

**ECLI:NL:RBNHO:2015:11458**

**Uitspraak**

**RECHTBANK NOORD-HOLLAND**

zaaknummer 4621880 \ OA VERZ 15-212 (PA)

uitspraak: 17 december 2015

**beschikking van de kantonrechter, zitting houdende in Alkmaar,**

in de zaak van

**[naam] ,**

wonende te [woonplaats]

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

verder te noemen: de werknemer

gemachtigde: mr. M.M.A. Appelman

tegen

de besloten vennootschap **Van Acker BV,**

gevestigd te Den Oever

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

verder te noemen: de werkgever

gemachtigde: mr. A.C. Lagemaat

## **1 Het procesverloop**

in de zaak van het verzoek en het tegenverzoek

1.1.

De werknemer heeft een verzoek gedaan om het door de werkgever gegeven ontslag op staande voet te vernietigen. De werknemer heeft ook een verzoek gedaan om op grond van artikel 223 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) een voorlopige voorziening te treffen. De

werkgever heeft een verweerschrift ingediend en een tegenverzoek gedaan tot (voorwaardelijke) ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

1.2.

Op 3 december 2015 heeft een zitting plaatsgevonden. Partijen hebben hun standpunt op de zitting toegelicht, mede aan de hand van pleitnotities. De griffier heeft aantekeningen gemaakt van wat partijen ter toelichting van hun standpunten naar voren hebben gebracht. Voorafgaand aan de zitting heeft de werknemer bij brieven van 1 december 2015 en 2 december 2015 nog stukken toegezonden.

## **2 De feiten**

in de zaak van het verzoek en het tegenverzoek

2.1.

De werknemer, geboren [datum] , is op 21 augustus 1998 in dienst getreden bij de werkgever. De laatste functie die de werknemer vervulde, is die van metaalbewerker, met een salaris van € 2.330,37 bruto per maand, exclusief 8% vakantietoeslag.

2.2.

Bij brief van 22 september 2015 heeft de werkgever aan de werknemer onder meer het volgende geschreven:

*"Tijdens het gesprek van donderdag 17 september 2015 tussen u en ondergetekende heb ik u geconfronteerd met het navolgende.*

*Het is ons gebleken dat u in ernstige mate hebt gehandeld in strijd met uw verplichtingen uit hoofde van de tussen u en W.P. van Acker B.V. (hierna: "Van Acker") bestaande arbeidsovereenkomst, de eisen van goed werknemerschap en de eisen van betrouwbaarheid. (...)*

*Wij hebben op dinsdag 15 september 2015 en op woensdag 16 september 2015 moeten vaststellen dat u niet op tijd op het werk bent verschenen, zonder dat daarvoor een geldige reden bestond en zonder dat daarvoor aan u toestemming was verleend. Op deze dagen bent u een groot aantal uren ongeoorloofd afwezig geweest. (...)*

*Vele malen is aan u te verstaan gegeven dat uw ongeoorloofde afwezigheid van het werk ontoelaatbaar is. Ik heb nu helaas moeten constateren dat alle waarschuwingen niet het beoogde effect hebben gehad.*

*Op donderdag 17 september 2015 heb ik moeten constateren dat u tijdens de uitvoering van uw werkzaamheden aan het blowen was. Het is u bekend dat het binnen het bedrijf van Van Acker ten strengste verboden is – al dan niet openlijk – drugs te gebruiken.*

*Wij kunnen niet anders concluderen dan dat u zich veelvuldig schuldig hebt gemaakt aan werkweigering c.q. ongeoorloofd werkverzuim en dat u zich voorts onder werktijd schuldig hebt gemaakt aan drugsgebruik, ondanks het feit dat u veelvuldig (mondeling èn schriftelijk) bent gewaarschuwd en bent aangespoord om op tijd op het werk te verschijnen.*

*(...)*

*Uw daden en gedragingen, zoals hiervoor omschreven, leveren, zowel op zichzelf staand beschouwd als in hun onderlinge samenhang bezien, voor Van Acker een dringende reden op voor ontslag op staande voet met onmiddellijke ingang. Gelet op alle omstandigheden die zich hebben voorgedaan kon van ons redelijkerwijs niet worden verlangd dat wij uw dienstverband nog langer laten voortduren.*

*Het bovenstaande heeft tot gevolg gehad dat ik de met u bestaande arbeidsovereenkomst onverwijld heb opgezegd wegens een dringende reden in de zin van de wet, met ingang van donderdag, 17 september 2015. Ik heb u dit in een persoonlijk gesprek op donderdag 17 september 2015 medegedeeld en daarbij de redenen voor de opzegging uitvoerig met u besproken en aan u toegelicht.(...)”*

2.3.

Op 21 september 2015 heeft de werknemer zich ziekgemeld.

### **3 Het verzoek**

3.1.

De werknemer verzoekt de kantonrechter het ontslag op staande voet te vernietigen en de werkgever te veroordelen tot doorbetaling van loon. Voorts verzoekt de werknemer dat de werkgever wordt veroordeeld tot tewerkstelling en betaling van de buitengerechtelijke kosten. Aan dit verzoek legt de werknemer ten grondslag – kort weergegeven – dat geen sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet en dat dit ontslag niet onverwijld is gegeven. De werknemer betwist dat sprake is geweest van een gesprek op 17 september 2015 waarbij hij op staande voet is ontslagen. De werknemer stelt dat zijn arbeidsovereenkomst door de werkgever bij brief van 22 september 2015 is opgezegd. De werknemer betwist dat hij op het werk heeft geblowd. Daarnaast stelt de werknemer dat het ontslag niet onverwijld is gegeven, nu de werkgever pas bij brief van 22 september 2015 de arbeidsovereenkomst met de werknemer heeft opgezegd, terwijl de werkgever hem heeft verweten dat

hij op 15 september 2015 en 16 september 2015 te laat op het werk is verschenen.

### 3.2.

De werknemer verzoekt daarnaast de kantonrechter om op grond van artikel 223 Rv een voorlopige voorziening te treffen, te weten dat de werkgever wordt veroordeeld tot doorbetaling van loon en de wettelijke verhoging, het overleggen van deugdelijke specificaties van de betalingen van het loon en tewerkstelling. Aan dit verzoek legt de werknemer ten grondslag – kort weergegeven – dat geen sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet en dat dit ontslag niet onverwijld is gegeven, en dat hij een spoedeisend belang heeft bij zijn verzoek nu hij grote schulden heeft, waaronder een huurachterstand.

## **4 Het verweer en het tegenverzoek**

### 4.1.

De werkgever verweert zich tegen het verzoek. Zij voert aan – samengevat – dat de werknemer niet-ontvankelijk is in zijn verzoek. De werkgever heeft op 17 september 2015 de arbeidsovereenkomst met ingang van diezelfde datum opgezegd wegens een dringende reden. Het verzoekschrift tot vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst is door de werknemer ingediend op 20 november 2015. De vervaltermijn is derhalve verstreken. Daarnaast stelt de werkgever dat sprake is van een dringende reden en dat het ontslag op staande voet onverwijld is gegeven. De werkgever stelt dat het, nadat in september 2013 aan de werknemer een laatste kans was gegeven zijn gedrag aan te passen, nog steeds bleef voorkomen dat de werknemer 's ochtends te laat op het werk verscheen of 's middags voortijdig het werk verliet. Bij brief van 13 juli 2015 is de werknemer opnieuw gewaarschuwd. Op 15 september 2015 en op 16 september 2015 verscheen de werknemer weer te laat op werk, zondag dat daarvoor een geldige reden bestond. Op 17 september 2015 betrapte de werkgever de werknemer op het gebruik van drugs. Voor de werkgever was het duidelijk geworden dat de werknemer zijn gedrag niet wenste aan te passen en dat zijn functioneren niet in de gewenste mate zou verbeteren. Gezien deze omstandigheden kon van de werkgever niet worden verwacht het dienstverband met de werknemer een dag langer te laten voortduren. Op 17 september 2015 is de werkgever aan het eind van de middag tot ontslag op staande voet overgegaan onder mededeling van de redenen daarvoor.

### 4.2.

In de zaak van het tegenverzoek wordt door de werkgever verzocht de arbeidsovereenkomst met de werknemer voorwaardelijk te ontbinden op

grond van artikel 7:671b lid 1, onderdeel a, BW, in verbinding met artikel 7:669 lid 3, primair onderdeel e en subsidiair onderdeel g, BW. Het verzoek is voorwaardelijk, namelijk voor het geval de arbeidsovereenkomst blijkt niet te zijn geëindigd door het aan de werknemer op staande voet gegeven ontslag. De werknemer heeft daartegen verweer gevoerd en stelt dat de verzochte ontbinding moet worden afgewezen. Indien de verzochte ontbinding wordt toegewezen, verzoekt de werknemer om toekenning van de transitievergoeding.

## **5 De beoordeling**

in de zaak van het verzoek

### 5.1.

Het gaat in deze zaak om de vraag of het ontslag op staande voet moet worden vernietigd en of de werkgever moet worden veroordeeld tot doorbetaling van loon.

### 5.2.

De kantonrechter neemt tot uitgangspunt dat in zaken die voortvloeien uit de Wet werk en zekerheid (Wwz), zoals deze zaak, het bewijsrecht in beginsel van toepassing is, tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet. In dit geval verzet de aard van de zaak zich niet tegen toepassing van het bewijsrecht

### 5.3.

De kantonrechter stelt voorop dat op grond van artikel 7:681 lid 1 BW de kantonrechter op verzoek van de werknemer de opzegging van de arbeidsovereenkomst kan vernietigen, maar ingevolge het bepaalde in artikel 7:686a lid 4 onderdeel a sub 2 BW dient een dergelijk verzoek door de werknemer te worden ingediend binnen twee maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd.

### 5.4.

De werkgever heeft gesteld dat op 17 september 2015 een gesprek heeft plaatsgevonden, waarbij aan de werknemer is medegedeeld dat hij op staande voet werd ontslagen en dat daarbij de redenen voor het ontslag aan hem zijn medegedeeld. De werkgever heeft gesteld dat namens de werkgever [A], de heer [B], metaalbewerker bij de werkgever, en [C], werkvoorbereider bij Oeverse Machinefabriek O.M.F. Services B.V. (een zusterbedrijf van de werkgever) aanwezig waren bij het gesprek. Nu de werknemer het verzoek tot vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst pas op 20 november 2015 heeft ingediend, dient volgens de werkgever de werknemer in zowel zijn verzoek tot vernietiging

van de opzegging van de arbeidsovereenkomst alsmede in zijn provisionele vordering ex artikel 223 Rv niet-ontvankelijk te worden verklaard. De werknemer heeft gemotiveerd betwist dat op 17 september 2015 een dergelijk gesprek heeft plaatsgevonden, dat de werkgever pas bij brief van 22 september 2015 de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd en dat hij derhalve tijdig het verzoekschrift heeft ingediend.

5.5.

Nu de werkgever zich beroept op het door haar gestelde feit – namelijk dat op 17 september 2015 een gesprek met de werknemer heeft plaatsgevonden, waarbij aan de werknemer is medegedeeld dat hij op staande voet werd ontslagen en dat daarbij de redenen voor het ontslag aan hem zijn medegedeeld – en de werknemer dat gemotiveerd betwist, rust de bewijslast van deze stelling op de werkgever. Conform haar aanbod zal de werkgever tot dat bewijs worden toegelaten.

5.6.

In afwachting van de bewijslevering zal iedere nadere beslissing in zowel het verzoek tot vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst alsmede in de provisionele vordering ex artikel 223 Rv worden aangehouden.

in de zaak van het tegenverzoek

5.7.

Het gaat in deze zaak om de vraag of de arbeidsovereenkomst tussen partijen (voorwaardelijk) moet worden ontbonden op grond van artikel 7:671b lid 1 BW.

5.8.

In het kader van het inmiddels vervallen artikel 7:685 BW is aanvaard dat een werkgever, nadat een werknemer de nietigheid van een ontslag op staande voet heeft ingeroepen, een gerechtvaardigd belang kan hebben bij voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst, namelijk voor het geval de arbeidsovereenkomst blijkt niet te zijn geëindigd door dat ontslag (zie: HR 21 oktober 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4670; NJ 1984/296). De kantonrechter ziet geen reden om voor een ontbinding met toepassing van artikel 7:671b lid 1 BW tot een ander oordeel te komen. De omstandigheid dat tegen een beschikking tot ontbinding op grond van artikel 7:671b lid 1 BW, anders dan in geval van een beschikking op grond van artikel 7:685 BW, hoger beroep mogelijk is, betekent niet dat de werkgever geen belang meer kan hebben bij voorwaardelijke ontbinding. In hoger beroep kan een beschikking tot ontbinding immers worden bekrachtigd of kan de zaak worden beslecht door toekenning van een

billijke vergoeding als bedoeld in artikel 7:683 BW, in plaats van door herstel van de arbeidsovereenkomst. In dergelijke gevallen heeft de beschikking tot voorwaardelijke ontbinding, ondanks hoger beroep, het door de werkgever beoogde effect, te weten (zekerheid over de) beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Hetzelfde geldt in geval partijen afzien van hoger beroep of dat beroep later intrekken.

#### 5.9.

De kantonrechter stelt vast dat sprake is van een opzegverbod, omdat de werknemer ongeschikt is tot het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte. Dit opzegverbod staat gezien artikel 7:671b lid 6 BW echter niet in de weg aan ontbinding, omdat het verzoek geen verband houdt met de ziekte van de werknemer. Het verzoek is immers gebaseerd primair op verwijtbaar handelen en subsidiair op een verstoorde arbeidsverhouding en dat staat los van de ongeschiktheid wegens ziekte.

#### 5.10.

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).

#### 5.11.

De werkgever voert aan dat de redelijke grond voor ontbinding is gelegen in verwijtbaar handelen van de werknemer. Naar het oordeel van de kantonrechter leveren de door de werkgever in dat verband naar voren gebrachte feiten en omstandigheden een redelijke grond voor ontbinding op, zoals bedoeld in artikel 7:669 lid 3, onderdeel e BW. Daartoe wordt het volgende overwogen.

#### 5.12.

De werkgever verwijt de werknemer dat hij ondanks alle gegeven waarschuwingen, zonder opgave van redenen, niet of te laat verschijnt op het werk. Ter zitting heeft de werknemer erkent dat hij meermalen zonder opgave van redenen te laat dan wel niet is verschenen op het werk. Uit de overgelegde stukken blijkt dat de werknemer vanaf 2009 regelmatig ongeoorloofd afwezig is geweest, waarvoor hij een aantal schriftelijke waarschuwingen heeft ontvangen. Op 22 februari 2010 en op 2 september 2013 heeft de werkgever de arbeidsovereenkomst met de werknemer opgezegd om een dringende reden. Beide keren is het ontslag op staande

voet ingetrokken door de werkgever omdat de werknemer beterschap beloofde. Ter zitting heeft de werknemer weliswaar aangevoerd dat zijn gedrag voortvloeit uit zijn medische toestand, doch de werknemer heeft in al die tijd geen openheid van zaken gegeven omtrent zijn medische toestand. Voor de werkgever kon het dan ook niet duidelijk zijn dat het stelselmatig te laat verschijnen op het werk daarmee (eventueel) verband zou kunnen houden. De werknemer heeft zich ook nimmer ziekgemeld om deze reden. Van de werkgever kan derhalve niet verwacht worden een arbo-arts in te schakelen, nu geen sprake was van enige ziekmelding van de werknemer. Daarnaast heeft de werkgever onbetwist gesteld dat elke ziekmelding van de werknemer is geaccepteerd. Uit de overgelegde stukken blijkt dat de werkgever de werknemer in ieder geval vanaf 2009 meerdere malen de kans heeft geboden om zijn houding en gedrag te verbeteren, doch dit heeft niet tot verbetering geleid. De kantonrechter is van oordeel dat de werkgever alles heeft gedaan wat van haar in de gegeven omstandigheden als goed werkgever verwacht mocht worden. Onder deze omstandigheden acht de kantonrechter het handelen van de werknemer zodanig verwijtbaar dat van de werkgever niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Dit levert een redelijke grond voor ontbinding op, zoals bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub e BW. Herplaatsing van de werknemer binnen de organisatie van de werkgever ligt op grond van artikel 7:669 lid 1 laatste zin BW niet in de rede.

#### 5.13.

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 voorwaardelijk zal worden ontbonden met ingang van 1 februari 2016. Dat is de datum waarop de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging zou zijn geëindigd, verminderd met de duur van deze procedure. De ontbinding is voorwaardelijk, namelijk voor zover de arbeidsovereenkomst nog bestaat.

#### 5.14.

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. De kantonrechter is voorts van oordeel dat de handelwijze van de werknemer niet als 'ernstig verwijtbaar' in de zin van artikel 7:671b lid 8 sub b BW en artikel 7:673 lid 7 sub c BW kan worden gekwalificeerd. In de wetsgeschiedenis zijn voorbeelden gegeven van situaties waarbij sprake is van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werknemer. Een dergelijke of daarmee gelijk te stellen situatie is hier niet aan de orde. Gezien de door werknemer geschetste problematiek is de kantonrechter van oordeel dat niet is komen vast te



staan dat sprake is van onwil van de werknemer, maar mogelijk van onmacht om zijn houding en gedrag aan te passen. Door zich niet ziek te melden, handelt de werknemer naar het oordeel wel verwijtbaar. De gedragingen van de werknemer, hoe laakbaar ook, rechtvaardigt echter naar het oordeel van de kantonrechter niet dat de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden zonder dat aan hem een transitievergoeding toekomt. De werknemer heeft dus aanspraak op een transitievergoeding. Gelet op artikel 7:673 lid 2 BW bedraagt de transitievergoeding € 17.195,- bruto. De werkgever zal daarom worden veroordeeld tot betaling daarvan. Als gevolg van het voorwaardelijk karakter van dit verzoek, wordt de aan de werknemer toegekende vergoeding pas opeisbaar op het moment dat tussen partijen onaantastbaar vast is komen te staan dat het op 17 september 2015 dan wel op 22 september 2015 gegeven ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is gegeven.

5.15.

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.

laat de werkgever toe te bewijzen feiten en omstandigheden waaruit volgt dat op 17 september 2015 een gesprek met de werknemer heeft plaatsgevonden, waarbij aan de werknemer is medegedeeld dat hij op staande voet werd ontslagen en dat daarbij de redenen voor het ontslag aan hem zijn medegedeeld;

6.2.

bepaalt, dat schriftelijke bewijslevering plaatsvindt – door middel van het overleggen van stukken – vóór of uiterlijk op 21 januari 2016;

wanneer zij voor de bewijslevering getuigen wil laten horen, moeten uiterlijk op 21 januari 2016 ook het aantal en de personalia van de getuigen worden opgegeven, alsmede de verhinderdata van *beide* partijen, de gemachtigden en - voor zover mogelijk - van de getuigen. Daarna zal een tijdstip voor het verhoor worden vastgesteld;

6.3.

uitstel wordt in beginsel niet verleend. Bij gebreke van tijdig bericht van de werkgever wordt er van uitgegaan dat zij geen gebruik wenst te maken van de gelegenheid tot bewijslevering;

6.4.

houdt iedere verdere beslissing aan.

in de zaak van het tegenverzoek

6.5.

ontbindt de arbeidsovereenkomst tussen partijen met ingang van 1 februari 2016, voor zover deze nog bestaat;

6.6.

veroordeelt de werkgever tot betaling aan de werknemer van een transitievergoeding van € 17.195,- bruto, zij het dat deze vergoeding pas opeisbaar wordt op het moment dat tussen partijen onaantastbaar vast is komen te staan dat het op 17 september 2015 dan wel op 22 september 2015 gegeven ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is gegeven;

6.7.

bepaalt dat iedere partij de eigen proceskosten draagt;

Deze beschikking is gewezen door mr. M.C. van Rijn, kantonrechter en op 17 december 2015 in het openbaar uitgesproken in aanwezigheid van de griffier.