

mede andere (e-mail)berichten van [naam01] en toenmalige collega's waarin melding wordt gemaakt van een vakantie van [naam01]. [naam01] heeft de juistheid van deze passages betwist.

4.21. De kantonrechter overweegt dat [naam01] de inhoud van de gestelde berichten onvoldoende gemotiveerd heeft weersproken. Aan [naam01] kan worden toegegeven dat Mooiland heeft nagelaten de berichten zelf als producties te overleggen. Dat zou met zich kunnen brengen dat een bepaalde context van de berichten mist omdat er slechts beperkt wordt geciteerd. Ook zouden de citaten abusievelijk onjuist kunnen zijn of zelfs valselijk kunnen zijn. In zijn reactie – dat Mooiland kennelijk aan de juistheid van de stukken twijfelt en dat de juistheid van de gekopieerde stukken wordt betwist – zinspeelt [naam01] op dit laatste. Van [naam01] had echter kunnen worden verlangd dat hij concrete stellingen zou hebben ingenomen waaruit zou kunnen worden afgeleid dat de inhoud van de geciteerde berichten niet juist is. Dat heeft [naam01] niet gedaan, zodat de kantonrechter uitgaat van de inhoud van de geciteerde berichten. Bij die stand van zaken heeft [naam01] onvoldoende gemotiveerd weersproken dat hij in de periode van 5 augustus 2019 tot en met 29 augustus 2019 vakantie heeft opgenomen. De opbouwde vakantie-uren in de periode van 1 juni 2019 tot en met 4 november 2019 zijn in ieder geval niet meer dan het opgenomen aantal uren van 96. In dat geval resteren er geen vakantie-uren meer die dienen te worden uitbetaald (dan wel verrekend). Voor het overige stranden de vorderingen in reconventie op het oordeel in conventie dat de arbeidsovereenkomst is ontbonden en de daaruit volgende ongedaanmakingsverbintenissen.

4.22. [naam01] is de partij die ongelijk krijgt en hij zal daarom in de proceskosten worden veroordeeld. Tot aan dit vonnis worden de proceskosten aan de zijde van Wooncompas vastgesteld op € 330,- aan salaris gemachtigde.

5. De beslissing

De kantonrechter

In conventie

5.1. ontbindt de arbeidsovereenkomst, die partijen initieel met ingang van 1 juni 2019 voor de duur van een (1) jaar zijn aangegaan;

5.2. veroordeelt [naam01] om aan Mooiland te betalen een bedrag van € 37.552,80, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel

6:119 BW daarover te rekenen vanaf de respectievelijke dagen waarop Mooiland de diverse loonbetalingen aan [naam01] heeft gedaan, tot de dag van volledige betaling;

5.3. veroordeelt [naam01] in de proceskosten, aan de zijde van Mooiland tot dit vonnis vastgesteld op € 2.109,10, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over dit bedrag met ingang van de vijftiende dag na betekening van deze uitspraak tot de dag van volledige betaling;

5.4. veroordeelt [naam01] in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 132,00 aan salaris gemachtigde, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over de nakosten met ingang van de vijftiende dag na betekening van deze uitspraak tot de dag van volledige betaling;

5.5. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.6. wijst het meer of anders gevorderde af;
in reconventie

5.7. wijst de vordering af;

5.8. veroordeelt [naam01] in de proceskosten, aan de zijde van Mooiland tot dit vonnis vastgesteld op € 330,-;

5.9. verklaart de proceskostenveroordeling onder 5.8. uitvoerbaar bij voorraad.

222

Ontbindingsverzoek arbeidsovereenkomst wegens wanprestatie toegewezen

Kantonrechter Rechtbank Limburg zp

Maastricht

13 juli 2023, nr. 10482739 AZ VERZ 23-40,

ECLI:NL:RBLIM:2023:4370

(mr. Kuster)

Noot mr. B.M.C. Stenden, mr. S.W. Kleijer

Ambtenaar. Tekortkoming in de nakoming. Recht op een transitievergoeding.

[BW art. 7:673 lid 7, 7:686]

De werknemer is als boa in dienst van de gemeente Heerlen (hierna: 'de werkgever'). Op 7 april 2022 krijgt de werknemer een officiële waarschuwing nadat zes collega's klachten over

hem indienen die gaan over onacceptabel gedrag jegens collega's en burgers. Enkele weken later volgt een tweede en laatste waarschuwing nadat de werknemer de dienstauto van de werkgever parkeert in een parkeervak dat bedoeld is voor voertuigen van gehandicapte personen. In het kader van zijn functie verricht de werknemer samen met andere collega's in de nacht van 5 op 6 november 2022 een integrale horecacontrole. Twee maanden later meldt de projectleider onder meer dat de werknemer tijdens de horecacontrole alcohol nuttigde en vervolgens met alcohol op de dienstauto bestuurde. Een onderzoeksbureau concludeert dat die klachten gegrond zijn. De werkgever besluit vanwege de persoonlijke omstandigheden van de werknemer niet over te gaan op ontslag op staande voet en vordert daarom in deze procedure ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens een tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst zonder toekenning van een transitievergoeding.

De kantonrechter brengt in herinnering dat een ontbinding ex art. 7:686 BW slechts kan worden gehonoreerd als sprake is van een ernstige tekortkoming die vergelijkbaar is met een dringende reden voor ontslag op staande voet. Van een dergelijke ernstige tekortkoming is hier sprake. Aan ambtenaren worden hogere integriteitseisen gesteld dan aan gewone werknemers. Het drinken van alcohol tijdens werktijd, al helemaal als *boa*, is daarmee in strijd. Het drinken van alcohol kan waarnemingen tijdens het werk immers beïnvloeden terwijl die waarnemingen in een proces-verbaal vastgelegd worden en als bewijs kunnen dienen op basis waarvan gehandhaafd wordt. De werknemer wist ook dat dit niet mocht. Voldoende vast is komen te staan dat de werknemer tijdens de horecacontrole alcohol nuttigde. Dit levert op zichzelf een dringende reden voor ontslag op. Dat hij vervolgens met alcohol op in de dienstauto stapte, levert ook op zichzelf een dringende reden op. De arbeidsovereenkomst eindigt derhalve als gevolg van het ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer, zonder toekenning van een transitievergoeding.

NB. Eerder wees kantonrechter Maastricht verschillende verzoeken tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens wanprestatie af («JAR» 2021/3). Het ging in die zaak om zes *boa's* die in een besloten WhatsApp-groep stevige kritiek uitten op andere collega's en leidinggeven-

den. Ook in die zaak werd gewezen op de strenge integriteitseisen die voor ambtenaren gelden. Vanwege de toegenomen complexiteit van het werk door corona en het gebrek aan ondersteuning en begeleiding werden die verzoeken toch afgewezen. Verschil met deze zaak is ook dat de zes werknemers niet eerder gewaarschuwd waren.

De publiekrechtelijke rechtspersoon *Gemeente Heerlen* te Heerlen, verzoekende partij, gemachtigde mr. I. Swennen, tegen [verweerder] te [woonplaats], verwerende partij, gemachtigde mr. P. Winkens.

1. De procedure
(...; red.)

2. De feiten

2.1. [verweerder], geboren op [geboortedatum] 1973, is op 1 februari 2017 in dienst getreden van de gemeente in de functie van buitengewoon opsporingsambtenaar (hierna: BOA).

2.2. Bij brief van 7 april 2022 heeft de gemeente [verweerder] een officiële waarschuwing gegeven nadat zes collega's klachten over hem en [naam 1] (hierna: [naam 1] hadden ingediend. De gemeente concludeert in die brief dat [verweerder] zich schuldig heeft gemaakt aan kleineren/belachelijk maken van collega's en dat [verweerder] onacceptabel gedrag heeft vertoond in de (telefonische) omgang met burgers. De gemeente heeft in de brief aangekondigd een verbetertraject met [verweerder] op te zullen starten.

2.3. De gemeente heeft vervolgens bij brief van 21 april 2022 [verweerder] een tweede officiële waarschuwing gegeven omdat hij een dienstauto van de gemeente had geparkeerd in een parkeervak dat bedoeld was voor voertuigen van gehandicapte personen. De gemeente heeft in de brief vermeld dat [verweerder] zich geen misstap meer kan veroorloven en dat, wanneer dit wel gebeurt, dat verstrekkende gevolgen zal hebben voor zijn dienstverband.

2.4. Met ingang van 1 oktober 2022 is [verweerder] gaan werken in het Cluster Interventieteam Ondernijning en Criminaliteit binnen het Team Sociale Veiligheid en Buurtregie.

2.5. In de nacht van 5 op 6 november 2022 heeft [verweerder] samen met andere collega's een integrale horecacontrole verricht. [verweerder] heeft toen samen met [naam 1] onopvallend (in burger gekleed) een aantal horecaondernemingen bezocht. Kort voor middernacht heeft [naam projectleider] (Projectleider integrale veiligheid bij de gemeente, hierna: [naam projectleider]) zich bij [verweerder] en [naam 1] aangesloten.

2.6. Op 10 januari 2023 heeft [naam projectleider] bij de gemeente gemeld dat [verweerder] tijdens de horecacontrole van 5/6 november 2022:

- alcohol heeft genuttigd
- daarna een dienstvoertuig heeft bestuurd
- een e-sigaret heeft opgestoken tijdens een bezoek aan een horecagelegenheid
- zich discriminerend heeft uitgelaten.

2.7. De gemeente heeft daarop besloten dat het onderzoeksbureau 2Solve Investigations (hierna: 2Solve) een feitenonderzoek dient te verrichten.

2.8. Bij brief van 24 januari 2023 heeft de gemeente [verweerder] geschorst en hem verboden tijdens de schorsing contact te hebben met zijn collega's over de melding of andere werkgerelateerde zaken. Ook heeft zij [verweerder] in de brief medegedeeld dat 2Solve een onderzoek zou gaan verrichten. [naam directeur] (directeur Samenleving van de gemeente en leidinggevende van [verweerder], hierna: [naam directeur]) heeft deze brief persoonlijk aan [verweerder] overhandigd. [verweerder] heeft toen tegen [naam directeur] gezegd één biertje gedronken te hebben en dat hij daarna alcoholvrij bier gedronken heeft.

2.9. Vervolgens heeft 2Solve onderzoek verricht. In dat verband heeft 2Solve op 18 januari 2023 gesproken met [naam projectleider] en op 27 januari 2023 met (afzonderlijk) [verweerder] en [naam 1]. Van die gesprekken zijn gespreksverslagen gemaakt die steeds voor akkoord zijn ondertekend. 2Solve heeft daarna verder onderzoek verricht en met getuigen gesproken. Daarna heeft 2Solve op 17 februari 2023 opnieuw (afzonderlijk) met [verweerder] en [naam 1] gesproken. Ook van die gesprekken zijn gespreksverslagen opgesteld die [verweerder] respectievelijk [naam 1] voor akkoord ondertekend hebben.

2.10. 2Solve heeft de bevindingen van het onderzoek vastgelegd in een rapportage van 21 maart 2023. Op 31 maart 2023 heeft een medewerker van team P&O van de gemeente op basis van het rapport van 2Solve een "beslisdocument" opgesteld voor de directie. De P&O-medewerker con-

cludeert in dat beslisdocument dat alle meldingen (zie 2.6.) gegrond worden geacht behalve die over de discriminerende uitlatingen.

2.11. De gemeente heeft daarna [verweerder] bij brief van 3 april 2023 een kopie van het beslisdocument toegezonden en hem medegedeeld dat de gegronde klachten in combinatie met de waarschuwingen uit het verleden leiden tot de voorlopige beslissing om over te gaan tot beëindiging van het dienstverband. De gemeente heeft [verweerder] in de brief uitgenodigd voor een gesprek op 4 april 2023.

2.12. Op 4 april 2023 heeft [verweerder] gesproken met een delegatie van de gemeente, onder wie [naam directeur]. Bij die gelegenheid heeft [verweerder] zijn persoonlijke omstandigheden toegelicht en kritische kanttekeningen geplaatst bij de werkwijze/rapportage van 2Solve.

2.13. Bij brief van 5 april 2023 heeft de gemeente aan [verweerder] medegedeeld dat sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet, maar dat daar op grond van de persoonlijke omstandigheden van [verweerder] niet toe overgegaan is. Zij heeft hem in de brief medegedeeld een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst bij de kantonrechter in te zullen dienen.

3. Het geschil

3.1. De gemeente verzoekt:

1. de arbeidsovereenkomst met [verweerder] te ontbinden,
2. de einddatum van de arbeidsovereenkomst te bepalen op de datum van de beschikking,
3. te bepalen dat [verweerder] ernstig verwijtbaar gehandeld heeft en dus geen recht heeft op een transitievergoeding,
4. [verweerder] te veroordelen in de (na)kosten van deze procedure, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf veertien dagen na betekening van de beschikking tot de dag van betaling.

3.2. In zijn verweer concludeert [verweerder] primair dat het verzoek van de gemeente afgewezen dient te worden. Subsidiair verzoekt hij de gemeente te veroordelen tot betaling van:

1. de transitievergoeding, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf veertien dagen na betekening van de beschikking tot de dag van betaling,
2. een billijke vergoeding van € 50.929,20 bruto, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf veertien dagen na betekening van de beschikking tot de dag van betaling.

3. de (na)kosten van deze procedure, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf veertien dagen na betekening van de beschikking tot de dag van betaling.

3.3. Op de stellingen van partijen zal hierna, voor zover relevant, nader ingegaan worden.

4. De beoordeling

4.1. De gemeente verzoekt de arbeidsovereenkomst met [verweerder] te ontbinden. Zij voert in dat verband diverse juridische grondslagen aan. De primaire grondslag van haar verzoek berust op art. 7:686 BW: een tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter is van oordeel dat het verzoek van de gemeente op deze grond toewijsbaar is. Dat oordeel wordt hieronder gemotiveerd.

4.2. Een arbeidsovereenkomst kan door de rechter worden ontbonden als sprake is van een tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst. Uit eerdere rechtspraak blijkt dat het dan moet gaan om een ernstige tekortkoming die vergelijkbaar is met een dringende reden voor ontslag op staande voet. Van een dergelijke ernstige tekortkoming is in deze zaak sprake.

4.3. [verweerder] is niet alleen werknemer, maar ook ambtenaar. Aan ambtenaren worden hogere integriteitseisen gesteld dan aan “gewone” werknemers. De gemeente wijst in dat verband er terecht op dat [verweerder] zich als een goed ambtenaar dient te gedragen en dat dit inhoudt dat hij zorgvuldig, onkreukbaar en betrouwbaar dient te zijn en niets mag doen dat het aanzien van zijn ambt zal schaden. Het is evident dat het drinken van alcohol tijdens werktijd in strijd is met de hoge integriteitseisen die aan een ambtenaar gesteld worden. Bovendien heeft de gemeente in haar personeelshandboek opgenomen dat zij van haar medewerkers verwacht dat zij geen alcohol gebruiken als zij werken. Daar komt nog bij dat [verweerder] BOA is en daarom van onbesproken gedrag dient te zijn. Daarnaast zal het drinken van alcohol de waarnemingen tijdens het werken als BOA kunnen beïnvloeden terwijl die waarnemingen wel in een proces-verbaal vastgelegd worden en als bewijs kunnen dienen op basis waarvan gehandhaafd wordt. Niet in geschil is dat [verweerder] voorafgaand aan de horecacontrole van 5 op 6 november 2022 erop gewezen is dat alcoholgebruik tijdens de controle niet was toegestaan.

4.4. Dat [verweerder] tijdens de horecacontrole alcohol heeft gedronken, staat naar het oordeel van de kantonrechter vast. [verweerder] heeft dat immers met zoveel woorden toegegeven aan [naam directeur] (zie hiervoor 2.8.). [verweerder] stelt dat hij toen in de war was en dat hij “meent zichzelf te herinneren” dit daarna gecorrigeerd te hebben naar alcoholvrij bier. De kantonrechter verwierpt dit verweer. Het is namelijk niet geloofwaardig dat in deze situatie, waarbij [verweerder] door een collega is beticht van het drinken van alcohol, [verweerder] zich op die manier heeft vergist en heeft bedoeld te zeggen dat het om alcoholvrij bier ging. Dat hij zijn (gestelde) vergissing direct daarna tegenover [naam directeur] heeft gecorrigeerd, weet [verweerder] bovendien niet eens zeker, want hij stelt daarover dat hij meent zichzelf dit te herinneren. Een gemotiveerde betwisting van de stelling van de gemeente dat [verweerder] het alcoholgebruik tegenover [naam directeur] heeft toegegeven, valt hier dan ook niet in te lezen. Het staat dus vast dat [verweerder] tegenover [naam directeur] heeft toegegeven alcohol gedronken te hebben tijdens de bewuste horecacontrole.

4.5. Ook de bevindingen van 2Solve bieden voldoende onderbouwing voor de juistheid van de stelling van de gemeente dat [verweerder] tijdens de horecacontrole alcohol gedronken heeft. [naam projectleider] heeft [verweerder] die avond bier zien drinken. [verweerder] betwist dat ook niet, maar volgens hem heeft hij die avond uitsluitend alcoholvrij bier gedronken. Dat verweer kan hem niet baten. [verweerder] heeft dat verweer ook tijdens het onderzoek van 2Solve naar voren gebracht, maar de kantonrechter is met de gemeente van oordeel dat uit de bevindingen van 2Solve moet worden geconcludeerd dat [verweerder] op dit punt ongeloofwaardige verklaringen heeft afgelegd.

4.6. Tijdens het eerste gesprek met 2Solve heeft [verweerder] verklaard dat hij die avond alcoholvrij bier en cola zero gedronken heeft en dat alle consumpties door [naam 1] betaald zijn en achteraf gedeclareerd. Het alcoholvrij bier werd, zo dacht [verweerder] tijdens dit gesprek, geserveerd in een fluitje.

4.7. 2Solve heeft vervolgens de door [naam 1] ingediende declaratie opgevraagd. Die declaratie ziet op genuttigde dranken in achtereenvolgens La Tazza en Dillys en op een besteding bij Fresh Friet. [verweerder] heeft tijdens het tweede ge-

sprek naar aanleiding hiervan verklaard dat hij dacht bij La Tazza een alcoholvrij biertje gedronken te hebben en dat hij bij Dillys cola zero gedronken heeft. Dat hij bij La Tazza bier gedronken heeft, staat dus wel vast. [naam projectleider] heeft dit immers ook verklaard. Dat dit alcoholvrij bier was, zoals [verweerder] stelt, moet als ongeloofwaardig terzijde geschoven worden. Hij heeft dit bier namelijk volgens zijn eerste verklaring in een (plastic) glas aangereikt gekregen, terwijl uit onderzoek van 2Solve vaststaat dat in La Tazza geen alcoholvrij bier van de tap geschonken wordt. [verweerder] zou het alcoholvrije bier dus uit een flesje gekregen moeten hebben. Het is in de horeca gebruikelijk dat consumpties uit een flesje, en zeker alcoholvrij bier uit een flesje, wordt geserveerd met het bijbehorende flesje. Vaststaat echter dat [verweerder] alleen een glas bier (zonder bijbehorend flesje) gekregen heeft. [verweerder] wijst er tevergeefs op dat hij in het tweede gesprek gezegd heeft niet meer te weten of hij bij het (plastic) glas ook een flesje aangereikt gekregen heeft. Die enigszins afwijkende verklaring komt de kantonrechter te ongeloofwaardig voor. [verweerder] heeft namelijk tijdens hetzelfde (tweede) gesprek verteld dat het druk in La Tazza was en dat ze daarom het glas moesten vasthouden omdat er nergens plek was. Als [verweerder] zich dit detail herinnert, dan is het niet goed voorstelbaar dat hij niet meer weet of hij toen ook een flesje vastgehouden heeft. Ook staat op grond van het onderzoek van 2Solve vast dat de inhoud van een flesje alcoholvrij bier niet past in het (plastic) glas/fluitje dat in La Tazza wordt gebruikt. Ook dit duidt op een ongeloofwaardig verweer van [verweerder]. Dit alles past ook bij de waarneming van [naam projectleider] dat het bier dat [verweerder] bij La Tazza heeft genuttigd van de tap was. [naam projectleider] heeft dit kunnen zien, want het staat vast dat [naam 1], [verweerder] en [naam projectleider] in La Tazza (vanwege de drukte) vlak bij de bar gestaan hebben. Verder vermeldt de door [naam 1] ingediende declaratie een bedrag van € 2,50 per consumptie in La Tazza. Onbetwist staat vast dat in die horecagelegenheid de prijs van alcoholhoudend bier destijds € 2,50 was en van alcoholvrij bier € 3,00. [verweerder] verweer op dit punt dat [naam 1] niet alle kosten gedeclareerd heeft en dat zij destijds een schatting gemaakt hebben van de gemaakte kosten van die avond en dat toen geen rekening is gehouden met de daadwerkelijke prijs

van de genuttigde consumpties, gaat niet op. De declaratie vermeldt immers juist een vrij exact bedrag (€ 14,38) ten aanzien van “Fresh Friet” en ook het feit dat de declaratie prijzen per consumptie bij La Tazza van € 2,50 vermeldt en bij Dillys van € 2,70, duidt er geenszins op dat in de declaratie is uitgegaan van een schatting zonder rekening te houden met de daadwerkelijke prijzen. Tot slot is de kantonrechter ook van oordeel dat op basis van het onderzoek van 2Solve vaststaat dat [verweerder] in Dillys ten minste één alcoholhoudend biertje gedronken heeft. [naam projectleider] heeft hem namelijk bier zien drinken in die horecagelegenheid en het enige verweer van [verweerder] op dit punt is dat hij bij Dillys cola zero gedronken heeft. Als onbetwist staat echter vast dat bij Dillys geen cola zero geschonken wordt. Het verweer van [verweerder] dat de twee gesprekken met 2Solve enkele maanden na de bewuste horecacontrole hebben plaatsgevonden en dat hij zich daarom veel niet meer (in detail) kan herinneren, kan [verweerder] niet baten. [verweerder] heeft slechts één keer aan een dergelijke horecacontrole deelgenomen en het ligt dan in de rede dat hij zich daarvan nog details kan herinneren. Daar komt nog bij dat hij van begin af aan wist van het belang van de gesprekken met 2Solve. 2Solve heeft naar aanleiding van de verklaringen van [verweerder] in het eerste gesprek nader onderzoek verricht en hem met de bevindingen van dat onderzoek geconfronteerd in het tweede gesprek. Met de gemeente is de kantonrechter van oordeel dat [verweerder] andersluidende verklaringen in het tweede gesprek niet (voldoende) geloofwaardig zijn.

4.8. Op grond van voorgaande overwegingen is de kantonrechter van oordeel dat vast is komen te staan dat [verweerder] tijdens de horecacontrole in de nacht van 5 op 6 november 2022 ten minste twee glazen alcoholhoudend bier heeft gedronken terwijl hij wist dat dit niet toegestaan was. Dit zou op zichzelf genomen reeds een dringende reden voor ontslag op staande voet opleveren.

4.9. [verweerder] betwist niet dat hij aan het einde van de horecacontrole in het dienstvoertuig gereden heeft. Vast staat dat hij dit gedaan heeft nadat hij die nacht (ten minste) twee glazen (alcoholhoudend) bier had gedronken. Ook op dit punt bestaat geen twijfel dat het voor een BOA niet is toegestaan om na het drinken van twee alcoholhoudende dranken tijdens werktijd nog in het dienstvoertuig te rijden. Ook dit feit zou op zich-

zelf genomen reeds een dringende reden voor ontslag op staande voet opgeleverd hebben.

4.10. Tot slot staat ook vast dat [verweerder] tijdens de horecacontrole in de horecazaak Dillys een e-sigaret heeft gerookt. [verweerder] heeft dat namelijk erkend. [verweerder] stelt in die horecazaak gerookt te hebben omdat hij zag dat er gerookt werd uit het zicht van het personeel. Hij heeft toen zelf een e-sigaret opgestoken om een reactie van de uitbater uit te lokken. Het staat buiten kijf dat ook dit gedrag is wat een BOA achterwege zou moeten laten. De kantonrechter is echter van oordeel dat deze tekortkoming in de door [verweerder] geschetste context op zichzelf geen dringende reden voor ontslag op staande voet opgeleverd zou hebben.

4.11. Uit voorgaande overwegingen volgt dus dat de kantonrechter van oordeel is dat het drinken van bier tijdens de horecacontrole en het daarna rijden op reeds voldoende onderbouwing is van de door de gemeente aangevoerde primaire grondslag.

4.12. De kantonrechter stelt (wellicht ten overvloede) verder vast dat [verweerder] al een gewaarschuwd man was. De gemeente heeft hem namelijk bij brieven van 7 en 22 april 2022 officiële waarschuwingen gegeven, waarbij zij hem in de laatste waarschuwing zelfs duidelijk heeft gemaakt dat hij zich geen misstappen meer kan veroorloven. [verweerder] probeert tijdens deze procedure zijn gedragingen die aan die waarschuwingen ten grondslag liggen te bagatelliseren. Dat laat echter onverlet dat vaststaat dat hij zijn dienstvoertuig wel degelijk heeft geparkeerd op een parkeerplaats voor gehandicapten. Zijn betoog dat de betreffende gehandicaptenparkeerplaats bij de supermarkt Jan Linders niet als zodanig met een verkeersteken in de zin van het Reglement Verkeersregels en Verkeerstekens was aangeduid, gaat voorbij aan het feit dat [verweerder] door op die plek het dienstvoertuig te parkeren geen oog heeft gehad voor de voorbeeldfunctie van een BOA en op die manier de gemeente in een negatief daglicht heeft geplaatst. De gemeente heeft hem dan ook terecht daarvoor een officiële waarschuwing gegeven. Ook staat wel vast dat [verweerder] tijdens telefonische gesprekken mensen op onprofessionele wijze te woord gestaan heeft of ze juist helemaal niet te woord gestaan heeft. [verweerder] heeft dat ter zitting erkend en op dat punt is de eerste waarschuwing dus ook terecht geweest.

4.13. Uit voorgaande overwegingen volgt dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen zal worden ontbonden omdat [verweerder] ernstig is tekortgeschoten in de nakoming daarvan.

4.14. De arbeidsovereenkomst eindigt als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen van [verweerder]. Daarom zal de einddatum van de arbeidsovereenkomst worden bepaald op vandaag (zie art. 7:671b lid 9 sub b BW) en zal worden bepaald dat [verweerder] daarom geen recht heeft op een transitievergoeding. Hieruit volgt dat het (tegen) verzoek van [verweerder] om de gemeente te veroordelen tot betaling van de transitievergoeding afgewezen zal worden. Ook zal [verweerder]'s verzoek om de gemeente te veroordelen tot betaling van een billijke vergoeding afgewezen worden. [verweerder] baseert dat namelijk ten onrechte op het betoog dat de arbeidsovereenkomst door ernstig verwijtbaar handelen van de gemeente eindigt. De arbeidsovereenkomst eindigt immers als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen van [verweerder].

4.15. [verweerder] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld tot betaling van de kosten van dit geding, aan de zijde van de gemeente tot op heden begroot op:

griffierecht € 128,00
salaris gemachtigde € 793,00
Totaal € 921,00

De wettelijke rente over dit bedrag zal worden toegewezen met ingang van de vijftiende dag na betekening van deze beschikking tot de dag van betaling.

4.16. In deze beschikking hoeft geen aparte beslissing te worden genomen over de gevorderde nakosten. De kantonrechter verwijst in dat verband naar het arrest van de Hoge Raad van 10 juni 2022 (ECLI:NL:HR:2022:853).

5. De beslissing

De kantonrechter

5.1. ontbindt de arbeidsovereenkomst tussen de gemeente en [verweerder],

5.2. bepaalt de einddatum van de arbeidsovereenkomst op vandaag,

5.3. verklaart voor recht dat [verweerder] ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten, zodat hij op grond van art. 7:673 lid 7 aanhef en onder c BW geen recht heeft op een transitievergoeding,

5.4. veroordeelt [verweerder] tot betaling van de kosten van dit geding, aan de zijde van de gemeente tot op heden begroot op € 921,00, te ver-

meerderen met de wettelijke rente met ingang van de vijftiende dag na betekening van deze beschikking tot de dag van betaling.

5.5. verklaart deze beschikking tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.6. wijst het meer of anders verzochte af.

NOOT

In 1907 is art. 1639x (oud) in het Burgerlijk Wetboek (BW) opgenomen. In dat artikel stond dat de arbeidsrechtelijke bepalingen over beëindiging van de arbeidsovereenkomst zich niet verzetten tegen ontbinding wegens een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst en een schadevergoeding.

In 1990 oordeelde de Hoge Raad dat ontbinding van de arbeidsovereenkomst gelet op de bijzondere bescherming die de wet ter zake van die beëindiging aan de werknemer beoogt te bieden, slechts toegewezen is in geval van 'ernstige wanprestatie' (HR 20 april 1990, *NJ* 1990/702). Het moest gaan om een wanprestatie van zodanige aard dat zij het ingrijpende gevolg van een ontbinding van de overeenkomst, in beginsel met terugwerkende kracht tot de dag van de wanprestatie, kan rechtvaardigen. De Hoge Raad voegde daaraan toe dat de ontbinding 'veeleer op een lijn te stellen [is] met een beëindiging van de dienstbetrekking wegens een dringende reden'.

Met de invoering van het nieuwe BW per 1 januari 1992 is art. 1639x BW gewijzigd in art. 7A:1639x BW en per besluit van 10 januari 1997 verworden tot het huidige art. 7:686 BW. Met de inwerkingtreding van de Wvz in 2015 is een gesloten stelsel van ontslaggronden ingevoerd. Art. 7:686 BW bleef in de wet staan. De wetgever liet zich niet uit over de vraag hoe dit artikel zich verhoudt tot het gesloten stelsel van ontslaggronden. In de literatuur bestond verdeeldheid over deze vraag en onze ervaring is dat in de praktijk zelden een beroep wordt gedaan op deze ontbindingsmogelijkheid. Uit onze analyse van 107 uitspraken waarin een beroep is gedaan op art. 7:686 BW (periode: 2015 tot juli 2023) volgt dat het ontbindingsverzoek wegens ernstige wanprestatie een serieuze kans van slagen heeft indien (i) de werknemer zonder gegronde reden verzuimt om zijn/haar kernprestatie te verrichten, (ii) de werknemer structureel re-integratiever-

plichtingen schendt en (iii) het gaat om een werknemer waarvoor een hoge integriteitsmaatstaf geldt, zoals dat bij ambtenaren het geval is (B.M.C. Stenden & S.W. Kleijer, 'Ontbinding van de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever wegens ernstige wanprestatie: waar staan we?', *TAP* 2023/182).

Ambtenaren

Onderhavige uitspraak sluit aan bij deze conclusie. Het ging in deze zaak om een buitengewoon opsporingsambtenaar (boa) die tijdens een horecacontrole alcohol had gedronken en binnen een e-sigaret had gerookt, om vervolgens in de dienstauto te vertrekken. De rechtbank wees het ontbindingsverzoek van de werkgever, gemeente Heerlen, toe. Daarbij overwoog de kantonrechter dat voor een ambtenaar een hoge integriteitsmaatstaf geldt. Deze overweging komt vaker terug, onder meer bij een ambtenaar die onder andere softdrugs verkocht aan een collega (rb. Rotterdam 4 augustus 2020, *ECLI:NL:RBROT:2020:12585*) en een ambtenaar die gedurende ruim tien jaar onjuiste aangiften inkomstenbelasting/premie volksverzekeringen deed door geen melding te maken van buitenlandse bankrekeningen (rb. Oost-Brabant 16 mei 2023, *ECLI:NL:RBOBR:2023:2181*).

In eerdere uitspraken kregen de boa's die tekort waren geschoten in de nakoming van hun verplichtingen door zich in een besloten WhatsApp-groep discriminerend uit te laten, toch het voordeel van de twijfel (rb. Limburg 2 december 2020, *ECLI:NL:RBLIM:2020:9473*, rb. Limburg 2 december 2020, *ECLI:NL:RBLIM:2020:9474*, rb. Limburg 2 december 2020, *ECLI:NL:RBLIM:2020:9475* en rb. Limburg 2 december 2020, «JAR» 2021/3). Daarbij werd onder andere meegewogen dat boa's vaak laagopgeleid zijn en in hun taakuitoefening nog onvoldoende opleiding, begeleiding en nazorg ervaren bij incidenten. Interessant is dat de ambtenaar in onderhavige zaak niet het voordeel van de twijfel kreeg. Vermoedelijk speelt daarbij mee dat de ambtenaar een gewaarschuwd man was, hij had eerder al officiële waarschuwingen gekregen waarin hem werd duidelijk gemaakt dat hij zich geen misstappen meer kon veroorloven, en zijn gedragingen – anders dan bij de boa's en hun besloten WhatsApp-groep – naar buiten toe kenbaar waren. Wij kunnen ons dan ook vinden in het oordeel van de rechtbank.

Ernstige tekortkoming of ernstige wanprestatie

De rechter oordeelt in deze zaak dat sprake is van een ernstige tekortkoming en niet dat sprake is van ernstige wanprestatie. De rechter sluit daarmee aan bij het toetsingskader van art. 6:265 BW, dat uitsluitend een tekortkoming vereist, die zodanig is dat die de ontbinding met haar gevolgen rechtvaardigt. Eerder noemden wij dat de Hoge Raad (ook) ten aanzien van de ontbinding van een arbeidsovereenkomst heeft geoordeeld dat ernstige wanprestatie is vereist. Het begrip 'wanprestatie' kenmerkt zich naar hedendaagse opvattingen door het element/vereiste van toerekenbaarheid. De vraag is of de Hoge Raad dat element/vereiste ook in 1990 voor ogen had. De Hoge Raad heeft zich daar niet expliciet over uitgelaten. In de rechtspraak en literatuur wordt de toerekenbare tekortkoming sindsdien (vaak) in één adem genoemd bij een beroep op art. 7:686 BW. Soms wordt uitgebreid en in bevestigende zin ingegaan op de vraag of toerekenbaarheid vereist is (zie bijv. hof Den Bosch 23 mei 2006, *RAR* 2007/65). Er zijn ook uitspraken waarin uitsluitend beoordeeld wordt of sprake is van een ernstige tekortkoming (zie bijv. hof Amsterdam 24 november 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3245). Zo ook in onderhavige zaak. Wij menen dat de uitkomst niet anders zou zijn geweest indien de rechter getoetst zou hebben of sprake was van een toerekenbare tekortkoming c.q. ernstige wanprestatie. Dat een boa tijdens een horecacontrole alcohol drinkt en vervolgens in een dienstauto wegrijdt, kan hem immers worden toegerekend krachtens schuld.

Transitievergoeding

Een laatste punt dat ons opviel, is dat de gemeente de rechtbank heeft verzocht om vast te stellen dat de werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en geen recht heeft op een transitievergoeding. De rechter concludeert dat geen aanspraak bestaat op de transitievergoeding omdat de boa ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. In ons artikel hebben we toegelicht dat volgens de Hoge Raad niet getoetst hoeft te worden aan art. 7:673 BW indien wordt vastgesteld dat een werknemer ernstige wanprestatie heeft gepleegd (zie HR 21 februari 2020, «JAR» 2020/73, m.nt. Van Eck en Van Ruijssenaars, r.o. 3.3 en 3.3.4). Of de gedragingen kwalificeren als ernstig verwijtbaar handelen, is voor de afwijzing van de transi-

tievergoeding volgens ons dan ook niet noodzakelijk.

Conclusie

De uitspraak van de rechtbank Limburg is een bevestiging dat een ontbindingsverzoek wegens ernstige wanprestatie bij ambtenaren – vanwege de hoge integriteitsmaatstaf – een serieuze slagingskans heeft. Wij onderschrijven de uitkomst van deze zaak.

mr. B.M.C. Stenden
advocaat bij Dirkzwager N.V.

mr. S.W. Kleijer
advocaat bij Dirkzwager N.V.

223

Opzegging arbeidsovereenkomst door zieke werknemer niet rechtsgeldig

Kantonrechter Rechtbank Midden-Nederland
zp Amersfoort
15 maart 2023, nr. 10021572 AC EXPL 22-1817
GD/946, ECLI:NL:RBMNE:2023:1255
(mr. Pinckaers)

Opzegging werknemer. Inschakelen bedrijfsarts. Onderzoeksplicht werkgever. Goed werkgeverschap. All-in loon.

[BW art. 7:629 lid 1, 7:667 lid 6]

De werknemer treedt bij de werkgever in dienst in januari 2021 op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, te weten voor een jaar. De werknemer is werkzaam als oproepkracht (ca. 10 uur per week) en ontvangt een all-in salaris, waarin vakantiégeld en een reservering voor vakantie zijn opgenomen. In oktober 2021 raakt de werknemer arbeidsongeschikt als gevolg van een verkeersongeval onder werktijd. Op 1 november 2021 wordt de werknemer een brief ter ondertekening voorgelegd waarin hij zijn arbeidsovereenkomst tegen dezelfde dag opzegt. Vijf maanden later verzoekt de werknemer door tussenkomst van zijn gemachtigde betaling van zijn salaris over de maanden november en december 2021. Daartoe voert de werknemer aan dat hij niet wist