

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

In tegenstelling tot de kantonrechter, is het hof van mening dat schending van de re-integratieverplichtingen door werknemer ernstig verwijtbaar is, waardoor geen transitievergoeding is verschuldigd. Wel recht op loondoorbetaling na betermelding tijdens ontbindingsprocedure.

Feiten

Werkgever begeleidt mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt en voert in dat verband de Wet sociale werkvoorziening uit. Werkgever sluit met Wsw'ers (personen met een Wsw-indicatie) arbeidsovereenkomsten als bedoeld in artikel 7:610 BW. Bij werkgever geldt een verzuimprotocol. Daarin is opgenomen dat bij ziekte minimaal een halfuur voordat het werk begint telefonisch contact moet worden opgenomen met de leidinggevende. De werknemer moet telefonisch bereikbaar zijn en is verplicht de bedrijfsarts te bezoeken. Werknemer is sedert 1996 in dienst van werkgever. Werknemer heeft sinds 1995 een Wsw-indicatie. In de periode 1998 tot en met 2014 hebben zich ten aanzien van werknemer enkele incidenten voorgedaan. Vanaf begin 2015 is werknemer enkele malen arbeidsongeschikt geweest. In januari 2016 hebben partijen met elkaar gesproken en is aan werknemer met betrekking tot het eerder herhaald niet verschijnen op afspraken en het niet telefonisch ziekmelden, voor de tweede keer voorwaardelijk ontslag opgelegd. Tussen 11 en 17 januari 2016 is werknemer niet op het werk verschenen. Bij brief van 26 januari 2016 heeft werkgever bericht dat zijn loon weer werd stopgezet en dat ter uitvoering van de disciplinaire maatregel het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst zou worden ingediend. Het UWV heeft in een deskundigenoordeel van 19 februari 2016 geoordeeld dat de re-integratie-inspanningen van werknemer onvoldoende waren. Werknemer heeft het werk niet meer hervat en werkgever heeft geen loon meer uitbetaald.

Oordeel

Grief 1 en 2 in het incidenteel appel: ontbinding van de arbeidsovereenkomst en opzegverbod tijdens ziekte

Het hof merkt de eerste grief aan als gericht op het herstel van de arbeidsovereenkomst. De grond voor het verzoek tot ontbinding is gelegen in het herhaaldelijk niet nakomen door werknemer van zijn re-integratieverplichtingen. Zoals uit de feiten valt af te leiden legt werknemer in de periode van januari 2015 een structureel gedrag van miscommunicatie met

werkgever aan de dag, meer in het bijzonder door het veelvuldig negeren van het Verzuimprotocol. Daarbij heeft werkgever voorts een aantal keren een loonsanctie opgelegd, alsmede tot twee keer toe een disciplinaire maatregel. Het deskundigenoordeel van het UWV van 19 februari 2016 over de vraag of er voldoende inspanningen zijn geleverd door werknemer om weer aan het werk te gaan in het kader zijn zijn re-integratie, heeft als conclusie dat de door werknemer uitgevoerde re-integratie-inspanningen niet voldoende zijn. Gezien al deze feiten en omstandigheden is verder het oordeel gerechtvaardigd dat niet van werkgever kan worden gevergd dat zij voortgaat met dit alleszins moeizame re-integratietraject en de arbeidsovereenkomst laat voortduren. Daarmee faalt de incidentele grief 1. In grief 2 in het incidenteel appel stelt werknemer het opzegverbod tijdens ziekte aan de orde. Het hof verwerpt de grief. Dat het aan werknemer verweten handelen, te weten het stelselmatig niet nakomen van de verplichtingen uit het Verzuimreglement, voortvloeit uit zijn ziekte, die kennelijk zijn oorzaak vindt in zijn zwaarlijvigheid en nadien in de gevolgen van een 'gastric bypass', is op geen enkele wijze door hem aannemelijk gemaakt.

Grievens in het principaal appel: (ernstig) verwijtbaar handelen werknemer

De grieven in het principaal appel zien op het oordeel van de kantonrechter dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst is gerechtvaardigd door een verwijtbaar handelen van werknemer, maar dat diens handelen niet op één lijn te stellen is met de in de wetgeschiedenis genoemde voorbeelden van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. Zoals hiervoor overwogen heeft werknemer gedurende een periode van ruim een jaar met grote regelmaat de verplichtingen uit het Verzuimprotocol van werkgever niet nageleefd. Dit structureel negeren van de spelregels in het kader van een re-integratie gedurende langere tijd is naar zijn aard ernstig verwijtbaar, tenzij zich bijzondere en verzachtende omstandigheden zouden voordoen die dit gedrag zouden kunnen verklaren en mogelijk zelfs min of meer rechtvaardigen. Die omstandigheden zijn niet gesteld of gebleken. Nu het einde van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werknemer, verliest hij zijn recht op een transitievergoeding. Dit betekent dat de grieven in principaal appel slagen en dat de beschikking van de kantonrechter op dit punt dient te worden vernietigd.

Grief 3 en 4 in het incidenteel appel: billijke vergoeding en loondoorbetaling

Grief 3 in het incidenteel appel ziet op de afwijking door de kantonrechter van een billijke vergoeding. De grief faalt. Het hof heeft overwogen dat de arbeidsovereenkomst terecht is ontbonden, zodat herstel van de arbeidsovereenkomst of een billijke vergoeding in de plaats daarvan, niet aan de orde is. Nu is geoordeeld dat juist werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld dan wel nagelaten, ligt niet voor de hand aan te nemen dat ook werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten. De vierde grief in het incidenteel appel ziet op de afwijking van de loonvordering van werknemer vanaf 26 januari 2016. Als vaststaand kan worden aangenomen dat na 26 januari 2016 werknemer geen arbeid heeft verricht voor werkgever. Voor zover werknemer stelt dat hij aanspraak kan maken op loon vanaf deze datum heeft te gelden dat alsdan zal moeten komen vast te staan dat hij door ziekte niet in

staat was om hem in het kader van re-integratie op te dragen werkzaamheden te verrichten. Daarvan blijkt in het geheel niets. Aldus doet zich de situatie voor dat werknemer in ieder geval tot 14/15 april 2016 geen aanspraak heeft op loon, noch op grond van artikel 7:628 BW noch op grond van artikel 7:629 BW. Die situatie wijzigt echter door de mededeling van zijn raadvrouw op 14/15 april 2016 aan werkgever. In de betreffende brief ligt besloten een bereidheid van werknemer om de hem in redelijkheid op te dragen werkzaamheden te verrichten, waarbij eerst nog het oordeel van de bedrijfsarts moet worden gevraagd. Dat aanbod heeft werkgever echter 'laten liggen', kennelijk omdat inmiddels de procedure om te komen tot een beëindiging bij de kantonrechter was opgestart. Dientengevolge is werkgever het loon verschuldigd over de periode vanaf 14 april 2016 tot de datum van de (feitelijke) loonhervatting op 27 juli 2016. De slotsom is dat de grieven in het principaal appel slagen en één grief in het incidenteel appel.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 25-04-2017

Zaaknummer: 4969333 - EA 16-395 en EA 16-629