

RECHTSPRAAK

Werknemer (55 jaar) is op 3 augustus 1992 in dienst getreden bij NL'86 in de functie van beveiligingsbeambte. Hij was door zijn werkgever tewerkgesteld bij een asielzoekerscentrum. Na een contractswisseling is het project van het asielzoekerscentrum in 1999 overgegaan op (de rechtsvoorganger van) Trigion. Werknemer is vanaf die datum in dienst getreden van Trigion. Op 6 mei 2004 is werknemer arbeidsongeschikt geworden (een combinatie van spanningsklachten wegens het familieomstandigheden en alcoholverslaving met bijkomende stressfactoren van het werk). Vanaf 2004 is een re-integratietraject gestart en zijn mogelijkheden van outplacement beproefd (zonder succes). In oktober 2005 is werknemer - in het kader van re-integratie - voor vier dagen in de week in de dagdienst gaan werken op het AZC te 's-Gravendeel. Het UWV heeft werknemer in 2006 voor minder dan 35% arbeidsongeschikt verklaard en daarmee zijn WIA-aanvraag afgewezen. In de op werknemer van toepassing zijnde cao staat opgenomen dat werknemers die voor minder dan 35% arbeidsongeschikt zijn verklaard, niet ontslagen mogen worden vanwege hun arbeidsongeschiktheid. Trigion heeft de arbeidsovereenkomst met toestemming van de CWI bij brief van 27 december 2006 opgezegd tegen 22 februari 2007 wegens langdurige arbeidsongeschiktheid zonder uitzicht op herstel. Werknemer heeft in eerste aanleg loon gevorderd over de periode 14 mei 2006 tot en met 22 februari 2007, stellende dat Trigion ten onrechte de loondoorbetaling heeft gestaakt. Voorts heeft werknemer schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag gevorderd. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen.

Het hof oordeelt als volgt. Met betrekking tot de loonvordering overweegt het hof dat werknemer het “evident” acht dat hij recht heeft op loon, omdat hij zich altijd beschikbaar heeft gehouden voor zijn werk en re-integratie. Het hof vermag dit niet in te zien en overweegt daartoe als volgt. Werknemer is op 6 mei 2004 arbeidsongeschikt geworden en heeft sindsdien de bedongen arbeid niet meer volledig verricht. Op 12 mei 2006 (toen de 104-wekentermijn van artikel 7:629 BW was verstreken) is werknemer volledig arbeidsongeschikt uitgevallen voor de aangepaste werkzaamheden die hij op dat moment in de dagdienst op het AZC verrichtte. In verband daarmee is werknemer door UWV met ingang van 12 mei 2006 in aanmerking gebracht voor een Ziektewetuitkering. Werknemer heeft onvoldoende onderbouwd dat het aangepaste werk op het AZC het bedongen werk is geworden, zodat hij (toch) op grond van artikel 7:629 BW recht op loon heeft. Indien werknemer zijn vordering heeft bedoeld te baseren op artikel 7:628 lid 1 BW is deze eveneens onvoldoende onderbouwd. Als veronderstellenderwijs wordt aangenomen dat genoemd aangepaste werk “passende arbeid” is in de zin van artikel 7:658a lid 4 BW, wat werknemer stelt maar Trigion betwist, dan geldt dat werknemer recht op loon heeft indien hij zich jegens Trigion bereid heeft verklaard

het aangepaste werk te verrichten en Trigion hem daartoe zonder deugdelijke gronden niet in staat heeft gesteld (HR 8 november 1985, *NJ* 1986, 309). Van een zodanige bereidverklaring van werknemer na 12 mei 2006 is niet gebleken. Immers, werknemer heeft zich op 12 mei 2006 ziek gemeld voor dat aangepaste werk, terwijl gesteld noch gebleken is dat hij zich voor het einde van het dienstverband hersteld heeft gemeld.

Met betrekking tot de vordering uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag oordeelt het hof als volgt. Anders dan werknemer betoogt, is er geen sprake van een valse reden. Werknemer blijkt niet langer in staat de functie van beveiligingsbeambte te kunnen uitoefenen. De stelling dat voor werknemer een dagdienstfunctie beschikbaar was bij werkgever is dan ook niet terecht voorgesteld, omdat een dagdienstfunctie geen passende arbeid voor werknemer is. Een causaal verband tussen de arbeidsongeschiktheid en de werkzaamheden is, anders dan werknemer verdedigt, niet aangetoond. Uit de bevindingen van de bedrijfsarts en de brief van Stichting De Hoop blijkt van ernstige privéproblematiek die causaal is voor de arbeidsongeschiktheid. Wel acht het hof sprake van schending van re-integratieverplichtingen aan de zijde van Trigion door lange tijd geen actie te ondernemen terwijl hiertoe wel werd geadviseerd door het re-integratiebureau. Anderzijds heeft ook de houding van werknemer bijgedragen aan een mislukte re-integratie, hetgeen hem (deels) wordt aangerekend. Overduidelijk heeft Trigion in strijd gehandeld met de verplichting uit de cao om arbeidsongeschikte werknemers als werknemer niet te ontslaan. Dit alles maakt het ontslag kennelijk onredelijk volgens de k.o.o.-formule met een $C=0,5$.

Met betrekking tot de A-factor verschillen partijen van mening of de contractswisseling in 1999 kan worden aangemerkt als zijnde een overgang van onderneming. Volgens het hof is dit niet het geval. De A-factor wordt derhalve bepaald vanaf 1999.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 30-12-2008

ECLI: ECLI:NL:GHSGR:2008:BI3382

Zaaknummer: 105.007.120/01

Wetsartikelen: 7:611 BW, 7:658a BW, 7:629 BW, 7:662 BW en 7:681 BW