

JAR 2010/207

Kantonrechter Oost-Gelre

12 juli 2010, 396384 CV-EXPL 10-292.

(mr.Gratama)

De werknemer te (...),
eiser,
gemachtigde: mr. M.L.J. Meijer te
Lichtenvoorde,
tegen
de werkgever te (...),
gedaagde,
gemachtigde: mr. W.H. ter Avest te
Apeldoorn.

Opzegging niet kennelijk onredelijk, 35-
jarig dienstverband, Werkgever heeft zich
zorgvuldig opgesteld

[BW Boek 7 - 681]

» **Samenvatting**

De werknemer is op 26 augustus 1974 bij de werkgever in dienst getreden en werkte laatstelijk als chauffeur tegen een salaris van € 2.096,93 bruto per maand. De oorspronkelijke functie van de werknemer is productiemedewerker. Als gevolg van rugklachten heeft de werkgever de positie van chauffeur gecreëerd en in die functie is de werknemer gere-integreerd. Wegens bedrijfseconomische ontwikkelingen heeft de werkgever de arbeidsovereenkomst met 10 van de 25 werknemers, waaronder de werknemer, opgezegd. De arbeidsovereenkomst van de werknemer is geëindigd op 1 augustus 2009, zonder vergoeding. In juni 2009 heeft de werkgever de werknemer in verband met aantrekkelijke werkzaamheden een contract voor 20 uur per week voor een periode van zes maanden aangeboden. De werknemer heeft dit aanbod niet geaccepteerd. De werknemer stelt zich op het standpunt dat de opzegging kennelijk onredelijk is en vordert schadevergoeding.

De kantonrechter stelt vast dat volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad het enkele feit dat de werkgever geen beëindigingsvergoeding heeft aangeboden het ontslag niet kennelijk onredelijk maakt. Er moet sprake zijn van bijzonderste bijzondere omstandigheden. Van belang is dat hier sprake is van uitsluitend bedrijfseconomische omstandigheden. De leeftijd van de werknemer en de duur van het dienstverband zijn dan omstandigheden die in het algemeen een aanspraak op (enige) financiële compensatie kunnen rechtvaardigen. Vaststaat voorts dat de werkgever al een aantal jaren opereert in een stagnerende markt. Dat het bedrijf nog niet is omgevallen, is mede te danken aan de ingrijpende personeelsmaatregelen. Het bedrijf bevindt zich nog steeds in de gevarenzone. Uit het feit dat aan de werknemer een contract voor zes maanden is aangeboden, kan niet worden afgeleid dat de noodzaak van het ontslag niet langer aanwezig was. De kantonrechter acht aannemelijk dat tussen de ziekte van de werknemer en de door hem verrichte arbeid een zeker causaal verband bestaat. De werkgever heeft echter de van hem redelijkerwijs te verwachten zorg betracht bij de re-integratie. Van de werknemer kon niet, op straffe van verlies van rechten uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag, verwacht worden dat hij het voorstel voor de functie gedurende zes maanden zou accepteren. Wel volgt uit dit aanbod van de werkgever dat hij alles heeft gedaan wat binnen zijn mogelijkheden lag om de gevolgen van het ontslag voor de werknemer zoveel mogelijk af te wenden. Rekening houdend met de genoemde omstandigheden kan niet worden vastgesteld dat het ontslag kennelijk onredelijk is. (Ook in «JAR» 2010/148 werd de opzegging van een 38-jarig dienstverband niet als kennelijk onredelijk aangemerkt. In «JAR» 2010/77 wel.)

[beslissing/besluit](#)

» **Uitspraak**

1. Het procesverloop

(...; red.)

2. De feiten

2.1. De werkgever is 100% dochter van X BV en maakt als zodanig deel uit van een groep van acht (werk)maatschappijen – eigenlijk afdelingen – die de facto één bedrijf, de gieterij, vormen. Al het personeel is bij de werkgever ondergebracht. De X Groep heeft een geconsolideerde balans en winst- en verliesrekening.

2.2. De werknemer, geboren op 12 september 1956, is op 26 augustus 1974 bij de werkgever in dienst getreden in de functie van productiemedewerker. Laatstelijk genoot de werknemer als chauffeur op de afdeling expeditie een salaris van € 2.096,93 bruto per maand op basis van een 38-urige werkweek.

2.3. Op 12 maart 2009 heeft de werkgever bij het UWV een ontslagvergunning aangevraagd voor tien van haar 25 werknemers, onder wie de werknemer. Aan de aanvraag heeft de werkgever (uitsluitend) de aan de crisis toe te schrijven negatieve bedrijfseconomische ontwikkelingen ten grondslag gelegd. Van de resterende 13 medewerkers is van drie het contract niet verlengd.

2.4. Onder gebruikmaking van de op 29 april 2009 afgegeven ontslagvergunning heeft de werkgever de arbeidsovereenkomst met de werknemer bij brief van diezelfde datum tegen 1 augustus 2009 opgezegd. Voor het ontslag heeft zij de werknemer geen financiële compensatie aangeboden.

2.5. In juni 2009 heeft de werkgever de werknemer in verband met aantrekkende werkzaamheden op de afdelingen verkoop, kernmakerij en transport, met ingang van 1 augustus 2009 een contract voor

(minimaal) 20 uur per week voor een periode zes maanden aangeboden. De werknemer heeft dit aanbod niet geaccepteerd. Om die reden heeft per 1 augustus 2009 een eindafrekening plaatsgevonden.

3. De vordering

3.1. De werknemer vordert bij vonnis, uitvoerbaar hij voorraad,

I. te verklaren voor recht dat het door de werkgever aan hem verleende ontslag kennelijk onredelijk is;

II. de werkgever te veroordelen om aan hem te voldoen een bedrag van € 146.653,09 ten titel van schadevergoeding ex artikel 7:681 BW, althans een door u in goede justitie vast te stellen schadevergoeding te vermeerderen met de wettelijke rente over deze schadevergoeding vanaf de dag der opzegging van het dienstverband tot de dag der algehele voldoening;

III. de werkgever te veroordelen in de kosten van de procedure, waaronder begrepen een vergoeding voor salaris gemachtigde.

3.2. Aan zijn vordering, die is gebaseerd op artikel 7:681 lid 2 onder b BW, legt de werknemer de volgende feiten en omstandigheden ten grondslag. De werknemer is 35 jaar onafgebroken bij de werkgever in dienst geweest. Hij heeft zich altijd als een loyale en hardwerkende werknemer gedragen. Als gevolg van ernstige rugklachten die in direct verband staan met zijn functie als productiemedewerker, is hij op 17 mei 2006 uitgevallen en na een periode van arbeidsongeschiktheid van negen maanden als bedrijfschauffeur gere-integreerd. Terugkeer in zijn oude functie was vanwege zijn rugklachten niet mogelijk. Deze rugklachten vormen voor de werknemer, naast zijn leeftijd en beperkte

opleiding, een grote belemmering voor het vinden van passend werk bij een andere werkgever. Ter onderbouwing hiervan verwijst de werknemer naar een plan van aanpak van de werkgever, het verslag van de verzekeringsarts van 18 augustus 2008, de rapportage van de arbeidsdeskundige van 8 oktober 2008 en de functionele mogelijkhedenlijst van het UWV van 18 september 2008 (producties 4 tot en met 8 bij dagvaarding). De reden voor de beëindiging van het dienstverband – bedrijfseconomische omstandigheden – ligt volledig in de risicosfeer van de werkgever, zodat de gevolgen daarom niet op de werknemer kunnen worden afgewenteld. Het ontslag moet als kennelijk onredelijk worden aangemerkt, omdat, voormelde omstandigheden in aanmerking genomen, de gevolgen van het ontslag voor de werknemer in verhouding tot het belang van de werkgever bij de opzegging te ernstig zijn. Dat geldt te meer, nu kennelijk de werkzaamheden weer zijn aangetrokken. De werkgever heeft de werknemer immers, net als vier andere werknemers aan wie ontslag was aangezegd, nog voordat het ontslag feitelijk inging een dienstverband van 20 uur per week voor bepaalde tijd aangeboden. De werknemer verwijt de werkgever ook dat zij zich niet of onvoldoende heeft ingespannen voor hem binnen het concern een passende functie te vinden. De schade die hij als gevolg van het ontslag lijdt, becijfert hij op € 144.656,83, gebaseerd op een suppletie op de WW-uitkering van 25% over de periode 1 augustus tot 1 oktober 2009, een suppletie van 30% over de periode van 1 oktober 2009 tot 1 oktober 2011 en een suppletie van € 980,82 per maand op de bijstandsuitkering inclusief vakantiegeld voor een echtpaar over de periode van 1 oktober 2011 tot 12 september 2021 (zijnde de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer). In de berekening is 1,38% loonindexering (zijnde de gemiddelde loonstijging in de metaalsector over de afgelopen zes jaar) meegenomen. Het schadebedrag omvat ook een bedrag van

€ 2.975,= wegens buitengerechtelijke kosten.

4. Het verweer

4.1. De werkgever betwist primair dat sprake is van kennelijk onredelijk ontslag. In dit geval moet volgens de werkgever doorslaggevende betekenis worden toegekend aan de ernstige financiële situatie van het bedrijf. Deze noodzaakte het bedrijf niet alleen tot de ontslagaanvraag van een aantal werknemers, maar ook tot het aanvragen van arbeidstijdverkorting voor alle werknemers. Deze is verleend en driemaal verlengd. Dat sprake is van een arbeidsgerelateerde handicap betwist de werkgever. Bovendien dient rekening te worden gehouden met het feit dat de werknemer het aanbod van een contract voor 20 uur heeft geweigerd. Subsidiair voert de werkgever aan dat zij bij gebrek aan liquide middelen niet in staat is een vergoeding te betalen. Toekenning van een vergoeding zou het voortbestaan van de onderneming ernstig in gevaar brengen. Zij verwijst in dit verband onder meer naar een verklaring van haar accountant van 3 maart 2010 (productie 5 bij conclusie van antwoord). Meer subsidiair betwist de werkgever de omvang van de schade. Er moet immers rekening worden gehouden met de aanmerkelijke kans dat de werknemer vóór het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd elders werk vindt. Zij concludeert dan ook tot afwijzing van de vordering en veroordeling van de werknemer in de proceskosten. Mocht de kantonrechter toekomen aan de toekenning van schadevergoeding, dan verzoekt zij die vast te stellen op basis van een bedrag te betalen in termijnen.

5. De beoordeling

5.1. Volgens vaste rechtspraak (zie HR 15 februari 2008, JAR 2008, 111; recent ook HR 27 november 2009 en 12 februari 2010) maakt het enkele feit dat de

werkgever geen beëindigingvergoeding heeft aangeboden, het ontslag niet kennelijk onredelijk. Er moet sprake zijn van bijkomstige bijzondere omstandigheden die meebrengen dat de nadelige gevolgen van de beëindiging geheel of ten dele voor rekening van de werkgever moeten komen. Alle omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag moeten worden meegewogen. Relevante omstandigheden zijn onder meer de opzeggingsgrond (ligt die in de risicosfeer van werkgever of werknemer), de noodzaak van de opzegging, de duur van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer, de financiële positie van de werkgever, de eventuele arbeidsongeschiktheid van de werknemer (relatie tussen arbeidsongeschiktheid en werk, verwijtbaarheid ten aanzien van het ontstaan daarvan, de opstelling en instelling van de werkgever ten aanzien van re-integratie), de mogelijkheden ter zake van ander passend werk, de inspanningen van de werkgever daarbij en de financiële gevolgen van het ontslag voor de werknemer.

5.2. Bij de beoordeling of sprake is van dergelijke bijzondere omstandigheden stelt de kantonrechter voorop dat het ontslag van de werknemer uitsluitend verband houdt met de bedrijfseconomische omstandigheden van de werkgever. De werknemer treft ter zake geen verwijt. Partijen zijn het daarover eens. De leeftijd van de werknemer en de duur van het dienstverband zijn dan omstandigheden die in het algemeen een aanspraak op (enige) financiële compensatie bij ontslag kunnen rechtvaardigen.

5.3. Als onvoldoende weersproken staat echter ook vast dat de werkgever al een aantal jaren opereert in een stagnerende markt. De stagnatie wordt veroorzaakt door het aanhoudend slechte financiële klimaat en heeft geleid tot een sterke daling van de omzet. Deze trend heeft zich ingezet in het najaar van 2008 en vol doorgezet in 2009.

Een en ander blijkt uit de aan de ontslagvergunningsaanvraag ten grondslag gelegde, inhoudelijk onvoldoende gemotiveerd weersproken cijfers (vergelijk productie 1 bij conclusie van antwoord). Uit de nadien bekend geworden resultaten over 2009 (zie conceptjaarstukken 2009, productie 2 bij conclusie van antwoord) kan worden afgeleid dat de werkgever het boekjaar 2009 ondanks de met de toegepaste werktijdverkorting en diverse ontslagen gerealiseerde daling van de personeelskosten heeft afgesloten met een verlies van € 575.000,= na belastingen. Dat is ruim een ton meer dan waar ten tijde van de ontslagaanvraag van werd uitgegaan (namelijk € 458.790,=). In zoverre moet worden vastgesteld dat ten tijde van het ontslag de financiële situatie van het bedrijf inderdaad uiterst precair was. Dat het bedrijf niet is omgevallen is, naar de kantonrechter kan concluderen op basis van diezelfde cijfers, voor een belangrijk deel te danken aan meergenoemde ingrijpende personeelsmaatregelen. Op basis van de verklaring van de accountant van 3 maart 2010 en het verhandelde ter zitting (waar de accountant de cijfers nog eens heeft toegelicht) staat bovendien genoegzaam vast dat de werkgever zich nog steeds in de gevarenzone bevindt en vooral wat betreft haar liquiditeit volledig afhankelijk is van de kredietruimte die de bank haar toestaat (het eigen vermogen is per ultimo 2009 minus € 92.000,=, terwijl de heer X, directeur, zich inmiddels privé voor drie ton garant heeft gesteld). Dit betekent ook dat de werkgever ten tijde van het ontslag niet over de middelen beschikte om de voor ontslag voorgedragen medewerkers een sociaal plan aan te bieden.

5.4. Anders dan de werknemer stelt, kan uit het feit dat hem in juni 2009 een contract voor zes maanden op basis van 20 uur per week is aangeboden, niet worden afgeleid dat ten tijde van het ontslag de noodzaak van zijn ontslag niet langer aanwezig was. Zoals de werkgever ter zitting heeft benadrukt, was haar er als goed werkgever

alles aan gelegen haar werknemers – en zeker de werknemers met een lang dienstverband zoals de werknemer – zoveel mogelijk (toch nog) binnen boord te houden en/of (zo niet financieel, dan in ieder geval sociaal) op te vangen. Het in bescheiden mate aantrekken van de werkzaamheden in die periode maakte echter niet dat in de precaire financiële situatie van het bedrijf in juni 2009 een zodanige (structurele) verbetering was ingetreden dat die het terugdraaien van de reorganisatie, althans van het ontslag van de werknemer, rechtvaardigde. Het enkele feit dat hij tot het laatste moment volop heeft gewerkt is evenmin onverenigbaar met de (financiële) noodzaak van ontslag. De werknemer heeft geen feiten en/of omstandigheden gesteld die tot een ander oordeel zouden moeten leiden.

5.5. Zijn stelling dat de werkgever zich onvoldoende heeft ingespannen om hem elders binnen de groep te plaatsen, heeft de werknemer – in aanmerking genomen dat al het personeel in de werkgever is ondergebracht – niet feitelijk onderbouwd. Aan deze stelling wordt daarom voorbij gegaan.

5.6. Anders dan de werkgever acht de kantonrechter het wel aannemelijk dat tussen de rugklachten van de werknemer en de jarenlang door hem verrichte zware arbeid (in een periode dat binnen het bedrijf nog geen automatisering van de werkzaamheden was doorgevoerd) een zeker causaal verband bestaat. De kantonrechter leidt dit, behalve uit de door de werknemer overgelegde producties 4 tot en met 8, af uit de ontslag aanvraag van de werkgever zelf, waarin wordt gerefereerd aan een eerdere periode van arbeidsongeschiktheid van bijna twee jaar en de daarmee verband houdende, in overleg met de bedrijfsarts getroffen, maatregelen (zie productie 1 bij conclusie van antwoord, bijlage 1). Overigens is niet gesteld of gebleken dat de werkgever de werknemer arbeid heeft laten verrichten die

volgens de destijds geldende normen niet was toegestaan of volgens de inzichten van toen evident risicovol was. Uit de door partijen in het geding gebrachte stukken blijkt daarentegen genoegzaam dat de werkgever, toen de arbeidsongeschiktheid van de werknemer zich openbaarde, de van haar redelijkerwijs te verwachten zorg heeft betracht door met hem gestructureerd te werken aan re-integratie en onder aanschaffing van bedrijfsmiddelen (een vrachtwagen) daartoe de niet-bestaande functie van chauffeur heeft gecreëerd. Hoewel de werknemer als gevolg van zijn rugklachten niet onbepaald inzetbaar is, blijven voor hem op zich voldoende andere functies over en is het theoretische, respectievelijk praktische, verlies aan verdien capaciteit 5,22 en 0%, aldus de arbeidsdeskundige in 2008 (zie productie 6 bij dagvaarding). Desalniettemin is het in aanmerking genomen zijn leeftijd en zijn rugklachten, in het huidige economische klimaat niet onwaarschijnlijk dat de werknemer gedurende de periode tot en met oktober 2011 van een WW-uitkering afhankelijk zal zijn en daarna zal zijn aangewezen op een bijstandsuitkering.

5.7. Tussen partijen is tenslotte in geschil welke betekenis moet worden toegekend aan het feit dat de werknemer niet is ingegaan op het – ter zitting herhaalde – aanbod van de werkgever om hem voor 20 uur per week terug te nemen. De werknemer zou, zo heeft de werkgever bij akte na comparitie gesteld, ook nu nog de gecombineerde functie van chauffeur en werkvoorbereider kunnen gaan uitoefenen. De werknemer acht dit aanbod echter niet acceptabel, omdat hij er in vergelijking met voltijds WW slechts € 56,= netto per maand op vooruit zou zijn gegaan en problemen zou krijgen met zijn pensioen, terwijl hij bovendien het onaanvaardbare risico zou hebben gelopen als werkvoorbereider opnieuw arbeidsongeschikt te raken. Of dit laatste een reëel risico is kan de kantonrechter niet beoordelen. Los daarvan kan in verband

met het beperkte aantal uren niet worden aangenomen dat op de werknemer op straffe van verlies van rechten uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag de verplichting rustte dit voorstel te accepteren (anders ligt dat wellicht met betrekking tot zijn WW-uitkering, maar dat is niet ter beoordeling aan de kantonrechter). In aanmerking genomen de hiervoor beschreven bedrijfseconomische omstandigheden, heeft de werkgever met haar aanbod echter gedaan wat binnen haar mogelijkheden lag om de gevolgen van het ontslag voor de werknemer zoveel mogelijk af te wenden.

5.8. Rekening houdend met de hiervoor besproken omstandigheden kan niet worden vastgesteld dat het ontslag kennelijk onredelijk is in de door de werknemer gestelde zin. Zijn vorderingen zullen daarom worden afgewezen.

5.9. In de voormalige arbeidsrelatie tussen partijen ziet de kantonrechter aanleiding de proceskosten te compenseren, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

6. De beslissing

De kantonrechter,

wijst de vorderingen af;

compenseert de proceskosten aldus, dat iedere partij de eigen kosten draagt.