

JIN 2015/75

□ JIN 2015/75, Rechtbank Limburg, 15-09-2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:7965, 3275179 Cv EXPL 14-8351 (annotatie)

Zeke werknemer, Loonopshorting, Schending controlevoorschriften, Bijkomende omstandigheden, Ontslag op staande voet, Vixia/Gerrits

GEGEVENS

| | |
|---------------------|--|
| Instantie | Kantonrechter Rechtbank Maastricht |
| Datum uitspraak | 15-09-2014 |
| Publicatie | JIN 2015/75 (Sdu Jurisprudentie in Nederland), aflevering 4, 2015 |
| Annotator | J.C.A. Ettema |
| ECLI | ECLI:NL:RBLIM:2014:7965 |
| Zaaknummer | 3275179 Cv EXPL 14-8351 |
| Overige publicaties | ECLI:NL:RBLIM:2014:7965 AR-Updates.nl 2015-0122 AR 2015/188 AR 2015/955 |
| Rechtsgebied | Arbeidsrecht |
| Rubriek | Arbeidsrecht |
| Rechters | mr. Beurskens |
| Partijen | [eiser], wonende [adres 1] [adres 1], eisende partij, gemachtigde mr. R.H.I. Degens, tegen [gedaagde], handelend onder de naam [naam], gevestigd [adres 2] [adres 2], gedaagde partij, procederend in persoon. Partijen zullen hierna [eiser] en [gedaagde] genoemd worden. |
| Regelgeving | BW Boek 7 - 629 BW Boek 7 - 660a BW Boek 7 - 677 BW Boek 7 - 678 |

SAMENVATTING

Herhaaldelijke schending van controlevoorschriften wordt gekwalificeerd als 'bijkomende omstandigheden' als bedoeld in het arrest Vixia/Gerrits. Ontslag op staande voet rechtsgeldig.

Werknemer is sinds 20 november 2011 krachtens een mondelinge arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in dienst in de functie van barman. Hij is sinds november 2012 arbeidsongeschikt. Per 16 april 2014 heeft werkgever de loonbetaling opgeschort. Bij brief van 26 juni 2014 is werknemer op staande voet ontslagen wegens herhaaldelijke schending van controlevoorschriften tijdens ziekte. Werknemer heeft zich op de vernietigbaarheid van het ontslag beroepen. Hij heeft een loonvordering ingesteld.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Vraag in dit geschil is of op terechte gronden het loon van werknemer vanaf 16 april 2014 tot 26 juni 2014 (de dag van het ontslag op staande voet) is opgeschort en of het ontslag op staande voet rechtsgeldig is. Voldoende aannemelijk is dat werknemer de controlevoorschriften heeft geschonden. Hij is ondanks waarschuwing herhaaldelijk niet op het spreekuur van de bedrijfsarts verschenen. Waarschijnlijk zal de rechter in een eventuele bodemprocedure tot het oordeel komen dat werkgever het loon van werknemer mocht opschorten. Werkgever heeft werknemer conform het bepaalde in art. 7:629 lid 7 BW in kennis gesteld van (de grond van) het opschorten van de loonbetaling. De loonvordering over de periode 16 april 2014 tot 26 juni 2014 wordt afgewezen.

Ten aanzien van het ontslag op staande voet en de loonvordering vanaf 26 juni 2014 wordt als volgt geoordeeld. Voor het niet-naleven van controlevoorschriften is in beginsel opschorting van het loon de aangewezen sanctie. Echter de Hoge Raad (HR 8 oktober 2004, «JAR» 2004/259 (Vixia/Gerrits)) heeft ook bepaald dat dit niet uitsluit dat de niet-naleving van de bedoelde voorschriften gepaard gaat met andere feiten en omstandigheden die, in onderlinge samenhang, wél het oordeel wettigen dat een zodanige dringende reden aanwezig is. In het onderhavige geval is sprake van dergelijke bijkomende omstandigheden. Werknemer is stelselmatig zonder bericht niet op het spreekuur van de bedrijfsarts verschenen. De werknemer is daarbij herhaalde malen gewaarschuwd dat hij zich aan de regels diende te houden en hij is gewezen op de gevolgen (loonopshorting en eventueel ontslag) wanneer hij dat niet zou doen. De waarschuwingen, de mededelingen dat bij niet-naleving van de voorschriften opschorting van het loon zou plaatsvinden, het daadwerkelijk overgaan tot het opschorten van het loon, alsmede het dreigen met

ontslag hebben alle niet het gewenste effect gehad. Daarnaast is werknemer ook enkele malen niet bereikbaar geweest voor zijn werkgever. Volgt afwijzing van de vorderingen.

UITSpraak

Kantonrechter:

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding
- de akte houdende wijziging van eis
- de pleitaantekeningen van [gedaagde]
- de aantekeningen van de griffier van de mondelinge behandeling op 28 augustus 2014.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 Het geschil

2.1. [eiser] is sedert 20 november 2011 krachtens een mondelinge arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bij [gedaagde] in dienst, voor 24 uur per week, in de functie van barman.

2.2. [eiser] is sinds november 2012 arbeidsongeschikt.

2.3. Per 16 april 2014 heeft [gedaagde] de loonbetaling opgeschort.

2.4. Bij brief van 26 juni 2014 heeft [gedaagde] [eiser] op staande voet ontslagen.

2.5. Bij brief van 1 juli 2014 heeft de advocaat van [eiser] aan [gedaagde] onder meer meegedeeld: (...) "Kortom, er is geen sprake van dringende redenen en de rechtsgevolgen zijn dan ook dat zowel de arbeidsovereenkomst als de loon doorbetalingsverplichting blijven voortbestaan. U dient onverkort het loon door te betalen. (...)"

2.6. [eiser] vordert, mede tegen de achtergrond van de hiervoor weergegeven feiten, bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad veroordeling van [gedaagde]

primair:

- tot betaling van een bedrag van € 8783,12 aan achterstallig loon en wettelijke verhoging, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van dagvaarding
- tot het verstrekken van de loonspecificaties over de periode april 2014 tot en met juli 2014, zulks op straffe van een dwangsom van € 250,= voor iedere dag dat [gedaagde] daarmee in gebreke blijft,

subsidiar:

- tot betaling van een bedrag van € 6802,32 aan achterstallig loon en wettelijke verhoging tot de datum van het einde van de arbeidsovereenkomst, vermeerderd met de wettelijke rente,
- tot het verstrekken van de loonspecificaties over de periode april 2014 tot en met juni 2014, zulks op straffe van een dwangsom van € 250,= voor iedere dag dat [gedaagde] daarmee in gebreke blijft,

zowel primair als subsidiar:

- in de proceskosten.

2.7. [gedaagde] voert verweer.

2.8. Op de stellingen van partijen zal hierna - voor zover relevant - worden ingegaan.

3 De beoordeling

Spoeisend belang

3.1. Voorop gesteld moet worden dat de vordering, die strekt tot betaling van achterstallig loon, naar haar aard voldoende spoedisend is. Voorts heeft [gedaagde] ook niet bestreden dat [eiser] een spoedisend belang heeft bij zijn vordering

Loomvordering

3.2. Beoordeeld moet worden of de vordering van [eiser] in een bodenprocedure een zodanige kans van slagen heeft, dat gerechtvaardigd is daarop door het geven van een voorlopige voorziening vooruit te lopen. Daarbij dient de kantonrechter uit te gaan van de voorshands vaststaande feiten met de beperkte toetsing daarvan (zonder formele bewijsoverlevering) die in deze procedure in beginsel slechts mogelijk is.

3.3. Vraag in dit geschil is of [gedaagde] op terechte gronden het loon van [eiser] vanaf 16 april 2014 tot 26 juni 2014 (de dag van het ontslag op staande voet) heeft opgeschort en vervolgens op terechte gronden is overgegaan tot het ontslag op staande voet met ingang van 26 juni 2014.

3.4. Bij de beantwoording van deze vraag geldt als uitgangspunt dat de werkgever met inachtneming van het bepaalde in artikel 7:629 lid 6 BW bevoegd is de betaling

van het loon van de werknemer op te schorten voor de tijd gedurende welke de werknemer zich niet houdt aan de door de werkgever schriftelijk gegeven redelijke voorschriften omtrent het verstrekken van inlichtingen die de werkgever behoeft om het recht op loon vast te stellen. Voorts geldt op grond van het bepaalde in artikel 7:629 lid 7 BW in dit verband dat de werkgever geen beroep meer kan doen op enige grond het loon geheel of gedeeltelijk niet te betalen of de betaling daarvan op te schorten, indien hij de werknemer daarvan geen kennis heeft gegeven onverwijld nadat bij hem het vermoeden van het bestaan daarvan is grezen.

De Hoge Raad heeft in het arrest Vixia/Gerrits (HR 8 oktober 2004, JAR 2004/259) geoordeeld dat de enkele weigering van de werknemer om deze controlevoorschriften na te leven in beginsel geen dringende reden oplevert in de zin van artikel 7:677 lid 1 BW, doch dat daarvan bij aanwezigheid van bijkomende omstandigheden wel sprake kan zijn.

Loon over de periode 16 april 2014 - 26 juni 2014 (datum ontslag op staande voet)

3.5. [gedaagde] heeft ter zitting gesteld dat en onder verwijzing naar concrete data vermeld wanneer [eiser] in de periode van februari 2013 tot juni 2014 herhaaldelijk zonder bericht niet op het spreekuur van de bedrijfsarts is verschenen. De advocaat van [eiser] heeft deze uitvoerige stellingen niet althans onvoldoende gemotiveerd betwist. Uit het niet verschijnen van [eiser] ter zitting maakt de kantonrechter de gevolgtrekking dat hetgeen ter zitting door [gedaagde] is meegedeeld over het herhaaldelijk zonder bericht niet verschijnen op het spreekuur van de bedrijfsarts van de zijde van [eiser] niet voldoende is betwist. De enkele stelling van [eiser] bij dagvaarding dat hij slechts op enkele afspraken van de bedrijfsarts niet is verschenen vanwege een gelijktijdige afspraak bij de internist en dat hij zich daarvoor heeft afgemeld, kan bij gebreke van een nadere onderbouwing en toelichting en in het licht bezien van het door [gedaagde] ter zitting gevoerde verweer geen stand houden.

3.6. Het vorenstaande brengt met zich dat derhalve voldoende aannemelijk is dat [eiser] de controlevoorschriften heeft geschonden. Voorts staat vast dat sprake is van redelijke controlevoorschriften. Gesteld noch gebleken is immers dat het naleven van de controlevoorschriften, te weten (de frequentie van) het bezoeken van het spreekuur van de bedrijfsarts, in het onderhavige geval van [eiser] niet gevergd kon worden, althans voor [eiser] te belastend zou zijn.

3.7. De kantonrechter acht het op grond van het vorenstaande waarschijnlijk dat de rechter in een eventuele bodemprocedure tot het oordeel zal komen dat [gedaagde] onder deze omstandigheden - het ondanks waarschuwing herhaaldelijk geen gehoor geven aan oproepen om bij de bedrijfsarts te verschijnen - het loon van [eiser] mocht opschorten. Voorts is gebleken dat [gedaagde] [eiser] conform het bepaalde in artikel 7:629 lid 7 BW in kennis heeft gesteld van (de grond van) het opschorten van de loonbetaling. Dit brengt met zich dat [eiser] geen aanspraak kan maken op betaling van het achterstallig loon over de periode 16 april 2014 tot 26 juni 2014, zodat dit deel van de vordering zal worden afgewezen.

Loon over de periode vanaf 26 juni 2014

3.8. Uitgangspunt voor toewijzing van dit deel van de vordering is dat voldoende aannemelijk moet zijn dat het ontslag op staande voet in een te voeren bodemprocedure geen stand zal houden, waarbij op [gedaagde] de last rust om aannemelijk te maken dat het ontslag op staande voet wel stand zal houden.

3.9. Voordat de kantonrechter toekomt aan de beoordeling van de aan het ontslag gelegde dringende reden dient eerst vastgesteld te worden of [eiser] de nietigheid van het ontslag op staande voet heeft ingeroepen. Aan een dergelijke verklaring van de werknemer worden geen vormvereisten en evenmin strenge inhoudelijke eisen gesteld. Voldoende is dat de werkgever de desbetreffende door of namens de werknemer gedane uitlatingen redelijkerwijs heeft moeten opvatten als een beroep op de vernietigingsgrond.

3.10. De kantonrechter is van oordeel dat [gedaagde] uit de brief van 1 juli 2014, meer in het bijzonder de hiervoor onder 2.5. weergegeven uitlatingen daarin, redelijkerwijs kon opmaken dat [eiser] het met het ontslag niet eens was en zich op de vernietigbaarheid van het ontslag op staande voet beriep. Uit de brief van [gedaagde] van 7 juli 2014, als reactie op de brief van 1 juli 2014, blijkt dat [gedaagde] dit ook als zodanig heeft opgevat.

3.11. Nu [eiser] tijdig binnen zes maanden na het ontslag op staande voet, de nietigheid ervan heeft ingeroepen, komt de kantonrechter toe aan de vraag of het ontslag op staande voet in rechte stand zal houden.

3.12. Voor de beoordeling van de rechtsgeldigheid van het ontslag is de kantonrechter gebonden aan hetgeen de werkgever aan het ontslag ten grondslag heeft gelegd. Ook eerdere gedragingen/feiten kunnen meewegen bij de beoordeling of zich een dringende reden voordoet, mits de werknemer bij de ontslagaanzegging heeft kunnen of moeten begrijpen dat die eerdere - niet met zoveel woorden aangeduide - gedragingen meewegen.

3.13. De ontslagbrief van 26 juni 2014 vermeldt als reden het niet meewerken aan de re-integratie en het niet verschijnen op het spreekuur van de arboarts, ondanks herhaalde waarschuwing daartoe.

3.14. Uitgaande van hetgeen hiervoor onder 3.4. is overwogen moet worden beoordeeld of in dit geval het niet-naleven van de controlevoorschriften door [eiser] in een bodemzaak een dringende reden in de zin van artikel 7:677 lid 1 BW zal opleveren. Voor het niet-naleven van die voorschriften is in beginsel opschorting van het loon de aangewezen sanctie. Echter de Hoge Raad heeft ook bepaald dat dit niet uitsluit dat de niet-naleving van de bedoelde voorschriften gepaard gaat met andere feiten en omstandigheden die, in onderlinge samenhang, wél het oordeel wettigen dat een zodanige dringende reden aanwezig is. Naar het oordeel van de kantonrechter is in het onderhavige geval sprake van dergelijke bijkomende omstandigheden.

3.15. [eiser] is stelselmatig zonder bericht niet op het spreekuur van de bedrijfsarts verschenen. De werknemer is daarbij herhaalde malen gewaarschuwd dat hij zich aan de regels diende te houden en hij is geweest op de gevolgen (loonopschorting en eventueel ontslag) wanneer hij dat niet zou doen. De waarschuwingen, de mededelingen dat bij niet naleving van de voorschriften opschorting van het loon zal plaatsvinden, het daadwerkelijk overgaan tot het opschorten van het loon alsmede het dreigen met ontslag hebben allen niet het gewenste effect gehad. [eiser] zag daarin geen enkele prikkel om op het spreekuur van de bedrijfsarts te verschijnen. Daarnaast is [eiser] ook enkele malen niet bereikbaar geweest voor zijn werkgever. Dat [eiser] ten gevolge van de loonopschorting zijn telefoon- en internetabonnement heeft moeten opzeggen en aldus van anderen afhankelijk was voor het telefonisch en per e-mail bereikbaar zijn voor zijn werkgever zijn omstandigheden die voor zijn rekening en risico komen en [gedaagde] niet regarderen. Dit geldt mutatis mutandis ook voor het te laat onder ogen krijgen van de post (met daarin de aankondiging van een huisbezoek) omdat [eiser] bij zijn ouders logeerde.

3.16. Ook voor [eiser] moet het duidelijk zijn geweest dat al deze omstandigheden

- het stelselmatig niet verschijnen op het spreekuur van de bedrijfsarts en het herhaaldelijk onbereikbaar zijn voor zijn werkgever, nadat eerdere loonsancties en uitdrukkelijke waarschuwingen van [gedaagde] geen effect hebben gehad -, een dringende reden opleveren die het gegeven ontslag op staande voet rechtvaardigt.

3.17. Nu voldoende aannemelijk is dat het ontslag op staande voet in een eventuele nog te voeren bodemprocedure stand zal houden, heeft [eiser] evenmin aanspraak op betaling van het (achterstallig) loon vanaf 26 juni 2014. Dit deel van de vordering zal eveneens worden afgewezen.

Wettelijke verhoging, wettelijke rente en verstreken loonspecificaties

3.18. Nu de hoofdvordering van [eiser] wordt afgewezen, zullen de daarmee verband houdende nevenvorderingen, de wettelijke verhoging, de wettelijke rente en het verstrekken van loonspecificaties, eveneens worden afgewezen.

Proceskosten

3.19. [eiser] zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van deze procedure.

4 De beslissing

De kantonrechter

4.1. wijst de vorderingen af,

4.2. veroordeelt [eiser] in de proceskosten, aan de zijde van [gedaagde] tot op heden begroot op € 50,- aan verletkosten.

NOOT

De bekende slotwoorden van kijkbuisrechter mr. F. Visser, “Dit is mijn uitspraak, en daar moet u het mee doen”, gelden niet alleen voor partijen, maar evenzeer voor een jurisprudentietijdschrift als «JIN». In het geval van deze uitspraak in kort geding van de Kantonrechter Maastricht, “moeten we het doen” met een spaarzame weergave van de feiten die ten grondslag liggen aan zijn oordeel dat de niet-naleving van controlevoorschriften door de barman gepaard is gegaan met andere feiten en omstandigheden die, in onderlinge samenhang, wel het oordeel wettigen dat een dringende reden in de zin van art. 7:677 lid 1 BW aanwezig is. De Kantonrechter Maastricht toetst het ontslag op staande voet dat de barman op 26 juni 2014 is gegeven aan het arrest van de Hoge Raad van 8 oktober 2004 (*Vixia/Gerrits*, ECLI:NL:HR2004:AO9549).

De opvatting dat de enkele weigering van de werknemer om de door de werkgever vastgestelde redelijke voorschriften omtrent controle bij ziekteverzuim na te leven, niet een dringende reden in de zin van art. 7:667 lid 1 oplevert, doch dat daarvan bij de aanwezigheid van bijkomende omstandigheden wel sprake kan zijn, acht de Hoge Raad juist (zie r.o. 3.3.2. en 3.3.3.).

Voordat de Hoge Raad het arrest *Vixia/Gerrits* had gewezen, was de “eenduidig heersende lijn in de lagere rechtspraak dat deze vorm van wangedrag op zichzelf geen dringende reden constitueerde”, aldus Sagel (*SR* 2004, 92, punt 5).

Het begrip ‘bijkomende omstandigheden’ uit het arrest *Vixia/Gerrits* heeft echter een tweestromenland doen ontstaan, waardoor van een eenduidig heersende leer in de lagere jurisprudentie sedertdien geen sprake meer is.

Sagel is van oordeel dat onder ‘bijkomende omstandigheden’ dient te worden verstaan ander wangedrag dan het niet-nakomen van controlevoorschriften. Sagel baseert zich zowel op de kernoverweging van de Hoge Raad (r.o. 3.3.3.) als op rechtsoverweging 3.5.4., waarin de Hoge Raad oordeelt dat het Hof Den Bosch terecht een bewijsaanbod van Vixia met betrekking tot het herhaald niet-nakomen van controlevoorschriften had gepasseerd. Tot deze stroming behoren ook Zondag en Frikke (S.F. Sagel, *Het ontslag op staande voet*, 2013, voetnoot 428, p. 367).

De tweede stroming is van oordeel dat onder ‘bijkomende omstandigheden’ ook kan worden verstaan het herhaaldelijk niet-nakomen van controlevoorschriften, in welk geval een ontslag op staande voet wel gerechtvaardigd kan zijn. Deze stroming heeft haar belangrijkste woordvoerders in Kruit en Van Vliet (*TAP* 2010/5, “Ontslag op staande voet van een zieke werknemer die zijn verplichtingen ex art. 7:629 schendt een ‘no go’?”). Steun voor deze uitleg lezen Kruit c.s. in het arrest zelf, alsmede in de lagere jurisprudentie die na *Vixia/Gerrits* is gewezen, ofschoon die een verdeeld beeld laat zien.

Evenals de zaak *Vixia/Gerrits* speelt deze casus in Limburg. Gerrits is door zijn werkgever pardoos op staande voet ontslagen wegens het herhaaldelijk schenden van de controlevoorschriften. Vixia had de salarisbetaling niet eerst opgeschort op grond van art. 7:629 lid 5 BW (oud). De werkgever van de barman daarentegen had de salarisbetaling wel opgeschort vanaf 16 april 2014 voordat hij op 26 juni 2014 tot ontslag op staande voet is overgegaan.

De Kantonrechter te Maastricht diende in het kader van dit kort geding eerst te oordelen over de vraag of de salarisbetaling al dan niet terecht, wegens de niet-nakoming van de controlevoorschriften door de barman, was opgeschort. De kantonrechter oordeelde dat juiste toepassing was gegeven aan art. 7:629 lid 6 en 7 BW. Gelet op de feiten die uit deze uitspraak zijn te destilleren, komt dit als een juist oordeel voor.

Ten aanzien van het voorlopige oordeel over het ontslag op staande voet ligt dit evenwel anders.

Bij de beoordeling van het ontslag op staande voet is de brief van de werkgever het cruciale stuk. De kantonrechter citeert in zijn vonnis echter niet uit deze brief, maar volstaat met een samenvatting bestaande uit slechts één zin (zie r.o. 3.13). Uit deze samenvatting volgt dat de werkgever als dringende reden had gegeven “het niet-meewerken aan de re-integratie en het niet-verschijnen op het spreekuur van de Arboarts, ondanks herhaalde waarschuwing daartoe”.

De eerste dringende reden intrigeert. Niet-meewerken aan re-integratie is een grond om de salarisbetaling te staken op grond van art. 7:629 lid 3 BW. Uit de parlementaire geschiedenis van art. 7:629 lid 3 BW volgt dat het niet-meewerken aan de re-integratie nimmer gesanctioneerd kan worden met een ontslag op staande voet, hetgeen door bijvoorbeeld Kruit c.s. wordt onderschreven (zie *TAP* 2010/5, *t.a.p.*).

Uit het vonnis is niet op te maken wat nu precies de redelijke controlevoorschriften van de werkgever waren die de barman bij herhaling niet heeft nageleefd. De kantonrechter geeft zelfs geen samenvatting van deze controlevoorschriften. Wij moeten het doen met hetgeen over de controle wordt geschreven in onder andere rechtsoverweging 3.15, de kernoverweging van de kantonrechter met betrekking tot het ontslag op staande voet. Uit deze rechtsoverweging is op te maken dat de barman stelselmatig zonder bericht niet verscheen op het spreekuur van de bedrijfsarts, loonopschorting en schriftelijke waarschuwing met ontslag ten spijt. Tevens was de barman bij herhaling voor zijn werkgever niet telefonisch en evenmin per e-mail bereikbaar. Bovendien had de barman blijkbaar niet doorgegeven dat hij bij zijn ouders verbleef in plaats van op zijn huisadres.

Deze feiten zijn alle te scharen onder de noemer van het niet-nakomen van redelijke controlevoorschriften. Het laat zich overigens niet vaststellen of de onbereikbaarheid van de barman en zijn nalaten het gewijzigde verpleegadres door te geven met zo veel woorden door de werkgever in de ontslagbrief zijn genoemd.

Uit rechtsoverweging 3.15 blijkt niet dat sprake is geweest van andersoortig wangedrag dan het herhaaldelijk niet-nakomen van de controlevoorschriften, bijvoorbeeld het niet-nakomen van uitdrukkelijk gemaakte afspraken of het opzettelijk onjuiste informatie verstrekken.

In zijn rechtsoverwegingen gewijd aan de voorlopige beoordeling van het ontslag op staande voet zwijgt de kantonrechter, naar mijn oordeel ten onrechte, over de eerste dringende reden, het niet-meewerken aan de re-integratie. Dit kan, zoals hierboven aangegeven, nimmer een dringende reden zijn.

Voorts is het de vraag of de kantonrechter een juiste uitleg aan het arrest *Vixia/Gerrits* geeft. Naar mijn oordeel is dit niet het geval.

Evenals Sagel c.s. meen ik dat onder 'bijkomende omstandigheden' uitsluitend andersoortig wangedrag valt en niet het stelselmatig niet-nakomen van controlevoorschriften. Dit volgt ten eerste uit rechtsoverweging 3.3.3. en 3.5.4. van het arrest in hun onderlinge samenhang gelezen. Van wezenlijk belang is het citaat uit de parlementaire geschiedenis waarop de Hoge Raad zijn oordeel in rechtsoverweging 3.3.3. fundeert: "... dat de huidige regeling in BW de werkgever mogelijkheden biedt controlevoorschriften te geven. Deze binden de werknemer niet in die zin dat hij rechtstreeks gedwongen kan worden de voorschriften na te leven; zo kan de werknemer te allen tijde weigeren zich te doen controleren. De werkgever kan aan zo'n weigering echter consequenties verbinden in de sfeer van de loondoorbetaling".

Het is evident dat de barman zich geheel aan de controle heeft onttrokken. De barman was niet op andere gedachten te brengen, ondanks alle 'prikkel's daartoe in de vorm van de schriftelijke waarschuwingen, loonopschorting en de dreiging met ontslag op staande voet. De kantonrechter rekent dit de barman echter zwaar aan. Met het sanctioneren van het ontslag op staande voet op deze grond miskent de kantonrechter evenwel dat de barman niet rechtstreeks gedwongen kon worden om de controlevoorschriften na te leven. Het dreigement en het vervolgens daadwerkelijk geven van een ontslag op staande voet zijn dwangmiddelen bij uitstek om de naleving van de controlevoorschriften te bewerkstelligen. De barman mocht te allen tijde weigeren zich te laten controleren, zij het dat hij zich de financiële gevolgen hiervan, in de vorm van opschorting van de salarisbetaling, moest laten welgevalen. Verder dan de loonopschorting had de werkgever in dezen niet kunnen gaan.

J.C.A. Ettema, Weijers Ettema Advocaten

Copyright 2018 - Sdu - Alle rechten voorbehouden.