

JAR 2011/265

Kantonrechter Amsterdam,

25-07-2011, 1259100 EA VERZ 11-870,
(mr. Van Leeuwen)

Werkgever te Amsterdam, kantoorhoudende te Diemen,
verzoekster,
gemachtigde: mw. mr. A.D. Putker-Blees,

tegen

de werknemer te (...),
verweerder,
gemachtigde: mw. mr. R.M. Westgeest-Otter.

Ontbinding wegens veelvuldig ziekteverzuim, Onvoldoende bereidheid werknemer om mee te werken aan oplossing.

[BW Boek 7 - 670; BW Boek 7 - 685]

» Samenvatting

De werknemer is sinds 1 juni 2001 in dienst van de werkgever, laatstelijk als medewerker cliëntenregistratie. Het dienstverband van de werknemer is altijd gekenmerkt geweest door een buitensporig hoog ziekteverzuim. Hierover is gesproken tussen de werkgever en de werknemer, waarbij eveneens de werktijden van de werknemer aan de orde zijn gekomen. Bij brief van 25 augustus 2010 is aan de werknemer bevestigd dat hij zich bij aankomst en weggaan per e-mail diende aan te melden. Op 21 december 2010 heeft de werknemer zich weer ziek gemeld. De bedrijfsarts heeft geoordeeld dat sprake was van een verstoorde arbeidsrelatie. Op initiatief van de bedrijfsarts werd mediation voorgesteld. Deze mediation is tussen maart en mei 2011 gehouden, maar heeft niet tot een oplossing geleid. De werkgever verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De werknemer stelt dat het verzoek verband houdt met het bestaan van het opzegverbod tijdens ziekte.

De kantonrechter is van oordeel dat het onderhavige verzoek geen verband houdt met het bestaan van het opzegverbod tijdens ziekte, ook al is de werknemer thans (weer) ziek. Onmiskenbaar speelt ook de veelvuldige afwezigheid wegens ziekte een rol, maar het lijkt erop dat de werkgever met de beste bedoelingen heeft geprobeerd om samen met de werknemer naar middelen te zoeken om dit terug te dringen. Een conflict is pas ontstaan toen de werkgever de werktijden van de werknemer aan de orde ging stellen. Uit de feiten blijkt genoegzaam dat er met de werknemer geen goede afspraken vielen te maken en dat de goede verstandhouding blijvend is komen te ontbreken. De arbeidsovereenkomst wordt daarom ontbonden. Met betrekking tot de vraag of aan de werknemer een vergoeding moet worden toegekend, is uitgangspunt dat een werkgever zich ten opzichte van een zieke werknemer terughoudend behoort op te stellen. De kantonrechter ziet echter in het feit dat de werknemer zelf bijzonder weinig informatie over zijn medische toestand heeft verstrekt een bevestiging voor het vermoeden dat de vele ziekmeldingen van de werknemer niet altijd hun bron hebben gevonden in medische onmogelijkheid om bedongen arbeid te verrichten. De kantonrechter kent een vergoeding van € 7.000,= bruto toe.

NB. Zie ook «JAR» 2002/214 voor een ontbinding zonder vergoeding. Zie anders onder meer «JAR» 2006/179 en «JAR» 1997/80 waaruit blijkt dat bijkomende omstandigheden nodig zijn om te ontbinden wegens veelvuldig ziekteverzuim.

beslissing/besluit

» Uitspraak

Verloop van de procedure

(...; red.)

Beoordeling van het verzoek

1. Uitgegaan wordt van de volgende feiten:

a. Werknemer, geboren op 16 juni 1971 en thans dus 40 jaar oud, is sedert 1 juni 2001 in dienst van werkgever laatstelijk als Medewerker Cliëntenregistratie. Het brutosalaris bedraagt € 2.647,22 per maand exclusief vakantietoeslag bij een 36-urige werkweek.

b. Artikel 6 van de arbeidsovereenkomst luidt : “De werkweek van de werknemer bestaat uit 4 dagen van negen uur”. Werknemer kan zijn werktijd dagelijks tussen 7.00 en 19.00 uur vrijelijk kiezen c.q. invullen.

c. Het dienstverband is altijd gekenmerkt geweest door een buitensporig hoog ziekteverzuim. Volgens een door werkgever opgesteld overzicht gaat het over de jaren 2001 t/m 2008 om 34 ziekmeldingen met in totaal 521 verzuimdagen, dat is ongeveer 2 jaar aan werkdagen, van de 7 jaar. Volgens werknemer is het minder, maar nog altijd (zeer) substantieel. De klachten bestaan volgens werknemer vooral uit migraine en hyperventilatie.

d. Onder andere tijdens een evaluatiegesprek op 17 december 2007 is door werknemers toenmalige meerdere, de heer R, bij het verzuim stilgestaan. Als ontwikkelpunt voor 2008 werd daarbij geformuleerd: “1. ziekteverzuim terugdringen door regelmatig vrij te nemen, eventueel minder uur te gaan werken”. Van 1 maart 2008 tot en met 28 februari 2009 heeft werknemer voor 9 uur per week ouderschapsverlof opgenomen.

e. Op 22 mei 2008 heeft een gesprek tussen werknemer, de heer X en P&O-adviseur mw Y plaatsgevonden, naar aanleiding van het ziekteverzuim van werknemer. Voorgesteld werd dat werknemer een zgn. “Winnocktraject” zou gaan volgen. Afgesproken werd dat als werknemer dat niet wilde, of het na intake niet bleek aan te slaan, Werknemer zelf met een alternatief zou komen, met als voorwaarde dat het ziekteverzuim substantieel zou worden teruggebracht.

f. Op 22 juli 2008 liet werknemer weten, na een kennismakingsgesprek bij Winnock, van het aangeboden “traject” af te zien. Op 7 augustus 2008 heeft een nieuw gesprek over het ziekteverzuim plaatsgevonden. Hoewel hij dat zelf niet “echt nodig” vond, zegde werknemer toe een afspraak met zijn huisarts te zullen gaan maken over nut en noodzaak van doorverwijzing naar haptonoom of neuroloog. Op 14 augustus 2008 berichtte werknemer dat hij bij de huisarts was geweest en was doorverwezen.

g. Op 3 maart 2009 heeft werknemer zich weer ziek gemeld, naar bleek voor langere tijd. Op 24 september 2009 heeft hij zich wederom ziek gemeld.

h. Sinds eind 2009 heeft werknemer als nieuwe leidinggevende mw Z. Bij een evaluatiegesprek met haar op 22 januari 2010 is opnieuw stilgestaan bij het, ook in 2009 hoge, ziekteverzuim. Als een van de belangrijkste te behalen resultaten is toen (opnieuw) geformuleerd: “terugdringen ziekteverzuim/verhogen aanwezigheid”.

i. Voorts is daarbij gesproken over de werktijden, de wenselijkheid om het half uur pauze per dag daadwerkelijk te genieten en de onwenselijkheid om op een dag langer dan 9 uur te werken (om te weinig uren op andere dagen in te halen). Omdat werknemer op de vrijdagen niet stipt om 8.00 uur

aanwezig placht te zijn omdat hij dan zijn kind naar de creche bracht, stelde Z voor de werkuren voortaan op vrijdag vast te bepalen op 9.30-19.30 u (incl. pauze). Hier was werknemer het niet mee eens en ook eind mei 2010 was ondanks herhaaldelijk aandringen en e-mailcorrespondentie het evaluatieformulier nog steeds niet door werknemer ondertekend. Tussentijds waren weer enkel ziekte- en verlofdagen en een ziekteweek gelegen.

j. Van 9 juni tot 6 juli 2010 is werknemer wegens ziekte afwezig.

k. Bij brief van 25 augustus 2010 bevestigde mw XY, Manager servicecentrum werkgever, aan werknemer dat hij flexibele werktijden heeft (tussen 7-19 uur), niet meer dan 9 uur per dag diende te werken en zich bij aankomst en weggaan per e-mail bij zijn leidinggevende diende te melden. Werknemer diende vóór eind september aan zijn leidinggevende een voorstel voor te leggen hoe hij dit ging regelen.

1. Op 23 september 2010 heeft werknemer zich ziek gemeld en hij was tot 4 oktober 2010 afwezig. Op 1 oktober 2010 wenste Z hem per e-mail beterschap, vroeg hem tevens alvast te laten weten hoe hij vanaf 1 oktober zijn werkuren in zou zetten en liet weten een afspraak voor 8 oktober 2010 te hebben ingepland. Bij e-mail van 5 oktober 2010 aan Z zegde Werknemer de afspraak met Z af omdat hij alleen met XY hierover wenste te communiceren. Dezelfde dag beantwoordde hij haar onder k. genoemde brief.

m. Op 7 oktober 2010 meldde werknemer zich ziek. XY liet bij brief van 8 oktober 2010 weten dat werkafspraken met Z moesten worden gemaakt, dat een schriftelijk voorstel werd verwacht en dat een gesprek voor 12 oktober 2010 was ingepland. Bij brief van 11 oktober 2010 gaf werknemer een reactie met een voorstel, waarvan onderdeel was dat indien hij door omstandigheden 9 uur per dag niet haalde, hij dit zou compenseren op een andere dag.

n. In het gesprek van 12 oktober 2010 is blijkens het daarvan opgemaakte verslag, nadat werknemer onder meer gevoelens van onveiligheid op de werkvloer had geuit, uiteindelijk afgesproken dat werknemer het uur of de uren die hij op vrijdag te kort kwam, via thuiswerken in kon halen (in plaats van te compenseren door meer dan 9 uur te werken op andere dagen), waarvoor hij de beschikking kreeg over een token.

o. Bij e-mail van 25 november 2010 heeft Z werknemer aangesproken op het ontbreken van een aantal eindtijdmedingen per e-mail, zoals afgesproken.

p. Op 8 december 2010 heeft werknemer per e-mail achteraf 2 uur calamiteitenverlof gevraagd aan Z, omdat hij opvang voor zijn kind moest regelen.

q. Op 15 december 2010 liet werknemer zijn afdeling weten dat hij die ochtend een paar uur thuis zou werken wegens het uitvallen van de oppas. Op 17 december 2010 om 8.25 uur liet hij zijn collega's per e-mail weten wegens weersomstandigheden en files voorlopig nog thuis te blijven.

r. Later op 17 december 2010 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen werknemer, Z en mw R (P&O-adviseur). Werknemer werd er onder meer op gewezen dat het thuiswerken met de token alleen was bedoeld voor de ontbrekende uren op vrijdag en niet om, zoals die dag, de file te mijden en dat dit te veel irritaties op de afdeling oproept. Ook werd hij gewezen op ontbrekende urenregistraties en kwam aan de orde dat hij tot en met november al weer 7 keer ziek was geweest dat jaar. Uiteindelijk stemde werknemer ermee in de proef met registratie van werktijden nog 3 maanden voort te zetten.

s. Op 21 december 2010 heeft werknemer zich ziek gemeld. Na terugkoppeling door de Arbo-dienst dat het ging om een ziekmelding in verband met een verstoorde arbeidsrelatie, nodigde werkgever werknemer uit voor een gesprek op 7 januari 2010. Bij brief van 4 januari 2011 liet werknemer weten dat er van zijn kant geen sprake van een verstoorde arbeidsrelatie was, dat hij migraineklachten had en dat hij nadat hij hersteld zou zijn een gesprek wilde voeren.

t. Overeenkomstig het advies van de bedrijfsarts in het opgestelde Plan van Aanpak, werd werknemer bij brief van 14 januari 2011 opnieuw uitgenodigd voor een gesprek, op 19 januari 2011. Bij uitvoerige brief van 17 januari 2011 reageerde werknemer hierop wederom afwijzend, doch na herhaalde oproeping heeft het gesprek toch plaatsgevonden. Volgens een van dat gesprek opgemaakt verslag is uiteindelijk afgesproken dat werknemer de token weer zou inleveren, na volledige werkhervatting voortaan van dinsdag t/m vrijdag van 7.00 tot 17.30 uur op kantoor aanwezig zou zijn en zijn begin- en eindtijden zou blijven mailen.

u. Op 1 februari 2011 wees Z werknemer per e-mail erop dat hij nog steeds niet het afgesproken opbouwschema in het kader van zijn reïntegratie had ingeleverd, zodat zij niet wist wanneer zij hem weer kon verwachten en daarom zelf maar een schema had opgesteld. Nadat werknemer zelf een schema had opgesteld en Z daarbij kanttekeningen had gemaakt, reageerde werknemer wederom zeer uitvoerig schriftelijk op de gang van zaken, het verslag van het gesprek en het concept-Plan van aanpak. Hierbij werd Z onder meer beschuldigd van stemmingmakerij op de afdeling.

v. Bij brief van 8 februari 2011 heeft werkgever werknemer een officiële waarschuwing gegeven wegens ongeoorloofde afwezigheid op 4 februari 2011 en hem uitgenodigd voor een gesprek op 15 februari 2011. Naar aanleiding van een gesprek met de Arbodienst, werd dit gesprek op verzoek van werknemer uitgesteld en opnieuw gepland voor 22 februari 2011. Dit heeft plaatsgevonden mede in aanwezigheid van werknemers gemachtigde.

w. Op 1 maart 2011 – werknemer heeft zich intussen weer voor 100% ziek gemeld – heeft een vervolggesprek plaatsgevonden. Op initiatief van de bedrijfsarts werd mediation voorgesteld.

x. Deze mediation is tussen maart en mei 2011 gehouden maar heeft niet tot een oplossing geleid.

2. Werkgever verzoekt om ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen in de zin van veranderingen in de omstandigheden van zodanige aard dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen. Daartoe stelt werkgever – kort gezegd – dat zij heeft moeten concluderen dat zij elk vertrouwen in een vruchtbare samenwerking met werknemer heeft verloren, nu zij ondanks verwoede pogingen er maar niet in slaagt afspraken te maken over het inzichtelijk maken van zijn aanwezigheid en afmelden.

3. Werknemer beroept zich er op dat het verzoek verband houdt met het bestaan van het opzegverbod tijdens ziekte. Verder betwist werknemer dat er gewichtige redenen voor ontbinding zijn in de door werkgever bedoelde zin en verzet zich tegen de door werkgever verzochte ontbinding. Werknemer verzoekt voor het geval de kantonrechter de arbeidsovereenkomst zal ontbinden om een vergoeding van € 34.307,97 ten laste van werkgever toe te kennen. Werknemer voert ter ondersteuning van zijn stellingen – kort gezegd – aan dat sinds hij een nieuwe leidinggevende heeft gekregen, deze er alles aan heeft gedaan om de arbeidsovereenkomst te beëindigen.

4. De kantonrechter is, anders dan werknemer, van oordeel dat het onderhavige verzoek geen verband houdt met het bestaan van het opzegverbod tijdens ziekte, ook al is werknemer thans (weer) ziek. Onmiskkenbaar speelt ook de veelvuldige afwezigheid wegens ziekte een rol, maar het lijkt er op dat werkgever, die daar natuurlijk in eerste instantie vrij machteloos tegenover stond, ook al in de tijd dat de X werknemers meerdere was, alsook daarna, met de beste bedoelingen heeft geprobeerd om samen met werknemer naar middelen te zoeken om dit terug te dringen. Dit is ook een redelijk verlangen. Een conflict is pas ontstaan toen werkgever, nadat werknemer, ondanks kennelijk belastende privé-omstandigheden, niet bereid was gebleken structureel minder te gaan werken en in 2009 het ziekteverzuim hoog bleef, in het kader van haar streven, maar ook in het belang van werknemer, diens werktijden aan de orde ging stellen. Uit dit conflict, het feit dat het niet mogelijk bleek met werknemer over zijn werktijden en aanwezigheid constructief afspraken te maken en de vertrouwensbreuk die als gevolg hiervan tussen partijen is ontstaan, is het huidige verzoek ontsproten.

5. Dat er met werknemer geen goede afspraken vielen te maken, blijkt uit de bovenstaande feiten genoegzaam. Uit de stukken én het verhandelde ter zitting is de kantonrechter ook overigens tot de overtuiging gekomen, dat de goede verstandhouding, noodzakelijk voor een verdere samenwerking tussen partijen, blijvend is komen te ontbreken. De arbeidsovereenkomst wordt daarom ontbonden wegens veranderingen in de omstandigheden.
6. Resteert de vraag of aan werknemer een vergoeding moet worden toegekend en zo ja hoe hoog. Dit is vooral afhankelijk van het antwoord op de vraag in wiens risicosfeer de ontbindingsgrond is gelegen resp. of en in welke mate sprake is van verwijtbaarheid aan de zijde van één van de partijen of over en weer.
7. Uitgangspunt is dat een werkgever zich ten opzichte van een zieke werknemer terughoudend behoort op te stellen. De kantonrechter ziet echter in het feit dat werknemer zelf bijzonder weinig informatie over zijn medische toestand heeft verstrekt een bevestiging voor het vermoeden dat de vele ziekmeldingen van werknemer niet altijd hun bron hebben gevonden in medische onmogelijkheid om de bedongen arbeid te verrichten. Over de laatste jaren lijkt in ieder geval een patroon zichtbaar dat zodra van werknemer een concreet initiatief werd verwacht juist in het kader van beperking van zijn ziekteverzuim, hij in dezelfde klacht vluchtte. Werknemer moet hebben beseft dat dit, en het zich steeds maar weer verschuilen achter privé-omstandigheden, voor iedere werkgever op den duur onaanvaardbaar is.
8. Deze instelling kan echter wijzen op een geestelijke gesteldheid die een werkgever ertoe moet brengen enige omzichtigheid in acht te nemen. Op zichzelf is begrijpelijk dat werkgever, waarschijnlijk niet alleen om werknemer tegen zichzelf te beschermen, maar ook om meer grip op zijn werktijden te krijgen en te controleren of werknemer (in niet-ziekteperioden) voldoende uren maakte en omdat zij niet wenste te berusten in een situatie waarin werknemer naar eigen goeddunken zijn dienstverband invulde, zijn werktijden aan de orde ging stellen. Bovendien valt niet goed in te zien waarom, zeker gezien de geldende flexibele werktijden, Werknemer zo veel weerstand bood tegen het streven hem gewoon naar de arbeidstijden volgens zijn contract terug te brengen. Maar dat werknemer in feite van de ene dag op de andere verplicht werd om als enige elke dag zijn binnenkomst en vertrek per e-mail aan zijn directe meerdere te melden – wat nog iets anders is dan door het traditionele in- en uitklokken de werktijden in een geautomatiseerd registratiesysteem te laten vastleggen – is een maatregel die gezien de in acht te nemen terughoudendheid erg ver ging en zeker ook dat werkgever daar zo strikt aan vast hield toen werknemer daar grote moeite mee bleek te hebben. Per slot heeft werkgever ook niet gesteld dat werknemer kwantitatief te weinig werk afleverde en heeft zij hem zelf vele jaren van vrijheid gegund. Hier lagen minder vergaande of geleidelijkere maatregelen voor de hand. In zoverre is de ontbindingsgrond ook in geringe mate mede in de risicosfeer van werkgever gelegen.
9. Een en ander rechtvaardigt een vergoeding naar billijkheid waarbij, indien deze op basis van de zgn. kantonrechtersformule zou worden vastgesteld, een zgn. correctiefactor van ca. 0,3 à 0,4 zou worden gehanteerd. Gelet ook op alle overige omstandigheden (waaronder dat werknemer nu alweer geruime tijd met behoud van loon geen arbeidsprestatie heeft verricht) bepaalt de kantonrechter de vergoeding op € 7.000,= bruto.
10. Nu aan werknemer een vergoeding wordt toegekend, moet aan werkgever de gelegenheid worden geboden haar verzoek in te trekken.
11. Er bestaat aanleiding de proceskosten te compenseren, behoudens in het geval dat werkgever het verzoek intrekt in welk geval werkgever in de kosten aan de zijde van werknemer wordt veroordeeld.

Beslissing

De kantonrechter:

- I. ontbindt de arbeidsovereenkomst tussen partijen met ingang van 1 september 2011;
- II. kent aan werknemer een vergoeding toe ten laste van werkgever ter hoogte van € 7.000,= bruto, een en ander strekkende tot aanvulling van door werknemer te ontvangen uitkeringen dan wel elders verdiend loon;
- III. veroordeelt werkgever tot betaling van deze vergoeding en verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad;
- IV. bepaalt dat het onder I t/m III gestelde rechtskracht ontbeert, indien het verzoek door werkgever uiterlijk op 8 augustus 2011 wordt ingetrokken;
- V. bepaalt dat partijen ieder de eigen proceskosten dragen, behoudens in het geval werkgever het verzoek zal intrekken, in welk geval werkgever wordt veroordeeld in de kosten van deze procedure aan de zijde van werknemer, die tot op heden worden begroot op € 545,= voor salaris van zijn gemachtigde, voorzover verschuldigd, inclusief BTW.
- VI. wijst het meer of anders verzochte af.