

RECHTSPRAAK

werknemer/BAM Wegen BV

Ontslag oudere arbeidsongeschikte werknemer kennelijk onredelijk wegens verwijtbaar gedrag werkgever. Schadevergoeding naar billijkheid nu die onmogelijk concreet valt vast te stellen. Immateriële schade afgewezen

Werknemer (geboren 1955) is op 16 juni 1986 bij (een rechtsvoorganger van) BAM Wegen in dienst getreden in de functie van grondwerker. Werknemer is vanaf 3 november 2004 arbeidsongeschikt wegens rugklachten. BAM Wegen heeft tijdens het eerste ziektejaar 100% van het loon doorbetaald en tijdens het tweede ziektejaar 70% van het loon. Daarna is werknemer met toestemming van de CWI ontslagen. Bij tussenarrest heeft het hof het volgende vastgesteld. Aan de orde is een situatie waarin de opzegging kennelijk onredelijk is vanwege de omstandigheden waarin en de voorwaarden waaronder deze heeft plaatsgevonden. Het hof heeft in het tussenarrest immers overwogen dat met name gezien (1) de lengte van het dienstverband tussen partijen, (2) het feit dat de fysiek zware en rugbelastende arbeid bij BAM Wegen waarschijnlijk heeft bijgedragen aan de rugklachten van werknemer, waarmee hij is uitgevallen, (3) het feit dat BAM Wegen naar het oordeel van het hof ter zake een verwijt kan worden gemaakt en (4) de verwachting dat de kansen van werknemer op de arbeidsmarkt minimaal zijn, BAM Wegen de belangen van werknemer onvoldoende in het oog heeft gehouden door hem bij de opzegging geen beëindigingsvergoeding te verstrekken. Uit het tussenarrest volgt dat BAM Wegen in enige mate is tekortgeschoten jegens werknemer doordat zij tegenover hem onvoldoende extra zorg heeft betracht terwijl dat in de gegeven omstandigheden wel was geboden. Het hof voegt daaraan toe dat de gewenste extra zorg in het geval van werknemer zou hebben bestaan uit het houden van meer toezicht door BAM Wegen op de uitoefening van de – lichamelijke zware – werkzaamheden door werknemer in die zin dat zij hem tot het nemen van (langere) pauzes had moeten manen, waarbij zij hem had behoren te remmen in diens enthousiasme in zijn werk als grondwerker. Ander, lichter werk was naar het oordeel van het hof geen reële optie. Het hof neemt daarbij in aanmerking dat werknemer een zeer beperkte opleiding heeft genoten en nauwelijks in staat moet worden geacht om zich in het kader van omscholing theoretische kennis eigen te maken. Hierbij is bovendien relevant dat de re-integratie van werknemer na zijn arbeidsongeschiktheid is mislukt, zowel in het zogenoemde eerste als in het tweede spoor. In de onderhavige zaak is de vraag aan de orde welke schadevergoeding werknemer toekomt.

Het hof oordeelt als volgt. Het hof ziet zich daarmee gesteld voor de vraag in welke situatie

werknemer zou hebben verkeerdt in het hypothetische geval dat BAM Wegen tegenover hem wel de hiervoor beschreven zorg zou hebben betracht. Mede gezien zijn leeftijd acht het hof het meer dan waarschijnlijk dat werknemer ook in dat geval op enig moment, zij het op een latere datum dan 3 november 2004, met rugklachten definitief zou zijn uitgevallen, waarna zijn arbeidsovereenkomst vervolgens na twee jaar loondoorbetaling zou zijn opgezegd. Werknemer was nu eenmaal aangewezen op fysiek werk. Daarbij komt dat hij al vanaf 1970 fysiek zwaar en rugbelastend werk verrichtte en in de loop der jaren verschillende malen arbeidsongeschikt is geweest wegens rugklachten. Wanneer werknemer in dat geval precies zou zijn uitgevallen, kan echter bij gebrek aan nadere (medische) gegevens niet met enige mate van zekerheid worden bepaald. Gelet op het voorgaande moet naar het oordeel van het hof worden aangenomen dat het tekortschieten van BAM Wegen en het nadien gevolgde ontslag tot enig financieel nadeel in de vorm van inkomensverlies aan de zijde van werknemer heeft geleid. De omvang hiervan valt echter niet concreet vast te stellen. Een zekere genoegdoening is in de gegeven omstandigheden wel op zijn plaats. Het hof zal de door BAM Wegen aan werknemer te betalen schadevergoeding naar billijkheid vaststellen op een bedrag van € 20.000 bruto. De vordering inzake immateriële schadevergoeding wordt afgewezen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 15-11-2011

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2011:BU5342

Zaaknummer: HD 200.014.369

Rechters: C.M. Aarts, M.J.H.A. Venner-Lijten en C.A.M. Walsteijn

Advocaten: Ph.C.M. van der Ven en S.G.M. van Veldhuizen

Wetsartikelen: 7:681 BW en 6:106 BW