

Het verzoekschrift, ingediend per telefax, was binnen bij de griffie op 1 januari 2016 om 00:00 uur en daarmee één seconde te laat, zodat de werknemster door de Kantonrechter Almere op 31 maart 2016 niet-ontvankelijk werd verklaard (ECLI:NL:RBMNE:2016:1803).

8. De wetgever heeft in de toelichting op art. 7:686a BW kort en goed opgemerkt: “*Het vierde lid regelt de termijnen waarna de bevoegdheid om de rechter iets te verzoeken vervalt. Indien deze termijnen verstrijken, zal de rechter de verzoeker niet-ontvankelijk verklaren.*” Met als toelichting dat partijen met dit systeem aanzienlijk sneller weten waar ze aan toe zijn. Nu in de praktijk is gebleken dat de rechter de vervaltermijnen strikt hanteert, is het zaak bij een verzoekschrift dat wordt ingediend op de laatste dag van de vervaltermijn een bewijs van ontvangst te regelen of het verzendbewijs per telefax goed te bewaren. Is er nog een mogelijkheid om aan de strenge toepassing van de vervaltermijnen te ontkomen?

9. Op 22 juni 2012 oordeelde de Hoge Raad over de wettelijke vervaltermijn van art. 9 lid 3 BBA inhoudende dat een werknemer na een ontslag op staande voet binnen zes maanden een beroep moet doen op de nietigheid. Volgens de HR kan het beroep van de werkgever op de vervaltermijn van art. 9 BBA naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 BW onaanvaardbaar zijn, ook wanneer het gaat om een regel van dwingend recht. In dit specifieke geval ging het om een werknemer bij ABN AMRO waarvan bij de bank bekend was dat hij leed aan een ernstig psychische ziekte (schizofrenie) toen hij op 4 maart 2004 door de bank op staande voet werd ontslagen. De advocaat van de werknemer deed op 14 september 2005 een beroep op de nietigheid van het ontslag. Het beroep op de vernietigingsgrond werd alsnog geacht tijdig te zijn gedaan, ook al was de vervaltermijn van zes maanden ruim verstreken. Daarbij werd door de HR wel overwogen dat reeds in het algemeen de rechter terughoudendheid past bij de beoordeling van een beroep op de redelijkheid en billijkheid en dat als het gaat om een regel van dwingend recht zoals een vervaltermijn voor toepassing nog minder ruimte bestaat. Bovendien zal de motivering van een dergelijke beslissing aan hoge eisen moeten voldoen. Met andere woorden: de rechter moet zeer terughoudend zijn bij de honorering van een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Niet vereist is echter dat de omstandigheden die het de werknemer onmogelijk maakten zich tijdig op de vernietigingsgrond te beroepen aan de werkgever zijn toe te rekenen. Vooralsnog lijkt het erop, aan de hand van de gepubliceerde rechtspraak, dat een werknemer die een WWZ-vervaltermijn laat verstrijken, weinig anders overblijft dan met de criteria zoals door de HR in 2012 geformuleerd als handvat toch te proberen zijn verzoek wel ontvankelijk te laten verklaren, maar of dat met succes zal zijn is zeker de vraag.

10. Hoe redelijk zijn deze korte vervaltermijnen in het arbeidsrecht? Die redelijkheid valt te betwijfelen, nu het arbeidsrecht van meet af aan toch gebaseerd is op de beschermingsgedachte van de werknemer. Juist die bescherming staat met deze korte termijnen om in actie te komen op de tocht, zeker ook nu overschrijding vooralsnog onherroepelijke consequenties heeft.

D. Schuurman en H.E. Meerman
Ten Holter Noordam advocaten

92

Rechtbank Limburg (Kantonrechter)
12 december 2016, nrs. 5464459,
AZ VERZ 16-381 en 5490396,
AZ VERZ 16-396
ECLI:NL:RBLIM:2016:10759
(mr. Rijkse)
Noot J.F. Dominicus

Afwijzing ontbindingsverzoek. Re-integratieverplichtingen. Deskundigenoordeel. Verstoorde arbeidsrelatie. Verwijtbaar handelen.

Ontbindingsverzoek wegens schending re-integratieverplichtingen niet toewijsbaar (e-grond), omdat geen deskundigenoordeel is overgelegd. Ook geen ontbinding op basis van g-grond, omdat werkgever op een aantal punten verwijtbaar heeft gehandeld.

[BW art. 7:629a, 7:669 lid 3 onderdeel e, 7:671b]

Werknemer is op 7 februari 2011 bij Tedab voor onbepaalde tijd in dienst getreden in de functie van monteur. Op 30 oktober 2015 is werknemer op het werk met een ladder omgeslagen, waarbij hij rugletsel heeft opgelopen. Werknemer heeft zich in verband daarmee op 6 november 2015 ziek gemeld. Tedab verzoekt primair ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:669 lid 3 onderdeel e BW en stelt ter onderbouwing van het verzoek dat werknemer zich niet houdt aan zijn re-integratieverplichtingen. Werknemer betwist dit en stelt dat het verzoek verband houdt met arbeidsongeschiktheid en om die reden moet worden afgewezen. Hij stelt zich daarnaast op het standpunt dat het verzoek moet worden afgewezen, nu Tedab bij het verzoek geen deskundigenverklaring van het UWV heeft overgelegd waaruit zou moeten blijken dat hij zich niet heeft gehouden aan zijn re-integratieverplichtingen. Tedab daarentegen betwist dat zij gehouden is een deskundigenverklaring over te leggen.

De kantonrechter oordeelt als volgt.

Vaststaat dat werknemer ziek is en dat in beginsel het opzegverbod van art. 7:670 lid 1 BW van toepassing is. Op grond van art. 7:671b lid 6 onderdeel a BW kan de kantonrechter het verzoek niettemin inwilligen, indien het verzoek geen verband houdt met omstandigheden waarop de opzegverboden betrekking hebben. Tedab heeft aan haar verzoeken – kort gezegd – ten grondslag gelegd dat werknemer zich niet houdt aan zijn re-integratieverplichtingen en dat de arbeidsrelatie ernstig is verstoord doordat werknemer geen dialoog wenst aan te gaan om tot een oplossing van het gerezen arbeidsconflict te komen. Gelet hierop staat het opzegverbod niet in de weg aan een inhoudelijke beoordeling van het verzoek.

Hoewel de tekst van het vijfde lid van art. 7:671b BW, blijkens het woord “of” doet vermoeden dat het voldoende is dat de werkgever de werknemer eerst heeft gemaand tot nakoming van de re-integratieverplichtingen of de betaling van het loon heeft gestaakt dient de werkgever daarnaast een deskundigenverklaring over te leggen, tenzij het overleggen van deze verklaring in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd (Kamerstukken II 2013/14, 33988, 3, p. 11-12 en ‘Verhulp’, Tekst & Commentaar Arbeidsrecht, art. 7:670b lid 5 BW, aant. 8). Nu bedoelde deskundigenverklaring niet is overgelegd en Tedab niet heeft gesteld dat overlegging daarvan in redelijkheid niet van haar kon worden gevergd, is het verzoek niet toewijsbaar op de primaire grond. De kantonrechter is van oordeel dat wellicht sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie,

maar dat niet kan worden gesteld dat deze verstoring zodanig is dat van Tedab in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, nu Tedab op een aantal punten wel degelijk verwijtbaar heeft gehandeld. Hoewel de reactie van werknemer buitenproportioneel te noemen is, had van Tedab om te beginnen een andere aanpak mogen worden verwacht ten aanzien van het afboeken van de verlofdagen. Door deze zonder voorafgaande uitleg aan werknemer en ook zonder begeleidende brief af te boeken, heeft zij de toon gezet voor het hele verdere verloop van het re-integratieproces. De naar aanleiding van dit voorval opgeschorte loonbetaling is onterecht, omdat uit lid 6 van art. 7:629 BW volgt dat dit slechts mogelijk is wanneer de werknemer zich – kort gezegd – niet aan de controlevoorschriften houdt. In het maatschappelijk verkeer is algemeen aanvaard dat de controle dient te worden gedaan door de bedrijfsarts en niet door de werkgever zelf. Tedab heeft niet gesteld dat werknemer op dat moment geen gehoor gaf aan oproepen van de bedrijfsarts. De kantonrechter rekent het Tedab in dit verband aan dat ook de deskundigenverklaring van 12 juli 2016 haar er niet toe heeft bewogen de loonbetaling op dat moment met terugwerkende kracht te hervatten. Voorts, ten aanzien van het geplande viergesprek, is de kantonrechter van oordeel dat werknemer er enerzijds op had moeten vertrouwen dat hij voldoende zou worden bijgestaan door zijn gemachtigde. Anderzijds valt niet in te zien waarom Tedab niettemin niet heeft geprobeerd het gesprek te voeren met de echtgenote van werknemer erbij. Als werkgever heeft zij immers de taak om in dit soort situaties de-escalerend op te treden. Daartoe heeft zij zich ten aanzien van het viergesprek onvoldoende ingespannen. Tot slot geldt dat is vast komen te staan dat het niet-verschijnen van werknemer op het spreekuur van de bedrijfsarts op 11 augustus 2016 hem niet kan worden aangerekend, omdat sprake was van een fout van de bedrijfsarts. Het ontbindingsverzoek wordt afgewezen. De loonvordering van werknemer (tegenverzoek) wordt afgewezen, nu geen deskundigenoordeel als bedoeld in art. 7:629a BW is overgelegd en Tedab zich op het standpunt stelt dat werknemer zijn re-integratieverplichtingen niet is nagekomen. Verder is niet gesteld of gebleken dat van werknemer de overlegging van een dergelijke verklaring niet kan worden gevergd.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Tedab B.V.,
gevestigd te Nederweert,
werkgever
gemachtigde mr. M.J.J. Pieters,
verzoekende partij in het verzoek,
verwerende partij in het (voorwaardelijk) tegenverzoek tegen:
[werknemer],
wonend [adres werknemer],
[woonplaats werknemer],
werknemer
gemachtigde mr. T.G.M. Scheers,
verwerende partij in het verzoek,
verzoeker in het (voorwaardelijk) tegenverzoek.

Partijen zullen hierna Tedab en [werknemer] worden genoemd.

Kantonrechter:

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
– het op 24 oktober 2016 ter griffie ontvangen verzoekschrift, met producties;
– het verweerschrift, tevens inhoudende (voorwaardelijke) tegenverzoeken, met producties;

– het verweerschrift ten aanzien van de (voorwaardelijke) tegenverzoeken;
– de mondelinge behandeling d.d. 14 november 2016;
– de voorafgaand aan de mondelinge behandeling door Tedab overgelegde producties 34 en 35.
1.2. Daarna is beschikking bepaald.

2 De feiten

2.1. [werknemer], geboren op [geboortedag werknemer] 1959, is op 7 februari 2011 bij Tedab voor onbepaalde tijd in dienst getreden in de functie van monteur. Het laatst overeengekomen loon bedraagt € 2691,05 bruto per vier weken, exclusief vakantiebijslag en overige emolumenten.

2.2. Op 30 oktober 2015 is [werknemer] op het werk met een ladder omgeslagen, waarbij hij rugletsel heeft opgelopen. [werknemer] heeft zich in verband daarmee op 6 november 2015 ziek gemeld.

2.3. In het kader van de re-integratie worden de werkzaamheden geleidelijk aan opgebouwd. Op het moment dat is opgebouwd naar acht uur per dag (volgens Tedab), dan wel zeven uur per dag (volgens [werknemer]), geeft [werknemer] bij Tedab aan psychische klachten te ervaren.

2.4. In verband met deze psychische klachten vindt op 9 mei 2016 een gesprek plaats tussen [werknemer] en de heer [bedrijfsleider], bedrijfsleider bij Tedab. Doel van het gesprek is de verdere re-integratiemogelijkheden te bespreken. Zo ver komt het niet, omdat [werknemer] het niet eens is met zijn loonstrook en onmiddellijke correctie daarvan eist. Omdat [bedrijfsleider] daaraan niet voldoet, loopt [werknemer] boos weg. Hoewel door [bedrijfsleider] teruggeroepen, weigert [werknemer] terug te komen. Een en ander is aanleiding voor Tedab om aan [werknemer] bij brief van 11 mei 2016 te laten weten de loonbetaling per die datum op te schorten.

2.5. bij brief van 25 mei 2016 (productie 25) verzoekt Tedab [werknemer] zijn werkzaamheden per ommegaande te hervatten dan wel een deskundigenoordeel aan te vragen.

2.6. Op 15 juli 2016 stuurt de (voormalige) gemachtigde van [werknemer] Tedab een brief met daarbij gevoegd een deskundigenoordeel d.d. 12 juli 2016. De conclusie van de verzekeringsarts luidt dat [werknemer] niet geschikt te achten is voor het eigen werk per 9 mei 2016, of enig ander werk op dit moment.

2.7. Op 22 juli 2016 stuurt de gemachtigde van Tedab een e-mail aan de gemachtigde van [werknemer] waarin [werknemer] wordt uitgenodigd voor een gesprek met Tedab, in het bijzijn van de gemachtigden van beiden, verder te noemen “het viergesprek”. Afgesproken wordt dat dit gesprek op 28 juli 2016 zal plaatsvinden op het kantoor van de gemachtigde van [werknemer]. Het geplande gesprek vindt echter geen doorgang, omdat [werknemer] op 27 juli 2016 via zijn gemachtigde laat weten daaraan niet te willen deelnemen zonder zijn echtgenote en Tedab de echtgenote van [werknemer] niet bij het gesprek wil hebben. Bij e-mail van 28 juli 2016 laat Tedab daarop aan [werknemer] weten de loonbetaling stop te zetten. Als reden voert zij aan dat [werknemer], door niet de dialoog met Tedab aan te gaan, geen medewerking verleent aan het oplossen van het arbeidsconflict en aldus zijn genezing belemmert althans vertraagt. Daarnaast is de weigering medewerking te verlenen aan het opstellen, evalueren en bijstellen van het Plan van Aanpak voor Tedab reden tot stopzetting van de loonbetaling. In dezelfde mail nodigt Tedab [werknemer] uit voor de evaluatie (en eventuele bijstelling) van het Plan van Aanpak op 22 augustus 2016 (het bedrijf van Tedab is gesloten tot 22 augustus 2016).

2.8. Op 11 augustus 2016 verschijnt [werknemer] niet op het spreekuur van de bedrijfsarts, zonder zich te hebben afgemeld. [werknemer] verschijnt evenmin op 22 augustus 2016 op kantoor bij Tedab voor de evaluatie van het Plan van Aanpak. Tedab laat [werknemer] daarop bij brief van 22 augustus 2016 weten de loonbetaling daarom per omgaande op te schorten respectievelijk te staken. [werknemer] wordt opnieuw uitgenodigd voor de evaluatie van het Plan van Aanpak, op 25 augustus 2016. Tevens wordt hem medegedeeld dat hij opnieuw zal worden opgeroepen door de bedrijfsarts.

2.9. Op 25 augustus 2016 laat de gemachtigde van [werknemer] weten dat [werknemer] niet zal verschijnen voor het geplande gesprek, omdat de confrontatie met Tedab zijn herstel zou belemmeren. [werknemer] verschijnt wel op het spreekuur van de bedrijfsarts op 29 augustus 2016. Deze oordeelt als volgt: *“Er zijn beperkingen als gevolg van ziekte op het vlak van psychosociaal functioneren, tevens motorisch en energetisch. Ik acht de heer op basis daarvan arbeidsongeschikt. De voortdurende conflict situatie heeft een zeer ongunstig effect op zijn gezondheidstoestand en vormt tevens een belangrijke reïntegratie belemmerende factor. Een oplossing voor deze situatie zal vanuit het medische domein niet te bewerkstelligen zijn, derhalve nogmaals het advies mediation in te zetten.”*

2.10. Op 20 september 2016 vinden de individuele intakegesprekken van de mediator met partijen afzonderlijk plaats. Op 7 oktober 2016 laat [werknemer] via de mediator aan Tedab weten dat hij zich niet goed genoeg voelt om het eerste gezamenlijke mediationgesprek dat gepland staat op 11 oktober 2016 bij te wonen en daarom niet te zullen verschijnen. [werknemer] heeft inmiddels een procedure bij de voorzieningenrechter gestart waarin hij doorbetaling van zijn loon vordert. [werknemer] geeft aan de zitting van 25 oktober 2016 te willen afwachten. Een en ander is voor Tedab aanleiding de loonbetaling op 10 oktober 2016 andermaal te staken.

2.11. Bij vonnis in kort geding van 2 november 2016 verklaart de kantonrechter [werknemer] niet-ontvankelijk in zijn vordering tot betaling van achterstallig loon.

3 Het geschil

3.1. Tedab verzoekt – samengevat – de tussen haar en [werknemer] bestaande arbeidsovereenkomst te ontbinden, primair op grond van artikel 7:671b lid 1, onderdeel a, in verbinding met artikel 7:669 lid 3, onderdeel e Burgerlijk Wetboek (hierna: BW), subsidiair op grond van artikel 7:671b lid 1, onderdeel a, in verbinding met artikel 7:669 lid 3, onderdeel g BW.

3.2. [werknemer] voert verweer en stelt een (voorwaardelijk) tegenverzoek in.

Primair verzoekt [werknemer] – samengevat – het verzoek van Tedab af te wijzen, onder veroordeling van Tedab tot betaling van (achterstallig) loon alsmede onder veroordeling van Tedab tot het verstrekken van een overzicht van het verlofsaldo en met verklaring voor recht dat [werknemer] recht heeft op minstens 420 verlofuren, met veroordeling van Tedab in de proceskosten.

Subsidiair, voor het geval de kantonrechter tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst overgaat, stelt [werknemer] min of meer vergelijkbare verzoeken in, alsmede veroordeling tot betaling van Tedab aan hem van een transitievergoeding.

3.3. Op de stellingen van partijen zal hierna, voor zover van belang, nader worden ingegaan.

4 De beoordeling

4.1. [werknemer] stelt zich allereerst op het standpunt dat het verzoek van Tedab verband houdt met de arbeidsongeschikt-

heid van [werknemer] en dat het verzoek alleen al om die reden moet worden afgewezen.

De kantonrechter overweegt als volgt. Vast staat dat [werknemer] ziek is en dat in beginsel het opzegverbod van artikel 7:670, eerste lid, BW van toepassing is

Op grond van artikel 7:671b, zesde lid, onder a, BW kan de kantonrechter het verzoek niettemin inwilligen, indien het verzoek geen verband houdt met omstandigheden waarop de opzegverboden betrekking hebben. Tedab heeft aan haar verzoeken – kort gezegd – ten grondslag gelegd dat [werknemer] zich niet houdt aan zijn re-integratieverplichtingen en dat de arbeidsrelatie ernstig is verstoord doordat [werknemer] geen dialoog wenst aan te gaan om tot een oplossing van het gerezen arbeidsconflict te komen. Gelet hierop staat het opzegverbod niet in de weg aan een inhoudelijke beoordeling van het verzoek.

4.2. De kantonrechter stelt bij de beoordeling voorop dat uit artikel 7:669 lid 1 BW in verbinding met artikel 7:671b lid 1 BW volgt dat de arbeidsovereenkomst alleen kan worden ontbonden indien daar een redelijke grond voor is en herplaatsing van [werknemer] binnen een redelijke termijn niet mogelijk is of niet in de rede ligt. In artikel 7:669 lid 3 BW is nader omschreven wat onder een redelijke grond moet worden verstaan. Bij regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 april 2015 (Stcrt. 2015/12685) zijn daarvoor nadere regels gesteld (Ontslagregeling).

4.3. Tedab verzoekt primair ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:669 lid 3 onderdeel e BW en stelt ter onderbouwing van het verzoek dat [werknemer] zich niet houdt aan zijn re-integratieverplichtingen. [werknemer] betwist dit en stelt zich daarnaast op het standpunt dat het verzoek moet worden afgewezen, nu Tedab bij het verzoek geen deskundigenverklaring van het UWV heeft overgelegd waaruit zou moeten blijken dat hij zich niet heeft gehouden aan zijn re-integratieverplichtingen. Tedab daarentegen betwist dat zij gehouden is een deskundigenverklaring over te leggen.

De kantonrechter is van oordeel dat [werknemer] op dit punt gelijk heeft. Hoewel de tekst van het vijfde lid van artikel 7:671b BW, blijkens het woord “of” doet vermoeden dat het voldoende is dat de werkgever de werknemer eerst heeft gemaand tot nakoming van de re-integratieverplichtingen of de betaling van het loon heeft gestaakt dient de werkgever daarnaast een deskundigenverklaring over te leggen, tenzij het overleggen van deze verklaring in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd (*Kamerstukken II 2013/2014, 33988, 3, p.11-12 en ‘Verhulp’, Tekst & Commentaar Arbeidsrecht, art. 7:670b lid 5 BW, aant. 8*). Nu bedoelde deskundigenverklaring niet is overgelegd en Tedab niet heeft gesteld dat overlegging daarvan in redelijkheid niet van haar kon worden gevergd, is het verzoek niet toewijsbaar op de primaire grond.

4.4. Subsidiair verzoekt Tedab de arbeidsovereenkomst met [werknemer] te ontbinden op grond van artikel 7:669 lid 3 onderdeel g BW. Volgens Tedab valt niet in te zien hoe [werknemer] binnen het team van Tedab nog goed zou kunnen functioneren, nu [werknemer], ondanks de diverse handreikingen van Tedab, weigert om het gesprek met Tedab aan te gaan.

[werknemer] betwist dat sprake is van een duurzaam verstoorde arbeidsrelatie waardoor van Tedab niet meer gevergd kan worden de arbeidsrelatie voort te zetten. [werknemer] betwist dat binnen het team geen draagvlak bestaat voor zijn terugkeer, zoals Tedab ter zitting heeft gesteld. Partijen kunnen nog altijd met elkaar in gesprek gaan. Het is juist Tedab die de arbeidsrelatie onnodig op scherp heeft gezet door de – in de ogen van [werknemer] – onterechte loonopshortingen c.q. -stakingen.

4.5. De kantonrechter is van oordeel dat wellicht sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie, maar dat niet kan worden gesteld dat deze verstoring zodanig is, dat van Tedab in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, nu Tedab op een aantal punten wel degelijk verwijtbaar heeft gehandeld.

Hoewel de reactie van [werknemer] buitenproportioneel te noemen is, had van Tedab om te beginnen een andere aanpak mogen verwacht ten aanzien van het afboeken van de verlofdagen. Door deze zonder voorafgaande uitleg aan [werknemer] en ook zonder begeleidende brief af te boeken, heeft zij de toon gezet voor het hele verdere verloop van het re-integratieproces. De naar aanleiding van dit voorval opgeschorte loonbetaling is onterecht, omdat uit lid 6 van artikel 7:629 BW volgt dat dit slechts mogelijk is wanneer de werknemer zich – kort gezegd – niet aan de controlevoorschriften houdt. In het maatschappelijk verkeer is algemeen aanvaard dat de controle dient te worden gedaan door de bedrijfsarts en niet door de werkgever zelf. Tedab heeft niet gesteld dat [werknemer] op dat moment geen gehoor gaf aan oproepen van de bedrijfsarts. De kantonrechter rekent het Tedab in dit verband aan dat ook de deskundigenverklaring van 12 juli 2016 haar er niet toe heeft bewogen de loonbetaling op dat moment met terugwerkende kracht te hervatten. Voorts, ten aanzien van het geplande viergesprek, is de kantonrechter van oordeel dat [werknemer] er enerzijds op had moeten vertrouwen dat hij voldoende zou worden bijgestaan door zijn gemachtigde. Anderzijds valt niet in te zien waarom Tedab niettemin niet heeft geprobeerd het gesprek te voeren met de echtgenote van [werknemer] erbij. Als werkgever heeft zij immers de taak om in dit soort situaties de-escalerend op te treden. Daartoe heeft zij zich ten aanzien van het viergesprek onvoldoende ingespannen. Dit geldt te meer nu niet is gebleken dat Tedab aan de bedrijfsarts de vraag heeft voorgelegd of [werknemer] op dat moment in staat was het viergesprek als door Tedab voorgesteld te voeren.

Tot slot geldt dat is vast komen te staan dat het niet-verschijnen van [werknemer] op het spreekuur van de bedrijfsarts op 11 augustus 2016 hem niet kan worden aangerekend, omdat sprake was van een fout van de bedrijfsarts. Tedab heeft ter zitting aangegeven niet te hebben geweten dat de oproepingsbrief zo laat was verstuurd. Wat daar ook van zij: het past Tedab naar het oordeel van de kantonrechter niet [werknemer] van het niet-verschijnen een verwijt te maken, zonder eerst navraag te hebben gedaan naar de reden.

De hiervoor opgesomde verwijten, bezien tegen de achtergrond van het bedrijfsongeval en de problemen die [werknemer] daarvoor ondervindt, maken dat niet gesteld kan worden dat van Tedab niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst met [werknemer] te laten voortduren. Het verzoek is dan ook niet toewijsbaar op de g-grond van artikel 7:669 lid 3 BW.

4.6. Nu de verzochte ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt afgewezen, resteert de bespreking van de primair gedane tegenverzoeken. Daarover overweegt de kantonrechter als volgt.

[werknemer] verzoekt veroordeling tot betaling van het loon vanaf 11 mei 2016 tot de dag waarop de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig zal zijn geëindigd. Vast staat [werknemer] vanaf 11 mei 2016 ziek is. Het betreft dus loon in de zin van artikel 7:629 BW. Op grond van het bepaalde in artikel 7:629a BW moet het verzoek worden afgewezen, nu geen deskundigenverklaring als bedoeld in dat artikel is overgelegd en Tedab zich op het standpunt stelt dat [werknemer] zijn re-integratieverplichtingen niet is nagekomen. Verder is niet gesteld of gebleken dat van [werknemer] de overlegging van een dergelijke verklaring niet kan worden gevergd.

Ter zitting is komen vast te staan dat [werknemer] thans nog recht heeft op 265 verlofuren, 105 tijd-voor-tijd uren en 44 seniorenuren, totaal 414 uren. De kantonrechter acht de sub 3.b verzochte verklaring voor recht daarmee toewijsbaar voor 414 uren. [werknemer] heeft daarmee onvoldoende belang bij het sub 3.a verzochte, zodat dit wordt afgewezen.

4.7. Gelet op de aard en uitkomst van de zaak is de kantonrechter van oordeel dat het redelijk is dat de proceskosten op hierna te bepalen wijze worden gecompenseerd.

5 De beslissing

De kantonrechter

In het verzoek

5.1. wijst af het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst tussen partijen,

In het tegenverzoek

5.2. verklaart voor recht dat [werknemer] recht heeft op in totaal 414 verlofuren,

5.3. wijst het meer of anders verzochte af,

In het verzoek en in het tegenverzoek

5.4. compenseert de proceskosten tussen partijen in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

NOOT

In deze uitspraak van de Kantonrechter Roermond gaat het om het opzegverbod tijdens ziekte en de eventuele mogelijkheden om toch tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met een arbeidsongeschikte werknemer te komen.

Art. 7:670 lid 1 BW bepaalt dat de werkgever de arbeidsovereenkomst met een arbeidsongeschikte werknemer niet kan opzeggen, tenzij de arbeidsongeschiktheid ten minste twee jaar heeft geduurd of een aanvang heeft genomen nadat het verzoek om toestemming voor de opzegging door het UWV is ontvangen. Twee uitzonderingen op het opzegverbod tijdens ziekte zijn dus al in de bepaling zelf opgenomen. Deze beide uitzonderingen gingen in deze zaak overigens niet op. Een derde uitzondering is te vinden in art. 7:670a lid 1 BW. Als de werknemer zonder deugdelijke grond zijn re-integratieverplichtingen als bedoeld in art. 7:660a BW niet nakomt geldt het opzegverbod niet.

Het opzegverbod geldt evenmin bij opzegging in de proeftijd, opzegging wegens een dringende reden, opzegging bij het bereiken van de pensioenleeftijd, bij opzegging vanwege beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming, of als de werknemer instemt met de beëindiging. Deze uitzonderingen zijn opgenomen in art. 7:670a lid 2 BW.

Het opzegverbod geldt ook als een ontbindingsverbod, zo blijkt uit art. 7:671b lid 2 BW.

In dit artikel staan enkele uitzonderingen op het ontbindingsverbod tijdens ziekte:

a. de kantonrechter kan de arbeidsovereenkomst op de e-grond ontbinden als de werknemer zonder deugdelijke grond zijn re-integratieverplichtingen zoals opgenomen in art. 7:660a BW niet nakomt (lid 5);

b. de kantonrechter kan de arbeidsovereenkomst ontbinden als het verzoek geen verband houdt met de arbeidsongeschiktheid (lid 6 sub a);

c. de kantonrechter kan de arbeidsovereenkomst ontbinden als dat in het belang van de werknemer is (lid 6 sub b).

Ook voor het ontbindingsverzoek is bepaald dat het verbod niet geldt als de arbeidsongeschiktheid is aangevangen nadat het ontbindingsverzoek door de kantonrechter is ontvangen (lid 7).

Er zijn dus mogelijkheden de arbeidsovereenkomst met een arbeidsongeschikte werknemer tijdens de eerste twee ziektejaren

te beëindigen. Vanwege de ongelijkheidscompensatie die de grondgedachte vormt van het arbeidsrecht heeft de wetgever deze mogelijkheden beperkt. Niet alleen in aantal, maar ook door deze mogelijkheden zo te formuleren dat daadwerkelijk sprake blijft van uitzonderingen.

In dit geval was de werkgever van mening dat de werknemer zijn re-integratieverplichtingen niet nakwam. Zoals hiervoor aangegeven kan niet meewerken aan de re-integratie een reden zijn voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst. En wel een die valt onder het verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer als bedoeld in de e-grond. De wetgever heeft de verplichtingen van de werknemer tijdens de re-integratie zodanig veel gewicht willen geven dat niet nakoming daarvan leidt tot het verval van het opzegverbod. Een dergelijke zware sanctie vraagt uiteraard om een zorgvuldige procedure.

Dat betekent in de praktijk dat de werkgever de werknemer, als hij meent dat die zijn re-integratieverplichtingen verzaakt, moet aanmanen tot nakoming en gebruik moet maken van de door de wet geboden mogelijkheden tot loonsancties (opschorting of stopzetting, naar gelang de overtreding van de werknemer). Alvorens vervolgens een procedure te starten om te komen tot een ontbinding van de arbeidsovereenkomst moet de werkgever onderzoeken of de werknemer wel daadwerkelijk “zonder deugdelijke grond zijn verplichtingen bedoeld in artikel 660a niet nakomt”. Dat laatste kan de werkgever niet zelf onderzoeken maar moet hij laten doen. De aangewezen instantie daarvoor is het UWV. In art. 32 lid 2 Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen is het doen van dit onderzoek en het geven van een oordeel over de inspanningen van de werknemer opgenomen als taak van het UWV.

Als de werkgever niet alle stappen in de procedure heeft gevolgd zal een door hem ingediend ontbindingsverzoek worden afgewezen. Als de werkgever geen deskundigenverklaring van het UWV overlegt bij het ontbindingsverzoek kan de rechter het verzoek nog wel toewijzen.¹ Dan zal de werkgever wel moeten aantonen dat het overleggen van deze verklaring in redelijkheid niet van hem kan worden gevergd. Over het algemeen betekent dat dat de werkgever wel geprobeerd moet hebben een dergelijke verklaring te krijgen, maar dat dat bijvoorbeeld niet gelukt is omdat de werknemer zich niet door de deskundige van het UWV liet onderzoeken.²

Uit art. 7:671b lid 5 BW lijkt te volgen dat de werkgever een van de daar onder a en b genoemde acties moet hebben ondernomen. Tussen a en b is immers het woordje “of” opgenomen, wat lijkt te duiden op een keuzemogelijkheid. De werkgever in de onderhavige zaak ging daar ook van uit. Hij had de werknemer gemaand en de loonbetaling opgeschort. Hij had echter geen deskundigenverklaring overgelegd.

Deze lezing is echter niet juist.

De aanhef van deze bepaling luidt immers:

“Indien het verzoek om ontbinding is gegrond op artikel 669, lid 3, onderdeel e, in verband met het, zonder deugdelijke grond door de werknemer niet nakomen van de verplichtingen, bedoeld in artikel 660a, wijst de kantonrechter het verzoek af, indien de werkgever:” Het draait om de zinsnede “wijst de kantonrechter het verzoek af, indien de werkgever:”.

Hierna volgen twee voorwaarden. Als de werkgever aan een van de beide genoemde voorwaarden niet heeft voldaan wordt het ontbindingsverzoek afgewezen. Voor een toewijzing van het verzoek moet dus aan beide voorwaarden zijn voldaan. Omdat voor toewijzing “en” nodig is, volgt afwijzing bij “of”.

Overigens past de kantonrechter in deze uitspraak niet de juiste volgorde toe van de mogelijkheden voor toewijzing van een ontbindingsverzoek jegens een arbeidsongeschikte werknemer. De kantonrechter begint zijn overweging met het oordeel dat het ontbindingsverzoek geen verband houdt met het opzegverbod en dat dáárom het verzoek inhoudelijk behandeld kan worden. Het verzoek is echter gegrond op art. 7:669 lid 3 sub e BW, waarbij het verwijtbaar handelen van de werknemer bestaat uit het niet nakomen van zijn verplichtingen op grond van art. 7:660a BW. De sanctie op het niet nakomen van de re-integratieverplichtingen door werknemer is het verval van het opzegverbod, zo volgt uit art. 7:670a BW. Onderzocht moet dus worden of de werkgever terecht stelt dat het opzegverbod is vervallen. Per definitie moet daarvoor de zaak inhoudelijk behandeld worden.

Mocht de kantonrechter, zoals in dit geval, tot het oordeel komen dat het beroep op het verval van het opzegverbod niet slaagt en heeft de werkgever naast de e-grond ook nog andere gronden aangevoerd in het ontbindingsverzoek, dan pas komt de kantonrechter toe aan de vragen zoals opgenomen in art. 7:671b lid 6 BW. Een ontbindingsverzoek dat gedaan wordt terwijl het opzegverbod tijdens arbeidsongeschiktheid geldt, kan desondanks worden toegewezen als het verzoek geen verband houdt met de arbeidsongeschiktheid, of als toewijzing van het verzoek in het belang van de werknemer is.

*J.F. Dominicus
Dominicus Advocatuur*

¹ Art. 7:671b lid 5 onder b BW.

² Zie bijvoorbeeld Kantonrechter Rotterdam 4 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:151.