

RECHTSPRAAK

Voorwaardelijk verzoek tot ontbinding (beëindiging) van de arbeidsovereenkomst, voor het geval de kantonrechter het herstelverzoek op grond van artikel 7:682 BW toewijst, kan niet voor het eerst in hoger beroep worden gedaan.*Feiten*

De Lebara Group is een internationale provider binnen de telecommunicatiebranche van telefoon- en prepaidabonnementen. In Nederland is één vestiging (Lebara B.V.). Werknemer is op 1 oktober 2009 bij Lebara in dienst getreden als General Counsel. Op 10 oktober 2019 heeft Lebara op bedrijfseconomische gronden een verzoek om toestemming tot opzegging van de arbeidsovereenkomst bij het UWV ingediend. Het UWV heeft op 11 maart 2020 – hangende de ontbindingsprocedure in eerste aanleg – toestemming gegeven aan Lebara om de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Lebara heeft ervoor gekozen de uitkomst van de ontbindingsprocedure af te wachten en geen gebruik te maken van de ontslagvergunning. De kantonrechter in de rechtbank Amsterdam heeft bij beschikking van 8 mei 2020 het verzoek van Lebara tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst afgewezen. Lebara heeft op 14 mei 2020 op dezelfde gronden als in 2019 het UWV verzocht om toestemming de arbeidsovereenkomst met werknemer op te zeggen wegens bedrijfseconomische redenen. Lebara is bij het oorspronkelijke beroepschrift van 7 augustus 2020 opgekomen tegen de afwijzende beslissing van de kantonrechter van 8 mei 2020. Het UWV heeft Lebara op 29 september 2020 toestemming verleend de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Lebara heeft vervolgens op 29 september 2020 de arbeidsovereenkomst met werknemer opgezegd tegen 1 december 2020. Werknemer heeft op 29 januari 2021 een verzoekschrift op grond van artikel 7:682 BW ingediend bij de kantonrechter in de rechtbank Amsterdam. Werknemer verzoekt hierin primair toekenning van een billijke vergoeding van € 531.820,56 en subsidiair herstel van het dienstverband. Lebara heeft op 10 maart 2021 een stuk genaamd ‘*Nader schriftelijk verzoek houdende wijziging verzoek*’ ingediend. Hierin is een verzoek vervat dat ertoe strekt dat het hof, voor het geval de kantonrechter in de separate 682-procedure beslist Lebara te veroordelen tot herstel van de arbeidsovereenkomst, de te herstellen arbeidsovereenkomst tussen Lebara en werknemer op grond van artikel 7:683 lid 5 BW tegen de vroegst mogelijke datum zal ontbinden.

Oordeel

Gelet op het gewijzigde beroepschrift van Lebara staat thans de vraag centraal of voor het eerst in hoger beroep een voorwaardelijk verzoek tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst kan

worden ingediend voor het geval de rechter in eerste aanleg een verzoek tot herstel van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:682 BW toewijst. Lebara heeft betoogd dat dit mogelijk is en daartoe verwezen naar de rechtspraak van de Hoge Raad zoals ontwikkeld in de *Mediant*-, *Vlisco*- en *Omega*-beschikkingen. Werknemer heeft, onder verwijzing naar dezelfde rechtspraak, betoogd dat dit niet mogelijk is. De in het onderhavige arrest te beslissen casus verschilt wezenlijk van voornoemde beschikkingen, nu Lebara geen voorwaardelijk ontbindingsverzoek in eerste aanleg heeft ingediend, maar dat voor het eerst doet bij het hof. De reden hiervoor is het gegeven dat het door haar aanvankelijk ingediende (onvoorwaardelijke) verzoek op grond van artikel 7:683 lid 5 BW voor afwijzing gereed lag in verband met het feit dat er na de opzegging van de arbeidsovereenkomst per 1 december 2020 niets meer te ontbinden viel.

In de literatuur naar aanleiding van de *Vlisco*-beschikking is de vraag opgeworpen of de door de Hoge Raad geopende mogelijkheid van het verzoeken om voorwaardelijke beëindiging in hoger beroep berust op een bevoegdheid die losstaat van artikel 7:683 BW lid 5 en 6 BW, of op een ruime lezing van dit artikel. Het hof is van oordeel dat ervan uit moet worden gegaan dat de Hoge Raad het laatste heeft bedoeld, en heeft beoogd binnen het stelsel van artikel 7:683 BW de mogelijkheid van het verzoeken van voorwaardelijke beëindiging in hoger beroep te openen. Buiten de in artikel 7:683 BW geopende mogelijkheden bestaat geen bevoegdheid van het hof om kennis te nemen van een voorwaardelijk verzoek tot beëindiging. Dit betekent dat de werkgever pas ontvankelijk is in een dergelijk verzoek in hoger beroep wanneer ook in eerste aanleg een verzoek tot voorwaardelijke ontbinding is gedaan. Een andere zienswijze is niet alleen in strijd met artikel 362 Rv, maar zou er ook toe leiden dat het door de wetgever beoogde stelsel van toetsing in twee instanties wordt doorkruist, omdat een feitelijke instantie verloren gaat. Dit stelsel en de bedoelingen van de wetgever in dit verband zijn door de Hoge Raad in zowel de *Mediant*-beschikking als in de *Vlisco*-beschikking mede aan zijn oordelen ten grondslag gelegd en dienen ook het hof tot uitgangspunt.

Lebara heeft in dit verband nog betoogd dat zij weliswaar in eerste aanleg geen voorwaardelijk ontbindingsverzoek heeft gedaan, maar wel een onvoorwaardelijk ontbindingsverzoek waarop reeds is beslist en dat het vanuit proceseconomisch oogpunt onwenselijk is wanneer zij opnieuw in eerste aanleg op dezelfde gronden – alleen dit keer voorwaardelijk – ontbinding dient te vragen. Deze zienswijze miskent dat met de opzegging van de arbeidsovereenkomst per 1 december 2020 rechtens tussen partijen een nieuwe situatie is ontstaan, namelijk die van een geëindigd dienstverband, waarmee aan de beslissing van de kantonrechter van 8 mei 2020 geen betekenis meer toekomt. De toetsing van een (voorwaardelijk) ontbindingsverzoek vindt ex nunc plaats, waarbij alle omstandigheden van het geval tot op dat moment worden meegewogen. Alleen al om die reden kan de beslissing van de kantonrechter op het onvoorwaardelijk ontbindingsverzoek van 8 mei 2020, niet gelijkgesteld worden aan een eventuele beslissing op een voorwaardelijk ontbindingsverzoek in de aanhangige artikel 7:682 BW-procedure, die immers pas op 29 januari 2021 is geëntameerd. Het feit dat dit er mogelijk toe leidt dat de kantonrechter in eerste aanleg opnieuw zal moeten oordelen over de feiten en rechtsgronden die aan de orde waren in de beschikking van 8 mei 2020, doet aan het

voorgaande niet af en is een gevolg van de keuze die Lebara heeft gemaakt om hangende het hoger beroep van de afwijzing van de ontbinding, het dienstverband op te zeggen (en vervolgens het hoger beroep in de ontbindingsprocedure niet in te trekken). Het hof verklaart Lebara niet-ontvankelijk in haar beroep voor zover dit strekt tot voorwaardelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 11-05-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:1382

Zaaknummer: 200.281.664/01

Rechters: T.S. Pieters, H.T. van der Meer en M.L.D. Akkaya

Advocaten: Y.H. Dissel en J. van der Pijl

Wetsartikelen: 7:682 BW en 7:683 BW