

# Hoe kan ik een zieke werknemer ontslaan?

*Op 1 maart jongstleden zou een nieuwe medewerker bij onze organisatie in dienst treden. Een proeftijd was niet overeengekomen. Op 27 februari kreeg hij een hartinfarct en op 25 maart is hij volledig arbeidsongeschikt verklaard. Nu verplicht het UWV ons het salaris van de medewerker vanaf 1 maart gedurende twee jaar volledig door te betalen. Wat zijn onze arbeidsrechtelijke mogelijkheden om hier onderuit te komen?*

Allereerst kan geconcludeerd worden dat er tussen u en uw nieuwe medewerker rechtsgeldig een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen. Voor u als werkgever geldt daarom een opzegverbod wegens ziekte, zoals is vastgelegd in artikel 7: 670 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Voor de werknemer is de ziekte c.q. arbeidsongeschiktheid geen belemmering om een arbeidsovereenkomst te doen eindigen of in te laten gaan. De werknemer is dus per 1 maart bij u in dienst getreden.

## Ontbinding

De werknemer is inmiddels volledig arbeidsongeschikt. Dit betekent dat u in principe eerst nadat de arbeidsongeschiktheid twee jaar heeft geduurd, kunt opzeggen overeenkomstig artikel 7: 670 BW. Weliswaar kunt u te allen tijde proberen de arbeidsovereenkomst via een kantonrechtprocedure te laten ontbinden, maar dan mag het ontslag geen verband houden met ziekte. Veel kans dat de rechter uw verzoek inwilligt geef ik u niet, want u heeft naast zijn ziekte geen reden om de werknemer te ontslaan. Ook een ontslag op staande voet, bijvoorbeeld op grond van het missen van bekwaamheid of het met opzet veroorzaken van ongeschiktheid om de werkzaamheden te verrichten, heeft weinig kans van slagen. De enige uitweg die u mogelijk heeft, is als uw bedrijf de komende tijd om bedrijfseconomische redenen moet reorganiseren. In dat geval hoeft de arbeidsongeschiktheid niet aan een ontslag in de weg te staan. U kunt dan een beroep doen op het anciënniteitsbeginsel (last in first out).

## Verzwijging

U vermeldt niet of de hartafwijking al bekend was bij de werknemer toen hij bij u solliciteerde. Als u niet naar zijn gezondheidstoestand heeft geïnformeerd, hoefde hij dat ook niet uit eigen beweging te vermelden. De Hoge Raad heeft een uitspraak gedaan over de uitleg van artikel 7: 678 lid 2 BW, wanneer als dringende reden voor ontslag op staande voet verzwijging van relevante gegevens wordt aangevoerd. 'Het verzwijgen van een kwaal bij een sollicitatiegesprek wanneer daar niet gericht naar is gevraagd, kan alleen als een dringende reden worden beschouwd indien de werknemer wist of had moeten begrijpen dat deze kwaal hem ongeschikt maakt voor de functie waarnaar hij solliciteert.'

## Bedrog

Als de werknemer wel van zijn hartkwaal wist toen hij de arbeidsovereenkomst tekende, biedt wellicht de algemene leer van overeenkomsten uit boek 6 BW soelaas. De arbeidsovereenkomst is immers een bijzondere vorm van een tussen partijen gesloten overeenkomst. Daarop zijn ook bepalingen als dwaling en bedrog (boek 3 BW) van toepassing. Overigens zult u als werkgever eventueel bedrog moeten aantonen. Dit geldt ook wanneer u bijvoorbeeld zou stellen dat de werknemer u in de periode tussen 27 februari en 1 maart had moeten informeren over zijn hartinfarct. Echter, met de wetenschap in het achterhoofd dat 27 februari op een zondag valt en 1 maart op een dinsdag, verwacht ik niet dat de rechter snel zal concluderen dat de werknemer u heeft misleid. Want stel nu eens, dat u op maandag 28 februari kennis had genomen van de situatie en u zou hebben besloten de werknemer niet in dienst te nemen? Dat had ook problemen kunnen opleveren. Aan de ene kant kunt u stellen dat de arbeidsovereenkomst nog niet was ingegaan. Anderzijds was de overeenkomst al wel door aanvaarding van uw aanbod tot stand gekomen en daarmee zijn de op de arbeidsovereenkomst voor opzegging geldende bepalingen van toepassing. Wanneer u van de overeenkomst af wil, zou de werknemer van zijn kant een actie terzake nietigheid van de beëindiging, of schadeloosstelling dan wel schadevergoeding kunnen vorderen. Ook een actie uit kennelijk onredelijk ontslag is mogelijk.

## TIP

### Beding proeftijd

Het sluiten van een proeftijd met een nieuwe medewerker is, indien mogelijk, altijd aan te bevelen. Hiermee kunt u veel problemen voorkomen, zoals blijkt uit deze lezersvraag. Gedurende de proeftijd kan zowel de werkgever als de werknemer op ieder moment de dienstbetrekking beëindigen. Een proeftijd kan alleen worden aangegaan bij aanvang van het dienstverband. Een nieuwe proeftijd kan geldig zijn als het gaat om een totaal andere functie, waarvoor van de medewerker geheel andere vaardigheden worden gevraagd.

## Wijziging omstandigheden

Er is tot slot nog de mogelijkheid dat u een beroep doet op een wijziging van omstandigheden waardoor onverkorte voortzetting van het contract in deze ongewijzigde vorm onaanvaardbaar wordt. Ook hier is echter sprake van een spanningsveld tussen de belangen van de werkgever en de werknemer en hangt het zeer van de bijkomende omstandigheden van het concrete geval af hoe een rechter zal oordelen.

## Proeftijd

Wat u in ieder geval uit dit voorval kunt leren is dat u veel sterker had gestaan als u een proeftijd was overeengekomen. Artikel 6: 670b BW stelt dat het opzegverbod wegens ziekte gedurende de proeftijd buiten toepassing blijft. Wanneer de werknemer zou tegenwerpen dat er sprake is van oneigenlijk gebruik van de proeftijd, heeft u een uitstekend verweer. Als werkgever heeft u immers de vaardigheden van de werknemer juist niet kunnen toetsen.

## Aanstellingskeuring

Had deze situatie voorkomen kunnen worden? Moeilijk, dunkt me, afgezien van de proeftijd. De werknemer heeft niet voor zijn lol een hartinfarct gekregen en dit zal ook niet snel op basis van bijvoorbeeld onvoorzien omstandigheden voor zijn rekening worden gebracht. Had een medische keuring vóór de indiensttreding dan wellicht uitkomst gebracht? Dat is niet zeker. Er zijn nogal wat beperkingen aan een keuring tijdens de selectieprocedure. In het algemeen zijn medische keuringen niet toegestaan, behoudens voor specifieke functie-eisen op medisch gebied. In het geval dat wel een aanstellingskeuring is toegestaan, is het denkbaar dat de arbeidsovereenkomst wordt aangegaan onder de ontbindende voorwaarde van een negatieve keuringsuitslag.

## Inschatting risico's

Het kan geen kwaad bij een aanstaande werknemer zo uitgebreid mogelijk te informeren naar mogelijke kwalen of zijn medische achtergrond. Zo kunt u voor het aangaan van de arbeidsovereenkomst een inschatting van de risico's maken. Tot slot een positieve noot: het is niet gezegd dat de werknemer altijd ziek zal blijven. Het is zelfs mogelijk dat hij zodanig geneest dat hij weer aan de slag kan. Hopelijk voor hem en voor u komt het in de toekomst toch nog tot een vruchtbare en constructieve arbeidsrelatie. ■

Mr. F.J. Hommersom

Post@hommersomadvocatuur.nl

Vragen voor deze rubriek kunt u sturen naar [opperland@tip.nl](mailto:opperland@tip.nl)