



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: Hoge Raad 2002-02-22

Heerma van Voss, G.J.J.

Citation

Heerma van Voss, G. J. J. (2003). Annotation: Hoge Raad 2002-02-22. *Nederlandse Jurisprudentie*, 1314-1325. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14875>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14875>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

soonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals zijn leeftijd en de gevolgen die het ontslag op staande voet voor hem zou hebben. Ook als de gevolgen ingrijpend zijn, kan de slotsom zijn dat een onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst gerechtvaardigd is. Indien de werkgever de uitkomst van een onderzoek van de deskundige aan het ontslag op staande voet ten grondslag heeft gelegd, kan niet in het midden worden gelaten of de werknemer van deze uitslag direct na het onderzoek op de hoogte is gesteld. De werknemer is verplicht om zijn werkzaamheden te hervatten zodra hij zich daartoe in staat acht; hij mag niet een schriftelijke hersteldverklaring van de bedrijfsvereniging afwachten.

Werknemer die zich ziek heeft gemeld, verschijnt nadat hij weer arbeidsgeschikt is verklaard niet op het werk. Werkgever sommeert hem op het werk te verschijnen onder aanzegging van ontslag op staande voet. Hierop meldt werknemer zich weer ziek. De bedrijfsarts van de ARBO-dienst verklaart werknemer per 16 april 1998 weer arbeidsgeschikt. De verzekeringsarts van het GAK onderzoekt werknemer op zijn verzoek op 20 april 1998 opnieuw. Bij brief van 24 april 1998 schrijft de verzekeringsarts aan werknemer dat hij op 16 april 1998 niet arbeidsongeschikt was. Bij brief van 23 april 1998 ontslaat werkgever werknemer op staande voet omdat werknemer zich na het onderzoek van 20 april 1998 niet direct weer op het werk heeft gemeld. Werknemer stelt zich in de onderhavige procedure op het standpunt dat het ontslag nietig is. De Rechtbank oordeelt dat werkgever werknemer op 23 april 1998 op staande voet mocht ontslaan. Zij laat daarbij in het midden of de verzekeringsarts werknemer direct na het onderzoek op 20 april 1998 heeft medegedeeld dat hij niet arbeidsongeschikt was, zoals werkgever stelt en werknemer betwist. In cassatie klaagt werknemer dat de Rechtbank onvoldoende rekening heeft gehouden met de volgende omstandigheden: (a) Werknemer was ten tijde van het ontslag 50 jaar oud en bijna 33 jaar in dienst van werkgever; (b) hij heeft tot medio 1997 tot tevredenheid van werkgever gewerkt; (c) er was sprake van een arbeidsconflict in verband met een wijziging in de werktijden en een niet-ingewilligd verzoek van de werkgever aan de RDA om toestemming voor ontslag waarna de bejegening van werknemer door werkgever te wensen over liet; een en ander leidde tot „situatieve arbeidsongeschiktheid” van werknemer; (d) werknemer is een werkloosheidsuitkering onthouden, terwijl hij uit zijn eigen bedrijf onvoldoende inkomsten geniet om in zijn levensonderhoud te voorzien.

Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden in de zin van art. 7:677 lid 1 in verbinding met art. 7:678 lid 1 BW moeten de omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking

Nr. 174

HOGE RAAD

22 februari 2002, nr. C00/084HR

(Mrs. P. Neleman, J.B. Fleers, H.A.M. Aaftink, D.H. Beukenhorst, P.C. Kop; A-G de Vries Lentsch-Kostense; m.nt. G.J.J. Heerma van Voss)

JOL 2002, 117

Ontslag op staande voet: dringende reden; afweging alle omstandigheden. Verplichting hervatten arbeid.

Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden als vereist voor ontslag op staande voet, moeten de omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen, onder welke de aard en de ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt, en verder onder meer de aard van de dienstbetrekking, de duur ervan en de wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld, alsmede de per-

worden genomen. Daarbij behoren in de eerste plaats in de beschouwing te worden betrokken de aard en de ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt, en verder onder meer de aard van de dienstbetrekking, de duur daarvan en de wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld, alsmede de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals zijn leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben. Ook indien de gevolgen ingrijpend zijn, kan een afweging van deze persoonlijke omstandigheden tegen de aard en de ernst van hetgeen de werkgever als een dringende reden aanmerkt tot de slotsom leiden dat een onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst gerechtvaardigd is. (HR 21 januari 2000, NJ 2000, 190). De Rechtbank heeft nagelaten ervan blijk te geven dat zij de hier vereiste afweging – in het bijzonder wat betreft de hiervoor onder (a) t/m (d) vermelde omstandigheden – heeft verricht. Daardoor heeft zij hetzij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij haar oordeel onvoldoende gemotiveerd.

Indien de werkgever – zoals in dit geval – de uitkomst van het onderzoek van de deskundige aan het ontslag op staande voet ten grondslag heeft gelegd, kan niet in het midden worden gelaten zoals de Rechtbank heeft gedaan, of de werknemer van deze uitslag direct na het onderzoek op de hoogte is gesteld. Ook in dit opzicht heeft de Rechtbank hetzij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting – indien zij zou hebben aangenomen dat deze omstandigheid niet van belang was – hetzij haar oordeel onvoldoende gemotiveerd.

Het oordeel van de Rechtbank dat werknemer verplicht was om, zodra hij zich in staat achtte zijn arbeid na ziekte te hervatten, daartoe over te gaan zonder eerst een schriftelijke hersteldverklaring van de bedrijfsvereniging af te wachten, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.*

(BW art. 7:677, 678)

G. Looijen, te Kesteren, eiser tot cassatie, adv. mr. A.G. Castermans,

tegen

1. Vennootschap onder firma Jansen & De Kruyf, te Veenendaal,
2. Barend Jansen, te Ochten,
3. Frans Jansen, te Rhenen,
4. Lutera Johanna Jansen-Looyen, te Ochten, verweerders in cassatie, adv. mr. R.A.A. Duk.

Rechtbank:

De vaststaande feiten

1. Looijen (thans 51 jaar oud) is op 3 september 1965 als meubelstofferder in dienst getreden bij Jansen & de Kruyf c.s.

2. Op 12 januari 1998 heeft Looijen zich ziek

gemeld. De bedrijfsarts van de ARBO-dienst heeft Looijen per 22 januari 1998 arbeidsgeschikt verklaard. De verzekeringsarts van het GAK heeft Looijen op zijn verzoek op 23 januari 1998 (opnieuw) onderzocht. Naar aanleiding daarvan heeft de verzekeringsarts bij brief van 18 februari 1998 aan Looijen geschreven: „Uit het onderzoek is gebleken dat u op 22-01-1998 niet ongeschikt bent tot het verrichten van de eigen aangeboden arbeid”.

3. Looijen heeft zich niet op het werk gemeld en evenmin heeft hij zich (opnieuw) ziek gemeld.

4. Na telefonisch contact tussen de partijen op 26 februari 1998, waarin Looijen tegen Jansen & de Kruyf heeft gezegd dat hij in afwachting was van een oproep van een arbeidsdeskundige, heeft de advocaat van Jansen & de Kruyf c.s. bij brief van 2 april 1998 aan Looijen geschreven (voorzover van belang): „Aangezien u zich na 22 januari jl. niet opnieuw ziek heeft gemeld, stelt cliënt zich op het standpunt dat sprake is van werkweigeren en dat u derhalve met ingang van voornoemde datum onwettig afwezig bent, op grond waarvan cliënt u niet langer loon verschuldigd is.

(...) Derhalve is het loon dat u over de periode 22 januari tot en met 28 februari jl. heeft ontvangen onverschuldigd betaald, en bent u gehouden tot terugbetaling daarvan. Eerst per 1 maart jl. heeft cliënt kans gezien verdere loonbetalingen te stoppen. (...) Desondanks wil cliënt u nog een laatste kans geven om uw werkzaamheden te hervatten. Namens cliënt verzoek ik u (...) op maandag 6 april a. s. om 8.00 uur op het werk te verschijnen, bij gebreke waarvan u alsnog wegens werkweigeren op staande voet zal worden ontslagen”.

Deze brief is op 3 april 1998 aan Looijen uitgereikt. Jansen & de Kruyf c.s. hebben het loon sedert 1 maart 1998 niet meer betaald.

5. Op 6 april 1998 ('s-morgens vroeg) heeft Looijen zich ziek gemeld omdat hij griep had. De bedrijfsarts van de ARBO-dienst heeft Looijen op 8 april 1998 arbeidsongeschikt verklaard en hem per 16 april 1998 weer arbeidsgeschikt verklaard. De verzekeringsarts van het GAK heeft Looijen op zijn verzoek op 20 april 1998 (opnieuw) onderzocht. Bij brief van 24 april 1998 heeft de verzekeringsarts aan Looijen geschreven: „Uit het onderzoek is gebleken dat u op 16-04-1998 niet ongeschikt bent tot het verrichten van de eigen aangeboden arbeid”.

6. Bij brief van 23 april 1998 hebben Jansen & de Kruyf c.s. Looijen op staande voet ontslagen. Zij hebben daarvoor als reden opgegeven: „Gelet op de uitkomst van het onderzoek d.d. 20 april jl., diende u uw werkzaamheden bij Jansen & de Kruyf met onmiddellijke ingang te hervatten. Tot op heden bent u echter niet op uw werk verschenen. Derhalve is sprake van onwettig verzuim”.

7. Na telefonisch contact tussen Jansen & de Kruyf c.s. en mr. K. Schaffels van de diensten-

* Zie ook JAR 2002/81; red.

bond CNV op 27 april 1998, heeft laatstgenoemde bij brief van 29 april 1998 namens Looijen de nietigheid van het ontslag ingeroepen. Zij schrijft onder meer: „Tijdens het bovengenoemde telefoongesprek heb ik u ervan op de hoogte gesteld dat de heer Looijen tot op dat moment nog geen schriftelijke uitslag van de second opinion had en dat u daar derhalve ook niet over kunt beschikken en er in deze geen sprake is van onwettig verzuim, en derhalve geen dringende reden voor een ontslag op staande voet. Om die reden heb ik u dringend verzocht om het ontslag op staande voet in te trekken”.

8. Op 4 mei 1998 heeft Looijen zich op het werk gemeld en kenbaar gemaakt dat hij zijn werkzaamheden weer wilde hervatten. Jansen & de Kruyf c.s. hebben Looijen toen niet toegelaten tot het werk.

9. Door de RDA is op 26 mei 1998 aan Jansen & de Kruyf c.s., voorzover vereist, vergunning verleend om de arbeidsovereenkomst met Looijen te beëindigen. Jansen & de Kruyf c.s. hebben de arbeidsovereenkomst opgezegd bij brief van 28 mei 1998, tegen 29 september 1998.

10. Jansen & de Kruyf c.s. vorderen onder aanvoering van vijf grieven dat de rechtbank het vonnis van de kantonrechter van 24 februari 1999 zal vernietigen en de vorderingen van Looijen alsnog zal afwijzen, met de veroordeling van Looijen in de kosten van het geding in beide instanties. Looijen concludeert tot bekrachtiging van het vonnis van de kantonrechter met de veroordeling van Jansen & De Kruyf c.s. in de kosten van het hoger beroep.

Het geschil in hoger beroep en de beoordeling daarvan

11. Het hoger beroep is tijdig ingesteld. De vijf grieven leggen het geschil in volle omvang aan de rechtbank voor en lenen zich voor een gezamenlijke bespreking.

12. Looijen vordert, kort gezegd, doorbetaling van het loon vanaf 1 maart 1998 tot de datum van rechtsgeldige beëindiging van het dienstverband (29 september 1998), alsmede uitbetaling van het nog verschuldigde vakantiegeld en de vakantiedagen, alles met de wettelijke verhogingen en de wettelijke rente.

13. De loonvordering berust wat betreft de periode 1 maart 1998-23 april 1998 op artikel 7:629 BW. Volgens Looijen was hij in die periode immers wegens ziekte verhinderd zijn arbeid te verrichten en heeft hij om die reden recht op doorbetaling van het loon.

14. De bevoegdheid van de werkgever om te weigeren het loon krachtens art. 7:629 BW door te betalen omdat hij meent dat de werknemer niet ziek is, is ingevolge het bepaalde in lid 6 van dat artikel ingeperkt in die zin dat hij het gebruik daarvan onverwijld (dat wil zeggen zodra het vermoeden is gerezen dat de werknemer ten onrechte aanspraak maakt op loondoorbetaling) aan de werknemer moet meedelen en dat

hij tevens de reden voor het gebruik moet vermelden. Voldoet de werkgever niet aan deze vereisten dan verliest hij zijn recht om zich later (ook in een procedure) nog te beroepen op de gronden voor niet-betaling. Aangenomen moet worden dat dat vermoeden bij Jansen & de Kruyf c.s. toch in elk geval op of kort na de datum van het tweede onderzoek door de verzekeringsarts (op 22 januari 1998) moet zijn gerezen. Vast staat dat Jansen & de Kruyf c.s. eerst bij de hiervoor onder 4 geciteerde brief van 2 april 1998 aan Looijen mededeling hebben gedaan van de weigering het loon door te betalen en de reden daarvoor. Jansen & de Kruyf c.s. – die er in de onderhavige situatie mee rekening hadden moeten houden dat dit artikellid ambtshalve aan de orde zou komen – hebben geen feiten en/of omstandigheden gesteld waaruit zou kunnen worden afgeleid dat een zodanige mededeling (hetzij mondeling hetzij schriftelijk) voordien heeft plaatsgevonden. Het is reeds op deze grond dat de vordering tot doorbetaling van het loon tot en met 3 april 1998 (de dag waarop Looijen de brief heeft ontvangen) toewijsbaar is.

15. Bij dezelfde brief van 2 april 1998 hebben Jansen & de Kruyf c.s. Looijen gesommeerd om de daaropvolgende maandag (6 april) weer op het werk te verschijnen. Uit de onder 5 weergegeven feiten volgt dat Looijen vanaf 6 april tot 16 april 1998 wederom arbeidsongeschikt is geweest.

De vordering tot doorbetaling van het loon over die periode is dus eveneens toewijsbaar. Het beroep van Jansen & de Kruyf c.s. op verrekening van het over die periode verschuldigde loon met het volgens hen aan Looijen onverschuldigd betaalde loon over de periode 22 januari 1998 – 1 maart 1998 gaat reeds in het licht van hetgeen hiervoor is overwogen niet op.

16. Jansen & de Kruyf c.s. hebben ook nog opgeworpen dat Looijen niet heeft voldaan aan de eis van artikel 7:629a lid 1 BW (de verplichte inschakeling van een deskundige voorafgaand aan de procedure), maar dat verweer faalt eveneens. Die verplichting geldt ingevolge het bepaalde in lid 2 van dat artikel niet in de hiervoor omschreven situatie, omdat zowel wat betreft de ene als de andere periode is komen vast te staan dat de verhindering, bedoeld in artikel 7:629 lid 1 BW, niet is betwist.

17. Wat betreft de periode na 16 april 1998 wordt het volgende overwogen.

Looijen heeft weliswaar gesteld dat hij van 16 april 1998 tot 23 april 1998 nog ziek was, maar aan die stelling heeft hij onvoldoende feiten en omstandigheden ten grondslag gelegd die het oordeel dat hij werkelijk ziek was kunnen dragen. Ter adstructie van die stelling voert hij enkel aan dat hij na het onderzoek door de verzekeringsarts op 20 april 1998 nog niet (schriftelijk) had vernomen dat en per wanneer hij weer arbeidsgeschikt was verklaard. Hij zou eerst op 29 april 1998 hebben vernomen dat hij per 16 april 1998 niet arbeidsongeschikt was.

Dat is ook het standpunt van Looijen geweest bij het invoeren van de nietigheid van het ontslag in de hiervoor onder 7 geciteerde brief van 29 april 1998. Ook toen heeft hij niet geschreven (of anderszins aan Jansen & de Kruyf c.s. laten weten) dat hij op 20 april 1998 (nog) ziek was. Looij en heeft ook geen beroep ingesteld tegen de hersteldverklaring door de verzekeringsarts, maar zich op het werk gemeld op de in zijn ogen eerst mogelijke dag na ontvangst van de brief van 23 april 1998.

18. Op grond van het voorgaande moet als vaststaand worden aangenomen dat Looij en in elk geval vanaf 20 april 1998 arbeidsgeschiedt was, zodat hij vanaf die datum verplicht was zijn werk te hervatten. Daaraan doet niet af dat hij, volgens zijn zeggen, nog niet had vernomen dat hij weer hersteld was verklaard, aangezien die omstandigheid onverlet laat de op Looij en rustende verplichting om, zodra hij zich in staat acht zijn arbeid na ziekte te hervatten, daartoe over te gaan zonder eerst een schriftelijke hersteldverklaring van de bedrijfsvereniging af te wachten. In het midden kan dus worden gelaten of de verzekeringsarts Looijen direct na het onderzoek op 20 april 1998 heeft meegedeeld dat hij niet arbeidsongeschikt was, zoals Jansen & de Kruyf c.s. (gestaafd met een schriftelijke verklaring van de arts) stellen en Looijen betwist.

19. De conclusie is dat Looijen vanaf 20 april 1998 onwettig afwezig is geweest. Gelet op de omstandigheid dat Looijen door Jansen & de Kruyf c.s. bij de hiervoor onder 4 geciteerde brief van 2 april 1998 uitdrukkelijk is gewaarschuwd voor de consequenties van zijn gedrag, wordt geoordeeld dat Jansen & de Kruyf c.s. Looijen op 23 april 1998 op staande voet mochten ontslaan op grond van onwettig verzuim. Vanaf 20 april 1998 is de loonvordering dus niet toewijsbaar (tot 23 april 1998 niet wegens onwettig verzuim en nadien niet wegens de beëindiging van de dienstbetrekking).

20. De slotsom is dat het hoger beroep gedeeltelijk slaagt. De vorderingen van Looijen tot doorbetaling van het loon en uitbetaling van het vakantiegeld/vakantiedagen zijn wat betreft de periode 1 maart 1998 tot 20 april 1998 toewijsbaar, evenals de onvoldoende weersproken wettelijke verhogingen en wettelijke rente over de daaruit voortvloeiende bedragen. Het vonnis van de kantonrechter van 24 februari 1999 zal worden vernietigd. Aangezien de partijen over en weer op enige punten in het ongelijk zijn gesteld zullen de kosten van de procedure in eerste instantie en in hoger beroep worden gecompenseerd.

(enz.)

Cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van vormen waarvan de niet-inachtneming nietigheid met zich brengt omdat de Rechtbank heeft overwogen als in het bestreden vonnis is geschied,

zulks ten onrechte, om in het navolgende uiteengezette, zonodig in verband met elkaar te lezen redenen.

Inleiding

Jansen & de Kruyf c.s. hebben eiser in cassatie, Looijen, bij brief van 23 april 1998 op staande voet ontslagen. Bij de beoordeling van dit ontslag heeft de rechtbank acht geslagen op de gang van zaken rond het onderzoek naar de arbeidsongeschiktheid van Looijen door de bedrijfsarts en verzekeringsarts in april 1998. De rechtbank kwam tot de slotsom dat Jansen & de Kruyf c.s. Looijen mochten ontslaan op grond van „onwettig verzuim”, omdat Looijen vanaf 20 april 1998 „onwettig afwezig” was en Looijen door Jansen & de Kruyf c.s. bij brief van 2 april 1998 uitdrukkelijk was gewaarschuwd voor de consequenties van zijn gedrag (rov 19 van het bestreden vonnis).

Klachten

1. Dit oordeel is rechtens onjuist, omdat de rechtbank bij de beantwoording van de vraag of er sprake was van een dringende reden in de zin van artikel 7:678 BW de persoonlijke omstandigheden van Looijen en de gevolgen die het ontslag op staande voet voor hem zou hebben, in aanmerking had moeten nemen en zij dit niet heeft gedaan.

2. Zo de rechtbank deze regel wel in acht heeft genomen, is haar vonnis onvoldoende gemotiveerd, gelet op de door Looijen gestelde omstandigheden.

a. Looijen was ten tijde van het ontslag 50 jaar oud en bijna 33 jaar in dienst van Jansen & de Kruyf c.s.,

b. hij heeft tot medio 1997 tot tevredenheid van Jansen & de Kruyf c.s. gewerkt,

c. er was sprake van een arbeidsconflict dat was gelegen in het volgende:

– in de tweede helft van 1997 rees een dispuut over de continuering van het feit dat Looijen elke vrijdag vrij was als ook over het verschuiven van het aanvangstijdstip van de werkdag (van 7 naar 8 uur),

– Looijen was per 6 oktober 1997 op non-actief gesteld, hangende het verzoek van Jansen & de Kruyf c.s. aan de Regionaal Directeur voor de Arbeidsvoorziening toestemming te verlenen het dienstverband op te zeggen,

– na de afwijzing van het verzoek werd de non-activiteit terstond opgeheven, maar de bejegening van Looijen door Jansen & de Kruyf c.s. liet te wensen over,

– één en ander leidde tot „situatieve arbeidsongeschiktheid” van Looijen,

d. Looijen is een werkloosheidsuitkering onthouden, terwijl hij uit zijn bedrijf onvoldoende inkomsten geniet om in zijn levensonderhoud te voorzien.

Indien het oordeel van de rechtbank stoelt op de overweging dat deze omstandigheden niet relevant zijn voor de beoordeling van het ontslag op staande voet, heeft zij blijk gegeven van

een onjuiste rechtsopvatting, althans geeft haar oordeel onvoldoende inzicht in de gedachten-gang.

3. Rechtens onjuist is voorts rechtsoverwe-ging 18 dat het niet relevant is op welk moment Looijen vernam dat hij vanaf 20 april 1998 ar-beidsgeschikt was. Indien een werknemer heeft gevraagd om een verklaring van een deskundi-ge, benoemd door het Landelijk instituut socia-le verzekeringen, omtrent de verhindering de bedongen of andere passende arbeid te verrich-ten, is het voor de beantwoording van de vraag of zijn afwezigheid op het werk in afwachting van die verklaring een dringende reden oplevert als bedoeld in artikel 7:678 BW juist wel rele-vant te weten op welk moment de werknemer kennis heeft genomen, althans redelijkerwijs heeft kunnen nemen, van die verklaring. Dit is althans het geval indien de werkgever – zoals in het onderhavige geval – de uitkomst van het on-derzoek van de deskundige aan het ontslag op staande voet ten grondslag heeft gelegd. Zo de rechtbank in dit verband wel rekening heeft ge-houden met de reden die aan het ontslag op staande voet ten grondslag is gelegd, is haar oordeel onvoldoende gemotiveerd.

4. Rechtens onjuist is tenslotte het oordeel van de rechtbank dat het in onderdeel 3 beschre-ven moment niet relevant was, gelet op „de op Looijen rustende verplichting om, zodra hij zich in staat acht zijn arbeid na ziekte te hervat-ten, daartoe over te gaan zonder eerst een schrif-telijke hersteldverklaring van de bedrijfsvere-niging af te wachten” (rov. 18) aangezien de eigen beoordeling van de werknemer/patiënt niet althans niet in alle gevallen doorslaggevend is voor het antwoord op de vraag of hij gehouden is zijn werk te hervatten. Onbegrijpelijk is de-zelfde overweging, omdat zij geen inzicht geeft waarop het oordeel is gebaseerd dat Looijen zich in staat achtte zijn arbeid te hervatten, te meer niet in het licht van:

– de overweging dat Looijen heeft gesteld dat hij van 16 tot 23 april 1998 nog ziek was (rov. 17),

– het verzoek aan de deskundige, benoemd door het Landelijk instituut sociale verzekerin-gen,

– de telefonische en schriftelijke reactie op het ontslag op staande voet, inhoudend – onder meer – dat Looijen nog geen schriftelijke uit-slag van de „second opinion” had en derhalve geen sprake was van „onwettig verzuim”.

Conclusie A-G mr. De Vries Lentsch-Kosten-se:

Inleiding

1. In deze zaak heeft thans eiser tot cassatie – verder: Looijen – het hem door thans verweer-ders in cassatie – verder: Jansen & De Kruyf c.s. – gegeven ontslag op staande voet aangevocht met een vordering tot doorbetaling van loon tot aan de datum waarop de dienstbetrekking rechtsgeldig is beëindigd. Nadat de Kanton-

rechter de vordering had toegewezen, heeft de Rechtbank haar afgewezen. Daartegen komt Looijen in cassatie op.

2. Tussen partijen staat het volgende vast:

(i) Looijen is op 3 september 1965 als meubelstoffeerder in dienst getreden bij Jansen & De Kruyf c.s. Ten tijde van het ontslag op staan-de voet was hij 50 jaar oud en ruim 32 jaar in dienst bij Jansen & De Kruyf c.s.

(ii) Looijen heeft zich op 12 januari 1998 ziek gemeld. De bedrijfsarts van de ARBO-dienst heeft Looijen per 22 januari 1998 ar-beidsgeschikt verklaard. De verzekeringsarts van het GAK heeft Looijen op zijn verzoek op 23 januari 1998 (opnieuw) onderzocht. Naar aanleiding daarvan heeft de verzekeringsarts bij brief van 18 februari 1998 aan Looijen ge-schreven dat uit het onderzoek is gebleken dat hij op 22 januari 1998 niet ongeschikt was tot het verrichten van de eigen aangeboden arbeid. Looijen heeft zich niet op zijn werk gemeld en evenmin heeft hij zich (opnieuw) ziek gemeld. Hij heeft vanaf 1 maart 1998 geen salaris meer ontvangen omdat hij niet meer op zijn werk is verschenen.

(iii) Bij brief d.d. 2 april hebben Jansen & De Kruyf c.s. aan Looijen (onder meer) medege-deeld dat zij zich op het standpunt stelden dat sprake was van werkweigering, doch dat zij Looijen desondanks een laatste kans wilden ge-ven om zijn werk te hervatten; Looijen werd aangezegd dat wanneer hij niet op 6 april 1998 om 8.00 uur op zijn werk zou verschijnen, hij op staande voet zou worden ontslagen. De brief is op 3 april 1998 aan Looijen uitgereikt.

(iv) Op 6 april 1998 heeft Looijen zich ziek gemeld omdat hij griep had. De bedrijfsarts van de ARBO-dienst heeft Looijen op 8 april 1998 arbeidsongeschikt verklaard en per 16 april 1998 weer arbeidsgeschikt.

(v) De verzekeringsarts van het GAK heeft Looijen op zijn verzoek op 20 april 1998 op-nieuw onderzocht. Bij brief van 24 april 1998 heeft de verzekeringsarts aan Looijen geschre-ven: „Uit het onderzoek is gebleken dat u op 16-04-1998 niet ongeschikt bent tot het verrichten van de eigen aangeboden arbeid.”

(vi) Bij brief van 23 april 1998 hebben Jan-sen & De Kruyf c.s. Looijen op staande voet ontslagen. De door de advocaat van Jansen & De Kruyf c.s. geschreven brief (overgelegd als productie 5 bij conclusie van antwoord) luidt als volgt:

„(...)

Vorige week heeft u het GAK verzocht een onderzoek naar het (voort)-bestaan van de ongeschiktheid tot werken in te stellen. Naar aanleiding daarvan bent u op 20 april jl. door een verzekeringsarts van het Gak onder-zocht.

Na afloop van het onderzoek heeft hij mede-gedeeld dat u niet ongeschikt bent tot het ver-richten van de eigen aangeboden arbeid. De schriftelijke bevestiging hiervan is inmid-dels naar u verzonden. Gaarne verzoek ik u

mij een afschrift te doen toekomen van de brief waarin bevestigd wordt dat u arbeidsgeschied bent bevonden.

Gelet op de uitkomst van het onderzoek d.d. 20 april jl., diende u uw werkzaamheden bij Jansen & De Kruijf met onmiddellijke ingang te hervatten. Tot op heden bent u echter niet op uw werk verschenen. Derhalve is sprake van onwettig verzuim.

Namens uw werkgever deel ik u mede dat het vorenstaande voor haar een dringende reden is om de met u bestaande arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang te beëindigen.”

(vii) Op 4 mei 1998 heeft Looijen zich weer op zijn werk gemeld. Jansen & De Kruijf c.s. hebben hem toen niet toegelaten tot het werk.

(viii) De RDA heeft op 26 mei 1998 aan Jansen & De Kruijf c.s., voorzover vereist, een ontslagvergunning verleend. Jansen & De Kruijf c.s. hebben de arbeidsovereenkomst vervolgens tegen 29 september 1998 opgezegd.

3. Looijen heeft bij wijze van voorlopige voorziening ex art. 116 Rv. van Jansen & De Kruijf c.s. doorbetaling van loon vanaf 23 april 1998 tot aan de datum van rechtsgeldige beëindiging van het dienstverband gevorderd.

De Kantonrechter heeft deze voorziening bij vonnis van 22 juli 1998 toegewezen. Hij overwoog daartoe dat voorshands niet kan worden geoordeeld dat het verleende ontslag op staande voet in de zogenaamde bodemprocedure als geldig zal worden aangemerkt aangezien Jansen & De Kruijf c.s. niet aannemelijk hebben gemaakt dat de uitslag van het onderzoek van 20 april 1998 direct na het onderzoek aan Looijen is medegedeeld en aangezien het bepaald niet onmogelijk moet worden geacht dat Looijen de bewuste brief pas op 29 april 1998 heeft ontvangen; hij tekende daarbij aan dat Looijen gelijk heeft waar hij aanvoert dat 4 mei 1998 pas de eerste dag was waarop hij na 29 april 1998 weer op zijn werk mocht worden verwacht. De Kantonrechter heeft voorts overwogen er geen geheim van te willen maken dat bij zijn oordeel een rol heeft gespeeld het kennelijk tot tevredenheid van Jansen & De Kruijf c.s. verlopen dienstverband van 32 jaar, de leeftijd van Looijen en de omstandigheid dat Looijen definitief een uitkering zal worden geweigerd als Jansen & De Kruijf c.s. gelijk zouden krijgen.

Jansen & De Kruijf c.s. hebben aangegeven zich niet met dit vonnis te kunnen verenigen.

4. In de onderhavige (bodem)procedure heeft Looijen doorbetaling gevorderd van zijn salaris vanaf 1 maart 1998 tot aan de datum van de rechtsgeldige beëindiging van het dienstverband. De Rechtbank heeft geoordeeld dat de loonvordering wat betreft de periode 1 maart 1998 tot 23 april 1998 berust op art. 7:629 BW; zij heeft deze vordering toegewezen voorzover het betreft de periode 1 maart 1998 – 20 april 1998. In cassatie speelt deze vordering op zichzelf geen rol meer.

De loonvordering over de resterende periode, de periode vanaf 23 april 1998 tot aan de rechtsgeldige beëindiging van het dienstverband, heeft Looijen gegrond op de stelling dat het ontslag – hem gegeven omdat hij zich na het onderzoek van 20 april 1998 niet direct weer op het werk heeft gemeld – nietig is. In dat verband heeft hij aangevoerd dat hem – anders dan Jansen & De Kruijf c.s. beweren – de uitslag van het onderzoek niet direct na dat onderzoek is medegedeeld doch pas bij het schrijven van 24 april 1998, dat hem pas op 29 april 1998 heeft bereikt; hij heeft betoogd dat hij zich vervolgens op de eerstvolgende dag waarop zulks mogelijk was – te weten op 4 mei 1998 – weer op het werk heeft gemeld. In dat verband heeft hij voorts nog aangevoerd dat er in eerste instantie twijfel bestond bij de arts die hem onderzocht en voorts dat deze arts – naar aanleiding van het hem door Looijen overhandigde schrijven van Looijens huisarts d.d. 6 april 1998 – heeft gezegd een en ander nog eens met Looijens huisarts te willen bespreken. Het schrijven van de huisarts is als productie 3 bij conclusie van repliek overgelegd; het houdt in dat de huisarts van oordeel is dat Looijen situatief arbeidsgeschied is. Als productie 2 is een schrijven van de huisarts overgelegd van dezelfde inhoud: dit schrijven dateert van 6 mei 1998. Looijen heeft betoogd (repliek nr. 13) dat het voor hem onbegrijpelijk is waarom de betrokken keuringsartsen geen rekening hebben willen houden met dit oordeel van zijn huisarts. Looijen heeft voorts nog aangevoerd (zie de inleidende gavaarding onder 9) dat hij in ernstige financiële problemen is geraakt aangezien het GAK heeft geweigerd hem een WW-uitkering te verschaffen.

5. Jansen & De Kruijf c.s. hebben betwist dat Looijen (situatief) arbeidsgeschied is. Zij hebben voorts betoogd dat de verzekeringsarts direct na afloop van het onderzoek van 20 april 1998 de uitslag daarvan aan Looijen heeft medegedeeld. In dat verband hebben zij een schriftelijke verklaring van deze arts overgelegd inhoudende dat uit zijn aantekeningen blijkt dat de uitslag van het onderzoek direct aan Looijen is medegedeeld.

6. Looijen is blijven betwisten dat de uitslag hem direct na het onderzoek van 20 april 1998 is medegedeeld.

7. De Kantonrechter heeft de vorderingen van Looijen bij vonnis van 24 februari 1999 toegewezen. Ter zake van de loonvordering gegrond op nietigheid van het ontslag (de loonvordering over de periode vanaf 23 april 1998) overwoog de Kantonrechter dat niet is gebleken dat de keuringsarts op 20 april 1998 tegen Looijen heeft gezegd dat hij ogenblikkelijk of in ieder geval de volgende dag weer aan het werk moest gaan, voorzover die arts al tot zodanige mededeling bevoegd zou zijn. Afgezien daarvan, zo overwoog de Kantonrechter, kan de werknemer pas op het moment van ontvangst van de schriftelijke bevestiging van de monde-

linge uitslag geacht worden kennis te hebben genomen van de uitslag van het onderzoek, althans daarvan op zodanige wijze kennis te hebben genomen dat daaraan rechtsgevolgen kunnen worden verbonden. De Kantonrechter overwoog voorts het aannemelijk te achten dat Looijen de litigieuze brief van 24 april 1998 pas op 29 april 1998 heeft ontvangen en dat 4 mei 1998 vervolgens de eerste werkdag nadien was.

8. De Rechtbank heeft ter zake van de loonvordering gegrond op nietigheid van het ontslag als volgt overwogen. Zij heeft als vaststaand aangenomen dat Looijen in elk geval vanaf 20 april 1998 arbeidsgeschikt was. Zij overwoog in dat verband dat Looijen weliswaar heeft gesteld dat hij van 16 april 1998 tot 23 april 1998 nog ziek was, maar dat hij aan die stelling onvoldoende feiten en omstandigheden ten grondslag heeft gelegd die het oordeel kunnen dragen dat hij werkelijk ziek was. Ter adstructie heeft Looijen immers, aldus de Rechtbank, slechts aangevoerd dat hij na het onderzoek door de verzekeringsarts op 20 april 1998 nog niet (schriftelijk) had vernomen dat en per wanneer hij weer arbeidsgeschikt was verklaard, terwijl hij ook geen beroep heeft ingesteld tegen de hersteldverklaring maar zich op zijn werk heeft gemeld op de in zijn ogen eerst mogelijke dag na ontvangst van de brief van 23 april 1998. De Rechtbank kwam op grond van de volgende overwegingen tot de slotsom dat Jansen & De Kruyf c.s. op 23 april 1998 Looijen wegens onwettig verzuim op staande voet mochten ontslaan:

„18. Op grond van het voorgaande moet als vaststaand worden aangenomen dat Looijen in elk geval vanaf 20 april 1998 arbeidsgeschikt was, zodat hij vanaf die datum verplicht was zijn werk te hervatten. Daaraan doet niet af dat hij, volgens zijn zeggen, nog niet had vernomen dat hij weer hersteld was verklaard, aangezien die omstandigheid onverlet laat de op Looijen rustende verplichting om, zodra hij zich in staat acht zijn arbeid na ziekte te hervatten, daartoe over te gaan zonder eerst een schriftelijke hersteldverklaring van de bedrijfsvereniging af te wachten. In het midden kan dus worden gelaten of de verzekeringsarts Looijen direct na het onderzoek op 20 april 1998 heeft meege-deeld dat hij niet arbeidsongeschikt was, zoals Jansen & De Kruyf c.s. (gestaafd met een schriftelijke verklaring van de arts) stellen en Looijen betwist.

19. De conclusie is dat Looijen vanaf 20 april 1998 onwettig afwezig is geweest. Gelet op de omstandigheid dat Looijen door Jansen & De Kruyf c.s. bij de (...) brief van 2 april 1998 uitdrukkelijk is gewaarschuwd voor de consequenties van zijn gedrag, wordt geoordeeld dat Jansen & De Kruyf c.s. Looijen op 23 april 1998 op staande voet mochten ontslaan op grond van onwettig verzuim. Vanaf 20 april 1998 is de loonvordering dus niet toewijsbaar (tot 23 april niet wegens onwet-

tig verzuim en daarna niet wegens de beëindiging van de dienstbetrekking).”

9. Looijen heeft tijdig cassatieberoep ingesteld. Jansen & De Kruyf c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Beide partijen hebben de zaak schriftelijk toegelicht, waarna Jansen & De Kruyf c.s. nog hebben gedupliceerd.

Het cassatiemiddel

10. De middelonderdelen 1 en 2 richten zich tegen het oordeel van de Rechtbank dat sprake was van een dringende reden voor ontslag in de zin van art. 7:678 BW. Middelonderdeel 1 betoogt dat de Rechtbank blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door na te laten de persoonlijke omstandigheden van Looijen en de gevolgen die het ontslag op staande voet voor Looijen zouden hebben, in aanmerking te nemen bij de beantwoording van de vraag of sprake was van een dringende reden voor ontslag op staande voet. Middelonderdeel 2 klaagt dat de Rechtbank haar oordeel althans onvoldoende heeft gemotiveerd gelet op de volgende door Looijen gestelde omstandigheden:

– Looijen was ten tijde van het ontslag 50 jaar oud en hij was bijna 33 jaar in dienst;

– Looijen heeft tot medio 1997 tot volle tevredenheid van Jansen & De Kruyf c.s. gewerkt;

– Er was sprake van een arbeidsconflict waardoor Looijen situatief arbeidsongeschikt was;

– Looijen ontvangt geen werkloosheidsuitkering, terwijl hij uit zijn eigen bedrijf onvoldoende inkomsten geniet om in zijn levensonderhoud te voorzien.

Het middelonderdeel betoogt dat zo de Rechtbank deze omstandigheden niet relevant heeft geoordeeld, zij blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, althans onvoldoende inzicht heeft gegeven in haar gedachtengang.

11. Ingevolge art. 7:677 BW is een werkgever bevoegd de arbeidsovereenkomst op te zeggen indien sprake is van een dringende reden; art. 7:678 lid 1 BW bepaalt dat een dringende reden voor de werkgever bestaat in „daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer, die ten gevolge hebben dat van de werkgever redelijkerwijze niet kan gevergd worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.” In zijn arrest van 12 februari 1999, *NJ* 1999, 643, m.nt. PAS, waarin het ging om de vraag of een wegens een dringende reden gegeven ontslag op staande voet toch kennelijk onredelijk kan zijn op de grond dat het ontslag voor de werknemer te ernstig is in vergelijking met het belang van de werkgever bij de beëindiging van de dienstbetrekking, oordeelde de Hoge Raad dat de vraag of de gevolgen voor de werknemer te ernstig zijn, behoort te worden beantwoord in het kader van de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet. Is deze laatste vraag bevestigend beantwoord, dan is

geen plaats meer voor het oordeel dat het ontslag niettemin kennelijk onredelijk is op de in art. 7:681 lid 2 aanhef en onder b BW genoemde grond dat de gevolgen van de opzegging voor hem te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever. De Hoge Raad kwam in zijn arrest tot de slotsom dat de Rechtbank bij de beoordeling van de vraag of sprake was van een dringende reden als hiervoor bedoeld, de persoonlijke omstandigheden van de werknemer had moeten afwegen tegen de aard en de ernst van de dringende reden en dat de Rechtbank door na te laten ervan blij te geven dat zij een dergelijke afweging had verricht, hetzij blij had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting hetzij haar oordeel dat sprake van een dringende reden, onvoldoende had gemotiveerd. Dit arrest is met instemming begroet. Zo is de conclusie getrokken dat bij de beoordeling van de geldigheid van het ontslag op staande voet een afgewogen aanpak is vereist die rekening houdt met alle omstandigheden van het geval; zie Sagel, „Ontslag op staande voet, kennelijke onredelijkheid en de omstandigheden van het geval”, *Arbeidsrecht* 1999, 6/7, p. 10 e.v. Riphagen heeft betoogd dat de toetsing van het ontslag op staande voet na deze uitspraak een nieuwe fase zal ingaan, een fase van meer afweging en meer motivering gericht op de persoonlijke omstandigheden van de werknemer met als winst een verhoging van de kwaliteit van de rechterlijke uitspraak. (Riphagen, „De ruzie met de hamer: het ontslag op staande voet en de gevolgen voor de werknemer”, *AA* 1999, p. 941 e.v.) In zijn arrest van 21 januari 2000, *NJ* 2000, 190, herhaalde de Hoge Raad zijn overweging dat bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden, de omstandigheden van het geval in aanmerking moeten worden genomen; dit, met de toevoeging dat het onder meer gaat om de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals zijn leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem hebben. Tevens werd overwogen dat ook indien de gevolgen ingrijpend zijn, een afweging van deze persoonlijke omstandigheden tegen de aard en de ernst van de dringende reden tot de slotsom kan leiden dat een onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst toch gerechtvaardigd is. In HR 27 april 2001, *NJ* 2001, 421, m.nt. PAS, werd overwogen dat de Rechtbank niet was gehouden ambtshalve te onderzoeken of met betrekking tot de werknemer omstandigheden bestonden die tot het oordeel zouden kunnen leiden dat een onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst niet gerechtvaardigd was.

12. In de onderhavige zaak heeft Looijen in de inleidende dagvaarding onder 9 ter adstruc-tie van zijn vordering tot doorbetaling van loon wegens nietigheid van het ontslag op staande voet aangevoerd dat hij in ernstige financiële problemen is geraakt aangezien het GAK heeft geweigerd hem een WW-uitkering te verschaffen. Aangenomen moet worden dat Looijen

zich aldus erop heeft beroepen dat de door Jan-sen & De Kruyf c.s. aangevoerde en door hem betwiste ontslaggrond, geen dringende reden voor ontslag opleverde gezien de ernstige financiële gevolgen die het ontslag voor hem zou hebben. Tussen partijen staat voorts vast dat Looijen ten tijde van het ontslag 50 jaar oud was en dat de dienstbetrekking toen reeds ruim 32 jaar duurde. Looijen heeft in zijn memorie van antwoord in appèl (sub 3) aangetekend dat de inhoud van het door hen in eerste aanleg aangevoerde als volledig herhaald en ingelast moest worden beschouwd.

Uit het bestreden vonnis blijkt niet of de Rechtbank bij de beoordeling van de vraag of sprake was van een dringende reden, bedoelde ernstige financiële gevolgen van het ontslag voor Looijen heeft afgewogen tegen de aard en de ernst van de dringende reden. Uit het hiervoor betoogde volgt dat de Rechtbank aldus hetzij blij heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting hetzij haar oordeel dat sprake was van een dringende reden onvoldoende heeft gemotiveerd. In zoverre slagen de middel-onderdelen 1 en 2.

13. De middelonderdelen 3 en 4 komen op tegen de overweging van de Rechtbank dat nu als vaststaand moet worden aangenomen dat Looijen in elk geval vanaf 20 april 1998 arbeidsgeschikt was, in het midden kan worden gelaten of de verzekeringsarts Looijen direct na het onderzoek op 20 april 1998 heeft medege-deeld dat hij niet arbeidsongeschikt was gezien de op Looijen rustende verplichting om zijn arbeid na ziekte te hervatten zodra hij zich daartoe in staat acht. Middelonderdeel 3 betoogt dat in-geval, zoals in casu, een werknemer vraagt om een verklaring van een deskundige benoemd door het Lisv, het voor de beantwoording van de vraag of zijn afwezigheid op het werk in af-wachting van die verklaring een dringende reden oplevert als bedoeld in art. 7:658 BW, juist wel relevant is te weten op welk moment de werknemer van die verklaring kennis heeft ge-nomen of redelijkerwijs heeft kunnen nemen; dit geldt in elk geval, aldus het middel, indien de werkgever – zoals in casu – de uitkomst van het onderzoek van de deskundige aan het ontslag op staande voet ten grondslag heeft gelegd. Middelonderdeel 4 klaagt dat de Rechtbank met haar gewraakte overweging dat in het mid-den kan worden gelaten op welk moment Looijen kennis heeft genomen van de uitslag van het litigieuze onderzoek omdat op Looijen de verplichting rustte zijn werk na ziekte te her-vatten zodra hij zich daartoe in staat achtte, heeft miskend dat de eigen beoordeling van de werknemer niet, althans niet in alle gevallen, doorslaggevend is voor het antwoord op de vraag of hij gehouden is zijn werk te hervatten. Voorts wordt geklaagd dat de gewraakte over-weging onbegrijpelijk is omdat zij geen inzicht geeft waarop de Rechtbank haar oordeel heeft gebaseerd dat Looijen zich in staat achtte zijn werkzaamheden te hervatten, temeer niet ge-

zien de overweging dat Looijen heeft gesteld dat hij van 16 tot 23 april 1998 nog ziek was, gezien de indiening door Looijen van een verzoek om een „second opinion”, en gezien de telefonische en schriftelijke reactie op het ontslag op staande voet, inhoudende dat Looijen geen schriftelijke uitslag van de „second opinion” had en dat er derhalve geen sprake was van onwettig verzuim.

14. De in middelonderdeel 3 vervatte stelling dat het steeds relevant is te weten op welk moment een werknemer kennis heeft genomen of redelijkerwijs heeft kunnen nemen van de uitkomst van een onderzoek als in het middel bedoeld, gaat in haar algemeenheid te ver; zo rust op de werknemer de verplichting na ziekte zijn werk te hervatten zodra hij zich daartoe in staat acht. Ingeval evenwel, zoals in casu, de werkgever de uitkomst van het onderzoek van de deskundige aan het ontslag op staande voet ten grondslag heeft gelegd, kan niet in het midden worden gelaten of de werknemer van die uitslag op de hoogte was gesteld. In een dergelijk geval ligt het immers voor de hand aan te nemen dat als ontslaggrond heeft te gelden de omstandigheid dat de werknemer aan wie na afloop van het onderzoek wordt medegedeeld dat hij niet ongeschikt was tot het verrichten van de eigen aangeboden arbeid, nalaat met onmiddellijke ingang zijn werk te hervatten. Uit het feit dat het debat van partijen zich in de feitelijke instanties met name heeft toegespitst op de vraag of aan Looijen de uitslag direct na het onderzoek was medegedeeld, kan worden afgeleid dat partijen daarvan ook zijn uitgegaan. (Zie in dit verband de memorie van grieven sub III.2.) De Rechtbank had derhalve reeds daarom niet in het midden mogen laten of aan Looijen inderdaad direct na het onderzoek de uitslag was medegedeeld. In zoverre slaagt het derde middelonderdeel.

De in middelonderdeel 4 vervatte rechtsklacht faalt omdat een werknemer die niet langer arbeidsongeschikt is en die zich bovendien in staat acht zijn arbeid na ziekte te hervatten, in het algemeen wel degelijk verplicht is zijn werkzaamheden te hervatten en het middel niet aangeeft in welke bijzondere omstandigheden zulks anders zou zijn. De in middelonderdeel 4 vervatte motiveringsklacht treft evenwel doel nu zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet begrijpelijk is waarop de Rechtbank haar oordeel baseert dat Looijen zich in staat achtte zijn arbeid te hervatten nu in de stellingen van Looijen en in het bijzonder in zijn verzoek om een „second opinion”, ligt besloten dat hij zich niet in staat achtte zijn werk te hervatten, een opvatting waarin hij zich zag gesteund door zijn huisarts gezien diens hiervoor onder 4 genoemde verklaringen.

Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden vonnis en tot verwijzing ter verdere behandeling en beslissing.

Hoge Raad:

1. *Het geding in feitelijke instanties*

Eiser tot cassatie – verder te noemen: Looijen – heeft bij exploit van 10 augustus 1998 verweerders in cassatie – verder te noemen: Jansen & De Kruyf c.s. – gedagvaard voor de Kantonrechter te Wageningen en gevorderd Jansen & De Kruyf c.s. hoofdelijk voor het geheel des dat de een betalend de anderen in zoverre zullen zijn bevrijd te veroordelen tot betaling van onder andere:

a. het Looijen toekomende salaris van f 2458 bruto per maand vanaf 1 maart 1998 tot de datum van rechtsgeldige beëindiging van het dienstverband;

b. de wettelijke verhoging ex art. 7A:625 BW over het onder a vast te stellen bedrag;

c. de Looijen toekomende vakantietoeslag van 8% vanaf 1 juni 1997 tot de datum van beëindiging van het dienstverband;

d. de wettelijke verhoging ex art. 16c WMM over het onder c vast te stellen bedrag;

e. de wettelijke rente over de onder a, b, c en d vast te stellen bedragen telkens vanaf het moment dat deze verschuldigd zijn.

Jansen & De Kruyf c.s. hebben de vorderingen bestreden.

De Kantonrechter heeft bij vonnis van 24 februari 1999 de vorderingen toegewezen.

Tegen dit vonnis hebben Jansen & De Kruyf c.s. hoger beroep ingesteld bij de Rechtbank te Arnhem.

Bij vonnis van 2 december 1999 heeft de Rechtbank het bestreden vonnis vernietigd en opnieuw rechtdoende: Jansen & De Kruyf c.s. veroordeeld, hoofdelijk des dat de een betalende de anderen zullen zijn bevrijd, aan Looijen te betalen:

a. het salaris van f 2458 bruto per maand over de periode 1 maart 1998 tot 20 april 1998;

b. de vakantietoeslag van 8% over de periode 1 juni 1997 tot 20 april 1998;

c. het bedrag gelijk aan het salaris over een tijdvak overeenkomend met de vakantiedagen over de periode 1 januari 1998 tot 20 april 1998;

d. de wettelijke verhoging ex art. 7:625 BW over het sub a te berekenen bedrag;

e. de wettelijke verhoging ex art. 18 WMM over het sub b te berekenen bedrag;

f. de wettelijke verhoging ex art. 7:625 BW over het sub c te berekenen bedrag;

g. de wettelijke rente over de sub a, b, d, en e bedoelde bedragen, telkens vanaf het moment dat deze verschuldigd zijn tot aan de dag der algehele voldoening.

(...)

2. *Het geding in cassatie*

(...)

3. *Beoordeling van het middel*

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Looijen is op 3 september 1965 als meu-

belstoffeerder in dienst getreden bij Jansen & De Kruyf c.s. Ten tijde van het ontslag op staande voet was hij 50 jaar oud en ruim 32 jaar in dienst bij Jansen & De Kruyf c.s.

(ii) Op 12 januari 1998 heeft Looijen zich ziek gemeld. De bedrijfsarts van de ARBO-dienst heeft Looijen per 22 januari 1998 arbeidsgeschikt verklaard. De verzekeringsarts van het GAK heeft Looijen op zijn verzoek op 23 januari 1998 opnieuw onderzocht. Naar aanleiding daarvan heeft de verzekeringsarts bij brief van 18 februari 1998 aan Looijen geschreven: „Uit het onderzoek is gebleken dat u op 22-01-1998 niet ongeschikt bent tot het verrichten van de eigen aangeboden arbeid.”

(iii) Looijen heeft zich niet op het werk gemeld en heeft zich evenmin opnieuw ziek gemeld. Jansen & De Kruyf c.s. hebben het loon sedert 1 maart 1998 niet meer betaald.

(iv) Bij brief van 2 april 1998 hebben Jansen & De Kruyf c.s. aan Looijen onder meer medegedeeld dat zij zich op het standpunt stelden dat sprake was van werkweigering, maar dat zij hem desondanks een laatste kans wilden geven om zijn werk te hervatten. Looijen werd aangezegd dat wanneer hij niet op 6 april 1998 om 8.00 uur op zijn werk zou verschijnen, hij op staande voet zou worden ontslagen. Deze brief is op 3 april 1998 aan Looijen uitgereikt.

(v) Op 6 april 1998 heeft Looijen zich ziek gemeld omdat hij griep had. De bedrijfsarts van de ARBO-dienst heeft Looijen op 8 april 1998 arbeidsongeschikt verklaard en hem per 16 april 1998 weer arbeidsgeschikt verklaard. De verzekeringsarts van het GAK heeft Looijen op zijn verzoek op 20 april 1998 opnieuw onderzocht. Bij brief van 24 april 1998 heeft de verzekeringsarts aan Looijen geschreven: „Uit het onderzoek is gebleken dat u op 16-04-1998 niet ongeschikt bent tot het verrichten van de eigen aangeboden arbeid.”

(vi) Bij brief van 23 april 1998 hebben Jansen & De Kruyf c.s. Looijen op staande voet ontslagen. Zij hebben daarvoor als reden opgegeven: „Gelet op de uitkomst van het onderzoek d.d. 20 april j.l., diende u uw werkzaamheden bij Jansen & De Kruyf met onmiddellijke ingang te hervatten. Tot op heden bent u echter niet op uw werk verschenen. Derhalve is sprake van onwettig verzuim.”

(vii) Na telefonisch contact tussen Jansen & De Kruyf c.s. en mr. K. Schaffels van de dienstenbond CNV op 27 april 1998, heeft laatstgenoemde bij brief van 29 april 1998 namens Looijen de nietigheid van het ontslag ingeroepen.

(viii) Op 4 mei 1998 heeft Looijen zich op het werk gemeld en kenbaar gemaakt dat hij zijn werkzaamheden wilde hervatten. Jansen & De Kruyf c.s. hebben Looijen toen niet toegelaten tot het werk.

(ix) Door de Regionaal Directeur voor de Arbeidsvoorziening is op 26 mei 1998 aan Jansen & De Kruyf c.s., voorzover vereist, vergunning verleend om de arbeidsovereenkomst met

Looijen te beëindigen. Jansen & De Kruyf c.s. hebben de arbeidsovereenkomst opgezegd bij brief van 28 mei 1998, tegen 29 september 1998.

3.2 In de onderhavige procedure heeft Looijen de hiervoor onder 1 vermelde vordering ingesteld. In cassatie is van belang de loonvordering over de periode vanaf 23 april 1998 tot aan de rechtsgeldige beëindiging van het dienstverband. Looijen stelt zich op het standpunt dat het ontslag, dat aan hem is verleend omdat hij zich na het onderzoek van 20 april 1998 niet direct weer op het werk heeft gemeld, nietig is. De Kantonrechter heeft de vordering toegewezen.

3.3 De Rechtbank heeft het vonnis van de Kantonrechter vernietigd en heeft daartoe, kort weergegeven en voorzover in cassatie van belang, als volgt overwogen. Looijen heeft weliswaar gesteld dat hij van 16 april 1998 tot 23 april 1998 nog ziek was, maar aan deze stelling heeft hij onvoldoende feiten en omstandigheden ten grondslag gelegd die het oordeel dat hij werkelijk ziek was kunnen dragen. De Rechtbank heeft op grond van de in het vonnis vermelde feiten aangenomen dat Looijen in elk geval vanaf 20 april 1998 arbeidsgeschikt was, zodat hij vanaf deze datum verplicht was zijn werk te hervatten. Zij heeft daarbij in het midden gelaten of de verzekeringsarts Looijen direct na het onderzoek op 20 april 1998 heeft medegedeeld dat hij niet arbeidsongeschikt was, zoals Jansen & De Kruyf c.s. stellen en Looijen betwist. De Rechtbank heeft aan een en ander de conclusie verbonden dat Looijen vanaf 20 april 1998 onwettig afwezig is geweest. Gelet op de omstandigheid dat Looijen door Jansen & De Kruyf c.s. bij de brief van 2 april 1998 uitdrukkelijk is gewaarschuwd voor de consequenties van zijn gedrag, heeft de Rechtbank geoordeeld dat Jansen & De Kruyf c.s. Looijen op 23 april 1998 op staande voet mochten ontslaan op grond van onwettig verzuim. Vanaf 20 april 1998 is naar het oordeel van de Rechtbank de loonvordering derhalve niet toewijsbaar (rov. 17-19).

3.4 Onderdeel 1 bevat de klacht dat dit oordeel onjuist is omdat de Rechtbank bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een dringende reden in de zin van art. 7:678 BW, de persoonlijke omstandigheden van Looijen en de gevolgen die het ontslag op staande voet voor hem zou hebben, in aanmerking had moeten nemen. Onderdeel 2 voegt daaraan toe dat, indien de Rechtbank deze regel wel in acht heeft genomen, haar vonnis onvoldoende is gemotiveerd in verband met de volgende door Looijen gestelde omstandigheden:

(a) Looijen was ten tijde van het ontslag 50 jaar oud en bijna 33 jaar in dienst van Jansen & De Kruyf c.s.;

(b) hij heeft tot medio 1997 tot tevredenheid van Jansen & De Kruyf c.s. gewerkt;

(c) er was sprake van een arbeidsconflict in verband met het volgende:

– in de tweede helft van 1997 rees een discussie over de continuering van het feit dat Looijen elke vrijdag vrij was en over het verhuiven van het aanvangstijdstip van de werklag van 7 naar 8 uur;

– Looijen was per 6 oktober 1997 op non-actief gesteld in verband met het verzoek van Jansen & De Kruyf c.s. aan de Regionaal Directeur voor de Arbeidsvoorziening toestemming te verlenen het dienstverband op te zeggen;

– na de afwijzing van het verzoek werd de non-activiteit terstond opgeheven, maar de beëindiging van Looijen door Jansen & De Kruyf c.s. liet te wensen over;

– een en ander leidde tot „situatieve arbeidsomgeschiktheid” van Looijen;

(d) Looijen is een werkloosheidsuitkering onthouden, terwijl hij uit zijn bedrijf onvoldoende inkomsten geniet om in zijn levensonderhoud te voorzien.

3.5 Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden in de zin van art. 7:677 lid 1 in verband met art. 7:678 lid 1 3W moeten de omstandigheden van het geval, onderling verband en samenhang, in aanmerking worden genomen. Daarbij behoren in de eerste plaats in de beschouwing te worden betrokken de aard en de ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt, en verder onder meer de aard van de dienstbetrekking, de duur daarvan en de wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld, alsmede de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals zijn leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben. Ook indien de gevolgen ingrijpend zijn, kan een afweging van deze persoonlijke omstandigheden tegen de aard en de ernst van hetgeen de werkgever als een dringende reden aanmerkt tot de slotsom leiden dat een onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst gerechtvaardigd is. (HR 21 januari 2000, nr. C 98/140, *NJ* 2000, 190).

3.6 De Rechtbank heeft nagelaten ervan blijk te geven dat zij de hier vereiste afweging – in het bijzonder wat betreft de hiervoor onder 3.4 vermelde omstandigheden – heeft verricht. Daardoor heeft zij hetzij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij haar oordeel onvoldoende gemotiveerd. De onderdelen slagen derhalve.

3.7 In onderdeel 3 wordt met recht betoogd dat, indien de werkgever – zoals in dit geval – de uitkomst van het onderzoek van de deskundige aan het ontslag op staande voet ten grondslag heeft gelegd, niet in het midden kan worden gelaten zoals de Rechtbank heeft gedaan, of de werknemer van deze uitslag direct na het onderzoek op de hoogte is gesteld. Ook in dit opzicht heeft de Rechtbank hetzij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting – indien zij zou hebben aangenomen dat deze omstandigheid niet van belang was – hetzij haar oordeel onvoldoende gemotiveerd.

3.8 De rechtsklacht van onderdeel 4 faalt, nu

het oordeel van de Rechtbank dat Looijen verplicht was om, zodra hij zich in staat achtte zijn arbeid na ziekte te hervatten, daartoe over te gaan zonder eerst een schriftelijke hersteldverklaring van de bedrijfsvereniging af te wachten, niet blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

Onderdeel 4 slaagt echter voorzover het de klacht bevat dat zonder nadere motivering, welke ontbreekt, onbegrijpelijk is het oordeel van de Rechtbank dat Looijen zich in staat achtte zijn arbeid te hervatten. Zijn stellingen dat hij van 16 tot 23 april 1998 nog ziek was en de telefonische en schriftelijke reactie op het ontslag op staande voet, inhoudende dat Looijen nog geen schriftelijke uitslag van de „second opinion” had en dat derhalve niet sprake was van „onwettig verzuim”, houden immers in dat hij zich daartoe niet in staat achtte.

4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

vernietigt het vonnis van de Rechtbank te Arnhem van 2 december 1999;

verwijst het geding naar het Gerechtshof te Arnhem ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Jansen & De Kruyf c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Looijen begroot op € 222,95 aan verschotten en € 1590 voor salaris.

Noot:

1. De laatste jaren wordt in de jurisprudentie over de dringende reden voor opzegging van de arbeidsovereenkomst als eis gesteld dat ook de gevolgen van het ontslag van de werknemer worden meegewogen. De aard van de arbeidsovereenkomst, de duur daarvan en de wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld, alsmede de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals zijn leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben, dienen daarbij in de beschouwing te worden betrokken (HR 12 februari 1999, *NJ* 1999, 643, Schoenmaker; HR 21 januari 2000, *NJ* 2000, 190, Hema).

2. Deze eisen zijn niet licht. Zij komen voort uit de discussie over de vraag of een ontslag op staande voet ook nog kennelijk onredelijk zou kunnen zijn. De Hoge Raad heeft duidelijk gemaakt dat dat niet het geval is, maar wel geëist dat de vraag naar de redelijkheid van de gevolgen van het ontslag voor de werknemer als onderdeel wordt gezien van de vraag of er een dringende reden is. Naast de eisen van objectieve en subjectieve dringendheid en onverwijld mededeling is dit thans wellicht te beschouwen als een vierde eis aan een ontslag op staande voet. Daarmee is het voor de werkgever nog moeilijker geworden om gebruik te maken van een opzegging wegens een dringende reden.

3. Uiteraard is het van belang dat de werknemer de relevante persoonlijke omstandigheden

zelf naar voren brengt. De Hoge Raad heeft eerder uitgemaakt dat omstandigheden waarop de werknemer geen beroep heeft gedaan, niet ambtshalve door de rechter behoeven te worden onderzocht (HR 27 april 2001, *NJ* 2001, 421). In dit verband was door de werknemer zelf weinig naar voren gebracht, nu het geschil zich bij de feitelijke instanties nog toespitste op de vraag of de werknemer verplicht was tot werkhervatting. A-G De Vries Lentsch-Kostense heeft in haar conclusie onder nr. 12 echter wel aandacht besteed aan enkele persoonlijke omstandigheden die desniettemin uit de stukken bleken: dat betrof zijn in eerste aanleg gemelde financiële problemen als gevolg van de weigering van WW-uitkering, een gebruikelijke zaak bij ontslag wegens een dringende reden; daarnaast zijn leeftijd van 50 jaar en zijn ruim 32-jarig dienstverband. De Hoge Raad volgt nu de gedachtegang van de A-G door – kennelijk op deze basis – te oordelen dat de rechtbank ten onrechte de afweging van deze gevolgen buiten beschouwing heeft gelaten. Daarmee lijkt de regel dat de rechter een en ander niet ambtshalve hoeft te onderzoeken enigszins te worden afgezwakt. Kennelijk dient de rechter de relevante gegevens wel uit de stukken te destilleren indien zij daarin zijn terug te vinden, ook als dit niet is gebeurd met het expliciete verzoek deze te gebruiken voor de bedoelde afweging.

4. De hoofdvraag van het arrest was eigenlijk de vraag wanneer de werknemer zijn werk moet hervatten nadat hij een deskundigenoordeel van het UWV heeft gevraagd over zijn vermeende ziekte (art. 7:629a BW). Het was wel duidelijk, dat wanneer de werknemer zichzelf geschikt acht de arbeid te hervatten, hij dit onmiddellijk moet doen. De Rechtbank had hiermee volstaan, maar dat was niet voldoende, nu uit de gang van zaken bleek dat de werknemer zichzelf nog niet geschikt achtte. In dat geval, zo blijkt nu uit het arrest, hoeft de werknemer de arbeid pas te hervatten wanneer hem het anders luidende deskundigenoordeel is medegedeeld. In de praktijk zal meestal uit bewijsoogpunt de datum van de schriftelijke bevestiging van het oordeel door de deskundige bepalend zijn.

5. Achter deze vraag ligt de fundamentele vraag welk oordeel beslissend is wanneer een werknemer zichzelf ziek acht, maar de werkgever niet. Het oordeel van de deskundige van het UWV is daarin niet zonder meer doorslaggevend, hoewel uiteraard wel van gewicht. Wellicht kan ervan worden uitgegaan dat het oordeel van de deskundige dat de werknemer arbeidsgeschikt is een vermoeden oplevert, waardoor de bewijslast van het tegendeel naar de werknemer verschuift (vgl. voor het vroegere oordeel van de rechter in het kader van de Ziekwet HR 1 juni 1984, *NJ* 1984, 721, Klinkert/RBC; HR 3 oktober 1997, *NJ* 1998, 83). Voor de praktijk is het nuttig om ervan uit te gaan dat wanneer een dergelijk oordeel is gegeven, zorgvuldig dient te worden nagegaan of het oordeel de werknemer heeft bereikt alvorens een even-

tueel ontslag op staande voet wordt geëffectueerd.

G.J.J. Heerma van Voss
