

## RECHTSPRAAK

***De observaties van de bedrijfsrecherche rechtvaardigen geen dringende reden voor ontslag op staande voet van een zieke werkneemster. Het door te betalen salaris wordt vastgesteld op basis van de gemiddelde arbeidsomvang over een kalenderjaar.****Feiten*

Werkneemster is sinds 2019 in dienst bij werkgeefster. Na een aantal arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd is inmiddels sprake van een arbeidsovereenkomst (min/max-overeenkomst) voor onbepaalde tijd. De laatste functie die werkneemster vervulde, is die van verzorgende. Op 8 april 2022 heeft werkneemster zich bij werkgeefster per e-mail ziek gemeld. Op 19 juli 2022 is werkneemster door een bedrijfsarts onderzocht. In het medisch advies van de bedrijfsarts staat onder meer dat werkneemster volledig arbeidsongeschikt wordt geacht. Op 28 juli 2022 heeft werkgeefster een deskundigenoordeel bij het UWV gevraagd. Werkgeefster heeft Hoffmann Bedrijfsrecherche (hierna: Hoffmann) ingeschakeld. In augustus en oktober 2022 heeft Hoffmann werkneemster meerdere dagen geobserveerd. Op 14 oktober 2022 heeft Hoffmann aan werkgeefster gerapporteerd. Op 14 oktober 2022 is werkneemster door werkgeefster op staande voet ontslagen. Zowel op 23 augustus 2022 als op 3 oktober 2022 heeft er een periodieke evaluatie van werkneemster plaatsgevonden bij de bedrijfsarts. In de verslagen van de bedrijfsarts staat onder meer dat de situatie met werkgeefster werkneemster geen goed doet en zij vanwege haar medische situatie niet in staat is (passende) arbeid te verrichten. Op het verzoek van werkgeefster en dat van werkneemster heeft het UWV op 19 december 2022 een deskundigenoordeel gegeven over de arbeids(on)geschiktheid van werkneemster. Het UWV heeft geoordeeld dat werkneemster op 8 april 2022 niet in staat was om haar eigen werk te doen. Werkneemster verzoekt de kantonrechter onder meer de vernietiging van het ontslag op staande voet. Werkgeefster verweert zich tegen het verzoek en heeft onder meer aangevoerd dat de dringende reden met name is gelegen in het feit dat werkneemster onjuiste mededelingen heeft gedaan over haar ziekte. De bedrijfsarts heeft vastgesteld dat werkneemster kampte met allerlei fysieke beperkingen, maar later is gebleken dat er helemaal geen sprake is van dergelijke beperkingen en dat zij onder meer in staat bleek om allerlei spullen te sjouwen, haar auto te gebruiken en boodschappen te doen. Verder is gebleken dat werkneemster tijdens haar ziekte zorg heeft verleend aan mevrouw X. Dit is werkneemster niet toegestaan en het staat haar herstel en re-integratie in de weg.

*Oordeel*

### *Ontslag op staande voet*

Het ligt op de weg van werkgeefster om te stellen, en bij betwisting te bewijzen, dat werkneemster op 14 oktober 2022 niet ziek was en dat om die reden sprake was van een dringende reden die ontslag op staande voet rechtvaardigt. Werkgeefster is daar naar het oordeel van de kantonrechter niet in geslaagd. In de eerste plaats heeft het UWV in zijn deskundigenoordeel van 22 december 2022, na een uitvoerig onderzoek waarbij werkneemster door de verzekeringsgeneeskundige is onderzocht, vastgesteld dat werkneemster op 8 april 2022 volledig arbeidsongeschikt was. In de tweede plaats heeft de bedrijfsarts op 19 juli 2022 vastgesteld dat werkneemster op dat moment door zowel fysieke als mentale klachten volledig arbeidsongeschikt was. Tijdens de periodieke evaluaties op 23 augustus en 3 oktober 2022 heeft de bedrijfsarts vastgesteld dat werkneemster niet in staat is om haar eigen functie of andere, aangepaste, werkzaamheden uit te voeren. Dat haar situatie op 14 oktober 2022 zodanig was gewijzigd dat zij toen niet langer arbeidsongeschikt was, is niet gebleken. Dat de onderzoeker van Hoffmann werkneemster met een vuilniszak en met boodschappen heeft gezien kan daar onvoldoende aan afdoen. De onderzoeker is immers geen arts. Deze aan het ontslag op staande voet ten grondslag gelegde reden is dan ook niet komen vast te staan. Voorts heeft werkgeefster aan het ontslag op staande voet ten grondslag gelegd dat werkneemster haar re-integratie heeft tegengewerkt door tijdens haar ziekte regelmatig zorg te verlenen aan mevrouw X. Naar het oordeel van de kantonrechter is het feit dat werkneemster enkele malen om 8.00 uur 's ochtends bij X is gezien onvoldoende voor de conclusie dat zij zorg aan X heeft verleend. Die conclusie kan ook niet uit het rapport van Hoffmann worden afgeleid. Gelet op het voorgaande is naar het oordeel van de kantonrechter geen sprake van een dringende reden die ontslag op staande voet rechtvaardigt. Het ontslag op staande voet is dan ook ten onrechte gegeven en zal worden vernietigd.

### *Arbeidsomvang en loondoorbetaling*

Vervolgens komt de vraag aan de orde wat de gemiddelde arbeidsomvang van werkneemster was en het daarmee corresponderende loon. Vooruitlopend op de andere procedure over de arbeidsomvang ziet de kantonrechter aanleiding om de verzochte loondoorbetaling gedeeltelijk toe te wijzen. De kantonrechter volgt werkgeefster niet in haar stelling dat werkneemster geen beroep kan doen op het bewijsvermoeden omdat er geen cao meer van kracht is. Artikel 7:610b BW betreft immers een bepaling van dwingend recht. Evenmin volgt de kantonrechter werkgeefster in haar stelling dat de door werkneemster opgegeven referentieperiode niet representatief is. De referentieperiode ziet op een geheel kalenderjaar waardoor dit juist een goed beeld vormt van de gemiddelde arbeidsomvang. Uit de eerste kolom van het overzicht en de door werkgeefster overgelegde loonstroken blijkt hoeveel uur werkneemster in 2021 is uitbetaald. Nu, gelet op de gemotiveerde betwisting door werkgeefster, in deze procedure niet kan worden vastgesteld of werkneemster structureel meer uren heeft gewerkt dan waarvoor ze is uitbetaald, zal de kantonrechter in deze procedure het gemiddelde van het in 2021 gewerkte aantal uren tot uitgangspunt nemen, namelijk  $(1.164/12=)$  97 uur per maand.

**Instantie:** Rechtbank Den Haag

**Datum uitspraak:** 16-02-2023

**ECLI:** ECLI:NL:RBDHA:2023:22176

**Zaaknummer:** 10223011 RP VERZ 22-50552

**Rechters:** D. Jongsma

**Advocaten:** Q.M.F. Bosker en D. Pieterse

**Wetsartikelen:** 7:610b BW, 7:677 BW en 7:678 BW