

RECHTSPRAAK

Voor wiens rekening en risico komt de ziekteperiode van een werknemster die in het buitenland een borstverkleining heeft ondergaan en na afloop van de ingreep ziek wordt? Is de ziekte door opzet van werknemster veroorzaakt ex artikel 7:629 lid 3 sub a BW?*Feiten*

Werknemster is op 1 januari 2015 in dienst getreden bij Small Kidz Bredestraat B.V. (hierna: Small Kidz) in de functie van pedagogisch medewerker. Vanwege klachten aan de rug en schouders heeft de huisarts van werknemster haar in november 2002 verwezen naar de afdeling plastische chirurgie. Begin maart 2020 heeft werknemster aan Small Kidz laten weten dat zij voornemens was een borstverkleining te laten verrichten in Turkije. Op 16 maart 2022 heeft werknemster laten weten dat de operatie op 22 april zal plaatsvinden en zij heeft zich per e-mail ziek gemeld. Op 23 maart 2022 heeft Small Kidz het loon van werknemster ex artikel 7:628 lid 1 BW stopgezet. De afwezigheid van het werk wegens het ondergaan van een cosmetische ingreep en de afwezigheid van het werk voor het daarna volgende herstel komt volgens Small Kidz voor rekening van werknemster. Werknemster heeft er immers zelf voor gekozen om willens en wetens zonder medische noodzaak naar het buitenland te vertrekken voor het laten verrichten van deze ingreep. Om deze reden heeft werknemster volgens Small Kidz geen recht op doorbetaling van het loon, omdat de eventuele ziekte die uit de ingreep voortvloeit door opzet is veroorzaakt. Op 23 april 2022 heeft werknemster zich bij Small Kidz ziek gemeld. Op 23 april 2022 heeft Small Kidz werknemster nogmaals per brief laten weten dat de loondoorbetaling per 23 april 2022 wordt stopgezet. Na de ingreep heeft de bedrijfsarts geoordeeld dat werknemster niet zal kunnen werken vanwege medische redenen. Werknemster vordert onder meer dat Small Kidz wordt veroordeeld tot betaling van haar loon ingaande 23 april 2022 omdat zij ziek is en haar werkzaamheden niet kan uitvoeren. Bovendien bleek uit het advies van de bedrijfsarts dat zij medische klachten had en er dus geen sprake is van een medische ingreep. Small Kidz blijft bij haar standpunt dat geen loon is verschuldigd omdat de ziekte van werknemster opzettelijk is veroorzaakt. De ingreep was niet medisch noodzakelijk en medisch niet goed gekeurd. In Nederland werd deze ingreep in verband met een te hoog BMI ook niet vergoed door de ziektekostenverzekeraar. De loondoorbetaling zal worden hervat zodra werknemster is hersteld.

Oordeel

De zaak wordt tijdens een kort geding behandeld. Werknemster heeft een spoedeisend belang omdat zij geen salaris krijgt betaald. De kantonrechter behandelt de vraag of

werkneemster de arbeidsongeschiktheid met opzet heeft veroorzaakt en of Small Kidz terecht een beroep op artikel 7:629 lid 3 sub a BW doet. Als hoofdregel geldt dat een werkgever het loon gedurende de eerste 104 weken moet doorbetalen in geval van ziekte. Deze verplichting geldt niet als de ziekte door opzet van de werkneemster is veroorzaakt. Het opzetbegrip moet eng worden uitgelegd gelet op het feit dat het om een inkomensgarantie gaat. Naar het oordeel van de kantonrechter is van opzet onvoldoende gebleken. Werkneemster had klachten en zij heeft zich begin 2017 met klachten bij de huisarts gemeld. Dit heeft zich herhaald in oktober 2017, oktober 2018 en in juli en augustus 2020. Ook uit het advies van de bedrijfsarts volgt dat er sprake is van medische klachten en dat werkneemster een gerichte behandeling hiervoor zal ondergaan. Uit de informatie van de arts die de ingreep heeft verricht, blijkt eveneens dat werkneemster zich heeft gemeld met overmatige nek- en rugpijn. Voldoende aannemelijk is dat er voldoende aanleiding bestond voor werkneemster om een dergelijke ingreep te ondergaan. De opzet van werkneemster om deze behandeling te ondergaan was er dan ook op gericht haar klachten te verminderen en niet om arbeidsongeschikt te worden en ziekingeld van haar werkgeefster te incasseren. Van een puur cosmetische ingreep kan dan ook niet worden gesproken. Naar het voorlopig oordeel van de kantonrechter is dan ook voldoende aannemelijk dat de bodemrechter zal oordelen dat de arbeidsongeschiktheid van werkneemster niet door opzet is veroorzaakt en dat zij recht heeft op doorbetaling van haar loon vanaf 23 april 2022. Werkneemster heeft recht op doorbetaling van haar loon per 23 april 2022 tot het moment dat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig zal zijn geëindigd.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 13-07-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:6691

Zaaknummer: 9920110

Rechters: M. Verkerk

Advocaten: S. Foullani en mr. P. Tchai

Wetsartikelen: 7:628 BW en 7:629 lid 3 sub a BW