

RECHTSPRAAK

Ontbinding op e-grond van arbeidsovereenkomst werknemer die ook na hersteldverklaring zonder bericht niet op het werk is verschenen. Geen ernstig verwijtbaar handelen. Recht op transitievergoeding en volgens oude berekeningswijze (overgangsrecht).*Feiten*

Werknemer is op 1 juli 2019 in dienst getreden bij werkgeefster in de functie van werknemer-student Sales Promotor. De arbeidsovereenkomst is aangegaan voor bepaalde tijd tot 30 juni 2020 en is gesloten in het kader van een door werknemer gevolgde duale hogerberoepsopleiding commerciële economie. In de arbeidsovereenkomst is een nevenwerkzaamhedenbeding opgenomen. Nadat werknemer in de maand september 2019 een aantal dagen zonder bericht van afwezigheid wegens ziekte niet op het werk is verschenen en onbereikbaar bleef voor (telefonische) pogingen tot contact van werkgeefster, is hij opgeroepen op het spreekuur van de bedrijfsarts. De bedrijfsarts meldt vervolgens op 14 oktober 2019 aan werkgeefster dat werknemer tijdelijk arbeidsongeschikt is geweest als gevolg van een medische beperking, nu herstellende is en uiterlijk 21 oktober 2019 weer volledig arbeidsgeschikt is. Werknemer is vervolgens na 21 oktober 2019 zonder enig bericht aan werkgeefster niet op het werk verschenen. Daarop heeft werkgeefster hem bij brief van 24 oktober 2019 uitgenodigd voor een gesprek met zijn leidinggevende op 30 oktober 2019. Ook wordt hem daarbij gemeld dat per 21 oktober 2019 zijn salaris niet meer wordt betaald. Nadat hij op 30 oktober 2019 niet was verschenen is werknemer gesommeerd om op 5 november 2019 op gesprek te komen. Daaraan heeft hij voldaan. Op die datum vindt een gesprek plaats tussen werkgeefster en werknemer waarbij aan werknemer te verstaan wordt gegeven dat het zo niet langer kan. Die dag heeft werknemer zijn bedrijfseigendommen ingeleverd. Werkgeefster heeft bij verzoekschrift van 29 november 2019 onder meer verzocht de arbeidsovereenkomst met werknemer op de e-grond te ontbinden, zonder inachtneming van de geldende opzegtermijn omdat de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werknemer en zonder toekenning van een transitievergoeding omdat werknemer nog geen twee jaar in dienst is. Werknemer is niet verschenen en heeft geen verweer gevoerd. De kantonrechter heeft het ontbindingsverzoek toegewezen. Werknemer is hiervan in hoger beroep gekomen.

Oordeel

Het hof is van oordeel dat de ontbinding op de e-grond gerechtvaardigd is. Werknemer heeft ondanks de vele pogingen van werkgeefster om met hem in gesprek te raken hier niet of

nauwelijks gevolg aan gegeven, zijn afwezigheid op geen enkele manier verklaard en is ook na de hersteldverklaring door de bedrijfsarts op 21 oktober 2019 zonder bericht niet op het werk verschenen. Dit alles levert verwijtbaar handelen of nalaten van werknemer op in de zin van artikel 7:669 lid 1 en 3 sub e BW, zodanig dat van werkgeefster in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Van ernstig verwijtbaar handelen is, anders dan werkgeefster betoogt, echter geen sprake. Werkgeefster stelt zich op het standpunt dat werknemer geen recht op een transitievergoeding heeft omdat hij op 1 juli 2019 bij haar in dienst is getreden en op het moment van ontbinding nog geen twee jaar in dienst was. Dit betoog faalt. Volgens het overgangsrecht (Artikel XII Wet arbeidsmarkt in balans) blijft op de berekening van de hoogte van de transitievergoeding artikel 7:673, eerste, tweede, vierde en negende lid BW, zoals dat luidde vóór het tijdstip van inwerkingtreding van artikel I, onderdeel J (Wet arbeidsmarkt in balans) van toepassing, indien het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor dat tijdstip is ingediend. Het ontbindingsverzoek is ingediend op 29 november 2019. Artikel 7:673 BW trad per 1 januari 2020 in werking, wat inhoudt dat werknemers met een arbeidsovereenkomst korter dan 24 maanden (zoals bij werknemer het geval is) óók direct in aanmerking kwamen/komen voor een transitievergoeding. Voor werknemer betekent dit dat hij recht heeft op een transitievergoeding, en dat wat betreft de berekening van de hoogte ervan de oude berekeningswijze blijft bestaan.

Nevenwerkzaamheden

Naar het oordeel van het hof was er na het afrondend gesprek op 5 november 2019 tussen werkgeefster en werknemer de facto een einde gekomen aan de feitelijke invulling van de arbeidsovereenkomst tussen partijen. Nadien heeft werkgeefster werknemer niet meer opgeroepen om te komen werken. Vervolgens heeft werkgeefster zelf een ontbindingsverzoek ingediend. Onder deze omstandigheden mocht werknemer (die ook al vanaf 21 oktober 2019 geen salaris meer ontving) er redelijkerwijs van uitgaan dat hij feitelijk niet meer in dienst was van werkgeefster, hoewel hij dat formeel nog wel was. Daarbij speelt mee dat, zoals werknemer heeft aangevoerd, het zijn eerste serieuze baan was, hij geen ervaring had met (de regels omtrent) arbeidsovereenkomsten en hij heel open is geweest over zijn nieuwe baan. Gelet op wat hierboven is overwogen, past het niet om werknemer aan voormeld nevenwerkzaamhedenbeding te houden. De ratio van dit beding is om te verhinderen dat een werknemer-student gedurende zijn werk werkzaamheden voor derden verricht en daardoor overbelast raakt. In dit geval werkte werknemer vanaf november 2019 feitelijk niet meer voor werkgeefster. Het hof ziet dan ook aanleiding om, zoals verzocht, de verbeurde boetes te matigen tot nihil. De slotsom luidt dat het beroep van werknemer zal worden verworpen voor zover het de uitgesproken ontbinding van de arbeidsovereenkomst, de schade aan de lease-auto en de proceskostenveroordeling betreft. Ten aanzien van deze onderdelen (en de overige leasekosten waartegen werknemer niet is opgekomen) blijft de beschikking in stand. Het beroep van werknemer slaagt wat betreft zijn recht op een transitievergoeding en de matiging van de boetes (tot nihil) uit hoofde van het nevenwerkzaamhedenbeding. De beschikking zal in zoverre worden vernietigd.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 05-10-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:8353

Zaaknummer: 200.279.867/01

Rechters: A.A. van Rossum, L.J. de Kerpel-van Poel en H.M.J. van den Hurk

Advocaten: M.R. Dill en N. Bulut

Wetsartikelen: 7:671b BW, 7:66g lid 3 sub e BW, XII WAB en 7:673 BW