

87

Kantonrechter Rechtbank Oost-Brabant zp
Eindhoven
16 februari 2017, nr. 5475640\EJ VERZ 16-730,
ECLI:NL:RBOBR:2017:895
(mr. Van Oorschot)
Noot mr. A.M. Helstone, zie hiervoor «JAR»
2017/82

Ontbinding wegens een toerekenbare tekortkoming (wanprestatie). Werknemer niet teruggekeerd uit Ethiopië.

[BW art. 7:678 lid 2 aanhef en sub j, 7:686]

De werkgever voert de Wet Sociale Werkvoorzieningen en de Participatiewet uit. De werknemer, in dienst sinds 31 augustus 2012, heeft een WSW-indicatie vanwege lichamelijke beperkingen. Op 22 december 2015 heeft de werknemer onbetaald verlof gekregen om van 25 december 2015 tot en met 25 februari 2016 naar Ethiopië te gaan om voor zijn moeder te zorgen. Vervolgens is dit verlof op verzoek van de werknemer omgezet in regulier verlof en is afgesproken dat hij op 25 januari 2016 weer aan het werk zou gaan. De werknemer is op

25 januari echter niet verschenen en ook niet in de periode daarna. Op 17 februari heeft hij telefonisch laten weten dat hij naar Ethiopië was afgereisd en dat hij niet meer terug zou komen naar Nederland. Zijn gezin en Vluchtelingenwerk hebben dit bevestigd. De werkgever verzoekt nu ontbinding per direct op grond van een toerekenbare tekortkoming. De kantonrechter overweegt dat ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens een tekortkoming in de nakoming slechts toegewezen is in gevallen van ernstige wanprestatie. Deze ontbinding is volgens de Hoge Raad op één lijn te stellen met ontslag wegens een dringende reden. In onderhavig geval is een dergelijke ontbinding te rechtvaardigen. Het verrichten van arbeid is de meest wezenlijke verplichting die voor de werknemer uit de arbeidsovereenkomst voortvloeit. De werknemer is tekortgeschoten in deze verplichting, nu hij niet meer is teruggekeerd op de werkvloer. Deze gedraging kan op één lijn worden gesteld met werkweigeren als bedoeld in art. 7:678 lid 2 aanhef en onder j BW. Het primaire verzoek, ontbinding per heden, is daarom toegewezen.

NB. De werkgever had er ook voor kunnen kiezen om tot ontslag op staande voet over te gaan of om ontbinding te vragen wegens ernstige verwijtbaarheid of op de h-grond, waarbij dan betoogd kan worden dat geen transitievergoeding verschuldigd is wegens ernstige verwijtbaarheid. Zie voor ontbinding op de h-grond bij een afwezige werknemer «JAR» 2017/83. Ontbinding wegens een toerekenbare tekortkoming was ook mogelijk onder het oude recht. Zie onder meer HR, NJ 1990/702 en HR, «JAR» 2006/263.

Openbaar lichaam WSD te Boxtel,
verzoekster,
vertegenwoordigd door: M. Erbel, bedrijfsjurist,
tegen:
de werknemer, zonder bekende woon- of verblijfplaats in Nederland en daarbuiten,
verweerder,
niet verschenen.

Het procesverloop
(...; red.)

De feiten

Tussen partijen staat het volgende vast, voor zover voor de beoordeling van belang.

1. WSD is een gemeenschappelijke regeling van 11 gemeenten, die de Wet Sociale Werkvoorzieningen en de Participatiewet uitvoert. De werkne-

mer heeft een SW-indicatie en behoort daarmee tot de doelgroep Wet Sociale Werkvoorziening. De indicatie is afgegeven op grond van lichamelijke beperkingen.

2. De werknemer, geboren op (...) 1975, is sinds 31 augustus 2012 in dienst bij WSD. Zijn dienstverband is per 1 augustus 2015 voor onbepaalde tijd verlengd. De laatste functie die de werknemer vervulde, is die van productiemedewerker A, met een brutoloon van € 1.995,60 per maand, te vermeerderen met vakantiegeld en emolumenten. De werknemer is te werk gesteld bij EDCO te Eindhoven.

3. Op 22 december 2015 heeft de werknemer onbetaald verlof gevraagd, en gekregen, voor de periode 25 december 2015 tot en met 25 februari 2016. Het verlof was bedoeld om zijn moeder in Ethiopië te kunnen verzorgen.

4. De werknemer heeft op 28 december 2015 laten weten dat hij niet naar Ethiopië was vertrokken en dat hij geen gebruik wilde maken van onbetaald verlof. Op verzoek van de werknemer is het onbetaald verlof omgezet in regulier verlof en hij zou op 25 januari 2016 zijn werkzaamheden weer aanvangen.

5. Op 25 januari 2016 is de werknemer zonder enig bericht niet verschenen op het werk. De werknemer was niet telefonisch bereikbaar. Ook op een brief, waarin tevens een loonstop is aangezegd, heeft hij niet gereageerd.

6. De werknemer heeft op 17 februari 2016 contact opgenomen met WSD. Hij deelde mee dat hij naar Ethiopië was afgereisd en dat hij niet meer terug zou komen naar Nederland. Het gezin van de werknemer en vluchtelingenwerk hebben dat bevestigd.

7. De werknemer is per 6 maart 2016 uitgeschreven uit de gemeentelijke basisregistratie.

8. Sinds 17 februari 2016 heeft WSD geen contact meer gehad met de werknemer.

9. De werknemer is niet meer op het werk verschenen om werkzaamheden te verrichten.

Het verzoek

WSD verzoekt de arbeidsovereenkomst met de werknemer primair te ontbinden op grond van artikel 7:686 BW per eerst mogelijke datum en zonder toekenning van een vergoeding. Subsidiair dient de arbeidsovereenkomst te worden ontbonden op grond van artikel 7:671b lid 1, onderdeel a, BW, in verbinding met artikel 7:669 lid 3, onderdeel e BW.

Aan dit primaire verzoek legt WSD ten grondslag dat van de zijde van de werknemer sprake is van een ernstige tekortkoming in de nakoming van zijn verplichtingen uit hoofde van zijn arbeidsovereenkomst door vanuit het buitenland zonder tekst en uitleg met een enkel telefonisch bericht te melden dat hij niet meer terug komt en dat hij vervolgens ook niet meer traceerbaar is. Niet alleen voert de werknemer zijn bedongen werkzaamheden niet meer uit, maar hij voldoet evenmin aan de eisen van goed werknemerschap door zijn onverschillige houding richting WSD.

Er is geen reden aan te nemen dat er omstandigheden zijn waaruit kan worden opgemaakt dat de ernstige tekortkoming niet aan de werknemer zouden kunnen worden toegerekend. De SW-indicatie ziet niet op psychische factoren die het gedrag van de werknemer zouden kunnen beïnvloeden. De werknemer heeft in zijn telefoongesprek van 17 februari 2016 ook geen omstandigheden genoemd die buiten zijn werkingsfeer liggen en waardoor hij niet terug kan keren naar Nederland.

WSD heeft bewust lang gewacht met onderhavig verzoek, omdat de werknemer zich mogelijk nog zou kunnen melden als gevolg van geldgebrek of een moment van inkeer. Nu dit niet het geval is, concludeert WSD dat sprake is van een ernstige wanprestatie, die van zodanige aard is dat zij het ingrijpende gevolg van ontbinding van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigt.

Aan het subsidiaire verzoek legt WSD kort gezegd ten grondslag dat sprake is van (ernstig) verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer dat zodanig zijn dat van WSD niet verlangd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.

De beoordeling

1. Het gaat in deze zaak om de vraag of de arbeidsovereenkomst tussen partijen op grond van art. 7:686 BW kan worden ontbonden.

2. Bij de beantwoording van deze vraag stelt de kantonrechter het volgende voorop.

De arbeidsovereenkomst is een overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten (art. 7:610 BW).

Ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens een tekortkoming in de nakoming is slechts toegestaan in gevallen van ernstige wanprestatie,

namelijk een wanprestatie van zodanige aard dat zij het ingrijpende gevolg van een ontbinding van de overeenkomst (...) kan rechtvaardigen. Bij dit uitgangspunt is deze ontbinding volgens de Hoge Raad veeleer op één lijn te stellen met de beëindiging van de dienstbetrekking wegens een dringende reden (zie HR 20 april 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1092).

3. De meest wezenlijke verplichting die voor de werknemer uit de arbeidsovereenkomst voortvloeit is het verrichten van arbeid. Deze kernverplichting van de werknemer ligt besloten in art. 7:610 BW.

Ter zitting heeft WSD toegelicht dat sprake is van een ernstige tekortkoming in de nakoming door de werknemer doordat hij heeft geweigerd om op 25 januari 2016 zijn werkzaamheden te hervatten. Tijdens het telefonisch contact met de werknemer d.d. 17 februari 2016 heeft de WSD hem meegedeeld dat hij terug naar Nederland moet komen om arbeid te verrichten, maar de werknemer gaf aan dat hij geenszins van plan is om naar Nederland terug te keren om zijn werkzaamheden te komen verrichten.

Uit hetgeen door WSD ter zitting (vervolgens) is gesteld, en door de werknemer niet is weersproken, is komen vast te staan dat de werknemer ernstig is tekortgeschoten in de nakoming van zijn uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende (kern)verplichting om arbeid te verrichten. Hij is immers na zijn verlof d.d. 25 januari 2016 niet meer teruggekeerd op de werkvloer, hij heeft geweigerd om zijn werkzaamheden te hervatten en hij heeft tot op heden geen arbeid meer verricht. De werknemer voldoet structureel en in ernstige mate (te weten: inmiddels meer dan één jaar) niet aan zijn kernverplichting die uit de arbeidsovereenkomst voortvloeit. De kantonrechter kwalificeert deze handelwijze van de werknemer als het hardnekkig weigeren te voldoen aan een redelijk bevel of opdracht, welke de arbeidsovereenkomst hem oplegt (werkweigering), hetgeen op één lijn kan worden gesteld met een dringende reden (art. 7:678 lid 2 aanhef en onder j BW).

4. Aangezien het verrichten van arbeid een uit de overeenkomst voortvloeiende voortdurende verplichting voor de werknemer is, en hij deze tekortkoming voor wat betreft het verleden niet meer ongedaan kan maken, is nakoming wat deze tekortkoming betreft blijvend onmogelijk geworden.

Het ligt ook niet meer in de lijn der verwachtingen dat de werknemer alsnog op het werk zal verschijnen. WSD heeft de werknemer voldoende tijd en gelegenheid gegeven om zijn werkzaamheden te hervatten, maar hij heeft niets meer van zich laten horen. Daarnaast is niet gebleken dat er omstandigheden zijn die maken dat de werknemer buiten zijn wil om niet meer op het werk kan verschijnen om werkzaamheden te verrichten.

5. Op grond van het voorgaande komt de kantonrechter tot de conclusie dat de vraag of de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:686 BW kan worden ontbonden in dit geval bevestigd dient te worden beantwoord. Het primaire verzoek, dat strekt tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:686 BW, komt in de gegeven omstandigheden ook niet onrechtmatig of ongegrond voor. De door WSD verzochte ontbinding van de arbeidsovereenkomst per eerst mogelijke datum zal worden toegewezen. De arbeidsovereenkomst zal derhalve worden ontbonden met ingang van heden, zonder toekenning van een vergoeding.

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

De beslissing

De kantonrechter:

ontbindt de arbeidsovereenkomst tussen partijen met ingang van heden;
verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad;
bepaalt dat iedere partij de eigen proceskosten draagt.

NOOT

Zie voor de Noot van mr. A.M. Helstone «JAR» 2017/82