

# **ECLI:NL:GHSHE:2017:135**

## **Uitspraak**

### **GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH**

Afdeling civiel recht

Uitspraak : 19 januari 2017

Zaaknummer : 200.197.279/01

Zaaknummer eerste aanleg : 5011106 AZ VERZ 16-56

in de zaak in hoger beroep van:

**Syncreon Netherlands B.V.**,

gevestigd te [vestigingsplaats 1] ,

appellante,

hierna aan te duiden als Syncreon,

advocaat: mr. W.H.N.C. van Beek te Ulvenhout,

tegen

**[verweerder] ,**

wonende te [woonplaats] ,

verweerder,

hierna aan te duiden als [verweerder] ,

advocaat: mr. M.C.A.M. van der Meer te Tilburg,

## **1 Het geding in eerste aanleg**

Het hof verwijst naar de beschikking van de kantonrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Tilburg van 6 juli 2016.

## 2 Het geding in hoger beroep

### 2.1.

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het beroepschrift met het procesdossier van de eerste aanleg en producties, ingekomen ter griffie op 12 augustus 2016;
- een brief van mr. Van Beek d.d. 9 september 2016 met als bijlage de aantekeningen van de mondelinge behandeling in eerste aanleg, ingekomen ter griffie op 12 september 2016;
- het verweerschrift tevens houdende (voorwaardelijk) tegenverzoek, ingekomen ter griffie op 18 oktober 2016;
- het verweerschrift inzake het tegenverzoek, ingekomen ter griffie op 8 november 2016;
- een fax van mr. Van Beek d.d. 24 november 2016 met als bijlage productie 24;
- de op 2 december 2016 gehouden mondelinge behandeling; bij die gelegenheid zijn gehoord:
  - namens Syncreon mevrouw [HR-adviseur van Syncreon] , HR-adviseur, en de heer [HR-manager van Syncreon] , HR-manager, bijgestaan door mr. Van Beek;
  - [verweerder] , bijgestaan door mr. Van der Meer en mevrouw B.K. Szweryn, beëdigd tolk.
- de ter zitting door mr. Van Beek overgelegde pleitaantekeningen.

### 2.2.

Het hof heeft daarna een datum voor beschikking bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

## 3 De beoordeling

### 3.1.

In dit hoger beroep kan worden uitgegaan van de volgende feiten.

1. [verweerder] , geboren op [geboortedatum] 1969, is sinds 1 augustus 2008 in dienst bij Syncreon in de functie van operator, laatstelijk op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en tegen een salaris van € 1.957,30 bruto per maand, vermeerderd met 8,75% ploegentoeslag en 8% vakantietoeslag.

2. Syncreon is een wereldwijd opererend bedrijf dat gespecialiseerd is in het leveren van geïntegreerde logistieke diensten. [verweerder] is werkzaam in de vestiging van Syncreon in [vestigingsplaats 1] .
3. De voertaal binnen Syncreon is Engels.
4. Op 7 maart 2016 heeft [verweerder] om 9.30 uur - dat was een half uur na aanvang van zijn dienst om 9:00 uur - naar zijn leidinggevende gebeld omdat hij te laat was en hij is vervolgens om 15:00 uur gestart met werken.
5. De heer [manager bij Syncreon] , manager bij Syncreon, heeft na aankomst van [verweerder] op het werk een gesprek met hem gehad. Vervolgens heeft Syncreon bij brief van 8 maart 2016 met als onderwerp "Official warning" het volgende aan [verweerder] bericht:

"Hereby you receive an official warning for not following the syncreon rules and policies.

On February 23th 2016 you needed to report sick after your visit to the dentist in the hospital. As you were not able to speak after the surgical treatment we approved it to send us a daily update via e-mail although this is not compliant with the syncreon rules.

On February 29th you received a phone call from the Arbo consultant to check how you are doing. As he was able to speak with you on the phone we told you that from that moment you need to give us a daily update via phone. [HR Assistant] , HR Assistant, confirmed this to you by e-mail. On Tuesday, March 1st, you called [manager bij Syncreon 1] as agreed with an update.

On Wednesday, March 2nd, you didn't call with an update but you sent an e-mail at 19:38 (your shift started at 15.00 hours). You informed [manager bij Syncreon 1] via e-mail that you would return to work on Friday.

Although the agreement was made to give an update by phone you send an e-mail. This is not acceptable as mentioned in the absenteeism policy:

**4.1** *The employee reports the absence at least 30 minutes before work time to the manager/supervisor. In case the employee cannot get hold of his own manager, the employee needs to contact the next level manager (\*). In case both managers are not available, you need to call the HR department. The telephone number for HR [vestigingsplaats 1] is [telefoonnummer] ; HR [vestigingsplaats 2] / [vestigingsplaats 3] is [telefoonnummer] . Personal notification only will be accepted. Sending a text message (SMS), email, leaving a voicemail message or let anybody else call is not acceptable.*

On Monday March 7th you were supposed to start work at 9 AM. At 9.30 you called [manager bij Syncreon 1] to inform him that you overslept and you didn't had any transport to come to work. You asked if it was okay to start at 3 PM. [manager bij Syncreon 1] responded that this was not acceptable and you needed to come as soon as possible. At 3 PM you clocked in and started to work.

As soon as you were in we had a meeting to discuss this situation. Your manager, [manager bij Syncreon] , asked you why you didn't start at 9 AM and why you didn't call [manager bij Syncreon 1] before your shift started. You told [manager bij Syncreon] you woke up too late and after that you couldn't reach anyone who could bring you to work. [manager bij Syncreon] again asked you why you called [manager bij Syncreon 1] 30 minutes after your shift started but you didn't had a clear answer on that. [manager bij Syncreon] informed you that you can work till 6 PM and the remaining hours will be booked as vacation. You cannot decide your own working hours so you cannot stay longer than your own shift.

Again, you didn't follow the syncreon policy. You didn't inform your supervisor you were not able to come before the start of your shift. Without a notification we expect you to be there and the business is counting on your presence. In the end you showed up 6 hours too late which is absolutely unacceptable.

For similar behavior you already received multiple warnings in the past:

**Date Action taken Situation**

December 2010 Written warning Didn't show up without informing syncreon

April 2011 Written warning Reported sick via e-mail

January 2012 Written warning Transportation problems - called 30 minutes

after shift started

June 2012 Conversation report Came in late

11 June 2012 Last written warning Came in late due to transportation problems

26 June 2012 Suspended Came in late due to transportation problems

29 June 2012 Final change to change

behaviour

03 March 2015 Conversation Came in late

18 March 2015 Conversation Came in late

Besides the warnings you received for not following the absenteeism policy and showing up late, you also received two warnings for other unacceptable behavior:

1. August 2015, you were shouting and screaming to your supervisor and 1st operator

2. February 2016, you didn't follow the work instructions which resulted in a miss

shipment (extra costs and customer escalation)

All together you do not show the behavior we expect from our employees. You say that your job is important and you respect the company but you don't show this to us.

For your behavior shown on March 2nd and March 7th you receive this official warning. This warning will be the last warning you receive, taken all previous warnings into account.

You need to understand that if a situation occurs again where you don't follow the rules and procedures or you show other unacceptable behavior can and will lead into an immediate termination of your contract of employment with syncreon.

Your behavior towards syncreon with continuously not following the rules and procedures is at this moment at an unacceptable level. [verweerder] , you need to understand that this is a serious situation and your behavior towards syncreon needs to change immediately."

Op 5 april 2016 heeft [verweerder] om 7:15 uur, dat wil zeggen een uur en een kwartier na aanvang van zijn dienst om 6:00 uur, naar zijn leidinggevende gebeld dat hij om 9:00 uur wilde starten, omdat hij zich niet goed voelde. Syncreon heeft [verweerder] diezelfde dag medegedeeld dat hij op non-actief werd gesteld. Vervolgens heeft Syncreon bij brief van 5 april 2016 met als onderwerp "Suspended" het volgende aan [verweerder] bericht:

"I am sending you this letter to confirm to you the message we have shared with you today.

Today, Tuesday April 5th 2016, we have informed you that you are suspended till further

communication based on the event that happened this morning.

This morning you were scheduled to start work at 6 AM. You didn't show up and you didn't inform your supervisor or manager about your absence. Around 7.15 AM you called your manager, [manager bij Syncreon 1] , to inform him that you would start at 9 AM as you didn't feel good.

As mentioned in the absence policy you need to inform your supervisor/manager at least 30 minutes before your shift starts.

#### 4.1

*The employee reports the absence at least 30 minutes before work time to the*

*manager/supervisor. In case the employee cannot get hold of his own manager, the employee needs to contact the next level manager (\*). In case both managers are not available, you need to call the HR department. The telephone number for HR [vestigingsplaats 1] is [telefoonnummer] ; HR [vestigingsplaats 2] / [vestigingsplaats 3] is [telefoonnummer] . **Personal notification only will be accepted. Sending a text message (SMS), email, leaving a voicemail message or let anybody else call is not acceptable.***

Although we have warned you several times in the past you, again, called in after your shift started.

During a conversation we had with you we asked you what happened this morning. You told us that you woke up with pain and didn't had a phone to inform [manager bij Syncreon 1] before the start of your shift. As soon as you had the opportunity to borrow the phone from your neighbor you called [manager bij Syncreon 1] . When we asked you why you needed the extra 3 hours you couldn't explain that. We also asked you several times if you overslept or if you had problems with transport but you denied this.

We have checked the number you used to call [manager bij Syncreon 1] this morning and it is the same number we have from you in our personal system. This makes it for us very unlikely that the story you told us is true.

During this meeting we also expressed our concerns that you were under the influence of drugs at that moment. You denied this and said that you only used paracetamol and ibuprofen.

[verweerder] , in the past we had several conversations about the rules you need to follow and about calling in/showing up late. Please find below a summary from all warnings you received in the past for this behavior:

#### **Date Action taken Situation**

December 2010 Written warning Didn't show up without informing syncreon

April 2011 Written warning Reported sick via e-mail

January 2012 Written warning Transportation problems - called 30 minutes

after shift started

June 2012 Conversation report Came in late

11 June 2012 Last written warning Came in late due to transportation problems

26 June 2012 Suspended Came in late due to transportation problems

29 June 2012 Final change to change

behaviour

03 March 2015 Conversation Came in late

18 March 2015 Conversation Came in late

Besides the warnings you received for not following the absenteeism policy and showing up late, you also received two warnings for other unacceptable behavior:

1. August 2015, you were shouting and screaming to your supervisor and 1st operator

2. February 2016, you didn't follow the work instructions which resulted in a miss

shipment (extra costs and customer escalation)

In March 2016 you received the last warning for not following the absenteeism process on March 2nd and March 7th. We informed you that this behavior towards syncreon is not acceptable and it needed to change immediately.

Today, only one month later you are showing the same behavior as before. You couldn't explain to us why you weren't able to call before your shift started and you showed up 3 hours late. The story you told us is most likely not true as you called your manager with your own number.

As communicated to you in person this morning; we have no other choice then to start up the process to end your contract of employment. You are suspended from work till further communication. As of this moment you

are not permitted to enter any syncreon property unless this is on our request.”

Op 8 juni 2016 heeft de bedrijfsarts een brief aan Syncreon verzonden waarin wordt vermeld dat de eerste verzuimdag van [verweerder] 1 juni 2016 is, dat [verweerder] thuis is met forse mentale problemen en dat de bedrijfsarts [verweerder] als volledig arbeidsongeschikt beoordeelt.

### 3.2.1.

Syncreon heeft in eerste aanleg verzocht de arbeidsovereenkomst op een zo kort mogelijke termijn te ontbinden, primair op de grond vermeld in artikel 7:669 lid 3 aanhef en onder e BW en zonder transitievergoeding, subsidiair op de grond vermeld in artikel 7:669 lid 3 aanhef en onder d BW, met veroordeling van [verweerder] in de proceskosten.

### 3.2.2.

[verweerder] heeft gemotiveerd verweer gevoerd en een (voorwaardelijk) zelfstandig tegenverzoek gedaan. [verweerder] heeft, samengevat, voor het geval het verzoek van Syncreon wordt gehonoreerd, verzocht:

- de ontbinding niet eerder te laten ingaan dan per 1 oktober 2016;
- Syncreon te veroordelen tot betaling van de wettelijke transitievergoeding ad € 6.128,-, te verhogen met de wettelijke rente;
- Syncreon te veroordelen tot betaling van een billijke vergoeding ad € 15.000,-;
- Syncreon te veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding ad € 45.000,-.

Voorts heeft [verweerder] verzocht Syncreon te veroordelen in de proceskosten.

### 3.3.

Bij de bestreden beschikking heeft de kantonrechter het verzoek van Syncreon tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst afgewezen en Syncreon in de proceskosten veroordeeld.

### 3.4.

Syncreon heeft in hoger beroep verzocht de beschikking waarvan beroep te vernietigen, althans te bepalen dat de kantonrechter het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ten onrechte heeft afgewezen, en



op grond van artikel 7:683 lid 5 BW te bepalen op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst tussen partijen eindigt en daarbij uit te spreken dat die beëindiging plaatsvindt op grond van primair ernstig verwijtbaar handelen, subsidiair verwijtbaar handelen of meer subsidiair disfunctioneren, met veroordeling van [verweerder] in de proceskosten in beide instanties en tot terugbetaling van de € 600,- aan proceskosten die Syncreon reeds betaald heeft.

3.5.

[verweerder] heeft in hoger beroep zijn (voorwaardelijk) tegenverzoek gewijzigd in die zin dat hij thans een transitievergoeding verzoekt van € 6.513,39 bruto. Hij verzoekt wederom (voorwaardelijk) een billijke vergoeding van € 15.000,- bruto. Voorts heeft [verweerder] verzocht Syncreon te veroordelen in de proceskosten van de onderhavige procedure.

3.6.

Het hof stelt vast dat het verzoek van [verweerder] tot veroordeling van Syncreon tot betaling van een schadevergoeding ad € 45.000,- in hoger beroep niet aan de orde is. Tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep heeft de advocaat van [verweerder] bevestigd dat de kantonrechter dit verzoek heeft afgesplitst.

3.7.

Syncreon heeft in hoger beroep twee grieven aangevoerd.

In haar eerste grief voert Syncreon aan dat de kantonrechter ten onrechte heeft overwogen dat er sprake is van een opzegverbod, maar dat dit opzegverbod niet aan een eventuele ontbinding in de weg staat op grond van artikel 7:671b lid 6 BW. Syncreon stelt dat het opzegverbod in het onderhavige geval niet geldt, omdat de ziekte van [verweerder] een aanvang heeft genomen nadat het verzoek om ontbinding door de kantonrechter is ontvangen, namelijk op 1 juni 2016.

3.8.

[verweerder] meent dat het opzegverbod tijdens ziekte wel van toepassing is, omdat hij zich op 5 april 2016 heeft ziek gemeld, althans Syncreon dit als zodanig had moeten opvatten. [verweerder] heeft verwezen naar een e-mail van 5 april 2016 waaruit blijkt dat hij zich die dag om 7:23 uur ziek heeft gemeld. Nadien is hij op non-actief gesteld en zijn arbeidsongeschiktheid is bevestigd door de bedrijfsarts, aldus [verweerder] .

3.9. Het hof overweegt naar aanleiding van de eerste grief als volgt. Indien het opzegverbod tijdens ziekte van toepassing is, kan de

kantonrechter ingevolge artikel 7:671b lid 2 BW het verzoek tot ontbinding van de werkgever slechts inwilligen indien aan de aldaar omschreven voorwaarden is voldaan. Artikel 7:671b lid 7 BW bepaalt dat het opzegverbod wegens ziekte niet geldt indien de ziekte een aanvang heeft genomen nadat het verzoek om ontbinding door de kantonrechter is ontvangen.

In het onderhavige geval is het verzoekschrift tot ontbinding op 19 april 2016 ontvangen door de kantonrechter. Het hof is van oordeel dat niet is gebleken dat de ziekte van [verweerder] een aanvang heeft genomen voor indiening van het verzoekschrift tot ontbinding. Voor zover al sprake was van een ziekmelding op 5 april 2016, is deze diezelfde dag gevolgd door een betermelding. Immers, [verweerder] heeft tijdens het telefoongesprek met zijn leidinggevende aangekondigd dat hij om 9:00 uur weer zou gaan werken en hij is vervolgens ook om 9:00 uur op het werk verschenen. [verweerder] heeft ter gelegenheid van de mondelinge behandeling in hoger beroep verklaard dat hij die dag enkele uren heeft gewerkt. Anders dan [verweerder] heeft aangevoerd, is hij dus niet op non-actief gesteld tijdens arbeidsongeschiktheid en er is dus ook geen sprake van doorlopende arbeidsongeschiktheid tot de indiening van het verzoek tot ontbinding. [verweerder] vond zichzelf niet ziek want hij is komen werken en hij heeft ook feitelijk enkele uren gewerkt. Uit het voorgaande volgt dat het opzegverbod wegens ziekte niet van toepassing is. De eerste grief slaagt dus.

### 3.10.

De tweede grief richt zich tegen de afwijzing van het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst en tegen r.o. 5.6. van de bestreden beschikking. De kantonrechter overweegt daarin samengevat dat tijdens de zitting duidelijk is geworden dat [verweerder] de Engelse taal nauwelijks machtig is en dat dit taalprobleem voldoende ruimte laat voor de conclusie dat de inhoud van de waarschuwingsbrieven dan wel de ernst van situatie niet, althans onvoldoende, tot [verweerder] is doorgedrongen. De kantonrechter is van oordeel dat het op de weg van Syncreon had gelegen om, nu zij op de hoogte is van zijn matige beheersing van de Nederlandse- en Engelse taal, aan [verweerder] , ter voorkoming van onduidelijkheid, bij voorkeur in het Pools, duidelijk te maken wat van hem werd verwacht, wat de betekenis is van een (allerlaatste) waarschuwing en wat de gevolgen zijn van het niet naleven van die waarschuwing.

### 3.11.

Naar aanleiding van de tweede grief zal het hof beoordelen of er sprake is van een redelijke grond voor ontbinding zoals vermeld in artikel 7:669 lid 3 aanhef en onder e BW.

### 3.12.

Syncreon voert aan dat er sprake is van (ernstig) verwijtbaar handelen van de zijde van [verweerder] . Dit baseert Syncreon op een reeks van voorvallen in de periode 2010-2016:

- Bij brief van 3 december 2010 is [verweerder] gewaarschuwd omdat hij zonder bericht niet op het werk is verschenen.
- Bij brief van 6 mei 2011 is [verweerder] gewaarschuwd omdat hij zich op 20 april 2011 te laat ziek had gemeld en niet telefonisch zoals in het ziekteverzuimreglement is voorgeschreven.
- Bij brief van 27 januari 2012 is [verweerder] gewaarschuwd omdat hij zich op 24 januari 2012 te laat had afgemeld voor het werk vanwege mechanische pech met zijn motorfiets.
- In juni 2012 heeft Syncreon [verweerder] een laatste schriftelijke waarschuwing gestuurd omdat hij op 11 juni 2012 40 minuten te laat op het werk was.
- Op 26 juni 2012 is [verweerder] geschorst omdat hij die dag 1 uur en 39 minuten te laat op het werk was vanwege vervoersproblemen; daarover hebben gesprekken plaatsgevonden en Syncreon heeft op 26 en op 29 juni 2012 brieven daarover gestuurd.
- [verweerder] heeft tijdens een ziekteperiode zowel op 26 maart 2013 als op 30 oktober 2013 een afspraak bij de bedrijfsarts gemist. Syncreon heeft [verweerder] daarover aangeschreven bij brief van 30 oktober 2013.
- [verweerder] is op 3 en 18 maart 2015 te laat op het werk gekomen.
- Bij brief van 3 augustus 2015 is [verweerder] schriftelijk gewaarschuwd, omdat hij op 9 juli 2015 had geschreeuwd tegen zijn supervisor en first operator ten overstaan van de rest van het team.
- Bij brief van 8 maart 2016 heeft Syncreon [verweerder] een laatste waarschuwing gestuurd, omdat hij na een ziekmelding op 23 februari 2016 de afspraak schond om persoonlijk contact te houden en vanwege een voorval op 7 maart 2016. Op 7 maart 2016 belde [verweerder] pas een half uur na aanvang van zijn dienst naar zijn leidinggevende met de mededeling dat hij zich had verslapen en geen vervoer had om naar het werk te komen. Hij vroeg toestemming om om 15:00 uur te beginnen met werken. Deze toestemming werd geweigerd. Desondanks is [verweerder] die dag pas om 15:00 uur begonnen met werken. Zie r.o. 3.1. sub e.
- Op 5 april 2016 heeft Syncreon [verweerder] op non-actief gesteld, omdat hij die dag pas een uur en een kwartier na aanvang van zijn dienst zijn leidinggevende heeft gebeld dat hij later wilde starten omdat hij zich niet goed voelde, terwijl hij op grond van het ziekteverzuimreglement een half uur voor aanvang van de dienst had moeten bellen. Voorts heeft [verweerder] gelogen over de reden voor de te late afmelding. [verweerder] gaf als verklaring dat

hij de telefoon van zijn buurman had moeten lenen om zijn leidinggevende te kunnen bellen, echter het nummer waarmee gebeld werd bleek het nummer van [verweerder] te zijn dat in het personeelssysteem staat. Zie 3.1. sub f.

### 3.13.

[verweerder] betwist dat hij (ernstig) verwijtbaar heeft gehandeld. Hij heeft in eerste aanleg aangevoerd dat hij chronische nek- en schouderklachten heeft vanwege een bedrijfsongeval in 2010. Door de pijnmedicatie kreeg hij slaapproblemen, waardoor hij moeite had om op tijd op te staan en op tijd op het werk te zijn. Hij heeft met zijn leidinggevende [manager bij Syncreon] afgesproken dat hij af en toe wat later mocht komen. Voorts heeft hij aangevoerd dat hij de Engelse taal nauwelijks beheerst en de inhoud en de betekenis van de waarschuwingsbrieven onvoldoende heeft begrepen. Met betrekking tot het voorval op 7 maart 2016 heeft [verweerder] in eerste aanleg aangevoerd dat hij niet heeft gelogen over het lenen van de telefoon van zijn buurman. Hij heeft zijn buurman gevraagd zijn beltegoed in diens telefoon te plaatsen, waardoor het telefoonnummer van [verweerder] zichtbaar was toen hij Syncreon belde.

In hoger beroep heeft [verweerder] met betrekking tot het voorval van 7 maart 2016 aangevoerd dat hij zich die dag niet heeft verslapen, zoals Syncreon stelt, maar dat hij zou meerijden met een collega die niet kwam opdagen.

### 3.14.

Het hof stelt vast dat [verweerder] niet heeft betwist dat hij herhaaldelijk te laat is gekomen en heeft gehandeld in strijd met het ziekteverzuimreglement. [verweerder] heeft geen enkel voorval zoals hiervoor in 3.12 weergegeven betwist, zodat het hof ervan uitgaat dat al die voorvallen zich hebben voorgedaan. Het hof is van oordeel dat [verweerder] , gelet op de betwisting van Syncreon, onvoldoende heeft onderbouwd dat hij te laat kwam in verband met medische klachten als gevolg van een bedrijfsongeval in 2010 en dat hij met zijn leidinggevende heeft afgesproken dat hij af en toe later mocht komen. Wat betreft dat laatste: Syncreon heeft die afspraak betwist. [verweerder] heeft niet aangevoerd dat hij mevrouw [HR-adviseur van Syncreon] van HR, met wie hij regelmatig gesprekken heeft gevoerd over de voorvallen, heeft verteld over zijn afspraak met [manager bij Syncreon] . Het hof acht het bestaan van die afspraak daarom niet aannemelijk. Voor wat betreft de medische klachten geldt het volgende. Voor zover er al sprake zou zijn van medische klachten als gevolg van een bedrijfsongeval in 2010, heeft [verweerder] niet aangegeven welke voorvallen te wijten zouden zijn geweest aan de door hem gestelde klachten en wanneer hij daarover met zijn leidinggevende afspraken zou hebben gemaakt. Uit de door Syncreon overgelegde schriftelijke waarschuwingen blijkt niet dat [verweerder] te

laat kwam als gevolg van medische klachten. Uit deze brieven volgt dat [verweerder] vaak te laat kwam als gevolg van transportproblemen. Alleen met betrekking tot het voorval op 7 maart 2016 heeft [verweerder] aangevoerd dat de in de waarschuwingsbrief vermelde reden voor het te laat komen onjuist was en in dat geval heeft [verweerder] zelf gesteld dat er sprake was van vervoersproblemen.

Het hof is van oordeel dat [verweerder] door veelvuldig te laat te komen en veelvuldig in strijd te handelen met het ziekteverzuimreglement, verwijtbaar heeft gehandeld. Het hof acht in het bijzonder verwijtbaar dat [verweerder] op 7 maart 2016 pas om 15:00 uur gestart is met werken, ondanks dat zijn verzoek daartoe door zijn leidinggevende was afgewezen en zijn leidinggevende hem (reeds in de ochtend) had gesommeerd meteen naar het werk te komen. Daarmee is [verweerder] rechtstreeks tegen een instructie van Syncreon ingegaan. [verweerder] heeft tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep voor het eerst aangevoerd dat hij wel toestemming van zijn leidinggevende heeft gekregen om om 15:00 uur te starten met werken. Nu dit nieuwe verweer is aangevoerd na het verweerschrift in hoger beroep, dient het hof dit verweer op grond van de twee-conclusieregel buiten beschouwing te laten, daargelaten dat het hof dit verweer niet aannemelijk acht.

### 3.15.

[verweerder] is veelvuldig gewaarschuwd door Syncreon, echter zonder dat dit tot een verbetering heeft geleid. Het hof is van oordeel dat [verweerder] de strekking van de door Syncreon gegeven waarschuwingen voldoende begrepen moet hebben gelet op de volgende omstandigheden. [verweerder] werkt reeds sinds 2008 bij Syncreon. De voertaal is Engels. Er is niet, dan wel onvoldoende onderbouwd, gesteld dat er eerder problemen waren met de communicatie als gevolg van taalproblemen. Syncreon heeft aangevoerd dat alle schriftelijke waarschuwingsbrieven vooraf gegaan zijn door een gesprek. Dit wordt in de waarschuwingsbrieven ook vermeld. Mevrouw [HR-adviseur van Syncreon] van Syncreon heeft tijdens de mondelinge behandeling verklaard dat zij het laatste driekwart jaar bij de gesprekken met [verweerder] heeft gezeten, dat deze in simpel Engels werden gevoerd en dat [verweerder] steeds werd gevraagd in eigen woorden samen te vatten wat er was gezegd. Dit is door [verweerder] niet betwist. Gelet op de aard van de verwijten - te laat komen of te laat afmelden - moet voor [verweerder] ook duidelijk zijn geweest waar de gesprekken over gingen.

Op 8 maart 2016 heeft Syncreon een waarschuwingsbrief aan [verweerder] verzonden met als onderwerp "Official warning". [verweerder] heeft tijdens de mondelinge behandeling in eerste aanleg verklaard dat hij heeft begrepen dat een "Official warning" een waarschuwing is die officieel is. Verder heeft hij verklaard dat er voorafgaand aan deze brief een kort gesprekje heeft plaatsgevonden over

te laat komen. [verweerder] wist derhalve dat hij een officiële waarschuwing had gekregen en dat hem verweten werd dat hij te laat was gekomen. Bovendien staan in de brief van 8 maart 2016 de woorden "last warning" onderstreept. Het moet derhalve voldoende duidelijk voor [verweerder] zijn geweest dat het Syncreon ernst was en dat een volgend voorval niet zou worden geaccepteerd.

### 3.16.

Volgens [verweerder] mogen gebeurtenissen die in het verleden hebben plaatsgevonden niet worden meegewogen in de beoordeling of sprake is van een redelijke ontslaggrond. Het hof is van oordeel dat daarvan in zijn algemeenheid niet zonder meer vanuit kan worden gegaan. In dit geval is sprake van een situatie dat stelselmatig gedurende een langere periode telkens dezelfde problemen zijn gerezen. [verweerder] is stelselmatig te laat gekomen en heeft bij herhaling de verzuimregels van Syncreon overtreden. Mede in aanmerking genomen dat [verweerder] voldoende is gewaarschuwd en hem is meegedeeld dat dit niet meer zou worden getolereerd, is het hof van oordeel dat [verweerder] zodanig verwijtbaar heeft gehandeld dat van Syncreon in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Dit betekent dat de tweede grief slaagt en de kantonrechter het verzoek van Syncreon tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ten onrechte heeft afgewezen. Het hof bepaalt ingevolge artikel 7:683 lid 5 BW dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen eindigt met ingang van 1 februari 2017. Een analoge toepassing van artikel 7:671b lid 8 sub b BW zoals Syncreon wenst, is niet mogelijk. De wetgever heeft in de parlementaire geschiedenis uitdrukkelijk aangegeven dat een beëindiging met terugwerkende kracht niet is toegestaan (zie Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 120).

### 3.17.

[verweerder] heeft, voor het geval de ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt uitgesproken (bedoeld zal zijn: voor het geval het hof een datum bepaalt waarop de arbeidsovereenkomst eindigt), verzocht Syncreon te veroordelen tot betaling van een transitievergoeding van € 6.513,39 bruto en een billijke vergoeding van € 15.000,- bruto. Het hof zal eerst het verzoek van [verweerder] tot betaling van een transitievergoeding beoordelen.

### 3.18.

Syncreon voert aan dat [verweerder] geen recht heeft op een transitievergoeding, omdat hij ernstig verwijtbaar heeft gehandeld.

### 3.19.

Het hof overweegt als volgt. De werknemer wiens dienstverband na ten minste 24 maanden door de werkgever wordt beëindigd, heeft ingevolge artikel 7:673 BW in beginsel van rechtswege aanspraak op een transitievergoeding. De werkgever is aan de werknemer geen transitievergoeding verschuldigd, zo volgt uit lid 7 aanhef en onder c van artikel 7:673 BW, indien het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.

In de memorie van toelichting op de Wwz zijn enkele voorbeelden gegeven van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer waarin de transitievergoeding niet, of waarin een lagere transitievergoeding verschuldigd is, waaronder de situatie waarin de werknemer veelvuldig en zonder gegronde reden te laat op zijn werk verschijnt, hierdoor de bedrijfsvoering wordt belemmerd en de werkgever de werknemer hierop tevergeefs heeft aangesproken (zie Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 39-40).

Syncreon heeft niet, dan wel onvoldoende onderbouwd, gesteld dat door het veelvuldig te laat komen van [verweerder] de bedrijfsvoering is belemmerd. Het in de parlementaire geschiedenis genoemde voorbeeld is derhalve niet van toepassing. De wetgever heeft voor ogen gestaan dat voor ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer sprake moet zijn van bijzondere omstandigheden en dat niet snel mag worden aangenomen dat geen transitievergoeding verschuldigd is. Gelet daarop is het hof van oordeel dat, zonder nadere toelichting, die niet is gegeven, het veelvuldig te laat komen en in strijd handelen met het ziekteverzuimreglement van [verweerder] wel verwijtbaar is, maar niet ernstig verwijtbaar. Syncreon is derhalve een transitievergoeding verschuldigd aan [verweerder]. Nu de arbeidsovereenkomst eindigt met ingang van 1 februari 2017, is er sprake van 16 halve dienstjaren van [verweerder]. Syncreon heeft aangevoerd dat in dat geval de hoogte van de transitievergoeding € 6.130,25 bruto bedraagt, hetgeen [verweerder] niet heeft betwist. Het hof zal dit bedrag toewijzen.

### 3.20.

Het verzoek van [verweerder] tot betaling van een billijke vergoeding is gebaseerd op artikel 7:671b lid 8 onder c BW. Op grond van dit artikel kan de kantonrechter aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen indien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Dit artikel is ingevolge artikel 7:683 lid 5 BW van overeenkomstige toepassing indien de rechter in hoger beroep oordeelt dat het verzoek van de werkgever tot ontbinding ten onrechte is afgewezen en hij bepaalt op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst eindigt. Uit hetgeen hiervoor reeds is overwogen vloeit voort dat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst tussen

partijen niet het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van Syncreon, maar van het verwijtbaar handelen van [verweerder] . De billijke vergoeding wordt derhalve afgewezen.

3.21.

Op grond van het voorgaande zal het hof bepalen dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen eindigt met ingang van 1 februari 2017. Voorts zal het hof Syncreon veroordelen tot betaling van een transitievergoeding aan [verweerder] van € 6.130,25 bruto.

3.22.

Het hof zal [verweerder] , als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij, veroordelen in de proceskosten in beide instanties. Tevens zal het hof het verzoek van Syncreon tot terugbetaling van de proceskosten van de eerste aanleg ad € 600,- toewijzen. [verweerder] heeft niet betwist dat Syncreon deze reeds heeft betaald.

## **4 De beslissing**

Het hof:

bepaalt dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen eindigt met ingang van 1 februari 2017;

veroordeelt Syncreon tot betaling aan [verweerder] van een transitievergoeding van € 6.130,25 bruto;

vernietigt de bestreden beschikking voor zover Syncreon is veroordeeld tot betaling van de proceskosten en - opnieuw rechtdoende - veroordeelt [verweerder] in de proceskosten van de eerste aanleg en het hoger beroep, en begroot die kosten tot op heden aan de zijde van Syncreon op € 117,- aan griffierecht en op € 600,- aan salaris advocaat in eerste aanleg en op € 718,- aan griffierecht en op € 2.235,- aan salaris advocaat voor het hoger beroep;

veroordeelt [verweerder] tot terugbetaling aan Syncreon van het door haar betaalde bedrag aan proceskosten ad € 600,-;

verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders verzochte.

Deze beschikking is gegeven door mrs. M. van Ham, J.W. van Rijkom en P.P.M. Rousseau en is in het openbaar uitgesproken op 19 januari 2017.