

RECHTSPRAAK

BSO Body & Budo World B.V./werkneemster

Buitenschoolse opvang-medewerker op staande voet ontslagen wegens het 'vergeten' van een kind in de bedrijfsauto op een warme zomerdag. Ondanks vernietiging beschikking kantonrechter is werkgever toch gehouden loon te betalen tot tijdstip appèlrechter. Appèlrechter oordeelt einde met terugwerkende kracht.

(Hoger beroep van AR 2015-1083.) Werkneemster is met ingang van 1 augustus 2012 in dienst getreden van ABBW, die onder meer buitenschoolse opvang verzorgt. Op 13 augustus 2015, een warme zomerdag, heeft werkneemster samen met een andere groepsleidster een groep van tien kinderen, in leeftijd variërend van 1 tot 12 jaar, meegenomen naar een buitenspeeltuin. Daarbij heeft werkneemster gebruikgemaakt van haar eigen auto om vier kinderen te vervoeren en haar collega van een bedrijfsauto van ABBW om de overige zes kinderen te vervoeren. Ongeveer 1,5 uur na aankomst in de buitenspeeltuin hebben werkneemster en haar collega gemerkt dat een van de kinderen (van twee jaar oud) ontbrak. Gebleken is dat het kind in de auto van werkneemster was achtergebleven. Hoewel het kind langere tijd in de hete, afgesloten auto had gezeten, was hij ongedeerd. Vanwege dit incident zijn werkneemster en haar collega op staande voet ontslagen. Werkneemster heeft een kort geding aangespannen. In reactie daarop heeft ABBW de kantonrechter primair een schadevergoeding verzocht ex artikel 7:677 lid 2 BW. Subsidiar verzocht ABBW voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:669 lid 3 onder e en/of g en/of h BW. Werkneemster verzocht in verweer hierop vernietiging van de opzegging. Bij beschikking van 2 november 2015 heeft de kantonrechter het primaire verzoek van ABBW niet gehonoreerd, maar op grond van de door werkneemster ingestelde (tegen)verzoeken de door ABBW op 14 augustus 2015 gedane opzegging van de arbeidsovereenkomst vernietigd, aan werkneemster een transitievergoeding toegekend van € 1.648,63 en ABBW veroordeeld in de kosten van de procedure, aan de zijde van werkneemster vastgesteld op € 300. Op grond van het door ABBW subsidiar ingediende verzoek heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst van partijen ontbonden per 1 januari 2016 en voor het overige het meer of anders verzochte afgewezen, met compensatie van kosten. ABBW is van deze uitspraak in hoger beroep gegaan.

Het hof oordeelt als volgt. Naar het oordeel van het hof is werkneemster onaanvaardbaar tekortgeschoten in de kern van datgene waarvoor zij door ABBW was aangenomen: de zorg voor de aan haar (als werknemer van ABBW) toevertrouwde kinderen. Die zorg brengt,

toegespitst op de voorliggende zaak, met zich dat nu er sprake was van een buitenactiviteit (het bezoeken van een buitenspeeltuin), een situatie die afweek van de gebruikelijke dagelijkse interne opvang, extra oplettendheid van de leiding mocht worden verwacht en met name van werkneemster, die als oudste van de twee leidsters, degene was met de meeste ervaring. Bij een uitstapje als hier aan de orde geldt, meer nog dan bij de dagelijkse interne opvang, steeds de vraag: 'Met hoeveel kinderen zijn we?' en 'Zijn alle kinderen nog in beeld?'. Tegen die achtergrond had werkneemster zich bij vertrek ervan moeten vergewissen (door middel van telling) met hoeveel kinderen zij op pad zou gaan om vervolgens, eenmaal gearriveerd, op de plaats van bestemming en uitgestapt, wederom alle hoofden te tellen om er zeker van te zijn dat er niemand zou missen. Deze tekortkoming in de met ABBW gesloten overeenkomst met een negatieve weerslag op ABBW als betrouwbaar opvangadres, oordeelt het hof dermate ernstig dat het hof een ontslag op staande voet gerechtvaardigd acht. Ouders vertrouwen hun kind (hun 'kostbaarste bezit') toe aan een instelling als ABBW en moeten erop kunnen vertrouwen dat hun kind daar de vereiste zorg en aandacht krijgt. Van werknemers van ABBW mag verwacht worden dat zij die toevertrouwde kinderen met de grootst mogelijke zorg omringen. Nu het ontslag op staande voet terecht is verleend, is werkneemster een schadevergoeding verschuldigd aan ABBW.

Loondoorbetaling tussen eerste en tweede aanleg blijft verschuldigd ondanks vernietiging beschikking kantonrechter

Over de loonbetaling oordeelt het hof het volgende. In dezen doet zich de situatie voor als bedoeld in artikel 7:683 lid 6 BW: het hof oordeelt in hoger beroep dat het verzoek van werkneemster om vernietiging van de opzegging ten onrechte door de kantonrechter is toegewezen. In het recht zoals dat gelding had tot 1 juli 2015, zou dat in de voorliggende zaak waar het gegeven ontslag op staande voet als terecht gegeven wordt beschouwd, betekend hebben dat de arbeidsovereenkomst van partijen per datum ontslag op staande voet geëindigd was. Loonbetalingen nadien gedaan, konden in beginsel als onverschuldigd betaald worden teruggevorderd. Het huidige recht wijkt van vorenstaande significant af. Thans geldt in een dergelijke situatie dat hoewel het hof van oordeel is dat het ontslag op staande voet op goede gronden is gegeven, de arbeidsovereenkomst van partijen niet op de datum van het gegeven ontslag op staande voet eindigt. Het hof dient zelf, als het geconstateerd heeft dat het ontslag op staande voet toch terecht gegeven is, ingevolge artikel 7:683 lid 6 BW een tijdstip te bepalen waarop de arbeidsovereenkomst van partijen tot een einde komt. Dat tijdstip mag volgens de parlementaire geschiedenis niet in het verleden liggen. De memorie van toelichting vermeldt op dit punt: in de gevallen bedoeld in het zesde lid bepaalt de rechter in hoger beroep of cassatie op welk toekomstig tijdstip de arbeidsovereenkomst eindigt. De memorie van toelichting bepaalt voorts dat het de appelrechter niet is toegestaan 'om een beschikking van de kantonrechter houdende een vernietiging van de opzegging te vernietigen, omdat de opzegging zelf dan zou herleven, hetgeen per saldo zou neerkomen op een (door het nieuwe stelsel niet beoogde) einddatum in het verleden' (Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 120). Een en ander betekent dat ook al is het ontslag op staande voet op goede gronden gegeven, de arbeidsovereenkomst desalniettemin voortduurt en ABBW in beginsel gehouden is

werkneemster het loon te betalen tot het door het hof te bepalen einde van de arbeidsovereenkomst. Loonbetalingen gedaan tussen de datum waarop het ontslag op staande voet werd gegeven en het door het hof te bepalen einde van de arbeidsovereenkomst kunnen in beginsel niet als onverschuldigd betaald worden teruggevorderd. Vorenstaande betekent dat van de vordering van ABBW, voor zover betrekking hebbend op terugbetaling van het loon dat is doorbetaald na het gegeven ontslag op staande voet uit hoofde van de beschikking van de kantonrechter waarmee het ontslag op staande voet is vernietigd, dient te worden afgewezen.

Einde (toch) met terugwerkende kracht

Nu het hof tot een andere beslissing komt dan de kantonrechter en de beschikking – met uitzondering van de vernietiging van de opzegging – wordt vernietigd, komt daarmee eveneens de uitgesproken ontbinding van de arbeidsovereenkomst te vervallen. Een en ander betekent dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen in principe nog immer bestaat. Het hof dient ingevolge de parlementaire geschiedenis bij artikel 7:683 lid 6 BW deze arbeidsovereenkomst van partijen alsnog te doen eindigen en wel door daarvoor een, in de toekomst gelegen, datum te bepalen. Dit zou er echter toe leiden – in het licht van het feit dat de kantonrechter de ontbinding per 1 januari 2016 heeft uitgesproken – dat ABBW voor wat betreft de datum waarop de arbeidsovereenkomst tussen partijen eindigt door haar appèl in een slechtere positie komt te verkeren dan op basis van de beschikking van de kantonrechter het geval was. Hiertegen verzet zich de (rechts)regel dat een partij niet slechter mag worden van zijn hoger beroep (het verbod van reformatio in peius). Vorenstaande brengt met zich mee, dat, hoewel ingevolge artikel 7:683 lid 6 BW het hof het einde van de arbeidsovereenkomst dient te bepalen op een in de toekomst gelegen tijdstip, het hof desalniettemin in dit speciale geval – gezien ook de uit de processtukken kenbare wens van partijen om de arbeidsovereenkomst op die datum als beëindigd te beschouwen – het einde van de arbeidsovereenkomst zal vaststellen op 1 januari 2016.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 23-02-2016

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2016:435

Zaaknummer: 200.181.086/01

Rechters: S.R. Mellema, J.J. Trap en M.L.A. Filippini

Advocaten: D.J. de Deugd en R. Delgado

Wetsartikelen: 7:669 BW, 7:683 BW en 7:628 BW