

RECHTSPRAAK

## werkneemster/Poiesz Supermarkten B.V.

***Onterecht ontslag op staande voet nevenwerkende zieke werknemer. Werkgever had sancties binnen artikel 7:629 BW moeten toepassen. Geen herstel, wel billijke vergoeding van € 45.000.***

### *Feiten*

Poiesz is een regionale supermarktketen (60 supermarkten en ongeveer evenveel slijterijen). Werkneemster (geboren 1961) is sinds 1991 in dienst van (de rechtsvoorgangers van) Poiesz. Werkneemster was niet tevreden met de werkzaamheden waarop Poiesz haar inzette, waarbij volgens haar onvoldoende rekening werd gehouden met haar beperkingen voortvloeiende uit haar schouderklachten enerzijds en met haar kennis en ambities om een kaderfunctie te vervullen anderzijds. Werkneemster is in 2013 een schoonheidssalon gestart. Medio 2015 is werkneemster uitgevallen wegens ziekte. Poiesz heeft rond 14 maart Recherchebureau VMB security & solutions (verder: VMB) in de arm genomen teneinde vast te stellen welke werkzaamheden werkneemster verrichtte tijdens haar ziekteverlof. In dat kader is door VMB-medewerkster een afspraak gemaakt voor een standaard schoonheidsbehandeling van 45 minuten en aansluitend een pedicurebehandeling van 20 minuten. Deze heeft werkneemster haar gegeven op 18 maart 2016. Poiesz ontslaat werkneemster op staande voet per 1 april 2016. De kantonrechter heeft geoordeeld dat Poiesz als werkgever genoegzaam de verplichtingen van werkneemster in het kader van de ziekmelding en het belang dat Poiesz daaraan hecht tegenover haar duidelijk heeft gemaakt. Werkneemster heeft de bedrijfsarts en Poiesz Supermarkten niet juist en open geïnformeerd en zij heeft niet voldaan aan haar verplichtingen in het kader van re-integratie. Daarom heeft Poiesz haar met recht op staande voet op 1 april 2016 kunnen ontslaan.

### *Oordeel gerechtshof - geen verbod op nevenwerkzaamheden/informatieplicht werknemer*

Het hof stelt voorop dat werkneemster een parttime dienstverband had bij Poiesz en dat het werkneemster in de uren dat zij niet werkte in beginsel vrijstond om nevenwerkzaamheden te verrichten, al dan niet in de vorm van een eigen bedrijf. Die vrijheid kan beperkt worden, bijvoorbeeld in het arbeidscontract of in de daarop van toepassing verklaarde cao. Die cao bevat in artikel 5 alleen een verbod op nevenwerkzaamheden voor werknemers met een volledig dienstverband voor werkzaamheden met een dusdanig tijdsbeslag dat de vervulling van de dienstbetrekking daaronder lijdt. Werkneemster heeft een parttime dienstverband,

zodat deze bepaling haar niet raakt, nog los daarvan heeft Poiesz ook niet aannemelijk gemaakt dat werkneemsters werkzaamheden hebben geleden onder haar nevenwerkzaamheden.

De volgende vraag is of werkneemster de plicht had om de bedrijfsarts in te lichten over nevenwerkzaamheden. Poiesz heeft in dit licht verwezen naar haar verzuimprotocol dat werkneemster zou hebben overtreden. Het hof heeft in dit stuk ook geen verplichting aangetroffen om de bedrijfsarts of een andere functionaris bij ziekmelding mededeling te doen van nevenwerkzaamheden. Wel bevat het protocol een verschijningsplicht spreekuur bedrijfsarts. Het hof is van oordeel dat van een werknemer ook verlangd kan worden dat hij of zij naar waarheid antwoord geeft op redelijke vragen van de bedrijfsarts.

#### *Niet informeren bedrijfsarts leidt niet tot ontslag op staande voet (Vixia-leer)*

Het hof overweegt dat artikel 7:629 BW een eigen sanctiekader heeft voor het niet-nakomen van verplichtingen in het kader van ziekmelding, herstel en re-integratie door de werknemer. Het niet verstrekken van de benodigde inlichtingen is in het zesde lid van dat artikel gesanctioneerd met de bevoegdheid voor de werkgever om de loonbetaling op te schorten, het belemmeren of vertragen van genezing is in het derde lid onderdeel b van genoemd artikel gesanctioneerd met het verval van het recht op doorbetaling van het loon gedurende de periode waarin sprake is van die belemmering of vertraging. Het hof is van oordeel dat, in lijn met het arrest Vixia/Gerrits (HR 8 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9549), welk arrest gewezen is onder het oude – maar voor zover het hier betreft niet afwijkende – recht, de enkele overtreding van genoemde verplichtingen niet voldoende is voor een dringende reden om de werknemer te ontslaan. Of werkneemster als schoonheidsspecialiste tijdens de behandeling van VMB-werker wel schoudergevoelige werkzaamheden heeft verricht die haar genezing hebben benadeeld – een arbeidsdeskundige analyse van die werkzaamheden, afgezet tegen de beperkingen van werkneemster, is niet overgelegd – kan dan ook in het midden blijven. Bijkomende omstandigheden die maken dat in dit geval het niet volledig inlichten van de bedrijfsarts wel kwalificeert als een dringende reden zijn door Poiesz niet gesteld. Daarentegen breekt werkneemster wel terecht de staf over het grijpen naar het middel van de privédetective door Poiesz. Op het moment dat Poiesz naar zij stelt voor het eerst van het bestaan van de schoonheidssalon van werkneemster hoorde, heeft zij niet, hetgeen naar 's hofs oordeel toch voor de hand lag, eerst werkneemster daarover zelf gehoord en gevraagd naar aard en omvang van de werkzaamheden, maar heeft zij direct een privédetective in de arm genomen. Een en ander getuigt niet bepaald van goed werkgeverschap.

#### *Geen herstel wegens verstoorde arbeidsverhoudingen - billijke vergoeding*

In beginsel kan het hof gelet op het voorgaande het herstel van de dienstbetrekking gelasten. Evenwel hebben beide partijen ter zitting te kennen gegeven dat zij een hersteld dienstverband niet zien zitten. Bij beiden is sprake van een volstrekt verlies van vertrouwen in de wederpartij. Mitsdien zal het hof in plaats van herstel van de dienstbetrekking overgaan tot het toekennen van een billijke vergoeding als bedoeld in artikel 7:683 lid 3 BW. Uit de

wetgeschiedenis blijkt dat de billijke vergoeding van artikel 7:683 BW een alternatief is voor het herstel van de arbeidsrelatie. Dat dient volgens de wetgever met inachtneming van de omstandigheden van het geval in de hoogte van de billijke vergoeding tot uitdrukking te komen waarbij de waarde van de arbeidsovereenkomst moet worden bepaald (*Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 115). Bij die waardebepaling dient het hof de mogelijkheid dat de arbeidsovereenkomst zou zijn ontbonden indien het ontslag op staande voet achterwege zou zijn gebleven te betrekken (vgl. A-G Keus, ECLI:NL:PHR:2016:998 onder 6.6.2). Naar 's hofs oordeel zou zonder het ontslag op staande voet op het zelfstandig verzoek van Poiesz van 17 mei 2016 een ontbinding zijn gevolgd op de aldan naar verwachting ook gestelde g-grond. Het hof komt derhalve in elk geval tot een bedrag aan achterstallig loon over de maanden april tot en met september van zes maanden. Dit komt bij een 4-weeksloon van € 1950,48 neer op € 12.678,12 bruto, nog te vermeerderen met 8% vakantietoeslag, derhalve € 13.692,37 bruto. De hoogte van de transitievergoeding is door werkneemster onbetwist gesteld op € 24.151,81 bruto. Tezamen met de hiervoor berekende component inkomensschade komt het hof tot een bedrag van € 37.844,18 bruto. Dit bedrag dient nog te worden vermeerderd met een component billijke vergoeding omdat Poiesz ernstig verwijtbaar heeft gehandeld door werkneemster ten onrechte op staande voet te ontslaan. Deze component, die ook een punitief karakter draagt vanwege het onterecht grijpen naar de voor de werknemer zwaarste sanctie in het arbeidsrecht strekt er ook toe werkneemster te compenseren voor de feitelijke en psychische overlast die zij heeft ondervonden. Voor zover Poiesz deze laatste component heeft bestreden overweegt het hof nog dat het niet opgaat dat de werkgever die ten onrechte overgaat tot ontslag op staande voet slechts het risico draagt dat de rechter hem veroordeelt tot een ontslagvergoeding gelijk aan het bedrag dat – ex tunc geoordeeld – met een op juiste wijze gegeven ontslag gemoeid zou zijn geweest. Het hof ziet in beginsel aanleiding om deze component te waarderen op een bedrag rond € 5000 netto, doch zal een en ander uitdrukken in een brutobedrag van € 7.155,72 zodat de totale vergoeding neerkomt op een rond bedrag van € 45.000 waarmee het hof ook tot uitdrukking wil brengen dat het in zoverre gaat om een billijke vergoeding en niet om een exacte schadevergoeding.

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 13-01-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2017:253

**Zaaknummer:** 200.198.020/01

**Rechters:** J.H. Kuiper, M.F.J.N. van Osch en A.E.F. Hillen

**Advocaten:** J. van Overdam en M. Aaftink

**Wetsartikelen:** 7:683 BW en 7:677 BW