

RECHTSPRAAK

## Miss Etam Services B.V./werknemer

***Hoger beroep tegen een in de ontbindingsbeschikking toegekende transitievergoeding omdat tijdens de ontbindingstermijn een ontslag op staande voet plaatsvindt. Onder omstandigheden kan de appelrechter de ontbindingsbeschikking dan geheel vernietigen.***

Werknemer was vanaf 1 februari 2010 werkzaam voor een dochteronderneming van Etam Groep Retail B.V. (verder: Etam Retail) in de functie van Area Manager. Per 1 april 2012 werd zijn functie Regionaal Sales Manager en vanaf 1 april 2015 Sales Manager. Etam Retail is op 21 april 2015 in staat van faillissement verklaard. Miss Etam heeft een deel van de activiteiten van Etam Retail voortgezet. Werknemer is op 1 mei 2015 voor 40 uur per week bij Miss Etam in dienst getreden als Sales Manager, tegen een brutomaandsalaris van € 5.250 exclusief 8% vakantiegeld en overige emolumenten. In augustus 2015 is werknemer geschorst, omdat hij zich niet zou houden aan kaders bij de selectieprocedure. Op 16 oktober 2015 heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst per 1 december 2015 ontbonden onder toekenning van een transitievergoeding aan werknemer. Op 5 november is werknemer op staande voet ontslagen omdat – aldus Miss Etam – gebleken is dat werknemer ook belangrijke informatie heeft achtergehouden. Op 18 december 2015 heeft werknemer bij de kantonrechter een verzoekschrift ex artikel 7:681 BW ingediend, waarbij hij zich neerlegt bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst per 5 november 2015, maar waarin hij aanspraak maakt op een billijke vergoeding omdat het ontslag op staande voet van 5 november 2015 zonder dringende reden zou zijn gegeven. Op dit verzoek was ten tijde van de mondelinge behandeling in hoger beroep van de onderhavige zaak nog niet beslist. In het thans aan de orde zijnde hoger beroep vordert Miss Etam – zakelijk weergegeven en na hernieuwde eiswijziging – de vernietiging van de bestreden beschikking, maar uitsluitend wat betreft de toegekende transitievergoeding en opnieuw rechtdoende te bepalen dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst per 1 december 2015 het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werknemer zodat miss Etam geen (transitie)vergoeding aan werknemer verschuldigd is. Miss Etam legt aan deze gewijzigde eis ten grondslag dat na de beschikking van de rechtbank nieuwe feiten en omstandigheden bekend zijn geworden op basis waarvan zij werknemer op 5 november 2015 op staande voet heeft ontslagen.

Het hof oordeelt als volgt. Tussen partijen staat vast dat de tussen hen bestaande arbeidsovereenkomst per 5 november 2015 is geëindigd. Dit betekent dat van een ontbinding van de arbeidsovereenkomst per 1 december 2015 geen sprake meer kan zijn. Echter dat brengt niet automatisch mee dat daarmee ook de op grond van de bestreden beschikking

verschuldigde vergoeding niet langer verschuldigd is. Het zou immers – zo volgt uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad – in strijd zijn met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen indien zonder aanwending van een rechtsmiddel rechtskracht zou kunnen worden ontzegd aan een onherroepelijke rechterlijke uitspraak (zie bijv. ECLI:NL:HR:2014:2898). Dit betekent dat Miss Etam een belang heeft bij haar hoger beroep. Dat neemt niet weg dat – nu door de Wet werk en zekerheid hoger beroep tegen ontbindingsbeschikkingen mogelijk is geworden en tijdig een rechtsmiddel is ingesteld – in een situatie dat de kantonrechter een arbeidsovereenkomst heeft ontbonden maar aan de arbeidsovereenkomst vóór het beoogde tijdstip van ontbinding door onvoorziene omstandigheden een einde is gekomen, de appelrechter daarin in beginsel aanleiding kan zien vast te stellen dat de beoogde ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet is geëffectueerd, zodat van een uit die ontbinding voortvloeiende transitievergoeding (volgend uit het bepaalde in art. 7:673 lid 1 onderdeel a ten 2e BW) ook geen sprake kan zijn. De vraag rijst of dit beginsel in deze zaak ook op dient te gaan, nu partijen de verschuldigdheid van de transitievergoeding ad € 10.395 op 15 oktober 2015 tijdens de mondelinge behandeling zijn overeengekomen. Deze afspraak over de verschuldigdheid van de transitievergoeding is door het ontslag op staande voet niet ongedaan gemaakt. Miss Etam heeft zich dit kennelijk gerealiseerd. Zij stelt immers dat als zij op 15 oktober 2015 op de hoogte zou zijn geweest van het feit dat de aanstellingsgesprekken met de Community Managers reeds in de eerste week van juni 2015 hadden plaatsgevonden, zij de betreffende afspraak nimmer zou hebben gemaakt. Maar ook indien het hof wel zou kunnen toekomen aan een oordeel over de vraag of sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 7:673 lid 7 BW, zou het hoger beroep falen, omdat Miss Etam naar het oordeel van het hof onvoldoende heeft gesteld om het oordeel te rechtvaardigen dat het eindigen van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van werknemer. Van algemene bekendheid is dat de periode na een doorstart doorgaans een hectische periode is, waarin veel en tegelijkertijd moet worden bedacht en geregeld. In zo een periode heeft werknemer, toen er op 12 juni 2015 – dus feitelijk na afloop van het met de directie besproken selectieproces – door de nieuwe leidinggevende van werknemer een overleg werd gepland over dat proces, niet gemeld dat de gesprekken met de geselecteerde Community Managers al hadden plaatsgevonden. Hoewel het ‘de koninklijke weg’ geweest zou zijn als werknemer (dan wel zijn collega) zou hebben gemeld dat de gesprekken al hadden plaatsgevonden, kwalificeert het niet-melden niet als ernstig verwijtbaar handelen als hier bedoeld. Dit geldt temeer omdat niet valt in te zien dat Miss Etam door dit zwijgen van werknemer op enige relevante wijze is benadeeld; de gesprekken hadden hoe dan ook al plaatsgevonden.

---

**Instantie:** Gerechtshof Den Haag

**Datum uitspraak:** 10-05-2016

**ECLI:** ECLI:NL:GHDHA:2016:1210

**Zaaknummer:** 200.184.023/01

**Rechters:** M.J. van der Ven, M.L.A. Filippini en A.G. van Marwijk Kooij

**Advocaten:** K.L.M. Kaldenbach en J.P.M. Borsboom

**Wetsartikelen:** 7:671b BW, 7:673 lid 7 BW en 7:683 BW