

beschikking

IN NAAM VAN DE KONING

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civiel recht, handel

zaaknummer gerechtshof 200.211.995

(zaaknummer rechtbank Gelderland, locatie Arnhem, 5452526 en 5578119)

beschikking van 24 augustus 2017

in de zaak van

wonende te

verzoeker in het hoger beroep,

in eerste aanleg: verweerder, tevens verzoeker in het voorwaardelijke tegenverzoek,

hierna:

advocaat: mr. M. Egbers,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

tevens handelende onder de naam

gevestigd te Arnhem,

verweester in het hoger beroep,

in eerste aanleg: verzoekster, tevens verweester in het voorwaardelijke tegenverzoek,

hierna:

advocaat: mr. E.L. Zondervan.

1. Het geding in eerste aanleg

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van de beschikking van 17 januari 2017 die de kantonrechter in de rechtbank Gelderland, locatie Arnhem, heeft gegeven.

2. Het geding in hoger beroep

2.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het verzoekschrift in hoger beroep met producties, binnengekomen bij de griffie van het hof op 15 maart 2017;

- het verweerschrift van met producties;

- de op 31 mei 2017 ingekomen producties 15 tot en met 19 van mr. Egbers;

- de op 1 juni 2017 ingekomen productie 20 van mr. Egbers;

- de mondelinge behandeling op 9 juni 2017, waarbij namens pleitaantekeningen

zijn overgelegd, alsmede het volledige rapport van van 4 oktober 2016 (in de

procedure onvolledig overgelegd als productie 16 bij verzoekschrift).

2.2 Na afloop van de mondelinge behandeling heeft het hof beschikking bepaald en vervolgens de uitspraakdatum datum nader bepaald op heden.

2.3 verzoekt in het hoger beroep – samengevat – dat het hof de bestreden beschikking zal vernietigen en zal veroordelen tot:

Primair:

A. herstel van de arbeidsovereenkomst per 1 maart 2017, althans een door het hof nader te bepalen datum;

B. doorbetaling van het loon c.a. en voortzetting van de vakantiedagen- en pensioenopbouw vanaf 1 maart 2017 althans de nader te bepalen datum van herstel, met betaling van een vergoeding gelijk aan het loon c.a. over de periode vanaf 1 maart 2017 tot aan de datum van herstel van de arbeidsovereenkomst, te betalen binnen 14 dagen na dagtekening van de beschikking en te vermeerderen met wettelijke rente;

Subsidiar:

C. tot betaling van een voorschot op de billijke vergoeding ex artikel 7:683 lid 3 BW van € 95.000,-, althans een in goede justitie te bepalen bedrag in plaats van herstel van de arbeidsovereenkomst, te betalen binnen 14 dagen na dagtekening van de beschikking en te vermeerderen met wettelijke rente;

D. tot betaling van een billijke vergoeding ex artikel 7:683 lid 3 BW nader op te maken bij staat en derhalve met verwijzing naar de schadestaatprocedure;

Meer subsidiair (bij bekrachtiging van de ontbinding):

E. betaling van een billijke vergoeding ex artikel 7:671b lid 8 onder c BW van € 45.000,- bruto, althans een in goede justitie te bepalen bedrag, te vermeerderen met wettelijke rente;

Primair, subsidiair en meer subsidiair:

veroordelen in de daadwerkelijke kosten van de ontbindingsprocedure en het hoger beroep, daaronder begrepen het salaris van de gemachtigde, zijnde een bedrag van € 20.000,-, en een en ander uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.

3. De feiten

3.1 , handelend onder de naam , is een internationale technologie- en productieonderneming die zich bezig houdt met de ontwikkelingen op het terrein van chemisch modificeren (acetyleren) van hout.

3.2 , geboren op , is per 15 november 2008 in dienst getreden in de functie van Logistiek Operator tegen een salaris van € 2.288,68 bruto per maand exclusief vakantietoeslag. Na een uitval in 2012 wegens ernstige rugklachten en een daarop volgend re-integratietraject bleek dat niet meer fulltime inzetbaar was als Logistiek Operator. Per 28 februari 2013 is hij parttime werkzaam als Logistiek Operator en parttime werkzaam als Operator Samples.

3.3 Vanwege de aard van de gebruikte stoffen en de omstandigheden waaronder het acetylatieproces plaatsvindt, valt onder de werkingssfeer van het Besluit Risico's Zware Ongevallen (hierna: BRZO). Op grond van dit besluit dient alle maatregelen te treffen die nodig zijn om zware ongevallen te voorkomen en de gevolgen daarvan voor de menselijke gezondheid te beperken. Volgens artikel 7 BRZO is onder andere gehouden om een schriftelijk preventiebeleid op te stellen inzake de beheersing van risico's

op zware ongevallen en dit correct uit te voeren.

3.4 heeft een algemeen veiligheidsreglement opgesteld dat onderdeel uitmaakt van de huisregels. Bij indiensttreding worden de huisregels van toepassing verklaard op alle werknemers. Het reglement bevat naast algemene regels ook specifieke regels voor gedeelten van het bedrijf waar stoffen aanwezig zijn die brandgevaarlijk, toxisch, schadelijk en/of milieugevaarlijk zijn. De gebouwen waar deze specifieke regels voor gelden zijn het zogenoemde MP3- en MP4-gebouw. heeft de reglementen ondertekend voor 'gelezen en begrepen'. Daarnaast verzorgt jaarlijks verschillende trainingen, hangen er informatieborden in het bedrijfsgebouw die betrekking hebben op veiligheid en gebruiksaanwijzingen en instructies bij gevaarlijke machines.

3.5 In het algemeen veiligheidsreglement is onder meer vermeld dat in het geval een onveilige situatie wordt waargenomen, dit direct dient te worden gemeld bij de leidinggevende. Deze verplichting blijkt ook uit de functieomschrijving van Operator Samples.

3.6 heeft bij brief van 28 december 2011 een waarschuwing gekregen van omdat blijkens de brief herhaaldelijk is geconstateerd dat hij zonder helm of cap in de fabriek loopt. De brief vermeldt dat indien opnieuw geconstateerd wordt dat zich niet aan de veiligheidsvoorschriften houdt, genoodzaakt is verdergaande maatregelen te treffen.

3.7 heeft met goed gevolg deelgenomen aan de cursus veilig werken met houtbewerkingsmachines op 25 april 2013, gegeven door docent

3.8 Op 11 december 2015 heeft het certificaat behaald voor Herhaling Brandbestrijding en Ontruiming en Eerste Hulp.

3.9 Op 18 april 2016 heeft deelgenomen aan een kick-off meeting van het Safety Awareness trainingsprogramma, welk programma tot doel heeft om het veiligheidsbewustzijn van werknemers te bevorderen.

3.10 Op 11 juli 2016 heeft deelgenomen aan een VCA Basis training, die onder meer is gericht op onderwerpen die gerelateerd zijn aan ARBO- wet- en regelgeving.

3.11 Op 18 augustus 2016 was , rond 9.00 uur, bezig met het zagen van monsterstukken (samples) bij de tafelzaagmachine (hierna de zaagmachine) in het MP3-gebouw, waarbij hij in zijn rechterduim heeft gezaagd.

3.12 Op diezelfde dag, rond 13.30 uur, heeft telefonisch contact opgenomen met zijn leidinggevende, met de mededeling dat hij in zijn duim heeft gezaagd en in het ziekenhuis is.

3.13 Op 22 augustus 2016 heeft een gesprek plaatsgevonden op de plaats van het ongeval tussen en mevrouw (Health and Safety manager) over de toedracht van het ongeval.

3.14 Als productie 17 bij haar verzoek in eerste aanleg heeft foto's van het zaagblad van de zaagmachine overgelegd. Daarop is te zien dat op de kap naast het zaagblad

een sticker is geplakt waarop wordt vermeld:

“Voorkom aanraking met het zaagblad, haal werkstukken en afvalstukken nooit met de hand uit de gevarezone (rode vlak) weg, gebruik hiervoor een DUWHOUT.

Blijf minimaal 12 cm weg van de zaag van alle kanten. (...)”

3.15 Op 25 augustus 2016 heeft aan laten weten dat zij voornemens is om de arbeidsovereenkomst met hem te beëindigen.

3.16 Op 1 september 2016 heeft , collega van , verklaard, voor zover van belang:

“(...) tegenover mij en heeft [, hof] zich op 9 augustus negatief uitgelaten over de VCA training en de veiligheidsvoorschriften bij (...) voegde hier als voorbeeld aan toe dat hij tijdens zijn dienstverband bij altijd de veiligheidskappen van de zaagmachines gebruikte. antwoordde hierop dat hij de de veiligheidskap van de zaagmachine niet gebruikt, omdat hem – door zijn ruime ervaring met houtbewerkingsmachines – niets kan overkomen. (...)”

Deze verklaring wordt bevestigd door de verklaring van van 5 september 2016 die luidt, voor zover van belang:

“(...) zei dat hij de veiligheidskap van de zaagmachine nooit gebruikt, want hem zou toch niets overkomen. (...)”

3.17 Op 2 september 2016 heeft per e-mail een concept vaststellingsovereenkomst aan gestuurd.

3.18 Op 5 september 2016 heeft de gemachtigde van aansprakelijk gesteld voor de door geleden schade en nog te lijden schade ten gevolge van het ongeval.

3.19 is ziek gemeld en bij brief van 6 september 2016 van de bedrijfsarts opgeroepen voor het spreekuur op 21 september 2016. In de schriftelijke terugkoppeling van 21 september 2016 van de bedrijfsarts van het spreekuurcontact is als eerste ziekte dag 18 augustus 2016 vermeld.

3.20 Op 27 september 2016 heeft de Inspectie SZW (hierna de Inspectie) een boeterapport opgesteld, nadat zij op 25 augustus 2016 onderzoek heeft verricht. In dit rapport wordt onder meer vermeld:

“ Slachtoffer (...)

Blijvend Letsel Nee (...)

Waarnemingen Arbeidsinspecteur (...)

Op (...) 25 augustus (...) bevond ik mij op (...) locatie. (...) Ik zag dat het een tafelzaagmachine was van het merk Tecnomax SC/4WS type S-03 bouwjaar 2008. (...) Ik zag dat er aan de tafelzaagmachine een mapje hing met daarin de benodigde bedieningsinstructies voor de tafelzaagmachine. (...) Ik hoorde mevrouw zeggen dat ze niet kon vetrellen wat er nu precies tijdens het ongeval was gebeurd. Zij vertelde dat het slachtoffer haar verschillende versies had verteld, maar niet wist wat er nu echt gebeurd was. Zij vertelde verder dat zij vlak na het ongeval diverse foto's had gemaakt waarop de hoogte van de afschermkap duidelijk zichtbaar was. Zij vertelde verder dat de tafelzaagmachine niet meer was gebruikt tussen de tijd van het ongeval en het maken van de foto's om ongeveer 14:00 uur. (...) Ik heb geen gebreken aan de tafelzaagmachine kunnen waarnemen die mogelijk verband konden houden met het ongeval. Als laatste zag ik dat de

machine stond opgesteld op vier houten klosjes. (zie foto 10) Ik hoorde mevrouw vertellen dat deze er onder waren gemonteerd om de werkhogte van de machine iets hoger te krijgen. Verder vertelde zij mij dat de klosjes binnenkort verwijderd werden en de machine rechtstreeks op de vloer geplaatst zou worden. (...)

Bevindingen (...)

Er was een instructie van het arbeidsmiddel op de werkplek bij de machine voorhanden, waarin stond hoe de machine moest worden gebruikt. (...) In de gebruikshandleiding (welke uit de verklaring van het slachtoffer bij hem bekend was) van de machine welke op het bedrijf aanwezig was stond hoe de machine te gebruiken. (...) Het uitvoeren van het werk is niet verlopen in overeenstemming met de manier waarop het werk had moeten verlopen. Uit verklaringen van het slachtoffer blijkt dat het niet zo is gegaan omdat hij tijdens het afstellen van de tafelzaagmachine deze niet heeft afgeschakeld/stopgezet.”

is gehoord door de Inspectie en heeft over de toedracht van het ongeval verklaard, voor zover relevant:

“(...) Ik moest een nieuwe maatvoering van de samples opzetten voor een volgende werkopdracht. Ik heb hiertoe eerst de linialen van de machine ingesteld. Ik was bezig om een plankmaat (1-1,5 cm) te gaan zagen. Hiervoor had ik een proefstukje van ongeveer 5-6 cm dik. Ik liep achter de zaag om daar de geleider in te stellen. Je begrijpt dat wanneer de klos 5-6 cm hoog is, de zaagkap stond hiertoe een centimeter 8-10 hoog (...). Toen ik om de zaagtafel heen liep kreeg ik een pijnscheut in mijn rug en struikelde ik over het blokje aan de voorkant van de zaagmachine waar de zaagmachine op de vloer mee bevestigd is. Bij mijn afstelwerkzaamheden van linialen en geleiding was de zaagmachine nog aan. (...) De kap stond naar verwachting bij het ongeval een centimeter of 8-10 hoog. Bij het afstellen lag er geen hout op de zaagtafel. Ik kwam dus achter de zaagtafel vandaan en struikelde over een blokje. In mijn val klapte ik naar voren, ook de schuiftafel van de zaagmachine ging naar voren. Je wil je dan vastgrijpen en tegenhouden, dat gaat allemaal erg moeilijk en toen kwam ik in aanraking met het draaiende zaagblad. (...) Toen het ongeval gebeurde was ik helemaal alleen (...).”

Als getuige is de heer [redacted] een collega van [redacted] gehoord. Op vragen van de inspecteur heeft hij als volgt geantwoord (bijlage 5 bij het boeterapport, V = vraag en A = antwoord):

“V: Wat is er gebeurd op donderdag 18 augustus 2016?

A: Om ongeveer 9:15 uur ben de houtwerkplaats ingelopen (...). Toen ik binnen kwam zag ik staan met een geopende verbanddoos. (...)

Vlak voor [redacted] naar de huisarts vertrok heeft hij tegen mij gezegd zeg maar even niets voor het voorval voordat ik weer terug ben van de huisarts. [redacted] heeft mij gebeld toen hij bij de huisarts vandaan kwam met de mededeling dat er meer aan de hand was dan wij dachten. Hij vertelde dat hij was doorgestuurd naar het ziekenhuis. (...)

V: Wist u dat het afstellen van een zaagmachine met openstaande kap en draaiende zaag niet mocht?

A: Ja, dat is mij bekend.

V: Hoe bent u dat te weten gekomen?

A: Als eerste tijdens de opleiding en natuurlijk je gezond boeren verstand gebruiken.”

3.21 Na het ongeval, op 4 oktober 2016, heeft [redacted] een rapport opgesteld, waarin zij de gang van zaken op 18, 19 en 22 augustus 2016 heeft beschreven. In dit rapport wordt het navolgende vermeld, voor zover van belang:

“(...) 18 augustus (±13.30 uur): Ik ([redacted]) ben ben door [redacted] (Product

Development Manager) gebeld met de mededeling dat in zijn duim heeft
gezaagd en dat hij in het ziekenhuis is. Ik heb direct (Director
Engineering & Manufacturing), geïnformeerd en zij heeft (CEO) geïnformeerd.
18 augustus (±13.45 uur): (...) en (...) (...) hebben
(...) geïnterviewd over de aard van het ongeval. (...) gaf aan dat het
incident om ongeveer 9.00 uur heeft plaatsgevonden. (...) gaf aan dat
hij het niet heeft zien gebeuren. Toen hij de houtwerkplaats in kwam was het al gebeurd. (...)
18 augustus (±18.45 uur): (...) belt (...) om te vragen hoe het met hem gaat
en om zich te laten informeren over het letsel in het kader van de meldingsplicht naar de
Inspectie SZW (...) Over oorzaak is niet gesproken. heeft gevraagd om contact
op te nemen indien hij het ziekenhuis heeft verlaten en weer aanspreekbaar is.
19 augustus (±18.05 uur) heeft gebeld. Hij was op dat moment nog in
het ziekenhuis. heeft aangegeven dat onder narcose geopereerd is en
dat zijn pees van zijn duim helemaal door gesneden was. Zijn hand en onderarm zit in het
gips en moet 8 weken rust houden.
geeft aan dat er een intern onderzoek wordt uitgevoerd naar de aard en
oorzaak van het incident en of hij maandag langs kan komen op het werk.
reageerde "waarom is dat nodig, ik weet niet meer wat er gebeurd is. Misschien
ben ik met hulpstokje uitgeschoten. Ik weet het niet meer. Waarom moet ik dan naar het werk
komen" (...) Afgesproken is dat (...) maandagochtend belt om te kijken hoe het met
hem gaat en dan zullen er verdere afspraken gemaakt worden. Aangegeven is dat hij wel
rekening moet houden dat hij maandag middag langs moet komen voor incidentenonderzoek.
(...)
22 augustus (±15.15 uur): (...) geïnterviewd bij de MP3 (waar zich ook de
houtwerkplaats bevindt) door (...) over de toedracht van het ongeval. (...)
begint te vertellen bij de de tafelzaagbank dat hij een telescopisch linieaal gebruikt heeft.
(...) geeft aan dat om 14.00 uur geen linieaal bevestigd was op de zaagtafelmachine
en dat deze tegen een stelling stond. (...) reageerde daarop dat iemand deze dan
heeft weggehaald. (komt niet overeen met verhaal van: - zie rapportage
van de Arbeidsinspectie).
(...) kon niet aangeven waar hij precies mee bezig was toen hij met zijn duim het
zaagblad raakte en veranderde steeds zijn verhaal of zei dat hij het niet meer weet.
(...) on geen duidelijk verhaal vertellen over de toedracht. Daarnaast zaten er
ook tegenstrijdigheden in het verhaal. Voorbeelden zijn: De ene keer is het verhaal de
hulpstuk wegschoot bij het zagen van hout en dan was het verhaal dat hij struikelde. Het
gebeurde bij het afstellen van de machine. Op de vraag of hij bij het afstellen met een
draaiende machine deed, werd dat bevestigd. Maar daarop werd meteen gereageerd dat hij
ook met iets anders bezig kon zijn en dat hij zich het niet meer herinnerde.
(...) heeft gevraagd hoe hoe hoog de afscherming stond. Hij heeft aangegeven hoe
hoog de afscherming stond (...) laat zien dat bij deze hoogte geen duim bij het
draaiend blad kan komen. (...) gaf dan aan het mogelijk wat hoger kan zijn. Na
het gesprek bij de zaagtafel is het interview in de controlekamer verder gegaan. Daar is
ingegaan over wat na het ongeval allemaal heeft plaatsgevonden. (...)"

3.22 Bij brief van 25 oktober 2016 heeft de gemachtigde van , nogmaals
aansprakelijk gesteld, nu als gevolg van de opstelling en handelwijze van
jegens hem na het ongeval, meer in het bijzonder de aanvankelijke weigering om hem ziek te
melden en de ontslagaankondiging, ernstige psychische en fysieke klachten heeft opgelopen
en thans arbeidsongeschikt is.

3.23 In e-mailberichten van 23 en 28 december 2016 van collega () schrijft deze aan dat in de handleiding die aan de zaagmachine hangt geen stom woord over het uitzetten van de machine bij aanpassen van de afstelling wordt vermeld. Volgens is dat ook geen regel want anders waren de overige MP3 gebruikers na het incident van wel daar op gewezen.

3.24 In een e-mail van 7 januari 2017 schrijft collega () aan dat hij de zaagmachine niet uit zet als de geleider moet worden verzet. Dat staat volgens nergens in de voorschriften en wordt door niemand gedaan voor zover hij weet.

3.25 In verband met het ongeval heeft een boete van € 16.200,00 opgelegd gekregen van de Inspectie. De boetebeschikking van 10 februari 2017 vermeldt, voor zover van belang:

"(...) Ten aanzien van de feiten

Omschrijving overtreding (...):

I: Op 18 augustus 2016 werden (...) door uw werknemer (...), werkzaamheden verricht verband houdende met afstelwerkzaamheden aan een tafelzaagmachine (...). Uw werknemer had de opdracht gekregen om het arbeidsmiddel op een andere maatvoering af te stellen. Op enig moment liep hij om de zaagtafel heen en kreeg een pijnscheut in zijn rug. Daardoor struikelde hij over een blokje aan de voorzijde van het arbeidsmiddel waarmee het arbeidsmiddel op de vloer bevestigd was. Aangezien het arbeidsmiddel op dat moment niet was uitgeschakeld en drukloos of spanningsloos was gemaakt, bestond het gevaar dat uw werknemer zich tijdens het vallen zou tegenhouden en vastgrijpen aan het draaiende zaagblad. Dit gevaar heeft zich verwezenlijkt. (...) Productie- en afstelwerkzaamheden met of aan een arbeidsmiddel werden uitgevoerd, terwijl het arbeidsmiddel niet was uitgeschakeld en drukloos of spanningsloos was gemaakt waardoor de werkzaamheden niet veilig konden worden uitgevoerd, aldus zijnde een overtreding van (...) de Arbeidsomstandighedenwet, juncto (...) het Arbeidsomstandighedenbesluit, bestuurlijk beboetbaar gesteld in (...) datzelfde besluit."

Bij bezwaarschrift van 23 maart 2017 heeft bezwaar gemaakt tegen de beschikking van 10 februari 2017.

3.26 In een schriftelijke verklaring van 14 april 2017 heeft , voor zover van belang, verklaard:

"(...) Ik heb mijn verhaal al uitvoerig aan de arbeidsinspectie gedaan. Vandaag heb ik tegenover (...) en (...) (...) dat nogmaals herhaald. (...) Toen ik binnen kwam zag ik , hof] staan met een geopende verbanddoos. (...) hij vertelde mij dat hij met zijn rechterduim in aanraking was gekomen met de draaiende zaag van de tafelzaagmachine. (...) heeft niets gezegd over de oorzaak van het ongeval. heeft ook niet gezegd dat hij een steek in zijn rug kreeg en daardoor was gevallen. (...)"

3.27 In een memorandum van 25 april 2017 van gericht aan en voor gelezen en akkoord ondertekend door wordt vermeld, voor zover van belang:

"(...) Je hebt me in de houtwerkplaats ook laten zien dat je de machine met een draaiende zaag veilig kunt instellen en dat je tijdens het werk met de hand niet bij de zaag hoeft te komen. (...) Tenslotte gaf je aan dat er sinds de laatste cursus 'Veilig werken met houtbewerkingsmachines' de afspraak is gemaakt dat in het vervolg de zaagmachine toch wordt uitgezet als die moet worden in- of omgesteld."

3.28 Op 28 april 2017 heeft _____ schriftelijk onder meer verklaard:
“(…) Ook zijn er procedures opgesteld om de overgebleven risico's te verkleinen. Bij de zaagtafel betekent dit o.a. dat in het bijzonder, men voor de verwijdering van werkstukken en afvalstukken niet met de hand in de gevarezone (gemarkeerd vlak) van de zaagtafel mag komen, behalve door gebruikmaking van een duwhout. Dit om te voorkomen dat er een kans bestaat op aanraking met het zaagblad. Bij de zaagtafel zijn er instelwerkzaamheden die alleen verricht kunnen worden als de zaag uit staat (o.a. verwisselen van zaagblad, instellen van spouwmes). Bij eventuele andere instellingen (op hoogte brengen van de zaag, aanpassen van geleiding) kan de zaag draaien, maar men hoeft daarvoor niet met de handen in de gevarezone te komen. Het aanpassen en instellen van de geleiding of het op hoogte brengen van het zaagblad gebeurt aan de voorkant van de zaagtafel m.b.v. handwielen. Een andere belangrijke veiligheid betreft de plaatsing van de beschermkap boven de zaag (…). In de laatste cursus “Veilig werken met houtbewerkingsmachines” is besloten om met alle afstelhandelingen de zaag stil te zetten.”

3.29 Volgens een bericht van 29 mei 2017 van orthopedisch chirurg _____ is sprake van blijvende beperkingen aan de duim van _____

4. Het verzoek aan de kantonrechter en de beoordeling daarvan

4.1 _____ heeft aan de kantonrechter verzocht bij beschikking, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst op zo kort mogelijke termijn te ontbinden op de e-grond of de g-grond, zonder recht op transitievergoeding wegens ernstig verwijtbaar handelen van _____ en onder zijn veroordeling in de kosten.

4.2 _____ heeft verweer gevoerd en tegenverzoeken gedaan voor het geval de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbindt. Hij heeft daarbij aanspraak gemaakt op een transitievergoeding van € 6.591,39 bruto en een billijke vergoeding van € 45.000,- bruto of een ander in rechte vast te stellen bedrag wegens ernstig verwijtbaar handelen door _____. Daarnaast heeft hij verzocht _____ te veroordelen in de daadwerkelijke proceskosten van € 8.500,- bruto.

4.3 De kantonrechter heeft het ontbindingsverzoek, indien dat niet door _____ wordt ingetrokken, toegewezen per 1 maart 2017 op de e-grond onder veroordeling van _____ tot betaling aan _____ van de transitievergoeding vermeerderd met wettelijke rente, compensatie van proceskosten en afwijzing van het meer of anders verzochte, en voorts het tegenverzoek afgewezen en de proceskosten daarvan gecompenseerd.

5. De beoordeling in hoger beroep

5.1 _____ heeft in eerste aanleg aan haar verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de hierna te vermelden e-grond ten grondslag gelegd dat ernstig verwijtbaar heeft gehandeld omdat hij ondanks eerdere waarschuwingen niet volgens de veiligheidsvoorschriften heeft gehandeld door de verplichte afschermkap niet te gebruiken dan wel de zaagmachine niet te hebben uitgezet ten gevolge waarvan het ongeval heeft plaatsgevonden. Ook heeft _____ het ongeval willen verzwijgen en daar collega _____

bij betrokken, de toedracht van het ongeval verdraaid en niet eerlijk verteld wat er is gebeurd, aldus nog steeds

5.2 heeft tien beroepsgronden (door hem aangeduid als grieven) aangevoerd die zich in essentie richten tegen de ontbinding van de arbeidsovereenkomst en de proceskostenveroordeling.

5.3 Met grief 1 voert aan dat het opzegverbod van artikel 7:670 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW) in de weg staat aan ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Het hof stelt vast dat sprake is van voormeld opzegverbod omdat vanaf 18 augustus 2016 ongeschikt is tot het verrichten van arbeid. Volgens artikel 7:671b lid 6 BW staat dit opzegverbod niet in de weg aan ontbinding van de arbeidsovereenkomst indien het verzoek geen verband houdt met de ziekte van de werknemer. Nu het verwijt dat maakt, te weten een ernstige overtreding van de veiligheidsvoorschriften, niet is terug te voeren op ziekte van en daarmee verband houdende (re-integratie)verplichtingen oordeelt het hof dat het opzegverbod in dit geval niet in de weg staat aan ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Grief 1 faalt dan ook. Het hof dient vervolgens te beoordelen of de arbeidsovereenkomst terecht op de e-grond is ontbonden, nu met grief 7 bestrijdt dat hij verwijtbaar heeft gehandeld.

5.4 Op grond van artikel 7:671b lid 1 aanhef en onder a BW in verbinding met artikel 7:669 lid 1 en lid 3 aanhef en onder e BW kan de kantonrechter de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever ontbinden wegens verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

5.5 telt dat in strijd met de bij haar geldende en voor kenbare veiligheidsvoorschriften vermoedelijk geen duwhout heeft gebruikt bij het zagen van samples en stelt dat het ongeval niet zo kan zijn gegaan als heeft verteld dat het is gegaan.

Het hof is, zoals hierna zal worden overwogen, van oordeel dat niet als vaststaand kan worden aangenomen dat niet volgens de veiligheidsvoorschriften heeft gehandeld. In de eerste plaats is daarvoor redengevend dat er geen getuigen zijn van de toedracht van het ongeval. De vraag is dan of uit andere feiten en/of omstandigheden die vast (komen te) staan kan worden afgeleid dat de veiligheidsvoorschriften niet heeft nageleefd.

5.6 In de als productie 8 door in eerste aanleg overgelegde voorschriften met betrekking tot het werken aan de zaagmachine wordt niet ondubbelzinnig vermeld dat de zaagmachine in alle gevallen, dus ook die waarin de zaagmachine wordt bijgesteld nadat deze is ingesteld, dient te worden afgeschakeld. Uit de schriftelijke verklaringen van en (zie 3.23 en 3.24) leidt het hof af dat de medewerkers van die aan de zaagmachine staan deze ook, tot de na het aan overkomen ongeval gevolgdde cursus 'Veilig werken met houtbewerkingsmachines', feitelijk niet afschakelden wanneer de zaagmachine moest worden bijgesteld. Dit wordt ook bevestigd door de schriftelijke verklaring van (zie 3.28) en het memorandum met door geaccordeerde opmerkingen (zie 3.27), beide daterend van april 2017, aldus ruim na het ongeval van. Kennelijk is het ongeval van in eerste instantie geen aanleiding geweest de veiligheidsvoorschriften op dit punt te veranderen. Niet is gebleken dat de medewerkers die de zaagmachine niet afschakelden indien zij bij- of afstelwerkzaamheden verrichtten voordien daarop actief heeft aangesproken in het kader van de

veiligheidsvoorschriften. Dat _____ een voor hem kenbaar veiligheidsvoorschrift heeft overtreden door de machine niet af te schakelen toen hij naar zijn zeggen (en - gelet op de betwisting van de door hem gestelde toedracht door _____ - veronderstellenderwijs aangenomen) bijstelwerkzaamheden ging verrichten, kan dan ook niet geoordeeld worden.

5.7 _____ heeft bij de Inspectie (zie 3.20) verklaard dat hij de beschermkap op 8 tot 10 cm hoogte had geplaatst omdat hij bezig was met het op de juiste hoogte afstellen van de zaag en beschermkap voor het volgende proefblokje. _____ heeft de hoogte van de beschermkap aan de hand van foto's die direct na het ongeval zijn genomen, geschat op zo'n 15 cm, aldus zijn verklaring bij de Inspectie, maar hij heeft ook verklaard dat hij het hout dat op de tafel lag ten tijde van het _____, overkomen ongeval heeft weggehaald en dat dit daarom niet op de foto's is te zien. Uit de bij het boeterapport gevoegde foto's is dan ook niet af te leiden of _____ de beschermkap heeft gebruikt of niet. _____ heeft ook niet met andere feiten en/of omstandigheden kunnen onderbouwen dat _____ de beschermkap ten tijde van het ongeval niet heeft gebruikt. De - algemene - verklaringen van _____, en (zie 3.16) over wat _____ tegen hen zou hebben gezegd over het gebruik van de beschermkap door _____ zijn hiervoor onvoldoende. De juistheid van deze verklaringen is gemotiveerd betwist door _____. Bovendien zijn ze in tegenspraak met de stelling van _____ dat door _____ en/of _____ toezicht werd gehouden op de naleving van de veiligheidsvoorschriften bij uitvoering van de zaagwerkzaamheden. Zonder nadere onderbouwing, die ontbreekt, valt niet in te zien dat _____ ondanks dit toezicht - en kennelijk jarenlang volgens de verklaringen van _____ en _____ - de zaagwerkzaamheden heeft kunnen verrichten zonder gebruikmaking van de zaagkap terwijl dit onopgemerkt bleef door _____.

5.8 Eveneens is een feit dat de zaagmachine ten tijde van het ongeval van _____ op blokken was geplaatst. In het rapport van de Inspectie (zie 3.20) is op de bijgevoegde foto 10 te zien dat deze blokken uitsteken onder de zaagmachine. _____ heeft ter onderbouwing van haar stelling dat het ongeval niet zo kan zijn gegaan als _____ heeft verteld een filmpje overgelegd. Op dat filmpje is de zaagmachine te zien en een medewerker van _____ die kennelijk het verhaal van _____ construeert. Op het filmpje is evenwel ook te zien dat de hiervoor vermelde blokken zijn verwijderd. Reeds daarom kan dit filmpje niet dienen ter onderbouwing van de stelling van _____ nog daargelaten dat ook overigens uit dat filmpje voor het hof niet zonder meer is af te leiden dat het ongeval niet zo kan zijn gegaan als _____ heeft verteld.

5.9 Bij gebreke van concrete feiten en/of omstandigheden waaruit is af te leiden dat _____ daadwerkelijk geen duwhout heeft gebruikt bij het zagen van samples blijft het vermoeden van _____ dat _____ geen duwhout heeft gebruikt toen het ongeval plaats vond niet meer dan een vermoeden dat niet bevestigd kan worden door waarnemingen van getuigen, op grond waarvan niet geoordeeld kan worden dat _____ veiligheidsvoorschriften heeft overtreden door geen duwhout te gebruiken waar dat had moeten.

5.10 De verwijtbaarheid van het overige door _____ aan de e-grond ten grondslag gelegde handelen of nalaten van _____, zoals het gestelde willen verzwijgen van het ongeval, het daarin betrekken van collega _____ en het verdraaien van de toedracht van het ongeval en niet eerlijk vertellen wat er is gebeurd kan in dit geval - het al dan niet overtreden van de veiligheidsvoorschriften door _____, weggedacht - evenmin leiden tot het voldragen zijn van de e-grond. Deze verweten gedragingen veronderstellen opzettelijk handelen van _____.

om te misleiden, maar dit heeft niet aannemelijk gemaakt. Uit de verklaring van bij de Inspectie blijkt dat het ongeval vóór ongeveer 9:15 uur heeft plaatsgevonden. Uit het rapport van (zie 3.21) blijkt dat dezelfde dag omstreeks 13:30 uur heeft gebeld vanuit het ziekenhuis met zijn leidinggevende, om te melden dat hij in zijn duim heeft gezaagd en dat hij in het ziekenhuis is. was op de dag van het ongeval niet aanwezig bij. Dat het ongeval niet direct nadat het was gebeurd bij zijn leidinggevende heeft gemeld en tegen collega heeft gezegd even te wachten met iets te zeggen over het ongeval totdat hij weer terug was van de huisarts – zo volgt uit diens bij de Inspectie afgelegde verklaring – kan evengoed verklaard worden vanuit de omstandigheid dat door het ongeval in een shock verkeerde. Hierbij mag niet uit het oog worden verloren dat het aan overkomen ongeval weliswaar aanvankelijk leek mee te vallen naar de inschatting van en die beiden BHV-ers zijn, maar dat vervolgens wel een operatie onder narcose heeft moeten ondergaan.

5.11 Evenmin is aannemelijk geworden dat welbewust de toedracht van het ongeval heeft verdraaid en/of daarover niet eerlijk is geweest. onderbouwt dit deel van haar stelling met het relaas van zoals vermeld in haar rapport (zie 3.21). Dat volgens dit rapport op 19 augustus 2016 zich niet precies weet te herinneren wat er is gebeurd hoeft geen verwondering te wekken gegeven het feit dat hij die dag onder narcose is geopereerd. Vervolgens heeft met op 22 augustus 2016 gesproken over de toedracht van het ongeval en ook toen heeft blijkens het rapport van aangegeven dat hij het zich niet precies kon herinneren. Dat volgens in haar rapport geen duidelijk verhaal over de toedracht kon vertellen en dat er tegenstrijdigheden in zijn verhaal zaten, brengt op zichzelf nog niet met zich dat de toedracht van het ongeval opzettelijk heeft verdraaid dan wel daarover opzettelijk niet eerlijk is geweest. Dit is ook niet onderbouwd met andere feiten en/of omstandigheden.

5.12 Het algemene bewijsaanbod van dat niet is toegespitst op haar stellingen dient als onvoldoende gespecificeerd te worden gepasseerd.

5.13 Het hof komt, gegeven het vorenstaande, tot de slotsom dat niet is gebleken dat (ernstig) verwijtbaar heeft gehandeld, zodat grief 7 slaagt. Dit betekent dat het verzoek van tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ten onrechte is toegewezen op de e-grond.

5.14 Gelet op de devolutieve werking van het hoger beroep dient onderzocht te worden of de eveneens aan het verzoek tot ontbinding ten grondslag gelegde g-grond tot ontbinding kon leiden.

Als belangrijkste vraag ligt daarbij voor of er sprake was van een verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kon worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, zoals bedoeld in artikel 7:669 lid 3 aanhef en onder g BW.

5.15 De in art. 7:669 lid 3 aanhef en onder g BW vermelde redelijke grond voor opzegging is ontleend aan het tot 1 juli 2015 geldende Ontslagbesluit. Uit de parlementaire geschiedenis van de Wet werk en zekerheid blijkt onder meer dat geen wijziging werd beoogd ten opzichte van hetgeen in dat Ontslagbesluit en de daarop toentertijd gebaseerde Beleidsregels Ontslagtaak UWV was geregeld (zie bijv. Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 98-101). Het tot 1 juli 2015 geldende Ontslagbesluit bepaalde ten aanzien van deze grond dat de

werkgever aannemelijk diende te maken dat sprake was van een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding. In de Memorie van Toelichting (Kamerstukken II 2013/2014, 33818, nr. 3, p. 43-46 en p. 98) is hierover nog het volgende opgemerkt:

“In het Ontslagbesluit gelden als criteria voor het verlenen van toestemming voor ontslag dat de verstoring ernstig en duurzaam moet zijn. Beide criteria gelden in beginsel nog steeds en komen tot uitdrukking in de formulering “zodanig dat van de werkgever redelijkerwijs niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren”. In beginsel, omdat ook bij een minder duurzaam verstoorde arbeidsverhouding de arbeidsovereenkomst opgezegd moet kunnen worden als de ernst daarvan zodanig is dat voortzetting van de arbeidsovereenkomst in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd.”

5.16 heeft het navolgende aan de verstoorde arbeidsverhouding ten grondslag gelegd. Voor is de veiligheid op de werkvloer de belangrijkste pijler en heeft, door het willen verzwijgen van zijn ongeval, naast het schenden van zijn meldingsplicht tevens een situatie gecreëerd die niet goed is voor de verstandhouding tussen werkgever en werknemer. Het kunnen waarborgen van de veiligheid gaat gepaard met het vertrouwen dat in haar werknemers moet hebben. De werknemers zijn immers de uitvoerders van de werkzaamheden. Het niet naleven van de veiligheidsvoorschriften ten gevolge waarvan een ernstig ongeval ontstaat dat vervolgens wordt verzwegen en het nalaten om een juiste verklaring te geven hieromtrent is een kwalijke zaak. Het feit dat eerder is aangesproken op het niet in acht nemen van de veiligheidsvoorschriften draagt bij aan het duurzame verlies van vertrouwen, aldus nog steeds

5.17 Niet is in geding dat veel aandacht besteedt aan veiligheid op de werkvloer. In 5.5 e.v. heeft het hof evenwel overwogen dat niet kan worden vastgesteld dat de veiligheidsvoorschriften niet heeft nageleefd en dat niet is komen vast te staan dat het ongeval opzettelijk heeft verzwegen. Deze omstandigheden kunnen dan ook niet bijdragen aan de vaststelling van een zodanige vertrouwensbreuk dat terecht moest vrezen dat in de toekomst niet de nodige zorgvuldigheid zou betrachten en dat van in redelijkheid niet kon worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Gelet op het voorgaande is het hof van oordeel dat niet aannemelijk heeft gemaakt dat sprake was van een zodanig verstoorde arbeidsverhouding, dat van haar niet langer in redelijkheid kon worden gevergd dat zij het dienstverband met voortzette. Deze verstoring kan evenmin worden afgeleid uit de omstandigheid dat zich in rechte heeft verdedigd tegen het ontbindingsverzoek. Een werknemer heeft dit recht en gesteld noch gebleken is dat misbruik van dit recht heeft gemaakt.

5.18 De conclusie van vorenstaande is dat het verzoek van tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ten onrechte is toegewezen.
De grieven 2 tot en met 6, 8 en 9 hoeven niet meer te worden besproken.

5.19 Het verzoek van tot herstel van de arbeidsovereenkomst zal worden toegewezen. was vóór het ongeval al ongeveer acht jaar in dienst bij en heeft altijd goed gefunctioneerd, op één enkele waarschuwing in 2011 na, die geen betrekking had op het werken aan de zaagmachine (zie 3.6). Bij heeft een aan zijn beperkingen aangepaste combinatiefunctie van Logistiek Operator en Operator Samples gehad (zie 3.2). Gelet op zijn beperkingen in combinatie met zijn leeftijd zal het voor moeilijk zijn een soortgelijke functie te verwerven indien de arbeidsovereenkomst met niet wordt hersteld. Dat de functie van

als Operator Samples al heeft vervuld door een nieuwe medewerker met een tijdelijk dienstverband aan te trekken, dient in dit geval voor haar risico te blijven nu gebleken is dat geen grond bestond voor de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Inmiddels is van die bepaalde tijd van één jaar al een deel verstreken. De omstandigheid dat de functie van Logistiek Operator inmiddels op andere wijze is ingevuld door [redacted] brengt het hof niet tot een ander oordeel.

5.20 Het hof zal de verzochte veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst toewijzen met ingang van 1 maart 2017, zoals verzocht. Voorts zal het hof [redacted] te veroordelen het vanaf 1 maart 2017 verschuldigde loon en emolumenten aan [redacted] te betalen. Gelet op dat tijdstip is er geen aanleiding om voorzieningen te treffen omtrent de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst.

5.21 De daadwerkelijk gemaakte kosten van rechtsbijstand neemt het hof niet in aanmerking nu de in artikel 237 e.v. Rv bedoelde kosten hiervoor een vergoeding plegen in te sluiten. Grief 10 faalt dan ook.

5.22 Het hoger beroep slaagt en [redacted] zal, als de in het ongelijk te stellen partij, worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep, aan de zijde van [redacted] te bepalen op € 313,- griffierecht en € 1.788,- voor salaris advocaat volgens liquidatietarief (2 punten, tarief II). [redacted] dient voorts, als de in het ongelijk te stellen partij, in de kosten van de eerste aanleg, voor zover deze betrekking hebben op haar verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst, te worden veroordeeld. De bestreden beschikking dient in zoverre te worden vernietigd. De kosten aan de zijde van [redacted], wat betreft de eerste aanleg worden tot aan de bestreden beschikking vastgesteld op € 400,00 voor salaris gemachtigde overeenkomstig het liquidatietarief.

6. De beslissing

Het hof, beschikkende in hoger beroep:

veroordeelt [redacted] de arbeidsovereenkomst met [redacted] te herstellen met ingang van 1 maart 2017 onder dezelfde arbeidsvoorwaarden als vóór die datum;

veroordeelt [redacted] tot betaling aan [redacted] van het maandelijks verschuldigde loon en emolumenten, vanaf 1 maart 2017;

vernietigt de tussen partijen gewezen beschikking van de kantonrechter (rechtbank Gelderland, locatie Arnhem) van 17 januari 2017 voor zover de proceskosten betreffende het verzoek van [redacted] tussen partijen zijn gecompenseerd en in zoverre opnieuw beschikkende:

veroordeelt [redacted], in de proceskosten in eerste aanleg betreffende het verzoek van [redacted] tot aan de bestreden beschikking aan de zijde van [redacted] vastgesteld op € 400,- voor salaris gemachtigde;

veroordeelt [redacted] in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze beschikking aan de zijde van [redacted] vastgesteld op € 313,- aan griffierecht en op € 1.788,- voor salaris advocaat volgens het liquidatietarief;

verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af wat meer of anders is verzocht.

Deze beschikking is gegeven door mrs. C. Hoogland, E.B. Knottnerus en M.E.L. Fikkers, en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 24 augustus 2017 in aanwezigheid van de griffier.



J.M.
Uitgegeven voor grosse
op 24 augustus 2017
door de griffier van het Gerechtshof
Arnhem-Leeuwarden.
J.U