

daarom nietig zijn.<sup>15</sup> Met dit uitgangspunt strookt naar mijn mening niet, dat de ‘aanwerving’ van een uitzendkracht wél kan worden belet door de rechtsvorm voor te schrijven waarin hij werkzaam dient te zijn. Volgens de Nederlandse wetgever waarborgt het belemmeringsverbod “dat de uitlener op geen enkele wijze beperkingen zal stellen aan de vrije keuze van arbeid van de ter beschikking gestelde arbeidskracht om bij de inlener in dienst te treden”.<sup>16</sup> Als ‘in dienst treden’ louter zou worden opgevat als ‘in loondienst treden’, zou dat wel degelijk een beperking van de vrije arbeidskeuze van de uitzendkracht betekenen.<sup>17</sup>

Al met al meen ik dat de tekst van art. 9a lid 1 Waadi ten onrechte niet overeenstemt met, want beperkter is dan, de tekst van zijn ‘voorganger’ en de Uitzendrichtlijn. Uit de toelichting op de Arbeidsvoorzieningswet en de Uitzendrichtlijn leid ik immers af dat het belemmeringsverbod betrekking zou moeten hebben op een breder scala aan arbeidsverhoudingen dan uitsluitend de arbeidsovereenkomst.

##### 5. Teleologische benadering van het belemmeringsverbod

Als verbetering c.q. bescherming van de positie van de uitzendkracht het doel van de Uitzendrichtlijn en de Waadi is, valt niet in te zien waarom een opdrachtovereenkomst tussen hem en zijn voormalige inlener per definitie buiten het bereik van het belemmeringsverbod valt, maar een (al dan niet tijdelijke) arbeidsovereenkomst niet. In tijden waarin ‘vast minder vast’ is en ‘flex minder flex’, heeft een werknemer niet per se meer zekerheid dan een zzp’er. Een arbeidsovereenkomst kan voor korte duur worden gesloten, terwijl een freelancecontract juist voor een langere periode kan worden aangegaan. Ook wat arbeidsvoorwaarden betreft doet een opdrachtovereenkomst niet altijd onder voor een arbeidsovereenkomst. Bovendien kan in vervolg op een opdrachtovereenkomst (alsnog) een arbeidsovereenkomst ontstaan. Niet de aard van de rechtsverhouding, maar het recht van de voormalige uitzendkracht op (een vrije keuze van) werk zou daarom van doorslaggevend belang moeten zijn.

Vanuit het perspectief van de oud-werkgever lijkt evenmin een rechtvaardiging te bestaan voor het onderscheid tussen enerzijds werknemerschap en anderzijds zelfstandig ondernemerschap na afloop van de terbeschikkingstelling. In beide gevallen raakt de voormalige uitzender zijn arbeidskracht kwijt, maar kan hij daarvoor een (beperkte) vergoeding van de inlener bedingen. Art. 9a lid 2 Waadi stelt immers geen eisen aan de aard van de arbeidsverhouding tussen de oorspronkelijk ter beschikking gestelde arbeidskracht en diens ex-inlener. De arbeidskracht die zzp’er wordt, zal zijn oud-werkgever ook niet ongelimiteerd kunnen ‘beconcurreren’. Het belemmeringsverbod heeft immers

slechts betrekking op de werkzaamheden die hij bij zijn voormalige inlener verricht. Zodra de zzp’er (ook) voor andere opdrachtgevers van zijn ex-werkgever aan de slag gaat, overtreedt hij het eventueel overeengekomen concurrentie- en/of relatiebeding.

##### 6. Conclusie

Door onder art. 9a lid 1 Waadi niet uitsluitend het verbod op verhindering, door de oud-uitlener, van een *arbeidsovereenkomst* tussen de voormalige uitzendkracht en diens voormalige inlener te verstaan, maar ook het verbod op verhindering van een *opdrachtsovereenkomst*, wordt mijns inziens meer recht gedaan aan de (internationale) achtergrond en bedoeling van het belemmeringsverbod. De uitzendkracht wordt beter beschermd, zonder dat de positie van de uitzender daardoor sterk wijzigt c.q. verslechtert. Werkzaamheden van de oud-uitzendkracht voor concurrenten en andere klanten dan zijn voormalige inlener kunnen immers nog ‘gewoon’ via een concurrentie- en/of relatiebeding worden voorkomen.

Voor zover de huidige tekst van art. 9a lid 1 Waadi aan een dergelijke interpretatie in de weg zou staan, zou een wijziging van deze wettekst uitkomst kunnen bieden. In dat geval zou de term ‘arbeidsovereenkomst’, conform de terminologie van de Arbeidsvoorzieningswet en de Uitzendrichtlijn, vervangen kunnen worden door de bredere term ‘arbeidsverhouding’.

E.M. Bevers  
Clingendael Advocaten

292

49

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 J.L. Luiten

**Ontbinding. Hoger beroep. Opzegtermijn. Terugwerkende kracht.**

**Herstel ontbindingsdatum in hoger beroep op grond van art. 7:683 BW (ondanks ontbreken wettelijke grondslag). Ontbinding met terugwerkende kracht tot 1 november 2015.**

[BW art. 7:669 lid 3 onderdeel a en h, 7:671b]

15 COM (2002)149, p. 14.

16 *Kamerstukken II* 2010/11, 32895, 3, p. 8 en 14. Zie ook *Kamerstukken I* 1997/98, 25264, 133b, p. 4.

17 Ook het verbinden van nadere voorwaarden aan de arbeidsovereenkomst tussen de voormalige uitzendkracht en diens voormalige inlener lijkt mij onverenigbaar met de (Europese) wetsgeschiedenis en het doel van het belemmeringsverbod. Ik kan mij daarom niet vinden in de uitspraak Ktr. Rotterdam 11 februari 2014, «JAR» 2014/170 (m.nt. mr. J. Dop). In deze uitspraak werd geoordeeld dat het beding ex art. 7:653 BW niet in strijd was met art. 9a lid 1 Waadi, omdat de Uitzendrichtlijn ten doel heeft de toegang tot vast werk te vergroten en de werknemer in kwestie bij de uitlener al een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd had. Zie ook: L.B. de Graaf en J.R. Vos, ‘De reikwijdte van art. 9a Waadi’, *TAP* 2015, p. 4-10 en Ktr. Rotterdam 12 juni 2014, «JAR» 2015/180 (m.nt. mr. dr. Y. Konijn). Zie anders: M.C. van Koppen, ‘Het concurrentiebeding en het belemmeringsverbod van art. 9a Waadi’, *TAP* 2013, p. 66-73.

*Werkneemster (geboren 1956) is vanaf 1 januari 2010 in dienst van Mozon als directeur. Op 24 maart 2015 heeft het bestuur van Mozon het vertrouwen in de samenwerking met werkneemster opgezegd. Per die datum is tevens aan werkneemster een orde-maatregel opgelegd en is zij op non-actief gesteld. 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 art. 7:671b jo. 7:669 lid 3 onderdeel d BW, subsidiair op grond van art. 7:671b jo. 7:669 lid 3 onderdeel e BW, meer subsidiair op grond van art. 7:671b jo. 7:669 lid 3 onderdeel g BW en extra subsidiair op grond van art. 7:671b jo. 7:669 lid 3 onderdeel h BW. Daarnaast heeft Mozon verzocht werkneemster 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. In de beschikking waarvan beroep heeft de kantonrechter de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst ontbonden op grond van art. 7:671b lid 1 onderdeel a jo. 7:669 lid 3 onderdeel g BW met ingang van 1 oktober 2015. Mozon komt tegen deze uitspraak op in hoger beroep in die zin dat zij thans 1 november 2015 als datum van ontbinding verzoekt en tevens verzoekt te bepalen dat aan werkneemster een budget voor outplacement van € 3000,= wordt toegekend.

Het hof oordeelt met betrekking tot het verzoek tot wijziging van de datum van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst als volgt. Ingevolge art. 7:671b lid 8 onderdeel 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 ten minste 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 art. 7:672 lid 2 onderdeel b BW. In de CAO Primair Onderwijs 2014-2015 is echter een afwijkende regeling opgenomen. Art. 3.12 lid 1 aanhef en onderdeel 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 art. 7:671b lid 8 onderdeel 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. Art. 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 art. 7:683 BW geen limitatieve opsomming geeft van de uitspraken 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. 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 be-

slissing dat een ontbondenverklaring van een arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen als bedoeld in art. 1639w (oud) BW niet met terugwerkende kracht kan worden uitgesproken, gemotiveerd met de omschrijving in het tweede lid van art. 1639w (oud) BW 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, hoewel deze datum reeds is verstreken.

Het verzoek tot toekenning van outplacementkosten wordt toegewezen.

De Stichting Montessori Onderwijs Zuid Oost Nederland, gevestigd te [vestigingsplaats],  
appellante,  
hierna aan te duiden als Mozon,  
advocaat: mr. I.A. Hoen te Alphen aan den Rijn,  
tegen  
[verweerster],  
wonende te [woonplaats],  
verweerster,  
hierna aan te duiden als [verweerster],  
advocaat: mr. S.M.M. Teklenburg te Eindhoven.

#### Hof:

##### 1 Het geding in eerste aanleg

Het hof verwijst naar de beschikking van de kantonrechter van de rechtbank Limburg, zittingsplaats Roermond, van 20 augustus 2015.

##### 2 Het geding in hoger beroep

2.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het beroepschrift met het procesdossier van de eerste aanleg en producties, ingekomen ter griffie op 20 oktober 2015;
- het verweerschrift, ingekomen ter griffie op 3 november 2015;
- het “Tegenverzoek ex artikel 7:686a lid 3 BW behorend bij verweerschrift 7:683 BW” van [verweerster], ingekomen ter griffie op 15 december 2015;
- het “Verweer op het tegenverzoek ex artikel 7:686a lid 3 BW” van Mozon, ingekomen ter griffie op 15 december 2015;
- de op 18 december 2015 gehouden mondelinge behandeling. Bij die gelegenheid zijn gehoord:
  - de heer [bestuurder van Mozon], bestuurder van Mozon, bijgestaan door mr. Hoen;
  - [verweerster], bijgestaan door mr. Teklenburg.

2.2. Het hof heeft daarna een datum voor beschikking bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

##### 3 De beoordeling

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

a. [verweerster], geboren op [geboortedatum] 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 [verweerster] bedroeg € 4402,= bruto per maand exclusief emolumenten. Tevens ontving [verweerster] 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 [verweerster] opgezegd. Per die datum is tevens aan [verweerster] 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 [verweerster] 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 [vestigingsplaats] Montessori-school, op straffe van een dwangsom van € 1000,= per overtreding, met een maximum van € 50.000,=, althans een door de kantonrechter in redelijkheid te bepalen bedrag. Voorts heeft Mozon verzocht [verweerster] te veroordelen in de kosten van de procedure.

3.2.2. [verweerster] 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 [verweerster] 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 [verweerster] een budget voor outplacement van € 3000,= wordt toegekend. [verweerster] heeft tegen deze wijziging van het verzoek geen bezwaar gemaakt. In het navolgende zal het hof uitgaan van het gewijzigde verzoek.

3.5. [verweerster] heeft in haar verweerschrift aangegeven geen inhoudelijk verweer te voeren tegen de door Mozon verzochte wijzigingen/aanvulling van de beschikking van de kantonrechter. [verweerster] 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 Partici-

patiefonds 2015-2016 en subsidiair een verklaring voor recht dat [verweerster] aanspraak heeft op een budget van € 3000,= voor outplacement;

2) Mozon te veroordelen tot nakoming van de afspraak dat de arbeidsovereenkomst met [verweerster] 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 [verweerster]. 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 verzoekt, 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. [verweerster] 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 uitspraken 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 opgesteld. 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 [verweerster] toewijzen.

3.11. Met betrekking tot het verzoek van Mozon te bepalen dat aan [verweerster] een budget voor outplacement van € 3000,= 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 € 3000,= aan [verweerster] te betalen, voortvloeit uit de contractuele verhouding tussen partijen. Voorts onderschrijft [verweerster] het verzoek van Mozon. Gelet op het voorgaande zal het hof het verzoek van Mozon, en daarmee het verzoek (1) van [verweerster] toewijzen.

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

#### 4 De beslissing

Het hof:

wijzigt 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 [verweerster] een budget voor outplacement wordt toegekend ter hoogte van € 3000,=, veroordeelt Mozon tot betaling van dat bedrag aan [verweerster] 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

1. Verzoekster in eerste aanleg, de Stichting Montessori Onderwijs Zuid-Holland ('Mozon'), kwam in hoger beroep tegen de beslissing van de Kantonrechter Roermond, hoewel haar verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met haar directeur werd toegewezen. Beide partijen hadden in eerste aanleg namelijk nagelaten de kantonrechter te wijzen op het feit dat een afwijkende opzegtermijn gold op grond van de cao voor het Primair Onderwijs. De kantonrechter ontbond daarom met inachtneming van de wettelijke opzegtermijn van art. 7:672 BW, die in dit geval twee maanden bedroeg, tegen 1 oktober 2015. Op grond van de afwijkende opzegtermijn uit de cao had de arbeidsovereenkomst echter ontbonden moeten worden tegen 1 november 2015. Uiteraard is werkneemster gebaat bij de inachtneming van de correcte, langere opzegtermijn, maar in dit geval bleek ook Mozon hier belang bij hebben, nu zij eigenrisicodragers is en alleen onder bepaalde voorwaarden een vergoeding van de uitkeringskosten uit het Participatiefonds kan krijgen. Om aan die voorwaarden te kunnen voldoen, was ontbinding met inachtneming van de correcte opzegtermijn nodig.

2. Art. 7:683 lid 3 BW biedt de rechter in hoger beroep of bij vervanging de mogelijkheid de werkgever te veroordelen tot herstel van de arbeidsovereenkomst of betaling van een billijke vergoeding, wanneer diens ontbindingsverzoek in eerste aanleg onterecht is toegewezen, dan wel wanneer een verzoek van de werknemer tot vernietiging van een opzegging of herstel onterecht is afgewezen. Lid 5 en 6 bieden daarnaast de mogelijkheid de arbeidsovereenkomst alsnog te doen eindigen op een door het gerechtshof te bepalen in de toekomstige gelegen tijdstip, wanneer respectievelijk in eerste aanleg een ontbindingsverzoek onterecht is afgewezen, dan wel een verzoek tot vernietiging van de opzegging of herstel door de werknemer onterecht is toegewezen.

3. De eerste vraag waarmee het hof zich in deze zaak geconfronteerd ziet, is of zij ook andere beslissingen kon nemen dan die genoemd in art. 7:683 BW. Die vraag beantwoordt het hof bevestigend. Het hof stelt dat dit een situatie is die de wetgever blijkbaar niet onder ogen heeft gezien en komt vervolgens tot het



oordeel dat art. 7:683 BW geen limitatieve opsomming geeft van de uitspraken die de rechter in hoger beroep kan doen. Het motiveert dit oordeel onder meer door te wijzen op het feit dat het hoger beroep er in het algemeen mede toe dient in eerste aanleg gemaakte fouten te herstellen (herstelfunctie).

4. De opvatting van het hof dat art. 7:683 BW niet limitatief is, deel ik, al had het hof zich wellicht ook kunnen getroosten met een minder apologetische redenering. Beslissingen zijn tenslotte appellabel tenzij de wet anders zegt en met de afschaffing van het appelverbod van art. 7:685 lid 11 BW (oud), is dat niet langer het geval. Dit betekent dat geschilpunten in appel die niet specifiek in art. 7:683 BW geregeld zijn, onder het normale regime van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering vallen. Een duidelijke aanwijzing hiervoor is ook te vinden in lid 2 van art. 7:683 BW, waarin de wetgever bij een toegewezen werknemersverzoek tot ontbinding “uitsluitend” hoger beroep en cassatie openstelt tegen de beslissing ten aanzien van de vergoedingen van art. 7:671c lid 2 en 3 BW. Een dergelijke uitsluiting ontbreekt elders.

5. Ook bij de vaststelling van het hof dat de wetgever deze situatie schijnbaar niet onder ogen heeft gezien, kunnen vraagtekens worden geplaatst op grond van de volgende passage uit de memorie van toelichting: “Alle geschillen op grond van de arbeidsrechtelijke verhouding tussen werknemer en werkgever kunnen aan de kantonrechter in eerste aanleg worden voorgelegd. Tegen diens beslissing staan hoger beroep en cassatieberoep open, waarbij de normale regels van het civiele procesrecht van toepassing zijn voor zover in artikel 7:683 BW niet in een aantal bijzondere aspecten van hoger beroep en cassatieberoep wordt voorzien.”<sup>1</sup> Deze passage biedt ondersteuning voor de notie dat art. 7:683 BW slechts het aantal mogelijke beslissingen beperkt ten aanzien van een hoger beroep wegens, kortweg, het onterecht eindigen of niet eindigen van de arbeidsovereenkomst. Hoger beroep tegen andere beslissingen van de kantonrechter, waaronder de vaststelling van de opzegtermijn, is daarmee onverminderd mogelijk.

6. Na dit eerste obstakel, of dit nu echt een obstakel was of niet, uit de weg geruimd te hebben, dient het hof een tweede vraag te beantwoorden: kan het de arbeidsovereenkomst alsnog op de juiste datum ontbinden, ook als deze datum in het verleden ligt? Het hof erkent dat de Hoge Raad reeds een halve eeuw geleden uitmaakte dat een arbeidsovereenkomst niet met terugwerkende kracht kan worden ontbonden.<sup>2</sup> De Hoge Raad motiveerde dit onder andere door te wijzen op de onmogelijkheid van hoger beroep.<sup>3</sup> Het hof wijst op het feit dat hoger beroep inmiddels wel openstaat, ogenschijnlijk om te rechtvaardigen dat nu toch ontbinding met terugwerkende kracht mogelijk is. Even verderop overweegt het hof echter dat van een ontbinding met terugwerkende kracht überhaupt geen sprake is in dit geval, nu het gaat om een “wijziging van de datum van ontbinding in een latere datum dan door de kantonrechter is bepaald” (r.o. 3.10).

7. Het hof kiest ervoor een specifieke betekenis te geven aan ‘ontbinding met terugwerkende kracht’. Hiervan is blijkbaar in de ogen van het hof alleen sprake als de arbeidsovereenkomst achteraf wordt bekort, door de ontbindingsdatum te bepalen op een punt gelegen voor de datum van de oorspronkelijke ontbinding. De beslissing van het hof wijzigt wel degelijk een rechtstoestand in het verleden, maar de stelling van het hof kan wellicht toch worden verdedigd door een onderscheid aan te brengen tussen een *beslissing* met terugwerkende kracht en een

*ontbinding* met terugwerkende kracht. De *beslissing* van het hof heeft wel degelijk terugwerkende kracht, want achteraf wordt bepaald dat de arbeidsovereenkomst een maand langer heeft bestaan. Van een *ontbinding* met terugwerkende kracht, in de engere betekenis die het hof daar blijkbaar aan geeft, is inderdaad geen sprake.

8. Ook de vaststelling van een latere ontbindingsdatum in het verleden kan praktische problemen met zich meenemen, maar het hof laat terecht meewegen dat beide partijen in dit geval instemmen met ontbinding op de correcte datum. Met inachtneming van dat feit, lijkt het oordeel van het hof mij hier toelaatbaar. Het is overigens opvallend dat de werknemer niet getracht heeft te betogen dat het hof gehouden was te ontbinden tegen een datum gelegen in de toekomst.

9. Op het eerste gezicht lijkt het erop dat de Hoge Raad in zijn beschikking van 1966 de finesse van het hof in het onderscheid tussen ontbindingen met terugwerkende kracht en beslissingen met terugwerkende kracht, niet aanbrengt. Ontbinding met terugwerkende kracht is niet mogelijk, zo redeneert de Hoge Raad, dus kan de rechter slechts “de arbeidsovereenkomst terstond (...) doen eindigen” of “op een later tijdstip”. De waarde van deze uitspraak is echter relatief: juist nu hoger beroep nog niet mogelijk was ten tijde van deze beschikking, viel überhaupt nog geen onderscheid te maken tussen de verschillende vormen van terugwerkende kracht die hierboven zijn geïdentificeerd. Wanneer de rechter in eerste aanleg ontbond, was dat de eerste en enige ontbindingsbeschikking. Als de arbeidsovereenkomst daarbij werd ontbonden op een moment in het verleden, werd per definitie met terugwerkende kracht een gedeelte van de looptijd van de arbeidsovereenkomst tenietgedaan, want aangezien de rechter in eerste aanleg als eerste (en enige) besliste over beëindiging van de arbeidsovereenkomst, moest de arbeidsovereenkomst tot aan die beslissing wel zijn blijven bestaan. Ontbinding tegen een datum in het verleden behelst dus per definitie *ontbinding* met terugwerkende kracht. Dat achtte de Hoge Raad blijkbaar niet toelaatbaar. Of hij ook bezwaar zou hebben gehad tegen ontbinding op een datum in het verleden die het dienstverband niet bekort (een *beslissing* met terugwerkende kracht, in onze terminologie), is niet kenbaar. In het nieuwe stelsel is het arrest van de Hoge Raad hierdoor van beperkte betekenis.

10. Er zijn ook scenario's denkbaar waarin één der partijen in hoger beroep belang heeft bij daadwerkelijke ontbinding met terugwerkende kracht, dus ontbinding tegen een datum gelegen voor de in eerste aanleg bepaalde ontbindingsdatum. Te denken valt aan de spiegelbeeldige situatie van de onderhavige, waarin de cao een kortere opzegtermijn stipuleert (op grond van art. 7:672 lid 6 BW) en ten onrechte de langere, wettelijke opzegtermijn tot uitgangspunt is genomen in eerste aanleg. Of dit vanuit praktisch oogpunt op zichzelf voldoende reden is om in hoger beroep te gaan, valt te betwijfelen, maar het zou zeker een onderdeel van een geschil in appel kunnen zijn.

11. Ook wanneer de werkgever in hoger beroep gaat tegen het oordeel van de kantonrechter dat hij ernstig verwijtbaar heeft gehandeld, kan deze kwestie spelen. Het zal de werkgever er dan in de eerste plaats om gaan een op grond van art. 7:671 lid 8 sub c BW toegekende billijke vergoeding aan te vechten. Eenmaal in hoger beroep kan hij er echter ook op wijzen dat de kantonrechter hem (ten onrechte) vanwege ernstig verwijtbaar handelen niet heeft toegestaan de duur van de procedure in eerste aanleg van de opzegtermijn af te trekken, op grond van art. 7:671b lid 8 sub a BW. Als dit in hoger beroep alsnog wordt toegestaan, kan dit leiden tot ontbinding tegen een eerdere datum.

1 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 119.

2 HR 26 mei 1966, NJ 1966/345.

3 De Hoge Raad kon zich desondanks over deze zaak uitlaten, nu het cassatie in het belang der wet betrof.

12. Mag een verzoek tot ontbinding met terugwerkende kracht, in enge zin, door het hof worden toegewezen? Net als het Gerechtshof 's-Hertogenbosch, meen ik van niet. Die mening kan worden gestoeld op verschillende aanwijzingen in de wet en wetsgeschiedenis. Een sterke aanwijzing is bijvoorbeeld art. 7:683 lid 6 BW. Wanneer in eerste aanleg de opzegging wordt vernietigd of herstel wordt bevolen, herleeft de arbeidsovereenkomst, nu appel krachtens art. 7:683 lid 1 BW geen schorsende werking heeft. Als de appelrechter vervolgens oordeelt dat de vernietiging onterecht is uitgesproken, dan wel het herstel onterecht bevolen, kan hij de arbeidsovereenkomst alleen op of na de beschikkingsdatum doen eindigen. Hij kan niet met terugwerkende kracht de onterechte herleving van de arbeidsovereenkomst ongedaan maken en bijvoorbeeld ontbinden tegen de datum van het rechtmatig gegeven ontslag op staande voet.

13. Dat ontbinding met terugwerkende kracht niet mogelijk zou moeten zijn, wordt niet alleen gedicteerd door de wet en de wetsgeschiedenis, maar ook door *common sense*. Wanneer de ontbindingsdatum één of enkele maanden eerder wordt geplaatst dan de oorspronkelijke ontbindingsdatum, heeft achteraf gezien een deel van het dienstverband niet bestaan. Hoewel het een ontbindingsbeslissing betreft, is dan dus eigenlijk sprake van een partiële vernietiging van de arbeidsovereenkomst: in de maanden tussen de oorspronkelijke ontbindingsdatum en de eerder gelegen, nieuwe ontbindingsdatum die is bepaald in hoger beroep, wordt de overeenkomst geacht nooit te hebben bestaan. Dit sluit niet aan bij de figuur van de ontbinding, die ook in de algemeen verbintenisrechtelijke regeling van Boek 6 geen terugwerkende kracht kent. Het is bovendien in het geval van de arbeidsovereenkomst buitengewoon moeilijk voor te stellen hoe het wegvallen van het fundament onder enkele maanden van de arbeidsverhouding praktisch kan worden afgewikkeld. Er is tenslotte wederkerig gepresteerd. De werknemer heeft arbeid geleverd en de werkgever loon betaald. Dat laatste zou in theorie dan als onverschuldigd betaald kunnen worden teruggevorderd, maar arbeid laat zich moeilijk terugnemen. Zelfs in het geval van (betaalde) non-actiefstelling blijft dit dilemma, nu de werknemer zich wellicht nooit bij non-actiefstelling had neergelegd, als hij had geweten dat hem achteraf alsnog loon over deze periode ontnomen zou kunnen worden. Daarmee is overigens nog niet eens geraakt aan allerhande uitkeringsperikelen en dergelijke, maar het moge duidelijk zijn dat de appelrechter wellicht het verleden liefst zo veel mogelijk moet laten rusten.

J.L. Luiten  
BarentsKrans N.V.

50

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden  
3 februari 2016, nr. 200.179.060/01  
ECLI:NL:GHARL:2016:761  
(mr. Fikkers, mr. Katz-Soeterboek, mr. Weffers Bettink)  
Noot K. Janssens

**Ontbinding. D-grond. Disfunctioneren. Herplaatsing. Verbetertraject. Beleidsregels Ontslagtaak UWV.**

**Invulling d-grond aan de hand van criteria Beleidsregels Ontslagtaak UWV. Tijdige kennisgeving. Verbetertraject niet afhankelijk van duur dienstverband en herplaatsingsplicht.**

[BW art. 7:669 lid 3 sub d, 7:683]

*Werknemer (geboren 1956) is sinds 1980 in dienst van de Stichting (een schoolgemeenschap). Vanaf 2003 respectievelijk 2009 is werknemer directeur van twee scholen. Vanaf 2007-2008 hebben er verschillende coachingstrajecten plaatsgevonden, gericht op zowel het functioneren van de teamleden als op het functioneren van werknemer. Werknemer heeft vanaf 2010-2011 externe persoonlijke begeleiding gekregen. Hoewel werknemer vooruitgang boekt, blijven de resultaten achter op de gewenste uitkomst. In 2014-2015 geven werknemers van beide scholen aan het vertrouwen in werknemer als directeur te hebben verloren. Begin 2015 wordt werknemer voor drie maanden geschorst wegens onvoldoende functioneren. Hem wordt nadien de functie van leerkracht aangeboden. De Stichting heeft, voor zover in hoger beroep van belang, op 2 juli 2015 een verzoekschrift ingediend waarin zij vraagt de arbeidsovereenkomst met werknemer te ontbinden op de grond van art. 7:669 lid 3 aanhef en onderdeel d BW, zonder rekening te houden met de opzegtermijn nu werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld door een passende functie te weigeren. Het ontbindingsverzoek van de Stichting is toegewezen. Het weigeren van de functie van de leerkracht is volgens de kantonrechter wel verwijtbaar, maar niet ernstig verwijtbaar, zodat het verzoek tot verkorting van de in acht te nemen opzegtermijn is afgewezen. Op grond van art. 2 lid 1 van het Besluit overgangsrecht transitievergoeding en art. XXII lid 7 WWZ komt werknemer geen transitievergoeding toe. Tegen dit oordeel keert werknemer zich in hoger beroep. Het hof oordeelt als volgt. Werknemer heeft in hoger beroep vernietiging gevraagd van de beschikking van de kantonrechter. Het hof wijst erop dat een door de kantonrechter uitgesproken ontbinding van de arbeidsovereenkomst in het systeem van de WWZ ondanks hoger beroep van kracht blijft. Mocht het hof tot het oordeel komen dat de kantonrechter ten onrechte tot ontbinding is overgegaan, dan kan het hof ofwel de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen, ofwel in plaats daarvan aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen (zie art. 7:683 lid 3 BW).*

*De kwaliteit van het verbetertraject is een van de elementen waaraan getoetst moet worden bij de vraag of sprake is van de d-grond in art. 7:669 lid 3 BW. De criteria van die grond zijn ontleend aan het Ontslagbesluit en de daarop gebaseerde Beleidsregels Ontslagtaak UWV, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis van de WWZ (zie p. 43 van de MvT en p. 43/44 van de nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2013/14, 33818, resp. 3 en 7). Werknemer merkt op dat hij in 2009 nog is gevraagd directeur te worden zodat het slecht functioneren niet aan de orde is.*