

# 269. Opzegverbod tijdens ziekte: hoe ver reikt de bescherming?

MR. R. HUIJSMANS-ZWIJNENBURG EN MR. Y. BOS-BREMMER

Het opzegverbod tijdens ziekte is het opzegverbod waar in de praktijk het meest een beroep op wordt gedaan. Veel aspecten van dit onderwerp zijn in de rechtspraak de revue gepasseerd: wat als een werknemer zich ziekmeldt tijdens een UWV-procedure en het UWV verleent geen toestemming voor ontslag, waarna een verzoek tot ontbinding bij de kantonrechter wordt ingediend?<sup>1</sup> Aan welke medische oordelen wordt welk gewicht toegekend? En hoe zit het als een werknemer tijdens ziekte zwanger wordt en door de zwangerschap (deels) weer ziek wordt? In dit artikel geven wij een overzicht van de reikwijdte van het opzegverbod tijdens ziekte aan de hand van (recente) jurisprudentie.

## Opzegverbod tijdens ziekte

De werkgever mag in beginsel de arbeidsovereenkomst niet opzeggen gedurende de tijd dat de werknemer arbeidsongeschikt is wegens ziekte. In de wet is een aantal situaties opgenomen waarin het opzegverbod tijdens ziekte niet van toepassing is, zoals in het geval van instemming van een werknemer met de opzegging, opzegging tijdens de proeftijd of bij een ontslag op staande voet.<sup>2</sup>

Het opzegverbod tijdens ziekte kent twee wettelijke uitzonderingen. De rechter kan – ondanks het opzegverbod tijdens ziekte – de arbeidsovereenkomst van een werknemer alsnog ontbinden wanneer het ontbindingsverzoek geen verband houdt met de ziekte, tenzij sprake is van bedrijfseconomische redenen. Datzelfde geldt voor het geval er sprake is van omstandigheden waarbij het in het belang van de werknemer is dat de arbeidsovereenkomst eindigt.<sup>3</sup> Dit laatste kan zich bijvoorbeeld voordoen bij een zieke werknemer van wie de gezondheid alleen maar verslechtert door het in stand laten van de arbeidsovereenkomst.<sup>4</sup> Beide uitzonderingsgronden moeten terughoudend worden toegepast.<sup>5</sup>

De Rechtbank Noord-Holland heeft eind vorig jaar geoordeeld dat van de laatste uitzonderingsgrond sprake was. Uit het verslag van de bedrijfsarts volgde namelijk dat het

arbeidsconflict en de rechtszaak niet positief werkten op de medische problematiek en de prognose voor herstel van de werknemer. De werknemer had ook ter zitting verklaard dat gelet op de ontstane situatie er in feite geen andere keuze was dan een beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De werknemer ontving overigens wel een billijke vergoeding ter hoogte van € 75.000 bruto omdat de werkgever ernstig verwijtbaar had gehandeld.<sup>6</sup>

Voor wat betreft het moment waarop de werknemer in een procedure een beroep doet op het opzegverbod, heeft de Hoge Raad in 2018 geoordeeld dat het de werknemer, gelet op de herkansingsfunctie in hoger beroep, vrij staat om – voor het eerst in hoger beroep – een beroep te doen op het opzegverbod tijdens ziekte. Ook mag de werknemer voor het eerst in hoger beroep een beroep doen op feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan vóór de beslissing in eerste aanleg, en daarvan zo nodig bewijs leveren.<sup>7</sup> Voor gevallen waarin de kantonrechter in eerste aanleg de arbeidsovereenkomst heeft ontbonden, geldt in hoger beroep een ex tunc-toetsing. Wanneer het ontbindingsverzoek in eerste aanleg is afgewezen, geldt in hoger beroep een ex nunc-toetsing. In die gevallen kunnen nieuwe feiten en omstandigheden die zich na de beslissing in eerste aanleg hebben voorgedaan ook worden meegenomen in de beoordeling.

1 Zie ook het recent verschenen artikel over bijvoorbeeld het peilmoment: A.S. Jonker, 'Op zoek naar de grenzen van het opzegverbod tijdens ziekte', *ArbeidsRecht* 2024/40.

2 Art. 7:670a BW.

3 Art. 7:671b lid 6 BW.

4 *Kamerstukken II* 2023/14, 33818, nr. 3, p. 108 (MvT).

5 PHR 20 januari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:92 (conclusie A-G R.H. De Bock), onder 4.52.

6 Rb. Noord-Holland 23 oktober 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:11371.

7 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1234; HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283; HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:284. Zie voor een kritische noot van C.J. Frikkee, 'Toetsing opzegverbod en relatie met ziekte bij disfunctioneren in hoger beroep', noot bij HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1234, *TRA* 2019/98, waarin zij ervoor pleit dat ook omstandigheden die ten tijde van de beslissing in eerste aanleg te verwachten zijn, moeten worden meegenomen in de beoordeling.

## Aanvang ziekte

Het opzegverbod tijdens ziekte is niet van toepassing op de ontbinding van de arbeidsovereenkomst als de ziekte een aanvang heeft genomen nadat (i) een verzoek om toestemming tot ontslag is ontvangen door het UWV of (ii) het ontbindingsverzoek door de rechter is ontvangen.<sup>8</sup> Hiermee wordt misbruik van het opzegverbod tijdens ziekte (lees: het vluchten in ziekte als ontslag in de lucht hangt) ondervangen.<sup>9</sup> Als de werknemer zich pas na ontvangst van deze verzoeken ziekmeldt, kan hij alleen een beroep op het opzegverbod doen als hij aantoont dat de arbeidsongeschiktheid wegens ziekte al bestond voor de ontvangst van het verzoek. In die zin is dus niet beslissend of voorafgaand aan een verzoek een formele ziekmelding heeft plaatsgevonden.<sup>10</sup> Medische oordelen die dateren van ná de indiening van een ontbindingsverzoek kunnen relevant zijn voor de beoordeling van de rechter of op het moment van indiening van het verzoek een opzegverbod tijdens ziekte gold.<sup>11</sup> Het gaat er hierbij om dat deze oordelen betrekking hebben op de periode en situaties die van belang zijn voor de vraag in hoeverre sprake is van een opzegverbod.

## De werkgever doet er dan ook goed aan een verzoek tot toestemming voor de zekerheid een dag voordat de werknemer daarover wordt geïnformeerd in te dienen bij het UWV

Wanneer een werknemer zich ziekmeldt op dezelfde dag dat het verzoek om toestemming tot ontslag bij het UWV is ingediend, kan het ingewikkeld worden. Wordt het verzoek om toestemming in de ochtend ingediend en meldt de werknemer zich in de middag ziek, dan is strikt genomen sprake van een ziekmelding *nadat* het verzoek tot toestemming is ingediend. Het opzegverbod zou dan niet gelden. In de (ruim 25 jaar oude) wetsgeschiedenis is echter opgenomen dat de werknemer die ziek wordt op de dag van ontvangst van het verzoek tot toestemming voor ontslag, zich kan beroepen op het opzegverbod.<sup>12</sup> In de rechtspraak wordt hier verschillend mee omgegaan. Zo oordeelde de Rechtbank Amsterdam in 2011 dat een werknemer die zich in de avond had ziekgemeld, terwijl de werkgever die ochtend een verzoek tot toestemming voor ontslag had ingediend bij UWV, geen beroep meer toekwam op het opzegverbod. De ziekmelding heeft de werknemer gedaan buiten de gebruikelijke kantoortijden. Daarbij ging de rechtbank ervan

uit dat voor de dag van ontvangst van het verzoek door het UWV rekening wordt gehouden met de gebruikelijke kantoortijden, zodat de ziekmelding buiten die dag viel.<sup>13</sup> De werkgever doet er dan ook goed aan een verzoek tot toestemming voor de zekerheid een dag voordat de werknemer daarover wordt geïnformeerd in te dienen bij het UWV.

Wat nu als de werknemer *tijdens* een UWV-procedure ziek wordt en het UWV verleent geen toestemming voor ontslag, waarna de werkgever een ontbindingsverzoek indient bij de rechter? De Hoge Raad heeft daarover geoordeeld dat de tekst van art. 7:671b lid 2 BW erop wijst dat, indien de werknemer ziek is geworden na de indiening bij het UWV van de ontslagaanvraag, dit niet aan ontbinding van de arbeidsovereenkomst in de weg staat. Deze uitleg strookt met de bedoeling van de wetgever om met de beperking van het opzegverbod mogelijk misbruik van het opzegverbod tijdens ziekte te ondervangen. Daarnaast strookt deze uitleg met het feit dat de procedure bij het UWV en die bij de kantonrechter nauw met elkaar zijn verbonden. De Hoge Raad overweegt daarover het volgende:

‘Die nauwe band is het gevolg van het samenstel van de regels dat (a) ontbinding door de kantonrechter op de a-grond slechts mogelijk is indien de werkgever eerst het UWV heeft verzocht om toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst en deze toestemming door het UWV is geweigerd, (b) tegen de beslissing van het UWV geen beroep bij de bestuursrechter openstaat (art. 8:5 lid 1 Awb in verbinding met art. 1 Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak), (c) het ontbindingsverzoek slechts binnen twee maanden na de weigering door het UWV kan worden ingediend en (d) de kantonrechter dan toetst aan dezelfde criteria als het UWV.’<sup>14</sup>

De Hoge Raad is hiermee afgeweken van de conclusie van A-G R.H. De Bock. Zij concludeerde dat in een ontbindingsprocedure wegens bedrijfseconomische omstandigheden het opzegverbod tijdens ziekte geldt indien de arbeidsongeschiktheid is aangevangen voordat het verzoekschrift door de kantonrechter is ontvangen, ongeacht of de werknemer al ziek was tijdens de UWV-procedure.<sup>15</sup>

## De rol van de bedrijfsarts en andere behandelaars

De werknemer kan de arbeidsongeschiktheid wegens ziekte bewijzen door medische oordelen over te leggen aan de rechter. Hoe vindt de afweging tussen verklaringen van verschillende artsen in de praktijk plaats? Uitgangspunt is

8 Art. 7:670 lid 1 sub b resp. art. 7:671b lid 7 BW.

9 Zie PHR 3 mei 2019, ECLI:NL:PHR:2019:591 (conclusie A-G R.H. De Bock), onder 4.13.

10 Zie PHR 17 mei 2024, ECLI:NL:PHR:2024:546 (conclusie A-G B.J. Drijber), onder 4.42.

11 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1234; Hof Den Bosch 23 juni 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:2021; PHR 17 mei 2024, ECLI:NL:PHR:2024:546 (conclusie A-G B.J. Drijber), onder 4.31.

12 *Kamerstukken I* 1997/98, 25263, nr. 132d, p. 14.

13 Rb. Amsterdam 25 januari 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ2190. Zie voor een geval waarin de wetsgeschiedenis strikt is gevolgd: Hof Arnhem 25 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY1134.

14 HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:276.

15 PHR 1 november 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1014 (conclusie A-G R.H. De Bock), onder 11.1-11.29. In de literatuur is op de conclusie van A-G R.H. De Bock kritisch gereageerd: zie D.J. Buijs in *TRA* 2022/41 en F.M. Dekker in *TRA* 2022/6.

dat de bedrijfsarts beoordeelt of sprake is van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte. De bedrijfsarts is deskundig, onafhankelijk en in staat om het causaal verband tussen ziekte en arbeidsongeschiktheid vast te stellen.<sup>16</sup> Aan adviezen van behandelaars, zoals huisartsen, GZ-psychologen en psychotherapeuten, wordt door een rechter minder gewicht toegekend. Zij worden niet deskundig geacht in het geven van een medisch oordeel over de arbeids(on)geschiktheid.<sup>17</sup> Ook aan een anamnese kan in dat kader weinig waarde worden gehecht. Deze bevat slechts een verslag van wat een patiënt tegen de behandelaar heeft gezegd en is daarmee niet te beschouwen als een medisch oordeel van de behandelaar zelf.<sup>18</sup> Overigens betekent dit niet dat in zijn geheel geen waarde kan worden gehecht aan verklaringen van behandelaars. Zo achtte het Hof Den Bosch het op basis van verklaringen van een psycholoog aannemelijk dat de gevolgen van de ziekte van de werknemer (waaronder gedragsverandering) hebben bijgedragen aan het ontstaan van een verstoorde arbeidsverhouding. Naast andere omstandigheden heeft dat ertoe geleid dat het hof tot de conclusie kwam dat het opzegverbod aan ontbinding van de arbeidsovereenkomst van de betreffende werknemer in de weg stond.<sup>19</sup>

### De rechtbank vernietigde het ontslag op staande voet omdat de werkgever had nagelaten een bedrijfsarts in te schakelen om de arbeidsongeschiktheid van de werknemer te laten beoordelen

De Rechtbank Zeeland-West-Brabant oordeelde dit jaar over een ontslag op staande voet van een werknemer die kort na een ziekmelding wegens burn-outklachten een concert bezocht. De werkgever had van een bevriende arts begrepen dat iemand met een burn-out geen behoefte kan voelen om een concert te bezoeken. De rechtbank vernietigde het ontslag op staande voet omdat de werkgever had nagelaten een bedrijfsarts in te schakelen om de arbeidsongeschiktheid van de werknemer te laten beoordelen.<sup>20</sup> Het is de expertise van een bedrijfsarts om daarover een oordeel te geven en niet aan de werkgever om een dergelijke conclusie te trekken en daar (zulke vergaande) arbeidsrechtelijke maatregelen aan te verbinden.

### Ziekte in relatie tot een (mogelijk) arbeidsconflict

Het komt regelmatig voor dat werknemers zich ziekmelden in verband met een arbeidsconflict. In hoeverre is dan sprake van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte? De STECR Werkwijzer Arbeidsconflicten biedt bedrijfsartsen een beoordelingskader voor ziekmeldingen in relatie tot een arbeidsconflict.<sup>21</sup> In deze werkwijzer wordt onderscheid gemaakt tussen enerzijds de medische beoordeling van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte en anderzijds de advisering met betrekking tot re-integratie en werkhervatting.<sup>22</sup> Als sprake is van situatieve arbeidsongeschiktheid geldt het opzegverbod tijdens ziekte indien sprake is van aanwijsbare ziekteverschijnselen of indien op grond van medische gegevens met grote mate van waarschijnlijkheid moet worden aangenomen dat bij en als gevolg van werkhervatting wederom uitval wegens ziekte zal plaatsvinden en/of werkhervatting tot schade van de gezondheid zal leiden. Wanneer een werknemer zijn werkzaamheden niet kan verrichten in verband met (dreigende) psychische of fysieke klachten, geldt het opzegverbod tijdens ziekte dus wel.<sup>23</sup>

Als hervatting van de arbeid tot medische beperkingen kan leiden, kan daaruit niet zonder meer worden afgeleid dat de werknemer ook vóór die hervatting al arbeidsongeschikt was wegens ziekte en het opzegverbod in dat geval al zou gelden. Ter illustratie noemt A-G B.J. Drijber het volgende voorbeeld:

‘Als een werknemer die wegens een arbeidsconflict thuis zit verklaart ‘dat hij al ziek wordt bij de gedachte weer naar kantoor te moeten gaan’, kan hij niet op grond daarvan als arbeidsongeschikt worden aangemerkt (en kan hij dus niet met een beroep op het opzegverbod zijn dienstverband en doorbetaling van zijn salaris rekken).’<sup>24</sup>

Wanneer de bedrijfsarts oordeelt dat de werknemer arbeidsongeschikt is als gevolg van een conflict, waarbij een ziekte als oorzaak van de klachten niet aannemelijk is, geldt het opzegverbod in beginsel niet.<sup>25</sup> In dat geval is immers geen sprake van medische arbeidsongeschiktheid waar het opzegverbod tijdens ziekte op ziet.

Voor de vraag of het opzegverbod tijdens ziekte van toepassing is in het geval sprake is van een arbeidsconflict, moet worden getoetst of alle omstandigheden die aan het ontbindingsverzoek ten grondslag liggen zich laten abstraheren van de arbeidsongeschiktheid wegens ziekte. Er mag dus

16 PHR 17 mei 2024, ECLI:NL:PHR:2024:546 (conclusie A-G B.J. Drijber), onder 4.10-4.11; A.R. Houweling e.a. (red.), *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke Thematia II*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 486.  
 17 Vgl. Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2634.  
 18 PHR 20 januari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:92 (conclusie A-G R.H. De Bock), onder 5.19.  
 19 Vgl. Hof Den Bosch 23 juni 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:2021, waarin het hof onder meer waarde heeft gehecht aan verklaringen van de psycholoog.  
 20 Rb. Zeeland-West-Brabant 21 mei 2024, ECLI:NL:RBZWB:2024:4521.

21 STECR Werkwijzer Arbeidsconflicten, versie 7 (april 2022).  
 22 PHR 17 mei 2024, ECLI:NL:PHR:2024:546 (conclusie A-G B.J. Drijber), onder 4.23.  
 23 Rb. Zutphen 1 juni 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BR0259, met verwijzing naar CrvB 30 maart 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AW1845.  
 24 PHR 17 mei 2024, ECLI:NL:PHR:2024:546 (conclusie A-G B.J. Drijber), onder 4.25.  
 25 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 27 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3191.

geen verband zijn tussen de redelijke grond (verstoorde arbeidsverhouding) en ziekte.<sup>26</sup> Wanneer een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat naar aanleiding van een discussie over de arbeidsongeschiktheid van de werknemer, geldt het opzegverbod. Datzelfde geldt als de arbeidsongeschiktheid van de werknemer heeft geleid tot afwijkend gedrag van de werknemer en daarmee heeft bijgedragen aan een verstoorde arbeidsverhouding.<sup>27</sup>

### Wanneer een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat naar aanleiding van een discussie over de arbeidsongeschiktheid van de werknemer, geldt het opzegverbod

Frikkee stelt in haar noot bij de conclusie van A-G. R.H. De Bock de volgende toetsingswijze voor:

‘De rechter moet bij de beoordeling van een ontbindingsverzoek alle relevante feiten en omstandigheden meewegen. Dat wil zeggen, niet alleen de feiten en omstandigheden die de werkgever ten grondslag legt aan het ontbindingsverzoek, maar ook de overige relevante feiten en omstandigheden waarop de werknemer in zijn verweer een beroep doet. Vervolgens dient te worden beoordeeld of, als er wordt geabstraheerd van de ziekte/arbeitsongeschiktheid, met andere woorden als de feiten en omstandigheden die daarmee verband houden worden weggedacht, er zodanige omstandigheden resteren die voldoende zijn voor een voldragen ontslaggrond. (...) Bestond tussen partijen al een ernstig en duurzaam verstoorte arbeidsverhouding op het moment dat de werknemer zich ziek meldt, of lag er al een voltooid disfunctioneringsdossier, en doen zich nadien nog meer strubbelingen voor na die ziekmelding/tijdens de re-integratie, dan hoeft het opzegverbod niet in de weg te staan aan de ontbinding van de arbeidsovereenkomst.’<sup>28</sup>

Die gedachte delen wij. Er kunnen zich immers allerlei zaken voordoen – ook nadat een werknemer zich heeft ziekgemeld – die niets te maken hebben met ziekte. In die gevallen zou het opzegverbod tijdens ziekte niet aan ontbinding van de arbeidsovereenkomst in de weg moeten staan.

### Ziekte in relatie tot disfunctioneren

Om de arbeidsovereenkomst van een werknemer te kunnen ontbinden op grond van disfunctioneren, mag het disfunc-

tioneren van de werknemer niet voortvloeien uit ziekte of gebreken. Dat is een andere vraag dan die of de werknemer ongeschikt is wegens ziekte om de bedongen arbeid te verrichten (met bijbehorend opzegverbod). Wanneer een werknemer bijvoorbeeld gevolgen ondervindt van (de behandeling van) kanker (zoals vermoeidheid), hoeft geen sprake te zijn van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte, maar kan wel sprake zijn van minder goed functioneren als gevolg van vermoeidheid.<sup>29</sup>

Zoals aangegeven, geldt het opzegverbod tijdens ziekte niet als de feiten en omstandigheden die geen verband houden met ziekte tot een voldragen ontslaggrond leiden. Wanneer echter het disfunctioneren van een werknemer is gelegen in bepaald gedrag dat het gevolg is van een (psychische) ziekte, blijft het opzegverbod gelden.<sup>30</sup> Als een verbetertraject is doorlopen en sprake is van een voldragen disfunctioneringsgrond voor ontslag voordat een werknemer zich ziekmeldt, geldt het opzegverbod tijdens ziekte in beginsel niet.<sup>31</sup> Datzelfde geldt in het geval de werknemer disfunctioneert voordat hij zich ziekmeldt, waarna de werknemer ziek wordt door de spanningen die zijn ontstaan door het verbetertraject.<sup>32</sup>

In de praktijk zien wij vaak dat een werknemer zich ziekmeldt wanneer hem tijdens een gesprek is medegedeeld dat hij onvoldoende functioneert en hem in dat kader een verbetertraject wordt aangeboden. In die gevallen doet de werkgever er goed aan direct de bedrijfsarts erbij te betrekken. Niet alleen ten aanzien van de vraag in hoeverre sprake is van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte, maar ook om te beoordelen in hoeverre het verbetertraject plaats kan vinden tijdens de re-integratie van de werknemer.

### Ziekte en de statutair bestuurder

Het opzegverbod tijdens ziekte is ook van toepassing op statutair bestuurders.<sup>33</sup> De antimisbruikbepaling (zie paragraaf ‘Aanvang ziekte’) wordt in de praktijk ook bij bestuurders gehanteerd.<sup>34</sup> Daar waar de ontslagprocedure van een gewone werknemer aanvangt met de ontvangst van het verzoek om toestemming door het UWV, ligt dat moment bij een bestuurder bij de ontvangst door de bestuurder van de oproeping voor de aandeelhoudersvergadering waar het ontslag op de agenda staat.<sup>35</sup>

26 PHR 20 januari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:92 (conclusie A-G R.H. De Bock), onder 4.53.

27 Zie voor voorbeelden uit de feitenrechtspraak F.A. Chorus & B.P. Furstner, ‘Vergewisplicht, uitkomst ongewis? Het verband tussen ontbinding en opzegverbod nader beschouwd’, *ArbeidsRecht* 2021/40.

28 C.J. Frikkee, ‘Toetsing verband tussen opzegverbod en ontbindingsverzoek’, noot bij ECLI:NL:HR:2023:559, *TRA* 2023/80. Zie bijvoorbeeld Rb. Gelderland 4 mei 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:2598. Zie ook Hof Den Haag 17 augustus 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1573.

29 Zie ook PHR 3 mei 2019, ECLI:NL:PHR:2019:591 (conclusie A-G R.H. De Bock), onder 4.33-4.34.

30 Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 23 juni 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:2021.

31 Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 11 januari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:65; Rb. Den Haag 7 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10040.

32 Rb. Gelderland 2 april 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:2722.

33 HR 13 november 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0761.

34 Zie over dit onderwerp uitgebreid J.H. Bennaars, ‘Antimisbruikbepaling opzegverbod tijdens ziekte en de vennootschapsbestuurder’, *ArbeidsRecht* 2021/47.

35 Hof Den Bosch 22 augustus 2000, «JAR» 2000/207, m.nt. D.M. Thierry, met verwijzing naar Rb. Breda 15 februari 2000, «JAR» 2000/76 (eerste aanleg).

In lagere rechtspraak is een aantal keer de situatie aan de orde geweest dat een bestuurder zich heeft ziekgemeld voor de formele uitnodiging of oproeping, maar nadat hij volgens de werkgever op de hoogte is gesteld van zijn aanstaande ontslag. De Rechtbank Rotterdam heeft bijvoorbeeld overwogen dat een bestuurder geen beroep op het opzegverbod toekwam, omdat de advocaat van de werkgever een telefonische mededeling had gedaan waarin het ontslag van de bestuurder aan de orde zou zijn geweest.<sup>36</sup> De Rechtbank Noord-Holland overwoog dat het aanvangsmoment duidelijk en objectiveerbaar moet zijn. De ontvangst van de uitnodiging voor de vergadering is zo'n duidelijk en objectiveerbaar moment.<sup>37</sup> Een telefonische mededeling van een advocaat van de werkgever aan een werknemer is dat onzes inziens niet. Het Hof Arnhem-Leeuwarden sloot zich aan bij het oordeel van de Rechtbank Noord-Holland. Bij het bepalen van het aanvangsmoment gaat het dus niet om het moment dat de bestuurder een *vermoeden* had van het voornemen tot ontslag.<sup>38</sup> Dat lijkt ons een juiste toets voor het bepalen van het aanvangsmoment. Anders kunnen zich immers gevallen voordoen waarin de bestuurder – die zich heeft ziekgemeld en niet daadwerkelijk een vermoeden van zijn aanstaande ontslag had (waarbij er dus ook geen sprake was van een 'vlucht in ziekte') – niet een beroep op het opzegverbod tijdens ziekte toekomt. Zoals het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde: het is de verantwoordelijkheid van de aandeelhouder of de raad van commissarissen om het moment waarop de ontslagprocedure aanvangt zorgvuldig te kiezen en zo een strategische ziekmelding te voorkomen.<sup>39</sup>

### Ziekte en ontslag op staande voet

Het opzegverbod tijdens ziekte geldt niet als sprake is van een (rechtsgeldig) ontslag op staande voet.<sup>40</sup> Ontslag op staande voet *tijdens* ziekte is dus mogelijk. Maar geldt dat ook voor een ontslag op staande voet *wegens* ziekte? Daar moet terughoudend mee worden omgegaan. Bij de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet, moeten onder meer de persoonlijke omstandigheden van de werknemer worden meegenomen. Eén van die persoonlijke omstandigheden kan zijn gelegen in ziekte. Zo heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden recent geoordeeld dat het niet melden van een alcoholverslaving van een werknemer niet als dringende reden voor ontslag op staande voet te gelden heeft. Aan dergelijke problematiek is namelijk ontkenning van het alcoholprobleem inherent.<sup>41</sup>

Werknemers hebben in het kader van ziekte en re-integratie de verplichting zich aan controlevoorschriften te houden. Meermaals zijn werknemers op staande voet ontslagen omdat zij zich niet aan deze controlevoorschriften hebben gehouden. De Hoge Raad heeft daarover in 2004 al geoordeeld dat het niet voldoen aan controlevoorschriften in beginsel geen dringende reden voor een ontslag op staande voet oplevert. Daarvan kan wel sprake zijn in het geval van bijkomende omstandigheden.<sup>42</sup>

### De samentelling van ziekteperiodes die worden onderbroken door het zwangerschaps- en bevallingsverlof, wordt alleen gedaan in geval de ziektes dezelfde oorzaak hebben

Recent heeft de Rechtbank Rotterdam geoordeeld over een dergelijk ontslag op staande voet, waarbij door de werkgever werd betoogd dat sprake was van bijkomende omstandigheden die een dringende reden voor ontslag op staande voet opleverden. Daar ging de rechtbank echter niet in mee. Voor het niet voldoen aan controlevoorschriften, zoals het niet verschijnen op een afspraak met de bedrijfsarts, kan (en moet) de werkgever het loon van de werknemer opschorten. Het verwijt van de werkgever – dat de werknemer verder zijn re-integratie heeft belemmerd door niet eerlijk te zijn geweest over zijn contacten met een organisatie in het kader van een aanvullend behandeltraject waardoor de re-integratie zou zijn vertraagd – heeft de werkgever niet onderbouwd met een deskundigenoordeel van het UWV. Daarnaast had de werkgever voor dit verzuim het loon kunnen stopzetten, hetgeen niet is gebeurd. De werkgever had weliswaar een loonstop aangekondigd, maar heeft uiteindelijk deze maatregel niet genomen. Alhoewel tijdens een gesprek voor de werkgever duidelijk was dat het niet goed ging met de werknemer, heeft de werkgever in een vervolgesprek toch besloten tot ontslag op staande voet over te gaan. De rechtbank heeft hierover geoordeeld dat het ontslag op staande voet, gegeven de omstandigheden, op dat moment een te vergaande maatregel was.<sup>43</sup> Hieruit blijkt dan ook dat de werkgever minder vergaande maatregelen moet benutten wanneer deze zich daarvoor lenen en dat van bijkomende omstandigheden die een ontslag op staande voet in verband met het niet nakomen van controlevoorschriften rechtvaardigen niet snel sprake is.

### Ziekte en zwangerschap

Een combinatie die in de praktijk met enige regelmaat voorkomt is die van zwangerschap en ziekte.<sup>44</sup> Voor de berekening van de duur van het opzegverbod tijdens ziekte,

36 Rb. Rotterdam 5 april 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2979. Bennaars reageert kritisch op deze uitspraak: J.H. Bennaars, 'Antimisbruikbepaling opzegverbod tijdens ziekte en de vennootschapsbestuurder', *ArbeidsRecht* 2021/47.

37 Rb. Noord-Holland 17 april 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:3264.

38 Hof Arnhem-Leeuwarden 15 juni 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:5770.

39 Hof Arnhem-Leeuwarden 15 juni 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:5770.

40 Art. 7:670a lid 2 sub c BW.

41 Hof Arnhem-Leeuwarden 8 juli 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:4510.

42 HR 8 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9549.

43 Vgl. Rb. Rotterdam 19 juli 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:6866.

44 Het opzegverbod in verband met zwangerschap en bevallingsverlof wordt voor dit artikel buiten beschouwing gelaten.



worden ziekteperiodes met een tussenpoos van minder dan vier weken bij elkaar opgeteld, ongeacht of de arbeidsongeschiktheid voortkomt uit dezelfde oorzaak. Ziekteperiodes als gevolg van zwangerschap, voorafgaand aan het zwangerschapsverlof, en ziekteperiodes tijdens het zwangerschaps- en bevallingsverlof worden niet meegeteld. De samentelling van ziekteperiodes die worden onderbroken door het zwangerschaps- en bevallingsverlof, wordt alleen gedaan ingeval de ziektes dezelfde oorzaak hebben.<sup>45</sup> Wanneer een werknemer ziek was voorafgaand aan haar zwangerschap en zij na het bevallingsverlof (hoofdzakelijk) ziek is door de zwangerschap, start dus een nieuwe ziekteperiode. In dat kader is het van belang dat de werkgever de bedrijfsarts expliciet vraagt de oorzaken van de ziektes op te nemen in zijn adviezen, zodanig dat daaruit blijkt wanneer eventueel sprake is van een nieuwe ziekteperiode in verband met een andere oorzaak van de ziekte.

### Waar ligt de grens?

Het is duidelijk dat werknemers goed worden beschermd tegen een beëindiging van hun dienstverband tijdens ziekte. Het absolute karakter van het opzegverbod tijdens ziekte

kent echter ook grenzen. Discussies kunnen zich vooral voordoen rondom het moment van ziekmelding, de aard van de ziekte en de relatie tussen een ziekmelding als gevolg van disfunctioneren of een arbeidsconflict. Met name op dat laatste terrein – vanwege het feitelijke karakter ervan – verwachten wij dat werkgevers en werknemers de discussie zullen blijven opzoeken.

*Dit artikel is afgesloten op 16 oktober 2024.*

#### Over de auteurs



**Mr. Y. (Sietske) Bos-Bremmer**

Advocaat bij De Clercq Advocaten en Notariaat te Leiden.



**Mr. R. (Renée) Huijsmans-Zwijenburg**

Advocaat bij De Clercq Advocaten Notariaat te Leiden.

<sup>45</sup> Art. 7:670 lid 1 BW. Zie E. Verhulp, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 7:670 BW, aant. 3a.