tot onaanvaardbare gevolgen leidt². Dit zal bij een ontslag op staande voet mogelijk niet in alle gevallen opgaan. Je zou nog kunnen denken aan de mogelijkheid om als werkgever ontbinding wegens een tekortkoming in de nakoming te vragen, waarbij het dan wel om een tekortkoming moet gaan 'welke niet van slechts geringe betekenis is' (artikel 6:265 lid 1 BW). Ook hierbij geldt dat de ontbinding niet met terugwerkende kracht kan worden uitgesproken, maar voor partijen wel de verplichting bestaat om alle na de tekortkoming verrichte prestaties ongedaan te maken (artikel 6:271 BW). Bij een situatie die in redelijkheid in de risico-sfeer van werknemer ligt (artikel 7:628 BW) zou hiervan sprake kunnen zijn. Het meest voor de hand zou liggen dat de minister van Sociale Zaken & Werkgelegenheid dit punt bij een komende evaluatie van de WWZ eens kritisch tegen het licht houdt. Zolang er nog geen sprake is van een voorgenomen wetswijziging zal de praktijk het hier mee moeten doen.

Noten :

1. Gerechtshof 's-Gravenhage 23 februari 2016 [LJN \(ECLI:NL:GHDA:2016:435\)](#) -JAR 2016/92-
2. Vgl: HR 1 juli 1993, NJ 1993, 666 en HR 11 juli 2008, JAR 2008/205

Auteur(s): mw. mr. W. Hafkamp-van der Zwaard, Houthoff Buruma, Amsterdam

© Euroforum Uitgeverij BV NL
