

RECHTSPRAAK

## werknemer/Stichting Jade Mater

***Geen herstel van de arbeidsovereenkomst na opzegging vanwege langdurige arbeidsongeschiktheid (b-grond). Opzegging terecht. Transitievergoeding wordt berekend rekening houdend met arbeidsjaren tot einde arbeidsovereenkomst en niet tot einde loondoorbetalingsverplichting bij ziekte.***

### *Feiten*

Werknemer is in 2007 in dienst getreden bij Stichting Jade Mater (hierna: Jade) in de functie van pedagogisch medewerker B (hierna: PMB). De woongroep waar werknemer werkzaam was, is met ingang van 1 oktober 2013 gesloten. Werknemer en Jade zijn overeengekomen dat werknemer op die datum in dienst treedt bij Jade in de functie van facilitair medewerker, met behoud van het bij de functie van PMB behorende salaris. Op 19 februari 2015 heeft werknemer zich vanwege klachten en beperkingen als gevolg van een auto-ongeluk ziek gemeld. Jade heeft de arbeidsovereenkomst vanwege langdurige arbeidsongeschiktheid van werknemer (b-grond), met toestemming van het UWV, opgezegd tegen 1 december 2017. Een beroep op artikel 7:681 BW is in eerste aanleg afgewezen. Werknemer verzoekt in hoger beroep primair herstel van de arbeidsovereenkomst en subsidiair betaling van een billijke vergoeding van € 770.000. In incidenteel hoger beroep verzoekt Jade het hof te beslissen dat Jade een transitievergoeding ad € 11.285,46 bruto moet betalen (in eerste aanleg heeft de kantonrechter een transitievergoeding van € 20.841 toegewezen).

### *Oordeel*

#### *Herstel van de arbeidsovereenkomst*

Werknemer was voorafgaand aan de ziekmelding werkzaam als facilitair medewerker. Werknemer wil ingang doen vinden dat dit niet de bedongen arbeid was, maar dat de bedongen arbeid de functie van PMB'er was en dat hij slechts tijdelijk als facilitair medewerker was ingezet. Het hof verwerpt dit standpunt. Uit het arbeidscontract voor de functie van facilitair medewerker blijkt in het geheel niet dat dit een tijdelijke situatie was en dat werknemer feitelijk als PMB'er moest worden aangemerkt. Dat werknemer als facilitair medewerker het loon mocht behouden dat hij voordien verdiende als PMB'er, betekent niet dat hij PMB'er is gebleven. Het hof stelt verder vast dat werknemer, op het moment dat het UWV op de ontslagaanvraag van Jade besliste, al meer dan twee jaar ten gevolge van ziekte niet in staat was de bedongen arbeid van facilitair medewerker te verrichten. Dat hij hiertoe

niet in staat is, staat tussen partijen niet ter discussie. Het hof stelt dan ook vast dat de opzegging van Jade terecht op de b-grond is gebaseerd. Werknemer stelt nog dat Jade hem in de functie van PMB'er had moeten herplaatsen. Hoewel de functie als passende arbeid kan worden aangemerkt, overweegt het hof dat voor die functie een mbo-4 diploma vereist is, dat werknemer hierover niet beschikt en dat niet aannemelijk is dat hij binnen 26 weken alsnog het vereiste diploma zou kunnen behalen. Herplaatsing was dan ook niet mogelijk. Het verzoek om herstel van de arbeidsovereenkomst stuit op het voorgaande af.

#### *Billijke vergoeding*

Het hof overweegt dat van ernstig verwijtbaar handelen van Jade geen sprake is geweest. Het re-integratietraject had weliswaar beter gekund, maar het aan Jade gemaakte verwijt kan niet worden aangemerkt als ernstig verwijtbaar handelen of nalaten in de zin van artikel 7:682 BW.

#### *Transitievergoeding*

Jade betoogt dat de transitievergoeding berekend moet worden rekening houdend met het aantal arbeidsjaren (c.q. -maanden) dat is opgebouwd tot en met het einde van de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte in plaats van het aantal gewerkte maanden tot het einde van de arbeidsovereenkomst. Het hof verwerpt deze grief. Uit de wet(sgeschiedenis) blijkt niet dat maanden waarin geen loondoorbetalingsverplichting bestond niet meetellen voor de berekening van de hoogte van de transitievergoeding. Een beroep van Jade op lid 4 van artikel 7:673 BW faalt. Dit lid ziet op periodes waarin geen arbeidsovereenkomst bestaat en die bestaat gedurende de loondoorbetalingsverplichting nu juist wel. Afwijzing van het verzoek volgt.

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 15-10-2018

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2018:9536

**Zaaknummer:** 200.237.940/01

**Rechters:** J.H. Kuiper, A.E.B. ter Heide en W.C. Haasnoot

**Advocaten:** M. ter Haar-Bas en E. van Dijk

**Wetsartikelen:** 7:669 lid 3 onderdeel b BW, 7:673 BW, 7:682 BW en 7:683 BW