

213. Ontslag wegens schending van ziekteverzuimvoorschriften

MW. MR. S.F. JANSEN EN MR. A.J.C. THEUNISSEN

Ontslag wegens schending van controle- en re-integratievoorschriften is in beginsel niet mogelijk, omdat artikel 7:629 BW voorziet in een loonsanctie. Toch is er relatief veel rechtspraak waarbij het in de kern gaat om het ontslag van een werknemer wegens schending van controle- en/of re-integratievoorschriften. In deze bijdrage staat de vraag centraal wanneer ontslag, ondanks dat de wet voorziet in een sanctie, toch tot de mogelijkheden behoort. Daarbij wordt onderzocht of de toets van *Vixia/Gerrits* door rechters in zowel ontbindingszaken als ontslag op staande voet zaken wordt gehanteerd.

1. Inleiding

Ontslag wegens schending van controle- en re-integratievoorschriften is in beginsel niet mogelijk, omdat artikel 7:629 BW voorziet in een loonsanctie. Toch is er relatief veel rechtspraak waarbij het in de kern gaat om het ontslag van een werknemer wegens schending van controle- en/of re-integratievoorschriften. In deze bijdrage staat de vraag centraal wanneer ontslag, ondanks dat de wet voorziet in een sanctie, toch tot de mogelijkheden behoort. Daarbij wordt onderzocht of de toets van *Vixia/Gerrits* door rechters in zowel ontbindingszaken als ontslag-op-staandevoet zaken wordt gehanteerd. De auteurs hebben in dit kader de op rechtspraak.nl en VAAN-AR-Updates.nl gepubliceerde jurisprudentie geanalyseerd over de eerste drie jaar dat het WWZ-ontslagrecht geldt, dus over de periode van 1 juli 2015 tot 1 juli 2018.

2. Artikel 7:629 BW

In de parlementaire geschiedenis bij de Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte (Wulbz), waarmee artikel 7:629 BW¹ is ingevoerd, is onderscheid gemaakt tussen controlevoorschriften en re-integratievoorschriften. Een gedetailleerde afbakening tussen de begrippen ‘controlevoorschriften’ en ‘re-integratievoorschriften’ is bewust niet gegeven, omdat de omstandigheden in de bedrijfstakken en individuele gevallen te ver uiteenlopen.² Onder controlevoorschriften verstaan wij redelijke voorschriften die

betrekking hebben op het verstrekken van inlichtingen, zoals het voorschrift tot het doen van een ziekmelding aan de werkgever en het voorschrift dat de werknemer zich moet laten controleren door een arbodienst.³ Met controlevoorschriften dient de werkgever te kunnen bepalen of de werknemer recht heeft op loon (conform de regels van artikel 7:627, 7:628 en 7:629 BW). Re-integratievoorschriften zijn naar onze mening voorschriften die, nadat is vastgesteld dat de werknemer arbeidsongeschikt is ten gevolge van ziekte,⁴ betrekking hebben op (i) beïnvloeding van het gedrag van de zieke werknemer en (ii) terugkeer in betaalde arbeid.

Schending van controlevoorschriften kan worden bestraft met opschorting van loon (lid 6), terwijl schending van re-integratievoorschriften kan worden bestraft met een loonstop (lid 3). De werkgever dient de werknemer eerst te waarschuwen voordat een loonsanctie wordt opgelegd (lid 7). In het navolgende zullen wij controle- en re-integratievoorschriften gezamenlijk behandelen onder de noemer ‘ziekteruimvoorschriften’.

De werkgever kan wel, naast een loonsanctie, een boete stellen op overtreding van in een reglement opgenomen ziekteverzuimvoorschriften

De wetgever vond de loonstop en loonopschorting voldoende afschrikwekkend voor de werknemer om hem te bewegen zijn verplichtingen op te volgen. Tijdens de totstandkoming van de Wulbz en de Wet verbetering poort-

¹ Destijds art. 7A:1638c BW.

² *Kamerstukken II 1995/96, 24439, 3, p. 21 en 61-63 en Kamerstukken I 1995/96, 24439, 134b, p. 23.* Diebels maakt onderscheid tussen controlevoorschriften, verzuimvoorschriften en re-integratievoorschriften, zie G.A. Diebels, *Re-integratie van de zieke werknemer* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2014, p. 267 e.v. en G.A. Diebels, ‘Controle- en verzuimvoorschriften bij arbeidsongeschiktheid’, *ArbeidsRecht* 2016/23.

³ *Kamerstukken I 1995/96, 24439, 134b, p. 50.*

⁴ De werknemer valt dan dus buiten het bereik van art. 7:627 en 7:628 BW en binnen het bereik van art. 7:629 BW.

wachter (WVP) is geschreven dat een ontslag op staande voet wegens schending van ziekteverzuimvoorschriften te verstrekken is.⁵ De werkgever kan wel, naast een loonsanctie, een boete stellen op overtreding van in een reglement opgenomen ziekteverzuimvoorschriften.⁶

3. Ontbinding op de e-grond

Bij schending van ziekteverzuimvoorschriften mag de werkgever dus in beginsel niet verdergaan dan het opleggen van een loonsanctie (en eventueel een boete). Onder omstandigheden kan schending van ziekteverzuimvoorschriften echter ook leiden tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. In de parlementaire geschiedenis bij de Wet werk en zekerheid (WWZ) is expliciet overwogen dat het handelen in strijd met artikel 7:660a BW een grond voor ontbinding wegens verwijtbaar handelen kan opleveren.⁷ Daarbij is opgemerkt dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen in ‘de situatie waarin de werknemer controlevoorschriften bij ziekte herhaaldelijk, ook na toepassing van loonopschorting, niet naleeft’, als gevolg waarvan de werknemer geen recht heeft op de transitievergoeding.⁸ Uit de verwijzing in de wetsgeschiedenis naar artikel 7:660a BW enerzijds (waarop de sanctie van loonstop staat) en het schenden van controlevoorschriften anderzijds (waarop de sanctie van loonopschorting staat), blijkt naar onze mening dat bij ontbindingsverzoeken geen onderscheid wordt gemaakt tussen schending van controle- of re-integratievoorschriften. In beide gevallen kan dit (ernstige) verwijtbaarheid opleveren. Dit wordt bevestigd in de hieronder besproken rechtspraak, waarin veelal in algemene termen wordt gesproken over schending van ziekteverzuimvoorschriften. Slechts in één – hieronder te bespreken – uitspraak wordt een expliciet onderscheid gemaakt tussen controle- en re-integratievoorschriften. Wij maken daarom ook geen onderscheid in controle- of re-integratievoorschriften bij de bespreking van de ontbindingszaken.

In artikel 7:671b lid 5 BW zijn voorwaarden opgenomen voor een ontbindingsverzoek wegens schending van ziekteverzuimvoorschriften: de rechter kan geen ontbinding op de e-grond uitspreken als (a) de werkgever de werknemer niet schriftelijk heeft gemaand zijn verplichtingen uit hoofde van artikel 7:660a BW na te komen en de betaling van het loon heeft gestaakt en (b) een deskundigenoordeel heeft overgelegd, tenzij het overleggen daarvan in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd.

4. Ontslag op staande voet

Hoewel de wetgever dus heeft bepaald dat een loonsanctie bij schending van ziekteverzuimvoorschriften voldoende

afschrikwekkend zou zijn, en ontbinding op de e-grond slechts onder voorwaarden mogelijk is, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een ontslag op staande voet wegens een dergelijke schending toch (ook) mogelijk is. In het arrest *Vixia/Gerrits*⁹ heeft de Hoge Raad overwogen dat ‘de enkele weigering van een werknemer de door de werkgever vastgestelde redelijke voorschriften omtrent controle bij ziekteverzuim na te leven niet een dringende reden in de zin van art. 7:677 lid 1 oplevert, doch dat daarvan bij de aanwezigheid van bijkomende omstandigheden wel sprake kan zijn’.

Het is een gemiste kans dat de Hoge Raad na *Vixia/Gerrits* twee zaken over dit onderwerp met toepassing van artikel 81 RO heeft afgedaan

Wat onder bijkomende omstandigheden moet worden verstaan is door de Hoge Raad helaas niet toegelicht. In de literatuur wordt verschillend gedacht over het antwoord op de vraag of sprake is van bijkomende omstandigheden die een ontslag op staande voet rechtvaardigen, indien controlevoorschriften *herhaaldelijk* zijn geschonden.¹⁰ Het is een gemiste kans dat de Hoge Raad na *Vixia/Gerrits* twee zaken over dit onderwerp met toepassing van artikel 81 RO heeft afgedaan.¹¹

5. Rechtspraak over schending van ziekteverzuimvoorschriften

In deze paragraaf wordt de gepubliceerde rechtspraak in de periode van 1 juli 2015 tot 1 juli 2018 over ontslag wegens schending van ziekteverzuimvoorschriften besproken. In deze rechtspraak staat de vraag centraal (1) of de arbeidsovereenkomst kan worden ontbonden wegens verwijtbaar handelen of nalaten, waarbij de werknemer mogelijk zijn recht verliest op de transitievergoeding wegens ernstige verwijtbaarheid, dan wel (2) of de werknemer rechtsgeldig op staande voet kan worden ontslagen. De uitspraken zijn onderverdeeld in vijf categorieën, die hieronder worden besproken.

5.1 Afwijzing ontbindingsverzoek

In negen gepubliceerde uitspraken werd het ontbindingsverzoek van de werkgever wegens schending van ziekteverzuimvoorschriften afgewezen. Twee ontbindingsverzoeken werden afgewezen vanwege het ontbreken van het deskundigenoordeel ex artikel 7:671b lid 5 sub b BW.¹² Het Hof Arnhem-Leeuwarden overwoog dat een oordeel van het

5 *Kamerstukken II* 1995/96, 24439, 3, p. 60 en *Kamerstukken I* 2001/02, 27678, 37a, p. 31. Zie hierover Hof Den Haag 21 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3237.

6 *Kamerstukken II* 1995/96, 24439, 6, p. 36 en *Handelingen II* 1995/96, 24439, 31, p. 2.393.

7 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 99.

8 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 40.

9 HR 8 oktober 2004, «JAR» 2004/259, m.nt. Beltzer (*Vixia/Gerrits*).

10 Zie voor een overzicht van de literatuur voetnoot 428 in S.F. Sagel, *Het ontslag op staande voet* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013, p. 367.

11 HR 24 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR5402 (*L’Kadi/Albert Heijn*) en HR 21 december 2012, «JIN» 2013/1, m.nt. Kruit (*ABN AMRO/X*).

12 Rb. Limburg 12 december 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:10759, Rb. Midden-Nederland 21 februari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:844.

UWV waarin de werknemer werd gekort in haar Ziekte-wetuitkering niet kan worden gelijkgesteld aan een deskundigenoordeel.¹³ Volgens het Hof 's-Hertogenbosch kan het deskundigenoordeel niet voor het eerst in hoger beroep worden overgelegd, aangezien het oordeel een verplicht voorportaal vormt voor toegang tot de rechter.¹⁴ Als uit een deskundigenoordeel niet duidelijk blijkt of de werknemer zijn re-integratieverplichtingen heeft geschonden, kan de arbeidsovereenkomst eveneens niet worden ontbonden.¹⁵ Ook strandden ontbindingsverzoeken op de schriftelijke aanmaningsplicht van artikel 7:671b lid 5 sub a BW. Als bijvoorbeeld niet of nauwelijks wordt gewaarschuwd of als de werknemer na de schriftelijke aanmaning of toepassing van de loonsanctie bereid is te praten met de werkgever, kan geen ontbinding volgen.¹⁶ Een ontbrekend opgelegde loonsanctie dient eveneens te leiden tot afwijzing van het ontbindingsverzoek, want de werknemer mag niet-passend werk weigeren.¹⁷

5.2 Toewijzing ontbindingsverzoek wegens verwijtbaar handelen of nalaten, zonder ernstige verwijtbaarheid

In twaalf zaken ontbond de rechter de arbeidsovereenkomst wegens verwijtbaar handelen of nalaten, zonder dat sprake was van ernstige verwijtbaarheid. De werknemer behield daardoor het recht op de transitievergoeding.

Soms werd door de rechter geen inhoudelijk oordeel gegeven over de vraag of werknemer ernstig verwijtbaar had gehandeld of nagelaten, bijvoorbeeld omdat de werkgever bereid was de transitievergoeding te betalen¹⁸ of omdat de werkgever niet had beargumenteerd waarom sprake zou zijn van ernstige verwijtbaarheid.¹⁹ In twee zaken waarin de werkgever wel expliciet verzocht om ontbinding zonder toekenning van de transitievergoeding werd niet gemotiveerd waarom 'slechts' sprake was van verwijtbaar handelen, en moest de transitievergoeding simpelweg worden betaald.²⁰

In andere uitspraken is wel een overweging gewijd aan het oordeel dat geen sprake was van ernstige verwijtbaarheid. Zo oordeelden twee rechters dat wanneer een werknemer psychische klachten heeft of depressief is, er geen sprake is van ernstige verwijtbaarheid.²¹ Evenmin is sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten als beide partijen fouten hebben gemaakt in het re-integratietraject, bijvoorbeeld als de werkgever adviezen van de bedrijfsarts te laat

opvolgt en deels ten onrechte een loonsanctie doorvoert of als uit een deskundigenoordeel blijkt dat de werknemer de aangeboden werkzaamheden niet kon verrichten.²² Andere rechters overwogen dat de persoonlijke omstandigheden van werknemers ertoe leidden dat geen sprake was van ernstige verwijtbaarheid, zodat deze werknemers recht hadden op de transitievergoeding.²³ Naar onze mening houden deze rechters terecht rekening met alle omstandigheden van het geval, zoals ook gebeurt bij de vraag of een ontslag op staande voet rechtsgeldig is gegeven. Echter, wij vinden het enkele feit dat iemand langdurig goed functioneert niet voldoende om te oordelen dat geen sprake was van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. Hetzelfde geldt voor ontslag op staande voet wegens bijvoorbeeld diefstal.²⁴

Eén rechter maakte een onderscheid in het herhaaldelijk weigeren van controlevoorschriften enerzijds, waarover in de parlementaire geschiedenis is geschreven dat dit kwalificeert als ernstig verwijtbaar handelen of nalaten, en het ontbrekend weigeren van passende arbeid anderzijds. Volgens deze rechter zit er tussen voornoemde twee schendingen een wezenlijk verschil en was geen sprake van ernstige verwijtbaarheid, omdat de werknemer in casu herhaaldelijk passende arbeid had geweigerd.²⁵ Volgens ons is deze redenering onjuist, omdat uit de parlementaire geschiedenis juist blijkt dat bij schending van zowel controle- als re-integratievoorschriften sprake kan zijn van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten.

5.3 Toewijzing ontbindingsverzoek wegens verwijtbaar handelen of nalaten, ook ernstige verwijtbaarheid

In eenentwintig zaken ontbond de rechter de arbeidsovereenkomst wegens verwijtbaar handelen en oordeelde de rechter daarbij dat sprake was van ernstige verwijtbaarheid. Zoals benoemd is voor ernstig verwijtbaar handelen in het kader van ziekteverzuim noodzakelijk dat de werknemer ziekteverzuimvoorschriften herhaaldelijk, ook na een loonsanctie, niet naleeft. De transitievergoeding is in dat geval niet verschuldigd, tenzij het niet toekennen van de (gehele of gedeeltelijke) transitievergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (artikel 7:673 lid 8 BW).²⁶

In zeven zaken was sprake van ernstig verwijtbaar handelen, omdat het ging om een onbereikbare of verdwe-

13 Hof Arnhem-Leeuwarden 11 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:7914.

14 Hof 's-Hertogenbosch 24 augustus 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3683.

15 Hof 's-Hertogenbosch 28 juli 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:3774; Rb. Noord-Holland 12 juni 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:4989.

16 Rb. Noord-Holland 18 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:283; Rb. Noord-Holland 23 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8739.

17 Rb. Midden-Nederland 4 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:110.

18 Rb. Midden-Nederland 8 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4938.

19 Rb. Amsterdam 30 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2413.

20 Hof Amsterdam 7 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2169; Rb. Limburg 31 maart 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:2954.

21 Hof Amsterdam 19 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2964; Rb. Noord-Holland 18 april 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:4855.

22 Rb. Noord-Holland 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:11032; Hof Den Haag 26 januari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:219.

23 Rb. Overijssel 27 juli 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2957; Rb. Limburg 14 december 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:10937.

24 Vgl. HR 21 januari 2000, «JAR» 2000/45 (*Hema/Prins*), waarin de Hoge Raad overwoog dat indien de gevolgen ingrijpend zijn, een afweging van deze persoonlijke omstandigheden tegen de aard en de ernst van de dringende reden tot de slotsom kan leiden dat een onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst gerechtvaardigd is.

25 Rb. Rotterdam 11 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9381.

26 Hierbij kan volgens de memorie van toelichting bij de WWZ worden gedacht aan 'een relatief kleine misstap na een heel lang dienstverband', *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 113.

nen werknemer.²⁷ In deze gevallen konden de werkgever, de bedrijfsarts en het UWV – ondanks herhaalde pogingen daartoe – geen contact krijgen met de werknemer, in sommige gevallen zelfs al direct vanaf het moment van de ziekmelding. Het overleggen van een deskundigenoordeel kon in deze gevallen daarom niet van de werkgever worden gevergd. De werknemers verschenen in deze zaken ook niet op de mondelinge behandeling, waardoor een mogelijke verklaring voor het ernstig verwijtbare gedrag evenmin kon worden achterhaald. De rechter ontbond de arbeidsovereenkomst in deze gevallen dan ook per de datum van de ontbindingsbeschikking.

Bij de overige toegewezen ontbindingsverzoeken waarbij het recht op de transitievergoeding verviel wegens ernstige verwijtbaarheid kwam de rechter ook telkens tot de conclusie dat de werknemer gedurende langere tijd, ook na loonopschorting, in strijd had gehandeld met de ziekteverzuimvoorschriften.²⁸ Behoudens één uitzonderingsgeval²⁹ werd daarbij ook steeds door de bedrijfsarts en de deskundige van het UWV geoordeeld dat de werknemer onvoldoende meewerkte. Dat veel waarde wordt gehecht aan het oordeel van de bedrijfsarts en het deskundigenoordeel van het UWV kwam in twee zaken bijzonder duidelijk naar voren. In de ene zaak haakte de werknemer steeds kort na pogingen tot werkhervatting af met als reden dat zij het aangepast werk te zwaar vond. Uit het deskundigenoordeel volgde echter dat het aangeboden werk wel passend was. De rechter overwoog dat de werknemer had nagelaten stukken (van een arbeidsdeskundige) te overleggen waaruit zou blijken dat het aangeboden werk niet passend zou zijn.³⁰

In de andere zaak werd het oordeel van de behandelend psychiater van de werknemster – dat de voorgeschreven mediation te belastend voor haar was – geheel terzijde geschoven.³¹ De rechter overwoog dat behandelend artsen zich dienen te onthouden van dergelijke beoordelingen en dat het oordeel van de bedrijfsarts en het deskundigenoordeel van het UWV zwaarder wegen dan het oordeel van de psychiater, nu deze beoordelingen zijn uitgevoerd door onafhankelijke deskundigen. Naar onze mening gaat het resoluut verwerpen van het oordeel van een behandelend psychiater wellicht ver, maar aan de andere kant menen

wij wel dat rechters – om tegenstrijdige medische oordelen te voorkomen – in beginsel moeten kunnen uitgaan van de juistheid van het oordeel van de bedrijfsarts en/of de deskundige van het UWV.

Bij bijna alle toegewezen ontbindingsverzoeken wegens verwijtbaar handelen, waarbij tevens wordt geoordeeld dat sprake was van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van werknemer, wordt het verzoek om toekenning van de transitievergoeding door rechters redelijk makkelijk afgedaan door te overwegen dat de werknemer geen omstandigheden heeft aangevoerd waaruit volgt dat het niet toekennen van de volledige transitievergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. In één zaak verwees de rechter wel expliciet naar de memorie van toelichting bij de WWZ en stelde dat, hoewel sprake was van een lang dienstverband, geen sprake was van een relatief kleine misstap.³² Tot slot behoeft de beschikking van het Hof Amsterdam nog vermelding. Het hof oordeelde – in tegenstelling tot de kantonrechter – dat de werknemer wel ernstig verwijtbaar had gehandeld en dat het niet uitmaakte dat de werknemer een WSW-indicatie had. Het hof liet de ontbinding dus in stand, maar bepaalde dat de werknemer toch geen recht had op de transitievergoeding.³³

5.4 Ontslag op staande voet houdt geen stand

Sommige werkgevers menen dat het (herhaaldelijk) schenden van ziekteverzuimvoorschriften dusdanig ontoelaatbaar is dat zij de werknemer op staande voet kunnen ontslaan. In elf zaken hield het gegeven ontslag op staande voet echter geen stand. Desondanks werd de arbeidsovereenkomst in bijna geen van de gevallen hersteld, meestal omdat de verhouding tussen partijen inmiddels was verstoord.³⁴

In elf zaken hield het gegeven ontslag op staande voet echter geen stand. Desondanks werd de arbeidsovereenkomst in bijna geen van de gevallen hersteld, meestal omdat de verhouding tussen partijen inmiddels was verstoord

27 Rb. Midden-Nederland 6 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1748; Rb. Noord-Holland 27 oktober 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:8898; Rb. Rotterdam 4 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:151; Rb. Noord-Holland 16 februari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:1365; Rb. Noord-Nederland 14 maart 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:869; Rb. Limburg 24 april 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:3926; Rb. Noord-Nederland, 13 maart 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:940.

28 Rb. Noord-Holland 28 september 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:8197; Rb. Noord-Holland 26 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:10552; Rb. Oost-Brabant 19 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:186; Rb. Limburg 21 oktober 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:9148; Rb. Noord-Holland 21 maart 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:2600; Rb. Amsterdam 9 juni 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4138; Rb. Overijssel 20 augustus 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3502; Rb. Zeeland-West-Brabant 19 januari 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:541; Hof Arnhem-Leeuwarden 28 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:6567.

29 Rb. Overijssel 11 oktober 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4068.

30 Rb. Limburg 9 november 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:9653.

31 Rb. Den Haag 8 februari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4890.

De toets die is aangelegd door de rechters in deze elf uitspraken is niet eensluidend. In zes zaken werd door de rechtbanken en hoven verwezen naar de ‘algemene’ toets van de dringende reden, zoals volgt uit het arrest *Schrij-*

32 Rb. Zeeland-West-Brabant 31 januari 2018, AR 2018-0237.

33 Hof Amsterdam 25 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1647.

34 De arbeidsovereenkomst werd in twee zaken wel hersteld: Rb. Amsterdam 27 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9018 en Rb. Overijssel 4 april 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:1580.

vers/*Van Essen*.³⁵ In drie zaken werd door hoven niet naar de algemene toets van de dringende reden verwezen, maar naar de parlementaire geschiedenis bij de Wulbz en/of de WVP.³⁶ In twee zaken – bij de Rechtbank Amsterdam en het Hof Amsterdam – werd slechts volstaan met de vaststelling dat geen sprake was van een dringende reden voor ontslag op staande voet.³⁷

Los van de vraag welke toets werd gehanteerd, werd meestal geoordeeld dat het ontslag op staande voet niet gerechtvaardigd was omdat de werkgever eerst een minder vergaande sanctie had kunnen en moeten opleggen. Dit achten wij juist: de werkgever moet in beginsel altijd eerst een loonsanctie opleggen bij het schenden van ziekteverzuimvoorschriften (en afwachten of deze loonsanctie effect heeft)³⁸ voordat ontslag op staande voet zou kunnen volgen. Opvallend is evenwel dat in geen van voornoemde zaken is verwezen naar *Vixia/Gerrits* en de daaruit voortvloeiende regel dat een ontslag op staande voet pas gerechtvaardigd is als sprake is van bijkomende omstandigheden.

Naar onze mening blijkt uit de uitspraken echter – hoewel niet expliciet benoemd – dat nog steeds bijkomende omstandigheden nodig zijn voor ontslag op staande voet wegens het schenden van ziekteverzuimvoorschriften (in het geval dat ook al een loonstop is opgelegd). Zo overwoog de Rechtbank Overijssel³⁹ dat gelet op de reeds opgelegde loonstop, geen dringende reden aanwezig was om over te gaan tot ontslag op staande voet. Ook het Hof Den Haag overwoog, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van de Wulbz en WVP dat ‘door de mogelijkheid van inhouding van loon [...] er geen dringende reden [is] om in een situatie als deze het dienstverband op te zeggen. Hierin leest het hof een duidelijke aanwijzing van de wetgever dat ontslag op staande voet in beginsel niet de juiste sanctie is op het (al dan niet herhaald) weigeren van het verrichten van re-integratiewerkzaamheden/passende arbeid.’ In dit geval speelde de persoonlijke omstandigheden daarnaast ook een belangrijke rol, aangezien de werknemer psychische angstklachten en een WSW-indicatie had.⁴⁰ Ondanks dat de overwegingen van (onder meer) de Rechtbank Overijssel en het Hof Den Haag niet onbegrijpelijk zijn, hadden zij naar onze mening ook kunnen aansluiten bij *Vixia/Gerrits*.

5.5 Ontslag op staande voet houdt stand

Allereerst wordt opgemerkt dat voor een ontslag op staande voet geen (ernstige) verwijtbaarheid is vereist. Een werknemer kan dus in bijzondere gevallen zijn recht behouden op de transitievergoeding, ondanks dat sprake is van een dringende reden.⁴¹ Bij schending van ziekteverzuimvoorschriften zal in de regel sprake zijn van verwijtbaarheid van werknemer. De vraag is dan of rechters oordelen dat sprake is van ernstige of normale verwijtbaarheid. In vijf zaken hield het ontslag op staande voet stand, waarbij de werknemer in twee zaken recht behield op de transitievergoeding. In dit kader is de uitspraak van de Rechtbank Den Haag⁴² interessant. In die zaak meldde een werknemer zich ziek en ging hij zonder overleg met de werkgever naar familie in Engeland. De werknemer ging vervolgens niet naar de bedrijfsarts, ook niet nadat het loon was opgeschort. Daarop werd de werknemer op staande voet ontslagen. De werknemer betwistte de dringende reden door onder meer te stellen dat geen sprake was van bijkomende omstandigheden als bedoeld in *Vixia/Gerrits*, nu zich uitsluitend omstandigheden hebben voorgedaan op het gebied van het krijgen van contact met de werknemer. De werkgever stelde daarentegen dat er meer omstandigheden aan de dringende reden ten grondslag liggen, zoals het zonder overleg vertrekken naar Engeland. De kantonrechter overwoog dat de werknemer zich verwijtbaar niet aan de controlevoorschriften heeft gehouden en dat dit voldoende is voor een dringende reden, nog los van eventuele bijkomende omstandigheden. De kantonrechter kende echter wel de transitievergoeding toe (en oordeelde dus dat geen sprake was van ernstige verwijtbaarheid), omdat de werknemer niet eerder in een dergelijke situatie was geraakt, de verhouding tussen partijen goed was en de psychische gesteldheid mogelijk in de weg heeft gestaan aan het opnemen van contact met de werkgever. Het is jammer dat ook deze kantonrechter weinig duidelijkheid schept over het criterium ‘bijkomende omstandigheden’. Daarnaast vinden wij dat de kantonrechter, in lijn met voornoemde parlementaire geschiedenis, had moeten oordelen dat tevens sprake was van ernstige verwijtbaarheid, omdat de werknemer pas een maand na het ontslag op staande voet voor het eerst meldde dat er naast rugklachten ook psychische klachten speelden. De psychische klachten belette de werknemer niet om contact met Engelse artsen te hebben, dus menen wij dat hij ook met de Nederlandse bedrijfsarts telefonisch contact had moeten opnemen. Nu hij dit niet deed, heeft hij in onze optiek ernstig verwijtbaar nagelaten.

Ook een andere, maandenlang verdwenen werknemer behield, ondanks een terecht verleend ontslag op staande voet, zijn recht op een transitievergoeding, onder meer vanwege langdurig goed functioneren en omdat zijn verdwijning te maken had met psychische problemen.⁴³ De kantonrechter stelde terecht dat de psychische klachten door werknemer niet waren bewezen, zodat het vernieti-

35 HR 12 februari 1999, «JAR» 1999/102 (*Schrijvers/Van Essen*). Zie Hof 's-Hertogenbosch 21 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2779; Rb. Overijssel 4 april 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:1580; Rb. Midden-Nederland 5 april 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:1871; Hof 's-Hertogenbosch 1 maart 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:852; Rb. Noord-Holland 30 maart 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:2732; Rb. Rotterdam 2 mei 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:4023.

36 Hof 's-Hertogenbosch 13 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3241, Hof Den Haag 21 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3237, Hof Den Haag 28 februari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:355.

37 Rb. Amsterdam 27 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9018; Hof Amsterdam 5 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1872.

38 Hof Amsterdam 5 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1872.

39 Rb. Overijssel 4 april 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:1580.

40 Zie anders: Hof Amsterdam 25 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1647.

41 HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:484 (*X/Dräger Nederland*).

42 Rb. Den Haag 15 november 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:14341.

43 Rb. Noord-Holland 9 mei 2018, AR 2018-0618.

gingsverzoek van werknemer werd afgewezen. Onjuist is volgens ons de daaropvolgende overweging van de rechter dat de mogelijke psychische problemen misschien wel invloed hebben gehad op het gedrag van werknemer, zodat geen sprake is van ernstige verwijtbaarheid.

Juister is naar onze mening het oordeel van de Rechtbank Noord-Nederland.⁴⁴ In deze kwestie overwoog de kantonrechter dat het niet aan de werkneemster is de voorwaarden van de re-integratie te dicteren. De werkneemster werd terecht op staande voet ontslagen door onder meer ten minste zeven keer te weigeren te spreken over de re-integratie, ondanks een loonstop en deskundigenoordeel dat zij niet voldoende deed aan haar re-integratie. Deze omstandigheden kwalificeerden ook als ernstig verwijtbaar handelen, zodat geen transitievergoeding was verschuldigd.

Het Hof Arnhem-Leeuwarden⁴⁵ overwoog, onder verwijzing naar het arrest *L’Kadi/Albert Heijn*, dat pas sprake is van bijkomende omstandigheden wanneer een werknemer zich schuldig maakt aan het méér dan herhaaldelijk schenden van controlevoorschriften. Het ontslag hield in twee instanties stand, omdat de betreffende werknemer zich langdurig totaal onbereikbaar had gehouden voor de werkgever en op de dag dat hij weer volledig arbeidsgeschikt was niet kwam opdagen.

6. Slot

Hiervoor zijn de op rechtspraak.nl en VAAN-AR-Updates.nl gepubliceerde uitspraken tussen 1 juli 2015 en 1 juli 2018 over ontslag wegens schending van ziekteverzuimvoorschriften behandeld. Allereerst blijkt hieruit dat bij ontslagzaken – naar onze mening terecht – nauwelijks onderscheid wordt gemaakt tussen schending van controlevoorschriften of re-integratievoorschriften. Daarnaast blijkt uit de rechtspraak dat de bijkomende-omstandighedentoets van *Vixial/Gerrits* in ontslag-op-staande-voetzaken veelal impliciet wordt gehanteerd. In één zaak werd wel expliciet verwezen naar het vereiste van bijkomende omstandigheden. Wij menen dat *Vixial/Gerrits* nog steeds leidend is en daarom nadrukkelijker toegepast zou moeten worden.

De toets van *Vixial/Gerrits* wordt niet toegepast in ontbindingszaken. Dit is volgens ons terecht en te verklaren omdat bij een ontbindingsverzoek al bijkomende omstandigheden

zijn ‘ingebakken’, namelijk het overleggen van een deskundigenoordeel (voor zover mogelijk). Voor werkgevers kan in dit verband een lastige situatie ontstaan, want als in een procedure het ontslag op staande voet wordt vernietigd en de kantonrechter toekomt aan behandeling van het voorwaardelijk verzoek tot ontbinding wegens schending van ziekteverzuimvoorschriften, dient de werkgever (anders dan bij het ontslag op staande voet) plots een deskundigenoordeel over te leggen.⁴⁶ Een werkgever doet er daarom verstandig aan alsnog een deskundigenoordeel aan te vragen als blijkt dat de werknemer het ontslag op staande voet aanvecht.

De toets van *Vixial/Gerrits* wordt niet toegepast in ontbindingszaken

Tot slot achten wij het terecht dat alle omstandigheden van het geval, waaronder de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, een rol spelen bij het antwoord op de vraag of sprake is van ernstige verwijtbaarheid. Daarbij moet echter in acht worden genomen dat het herhaaldelijk schenden van controlevoorschriften (net als diefstal) juist expliciet als voorbeeld van ernstige verwijtbaarheid wordt genoemd. Daarom is het enkele feit dat een werknemer, die langdurig goed heeft gefunctioneerd maar nadien herhaaldelijk ziekteverzuimvoorschriften heeft geschonden, onvoldoende om tot de conclusie te komen dat geen sprake is van ernstige verwijtbaarheid.

Over de auteurs



Mw. mr. S.F. Jansen
Advocaat bij Lexence



Mr. A.J.C. Theunissen
Advocaat bij Lexence

44 Rb. Noord-Nederland 21 februari 2017, ECLI:NL:RBNE:2017:1327. Zie ook Rb. Noord-Holland 23 januari 2018, AR 2018-0232.

45 Hof Arnhem-Leeuwarden 28 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:7776.

46 In Rb. Amsterdam 27 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9018 strandde daarop het ontbindingsverzoek.