

RECHTSPRAAK

Niet rechtsgeldig ontslag op staande voet wegens werkweigering nu (situationeel) arbeidsongeschikte werknemers mochten afgaan op het advies van de bedrijfsarts om eerst een gesprek met een mediator te voeren alvorens hun werkzaamheden te hervatten.

Feiten

Werknemers X en Y zijn op 1 januari 2009 respectievelijk 22 augustus 2007 in dienst getreden bij Bouwmachines Den Haag B.V. (hierna: BMDH). In het voorjaar van 2019 is de algemeen directeur van BMDH uitgevallen en is de dagelijkse leiding van BMDH in handen gekomen van X en Y. Op 11 september 2019 heeft X, mede namens Y, een e-mail verzonden aan onder meer de algemeen directeur waarin zij kenbaar hebben gemaakt BMDH te willen voortzetten zonder hem. Eind oktober 2019 is met X en Y gesproken over een overname van BMDH. Na een afwezigheid van ongeveer 7,5 maand is de algemeen directeur op 16 december 2019 weer op het kantoor van BMDH verschenen. Op 6 januari 2020 hebben X en Y zich ieder ziek gemeld. De algemeen directeur heeft X op 7 januari 2020 een brief gezonden waarin onder meer te lezen is dat hij heeft besloten zijn taken weer op te pakken. Ook geeft hij aan meermaals te hebben gevraagd in gesprek te gaan en dat X dit stelselmatig heeft geweigerd. Op 8 januari 2020 hebben X en Y ieder het spreekuur van de bedrijfsarts bezocht. In de schriftelijke terugkoppeling heeft de bedrijfsarts geschreven dat er bij X en Y sprake is van 'reële klachten, [die een] oorzaak kennen in langdurig ervaren werkgerelateerde knelpunten. Werkhervatting kan hierbij mijns inziens vanuit medisch preventief oogpunt niet zonder meer plaatsvinden, zonder oplossing van de door werknemer ervaren knelpunten.' De bedrijfsarts heeft daarom geadviseerd: 'Ga met elkaar in gesprek en zoek een oplossing voor de verstoorde arbeidsrelatie.' (...) 'Ik adviseer hierbij de inzet en begeleiding van een mediator (...).' Desgevraagd hebben X en Y op 10 februari 2020 aan BMDH te kennen gegeven dat zij afzien van een overname van BMDH. Bij e-mail van 10 februari 2020 hebben X en Y aan BMDH geschreven dat zij willen meewerken aan het advies van de bedrijfsarts om over te gaan tot mediation. BMDH heeft per e-mail geantwoord dat, indien X en Y menen dat mediation noodzakelijk is en de kosten voor het traject zullen betalen, BMDH bereid is om mee te werken aan mediation. BMDH heeft bij brief van 28 februari 2020 X en Y ieder op staande voet ontslagen wegens – kort gezegd – werkweigering. X en Y hebben zich ieder bij separaat verzoekschrift tot de kantonrechter gewend met het verzoek – kort gezegd – voor recht te verklaren dat het gegeven ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is en aanspraak gemaakt op een vergoeding ter zake van onregelmatige opzegging, de transitievergoeding en een billijke vergoeding. De kantonrechter heeft voor recht verklaard dat het ontslag op staande voet jegens zowel X als Y niet rechtsgeldig is en BMDH veroordeeld tot betaling van een

gefixeerde schadevergoeding, een transitievergoeding en een billijke vergoeding. BMDH verzoekt in hoger beroep de bestreden beschikkingen te vernietigen.

Oordeel

Dringende reden

Van een dringende reden was in het onderhavige geval geen sprake. Het hof hecht doorslaggevende waarde aan het advies van de arboarts nadat X en Y hem op 8 januari 2020 ieder hadden bezocht. Het hof overweegt dat ook indien er geen sprake (meer) is van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte of een andere medische oorzaak, de arboarts bij uitstek deskundig is om vanuit een medisch oogpunt te adviseren over een oplossing voor het normaliseren van de arbeidsverhoudingen, zodat de werknemer zijn werkzaamheden weer kan hervatten. X en Y hebben zich in redelijkheid op dit advies – een gesprek onder begeleiding van een mediator – kunnen beroepen en van hen kon dan ook niet worden verwacht dat zij hun werkzaamheden zouden hervatten zonder een dergelijk onder begeleiding van een mediator te voeren gesprek. BMDH had, indien zij het niet eens was met het advies, om een deskundigenoordeel van het UWV kunnen verzoeken. Dat heeft zij nagelaten en behoort dan ook voor haar rekening te komen. Van BMDH had ook mogen worden verwacht dat zij de kosten voor mediation op zich zou nemen. Zelfs indien moet worden aangenomen dat het conflict tussen partijen in de risicosfeer van X en Y zou hebben gelegen en zij in het verleden onwillig zijn geweest om het bestaande conflict op te lossen, laat dat onverlet dat zij zich beiden bereid hebben getoond open te staan voor gesprekken zoals door de arboarts geadviseerd.

MAK/SGBO

Een beroep op het arrest van de Hoge Raad inzake *Mak/SGBO* kan BMDH hier niet baten. Met het advies van de arboarts is voldoende aannemelijk geworden dat de arbeidsomstandigheden zodanig waren dat met het oog op de dreiging van psychische of lichamelijke klachten, van X en Y redelijkerwijs niet kon worden gevergd dat zij hun werkzaamheden zouden verrichten. Dat neemt niet weg dat X en Y als werknemers in beginsel gehouden zijn alle medewerking te verlenen aan inspanningen die erop gericht zijn de oorzaken daarvan weg te nemen. Naar het oordeel van het hof hebben zij daaraan voldaan door zich open te stellen voor de mediationgesprekken en zich daartoe coöperatief op te stellen zowel tegenover de bedrijfsarts als tegenover BMDH aan wie zij hun bereidheid tot het voeren van de gesprekken (nogmaals) schriftelijk hebben bevestigd in de e-mail van 10 februari 2020. Dit leidt ertoe dat zij ingevolge artikel 7:628 BW hun recht op loon behouden en ‘werkweigering’ geen ontslaggrond kan vormen. De conclusie is dat van een dringende reden geen sprake is en het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is gegeven.

Billijke vergoeding

Met de vaststelling dat BMDH X en Y ten onrechte op staande voet heeft ontslagen, is het een gegeven dat BMDH ernstig verwijtbaar jegens hen heeft gehandeld en zal moeten worden

beoordeeld in hoeverre X en Y aanspraak hebben op een billijke vergoeding. Het hof verenigt zich in dat verband met het oordeel van de kantonrechter dat X en Y gecompenseerd dienen te worden voor het handelen van BMDH zoals hierboven besproken. Met grief VI heeft BMDH verder aangevoerd dat de door de kantonrechter toegekende billijke vergoeding te hoog is, en de schatting dat een mediation twee maanden zou duren te lang is. BMDH miskent evenwel dat de kantonrechter bij het vaststellen van de vermoedelijke duur van de arbeidsovereenkomst is uitgegaan van een traject van mediation van ongeveer één maand waarbij zij heeft overwogen dat zij de kans dat het mediationtraject tot een langdurige en vruchtbare samenwerking had geleid, gelet op de ernstig verstoorde relatie, zeer klein tot uitgesloten achtte. Ook het hof schat hier de termijn voor een niet geslaagde mediation op ongeveer een maand en het tijdsbestek van de procedure op ongeveer twee maanden, en gaat daarnaast uit van een opzegtermijn van drie maanden, zodat de vermoedelijke duur van de arbeidsovereenkomst uitkomt op in totaal zes maanden. Op het verlies aan inkomsten in de periode van zes maanden kunnen de gefixeerde schadevergoeding en transitievergoeding in mindering strekken. Rekening houdend met het ernstig verwijtbaar karakter van het handelen van BMDH bepaalt het hof, gelijk de kantonrechter, de billijke vergoeding voor X op een bedrag van € 16.596,65 bruto en voor Y op € 15.542,87 bruto. Het hof bekrachtigt de beschikkingen.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 01-06-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:1078

Zaaknummer: 200.284.027/01

Rechters: M.D. Ruizeveld, R.J.F. Thiessen en J.M.T. van der Hoeven-Oud

Advocaten: H. Eijer en S.O. Voogt

Wetsartikelen: 7:683 BW