

82

Kantonrechter Rechtbank Limburg zp
Maastricht
23 februari 2017, nr. 5640154 AZ VERZ 17-4,
ECLI:NL:RBLIM:2017:2084
(mr. Erkens)
Noot mr. drs. A.M. Helstone, tevens behorend
bij «JAR» 2017/87

**Ontbinding arbeidsovereenkomst onvindbare
werknemer op h-grond.**

[BW art. 7:669 lid 1 en 3 sub h, 7:671b lid 1 sub
a]

De werknemer is op 27 juni 2016 voor de bepaalde tijd van 11 maanden, tot 26 mei 2017, bij de werkgever in dienst getreden. Vanaf 27 november 2016 is de werknemer onvindbaar. Hij is zonder bericht van verhindering niet meer op het werk verschenen en hij heeft niet gereageerd op verschillende pogingen van de werkgever om contact te krijgen. De werkgever verzoekt nu ontbinding op de h-grond.

De kantonrechter stelt vast dat de griffier bij brief van 11 januari 2017 aan het woonadres van de werknemer een afschrift van het verzoekschrift heeft gestuurd en om verhinderdata heeft gevraagd. Daarop is geen reactie gekomen. Op 23 januari 2017 heeft de griffier de werknemer opgeroepen voor de zitting. Uit een uittreksel uit de basisregistratie blijkt dat de oproepen naar het juiste adres zijn gestuurd. Daarom wordt aan de werknemer verstek verleend. Er gelden geen bijzondere opzegverboden. De werknemer heeft geen verweer gevoerd tegen de verzochte ontbinding, zodat het verzoek alleen al daarom kan worden toegewezen. Daarbij komt dat door het vanaf 27 november 2016 door de werknemer op geen enkele wijze reageren op verzoeken van de werkgever om in contact te treden en door het vanaf die datum zonder enig bericht van verhindering niet meer verschijnen op de werkplek, de arbeidsovereen-

komst een lege huls is geworden. Daarmee sluit dit geval aan bij de in de Memorie van Toelichting genoemde voorbeelden van toepassing van de h-grond. De kantonrechter ontbindt daarom de arbeidsovereenkomst met inachtneming van de reguliere opzegtermijn. De transitievergoeding is hoe dan ook niet verschuldigd, omdat de werknemer geen twee jaar in dienst is geweest.

NB. In «JAR» 2017/88 koos de werkgever ervoor om in een vergelijkbaar geval ontbinding te vragen wegens een toerekenbare tekortkoming. Een lege huls kan ook ontstaan als een werknemer zijn werkzaamheden niet meer kan verrichten omdat de vereiste toestemming of diploma daarvoor ontbreekt. Ook dan kan ontbinding op de h-grond een optie zijn. Vgl. Ktr Maastricht, 30 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2771.

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Perfectcall BV*, h.o.d.n. *Teleperformance Nederland*, te Zoetermeer,
verzoekende partij,
vertegenwoordigd door dhr. L. Hendrix (HR-Advisor) en mevr. A. Koch (Legal Counsel),
tegen
de werknemer te (...),
verwerende partij,
niet verschenen.

1. *De procedure*
(...; red.)

2. *De feiten*

2.1. *Teleperformance* houdt zich bezig met het aanbieden van contact center diensten.

2.2. De werknemer, geboren op (...), is op 27 juni 2016 krachtens arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (namelijk: tot 26 mei 2017) bij *Teleperformance* in dienst getreden als medewerker contact center tegen een maandloon van laatstelijk € 1.261,93 bruto, exclusief 8% vakantiebijslag.

2.3. De tweede alinea van art. 1 van de arbeidsovereenkomst tussen partijen luidt:

“De arbeidsovereenkomst kan tussentijds door ieder der partijen worden opgezegd tegen elke dag van een kalendermaand, met inachtneming van de voor opzegging geldende bepaling en een opzegtermijn conform het burgerlijk wetboek”.

2.4. Vanaf 27 november 2016 is de werknemer onvindbaar en zonder bericht van verhindering niet meer op het werk verschenen. Op 1 december

2016 heeft Teleperformance schriftelijk aan de werknemer verzocht om binnen drie werkdagen contact op te nemen met zijn leidinggevende.

2.5. Op 6 december 2016 is dit verzoek nogmaals schriftelijk aan de werknemer gedaan, waarbij is aangegeven dat het loon met ingang van 27 november 2016 wordt opgeschort indien de werknemer niet reageert.

2.6. Bij aangetekende brief van 9 december 2016 heeft Teleperformance de loonopschorting omgezet in een loonstop en de werknemer uitgenodigd voor een gesprek met Supervisor dhr. (...) op 12 december 2016. Op dat gesprek is de werknemer zonder bericht van verhindering niet verschenen.

2.7. Op 13 december 2016 is de werknemer wederom schriftelijk uitgenodigd voor een afspraak met voornoemde supervisor, ditmaal op 15 december 2016. In die brief is tevens aangekondigd dat, wanneer een reactie van de werknemer uitblijft, over zal worden gegaan tot indiening van een ontbindingsverzoek bij de kantonrechter. Ook op deze laatste uitnodiging is de werknemer, zonder bericht van verhindering, niet ingegaan.

3. Het verzoek

3.1. Teleperformance verzoekt om de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst op de kortst mogelijk termijn te ontbinden, zonder toekenning van een transitievergoeding, kosten rechtens. Teleperformance verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst met de werknemer op grond van art. 7:671b lid 1, onderdeel a, in verbinding met art. 7:669 lid 1 en 3, onderdeel h, BW (andere dan de in art. 7:669 lid 3 onder a tot en met g genoemde omstandigheden die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren).

4. De beoordeling

4.1. De kantonrechter stelt vast dat de griffier bij brief van 11 januari 2017 aan het hiervoor in de kop van deze beschikking vermelde woonadres van de werknemer een afschrift van het verzoekschrift heeft verstuurd en daarbij tevens om verhandeldata van de werknemer heeft gevraagd. Daarop is geen reactie binnengekomen. Bij brief van de griffier van 23 januari 2017, eveneens aan voormeld adres, is de werknemer opgeroepen om te verschijnen ter zitting van dinsdag 14 februari 2017 om 11.00 uur. Nu uit het door Teleperformance overgelegde gewaarmerkt afschrift uit de basisregistratie personen blijkt dat de werknemer

staat ingeschreven op voormeld adres, kan tegen de niet verschenen de werknemer verstek verleend worden.

4.2. Er gelden geen bijzondere opzegverboden als bedoeld in art. 7:670 BW of met deze opzegverboden naar aard en strekking vergelijkbare opzegverboden in een ander wettelijk voorschrift.

4.3. Vooropgesteld wordt dat ook een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (ongeacht of daarin wel of geen tussentijdse opzegmogelijkheid is opgenomen) door de kantonrechter op grond van art. 7:671b, onderdeel a, BW in verbinding met art. 7:669 lid 3, onderdelen c tot en met h, BW kan worden ontbonden.

4.4. De werknemer heeft geen verweer gevoerd tegen de verzochte ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de "h-grond", zodat strikt genomen alleen al daarom de ontbinding op die grond kan worden uitgesproken. Daar komt bij dat het vanaf 27 november 2016 door de werknemer op geen enkele wijze reageren op verzoeken van de werkgever om met zijn werkgever in contact te treden en het vanaf die datum zonder enig bericht van verhindering niet meer verschijnen op de werkplek, de arbeidsovereenkomst een lege huls is geworden. Daarmee sluit dit geval aan bij de in de Memorie van Toelichting genoemde voorbeelden die onder de h-grond vallen.

4.5. Het vorenstaande brengt mee dat er sprake is van een redelijke grond voor ontbinding als bedoeld in art. 7:671b lid 1, onderdeel a, BW, in verbinding met art. 7:669 lid 1 en 3, onderdeel h, BW. Het al dan niet kunnen herplaatsen van de werknemer speelt, gelet op de grond van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst, geen rol.

4.6. Volgens artikel 7:671b lid 8, onderdeel a, BW geldt dat voor de ontbindingsdatum rekening dient te worden gehouden met de geldende opzegtermijn, door het einde van de arbeidsovereenkomst te bepalen op het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging zou zijn geëindigd, waarbij de duur van de ontbindingsprocedure in mindering wordt gebracht, met een minimum van één maand. Dit leidt ertoe dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen met ingang van 1 april 2017 worden ontbonden.

De kantonrechter ziet geen aanleiding om toepassing te geven aan het bepaalde in art. 7:671b lid 8, onderdeel b, BW en de arbeidsovereenkomst tegen een eerdere datum te ontbinden.

4.7. Ten overvloede overweegt de kantonrechter nog dat Teleperformance inderdaad geen transitievergoeding als bedoeld in art. 7:673 BW aan de werknemer verschuldigd is, nu de arbeidsovereenkomst tussen partijen niet ten minste 24 maanden heeft geduurd.

4.8. Aangezien er aan de ontbinding van de arbeidsovereenkomst geen vergoeding wordt verbonden, behoeft Teleperformance niet in de gelegenheid te worden gesteld om haar verzoek in te trekken en kan aanstonds eindbeschikking worden gegeven.

4.9. De werknemer dient als de geheel in het ongelijk gestelde partij te worden veroordeeld in de proceskosten. Die kosten worden aan de zijde van Teleperformance tot op heden begroot op € 517,= (zijnde € 117,= griffierecht en € 400,= salaris gemachtigde).

5. De beslissing

De kantonrechter:

5.1. ontbindt de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst met ingang van 1 april 2017;

5.2. veroordeelt de werknemer tot betaling van de proceskosten aan de zijde van Teleperformance gerezen en tot op heden begroot op € 517,=.

NOOT

De reden om deze drie uitspraken gezamenlijk op te nemen is gelegen in het volgende. Wie zich verdiept in de uitspraken, zal het opvallen dat het feitencomplex in deze zaken tot op zekere hoogte vergelijkbaar is (de betrokken werknemers zijn langere tijd vermist en onbereikbaar (de Teleperformance-zaken) of met de noorderzon vertrokken (de WSD-zaak)) maar de grondslag en daarmee ook het beoordelingskader voor de ontbinding van de arbeidsovereenkomst verschilt. In de WSD-zaak is de grondslag voor ontbinding primair gelegen in wanprestatie ex artikel 7:686 BW. In de Teleperformance-zaken gaat het om een reguliere ontbindingsprocedure waarin de werkgever een beroep doet op de grond. De ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens wanprestatie in de WSD-uitspraak is het meest opvallend: ik richt mij in deze annotatie daarom hoofdzakelijk op deze uitspraak. Onder het oude (ontslag)recht werd nauwelijks gebruik gemaakt van de ontbinding wegens wanprestatie. Het praktisch nut van deze ontbin-

dingsgrond was toen immers beperkt vanwege de ruime mogelijkheden van de ontbinding wegens gewichtige redenen ex artikel 7:685 BW.

Daarnaast kan de populariteit van de artikel 7:685 BW-ontbindingsprocedure ten opzichte van 7:686 BW worden verklaard omdat in deze procedure in beginsel geen hoger beroep of cassatie mogelijk was. Opvallend genoeg heeft artikel 7:686 BW de overgang naar het nieuwe recht zonder slag of stoot overleefd: de wetgever heeft aan de plaats en de rol van de ontbinding wegens wanprestatie onder het nieuwe ontslagrecht geen wezenlijke aandacht besteed.

Tegen deze achtergrond is er voldoende reden om de plaats en het bestaansrecht van de ontbinding wegens wanprestatie ex artikel 7:686 BW binnen de Wwz aan de orde te stellen (zie voor de eerste gedachtvorming in de literatuur bijvoorbeeld: T.D.E. Hoekstra en M.H. Stekelenburg, 'Art. 7:686 BW binnen de WWZ: een vreemde eend in de bijt of nieuw gemeengoed?', TAP 2015/270).

In de WSD-uitspraak is duidelijk dat de kantonrechter de beoordelingsmaatstaf voor wanprestatie aanlegt en dat hij vervolgens toetst of de grondslag voor ontbinding ziet op een tekortkoming in de nakoming van een verplichting uit de arbeidsovereenkomst. Voor deze toets geldt dat een geringe tekortkoming nog geen ontbinding wegens wanprestatie rechtvaardigt: dit volgt al uit de regel voor wanprestatie in het algemene verbintenissenrecht (artikel 6:265 BW). Gelet op het bijzondere beschermingskarakter van het arbeidsovereenkomstenrecht geldt dit nog in sterkere mate voor de toetsingsnorm voor wanprestatie onder artikel 7:686 BW. In lijn met de jurisprudentie van de Hoge Raad moet het voor een rechtsgeldig beroep op artikel 7:686 BW gaan om een ernstige tekortkoming, i.e. een gedraging die "veeleer" op één lijn kan worden gesteld met een dringende reden (HR 20 april 1990, NJ 1990, 702, m.nt. PAS). De betrokken werknemer in de WSD-zaak het wel erg bont gemaakt: hij was al meer dan een jaar afwezig en onbereikbaar. Hij verbleef in Ethiopië en had zich uit de gemeentelijke basisadministratie laten uitschrijven. Terecht weegt de kantonrechter voor de kwalificatie van wanprestatie mee dat de werknemer structureel en in ernstige mate niet meer aan zijn belangrijkste kernverplichting

voldeed: het verrichten van arbeid vormt immers één van de essentialia van de arbeidsovereenkomst.

Kernvraag is of de in dit soort gevallen vaker gebruikte e-grond (verwijtbaar handelen of nalaten), waarop de werkgever zich in de WSD-zaak subsidiair beriep, een andere uitkomst had opgeleverd bij de beoordeling van (i) de kwalificatie van de gedragingen van de werknemer als redelijke grond voor verwijtbaar handelen of nalaten, (ii) de herplaatsingsverplichting en (iii) het recht op de transitievergoeding.

Redelijke grond (verwijtbaar handelen of nalaten)

Het structureel niet nakomen van de verplichting tot het verrichten van werk, kwalificeert als een ernstige tekortkoming. Voor de kwalificatie van de e-grond lijkt het mij dat deze feiten een redelijke grond voor ontbinding opleveren. De werkweigerings is zonder meer een vorm van verwijtbaar handelen. Hiervoor is tevens van belang dat in de parlementaire geschiedenis bij de e-grond is overwogen dat de rechter de arbeidsovereenkomst alleen dan zal ontbinden indien de werkgever in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen en zelf geen blaam treft (*Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 3, p. 45). Nu uit de feiten volgt dat de werkgever in dit geval bewust lang had gewacht met het indienen van een ontbindingsverzoek in de hoop dat de werknemer tot inkeer zou komen, valt de werkgever hier geen verwijt te maken.

Herplaatsingsverplichting

Voor de herplaatsingsverplichting geldt dat deze zowel in het geval van de e-grond als voor de wanprestatie ex artikel 7:686 BW niet aan de orde is: bij de e-grond geldt een uitzondering voor de herplaatsingsplicht (artikel 7:669 lid 1 BW, laatste volzin) en deze verplichting strekt zich niet uit tot artikel 7:686 BW.

Recht op de transitievergoeding

Ingeval van "gewone" verwijtbaarheid onder de e-grond, behoudt de werknemer het recht op een transitievergoeding (zie hiervoor *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, C, p. 32); dat recht komt pas te vervallen indien sprake is van "ernstig" verwijtbaar handelen of nalaten (artikel 7:673 lid 7 sub c BW). Een belangrijke vraag resteert dan nog wel of de gedragingen van de werknemer *ernstig* verwijtbaar zijn. Nu de werkgever

meerdere malen tevergeefs de werknemer heeft getracht te bereiken en hij ondanks dat zonder gegronde redenen niet is verschenen, ligt het voor de hand dat de werknemer hiervan een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Op grond van artikel 7:673 lid 7 sub c BW zou dan geen recht bestaan op de transitievergoeding. De uitzondering van artikel 7:673 lid 8 BW is, gelet op het feitencomplex, niet aan de orde.

Dat de uitkomst in deze specifieke zaak vergelijkbaar zou zijn, neemt uiteraard niet weg dat de norm, de inhoudelijke beoordeling en het toetsingskader voor de rechter bij een ontbinding op grond van artikel 7:686 BW anders zijn dan die op basis van de e-grond. Immers, binnen het restrictieve grondenstelsel zal de rechter moeten toetsen of de grondslag redelijk is, de werkgever zich voldoende heeft ingespannen en de werknemer voldoende is gewaarschuwd. Daarnaast geldt voor het recht op de transitievergoeding dat dit bij de e-grond nog steeds aan de orde kan zijn: alleen wanneer het handelen of nalaten ernstig verwijtbaar is, vervalt dit recht. De rechter zal dus bij een ontbindingsverzoek op de e-grond steeds moeten toetsen of sprake is van "gewone" of van "ernstige" verwijtbaarheid. Dit ligt anders bij de ontbinding wegens wanprestatie: nu het moet gaan om een ernstige tekortkoming, zou het dan niet in de rede liggen dat deze ernstige tekortkoming gelijk zou moeten worden gesteld aan de ernstige verwijtbaarheid als bedoeld in artikel 7:673 lid 7 sub c BW? Dat zou betekenen dat geen transitievergoeding verschuldigd zou zijn indien de rechter een ontbinding wegens wanprestatie toewijst.

Nu het beoordelingskader voor de rechter verschilt is een belangrijke vraag in welke gevallen de ontbinding wegens wanprestatie toelaatbaar is. Er kunnen zich immers tal van samenloop- en afbakeningsvragen voordoen, bijvoorbeeld wanneer sprake is van samenloop met de e-grond of met de h-grond.

Het voorgaande illustreert m.i. dat er alle redenen is tot nadere bezinning over de plaats en rol van artikel 7:686 BW binnen het huidige ontslagrecht: de fundamentele vraag hoe de ontbinding wegens wanprestatie zich verhoudt tot het gesloten systeem van het ontslagrecht is een onderwerp voor nader onderzoek.

A.M. Helstone