

204

Toetsing ex tunc staat beroep op opzegverbod in hoger beroep niet in de weg

Hoge Raad
 19 juli 2019, nr. 18/03945,
 ECLI:NL:HR:2019:1234
 (mr. Streefkerk, mr. Heisterkamp, mr.
 Snijders, mr. Kroeze, mr. Wattendorff)
 (Concl. A-G De Bock)
 Noot mr. I. Janssen

Opzegverbod tijdens ziekte. Beoordeling ex tunc. Herkansingsfunctie hoger beroep.

[BW art. 7:629, 7:669 lid 3 sub d, 7:670 lid 1,
 7:671b lid 7]

De werknemer, in dienst sinds 2005, is in 2010 arbeidsongeschikt geraakt als gevolg van een geknapt hersenaneurysma. Per 27 juni 2011 is hij arbeidsongeschikt verklaard. Nadien heeft de werknemer aangegeven sneller vermoeid te zijn en concentratieproblemen te hebben. Het functioneren van de werknemer over 2014 en 2015 is als onvoldoende beoordeeld. Op 27 mei 2016 is de werknemer medegedeeld dat hij niet langer in zijn eigen functie kon werken en dat gezocht zou worden naar een passende functie. Op 22 augustus 2016 is begonnen met een herplaatsingstraject. In januari 2017 heeft de werkgever ontbinding verzocht op grond van disfunctioneren. De kantonrechter oordeelde dat onvoldoende was gebleken dat de werknemer niet herplaatst kon worden. Vervolgens is de werknemer vrijgesteld van werk om zich te kunnen richten op herplaatsing. De werkgever meende echter dat de werknemer zich onvoldoende inspande. Op 17 juli 2017 heeft de werkgever opnieuw ontbinding wegens disfunctioneren gevraagd. Dit verzoek is toegewezen. In hoger beroep heeft de werknemer zich, onder verwijzing naar een neuropsychologisch rapport, beroepen op het opzegverbod tijdens ziekte. Het hof heeft dit beroep verworpen op de grond dat de ontbinding door de kantonrechter ex tunc beoordeeld moet worden en de kantonrechter niet in staat is gesteld zich van het opzegverbod te vergewissen. Bovendien blijkt volgens het hof uit

het rapport niet dat de werknemer al vóór 17 juli 2017 ziek was en daarmee sprake was van een opzegverbod.

De Hoge Raad overweegt dat een beoordeling ex tunc meebrengt dat geen rekening mag worden gehouden met feiten en omstandigheden die zich na de beslissing van de kantonrechter hebben voorgedaan. Dit doet echter niet af aan de herkansingsfunctie van het hoger beroep. Het stond de werknemer dan ook vrij om voor het eerst in appel een beroep te doen op feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan vóór de beslissing in eerste aanleg. Het hof heeft derhalve ten onrechte geoordeeld dat de beoordeling ex tunc meebrengt dat het de werknemer niet vrijstond om voor het eerst in hoger beroep een beroep te doen op het opzegverbod en het neuropsychologisch rapport als second opinion. Voorts heeft het hof het rapport weliswaar betrokken bij de vraag of sprake is van een opzegverbod, maar niet bij de vraag of het disfunctioneren is veroorzaakt door ziekte of gebrek in de zin van art. 7:669 lid 3 BW. Dit betekent dat het rapport na verwijzing alsnog moet worden betrokken bij de vraag of het disfunctioneren is veroorzaakt door een ziekte of gebrek.

NB. De ex tunc toets brengt mee dat in beginsel geen rekening wordt gehouden met feiten en omstandigheden die zich na de beslissing in eerste aanleg hebben voorgedaan, maar wel met feiten en omstandigheden van vóór dat moment. Zie in die zin ook HR, «JAR» 2018/297, m.nt. Van Zanten-Baris (Colliers) en Hof Den Haag, «JAR» 2019/87. Zie anders Hof Arnhem-Leeuwarden, «JAR» 2018/106, m.nt. Laagland. De beschikking van het hof in onderhavige zaak is gepubliceerd als «JAR» 2018/181.

*De werknemer te (...),
 verzoeker tot cassatie,
 hierna: de werknemer,
 advocaat: mr. R.A.A. Duk,
 tegen
 Achmea Interne Diensten NV te Zeist,
 verweerster in cassatie,
 hierna: Achmea,
 advocaat: mr. S.F. Sagel.*

Conclusie Advocaat-Generaal
 (mr. De Bock)

In deze Wwz-zaak heeft het hof *ex tunc* beoordeeld of de kantonrechter de arbeidsovereenkomst van de werknemer mocht ontbinden op de d-grond (disfunctioneren). In cassatie klaagt de werknemer dat het hof daarbij heeft miskend dat in hoger beroep, indien dat in eerste aanleg is nagelaten, alsnog een beroep kan worden gedaan op het opzegverbod tijdens ziekte en op de omstandigheid dat zijn ongeschiktheid het gevolg is van ziekte of gebreken in de zin van art. 7:669 lid 3, aanhef en onder d, BW. Verder klaagt de werknemer dat het hof ten onrechte niet inhoudelijk heeft beslist op zijn verweer dat zijn ongeschiktheid het gevolg is van ziekte, althans dat het hof zijn oordeel op dit punt onvoldoende heeft gemotiveerd.

1. Feiten

In deze zaak kan worden uitgegaan van de volgende feiten, ontleend aan de beschikking van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 25 juni 2018 onder 3.2 tot en met 3.34.¹

1.1. Werknemer, geboren in 1967, is op 15 september 2005 in dienst getreden bij (de rechtsvoorgangster van) Achmea en was laatstelijk werkzaam als deskaccountmanager tegen een bruto salaris van € 2.389,89 per maand exclusief vakantiebijslag bij een werkweek van 32 uren. De functie is beschreven in een functieprofiel en een nadere beschrijving van de inhoud van de functie van klant-contactspecialist.

1.2. Op 31 juli 2010 heeft Werknemer te maken gehad met een geknapt hersenaneurysma. Als gevolg daarvan is hij van 3 augustus 2010 tot 26 juni 2011 arbeidsongeschikt geweest. Per 27 juni 2011 is Werknemer weer volledig arbeidsgeschikt geacht.

Nadien heeft Werknemer aangegeven sneller vermoeid te zijn dan voorheen en last te hebben van concentratieproblemen. In verband daarmee heeft Werknemer een parkeerplaats direct onder het Achmeagebouw gekregen en is afgesproken dat hij een half uur langer mocht pauzeren gedurende zijn dienst, welke extra pauze hij zou compenseren door een halfuur langer door te werken.

1.3. In januari 2013 is Werknemer begonnen aan een MBO-opleiding in de ICT op niveau 4 op kosten van Achmea. Deze opleiding heeft hij in juli 2015 afgerond.

1.4. Werknemer heeft verschillende keren contact gehad met de bedrijfsarts. Eind 2013/begin 2014 heeft hij met bedrijfsarts betrokkene 1 gesproken over zijn achterblijvende resultaten. betrokkene 1 heeft hem gewezen op mogelijke consequenties van herkeuring. Daaruit zou kunnen blijken dat hij niet geschikt was voor zijn functie. Er is geen verdere actie ondernomen.

1.5. Over het jaar 2014 is het functioneren van Werknemer op een schaal van 1 (alle afspraken overtroffen) tot 5 (afspraken niet gehaald) beoordeeld met een 4 (afspraken deels gehaald), hetgeen een onvoldoende impliceert. Werknemer is beoordeeld op zijn verkoopresultaten, de gemiddelde tijd die de door hem gevoerde telefoongespreken en de administratie daarvan duren, de competenties die voor zijn functie vereist zijn en op zijn algemeen functioneren (houding en gedrag). In het beoordelingsverslag staat – voor zover van belang – het volgende vermeld:

“In de resultaten kom je uit op een 4 op sales. (...) Beoordeling: Pauze% is niets aan veranderd, nog steeds veel te hoog en dit heeft een grote impact in je cijfers. Gesprek met betrokkene 1 [bedrijfsarts betrokkene 1 – hof] gehad, waarbij gesproken is over dat als je dit niet op de rit krijgt, je wellicht niet geschikt bent voor de functie in verband met medische beperkingen.”

1.6. Op 22 januari 2015 heeft Werknemer Achmea gevraagd om een toelichting op het beleid ten aanzien van medewerkers met een beperking. HR Specialist betrokkene 2 heeft Werknemer verwezen naar ofwel een HR adviseur, de bedrijfsarts of een arbeidsdeskundige van het UWV.

In het verslag van een op 10 maart 2015 gevoerd gesprek tussen Werknemer, zijn toenmalige teammanager betrokkene 3 en betrokkene 4 staat onder meer dat Werknemer naar aanleiding van de resultaten van het eerste kwartaal 2015 ook een 4-beoordeling scoort en dat een tweede 4-beoor-

1 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden, 25 juni 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:5829, JAR 2018/181, *AR-Updates.nl* 2018-0745. Het hof is uitgegaan van de feiten die de kantonrechter van de rechtbank Noord-Nederland, locatie Leeuwarden, onder 2.1 tot en met 2.55 van zijn beschikking van 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4019, *AR-Updates.nl* 2017-1282, heeft vastgesteld. Daarbij heeft het hof rekening gehouden met grief 1, waarin Werknemer stelt dat de weergave van de kantonrechter niet volledig genoeg is. Verder heeft het hof de door de kantonrechter vastgestelde feiten aangevuld met wat in hoger beroep is komen vast te staan.

deling op rij leidt tot ontslag. De bedrijfsarts heeft Werknemer doorverwezen naar Beter Werken voor hulp in de omgang met het gevoel van beperking, maar volgens Werknemer bleek na intake van beide kanten geen noodzaak voor een vervolg. Volgens Werknemer is er een medische beperking. Afsproken is dat met Werknemer de mogelijkheden onderzocht worden en een plan zal worden opgesteld, dat op 24 maart 2015 wordt besproken. Het verslag van het gesprek op 24 maart 2015 vermeldt:

“Uit de terugkoppeling van de bedrijfsarts komt naar voren, dat er op basis van medische gronden geen reden is een uitzondering voor [Werknemer] te maken.” Achmea stelt voor dat Werknemer gedurende twee maanden een betaalde extra pauze krijgt van een kwartier in de ochtend en dat die proef wordt geëvalueerd, welk voorstel Werknemer opgelucht aanvaardt, aldus dit verslag.

1.7. In het verslag van een op 23 september 2015 gehouden voortgangsgesprek (ook wel bila genoemd) tussen Werknemer en zijn toenmalige teammanager betrokkene 5 staat dat coaching heeft plaatsgevonden om een stijging te bereiken in systeemconversie. In de eerste weken is een

lichte stijging geconstateerd, maar ondanks extra coaching heeft dat niet geleid tot het doel van minimaal 2 weken 15% A.

Op 10 november 2015 is met Werknemer besproken dat het hem niet is gelukt het Plan van Aanpak volgens afspraak aan te vullen en dat hij daarbij ook geen hulp heeft gevraagd. Het verslag van betrokkene 5 vermeldt:

“betrokkene 4 [betrokkene 4 – hof], ik en collega’s willen je graag helpen. Je moet dan wel aangeven wat je nodig hebt. Je medische klachten kunnen we niet verhelpen. We willen je graag helpen je doelen in je werk te halen. Ook daarvoor is belangrijk dat je zegt wat je nodig hebt en om hulp vraagt (...) Je vindt het nog steeds lastig om aan te geven wat je nodig hebt en om de doelen in het Plan van Aanpak te halen. Al pratende komen we op de volgende zaken: (...)

We gaan aan de slag met het Plan van Aanpak. Ik ga wat we besproken hebben verwerken in het Plan van Aanpak. Vervolgens bespreken we de voortgang in het Plan van Aanpak elke twee weken.”

1.8. In het Plan van Aanpak staat – voor zover van belang – het volgende vermeld:

<i>Wat (SMART) wil ik bereiken?</i>	<i>Welke stappen moet ik nemen om mijn resultaat-afspraken te realiseren?</i>	<i>Wanneer zal ik mijn afspraken realiseren?</i>
KPI's [Kritische Performance Indicatoren; toevoeging hof]		
Conversie A per kwartaal 15% of hoger, conversie B per kwartaal 30% of hoger	<ul style="list-style-type: none"> * Meeluisteren met een verkooptopper om techniek op te halen (...) * Coach laten meeluisteren (...) * Meeluisteren door betrokkene 5 [betrokkene 5 – hof] * Gesprekken laten opnemen (...) * Samen met een coach en betrokkene 5 [betrokkene 5 – hof] gesprekken terugluisteren Saleshuddles in het team (...) 	Q1 2016
NPS op een 3 score volgens de NPS/AHT matrix, waarbij je geen vakjes opschuift door te hoog pauzepercentage	In elke coaching (...) de klant/NPS meenemen; tops en tips krijgen van coach/betrokkene 5 Pauzeteller van betrokkene 6 gaan gebruiken (...)	Q1 2016
Continuïteit in resultaten (...)	KPI's en Houding en gedrag een 3-norm aan het einde van Q1-2016	Vanaf Q2 2016
Houding & Gedrag		
(...)	(...)	(...)
Eigen verantwoordelijkheid, zelfregie	* Aan de bel trekken bij TM bij tegenvallende resultaten, zaken die opvallen (...)	

1.9. Medio december 2015 heeft de beoordeling over 2015 plaatsgevonden. Werknemer kreeg als eindbeoordeling opnieuw een 4 (afspraken deels gehaald). In het verslag van het beoordeling staat onder meer:

“Dit is helaas je tweede 4 beoordeling op rij. Zoals aangegeven start er dan een arbeidsrechtelijke procedure.(...)”

Je A-conversie is erg wisselend, maar het hele jaar onder de norm. In Q3 maakte je een flinke stap in zowel je A als B conversie. (...) De stap naar 15% A-conversie is erg groot. (...) In het Plan van Aanpak heb je de stappen beschreven die jij nodig hebt om te verbeteren.

NPS/AHT/pauzepercentage: eindbeoordeling 4

In je NPS score heb je een hele mooie stijging laten zien. Je AHT is redelijk stabiel. In Q3 trekt je pauzepercentage je beoordeling een punt omlaag van 2 naar 3. Dat is zonde en ook niet nodig, zoals je nu ziet in Q4. Ik vind het mooi om te zien dat je nu je pauzepercentage onder controle hebt.”

1.10. Op 22 december 2015 en 19 januari 2016 heeft betrokkene 5 met Werknemer de voortgang van het Plan van Aanpak besproken. Op 25 februari 2016 hebben zij de jaarlijks te behalen resultaat- en ontwikkelafspraken besproken. Deze afspraken zijn opgenomen in het Plan van Aanpak. Het Plan van Aanpak is door betrokkene 5 tussentijds met Werknemer geëvalueerd op 3 maart 2016. In het verslag van betrokkene 5 staat:

“In 2016 zijn A-conversie, B-conversie en NPS/AHT nog niet op norm

Wat heb je nodig en wat gaan we doen?

Elke twee weken coaching met de focus op het onderdeel Verkoop en Behoud van het CO-PC-formulier. Daarbij ook Compliance meenemen, omdat het nieuw is en ook in je Kompas staat.”

Hierna heeft Werknemer op 31 maart 2016, 13 april 2016 en 12 mei 2016 voortgangsgesprekken gevoerd met betrokkene 5 en haar opvolger betrokkene 7. Ook op 27 mei 2016 heeft betrokkene 5 een voortgangsgesprek met Werknemer gehad. In het door betrokkene 7 opgestelde gespreksverslag staat – voor zover van belang – het volgende vermeld:

“Cijfers:(...) deze besproken en zitten in je mail. Op conversie onder norm. NPS goed en boven norm. In je plan van aanpak gaat het om beide KPI's.”

1.11. Na het voortgangsgesprek van 27 mei 2016 heeft betrokkene 7 aan Werknemer meegedeeld

dat, gelet op het feit dat de A- en B-conversie al ruim tweeënhalf jaar lang onder de norm waren en ondanks coaching en het verbetertraject niet boven of op de norm uitkwamen, de uitkomst van het verbetertraject zou zijn dat Werknemer er niet in was geslaagd zijn functioneren op het vereiste niveau te brengen. Voorts heeft hij Werknemer meegedeeld dat dit betekende dat Werknemer niet langer als Deskaccountmanager werkzaam zou zijn en dat er gezocht zou worden naar een andere passende functie en als dat niet zou lukken, de arbeidsovereenkomst zou worden beëindigd. Tijdens de eindevaluatie van het Plan van Aanpak op 3 juni 2016 is dit wederom door betrokkene 7 met Werknemer besproken en heeft betrokkene 7 namens Achmea aangeboden een vaststellingsovereenkomst met Werknemer te sluiten strekkende tot beëindiging van het dienstverband. Werknemer heeft aangegeven over dit aanbod na te zullen denken.

1.12. Op 21 juni 2016 heeft Werknemer per e-mail aan Achmea bericht zich in overleg met zijn gemachtigde ziek te melden totdat hij de bedrijfsarts had gezien in verband met zijn beperkingen. In reactie hierop heeft Achmea diezelfde dag aan Werknemer bericht de ziekmelding vooraansnag niet te accepteren en hem een week vrij te stellen van werk.

Werknemer heeft op 27 juni 2016 een bezoek gebracht aan bedrijfsarts betrokkene 8. In de terugkoppeling van de bedrijfsarts naar Achmea staat: “Op dit moment kan ik niets betekenen voor meneer [Werknemer]. Ik zie geen aanknopingspunten voor begeleiding in het kader van de Wet Poortwachter. Interventies vanuit Present zijn momenteel overbodig. Ik adviseer u om meneer [Werknemer] de mogelijkheid te bieden om in juli opnieuw met de bedrijfsarts te gaan praten, als het nodig is.”

Bij e-mail van 28 juni 2016 heeft Achmea in reactie op een verzoek van de toenmalige gemachtigde van Werknemer bericht dat de bedrijfsarts de vorige dag geen beperkingen van medische aard heeft vastgesteld, zodat zijn cliënt arbeidsgeschikt is. De gemachtigde werd verzocht voor 30 juni 2016 te reageren op de aangeboden vaststellingsovereenkomst.

1.13. Op 8 juli 2016 heeft Werknemer bedrijfsarts betrokkene 9 bezocht. Zijn advies luidde dat uitgegaan moest worden van het advies van 27 juni 2016.

Bij e-mail van 17 augustus 2016 heeft Achmea aan de toenmalige gemachtigde van Werknemer bericht dat er geen aanleiding was om aan te nemen dat Werknemer arbeidsongeschikt was en hem nogmaals verzocht te reageren op de aangeboden vaststellingsovereenkomst. Omdat een reactie op deze e-mail uitbleef, is Achmea op 22 augustus 2016 gestart met een herplaatsingstraject voor de duur van drie maanden.

1.14. In een driegesprek tussen Werknemer, betrokkene 7 en senior P&O adviseur betrokkene 10 op 30 november 2016 heeft Achmea meegedeeld dat het herplaatsingstraject formeel voorbij was en dat zij de kantonrechter om ontbinding van de arbeidsovereenkomst zou verzoeken. Ook heeft zij meegedeeld dat Werknemer niet langer werd vrijgesteld van werk en dat zij wilde dat hij vanaf 5 december 2016 tijdelijke administratieve werkzaamheden op C-niveau (Adidas-werkzaamheden) zou gaan verrichten. Werknemer heeft vanaf 5 december 2016 tot en met maart 2017 voormelde Adidas-werkzaamheden verricht.

Werknemer heeft als eindbeoordeling over 2016 een 5 (afspraken niet gehaald) gekregen.

1.15. Bij verzoekschrift van 27 januari 2017 heeft Achmea de kantonrechter voor de eerste keer verzocht de arbeidsovereenkomst met Werknemer te ontbinden op grond van ongeschiktheid voor de bedongen werkzaamheden. Bij voorwaardelijk tegenverzoek heeft Werknemer onder meer wedertewerkstelling verzocht.

Bij beschikking van 22 maart 2017 heeft de kantonrechter deze verzoeken afgewezen. Wel oordeelde de kantonrechter dat Werknemer ongeschikt was voor zijn functie, dat dit niet het gevolg was van ziekte of gebreken of van onvoldoende zorg van Achmea voor scholing van Werknemer en dat Achmea Werknemer in voldoende mate in de gelegenheid had gesteld zijn functioneren te verbeteren. Onvoldoende was gebleken dat Werknemer niet herplaatst kon worden binnen een redelijke termijn. Volgens de kantonrechter had Achmea actiever moeten zoeken, eventuele belemmeringen moeten wegnemen en moeten onderbouwen waarom zij Werknemer niet dezelfde voorrangspositie gaf als werknemers die boventallig waren door reorganisatie.

Tegen deze beschikking heeft Werknemer hoger beroep ingesteld, welk hoger beroep tijdens de mondelinge behandeling bij het hof op 30 mei 2018 is ingetrokken.

1.16. Bij e-mail van 24 maart 2017 heeft mr. Bonnema aan de toenmalige gemachtigde van Werknemer bericht dat Achmea opnieuw het herplaatsingsonderzoek gaat uitvoeren voor een periode van drie maanden en dat hij opdracht heeft een maand voor afloop van die termijn, vooruitlopend op de uitkomst, een nieuw ontbindingsverzoek in te dienen als herplaatsing nog niet is gelukt.

1.17. Tijdens een bespreking tussen Werknemer, betrokkene 7 en betrokkene 10 op 27 maart 2017 is afgesproken dat betrokkene 7 het herplaatsingstraject begeleidt als leidinggevende en betrokkene 11 vanuit P&O en dat Werknemer geheel wordt vrijgesteld van werk om zich volledig op herplaatsing te kunnen richten. In het verslag van dit gesprek staan verder als afspraken dat:

– Werknemer z.s.m. start met een sollicitatietraining (actie betrokkene 7/betrokkene 11) [betrokkene 7 en betrokkene 11 – hof]

– Werknemer een logboek per week bijhoudt om zo goed de gesprekken t.a.v. de voortgang te kunnen voeren en het overzicht te houden

– Werknemer begint vanmiddag weer met vacatures bekijken (hij heeft vanwege vakantie al een paar weken zijn mail niet gezien)

– betrokkene 7 onderzoekt optie Functioneel Beheer

– betrokkene 7 plant wekelijkse afspraken in voor Werknemer, hem en betrokkene 11.

1.18. Op 4 april 2017 heeft Werknemer aanspraak gemaakt op dezelfde voorrangspositie als collega's die boventallig waren na een reorganisatie en verzocht om een overzicht van functies waarop uitzendkrachten werkzaam zijn alsook functies die worden bemenst door medewerkers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en die binnen 26 weken eindigt. Betrokkene 7 heeft daarop geantwoord dat Werknemer geen aanspraak had op voorrang omdat dit in strijd zou zijn met de afspraken die Achmea met de vakbonden heeft gemaakt over de voorrang van bedoelde boventallige kandidaten, en dat in de beschikking van 22 maart 2017 niet is geoordeeld dat hij deze voorrangspositie zou moeten krijgen. Voorts is meegedeeld dat tijdelijke functies korter dan 26 weken niet in het herplaatsingsonderzoek werden betrokken en dat Achmea nog bezig was met het in kaart brengen van de voor Werknemer passende functies van langer dan 26 weken.

1.19. Hierna hebben diverse voortgangsgesprekken plaatsgevonden tussen Werknemer, betrokkene 7 en betrokkene 11.

– Op 5 april 2017 heeft Werknemer gemeld dat hij een MRI-onderzoek had gehad en daar veel zorgen over had, omdat de uitslag niet positief was en nader onderzoek diende plaats te vinden. Op verzoek van Werknemer is afgesproken dat het herplaatsingsonderzoek zich slechts zou uitstrekken over de locaties Leeuwarden, Zwolle, Apeldoorn en Leusden, omdat reizen naar andere locaties voor hem niet realistisch was. Ook zijn vacatures besproken die door betrokkene 11 en Werknemer waren geselecteerd en is afgesproken dat Werknemer op enkele van deze vacatures zou solliciteren en vóór 10 april 2017 de opleiding Wet financieel toezicht (hierna: Wft) zou aanvragen.

– Op 10 april 2017 heeft Werknemer aangegeven dat hij lichamelijk een paar slechte dagen achter de rug had en in het weekend veel had geslapen, maar dat hij wel een aantal acties had opgepakt in het kader van zijn herplaatsing. Zo had hij zijn sollicitatiebrief voor de functie van Zorgregelaar opgesteld. Afgesproken werd dat betrokkene 11 input op de brief zou geven en dat de brief daarna zou worden verstuurd. Voorts gaf Werknemer aan dat hij na het opstellen van deze brief door zijn energie heen was en daarom nog niet met de andere vacatures bezig was geweest. Voorts zijn de resultaten van de Persoonlijke Inzetbaarheidsscan die van Werknemer was gemaakt met Werknemer besproken. Werknemer heeft aangegeven ook graag een loopbaancheck te willen doen, gemeld dat hij was gestart met de e-learning SENS en per 1 mei 2017 kon starten met zijn Wft-opleiding.

In de daaropvolgende week heeft Werknemer geïnformeerd naar de vacature van Functioneel Beheerder in Zwolle en naar de functie van Functioneel Beheerder lben te Apeldoorn en gesolliciteerd op de tijdelijke functie van Medewerker Schadeservices te Leeuwarden. Achmea had Werknemer reeds als mogelijke kandidaat voor deze vacature geïntroduceerd bij de vacaturehouder.

– Op 19 april 2017 heeft Werknemer gemeld dat hij was afgewezen voor de functie van Zorgregelaar, omdat hij weinig vragen stelde en er kandidaten waren met meer ervaring in de zorg. Daarop heeft betrokkene 11 hem geadviseerd zich bij de volgende sollicitatie te verdiepen in de betrokken afdeling en vragen te noteren die hij in het

gesprek wilde stellen. Voorts heeft Werknemer in reactie op de vacatures die door betrokkene 11 aan hem waren toegestuurd, aangegeven dat hij louter administratieve functies niet zag zitten en dat hij functies voor onbepaalde tijd verkoos boven tijdelijke functies. Tot slot heeft Werknemer aangegeven dat hij prioriteit gaf aan zijn Wft-opleiding en e-learning SENS beëindigde, omdat het hem anders teveel werd.

1.20. Het door Achmea voor Werknemer ingeschakelde bureau dat sollicitatietrainingen verzorgt, Focus Nederland, heeft op 21 april 2017 aan betrokkene 11 bericht dat Werknemer tijdens de intake had aangegeven dat hij pas na 2 mei 2017 wilde starten, omdat hij op 2 mei 2017 voor onderzoek naar het ziekenhuis moest. Betrokkene 11 heeft daarop aan Focus Nederland bericht dat zo'n late start gelet op het herplaatsingstraject waar Werknemer in zat niet een optie was en Focus Nederland verzocht de training vóór 2 mei 2017 in te plannen. Werknemer is vervolgens op 24 april 2017 gestart met de sollicitatietraining.

1.21. De voortgangsgesprekken tussen Werknemer, betrokkene 7 en betrokkene 11 zijn vervolgd. – Op 24 april 2017 heeft Werknemer aangegeven dat hij het zoeken naar een andere passende functie wilde beperken tot de locaties Leeuwarden en Zwolle, omdat hij de locaties Apeldoorn en Leusden niet haalbaar achtte. Daarop heeft Achmea aangegeven dat zij hem wel op de hoogte zou blijven houden van de vacatures op de locaties Apeldoorn en Leusden, zodat hij in elk geval zou weten wat daar de mogelijkheden waren. Werknemer heeft verder desgevraagd aangegeven dat hij niet had gesolliciteerd op de functie van Medior/Senior IT Monitoring Specialist, omdat bij die functie nachtdiensten horen en hij die diensten niet haalbaar achtte vanwege zijn medische klachten. Bij de vacaturehouder van de vacature voor Polisbeheerder heeft Werknemer geïnformeerd of het mogelijk was om het Wft-diploma te halen tijdens het werk, maar dat was volgens de vacaturehouder niet mogelijk. Betrokkene 11 heeft Werknemer geadviseerd om zich alvast op te geven voor het examen voor de opleiding Wft Basis om een stok achter de deur te hebben en alvast de opleiding Wft Schade Particulier aan te vragen, zodat hij daar meteen na het behalen van het diploma Wft Basis mee zou kunnen starten. Werknemer heeft voorts desgevraagd aangegeven dat hij zich nog niet had ingeschreven voor de training LinkedIn voor beginners, omdat hij een

lekkere band had gehad en zijn energie daarna op was. Met de hulp van betrokkene 7 en betrokkene 11 heeft Werknemer zich ter plekke ingeschreven voor deze training op 16 mei 2017.

– Op 10 mei 2017 heeft Werknemer aangegeven dat hij veel lichamelijk ongemak ervoer van het vaatonderzoek dat hij op 2 maart 2017 had gehad en dat hij daarom weinig had gedaan in het kader van het herplaatsingstraject. Hij wilde in gesprek met zijn advocaat over de gevolgen die dit voor zijn herplaatsingstraject kon hebben. Afsgesproken werd dat hij een terugkoppeling zou geven aan betrokkene 11 na het gesprek met zijn advocaat. Verder heeft Werknemer aangegeven dat hij was afgewezen voor de functie van Medewerker Schadeservices, omdat hij geen Wft-diploma had en er geschiktere kandidaten gesolliciteerd hadden. Betrokkene 11 heeft daarop aangegeven dat zij inmiddels met vacaturehouder betrokkene 12 had afgesproken dat deze een afspraak met Werknemer zou maken om wat meer te vertellen over de functie en de afdeling, zodat Werknemer kon bepalen of hij bij een volgende vacature op deze functie wilde solliciteren. Betrokkene 11 en betrokkene 7 hebben er nogmaals bij Werknemer op aangedrongen dat hij zich alvast zou inschrijven voor het examen voor de opleiding Wft Basis. Tot slot heeft betrokkene 11 vier nieuwe vacatures met Werknemer besproken. Ten aanzien van drie daarvan werd geconcludeerd dat Werknemer niet aan de daarin gestelde eisen voldeed en ten aanzien van de vierde vacature, een functie in Apeldoorn verband houdende met het zogenoemde Ibsen-project, heeft Werknemer aangegeven een sollicitatie te overwegen.

– Op 17 mei 2017 deelde Werknemer mee dat hij nog steeds veel pijn had als gevolg van het vaatonderzoek van 2 maart 2017, dat hij daarom pijnstillers slikte en dat hij niets had gedaan in het kader van het herplaatsingstraject omdat hij suf werd van die pillen. Betrokkene 7 heeft daarop aangegeven dat Werknemer er, ondanks de door hem ervaren ongemakken, verstandig aan deed zijn acties in het kader van zijn herplaatsingstraject op te pakken, dat Werknemer altijd contact met hem mocht opnemen en dat hij graag bereid was Werknemer te helpen en mee te denken. Betrokkene 11 heeft vervolgens twee nieuwe vacatures met Werknemer besproken en daarbij aangegeven dat Werknemer weliswaar niet volledig voldeed aan de functie-eisen maar dat er wel wat aanknopingspunten waren waar Werknemer in

een gesprek met de desbetreffende leidinggeven- den over zou kunnen overleggen. Betrokkene 11 heeft Werknemer geadviseerd deze leidinggeven- den te bellen en te overleggen en ook bij andere interessante vacatures direct initiatief te nemen in de richting van de vacaturehouder.

– Op 25 mei 2017 heeft Werknemer in een gesprek, waarbij betrokkene 10 in plaats van betrokkene 11 aanwezig was, verteld dat hij de openstaande acties in het kader van het herplaatsingstraject niet had opgepakt vanwege vermoeidheid en pijn. Voorts heeft hij aangegeven dat hij op 18 mei 2017 een goed gesprek had gehad met een vacaturehouder waaruit bleek dat het niet hebben van een Wft-diploma het enige struikelblok voor hem was om te kunnen solliciteren op een functie bij de afdeling Schadeservices. Betrokkene 10 heeft aangegeven dat de opdracht van de kantonrechter was dat de herplaatsingstermijn goed moest worden benut en dat zij van mening was dat Werknemer te weinig actie ondernam, net als tijdens het vorige herplaatsings- traject.

1.22. Bij e-mail van 29 mei 2017 heeft Werknemer aan betrokkene 7 verzocht voor hem een afspraak te maken met de bedrijfsarts in verband met zijn medische klachten. Voorts heeft hij betrokkene 7 verzocht om de begeleiding te intensiveren, omdat hij zich moeilijk kon concentreren op zijn herplaatsingstraject en verwachtte dat dit alleen nog maar zou verslechteren. Ook heeft hij verzocht om het herplaatsingstraject op te schorten, zodat hij de mogelijkheid had om eerst zijn Wft-diploma's te halen, omdat die in 99 van de 100 gevallen vereist zijn voor functies binnen Achmea. Tot slot heeft hij nogmaals verzocht om een overzicht van alle voor hem passende functies.

Betrokkene 7 heeft in reactie hierop per e-mail van 1 juni 2017 aan Werknemer bericht dat een afspraak voor hem zou worden gemaakt bij de bedrijfsarts en dat hij er, totdat er een andersluidend bericht van de bedrijfsarts zou komen, van uitging dat Werknemer in staat kon worden geacht uitvoering te geven aan de met hem gemaakte afspraken in het kader van het herplaatsingstraject. Hij heeft voorts aangegeven dat niet Achmea haar begeleiding diende te intensiveren maar dat Werknemer zijn inspanningen diende te intensiveren. Ook bestond er volgens hem geen aanleiding om het herplaatsingstraject te stoppen om Werknemer de kans te geven eerst zijn Wft-diplo-

ma's te behalen. Daarvoor had Werknemer volgens hem kans genoeg gehad, omdat hem reeds vóór het herplaatsingstraject al meerdere keren was aangegeven dat het voor zijn doorstroomkansen binnen en buiten Achmea beter was dat hij werk maakte van zijn Wft-diploma's. Tot slot heeft betrokkene 7 aangegeven dat Achmea druk bezig was met het genereren van het door Werknemer gewenste overzicht van passende functies.

1.23. De voortgangsgesprekken zijn vervolgd. Op 1 juni 2017 deelde Werknemer mee dat hij van het UMCG het positieve nieuws had gekregen dat hij niet geopereerd hoefde te worden en dat hij zich na dit nieuws stukken beter voelde. betrokkene 7 heeft benadrukt dat Werknemer, nu hij zich beter voelde, het behalen van Wft-diploma's bovenaan zijn prioriteitenlijst diende te zetten. betrokkene 11 heeft Werknemer gewezen op de eerder door haar doorgegeven vacature van Zorgsoortspecialist en aangegeven bereid te zijn een oriënterend gesprek voor Werknemer te regelen met die afdeling. Voorts is afgesproken dat betrokkene 11 contact zou opnemen met de afdeling Debiteurenbeheer voor een oriënterend gesprek met Werknemer, en met een HR-adviseur van de locatie Zwolle om een oriënterend gesprek voor hem te regelen over de mogelijkheden op die locatie.

1.24. Bij e-mail van 5 juni 2017 heeft betrokkene 7, in vervolg op de afspraak van 10 mei 2017, aan Werknemer bericht:

“Onderstaande terugkoppeling heb ik van (...) betrokkene 12 gekregen naar aanleiding van je persoonlijk gesprek met hem:

Los van het feit dat ik een goed gesprek met Werknemer heb gehad, zou ik Werknemer niet aanmerken omdat hij:

- niet beschikt over de (verplichte) WFT diploma's Basis en Schade particulier;
- een duidelijke passie heeft voor ICT. De focus in zijn CV ligt ontzettend op ICT. Wij zoeken iemand die specifiek gaat voor klantcontactcenter, en dat bemerk ik niet uit Werknemer's motivatie;
- lang van stof is en veel informatie geeft. Naast Kwaliteit sturen wij op AHT (gesprekstijd). Ik verwacht dat dit hem niet gaat lukken.”

1.25. Op 6 juni 2017 heeft het volgende voortgangsgesprek plaatsgevonden. Werknemer heeft daarin aangegeven dat hij wilde solliciteren op de vacature van Zorgspecialist in Zwolle, waarop betrokkene 11 heeft aangeboden naar zijn sollicitatiebrief te kijken. Voorts heeft Werknemer aangegeven dat hij in het weekend 10 pagina's van

zijn lesboek voor de opleiding Wft had gelezen en toen moe werd en is gaan slapen. betrokkene 11 heeft hem daarop het advies gegeven om het leren af te wisselen met andere activiteiten. Werknemer heeft verder aangegeven dat hij geen vertrouwen had in de bedrijfsarts en hierover contact op zou nemen met zijn advocaat en dat hij graag de telefonische afwijzing van betrokkene 12 op schrift wilde ontvangen, op basis van de harde functie-eisen. betrokkene 7 heeft toegezegd hiervoor te zullen zorgen. Tot slot heeft Werknemer desgevraagd aangegeven dat hij was vergeten de loopbaancheck bij het bedrijf Menskracht te doen, maar dat hij dit alsnog zou gaan doen.

1.26. Op 12 juni 2017 heeft Werknemer een bezoek gebracht aan bedrijfsarts betrokkene 9. In de terugkoppeling van de bedrijfsarts van dit bezoek staat:

“De volgende vraag werd mij gesteld door de werkgever: kan betrokkene – gelet op de klachten die hij ervaart – al dan niet in staat worden geacht herplaatsingsactiviteiten te verrichten?

Bevindingen:

(...) T.g.v. medische klachten vanaf begin mei is het mogelijk, dat hij enigszins beperkt is in het verrichten van herplaatsingsactiviteiten. Maar zelfs met deze beperkingen moet hij nu nog in staat worden geacht tot het verrichten van deze activiteiten van enige omvang.”

1.27. Bij e-mails van 13 juni 2017 heeft betrokkene 11 Werknemer drie vacatures voor tijdelijke functies bij Achmea toegestuurd.

1.28. Daarna hebben de volgende voortgangsgesprekken plaatsgevonden.

– Op 21 juni 2016 (met betrokkene 13 in plaats van betrokkene 7) heeft Werknemer aangegeven dat hij in de tweede week van juni weinig had kunnen doen aan zijn herplaatsingsactiviteiten, omdat hij naar de bedrijfsarts, zijn advocaat en een crematie moest, maar dat hij in de periode daarna wel actief bezig was geweest. Zo had hij de workshop LinkedIn voor beginners gevolgd en zijn LinkedIn-profiel ingericht op zijn passie fotografie. Op de vraag van betrokkene 11 waarom hij zijn profiel niet had ingericht in het kader van zijn herplaatsing heeft Werknemer geantwoord dat hij dat niet gedaan had, omdat hij het werk wat hij op dat moment deed niet wilde blijven doen, maar van zijn passie fotografie zijn beroep wilde maken. Werknemer heeft verder aangegeven dat hij de dag voor het gesprek op twee vacatures had gereageerd en had afgezien van een sollicitatie op

de functie van Zorgsoortspecialist, omdat hij de combinatie van het reizen naar Zwolle en een full-time functie niet haalbaar achtte. Fulltime werken was wat hem betreft alleen mogelijk op de locatie Leeuwarden. Voorts heeft hij aangegeven dat hij door de drukte en de hitte weinig tot niets aan studie voor zijn Wft-opleiding gedaan had. Werknemer heeft daarop de suggestie gedaan om dan 's ochtends vroeg of later op de avond te leren, wanneer het wat koeler was, of buiten het huis te leren. Volgens Werknemer was het echter op die tijdstippen en buitenshuis nog steeds te warm om te leren. betrokkene 11 heeft benadrukt dat een Wft-diploma essentieel was in het herplaatsings-traject en dat het mogelijk moest zijn om dat Wft-diploma in enkele weken te halen. Voorts heeft betrokkene 11 Werknemer erop aangesproken dat hij wederom vergeten was Menskracht te bellen voor de loopbaancheck. Tot slot is het Talentprofiel van Werknemer besproken dat tijdens de LinkedIn-workshop uit een test naar voren was gekomen.

– Op 28 juni 2017 heeft Werknemer (met betrokkene 13 en betrokkene 10 in plaats van betrokkene 7 en betrokkene 11) aangegeven dat hij ging solliciteren op de interessante vacature voor de functie van Medewerker claimbehandeling regres en dat hij met de vacaturehouder van de vacature van Medewerker Pensioenadministratie had gemaild. Voorts heeft hij verteld dat die middag het oriënterende gesprek stond gepland met de manager van de afdeling Debiteurenbeheer en dat hij nog geen tijd had gehad om te bellen naar de HR-Manager in Zwolle van wie betrokkene 11 hem het telefoonnummer had gegeven om een oriënterend gesprek te regelen, maar dat hij dat die middag ging doen. Ook had hij contact gehad met Menskracht over de loopbaancheck en een proefexamen Wft gedaan, waarvoor hij was geslaagd. Hij heeft voorts aangegeven dat hij bij het DE-café gewerkt had en dat dat goed ging, omdat het niet zo warm was. betrokkene 10 heeft vervolgens een overzicht overgelegd van vacatures in de maanden april t/m juni 2017 alsmede functies waarop mensen werkzaam waren die met pensioen gingen en functies van langer dan 26 weken waarop externen werkzaam waren. Zij heeft deze lijst met Werknemer besproken en uitgelegd waarom hij voor veel van deze functies niet in aanmerking kwam, omdat hij niet voldeed aan de daaraan gestelde opleidingseisen. Verder heeft betrokkene 10 Werknemer erop gewezen dat het

niet verstandig was dat hij zijn LinkedIn-profiel had ingericht op zijn passie fotografie, omdat daaruit geen motivatie om bij Achmea te werken bleek. Volgens Werknemer zou hij deze motivatie wel uit kunnen leggen, indien hij werd uitgenodigd voor een sollicitatiegesprek, maar hij zou kijken of hij een kleine aanpassing in dat profiel zou kunnen maken. Tot slot heeft betrokkene 10 aangegeven dat het herplaatsingstraject was afgelopen en dat Achmea opnieuw een verzoek tot ontbinding zou indienen bij de kantonrechter.

1.29. Per e-mail van 29 juni 2017 heeft de manager van de afdeling Debiteurenbeheer aan betrokkene 11 teruggekoppeld over het oriënterend gesprek met Werknemer:

“Daarnaast de openstaande/komende vacatures doorgenomen. (...) Uitkomst is dat zeker de eerste twee vacatures niet aansluiten bij de ‘bagage’ van Werknemer. De opleidingen zijn te beperkt als mede ook gevraagde competenties gericht op verbinden, regie rol kunnen pakken, analytisch en zelf organiserend. (...) Betreffende het reguliere debiteuren beheer zijn we dieper op ingegaan. Aangegeven dat ik [Werknemer] dit niet zie doen. Tevens heb ik twijfel of qua verantwoordelijkheid en zelfstandigheid in het werk Werknemer de belastbaarheid aan kan. Als feedback heb ik hem terug geven dat ik vond dat hij slecht voorbereid was, geen verdieping had aangebracht in zijn vraagstukken en nauwelijks verdiepende vragen had richting mijn kant. Zijn reactie was dat hij zich voorgenomen had open in het gesprek te gaan zitten. Hierop aangegeven dat ik dit haaks vind staan op de zoektocht van hem richting een vervolgstap. In het gesprek kwam duidelijk naar voren dat zijn enthousiasme meer uitgaat naar een IT gerelateerde functie en iets met fotografie. Hierop hem gewezen dat Achmea met zijn opleidingsachtergrond hierin niets te bieden heeft en op het laatste punt hem gewezen zelf hiernaar op zoek te gaan binnen en of buiten Achmea (eigen kansen creëren).”

1.30. Bij e-mails van 11 juli, 18 juli, 27 juli, 2 augustus en 9 augustus 2017 heeft betrokkene 7 vacante vacatures bij Achmea op de locaties Leeuwarden en Zwolle naar Werknemer verzonden. Voorts heeft betrokkene 7 op 12 juli, 2 augustus en 9 augustus 2017 wederom voortgangsgesprekken met Werknemer gevoerd.

1.31. Op verzoek van mr. Van Voorthuizen heeft neurochirurg betrokkene 14 informatie verschaft over zijn patiënt [Werknemer]. In zijn brief van

22 juni 2017 schrijft betrokkene 14 dat Werknemer de bekende restverschijnselen heeft die vaak worden gezien bij een bloeding zoals Werknemer die heeft gehad: vooral verhoogde vermoeibaarheid, concentratiestoornissen en verminderde mentale spankracht. In algemene zin denkt betrokkene 14 dat Werknemer verminderd belastbaar is. Betrokkene 14 heeft Werknemer doorverwezen voor een neuropsychologisch onderzoek om de huidige stand van zaken op te maken. Werknemer heeft van deze doorverwijzing melding gemaakt in zijn (inmiddels ingetrokken) beroepschrift tegen de beschikking van 22 maart 2017 waarin het eerste ontbindingsverzoek was afgewezen.

Het neuropsychologisch onderzoek heeft geresulteerd in een rapport van oktober 2017 waarvan de samenvatting luidt dat er geen duidelijke achteruitgang is ten opzichte van 2011, maar thans wel van een evidente vertraging in informatieverwerking in complexe taken, hetgeen zich kan manifesteren als verminderde belastbaarheid. Dat past goed bij de doorgemaakte subarachnoïdale bloeding uit 2010. Opgemerkt wordt dat de wijze waarop Werknemer omgaat met de ervaren vermoeidheid (copingstijl) overwegend inefficiënt is. Dit rapport is namens Werknemer bij brief van 25 oktober 2017 naar mr. Bonnema gestuurd met de opmerking dat de inhoud gedeeld mag worden met de bedrijfsarts. In die brief is namens Werknemer een beroep gedaan op het opzegverbod tijdens ziekte. Bij brief van 30 oktober 2017 heeft Achmea de uitdiensttreding bevestigd.

1.32. Werknemer heeft op 22 november 2017 aan Achmea bericht dat hij meent ziek uit dienst te treden, waarbij hij verwijst naar zijn onder 1.31 vermelde beroepschrift en de brief van 25 oktober 2017. Achmea heeft op 1 december 2017 in reactie daarop geantwoord dat dit volstrekt onjuist is. Werknemer heeft zich niet bij zijn leidinggevende ziek gemeld en er is geen oordeel van de bedrijfsarts dat hij ziek is.

1.33. Vanaf 1 december 2017 ontvangt Werknemer een Ziektewetuitkering, waarvoor Achmea als eigen risicodragers aansprakelijk is. Er is in januari 2018 een inzetbaarheidsprofiel opgesteld waaruit beperkingen blijken. Arbeidsdeskundige betrokkene 15 heeft in zijn rapport van 10 april 2018 geconcludeerd dat Werknemer op dat moment ongeschikt is voor de functie deskaccountmanager en dat deze functie niet kan worden aangepast. Er zijn benutbare mogelijkheden voor

ander werk bij Achmea of een andere werkgever, zonder structurele urenbeperking. Werknemer heeft laten weten het met dat laatste niet eens te zijn.

2. Procesverloop

2.1. Achmea heeft de kantonrechter bij verzoekschrift, ingekomen ter griffie op 17 juli 2017, opnieuw verzocht de arbeidsovereenkomst met Werknemer te ontbinden op de d-grond van art. 7:669 lid 3 BW, in verbinding met art. 7:671b BW en de transitievergoeding vast te stellen, kosten rechtens.

2.2. Werknemer heeft op 24 augustus 2017 een verweerschrift tevens houdende voorwaardelijke zelfstandige tegenverzoeken ingediend. Werknemer heeft voor het geval de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden onder meer aanspraak gemaakt op de transitievergoeding.

2.3. Bij faxbericht van 28 augustus 2017 heeft Achmea nadere producties overgelegd.²

2.4. Bij faxbericht van 1 september 2017 heeft Achmea een inventarislijst processtukken overgelegd.³

2.5. Op 4 september 2017 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden. Daarvan is een proces-verbaal opgemaakt. De gemachtigden van beide partijen hebben hun standpunten toegelicht aan de hand van pleitnotities.

2.6. De kantonrechter heeft bij beschikking van 11 oktober 2017 op het verzoek van Achmea de arbeidsovereenkomst tussen partijen ontbonden per 1 december 2017 en Werknemer veroordeeld in de proceskosten. Volgens de kantonrechter is geen sprake van een opzegverbod wegens ziekte of een vergelijkbaar opzegverbod (rov. 5.3). Verder is overwogen dat sprake van disfunctioneren van Werknemer, in die zin dat hij ongeschikt is voor zijn werkzaamheden als Desk Accountmanager (rov. 5.8-5.10). Achmea heeft Werknemer voldoende in de gelegenheid gesteld om zijn functioneren te verbeteren (rov. 5.11-5.15). Voorts overweegt de kantonrechter dat door Werknemer niet is aangevoerd noch anderszins is gebleken dat de ongeschiktheid van Werknemer voor zijn functie het gevolg is van ziekte of gebreken (rov.

2 Dit stuk bevindt zich niet in het A-dossier, maar wel in het B-dossier.

3 Dit stuk bevindt zich niet in het A-dossier, maar wel in het B-dossier.

5.16). Ook aan de andere voorwaarden voor ontslag op de d-grond is voldaan (rov. 5.17-5.32). Werknemer heeft aanspraak op € 12.866,79 aan transitievergoeding (rov. 5.33) en in zoverre is het tegenverzoek van Werknemer toegewezen. Het tegenverzoek van Werknemer is voor het overige afgewezen, met veroordeling van Werknemer⁴ in de proceskosten aan de zijde van Achmea, vastgesteld op nihil.⁵

2.7. Bij (voorwaardelijk) beroepschrift met producties, ingekomen ter griffie op 5 januari 2018, is Werknemer van de beschikking van de kantonrechter in hoger beroep gekomen.

Hij heeft het hof – kort samengevat – verzocht deze beschikking te vernietigen en opnieuw rechtdoende Achmea, bij beschikking uitvoerbaar bij voorraad, te veroordelen tot:

– *primair* herstel van zijn arbeidsovereenkomst op straffe van een dwangsom, met veroordeling van Achmea tot doorbetaling van zijn loon c.a. en (pensioen-)voorzieningen voor de tussenliggende periode;

– *subsidiar* het toekennen van een billijke vergoeding van € 120.000,= bruto, althans een door het hof te bepalen vergoeding, in plaats van herstel zoals bedoeld in art. 7:683 lid 3 BW;

een en ander met veroordeling van Achmea in de proceskosten.

2.8. Achmea heeft een verweerschrift met producties ingediend.⁶

2.9. Bij brief van 22 mei 2018 heeft Werknemer nadere producties overgelegd.

2.10. Op 30 mei 2018 heeft een comparitie van partijen plaatsgevonden. Daarvan is een proces-verbaal opgemaakt.⁷ De advocaten van beide partijen hebben het standpunt van hun cliënt(e) toegelicht aan de hand van pleitnotities.

2.11. Bij beschikking van 25 juni 2018 heeft het hof het hoger beroep verworpen, Werknemer veroordeeld in de kosten van het hoger beroep en

het door Werknemer meer of anders verzochte afgewezen.⁸

2.12. Bij verzoekschrift, ingekomen ter griffie op 25 september 2018, heeft Werknemer – tijdig – cassatieberoep ingesteld. Werknemer heeft de Hoge Raad verzocht de beschikking van het hof te vernietigen, met zodanige verdere beslissing als de Hoge Raad zal vermenen te behoren, kosten rechtens. Achmea heeft een verweerschrift ingediend en de Hoge Raad verzocht het cassatieberoep te verwerpen, kosten rechtens.

3. Het cassatiemiddel

3.1. Het cassatiemiddel is gericht tegen rov. 5.2 en 5.3 van de beschikking. Het middel bestaat uit twee onderdelen. Volgens het *eerste onderdeel* heeft het hof miskend dat ook als wordt uitgegaan van een *ex tunc* toetsing van de ontbindingsbeschikking van de kantonrechter, in hoger beroep alsnog een beroep kan worden gedaan op de omstandigheid dat de werknemer ten tijde van het ontbindingsverzoek ongeschikt was “als gevolg van ziekte of gebreken” in de zin van art. 7:669 lid 3 sub d BW.

3.2. Het *tweede onderdeel* houdt in dat als rov. 5.2 en 5.3 zo moeten worden begrepen dat het hof met de overweging aan het slot van rov. 5.2 (“Overigens blijkt [...] vermelde definitie”) bedoeld heeft het beroep van Werknemer inhoudelijk te weerleggen, het oordeel van een onjuiste rechtsopvatting getuigt dan wel onvoldoende is gemotiveerd.

3.3. Rov. 5.2 en 5.3 van 's hofs beschikking luiden als volgt:

“5.2. Grief II valt in twee onderdelen uiteen. Het eerste deel stelt aan de orde dat de kantonrechter in strijd met artikel 7:671b lid 7 BW de arbeidsovereenkomst heeft ontbonden terwijl er een opzegverbod tijdens ziekte gold. In de toelichting op deze grief wijst [Werknemer] op zijn beroep op dit opzegverbod in de brief van 25 oktober 2017 (zie 3.32) en zijn melding van 22 november 2017 (zie 3.33), allebei gedaan na de datum van de bestreden beschikking.

Onder ziekte dient in dit verband te worden aangesloten bij de definitie in de Ziektewet, kortweg: het op medische gronden, naar objectieve maat-

4 In de bestreden beschikking van het hof staat in rov. 4.3 abusievelijk vermeld “met veroordeling van Achmea in de proceskosten”.

5 Rechtbank Noord-Nederland, locatie Leeuwarden, 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4019; *AR-Updates.nl* 2017-1282.

6 Dit stuk bevindt zich niet in het A-dossier, maar wel in het B-dossier.

7 Dit stuk bevindt zich niet in het A-dossier, maar wel in het B-dossier.

8 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden, 25 juni 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:5829, *JAR* 2018/181, *AR-Updates.nl* 2018-0745.

staven gemeten, niet kunnen of mogen verrichten van de bedongen arbeid. Weliswaar is een ziekmelding niet allesbepalend en gaat het er bij artikel 7:671b lid 7 BW om of de ziekte is ingetreden voordat het ontbindingsverzoek door de kantonrechter is ontvangen (op 17 juli 2017), maar in de procedure bij de kantonrechter heeft [Werknemer] zich niet beroepen op het opzegverbod, laat staan dat hij in die procedure heeft aangetoond dat hij al voor 17 juli 2017 arbeidsongeschikt was door ziekte. [Werknemer] heeft de kantonrechter daarmee niet in staat gesteld zich van mogelijke toepasselijkheid van dit opzegverbod te vergewissen. In dit hoger beroep wijst [Werknemer] ook op zijn (nu ingetrokken) beroepschrift van 21 juni 2017 tegen de beslissing in het eerste ontbindingsverzoek, waarin hij zich onder randnummer 42 en volgende beroept op het opzegverbod tijdens ziekte. In de procedure bij de kantonrechter heeft [Werknemer] zich evenwel niet beroepen op deze opmerking in dat processtuk, dat niet tot het dossier behoorde waarover de kantonrechter beschikte, hoewel het verweerschrift bij de kantonrechter op een latere datum is ingediend, namelijk op 24 augustus 2017.

Het hof toetst de juistheid van de door de kantonrechter uitgesproken ontbinding *ex tunc*. Ten tijde van zijn beslissing heeft de kantonrechter geen rekening hoeven houden met een al voor 17 juli 2017 bestaand opzegverbod tijdens ziekte. Dat volgde ook niet de stelling van [Werknemer] dat de bedrijfsartsen in 2016 (zie 3.13 en 3.14) onjuist hebben gehandeld of geadviseerd. Hij heeft destijds immers geen *second opinion* aangevraagd, hoewel hij toen al werd bijgestaan door een gemachtigde.

Overigens blijkt uit het rapport van het neuropsychologisch onderzoek, dat diende ter onderbouwing van de ziekte die aanleiding was voor het beroep op het opzegverbod in de brief van 25 oktober 2017, ook niet dat [Werknemer] al voor 17 juli 2017 ziek was in de zin van de hiervoor vermelde definitie.

Dit onderdeel van de grief is ongegrond.

5.3. Met het tweede deel van grief II en met grief III betoogt [Werknemer] dat het door Achmea gestelde disfunctioneren wordt veroorzaakt door zijn ziekte of gebrek.

Beide partijen menen dat de stelplicht en bewijslast van het ontbreken van dat verband op Achmea rust, die zich op de d-grond van artikel 7:669 lid 3 BW beroept. Het hof is van oordeel dat Ach-

mea bij haar ontbindingsverzoek mocht volstaan met de mededeling dat zij geen reden had om aan te nemen dat sprake was van disfunctioneren door ziekte of gebrek, nu de ziekmeldingen door de bedrijfsartsen niet terecht zijn bevonden en [Werknemer] geen *second opinion* heeft aangevraagd. Vervolgens lag het op de weg van [Werknemer] om gemotiveerd te stellen dat wel van ziekte of gebrek en causaal verband met disfunctioneren sprake was. In de regel zal de werknemer immers zelf, eerder dan een werkgever, beschikken over informatie waaruit blijkt dat daarvan sprake is omdat dit in zijn *privédomein* ligt en hij dit desgewenst moet ontsluiten.

[Werknemer] voert aan dat Achmea méér had moeten doen dan zij gedaan heeft: goed werkgeverschap brengt mee dat een werkgever zich ervan moet vergewissen dat een werknemer, die klaagt, niet arbeidsongeschikt is als gevolg van ziekte of gebrek. [Werknemer] miskent daarmee dat zijn werkgever niet op de stoel van een arts mag gaan zitten. De bedrijfsarts is aangewezen als de instantie die mag oordelen over al dan niet arbeidsongeschiktheid, en tegen diens oordeel kan worden opgekomen door het aanvragen van een deskundigenoordeel. [Werknemer] is niet opgekomen tegen zijn hersteldverklaring in 2011 en hij heeft tot 2014 goed gefunctioneerd. In 2013/2014 is de mogelijkheid van herkeuring met hem besproken (zie 3.5) en begin 2015 is de inschakeling van een arbeidsdeskundige als mogelijkheid aangeduid (zie 3.7), maar dat traject is niet ingeslagen.

Ter zitting bij het hof heeft [Werknemer] gezegd dat hij niet het zieketraject in wilde en kennelijk heeft de bedrijfsarts daar ook geen reden voor gezien. Na kritiek op zijn functioneren over het jaar 2014 heeft [Werknemer] zich neergelegd bij oordelen van verschillende bedrijfsartsen dat hij niet arbeidsongeschikt was door ziekte. In ieder geval vanaf medio 2016 werd [Werknemer] ook nog bijgestaan door een jurist, die van het oordeel van de bedrijfsartsen in 2016 op de hoogte was. Kennelijk is er aan de kant van [Werknemer] geen reden gezien voor het aanvragen van een *second opinion*. [Werknemer] geeft niet aan waarom Achmea het oordeel van de bedrijfsarts dan wel in twijfel had moeten trekken. Hier komt nog bij dat Achmea zowel tijdens de mondelinge behandeling van het eerste ontbindingsverzoek (randnummer 9 pleitnotitie Achmea) als onder punt 19 van haar verweerschrift in dit hoger beroep heeft

opgemerkt dat bedrijfsartsen vergeefs aan [Werknemer] hebben gevraagd een machtiging te geven voor het opvragen van zijn medische dossier bij de behandelend neuroloog, als hij meer beperkingen zou ervaren dan de bedrijfsarts kon duiden. Daar is [Werknemer] nimmer op ingegaan. Tijdens de mondelinge behandeling bij het hof kon [Werknemer] zich een dergelijk verzoek van betrokkene 9 herinneren maar niet uitleggen waarom hij daar niet op was ingegaan.

Het hof herhaalt dat het de juistheid van de door de kantonrechter uitgesproken ontbinding ex tunc beoordeelt. Reeds om die reden verwerpt het hof het standpunt van mr. Van Voorthuizen tijdens de mondelinge behandeling bij het hof, inhoudend dat de uitkomst van het neuropsychologische onderzoek (zie onder 3.32) als second opinion kan gelden.

Ten tijde van zijn beslissing heeft de kantonrechter er, gelet op de door [Werknemer] aangereikte informatie, terecht van mogen uitgaan dat het disfunctioneren niet werd veroorzaakt door ziekte of gebrek.

De daartegen gerichte grieven gaan niet op.”

3.4. Voordat de middelonderdelen nader worden besproken, zal het toepasselijke juridisch kader worden geschetst. Daarbij komen de volgende onderwerpen aan de orde:

- vereisten voor ontbinding op de d-grond;
- het opzegverbod tijdens ziekte;
- ongeschiktheid “anders dan ten gevolge van ziekte of gebreken”;
- hoger beroep van beschikkingen in ontbindingszaken;
- Ex tunc of ex nunc toetsing door appelrechter?

4. Het juridisch kader

Vereisten voor ontbinding op de d-grond

4.1. Op grond van art. 7:671b BW lid 1 BW kan de kantonrechter op verzoek van de werkgever de arbeidsovereenkomst ontbinden als daarvoor een redelijke grond bestaat. Art. 7:669 BW bepaalt in lid 3, aanhef en onder a tot en met h, limitatief wat de redelijke gronden zijn. Art. 7:669 BW lid 3, onder d, heeft betrekking op het onvoldoende functioneren door de werknemer en houdt het volgende in:

“de ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid, anders dan ten gevolge van ziekte of gebreken van de werknemer, mits de werkgever de werknemer hiervan tijdig in

kennis heeft gesteld en hem in voldoende mate in de gelegenheid heeft gesteld zijn functioneren te verbeteren en de ongeschiktheid niet het gevolg is van onvoldoende zorg van de werkgever voor scholing van de werknemer of voor de arbeidsomstandigheden van de werknemer;”

4.2. Uit deze bepaling blijkt dat ontbinding op de d-grond slechts mogelijk is indien is voldaan aan de volgende criteria:⁹

1. de werknemer is ongeschikt tot het verrichten van de bedongen arbeid;
2. de ongeschiktheid is geen gevolg van ziekte of gebreken van de werknemer;
3. de werkgever heeft de werknemer tijdig van het onvoldoende functioneren in kennis gesteld;
4. de werkgever heeft de werknemer in voldoende mate in de gelegenheid gesteld zijn functioneren te verbeteren;
5. de ongeschiktheid is niet het gevolg van onvoldoende zorg van de werkgever voor scholing van de werknemer of voor de arbeidsomstandigheden van de werknemer.

Op grond van art. 7:669 lid 1 BW geldt bovendien de voorwaarde:

6. dat herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt.¹⁰

Verder bepaalt art. 7:671b lid 2 BW dat de kantonrechter het ontbindingsverzoek slechts kan toewijzen indien:

7. er geen opzegverboden als bedoeld in art. 7:670 BW of met deze opzegverboden naar aard en strekking vergelijkbare opzegverboden in een ander wettelijk voorschrift gelden. Art. 7:671b lid 6 BW bepaalt in welke situaties op dit vereiste een uitzondering kan worden gemaakt.

4.3. In deze zaak gaat het in cassatie om de hiervoor onder 2 en 7 genoemde vereisten voor toewijzing van een ontbindingsverzoek op de

9 Zie over ontbinding op de d-grond ook mijn conclusie van 15 maart 2019, ECLI:NL:PHR:2019:341 (*Ecofys*). In die zaak ging het met name om het vierde vereiste, het in voldoende mate in de gelegenheid zijn gesteld het functioneren te verbeteren.

10 Zie over de criteria 1 t/m 6 nader: J.M.E. Schunselaar, Anderhalf jaar WWZ: de obstakels van de d-grond. In: *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2017/68 en J.H. Even en E.M. Poutsma, De WWZ en disfunctioneren. In: *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2016-2, p. 60-72.

d-grond. Hierna wordt eerst ingegaan op het vereiste *onder 7*, dat het ontbindingsverzoek slechts kan worden toegewezen als er geen opzegverboden gelden. De bespreking van dit vereiste zal worden toegespitst op opzegverbod tijdens ziekte in art. 7:670 lid 1 BW, waar het in deze zaak om gaat. Vervolgens komt aan de orde het *onder 2* genoemde vereiste in art. 7:669 lid 3, aanhef en *onder d*, BW dat de ongeschiktheid tot het verrichten van de bedongen arbeid niet het gevolg mag zijn van ziekte of gebreken van de werknemer.

Het opzegverbod tijdens ziekte

4.4. Het opzegverbod tijdens ziekte is neergelegd in art. 7:670 lid 1 BW. Deze bepaling luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

“De werkgever kan niet opzeggen gedurende de tijd dat de werknemer ongeschikt is tot het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte, tenzij de ongeschiktheid:

a. ten minste twee jaren heeft geduurd, dan wel zes weken voor de werknemer die de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet bedoelde leeftijd heeft bereikt, of

b. een aanvang heeft genomen nadat een verzoek om toestemming als bedoeld in artikel 671a door het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen of door de commissie, bedoeld in artikel 671a, lid 2, is ontvangen.

(...)”

Art. 7:670 lid 1 BW bepaalt dus dat een werkgever de arbeidsovereenkomst in beginsel niet kan opzeggen gedurende de tijd dat de werknemer ongeschikt is tot het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte.

Begrip “ziekte”

4.5. Voor de vraag wanneer sprake is van ongeschiktheid tot het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte, dient aansluiting gezocht te worden bij het ziektebegrip van art 19 van de Ziektewet (ZW) en art. 7:629 BW (dat het recht op loon-doorbetaling bij ziekte regelt, de “geprivatiseerde” ziektewetbepaling). Uit de wetgeschiedenis van de Wet uitbreiding loon-doorbetalingsplicht bij ziekte (Wulbz) blijkt namelijk dat het begrip “ziekte” in de zin van het BW op dezelfde wijze

moet worden uitgelegd als het begrip “ziekte” in de zin van de Ziektewet.¹¹

4.6. Art. 19 lid 1 ZW luidt: “De verzekerde heeft bij ongeschiktheid tot het verrichten van zijn arbeid als rechtstreeks en objectief medisch vast te stellen gevolg van ziekte recht op ziekgeld overeenkomstig het bij of krachtens deze wet bepaalde”. Art. 19 lid 4 ZW bepaalt dat onder ziekte mede moet worden verstaan *gebreken*. Volgens vaste rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep is voor ongeschiktheid in de zin van art. 19 ZW vereist (1) dat de ongeschiktheid tot het verrichten van de arbeid het gevolg moet zijn van ziekte of gebrek, en (2) dat het verband tussen ziekte of gebrek en de ongeschiktheid rechtstreeks en medisch objectiveerbaar moet zijn.¹² Deze elementen zijn ook terug te vinden in de definitie van “ziekte” in de arbeidsrechtelijke literatuur: “een lichamelijke of psychische toestand – daaronder begrepen een gebrek – die de werknemer verhindert zijn arbeid te verrichten”.¹³ Aangenomen wordt dat zowel de ziekte (of gebrek) als het verband met de ongeschiktheid medisch objectiveerbaar moet zijn.¹⁴

4.7. Om te voldoen aan het ziekte-criterium uit het BW is niet vereist dat de werknemer in het geheel geen arbeid kan verrichten; het gaat erom of hij de contractueel overeengekomen arbeid kan

11 *Kamerstukken* 24 439, 1995-1996, nr. 3 (MvT), p. 58. Zie Van der Grinten (bew. door W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk), *Arbeidsovereenkomstenrecht*, 2015 (25e druk), p. 111. Zie ook: J. van Drongelen, W.J.P.M. Fase en S.F.H. Jellinghaus, *Individueel ontslagrecht* 3, 2016, p. 195.

12 Zie bijv. CRvB 10 augustus 1994, RSV 1995/2. Zie ook Van der Grinten (bew. door Bouwens en Duk), *Arbeidsovereenkomstenrecht*, 2015, p. 111.

13 P.S. Fluit, ‘Ziek zijn’ en ‘zo zijn’. Commentaar op het arrest Beckeringsh/1-control. In: *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2011-3, p. 107; J.M. van Slooten, *T&C Burgerlijk Wetboek*, 7:629, aant. 2d; J. van Drongelen, W.J.P.M. Fase en S.F.H. Jellinghaus, *Individueel ontslagrecht* 3, 2016, p. 195-197.

14 Zie o.a. J.H. van Even en E.M. Poutsma, De WWZ en disfunctioneren. In: *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2016-2, p. 64; J.M. Van Slooten, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 7:629, aant. 2d; E. Verhulp, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 7:670, aant. 3a en J. van Drongelen, W.J.P.M. Fase en S.F.H. Jellinghaus, *Individueel ontslagrecht* 3, 2016, p. 195-196.

verrichten.¹⁵ Hoewel art. 7:670 lid 1 BW spreekt over “zijn arbeid” en niet, zoals art. 7:629 BW, over “de bedongen arbeid”, is aan te nemen dat “zijn arbeid” in art. 7:670 lid 1 BW ook de betekenis heeft van “de bedongen arbeid”.¹⁶ Dit betekent dat zodra een werknemer ten gevolge van ziekte of gebrek een gedeelte van de eigen arbeid niet in de volle omvang kan verrichten (qua inhoud of tijd), sprake is van ziekte in de zin van het BW.

Ziekmelding

4.8. Van de werknemer wordt in het algemeen verwacht dat hij zich ziek meldt, zodat de bedrijfsarts kan beoordelen of de ongeschiktheid het gevolg is van ziekte of gebrek.¹⁷ Omdat het gaat om ongeschiktheid voor de *bedongen* arbeid, is van belang dat de bedrijfsarts zicht heeft op de precieze inhoud van het werk van de werknemer.¹⁸ Als de werknemer het niet eens is met het oordeel van de bedrijfsarts, kan hij een “second opinion” aanvragen. Sinds 1 juli 2017 heeft de werknemer op grond van art. 2.14d van het Arbeidsomstandighedenbesluit (jo. art. 14, eerste lid, onderdeel b, of c, onder 1° of 3°, van de Arbeidsomstandighedenwet) recht op raadpleging van een andere bedrijfsarts, indien hij twijfelt aan de juistheid van het door de bedrijfsarts gegeven advies.

4.9. Ziekmelding is echter geen wettelijk vereiste voor toepassing van het opzegverbod (en ook niet voor het recht op loondoorbetaling). Dus ook als de werknemer zich niet ziek heeft gemeld, kan – in theorie – sprake zijn van ongeschiktheid tot het verrichten van de bedongen arbeid, die in de weg staat aan opzegging (of ontbinding, zie hierna onder 4.19) van de arbeidsovereenkomst. Ook het hof is daarvan uitgegaan in rov. 5.2 van de bestreden beschikking (“Weliswaar is een ziekmelding niet allesbepalend ...”). Het achterwege laten van een ziekmelding zal de bewijspositie van de werknemer met betrekking tot het ziekzijn bemoeilijken, zo spreekt wel bijna vanzelf. Bovendien leidt het ontbreken van een ziekmelding er-

toe dat niet gewerkt kan worden aan de re-integratie van de zieke werknemer.

Ratio opzegverbod

4.10. Het opzegverbod tijdens ziekte heeft mede als doel de werknemer te vrijwaren van de psychische druk die een opzegging tijdens ziekte kan veroorzaken, zo overwoog de Hoge Raad in het arrest *Melchers/De Haan*.¹⁹

Duur opzegverbod

4.11. Uit art. 7:670 lid 1, aanhef en onder a, BW blijkt dat het opzegverbod in beginsel geldt gedurende de eerste twee jaren van ziekte. Na die periode geldt het opzegverbod niet meer en kan de werkgever de arbeidsovereenkomst met een zieke werknemer dus opzeggen. Op grond van art. 7:670 lid 11 BW is een verlenging van de termijn van twee jaren mogelijk. Dit is bijvoorbeeld aan de orde als het UWV de werkgever een loonsanctie oplegt wegens het niet of onvoldoende naleven van de re-integratieverplichtingen.²⁰ Het opzegverbod tijdens ziekte is verkort van twee jaar tot zes weken, wanneer het gaat om een werknemer die de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt, zo blijkt uit art. 7:670 lid 1, aanhef en onder a, BW. Hiermee is aangesloten bij de termijn van zes weken die in art. 7:629 lid 2 BW is neergelegd ten aanzien van de periode van loonbetaling bij ziekte.²¹ Art. 7:670 lid 1 BW bevat verder een regel voor de situatie dat de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd bereikt op een later moment dan dat waarop het ziekteverzuim ingaat.²²

4.12. In art. 7:670 lid 1 BW is uitgewerkt hoe de termijn van twee jaar moet worden berekend. Zo worden perioden van ongeschiktheid tot het verrichten van de arbeid met een tussenpoos van minder dan vier weken bij elkaar opgeteld, onge-

15 A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*, 2018, p. 427.

16 J. van Drongelen, W.J.P.M. Fase en S.F.H. Jellinghaus, *Individueel ontslagrecht 3*, 2016, p. 197-198.

17 A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*, 2018, p. 429.

18 A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*, 2018, p. 430.

19 HR 24 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9536, *NJ* 1987/292 m.nt. P.A. Stein (*Melchers/de Haan*), rov. 3. Zie ook A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*, 2018, p. 71.

20 Zie hierover nader: A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*, 2018, p. 72.

21 *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 073, nr. 3, p. 22 (MvT). Zie hierover nader: F.M. Dekker, *Commentaar & Context Wwz*, 2017, p. 134.

22 Zie ook A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*, 2018, p. 72.

acht of de ongeschiktheid voortvloeit uit dezelfde oorzaak.

Antimisbruikbepaling

4.13. Om te voorkomen dat werknemers “vluchten in ziekte” als een ontslag in de lucht hangt, bepaalt art. 7:670 lid 1, aanhef en onder b, BW dat het opzegverbod tijdens ziekte niet van toepassing is als de ziekte een aanvang heeft genomen nadat een verzoek om toestemming als bedoeld in art. 7:671a BW door het UWV of door de commissie als bedoeld in art. 7:671a lid 2 BW, is ontvangen.²³ In de parlementaire geschiedenis van de Verzamelwet SZW 2015 is verduidelijkt dat op dit punt geen inhoudelijke wijziging is beoogd ten opzichte van het tot 1 juli 2015 geldende ontslagrecht.²⁴

4.14. Uit de parlementaire geschiedenis van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid blijkt dat in geval van een ziekmelding op dezelfde dag als waarop het UWV het ontslagverzoek heeft ontvangen, de werknemer nog door het opzegverbod wordt beschermd.²⁵ Volgens Houweling e.a. geldt deze regel ook onder het huidige recht.²⁶

De uitzonderingen in art. 7:670a BW

4.15. In art. 7:670a BW is een aantal uitzonderingen opgenomen op onder meer het opzegverbod tijdens ziekte in art. 7:670 lid 1 BW. In de eerste plaats bepaalt art. 7:670a lid 1 BW dat het opzegverbod tijdens ziekte niet van toepassing is, indien de werknemer zonder deugdelijke grond weigert de re-integratieverplichtingen als bedoeld in art. 7:660a BW na te komen. Deze uitzondering gold ook al onder het tot 1 juli 2015 geldende recht. Vereist is wel dat de werkgever de werknemer eerst schriftelijk heeft gemaand tot nakoming van deze verplichtingen of om die reden, met inachtneming van het bepaalde in art. 7:629 lid 7 BW, de betaling van het loon heeft gestaakt, zo

blijkt uit de wettekst. Ook deze laatste vereisten golden al onder het oude recht, maar zijn uit hoofde van kenbaarheid nu expliciet opgenomen in art. 7:670a lid 1 BW, zo is te lezen in de memorie van toelichting.²⁷

4.16. Daarnaast bepaalt art. 7:670a lid 2 BW dat de opzegverboden in art. 7:670 leden 1 tot en met 4 en lid 10 BW – waaronder dus het opzegverbod tijdens ziekte – en daarmee naar aard en strekking vergelijkbare opzegverboden in een ander wettelijk voorschrift, niet van toepassing zijn, indien:

- a. de werknemer schriftelijk heeft ingestemd met de opzegging;
- b. het een opzegging gedurende de proeftijd betreft;
- c. de opzegging geschiedt op grond van art. 677 lid 1 BW (ontslag op staande voet);
- d. de opzegging geschiedt wegens de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming, met dien verstande dat de opzegging niet kan betreffen de werknemster die zwangerschaps- of bevallingsverlof geniet als bedoeld in art 3:1 van de Wet arbeid en zorg; of
- e. de opzegging geschiedt op grond van art. 7:669 lid 4 BW, voor zover de opzegging geen verband houdt met omstandigheden waarop die opzegverboden betrekking hebben. Dit laatste betekent dat de arbeidsovereenkomst met een zieke AOW-gerechtigde werknemer dus niet zal kunnen worden opgezegd als de reden voor de opzegging verband houdt met zijn ziekte.²⁸

“Tijdens”- en “wegens”-opzegverboden

4.17. Deze in art. 7:670a lid 2, onder a tot en met e, BW genoemde uitzonderingen zijn alleen van toepassing op de verboden om op te zeggen *tijdens* een periode dat een bepaalde omstandigheid zich voordoet; de zogeheten “tijdens”-opzegverboden of “absolute opzegverboden”. Kenmerkend voor deze opzegverboden is dat de arbeidsovereenkomst niet mag worden opgezegd gedurende de periode dat een bepaalde omstandigheid zich voordoet, óók niet als daarvoor wel een geldige reden is.²⁹ Zo zal een zieke werknemer gedurende

23 Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 101 (MvT).

24 Kamerstukken II 2013-2014, 33 988, nr. 3, p. 11 (MvT).

25 Kamerstukken I 1997-1998, 25 263, nr. 132d, p. 14 (nadere MvA).

26 A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*, 2018, p. 71, onder verwijzing naar C.J. Frikkee, Opzegverbod ziekte; alles of niets bij bedrijfseconomische redenen, *ArbeidsRecht* 2018/4, p. 18 e.v.

27 Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 101-102 (MvT).

28 A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*, 2018, p. 73.

29 Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 101. Zie ook: A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag*.

de periode dat het opzegverbod *tijdens* ziekte geldt (art. 7:670 lid 1 BW), in beginsel niet kunnen worden ontslagen, ook niet als daarvoor een redelijke grond als bedoeld in art. 7:669 BW aanwezig is, zoals disfunctioneren (de d-grond).³⁰ In het geval van een “wegens”-opzegverbod ligt dat anders. In dat geval mag de arbeidsovereenkomst enkel *wegens* de specifiek in de wet genoemde omstandigheid of hoedanigheid niet worden opgezegd. Die omstandigheid of hoedanigheid kan dus geen geldige reden vormen voor opzegging, maar ondanks het bestaan daarvan kan de arbeidsovereenkomst wel om een geldige reden worden opgezegd.³¹ Zo mag een werknemer niet worden ontslagen *wegens* overgang van onderneming in de zin van art. 7:662 BW, maar staat dit opzegverbod (art. 7:670 lid 8 BW) er niet aan in de weg dat een werknemer na een overgang van onderneming wordt ontslagen op grond van disfunctioneren. De “tijdens”-opzegverboden zijn onder andere te vinden in art. 7:670 leden 1 tot en met 4 en 10 BW en art. 104 van de Pensioenwet.³² Voorbeelden van “wegens”-opzegverboden zijn te vinden in art. 7:670 leden 5 tot en met 9 BW en in art. 7:646 BW.³³

Sanctie op overtreding opzegverbod

4.18. De sanctie op overtreding van zowel de “tijdens”- als “wegens”-opzegverboden is te vinden in art. 7:681 lid 1, aanhef en onder b, BW. Uit deze bepaling blijkt dat de kantonrechter op verzoek van de werknemer de opzegging van de arbeidsovereenkomst kan vernietigen, of op zijn verzoek aan hem ten laste van de werkgever een billijke vergoeding kan toekennen indien de werkgever

heeft opgezegd in strijd met art. 7:670 BW of een naar aard en strekking vergelijkbaar opzegverbod in een ander wettelijk voorschrift. De ontslagen werknemer dient een dergelijk verzoek te doen binnen de vervaltermijn van twee maanden als bedoeld in art. 7:686a lid 4, aanhef en onder a, BW.

Opzegverbod ook bij ontbinding

4.19. De opzegverboden in art. 7:670 BW, waaronder het opzegverbod tijdens ziekte, gelden niet alleen bij opzegging, maar ook bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Art. 7:671b lid 2 BW bepaalt immers dat de kantonrechter een verzoek van de werkgever de arbeidsovereenkomst te ontbinden slechts kan toewijzen indien aan de voorwaarden voor opzegging van de arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7:669 BW is voldaan en “er geen opzegverboden als bedoeld in artikel 670 of met deze opzegverboden naar aard en strekking vergelijkbare opzegverboden in een ander wettelijk voorschrift gelden.” In art. 7:671b lid 6 BW worden hierop echter twee belangrijke uitzonderingen gemaakt:

“Indien de werkgever de ontbinding verzoekt op grond van artikel 669, lid 3, onderdelen b tot en met h, en een opzegverbod als bedoeld in artikel 670, leden 1 tot en met 4 en 10, of een met deze opzegverboden naar aard en strekking vergelijkbaar opzegverbod in een ander wettelijk voorschrift geldt, kan de kantonrechter, in afwijking van lid 2, het verzoek om ontbinding inwilligen, indien:

a. het verzoek geen verband houdt met omstandigheden waarop die opzegverboden betrekking hebben; of

b. er sprake is van omstandigheden die van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst in het belang van de werknemer behoort te eindigen.”

4.20. De verwijzing naar de opzegverboden in art. 7:670 leden 1 tot en met 4 en 10 (of een met deze opzegverboden naar aard en strekking vergelijkbaar opzegverbod in een ander wettelijk voorschrift), maakt duidelijk dat de uitzonderingen in lid 6 alleen gelden voor de “tijdens”-opzegverboden, waaronder begrepen het opzegverbod tijdens ziekte (art. 7:670 lid 1 BW). Op grond van art. 7:671b lid 6 BW kan de kantonrechter – ondanks het bestaan van een “tijdens”-opzegverbod – de arbeidsovereenkomst dus toch ontbinden indien (a) het ontbindingsverzoek geen verband houdt met de omstandigheden waarop

Arbeidsrechtelijke themata II, 2018, p. 70 en E. Verhulp, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 7:670a, aant. 3.

30 Vgl. A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*, 2018, p. 70.

31 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 101. Zie ook: A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*, 2018, p. 70 en E. Verhulp, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 7:670a, aant. 3.

32 A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*, 2018, p. 70 en 75.

In art. 104 van de Pensioenwet is onder meer opgenomen het verbod om de arbeidsovereenkomst op te zeggen *tijdens* de periode dat de werknemer lid is van het bestuur van een pensioenfonds.

33 A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*, 2018, p. 73.

het opzegverbod betrekking heeft of (b) als de arbeidsovereenkomst dient te eindigen in het belang van de werknemer.

4.21. De hiervoor onder (a) genoemde uitzondering komt overeen met de “vergewisplicht” van art. 7:685 lid 1 (oud) BW: “de kantonrechter kan het verzoek slechts inwilligen indien hij zich ervan heeft vergewist of het verzoek verband houdt met het bestaan van een opzegverbod als bedoeld in de artikelen 647, 648, 670 en 670a of enig ander verbod tot opzegging van de arbeidsovereenkomst”.³⁴ Dit werd ook wel de reflexwerking van de opzegverboden genoemd.³⁵ De kantonrechter zal ondanks het gelden van het opzegverbod tijdens ziekte, de arbeidsovereenkomst dus toch kunnen ontbinden indien het ontbindingsverzoek van de werkgever geen verband houdt met het feit dat de werknemer ziek is. De hiervoor onder (b) genoemde uitzondering kan zich voordoen als het ontbindingsverzoek wel verband houdt met het feit dat de werknemer ziek is, maar de gezondheidstoestand van de zieke werknemer alleen maar verslechtert door de arbeidsovereenkomst in stand te laten. Het is aan de rechter om daarin een afweging te maken, zo is te lezen in de memorie van toelichting.³⁶

4.22. De uitzonderingen op de “tijdens”-opzegverboden in lid 6 gelden *uitsluitend* indien het ontbindingsverzoek van de werkgever is gebaseerd op art. 7:669 lid 3, aanhef en *onder b tot en met h*, BW. Als de werkgever zijn ontbindingsverzoek baseert op art. 7:669 lid 3, aanhef en *onder a*, BW (bedrijfseconomische omstandigheden) gelden de uitzonderingen in art. 7:671b lid 6 BW niet en is ontbinding van de arbeidsovereenkomst – in weerwil van een “tijdens”-opzegverbod – alleen mogelijk in de in art. 7:670a lid 2, aanhef en onder d (algehele bedrijfsafsluiting), en leden 3 en 4 BW

bedoelde uitzonderingssituaties.³⁷ Daarnaast is ontbinding uiteraard mogelijk in de uitzonderingssituatie als bedoeld in art. 7:670a lid 1 BW (niet naleven re-integratieverplichtingen door werknemer), in welk geval het opzegverbod tijdens ziekte niet geldt.

4.23. Tot slot is op te merken dat art. 7:671b lid 7 BW – evenals art. 7:670 lid 1, aanhef en onder b, BW (zie hiervoor onder 4.13-4.14) – een antimisbruikbepaling bevat. Art. 7:671b lid 7 BW bepaalt dat het opzegverbod tijdens ziekte niet geldt, indien die ziekte een aanvang heeft genomen nadat het verzoek om ontbinding door de kantonrechter is ontvangen.

4.24. Volledigheidshalve vermeld ik de relevante passages uit de memorie van toelichting van de Wwz:³⁸

“(…) Datzelfde geldt als er sprake is van een opzegverbod. In de wet wordt aangegeven in welke gevallen, bij een redelijke grond voor ontslag, ondanks het bestaan van een opzegverbod de kantonrechter de arbeidsovereenkomst toch kan ontbinden. Dat is het geval als het ontbindingsverzoek geen verband houdt met de omstandigheid waar het opzegverbod op ziet. Indien er bijvoorbeeld sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding tussen een werkgever en een werknemer die lid is van de ondernemingsraad, kan de arbeidsovereenkomst toch worden ontbonden, mits die verstoorte arbeidsverhouding geen verband houdt met het feit dat die werknemer ondernemingsraadlid is. Dat spreekt ook voor zich. Als het verzoek daar wel mee verband houdt en de rechter de arbeidsovereenkomst desondanks zou kunnen ontbinden, dan wordt het opzegverbod in feite een loze bepaling. Daar wordt één uitzondering op gemaakt, namelijk als de rechter meent dat het in het belang (van bijvoorbeeld de gezondheid) van de werknemer is om de arbeidsovereenkomst toch te ontbinden. Het is aan de rechter om daarin een juiste afweging te maken.

Alleen als er sprake is van een zogenoemd tijdens opzegverbod (zie artikel 7:670, eerste tot en met vierde lid en het tiende lid) en de omstandigheden daartoe aanleiding geven, kan de rechter de

34 Zie nader over de “vergewisplicht” onder het oude ontslagrecht en de te onderscheiden “stromingen”: o.a. A.A. Stekelenburg en M. Bouiga, De beëindiging van de arbeidsovereenkomst met de zieke werknemer en de daarbijbehorende risico's. In: *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2014/358 (onder “ontbinding”) en M.W.A.M. van Kempen en K. Beijerman, De reflexwerking van opzegverboden in de ontbindingsprocedure. In: *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2010/7.

35 M.W.A.M. van Kempen en K. Beijerman, De reflexwerking van opzegverboden in de ontbindingsprocedure. In: *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2010/7.

36 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 3 (MvT), p. 32.

37 Zie ook E. Verhulp, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 7:671b, aant. 9.

38 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 3 (MvT), p. 31-32.

arbeidsovereenkomst ontbinden. Indien er een opzegverbod van toepassing is wegens een bepaalde omstandigheid, als bedoeld in het aangepaste artikel 7:670 BW vijfde tot en met negende lid, ofwel indien er sprake is van een discriminatoir ontslag, bijvoorbeeld als bedoeld in de artikelen 7:646 tot en met 7:649 BW, kan de rechter de arbeidsovereenkomst uiteraard niet ontbinden. De rechter zal de arbeidsovereenkomst evenmin kunnen ontbinden als er sprake is van een opzegverbod en de achtergrond van het verzoek bedrijfseconomisch of bedrijfsorganisatorisch van aard is. De reden hiervoor is dat in de wet is aangegeven wanneer een arbeidsovereenkomst ondanks het bestaan van een opzegverbod ingeval van een ontslag om bedrijfseconomische of organisatorische redenen toch kan worden opgezegd, uiteraard na toestemming van UWV. Verwezen wordt in dit verband naar het voorgestelde artikel 7:670a BW en het hierop betrekking hebbende onderdeel van de artikelsgewijze toelichting.³⁹

En in de artikelsgewijze toelichting:³⁹

“In het tweede lid [van art. 7:671b BW – toev. A-G] is geregeld dat voor de toewijzing van een ontbindingsverzoek nodig is dat aan de in artikel 7:669 BW bedoelde voorwaarden voor opzegging is voldaan en dat er geen opzegverboden als bedoeld in artikel 7:670 BW gelden. Op die laatste eis wordt in het hierna te bespreken zesde lid een aantal uitzonderingen geformuleerd.”

“In het zesde lid [van art. 7:671b BW – toev. A-G] wordt voorgesteld om te regelen dat, indien de werkgever de ontbinding verzoekt op grond van artikel 7:669, tweede lid, onderdelen b tot en met h, BW en een opzegverbod als bedoeld in artikel 7:670, eerste tot en met vierde en tiende lid, BW (de zogenaamde absolute opzegverboden), of met deze opzegverboden naar aard en strekking vergelijkbare opzegverboden in een ander wettelijk voorschrift gelden, een ontbinding in afwijking van het tweede lid toch kan worden uitgesproken, en wel in een tweetal uitzonderingssituaties. De eerste uitzonderingssituatie, genoemd in onderdeel a, is dat het verzoek geen verband houdt met omstandigheden waarop die opzegverboden betrekking hebben. Dat is de zogenaamde ‘vergewisplicht’ zoals opgenomen in het huidige artikel 7:685, eerste lid, BW. De tweede uitzonderingssi-

tuatie, genoemd in onderdeel b, is dat er sprake is van omstandigheden die van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst in het belang van de werknemer dient te eindigen. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen bij een zieke werknemer wiens gezondheidstoestand alleen maar verslechtert door het in stand laten van de arbeidsovereenkomst. In een dergelijk uitzonderlijk geval kan de rechter dus toch overgaan tot ontbinding.

Eén en ander maakt duidelijk dat, als de werkgever zich beroept op artikel 7:669, tweede lid, onderdeel a, BW een ontbinding alleen mogelijk is in de in artikel 7:670a, tweede lid, onderdeel d, derde en vierde lid, BW bedoelde uitzonderingssituaties, in welke situatie het opzegverbod immers in het geheel niet geldt. Eveneens is ontbinding vanzelfsprekend mogelijk in de in artikel 7:670a, eerste lid (nieuw), BW bedoelde uitzonderingssituatie waarbij het opzegverbod tijdens ziekte niet geldt of bijvoorbeeld in de in artikel 6, tweede lid, van de Wsw bedoelde uitzonderingssituatie.

In het voorgestelde zevende lid [van art. 7:671b BW – toev. A-G] wordt tot uitdrukking gebracht dat het opzegverbod bij ziekte – en dus ook de vergewisplicht – niet geldt indien de ziekte een aanvang heeft genomen nadat het ontbindingsverzoek door (de griffie van) de kantonrechter is ontvangen.”

Ongeschiktheid “anders dan ten gevolge van ziekte of gebreken”

4.25. Zoals gezegd, is een van de vereisten voor een ontslag op de d-grond dat de ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid, niet het gevolg mag zijn van ziekte of gebreken. De criteria in art. 7:669 lid 3, onder d, BW zijn ontleend aan art. 5:1 lid 1, onder a tot en met d, van het tot 1 juli 2015 geldende Ontslagbesluit.⁴⁰ In art. 5:1 lid 1 van het Ontslagbesluit was het volgende bepaald:

“Artikel 5:1

1. Indien de werkgever als grond voor de opzegging van de arbeidsverhouding aanvoert dat de werknemer in onvoldoende mate aan de gestelde functie-eisen voldoet en derhalve ongeschikt is voor zijn functie, kan de toestemming slechts worden verleend indien:

39 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 3 (MvT), p. 107-108.

40 Besluit van 7 december 1998, *Stcrt.* 1998, 238.

a. de werkgever deze ongeschiktheid aannemelijk heeft gemaakt, en
 b. is vastgesteld dat deze ongeschiktheid niet voortvloeit uit ziekte of gebreken van de werknemer, en
 c. de werkgever voldoende contact met de werknemer heeft gehad teneinde te trachten verbetering teweeg te brengen in diens functioneren, en
 d. aannemelijk is dat het disfunctioneren van de werknemer niet toe te schrijven is aan onvoldoende zorg voor de arbeidsomstandigheden van de zijde van de werkgever.”

4.26. Bij de inwerkingtreding van de Wwz is het Ontslagbesluit vervallen. Ook de daarop berustende Beleidsregels ontslagtaak UWV (hierna: de Beleidsregels) hebben met de inwerkingtreding van de Wwz hun gelding verloren.⁴¹ In de *Decor*-beschikking besliste de Hoge Raad dat dit niet uitsluit dat de rechter bij zijn oordeelsvorming of sprake is van een van de ontslaggronden van art. 7:669 lid 3 BW, acht slaat op de in deze oude regelgeving vervatte gezichtspunten.⁴² Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Wwz valt immers af te leiden dat de in art. 7:669 lid 3 BW omschreven ontslaggronden zijn ontleend aan het Ontslagbesluit en het daarop gebaseerde Besluit ontslagtaak UWV 2012 en dat op dat punt geen wijziging is beoogd, zo overwoog de Hoge Raad.⁴³

4.27. Ook het vereiste in art. 7:669 lid 3, aanhef en onder d, BW dat de ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid niet het gevolg mag zijn van ziekte of gebreken van de werknemer, is ontleend aan art. 5:1 lid 1, aanhef en onder b, van het Ontslagbesluit. Deze bepaling hield in dat het UWV de toestemming voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst op grond van disfunctioneren slechts kon verlenen, indien “is vastgesteld dat deze ongeschiktheid niet voortvloeit uit ziekte of gebreken van de werknemer.”

De Beleidsregels bepaalden ten aanzien van dit vereiste dat twee situaties kunnen worden onderscheiden:⁴⁴

(i) de werknemer is een werknemer met een arbeidshandicap in de zin van art. 4:4 lid 2 van het Ontslagbesluit; of

(ii) de werknemer is geen werknemer met een arbeidshandicap in de zin van art. 4:4 lid 2 van het Ontslagbesluit.

4.28. De Beleidsregels vermeldde over deze situaties het volgende:⁴⁵

“De werknemer is een werknemer met een arbeidshandicap in de zin van artikel 4:4 lid 2 van het Ontslagbesluit.

Indien bij een ontslagaanvraag wegens disfunctioneren een werknemer met een arbeidshandicap is betrokken, zal UWV bij de divisie Sociaal Medische Zaken (SMZ) een intern deskundigenadvies inwinnen met betrekking tot de vraag of er sprake is van een verband tussen het disfunctioneren en de ziekte/gebreken. De reden hiervan is dat bij een werknemer met een arbeidshandicap, juist vanwege diens belemmeringen bij het verrichten van arbeid, de kans groter is dat het onvoldoende functioneren voortvloeit uit ziekte of gebreken. De vaststelling of het disfunctioneren al dan niet voortvloeit uit ziekte of gebreken dient hier dan ook extra zorgvuldig plaats te vinden en wel door een deskundige op dit gebied.”

“2. De werknemer is geen werknemer met een arbeidshandicap in de zin van artikel 4:4 lid 2

Indien de werknemer in zijn verweer aanvoert dat zijn disfunctioneren voortvloeit uit ziekte of gebrek, terwijl hij geen werknemer met een arbeidshandicap in de zin van artikel 4:4 lid 2 is, mag van hem worden verlangd dit te onderbouwen met relevante informatie en documenten waaruit dit verband blijkt (bijvoorbeeld een verklaring van zijn arts over zijn ziekte of het gebrek).

Daarna kan UWV het verweer voor een reactie voorleggen aan de werkgever met de vraag om hierop gemotiveerd te reageren. Het kan wenselijk zijn dat de werkgever in zijn reactie daarop een verklaring van de bedrijfsarts over legt die het standpunt van werkgever onderbouwt.

41 Besluit beleidsregels ontslagtaak UWV 2012, *Stcrt.* 2012, 16614.

42 HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182; *NJ* 2018/394 m.nt. E. Verhulp; *JAR* 2018/72 m.nt. M.W. Koole; *AR-Updates.nl* 2018-0214 m.nt. F.G. Laagland; *Ondernemingsrecht* 2018/50 m.nt. J.M. van Slooten; *TRA* 2018/49 m.nt. C.J. Frikkee (*Decor*), rov. 3.4.7.

43 Zie onder meer *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 98 (MvT).

44 Beleidsregels Ontslagtaak UWV – versie september 2012, hoofdstuk 25, p. 4.

45 Beleidsregels Ontslagtaak UWV – versie september 2012, hoofdstuk 25, p. 4-5.

In deze situatie zal UWV een intern deskundigenadvies inwinnen in die gevallen waarin de relatie tussen het disfunctioneren en ziekte of gebreken onduidelijk blijft (bijvoorbeeld in het geval werkgever en werknemer hierover van mening (blijven) verschillen) en deze onduidelijkheid niet door werkgever en/of werknemer kan worden weggenomen. Het ligt op de weg van UWV om in dat geval een deskundige te laten vaststellen of er al dan niet een relatie bestaat tussen de door werknemer aangevoerde ziekte of gebrek en het door werkgever aangevoerde disfunctioneren.”

4.29. In de Beleidsregels was verder opgenomen dat indien het UWV tot het oordeel kwam dat het disfunctioneren voortvloeit uit ziekte of gebreken van de werknemer, niet art. 5:1 lid 1 van het Ontslagbesluit van toepassing was, maar art. 5:2 (langdurige arbeidsongeschiktheid):⁴⁶

“Indien UWV tot het oordeel komt dat het disfunctioneren voortvloeit uit ziekte of gebreken van de werknemer, dan is niet artikel 5:1 lid 1 van het Ontslagbesluit van toepassing maar artikel 5:2. In de praktijk zal de ontslaanvraag, die is ingediend op grond van disfunctioneren, moeten worden geweigerd als het disfunctioneren samenhangt met een ziekte of gebrek (zie artikel 5:1 lid 1 sub b Ontslagbesluit). Werkgever en werknemer ontvangen beiden een afschrift van het integrale advies van de deskundige. Als UWV voornemens is om toestemming voor ontslag te weigeren, wordt het deskundigenadvies aan werkgever en werknemer gezonden. Vanuit UWV wordt echter geen contact gelegd met de werkgever om hem in de gelegenheid te stellen de ontslaanvraag alsnog in te trekken. Werkgever kan overigens altijd op eigen initiatief de ontslaanvraag alsnog intrekken.

Werkgever kan eventueel een nieuwe ontslaanvraag indienen met als ontslaggrond arbeidsongeschiktheid (artikel 5:2 Ontslagbesluit). Het kan echter zijn dat voor de werkgever in dat geval nog wel een opzegverbod geldt. Een voorbeeld ter illustratie. Een werknemer heeft een psychische aandoening. Aanvankelijk kan de aandoening met medicijnen worden onderdrukt waardoor hij normaal functioneert. Hij is eigenlijk arbeidsongeschikt, maar toch goed inzetbaar. Echter, zijn toestand verslechtert heel langzaam waardoor hij

uiteindelijk zelfs een gevaar oplevert voor zijn collega's. De werknemer wordt af en toe zonder dat hij er iets aan kan doen zeer agressief en valt dan mensen aan. De werknemer is feitelijk ongeschikt voor de uitoefening van zijn functie. Het disfunctioneren vloeit echter voort uit een ziekte.”

4.30. Indien het UWV tot het oordeel kwam dat het disfunctioneren niet voortvloeit uit ziekte of gebreken, dan kon het de ontslaanvraag wel overeenkomstig art. 5:1 lid 1 van het Ontslagbesluit behandelen:⁴⁷

“Indien blijkt dat het disfunctioneren niet voortvloeit uit ziekte of gebreken (voor een werknemer met een arbeidshandicap in de zin van artikel 4:4 lid 2 van het Ontslagbesluit blijkt dit uit het deskundigenadvies), dan kan de ontslaanvraag overeenkomstig artikel 5:1 lid 1 van het Ontslagbesluit worden behandeld. Een toestemming kan worden gegeven indien aan alle voorwaarden is voldaan.”

4.31. In de Beleidsregels is niet opgenomen wat moet worden verstaan onder “ziekte” in de zin van art. 5:1 lid 1 van het Ontslagbesluit. Ook de totstandkomingsgeschiedenis van de Wwz verschaft hierover geen duidelijkheid. In de arbeidsrechtelijke literatuur wordt aangenomen dat voor de invulling van het begrip “ziekte” in de zin van art. 7:669 lid 3, onder d, BW *eveneens* moet worden aangesloten bij de Ziektewet en dat daaronder dus moet worden verstaan een lichamelijke of psychische toestand die de werknemer verhindert zijn werk (goed) uit te voeren, waarbij geldt dat het verband tussen de ziekte en ongeschiktheid medisch objectiveerbaar moet zijn (zie ook hiervoor onder 4.5-4.7).⁴⁸ Even en Poutsma noemen als voorbeeld een werknemer die een periode minder functioneert omdat hij een chemotherapie ondergaat ter bestrijding van kanker.⁴⁹

4.32. Aansluiting bij het begrip “ziekte” in de Ziektewet ligt, gelet op de wetssystematiek, ook

46 Beleidsregels Ontslagtaak UWV – versie september 2012, hoofdstuk 25, p. 5.

47 Beleidsregels Ontslagtaak UWV – versie september 2012, hoofdstuk 25, p. 5.

48 Vgl. J.H. Even en E.M. Poutsma, De WWZ en disfunctioneren. In: *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2016-2, p. 64 en J.M.E. Schunselaar, Anderhalf jaar WWZ: de obstakels van de d-grond. In: *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2017/68 (onder 2 en onder 3 (ad 2.)).

49 Even en E.M. Poutsma, De WWZ en disfunctioneren. In: *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2016-2, p. 64.

voor de hand. Zoals in de Beleidsregels is te lezen, moest het UWV een ontslaanvraag op grond van art. 5:1 Ontslagbesluit (disfunctioneren) weigeren, indien was vastgesteld dat de ongeschiktheid voor de functie voortvloeide uit ziekte of gebreken. Volgens de Beleidsregels kon de werkgever in dat geval echter wel een nieuwe ontslaanvraag indienen op grond van art. 5:2 Ontslagbesluit (langdurige arbeidsongeschiktheid), mits het opzegverbod tijdens ziekte niet meer gold. Ook in de Wwz is deze systematiek nog terug te vinden. Indien de ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid het gevolg is van ziekte of gebreken van de werknemer, zal de kantonrechter de arbeidsovereenkomst niet kunnen ontbinden op de d-grond. Dit laat echter onverlet dat de werkgever in dat geval het UWV om toestemming kan vragen om de arbeidsovereenkomst op te zeggen op de b-grond (langdurige arbeidsongeschiktheid) (art. 7:671a lid 1 BW), mits het opzegverbod tijdens ziekte niet meer geldt (art. 7:669 lid 3, onder b, BW). Indien het UWV de toestemming als bedoeld in art. 7:671a lid 1 BW weigert, kan de werkgever de kantonrechter verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden op de b-grond (zie art. 7:671b lid 1, aanhef en onder b, BW). Vanwege de samenhang tussen deze bepalingen ligt het in de rede om voor de toepassing van de artikelen 7:629 BW (loon doorbetaling bij ziekte), art. 7:670 lid 1 BW (opzegverbod tijdens ziekte), art. 7:669 lid 3, aanhef en onder b, BW (langdurige arbeidsongeschiktheid) en art. 7:669 lid 3, aanhef en onder d, BW (disfunctioneren) uit te gaan van eenzelfde ziektebegrip.

4.33. De vraag of sprake is van disfunctioneren van de werknemer als gevolg van ziekte of gebreken is niet dezelfde als de vraag of de werknemer ongeschikt is wegens ziekte om de bedongen arbeid te verrichten (en dus sprake is van een opzegverbod tijdens ziekte).⁵⁰ Er zijn tal van situaties denkbaar waarin de werknemer wel gewoon zijn werk verricht – en er dus geen sprake is van ongeschiktheid wegens ziekte om de bedongen arbeid te verrichten in de zin van art. 7:670 lid 1 BW –, maar toch disfunctioneert (of: suboptimaal functioneert) als gevolg van ziekte of gebreken. Dit

kan zich bijvoorbeeld voordoen als de werknemer aan een ziekte lijdt waardoor hij in periodes (kort of lang) belemmerd wordt in zijn functioneren, bijvoorbeeld clusterhoofdpijn of de ziekte van Crohn. Als de klachten afwezig zijn, functioneert de werknemer echter prima. Ook kan een werknemer een bepaalde ziekte hebben gehad waarvan hij weliswaar genezen is, maar waar hij nog wel de naweeën ervaart, bijvoorbeeld vermoeidheid als gevolg van bestraling. In dergelijke situaties hoeft geen sprake te zijn van ongeschiktheid tot het verrichten van de arbeid wegens ziekte in de zin van art. 7:670 lid 1 BW, maar kan wel degelijk sprake zijn van klachten *als gevolg van* ziekte of gebreken waardoor de werknemer, in meer of mindere mate, niet goed functioneert. Dit zijn onmiskenbaar situaties die vallen onder de werking van de uitzondering van art. 7:699 lid 3, sub d, BW: disfunctioneren ten gevolge van ziekte of gebreken van de werknemer.

4.34. Dit betekent dat ook er als geen opzegverbod tijdens ziekte geldt, toch sprake kan zijn van disfunctioneren van de werknemer als gevolg van ziekte of gebreken. Dit sluit ook aan bij de voorheen geldende Beleidsregels van het UWV (zie onder 4.29).

Hoger beroep van beschikkingen in ontbindingszaken

4.35. De Wwz heeft het hoger beroep in arbeidszaken op verschillende punten gewijzigd. Eén van die wijzigingen is de mogelijkheid om hoger beroep en beroep in cassatie in te stellen tegen ontbindingsbeschikkingen. Het tot 1 juli 2015 geldende rechtsmiddelenverbod van art. 7:685 lid 11 (oud) BW is met de inwerkingtreding van de Wwz dus komen te vervallen.⁵¹ Mede vanwege deze wijziging ten opzichte van het oude ontslagrecht, is in art. 7:683 BW voor het hoger beroep en beroep in cassatie een aantal bijzondere regels opgenomen. Deze regels wijken af van de algemene uitgangspunten in het civiele (appel)procesrecht.⁵² Ik licht dit hierna toe, waarbij ik mij beperk tot de afwijkende regels voor het hoger beroep van beschikkingen in *ontbindingszaken*.

50 Vgl ook F.J.L. Pennings en L.C.J. Sprengers (red.), *Monografie Wet Werk en Zekerheid*, Deventer 2018, par. 8.5.1.

51 Zie ook: D.M.A. Bij de Vaate, *Handboek Arbeidsprocesrecht*, 2018, p. 321.

52 Zie D.M.A. Bij de Vaate, *Handboek Arbeidsprocesrecht*, 2018, p. 352.

4.36. Een eerste bijzondere regel is te vinden in art. 7:683 lid 1 BW. Hierin is bepaald dat indien tegen een beschikking tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst als bedoeld in de art. 7:671b en 7:671c BW hoger beroep wordt ingesteld, dit de tenuitvoerlegging van de beschikking niet schorst. Dit vormt een afwijking van art. 360 lid 1 Rv, dat bepaalt dat hoger beroep de werking van een beschikking schorst, tenzij deze uitvoerbaar bij voorraad is verklaard. Als argument voor de afwijkende regel in art. 7:683 lid 1 BW is in de memorie van toelichting genoemd het bevorderen van de rechtszekerheid voor zowel werkgever als werknemer.⁵³

4.37. Een andere bijzondere regel voor het hoger beroep van beschikkingen in ontbindingszaken is de in art. 7:683 BW opgenomen regeling voor het geval de rechter in hoger beroep tot een ander oordeel komt over het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst dan de kantonrechter. Art. 7:683 lid 3 BW bepaalt dat indien de rechter in hoger beroep oordeelt dat het verzoek van de werkgever om ontbinding van de arbeidsovereenkomst *ten onrechte is toegewezen*, hij de werkgever kan veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen of aan de werknemer een billijke vergoeding kan toekennen. Indien de appelrechter een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst uitspreekt (of de arbeidsovereenkomst zelf herstelt)⁵⁴ is art. 7:682 lid 6 BW van overeenkomstige toepassing, zo blijkt uit art. 7:683 lid 4 BW. Dit betekent dat de appelrechter voorzieningen kan treffen voor de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst.⁵⁵ Art. 7:683 lid 5 BW bevat een regel voor de aan lid 3 spiegelbeeldige situatie en houdt in dat indien de appelrechter oordeelt dat het verzoek van de werkgever tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst *ten onrechte is afgewezen*, de rechter dan bepaalt op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst eindigt.

53 Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 3, p. 35 (MvT). Vgl. ook Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 4, p. 58 (Advies Afdeling Advisering RvS en Nader Rapport).

54 Vgl. HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80, NJ 2019/139 m.nt. E. Verhulp (*Amsta*).

55 Vgl. ook HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3241, NJ 2019/139 m.nt. E. Verhulp (*Meriant*) en HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:80, NJ 2019/139 m.nt. E. Verhulp (*Amsta*).

Ex tunc of ex nunc toetsing door appelrechter

4.38. De vraag is of ook met betrekking tot het toetsingsmoment in het hoger beroep van beschikkingen in ontbindingszaken sprake is van een afwijking van het normale appelprocesrecht. Volgens de hoofdregel geldt dat de appelrechter binnen de grenzen van de rechtsstrijd, de vordering van oorspronkelijk eiser en het daarover tussen partijen gevoerde debat opnieuw dient te behandelen en dient te beslissen *naar de toestand ten tijde van zijn beslissing*.⁵⁶ Dit is een zogeheten toetsing *ex nunc*.⁵⁷ De Hoge Raad verwoordde dit als volgt:⁵⁸

“(…) het hoger beroep strekt (….) niet uitsluitend tot een beoordeling van de juistheid van de in eerste aanleg gegeven beslissing, maar, binnen de grenzen van de rechtsstrijd in appel, tot een nieuwe behandeling en beslissing van de zaak, waarbij de appelrechter heeft te oordelen naar de toestand zoals die zich voordoet ten tijde van zijn beslissing (vgl. HR 6 april 1967, NJ 1967, 243 en HR 19 okt. 1979, NJ 1980, 125). Mede in aanmerking genomen dat het hoger beroep ook ertoe dient in eerste aanleg begane verzuimen te herstellen, zou hiermee niet stroken dat het aan partijen niet zou vrijstaan andere argumenten, feiten of gezichtspunten naar voren te brengen dan in eerste aanleg zijn aangevoerd.”

4.39. Een *ex nunc* toetsing in ontbindingszaken kan er echter toe leiden dat het hof, na een op zichzelf terecht uitgesproken ontbinding door de kantonrechter, op grond van latere feiten en omstandigheden in hoger beroep alsnog tot het oordeel komt dat de arbeidsovereenkomst in stand moet blijven. Zo zou een werknemer na een toegewezen ontbinding op de a-grond, in hoger be-

56 HR 3 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1050; NJ 1993/714 (*Yp/PTT*), rov. 3.3; HR 23 februari 1996, NJ 1996/395 (*Meijburg/Hazewinkel c.s.*), rov. 3.5; HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2828; NJ 1999/381 m.nt. D.W.F. Verkade (*Meccano/Remco Toys en Otto Simon*), rov. 3.5 en HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4663; NJ 2007/638 m.nt. E.J. Dommering (*Dexia/[...]*), rov. 3.10.

57 *Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent* 4 2018/93. Zie ook: F.G. Laagland en I. Lintsen, Het rechterlijke toetsingsmoment in ontslagzaken: een betoog voor een uniforme toetsing *ex tunc*. In: TRA 2018/2 (onder 2.1).

58 HR 3 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1050; NJ 1993/714 (*Yp/PTT*), rov. 3.3.

roep met succes kunnen aanvoeren dat de bedrijfseconomische noodzaak voor ontslag is verdwenen, vanwege een grote order die het bedrijf na de ontbindingsbeschikking van de kantonrechter heeft binnengehaald.⁵⁹ De ontbinding zou dan alsnog moeten worden afgewezen. In de arbeidsrechtelijke literatuur wordt dit als onwenselijk beschouwd. Laagland en Lintsen schrijven dat dit in strijd is met de rechtszekerheid en dat de werkgever dan voortdurend in onzekerheid verkeert over het al dan niet bestaan van de arbeids-overeenkomst.⁶⁰ Ook Bij de Vaate,⁶¹ Van Slooten⁶² en Wetzels en Vesterling⁶³ bepleiten een *ex tunc* toetsing door de appelrechter, na een toegewezen ontbindingsverzoek.

4.40. Over de vraag of ditzelfde geldt voor een door de kantonrechter afgewezen ontbindingsverzoek, zijn de meningen verdeeld. Laagland en Lintsen vinden dat ook in dit geval een *ex tunc* toetsing moet plaatsvinden. Een toetsing *ex nunc* zou het mogelijk maken dat de werkgever de redelijke grond – die de kantonrechter te licht heeft bevonden – in hoger beroep alsnog “voldragen” kan maken. De werkgever zou daarmee volgens de auteurs ten onrechte een proceseconomisch voordeel toekomen. Zo'n voordeel is ook niet nodig, omdat de werkgever altijd een nieuw ontbindingsverzoek kan indienen. Een *ex nunc* toetsing zou er bovendien toe leiden dat op verschillende momenten – eerst bij de kantonrechter en daarna bij het hof – een afwijkende herplaatsingstermijn geldt, met allerlei complicaties van dien.⁶⁴ Bij de

Vaate is echter van mening dat voor deze situatie een toetsing *ex nunc* kan worden gehanteerd.⁶⁵

4.41. In de totstandkomingsgeschiedenis van de Wwz is dit punt niet aan de orde gekomen. Het lijkt erop dat de wetgever deze kwestie niet onder ogen heeft gezien.⁶⁶

4.42. In de onderhavige zaak heeft het hof tot uitgangspunt genomen dat de ontbinding *ex tunc* moet worden getoetst. In cassatie is dit uitgangspunt niet ter discussie gesteld; beide partijen onderschrijven de *ex tunc* toetsing. Nu bovendien in een andere, recent bij de Hoge Raad binnengekomen zaak deze kwestie wél aan de orde wordt gesteld,⁶⁷ zal ik in deze conclusie niet *in extenso* ingaan op deze discussie.

4.43. In de onderhavige zaak is in cassatie wel aan de orde of een *ex tunc*-beoordeling ook impliceert dat in hoger beroep door de werknemer geen nieuwe verweren mogen worden gevoerd (namelijk: alsnog een beroep doen op het opzegverbod tijdens ziekte), dan wel dat de werknemer in hoger beroep geen nieuwe feiten of omstandigheden mag aanvoeren, dan wel dat de werknemer in hoger beroep zich niet op nieuwe stukken mag beroepen.

4.44. Waar het bij een beoordeling *ex nunc* gaat om een beoordeling naar de toestand ten tijde van de beslissing in hoger beroep, houdt een beoordeling *ex tunc* in dat het hof de feiten en omstandigheden die zich ná de uitspraak in eerste aanleg hebben voorgedaan buiten beschouwing dient te laten. Dit laat echter onverlet dat partijen in appel een beroep kunnen doen op feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan vóór de beslissing in eerste aanleg, maar die zij, om welke reden dan ook, niet eerder in de procedure naar voren hebben gebracht.⁶⁸ Ook ontnemt een *ex tunc*

59 Het voorbeeld is ontleend aan F.G. Laagland en I. Lintsen, Het rechterlijke toetsingsmoment in ontslagzaken: een betoog voor een uniforme toetsing *ex tunc*. In: *TRA* 2018/2.

60 F.G. Laagland en I. Lintsen, Het rechterlijke toetsingsmoment in ontslagzaken: een betoog voor een uniforme toetsing *ex tunc*. In: *TRA* 2018/2. In hun artikel gaan Laagland en Lintsen ook in op het toetsingsmoment in eerste aanleg, maar die kwestie laat ik hier verder buiten beschouwing.

61 D.M.A. Bij de Vaate, *Handboek arbeidsprocesrecht*, 2018, p. 353-354.

62 J.M. van Slooten, De drie tijdsdimensies van de a-grond. In: *TRA* 2016/81.

63 W.J.J. Wetzels en mr. P.G. Vesterling, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht*, 2019, aant. 24 bij art. 7:683 BW, p. 1702-1703.

64 F.G. Laagland en I. Lintsen, Het rechterlijke toetsingsmoment in ontslagzaken: een betoog voor een

uniforme toetsing *ex tunc*. In: *TRA* 2018/2 (onder 2.3).

65 D.M.A. Bij de Vaate, *Handboek arbeidsprocesrecht*, 2018, p. 360-361.

66 F.G. Laagland en I. Lintsen, Het rechterlijke toetsingsmoment in ontslagzaken: een betoog voor een uniforme toetsing *ex tunc*. In: *TRA* 2018/2 (onder 1) en M.S.A. Vegter, Appelrechter hoeft niet te motiveren waarom hij een lagere vergoeding toekent dan de kantonrechter. *Ex nunc* toetsing. In: *TRA* 2018/79.

67 Zaaknummer 19/01978, binnengekomen op 18 april 2019.

68 Zie ook F.G. Laagland en I. Lintsen, Het rechterlijke toetsingsmoment in ontslagzaken: een betoog voor

toetsing partijen niet de mogelijkheid om in hoger beroep (alsnog) bewijsmiddelen aan te dragen die betrekking hebben op feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan vóór de beslissing in eerste aanleg. Een beoordeling *ex tunc* ontnemt aan partijen dus niet de herkansingsmogelijkheid van het hoger beroep.

4.45. Een parallel is te trekken met het bestuursrecht.⁶⁹ Hoofdregel is dat de rechter een besluit toetst naar het moment dat het besluit op bezwaar is genomen, dus een toetsing *ex tunc*. Dat besluit op bezwaar berust overigens zelf in beginsel op een beoordeling *ex nunc*, want het bestuursorgaan moet beslissen met inachtneming van de actuele feiten en omstandigheden. Ook bij een rechterlijke toetsing *ex tunc* kan echter een beroep worden gedaan op feiten en omstandigheden die bestonden op het peilmoment of in het tijdvak, maar toen niet zijn aangevoerd zijn gebracht. Dat betekent dat – als hoofdregel, er zijn afwijkende regels voor bepaalde soorten besluiten – ook bewijsstukken kunnen worden ingebracht die betrekking hebben op feiten en omstandigheden ten tijde van het peilmoment of het tijdvak. Dit geldt ook als de bewijsstukken ná het besluit op bezwaar zijn opgesteld.

5. Bespreking van de klachten

Onderdeel 1 – miskenning inhoud *ex tunc* toetsing en herkansingsfunctie hoger beroep?

5.1. *Onderdeel 1* stelt dat het hof (in rov. 5.2) (voor de Werknemer) fatale betekenis heeft toegekend aan het feit dat hij zich in de procedure bij de kantonrechter niet heeft beroepen op “het opzegverbod” (laat staan aangetoond heeft dat hij ziek was), en heeft herhaald “dat het de juistheid van de door de kantonrechter uitgesproken ontbinding *ex tunc* beoordeelt”. Deels om die reden heeft het hof het standpunt van Werknemer verworpen “(...) dat de uitkomst van het neuropsychologische onderzoek als second opinion kan gelden”, aldus het onderdeel.

een uniforme toetsing *ex tunc*. In: *TRA* 2018/2 (onder 2.1). Vgl. ook de annotatie van F.G. Laagland. In: *JAR* 2018/106.

69 Zie hierover A.T. Marseille en H.D. Tolsma (red.), *Bestuursrecht 2. Rechtsbescherming tegen de overheid*, 2016, par. 6.4.3 en bijv. de noot van J.H. Keinemans bij ABRS 12 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4045, JB 2019/60.

5.2. Geklaagd wordt dat het hof door aldus te oordelen heeft miskend dat in hoger beroep, ook als dat in eerste aanleg is nagelaten, alsnog een beroep kan worden gedaan op het feit dat de werknemer ten tijde van het ontbindingsverzoek (ziek was en aldus) ongeschikt “als gevolg van ziekte of gebreken” in de zin van art. 7:669 lid 3 onder d BW. Het hof miskent dat het hoger beroep er (mede) op gericht kan en mag zijn een misslag uit de eerste aanleg te herstellen. Zo de appelrechter in een geval als dit al slechts *ex tunc* mag toetsen, dan nog betekent dat *niet* dat hij geen rekening behoeft te houden met omstandigheden die eerst in hoger beroep zijn aangevoerd, maar die ook in eerste aanleg hadden kunnen worden aangevoerd. Toetsing *ex tunc*, in die zin, sluit slechts uit dat een beroep wordt gedaan op ontwikkelingen van na de procedure in eerste aanleg, aldus het onderdeel.

5.3. Enigszins verwarrend is dat het onderdeel verwijst naar rov. 5.2, maar vervolgens ook zinsneden uit rov. 5.3 van de bestreden beschikking citeert. Het onderscheid tussen rov. 5.2 en 5.3 is van belang, omdat het hof heeft overwogen dat grief II in twee onderdelen uiteenvalt (zie rov. 5.2, eerste volzin):

– *Het eerste deel* stelt volgens het hof aan de orde dat de kantonrechter in strijd met art. 7:671b lid 7 BW de arbeidsovereenkomst heeft ontbonden, terwijl er een opzegverbod tijdens ziekte gold (zie rov. 5.2, tweede volzin). Het hof heeft dit deel van de grief beoordeeld in rov. 5.2.

– *Het tweede deel* van grief II en grief III heeft het hof opgevat als een betoog van Werknemer dat het door Achmea gestelde disfunctioneren wordt veroorzaakt door zijn ziekte of gebrek als bedoeld in art. 7:669 lid 3, aanhef en onder d, BW (zie rov. 5.3, eerste volzin). Het hof heeft dit betoog vervolgens beoordeeld in rov. 5.3.

5.4. Voor zover onderdeel 1 zo moet worden begrepen dat dit *uitsluitend* is gericht tegen rov. 5.2, mist het deels feitelijke grondslag. Het hof heeft in rov. 5.2 immers niet geoordeeld over de vraag of door Werknemer in hoger beroep alsnog een beroep kan worden gedaan op het feit dat hij ten tijde van het ontbindingsverzoek (ziek was en aldus) ongeschikt “als gevolg van ziekte of gebreken” in de zin van art. 7:669 lid 3, aanhef en onder d, BW. In rov. 5.2 is slechts geoordeeld over de vraag of het opzegverbod tijdens ziekte (art. 7:670 lid 1 BW) aan ontbinding van de arbeidsovereenkomst in de weg stond.

5.5. Uit de zin “Het Hof kent (in rov. 5.2) (voor [Werknemer] fatale betekenis toe aan het feit dat [Werknemer] zich in de procedure bij de kantonrechter niet heeft beroepen op ‘het opzegverbod’ (...))” kan echter worden afgeleid dat onderdeel 1 ook klachten bevat tegen het oordeel in rov. 5.2, dat de kantonrechter op goede gronden heeft geoordeeld dat het *opzegverbod tijdens ziekte* niet aan ontbinding van de arbeidsovereenkomst in de weg stond. Als het onderdeel zo wordt begrepen, geldt het volgende.

5.6. Het uitgangspunt van het hof, dat de juistheid van de door de kantonrechter uitgesproken ontbinding *ex tunc* moet worden getoetst, wordt in cassatie niet ter discussie gesteld. Daarmee moet ook *ex tunc* worden beoordeeld of voor 17 juli 2017 (datum ontvangst ontbindingsverzoek) sprake was van een opzegverbod tijdens ziekte.

5.7. De *ex tunc* toetsing doet echter niet af aan de herkansingsfunctie van het hoger beroep (zie onder 4.44). Dat betekent dat de Werknemer in hoger beroep zich alsnog kan beroepen op een opzegverbod tijdens ziekte, ook al heeft hij dat bij de kantonrechter achterwege gelaten. Dat de Werknemer de kantonrechter “niet in staat heeft gesteld zich van mogelijke toepasselijkheid van dit opzegverbod te vergewissen” (rov. 5.2), is dan ook geen relevant gezichtspunt. Het hof diende zélf te beoordelen of voor 17 juli 2017 sprake was van een opzegverbod tijdens ziekte.

5.8. Ook onjuist is de overweging van het hof, dat beoordeeld moet worden of de kantonrechter “gelet op de ten tijde van zijn beslissing beschikbare informatie en stukken” rekening diende te houden met een voor 17 juli 2017 bestaand opzegverbod tijdens ziekte. Zoals gezegd (zie onder 4.44), betekent een *ex tunc* toetsing niet dat de appelrechter alleen acht mag slaan op de destijds (ten tijde van de beslissing van de kantonrechter) beschikbare informatie en stukken. Gelet op de herkansingsfunctie van het hoger beroep, kan een partij – ook bij een *ex tunc* toetsing – in hoger beroep alsnog een beroep doen op (medische) stukken, die betrekking hebben op de situatie ten tijde of voorafgaand aan de ontbindingsbeschikking. Dat geldt ook als de (medische) stukken op een later moment zijn opgesteld. Het hof diende derhalve ook acht te slaan op de brief van 25 oktober 2017, de ziekmelding van 22 november 2017 en het rapport van het neuropsychologisch on-

derzoek uit 2017.⁷⁰ In zoverre slaagt de klacht uit onderdeel 1.

5.9. In dit verband kan ook worden gewezen op een recente uitspraak van het gerechtshof Den Haag.⁷¹ In die zaak betoogde de werkgever – onder expliciete verwijzing naar de in deze zaak bestreden beschikking – dat het voor rekening en risico van werkneemster moest komen dat zij ervoor had gekozen om pas na afloop van het onderzoek in de ontbindingsprocedure door de kantonrechter een deskundigenoordeel aan te vragen bij het UWV. Het gerechtshof Den Haag ging niet mee in dit betoog en overwoog daartoe als volgt:⁷²

“Het hof is van oordeel dat als een werknemer in hoger beroep alsnog een deskundigenoordeel in het geding brengt, dat betrekking heeft op de vraag of het opzegverbod tijdens ziekte van kracht was ten tijde van de procedure in eerste aanleg, in de regel rekening moet worden gehouden met een dergelijk deskundigenoordeel. Dat is immers een verklaring die betrekking heeft op de situatie zoals die aan de orde was ten tijde van de procedure in eerste aanleg. Dat is naar het oordeel van het hof het toetsingsmoment voor de vraag of het opzegverbod tijdens ziekte van kracht is bij de beoordeling van een ontbindingsverzoek op de g-grond (en in het verlengde daarvan de vraag of het verzoek verband houdt met ziekte). Het hof toetst deze vraag dus *ex tunc*, maar houdt daarbij in de regel wel rekening met nieuwe stukken die in hoger beroep in het geding worden gebracht, voor zover deze betrekking hebben op de situatie ten tijde van de procedure in eerste aanleg, zoals het onderhavige deskundigenoordeel. In eerste aanleg heeft [verzoekster] ook al een beroep gedaan op het opzegverbod tijdens ziekte. Het deskundigenoordeel dat zij in hoger beroep in het geding heeft gebracht, vormt een nadere onderbouwing van hetgeen zij in eerste aanleg als verweer heeft aangevoerd maar onvoldoende heeft onderbouwd. Indien een dergelijk deskundigenoordeel buiten beschouwing zou moeten worden

70 Als datum van het onderzoek is in het rapport vermeld 15 augustus 2017. In het appelschrift is vermeld dat het rapport op 25 oktober 2017 aan de advocaat van Achmea is verzonden (zie onder 45).

71 Gerechtshof Den Haag 15 februari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:289; *AR-Updates.nl* 2019-0172; *JAR* 2019/87.

72 Rov. 4.4.

gelaten omdat dit pas op een datum gelegen na de mondelinge behandeling in eerste aanleg is aangevraagd, wordt geen recht gedaan aan het karakter van het hoger beroep, dat immers onder meer een herstelfunctie heeft van wat in eerste aanleg niet goed is verlopen.”

5.10. Het slagen van de klacht uit onderdeel 1 kan echter niet tot cassatie leiden. Het hof heeft namelijk aan het slot van rov. 5.2 óók een inhoudelijk oordeel gegeven over het beroep van de Werknemer op het opzegverbod tijdens ziekte. In dat kader heeft het hof overwogen dat uit het rapport van het neuropsychologisch onderzoek, dat diende ter onderbouwing van het beroep op het opzegverbod tijdens ziekte in de brief van 25 oktober 2017, niet blijkt dat de Werknemer al voor 17 juli 2017 ziek was “in de zin van de hiervoor vermelde definitie”. Het hof doelt daarmee kennelijk op zijn eerdere overweging, dat onder “ziekte” moet worden verstaan: “het op medische gronden, naar objectieve maatstaven gemeten, niet kunnen of mogen verrichten van de bedongen arbeid.” (zie rov. 5.2, vierde volzin). In dit oordeel ligt besloten dat er voor 17 juli 2017 dus ook geen opzegverbod tijdens ziekte gold (art. 7:670 lid 1 BW). Aan een oordeel over de vraag of het ontbindingsverzoek van Achmea verband houdt met ziekte als bedoeld in art. 7:671b lid 6, onder a, BW is het hof daarom niet meer toegekomen.

5.11. Voor zover de klachten in onderdeel 1 moeten worden geacht mede te zijn gericht tegen rov. 5.3, waar het hof beoordeelt of sprake is van ongeschiktheid als gevolg van ziekte of gebreken in de zin van art. 7:669 lid 3, aanhef en onder d, BW, zal ik deze hierna bespreken bij onderdeel 2.

Onderdeel 2 – ongeschiktheid anders dan ten gevolge van ziekte of gebreken?

5.12. *Onderdeel 2* – zie het verzoekschrift tot cassatie p. 4 (voorlaatste alinea, eerste alinea) – gaat ervan uit dat de rov. 5.2 en 5.3 van de bestreden beschikking zo moeten worden begrepen, dat het hof aan een inhoudelijke bespreking van het beroep van ongeschiktheid als gevolg van ziekte of gebreken als bedoeld in art. 7:669 lid 3, aanhef en onder d, BW niet is toegekomen. Die lezing deel ik niet. Het hof is in rov. 5.3 immers wel inhoudelijk op dat betoog van de Werknemer ingegaan en heeft dat in die rechtsoverweging verworpen.

5.13. Daarbij heeft het hof tot uitgangspunt genomen dat de stelplicht en bewijslast van het ontbreken van het verband tussen de ongeschiktheid en

ziekte of gebrek op Achmea rust, maar dat zij bij haar ontbindingsverzoek mocht volstaan met de mededeling dat zij geen reden had om aan te nemen dat sprake was van ongeschiktheid door ziekte of gebrek, nu de ziekmeldingen van de Werknemer door de bedrijfsartsen niet terecht zijn bevonden en Werknemer geen *second opinion* heeft aangevraagd. Het hof vervolgt dan met de overweging dat het op de weg van de Werknemer lag om gemotiveerd te stellen dat wel sprake was van ziekte of gebrek en causaal verband met het disfunctioneren. Volgens het hof zal in de regel immers de werknemer zelf, eerder dan de werkgever, beschikken over informatie waaruit blijkt dat daarvan sprake is, omdat dit in zijn privédoelgebied ligt en hij dit desgewenst moet ontsluiten. Deze vooropstelling over de stelplicht en bewijslast wordt in cassatie door Werknemer niet bestreden en is ook juist.

5.14. Het hof heeft de stellingen van de Werknemer in hoger beroep vervolgens in dit kader beoordeeld en verworpen. Daarbij heeft het hof van belang geacht dat:

- De Werknemer niet is opgekomen tegen zijn hersteldverklaring in 2011 en dat hij tot 2014 goed heeft gefunctioneerd;
- in 2013/2104 de mogelijkheid van herkeuring met de Werknemer is besproken (zie rov. 3.5) en begin 2015 de inschakeling van een arbeidsdeskundige als mogelijkheid is aangeduid (zie rov. 3.7), maar dat traject niet is ingeslagen;
- de Werknemer ter zitting bij het hof heeft gezegd dat hij niet het ziektraject in wilde en dat de bedrijfsarts daar kennelijk ook geen reden voor heeft gezien;
- de Werknemer zich na kritiek op zijn functioneren over het jaar 2014 heeft neergelegd bij oordelen van verschillende bedrijfsartsen dat hij niet arbeidsongeschikt was door ziekte;
- de Werknemer in ieder geval vanaf medio 2016 werd bijgestaan door een jurist, die van het oordeel van de bedrijfsartsen in 2016 op de hoogte was, maar er kennelijk aan de kant van de Werknemer geen reden is gezien voor het aanvragen van een *second opinion*;
- de Werknemer ook niet heeft aangegeven waarom Achmea het oordeel van de bedrijfsarts dan wel in twijfel had moeten trekken;
- hier nog bij komt dat Achmea zowel tijdens de mondelinge behandeling van het eerste ontbindingsverzoek als onder punt 19 van haar verzoekschrift in hoger beroep heeft opgemerkt dat be-

drijfsartsen vergeefs aan de Werknemer hebben gevraagd een machtiging te geven voor het opvragen van zijn medische dossier bij de behandelend neuroloog, als hij meer beperkingen zou ervaren dan de bedrijfsarts kon duiden, waar de Werknemer nimmer op is ingegaan.

– De Werknemer tijdens de mondelinge behandeling van het hof heeft verklaard dat hij zich een dergelijk verzoek van bedrijfsarts betrokkene 9 kon herinneren, maar niet kon uitleggen waarom hij daar niet op was ingegaan.

5.15. De conclusie die het hof hieruit trekt, dat de Werknemer onvoldoende gemotiveerd heeft gesteld dat *wel* sprake was van disfunctioneren als gevolg van ziekte of gebrek, lijkt hiermee op het eerste gezicht toereikend gemotiveerd. Het probleem zit echter in de overweging aan het slot van rov. 5.3, dat “het hof herhaalt dat het de juistheid van de door de kantonrechter uitgesproken ontbinding ex tunc beoordeelt” en dat “reeds om die reden [...] het hof het standpunt van mr. Van Voorthuizen tijdens de mondelinge behandeling bij het hof [verwerpt], inhoudend dat de uitkomst van het neuropsychologische onderzoek (zie onder rov. 3.32) als *second opinion* kan gelden.”

5.16. Voor zover het onderdeel – in samenhang met de klacht uit onderdeel 1 – zo moet worden gelezen dat ook geklaagd wordt over deze overweging aan het slot van rov. 5.3, slaagt de klacht om dezelfde redenen als vermeld onder 5.8. Gelet op de herkansingsfunctie van het hoger beroep, kon het hof het neuropsychologische rapport niet buiten beschouwing laten vanwege het *enkele* feit dat dit dateert van ná de ontbindingsbeschikking en de kantonrechter dit rapport daarom niet in zijn beoordeling heeft kunnen betrekken. Ook kon het hof niet reeds daarom oordelen dat de uitkomst van het neuropsychologische onderzoek niet als *second opinion* kan gelden.

5.17. De vraag is vervolgens of het slagen van deze klacht wél tot cassatie leidt, of dat ook hier zou moeten worden geoordeeld dat de Werknemer geen belang heeft bij zijn klacht, omdat het hof aan het slot van rov. 5.2 wel inhoudelijk is ingegaan op het neuropsychologische rapport. Het hof overwoog daar immers:

“Overigens blijkt uit het rapport van het neuropsychologisch onderzoek, dat diende ter onderbouwing van de ziekte die aanleiding was voor het beroep op het opzegverbod in de brief van 25 oktober 2017, ook niet dat [Werknemer] al voor

17 juli 2017 ziek was in de zin van de hiervoor vermelde definitie.”

5.18. Met het oog hierop, zo begrijp ik, wordt bij onderdeel 2 ook geklaagd dat *voor zover* dit oordeel zou moeten worden beschouwd als een weerlegging van het betoog van de Werknemer dat hij als gevolg van ziekte of gebreken als bedoeld in art. 7:669 lid 3, aanhef en onder d, BW ongeschikt zou zijn voor het verrichten van de bedongen arbeid, dit rechtens onjuist is. In dat geval heeft het hof namelijk miskend dat van ongeschiktheid als gevolg van ziekte of gebreken in de zin van die bepaling, niet *slechts* sprake is als de werknemer ten tijde van zijn ontbindingsverzoek ziek is in de zin van art. 7:628 BW (bedoeld is kennelijk art. 7:629 BW – A-G), maar dat ook bij ziekte of gebreken die niet leiden tot ongeschiktheid voor de bedongen arbeid, de bedoelde uitzondering in art. 7:669 lid 3, aanhef en onder d, BW toepassing kan vinden.

5.19. Naar mijn mening is het weinig aannemelijk dat de beschikking moet worden gelezen als uiteengezet bij onderdeel 2. De in het onderdeel bestreden overweging aan het slot van rov. 5.2 is gedaan in het kader van de bespreking van de vraag of het *opzegverbod* tijdens ziekte in art. 7:670 lid 1 BW aan ontbinding van de arbeidsovereenkomst in de weg stond. In rov. 5.3 bespreekt het hof het beroep op *ongeschiktheid als gevolg van ziekte of gebreken* in art. 7:669 lid 3, aanhef en onder d, BW. Uit de beschikking blijkt niet duidelijk dat het hof bij het terzijde leggen van het neuropsychologisch rapport, ook voor ogen heeft gestaan dat dit rapport de Werknemer inhoudelijk niet kan baten ter ondersteuning van zijn stelling dat sprake is van ongeschiktheid als gevolg van ziekte of gebreken, omdat daaruit niet blijkt “dat [Werknemer] al voor 17 juli 2017 ziek was in de zin van de hiervoor vermelde definitie”.

5.20. Maar zo dit anders zou zijn, dan slaagt ook deze klacht. Hiervoor is besproken dat het niet ongeschiktheid zijn door ziekte om de bedongen arbeid te verrichten, onverlet laat dat sprake kan zijn van disfunctioneren als gevolg van ziekte of gebreken (zie onder 4.33-4.34). Dat betekent dat ook als uit het neuropsychologische rapport niet blijkt dat de Werknemer al voor 17 juli 2017 ziek was, dit de mogelijkheid openlaat dat het rapport wel steun biedt voor de opvatting dat de Werknemer disfunctioneert als gevolg van ziekte of gebreken. Ik merk op dat in het rapport van de

neurochirurg van 2017 onder meer het volgende is vermeld (p. 3):

“In huidig testonderzoek komt het volgende naar voren. Inprenting van verbale informatie is op niveau, de hieraan gerelateerde retentie is enigszins verlaagd. Scores voor visuele retentie zijn gelijk gebleven en thans ruim benedengemiddeld. Kortom er zijn thans geen aanwijzingen voor een geheugenstoornis. Het basale tempo van informatieverwerken is toegenomen en thans erg vlot, maar op het gebied van complexe informatieverwerking worden verlaagde scores t.o.v. de scores in 2011 gevonden. Hierbij is er thans sprake van een evidente vertraging in de prestatie in complexe taken waarbij pt. de aandacht moet richten dan wel verdelen, of cognitieve bewerkingen moet uitvoeren. Woordvinding is onveranderd intact. Net als in 2011 vinden we dat planning, overzicht en taakregulatie (executieve functies) niet op niveau zijn, er is overigens geen sprake van mentale inflexibiliteit. Er zijn geen aanwijzingen voor angst- of stemmingsproblematiek. Wel is er sprake van zowel fysieke als mentale vermoeidheid, waarvan de gevolgen en de impact op pt. hoog zijn en hij moeite heeft hiermee om te gaan. Hierbij is de copingstijl van pt. overwegend inefficiënt.

Samenvattend is er geen duidelijke achteruitgang t.o.v. 2011, echter is er thans sprake van een evidente vertraging in informatieverwerking in complexe taken, hetgeen zich in het dagelijks leven kan manifesteren als verminderde belastbaarheid. E.e.a. past ons inziens goed bij de doorge maakt SAB [subarachnoïdale bloeding – A-G] en kan de door pt. ervaren vermoeidheid verklaren.” Dat hij niet goed functioneert vanwege zijn vermoeidheidsklachten als gevolg van het in 2010 doorgemaakte hersenaneurysma, is door de Werknemer in hoger beroep ook aangevoerd.⁷³

5.21. Het voorgaande leidt ertoe dat de beschikking van het hof niet in stand kan blijven. Na verwijzing zal opnieuw moeten worden beoordeeld of sprake is van disfunctioneren als gevolg van ziekte of gebrek, waarbij óók acht wordt geslagen op het rapport van de neuropsycholoog.

6. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging en verwijzing.

⁷³ Het onderdeel verwijst naar het hoger beroepschrift onder punt 30, 34 en 38.

Hoge Raad

1. *Procesverloop*
(..., red.)

2. *Uitgangspunten en feiten*

2.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 1.1-1.33. Samengevat gaat het in deze zaak om het volgende.

(i) De werknemer, geboren in 1967, is in 2005 in dienst getreden bij (de rechtsvoorgangster van) Achmea. Hij was laatstelijk werkzaam als deskaccountmanager met een werkweek van 32 uren.

(ii) In 2010 heeft de werknemer te maken gehad met een geknapt hersenaneurysma. Als gevolg daarvan is hij van 3 augustus 2010 tot 26 juni 2011 arbeidsongeschikt geweest. Met ingang van 27 juni 2011 is hij volledig arbeidsgeschikt geacht. Nadien heeft de werknemer echter te kennen gegeven sneller vermoeid te zijn dan voorheen en last te hebben van concentratieproblemen. In verband daarmee heeft Achmea hem enkele faciliteiten verleend.

(iii) In januari 2013 is de werknemer begonnen aan een MBO-opleiding (ICT niveau 4) op kosten van Achmea. Hij heeft deze opleiding in juli 2015 afgerond.

(iv) Het functioneren van de werknemer over 2014 en 2015 is door Achmea in diverse beoordelingen als onvoldoende gewaardeerd. Na een voortgangsgesprek op 27 mei 2016 is de werknemer meegedeeld dat de uitkomst van een ingezet verbetertraject zou zijn dat hij niet erin was geslaagd zijn functioneren op het vereiste niveau te brengen, hetgeen betekende dat hij niet langer als deskaccountmanager werkzaam zou zijn en dat er gezocht zou worden naar een andere passende functie. Als dat niet zou lukken, zou de arbeidsovereenkomst worden beëindigd.

(v) Op 3 juni 2016 heeft Achmea aangeboden een vaststellingsovereenkomst met de werknemer te sluiten strekkende tot beëindiging van het dienstverband. Enkele weken daarna heeft de werknemer zich ziek gemeld.

(vi) Nadat de bedrijfsarts had vastgesteld dat bij de werknemer geen beperkingen van medische aard aanwezig waren en de werknemer na herhaald verzoek niet had gereageerd op de hem aangeboden vaststellingsovereenkomst, is Achmea op 22 augustus 2016 begonnen met een herplaatsingstraject voor de duur van drie maanden.

(vii) In januari 2017 heeft Achmea de kantonrechter verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van ongeschiktheid voor de bedongen werkzaamheden. Bij voorwaardelijk tegenverzoek heeft de werknemer onder meer wedertewerkstelling verzocht. Bij beschikking van 22 maart 2017 heeft de kantonrechter beide verzoeken afgewezen. De kantonrechter was van oordeel dat de werknemer ongeschikt was voor zijn functie, dat dit niet het gevolg was van ziekte of gebreken of van onvoldoende zorg van Achmea voor scholing van de werknemer en dat Achmea de werknemer in voldoende mate in de gelegenheid had gesteld zijn functioneren te verbeteren. Onvoldoende was echter gebleken dat de werknemer niet herplaatst kon worden binnen een redelijke termijn. Volgens de kantonrechter had Achmea actiever moeten zoeken, eventuele belemmeringen moeten wegnemen en moeten onderbouwen waarom zij de werknemer niet dezelfde voorrangpositie gaf als werknemers die door reorganisatie boventallig waren.

(viii) Tussen Achmea en de werknemer is afgesproken dat de werknemer geheel zou worden vrijgesteld van werk om zich volledig te kunnen richten op herplaatsing. In het verslag van dit gesprek staan diverse in dit verband door de werknemer te ondernemen acties.

(ix) In een reeks voortgangsgesprekken en onderlinge contacten in april en mei 2017 is onder meer door de werknemer melding gemaakt van lichamelijke ongemakken, zijn een aantal vergeefse sollicitaties op vacatures ter sprake geweest en is van de zijde van Achmea gezegd dat de werknemer te weinig actie ondernam.

(x) Op 12 juni 2017 heeft de werknemer een bezoek gebracht aan de bedrijfsarts. De bedrijfsarts heeft in een verslag van dit bezoek vermeld dat de werknemer heeft gevraagd of hij, gelet op de klachten die hij ervaart, al dan niet in staat moet worden geacht herplaatsingsactiviteiten te verrichten. De bedrijfsarts heeft als bevinding vermeld dat het mogelijk is dat de werknemer enigszins beperkt is in het verrichten van herplaatsingsactiviteiten, maar dat hij zelfs met deze beperkingen in staat moet worden geacht tot het verrichten van deze activiteiten van enige omvang.

(xi) In juni, juli en augustus 2017 hebben opnieuw voortgangsgesprekken plaatsgevonden. Ook heeft Achmea de werknemer in kennis gesteld van diverse openstaande vacatures.

(xii) Op verzoek van de advocaat van de werknemer heeft een neurochirurg informatie verschaft over de werknemer (zijn patiënt). In een brief van 22 juni 2017 heeft de neurochirurg vermeld dat de werknemer de bekende restverschijnselen heeft die vaak worden gezien bij een bloeding zoals de werknemer die heeft gehad: vooral verhoogde vermoeibaarheid, concentratiestoornissen en verminderde mentale spankracht. De neurochirurg heeft geschreven in algemene zin te denken dat de werknemer verminderd belastbaar is. De neurochirurg heeft de werknemer doorverwezen voor een neuropsychologisch onderzoek om de huidige stand van zaken op te maken. De werknemer heeft van deze doorverwijzing melding gemaakt in zijn (ingetrokken) beroepschrift tegen de hiervoor onder (vii) genoemde beschikking van de kantonrechter.

(xiii) Inmiddels, op 17 juli 2017, was Achmea de onderhavige procedure begonnen. Zij heeft daarin opnieuw verzocht de arbeidsovereenkomst met de werknemer te ontbinden op grond van art. 7:669 lid 3, onder d, BW in verbinding met art. 7:671b BW en de transitievergoeding vast te stellen.

(xiv) Het neuropsychologisch onderzoek heeft geresulteerd in een rapport van oktober 2017. De samenvatting hiervan luidt dat er geen duidelijke achteruitgang is ten opzichte van 2011, maar thans wel van een evidente vertraging in informatieverwerking in complexe taken, hetgeen zich kan manifesteren als verminderde belastbaarheid. Dat past goed bij de doorgemaakte subarachnoidale bloeding uit 2010. Opgemerkt is ook dat de wijze waarop de werknemer omgaat met de ervaren vermoeidheid overwegend inefficiënt is. Het rapport is namens de werknemer bij brief van 25 oktober 2017 naar de advocaat van Achmea gestuurd met de opmerking dat de inhoud mag worden gedeeld met de bedrijfsarts. In die brief is namens de werknemer een beroep gedaan op het opzegverbod tijdens ziekte. Bij brief van 30 oktober 2017 heeft Achmea de uitdiensttreding bevestigd.

(xv) De werknemer heeft op 22 november 2017 aan Achmea bericht dat hij meent ziek uit dienst te treden, waarbij hij verwijst naar zijn (hiervoor onder (xii) vermelde) beroepschrift en de (hiervoor onder (xiv) vermelde) brief van 25 oktober 2017. Achmea heeft geantwoord dat dit onjuist is, nu de werknemer zich niet bij zijn leidinggevende

ziek heeft gemeld en de bedrijfsarts niet heeft geoordeeld dat hij ziek is.

2.2. Voor zover in cassatie van belang, verzoekt Achmea in deze procedure de arbeidsovereenkomst met de werknemer te ontbinden op grond van art. 7:671b BW in verbinding met art. 7:669 lid 3, onder d, BW (ongeschiktheid voor de bedongen werkzaamheden). De kantonrechter heeft het verzoek toegewezen.

2.3. Het hof heeft het hoger beroep van de werknemer ongegrond geoordeeld. Voor zover in cassatie van belang heeft het daartoe het volgende overwogen.

“5.2. Grief II valt in twee onderdelen uiteen. Het eerste deel stelt aan de orde dat de kantonrechter in strijd met artikel 7:671b lid 7 BW de arbeidsovereenkomst heeft ontbonden terwijl er een opzegverbod tijdens ziekte gold. In de toelichting op deze grief wijst [de werknemer] op zijn beroep op dit opzegverbod in de brief van 25 oktober 2017 (...) en zijn melding van 22 november 2017 (...), allebei gedaan na de datum van de bestreden beschikking.

Onder ziekte dient in dit verband te worden aangesloten bij de definitie in de Ziektewet, kortweg: het op medische gronden, naar objectieve maatstaven gemeten, niet kunnen of mogen verrichten van de bedongen arbeid. Weliswaar is een ziekmelding niet allesbepalend en gaat het er bij artikel 7:671b lid 7 BW om of de ziekte is ingetreden voordat het ontbindingsverzoek door de kantonrechter is ontvangen (op 17 juli 2017), maar in de procedure bij de kantonrechter heeft [de werknemer] zich niet beroepen op het opzegverbod, laat staan dat hij in die procedure heeft aangetoond dat hij al voor 17 juli 2017 arbeidsongeschikt was door ziekte. [De werknemer] heeft de kantonrechter daarmee niet in staat gesteld zich van mogelijke toepasselijkheid van dit opzegverbod te vergewissen. In dit hoger beroep wijst [de werknemer] ook op zijn (nu ingetrokken) beroepschrift (...) tegen de beslissing in het eerste ontbindingsverzoek, waarin hij zich (...) beroept op het opzegverbod tijdens ziekte. In de procedure bij de kantonrechter heeft [de werknemer] zich evenwel niet beroepen op deze opmerking in dat processtuk, dat niet tot het dossier behoorde waarover de kantonrechter beschikte, hoewel het verweerschrift bij de kantonrechter op een latere datum is ingediend, namelijk op 24 augustus 2017.

Het hof toetst de juistheid van de door de kantonrechter uitgesproken ontbinding *ex tunc*. Ten tijde van zijn beslissing heeft de kantonrechter geen rekening hoeven houden met een al voor 17 juli 2017 bestaand opzegverbod tijdens ziekte. Dat volgde ook niet [uit] de stelling van [de werknemer] dat de bedrijfsartsen in 2016 (...) onjuist hebben gehandeld of geadviseerd. Hij heeft destijds immers geen *second opinion* aangevraagd, hoewel hij toen al werd bijgestaan door een gemachtigde.

Overigens blijkt uit het rapport van het neuropsychologisch onderzoek, dat diende ter onderbouwing van de ziekte die aanleiding was voor het beroep op het opzegverbod in de brief van 25 oktober 2017, ook niet dat [de werknemer] al voor 17 juli 2017 ziek was in de zin van de hiervoor vermelde definitie.

Dit onderdeel van de grief is ongegrond.

5.3. Met het tweede deel van grief II en met grief III betoogt [de werknemer] dat het door Achmea gestelde disfunctioneren wordt veroorzaakt door zijn ziekte of gebrek.

Beide partijen menen dat de stelplicht en bewijslast van het ontbreken van dat verband op Achmea rust, die zich op de d-grond van artikel 7:669 lid 3 BW beroept. Het hof is van oordeel dat Achmea bij haar ontbindingsverzoek mocht volstaan met de mededeling dat zij geen reden had om aan te nemen dat sprake was van disfunctioneren door ziekte of gebrek, nu de ziekmeldingen door de bedrijfsartsen niet terecht zijn bevonden en [de werknemer] geen *second opinion* heeft aangevraagd. Vervolgens lag het op de weg van [de werknemer] om gemotiveerd te stellen dat wel van ziekte of gebrek en causaal verband met disfunctioneren sprake was. In de regel zal de werknemer immers zelf, eerder dan een werkgever, beschikken over informatie waaruit blijkt dat daarvan sprake is omdat dit in zijn *privédomein* ligt en hij dit desgewenst moet ontsluiten.

[De werknemer] voert aan dat Achmea méér had moeten doen dan zij gedaan heeft: goed werkgeverschap brengt mee dat een werkgever zich ervan moet vergewissen dat een werknemer, die klaagt, niet arbeidsongeschikt is als gevolg van ziekte of gebrek. [De werknemer] miskent daarmee dat zijn werkgever niet op de stoel van een arts mag gaan zitten. De bedrijfsarts is aangewezen als de instantie die mag oordelen over al dan niet arbeidsongeschiktheid, en tegen diens oordeel kan worden opgekomen door het aanvragen

van een deskundigenoordeel. [De werknemer] is niet opgekomen tegen zijn hersteldverklaring in 2011 en hij heeft tot 2014 goed gefunctioneerd. In 2013/2014 is de mogelijkheid van herkeuring met hem besproken (...) en begin 2015 is de inschakeling van een arbeidsdeskundige als mogelijkheid aangeduid (...), maar dat traject is niet ingeslagen. Ter zitting bij het hof heeft [de werknemer] gezegd dat hij niet het zieketraject in wilde en kennelijk heeft de bedrijfsarts daar ook geen reden voor gezien. Na kritiek op zijn functioneren over het jaar 2014 heeft [de werknemer] zich neergelegd bij oordelen van verschillende bedrijfsartsen dat hij niet arbeidsongeschikt was door ziekte. In ieder geval vanaf medio 2016 werd [de werknemer] ook nog bijgestaan door een jurist, die van het oordeel van de bedrijfsartsen in 2016 op de hoogte was. Kennelijk is er aan de kant van [de werknemer] geen reden gezien voor het aanvragen van een second opinion. [De werknemer] geeft niet aan waarom Achmea het oordeel van de bedrijfsarts dan wel in twijfel had moeten trekken. Hier komt nog bij dat Achmea zowel tijdens de mondelinge behandeling van het eerste ontbindingsverzoek (...) als [in] haar verweerschrift in dit hoger beroep heeft opgemerkt dat bedrijfsartsen vergeefs aan [de werknemer] hebben gevraagd een machtiging te geven voor het opvragen van zijn medische dossier bij de behandelend neuroloog, als hij meer beperkingen zou ervaren dan de bedrijfsarts kon duiden. Daar is [de werknemer] nimmer op ingegaan. Tijdens de mondelinge behandeling bij het hof kon [de werknemer] zich een dergelijk verzoek (...) herinneren maar niet uitleggen waarom hij daar niet op was ingegaan.

Het hof herhaalt dat het de juistheid van de door de kantonrechter uitgesproken ontbinding *ex tunc* beoordeelt. Reeds om die reden verwerpt het hof het standpunt van [de advocaat van de werknemer] tijdens de mondelinge behandeling bij het hof, inhoudend dat de uitkomst van het neuropsychologische onderzoek (...) als second opinion kan gelden.

Ten tijde van zijn beslissing heeft de kantonrechter er, gelet op de door [de werknemer] aangereikte informatie, terecht van mogen uitgaan dat het disfunctioneren niet werd veroorzaakt door ziekte of gebrek. De daartegen gerichte grieven gaan niet op.”

3. Beoordeling van het middel

3.1.1. Onderdeel 1 van het middel klaagt dat het hof voor de werknemer fatale betekenis heeft toegekend aan het feit dat hij zich in de procedure bij de kantonrechter niet heeft beroepen op “het opzegverbod” (laat staan heeft aangetoond dat hij ziek was), en dat het hof heeft herhaald “dat het de juistheid van de door de kantonrechter uitgesproken ontbinding *ex tunc* beoordeelt”. Deels om die reden heeft het hof het standpunt van de werknemer verworpen “(...) dat de uitkomst van het neuropsychologische onderzoek als second opinion kan gelden”, aldus het onderdeel.

Geklaagd wordt dat het hof heeft miskend dat in hoger beroep, ook als dat in eerste aanleg is nagelaten, alsnog een beroep kan worden gedaan op het feit dat de werknemer ten tijde van het ontbindingsverzoek (ziek was en aldus) ongeschikt was “als gevolg van ziekte of gebreken” in de zin van art. 7:669 lid 3, onder d, BW. Het hof miskent dat het hoger beroep (mede) erop gericht kan en mag zijn een misslag uit de eerste aanleg te herstellen. Zo de appelrechter in een geval als dit al slechts *ex tunc* mag toetsen, dan nog betekent dat niet dat hij geen rekening behoeft te houden met omstandigheden die eerst in hoger beroep zijn aangevoerd, maar die ook in eerste aanleg hadden kunnen worden aangevoerd. Toetsing *ex tunc* in die zin sluit slechts uit dat een beroep wordt gedaan op ontwikkelingen van na de procedure in eerste aanleg, aldus het onderdeel.

3.1.2. Het onderdeel verwijst in de aanhef alleen naar rov. 5.2 (waarin het hof het beroep van de werknemer op het opzegverbod tijdens ziekte van art. 7:670 lid 1 BW beoordeelt), maar blijkt zijn inhoud is het ook en met name gericht tegen rov. 5.3 (waarin het hof oordeelt over de stelling van de werknemer dat zijn disfunctioneren werd veroorzaakt door ziekte of gebrek als bedoeld in art. 7:669 lid 3, onder d, BW). Het onderdeel citeert immers uit rov. 5.3 en klaagt dat het hof heeft miskend dat in hoger beroep, ook als dat in eerste aanleg is nagelaten, alsnog een beroep kan worden gedaan op het feit dat de werknemer ten tijde van het ontbindingsverzoek (ziek was en aldus) ongeschikt was “als gevolg van ziekte of gebreken” in de zin van art. 7:669 lid 3, onder d, BW. Ook uit de toelichting op de klachten (met name onder (a)-(i), (k)-(m) en (q)) blijkt dat het onderdeel klaagt over rov. 5.3.

3.1.3. Bij de beoordeling van dit onderdeel wordt vooropgesteld dat in cassatie geen klacht is gericht

tegen het oordeel van de hof dat de juistheid van de door de kantonrechter uitgesproken ontbinding dient te worden beoordeeld naar de toestand ten tijde van diens beslissing (“ex tunc”). Dit oordeel brengt mee dat geen rekening mag worden gehouden met feiten en omstandigheden die zich na de beslissing van de kantonrechter hebben voorgedaan.

Het onderdeel klaagt echter terecht dat een dergelijke “ex tunc-beoordeling” niet afdoet aan de herkansingsfunctie van het hoger beroep. Het stond de werknemer dan ook vrij om voor het eerst in appel een beroep te doen op feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan vóór de beslissing in eerste aanleg, en daarvan zo nodig bewijs te leveren. Het hof heeft derhalve ten onrechte geoordeeld dat de beoordeling “ex tunc” meebrengt dat het de werknemer niet vrijstond om voor het eerst in hoger beroep, dus na de beslissing van de kantonrechter, alsnog een beroep te doen op het opzegverbod (rov. 5.2) en op de uitkomst van het neuropsychologisch onderzoek als *second opinion* (rov. 5.2 en 5.3).

3.1.4. Wat betreft het beroep op het opzegverbod kan de gegrondheid van de klacht echter niet tot cassatie leiden. Het hof heeft immers in rov. 5.2 tevens geoordeeld dat uit het rapport van het neuropsychologisch onderzoek niet blijkt dat de werknemer al voor 17 juli 2017 (de datum van het inleidende verzoekschrift) ziek was in de zin van “op medische gronden, naar objectieve maatstaven gemeten, niet kunnen of mogen verrichten van de bedongen arbeid”, waarmee het hof doelt op “ziekte” in de zin van het ontslagverbod zoals het dit begrip eerder in rov. 5.2 had gedefinieerd. Hierin ligt besloten dat het hof, *ex tunc* oordelend, het in appel gedane beroep op het opzegverbod wegens ziekte ook op inhoudelijke gronden heeft verworpen. Het middel bevat geen klacht tegen dit oordeel.

3.1.5. Wat betreft de klacht dat het hof ten onrechte geen acht heeft geslagen op de uitkomst van het neuropsychologisch onderzoek bij de beoordeling van het verweer van de werknemer dat zijn disfunctioneren werd veroorzaakt door ziekte of gebreken als bedoeld in art. 7:669 lid 3, onder d, BW, is het volgende van belang. Het hof heeft weliswaar ook dit verweer op inhoudelijke gronden beoordeeld (zie ook de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 5.14), maar het heeft daarbij geen acht willen slaan op het rapport van het neuropsychologisch onderzoek, op de – hiervoor

in 3.1.3 onjuist bevonden – grond dat de kantonrechter daarmee geen rekening heeft kunnen houden. Het hof heeft het beroep op het rapport niet tevens op inhoudelijke gronden verworpen. Het oordeel over dat rapport in rov. 5.2 kan niet worden aangemerkt als een zodanige verwerping, nu dat oordeel alleen ziet op de vraag of uit het rapport blijkt van ziekte in de zin van art. 7:670 lid 1 BW (het ontslagverbod).

Dit betekent dat het beroep van de werknemer op het rapport van het neuropsychologisch onderzoek na verwijzing alsnog moet worden betrokken bij de beoordeling van de vraag of het disfunctioneren van de werknemer is veroorzaakt door ziekte of gebrek in de zin van art. 7:669 lid 3, onder d, BW.

3.2. De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt de beschikking van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 25 juni 2018;
- verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt Achmea in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de werknemer begroot op € 397,07 aan verschotten en € 2.200,= voor salaris.

NOOT

Een werknemer kan zich tegen een op de d-grond gebaseerd ontbindingsverzoek verweren met de stelling dat causaal verband bestond tussen ziekte en het gestelde disfunctioneren. Volgens het Hof Arnhem-Leeuwarden rust in dat geval de stelplicht en de bewijslast aan de kant van de werknemer. Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat ziekte ook aanwezig is op het moment dat de griffie het verzoekschrift ter griffie ontving en zich dus een ontslagverbod voordoet (*Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3 en «JAR» 2017/251, m.nt. C.S. Kehrer-Bot*). Dat verbod is van toepassing gedurende de periode uit art. 7:670 lid 1 aanhef en onder a BW, tenzij een van de in art. 7:671b BW limitatief geformuleerde uitzonderingen soelaas biedt.

In deze zaak stond de vraag centraal hoe de appelrechter een casus dient te beoordelen, waarin

de werknemer in appel voor het eerst een beroep doet op het ontslagverbod tijdens ziekte en zich daarnaast verweert door te wijzen op een causaal verband tussen ziekte en zijn functioneren. Art. 7:683 BW mag dan wel de gevolgen van een andersluidend oordeel in beroep regelen, maar uit de bepaling blijkt niet of, en zo ja, in hoeverre, de appelrechter nieuwe feiten bij de beoordeling mag betrekken. De aard van de regels voor appel veronderstellen dat procespartijen in beginsel nieuwe feiten kunnen aandragen. Een toetsing ex-nunc dus, wat de Hoge Raad in ECLI:NL:HR:1993:ZC1050 (NJ 1994/714) als volgt heeft verwoord: “Het hoger beroep strekt (behoudens indien de appellant zijn vordering daartoe uitdrukkelijk heeft beperkt) niet uitsluitend tot een beoordeling van de juistheid van de in eerste aanleg gegeven beslissing, maar, binnen de grenzen van de rechtsstrijd in appel, tot een nieuwe behandeling en beslissing van de zaak, waarbij de appelrechter heeft te oordelen *naar de toestand zoals die zich voordoet ten tijde van zijn beslissing* (vgl. HR 6 april 1967, NJ 1967, 243 en HR 19 okt. 1979, NJ 1980, 125). Mede in aanmerking genomen dat het hoger beroep ook ertoe dient in eerste aanleg begane verzuimen te herstellen, zou hiermee niet stroken dat het aan partijen niet zou vrijstaan andere argumenten, feiten of gezichtspunten naar voren te brengen dan in eerste aanleg zijn aangevoerd.”

Het hof zag geen ruimte de werknemer in appel alsnog toe te staan een neuropsychologisch rapport in te brengen. Dat kan zijn ingegeven door zijn vaststelling dat de werknemer geen ‘second opinion’ (het hof doelt hier op een deskundigenoordeel) had aangevraagd over de adviezen van de bedrijfsartsen in 2016. Uit HR 20 december 2013 («JAR» 2014/35) volgt dat een deskundigenoordeel in beginsel leidend is, mits deze in overeenstemming met de daaraan te stellen eisen is uitgevoerd. Uit Hof Amsterdam 26 mei 2005 («JAR» 2005/168) volgt dat ook andere gegevens en andere deskundigenverklaringen relevant kunnen zijn. Aangezien het hof bovendien de stelplicht en de bewijslast aan de kant van de werknemer legde heeft het mogelijk aansluiting gezocht bij «JAR» 2017/240, m.nt. I. Janssen, waarin het Hof ‘s-Hertogenbosch oordeelde dat een werkgever niet eerst in appel een deskundigenoordeel kon overleggen.

Hoe dat ook zij: het hof heeft in ieder geval ‘extunc’ getoetst. De Hoge Raad heeft daar de scherpste kantjes vanaf gehaald. Ook als een extunc toetsing in appel het uitgangspunt vormt voor de toetsing van de voorliggende zaak mag dat volgens de Raad geen afbreuk doen aan de herkansingsfunctie in appel. Het stond de werknemer daarom vrij om voor het eerst in appel een beroep te doen op feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan vóór de beslissing in eerste aanleg, en daarvan zo nodig bewijs te leveren.

De Raad kon zich in deze zaak slechts beperkt uitspreken over de beoordeling van een zaak zoals deze door de appelrechter, omdat verzoeker in cassatie geen klacht heeft gericht tegen het uitgangspunt van een ‘ex-tunc’ toetsing zelf. De Raad heeft evenwel in april van dit jaar een zaak ontvangen waarin deze kwestie alsnog ten principale zal worden beslist. De uitkomst daarvan lijkt mij – afgaand op de benaderingswijze van de Hoge Raad in de *Wilco*-zaak («JAR»

2018/203) – niet bij voorbaat te voorspellen. Daarin oordeelde de Hoge Raad over wat als een systeemfout van de WWZ gezien kan worden: indien in appel alsnog komt vast te staan dat een werkgever een werknemer geldig op staande voet heeft ontslagen ontstaat desondanks in beginsel een loonvordering gedurende de periode vanaf de beschikking in eerste aanleg tot de beschikking in hoger beroep. De Raad stond stil bij de kritiek die in de literatuur op deze wijzing werd geuit. Daarnaast stelde hij een onevenwichtigheid vast bij een vergelijk tussen de situatie waarin de appelrechter oordeelt dat het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet ten onrechte werd afgewezen en hij de arbeidsovereenkomst – en daarmee de loonaanspraak van de werknemer – met terugwerkende kracht kan herstellen (art. 7:683 lid 3 BW) en de situatie waarin de rechter in hoger beroep oordeelt dat het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet in eerste aanleg ten onrechte is toegewezen. In dat laatste geval kan hij de arbeidsovereenkomst niet met terugwerkende kracht beëindigen. Als in de laatste situatie loon moet worden doorbetaald, loopt de werkgever een risico tot loonbetaling dat de werknemer in de spiegelbeeldige situatie niet loopt en waarvoor geen behoorlijke rechtvaardiging lijkt te bestaan. De wetgever had zich over deze complicaties niet

bekreund zo rondde de Raad af zonder in deze omstandigheden aanleiding te zien het stelsel te corrigeren, al sprak hij recht wat krom is door art. 7:628 BW en art. 7:680a BW in stelling te brengen (A.R. Houweling, 'Rechtspreken wat krom is: recht op loon na een 'Kleine Diko'-ontslag op staande voet', *ArbeidsRecht*).

Nu dient zich een soortgelijke situatie aan. Zo hebben onder meer prof. mr. F.G. Laagland en mr. drs. I. Lintsen in 'Het rechterlijke toetsingsmoment in ontslagzaken: een betoog voor een uniforme toetsing ex tunc', *TRA* 2018/2, kritiek geuit op de complicaties die de invoering van appel en cassatie hebben veroorzaakt. Bovendien geldt ook nu dat de parlementaire geschiedenis geen blijk geeft van het feit dat de wetgever de implicaties van toetsing ex-nunc in appel onder ogen heeft gezien of die bewust heeft aanvaard. Bovendien heeft de Raad in de *Zinzia*-beschikking al ten aanzien van de vaststelling van de hoogte van de billijke vergoeding in ontbindingszaken («JAR» 2018/167) dat ex-nunc geoordeeld moet worden ook al leidt dat tot een forse terugbetalingsverplichting door de werkgever.

mr. I. Janssen
advocaat en partner bij Griph Advocaten

205

Minimumtarieven voor architecten en ingenieurs in strijd met vrij verkeer van diensten

Hof van Justitie EU
4 juli 2019, nr. C-377/17, ECLI:EU:C:2019:562
(mr. Vilaras, mr. Lenaerts, mr. Bay Larsen, mr. Rodin, mr. Piçarra)
Noot mr. S. Said

Minimumtarieven voor architecten en ingenieurs. Vrij verkeer van diensten. Regeling niet coherent, omdat ook niet bekwame personen de diensten kunnen uitvoeren.

[Richtlijn 2006/123/EG art. 15; VWEU art. 49]

Duitsland kent een minimum- en een maximum-honorarium voor diensten die architecten en ingenieurs verrichten op het gebied van ruimtelijke ordening, projectplanning en gespecialiseerde planning. De Europese Commissie stelt dat deze regeling in strijd is met het vrij verkeer van diensten, omdat de regeling eraan in de weg staat dat dienstverleners uit andere landen de betreffende diensten tegen een lager tarief aanbieden. De Commissie is een inbreukprocedure gestart. Het Hof stelt voorop dat art. 15 Richtlijn 2006/123/EG, welk artikel voorwaarden stelt aan het hanteren van minimum- en maximumtarieven voor diensten, ook van toepassing is als het gaat om een situatie die zich alleen binnen een bepaalde lidstaat voordoet. Art. 15 van de richtlijn bepaalt dat minimum- en maximumtarieven toelaatbaar zijn indien zij niet-discriminerend zijn, noodzakelijk zijn en evenredig zijn aan de verwezenlijking van een dwingende reden van algemeen belang. De regeling in casu is niet discriminerend, want maakt geen onderscheid naar nationaliteit of de plaats van de statutaire zetel van een vennootschap. De regeling is voorts noodzakelijk, nu de Duitse regering voldoende heeft aangetoond dat het bestaan van minimumtarieven voor planingsdiensten wegens de kenmerken van de Duitse markt (in het bijzonder het bestaan van een groot aantal aanbieders) in beginsel kan bijdragen