

RECHTSPRAAK

Werknemer is op 10 november 1994 als beveiligingsmonteur voor 40 uur per week in dienst getreden bij (de rechtsvoorganger van) Sentinel. Werknemer heeft op 25 mei 2004 een concurrerende onderneming opgericht. Op 14 augustus 2004 meldt werknemer zich ziek. De Arbo-Unie stelt vast dat sprake is van een werkgerelateerd arbeidsconflict. In het advies van de Arbo-Unie van 15 november 2004 staat vermeld dat mediation geen resultaat heeft opgeleverd en beëindiging van de ZW-traject met aansluitende non-actiefstelling in de rede licht. Sentinel roept werknemer op zijn werkzaamheden te hervatten. Werknemer weigert aan de oproep gehoor te geven, zolang Sentinel hem niet op non-actief stelt. Sentinel schort vervolgens de loondoorbetalingsverplichtingen op. Op 19 januari 2005 verkrijgt werknemer een deskundigenoordeel van het UWV waaruit blijkt dat werknemer niet situatief arbeidsongeschikt was, maar er - op 16 november 2004 - wel degelijk objectief medische belemmeringen waren om enig werk te kunnen verrichten. Werknemer heeft op verzoeken van de Sentinel geweigerd nadere informatie te verstrekken over zijn arbeidsongeschiktheid. Bij brief van 17 maart 2005 heeft Sentinel de arbeidsovereenkomst onverwijld opgezegd. Als dringende reden daartoe heeft Sentinel aangevoerd dat zij enkele dagen te voren er achter is gekomen dat werknemer sinds mei 2004 een eigen bedrijf heeft met dezelfde bedrijfsomschrijving als Sentinel en dat werknemer sindsdien rechtstreeks met Sentinel concurrerende werkzaamheden verricht voor eigen rekening. Als (aparte) dringende reden voor de opzegging heeft Sentinel in de brief genoemd dat werknemer stelt arbeidsongeschikt te zijn, maar intussen wel voor eigen rekening werkt. De kantonrechter heeft de loonvordering van werknemer over de periode 16 november 2004 - 17 maart 2005 afgewezen. Aan dit oordeel is ten grondslag gelegd dat werknemer door zijn weigering medewerking te verlenen aan het verschaffen van informatie over, en aan het verrichten van een nader onderzoek naar zijn arbeids(on)geschiktheid, aan Sentinel de mogelijkheid heeft ontnomen aan te tonen dat werknemer op 16 november 2004 medisch geschikt was om zijn werk te doen. Voorts achtte de kantonrechter het ontslag op staande voet rechtsgeldig verleend. Tegen dit oordeel heeft werknemer hoger beroep ingesteld, stellende dat de kantonrechter heeft miskend dat hij in ieder geval situatief arbeidsongeschikt was en deze ongeschiktheid voor rekening en risico van werkgever komt (7:628 BW).

Het hof oordeelt als volgt. In aansluiting op hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen in zijn uitspraak van 27 juni 2008, (LJN BC7669) zal werknemer feiten en omstandigheden moeten stellen en zonodig aannemelijk moeten maken die tot het oordeel kunnen leiden dat in de periode waarover hij loondoorbetaling vordert, de arbeidsomstandigheden, door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen, voor hem zodanig waren dat, met het oog op (de dreiging van) psychische of lichamelijke klachten, van hem

redelijkerwijs niet kon worden geleverd dat hij zijn werkzaamheden zou verrichten. De werknemer behoudt dan ingevolge artikel 7:628 BW zijn recht op loon, en “werkweigering” kan dan geen ontslaggrond vormen. Naar het oordeel van het hof heeft werknemer onvoldoende feiten en omstandigheden naar voren gebracht die het oordeel rechtvaardigen dat hij zijn werkzaamheden niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van Sentinel behoort te komen (situatieve arbeidsongeschiktheid in bovenstaande zin). Het enkele feit dat de Arbo-arts heeft vastgesteld dat het ziekteverzuim is gelegen in een arbeidsconflict en in intra-persoonlijke factoren is onvoldoende om situatieve arbeidsongeschiktheid aan te nemen. Het oordeel van de verzekeringsarts is niet bindend en geeft volgens het hof een vertekend beeld. Het eindoordeel dat werknemer niet in staat is arbeid te verrichten, verdraagt zich moeilijk met de activiteiten die werknemer in zijn eigen onderneming ontplooipte in genoemde periode. Hierdoor zal ook het beroep op artikel 7:629 BW worden gepasseerd. Ook acht het hof sprake van een dringende reden (onrechtmatige concurrentie tijdens arbeidsovereenkomst).

Volgt bekrachtiging vonnis kantonrechter.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 03-02-2009

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2009:BI6390

Zaaknummer: 106.005.104

Wetsartikelen: 7:628 BW, 7:629 BW, 7:677 BW en 7:678 BW