

RECHTSPRAAK

Popelier/W&P Haton

Werknemer is op 28 juli 1970 als monteur in dienst getreden bij W&P Haton. Zijn laatstgenoten basissalaris bedroeg € 2.074 bij een volledig dienstverband. In 1995 heeft werknemer een auto-ongeval gehad. Daaraan heeft hij blijvende rug- en nekklachten overgehouden. In verband daarmee werd aan werknemer een gedeeltelijke uitkering ingevolge de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO) toegekend, aanvankelijk op basis van een arbeidsongeschiktheidspercentage van 45-55%. Vanaf eind 1996 heeft werknemer zijn restcapaciteit benut in de vorm van rugbesparende werkzaamheden bij W&P Haton gedurende halve dagen. In 1997 wordt door het GAK vastgesteld dat werknemer volledige dagen kan werken. Eerst bij brief van november 2002 verlangt W&P Haton dat werknemer volledige dagen gaat werken. In 2004 meldt werknemer zich evenwel volledig ziek vanwege nek- en rugklachten. Daarna heeft werknemer nog wel gedeeltelijk het werk hervat, maar de arbeidsongeschiktheid duurt nog steeds voort. Vanaf 4 mei 2004 heeft W&P Haton de volledige loondoorbetaling gehandhaafd tot 5 mei 2005. Daarna is het loon teruggebracht naar 70%. Met toestemming van de CWI is de arbeidsovereenkomst per 1 januari 2006 opgezegd. Volgens werknemer is dit ontslag nietig, want in strijd met het opzegverbod wegens ziekte dan wel kennelijk onredelijk.

Het hof oordeelt als volgt. Volgens werknemer dient de maatstaf te zijn de vraag of hij ten tijde van het ontslag gedurende twee jaar ongeschikt was voor 'zijn arbeid' in de zin van art. 7:670 lid 1 sub a BW, zijnde de arbeid die laatstelijk door hem werd verricht. Daartegen voert W&P Haton aan dat de kantonrechter de juiste maatstaf heeft gehanteerd en dat het voor de hand ligt dat 'zijn arbeid' zoals vermeld in art. 7:670 lid 1 sub a BW, is gekoppeld aan de 'bedongen arbeid' zoals verwoord in art. 7:629 BW. Deze bepaling is op haar beurt weer gekoppeld aan de re-integratieverplichtingen, opgenomen in de art. 7:658a en 7:660a BW, welke verplichtingen als uitgangspunt hebben: re-integreren in de bedongen arbeid. Het hof overweegt als volgt. Voor de interpretatie van het begrip arbeidsongeschiktheid wegens ziekte uit art. 7:670 lid 1 BW moet blijken de totstandkomingsgeschiedenis van het opzegverbod aansluiting worden gezocht bij de Ziektewet. Daar wordt onder arbeidsongeschiktheid verstaan het op medische gronden - naar objectieve maatstaven gemeten - niet kunnen of mogen verrichten van de in aanmerking komende arbeid. Gelet op de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte vermeld in art. 7:629 BW, dient naar het oordeel van het hof als de in aanmerking te nemen arbeid in het kader van art. 7:670 lid 1 BW eveneens te worden uitgegaan van de bedongen arbeid. In de art. 7:658a en 7:660a BW, welke beide betrekking hebben op de reïntegratie van werknemers die wegens ziekte arbeidsongeschikt zijn, is overigens ook sprake van de werknemer die ten

gevolge van ziekte ongeschikt is de bedongen arbeid te verrichten. Derhalve heeft de kantonrechter terecht als maatstaf gehanteerd of werknemer wegens ziekte ongeschikt was tot het verrichten van de bedongen arbeid.

Ingevolge art. 7:629 lid 12 BW blijft de arbeidsovereenkomst in stand indien de werknemer passende arbeid als bedoeld in art. 7:658a lid 4 BW verricht. De bepaling stelt daarmee buiten twijfel dat de arbeidsovereenkomst van de zieke werknemer, die de bedongen arbeid definitief niet meer kan verrichten maar wel andere passende arbeid, in stand blijft als hij die andere passende arbeid gaat verrichten. Die arbeid heeft dan te gelden als de bedongen arbeid. In het onderhavige geval is werknemer de passende arbeid gaan verrichten vanaf 11 november 2002. Werknemer heeft deze arbeid vervolgens gedurende een periode van circa anderhalf jaar verricht. Aldus moet worden geoordeeld dat, toen werknemer zich op 4 mei 2004 volledig ziek meldde, het deze arbeid was die werknemer op dat moment definitief verrichtte. Deze arbeid had op dat moment te gelden als de bedongen arbeid. Toen werknemer zich op 4 mei 2004 ziek meldde, ving er dan ook een nieuwe periode van arbeidsongeschiktheid van werknemer aan. W&P Haton heeft de arbeidsovereenkomst met werknemer opgezegd tegen 1 januari 2006. Op dat moment waren er nog geen twee jaar sinds die ziekmelding verstreken. De opzegging door W&P Haton was dan ook in strijd met art. 7:670 lid 1 sub a BW en is dientengevolge nietig. De tweede grief slaagt derhalve. De primaire vorderingen sub A en B worden, nu daartegen overigens geen weren zijn opgeworpen, toegewezen. W&P Haton is, nu de beëindiging van de dienstbetrekking door W&P Haton per 1 januari 2006 nietig is, gehouden aan werknemer het loon door te betalen tot de datum van de ontbinding, zijnde 1 mei 2006.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 06-01-2009

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2009:BHo657

Zaaknummer: HD 103.004.330

Wetsartikelen: 7:629 BW, 7:658a BW en 7:670 lid 1 BW