

ECLI:NL:RBNHO:2015:7994

Uitspraak

RECHTBANK NOORD-HOLLAND

zaaknummer 4349898 \ AO VERZ 15-65

uitspraak: 21 september 2015

Beschikking van de kantonrechter, zitting houdende in Zaanstad,

in de zaak van

**de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
Postpills.com B.V.,**

gevestigd te Zaandam

verzoekende partij in de zaak van het verzoek, verwerende partij in de
zaak van het tegenverzoek

verder te noemen: de werkgever

gemachtigde: mr. L.K. Wouterse

tegen

[naam] ,

wonende te [plaats]

verwerende partij in de zaak van het verzoek, verzoekende partij in de
zaak van het tegenverzoek

verder te noemen: de werknemer

gemachtigde: mr. F. van Geuns

1 Het procesverloop

in de zaak van het verzoek en het tegenverzoek

1.1.

De werkgever heeft een verzoek gedaan om de arbeidsovereenkomst
tussen partijen te ontbinden. De werknemer heeft een verweerschrift en
een tegenverzoek ingediend.

1.2.

Op 7 september 2015 heeft een zitting plaatsgevonden. Beide partijen hebben een schriftelijke versie van hun toelichting ter zitting overgelegd. De griffier heeft aantekeningen gemaakt van wat partijen ter toelichting van hun standpunten verder naar voren hebben gebracht. Voorafgaand aan de zitting heeft de werkgever bij brieven van 2 en 4 september 2015 nog stukken toegezonden.

2 De feiten

in de zaak van het verzoek en het tegenverzoek

2.1.

De werkgever is een onderneming die zich bezig houdt met de verkoop aan consumenten en distributie van geneesmiddelen, verbandstoffen en incontinentiematerialen via internet. Bij werkgever werken ongeveer 8 werknemers in fulltime dienstverband.

2.2.

De werknemer, geboren op [datum] , is op 8 februari 2011 in dienst getreden bij de werkgever. De laatste functie die de werknemer vervulde, is die van apothekersassistent, met een salaris van € 2.741,17 bruto per maand.

2.3.

Artikel 11 van de door partijen ondertekende arbeidsovereenkomst d.d. 16 december 2011 vermeldt: *"Onverminderd vorenstaand, zijn werkgever en werknemer overeengekomen: Im Falle von aggressiver Verhalten anderen Mitarbeitern gegenüber ist eine sofortige Kündigung zulässig."*

2.4.

Artikel 15 van de door partijen ondertekende arbeidsovereenkomst d.d. 25 oktober 2013 vermeldt: *"Der Arbeitnehmer hat bereits drei wirksame Warnungen in Bezug auf Aggression gegenüber anderen Mitarbeitern und Vorgesetzten erhalten. Der Arbeitnehmer erkennt die Wirksamkeit bzw, Gültigkeit dieser Warnungen an. Falls der Arbeitnehmer nochmals aggressives Verhalten gegenüber anderen Mitarbeiter und/oder seinen Vorgesetzten zeigt, wird er mit sofortiger Wirkung entlassen. Der Vorgesetzte wird das Entlassungsschreiben mit Protokoll des Vorfalls an den Arbeitnehmer senden. Der Arbeitsvertrag ende tam Tag der sofortigen Entlassung."*

2.5.

Op 6 mei 2014 heeft de werkgever met de werknemer een beoordelingsgesprek gevoerd. In het verslag van dit gesprek vermeldt de werkgever bij het onderdeel "Hoeflichkeit/Respect" een min. Verder vermeldt het verslag onder meer: "*Social: manchmal unzureichend*", "*manchmal respektlos*" en "*überschreit die Grenze 2-3x!*". Werknemer heeft het verslag niet ondertekend.

2.6.

Op 22 oktober 2014 heeft de werkgever werknemer vanwege ongewenst gedrag naar huis gestuurd. Het intern memo van de werkgever vermeldt: "*Herr [werknemer] wurde heute gegen 13 Uhr nach einem lautem Schrei als krank von der Arbeit bei Postpills.com B.V. nach Hause geschickt. Es ging um die Mietzahlung (...) Herr [werknemer] has es nicht verstanden, mit Anwalt gedroht und gesagt dass er am liebsten nach Deutschland zurück will weil es ihm reicht. Dann hat er einen lauten Schrei ausgestoßen, der für alle anwesenden Mitarbeiter und für die Kunde am Telefon hörbar war. Darauf wurde er nach Hause geschickt.*"

2.7.

Bij brief van 23 december 2014 heeft de werkgever aan de werknemer een waarschuwing gezonden, inhoudende: "*Herr [werknemer] sagte während eines Gesprächs mit einer Kollegin für alle Anwesenden hörbar zu der Kollegin "halt die Fresse". Diese respektlose Ausdrucksweise gegenüber anderen Mitarbeitern wird von Postpills nicht akzeptiert. Postpills erwartet einen respektvollen Umgang mit allen Mitarbeitern. Im Wiederholungsfalle hat das die sofortige Kündigung des Arbeitsverhältnisses zur Folge.*" Werknemer heeft de waarschuwing voor ontvangst getekend.

2.8.

Bij brief van 11 mei 2015 heeft de werkgever aan de werknemer een waarschuwing gezonden, inhoudende: "*wir müssen Sie leider wegen des folgenden Vorfalls abmahnen: Herr [werknemer] sagte während einer Besprechung mit Herrn Dr. [de directeur] und den anwesenden Mitarbeitern zu einer Kollegin, er würde sich von der Person, die nur Pakete packt nichts sagen lassen. Postpills akzeptiert keine respektlosen Äußerungen gegenüber Kollegen, die andere Aufgabengebiete bearbeiten. Im Wiederholungsfalle hat das die sofortige Kündigung des Arbeitsverhältnisses zur Folge. Eine Ausfertigung dieser Abmahnung werden wir Ihrer Personalakte beifügen.*" Werknemer heeft geweigerd de waarschuwing voor ontvangst te ondertekenen.

2.9.

Op 24 juni 2015 heeft de werkgever werknemer vanwege ongewenst gedrag naar huis gestuurd. Het intern memo van de werkgever vermeldt: *"Schilderung von Mitarbeitern einer Situation am 12.06.2015"*

Herr [werknemer] kam mit dem Anliegen, dass das Ausdrucken der DHL Liste nicht functioniere zu der Kollegin während diese telefonierte. Ihm wurde mitgeteilt dass sie sich im Anschluss an das Telefonat darum kümmert. Kurz darauf had er eine weitere Kollegin mit dem Anliegen zu der ersten Kollegin geschickt, die immer noch telefonierte. (...) Eine dritte Kollegin musste zwischenzeitlich ihre Kundin am Telefon in die Warteschleife verlegen damit diese die Streitigkeiten nicht mitbekommt. Sie beschreibt die Lautstärke mit der Herr [werknemer] kommunizierte als "Anschreien". Eine vierte Kollegin bat ihn leiser zu sein, da sie ihre Kundin am Telefon nicht mehr verstehen konnte und diese den Streit auch mitbekam, woraufhin die Kollegin als Antwort bekam was sie sich da einmische. Herr [werknemer] wurde aufgefordert eine Minusstunde anzufragen und um 15 Uhr nach Hause zu gehen."

2.10.

Op 6 juli 2015 hebben de directeur van werkgever ([directeur]), de leidinggevende van de werknemer ([leidinggevende]) en een apothekeres ([apothekeres]) een beoordelingsgesprek met de werknemer gehad. In het verslag van dit gesprek vermeldt werkgever onder meer: *"Omgang met klanten: goed tot voldoende, afhankelijk van dagvorm, soms vriendelijk, vaak echter geïrriteerd (...) in de probleemweek bijzonder gestresst en geïrriteerd. niet oplossingsgericht (...) Daarom de beslissing: probleemgevallen worden niet meer door Hr [werknemer] gedaan. Vaak slecht gehumeurd en geïrriteerd wat hij aan kollegas uitlaat. hij schreeuwt tegen collegas. klanten aan telefoons horen dat. hij verdraagt geen kritiek, oplossing van de situatie daarom niet mogelijk. teamwerk vaak niet mogelijk. 2 waarschuwingen op grond van zijn sociale gedrag ontvangen. (...)"*

2.11.

Na het gesprek heeft de werknemer onder meer het volgende aan de heer [de directeur] geschreven: *"Nachdem Gespräch vom 06.07.15 mit ihnen, Frau [de leidinggevende] und Frau [de apothekeres] , bitte ich sie jegliches Mobbing gegen meine Person vor allem von Seiten von Frau [de leidinggevende] sofort einzustellen. Gerne können sie sich die Meinung eigiger Kollegen anhören, jedoch dürfen sie nicht von mir verlangen, das mir vor allem die Meinung der Mobber wichtig ist. Mehrmals habe ich sie darauf aufmerksam gemacht, dass wenn Ich als Tagesaufgabe dei Problemfälle habe, etwas Entlastung hätte. (...)Ich behalte mir vor, mir jegliche der mir zu Verfügung stehenden Schritte gegen das systematische*

Mobbing gegen meine Person vorzubehalten. Die Kritik von ihnen und mehreren Kollegen geht ausschließlich gegen meine Person. Wenn si emir was vorzuwerfen haben, bitte ich sie, auch dieses ausführlich vorzulegen oder zu beweisen. Andererseits fällt es mir Schwer jeglichen Vorwurf ihrer Seite Ernst zu nehmen. Ich habe kein Problem damit wenn die Kritik berechtigt ist."

2.12.

Bij brief van 7 juli 2015 heeft mevrouw [leidinggevende] het volgende aan de werkgever geschreven: *"Herr [werknemer] hat mir heute Morgen Mobbing vorgeworfen, dieses schriftlich am späteren Vormittag bestätigt. Seit Jahren gibt es regelmäßig eskalierende Situationen mit Herrn [werknemer] , in denen Herr [werknemer] Kollegen und Vorgesetzte respektlos behandelt. Ich werde daher an keinem weiteren Gespräch mit Herrn [werknemer] teilnehmen und meine Kommunikation mit Herrn [werknemer] wird sich ausschließlich auf die tägliche Arbeit beziehen."*

2.13.

Bij verklaring, getekend op 6 september 2015, heeft mevrouw [apothekeres] het volgende verklaard: *"In 2013 begon ik als Apothekeres bij Postpills te werken. Ook toen al gedroeg de heer [werknemer] zich tegenover individuele medewerkers volledig respectloos en beledigde hen. Dit werd ook aan de bedrijfsleiding gemeld en resulteerde in een waarschuwing. Het gedrag tegenover mevrouw [de leidinggevende] , die als verantwoordelijke van Postpills het personeel (werk)aanwijzingen moet geven, was bijzonder moeizaam. Er waren steeds weer woedeaanvallen en in het bijzonder in het afgelopen jaar ook persoonlijke beledigingen. Zulke (woede)aanvallen kwamen in de afgelopen maanden nog vaker voor en ook duidelijk hoorbaar voor klanten. Samengevat hield elke medewerker van Postpills rekening met het afwisselende humeur van de heer [werknemer] , zodat het niet opnieuw tot een woede aanval kwam. Wat helaas desalniettemin steeds opnieuw, in het bijzonder gedurende in de laatste tijd, vaker voorkwam. Mevrouw [de leidinggevende] verliet zelfs huilend het pand! Al deze gebeurtenissen hebben bij mij daarin geresulteerd, het ontslag van de heer [werknemer] toe te stemmen."*

3 Het verzoek

3.1.

De werkgever verzoekt de arbeidsovereenkomst met de werknemer te ontbinden op grond van artikel 7:671b lid 1, onderdeel a, van het Burgerlijk Wetboek (BW), in verbinding met artikel 7:669 lid 3, onderdelen e of g BW.

3.2.

Aan dit verzoek legt de werkgever ten grondslag dat sprake is van – kort gezegd – (ernstig) verwijtbaar handelen van de werknemer althans (subsidiar) van een verstoorde arbeidsverhouding op grond waarvan van de werkgever redelijkerwijs niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Ter onderbouwing daarvan heeft de werkgever het volgende naar voren gebracht. Van meet af aan heeft het gedrag en de werkhouding van de werknemer tot ergernis geleid bij zijn collega's en de directie van de werkgever. De werknemer kan behoorlijk bot en onbeschoft reageren naar zijn collega's. Op totaal onvoorspelbare momenten ontsteekt de werknemer in enorme woedeaanvallen, waarbij hij zich totaal niet meer in de hand heeft. Dan schreeuwt hij op zeer luide toon, maakt hij denigrerende opmerkingen en maakt hij veelvuldig gebruik van scheldwoorden. Dat gaat dermate luid dat collega's die op dat moment aan het bellen zijn hun klant aan de telefoon niet meer kunnen verstaan en op moeten hangen. Ondanks diverse (schriftelijke) waarschuwingen is er geen verbetering in het gedrag van de werknemer opgetreden. Integendeel, hij ontspoot steeds vaker waardoor de situatie op de werkvloer niet langer houdbaar is. Omdat de werkgever primair aan het verzoek ten grondslag legt dat sprake is van (ernstig) verwijtbaar handelen door de werknemer, ligt herplaatsing niet in de reden en dient de arbeidsovereenkomst op zo kort mogelijke termijn te worden ontbonden zonder dat aan de werknemer een vergoeding wordt toegekend. Dit geldt ook als tot ontbinding wordt overgegaan op grond van de subsidiar aangevoerde reden, de verstoorde arbeidsrelatie. Dit vanwege het feit dat die verstoring zijn oorzaak vindt in de onderlinge verhouding tussen partijen en er sprake is van een relatief kleine onderneming.

4 Het verweer en het tegenverzoek

4.1.

De werknemer verweert zich tegen het verzoek en stelt dat de verzochte ontbinding moet worden afgewezen. Hij voert daartoe – samengevat – het volgende aan. Hij heeft niet verwijtbaar gehandeld, althans zeker niet in zodanige mate dat er een redelijke grond bestaat voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Hij heeft jarenlang prima gefunctioneerd, zijn relatie met collega's is uitstekend en klanten zijn tevreden over hem. De verwijten van de werkgever zijn onterecht en zijn sterk uit verband getrokken. Van ontoelaatbaar gedrag is geen sprake. Daarnaast is er geen sprake van een onherstelbare verstoring van de arbeidsverhouding. Hij heeft geen enkel probleem met zijn collega's. Weliswaar is zijn relatie met leidinggevende [de leidinggevende] moeizaam, maar van een onherstelbare verstoring is geen sprake. De werkgever heeft tot op heden geen enkele poging ondernomen de onderlinge verhouding tussen beiden te verbeteren. Bovendien is gesteld noch gebleken dat er geen reële

mogelijkheid bestaat tot herplaatsing binnen een redelijke termijn in een andere passende functie.

4.2.

Voor zover de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, verzoekt de werknemer (bij wijze van (voorwaardelijk) tegenverzoek) om toekenning van een billijke vergoeding van

€ 20.000,00 en een transitievergoeding van € 4.441,00. De werkgever heeft daartegen verweer gevoerd.

5 De beoordeling

in de zaak van het verzoek

5.1.

Het gaat in deze zaak om de vraag of de arbeidsovereenkomst tussen partijen moet worden ontbonden. In geval van ontbinding moet ook worden beoordeeld of aan de werknemer een billijke vergoeding dient te worden toegekend.

5.2.

De kantonrechter stelt voorop dat uit artikel 7:669 lid 1 BW volgt dat de arbeidsovereenkomst alleen kan worden ontbonden indien daar een redelijke grond voor is en herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn niet mogelijk is of niet in de rede ligt. In artikel 7:669 lid 3 BW is nader omschreven wat onder een redelijke grond moet worden verstaan. Bij regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 april 2015 (*Stcrt.* 2015/12685) zijn daarvoor nadere regels gesteld (Ontslagregeling).

5.3.

De werkgever stelt dat de redelijke grond voor ontbinding primair is gelegen in het verwijtbaar handelen van de werknemer en subsidiair in de verstoorde arbeidsverhouding. Ter toelichting heeft de heer [de directeur] op de zitting naar voren gebracht dat de werknemer met enige regelmaat van het ene op het andere moment en zonder enige aanleiding volledig 'flipt' en verandert in een volstrekt ongecontroleerd persoon. Omdat hij zijn werk goed uitvoerde en het lastig is om Duitssprekende medewerkers te krijgen, heeft de werkgever dit gedrag lange tijd getolereerd. Wel heeft zij de werknemer er herhaaldelijk op gewezen dat het gedrag ontoelaatbaar was en er bij de werknemer op aangedrongen iets te doen aan dit gedrag. Het gedrag veranderde echter niet, de frequentie van de woedeaanvallen nam bovendien toe. Hoewel de werknemer aanvankelijk

bij een paar collega's nog enig draagvlak had, is inmiddels de rek eruit. Volgens de heer [de directeur] is uit gesprekken met de andere werknemers gebleken dat de collega's niet langer met hem wensen te werken.

5.4.

De werknemer betwist woedeaanvallen te hebben gehad. Hij erkent dat er diverse incidenten hebben plaatsgevonden en (beoordelings)gesprekken zijn gevoerd maar voert aan dat de vastlegging ervan berust op een eenzijdige en subjectieve weergave van de waarheid. Hij herkent zich in het geheel niet in de persoon die thans door de werkgever wordt geschetst. Hij schreeuwt niet en hij is niet agressief. Hooguit reageert hij soms wat emotioneel. Volgens de werknemer zijn de bepalingen over zijn gedrag in de arbeidsovereenkomst gezet om hem 'klein te houden' en hem te beletten zich te kritisch uit te laten over inhoudelijke zaken jegens zijn werkgever. Bovendien stelt hij de arbeidsovereenkomsten onder druk te hebben ondertekend. De werknemer erkent wel eens ruzie te hebben gehad op de werkvloer en daar over te hebben gesproken met de werkgever, maar schrijft dit toe aan de moeizame relatie die hij heeft met zijn direct leidinggevende mevrouw [de leidinggevende] .

5.5.

De kantonrechter is van oordeel dat de werkgever voldoende heeft onderbouwd dat de werknemer gedurende langere tijd (in elk geval sinds eind 2011) ontoelaatbaar gedrag heeft vertoond, dat zij de werknemer duidelijk heeft gemaakt welk gedrag niet werd getolereerd en dat zij hem diverse malen op zijn gedrag heeft aangesproken. Het had dan ook op de weg van de werknemer gelegen zijn gedrag (eventueel met behulp van derden) aan te passen, wat hij niet heeft gedaan. Dat het gedrag van de werknemer voortkomt uit de moeizame relatie met zijn leidinggevende mevrouw [de leidinggevende] , is naar het oordeel van de kantonrechter onvoldoende gebleken. Ook uit de door de werknemer erkende incidenten blijkt immers dat er verschillende aanleidingen waren voor de incidenten die volgens de werkgever in ongecontroleerde woedeaanvallen resulteerden. De stelling van de werknemer, dat de bepalingen over zijn gedrag in de arbeidsovereenkomsten waren opgenomen om hem in verband met inhoudelijk kritiek 'klein te houden', is door de werkgever weersproken. Bij gebrek aan een onderbouwing legt de kantonrechter deze bewering naast zich neer. De stelling van de werkgever dat er bij de collega's voor samenwerking met de werknemer geen draagvlak meer is, heeft zij met de verklaring van de heer [de directeur] ter zitting en de schriftelijke verklaring van mevrouw [de apothekeres] voldoende onderbouwd, zodat voorzetting van het dienstverband - gelet ook op het feit dat de werknemer zich van geen kwaad bewust lijkt te zijn - geen reële optie meer is. Op grond hiervan komt de kantonrechter tot de conclusie dat sprake is van zodanig verwijtbaar handelen van de

werknemer dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Herplaatsing ligt op grond van artikel 7:669 lid 1 laatste zin BW niet in de rede.

5.6.

De conclusie is dat de kantonrechter het verzoek van de werkgever zal toewijzen en dat de arbeidsovereenkomst met toepassing van artikel 7:671b lid 8, onderdeel a, BW zal worden ontbonden met ingang van 1 november 2015. Dat is de datum waarop de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging zou zijn geëindigd. Nu de termijn van opzegging één maand bedraagt, vindt er geen aftrek vanwege proceduretijd plaats. De kantonrechter ziet geen aanleiding om de ontbinding van de arbeidsovereenkomst op een eerder tijdstip te bepalen, zoals verzocht door de werkgever.

5.7.

De kantonrechter ziet geen aanleiding om aan de werknemer een billijke vergoeding toe te kennen. Gelet op artikel 7:671b lid 8, onderdeel c, BW is voor toekenning van een billijke vergoeding alleen plaats indien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van een werkgever zich slechts zal voordoen in uitzonderlijke gevallen, bijvoorbeeld als een werkgever grovelijk de verplichtingen niet nakomt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en er als gevolg daarvan een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat of als een werkgever een valse grond voor ontslag aanvoert met als enig oogmerk een onwerkbaar situatie te creëren (zie: *Kamerstukken II*, 2013-2014, 33 818, nr. 3, pag. 34). Een dergelijke situatie doet zich hier niet voor. Dat de werknemer het slachtoffer zou zijn geworden van pestgedrag door zijn leidinggevende is gesteld maar niet gebleken. Integendeel, de werkgever heeft gemotiveerd aangegeven dat zij hem aanvankelijk de hand boven het hoofd heeft gehouden, omdat hij zijn werk zo goed deed.

in de zaak van het (voorwaardelijke) tegenverzoek

5.8.

Het tegenverzoek tot toekenning van een billijke vergoeding heeft niet meer te worden behandeld omdat daarop al is beslist in de zaak van het verzoek.

5.9.

De werknemer heeft een verzoek gedaan om de werkgever te veroordelen een transitievergoeding te betalen. Volgens de werknemer is de

werkgever op grond van artikel 7:673 lid 1 BW een transitievergoeding verschuldigd van € 4.441,00 bruto. De werkgever heeft gesteld dat aan werknemer geen transitievergoeding toekomt op grond van artikel 7:673 lid 7 onder c BW nu het eindigen van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.

5.10.

De kantonrechter overweegt als volgt. Uit artikel 7:673 lid 1 BW volgt dat de werkgever aan de werknemer een transitievergoeding verschuldigd is indien – kort gezegd – de arbeidsovereenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd en de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever is ontbonden. Aan deze beide voorwaarden is voldaan en gelet op artikel 7:673 lid 2 BW heeft de werknemer aanspraak op een transitievergoeding van € 4.441,00 bruto. De kantonrechter is van oordeel dat van ernstig verwijtbaar handelen geen sprake is omdat onvoldoende is gebleken dat de werknemer welbewust op grensoverschrijdend gedrag dan wel frustratie van het werkproces of de verhouding met collega's uit was. De werkgever zal daarom worden veroordeeld tot betaling van de transitievergoeding.

5.11.

Gelet op de uitkomst van de zaak, is de kantonrechter van oordeel dat het redelijk is dat partijen ieder hun eigen proceskosten dragen.

6 De beslissing

De kantonrechter:

in de zaak van het verzoek

6.1.

ontbindt de arbeidsovereenkomst tussen partijen met ingang van 1 november 2015;

6.2.

bepaalt dat iedere partij de eigen proceskosten draagt;

in de zaak van het tegenverzoek

6.3.

veroordeelt de werkgever om aan de werknemer een transitievergoeding te betalen van € 4.441,00 bruto;

6.4.

bepaalt dat iedere partij de eigen proceskosten draagt;

6.5.

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

Deze beschikking is gewezen door mr. R.I.V. Scherpenhuijsen Rom, kantonrechter en op 21 september 2015 in het openbaar uitgesproken in aanwezigheid van de griffier.