

RECHTSPRAAK

X Automatisering BV/werknemer

Geen sprake van artikel 7:629 lid 3 BW. Vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens tekortkoming (niet re-integreren dan wel niet geschikt zijn voor de functie) afgewezen.

Werknemer is per 1 oktober 2003 in dienst getreden van werkgever als accountmanager. Werknemer heeft zich op 21 augustus 2006 ten gevolge van klachten aan zijn rechterknie arbeidsongeschikt gemeld. In de periode nadien heeft hij tot in de loop van maart 2007 thuis werkzaamheden verricht. Deze werkzaamheden zijn op initiatief van werkgever gestaakt. De kernvraag is of werknemer in het derde ziektejaar recht had op loon. Werknemer stelt dat de door het UWV verlengde loondoorbetalingsverplichting met zich brengt dat hij op grond van artikel 7:629 lid 1 BW nog steeds aanspraak heeft op 70% van het laatst genoten loon. In beginsel was dat het geval vanwege een door de Centrale Raad van Beroep gehandhaafde loonsanctie over bedoelde periode. Werkgever stelt daartegenover dat werknemer de hem aangeboden werkzaamheden in redelijkheid niet had mogen weigeren (passend werk op kantoor, terwijl de werknemer meent dat het reizen van en naar het werk te belastend is voor zijn knie), zodat zij terecht de loonbetaling heeft gestaakt. Daartoe beroept werkgever zich met name op de uitsluitingsgrond van artikel 7:629 lid 3 onder c BW. Daarnaast stelt werkgever dat werknemer onvoldoende re-integratie-inspanningen heeft verricht.

Het hof oordeelt als volgt. Bij het geven van die oordelen heeft het UWV een verwarrende rol gespeeld. Allereerst heeft de arbeidsdeskundige in zijn rapportage van 7 november 2008 onder 'beschouwing' de vraag of de aangeboden werkzaamheden passend waren genuanceerd besproken, maar vervolgens in zijn 'conclusie' slechts concreet aangegeven dat de aangeboden werkzaamheden niet passend zijn. Voorts is op 11 november 2008 door het UWV als deskundigenoordeel aan werknemer (slechts) bericht dat het oordeel van het UWV was dat werknemer zijn eigen werk en ook het aangeboden werk niet kon doen. Naar het oordeel van het hof mocht werknemer toen dan ook ervan uitgaan dat het op 4 juli 2008 aangeboden werk destijds en tot begin oktober 2008 niet passend was. Ook werkgever diende daarvan uit te gaan nu ook aan haar op 11 november 2008 door het UWV is bericht dat werknemer ongeschikt was voor het eigen werk en ook voor het aangeboden werk. Dat daarbij in het bericht aan werkgever tevens was aangegeven dat de re-integratie-inspanningen van werknemer onvoldoende waren (welke mededeling in het bericht van het UWV aan werknemer niet is gedaan), maakt dit als zodanig niet anders. Pas in december 2008 heeft het UWV het oordeel over de passendheid van het aangeboden aangepaste (tijdelijk) werk gewijzigd aldus, 'dat de aangeboden werkzaamheden, mits de werkgever een overeenkomstige

beloning betaalt, wel als passend zijn te beschouwen'. Werkgever heeft in de toelichting op grief 3 betoogd dat in een zaak als de onderhavige en temeer nu werknemer ervan op de hoogte was dat werkgever voor hem een vervoersvoorziening in het leven had geroepen, van werknemer mocht worden verwacht dat hij, zodra er sprake was van gebleken geschiktheid volgend uit de arbeidsdeskundige second opinion van het UWV, zich zou melden dat hij aangepaste werkzaamheden kon komen verrichten. Het hof verwerpt dit betoog. Nu – niet weersproken – sprake was van (in juli 2008) aan werknemer aangeboden tijdelijk (aangepast) werk, lag het, toen eerst in december 2008 voor werknemer voldoende duidelijk moet zijn geweest dat dit werk als passend diende te worden beschouwd, ook gelet op zijn sinds juli 2008 steeds wisselende gezondheidstoestand/mate van arbeids(on)geschiktheid, primair op de weg van werkgever om een nieuw aanbod van passend werk te doen. Niet genoegzaam gesteld of gebleken is dat dit door werkgever in de periode tussen 10 december 2008 en 7 april 2009 gedaan is. Vanaf 7 april 2009 is werknemer opnieuw volledig arbeidsongeschikt geacht. Op grond van bovenstaande is het hof van oordeel dat niet kan worden geoordeeld dat werknemer in de periode waarop zijn loonvordering ziet zonder deugdelijke grond passend werk heeft geweigerd als bedoeld in artikel 7:629 lid 3 onder c BW. Het hof is tot dit oordeel gekomen zonder daarbij mee te wegen de rapportage van de arbeidsdeskundige, ten aanzien waarvan werkgever erop heeft gewezen dat deze rapportage ziet op 'passend werk' in de zin van de socialeverzekeringswetgeving (met een vereiste van minstens een loonwaarde van 65% t.o.v. de oorspronkelijke arbeid) en dat dit niet zonder meer is aan te merken als passende arbeid in de zin van artikel 7:660a onder c BW. Juist is dat de arbeidsdeskundige van het UWV heeft vastgesteld dat werknemer zich onvoldoende heeft ingespannen in het kader van de re-integratieactiviteiten. Met betrekking tot deze door werkgever aangevoerde grond inzake onvoldoende verrichten van re-integratie-inspanningen door werknemer merkt het hof allereerst op dat in artikel 7:629 lid 3 BW een dergelijke omstandigheid in algemene zin niet als uitsluitingsgrond staat vermeld. Niet meewerken aan een plan van aanpak is in deze zaak niet aan de orde.

De vordering tot vernietiging van de arbeidsovereenkomst en tot veroordeling van werknemer tot terugbetaling van het ten onrechte genoten salaris primair over de periode van 21 augustus 2006 tot en met 18 augustus 2008 tot een bedrag van € 39.354,34 wegens tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst wordt afgewezen. Niet kan worden gesteld dat sprake is van een Mijns-situatie waarin de werknemer de werkgever zou hebben misleid.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 10-03-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:825

Zaaknummer: HD 200.101.093/01

Rechters: A.P. Zweers-van Vollenhoven, M.G.W.M. Stienissen en A.A.H. van Hoek

Advocaten: A.J.T.J. Meuwissen en P.H.M. Hartmans-Jansen

Wetsartikelen: 7:629 BW en 6:74 BW