
Juridisch up to Date

2021-0005 - Juridisch up to Date 2021-01 d.d. 29-01-2021

Rubriek: Arbeidsrecht

De arbeidsongeschikte werknemer: een update

Midden in de COVID-19 crisis met meer verzuim dan normaal is het nuttig om te inventariseren welke belanghebbende rechtspraak er recent is verschenen over de arbeidsongeschikte werknemer. In deze bijdrage ga ik in op het wettelijk kader waarbinnen de re-integratie inspanningen worden beoordeeld, de slapende dienstverbanden, het opzegverbod bij ziekte, ontslag op grond van regelmatig ziekteverzuim en passende arbeid.

Wettelijk kader re-integratieverplichtingen

Op 11 december 2020 heeft de Hoge Raad arrest gewezen in een kennelijk onredelijk ontslagzaak (naar oud recht).¹ De werknemer, een docent mbo, is uitgevallen wegens voornamelijk werkgerelateerde omstandigheden. De re-integratie verloopt niet soepel. Aan de werkgever wordt een loonsanctie opgelegd. Na drie jaar ziekte wordt de werknemer ruim 77% arbeidsongeschikt bevonden en wordt aan hem een WGA-uitkering toegekend. De werkgever heeft het dienstverband opgezegd per 1 mei 2015. De werknemer is het hiermee niet eens en heeft zich gewend tot de Commissie van Beroep Beroepsonderwijs en Volwasseneneducatie (Commissie). De Commissie acht het beroep van de werknemer gegrond, omdat de werkgever geen zorgvuldig herplaatsingsonderzoek heeft uitgevoerd. Vervolgens is de werknemer een kennelijk onredelijk ontslagprocedure op grond van artikel 7:681(oud) BW gestart waarin hij een schadevergoeding van € 100.000 vordert. De kantonrechter oordeelt dat de uitspraak van de Commissie bindend is en dat het ontslag dus kennelijk onredelijk is. Hij kent een vergoeding van € 7.500 bruto toe. De werknemer gaat in hoger beroep. Hij stelt dat de werkgever zijn re-integratieverplichtingen niet is nagekomen. Het hof bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter en overweegt dat van de werkgever niet méér re-integratie-inspanningen hadden mogen worden verwacht. De werknemer stelt cassatie in en stelt dat het hof de rechtsgronden ambtshalve had moeten aanvullen door het optreden van de werkgever ook te toetsen aan de STECR Werkwijzer² en de UWV Werkwijzer Poortwachter.

De Hoge Raad doet de zaak af op artikel 81 RO. De A-G Van Peursum concludeert dat de UWV Werkwijzer en de STECR Werkwijzer geen recht zijn in de zin artikel 79 RO. Het wettelijk kader wordt bepaald door de Wet Verbetering Poortwachter, de Regeling procesgang eerste ziektejaar van 25 maart 2002 (Stcrt 2002, 60) en de Beleidsregels beoordelingskader poortwachter (Stcrt 2002, 236). Er is dan ook tevergeefs geklaagd dat het hof deze werkwijzers met ambtshalve aanvulling van rechtsgronden had moeten toepassen. Een terechte conclusie vind ik. Het juridisch kader wordt gevormd door de Wet Verbetering Poortwachter en daaruit voortvloeiende Regeling en Beleidsregels. Het kan zonder meer nuttig zijn om de STECR Werkwijzer en/of andere werkwijzers te raadplegen, maar deze zijn niet normstellend.

Slapend dienstverband I

Na de Xella-beschikking is veel rechtspraak verschenen over betalingen van de transitievergoeding na slapende dienstverbanden en de uitwerking van de beschikking daarop.³ Ik licht er hier twee uit. De eerste is van de Kantonrechter Den Haag⁴. Na 104 weken arbeidsongeschiktheid is aan de werkneemster een WIA-uitkering toegekend. Zij stelt de werkgever vervolgens voor om het dienstverband op basis van wederzijds goedvinden per 15 december 2019 te beëindigen onder betaling van de transitievergoeding. De werkgever heeft daarmee niet ingestemd, omdat partijen twisten over de omvang van de arbeidsduur en daardoor ook over de hoogte van de vergoeding. Vervolgens start de werkgever een UWV-ontslagprocedure en zegt de arbeidsovereenkomst met verkregen toestemming van het UWV op per 1 mei 2020. De werkneemster meent dat de transitievergoeding moet worden berekend over de hele periode tot aan de ontslagdatum. De werkgever stelt dat de transitievergoeding berekend moet worden over de periode tot aan het moment dat werkneemster twee jaar ziek was.

De kantonrechter volgt de werkgever in zijn betoog. Uit de Xella-beschikking volgt dat de bij de beëindiging van een slapend dienstverband te betalen vergoeding niet meer hoeft te bedragen dan hetgeen aan transitievergoeding verschuldigd zou zijn bij beëindiging op de dag na die waarop de werkgever wegens langdurige arbeidsongeschiktheid de arbeidsovereenkomst zou kunnen beëindigen. In de Xella-zaak ging het weliswaar om beëindiging met wederzijds goedvinden en in de onderhavige zaak om opzegging, maar dat maakt voor de berekening van de transitievergoeding geen verschil. Zou dat anders zijn, dan zou een werknemer de onderhandelingen over de beëindiging van een slapend dienstverband bewust kunnen frustreren teneinde te bewerkstelligen dat de transitievergoeding over een langere termijn wordt berekend. Ook de Wet compensatie transitievergoeding heeft als uitgangspunt een beëindiging na ommekomst van de twee ziektejaren. Het feit dat de werkneemster aanvankelijk zelf voorstelde om op basis van wederzijds goedvinden uit elkaar te gaan leidt niet tot een andere benadering dan in de Xella-beschikking.

Slapend dienstverband II

In een andere zaak waarover de Kantonrechter Arnhem⁵ moest oordelen ging het over de vraag of op de werkgever een algemene informatieplicht rust sinds de Xella-beschikking. Per 17 december 2018 is aan de werknemer een WGA-uitkering toegekend. De werkgever heeft het dienstverband slapend gehouden. In maart 2019 verzoekt de werknemer om een eindafrekening van zijn dienstverband. De werkgever geeft aan dat de werknemer daarop recht heeft bij uitdiensttreding, maar dat daarvan geen sprake is aangezien de arbeidsovereenkomst van de werknemer automatisch slapend is geworden per 17 december 2018 tot zijn pensioenleeftijd. Op 18 november 2018, een dag voor de beëindiging van het dienstverband in verband met het bereiken van de pensioenleeftijd, stuurt de werknemer aan de werkgever een e-mail met het verzoek om tot betaling van de transitievergoeding over te gaan onder verwijzing naar de Xella-beschikking. De werkgever, die stelt de e-mail pas een dag later te hebben gelezen, geeft aan dat het dienstverband inmiddels is geëindigd en dat betaling van de transitievergoeding niet meer mogelijk is. De werknemer start een procedure waarin hij betaling van de transitievergoeding van ruim € 43.000 bruto vordert.

De kantonrechter overweegt dat uit de Xella-beschikking geen algemene informatieplicht voor werkgevers voortvloeit die met zich brengt dat werkgevers gehouden zijn om hun werknemers met een slapend dienstverband te informeren over de mogelijkheden tot beëindiging daarvan onder uitbetaling van een transitievergoeding. Dat laat onverlet dat de strekking van deze uitspraak is dat, (mede) indachtig de invoering van de Compensatieregeling Transitievergoeding, ernaar gestreefd wordt dat slapende dienstverbanden eindigen, onder uitbetaling van een transitievergoeding. De werkgever had moeten begrijpen dat de werknemer, toen hij vroeg om de eindafrekening, uitging van een beëindiging van het dienstverband. De werkgever heeft niet doorgevraagd en de werknemer zelfs onjuist geïnformeerd. In elk geval had de werkgever de werknemer na 8 november 2019, de datum van de Xella-beschikking, deugdlijk moeten informeren. Ook had de werkgever positief op de e-mail van 18 november 2018 moeten reageren. De werkgever moet de transitievergoeding dan ook gewoon betalen.

Een terechte uitspraak lijkt mij, omdat de werkgever de werknemer in het duister hield ten aanzien van zijn recht op de transitievergoeding en de werkgever gewoon recht had op compensatie. Er zijn echter ook rechters die er anders over denken.⁶

Opzegverbod bij ziekte

Ook interessant blijft het opzegverbod bij ziekte. Als arbeidsrechtjurist zult u werkgevers er ongetwijfeld op attenderen dat als een ontslagaanvraag op grond van bedrijfseconomische redenen is ingediend, dit opzegverbod een opzegging na verkregen toestemming van het UWV niet meer in de weg staat. Maar wat geldt er als het UWV-toestemming onthoudt en de werknemer ziek wordt voor indiening van het verzoekschrift? Met dit vraagstuk zag de Kantonrechter Haarlem zich geconfronteerd. De werkgever heeft op 6 februari 2020 een voorlopige ontslagaanvraag ingediend bij het UWV. Op 10 februari 2020 heeft de werknemer zich ziekgemeld. De ontslagaanvraag is vervolgens afgewezen door het UWV. De werkgever dient vervolgens een ontbindingsverzoek in op grond van artikel 7:669 lid 3 onderdeel a BW. De werknemer beroept zich primair op het opzegverbod bij ziekte en subsidiair op de reflexwerking bij ziekte omdat uit alle feiten en omstandigheden vaststaat dat de werknemer al langere tijd ziek was en zijn ziekte sluipend aanwezig was maar gelet op de aard van de ziekte moeilijk te herkennen was.

De kantonrechter stelt allereerst vast dat er wisselende rechtspraak is over de toepasselijkheid van het opzegverbod tijdens ziekte indien de ziekmelding is gedaan na indiening van den UWV-ontslagaanvraag maar voordat het ontbindingsverzoek op de a-grond is ingediend. De kantonrechter kan een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst slechts inwilligen als het opzegverbod tijdens ziekte niet geldt. Nu het verzoek van de werkgever zal worden afgewezen, kan de vraag of sprake is van een opzegverbod verder onbeantwoord blijven. Dit is een wat onbevredigende uitspraak. Er is inderdaad wisselende rechtspraak over de gevolgen van een ziekmelding na de UWV-ontslagprocedure maar voor de ontbindingsprocedure. Ik vind dat een ziekmelding die na indiening van de UWV-ontslagaanvraag is gedaan, niet in de weg zouden moeten staan aan een ontbinding. De ontbindingsprocedure is immers een soort verkapt hoger beroep van de UWV-ontslagprocedure. Het is wachten op een uitspraak van de Hoge Raad hierover.

Regelmatig ziekteverzuim

Het komt niet vaak voor: een ontbindingsverzoek gegrond op artikel 7:669 lid 3 onderdeel c BW, regelmatig ziekteverzuim. Een onderhoudsbedrijf probeerde het eind 2020. De werknemer in kwestie verricht onderhoud- en reparatiewerkzaamheden. Tussen 2015 en 2019 heeft de werknemer zes medische ingrepen en (na)behandelingen ondergaan. Verdere medische ingrepen zijn niet uit te sluiten. Als gevolg van de medische ingrepen is de werknemer regelmatig uitgevallen. De werknemer heeft zich steeds gehouden aan zijn re-integratieverplichtingen en zijn werkzaamheden hervat. Na de laatste medische ingreep stelt de werkgever voor om op basis van wederzijds goedvinden uit elkaar te gaan. De werknemer is daarop niet ingegaan. De werkgever dient vervolgens een ontbindingsverzoek in primair op grond van regelmatig ziekteverzuim stellende dat het bij regelmaat niet kunnen verrichten van de bedongen arbeid als gevolg van ziekte voor de bedrijfsvoering onaanvaardbare gevolgen heeft. De kennisintensieve functie van de werknemer zou zich niet lenen voor opvang door tijdelijke arbeidskrachten. De werkgever heeft geen UWV-deskundigenoordeel aangevraagd omdat dit niet nuttig of nodig is; de werknemer kan immers volledig zijn eigen functie vervullen.

De kantonrechter⁷ overweegt dat een ontbindingsverzoek op grond van regelmatig ziekteverzuim moet worden afgewezen als de werkgever niet beschikt over een UWV-deskundigenverklaring, tenzij het overleggen van die verklaring van de werkgever in redelijkheid niet kan worden verlangd. Het is evenwel niet aan de werkgever om te bepalen of de deskundigenverklaring van het UWV al dan niet nuttig of nodig is. Aan de hand van het deskundigenoordeel kan allereerst beoordeeld worden in hoeverre het ziekteverzuim van werknemer heeft geleid tot voor de bedrijfsvoering van de werkgever onaanvaardbare gevolgen. Tevens kan met een dergelijk deskundigenoordeel getoetst worden of het ontbindingsverzoek niet in strijd komt met het opzegverbod bij ziekte en of het frequente ziekteverzuim niet het gevolg is van onvoldoende zorg van de werkgever voor de arbeidsomstandigheden van de werknemer. Bovendien kan aan de hand van het deskundigenoordeel mogelijk beoordeeld worden of in de toekomst nog frequent ziekteverzuim van werknemer te verwachten valt, waarbij van belang is of werknemer nog een volgende operatie dient te ondergaan. De enkele omstandigheid dat de werknemer op dit moment volledig arbeidsgeschikt is, rechtvaardigt niet de conclusie dat van de werkgever in redelijkheid niet gevergd kan worden dat hij een deskundigenverklaring overlegt. Omdat de deskundigenverklaring ontbreekt, wijst de rechter het ontbindingsverzoek af.

Geen verrassende uitspraak. Juist in de gegeven omstandigheden is het belangrijk een deskundigenverklaring te overleggen. Over de vraag wanneer van de werkgever niet verlangd kan worden een deskundigenverklaring te overleggen, is nog geen rechtspraak geweest.

Passende arbeid

Een ander interessant onderwerp dat in de weerbarstige arbeidsrechtpraktijk regelmatig tot discussies leidt tussen werkgevers en werknemers is of en wanneer sprake is van passende arbeid in het kader van de re-integratie. De Kantonrechter Zaanstad heeft hierover eind 2020 een uitspraak gegeven.⁸

De werkneemster is ziek sinds 12 september 2017. Op 14 juni 2019 vraagt zij een WIA-uitkering aan bij het UWV. Vanaf 8 augustus 2019 is zij voor 20 uur per week hervat in eigen, aangepast werk in het kader van haar re-integratie. Het UWV legt de werkgever een loonsanctie op, omdat de werkgever onvoldoende heeft gedaan om de werkneemster

te re-integreren. Vanaf 8 september 2020 heeft de werkneemster geen salaris meer ontvangen en is zij niet meer in de gelegenheid gesteld werkzaamheden te verrichten. Met ingang van diezelfde datum is aan de werkneemster een loongerelateerde WGA-uitkering toegekend op basis van een arbeidsongeschiktheidspercentage van 80-100%. De verzekeringsarts heeft een aantal fysieke beperkingen in de belastbaarheid vastgesteld en haar in staat geacht om tot en met 5 uur per dag en gemiddeld ongeveer 20 uur per week te werken. Bij e-mail van 30 september 2020 heeft de werkgever aangegeven dat met het eindigen van de loondoorbetalingsverplichting ook de re-integratieverplichting is geëindigd en dat de werkgever geen volwaardig passende functie kan bieden. Volgens de bedrijfsarts kan de werkneemster echter voor 20 uur per week ingezet worden in aangepast eigen werk. De werkneemster bericht de werkgever dat zij zich beschikbaar houdt voor de werkzaamheden en sommeert de werkgever haar weer toe te laten en achterstallig loon te betalen. De werkgever dient op 24 november 2020 een ontslaaanvraag bij het UWV in. De werkneemster start een kort geding waarin ze wedertewerkstelling en betaling van achterstallig loon vordert.

De kantonrechter overweegt dat ook na het tijdvak van de loondoorbetalingsverplichting nog steeds re-integratieverplichtingen op de werkgever rusten, ook wanneer de werknemer volledig arbeidsongeschikt wordt geacht in de zin van de WIA. Omdat vaststaat dat de werkneemster vanaf augustus 2019 haar eigen werk in aangepaste vorm heeft verricht, moet voorshands worden aangenomen dat de door de werkneemster verrichte arbeid passende arbeid in de zin van artikel 7:658a lid 4 BW is. De werkneemster heeft zich nadrukkelijk bereid verklaard deze werkzaamheden voor 20 uur per week te blijven verrichten. Niet gebleken is waarom in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd de bestaande situatie zoals deze sinds augustus 2019 bestaat te continueren, in ieder geval totdat er bij het UWV definitief duidelijkheid is over het einde van het dienstverband. De kantonrechter wijst de vorderingen van de werkneemster dan ook toe. Ook moet de werkgever het volledige salaris op basis van 20 uur per week doorbetalen. Volgens de kantonrechter hoort bij het verrichten van passende arbeid ook de betaling van het gebruikelijk loon. De discussie over de loonwaarde is in dit verband niet relevant. Zolang het dienstverband niet is geëindigd, blijven partijen gehouden tot re-integratie. Een reeds ingezette re-integratie kan niet zomaar worden stopgezet. Ook kan ik de kantonrechter volgen in zijn oordeel over het loon. Aanpassing van het loon ligt eerst in de rede als passende arbeid de bedongen arbeid is geworden en partijen daarvoor een nieuwe arbeidsovereenkomst sluiten.

Tot besluit

Uit bovenstaand overzicht blijkt dat arbeidsongeschiktheid van een werknemer regelmatig reden geeft voor discussies tussen de werkgever en werknemer. In elk geval bent u met deze bijdrage op de hoogte van de recentste ontwikkelingen.

- Noten :
1. HR 11 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1997.
 2. De STEOR Werkwijzer is een handleiding opgesteld door de Stichting Expertisecentrum Participatie (STEOR) waarin richtlijnen staan beschreven hoe bedrijfsartsen en andere arbo-professionals om moeten gaan met een ziekmelding van een werknemer (www.stecr.nl).
 3. HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734.
 4. Ktr Den Haag 12 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10305.
 5. Ktr. Arnhem 4 november 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:5890.
 6. Zie bijv. Ktr. Rotterdam 24 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3997.
 7. Zie Ktr. Rotterdam 22 september 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:8288.
 8. Ktr Zaanstad 29 december 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:11309.

Auteur(s): Mr. M (Margot) van Herwerden, Houthoff, Amsterdam