

Arbeidsconflict = ziek of niet ziek?

Niet meewerken met re-integratie = niet altijd ontslag

In een recente uitspraak ([LJN BR0259](#), Rechtbank Zutphen, 444535 VV EXPL 11-11) ging de Kantonrechter in op twee vraagstukken:

1. Indien sprake is van een arbeidsconflict is dan ook sprake van ziekte of niet?
2. Indien een medewerker niet meewerkt met re-integratie, leidt dit dan tot ontslag, of kan de medewerker zich verschonen?

Situatieschets

De medewerkster was de ex-echtgenoot van de directeur. Zij werkte als verkoopster binnendienst en werd ziek. Na een jaar bepaalde de bedrijfsarts dat er geen medische beperkingen meer waren, maar dat werkhervatting zou betekenen dat de medewerkster weer zou uitvallen ('werkhervatting niet goed zou zijn voor haar gezondheid vanwege een arbeidsconflict').

Werkgever biedt mediation aan, maar de medewerkster weigert hieraan mee te werken, omdat zij niet aan tafel wil met haar ex-echtgenoot. Werkgever start vervolgens een ontslagprocedure en zegt de arbeidsovereenkomst op. Werkgever stelt dat sprake is van de uitzondering op het opzegverbod bij ziekte als opgenomen in de wet (artikel 7: 670b): 'het opzegverbod bij ziekte is niet van toepassing, indien de medewerker zonder deugdelijke grond weigert mee te werken met re-integratie'. (Of anders gezegd: een werknemer die niet meewerkt met re-integratie kan zich niet beroepen op het opzegverbod bij ziekte.)

De medewerkster vernietigt de opzegging en vordert in Kort-Geding loondoorbetaling.

Juridisch: arbeidsconflict = ziek of niet ziek?

In een uitspraak in 2008¹ heeft de Hoge Raad een omschrijving gegeven van 'situatieve arbeidsongeschiktheid', namelijk: 'de situatie dat de werknemer zich op grond van (dreigende) psychische of lichamelijke klachten niet in staat acht tot het verrichten van zijn werkzaamheden, hoewel ten aanzien van de arbeidsgeschiktheid geen medische beperkingen van psychische of fysieke aard kunnen worden vastgesteld'. Er is geen sprake van ziekte, dus artikel 7: 629 BW is niet van toepassing. De volgende vraag is of de werkgever het loon moet doorbetalen. In de situatie dat de medewerker medisch gezien niet ziek is, maar niet kan werken vanwege een arbeidsconflict dient de werkgever het loon door te betalen, omdat 'het niet kunnen werken' voor rekening en risico komt van de werkgever conform artikel 7: 628 BW².

Volgens vaste rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep³ is voor het antwoord op de vraag of sprake is van arbeidsongeschiktheid 'als gevolg van ziekte of gebrek' doorslaggevend of op grond van medische gegevens met een grote mate van waarschijnlijkheid moet worden aangenomen dat bij en als gevolg van werkhervatting wederom uitval wegens ziekte zal plaatsvinden en/of dat werkhervatting tot schade van de gezondheid zal leiden. In deze omstandigheden is dus wel sprake van ziekte.

¹ Hoge Raad van 27 juni 2008 ([LJN BC7669](#))

² Zie ook: ([HR 21 maart 2003, JAR 2003,91](#)) Van der Gulik/Vissers): uitgangspunt is dat de vrijstelling van werk voor rekening en risico komt van de werknemer

³ zie bijvoorbeeld CRvB [1 september 2005 LJN AU2922](#) en [LJN AW1845](#), Centrale Raad van Beroep, 04/4674 AW

De Kantonrechter in Zutphen zet beide uitspraken op een rij en komt tot het standpunt dat uitgangspunt is in deze zaak dat sprake is van ziekte, nu de bedrijfsbedrijfsarts heeft bepaald dat de medewerkster weer zal uitvallen als zij zal werken. Sprake is van het opzegverbod als bedoeld in artikel 670 BW. Vervolgens dient gekeken te worden of het opzegverbod bij ziekte al of niet van toepassing, vanwege het niet meewerken met re-integratie.

Juridisch: niet meewerken met re-integratie = niet altijd ontslag

Als uitgelegd: in de wet staat dat het opzegverbod bij ziekte niet van toepassing is indien de medewerker niet meewerkt met re-integratie. Dit ligt alleen anders indien er een deugdelijke grond is om niet mee te werken.

De Kantonrechter in Zutphen vindt dat die deugdelijke grond er is. De Kantonrechter kan begrijpen dat de medewerkster niet met de directeur aan tafel wil, omdat zij ex-echtgenoten zijn (en, zo mag ik aannemen, ze 'niet in harmonie gescheiden zijn').

Kortom: het opzegverbod is wel van toepassing, omdat de medewerker een goede reden had om de mediation te weigeren. Werkgever kan niet opzeggen vanwege ziekte. De werknemer slaagt in haar vordering en krijgt het loon doorbetaald.

Wat leren we voor de praktijk?

1. Zorg ervoor dat de bedrijfsarts duidelijk is in de adviezen bij arbeids(on)geschiktheid. M.i. zijn er twee varianten:
 - a. Sprake is van een arbeidsconflict, en als de medewerker weer op het werk komt zal het tot 'problemen' (geen medische klachten) leiden; de werkgever dient loon door te betalen op grond van artikel 7: 628 BW; werkgever zal mediation inzetten.
 - b. Sprake is van een arbeidsconflict, en als de medewerker weer gaat werken, zal deze weer medische klachten krijgen; de werkgever dient loon door te betalen op grond van artikel 7: 629 lid 1 BW; werkgever zal mediation inzetten.

In de praktijk is de bedrijfsarts vaak niet zo duidelijk in zijn advies. Indien hij de keuze heeft uit deze 2 varianten kan dit veranderen. Het is verstandig om als werkgever deze varianten aan te dragen en een helder advies te vragen.

2. Zet de werkgever mediation in, dan dient de medewerker daaraan mee te werken, tenzij de medewerker goede redenen (deugdelijke grond) heeft niet mee te werken met mediation. (Wat zijn goede redenen: denk aan de situatie in deze casus, de medewerker die de mediator niet vertrouwt, de medewerker die ervan overtuigd is dat mediation niet gaat werken, omdat ... etc.)

Wat doet de werkgever dan?

De werkgever dient de 'deugdelijke grond' weer weg te nemen, door bijvoorbeeld 2-e spoor in te zetten (zoals in deze casus), een andere mediator of oplossing aan te bieden etc.

Neemt de werkgever 'de deugdelijke grond weg', en werkt de medewerker blijvend niet mee aan re-integratie, dan geldt het ontslagverbod bij ziekte niet, en kan de werkgever na verkregen vergunning de medewerker ontslaan.

En tot slot de belangrijkste tip: schakel UWV in voor een deskundigenaanvraag! Bijvoorbeeld indien je als werkgever een bevestiging wilt over het advies van de Arboarts dat de werknemer niet of wel zal uitvallen na werkhervatting vanwege het conflict, indien u twijfelt over 'die deugdelijke grond', indien je als werkgever een re-integratie 2-e spoor inzet etc. We helpen u graag hierbij.