

RECHTSPRAAK

## werknemer/Omnimax B.V.

***Ontslag op staande voet ‘situatieve arbeidsongeschikte werknemer’ die niet aan toets van Mak/SGBO voldoet. Werkgever komt geen beroep op verrekening gefixeerde schadevergoeding toe ondanks vervaltermijn.***

### *Feiten*

Werknemer (geboren 1966) is sinds 2014 in dienst van Omnimax, laatstelijk als commercieel medewerker binnendienst/buitendienst. Op 18 januari 2016 is werknemer op staande voet ontslagen wegens werkweigering. De aanleiding hiertoe vormde een gesprek dat werknemer op 6 januari 2016 had met de directeur. Werknemer heeft in de pauze van dat gesprek ‘verlof’ opgenomen en meldde zich later die avond ‘ziek’. De bedrijfsarts stelde vast dat geen sprake is van ziekte of gebrek, maar van situatieve arbeidsongeschiktheid. Op 14 januari 2016 werd werknemer volledig inzetbaar geacht. Desalniettemin weigerde werknemer gehoor te geven aan oproepen van de werkgever. Werknemer heeft vernietiging van het ontslag op staande voet verzocht. De kantonrechter heeft dit verzoek afgewezen.

### *Oordeel gerechtshof*

De centrale vraag is of Omnimax werknemer terecht op staande voet heeft ontslagen. Het beroep op Vexia/Gerrits faalt, nu geen sprake is van arbeidsongeschiktheid.

### *Situatieve arbeidsongeschiktheid en ontslag wegens werkweigering*

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 27 juni 2008 (ECLI:NL:HR:2008:BC7669 (Mak/SGBO)) over het volgende overwogen. ‘3.5.2 In een geval als het onderhavige, waarin sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding, kan zich de situatie voordoen dat de werknemer zich op grond van (dreigende) psychische of lichamelijke klachten niet in staat acht tot het verrichten van zijn werkzaamheden, hoewel ten aanzien van de arbeidsgeschiktheid geen medische beperkingen van psychische of fysieke aard kunnen worden vastgesteld, zodat van arbeidsongeschiktheid ten gevolge van ziekte in de zin van art. 7:629 BW geen sprake is. Dit geval wordt wel aangeduid als “situatieve arbeidsongeschiktheid” en de vraag doet zich voor in hoeverre in zo’n geval gezegd kan worden dat de werknemer zijn werkzaamheden niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen, als bedoeld in art. 7:628 lid 1 BW. 3.5.3 De werknemer, zoals [eiser], die zich erop beroept dat hij als gevolg van de hiervoor bedoelde “situatieve arbeidsongeschiktheid” zijn

werkzaamheden niet heeft verricht en over de betrokken periode doorbetaling van zijn loon vordert, zal feiten en omstandigheden moeten stellen en zonodig aannemelijk moeten maken die tot het oordeel kunnen leiden dat in die periode de arbeidsomstandigheden, door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen, voor hem zodanig waren dat, met het oog op de (dreiging van) psychische of lichamelijke klachten, van hem redelijkerwijs niet kon worden gevergd dat hij zijn werkzaamheden zou verrichten. Hierbij verdient aantekening dat de werknemer in een zodanig geval van “situatieve arbeidsongeschiktheid” in beginsel gehouden is alle medewerking te verlenen aan inspanningen die erop gericht zijn de oorzaken daarvan weg te nemen. De werknemer behoudt dan ingevolge art. 7:628 BW zijn recht op loon, en “werkweigering” kan dan geen ontslaggrond vormen.’ Het hof is van oordeel dat (1) werknemer niet duidelijk heeft gemaakt welke omstandigheden voor hem zodanig waren dat van hem redelijkerwijs niet kon worden gevergd dat hij zijn werkzaamheden zou verrichten (werknemer heeft op dit punt onvoldoende toegelicht waarom hij niet meer kon werken) en (2) werknemer de medewerking waarover de Hoge Raad spreekt, niet heeft verleend (werknemer heeft elk contact dat de werkgever met hem zocht vermeden).

#### *Verrekening na vervaltermijn gefixeerde schadevergoeding niet mogelijk*

De kantonrechter heeft Omnimax niet-ontvankelijk verklaard in haar verzoek om toekenning van deze vergoeding, vanwege de vervaltermijn in artikel 7:686a lid 4 aanhef en onderdeel a onder 2 BW. De vraag is of het beroep op verrekening eveneens op deze bepaling dient af te stuiten. Het hof is van oordeel dat dit het geval is om de volgende reden. Werknemer is de gefixeerde schadevergoeding verschuldigd geworden op de dag van het ontslag op staande voet, dus op 18 januari 2016. Dat volgt uit de bewoordingen van artikel 7:677 lid 2 BW. Uit het bepaalde in lid 1 van artikel 6:127 BW volgt dat de verrekening plaatsvindt door de verklaring van de schuldenaar dat hij zijn schuld met een vordering verrekent. Omnimax heeft voor het eerst in de procedure in hoger beroep een beroep gedaan op verrekening. Zij heeft de in artikel 6:127 lid 1 BW bedoelde verklaring dus pas uitgebracht nadat de vervaltermijn was verstreken. In artikel 6:127 lid 2 BW is bepaald dat een schuldenaar de bevoegdheid heeft tot verrekening, wanneer hij een prestatie te vorderen heeft die beantwoordt aan zijn schuld jegens dezelfde wederpartij en hij bevoegd is zowel tot betaling van de schuld als tot het afdwingen van de betaling van de vordering. Omnimax had de bevoegdheid tot verrekening niet meer toen zij de verrekeningsverklaring uitbracht; door het verstrijken van de vervaltermijn was het recht op de gefixeerde schadevergoeding teniet gegaan. De vordering tot betaling van de vakantiebijslag is dus toewijsbaar. Het hof ziet niet in waarom de wettelijke verhoging gematigd zou moeten worden, zoals Omnimax heeft aangevoerd. Bij het einde van de arbeidsovereenkomst dient een werkgever een eindafrekening te verstrekken. Omnimax heeft dat nagelaten en zij heeft ook nagelaten de verrekeningsverklaring uit te brengen. Zij had zelf de verschuldigdheid van de wettelijke verhoging kunnen voorkomen.

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 19-01-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2017:134

**Zaaknummer:** 200.197.041/01 en 200.205.673/01

**Rechters:** J.W. van Rijkom, M. van Ham en P.P.M. Rousseau

**Advocaten:** T.B.M. Kersten en G. Dekker

**Wetsartikelen:** 7:677 BW, 7:686a BW, 6:127 BW en 7:628 BW