

ECLI:NL:GHARL:2021:4465

□ Rechtspraak.nl, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 10-05-2021, ECLI:NL:GHARL:2021:4465, 200.287.885/01

WWZ. Arbeidsconflict. Ontvankelijkheid werkgever. Naamswijziging in hoger beroep toelaatbaar.

Werknemer heeft geen aanspraak op loondoorbetaling over de gehele periode dat hij niet heeft gewerkt vanaf het ontstaan van het arbeidsconflict tot de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Geen ziekmelding en geen aanbod tot verrichten van werkzaamheden.

Werknemer heeft verwijtbaar gehandeld door goederen te kopen ten behoeve van eigen onderneming in plaats van die te kopen ten behoeve van de onderneming van werkgever. In de omstandigheden van het geval levert het handelen van werknemer echter nog geen ernstige verwijtbaarheid op. Werknemer heeft dus aanspraak op de transitievergoeding. Werkgever heeft geen aanspraak op schadevergoeding door werknemer; de gevorderde schade is niet geleden dan wel onvoldoende onderbouwd.

GEGEVENS

Instantie	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak	10-05-2021
Datum publicatie	17-05-2021
Publicatie	Rechtspraak.nl
ECLI	ECLI:NL:GHARL:2021:4465
Zaaknummer	200.287.885/01
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Rechtsgebied	Burgerlijk procesrecht
Overige publicaties	AR-Updates.nl 2021-0638

UITSPRAAK

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Leeuwarden

afdeling civiel recht, handel

zaaknummer gerechtshof 200.287.885/01
(zaaknummer rechtbank Noord-Nederland, locatie Assen, 8562023)

beschikking van 10 mei 2021

in de zaak van

Bescon Bestrijdingstechnieken B.V.,
gevestigd te Roden,
verzoekster in het principaal hoger beroep, verweerster in het incidenteel hoger beroep,
in eerste aanleg verzoekster en verweerster in het (voorwaardelijk) tegenverzoek,
hierna: **Bescon**,
advocaat: mr. O.M.M. Philips,

tegen

[verweerder] ,
wonende te [A] ,
verweerder in het principaal hoger beroep, verzoeker in het incidenteel hoger beroep,
in eerste aanleg verweerder en verzoeker in het (voorwaardelijk) tegenverzoek,
hierna: [verweerder],
advocaat: mr. M.J. Blokzijl.

1.1. Het geding bij de kantonrechter

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de beschikkingen van de kantonrechter (rechtbank Noord-Nederland, locatie Assen) van 30 september 2020, zoals hersteld in een beschikking van 8 oktober 2020, en 8 december 2020.

2.2. Het geding in hoger beroep

- 2.1 Het verloop van de procedure is als volgt:
- het beroepsschrift met producties van Bescon, ter griffie ontvangen op 30 december 2020;
 - het verweerschrift van [verweerder] , tevens (voorwaardelijk) incidenteel hoger beroep;- het verweerschrift met producties van Bescon tegen het (voorwaardelijk) incidenteel hoger beroep;
 - de op 7 april 2021 gehouden mondelinge behandeling, waarbij beide partijen pleitnotities hebben overgelegd.
- 2.2 Na afloop van de mondelinge behandeling heeft het hof beschikking bepaald op 31 mei 2021 of zoveel eerder als mogelijk is.

3 De feiten

Het hof gaat uit van de volgende feiten, waarbij het rekening heeft gehouden met het door Bescon gemaakte bezwaar tegen de vaststelling van de feiten door de kantonrechter.

- 3.1 [verweerder] , geboren [in] 1992, is op 1 juni 2018 voor onbepaalde tijd in dienst getreden van Bescon als [functie] , voor 40 uur per week tegen een salaris van laatstelijk € 4.320,- incl. vakantiegeld. [verweerder] is de achterneef van de directeur van Bescon, de heer [B] (hierna: de directeur). Tot zijn indiensttreding bij Bescon was [verweerder] werkzaam voor Anticimex BV.
- 3.2 Op 1 april 2016 heeft [verweerder] , samen met zijn broer, de maatschap [verweerder] &Co opgericht.
- 3.3 In het voorjaar van 2019 heeft Bescon van Anticimex de klantenportefeuille overgenomen. Daarna heeft Bescon van Anticimex ook een deel van haar gereedschappen en materialen overgenomen voor een bedrag van € 21.175,- incl. btw. Over de daarna nog resterende goederen heeft [verweerder] contact gehad met Anticimex. Voor die goederen is hij met Anticimex een prijs overeengekomen van € 2.420,- incl. btw. onder de verplichting om de loods waarin die goederen zich bevonden geheel te ontruimen en schoon te maken. [verweerder] heeft deze goederen (hierna: de restgoederen) onder zich genomen. De factuur voor die goederen heeft Anticimex gestuurd aan Bescon en Bescon heeft die factuur betaald. Op verzoeken van Bescon heeft [verweerder] verschillende van die restgoederen naar Bescon gebracht.
- 3.4 Op 2 januari 2020 heeft Anticimex aan Bescon en [verweerder] bericht dat de restgoederen door [verweerder] waren gekocht en heeft zij de factuur voor die goederen aan Bescon gecrediteerd. Op 7 januari 2020 heeft [verweerder] &Co aan Bescon een factuur gestuurd van € 2.420,- incl. btw voor aan Bescon afgeleverde goederen.
- 3.5 Op 28 november 2019 heeft [verweerder] de directeur erop aangesproken dat hij zijn salaris over die maand nog niet had ontvangen. Daarop volgde een gesprek waarin de directeur [verweerder] verschillende verwijten maakte over zijn handelen en functioneren. Na dat gesprek heeft [verweerder] aan de directeur een WhatsApp-bericht gestuurd met de volgende inhoud:
"Even nog ..na het gesprek van vanmiddag het voelt als een vertrouwensbreuk en verder is de teneur vanmiddag van jouw beweringen zodanig dat het mij de motivatie ontnemt om nog maar iets voor Bescon te gaan doen. Daar komt nog bij dat je onze afhankelijkheid kent van mijn inkomen voor ons en toch vind je het belangrijken om wel anderen het salaris uit betaald en mij niet. Dit voelt als chantage
Dus ik stel mij op het volgende standpunt; als morgen mijn salaris van het werk over november niet op mijn rekening staat, ik mij niet in staat voel om aan het werk te gaan en mij hierbij ziek zal melden omdat ik deze teleurstelling emotioneel niet aan kan. Heel jammer dat het zo loopt."
- 3.6 Op 29 november 2019 heeft Bescon het loon over de maand november 2019 aan [verweerder] betaald.
- 3.7 Op 2 december 2019 heeft [verweerder] een WhatsApp-bericht gestuurd naar de directeur met de volgende inhoud:
"Hoi [B] ,
Ik had gedacht dat ik me over het weekeinde beter zou voelen om weer aan het werk te gaan voor Bescon maar het tegendeel is het geval. De beschuldiging aan mijn adres van dat ik zaken achter hou en je mij dus eigenlijk van 'diefstal' beschuldigt is voor mij heel moeilijk om verder te gaan. Dus ik voel me vandaag nog niet in staat om naar de zaak te komen om weer verder te gaan.
Ik zal vanuit huis de dringende zaken oppakken (...)"
- 3.8 Op 3 december 2019 stuurt werknemer het volgende WhatsApp-bericht aan de directeur:
"Hoi [B] ,
Ik kom morgen weer naar kantoor.
Misschien kunnen we in overleg bepaalde zaken wat meer rationaliseren en de irritaties over en weer wat laten rusten.
Ik ben mij bewust dat ik fouten maak en probeer daar ook aan te werken.
Maar er zijn bepaalde aantijgingen naar mij toe waar ik erg veel moeite mee heb.
Ik zal proberen in positieve zin verder te gaan om de huidige situatie weer enigszins te normaliseren."
- 3.9 Vervolgens heeft er op 4 december 2019 op voorstel van de directeur, voordat [verweerder] zijns inziens kon hervatten, een gesprek plaatsgevonden in een hotel. In dat gesprek heeft de directeur op enig moment meegedeeld de arbeidsovereenkomst te willen beëindigen en daartoe een beëindigingsovereenkomst aan [verweerder] overhandigd. [verweerder] heeft daarop gezegd die eerst te willen bestuderen.
- 3.10 Op 6 december 2019 heeft [verweerder] een WhatsApp-bericht gestuurd naar mevrouw [C] , medewerkster van Bescon, en aangegeven dat hij zich vorige week ziek heeft gemeld maar dat hij nog niets van de bedrijfsarts heeft ontvangen. Mevrouw [C] heeft daarop aan [verweerder] meegedeeld dat er geen ziekmelding van hem bij haar bekend is en dat hij zich niet telefonisch heeft ziek gemeld zoals staat vermeld in ziekteverzuimreglement.
- 3.11 [verweerder] en de directeur hebben in de maand december 2019 via WhatsApp-berichten verschillende malen contact gehad over het beëindigingsvoorstel,

maar dat heeft niet geleid tot overeenstemming. In die berichten is het ook gegaan over het uitblijven van loon en het niet door [verweerder] werken voor Bescon.

- 3.12 [verweerder] heeft vanaf december 2019 geen werkzaamheden verricht voor Bescon en Bescon heeft sindsdien ook geen salaris aan hem betaald.
- 3.13 Op 13 januari 2020 heeft [verweerder] een faillissementsverzoek ingediend tegen Bescon vanwege het niet betalen van het salaris over de maand december 2019. Dat verzoek is op 4 februari 2020 afgewezen. De rechtbank heeft daarbij overwogen dat [verweerder] onvoldoende heeft gereageerd op het verweer van Bescon dat het gaat om een arbeidsconflict. Ook heeft de rechtbank twijfels geuit over de enige steunvordering.
- 3.14 Op 27 januari 2020 heeft de toenmalige gemachtigde van Bescon (mr. Bos van de DAS) in een brief aan [verweerder] de verschillende verwijten op een rijtje gezet die Bescon hem maakt. In die brief staat onder meer dat [verweerder] al vanaf 29 november 2019 niet op het werk is verschenen zonder zich af te melden en dat hij het daarmee aan zichzelf te wijten heeft dat hij geen recht heeft op loon. Meegedeeld wordt dat er een vertrouwensbreuk is ontstaan en dat Bescon het dienstverband wil beëindigen per 1 februari 2020. In de brief wordt [verweerder] daartoe een beëindigingsvoorstel gedaan. Verder wordt een ontbindingsprocedure aangekondigd als [verweerder] het voorstel niet accepteert. [verweerder] heeft op de brief en het aanbod niet gereageerd. Op 5 juni 2020 heeft Bescon vervolgens het ontbindingsverzoek ingediend.

4 De verzoeken aan de kantonrechter en de beoordeling daarvan

- 4.1 Bescon heeft de kantonrechter verzocht, samengevat:- de arbeidsovereenkomst te ontbinden, zonder inachtneming van de opzegtermijn en zonder toekenning van een transitievergoeding
 - te bepalen dat [verweerder] de achtergehouden Anticimex boedel, eigendom van Bescon, aan Bescon dient af te leveren, op verbeurte van een dwangsom;
 - te bepalen dat [verweerder] de laser apparatuur, de aanhanger en de rolsteiger alsmede een Stihl steenzaag moet afgeven, net als andere goederen die hij van Bescon onder zich heeft, op verbeurte van een dwangsom;
 - te bepalen dat [verweerder] in verband met de overtreding van het nevenwerkzaamhedenbeding een boete dient te betalen van € 152.750,- (berekend tot en met 5 juni 2020);
 - [verweerder] te veroordelen in de kosten van het geding.
- 4.2 [verweerder] heeft afwijzing van de verzoeken bepleit. Op zijn beurt heeft hij onder de voorwaarde dat de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, de kantonrechter verzocht:
 - het einde van de arbeidsovereenkomst te bepalen op het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging zou zijn geëindigd;
 - Bescon te veroordelen tot betaling van:a.) een billijke vergoeding van € 25.000,-;
 - b.) de transitievergoeding van € 3.483,95, dan wel € 5.225,92 in geval van ontbinding op de i-grond;
 - c.) het nog niet aan werknemer uitgekeerde loon van € 4.320,- bruto per maand inclusief vakantiegeld over december 2019 tot aan de einddatum van de arbeidsovereenkomst, te vermeerderen met de wettelijke verhoging van 50% en de wettelijke rente vanaf 31 december 2019;
 - Bescon te veroordelen in de kosten van de onderhavige procedure.
- 4.3 De kantonrechter heeft in de beschikking van 30 september 2020 geconstateerd dat de arbeidsverhouding tussen partijen onherstelbaar verstoord is en heeft in de beslissing (die uitvoerbaar bij voorraad is verklaard):- de arbeidsovereenkomst tussen partijen ontbonden met ingang van 1 november 2020;
 - bepaald dat [verweerder] uiterlijk 31 oktober 2020 de aanhanger, de rolsteiger en een Stihl steenzaag in goede en dus onbeschadigde staat aan Bescon moet afgeven, net zoals de gegevensdragers (laptop, mobiele telefoon, dongel, externe harde schijf, geheugensticks) en alle bedrijfskleding (gewassen), schoenen, veiligheidsmiddelen, zaklantaarn, vochtmeters en overige apparatuur, kortweg alles wat Bescon toebehoort en nog onder werknemer is;
 - Bescon veroordeeld tot betaling van:a.) de transitievergoeding van € 3.483,95;
 - b.) het loon van € 4.320,- bruto per maand inclusief vakantiegeld over de maanden december 2019 tot en met oktober 2020, te vermeerderen met de wettelijke verhoging van 10% en de wettelijke rente vanaf 31 december 2019;
 - de proceskosten gecompenseerd. Wat over en weer nog meer of anders was verzocht is afgewezen.

5 De verzoeken in hoger beroep

- 5.1 Bescon heeft in haar beroepschrift verzocht, samengevat, de beschikking van de kantonrechter van 30 september 2020, zoals hersteld in de beschikking van 8 oktober 2020, te vernietigen en bij beschikking voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:- te bepalen dat de arbeidsovereenkomst eindigt op 1 december 2019, - te verklaren voor recht (a) dat aan [verweerder] geen transitievergoeding verschuldigd is en (b) dat hij geen aanspraak heeft op loon vanaf 1 december 2019 tot het einde van het dienstverband,- [verweerder] te veroordelen tot terugbetaling van hetgeen Bescon heeft betaald ter uitvoering van de bestreden beschikkingen en tot betaling van € 43.108,49 aan schadevergoeding, dan wel (subsidiair) tot levering van door hem achtergehouden goederen, met veroordeling van [verweerder] in de kosten van de procedure.
- 5.2 [verweerder] heeft verzocht Bescon in haar hoger beroep niet ontvankelijk te verklaren en heeft (voorwaardelijk) verweer gevoerd tegen de verzoeken van Bescon. Hij heeft verder (voorwaardelijk) verzocht al de door hem bij zelfstandig tegenverzoek ingestelde vorderingen alsnog toe te wijzen, met veroordeling van Bescon in de kosten van de procedure.
- 5.3 Voor zover de verzoeken in hoger beroep een vermindering inhouden ten opzichte van de verzoeken bij de kantonrechter, geldt dat een partij zijn verzoek altijd kan verminderen. Daarbij gaat het hof ervan uit dat verzoeken die door de kantonrechter zijn toegewezen, maar niet (opnieuw) zijn opgenomen in de verzoeken in hoger beroep, wel gehandhaafd zijn gebleven. Voor zover de verzoeken een vermeerdering inhouden, is daartegen geen bezwaar gemaakt. Zij zijn ook tijdig ingesteld en verder niet in strijd met een goede procesorde. Daarom zal worden beslist over de verzoeken zoals zij in hoger beroep zijn

voorgelegd.

6 De beoordeling in hoger beroep

Bescon is ontvankelijk in haar hoger beroep

- 6.1 De procedure bij de kantonrechter is gevoerd door en tegen Bescon B.V. In hoger beroep is de procedure gevoerd door en tegen Bescon Bestrijdingstechnieken B.V. Bescon heeft toegelicht dat bij de kantonrechter sprake is geweest van een verschrijving in haar naam. Volgens haar kan die verschrijving in hoger beroep worden hersteld. [verweerder] betwist dat sprake is van een herstelbare verschrijving. Volgens hem treedt in hoger beroep een andere rechtspersoon op dan bij de kantonrechter en is dat niet toegestaan. [verweerder] vindt dat Bescon daarom niet ontvankelijk moet worden verklaard in haar hoger beroep. Ook vindt [verweerder] dat hij in zijn belang wordt geschaad als de naamswijziging zou worden toegelaten. De beschikking van de kantonrechter bezit namelijk geen rechtskracht tussen partijen, zodat de arbeidsovereenkomst nog steeds bestaat. Als Bescon die wil ontbinden zal zij een nieuwe procedure bij de kantonrechter moeten beginnen, aldus [verweerder].
- 6.3 Het hof stelt vast dat partijen het er op zichzelf over eens zijn dat ook bij de kantonrechter de procedure gevoerd had moeten worden door en tegen Bescon Bestrijdingstechnieken B.V. Met Bescon B.V. hebben partijen dus niet een andere rechtspersoon bedoeld dan Bescon Bestrijdingstechnieken B.V. Kennelijk is sprake geweest van een verschrijving in die zin dat Bescon in de procedure bij de kantonrechter abusievelijk niet met haar volledige naam is vermeld. Daarbij wordt opgemerkt (a) dat beide partijen zich in de procedure bij de kantonrechter ook bediend hebben van stukken afkomstig van en gericht aan Bescon Bestrijdingstechnieken B.V. - zie onder meer de arbeidsovereenkomst van partijen, mailberichten en de factuur van 7 januari 2020 (zie 3.2) - en (b) dat Bescon Bestrijdingstechnieken B.V. in het handelsverkeer kennelijk ook wel als Bescon wordt aangeduid. Van een andere rechtspersoon in hoger beroep is daarmee geen sprake. Daaraan doet niet af dat is gebleken dat Bescon B.V. wel een bestaande rechtspersoon is geweest (die in 2007 na liquidatie is opgehouden te bestaan); Bescon B.V. bestond al niet meer ten tijde van de procedure in eerste aanleg en kon toen dus niet meer in rechte optreden. Het hof ziet niet in dat [verweerder] onredelijk in zijn belangen wordt geschaad als Bescon in hoger beroep onder haar werkelijke, statutaire naam wordt toegelaten. Het is mogelijk dat de beschikking van de kantonrechter door de fout in de naam van Bescon niet uitvoerbaar bleek, maar dat nadeel voor [verweerder] wordt juist weggenomen door het toelaten in hoger beroep van Bescon onder haar juiste (volledige) naam; na een hernieuwde beoordeling van het geschil in hoger beroep verkrijgen partijen alsnog een voor tenuitvoerlegging vatbare beslissing in hun geschil. [verweerder] heeft zelfs nog bij de kantonrechter getracht de fout hersteld te krijgen door te verzoeken om een herstelbeschikking. Dat Bescon zich daar toen tegen heeft verzet, waarna de kantonrechter in de beschikking van 8 december 2020 het verzoek om herstel heeft afgewezen, getuigt weliswaar van een zeker opportunisme van Bescon, maar vormt nog geen grond om haar in hoger beroep niet toe te laten onder haar juiste naam. Het door [verweerder] gestelde belang bij het behoud van een beschikking die tussen partijen geen rechtskracht zou hebben, acht het hof niet een belang dat in rechte bescherming verdient (nog daargelaten of [verweerder] zijn belang daarbij wel goed inschat). Het hof komt daarmee tot de slotsom dat voldaan is aan de vereisten die in de zogenaamde deformaliseringsjurisprudentie worden gesteld aan toelating van een naamswijziging¹. Bescon is daarmee ontvankelijk in haar hoger beroep. Dit betekent dat de beschikking van de kantonrechter ook moet worden gelezen als uitgesproken tussen Bescon Bestrijdingstechnieken B.V. en [verweerder].
- Het hof komt daarmee toe aan een inhoudelijke bespreking van het geschil.

de thema's in hoger beroep

- 6.4 Partijen stellen in hun principale en incidentele hoger beroep de volgende thema's aan de orde:- was vanaf december 2019 sprake van arbeidsongeschiktheid van [verweerder] wegens ziekte?- heeft [verweerder] aanspraak op doorbetaling van zijn loon over de periode vanaf december 2019 tot einde dienstverband? - is het eindigen van de arbeidsovereenkomst het gevolg van ernstig verwijtbaar gedrag van [verweerder] en heeft hij om die reden geen aanspraak op de transitievergoeding?- wanneer is dat dienstverband geëindigd?- heeft Bescon schade geleden door schadeloos handelen van [verweerder]? Het hof zal deze thema's hierna achtereenvolgens bespreken.
- 6.5 Voor de goede orde merkt het hof daarbij op dat [verweerder] niet opkomt tegen de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter. Die ontbinding is daarmee in hoger beroep een gegeven. Verder is in hoger beroep niet meer aan de orde of [verweerder] aan Bescon een boete is verschuldigd voor het overtreden van het in de arbeidsovereenkomst vastgelegde verbod op het verrichten van concurrerende nevenwerkzaamheden. De kantonrechter heeft die vordering afgewezen en Bescon heeft daar geen bezwaar tegen geuit. Hetzelfde geldt voor de vraag of Bescon aan [verweerder] een billijke vergoeding is verschuldigd. [verweerder] heeft wel verzocht om al zijn verzoeken bij de kantonrechter toe te wijzen, waaronder dan ook valt zijn afgewezen verzoek om een billijke vergoeding, maar hij heeft geen bezwaar naar voren gebracht tegen de afwijzing van dat verzoek.
- er kan niet van worden uitgegaan dat [verweerder] vanaf 1 december 2019 arbeidsongeschikt is geweest wegens ziekte*
- 6.6 [verweerder] heeft zich er bij de kantonrechter op beroepen dat hij vanaf 1 december 2019 arbeidsongeschikt was wegens ziekte. De kantonrechter heeft dat beroep beoordeeld in de sleutel van een beroep op het ontslagverbod bij ziekte en heeft dat beroep afgewezen op de grond dat niet is gebleken dat [verweerder] zich ziek heeft gemeld. [verweerder] betwist dat hij zich niet ziek heeft gemeld.
- 6.7 Het hof stelt voorop dat [verweerder] geen belang heeft bij zijn bezwaar in het kader van het ontbindingsverzoek. In hoger beroep komt hij immers niet op tegen de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter. Hij heeft bij zijn bezwaar echter wel belang als het gaat om de vraag of hij vanaf december 2019 aanspraak had op loondoorbetaling wegens ziekte. Het hof zal het bezwaar daarom in die context bespreken.
- 6.8 [verweerder] heeft zich voor zijn stelling dat hij zich ziek heeft gemeld beroepen op app-berichten tussen hem en de directeur, in het bijzonder op zijn app-berichten aan de directeur van 28 november 2019 en 2 december 2019 (zie rov. 3.4 en 3.6). Het hof leest in die berichten echter niet een (ondubbelzinnige) ziekmelding. Dat neemt niet weg dat uit app-berichten van de directeur wel blijkt dat hij heeft begrepen dat [verweerder] niet op het werk was, omdat hij zich ziek achtte. Zo schrijft de directeur in een app van 8 januari 2020 onder andere: "het is een arbeidsconflict [verweerder]. Dat is niet ziek zijn". Uit de berichten van de directeur blijkt echter ook dat Bescon vanaf het begin heeft betwist dat [verweerder] daadwerkelijk ziek zou zijn.
- 6.9 Het lag in die situatie op de weg van [verweerder] om zijn stelling dat hij vanaf december 2019 arbeidsongeschikt was wegens ziekte te onderbouwen. Dat heeft hij echter niet gedaan. Enkel heeft zijn advocaat tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep een brief voorgelezen en getoond die afkomstig zou zijn van een (bedrijfs)arts en waarin wordt verklaard dat [verweerder] vanwege het langlopende conflict niet in staat is arbeid uit te voeren en dat dit direct na het conflict in december 2019 is begonnen. Dat is echter onvoldoende onderbouwing van de gestelde ziekte. Daarbij wordt opgemerkt dat de status van de brief, die kennelijk gedateerd is op 29 maart 2021, ook onduidelijk is en dat die verder niet tot de processtukken is gaan behoren - Bescon heeft daar terecht bezwaar gemaakt tegen gemaakt op de grond dat de brief niet tijdig als productie is ingebracht.
- 6.10 Er kan dus niet van worden uitgegaan dat [verweerder] vanaf december 2019 geen arbeid meer heeft verricht voor Bescon omdat hij arbeidsongeschikt was als gevolg van ziekte. Daarmee komt [verweerder] geen aanspraak toe op doorbetaling van loon vanwege ziekte. Op de vraag of hij die aanspraak wel heeft op een andere grond wordt hierna ingegaan.
- [verweerder] heeft alleen aanspraak op doorbetaling van zijn loon over de maand december 2019, maar niet over de periode vanaf januari 2020*

- 6.11 Artikel 7:628 BW (zoals dat vanaf 1 januari 2020 luidt) bepaalt, kort gezegd, dat een werkgever het loon moet doorbetalen als de werknemer zijn arbeid geheel of gedeeltelijk niet heeft verricht, tenzij dat in redelijkheid voor rekening van de werknemer behoort te komen.
- 6.12 Het hof is van oordeel dat [verweerder] aanspraak heeft op loonbetaling over de maand december 2019. Het arbeidsconflict was toen pas net (eind november 2019) ontstaan en partijen waren vervolgens op initiatief van Bescon in overleg getreden over een beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Dat [verweerder] in die situatie niet heeft gewerkt, dient dan niet voor zijn rekening te komen.
- 6.13 Nadat eind december 2019/begin januari 2020 duidelijk was geworden dat partijen niet tot overeenstemming waren gekomen ontstond echter een nieuwe situatie, waarin in beginsel van [verweerder] mocht worden verlangd dat als hij aanspraak wilde maken op doorbetaling van zijn loon, hij ook zou aanbieden om zijn werkzaamheden te hervatten in afwachting van een (eventuele) ontbinding van de arbeidsovereenkomst. heeft wel aangevoerd dat de directeur hem tijdens het gesprek op 4 december 2019 heeft gezegd dat hij niet meer hoefde te komen behalve om zijn spullen in te leveren, maar de directeur heeft dat ontkend en verder blijkt nergens uit dat Bescon [verweerder] inderdaad niet tot zijn werk heeft willen toelaten. Uit overgelegde app-berichten en uit de brief van 27 januari 2020 (zie rov. 3.12) blijkt dat Bescon aan [verweerder] juist duidelijk heeft gemaakt dat hij geen aanspraak had op loon als hij niet zou werken. Zo schrijft de directeur in de app van 30 december 2019: "Maar jij hebt niet gewerkt en jij hebt dit afgehouden [verweerder] niet ik. Dus formeel geen betaling". Desondanks heeft [verweerder] niet aangeboden zijn werkzaamheden weer te hervatten. Anders dan de kantonrechter heeft overwogen, behoeft Bescon hem daar niet eerst nog uitdrukkelijk toe op te roepen.
- 6.14 Bescon heeft in dit verband het vermoeden geuit dat [verweerder] voor zijn eigen bedrijf is gaan werken. Zij heeft daarbij gewezen op de omstandigheid dat [verweerder] in de periode van 1 december 2019 tot en met 21 februari 2020 8.526 kilometers heeft gereden in de bedrijfsauto van Bescon. heeft tijdens de mondelinge behandeling dat vermoeden bevestigd. Dat [verweerder] voor zijn eigen bedrijf is gaan werken in plaats van zijn arbeid aan Bescon aan te bieden, dient in beginsel voor zijn rekening te worden gelaten. Weliswaar kan het hof zich voorstellen dat de scherpte van het conflict met Bescon voor [verweerder] een hinderpaal vormde om weer voor haar te gaan werken, maar, zoals hierna zal worden overwogen, is het arbeidsconflict ook in belangrijke mate te wijten aan het handelen van [verweerder] zelf.
- 6.15 Dat [verweerder] vanaf januari 2020 geen werkzaamheden meer heeft verricht voor Bescon behoort in voormelde omstandigheden in redelijkheid voor zijn rekening te komen. Het (derde) bezwaar van Bescon tegen haar veroordeling om aan [verweerder] zijn loon door te betalen over de periode vanaf december 2019 slaagt dus grotendeels. Haar verzoek tot verklaring voor recht dat zij geen loon met bijkomende bedragen aan [verweerder] is verschuldigd, is toewijsbaar als het gaat om de periode vanaf januari 2020.
- 6.16 Het hof is met de kantonrechter van oordeel dat in de omstandigheden van het geval de wettelijke verhoging over het nog achterstallige salaris -alleen het salaris over december 2019- beperkt dient te worden tot 10%. Het verzoek van [verweerder] om die verhoging te bepalen op 50%, wordt dus niet toegewezen.
- [verweerder] heeft wel verwijtbaar gehandeld, maar nog niet ernstig verwijtbaar en heeft aanspraak op een transitievergoeding*
- 6.17 Volgens Bescon heeft [verweerder] ernstig verwijtbaar gehandeld en had om die reden de arbeidsovereenkomst niet per 1 november 2020 ontbonden moeten worden, maar al per 1 december 2019, althans op een eerdere datum dan 1 november 2020. Bovendien heeft [verweerder] vanwege dat ernstig verwijtbaar handelen geen aanspraak op een transitievergoeding en is zij jegens Bescon ook schadeplichtig geworden. Bescon verbindt daaraan verder de conclusie dat de arbeidsovereenkomst op de e-grond en niet op de g-grond ontbonden had moeten worden (bezwaren 2, 4 en 5 van Bescon).
- 6.18 Bij beantwoording van de vraag of ontbonden had moeten op de e-grond heeft Bescon geen belang. Haar belang schuilt in het antwoord op de vraag of het eindigen van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van [verweerder]. Dat kan ook het geval zijn bij een ontbinding op de g-grond en niet alleen bij een ontbinding op de e-grond, zoals Bescon kennelijk veronderstelt. Verder geldt dat het hof op basis van artikel 7:683 BW niet kan bepalen dat de datum van ontbinding van de overeenkomst verder in het verleden moet worden geplaatst.
- 6.19 Bescon legt aan haar stelling dat [verweerder] ernstig verwijtbaar heeft gehandeld ten grondslag de gang van zaken bij de koop van machines en materialen van Anticimex, zoals die in haar visie is geweest. Volgens Bescon heeft zij eerst een aantal goederen van Anticimex gekocht voor € 17.500,- excl. btw en heeft zij daarna aan [verweerder] opdracht gegeven om ook de nog resterende goederen voor haar te kopen. Die opdracht heeft [verweerder] echter uitgevoerd ten faveure van zijn eigen bedrijf, zonder dat aan Bescon te melden. Daarmee heeft hij het vertrouwen van Bescon op ernstige wijze beschaamd en houdt hij goederen van Bescon onrechtmatig onder zich. bestrijdt dat hij opdracht had van Bescon om de restpartij te kopen. Volgens hem heeft Bescon alleen interesse gehad voor de eerste partij goederen en was zij niet geïnteresseerd in de restpartij.
- 6.20 Het hof neemt tot uitgangspunt dat de restpartij uiteindelijk door [verweerder] is gekocht (voor zichzelf dan wel [verweerder] & Co). Bescon zegt immers ook zelf dat [verweerder] zijn opdracht niet heeft uitgevoerd. Van diefstal dan wel verduistering van goederen die eigendom zijn van Bescon, anders dan dat Bescon dat ziet, is daarmee geen sprake. Ook kan niet anderszins worden gezegd dat [verweerder] die goederen onrechtmatig onder zich houdt, nu hij daarvan de (mede)eigenaar is.
- 6.21 Wel onderbouwen de door Bescon overgelegde bescheiden dat als [verweerder] al niet uitdrukkelijk de opdracht van Bescon had gekregen om de restgoederen voor haar te kopen - [verweerder] heeft dat betwist en Bescon heeft op dat punt haar stellingen niet voldoende concreet onderbouwd-, het voor hem kenbaar was dat Bescon ervan uitging dat hij dat wel voor haar zou doen. Zo informeert de directeur in een app van 2 juni 2019 bij [verweerder] of hij al weet wat er voor de spullen is geboden. Onbetwist gaat het daarbij om de restpartij. [verweerder] antwoordt daarop dat hij dat dinsdag zal horen. [verweerder] heeft als verklaring voor deze app-wisseling gegeven dat de directeur belangstelling toonde voor zijn voorgenomen transactie met Anticimex. Bescon heeft dat echter weersproken en de verklaring van [verweerder] is niet op voorhand geloofwaardig, waarom zou Bescon geïnteresseerd zijn in een aankoop door [verweerder] van goederen voor zijn eigen bedrijf?
- 6.22 De overgelegde bescheiden weerspreken verder ook dat Bescon niet geïnteresseerd zou zijn geweest in de restpartij. Anticimex heeft de factuur voor de restpartij eerst gestuurd naar Bescon en daarop vermeld "Iov met [verweerder]". Dat wijst erop dat Anticimex er aanvankelijk vanuit ging dat [verweerder] de partij voor Bescon had gekocht. Bescon heeft die factuur ook betaald, wat niet voor de hand ligt als zij die goederen niet had willen hebben. Verder heeft Bescon aan [verweerder] ook gevraagd om afgifte van die goederen. Zo vraagt de directeur in een app-bericht van 8 augustus 2019 aan [verweerder] of hij de spullen al bij het bedrijf heeft gezet. En vraagt hij op 20 augustus 2019 per app-bericht aan [verweerder] of hij een aantal spullen uit de voorraad wil meenemen en of dat morgen lukt, waarop [verweerder] antwoordt dat hij het morgen mee zal nemen. Onweersproken gaat het ook hierbij over de restgoederen.
- 6.23 Verder kan uit de bescheiden worden opgemaakt dat [verweerder] voor Bescon heeft verheimelijkt dat dat hij de restgoederen voor zichzelf (dan wel [verweerder] & Co) gekocht had. Vast staat dat [verweerder] op verzoek van Bescon verschillende goederen uit de restpartij aan Bescon heeft geleverd, maar dat hij daarbij niet heeft gemeld dat hij die goederen zelf had gekocht. Mogelijk heeft hij dat gedaan om te verhullen dat hij naast zijn dienstverband met Bescon ook nog werkzaam was voor zijn eigen bedrijf; tijdens de mondelinge behandeling heeft [verweerder] bevestigd dat hij tijdens het dienstverband met Bescon ook nog werkzaamheden heeft verricht voor zijn eigen bedrijf (maar die zouden volgens hem niet concurrerend zijn geweest). Dat dient dan echter voor zijn risico te worden gelaten. Een factuur voor die goederen heeft [verweerder] & Co ook pas maanden later gestuurd, nadat het arbeidsconflict al was

ontstaan.

- 6.24 Het hof acht dit handelen van [verweerder] jegens Bescon verwijtbaar en vindt het begrijpelijk dat Bescon daardoor haar vertrouwen in [verweerder] heeft verloren. [verweerder] heeft zichzelf (of zijn bedrijf) willen bevoordelen ten nadele van Bescon en heeft dat verzwegen voor Bescon. Het hof acht ook aannemelijk dat dit handelen heeft bijgedragen aan het beëindigen van de arbeidsverhouding door Bescon.
- 6.25 Het hof is, alle omstandigheden in aanmerking nemend, echter niet van oordeel dat het handelen ook moet gekwalificeerd als ernstig verwijtbaar als bedoeld in artikel 7:673 lid 7 BW (dat bepaalt dat de transitievergoeding niet verschuldigd is als het eindigen van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer). Daarbij is voor het hof ook niet voldoende aannemelijk geworden dat de arbeidsovereenkomst vanwege dit handelen is geëindigd. Uit de verklaring van de directeur tijdens de mondelinge behandeling komt naar voren dat daar in het bijzonder aan heeft bijgedragen dat een aantal medewerkers hun vertrouwen in [verweerder] hadden opgezegd en dat [verweerder] daar in het gesprek op 4 december 2019 laatdunkend op zou hebben gereageerd. Volgens de verklaring van de directeur deed dat voor hem als het gaat om [verweerder] de deur dicht.
- 6.26 Daarmee bestaat onvoldoende grond om [verweerder] de transitievergoeding te onthouden. De door Bescon gevorderde andersluidende verklaring voor recht is dus niet toewijsbaar.
Het door de kantonrechter aan transitievergoeding toegekende bedrag staat in hoger beroep verder niet ter discussie.
- 6.27 Voor zover Bescon zich er (ook) in hoger op heeft beroepen dat [verweerder] ernstig verwijtbaar heeft gehandeld door haar faillissement aan te vragen, wordt opgemerkt dat [verweerder] daarmee het conflict ten onrechte -het verzoek is afgewezen- wel extra "op scherp" heeft gesteld, maar dat hij op zichzelf de bevoegdheid heeft om een dergelijke aanvraag in te dienen. Dat [verweerder] zich daarbij zou hebben bediend van een valse steunvordering, is tegenover de betwisting daarvan door [verweerder] verder onvoldoende onderbouwd.

Bescon heeft door het handelen van [verweerder] niet de door haar gestelde schade geleden

- 6.28 Bescon heeft bij de kantonrechter afgifte van de door [verweerder] achtergehouden goederen van Anticimex verzoekt en subsidiair vergoeding van de schade door het gemis van die goederen, bepaald op de (aanschaf)waarde van die goederen. De door Bescon daarvoor aangevoerde grond was dat het goederen betrof die haar eigendom zijn. In hoger beroep heeft Bescon de volgorde van die verzoeken omgedraaid. Volgens Bescon heeft zij de goederen waar het om gaat inmiddels namelijk zelf opnieuw moeten aanschaffen.
- 6.29 Tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep is duidelijk(er) geworden dat de goederen die volgens Bescon door [verweerder] zijn achtergehouden de restgoederen betreffen. In wat hiervoor is overwogen ligt echter besloten dat Bescon geen aanspraak heeft op afgifte van de goederen door [verweerder] op de daarvoor bij de kantonrechter aangevoerde grond; die goederen zijn immers nimmer haar eigendom geworden. Zij heeft dus ook niet op die grond aanspraak op vergoeding van de waarde van die goederen (zoals zij in hoger beroep primair verzoekt). Bescon heeft verder niet inzichtelijk gemaakt in welke andere vorm zij schade heeft geleden doordat [verweerder] de goederen voor zichzelf heeft gekocht. Bescon heeft wel aangevoerd dat zij de goederen opnieuw heeft moeten aanschaffen, maar zij heeft niets overgelegd waaruit kan blijken welke goederen zij (opnieuw) heeft aangeschaft en voor welk bedrag Bescon betreft in haar berekening bovendien niet (kenbaar) dat het bij de restgoederen ging om tweedehands goederen. Daarmee is niet duidelijk dat Bescon door de handelwijze van [verweerder] ook financieel is benadeeld, anders dan dat partijen het er over eens zijn dat € 2.000,- voor de restpartij goederen een "goede deal" was. Dit is echter te weinig concreet om tot een plicht tot schadevergoeding te komen.
- 6.30 Voor zover Bescon stelt dat [verweerder] ook nog goederen onder zich zou hebben uit de eerste, wel door haar gekochte, partij, geldt dat Bescon onvoldoende concreet heeft gemaakt welke van die door haar gekochte goederen zij niet heeft ontvangen en onvoldoende heeft onderbouwd dat die goederen ook door [verweerder] zijn meegenomen. Daarbij wordt opgemerkt dat Bescon niet gemotiveerd heeft weersproken dat [verweerder] bij de eerste koop alleen zijdelings betrokken was en dat andere werknemers van Bescon die goederen hebben opgehaald.
de arbeidsovereenkomst is terecht ontbonden per 1 november 2020
- 6.31 In wat hiervoor is overwogen ligt besloten dat de kantonrechter de datum van de ontbinding op goede grond heeft bepaald op 1 november 2020. Het verzoek van Bescon om die op een eerdere datum te bepalen, is dus niet toewijsbaar. Daarbij wordt met betrekking tot het verzoek van Bescon om die datum te bepalen op 1 december 2019 nog opgemerkt dat een arbeidsovereenkomst niet met terugwerkende kracht kan worden ontbonden.

slotsom

- 6.32 De bestreden beschikking zal worden vernietigd op het punt van de doorbetaling van loon. Voor het overige blijft de beschikking in stand, waarbij die beschikking geldt als gegeven tussen Bescon Bestrijdingstechnieken B.V. en [verweerder].
- 6.33 In de uitkomst van de procedure bestaat aanleiding om de proceskosten zowel in eerste aanleg als in hoger beroep, zowel in het principale als het incidentele beroep, te compenseren. Daarbij heeft het hof meegewogen dat het hoger beroep deels noodzakelijk is geweest om de door Bescon gemaakte fout in haar naamsaanduiding te herstellen, wat voor haar rekening en risico moet blijven.
- 6.34 Bij haar vordering tot terugbetaling van wat zij op basis van de beschikkingen aan [verweerder] heeft betaald, heeft Bescon geen belang omdat bij de mondelinge behandeling is gebleken dat Bescon daaraan in geen enkel opzicht uitvoering heeft gegeven.

7 De beslissing

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

bepaalt dat de beschikking van de kantonrechter te Assen van 30 september 2020, zoals hersteld in de beschikking van 8 oktober 2020, geldt als gegeven tussen Bescon Bestrijdingstechnieken B.V. en [verweerder];

verwerpt het principale en incidentele beroep tegen die (herstelde) beschikking, behalve ten aanzien van de beslissing onder 6.4, doet op dat punt opnieuw recht en beslist als volgt:

- 6.4 veroordeelt Bescon tot betaling van het nog niet aan werknemer uitgekeerde loon van € 4.320,- bruto per maand inclusief vakantiegeld over de maand december 2019, te vermeerderen met de wettelijke verhoging van 10% alsook de wettelijke rente vanaf 31 december 2019;

verklaart voor recht dat [verweerder] vanaf 1 januari 2020 tot 1 november 2020 tegenover Bescon Bestrijdingstechnieken B.V. geen aanspraak kan maken op loon, wettelijke verhoging en wettelijke rente;

bepaalt dat iedere partij haar eigen kosten in hoger beroep draagt;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af wat meer of anders is verzocht.

Deze beschikking is gegeven door mrs. O.E. Mulder, W.F. Boele en J. Schulp en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 10 mei 2021.

VOETNOTEN

1

in het bijzonder ECLI:NL:HR:2013:1881 (Montis)

Copyright 2021 - Sdu - Alle rechten voorbehouden.