

beschikking

RECHTBANK GELDERLAND

Team kanton en handelsrecht

Zittingsplaats Nijmegen

zaakgegevens 6452668 \ HA VERZ 17-109 \ 25115 \ 636
uitspraak van 29 januari 2018

beschikking

in de zaak van

[REDACTED], h.o.d.n. **[REDACTED]**
wonende te Hasselt, gemeente Zwartewaterland,
verzoekende partij
gemachtigde mr. A. Thissen

tegen

[REDACTED]
wonende te **[REDACTED]**
verwerende partij
gemachtigde mr. M.H. van Belzen-Stam (Das Rechtsbijstand)

Partijen worden hierna **[REDACTED]** en **[REDACTED]** genoemd.

1. De procedure

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het verzoekschrift met producties, ingekomen op 8 november 2017
- het verweerschrift met producties, ingekomen op 3 januari 2018
- de herziene versie van het verzoekschrift, ingekomen op 9 januari 2018
- de mondelinge behandeling op 12 januari 2018 mede inhoudende de pleitnotitie van de gemachtigde van **[REDACTED]**

2. De feiten

2.1. **[REDACTED]** is met zijn binnenvaartschip, genaamd **[REDACTED]**, als eenmanszaak actief in de binnenvaart.

2.2. **[REDACTED]**, geboren op **[REDACTED]**, is op 7 november 2016 via een uitzendbureau door **[REDACTED]** ingeleend als stuurman. Met ingang van 2 januari 2017 is hij op grond van een arbeidsovereenkomst voor de duur van 7 maanden (tot en met 31 juli 2017) als stuurman in dienst getreden van **[REDACTED]**. De arbeidsovereenkomst voorziet in een tussentijdse opzegmogelijkheid. Vervolgens is de arbeidsovereenkomst zonder tegenspraak voor

eenzelfde periode van 7 maanden onder dezelfde voorwaarden voortgezet (ex artikel 7:668 lid 4 BW). Deze tweede arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt op 28 februari 2018.

2.3. ████████ ontleent zijn bevoegdheid als volmatroos/stuurman in de binnenvaart aan zijn dienstboekje, voor het eerst aan hem afgegeven op zijn 16^e jaar.

2.4. Blijkens artikel 3.02 van het Reglement betreffende het scheepvaartpersoneel op de Rijn (RSP) gelden er voorwaarden voor de bekwaamheden van de diverse bemanningsleden. Op grond van artikel 3.03 van het RSP moeten de bemanningsleden voldoen aan de voorwaarden voor lichamelijke en geestelijke geschiktheid. Deze lichamelijke en geestelijke geschiktheid moet voor de eerste afgifte van het dienstboekje worden aangetoond door een medische verklaring die niet ouder mag zijn dan drie maanden. Ingevolge artikel 3.04 van het RSP moet het bewijs van lichamelijke en geestelijke geschiktheid vernieuwd worden door het overleggen van een medische verklaring, die niet ouder dan drie maanden mag zijn:

- a) voor de houder van een schipperspatent, iedere vijf jaar vanaf het bereiken van de leeftijd van 50 jaar tot de leeftijd van 65 jaar, daarna ieder jaar vanaf het bereiken van de leeftijd van 65 jaar;
- b) voor de leden van de bemanning, met uitzondering van de houder van een schipperspatent, vanaf het bereiken van de leeftijd van 65 jaar en daarna ieder jaar.

2.5. Op grond van de Binnenvaartregeling dient, ter verkrijging van een dienstboekje als bedoeld in de artikelen 3.03 en 3.04 van het RSP, een geneeskundig onderzoek te worden verricht door een geneeskundige als bedoeld in die regeling. Op grond van artikel 6.4 van de Binnenvaartregeling verricht de arts het geneeskundig onderzoek op basis van de keuringseisen en keuringsaanwijzingen in bijlage 6.1 bij de Binnenvaartregeling. In bijlage 6.1 van de Binnenvaartregeling staat het volgende:

Artikel 9. Aandoeningen die gepaard gaan met bewustzijns- of evenwichtsstoornissen

1. Alle aandoeningen die gepaard gaan met bewustzijns- of evenwichtsstoornissen, alsmede aanvallen van draaiduizeligheid of onbedwingbare slaap zijn een reden voor ongeschiktheid.
2. Alle vormen van epilepsie in de anamnese, al dan niet medicamenteus behandeld, zijn een reden voor ongeschiktheid. Uitzonderingen hierop zijn:
 - a. goedkeuring is mogelijk indien de laatste aanval heeft plaatsgevonden voor het vijfde levensjaar en nadien geen anti-epileptica zijn gebruikt;
 - b. goedkeuring na een eerste aanval is, na ongeschikt verklaring gedurende twee jaar na die aanval, bij een erkend gunstige prognose mogelijk indien:
 - 1^o dit één al dan niet geprovoceerde epileptische aanval betreft,
 - 2^o die niet is behandeld met medicijnen, en
 - 3^o geen voor epilepsie relevante afwijkingen aan de hersenen zichtbaar zijn op een MRI-scan, een recent standaard EEG alsmede een recent EEG na gehele of partiële slaaponthouding;
 - c. (...)
 - d. goedkeuring na meer dan één aanval van personen bij wie de medicatie is gestaakt is, na ongeschikt verklaring gedurende twee jaar na het staken van die medicatie, bij een erkend gunstige prognose mogelijk indien na het staken geen voor epilepsie relevante afwijkingen aan de hersenen zichtbaar zijn op een MRI-scan, een recent standaard EEG alsmede een recent EEG na gehele of partiële slaaponthouding;
 - e. goedkeuring is mogelijk voor het klein vaarbewijs dat uitsluitend voor de pleziervaart wordt gebruikt, met een maximum geldigheidsduur van vijf jaar, bij gebruik van anti-epileptica na een aanvalsvrije periode van twee jaar.
3. (...)
4. (...)

2.6. Op 25 juli 2017 heeft ████████ aan boord van de ████████ een epileptische aanval gekregen. ████████ was de rest van de dag niet meer in staat om te werken. Hij heeft daarna nog (aangepast) gewerkt tot en met 4 augustus 2017. Daarna had hij drie weken vakantie. Op 29 augustus 2017 heeft ████████ zich ziek gemeld vanwege een geplande medische ingreep aan zijn hand (die niets te maken had met de epileptische aanval).

2.7. Bij brief van 11 september 2017 heeft [REDACTED] het volgende aan [REDACTED] geschreven:

"(...) Hierbij kom ik terug op het incident aan boord in juli 2017 waarbij u neerviel en een hoofdwond opliep.

Toen ik u vroeg wat er was gebeurd, liet u mij weten dat het ging om een epileptische aanval. Ook liet u weten dat u al langer aan epilepsie lijdt en dat u daarvoor medicatie gebruikt. De medicatie had u op de dag van het incident niet ingenomen, zei u.

In reactie op uw verklaring liet ik u weten dat ik mij zorgen maakte om de veiligheid. Niet alleen uw eigen veiligheid aan boord komt namelijk in het geding als u tijdens het werk weer een epileptische aanval zou krijgen. Mede gelet op uw functie van stuurman zouden ook de veiligheid van het ms. Amber en de veiligheid van andere gebruikers van de waterwegen in gevaar kunnen komen als u aan het roer een epileptische aanval zou krijgen.

U probeerde mij gerust te stellen door aan te geven dat uw aandoening niet zoveel voorstelt, maar ik bleef mij toch zorgen maken. Daarom heb ik enig onderzoek verricht. Zodoende ben ik erachter gekomen dat op grond van artikel 9 lid 2 van bijlage 6.1 van de Binnenvaartregeling in principe aangenomen moet worden dat een epileptische aanval een bemanningslid voor twee jaar ongeschikt maakt voor de binnenvaart:

"Alle vormen van epilepsie in de anamnese, al dan niet medicamenteus behandeld, zijn een reden voor ongeschiktheid."

In het voornoemde artikel zijn echter ook bepaalde uitzonderingen opgenomen. Of een van de uitzonderingen van toepassing is, is zonder raadpleging van een arts niet vast te stellen. Omdat u op het moment dus mogelijk ongeschikt bent om aan boord te werken, ben ik als werkgever genoodzaakt om u naar de bedrijfsarts en een keuringsarts te sturen. U zult daarom op zeer korte termijn een oproep ontvangen voor een afspraak met de bedrijfsarts. De bedrijfsarts zal informatie nodig hebben van uw behandelend neuroloog. U zult de naam van uw neuroloog en de plaats waar hij/zij werkt moeten doorgeven aan de bedrijfsarts, zodat de bedrijfsarts daar de anamnese kan opvragen.

In de tussentijd zult u niet aan dek mogen werken. U mag vooralsnog wel meevaren in de stuurhut en in de woning verblijven. Bij het aan en van boord gaan dient u het voorgeschreven reddingsvest te dragen. In dat verband verwijs ik u nog naar bijgevoegde waarschuwingsbrief. Zodra de bedrijfsarts u oproept, zal ik u in de gelegenheid stellen naar de afspraak toe te gaan. (...)"

2.8. Op 25 september 2017 is [REDACTED] door de medische dienst van de Inspectie Leefomgeving en Transport gekeurd voor geschiktheid in de binnenvaart. Blijkens de 'Geneeskundige verklaring binnenvaart' van die datum is [REDACTED] (tijdelijk) ongeschikt geacht. De bij de keuring geconsulteerde neuroloog heeft de kans op herhaling van een epileptische aanval op dat moment vrij hoog ingeschat. De Stichting Afvalstoffen en Vaardocumenten Binnenvaart (SAB) heeft vervolgens bij [REDACTED] zijn dienstboekje opgevraagd om daarin melding te maken van de (tijdelijke) ongeschiktheid.

2.9. Bij brief van 16 oktober 2017 heeft de bedrijfsarts een 'Probleemanalyse en advies' opgesteld. Hierin staat onder meer het volgende:

Conclusie over de arbeidsongeschiktheid als gevolg van ziekte

Betrokkene heeft chronische fysieke klachten die hem ongeschikt maken voor zijn eigen werk.

Beperkingen en mogelijkheden in relatie tot de functie

Het eigen werk is niet mogelijk gezien de risico's op een ernstig gevolg. Werken aan boord van een schip wordt daarom ook onverantwoord geacht.

Dit geeft de volgende mogelijkheden ten aanzien van de werkhervatting

Betrokkene wordt geschikt geacht voor werkzaamheden waarbij er geen risico's zijn voor hemzelf en/of derden mocht er een gebeurtenis optreden waarbij er sprake is van een volledig verlies van bewustzijn.

Is de arbeidsongeschiktheid een gevolg van het werk of de werkomstandigheden?

Het werk is niet de oorzaak van de klachten.

Zijn er andere aspecten die van belang zijn voor het verzuim?

De reïntegratie stagneert en daarom wordt geadviseerd om een arbeidsdeskundige in te zetten zodat alle arbeidsmogelijkheden nader onderzocht kunnen worden.

- 2.10. [REDACTED] heeft na het herstel van zijn hand nog werkzaamheden verricht voor [REDACTED], echter niet meer als stuurman.

3. Het verzoek en het (voorwaardelijk) tegenverzoek

- 3.1. [REDACTED] verzoekt de kantonrechter:

- 1) de arbeidsovereenkomst met [REDACTED] op grond van artikel 7:671 sub b, artikel 7:669 lid 1 en lid 3 sub e BW te ontbinden, wegens de daarvoor aangevoerde redelijke grond, zijnde verwijtbaar handelen of nalaten van [REDACTED];
- 2) bij het bepalen van de einddatum rekening te houden met de duur gelegen tussen de ontvangst van het verzoekschrift en de dagtekening van de ontbindingsbeschikking;
- 3) *primair*: bij het bepalen van de einddatum geen rekening te houden met de opzegtermijn en de arbeidsovereenkomst op een eerder tijdstip te ontbinden, nu de ontbinding het gevolg is van dringende redenen respectievelijk ernstig verwijtbaar handelen van [REDACTED];
- 4) *subsidiair*: bij het bepalen van de einddatum geen rekening te houden met de opzegtermijn en de arbeidsovereenkomst dadelijk te ontbinden, nu de ontbinding het gevolg is van dringende redenen respectievelijk ernstig verwijtbaar handelen van [REDACTED];
- 5) [REDACTED] te veroordelen tot betaling aan [REDACTED] van de gefixeerde schadevergoeding ex artikel 7:677 lid 2 jo. lid 3 sub a BW;
- 6) [REDACTED] te veroordelen in de kosten van het geding, uitvoerbaar bij voorraad, te vermeerderen met de wettelijke rente over de proceskosten, te rekenen 14 dagen na datum van de ontbindingsbeschikking.

3.2. [REDACTED] legt het volgende aan zijn verzoek ten grondslag. [REDACTED] weet al sinds zijn 17^e jaar dat hij epilepsie heeft. Hij slikt daar sindsdien medicijnen voor. Door zijn epilepsie mist [REDACTED] volgens [REDACTED] blijkens de Binnenvaartregeling de bekwaamheid om zijn functie als stuurman uit te oefenen. Het feit dat [REDACTED] hem onjuiste inlichtingen heeft verschaft omtrent de risico's van zijn epilepsie, dat hij niet heeft gemeld dat hij in 2015 nog een epileptische aanval heeft gehad en dat hij zich niet heeft laten herkeuren vóór zijn indiensttreding bij [REDACTED] (of voor het aanvragen van een nieuw dienstboekje), maakt dat [REDACTED] verwijtbaar heeft gehandeld / nagelaten in de zin van artikel 7:669 lid 3 sub e BW. [REDACTED] stelt dat hijzelf door het geldige dienstboekje van [REDACTED] mocht vertrouwen op diens geschiktheid voor de binnenvaart. Volgens [REDACTED] levert het feit dat [REDACTED] hem niet heeft ingelicht over het gebrek aan vaardigheid een dringende reden op in de zin van artikel 7:678 lid 2 sub b BW en of andere gronden. Een dergelijke dringende reden is een zelfstandige reden voor ontbinding van de overeenkomst en kan worden begrepen onder de e-grond van artikel 7:669 lid 3 BW. [REDACTED] stelt verder dat herplaatsing in een passende functie niet mogelijk is en niet in de rede ligt. Omdat [REDACTED] volgens [REDACTED] ook ernstig verwijtbaar heeft gehandeld in de zin van artikel 7:671b lid 8 sub b BW, verzoekt hij de kantonrechter het einde van de arbeidsovereenkomst te bepalen op een eerder tijdstip dan met inachtneming van de wettelijke opzegtermijn en artikel 7:671b lid 8 sub a BW het geval zou zijn. Van hem kan onder deze omstandigheden niet langer worden gevergd de arbeidsovereenkomst met [REDACTED] te laten voortduren, aldus [REDACTED].

3.3. Voor het geval dat het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt ingewilligd verzoekt [REDACTED]:

- 1) om bij het bepalen van het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst eindigt rekening te houden met de voor hem geldende opzegtermijn van één maand;

- 2) **A** te veroordelen zorg te dragen voor een correcte eindafrekening van de openstaande vakantiedagen (eind december 2017 7 dagen) en van de opgebouwde vakantietoeslag van 8% per maand vanaf juni 2017;
- 3) **A** te veroordelen over te gaan tot overdracht in correcte staat van de kleding en de koffer van **B** die nog aan boord liggen.

3.4. Op de stellingen en het verweer van partijen zal hierna—voor zover relevant—nader worden ingegaan.

4. De beoordeling

in het verzoek en in het tegenverzoek

4.1. De kantonrechter stelt vast dat het verzoek tot ontbinding geen verband houdt met het opzegverbod tijdens ziekte als bedoeld in artikel 7:670 lid 1 BW.

Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten?

4.2. De meest verstrekkende grondslag voor het verzoek van **A** tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst is dat sprake is van zodanig ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van **B** dat per direct (3.1. sub 4), of zelfs met terugwerkende kracht (3.1. sub 3), de ontbinding van de arbeidsovereenkomst moet worden uitgesproken.

4.3. De kantonrechter overweegt dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet met terugwerkende kracht kan worden uitgesproken. Voor zover **A** dit heeft beoogd met zijn verzoek onder 3.1. sub 3) zal dit om die reden worden afgewezen. Indien echter sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van **B**, kan de kantonrechter ingevolge artikel 7:671b lid 8 onderdeel b BW wel ontbinden tegen een eerder tijdstip (per direct), zonder inachtneming van de opzegtermijn, zoals **A** onder 3.1. sub 4) verzoekt.

4.4. **B** betwist dat hij verwijtbaar heeft gehandeld / nagelaten, laat staan ernstig verwijtbaar. Hij voert daartoe het volgende aan. In 2008, toen hij zijn dienstboekje kwijt was, heeft hij conform de geijkte weg een nieuw dienstboekje aangevraagd en gekregen. Een medische herkeuring was daarvoor niet nodig. Hij beschikte dus over de juiste documenten. Hij heeft richting **A** nooit een geheim gemaakt van zijn epilepsie en heeft zijn ziekte tijdens het eerste dienstverband van 7 maanden (dus ruim vóór de brief van **A** van 11 september 2017) aan **A** gemeld. **B** heeft vervolgens het eerste tijdelijke dienstverband verlengd. **B** verkeerde zelf in de veronderstelling dat de epilepsie onder controle was vanwege de medicijnen. Hij had nagenoeg geen aanvallen. Dit heeft hij ook zo aan **A** gemeld. Hij heeft naar eer en geweten gehandeld. De neuroloog waarbij hij in behandeling is heeft hem nooit gemeld dat hij zijn functie niet zou mogen blijven uitoefenen, zo voert **B** aan. Van de regelgeving die gepaard gaat met epilepsie was hij niet op de hoogte. Het niet in acht nemen van een opzegtermijn is onder die omstandigheden niet redelijk, aldus **B**. De arbeidsovereenkomst zou in dit geval, wanneer deze niet zou worden verlengd, toch al eindigen per 1 maart 2018. **B** had ten slotte ook de mogelijkheden moeten onderzoeken om **B** in een passende functie buiten de binnenvaart te detacheren of herplaatsen.

4.5. De kantonrechter overweegt het volgende. Vast staat dat **A** geen geheim heeft gemaakt van zijn ziekte. **B** heeft niet betwist dat hij al vóór de epileptische aanval van **A** op 25 juli 2017 op de hoogte was van het feit dat **A** epilepsie heeft en daarvoor medicijnen slikt. Zowel **A** als **B** verkeerden vóór de epileptische aanval in de veronderstelling dat de ziekte onder controle was en dat deze niet per sé tot

ongeschiktheid van [REDACTED] voor zijn functie leidde. [REDACTED] heeft weliswaar geen melding gemaakt van de epileptische aanval die hij in 2015 heeft gehad, maar hij heeft daarover ter zitting verklaard dat hij dacht geen risico meer te lopen op een nieuwe aanval, nu de neuroloog hem naar aanleiding daarvan extra medicijnen had voorgeschreven. Blijkens bijlage 6.1. bij de Binnenvaartregeling leidt epilepsie ook niet in alle gevallen tot ongeschiktheid. Verder volgt uit de van toepassing zijnde regelgeving (hiervoor weergegeven onder 2.4. en 2.5.) dat een schipper / stuurman die eenmaal een geldig dienstboekje heeft verkregen (zoals [REDACTED] toen hij nog geen epilepsie had) pas vanaf zijn 50^e jaar voor het eerst herkeurd moet worden. Hoewel het, ondanks deze regelgeving, op de weg van [REDACTED] had gelegen om, gelet op zijn epilepsie, zelf een herkeuring aan te vragen, brengt het feit dat [REDACTED] kennelijk tijdens het eerste tijdelijke dienstverband ook geen probleem zag in de epilepsie van [REDACTED] en hij de tijdelijke arbeidsovereenkomst met [REDACTED] heeft verlengd in de wetenschap van diens epilepsie, in samenhang met alle hiervoor genoemde omstandigheden, mee dat naar het oordeel van de kantonrechter geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen in de zin van artikel 7:671b lid 8 onderdeel b BW. Voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang ziet de kantonrechter dan ook onvoldoende grond.

Ontbinding op grond van artikel 7:669 lid 3 sub e BW?

4.6. Omdat de arbeidsovereenkomst tussen [REDACTED] en [REDACTED] van rechtswege eindigt per 1 maart 2018 en de kantonrechter de overeenkomst, bij inachtneming van de reguliere opzegtermijn van artikel 7:671b lid 8 onderdeel a BW, niet eerder kan ontbinden dan per 1 maart 2018, heeft [REDACTED] naar het oordeel van de kantonrechter geen belang meer bij het antwoord op de vraag of [REDACTED] wel zodanig verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten dat van [REDACTED] niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst nog langer te laten voortduren in de zin van artikel 7:669 lid 3 sub e BW. Het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst zal wegens het ontbreken van een belang worden afgewezen.

4.7. Omdat [REDACTED] de arbeidsovereenkomst niet onverwijld heeft opgezegd wegens een dringende reden, is artikel 7:677 lid 2 en lid 3 sub a BW niet van toepassing en kan hij geen aanspraak maken op gefixeerde schadevergoeding. Dit verzoek van [REDACTED] zal daarom ook worden afgewezen.

4.8. Aan de beoordeling van de voorwaardelijke tegenverzoeken wordt niet toegekomen, nu het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet is ingewilligd en daarmee niet aan de gestelde voorwaarde is voldaan. Ten overvloede overweegt de kantonrechter geen grondslag aanwezig te achten voor het toewijzen van de verzoeken (onder 3.3. sub 2) en 3.3. sub 3) omdat er geen aanleiding is om aan de medewerking van [REDACTED] te twijfelen.

4.9. Gelet op de aard van de verhouding tussen partijen, ziet de kantonrechter aanleiding om de proceskosten te compenseren, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

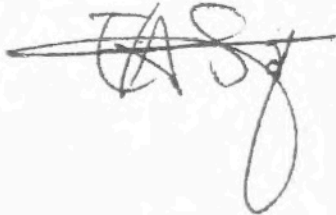
5. De beslissing

De kantonrechter

- 5.1. wijst het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst af;
- 5.2. compenseert de proceskosten in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt;

5.3. wijst het meer of anders verzochte af.

Deze beschikking is gegeven door de kantonrechter mr. M.J.P. Heijmans en in het openbaar uitgesproken op 29 januari 2018.



AFSCHRIFT

Voor eensluidend afschrift.

De griffier van de rechtbank.

Datum: 29 januari 2018