

RECHTSPRAAK

Tromp/X Packaging Company BV

Werknemer die meer dan vier weken feitelijk zijn oude arbeid weer verricht, maar zich niet arbeidsgeschikt meldt, geniet een nieuwe (loon)beschermingsperiode (art. 7:629 lid 11 jo. 7:670 lid 1 onder a BW). Opzegging wegens langdurige arbeidsongeschiktheid is derhalve gebaseerd op een valse grond. Kennelijk onredelijk ontslag leidt tot vergoeding naast IVA-uitkering.

Werknemer (geboren 1963) is op 2 september 2003 in dienst getreden van Packaging in de functie van vorkheftruckchauffeur. Werknemer is op 5 september 2008 uitgevallen wegens ziekte nadat bij hem een schildkliercarcinoom was geconstateerd. Na een jaar van arbeidsongeschiktheid heeft hij vanaf september 2009 zijn werkzaamheden hervat, eerst voor een beperkt aantal uren per dag, vanaf november 2009 volledig. Packaging heeft werknemer, op advies van de bedrijfsarts, niet arbeidsgeschikt gemeld. Dit advies d.d. 9 december 2009 (Bijstelling Probleemanalyse WIA), luidt: 'Ondanks het feit dat cliënt nu volledig hervat is in zijn eigen werk, blijft staan dat cliënt niet volledig genezen is en er daarmee een verhoogde kans bestaat dat cliënt op enig moment in de toekomst opnieuw uit zal vallen. Daarom blijft mijn advies dat de wachttijd wel volgemaakt zal worden dan ook staan. Dat wil zeggen dat cliënt niet volledig hersteld gemeld zal worden (...)' In april 2010 is werknemer weer uitgevallen wegens ziekte, maar heeft na enkele dagen zijn werkzaamheden weer voor halve dagen hervat. Op 26 mei 2010 heeft werknemer zich volledig arbeidsongeschikt gemeld. Nadien heeft hij zijn werkzaamheden niet meer hervat. Op 8 oktober 2010 heeft Packaging voor werknemer ontslag aangevraagd bij UWV WERKbedrijf. Na verkregen toestemming is de arbeidsovereenkomst per 1 maart 2011 opgezegd. Werknemer stelt zich op het standpunt dat sprake is van een opzegging wegens een valse reden.

Het hof oordeelt als volgt. Ingevolge artikel 7:670 lid 1 aanhef en onder a BW kan de werkgever niet opzeggen gedurende de tijd dat de werknemer ongeschikt is tot het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte, tenzij de ongeschiktheid ten minste twee jaren heeft geduurd. Ingevolge artikel 7:629 lid 10 BW worden perioden waarin de werknemer in verband met ongeschiktheid ten gevolge van ziekte verhinderd is geweest zijn arbeid te verrichten, samengeteld indien zij elkaar met een onderbreking van minder dan vier weken opvolgen. Uit het samenstel van deze bepalingen volgt dat voor het antwoord op de vraag of werknemer ten tijde van het hem verleende ontslag twee jaar arbeidsongeschikt was, in aanmerking moet worden genomen of werknemer in die periode als gevolg van arbeidsongeschiktheid zijn (eigen) werkzaamheden

meer dan vier weken heeft verricht. Gelet op het beschermingskarakter van deze bepalingen moet het ervoor worden gehouden dat het verrichten van de werkzaamheden gedurende een (tussentijdse) aaneengesloten periode van meer dan vier weken aan een ontslag na een periode van twee jaren gerekend vanaf de eerste ziekte dag in de weg staat. Tussen partijen staat vast dat werknemer vanaf november 2009 tot eind april 2010 zijn werkzaamheden voltijds heeft uitgevoerd en in mei 2010 parttime, daartoe in de gelegenheid gesteld door Packaging. Dat betekent dat per 26 mei 2010 een nieuwe ziekteperiode van 104 weken is aangevangen, en dat werknemer op het moment waarop de arbeidsovereenkomst eindigde, nog geen twee jaar aaneengesloten arbeidsongeschikt was. Daaraan doet niet af de op zichzelf genomen juiste visie van de bedrijfsarts dat werknemer niet volledig was genezen en dat er daarmee een verhoogde kans bestaat op uitval in de toekomst. Van belang is slechts dat de ziekte hem niet (meer) verhinderde de overeengekomen werkzaamheden te verrichten. De opzegging van de arbeidsovereenkomst met werknemer is mitsdien geschied op grond van een valse, namelijk onjuiste reden. Daartoe dient mede dat Packaging de feitelijke situatie op onjuiste, althans ontoereikende wijze aan het UWV (afdeling ontslag) heeft uiteengezet. De mededeling dat re-integratie is onderzocht is hier misleidend, omdat zodanige re-integratie in de regel niet betekent dat in de eigen werkzaamheden wordt hervat en zeker niet gedurende een periode als in dit geval. Het hof verwerpt de stelling van Packaging dat zij te goeder trouw mocht afgaan op het advies van haar bedrijfsarts en de verwijzing naar het hiervoor aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 18 juni 1999. Immers, uit het hiervoor geciteerde advies van de bedrijfsarts blijkt dat de bedrijfsarts heeft miskend wanneer sprake is van ziekte in de zin van de artikelen 7:629 lid 1 en lid 10 BW en 7:670 lid 1 BW. Uit voornoemd advies blijkt ook niet van enige vorm van arbeidsongeschiktheid, doch uitsluitend om een medisch gezien niet (volledig) gezond zijn van een werknemer. Het gaat hier dus om een onjuiste interpretatie van het begrip arbeidsongeschiktheid wegens ziekte als bedoeld in artikel 7:629 BW, van welk begrip Packaging als werkgever geacht moet worden op de hoogte te zijn evenals van de daarop voortbouwende wettelijke regelgeving. Daarbij komt dat in het door de Hoge Raad beslechte geschil nog sprake was van een beoordeling door de (onafhankelijke) bedrijfsvereniging, terwijl inmiddels de verantwoordelijkheid voor de ziektebegeleiding is gelegd bij de werkgever. Het hof gaat ervan uit dat de arbeidsovereenkomst niet eerder zou eindigen dan eind mei 2012. Aan stelling van werknemer dat hij, indien hij in de gelegenheid wordt gesteld zijn werkzaamheden te hervatten, weer zou zijn gaan werken, gaat het hof voorbij nu hij een IVA-uitkering toegewezen heeft gekregen. Werknemers arbeidsovereenkomst is opgezegd per 1 maart 2011. In de periode vanaf die dag tot eind mei 2012 liggen 15 maanden. De door werknemer gestelde inkomensterugval van € 646,85 bruto is door Packaging niet weersproken. Het hof zal als schadevergoeding toewijzen 15 maal dit bedrag te vermeerderen met 8% vakantiegeld, derhalve € 10.479 bruto. Nu werknemer een IVA-uitkering ontvangt is herstel van de arbeidsovereenkomst niet aangewezen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 22-04-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:1158

Zaaknummer: HD 200.128.983/01

Rechters: C.M. Aarts, M. van Ham en W.H.B. den Hartog Jager

Advocaten: W.H.N.C. van Beek en D.J.A. Smit

Wetsartikelen: 7:681 BW