

# ECLI:NL:GHARL:2019:2749

Instantie                      Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak            27-03-2019

Datum publicatie            01-04-2019

Zaaknummer                 200.248.700/01

Rechtsgebieden             Civiel recht

Bijzondere kenmerken    Beschikking

Inhoudsindicatie

Kantonrechter heeft ontbonden en werkgever veroordeeld tot betaling van transitievergoeding. Werknemer legt zich neer bij ontbinding en verzoekt aanvankelijk een billijke vergoeding in plaats van herstel, achterstallig loon en hogere transitievergoeding. Na mondelinge behandeling wordt verzoek om billijke vergoeding ingetrokken.

Werkgever beroept zich terecht op ernstig verwijtbaar handelen van werknemer, maar hof honoreert het beroep op art. 7:673 lid 8 BW.

Vindplaatsen                Rechtspraak.nl  
AR-Updates.nl 2019-0356

## Uitspraak

### **GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN**

locatie Leeuwarden

afdeling civiel recht, handel

zaaknummer gerechtshof 200.248.700/01  
(zaaknummer rechtbank Noord-Nederland 6874015)

### **beschikking van 27 maart 2019**

in de zaak van

**[verzoeker]** ,

wonende te [A] ,  
verzoeker in principaal hoger beroep, verweerder in incidenteel hoger beroep,  
in eerste aanleg: verweerder, tevens verzoeker in het (voorwaardelijke) tegenverzoek,  
hierna: [verzoeker] ,  
advocaat: thans mr. L.H. Haarsma,

tegen:

**FrieslandCampina Nederland B.V.,**

gevestigd te Amersfoort,  
verweester in principaal hoger beroep, verzoekster in incidenteel hoger beroep,  
in eerste aanleg: verzoekster, tevens verweester in het (voorwaardelijke) tegenverzoek,  
hierna: FrieslandCampina,  
advocaat: mr. H.J. Funke.

## **1 Het geding in eerste aanleg**

In eerste aanleg is geprocedeerd en beslist zoals weergegeven in de beschikking van 27 juli 2018 van de kantonrechter in de rechtbank Noord-Nederland, locatie Groningen.

## **2 Het geding in hoger beroep**

2.1 Het verloop van de procedure is als volgt:

- het beroepschrift met producties, ter griffie ontvangen op 29 oktober 2018;
- het nagezonden proces-verbaal van de mondelinge behandeling in eerste aanleg;
- het verweerschrift, tevens incidenteel hoger beroep met producties;
- het verweerschrift in incidenteel hoger beroep met een productie;
- de op 22 februari 2019 gehouden mondelinge behandeling waarbij FrieslandCampina een pleitnotitie heeft overgelegd.

2.2 Vervolgens is de zaak aangehouden voor overleg tussen partijen en heeft het hof, voor het geval partijen niet tot een regeling komen, uitspraak bepaald op 19 april 2019 of zoveel eerder als mogelijk is.

2.3 Op 5 maart 2019 heeft mr. Haarsma onder meer meegedeeld dat zij de behandeling van de zaak heeft overgenomen van mr. Luursema, verzocht om een nieuwe mondelinge behandeling of gelegenheid om het beroepschrift aan te vullen en meegedeeld dat zij bij afwijzing van haar verzoeken zal overgaan tot intrekking van de verzochte billijke vergoeding en de loonvordering. Mr. Funke heeft hierop op 7 maart 2019 schriftelijk gereageerd en de producties 7, 8 en 9 bijgevoegd.

Het hof heeft een tweede mondelinge behandeling geweigerd, geen gelegenheid geboden tot aanvulling van het beroepschrift, mr. Haarsma in de gelegenheid gesteld het verzoek te verminderen en mr. Funke gelegenheid geboden daarop desgewenst te reageren uiterlijk op 19 maart 2019.

Vervolgens heeft mr. Haarsma op 15 maart 2019 het verzoek om een billijke vergoeding ingetrokken. Mr. Funke heeft hierop niet meer gereageerd.

- 2.4 [verzoeker] heeft in zijn beroepschrift het hof verzocht de bestreden beschikking te vernietigen en, kort weergegeven, FrieslandCampina te veroordelen tot betaling van loon over de periode van 20 oktober 2017 tot en met 8 juli 2018 met 50% wettelijke verhoging, een billijke vergoeding van (gelet op de kennelijke verschrijving) € 25.000,- bruto in plaats van herstel van de arbeidsovereenkomst en de transitievergoeding van € 79.000,- bruto, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 14 dagen na dagtekening van deze beschikking, onder veroordeling van FrieslandCampina in de proceskosten van beide instanties met nakosten en wettelijke rente.
- 2.5 FrieslandCampina heeft in incidenteel hoger beroep verzocht de bestreden beschikking te vernietigen voor zover de transitievergoeding is toegewezen en [verzoeker] te veroordelen tot terugbetaling van € 31.031,70 bruto, onder veroordeling van [verzoeker] in de proceskosten van beide instanties met nakosten en wettelijke rente.
- 2.6 Bij verweerschrift in incidenteel hoger beroep heeft [verzoeker] een beroep gedaan op artikel 7:673b lid 8 BW.

### **3 De feiten**

- 3.1 Tegen de door de kantonrechter vastgestelde feiten zijn geen beroepsgronden gericht of bezwaren geuit, zodat deze feiten ook in hoger beroep vaststaan. Aangevuld met wat in hoger beroep is komen vast te staan, zijn die feiten als volgt.
- 3.2 [verzoeker] is geboren [in] 1962 en [in] 1980 gaan werken bij FrieslandCampina, waar hij laatstelijk de functie had van [---] met een salaris van € 3.001,49 bruto per maand exclusief emolumenten.
- 3.3 Binnen de onderneming geldt een verzuimprotocol waarin onder meer de verplichting is opgenomen gehoor te geven aan een oproep van de bedrijfsarts voor het spreekuur.
- 3.4 Op 13 juli 2015 heeft [verzoeker] zich ziek gemeld. In korte tijd kreeg [verzoeker] per brief twee officiële waarschuwingen. De eerste op 22 juli 2015, onder meer omdat [verzoeker] niet regelmatig contact hield met zijn leidinggevende zoals het verzuimprotocol eist en tot drie keer toe een telefoongesprek afbrak, de tweede op 14 oktober 2015 omdat [verzoeker] een gesprek met de bedrijfsarts op 8 oktober 2015 abrupt staakte toen zijn re-integratieverplichting aan de orde kwam. In laatstgenoemde brief werd ook een loonstop in het vooruitzicht gesteld wanneer [verzoeker] opnieuw zijn re-integratie zou belemmeren.
- Op 21 oktober 2015 is [verzoeker] niet verschenen bij de bedrijfsarts. FrieslandCampina heeft bij brief van 27 oktober 2015 meegedeeld dat zij daarom het loon opschortte. Op 4 november 2015 is [verzoeker] wederom niet verschenen bij de bedrijfsarts, maar omdat [verzoeker] volgens de bedrijfsarts niet tot verschijnen in staat was, heeft FrieslandCampina loonbetaling hervat.
- 3.5 In de eerste maanden van 2016 heeft [verzoeker] een intensieve behandeling ondergaan. In mei 2016 heeft de bedrijfsarts teruggekoppeld dat [verzoeker] nog ongeschikt is voor de bedongen

arbeid, energetisch beperkt is en voor 2 x 2 uur per week belastbaar is met hand- en spandiensten. Dit is in de loop van 2016 uitgebreid naar 3 x 3 uur per week, waarbij de werkzaamheden bestonden uit stickersen.

Vanaf 29 november 2016 luidde de prognose van de bedrijfsarts dat [verzoeker] niet meer voor het eigen werk zou herstellen.

- 3.6 Psychiater [B] heeft op 30 januari 2017 gerapporteerd dat medio 2015 bij [verzoeker] een aanpassingsstoornis is ontstaan, maar dat er nu geen sprake meer is van een psychiatrisch toestandsbeeld. Ervan uitgaande dat het bedrijf bereid is om mee te werken acht de psychiater [verzoeker] voldoende in staat om in het bedrijf te re-integreren waarbij een analyse gemaakt moet worden van functie en taken, omdat er aanwijzingen zijn dat [verzoeker] te zwaar belast is geweest voorafgaande aan zijn decompensatie.
- 3.7 Op 8 mei 2017 heeft het UWV aan FrieslandCampina een loonsanctie opgelegd tot 9 juli 2018 omdat er volgens de verzekeringsarts ten onrechte een medische urenbeperking is gesteld waardoor er re-integratiekansen zijn gemist. Volgens de verzekeringsarts kon [verzoeker] 36 uur per week eenduidige routinematige werkzaamheden verrichten zonder expliciete werkdruk.
- 3.8 Op 19 juli 2017 heeft de bedrijfsarts (nu: [C] ) [verzoeker] in staat geacht 5 x 3 uur per week aangepast werk te verrichten en geadviseerd dit in 2 tot 3 maanden op te bouwen naar het eigen aantal door stapsgewijs de dagen te verlengen met 2 tot 3 uur per week. Wanneer de geadviseerde opbouw stagneert, is het advies een interventie in te zetten, bijvoorbeeld een traject bij Winnock.
- Na een spreekuurcontact op 13 september 2017 bericht bedrijfsarts [C] dat [verzoeker] , die beperkt is in zijn persoonlijk en sociaal functioneren, dan 28 uur per week werkt, dat dit per week met 2 uur kan worden uitgebreid en dat een interventie nu niet is geïndiceerd.
- Partijen hebben daags hierna afgesproken dat [verzoeker] contact zou opnemen met HR-manager [D] wanneer het hem niet zou lukken gedurende dit uren aantal te re-integreren.
- 3.9 Met een brief van 27 september 2017 heeft FrieslandCampina aan [verzoeker] meegedeeld dat hij inmiddels 32 uur per week zou moeten werken, maar dat uit de kloktijden blijkt dat hij in de voorafgaande drie weken niet 28, 30 en 32 uur heeft gere-integreerd en daarover geen overleg heeft gevoerd. [verzoeker] dient opheldering te geven; het niet nakomen van zijn re-integratieverplichtingen kan gevolgen hebben voor het doorbetalen van het loon.
- Na rappel antwoordt [verzoeker] (in een brief vol verwijten) dat hij vaak ziek is.
- Op 8 november 2017 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen [D] , casemanager [E] en [verzoeker] , vergezeld door zijn echtgenote, waarin aan de orde kwam dat [verzoeker] in strijd met de afspraken geen contact heeft opgenomen met [D] en ook niet telefonisch bereikbaar was omdat hij zijn nieuwe nummer niet had doorgegeven. [verzoeker] liet weten dat er weinig werk voor hem was en dat hij zijn werkzaamheden afstemde met collega [F] . Nadat [E] aangaf dat [F] niet zijn aanspreekpunt is voor de werkzaamheden, stapte [verzoeker] op.
- Bij brief van 9 november 2017 heeft FrieslandCampina verslag gedaan van dit gesprek en meegedeeld dat zij door het opstappen van [verzoeker] niet in de gelegenheid was hem mondeling te informeren over de loonsanctie die zij vanaf 1 november 2017 heeft ingesteld omdat hij zich niet aan de verplichtingen houdt, en daarom doet zij dat hierbij schriftelijk. Wanneer geen opvolging wordt gegeven aan de verplichtingen sluit FrieslandCampina ontslag niet uit.
- 3.10 Na spreekuurcontact op 17 november 2017 meldt bedrijfsarts [C] dat [verzoeker] op dat moment sterk beperkt is in zijn persoonlijk en sociaal functioneren en medisch niet in staat is werkzaamheden te verrichten, mede omdat hij niet zelfstandig kan lopen of staan. Met betrekking tot de werksituatie adviseert hij op korte termijn gesprekken om tot een oplossing te komen.
- 3.11 FrieslandCampina heeft besloten weer loon te betalen vanaf 17 november 2017 maar heeft

betaling, zoals tevoren bij aangetekende brief van 30 november 2017 aangekondigd, per 5 december 2017 weer opgeschort nadat [verzoeker] op 27 november 2017 en 4 december 2017 niet voor verzuimbegeleiding bij bedrijfsarts [G] verscheen.

- 3.12 In haar brief van 18 januari 2018 heeft FrieslandCampina een officiële waarschuwing gegeven aan [verzoeker] omdat hij meerdere keren niet op het spreekuur van de bedrijfsarts is verschenen. Mocht hij daar op 22 januari 2018 opnieuw niet verschijnen, dan blijft loonbetaling opgeschort en kan dat leiden tot nadere arbeidsrechtelijke maatregelen.
- [verzoeker] is niet verschenen op 22 januari 2018 en heeft FrieslandCampina een brief geschreven (gedateerd 16 januari 2018 maar ontvangen op 23 januari 2018) waarin hij aangeeft waarom hij niet wil komen (samengevat: geen loon, geen vervoer, bedrijfsarts is niet zijn behandelaar, wil zich niet weer laten vernederen).
- [verzoeker] is opgeroepen op het spreekuur van 29 januari 2018 waarbij hem uit coulance een reiskostenvergoeding is toegezegd en hem voorts is aangezegd dat beëindiging van het dienstverband volgt als hij zijn verplichtingen blijft schenden. [verzoeker] is niet verschenen.
- 3.13 [verzoeker] heeft niet gereageerd op een brief van FrieslandCampina van 7 maart 2018 waarin hem werd verzocht mee te delen of hij bereid was gevolg te geven aan een oproep voor consult bij de bedrijfsarts, waarbij in vervoer kon worden voorzien, onder mededeling dat een ontbindingsverzoek zou worden ingediend indien hij niet of afwijzend zou reageren.
- 3.14 Op 22 maart 2018 heeft het UWV op verzoek van [verzoeker] een deskundigenoordeel uitgebracht. Daarbij is eerst overleg gevoerd met [verzoeker] en zijn advocaat over de bedoeling van het verzoek. De vervolgens door het UWV beantwoorde vraag is of [verzoeker] voldoende had meegewerkt aan re-integratie, met name of van hem verwacht mag worden dat hij op het spreekuur bij de bedrijfsarts verschijnt. Het oordeel luidde dat zijn inspanningen onvoldoende waren en dat er geen medische beperkingen waren voor bezoek aan de bedrijfsarts. Uit het bijgevoegde rapport blijkt dat [verzoeker] ook bij de verzekeringsarts is weggelopen.

#### **4 De verzoeken aan de kantonrechter en de beoordeling daarvan**

- 4.1 FrieslandCampina heeft ontbinding verzocht op de e-grond, en omdat [verzoeker] volgens haar ook ernstig verwijtbaar heeft gehandeld wenst zij die ontbinding op de kortst mogelijke termijn en zonder dat [verzoeker] aanspraak heeft op de transitievergoeding, en met veroordeling van [verzoeker] in de proceskosten. [verzoeker] bepleit afwijzing maar maakt bij ontbinding aanspraak op de transitievergoeding en een billijke vergoeding. Daarnaast maakt hij aanspraak op loon over de periode van 5 december 2017 tot 8 juli 2018, met veroordeling van FrieslandCampina in de proceskosten.
- 4.2 De kantonrechter heeft de verzochte ontbinding getoetst aan de nadere voorwaarden van artikel 7:671b lid 5 BW, geconcludeerd dat daaraan is voldaan en geoordeeld dat sprake is van de e-grond doordat [verzoeker] herhaaldelijk geen gehoor heeft gegeven aan de oproepen voor het spreekuur van de bedrijfsarts. In de memorie van toelichting is dergelijk handelen als ernstig verwijtbaar gekwalificeerd, maar in dit geval oordeelt de kantonrechter daarover anders, mede omdat FrieslandCampina niet het onder 3.10 vermelde advies heeft opgevolgd om in gesprekken op korte termijn met elkaar een oplossing te zoeken voor de situatie op het werk.
- 4.3 De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst, behoudens intrekking, ontbonden met ingang van 1 november 2018, FrieslandCampina veroordeeld tot betaling van de aan de hand van het salaris berekende transitievergoeding, de verzochte billijke vergoeding afgewezen en de proceskosten gecompenseerd. In het dictum is voorts afgewezen wat meer of anders is verzocht.

## 5 De beoordeling in principaal en incidenteel hoger beroep

- 5.1 [verzoeker] heeft in principaal hoger beroep drie gronden aangevoerd, door hem aangeduid als grieven, waarmee hij betoogt dat de arbeidsovereenkomst ten onrechte is ontbonden waarvoor hij als remedie een billijke vergoeding wenst in plaats van herstel (grief I), dat de transitievergoeding € 79.000 bruto behoort te zijn in plaats van het lagere door de kantonrechter berekende bedrag (grief II) en dat ten onrechte is geoordeeld dat FrieslandCampina geen salaris met 50% wettelijke verhoging hoeft te betalen zoals verzocht (grief III). Voorts heeft [verzoeker] zijn verzoek vermeerderd met niet betaald loon over de periode van 20 oktober 2017 tot en met 4 december 2017.
- 5.2 Friesland Campina bestrijdt in incidenteel hoger beroep het oordeel dat [verzoeker] niet ernstig verwijtbaar zou hebben gehandeld (grond 1) en de beslissing tot compensatie van de proceskosten (grond 2).
- 5.3 Omdat [verzoeker] zijn verzoek om een billijke vergoeding toe te kennen heeft ingetrokken, heeft hij geen belang meer bij zijn grief I. Daarbij merkt het hof op dat [verzoeker] uitdrukkelijk heeft verklaard dat hij geen herstel wenst (zie nummers 12 en 42 van zijn beroepschrift), zodat het hof begrijpt dat hij zich heeft neergelegd bij de ontbinding van zijn arbeidsovereenkomst.
- Uit de toelichting op zijn eerste grief begrijpt het hof dat de kern van zijn bezwaar is, dat hij vindt dat hij aan zijn verplichtingen bij ziekte heeft voldaan en dat hij bewust door FrieslandCampina in de positie is gemanoeuvreerd, dat het dienstverband na 38 jaar wordt beëindigd zonder een transitievergoeding (zie nummers 32 en 33 van zijn beroepschrift).
- FrieslandCampina heeft erkend dat de transitievergoeding € 79.000 bruto bedraagt indien [verzoeker] daarop aanspraak kan maken, zodat grief II verder ook onbesproken kan blijven.
- 5.4 FrieslandCampina betwist echter het oordeel dat [verzoeker] aanspraak heeft op de transitievergoeding. De kantonrechter heeft volgens haar ten onrechte geoordeeld dat [verzoeker] niet ernstig verwijtbaar heeft gehandeld met betrekking tot de grond voor ontbinding. Daartoe wijst zij op de pagina's 38 en 39 (het hof begrijpt: 39 en 40) van de memorie van toelichting (33818 nr. 3). Bovendien heeft de kantonrechter zich ten onrechte een eigen oordeel aangemeten over de ziekte van [verzoeker], welk oordeel is voorbehouden aan een medicus, aldus FrieslandCampina. Het verwijt dat zij het onder 3.10 bedoelde advies van de bedrijfsarts niet heeft opgevolgd is ongegrond: juist omdat [verzoeker] volgens de bedrijfsarts op 17 november 2017 volledig arbeidsongeschikt was en niet duidelijk was hoe lang dit zou duren, wenste zij eerst van de bedrijfsarts te horen of en wanneer [verzoeker] tot zo'n gesprek in staat was. Dat zij daarmee voortvarend heeft gehandeld, moet worden gezien in het licht van de loonsanctie die het UWV haar heeft opgelegd (zie onder 3.7).
- 5.5 Volgens [verzoeker] zijn de motieven van FrieslandCampina voor de oproepen bij de bedrijfsarts na 17 november 2017 weinig geloofwaardig. Subsidiar heeft hij zich beroepen op artikel 7:673 lid 8 BW.
- 5.6 Het hof stelt voorop dat een werknemer, in het geval de werkgever ontbinding verzoekt, zijn recht op de transitievergoeding alleen kan kwijtraken in uitzonderlijke gevallen, waarin evident is dat het tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst leidende handelen of nalaten van de werknemer niet slechts als verwijtbaar, maar als ernstig verwijtbaar moet worden aangemerkt en waarbij de omstandigheden van het geval slechts van belang zijn voor zover deze van invloed zijn op de verwijtbaarheid van het handelen of nalaten van de werknemer dat tot het ontslag heeft geleid.

Bij een beroep op artikel 7:673 lid 8 BW kunnen echter wel alle omstandigheden van het geval van belang zijn (zie ook HR 9 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:203).

5.7 Het hof zal bij de beoordeling van de vraag of sprake is van ernstige verwijtbaarheid aan de kant van [verzoeker] (grond 1 in het incidenteel hoger beroep) ook de stellingen betrekken die [verzoeker] ter onderbouwing van zijn grief I heeft aangevoerd voor zover zij van belang zijn bij deze vraag.

Op zichzelf is juist dat in de kamerstukken voorbeelden zijn gegeven van situaties waarin de transitievergoeding niet of niet volledig verschuldigd is en dat één daarvan is: de situatie waarin de werknemer controlevoorschriften bij ziekte herhaaldelijk, ook na toepassing van loonopschorting, niet naleeft en hiervoor geen gegronde reden bestaat.

Indien het hof er veronderstellenderwijs van uitgaat dat dit de dragende reden is geweest voor de uitgesproken ontbinding op de e-grond, dan heeft [verzoeker] de volgende argumenten aangevoerd ter bestrijding van het verwijt dat hij ernstig verwijtbaar heeft gehandeld:

- a. er was geen redelijke aanleiding voor de oproepen;
- b. hij was om medische redenen niet in staat te verschijnen;
- c. er waren praktische problemen die een gegronde reden vormden om niet te verschijnen;
- d. er was een inhoudelijke reden om niet bij deze bedrijfsarts te verschijnen.

#### 5.8 *Ad a: geen redelijke aanleiding?*

Volgens [verzoeker] heeft FrieslandCampina hem gepest en geprovoceerd door hem al heel snel bij de bedrijfsarts op te roepen, kort nadat hij volledig arbeidsongeschikt werd geacht.

Het hof heeft er begrip voor dat FrieslandCampina, na de loonsanctie die zij van het UWV heeft gekregen, heeft willen voorkomen dat haar opnieuw verweten zou worden dat zij kansen zou missen. Het toen meest recente advies van de bedrijfsarts was om op korte termijn met [verzoeker] in gesprek te gaan over de werksituatie. Objectief beschouwd vormt dat advies, gelet op de feitelijke situatie van dat moment, een redelijke aanleiding voor de prompte oproep en is dat geen pesterij of provocatie.

Verder maakt [verzoeker] aan FrieslandCampina het verwijt dat nimmer de op 19 juli 2017 beloofde interventie is ingezet, maar [verzoeker] miskent dan dat die interventie slechts als mogelijkheid is geopperd door de bedrijfsarts voor het geval de opbouw van re-integratie zou stagneren, dat daarvan bij een volgend bezoek aan de bedrijfsarts op 13 september 2017 geen sprake was en dat er toen is geoordeeld dat er geen indicatie voor interventie was (zie 3.8). In de terugkoppeling van het spreekuurcontact in november 2017 wordt niet over een interventie gerept (zie 3.10). Bij alle oproepen nadien heeft [verzoeker] verstek laten gaan. Niet alleen was er geen sprake van een belofte om een interventie in te zetten, ook heeft [verzoeker] de bedrijfsarts niet de gelegenheid gegeven te bezien of daarvoor inmiddels wel een indicatie was. Ook dit argument is daarom geen gegronde reden om niet bij de bedrijfsarts te verschijnen.

#### 5.9 *Ad b: om medische redenen niet in staat te verschijnen*

Volgens het deskundigenoordeel van het UWV waren er geen medische redenen waardoor [verzoeker] de bedrijfsarts niet kon bezoeken. [verzoeker] voert aan dat de verzekeringsarts dit oordeel niet had mogen vellen en zich van een oordeel had moeten onthouden, omdat hij na tien minuten onderzoek is weggelopen. Daardoor kon het niet tot een inhoudelijke bespreking van de medische redenen komen. De verzekeringsarts heeft nagelaten daar zelfstandig een onderzoek naar te doen, aldus [verzoeker].

Het hof verwerpt de kritiek. In het rapport van de arbeidsdeskundige staat dat de verzekeringsarts heeft genoteerd dat [verzoeker] geen medische reden(-en) kan noemen om geen gehoor aan de oproepen te geven en als andere redenen opgeeft dat hij het nut ervan niet inziet, niet naar een 'nieuwe' bedrijfsarts wil en geen vervoer heeft. Vervolgens stapt [verzoeker] na circa 10 minuten plotseling op en loopt boos weg. Er zijn door de verzekeringsarts geen medische redenen gevonden die beletten dat [verzoeker] verschijnt op het spreekuur van de

bedrijfsarts.

[verzoeker] heeft voorts niet op andere wijze onderbouwd dat hij om medische redenen niet naar de bedrijfsarts kon gaan.

#### 5.10 *Ad c: verhindering om praktische redenen*

[verzoeker] heeft zich erop beroepen dat hij zelf niet kon rijden en dat zijn echtgenote hem alleen op vrijdagen naar de bedrijfsarts zou kunnen vervoeren. Hij heeft echter nimmer gevraagd een uitnodiging voor een spreekuur te verzetten naar een vrijdag en op geen enkel moment melding gemaakt van dit praktische probleem. Dit argument vormt daarom geen gegronde reden om niet te verschijnen.

Nadat [verzoeker] een punt had gemaakt van de reiskosten is hem uit coulance een vergoeding aangeboden. Op 7 maart 2018 heeft FrieslandCampina zelfs aangeboden in vervoer te voorzien. [verzoeker] heeft daar niet op gereageerd.

Er is geen valide praktische grond om niet te verschijnen.

#### 5.11 *Ad d: inhoudelijk bezwaar tegen andere bedrijfsarts*

Een ander argument van [verzoeker] om niet meer naar de bedrijfsarts te gaan is, dat hij door FrieslandCampina is weggehaald bij zijn vertrouwenspersoon [C] en zich vanaf 27 november 2017 moest melden bij [G]. FrieslandCampina heeft echter toegelicht dat zij met de beste bedoelingen heeft gehandeld. Onweersproken is gebleven dat [G] spreekuur hield in een inmiddels weer bemande vestiging van de arbodienst die dicht bij de woonplaats van [verzoeker] lag. [verzoeker] heeft ook niet gevraagd om bij [C] te mogen blijven. Ook hierin ziet het hof geen gegronde reden om niet naar de bedrijfsarts te gaan.

#### 5.12 Van alle redenen die [verzoeker] heeft aangevoerd om niet naar de bedrijfsarts te hoeven, is niets overgebleven.

De kantonrechter heeft uit de door de bedrijfsarts geconstateerde beperkingen in het persoonlijk en sociaal functioneren afgeleid dat de geestelijke toestand van [verzoeker] medio november 2017 te wensen overliet, temeer nu het beeld van een man met geestelijke problematiek naar de waarneming van de kantonrechter ook volgt uit de verklaring van [verzoeker] over zijn psychische toestand en zijn houding tijdens de mondelinge behandeling. FrieslandCampina heeft terecht opgemerkt dat de kantonrechter geen medisch oordeel mag vellen. Ook heeft FrieslandCampina er terecht op gewezen dat [verzoeker] wel in staat bleek regelmatig naar zijn huisarts te gaan.

Gelet op de vaststaande feiten en het oordeel van het hof over de door [verzoeker] aangevoerde redenen om ondanks de waarschuwingen en loonmaatregelen van FrieslandCampina te weigeren naar de bedrijfsarts te gaan, is sprake van ernstig verwijtbaar handelen van [verzoeker]. Dat staat in beginsel in de weg aan een aanspraak op de transitievergoeding en in zoverre slaagt grond 1 in het incidenteel hoger beroep.

Op het beroep op de hardheidsregel van artikel 7:673 lid 8 BW gaat het hof hierna onder 5.15 in.

#### 5.13 Met grief III komt [verzoeker] op tegen de afwijzing van zijn loonaanspraak tot het einde van het dienstverband. Tot en met 19 oktober 2017 is het salaris betaald, aldus [verzoeker], en hij maakt aanspraak op loon vanaf 20 oktober 2017.

Voor wat betreft het salaris over de maand oktober 2017 heeft FrieslandCampina, onder overlegging van de loonstrook met uitbetalingsgegevens, betwist dat [verzoeker] het loon niet heeft ontvangen. [verzoeker] is hierop niet meer ingegaan, zodat het hof ervan uitgaat dat het loon over oktober 2017 is betaald.

[verzoeker] heeft voorts niet gemotiveerd betwist dat FrieslandCampina op goede grond is overgegaan tot een loonstop van 1 november tot 17 november 2017. Zijn loonaanspraak over de periode van 20 oktober 2017 tot 17 november 2017 is daarom niet toewijsbaar.

Het loon over de periode van 17 november 2017 tot en met 4 december 2017 heeft FrieslandCampina, zo heeft zij bij brief van mr. Funke van 7 maart 2019 laten weten, willen

betalen, maar daartoe is zij per abuis eerst onlangs overgegaan. Nu dit niet door de huidige advocaat van [verzoeker] is bevestigd, zal het hof FrieslandCampina tot betaling van loon over deze periode veroordelen, te vermeerderen met wettelijke rente over dat bedrag tot de dag van betaling, waarop in mindering strekt wat inmiddels mocht zijn betaald. Daarbij gaat het hof uit van het door FrieslandCampina berekende en door [verzoeker] niet gemotiveerd betwiste normale maandsalaris van € 4.499,82 bruto, waarvan tijdens de loonsanctieperiode in dit geval, gelet op artikel 22 van de toepasselijke cao voor de Zuivelindustrie, 80% betaald moet worden (te weten het geldende percentage in de tweede helft van het tweede ziektejaar), zoals terecht tijdens de mondelinge behandeling namens [verzoeker] is erkend. Het hof verwerpt het primaire standpunt van FrieslandCampina dat in het derde ziektejaar slechts 70% betaald moet worden. Het gaat immers om een verlengde loondoorbetalingsplicht zodat, nu de cao niet anders bepaalt, uitgegaan mag worden van de situatie aan het einde van het tweede ziektejaar.

Voor wettelijke verhoging ziet het hof in dit geval geen aanleiding.

- 5.14 De kantonrechter heeft geen overweging gewijd aan de afwijzing van de loonvordering over de resterende periode; volstaan is met af te wijzen wat meer of anders is verzocht.

FrieslandCampina heeft het loon opgeschort vanaf 5 december 2017 teneinde [verzoeker] ertoe te bewegen naar de bedrijfsarts te gaan. Nu hij dat zonder goede grond niet heeft gedaan voordat de arbeidsovereenkomst eindigde, is de grond voor opschorting niet komen te vervallen. De aanspraak op loon vanaf 5 december 2017 is daarom niet toewijsbaar.

Grief III is grotendeels ongegrond.

- 5.15 Het beroep van [verzoeker] op de hardheidsregel in artikel 7:673 lid 8 BW slaagt echter.

[verzoeker] is ruim 38 jaar in dienst geweest van FrieslandCampina en gesteld noch gebleken is dat er voor 2015, in welk jaar de eerste strubbelingen rond re-integratie ontstonden, problemen in de arbeidsverhouding zijn geweest.

Het hof weegt ook mee dat [verzoeker] feitelijk geen loon heeft ontvangen gedurende de laatste zeven maanden van zijn dienstverband, ook al is dat het gevolg van zijn eigen handelen, of beter: nalaten.

Daarbij komt dat uit het rapport van psychiater [B] blijkt dat bij [verzoeker] vanaf medio 2015 een aanpassingsstoornis is ontstaan met onder andere gedragsproblemen, zoals impulsief gedrag, tot gevolg. [verzoeker] wordt door hem omschreven als iemand die "niet bij machte is geweest om adequaat te handelen". Het hof leidt hieruit af dat geen sprake is geweest van onwil, maar onmacht bij [verzoeker]. Het hof heeft geen reden om aan te nemen dat [verzoeker] met dit gedrag opzettelijk, welbewust, heeft aangestuurd op een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met een transitievergoeding.

Gelet op deze argumenten is het onaanvaardbaar wanneer [verzoeker] niet de volledige transitievergoeding ontvangt. Daarvan is, na aftrek van wat al is betaald, nog (79.000 minus 56.998,31) € 22.001,69 bruto te voldoen, te vermeerderen met wettelijke rente over dit bedrag vanaf veertien dagen na dagtekening van deze beschikking, zoals verzocht.

- 5.16 FrieslandCampina heeft nog aan de orde gesteld dat de compensatie van kosten in eerste aanleg onjuist is, gegeven de ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van [verzoeker].

Het hof laat deze beslissing in stand, mede gelet op wat onder 5.15 is overwogen. Grond 2 in het incidenteel hoger beroep wordt dus verworpen.

- 5.17 De slotsom is dat het hoger beroep van [verzoeker] wordt verworpen, behoudens voor zover het de loonaanspraak over de periode van 17 november 2017 tot en met 4 december 2017 betreft met wettelijke rente, voor zover het loon inmiddels nog niet is betaald, en voor zover het de hoogte betreft van de transitievergoeding. In incidenteel hoger beroep is grond 1 weliswaar terecht opgeworpen, maar leidt dat op zichzelf, door het gegrond geachte beroep op de hardheidsregel, niet tot vernietiging van de beslissing van de kantonrechter. Het hof zal daarom het incidenteel hoger beroep verwerpen.

Het hof ziet in deze uitkomst aanleiding voor compensatie van kosten, zowel in het principaal hoger beroep als in het incidenteel hoger beroep.

## **6 De beslissing**

Het hof, beschikkende in principaal en in incidenteel hoger beroep:

verwerpt het principaal hoger beroep, behoudens voor zover in de bestreden beschikking is afgewezen wat meer of anders is verzocht, vernietigt deze beschikking in zoverre en, eveneens in zoverre opnieuw beschikkende:

veroordeelt FrieslandCampina, uitvoerbaar bij voorraad, tot betaling aan [verzoeker] van:

- het loon over de periode van 17 november 2017 tot en met 4 december 2017, gebaseerd op 80% van het bruto maandloon van € 4.499,82 inclusief toeslagen en andere emolumenten, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf de datum waarop dit loon opeisbaar werd tot voldoening en onder aftrek van hetgeen over deze periode reeds is uitbetaald;
  - het restant van de transitievergoeding van € 22.001,69 bruto, te vermeerderen met de wettelijke rente hierover vanaf veertien dagen na dagtekening van deze beschikking tot voldoening;
- wijst af wat in eerste aanleg meer of anders is verzocht;

verwerpt het incidenteel hoger beroep;

compenseert de proceskosten, zowel in principaal hoger beroep als in incidenteel hoger beroep;

wijst af wat in principaal en incidenteel hoger beroep meer of anders is verzocht.

Deze beschikking is gegeven door mr. M.E.L. Fikkers, mr. W.P.M. ter Berg en mr. W.C. Haasnoot en is in tegenwoordigheid van de griffier uitgesproken ter openbare terechtzitting van 27 maart 2019.