

RECHTSPRAAK

Chantal Trans/werknemer

Ontslag statutair directeur tijdens ziekte is vernietigbaar. Door het vennootschapsrechtelijke ontslag valt werknemer onder de werkingssfeerbepaling van de CAO Beroepsgoederenvervoer waardoor werkgever 104 weken loon moet suppleren

Werknemer (58 jaar) is in 1999 in dienst getreden van Chantal Trans als een van de bestuurders van die vennootschap. Hij is per 1 januari 2001 vanuit en naast een WAO-situatie parttime bij Chantal Trans in dienst getreden als bedrijfsleider op grond van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Partijen hebben een nieuwe arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd gesloten ingaande 1 januari 2005 waarbij werknemer parttime (20 uur per week) als directeur in dienst is getreden. Werknemer heeft zich op 29 september 2008 ziek gemeld. Op 31 oktober 2008 heeft de bedrijfsarts werknemer arbeidsongeschikt geacht tot 17 november 2008. Op 10 november 2008 heeft de UWV-arts geoordeeld dat er voor werknemer geen maatgevende arbeid was tot het einde van de wachttijd. Per 17 november 2008 heeft Chantal Trans de loonbetaling gestaakt. Bij brief van 19 november 2008 heeft Chantal Trans werknemer uitgenodigd voor een bijzondere algemene aandeelhoudersvergadering. Tijdens deze vergadering is werknemer ontslagen. Werknemer berust in het ontslag als bestuurder, maar verzet zich tegen de opzegging van de arbeidsovereenkomst en doet een beroep op artikel 7:670 BW (opzegverbod tijdens ziekte). Voorts vordert hij suppletie op zijn loon tijdens ziekte krachtens de algemeen verbindend verklaarde CAO voor het Beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen. De rechtbank heeft de vorderingen van werknemer grotendeels toegewezen.

Het hof oordeelt als volgt. Op grond van de gemotiveerde UWV-rapportage van 10 november 2008 is het hof, evenals de rechtbank, van oordeel dat werknemer ten tijde van de AVA-vergadering op 5 december 2008 arbeidsongeschikt was. Blijkens deze UWV-rapportage, opgemaakt door verzekeringsarts X (die blijkens het schrijven van het UWV van 1 juli 2009 een verzekeringsarts is en derhalve niet een backofficemedewerker zoals Chantal Trans stelt), is werknemer op 10 november 2008 door verzekeringsarts X gezien en (arbeids)medisch beoordeeld. Uiteraard betrof deze beoordeling het gedeelte waarvoor werknemer, die vanuit een WAO-situatie met een gedeeltelijke uitkering bij Chantal Trans in dienst is getreden, als arbeidsgeschikt was te beschouwen. Voor de beoordeling van de vraag of werknemer op 5 december 2008 arbeids(on)geschikt was, is voornoemde UWV-verklaring doorslaggevend nu deze van latere datum is dan de verklaring van de bedrijfsarts en bovendien – anders dan het oordeel van de bedrijfsarts – genoegzaam is onderbouwd. Daarnaast heeft te gelden dat in

artikel 7 van de arbeidsovereenkomst uitdrukkelijk wordt verwezen naar de arbeidsongeschiktheid in de zin van de Ziektewet, zodat, nu vaststaat dat hiervan sprake is geweest, het oordeel van de bedrijfsarts ook reeds daarom van minder betekenis is. Werknemer was ten tijde van de uitnodiging d.d. 17 november 2008 voor de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA) arbeidsongeschikt, welke arbeidsongeschiktheid voortduurde op 5 december 2008 ten tijde van de AVA. Het ontslagbesluit van de AVA van 5 december 2008 heeft een ontslag in vennootschapsrechtelijke zin tot gevolg gehad doch heeft niet geleid tot de opzegging van de arbeidsovereenkomst gelet op het opzegverbod tijdens ziekte (HR 15 april 2005, *JAR* 2005/117). Het hof is van oordeel dat het feit dat werknemer zich als bestuurder op 18 december 2008 bij de kamer van koophandel heeft laten uitschrijven niet kan worden aangemerkt als een opzegging van de arbeidsovereenkomst door werknemer. Uit het voorgaande volgt dat werknemer, die zich tijdig op de vernietigbaarheid van de opzegging van de arbeidsovereenkomst heeft beroepen en niet tussentijds hersteld is verklaard, vanaf 5 december 2008 gedurende 104 weken jegens Chantal Trans een loonaanspraak heeft.

Het hof is van wel oordeel dat de UWV-rapportage van 10 november 2008 inderdaad niet als een deskundigenverklaring (second opinion) in de zin van artikel 7:629a BW kan worden aangemerkt. In zoverre slaagt de grief. Het slagen van deze grief leidt evenwel niet tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep. Blijkens het schrijven van het UWV van 8 april 2009 kan geen deskundigenverklaring voor het aspect ziek/niet ziek worden gevraagd voor iemand die een uitkering krachtens de Ziektewet ontvangt. Dit leidt tot het oordeel dat een deskundigenverklaring in de zin van artikel 7:629a BW in redelijkheid niet van werknemer kon worden geleverd (artikel 7:629a lid 2 BW).

De CAO voor het Beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen is algemeen verbindend verklaard bij besluit van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 21 april 2009 (*Stcrt.* 23 april 2009, 77, onder UAW nr. 10908), hierna: avv cao. De algemeenverbindendverklaring geldt voor de periode 25 april 2009 (tweede dag na publicatie in de Staatscourant) tot en met 31 december 2009. Werknemer kan als werknemer (en niet als statutair directeur) een beroep doen op de bepalingen van de algemeen verbindend verklaarde cao. Het feit dat de algemeen verbindend verklaarde cao niet van toepassing is op statutaire bestuurders maakt het voorgaande niet anders. Werknemer is na het ontslag als statutair bestuurder op 5 december 2008, als gevolg van het opzegverbod tijdens ziekte – waarop werknemer tijdig een beroep heeft gedaan – als werknemer in dienst gebleven van Chantal Trans (vgl. HR 15 april 2005, *JAR* 2005/153). Voorts is hij als werknemer vanaf 25 april 2009 onder de werkingssfeer van de avv cao gekomen. Ingevolge artikel 16 van de avv cao heeft werknemer recht op doorbetaling van loon tijdens ziekte, welk recht niet wordt aangetast doordat de avv cao in de loop van het tijdvak van die twee jaar ophoudt algemeen verbindend te zijn (HR 7 juni 2002, *LJN* AEO644, *NJ* 2003, 175). Ingevolge artikel 16 sub c en sub d van de avv cao heeft werknemer in aanvulling op de wettelijke loondoorbetalingsverplichting krachtens artikel 7:629 BW gedurende zijn arbeidsongeschiktheid recht op doorbetaling van zijn nettoloon nu hij volledig arbeidsongeschikt was. Chantal Trans dient het loon te suppleren vanaf 25 april 2009 op

grond van de avv cao. Dit is niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Op de loonbetaling dienen wel alle inkomsten (dus ook de verhoogde WAO-uitkering) in mindering te worden gebracht.

Van Chantal Trans kan in de onderhavige omstandigheden niet worden geveegd werknemer te werk te stellen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 14-02-2012

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2012:BV6142

Zaaknummer: HD 200.088.317

Rechters: C.M. Aarts, C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden en E.A.G.M. Waaijers

Advocaten: J.J.H.S. Thomassen en S.M.L.L. Bijloos

Wetsartikelen: 7:629 BW, 7:629a BW en 7:670 BW