

Handleiding **Omgaan met** **‘Passende arbeid’** **in het civielrecht**

Mede samengesteld door en voor
arbeidsdeskundigen

C o n c e p t

Uitgave van de Nederlandse Vereniging van Arbeidsdeskundigen (NVvA)

Colofon:

De Handleiding Omgaan met 'Passende arbeid' door arbeidsdeskundigen in het civiel recht is een uitgave van de Nederlandse Vereniging van Arbeidsdeskundigen (NVvA).

Postbus 1058, 3860 BB Nijkerk

Telefoon (033) 247 34 56

Fax (033) 246 04 70

E-mail nvva@arbeidsdeskundigen.nl

www.arbeidsdeskundigen.nl

De auteursrechten op de inhoud van deze uitgave liggen bij de respectievelijke auteurs. Overname van (gedeelten van) artikelen is uitsluitend toegestaan na schriftelijke toestemming van de rechthebbende auteur(s).

Eindredactie: Diederik Wieman (Oblomov Media)

Vormgeving: Onnink Grafische Communicatie

Inhoud

Voorwoord	6
Handleiding	10
I. PASSENDE ARBEID IN HET BURGERLIJK WETBOEK	14
1. INLEIDING / KADER	
1.1. OVERZICHT VAN DE WVP	14
1.2. DE WVP-ACTOREN	16
2. BEGRIPPENKADER	19
2.1. BEGRIPPEN BEDONGEN, EIGEN EN PASSENDE ARBEID	19
2.1.1. <i>Begrippen “bedongen arbeid” en “eigen arbeid”</i>	19
2.1.2. <i>Begrip ‘zijn arbeid’</i>	20
2.1.4. <i>Passende arbeid en relatie met ex 7:658a BW lid 4</i>	22
2.1.5. <i>Passende arbeid wordt (stilzwijgend) bedongen arbeid</i>	23
2.1.6. <i>Passende functie (artikel 7:669 BW per 1 juli 2015)</i>	27
3. ACHTERGROND BIJ DE INVOERING VAN DE WVP	30
3.1. INLEIDING	30
3.2. CODIFICATIE JURISPRUDENTIE	30
4. AANBIEDEN EN VERRICHTEN VAN PASSENDE ARBEID	34
4.1. INLEIDING	34
4.2. AARD EN INHOUD VAN DE WERKZAAMHEDEN	35
4.3. FUNCTIENIVEAU	37
4.4. REISTIJD EN VERVOER	37
4.5. SOCIALE EN MEDISCHE BEPERKINGEN	38
4.6. SCHOLING	40
4.6. HET DOEN VAN ONDERZOEK; RE-INTEGREREN EN AANBIEDEN VAN WERK	41
4.6.1. Inleiding	41
4.6.2. Uitspraken	42
4.7. DE BEDRIJFSVOERING	44
4.7.1. Algemeen	44
4.7.2. Uitspraken	44
4.8. INZETTEN VAN COLLEGA'S BIJ RE-INTEGRATIE	46
4.8.1. Inleiding	46
4.8.2. Uitspraken	47

4.9.	HET DOEN VAN INVESTERINGEN	47
	4.9.1. Inleiding	47
	4.9.2. Algemeen gebruikelijkheid	48
	4.9.3. Kosten bedrijfseconomisch verantwoord?	48
	4.9.4. Voorzieningen tellen mee	49
	4.9.5. Uitspraken	49
4.10.	OVERIGE ASPECTEN	50
	4.10.1. Aantal arbeidsgehandicapten binnen het bedrijf	50
	4.10.2. Alternatieve mogelijkheden	51
	4.10.3. Oorzaak arbeidsongeschiktheid	51
4.11.	WERKGEVER BLIJFT VERANTWOORDELIJK	52
5.	DE RELATIE MET DE LOONDOORBETALINGSPLICHT	53
5.1.	INLEIDING	53
5.2.	VERPLICHTING TOT AANBIEDEN EN VERRICHTEN PASSENDE ARBEID	53
5.3.	MEDEDELINGSPLICHT	56
5.4.	REDELIJKE VOORSCHRIFTEN TOT VERRICHTEN VAN PASSENDE ARBEID	57
5.5.	HOOGTE VAN HET LOON	59
5.6.	LOON EN PASSENDE WERKZAAMHEDEN NA 104 WEKEN	61
5.7.	WERKGEVERSAANSPRAKELIJKHEID EN LOONDOORBETALING	62
5.8.	OMVANG VAN DE LOONSTOP	63
6.	DE RELATIE MET DE OPZEGVERBODEN EN ONTSLAG OP STAANDE VOET	65
6.1.	INLEIDING	65
6.2.	OPZEGVERBOD NIET VAN TOEPASSING	65
6.3.	ONTSLAG ZONDER VOORAFGAANDE LOONSTOP	65
6.4.	ONTSLAG OP STAANDE VOET	66
6.5.	WEIGERINGSGRONDEN	69

II. PASSENDE ARBEID IN PARTICULIERE ARBEIDSONGESCHIKTHEIDSVZERZEKERINGEN	70
1. INLEIDING	71
2. SPECIFIEKE EISEN IN DE AOV PRAKTIJK	73
3. GEDUIDE ARBEID THEORETISCH PASSEND	75
3.1 Geduide arbeid passend, in acht genomen vastgestelde beperkingen	76
3.2 Vacature niet vereist, wel dat functie bestaat	77
3.3 Vroegere arbeid in licht om- en bijscholing	78
3.4 Hoogte van met passende arbeid te genereren inkomen	81
3.5 Verminderde gelegenheid tot verkrijgen van arbeid	86
 III. PASSENDE ARBEID BIJ LETSELSCHADE	 89
Inleiding	89
Schade beperkende maatregelen	90
Rechtspraak Persoonlijke voorkeuren	90
Verandering van baan?	91
 IV. VERANTWOORDING EN WERKWIJZE	 96

Voorwoord

In opdracht van de NVvA heeft de Werkgroep Passende Arbeid op 26 juni 2012 de volgende doelstelling geformuleerd; Het doel van de Werkgroep is te komen tot het bieden van handvatten aan de alledaagse praktijk van arbeidsdeskundig handelen ter inkleuring van het begrip 'passende arbeid', teneinde daar richting aan te geven en rechtsongelijkheid tegen te gaan. De NVvA heeft aangegeven dat het veld daar behoefte aan heeft. Dat kan de Werkgroep beamen.

Het is dan ook met gepaste trots dat wij Omgaan met 'Passende arbeid' in het civielrecht door arbeidsdeskundigen presenteren die nu voor u ligt.

Opzet handleiding Omgaan met 'Passende arbeid' in het civielrecht door arbeidsdeskundigen

De handleiding is een werkwijzer die de arbeidsdeskundige ondersteunt in zijn werk. Passende arbeid wordt in al zijn verschijningsvormen behandeld dus zowel in verband met het burgerlijk wetboek, particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen en letselschade. Ook hebben we - al was het maar voor de volledigheid - het begrip 'gangbare arbeid', in dit document betrokken.

Beperking opdracht tot civiel recht

De Werkgroep dacht bij aanvaarding van de opdracht in 2012 dat ze ongeveer 15 maanden nodig zou hebben. Dat zijn 36 maanden geworden. Er is voor gekozen om de betrokken juristen de handleiding te laten schrijven vanuit de context en het perspectief van arbeidsdeskundige opdrachten. De arbeidsdeskundigen in de Werkgroep hebben dit proces op inhoud, bruikbaarheid en praktijkrelevantie getoetst.

Ook is in 2014 gekozen om het 'sociale zekerheidsrecht' buiten de handleiding te laten. Er bleek onvoldoende capaciteit bij gespecialiseerde juristen en het budget niet toereikend. Het besluit om sociaal zekerheidsrecht niet mee te nemen in de handleiding geeft een dubbel gevoel. De Werkgroep was graag compleet geweest. Aan de andere kant wordt sociaal zekerheidsrecht de laatste decennia gedomineerd door kostenbesparingen, waardoor definities strenger zijn geworden. Denk daarbij aan de recente wijziging van passende arbeid in de WW. Die wijzigingen hebben geen invloed op het civiel recht, louter op adviesmomenten tussen (risico)overdrachten. Bijvoorbeeld na ontslag uit het dienstverband en het verkrijgen van WW- of ZW-rechten. Je zou zelfs de transitievergoeding de nieuwe

compensatie kunnen noemen en dat maakt deze handleiding bijzonder actueel. De Werkgroep heeft de ambitie om het sociale zekerheidsrecht later op te pakken of in overleg met de NVvA aan te sluiten bij projecten van het AKC.

Wat is passend in welk kader?

Passende arbeid wordt uitgelegd aan de hand van een aantal criteria die in de relevante (rechts)praktijk worden gebruikt. De NVvA en de Werkgroep constateren dat passende arbeid als containerbegrip niet altijd juist wordt gebruikt, gelet op de opdracht en werkgebied. Vooral tussen civiel arbeidsrecht en sociaal verzekeringsrecht worden begrippen door elkaar gehaald, maar er wordt ook wel eens geleend. Zo is arbeidscapaciteit een begrip in AOV polissen, maar binnen de arbeidsongeschiktheidswetten, uitgevoerd door UWV, wordt volgens het schattingsbesluit gewerkt met het begrip verdien capaciteit en sinds de Wajong 2015 met het begrip arbeidsvermogen.

Belang handleiding

Bij het schrijven van de handleiding heeft de Werkgroep gekozen om de relevantie van materie te toetsen aan het begrip passende arbeid en dat is ook het hoofdthema. Zijdelings heeft dat ook met re-integratieplichten te maken, maar dat is niet het selectie criterium om als tekst opgenomen te worden. De rol van de arbeidsdeskundigen in de Werkgroep, is bewust die van een filter op alle jurisprudentie over passende arbeid in de arbeidsdeskundige praktijk. Door deze materie van drie rechtsgebieden (civiel recht, AOV en letselschade) in één handleiding te verzamelen ontstaat er een consistente lijn, maar worden ook verschillen duidelijk en blijft het relatief compact. Toch is deze handleiding, naar onze informatie, het meest uitgebreide document over passende arbeid in Nederland. De handleiding is bovendien praktisch bruikbaar en relevant voor haar lezers. In eerste instantie zijn dat arbeidsdeskundigen, maar ook bedrijfsartsen, registercasemanagers en andere actoren in het werkveld kunnen er natuurlijk hun voordeel mee doen.

Wanneer opdrachtgever NVvA deze handleiding tot een beroepsstandaard (op)waardeert wordt elke arbeidsdeskundige geacht naar de inhoud ervan te handelen. Dat bevordert de kwaliteit en voorkomt rechtsongelijkheid.

Betrokken auteurs

We starten deze handleiding met Passende Arbeid in civiel arbeidsrecht. Auteurs en verzamelaars van jurisprudentie zijn mr. Thom Wildeboer en mr. Pascal Willems. Er is bewust gekozen om het bij een goed en compact verhaal te houden, met veel relevante jurisprudentie. Deel II behandelt Passende Arbeid bij de AOV. Voor dit onderdeel heeft mr. E.J. Wervelman een uitgebreid handboek geschreven, 'De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering'. Deze handleiding is wat betreft AOV een verdieping op dat handboek en een actualisering daarvan, met betrekking tot passende arbeid. Deel III, eveneens geschreven door E.J. Wervelman, gaat over passende arbeid bij letselschade. Het juridische kader van dit onderdeel is de 'onrechtmatige daad' in het aansprakelijkheidsrecht, waarbij er een aansprakelijke partij is en een slachtoffer. Tussen deze partijen bestaat meestal geen overeenkomst. Dat betekent dat er in tegenstelling tot de AOV praktijk, geen contractuele rechten of plichten van die partijen jegens elkaar zijn. De juridische grondslag voor verplichten tot, aanvaarden van passende arbeid, is de zogenoemde schadebeperkingsplicht. De balans ligt in dat wat op grond van omstandigheden in redelijkheid gevraagd kan worden.

Frans de Roo (voorzitter van de Werkgroep)
Johannes van der Wal (bestuurslid NVvA)



Handleiding Omgaan met 'Passende arbeid' in het civielrecht door arbeidsdeskundigen

Door E. J. Wervelman

Inleiding

Deze handleiding gaat over de beoordeling van 'passende arbeid' door arbeidsdeskundigen vanuit drie juridische invalshoeken ¹, te weten die met betrekking tot:

1. het civielrechtelijke arbeidsrecht;
2. de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering;
3. letselschade.

Passende arbeid is een containerbegrip dat per rechtsgebied verschillend wordt ingekleurd. De rol van de arbeidsdeskundige verschilt dan ook per rechtsgebied. 'De' passende arbeid bestaat nu eenmaal niet. De ene vorm van passende arbeid is immers - in juridische zin - de andere niet. Deze bijdrage beoogt de arbeidsdeskundige inzicht te geven in de uitleg van het begrip passende arbeid in deze verschillende rechtsgebieden, om te bewerkstelligen dat de arbeidsdeskundige zich van dat onderscheid bewust zal worden. Het ligt voor het geven van uitleg aan het begrip passende arbeid niet zonder meer voor de hand om aan te sluiten bij andere rechtsgebieden. De betekenis van passende arbeid hangt immers af van het rechtsgebied waar het wordt gehanteerd².

Ten aanzien van particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen geldt dat de eigen verzekeringsrechtelijke inhoud van het begrip passende arbeid voorop staat. Zowel de sociale functie die de particuliere verzekering in het maatschappelijk leven vervult, als het vertrouwensbeginsel dat tot

1 Vgl. J.H. Wansink, Eigen schuldperikelen in het perspectief van het nieuwe verzekeringsrecht, AV&S 2004, 12; K. Haak, roekeloosheid in het nieuwe verzekeringsrecht: oude wijn in nieuwe zakken?, Wansink-bundel 2006, p. 262;

2 Advocaat-Generaal Strikwerda in zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad van 4 april 2003 (NJ 2004, 536).

uitdrukking komt in de karakterisering van de verzekeringsovereenkomst, rechtvaardigen dat passende arbeid in de eigen verzekeringsrechtelijke context wordt beoordeeld.

Ten aanzien van civielrechtelijk arbeidsrecht en letselschade geldt eveneens dat deze binnen de eigen context beoordeeld moet worden. Zo kan en mag het begrip passende arbeid zoals dat binnen de sociale zekerheid wordt gehanteerd niet één op één worden toegepast op het civielrechtelijke arbeidsrecht. Alvorens passende arbeid kan worden geduid of beoordeeld, dient dan ook altijd eerst de juridische context vastgesteld te worden.

Gedragcode SRA

Deze inleiding bespreekt de algemene eisen die gesteld worden aan arbeidsdeskundige beoordelingen, en dus ook aan beoordelingen ten aanzien van passende arbeid.

De Gedragcode van de Stichting Register Arbeidsdeskundigen (SRA) stelt in artikel 3 vijf eisen waaraan een arbeidsdeskundig rapport uit oogpunt van vakkundigheid en zorgvuldigheid dient te voldoen, te weten:

- a. in het rapport wordt op inzichtelijke en consistente wijze uiteengezet op welke gronden de conclusie van het rapport steunt;
- b. de in de uiteenzetting genoemde gronden vinden op hun beurt aantoonbaar voldoende steun in de feiten, omstandigheden en bevindingen die in het rapport zijn vermeld;
- c. de bedoelde gronden dienen de daaruit getrokken conclusies te rechtvaardigen;
- d. de rapportage beperkt zich tot het deskundigheidsgebied van de rapporteur;
- e. de methode van onderzoek teneinde tot beantwoording van de vraagstelling te komen kan tot het beoogde doel leiden, waarbij de rapporteur de grenzen van de redelijkheid en billijkheid niet overschrijdt.

In art. 2 lid 2 van de Gedragcode van de SRA is bepaald dat de arbeidsdeskundige er bij de afweging van belasting (van de activiteiten) en belastbaarheid (van de cliënt) op toeziet, dat hij de beschikking heeft over betrouwbare, actuele en verifieerbare (medische) gegevens waaruit diens (on)mogelijkheden in voldoende mate blijken. Die eis geldt ook voor beantwoording van de vraag of betrokkene in staat is tot het verrichten van passende arbeid. Zonder een deugdelijke beschrijving van de belastbaarheid is het immers onmogelijk om te bepalen of betrokkene tot het verrichten van passende arbeid in staat is. De belastbaarheid vormt voor die beoordeling

immers de grondslag.

Zoals gebruikelijk gaat de arbeidsdeskundige, ter beantwoording van de vraag naar het al dan niet kunnen verrichten van arbeid voorts na:

1. welke taken (kunnen) worden verricht;
2. hoeveel tijd de afzonderlijke taken in beslag nemen;
3. in hoeverre het uitvoeren van die afzonderlijke taken wordt beperkt door de beperkingen in de belastbaarheid.³

Deze uitwerking vloeit voort uit het feit dat de afweging van de belasting in taken en de belastbaarheid van de cliënt een van de kerntaken de arbeidsdeskundige is. Dat geldt niet alleen voor beoordeling van de mate van arbeidsongeschiktheid voor het verrichten van de werkzaamheden die zijn verbonden aan het eigen beroep of de bedongen arbeid, maar evenzeer voor het verrichten van passende arbeid.

Ter illustratie geldt het volgende voorbeeld dat ten grondslag ligt aan de beslissing van het Arbeidsdeskundig Tuchtcollege SRA van 14 februari 2013⁴. De arbeidsdeskundige had een opsomming gegeven van enkele andere functies in het bedrijf waar betrokkene werkzaam was en waarvoor hij betrokkene geschikt achtte. Hij noemde in dat verband in zijn arbeidsdeskundig rapport onder meer de functies van productieleider, ploegchef, kampmanager en medewerker kwaliteit. Uit het rapport bleek echter niet dat de arbeidsdeskundige daadwerkelijk onderzoek had verricht naar de optredende belasting in die functies. Wat die geduide functies precies inhielden bleek ook niet, laat staan welke deeltaken binnen die als passend geduide functies werden verricht. Evenmin had de arbeidsdeskundige getoetst of de belasting in de, als passend geduide functies, de belastbaarheid van betrokkene overschreed. Hij had aldus volstaan met een opsomming van enkele niet nader onderbouwde functies die hij als passend beschouwde. Door dit alles na te laten, was de arbeidsdeskundige naar het oordeel van het Arbeidsdeskundig Tuchtcollege tuchtrechtelijk verwijtbaar tekortgeschoten. Door aldus te werk te gaan was immers niet na te gaan of de arbeidsdeskundige beoordeling juist was.

Te wijzen valt in dit verband ook op een niet-gepubliceerd arrest van het

3 Vgl. Rb. Rotterdam 17 april 2013, ECLI:NL:RBROT:CA2698 en Rb. Utrecht 21 mei 2008, ECLI:NL:RBUTR:2010:BD2391.

4 t.k.u: www.register-arbeidsdeskundigen.nl

Gerechtshof Amsterdam van 18 juni 1998⁵ over een arbeidsongeschiktheidsverzekering. De arbeidsdeskundige stelde dat verzekerde in staat was tot het verrichten van de door hem in zijn rapport geduide arbeid. Verzekerde was het daarmee niet eens en had aangevoerd dat het arbeidsdeskundig onderzoek onzorgvuldig was uitgevoerd. Dat was het Hof niet met hem eens. Naar het oordeel van het Hof lag het op de weg van verzekerde om als eiser in de procedure voldoende duidelijk en met feiten onderbouwd te stellen waaruit de beweerde onzorgvuldigheid dan bestond. Dat had hij naar het oordeel van het Hof onvoldoende gedaan:

“het medische rapport geeft (...) immers gedetailleerd en gemotiveerd aan welke onderzoekshandelingen er bij verzekerde verricht zijn en tot welke vastgestelde beperkingen dat onderzoek heeft geleid. Evenzeer geeft het arbeidsdeskundig rapport gedetailleerd en gemotiveerd aan dat een aantal functies tot de uitoefening waarvan verzekerde, zijn opleiding en maatschappelijke positie in aanmerking genomen, in staat moet worden geacht, aan die beperkingen is getoetst en dat zulks tot de slotsom leidt dat verzekerde niet arbeidsongeschikt is in de zin van (...) de polisvoorwaarden”.

Passende arbeid in het arbeidsrecht

In het arbeidsrecht draait het om de vraag of, en zo ja in hoeverre, de werkgever en de werknemer in het kader van hun arbeidsverhouding voldoende doen aan de re-integratie van de zieke werknemer. Het doel daarvan is om de werknemer zo snel mogelijk te re-integreren in het eigen werk (de bedongen arbeid) of, als dat niet lukt, passende arbeid te laten verrichten binnen of buiten het eigen bedrijf. Hiervoor geldt specifieke wet- en regelgeving. Het juridisch kader wordt gevormd door de Wet Verbetering Poortwachter (WVP), ministeriële regelingen, beleidsregels en arbeidsrechtelijke jurisprudentie. Daarbij is dieper ingegaan op het algemene WVP-kader en de rechtsontwikkeling die hieraan vooraf ging. Vervolgens worden de rechtsposities van de werkgever en de werknemer besproken in relatie tot:

- het aanbieden en aanvaarden van passende arbeid;
- het inhouden van loon tijdens de periode van loondoorbetaling bij ziekte;
- enkele bijzondere opzeggverboden en het ontslag op staande voet.

Hoewel het accent nadrukkelijk ligt op het arbeidsrecht en daaraan gerelateerde jurisprudentie worden ook bestuursrechtelijke normen zijdelings betrokken. Zowel het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht hebben hun eigen beoordelingskaders maar er is dikwijls nauwe samenhang tus-

sen beide. Zo borduurt de Centrale Raad van Beroep voort op arbeidsrechtelijke rechtspraak (bijvoorbeeld die met betrekking tot het arrest van de Hoge Raad van 30 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8134 (Kummeling/Oskam). Omgekeerd kijkt de civiele rechter bijvoorbeeld ook naar criteria voor reisafstanden in het kader van 'de richtlijn passende arbeid'. Daarnaast zijn de - bestuurlijke - beleidsregels beoordelingskader Poortwachter van UWV voor de civiele rechtspraak belangrijk. Daarom komt de samenhang tussen beide beoordelingskaders hier en daar naar voren. De kern ligt evenwel bij het arbeidsrecht.

Passende arbeid in de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering

In dit beoordelingsproces gaat het om de vraag in hoeverre de arbeidsdeskundige een verzekerde op basis van de van toepassing zijnde polisvoorwaarden - theoretisch - in staat acht tot het verrichten van passende arbeid en of de verzekerde aldus (al dan niet) recht heeft op een uitkering. Dit hoofdstuk gaat in dat verband met name in op:

- specifieke aan passende arbeid te stellen arbeidsdeskundige eisen in de praktijk van arbeidsongeschiktheidsverzekeringen;
- de vraag of een vacature is vereist, of dat alleen relevant is dat de functie bestaat;
- de betekenis van vroegere arbeid in het licht van om- en bijscholing;
- de rol van het inkomen bij beoordeling van passende arbeid.

Passende arbeid in letselschade

Ook bij de behandeling van de letselschadeclaim kan zich de vraag voordoen of, en zo ja in hoeverre, een benadeelde in staat is om met inachtneming van de beperkingen die de arts in kaart heeft gebracht passende arbeid kan verrichten. De juridische grondslag waarop die verplichting is gebaseerd is de zogenoemde schadebeperkingsplicht, dat wil zeggen de plicht van de benadeelde om binnen de grenzen van redelijkheid maatregelen te treffen ter beperking van zijn schade. Tussen de aansprakelijke partij en de benadeelde bestaat in dat geval geen overeenkomst. Dat betekent dat er ook geen contractuele rechten of plichten tussen die partijen bestaan. Dat is dus essentieel anders dan bij arbeidsovereenkomsten, verzekeringsovereenkomsten of uitkeringen uit hoofde van de sociale zekerheidswetgeving.

1. Passende arbeid in het burgerlijk wetboek

Door: Thom Wildeboer en Pascal Willems

Vragen en opmerkingen over dit hoofdstuk kunt u sturen naar nvva@arbeidsdeskundigen.nl

1. Inleiding / kader

Met ingang van 1 april 2002 is de Wet verbetering poortwachter (WVP) in werking getreden. De WVP omvat de verbetering van de procesgang in het eerste en tweede ziektejaar en nieuwe regels voor de ziekmelding, de re-integratieverplichting van de werkgever, de re-integratie-inspanningen van de werknemer, de mogelijkheid tot verlenging van de wachttijd, de verlengingsmogelijkheden van de loondoorbetalingsverplichting en de aan de werknemer op te leggen sancties.

Doelstelling van de WVP is het terugdringen van instroom in de WIA door stimulansen te creëren voor effectiever optreden in de eerste twee jaar na de uitval en de werkgever en werknemer nadrukkelijker zelf verantwoordelijk te maken voor de gevolgen van verzuim (arbeidsongeschiktheid) en de samenwerking tussen de private re-integratiemarkt en de publieke uitvoeringsinstelling te verbeteren.

Aangezien de verplichting tot het aanbieden en verrichten van passende arbeid nadrukkelijk is opgenomen in de WVP zullen we allereerst wat dieper ingaan op de (totstandkoming) van de WVP.

1.1 Overzicht van de WVP

De WVP kende bij invoering in 2002 de volgende uitgangspunten:

- strakkere procedure van ziekmelding en verzuimbegeleiding tijdens het eerste ziektejaar⁶
- werkgever wordt geïnformeerd over de financiële gevolgen van arbeidsongeschiktheid (zoet-en-zuurinformatie);
- werkgever en werknemer kunnen gezamenlijk verzoeken de WIA-beoordeling uit te stellen door te beslissen de periode van loondoorbetaling vrijwillig te verlengen (art. 24 en 64 lid 3 WIA);
- als de werknemer een (WIA) WAO-aanvraag indient, moet deze aan-

⁶ Zie hiervoor de Regeling procesgang eerste ziektejaar (Stcrt. 2002, 60).

vraag vergezeld gaan van een re-integratieverslag. UWV bepaalt of de werkgever voldoende heeft gedaan. Zo niet dan volgt een loonsanctie in de vorm van een verlenging van de loondoorbetalingsplicht.

- werkgever en werknemer kunnen UWV een niet-bindend advies vragen (deskundigen oordeel) of er voldoende re-integratie-inspanningen door de werkgever zijn ondernomen en of er passende arbeid in het bedrijf van de werkgever is;
- de werkgever kan het loon weigeren, of de arbeidsovereenkomst opzeggen als de werknemer niet meewerkt aan re-integratieactiviteiten of zonder deugdelijke grond passende arbeid weigert.

Juridisch kader van de WVP

De WVP is een wijzigingswet die bestaande wetten wijzigt. De belangrijkste wetten die veranderen zijn: de Ziektewet, de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekeringen, het Burgerlijk Wetboek, en de Wet structuur uitvoering werk en inkomen. De kern van de WVP wordt gevormd door een wijziging in het Burgerlijk Wetboek(BW) en de Wet Werk en Inkomen naar arbeidsvermogen (WIA). De belangrijkste artikelen die in het BW zijn ingevoerd zijn 7:658a en 7:660a. Daarnaast is onder andere artikel 7:629 BW gewijzigd.

In artikel 7:658a BW wordt de werkgever verplicht de arbeidsongeschikte werknemer te re-integreren naar eigen of andere passende arbeid. Dit zolang de dienstbetrekking voortduurt. In artikel 7:660a BW wordt de werknemer verplicht mee te werken aan voorbereidende activiteiten in het kader van de re-integratie, en passende arbeid te accepteren.

In de artikelen 25 lid 9 WIA (71a lid 9 WAO) had UWV de taak de re-integratie-inspanningen te toetsen en moet UWV zo nodig een loonsanctie aan de werkgever opleggen. Verder regelden artikel 71a lid 1 tot en met 6 WAO en artikel 25 lid 1 tot en met 6 WIA de stappen die werkgever en werknemer moeten ondernemen tijdens het eerste ziektejaar. Op grond van lid 7 is een Ministeriële Beschikking ingevoerd met een gedetailleerde beschrijving van administratieve verplichtingen waaraan werkgever en werknemer het eerste en tweede ziektejaar moeten voldoen. De regeling luidt dan ook 'Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar'.⁷

Verder hanteerde UWV een beoordelings- en sanctiekader. In het beoordelingskader 'Beleidsregels beoordelingskader poortwachter', is een aantal

⁷ Besluit van april 2004, Stcr, 2002, 262, laatstelijk gewijzigd met ingang van 1 januari 2007, Stcrt. 2006, 252

inhoudelijke toetsnormen opgenomen aan de hand waarvan UWV beoordeelt of al dan niet passende arbeid was aangeboden en of de werkgever voldoende aan re-integratie inspanningen heeft gedaan. In dit beoordelingskader wordt gerefereerd aan vaste re-integratiejurisprudentie van de Hoge Raad.⁸

In artikel 32 SUWI is UWV de bevoegdheid gegeven de second opinions uit te voeren. Deze second opinions zijn een instrument voor werkgever en werknemer een advies over de passendheid van de functie en de re-integratie-inspanningen te vragen; UWV geeft op verzoek een niet-bindend advies.

1.2 De WVP-actoren

De werkgever:

1. De WVP heeft de re-integratieverplichting van de werkgever een wettelijke grondslag gegeven. Met ingang van 29 december 2005 is deze verplichting te vinden in artikel 4 van de Arbowet en artikel 7: 658a lid 1 en 2 BW. Daarvoor was de re-integratieverplichting geregeld in de artikelen 8 en 9 van de wet REA en geformuleerd in vaste jurisprudentie;⁹
2. De WVP heeft de werkgever verder ook wettelijk verplicht de zieke werknemer te re-integreren als hij niet in zijn bedrijf kan worden 'herplaatst' (eerste spoor). In het tijdvak vóór de WVP was UWV re-integratie plichtig zodra duidelijk werd dat de werknemer niet meer aan de slag kon bij zijn eigen werkgever (tweede spoor). Dit onderscheid is nu verlaten. De werkgever is verantwoordelijk voor zowel het eerste spoor (herplaatsing in eigen bedrijf) als het tweede spoor (plaatsing bij een andere werkgever indien herplaatsing in het eigen bedrijf in de eigen of een andere functie niet gerealiseerd kan worden). De werkgever blijft dan ook re-integratie plichtig zolang de dienstbetrekking voortduurt. UWV heeft voor werknemers met een lopend dienstverband geen actieve re-integratielerol meer. Alleen voor de zogeheten vangnetgevallen heeft UWV nog een re-integratietaak.

8 Besluit van SZW van 25 maart 2002, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 18 november 2006, Stcrt. 2006, 224.

9 Re-integratiejurisprudentie voor gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemers vanaf 52 weken ziekte; HR 3 februari 1978, NJ1978, 248 (Roovers de toekomst) en daaropvolgende arresten, namelijk van Haren/Cehave HR 8 november 1985, NJ 1986, 309 en Goldsteen Roeland, HR13 december 1991, NJ 1992, 441

De werknemer:

De werknemer heeft nu ook een wettelijke verplichting gekregen mee te werken aan re-integratie en hij is verplicht passende arbeid te aanvaarden. Deze verplichting staat in artikel 7: 660a BW. In de periode voor de WVP hield de rechter al rekening met verplichtingen die de werknemer heeft. Zo moest hij op grond van rechtspraak al 'meedenken' aan oplossingen. De Hoge Raad eist dat de werknemer de mogelijke voor hem passende functies specificieert voor zover dat in zijn mogelijkheden ligt.¹⁰

UWV:

UWV is sinds de WVP verplicht te beoordelen of een loonsanctie moet worden opgelegd in verband met onvoldoende re-integratie-inspanningen van de werkgever (art. 71a lid 9 WAO en art. 25 lid 9 WIA). De WIA schrijft voor dat bij een WIA-aanvraag ook een re-integratieverslag moet worden overgelegd. Het re-integratieverslag (RIV) is een rapportage van de werkgever en de werknemer waaruit blijkt wat zij gedurende de wachttijd voor de WIA (104 weken) aan re-integratie-inspanningen hebben gedaan. Voordat de aanvraag voor een WIA-uitkering inhoudelijk wordt behandeld, moet UWV een beslissing nemen of werkgever en werknemer daadwerkelijk voldoende re-integratie inspanningen hebben verricht.

Zijn de inspanningen van de werkgever voldoende geweest, dan is er niets aan de hand en wordt de WIA-aanvraag inhoudelijk beoordeeld. UWV beoordeelt dan of de zieke werknemer na het verstrijken van de wachttijd arbeidsongeschikt is in de zin van de WIA en of hem een uitkering kan worden toegekend.

Als de inspanningen van de werkgever daarentegen niet voldoende waren, legt UWV de werkgever een loonsanctie op. De werkgever moet dan een langere periode dan de wachttijd van 104 weken loon doorbetalen. In die tijd moet hij de re-integratieactiviteiten voortzetten en zijn verzuimen herstellen. Na afloop van deze verlengde loondoorbetalingsperiode kan de werknemer een nieuwe aanvraag doen voor een WIA-uitkering.

De duur van de verlengde loondoorbetalingsperiode (loonsanctie) bedraagt maximaal 52 weken. Indien de werkgever van mening is dat hij het verzuim heeft hersteld, dan kan hij UWV vragen de loonsanctieperiode te verkorten. Tegen die beslissing van UWV is bezwaar en beroep mogelijk. De Werkgroep beseft dat sociale zekerheidsregelgeving, waaronder de Be-

¹⁰ Zie bijvoorbeeld het arrest van Haren/Cehave HR 8 november 1985, NJ 1986, 309. Dit wordt verder uiteengezet

leidsregels beoordelingskader poortwachter van UWV – dat in hoofdstuk 2 en 4 verscheiden keren zal worden aangehaald- de loonsanctie en de daarmee verband houdende jurisprudentie, mede van invloed kunnen zijn op de manier waarop werkgever en werknemers (en ook arbeidsdeskundigen) omgaan met het aanbieden en verrichten van passende arbeid gedurende de loondoorbetalingsperiode van de werkgever. Toch is er voor gekozen om die regelingen, beleidsregels en jurisprudentie in dit gedeelte niet uitvoerig uit te werken. De reden hiervoor is dat er juridisch gezien een duidelijk onderscheid is tussen de civielrechtelijke rechten en plichten die werkgevers en werknemers tegenover elkaar hebben gedurende de loondoorbetalingsperiode van 104 (of met een loonsanctie 156) weken en de rechten en plichten die werkgevers en werknemers tegenover UWV als bestuursrechtelijke organisatie hebben in het kader van de sociale zekerheid.

Dit geldt eveneens voor de nieuwe regels rondom passende arbeid in de WW die vanaf 1 juli 2015 van kracht zijn geworden. Hoewel het voor de hand ligt en zelfs uitnodigend is om die regels toe te passen op de arbeidsongeschikte medewerker in dienst van een werkgever, heeft de regering tijdens de parlementaire behandeling van de WWZ (in welk kader de WW is gewijzigd) expliciet laten weten dat deze regels niet van toepassing zijn op de arbeidsongeschikte medewerker die in dienst is van een werkgever.

De Werkgroep erkent overigens wel het belang van een aanvullend deel bij deze handleiding waarin de juridische uitgangspunten rondom passende arbeid vanuit de sociale zekerheid, inclusief jurisprudentie, aan bod komt en hoopt bovendien daarvoor in de toekomst te kunnen samenwerken met UWV, AKC en NVvA.

2. Begrippenkader

2.1 Begrippen bedongen, eigen en passende arbeid

Om een goed begrip te krijgen van de verplichtingen die werkgevers en werknemers hebben ten aanzien van de re-integratie van de werknemer, is het belangrijk om de kernbegrippen “bedongen arbeid”, “eigen arbeid”, “passende arbeid” en, sinds 1 juli 2015, “passende functie” nader te beschouwen.

2.1.1. Begrippen “bedongen arbeid” en “eigen arbeid”

In het Burgerlijk Wetboek komt in diverse artikelen het begrip “bedongen arbeid” terug maar is er opvallend genoeg geen definitie opgenomen wat onder het begrip “bedongen arbeid” moet worden verstaan.

Wel wordt in een aantal wettelijke bepalingen het begrip “bedongen arbeid” gebruikt, bijvoorbeeld in het eerder genoemde artikel 7:629 lid 1 BW. Daarnaast bepaalt artikel 7:658a BW dat de werkgever re-integratiemaatregelen dient te treffen “... *indien de werknemer ongeschikt is ten gevolge van ziekte om de bedongen arbeid te verrichten.*” In beide bepalingen wordt, zoals gezegd, geen uitwerking of definitie gegeven van wat onder de bedongen arbeid moet worden verstaan.

De wet bevat, naast het begrip “bedongen arbeid”, ook een aantal keren het begrip “eigen arbeid” of “zijn arbeid”. Zo schrijft artikel 7:658a BW voor dat als de werknemer de *eigen arbeid* niet meer kan verrichten en binnen de organisatie van de werkgever geen andere passende arbeid voor handen is, de werkgever de werknemer buiten de eigen organisatie dient te re-integreren. Daarnaast is in artikel 7:670 lid 1 BW bepaald dat de werkgever het dienstverband met een arbeidsongeschikte werknemer niet kan opzeggen “...gedurende de tijd dat de werknemer wegens ziekte ongeschikt is tot het verrichten van *zijn arbeid.*” Tot slot kan worden gewezen op artikel 19 Ziektewet waarin is bepaald dat de verzekerde bij ongeschiktheid tot het verrichten van ‘zijn arbeid’, recht heeft op ziekengeld.

Ook in de praktijk worden de begrippen “bedongen arbeid”, “zijn arbeid” en “eigen werk” door elkaar gebruikt. Dit is echter niet altijd juist. Zo heeft de Centrale Raad van Beroep herhaaldelijk bepaald dat “zijn arbeid” in de zin van artikel 19 ZW moet worden gelezen als de laatstelijk door de verzekerde verrichtte arbeid.

Centrale Raad van Beroep, 11 september 2013, ECLI:NL:CR-VB:2013:1734

Volgens vaste rechtspraak van de Raad moet bij de vaststelling van de ongeschiktheid tot werken worden uitgegaan van de feitelijk laatstelijk verrichtte

arbeid. Dat appellant dit werk slechts ongeveer zes weken heeft verricht en dat mogelijk sprake was van een proefplaatsing betekent gelet op artikel 19, vijfde lid, van de ZW niet dat die arbeid niet als zijn arbeid in de zin van de ZW is aan te merken.

Dat de bestuursrechtelijke beoordeling van de Centrale Raad van Beroep niet parallel loopt met de civielrechtelijke benadering bleek in het arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 6 januari 2009 ECLI:N-L:GHSHE:2009

Voor de interpretatie van het begrip arbeidsongeschiktheid wegens ziekte uit art. 7:670 lid 1 BW moet blijkens de totstandkomingsgeschiedenis van het opzegverbod aansluiting worden gezocht bij de Ziektewet. Daar wordt onder arbeidsongeschiktheid verstaan het op medische gronden – naar objectieve maatstaven gemeten – niet kunnen of mogen verrichten van de in aanmerking komende arbeid. Gelet op de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte vermeld in art. 7:629 BW, dient naar het oordeel van het hof als de in aanmerking te nemen arbeid in het kader van art. 7:670 lid 1 BW eveneens te worden uitgegaan van de bedongen arbeid.

Dezelfde begrippen in verschillende wetgeving kunnen dus ook verschillende betekenissen hebben terwijl verschillende begrippen in dezelfde wetgeving hetzelfde kunnen betekenen.

Uit het voorgaande blijkt dan ook dat de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep niet rechtstreeks kan worden toegepast op de arbeidsrechtelijke verhouding tussen werkgever en werknemer maar dat bepaalde normen uit de sociale zekerheid door de civiele rechter toch als richting gevend worden toegepast. De jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep (en lagere bestuursrechtters) is uiteraard wel van toepassing op de verhouding tussen de werkgever of werknemer enerzijds en UWV anderzijds. Het feit dat die verschillende beoordelingskaders naast elkaar kunnen lopen, ook omdat UWV verwacht dat werkgevers en werknemers al tijdens de loondoorbetalingsperiode van de werkgever daar al rekening mee zullen houden, zal ertoe leiden dat er in de praktijk regelmatig verkeerde uitgangspunten worden toegepast

2.1.2. Begrip 'zijn arbeid'

In het kader van de ZW is 'zijn arbeid' de laatstelijk verrichte arbeid die arbeid die de werknemer verrichtte toen hij ziek werd. Het Burgerlijk Wetboek kent het begrip "zijn arbeid" niet.

Toch komt dit begrip wel voor in arbeidsdeskundige rapportages, hoewel daarmee eigenlijk 'bedongen arbeid' wordt bedoeld.

Vandaar dat wij in deze handleiding toch kort aandacht besteden aan het verschil tussen de begrippen “bedongen arbeid” en “zijn arbeid”.

Ter illustratie: Wanneer een werknemer tijdelijk andere werkzaamheden verricht, bijvoorbeeld ter vervanging van een zieke collega, en hij wordt zelf tijdens deze vervangende werkzaamheden ziek, dan zijn de vervangende werkzaamheden ‘zijn arbeid’ in de zin van de ZW en is hij naar de normen van de ZW arbeidsongeschikt. Naar de normen van het burgerlijk wetboek zijn de tijdelijke werkzaamheden echter niet de bedongen arbeid (geworden) en kan het zijn dat de medewerker dus niet arbeidsongeschikt in de zin van artikel 7:629 BW.

Uit vaste jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep maakt duidelijk dat alle relevante feiten en omstandigheden daarbij moeten worden betrokken. Te denken valt aan reistijd, specifieke werkomstandigheden, maar ook de intermenselijke verhoudingen op dit specifieke werkplek. Als de werknemer niet meer in dienst is mogen de hele specifieke omstandigheden zoals conflicten en pesterijen buiten beschouwing worden gelaten.

Centrale Raad van Beroep, 11 oktober 2006, ECLI:NL:CRV-B:2006:AZ0178

De Raad heeft verder reeds bij herhaling beslist dat in het geval het dienstverband in de laatstelijk uitgeoefende functie is verbroken, bij de vaststelling van de in aanmerking te nemen arbeid de specifieke bij dat dienstverband behorende werkomstandigheden buiten beschouwing dienen te blijven. Dit in aanmerking genomen is de Raad van oordeel dat de door betrokkene gestelde belastende factoren, bestaande uit pesterijen en conflicten met collega’s, bij de beoordeling buiten beschouwing moeten blijven.’

Vanaf 1 januari 2008 geldt een nog ruimere uitleg van het begrip ‘zijn werk’ voor de zieke werknemer zonder werkgever. Volgens lid van 5 van artikel 19 ZW gaat om ‘ongeschiktheid tot het verrichten van werkzaamheden die bij een soortgelijke werkgever gewoonlijk kenmerkend voor zijn arbeid zijn.

Conclusie: verschil “bedongen arbeid” en “zijn arbeid”

Strikt genomen kan er een verschil zijn tussen de ‘bedongen arbeid’ en ‘zijn arbeid’ Dit laatste begrip kan een ruimer begrip zijn. Iemand kan bijvoorbeeld tijdelijk invalwerk doen op een andere afdeling (dit kan bijvoorbeeld zo bedongen zijn in de trant van: ‘doet verder alle voorkomende administratieve werkzaamheden binnen het bedrijf’). Maar in de praktijk pakken de begrippen ‘bedongen arbeid’ (BW) en ‘zijn arbeid’ meestal gelijk uit.

2.1.3. Begrip passende arbeid

Het begrip ‘passende arbeid’ wordt, in tegenstelling tot het begrip “bedongen arbeid” in het BW wel omschreven. In artikel 7:658 a lid 4 BW wordt passende arbeid als volgt gedefinieerd:

‘Onder passende arbeid wordt verstaan alle arbeid die voor de krachten en bekwaamheden van de werknemer is berekend, tenzij aanvaarding om redenen van lichamelijke, geestelijke of sociale aard niet van hem kan worden gevergd.’

Overigens is het begrip “passende arbeid” in de zin van de Ziektewet duidelijk anders:

In artikel 30 van de Ziektewet is het begrip passende arbeid als volgt omschreven:

Als passende arbeid als bedoeld in het eerste lid wordt beschouwd alle arbeid die voor de krachten en bekwaamheden van de werknemer is berekend, tenzij aanvaarding om redenen van lichamelijke, geestelijke of sociale aard niet van hem kan worden gevergd. Niet als passende arbeid wordt beschouwd arbeid op grond van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in hoofdstuk 2 van de Wet sociale werkvoorziening. Deze bepaling is verder geoperationaliseerd in de richtlijn passende arbeid en het besluit passende arbeid schoolverlaters en academici.¹¹

2.1.4. Passende arbeid en relatie met ex 7:658a BW lid 4

In tegenstelling tot “bedongen arbeid” bevat de wet wel definities wat onder “passende arbeid” moet worden verstaan. Zo wordt in de artikelen 7:658a en 660a BW passende arbeid gedefinieerd als “... alle arbeid die in redelijkheid aan de werknemer kan worden opgedragen, gelet op onder meer het arbeidsverleden, de opleiding, de gezondheidstoestand, de afstand tot het werk, het loon en hetgeen waartoe de werknemer nog in staat is.”

Deze definitie is verder uitgewerkt in de Beleidsregels beoordelingskader poortwachter, welke strikt genomen bedoeld zijn voor de toetsing door UWV maar door civiele rechters, mede uit gebrek aan eigen criteria, ook worden toegepast in de verhouding tussen werkgever en werknemer. De regels met betrekking tot de vaste termijnen die gelden ten aanzien van de beoordeling van passende arbeid in het kader van de WW dienen echter niet toegepast te worden in de context van artikel 7:658a BW, zo heeft de regering expliciet laten weten. Daarmee doelend op de strikte termijn van een half jaar waarbinnen de werkloze werk van een lagere functieniveau moet accepteren. Anderzijds kan het accepteren van passende arbeid van een lagere functie eerder (dan een half jaar) aan de orde zijn als eerder

11 Richtlijn Passende Arbeid 2008, 30 juni 2008, Stcrt 2008; Besluit passende arbeid schoolverlaters en academici WW en ZW, 22 december 2011, Stb 2011. Deze richtlijn is – in het kader van de WWZ- per 1 juli 2015 aangepast waarbij na een half jaar werkloosheid alle arbeid als passend beschouwd

blijkt, als blijkt dat terugkeer naar de bedongen arbeid niet meer mogelijk is.

De vraag wat nu precies passende arbeid is, wordt doorgaans vastgesteld op basis van rapportages van de bedrijfsarts, de verzekeringsgeneeskundige (al dan niet) gecombineerd met de visie van de arbeidsdeskundige. Deze professionals stellen de medische en de arbeidskundige aspecten met betrekking tot het werk bij de werkgever vast en kunnen op die grond tot al dan niet passendheid van het werk concluderen. Echter, de werkgever blijft hoe dan ook eindverantwoordelijk.¹²

De rechter kijkt daarbij vooral naar de procedure kant van de beoordeling aangezien hij inhoudelijk niet deskundig is om de beoordelingen van de diverse deskundigen op waarde te schatten. Is de beoordeling actueel, zijn alle feiten en omstandigheden juist meegenomen, spreken de rapportages elkaar tegen? Ook weegt de rechter de (eventuele) gevolgtrekking van de werkgever.

Het is voor arbeidsdeskundigen belangrijk om artikel 3 Gedragscode SRA 'eisen aan rapportages' in het achterhoofd te houden. Het rapport wordt, aldus de gedragscode, 'op' inzichtelijke en consistente wijze uiteengezet op welke gronden de conclusies van het rapport steunen'.

Overigens worden werkgevers zelf veelal niet capabel genoeg geacht om zelf (te kunnen) vaststellen of aangeboden werk passend is of niet, de betrokkenheid van de bedrijfsarts en arbeidsdeskundige zijn voor rechters daarin vaak cruciaal.

Kantonrechter Alkmaar, 16 juni 2012, ECLI:NL:RBALK:2012:BX6338

De kantonrechter oordeelde dat de werkgever op basis van (slechts) de verwachting van de verzekeringsgeneeskundige d.d. 20 mei 2011, ten onrechte de conclusie had getrokken dat de werknemer op 23 januari 2012 aan het werk zou kunnen. Een actuele beoordeling door de bedrijfsarts of de arbeidsdeskundige ontbrak zodat de werkgever zelf deze conclusie niet had mogen trekken. Het is, aldus de kantonrechter, niet aan de werkgever om zelf te bepalen dat de opgedragen werkzaamheden als passend zijn aan te merken.

2.1.5. Passende arbeid wordt (stilzwijgend) bedongen arbeid

Het komt regelmatig voor dat een werknemer na afloop van de wachttijd voor de WIA (104/ 156 weken) niet in staat is de bedongen arbeid te verrichten maar nog wel steeds andere passende werkzaamheden verricht. Vaak blijft de werknemer die passende werkzaamheden ook na de wacht-

12 Klossé [2012], Socialezekerheidsrecht, 2012, Kluwer Deventer, pag. 315 en 316

tijd verrichten zonder dat daar (nieuwe) afspraken over worden gemaakt. Als de werknemer vervolgens enige tijd later opnieuw arbeidsongeschikt raakt, dient zich regelmatig de vraag aan of de werkgever een loondoorbetalingsverplichting heeft.

De laatste jaren is er veel geprocedeerd over de vraag wanneer passend arbeid stilzwigend c.q. van rechtswege (dus zonder dat werkgever en werknemer daartoe afspraken hebben gemaakt) de bedongen arbeid is geworden. Deze vraag is onder andere van belang omdat dit bepalend is voor de vraag of bij een volgende periode van arbeidsongeschiktheid opnieuw de wachttijd van 104 weken gaat lopen, het opzegverbod tijdens ziekte herleeft en de werkgever verplicht is de werknemer te re-integreren in het tweede spoor.

Uit dit artikel blijkt dat de wachttijd aanvangt zodra de werknemer arbeidsongeschikt is (en blijft) voor de bedongen arbeid. Zodra de wachttijd is verstreken en de werknemer niet volledig hersteld is voor de bedongen arbeid, dan heeft de werknemer slechts recht op het loon dat hoort bij de werkzaamheden die hij/zij verricht. In geval van een nieuwe ziekmelding betekent dit dus dat de werknemer in principe geen recht op loon heeft.

Wat moet worden verstaan onder “de bedongen arbeid” is al aan de orde geweest in paragraaf 2.1.2

Er zijn twee mogelijkheden om de bedongen arbeid te wijzigen, namelijk door een expliciete afspraak dat de passende arbeid van een bepaald moment de bedongen arbeid is geworden of doordat de passende arbeid stilzwigend (dus zonder dat hierover concrete afspraken zijn gemaakt) de bedongen arbeid is geworden.

In de rechtsliteratuur worden – mede op basis van actuele jurisprudentie en het leerstuk over ‘gerechtvaardigde vertrouwen’- de volgende criteria aangereikt voor de overgang van passende werkzaamheden naar de ‘bedongen arbeid’.¹³¹⁴

- Naar mate langer wordt gewerkt in de passende functie, wordt deze de ‘bedongen arbeid’. Maar de vraag is hoelang deze periode nu precies is. Het Hof Amsterdam en later de Hoge Raad hebben in de zaak Kummeling/Oskam aangegeven dat daarvan sprake is als de passende ar-

13 Hof Amsterdam 21 juli 2009, LJN BJ4534.

14 Kruit, P & Vliet, E, van, ‘Van passende naar nieuw bedongen arbeid: rechtspraakoverzicht 2009-2010’, ArbeidsRecht 2011/16.

heid “gedurende een niet al te korte periode probleemloos is verricht”. (zie de uitgewerkte uitspraak hieronder). Van geval tot geval moet worden bekeken of aan deze (vrij open norm) is voldaan.

- Een tweede aspect in deze discussie betreft het ‘blijven evalueren’. Zolang werkgever de reïntegratie evalueert en wordt beoordeeld of de werknemer terug kan naar de oorspronkelijke arbeid, zal niet snel de passende arbeid als de bedongen arbeid worden aangemerkt. (zie de uitgewerkte uitspraak hieronder).
- Tot slot wordt het element omscholing als belangrijk beschouwd. Indien de werknemer is omgeschoold en terugkeer naar de eerdere functie is niet meer mogelijk, dan kan dat er toe leiden dat eerder wordt aangenomen dat de passende arbeid, de bedongen arbeid is geworden (zie de uitgewerkte uitspraak hieronder).
- De bovenstaande uitgangspunten zijn afgeleid uit de jurisprudentie die hieronder is opgenomen.

HR 30 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8134 (Kummeling/Oskam)

Het hof oordeelde dat de werknemer erop heeft moeten vertrouwen dat de passende arbeid heeft te gelden als de bedongen arbeid, als er sprake is van een situatie waarin de werknemer niet een te korte tijd arbeid heeft verricht in die passende arbeid en waarvan de aard en de omvang niet ter discussie staat. Maar in de afgelopen periode moest juist de passende arbeid verschillende keren worden aangepast om het voor werknemer geschikt te maken. Onder die omstandigheden kan niet worden geoordeeld dat de passende arbeid ‘niet te kort’ is verricht waardoor deze niet als de bedongen arbeid is gaan gelden. De Hoge Raad bevestigt deze conclusie en motiveert dit nader met het argument dat het wettelijk stelsel inhoudt dat de werkgever maximaal 104 weken loon doorbetaalt aan de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer en dat als deze opnieuw uitvalt uit passende werkzaamheden, de werkgever niet opnieuw gehouden is tot loondoorbetaling van 104 weken. Toepassing van artikel 6: 248 lid 1 BW (redelijkheid en billijkheid) zou het evenwicht tussen loondoorbetalingsverplichting en de re-integratieverplichting doorbreken. De Hoge Raad overweegt verder: *Dat dit stelsel voor de werknemer in bedoeld geval ongunstig kan uitpakken, is ook door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid onderkend (zie de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.11.3 genoemde brief van de minister van 2 februari 2010), maar een maatregel die in een oplossing van het probleem voorziet – zoals een wettelijke regeling (aanpassing van de Ziektewet of het Burgerlijk Wetboek) of het maken van al dan niet collectieve afspraken tussen werkgever(s) en werknemer(s) – is niet getroffen.’*

Gerechtshof Arnhem 21 juli 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ4534

Het Hof concludeert in dit geval dat het werk van de werknemer, dat van Kraanmachinist, moet worden aangemerkt als de bedongen arbeid. Werknemer meldde zich –na overleg met de werkgever- beter voor zijn eerdere functie van servicemedewerker, werd omgeschoold tot kraanmachinist, werkte volledige in deze functie en hij werd nadien in een functioneringsgesprek ook op dit werk beoordeeld.

Hof Arnhem-Leeuwarden, 18 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4324

De wijziging van passende in bedongen arbeid is een wijziging van de arbeidsovereenkomst tussen partijen, ten behoeve waarvan een daartoe strekkende nadere overeenkomst tussen werkgever en werknemer is vereist. Vaststaat dat een dergelijke wijziging niet expliciet tussen partijen is overeengekomen. Een wijziging van een overeenkomst kan echter ook tot stand komen als werknemer er gerechtvaardigd op heeft mogen vertrouwen dat de door haar verrichte passende arbeid inmiddels de nieuw bedongen arbeid is geworden. Daarvan zal sprake kunnen zijn indien een situatie is ontstaan waarin werknemer gedurende een niet te korte periode arbeid heeft verricht waarvan de aard en de omvang tussen partijen niet ter discussie staat.

Rechtbank Amsterdam, 21 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:780

Weliswaar heeft werknemer deze werkzaamheden gedurende anderhalf jaar uitgevoerd, doch niet gebleken is dat tussen partijen is afgesproken dat hij voortaan gedurende 20 uur deze werkzaamheden zou uitvoeren. Dit blijkt bijvoorbeeld ook uit het feit dat werkgever tot 2 april 2013 het op een 40-urige werkweek afgestemde inkomen aan werknemer is blijven betalen. Bovendien is niet gebleken dat er tussen partijen geen discussie was over aard en omvang van deze werkzaamheden. Integendeel, tussen partijen heeft voortdurend discussie bestaan omtrent het aantal uren dat werknemer in staat was om te werken en werkgever heeft specifiek onderbouwd dat deze werkzaamheden enkel en alleen zijn bedoeld als passende werkzaamheden in het kader van de re-integratie. Onder deze omstandigheden mocht werknemer er niet gerechtvaardigd op vertrouwen dat de passende arbeid de bedongen arbeid geworden is.

Rechtbank Rotterdam, 20 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:7287

Als een werknemer (deels) andere werkzaamheden is gaan verrichten, is er sprake van bedongen arbeid als partijen voor de aangepaste func-

tie een nieuwe arbeidsovereenkomst hebben gesloten, of als de werknemer er gerechtvaardigd op heeft mogen vertrouwen dat de aangepaste werkzaamheden inmiddels moeten gelden als de bedongen arbeid. De werknemer mag hierop vertrouwen als hij de werkzaamheden gedurende een niet te korte tijd heeft verricht en de aard en omvang van de werkzaamheden tussen partijen niet meer in discussie is geweest.

In navolging van Kummeling/Oskam zaak (zie par hiervoor.) heeft de Centrale Raad van Beroep dezelfde criteria van toepassing verklaard in het kader van de sociale verzekeringswetgeving. Daarbij heeft de Centrale Raad van beroep overwogen dat het enkele feit dat een medewerker gedurende langere tijd de passende arbeid heeft verricht, onvoldoende is om aan te nemen dat daardoor (dus door alleen het tijdsverloop) de passende arbeid de bedongen arbeid is geworden. (Centrale Raad van Beroep, 25 maart 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:921). De Centrale Raad verwijst in haar uitspraak ook expliciet naar de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak Kummeling/ Oskam waarmee in dit geval de civielrechtelijke en sociaal verzekeringsrechtelijke uitgangspunten op één lijn liggen.

2.1.6 Passende functie (artikel 7:669 BW per 1 juli 2015)

Met de invoering van de Wet Werk en Zekerheid (WWZ) heeft de wetgever met ingang van 1 juli 2015 in artikel 7:669 BW een nieuw begrip geïntroduceerd: de “passende functie”. Op grond van dit artikel kan de werkgever de arbeidsovereenkomst opzeggen indien daar een redelijke grond voor is en 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.

In de wettekst is echter geen sluitende definitie opgenomen wat onder een passende functie moet worden verstaan. Tijdens de parlementaire behandeling is daaraan ook nauwelijks aandacht besteed. De minister heeft echter op 11 mei 2015 nadere regels gepubliceerd, de zogenaamde Ontslagregeling, waarin regels en voorwaarden worden gesteld rondom het nieuwe ontslagrecht (**Staatscourant 2015 nr. 12685 11 mei 2015**). Ten aanzien van de herplaatsingsverplichting heeft de minister de volgende regels gesteld:

Artikel 9 Herplaatsing

1. *Bij de beoordeling of binnen de onderneming van de werkgever een passende functie beschikbaar is voor een werknemer die voor ontslag in aanmerking komt, worden arbeidsplaatsen betrokken:*
 - a. *waarvoor een vacature bestaat, of waarvoor binnen de redelijke termijn, bedoeld in artikel 10, een vacature zal ontstaan;*

b. van werknemers of personen die werkzaam zijn op basis van een uitzendovereenkomst of op basis van een tijdelijke arbeidsovereenkomst, of die, anders dan door een payrollwerkgever, door een derde ter beschikking zijn gesteld, voor zover op die arbeidsplaatsen geen werkzaamheden van tijdelijke aard worden verricht gedurende ten hoogste 26 weken.

2. Indien de onderneming van de werkgever deel uitmaakt van een groep, worden bij de beoordeling of een passende functie beschikbaar is mede arbeidsplaatsen in andere tot deze groep behorende ondernemingen betrokken.

3. Van een passende functie is sprake wanneer deze aansluit bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van de werknemer.

Artikel 10 Redelijke termijn

1. De redelijke termijn, bedoeld in artikel 669, eerste lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek is gelijk aan de opzegtermijn, bedoeld in artikel 672, tweede lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

2. Voor een werknemer met een arbeidshandicap bedraagt de redelijke termijn, bedoeld in het eerste lid, 26 weken.

3. Als werknemer met een arbeidshandicap, bedoeld in het tweede lid, wordt aangemerkt de werknemer:

a. die voor 29 december 2005 als arbeidsgehandicapte is aangemerkt op grond van de Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten voor zolang aanspraak bestaat op voorzieningen op grond van die wet;

b. met een uitkering op grond van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering, de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen of de Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen of een uitkering of recht op arbeidsondersteuning op grond van de Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten;

c. waarvoor voorzieningen zijn getroffen tot behoud, herstel of ter bevordering van de mogelijkheid tot het verrichten van arbeid; of

d. die bij ziekte recht heeft op ziekingeld als bedoeld in artikel 29b van de Ziektewet.

4. De redelijke termijn, bedoeld in het eerste en tweede lid, vangt aan op de dag waarop wordt beslist op het verzoek om toestemming voor de opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

5. Indien sprake is van het beëindigen van een inleenopdracht:

a. vangt de redelijke termijn, bedoeld in het eerste en tweede lid, aan op de dag waarop de inleenopdracht eindigt;

b. wordt de redelijke termijn, bedoeld in het eerste en tweede lid, verlengd met de perioden waarin de werknemer wegens ziekte of gebreken niet in staat is arbeid te verrichten.

Volgens deze nieuwe beleidsregels van UWV wordt onder passende functie

dus een functie verstaan die aansluit bij de opleiding, ervaring en capaciteiten van de werknemer. De rechtspraak zal moeten uitwijzen of dit begrip ook nog verder wordt opgerekt of dat het bij deze 3 elementen blijft.

Voor wat betreft de redelijke termijn waarbinnen arbeidsongeschikte medewerkers herplaatst moeten kunnen worden heeft de minister een onderscheid gemaakt tussen medewerkers met en zonder een arbeidshandicap. Medewerkers zonder een arbeidshandicap dienen herplaatst te kunnen worden binnen de opzegtermijn terwijl voor medewerkers met een arbeidshandicap een herplaatsingstermijn geldt van 26 weken. Hiermee wordt dus afgeweken van de oude regels uit het Ontslagbesluit en de Beleidsregels van UWV waarbij standaard een termijn van 26 weken werd gehanteerd. Overigens is het begrip “arbeidsgehandicapte” in de zin van de Ontslagregeling ook nog niet helder en zal de tijd moeten leren wanneer een medewerker aanspraak kan maken op de langere herplaatsingstermijn.

Bij de herplaatsingsplicht in de passende functie in de zin van artikel 7:669 BW gaat het dus om een interne herplaatsingsplicht en niet om een herplaatsing buiten de eigen organisatie. Een uitzondering geldt voor groeps-ondernemingen, deze ondernemingen moeten op basis van deze regels wel binnen de grenzen van de groep onderzoeken of er een passende functie voor de medewerker beschikbaar is. Op dit punt valt nog wel de nodige jurisprudentie te verwachten omdat de ene groep van bedrijven een minder vergaande samenwerking kent dan de andere. De vraag is dan ook of het wel redelijk en uitvoerbaar is om bijvoorbeeld in geval van een multinational, alle passende functies binnen de hele groep te onderzoeken.

3. Achtergrond bij de invoering van de WVP

3.1 Inleiding

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel WVP worden verschillende kernpunten genoemd die hebben geleid tot de WVP, de wettelijke regeling omtrent het begrip passende arbeid in de zin van het Burgerlijk Wetboek.

De volgende punten worden onder andere genoemd:

- Uit signalen van het (toenmalige) College van Toezicht Sociale Verzekeringen (CTSV) bleek dat het oude poortwachtersmodel niet goed functioneerde. Zo stelt deze instantie dat de functie en het doel van de re-integratieplannen niet duidelijk waren;
- Er was geen inhoudelijk beoordelingskader op grond waarvan de (toenmalige) UVI's re-integratie-inspanningen zouden moeten beoordelen, maar daarentegen waren er wel veel administratieve en procedurele criteria. Werkgevers namen een te afwachtende houding aan.

Voor de regering waren dit redenen voor een verbetering (of aanscherping) van het poortwachtersmodel.

3.2 Codificatie jurisprudentie

De re-integratieverplichting van de werkgever kreeg in 1978 al enige vorm en inhoud met het arrest Roovers/de Toekomst (zie hierna). De werkgeversverplichting vloeit sinds de Wet Verbetering Poortwachter (WVP) voort uit artikel 7: 658a BW. Voor de werknemer blijkt een wettelijke re-integratieverplichting nu uit artikel 7: 660a BW.

Kortom: het wettelijk kader van het Burgerlijk Wetboek wordt als het ware ingekleurd door jurisprudentie op dit punt. We noemen dat de codificatie van de re-integratie jurisprudentie. Vaak worden in dat verband drie 'standaard' arresten genoemd die de ruggengraat vormen van de re-integratieplicht voor de werkgever en de werknemer. Dat zijn de arresten 'Roovers/de Toekomst', 'Van Haren/Cehave' en 'Goldsteen/Roeland'.

In deze arresten heeft de Hoge Raad het begrip 'bedongen arbeid' (zie par. 2.2.1.) geleidelijk aan opgerekt. Dat deed hij door onder 'bedongen arbeid' eveneens te verstaan het verrichten van de overeengekomen arbeid:

- op minder werkuren (Roovers/de Toekomst)
- in deels andere taken ervan of in geheel andere, los van de bedongen arbeid, passende arbeid (Cehave/Van Haaren en Goldsteen/Roeland).

Hoge Raad 3 februari 1978, ECLI:NL:HR:1978:AE1064; Roovers/de

Toekomst

In het arrest Roovers/de Toekomst ging het om een werknemer die de overeengekomen kantoorwerkzaamheden slechts voor twintig van de voor hem gebruikelijke veertig uur kon uitvoeren. Zij werkte als administratief medewerkster, raakte arbeidsongeschikt en kwam vervolgens in WAO. In dat verband werd ze voor 50% arbeidsongeschikt verklaard voor haar 'eigen werk'. Voor dat geschikte deel, de resterende verdien capaciteit deed ze een beroep op haar werkgever, de Toekomst. Ze stelde zich bereid haar eigen werk parttime uit te voeren.

De werkgever stelde zich op het standpunt dat het aanbod van werk van de werknemer niet 'de bedongen arbeid' was. Immers het werk werd voor de arbeidsongeschiktheid op veertig uren per week verricht, terwijl ze ditzelfde werk nu in de helft van de tijd kon doen. De Hoge Raad besliste dat het aanbod van werk voor het deel waartoe mevrouw Roovers geschikt was moest worden beschouwd 'als de bedongen arbeid'. De Hoge Raad rekte met andere woorden de bedongen arbeid op door het van toepassing te verklaren op iemand die weliswaar hetzelfde werk kan doen, maar op minder uren. Werkgever de Toekomst zou alleen dan niet verplicht zijn de medewerkster tewerk te stellen als dat in redelijkheid niet van hem kan worden gevergd. Dit zal onder meer afhangen van de inhoud van het aanbod, de aard van de arbeid en de organisatie van het bedrijf.

Een stapje verder ging de Hoge Raad in het arrest Van Haaren/Cehave. Hier ging het om een werknemer die een samengestelde functie had en – in verband met arbeidsongeschiktheid – een aantal taken niet kon uitvoeren. De werknemer was namelijk afzaker/palleteerder. Hij kreeg rugklachten, kwam in de WAO en werd uiteindelijk geschikt verklaard voor rugsparende arbeid. Voor het onderdeel van de functie afzaker was hij derhalve geschikt, maar kon het palleteren (stapelen van zakken meel) niet meer doen. Van Haaren wilde weer bij de werkgever aan de slag voor rugsparende arbeid.

Hoge Raad, 9 november 1985, ECLI:NL:HR:1985:AE1082 (Van Haaren/Cehave)

In dit arrest gaf de Hoge Raad als uitgangspunt aan dat als de werknemer een onderdeel van de 'bedongen arbeid' nog zou kunnen doen, dit ook wordt beschouwd als 'de bedongen arbeid'. Maar zo overwoog de Hoge Raad in dit arrest, als de werknemer helemaal niets meer kan doen in het kader van de bedongen arbeid en hij biedt andere passende arbeid aan, dan moet de werkgever dat andere, passende arbeid, aanbieden.

Ook al heeft de werknemer alleen loon gevorderd voor werkzaamheden

als onderdeel van de bedongen arbeid, als de werkgever zonder deugdelijke redenen geen passende arbeid aanbiedt, moet hij het loon betalen voor die arbeid.

Dit is niet een absolute verplichting: de werkgever kan hieraan ontkomen als hij hard kan maken dat de aanbieding voor de passende arbeid in redelijkheid niet van hem kan worden gevegd. Maar van de werkgever kan worden gevraagd dat hij de bestaande arbeidsverdeling aanpast.

In de beide hiervoor genoemde gevallen rekte de Hoge Raad het begrip bedongen arbeid dus op als de arbeid die de werknemer nog wel kon doen. Maar ook in het geval dat de werknemer geen enkele (deel)taak van de overeengekomen arbeid kon uitvoeren bepaalde de Hoge Raad dat de werkgever toch dat werk moest aanbieden en daarvoor loon moest betalen.

Hoge Raad, 13 december 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZCo448 (Goldsteen/Roeland)

In het arrest Goldsteen/Roeland bepaalde de Hoge Raad dat onder omstandigheden de werkgever verplicht is zijn werkorganisatie aan te passen om zodoende de werknemer in staat te stellen passende arbeid te verrichten. In dit arrest speelde de casus waarbij een chauffeur/lader en lossers (functie met deeltaken) wegens rugklachten de laad- en loswerkzaamheden niet meer kon doen. De Hoge Raad trok de lijn van de vorige arresten door maar vulde hier nog aan dat de werkgever onder omstandigheden ertoe kan worden verplicht de werkorganisatie aan te passen. In dit verband speelde de vraag of er een rijder moest worden toegevoegd aan de gedeeltelijk geschikte Goldsteen. De werkgever beriep zich op zijn organisatiebeleid dat chauffeurs ook laad- en loswerkzaamheden moesten doen. Een rijder naast een chauffeur zou tot extra kosten leiden. Nu speelde in dit geval dat Goldsteen arbeidsongeschikt was geworden als gevolg van de bedrijfssituatie. Dit was de reden dat de Hoge Raad deze verregerende verplichting oplegde.

Maar ook buiten arbeidsgerelateerde arbeidsongeschiktheid kan de werkgever gehouden zijn tot een verdergaande organisatiewijziging teneinde de re-integrant passende arbeid te kunnen laten doen. Collega's van de re-integrant kunnen bij die re-integratie ook worden betrokken.

Hoge Raad, 16 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB3098 (Bons/Ranzijn)

De Hoge Raad stelde in het arrest Bons-Ranzijn/Tuin & Dier dat onderzocht had moeten worden of de werknemer in concreto incidenteel ondersteuning van een collega had moeten krijgen bij tilwerk boven vijf

kilo. De werknemer was voor 95% arbeidsgeschikt voor de eigen functie, maar kon alleen geen zware werkzaamheden doen. De Hoge Raad vernietigde het vonnis van de rechtbank omdat hij niet had vastgesteld in welke mate de collega-werknemers zouden worden belast met de ondersteuning. Overigens had Bons betoogd dat de collega-werknemers tijdens de gedeeltelijke werkherhervatting (50%) gedurende het eerste jaar niet hadden geklaagd over de ondersteuning. De rechtbank had dit argument niet van doorslaggevende aard geacht, maar ging vervolgens niet in op de vraag welke omstandigheid dan wel bepalend zou zijn.

Rechtbank Overijssel, 14 november 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:2740
Ingevolge het bepaalde in artikel 7: 658a BW is een werkgever gehouden om, zolang de arbeidsovereenkomst voortduurt, actief de re-integratie van de werknemer in zijn bedrijf te bevorderen. Daartoe dient een werkgever, waar nodig, zijn organisatie zelfs aan te passen teneinde een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer in de gelegenheid te stellen passend werk te verrichten (zie artikel 7: 658a lid 2 BW en HR 26 oktober 2001, JAR 2001/238 inzake Bons/Razijn). De op de werkgever rustende verplichting tot re-integratie in het zogenoemde tweede spoor eindigt wel na de wachttijd van 104 weken (artikel 7: 658a lid 1 BW), de verplichting tot re-integratie in de eigen organisatie evenwel niet. (...)

Van de werkgever kan niet het onmogelijke worden gevraagd. De regeling beleidsregels beoordelingskader poortwachter geeft in dit verband aan dat ‘meer dan het redelijke’ niet van de werkgever kan worden gevraagd.¹⁵

Hoge Raad 13 april 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BW0218

‘Op de werkgever rust immers geen verplichting om te verzekeren dat binnen zijn bedrijf passende arbeid voorhanden is; de werkgever is enkel verplicht om te bevorderen dat de werknemer in zijn bedrijf ingeschakeld wordt (zie art. 7:658a lid 1 BW). Daarom kan in het kader van de toepassing van art. 7:681 BW niet in algemene zin worden gesteld dat in een geval waarin een werknemer wegens langdurige arbeidsongeschiktheid wordt ontslagen aangezien er vanwege bedrijfseconomische omstandigheden geen passende arbeid beschikbaar is, het ontslag (mede) plaatsvindt op bedrijfseconomische gronden.’

15 De regeling beleidsregels beoordelingskader poortwachter, regeling van 3 december 2002, Stcrt. 2002, 236, laatstelijk gewijzigd op 17 oktober 2006, Stcrt 2006, 224, par. 9.

4. Aanbieden en verrichten van passende arbeid

4.1 Inleiding

De werkgever is verplicht de arbeidsongeschikte werknemer te re-integreren. Uitgangspunt daarbij is dat de werknemer terugkeert in zijn “bedongen arbeid”. Als dat vanwege medische redenen niet kan, dient de werkgever de werknemer te re-integreren in aangepast eigen werk dan wel geheel ander passende arbeid binnen de eigen organisatie.

Als re-integratie van de werknemer in de eigen organisatie (eerst spoor) niet mogelijk is, dient de werkgever de werknemer te re-integreren in passend werk buiten de eigen organisatie, ook wel re-integratie in het tweede spoor genoemd.

De verplichting om de werknemer buiten de eigen organisatie te re-integreren geldt alleen zo lang de werkgever ook verplicht is het loon door te betalen. De re-integratie van de medewerker in de eigen organisatie duurt echter voort zolang het dienstverband in stand is.

Hoewel bij aanvang van de WvP de opvatting werd gehuldigd dat het tweede spoor pas kan worden ingezet als het eerste spoor geen mogelijkheden meer biedt, heeft de Centrale Raad van Beroep deze –volgordelijke- benadering uitdrukkelijk verworpen. In CRvB 29 september 2010, USZ 2010/318 en CRvB 4 mei 2011, USZ 2011/156 heeft hij beslist dat beide sporen naast elkaar kunnen lopen.

Om tot de re-integratie van de werknemer te komen neemt de werkgever alle daartoe noodzakelijke maatregelen (artikel 7: 658a lid 1 en 2). Die maatregelen moeten wel redelijk zijn, aldus de Regeling Beleidsregels beoordelingskader poortwachter.

Wat redelijk is, wordt mede bepaald aan de hand van de inhoud van het werk, de organisatie van bedrijf, de bedrijfsvoering en sectorale aspecten. De regeling geeft aan dat de grens van het redelijke in elk geval bereikt is als de re-integratie van de werknemer(s) het productieproces in gevaar zou brengen of de onderneming van de werkgever financieel gezien onevenredig zwaar belast zou worden. Dit redelijkheidsaspect wordt verder uitgewerkt in de geselecteerde uitspraken.

Op grond van artikel 7:660a BW is de arbeidsongeschikte werknemer verplicht mee te werken aan zijn re-integratie. Hij moet:

- gehoor geven aan genoemde redelijke ‘voorschriften’ en ‘maatregelen’

- die hem door of namens de werkgever worden gegeven.
- meewerken aan het opstellen, evalueren en zo nodig bijstellen van het plan - van aanpak en moet hij eventueel aangeboden passende arbeid verrichten.

De keerzijde van de werkgeversverplichting tot aanbieden van passende arbeid is de verplichting van de werknemer tot het aanvaarden van die passende arbeid.

Hieronder komen diverse aspecten van werkgevers- en werknemersverplichtingen tot re-integreren aan de hand van rechtspraak aan de orde.

4.2. Aard en inhoud van de werkzaamheden

De werkgever kan verplicht worden in te gaan op het aanbod van de werknemer en dan aard en inhoud van de werkzaamheden van de werknemer aan te passen. Dit betekent in de praktijk dat de werkgever eventuele wijzigingen in de arbeidsorganisatie moet doorvoeren, zoals: aantal werkuren, andere volgorde van de werkzaamheden van de werknemer of het takenpakket aanpassen.

Dat alleen indien dat van hem kan worden gevegd, hetgeen afhangt van de omstandigheden van het geval zoals hieronder ook blijkt.

Hoge Raad, 9 november 1985, ECLI:NL:HR:1985:AE1082 (Van Haaren/Cehave)

In het eerder besproken arrest van Haaren/Cehave ging het om een werknemer die een samengestelde functie (afzacker-palleteerder) had en – in verband met arbeidsongeschiktheid – dat hij het stapelen van meelzakken op pallets, waarvoor zijn rug belast werd, niet meer kon uitvoeren. Na een jaar arbeidsongeschiktheid werd hij geschikt geacht voor rugsparende werkzaamheden en bood hij zich daarvoor aan, evenals voor andere passende werkzaamheden. Volgens de Hoge Raad had de werkgever van dat aanbod van de werknemer gebruik moeten maken en daarbij kunnen overwegen de arbeidsorganisatie aan te passen zodanig dat de werknemer de overige taken van de bedongen arbeid (Afzakken) nog zou kunnen blijven verrichten. Dat betekende echter voor de werkgever een aanpassing van het productieproces. De Hoge Raad gaf, overigens zonder nadere specificatie de extra rechtsregel, dat zelfs van de werkgever kan worden gevegd geheel andere passende arbeid aan de werknemer aan te bieden.

Kantonrechter Amsterdam, 30 november 1999, ECLI:NL:KT-

GAMS:1999:AG5309

De kantonrechter Amsterdam besliste in dit geval dat een arbeidsongeschikt geworden schoonmaakster, die gedeeltelijk was gere-integreerd in een andere functie (medewerker textiel verzorgen), recht had op urenuitbreiding. Ze werkte vier uren per dag en wilde geleidelijk meer uren werken (eerst zes uren en later acht uren per dag). Dit werd door de verzekeringsarts ook voor mogelijk gehouden. De werkgever wilde dit niet omdat er geen zittend werk meer voorhanden was. Werkneemster eiste een herverdeling van taken. De kantonrechter gelaste de werkgever gedurende een proefperiode van zes maanden werkneemster zes uren per dag te laten werken, waarvan één uur per dag zittend.

Kantonrechter Middelburg, 21 juni 1999, ECLI:NL:KTG-MID:1999:AG2420

De kantonrechter Middelburg bepaalde dat een buschauffeur in verband met medische beperkingen alleen nog maar in de dagdienst mocht werken. De kantonrechter stelde hier dat de werkgever ook dagdienstpersoneel nodig had en de werknemer in het kader van een re-integratietraject ondertussen dagdiensten had gedraaid en dat was goed bevallen. Geen reden dus om daarop terug te komen.

Gerechtshof Den Bosch 19 april 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ2188

In deze zaak draaide het om de vraag of de werknemer, gegeven zijn beperkingen, het opgedragen aangepaste werk door de werkgever al dan niet terecht had afgewezen. In het kader van een Deskundigen Oordeel stelde de Verzekeringsgeneeskundige dat sprake is van ongeschiktheid van voor het eigen werk 'vanwege evidente forse enkelklachten links'. Volgens de verzekeringsarts is er te vroeg gestart met re-integratie; zij heeft de indruk dat de re-integratie heeft plaatsgevonden in niet passend werk. De rapportage van de arbeidsdeskundige dat hierop volgde gaf antwoord op de vraagstelling of de werknemer al dan niet in passende arbeid had hervat. De arbeidsdeskundige oordeelde dat de belasting van het lange zitten –in een golfwagentje op het landgoed- te groot was voor de werknemer en dus dat sprake was van 'overschrijding van de functiebelasting ten aanzien van zitten ten opzichte van de vastgestelde belastbaarheid van werknemer'.

De kantonrechter vond de rapportage van de arbeidsdeskundige niet overtuigend, het Hof daarentegen 'ziet niet in dat deze bevinding van de arbeidsdeskundige onjuist is.' Het Hof stelt in dat verband dat 'de mogelijkheden van zitten zouden immers, gezien de functiebelasting, qua duur gedurende een hele werkdag overschreden worden. Het hof gaat er daarbij vanuit dat "mogelijkheden tot vertreden" binnen de aan-

gegeven beperkingen ten aanzien van staan en lopen zouden moeten blijven en dat ook de arbeidsdeskundige daarvan is uitgegaan'

4.3 Functieniveau

De Beleidsregels beoordeling poortwachter (hoofdstuk 3) geven met zoveel woorden aan dat re-integratie in de oorspronkelijke functie uitgangspunt moet zijn totdat blijkt dat terugkeer vanwege medische en/of arbeidskundige beperkingen niet meer realistisch is. Maar ook dan is van belang dat de werknemer dient te worden gere-integreerd in een functie die zo dicht mogelijk ligt bij het niveau van de oorspronkelijke functie. Naar mate de tijd verstrijkt kunnen in dit opzicht meer concessies van de werknemer worden verwacht. Dit ligt in lijn met de bedoeling van de wetgever.¹⁶

Kantonrechter Harderwijk, 22122004, ECLI:NL:RB-ZUT:2004:BG0258, Prg. 2005, 57

De rechter oordeelt dat de werkgever er niet van uit mag gaan dat de werknemer zomaar met alle passende werkzaamheden akkoord gaat. De voorgestelde functiewijziging is niet passend, gelet op de mogelijkheden die er kennelijk (concreter?) nog voor de werknemer zijn. De rechter overweegt dat *'eiseres niet uit het oog verliezen moet dat zij als goed werkgever gehouden is gedaagde passende arbeid aan te bieden naar de norm van art. 7:658a lid 3 BW, waarbij gedeeltelijke vervulling van de oorspronkelijke (bedongen) arbeid voorgeeft boven passende arbeid in een andere functie.'* Hoewel dat in dit geval niet in geding was merkt de rechter nog op dat van de werknemer wel een positieve opstelling mag worden verwacht.

4.4. Reistijd en vervoer

Wat betreft de reistijd die van de re-integrant wordt gevraagd valt op te merken dat de Beleidsregels beoordeling poortwachter daarover geen nadere richtlijn voor geeft. Ook is hieromtrent maar weinig civielrechtelijke jurisprudentie.

Wel kan voor een indicatie van de reistijd de richtlijn Passende arbeid worden gebruikt.¹⁷ De richtlijn gaat uit van 2 (eerste jaar van werkloosheid) tot maximaal 3 uren per dag aan reistijd, tenzij een langere reistijd gebruik

¹⁶ Vgl. Mooij, C.J. wat is passende arbeid, ArbeidsRecht 2009, 14

¹⁷ Zie noot 8

kelijk is. Als algemeen uitgangspunt zou kunnen gelden dat naarmate de werknemer langer arbeidsongeschikt is en/of de werkgever al meerdere beproefde re-integratievoorstellen heeft gedaan, van de werknemer ook meer concessies ten aanzien van langere reistijden mogen worden verwacht.

Gerechtshof Den Haag 23 februari 2010, LJN: BM0830

In deze zaak oordeelde het Hof dat de werkneemster niet voldoende meewerkte aan haar re-integratie. Vanwege medicijngebruik was werkneemster aangewezen op openbaar vervoer, waardoor ze in plaats van 20 minuten met de auto van deur tot deur nu 2,1/4 uur onderweg was. Met een tijdelijke reistijdcompensatie en een voorschot van het merendeel van de reiskosten was dit een redelijk voorstel. Werknemer heeft op geen enkele manier onderbouwd waarom zij niet had kunnen hervatten.

Hof 's-Hertogenbosch, 23072013 ECLI:NL:GHSHE:2013:3341

Van een werkgever mag binnen de grenzen van de redelijkheid worden verlangd een

werknemer, die in het kader van de re-integratie aangepast werk dient te verrichten, daartoe in staat te stellen. Vast staat dat werkgever gedurende enige tijd het vervoer voor werknemer geregeld heeft. Werkgever achtte dit destijds haalbaar omdat ook nog andere werknemers bij Hago werkten. Een verplichting daartoe van werkgever of een recht daarop van werknemer kan daaruit echter niet worden afgeleid en is ook anderszins niet gebleken. Naar het oordeel van het hof kon en mocht werkgever op bedrijfsmatige gronden beslissen het vervoer niet langer te regelen. De door werknemer aangevoerde omstandigheden waarom zij niet op eigen gelegenheid naar het aangepaste werk kon komen, als tijdens de comparitie na aanbrengen benoemd, zijn omstandigheden die voor haar rekening komen, althans in haar risicosfeer liggen.

4.5. Sociale en medische beperkingen

Specifieke sociaal medische beperkingen van de werknemer spelen een belangrijke rol bij de afweging of er sprake is van verantwoorde passende werkzaamheden door de werknemer en de reikwijdte van de werkgeversverplichting.

Kantonrechter Maastricht 30 november 2010, ECLI:NL:RB-MAA:2010:BO7668

In deze ontbindingszaak bleek dat de passende arbeid voor werkne-

mer als monotoon werk zonder afleiding en stress (“ombeugelen” in het magazijn) is en dat dit de oorzaak is van het mislukken van de re-integratie en de arbeidsrelatie verder en blijvend verstoord heeft. De werkgever stelt dat het naar eer en geweten heeft gehandeld door dit werk te laten doen op basis van een advies van de arbeidsdeskundige en zij overigens een klein bedrijf is met beperkte re-integratiemogelijkheden. Aan de andere kant heeft de werknemer een HBO-opleiding genoten. De kantonrechter oordeelt dat bij geen van de partijen een doorslaggevend verwijt kan worden aangerekend.

Hoge Raad 11 maart 2011, JAR 2011, 91, ECLI:NL:HR:2011:BO9624

In deze zaak – een kennelijk onredelijk ontslagprocedure – ging het om een ernstig gehandicapte werknemer die zijn werk op basis van arbeidstherapie had hervat. Enige tijd later kwam werknemer in aanmerking voor ontslag in het kader van een reorganisatie als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden. Ingevolge het toepasselijke Sociaal Kader had de werknemer de keuze uit bemiddeling voor een andere functie of een financiële regeling. De werknemer koos bemiddeling, maar dat leidde niet tot een andere baan. De Hoge Raad oordeelde dat van de werkgever in beginsel een extra inspanning had mogen worden verwacht om een boventallige werknemer die door lichamelijke beperkingen moeilijk bemiddelbaar is op de arbeidsmarkt te begeleiden naar ander werk en had ook een belastbaarheidsonderzoek moeten laten uitvoeren. De werkgever had de bemiddeling specifiek moeten maken, meer toegesneden op de arbeidsgehandicapte. Ook al is er een sociaal plan voor een groep werknemers, in bijzondere gevallen dient de werkgever specifieke maatregelen te nemen, aldus de Hoge Raad.

Gerechtshof Den Haag 30 maart 2010, ECLI:NL:GHS-GR:2010:BM2426

Voor re-integratie is van belang dat de werknemer:

- a) bereid is tot het verrichten van (passende) arbeid en
- b) medisch en arbeidskundig in staat is de werkzaamheden –al dan niet in aangepaste vorm- te doen.

Als re-integratie in de functie van instructeur (slechts) in aangepaste vorm en/of binnen afzienbare termijn mogelijk is, dient te worden beoordeeld of de re-integratie van werkgever redelijkerwijs kan worden verlangd. Voor die verplichting is van belang dat niet is gebleken dat de oorzaken van de medische beperkingen van de werknemer arbeidsgerelateerd zijn.

Gerechtshof Arnhem 6 april 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BU3362

Van belang is dat voor de bepaling of de arbeid passende is, ook rekening dient te worden gehouden met veiligheidsrisico's als gevolg van medische beperkingen. De rechter oordeelt dat het in dit geval niet verantwoord was werknemer (nog) enig chauffeurswerk te laten verrichten.”

Kantonrechter Breda 26 mei 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BO5011

De kantonrechter oordeelt dat in casu te zware eisen waren gesteld aan de uitoefening van het passende werk door werknemer. Hij stelt: *‘Niet valt dan ook in te zien waarom van meet af aan door werkgever die eisen zijn gesteld en werknemer, bezien vanuit de optiek dat de werkhervatting een therapeutisch karakter had, niet eerst de tijd en de gelegenheid is gegeven zijn medische beperkingen aan zijn functie-uitoefening te relateren en te trachten de werkhervatting vanuit die optiek te realiseren.’*

4.5 Scholing

Volgens de “Beleidsregels beoordelingskader poortwachter” moeten zowel de werkgever als de werknemer bereid zijn scholing aan te bieden respectievelijk uit te voeren. UWV beoordeelt in het kader van de toetsing van het re-integratieverslag (RIV) of dit aspect is meegenomen (hoofdstuk 4, onder arbeidsdeskundige aspecten en werkinpassing.

Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch, 11 mei 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AP0474

In deze uitspraak overweegt het Hof dat de werknemer verplicht kan worden een scholingsovereenkomst te tekenen op basis waarvan de scholingskosten terugbetaald moeten worden als de werknemer na zijn herstel bij een andere werkgever aan het werk gaat.

Het hof overweegt: *‘Geen rechtsregel verplicht de werkgever steeds de kosten, zonder tegenprestatie in de vorm van bedoelde zekerheid, volledig voor zijn rekening te nemen.’*

Kantonrechter Rotterdam, 15-02-2013, JAR 2013/134 ECLI:NL:RBROT:2013:BZ8592

De werkgever is verplicht rekening te houden met scholingskosten, temeer als het gaat om arbeidsgelateerde arbeidsongeschiktheid. De rechter overweegt: “dat van de werkgever verwacht had mogen worden dat hij ofwel een deel van de omscholingskosten tot ICT-medewerker voor de werknemer had betaald ofwel zich actiever en con-

structiever had opgesteld door andere omscholingsmogelijkheden te onderzoeken en/of andere passende functies aan te bieden.”

Er is in het kader van de re-integratieverplichting tijdens de 104 weken termijn geen strikte minimum of maximum termijn bepaald aan door de werkgever te betalen scholing. Of en zo ja in hoeverre de werkgever verplicht is scholing te financieren zal afhangen van de omstandigheden van het geval zoals: duur dienstverband, subsidie-mogelijkheden voor de werkgever en/of de werknemer, de vraag wat de werknemer na omscholing in relatie tot re-integratie voor werk kan doen, oorzaak van de arbeidsongeschiktheid, financiële positie van de werkgever, enz.¹⁸

4.6. Het doen van onderzoek; re-integreren en aanbieden van werk

4.6.1. Inleiding

De werkgever is verplicht onderzoek te doen naar de mogelijkheden die hij binnen of buiten zijn organisatie heeft voor de arbeidsongeschikte werknemer. Het doen van onderzoek ligt voor de hand in de gevallen dat niet op voorhand duidelijk is wat de werknemer nog kan doen voor werk binnen het bedrijf van de werkgever. Van de werkgever wordt verwacht dat hij verschillende opties voor re-integratie beoordeelt. Zelfs kan de werkgever worden aangezet om een bepaalde constructie in de praktijk uit te proberen. Stilzitten van de werkgever wordt niet geduld.

Sinds de invoering van de WVP kan de werkgever ‘maatregelen en voorschriften’ opleggen aan de werknemer (art. 7: 658a BW). Hij kan bijvoorbeeld de werknemer therapeutische arbeid laten doen waarmee hij kan onderzoeken en uitproberen wat de werknemer aan belastbaarheid aankan, maar wel gedurende beperkte tijd.

Het onderzoek van de werkgever hoeft zich niet te beperken tot de belastbaarheid van de werknemer, maar kan ook betrekking op de vragen als: ‘Moet ik mijn werkorganisatie aanpassen?’, ‘Kunnen de collega’s op enigerlei wijze ondersteuning bieden?’, en ‘Zou ik een speciale machine als hulpmiddel moeten aanschaffen?’

18 Zie ter vergelijking het onderdeel AOV van deze handleiding, voetnoot 16 waarin de rechter bepaalde dat de scholingsduur maximaal 6 maanden mag duren. In de ‘AOV-casus’ ging het vaststelling van wat de verzekerde met zijn beperkingen na [om]scholing, nog wel kan en wat daarbij van de verzekerde kan worden gevraagd in het kader van die vaststelling. Immers, een langere periode zou de verzekeringsrechten van de verzekerde aantasten. Echter, bij de re-integratieverplichting zoals hier aan de orde gaat het om een werkgeversverplichting.

In dit kader kan de STECR Werkwijzer 'Arbeidstherapie' (2007) een goede praktische handreiking betekenen. De werkwijzer geeft aan dat arbeidstherapie ingezet kan worden om duidelijkheid te geven over de belastbaarheid van de werknemer in relatie tot de belasting van de (beoogde) werksituatie (pag. 16). Arbeidstherapie is geen standaard re-integratie instrument. De STECR kenniskring, een groep deskundigen die werkwijzer ontwikkelde, geeft aan dat het middel niet langer dan enkele dagen tot maximaal 4 weken moet worden ingezet (pag. 17). Wanneer door de bedrijfsarts een langere periode wordt gedacht is van belang dat hij dat 'duidelijk motiveert' waarin hij ingaat op de vraag op welke manier de langer durende arbeidstherapie alsnog (meer) duidelijkheid over de belastbaarheid kan scheppen. De arbeidsdeskundige dient volgens de werkwijzer advies te geven over de invulling van de arbeidstherapie en de loonwaarde van de verrichte arbeid.

Voor het antwoord op deze inhoudelijke vragen kan de werkgever gebruikmaken van deskundigenoordelen (DO) (art. 30 SUWI) die uitgevoerd worden door UWV. In de eerste plaats kan de werkgever de concrete vraag voorleggen of een bepaalde functie al dan niet passend is onder de gegeven omstandigheden. Verder kan de werkgever UWV vragen of hij onder de gegeven omstandigheden voldoende aan re-integratie-inspanningen heeft gedaan. De uitslag van de DO kan de werkgever goed betrekken bij zijn afweging wat hem uiteindelijk te doen staat.

Voor de goede orde dient in dit kader te worden opgemerkt dat ook de werknemer de mogelijkheid heeft om bij UWV om uitvoering van een DO te verzoeken. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien er getwijfeld wordt over de adequaatheid van de door werkgever geleverde re-integratie-inspanningen. Onderzoek kan ook betekenen 'uitproberen'. Dit kan soms aan de orde zijn als op voorhand niet duidelijk is wat de koers is van de re-integratie.

Hieronder worden een aantal belangrijke gerechtelijke uitspraken behandeld die verband houden met de inspanningen van de werkgever om ander passend werk voor de werknemer te vinden:

4.6.2. Uitspraken

De werkgever is in principe verplicht gebruik te maken van het aanbod van de werknemer, afhankelijk van de aard en inhoud van het aangeboden werk en de omstandigheden van het bedrijf. Dit stelt de Hoge Raad in het eerder genoemde arrest Roovers/de Toekomst. In dit geval kon de werkneemster zich slechts gedeeltelijk beschikbaar stellen voor werk (urenbeperking). Daar moest de werkgever genoeg mee nemen.

Hoge Raad, 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0175 (Stal/GAK)

De Hoge Raad vond dat het GAK een kans had laten liggen door het externe instituut geen opdracht te geven voor het re-integratieonderzoek. Daarmee was er onvoldoende duidelijkheid gekomen over de herplaatsingskansen van Stal. Deze onduidelijkheid moest voor rekening en risico komen van de werkgever van Stal. Voor dit 'stilzitten' (werknemer zat gewoon thuis) werd het GAK veroordeeld tot betaling van het loon, inmiddels over een periode van ruim zes jaar.

Kantonrechter Den Bosch, 22 december 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BV2279, JAR 2012, 199

De kantonrechter stelt vast dat van een werkgever verwacht mag worden dat hij een doeltreffende aanpassing verricht om een gehandicapte werknemer tegemoet te komen, tenzij dit voor hem een onevenredige belasting vormt. In dit geval had de werkgever moeten onderzoeken wat de mogelijkheden waren van het plaatsen van een traplift, welke kosten daaraan verbonden waren en of hiervoor subsidie kon worden verkregen. Nu de werkgever dit niet heeft onderzocht, heeft hij niet als goed werkgever gehandeld.

Gerechtshof 's-Gravenhage 21 juli 2009, ECLI:NL:GHS-GR:2009:BK1491

De werkgever dient een bereidverklaring van de werknemer zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk is te onderzoeken of andere passende arbeid voorhanden is en daarover duidelijkheid te verschaffen aan de werknemer. Indien de werkgever daarmee in gebreke blijft, moet, ook als later blijkt dat geen passende arbeid voorhanden is, worden aangenomen dat een deugdelijke grond in deze zin heeft ontbroken zolang de werkgever in gebreke is gebleven ter zake duidelijkheid te verschaffen (vgl. HR 17 januari 2003, NJ 2006, 533, (zie hiervoor)).

Kantonrechter Amsterdam 27 november 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY4803

De rechter acht in dit geval onderzoek naar re-integratiemogelijkheden ook aan de orde bij de andere vestigingen van werkgever. De werkgever had zich niet mogen beperken tot de vestiging in Amsterdam, doch had mogelijkheden binnen het gehele concern daarbij dienen te betrekken, gelet op de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep (van 15 augustus 2012, JAR 2012, 260) die in het kader van een loonsanctiezaak (art 25 lid 9 juncto artikel 65 WIA) het volgende overweegt: *Van betrokkene (werkgever) had echter verwacht mogen worden dat was ingezet*

op arbeidsmogelijkheden binnen [de organisatie van betrokkene] in de volle breedte. Daarbij weegt mee dat [de organisatie van betrokkene] een zeer groot concern is.

4.7 De bedrijfsvoering

4.7.1. Algemeen

Algemeen uitgangspunt is dat naarmate de organisatie van de werkgever groter is van hem ook een relatief grotere bijdrage aan re-integratie inspanningen kan worden verlangd. Zie hiervoor, met name hoofdstuk 9 van de Beleidsregels beoordelingskader poortwachter. Dit bestuursrechtelijke beoordelingskader, geldt voor de UWV-opdracht de re-integratie inspanningen te toetsen en de deskundigen oordelen te geven, maar de civiele rechter kijkt er ook naar.¹⁹

De grotere werkgever heeft over het algemeen meer mogelijkheden de bedrijfsvoering aan te passen, bijvoorbeeld door taken (verder) te differentiëren of te verdelen onder andere medewerkers.

Re-integratie van gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemers kan verder gaan dan wijzigingen in het takenpakket van de werknemer. Onder omstandigheden kan de werkgever verplicht gesteld worden de werkorganisatie binnen het bedrijf aan te passen. Daarbij kan men denken aan een wijziging in een productielijn en een andere werkverdeling tussen collega's, en zelfs het aantrekken van een extra arbeidskracht.

4.7.3. Uitspraken

Hoge Raad, 13 december 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZCo448 (Goldsteen/Roeland)

Allereerst bepaalde de Hoge Raad in het arrest Goldsteen/Roeland dat de werkgever onder omstandigheden verplicht is zijn organisatie te wijzigen. De werkgever gaf in dit geding aan dat hij binnen zijn bedrijf niet gewend was deze werkzaamheden te splitsen. De Hoge Raad oordeelde dat de werkgever zich niet zonder meer mag verschuilen achter 'beleid' van het bedrijf. De werkgever had op z'n minst onderzoek moeten doen en nog meer pogingen moeten ondernemen.

Conclusie A-G bij Hoge Raad 18 januari 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BY2586, JAR 2013, 54(Terra / ROC)

De verwijzing naar Goldsteen/Roeland & Zonen is veeleer ingegeven

¹⁹ Vergelijk, wat betreft de samenhang tussen het arbeidsrechtelijke en het bestuursrechtelijke beoordelingskader, ook paragraaf 2.1.

door de gedachte dat van de werkgever, AOC Terra, gevergd kon worden dat zij niet alleen de arbeidsverdeling, maar ook de arbeidsorganisatie aanpaste. (...) En waar het betreft de door AOC Terra genoemde begeleiding en coaching van werknemer, kan uit het verstreckende oordeel van het hof worden afgeleid dat dergelijke maatregelen zinledig zijn als niet tevens de arbeidsorganisatie wordt aangepast. Van de werkgever mocht worden verwacht dat het zo nodig zou overgaan tot herverkaveling van functies om te re-integratie van de werknemer mogelijk te maken.

Rechtbank Amsterdam, 28022013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ2926,
V & D heeft met recht aangevoerd dat zij in beginsel de volle vrijheid heeft om de bedrijfsvoering in de warenhuizen naar eigen goeddunken in te richten. Werknemers kunnen daartegen alleen bezwaar maken, wanneer de wijze waarop van die bevoegdheid gebruik wordt gemaakt, in strijd zou zijn met goed werkgeverschap. In beginsel was V & D derhalve jegens haar werknemers gerechtigd om voor de afdeling Klantenservice het nieuwe concept van de Service Area in te voeren en daartoe de inrichting van de betreffende ruimte te wijzigen. Naar het oordeel van de kantonrechter gaat het vereiste van goed werkgeverschap niet zo ver dat V & D van die maatregelen had moeten afzien vanwege het feit dat werknemer als gevolg van haar beperkte mobiliteit niet op de beoogde wijze in het nieuwe concept kon participeren. Wel bracht het vereiste van goedwerkgeverschap met zich dat V & D zich ten behoeve van werknemer zou inspannen om haar na het wegvallen van haar werkplek een passend alternatief te bieden.

Hof Arnhem-Leeuwarden, 03092013, ECLI:NL:GHARL:2013:6681,
Onder passende arbeid begrijpt het hof in dit verband enerzijds dat die werkzaamheden op de krachten en bekwaamheden van werknemer zijn berekend en anderzijds dat die arbeid door een gemiddelde werknemer in 21 uur per week kan worden verricht. Het is niet zo dat de werknemer zelf kan bepalen hoelang hij over passende arbeid mag doen. Indien een werkgever 10 uur passende arbeid per week beschikbaar heeft, kan de werknemer niet verlangen daarover 40 uur per week te mogen doen en kan hij evenmin met succes aanspraak maken op uitbetaling van 40 uur tegen de normale loonwaarde. PostNL moet vooralsnog geacht worden met het beschikbaar stellen van 21 uur passende arbeid en dienovereenkomstig doorbetalen van loon aan haar re-integratieverplichtingen te hebben voldaan. Ook in die periodes waarin PostNL niet fysiek heeft belet dat werknemer feitelijk meer dan 21 uur heeft gedaan over zijn passende arbeid, kan werknemer

alsdan geen aanspraak maken op betaling van loon over meer dan 21 uur per week.

Rechtbank Midden-Nederland, kantonrechter, locatie Utrecht, 8 mei 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:3655

Gelet op de leeftijd van de werknemer en diens bijzonder lange dienstverband in combinatie met zijn lage opleidingsniveau en de bij hem aanwezige beperkingen, factoren die het vinden van ander werk buiten de organisatie van de werkgever nagenoeg onmogelijk maken, betekent dit dat veel van de werkgever gevraagd mag worden. Dat wordt versterkt door het feitelijke gegeven dat de werkgever een bijzonder grote organisatie is. In zijn algemeenheid geldt dat naarmate een bedrijf groter is, er meer vacatures zijn en een grotere diversiteit in functies bestaat. Het ligt primair op de weg van de werkgever om werknemers passende arbeid te bieden. Het enkel attenderen op of informeren naar vacatures is onvoldoende. De werknemer was gemotiveerd en ook de werkgever heeft veel gedaan, maar niet (altijd) het goede. De werkgever had in het kader van de herplaatsing meer de regie moeten voeren.

4.8. Inzetten van collega's bij re-integratie

4.8.1 Inleiding

De werkgever zal ook de collega('s) van de re-integrerende werknemer moeten betrekken bij de re-integratie als dat de re-integrerende werknemer verder zal helpen. De collega heeft zich als een goed werknemer te gedragen ten opzichte van de werkgever (en de werknemer). Over het algemeen hebben medewerkers zich flexibel op te stellen in het bedrijf. Onder omstandigheden kan dat betekenen dat de werknemer/collega akkoord behoort te gaan met een wijziging van de overeenkomst.

Uitgangspunt is dat de werkgever in beginsel een beroep moet doen op een of meer collega(s) om de re-integrant te ondersteunen. Maar waar ligt de grens? Die vraag is moeilijk te beantwoorden. Jurisprudentie geeft op dit punt geen aanknopingspunten. We kunnen ons voorstellen dat de inzet van naaste collega's door de werkgever niet kan worden gevergd in de volgende gevallen:

Belastbaarheid van de collega

De collega moet door de ondersteuning niet zodanig zwaar worden belast dat de werkgever daardoor risico loopt op uitval. Relevante normen in het kader van Arbodwetgeving kunnen hiervoor als richtsnoer fungeren.

Inhoud van de functie van de collega

Hoewel van de collega een flexibele werkhouding mag worden verwacht, lijkt mij een wezenlijke aantasting van de functie van de collega niet acceptabel. Bijvoorbeeld de re-integrerende werknemer neemt de meest aantrekkelijke en markante taken van de collega op zich die in ruil daarvoor de minst aantrekkelijke activiteiten van de re-integrant uitvoert.

Sociale omstandigheden van de collega

Verder zal de werkgever ook rekening zal moeten houden met de sociale omstandigheden van de collega van de re-integrant. Daarbij kan men denken aan werktijden in verband met oppas van de kinderen, extra reistijden die van invloed kunnen zijn op de gezinssituatie van de collega.

4.8.2. Uitspraken

Hoge Raad 16 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB3098 (Bons-Ranzijn/Tuin & Dier)

De Hoge Raad stelde in het arrest Bons-Ranzijn/Tuin & Dier dat onderzocht had moeten worden in welke mate de collega-werknemers zouden worden belast met de noodzakelijke ondersteuning met het oog op tilbepkeringen van de werknemer. De directe collega werknemers hadden ook een rol gespeeld tijdens de gedeeltelijke werkhervatting (50%) gedurende het eerste jaar en ze hadden ook niet geklaagd over de ondersteuning.

4.9. Het doen van investeringen

4.9.1. Inleiding

Tot hoever moet de werkgever gaan met het doen van investeringen of financiële uitgaven? Wat mag de werknemer van de werkgever verwachten? Moet de werkgever bijvoorbeeld een extra baan creëren als er geen andere mogelijkheden zijn? De wetgeving en de jurisprudentie bieden daartoe onvoldoende inhoudelijke aanknopingspunten om op deze vragen een adequaat antwoord te kunnen geven. Wel kan worden gesteld dat onderstaande beoordelingscriteria een rol kunnen spelen bij het vinden van antwoord op deze vragen. Gekeken dient te worden naar de volgende criteria:

- algemeen gebruikelijkheid;
- kosten moeten bedrijfseconomisch verantwoord zijn;
- besparingen van re-integratie tellen mee (re-integratiefaciliteiten en fiscale tegemoetkomingen).

4.9.2. Algemeen gebruikelijkheid

In concreto is van belang of een bedrijfsmiddel (bijvoorbeeld een graafmachine) al dan niet als algemeen gebruikelijk kan worden beschouwd. Indien de voorziening algemeen gebruikelijk te achten is in de gegeven situatie, dan behoeft een werkgever niet voor realisatie zorg te dragen. Dit wordt anders als reeds op grond van Arbo wet- en regelgeving de werkgever (als zijnde goed werkgever) verplicht is voor een dergelijke voorziening zorg te dragen. In een dergelijke situatie dient de werkgever juist het algemeen gebruikelijke karakter van een bepaald bedrijfsmiddel te realiseren (te denken valt aan een goed geveerde autostoel die algemeen gebruikelijk – en dus behorende tot de verantwoordelijkheid van de werkgever – indien de werknemer intensief voor zijn arbeid van de auto gebruikmaakt).

Strikte richtlijnen voor toetsing aan het criterium ‘algemeen gebruikelijk’ zijn niet te geven. Steeds zal beoordeeld moeten worden of het merendeel van de niet-gehandicapten ook over een dergelijke ‘voorziening’ beschikt of dat het in de bedrijfstak gebruikelijk is voor die werkzaamheden over de gevraagde hulpmiddelen te beschikken. Ook algemeen gebruikelijk is het moeten inwerken van een nieuwe medewerker, slechts als er door de handicap meer tijd en aandacht nodig is dan voor de niet-arbeidsgehandicapte medewerker is dat meerdere niet algemeen gebruikelijk. Als het hebben van een graafmachine vereist is, is daarmee de vraag ook al beantwoord.

Maar stel dat geen sprake is van een algemeen gebruikelijk bedrijfsmiddel. In dat geval moet dan beoordeeld worden of er in redelijkheid aanschaf van een bedrijfsmiddel kan worden geëist.

Uitgangspunt daarbij is dat dit instrument relevant moet zijn voor de re-integratie van de werknemer

4.9.3. Kosten bedrijfseconomisch verantwoord?

De werkgever zal een kosten-batenanalyse moeten maken. Het saldo van de investering zal moeten passen binnen een verantwoorde bedrijfsvoering van de werkgever. Als door een dergelijke investering de werkgever bedrijfseconomisch in moeilijkheden zou komen, zou de verplichting tot aanschaf niet hoeven te gelden. De financiële reserves van de onderneming en winstprognoses zijn daarbij factoren van belang. Dit punt moet zeker een rol spelen omdat anders wellicht het belang van het overige personeel op het spel zou kunnen staan. Algemeen uitgangspunt lijkt wel dat naarmate de werkorganisatie van de werkgever groter is de financiële middelen ook omvangrijker zullen zijn.

4.9.4. Voorzieningen tellen mee

Voor de vraag of het bedrijfsmiddel bedrijfseconomisch verantwoord is, worden de besparingen die de werkgever realiseert meegenomen. Dit is ook uitgangspunt van de Hoge Raad in arrest Goldsteen/Roeland.

In dit arrest maakt de Hoge Raad met zoveel woorden duidelijk dat als de werkgever kan beschikken over een voorziening zijn zorgplicht zal worden vergroot.

4.9.5 Beleidsregels beoordelingskader poortwachter

De Beleidsregels beoordelingskader poortwachter geven het kader voor de omvang van de financiering van re-integratie als volgt (pag. 14): 'Van de werkgever wordt verlangd dat hij de kosten van re-integratie van de werknemer draagt. In bepaalde gevallen kan hij gebruik maken van re-integratie instrumenten, zoals arbeidsplaatsvoorzieningen en subsidies op grond van de Wet WIA. Ook hierbij speelt echter de redelijkheid een rol. De werkgever mag rekening houden met vergoedingen die de werknemer uit hoofde van door hem zelf of door de werkgever voor hem gesloten verzekeringen kan verkrijgen. Met name speelt dit een rol bij behandelingen die ook voor vergoeding op grond van de afgesloten basisziektekostenverzekering en aanvullende verzekeringen in aanmerking komen. De werkgever mag niet van de werknemer verlangen dat deze aanvullende ziektekostenverzekeringen sluit voor behandelingen die niet zijn opgenomen in de basisverzekering. Het is ook mogelijk dat de werkgever met de werknemer een regeling treft ten aanzien van terugbetaling van de re-integratiekosten indien het traject slaagt en de werknemer daarna binnen een bepaalde periode vrijwillig ontslag neemt. Bij de vaststelling van de financiële bijdrage die van de werkgever kan worden gevergd ten behoeve van de re-integratie is de redelijkheid eveneens van belang. Zo kan in redelijkheid niet van de werkgever gevergd worden dat hij financiële middelen ter beschikking stelt voor re-integratietrajecten waarvan op voorhand duidelijk is dat ze niet tot het beoogde resultaat van aanzienlijke mate van benutting van de restcapaciteit zullen leiden. Ook uitgaven die in geen verhouding staan tot de kosten van loondoorbetaling en eventuele premieverhogingen vallen hier onder.

4.9.6 Uitspraken

Hoge Raad, 13 december 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZCo448 (Goldsteen Roeland)

In het al eerder aangehaalde arrest Goldsteen/Roeland maakt de Hoge Raad duidelijk dat van de werkgever meer aan re-integratie-inspanningen mag worden verwacht als hij (ook) recht heeft op subsidies of andere faciliteiten. De Hoge Raad formuleert: 'Ten aanzien van de mogelijkheid van het inzetten van een rijder volstaat de rechtbank met het

oordeel dat Roeland erop heeft gewezen dat hij nimmer met bijrijders werkt. Dit oordeel is, behalve om de redenen uiteengezet in onderdeel 5, ook onjuist respectievelijk zonder nadere motivering onvoldoende gemotiveerd, voor zover de rechtbank — impliciet — oordeelt dat het werken met een bijrijder voor de laad- en loswerkzaamheden economisch gezien niet verantwoord is. Zulks brengt immers zonder meer nog niet mede, dat een dergelijke oplossing niet van de werkgever kan worden gevegd, mede omdat de werkgever (..) op grond van art. 20 Wet Arbeid Gehandicapte Werknemers in verband met art. 57a AAW een vergoeding van kosten kan verkrijgen (..).

Kantonrechter Den Bosch 24 mei 2012, ECLI: NL:RB-SHE:2012:BW7246

De kantonrechter oordeelde dat de re-integratiekosten voor de aanschaf van een traplift in dit geval niet onevenredig hoog waren in verhouding met het salaris van de caissière. Daarbij speelde een rol:

- De duur van het dienstverband (bijna 12 jaar);
- De leeftijd van de werknemer (47 jaar);
- Het feit dat de werknemer met de traplift haar eigen werk nog jaren had kunnen doen, en;
- De financiële draagkracht van de werkgever.

De traplift kostte €0.000,= maar de werkgever kon € 4.000,= subsidie krijgen van UWV. Mede omdat de werknemster al 47 jaar oud was en met de traplift nog jaren voor werkgever had kunnen werken, had de werkgever de kosten van €0.000,= voor de traplift voor zijn rekening dienen te nemen.

4.10 Overige aspecten

4.10.1 Aantal arbeidsgehandicapten binnen het bedrijf

Ook relevant zou voor het ‘financiële offer’ van de werkgever kan het aantal arbeidsgehandicapten zijn binnen het bedrijf van de werkgever in ogen-schouw te nemen. De Wet REA (artikel 5) bevatte geen quotumverplichting, wel een indicatie (tussen de 3 en 7%). Wanneer nu dit percentage wordt gehaald binnen het bedrijf van de werkgever is van belang voor de beoordeling van de onderhavige arbeidsgehandicapte. Niet als criterium op zichzelf, maar het geeft wellicht een indicatie hoe serieus de werkgever omgaat met re-integratie in zijn bedrijf. De quotumdiscussie is overigens weer helemaal terug met de Participatiewet²⁰ en in dat verband de aan-

²⁰ 7. Zie ook paragraaf 4.9.4.1.
Wet van 2 juli 2014, Stb, 2014, 271

staande Quotumwet.²¹

4.10.2 Alternatieve mogelijkheden

Is de investering financieel te zwaar dan zal de werkgever alternatieven moeten onderzoeken. Een alternatief zou bijvoorbeeld kunnen zijn het tijdelijk huren of leasen van een machine. Wanneer dat niet mogelijk is, zou moeten worden gekeken naar andere passende arbeid, eventueel bij een andere werkgever. In dit verband zou ook kunnen worden genoemd de verplichting van de werkgever informatie te vragen bij UWV (onder meer over de mogelijkheid van inzet van re-integratie instrumenten).

4.10.3 Oorzaak arbeidsongeschiktheid

Zoals betoogd in de inleiding kan de oorzaak van de arbeidsongeschiktheid een rol spelen bij de reikwijdte van de verplichting van de werkgever. Hier speelt het inmiddels al meerdere keren genoemde arrest Goldsteen/Roeland een rol. Als de arbeidsongeschiktheid van de werknemer is ontstaan in de werksfeer, wordt van de werkgever een grotere inspanning gevraagd dan wanneer dat niet het geval is.

Naast de hiervoor genoemde criteria wijst UWV in de beleidsregels Beoordelingskader Poortwachter ook nog op brancheaspecten.

Van belang is ook welke mogelijkheden voor werknemers met bepaalde beperkingen in de branche of sector algemeen gebruikelijk zijn. Dat is immers mede bepalend voor hetgeen van werkgevers en werknemers in die branche of sector op re-integratiegebied mag worden verwacht. Het gaat niet alleen om het aanbieden van functies bij andere werkgevers in die branche, maar ook om wat gebruikelijk is binnen de bedrijven op het gebied van herplaatsing. Eventuele branche- of sectorgewijze afspraken kunnen mede richtinggevend zijn. Zo kunnen er brancheafspraken zijn om elkaars werknemers op te vangen, of afspraken in CAO of in een Arbo convenant over re-integratie.

De grens van wat in redelijkheid van de werkgever mag worden verlangd, is in ieder geval bereikt als de re-integratie-inspanningen het productieproces in gevaar zouden kunnen brengen of de bedrijfsvoering in financieel opzicht onevenredig belasten.

21 Op 31 maart jl. werd het wetsvoorstel voor de Quotumwet door de Eerste Kamer goedgekeurd. De wet gaat in met ingang van 1 januari 2017. De wet zal leiden tot Quotumheffing van € 5.000 per niet-vervulde werkplek als de banenafspraken vanaf 2015 niet worden gehaald.

Hoge Raad, 13 december 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZCo448 (Goldsteen Roeland)

In het arrest Goldsteen/Roeland stelt de Hoge Raad dat de oorzaak van de arbeidsongeschiktheid in dit verband een rol zou moeten spelen. Goldsteen was namelijk arbeidsongeschikt geworden tijdens zijn werk bij Roeland.

Ook hierin gaf de Hoge Raad de werknemer gelijk. Voor de werkgever geldt dat hij weliswaar personeelsbeleid moet hebben op basis waarvan hij beslissingen neemt en keuzen maakt, maar met betrekking tot onderhavige zorgplicht moet onderzoeken of er termen zijn in dit specifieke geval af te wijken van dat beleid. Uitzonderingen moeten kunnen worden gemaakt.

4.11 Werkgever blijft verantwoordelijk

De werkgever blijft ten allen tijde zelf verantwoordelijk voor een adequate voortgang van het re-integratieproces en kan zijn verantwoordelijkheden niet afwentelen op derden of zich er achter verschuilen dat een door de werkgever ingeschakeld re-integratiebureau te weinig heeft gedaan aan de re-integratie van de werknemer. Dit blijkt onder andere uit onderstaande uitspraak:

Rechtbank Utrecht Sector kanton Rechtbank Utrecht, 2 november 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY2399

Het inschakelen van een re-integratiebedrijf verandert niets aan de verantwoordelijkheid van de werkgever een succesvolle re-integratie van de werknemer te realiseren. De werkgever dient een vinger aan de pols houden met betrekking tot de activiteiten die het re-integratiebedrijf verricht. Het inschakelen van een re-integratiebedrijf is ook niet verplicht. Het inzetten van een re-integratiebedrijf komt ook niet in de plaats van het uitvoeren van re-integratie inspanningen.

5. De relatie met de loondoorbetalingsplicht

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal onder andere worden ingegaan op de wijze waarop de werkgever de verplichting van de werknemer om de passende arbeid te verrichten, kan afdwingen en welke (juridische) problemen daarbij kunnen ontstaan.

5.2 Verplichting tot aanbieden en verrichten passende arbeid

Zoals hiervoor al aan de orde is geweest, heeft de werkgever op grond van artikel 7:658a lid 3 BW de verplichting om de werknemer in de gelegenheid te stellen om passende arbeid te verrichten. De werknemer heeft op zijn beurt op grond van artikel 7:660a BW de verplichting om passende arbeid te verrichten waartoe de werkgever hem in de gelegenheid stelt.

De verplichting voor de werknemer om passende arbeid te verrichten is niet vrijblijvend. De werkgever heeft op grond van artikel 7:629 lid 3 onder c BW de mogelijkheid om het loon van de werknemer in te houden indien hij zonder deugdelijke grond de passende arbeid die de werkgever hem aanbiedt, zoals bedoeld in artikel 7:658a lid 4 BW, bij zijn eigen werkgever of bij een andere werkgever, niet verricht. De toevoeging ‘als bedoeld in artikel 7:658a lid 4 BW’ is evenals art. 7:658a BW in de wet opgenomen bij de Wet verbetering poortwachter (Stb. 2001, 628).

Rechtbank Noord-Nederland, 15 november 2013 ECLI:NL:RBN-NE:2013:7149

“Gelet op hetgeen met betrekking tot de activiteiten van werknemer, in dienst als monteur dakgoten, als DJ en (het gebrek aan) bekendheid en instemming daarmee van de bedrijfsarts door werkgever is gesteld en in reactie daarop door werknemer is aangevoerd, is de kantonrechter voorlopig van oordeel dat vooralsnog niet valt uit te sluiten dat werknemer in ieder geval ingaande juli 2013 passende arbeid voor werkgever niet heeft verricht, alhoewel hij daartoe in staat was, dan wel in ieder geval met zijn handelwijze zijn genezing heeft vertraagd of belemmerd. Dit leidt tot het oordeel dat de vordering van werknemer met betrekking tot het loon c.a. tot 1 juli 2013 zal worden toegewezen en vanaf die datum zal worden afgewezen.”

Uit de jurisprudentie blijkt zelfs dat als een werknemer het niet eens is met

het oordeel van de bedrijfsarts, maar pas na geruime tijd een deskundigenoordeel aanvraagt, dit zou kunnen worden gezien als het niet verrichten van passende arbeid.

Rechtbank Amsterdam, 11 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1966

“Als de werknemer evenwel niet binnen een redelijke termijn, maar eerst na enige tijd een deskundigenoordeel van UWV inroept en vervolgens door UWV in het gelijk wordt gesteld, dient de periode vanaf de weigering op basis van het advies van de bedrijfsarts re-integratiewerkzaamheden uit te voeren tot aan de indiening van de aanvraag voor een deskundigenoordeel als het zonder deugdelijk grond weigeren van passende arbeid te worden aangemerkt, zodat een werknemer in zo'n geval in beginsel eerst vanaf de datum van indiening van het verzoek aan UWV om een deskundigenoordeel op doorbetaling van loon aanspraak maken.”

De mogelijkheid voor de werkgever om een ‘loonsanctie’ op te leggen aan een medewerker die niet bereid is de aangeboden passende arbeid te verrichten, is dus niet vrijblijvend, maar zelfs in veel gevallen een plicht van de werkgever om de werknemer zo nodig te dwingen mee te werken aan dat deel van zijn re-integratie. De werkgever, in zijn functie van “poortwachter”, is verplicht deze sanctie toe te passen op het moment dat de werknemer weigert zijn re-integratieverplichtingen (voldoende) na te leven. Of de werknemer in voldoende mate meewerkt aan zijn re-integratie ligt in eerste instantie ter beoordeling van de werkgever zelf, al bestaat ook de mogelijkheid om UWV daarover een oordeel te laten vellen in de vorm van een deskundigenoordeel.

Rechtbank Zwolle, 29 april 2004, ECLI:NL:RVS:2003:AO0942

De kantonrechter oordeelt dat de houding van de werknemer (advocaat-medewerker) die stelt dat zowel de arbodienst als de werkgever hem met rust dient te laten zolang zijn behandeling bij de Riagg niet was voltooid, op zijn minst op gespannen voet staat met de verplichting die op de werknemer rust om mee te werken aan zijn re-integratie. In die situatie had van de werkgever verwacht mogen worden dat hij onder andere de loonbetalingen aan de werknemer had gestaakt, ten einde medewerking aan een re-integratie en/of het opstellen van een plan van aanpak te verkrijgen. Nu de werkgever dat niet heeft gedaan kan beide partijen een verwijt worden gemaakt ten aanzien van het mislukken van de re-integratie.

Hoewel de werkgever niet een geheel vrijblijvende keuze heeft of hij aan

een weigerachtige werknemer een loonsanctie oplegt zal hij toch van geval tot geval moeten beoordelen of het opleggen van een loonsanctie een geschikt middel is om het uiteindelijke doel (de medewerker te dwingen mee te werken aan het verrichten van passende arbeid) te bereiken. Het zal uiteindelijk van de omstandigheden van het geval afhangen of het toepassen van een loonsanctie als een geschikt instrument voor de werkgever wordt gezien om de werknemer toch actie te bewegen.

Rechtbank Rotterdam, 31 januari 2013 ECLI:NL:RBROT:2013:BZ6077
Het had voor werkgever duidelijk moeten zijn dat zij zich (ook) op andere mogelijkheden had moeten richten om tot de start van de re-integratie van werknemer, althans tot het herstel van de verhoudingen tussen partijen te komen. De door werkgever opgelegde loonsanctie is naar het oordeel van de kantonrechter geen gepaste manier om werknemer te bewegen tot het aangaan van een persoonlijk gesprek. Immers, werknemer heeft in alle schriftelijke correspondentie haar standpunt omtrent zo'n gesprek duidelijk en onderbouwd uiteengezet, zodat werkgever niet kon en mocht verwachten dat het opleggen van een loonsanctie wijziging van dat standpunt met zich zou brengen.

Naast het feit dat de loonsanctie een verplicht voorportaal is voor de werkgever alvorens hij tot ontslag van zijn weigerachtige werknemer kan overgaan, is ook UWV van mening²² dat van de werkgever kan worden verlangd dat zij een loonsanctie toepast indien de werknemer de passende arbeid niet verricht. Als een werkgever dat nalaat, vaak uit onwetendheid of uit coulance, dan legt UWV in het kader van de poortwachterstoets na 104 weken in de meeste gevallen een verlenging van de wachttijd voor de WIA op tenzij de werkgever goede argumenten heeft gehad om daar niet toe over te gaan. Dit betekent in veel gevallen dat de werkgever verplicht is het loon van de werknemer door te betalen voor nog een maximaal 52 weken, tenzij de werkgever voor die tijd UWV heeft gevraagd de loondoorbetalingsperiode te verkorten omdat het door UWV geconstateerde gebrek verholpen is.

Een door UWV opgelegde verlenging van de loondoorbetaling betekent echter niet automatisch dat de werkgever ook daadwerkelijk verplicht is het loon van de werknemer gedurende deze periode door te betalen, zo blijkt uit jurisprudentie:

Kantonrechter. Zaandam, 2 maart 2006, ECLI:NL:RB-

²² Regeling beleidsregels beoordelingskader oortwachter, laatstelijk gewijzigd op 17 oktober 2006, Stcrt. 2006, 224, par. 9 onder 'Verplichtingen van de werknemer'

HAA:2006:AV3412

In deze zaak had UWV de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever verlengd met (destijds nog) vier maanden, omdat hij de werknemer niet verder onder druk had gezet om mee te werken aan de re-integratie door het toepassen van de loonsanctie. De kantonrechter wees, met weinig begrip voor het standpunt van UWV, echter de vordering van de werknemer tot doorbetaling van het loon over deze vier maanden af, omdat de werknemer bij herhaling uitnodigingen voor gesprekken had afgeslagen waardoor er geen probleemanalyse en geen plan van aanpak konden worden opgesteld. De werkgever was om die reden gerechtigd het loon niet door te betalen ondanks dat UWV de loondoorbetalingsperiode van de werkgever had verlengd.

Rechtbank Rotterdam, 06 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:0787,

Het enkele feit dat de systematiek van de Wet Verbetering Poortwachter meebrengt dat de loonsanctie aan de werkgever wordt opgelegd, betekent volgens de rechtbank nog niet dat daarmee de verantwoordelijkheid voor de re-integratie van de zieke werknemer uitsluitend bij de werkgever ligt. Integendeel, de verantwoordelijkheid voor de naleving van de verplichting tot re-integratie ligt ingevolge de Wet Verbetering Poortwachter zowel bij de werkgever als bij de werknemer. Dat werknemer op enig moment tijdens de eerste twee jaren van zijn ziekte meer dan wel andere re-integratie-inspanningen wenste van zijn werkgever, is gesteld, noch gebleken. Evenmin heeft hij op enig moment zelf een deskundigenoordeel gevraagd aan UWV met als probleemstelling of zijn werkgever wel voldoende re-integratie inspanningen ontplooid. In de gegeven omstandigheden kan de opgelegde loonsanctie dan ook niet leiden tot de conclusie dat de werkgever daarom niet gerechtigd zou zijn om op haar loondoorbetalingsverplichting aan de werknemer te staken.

5.3 Mededelingsplicht

Indien de werkgever voornemens is om het loon van de werknemer in te houden vanwege het niet verrichten van de aangeboden passende arbeid, dan is hij verplicht de werknemer hiervan binnen redelijke termijn schriftelijk op de hoogte te stellen. Met een redelijke termijn wordt bedoeld dat de werkgever niet mag wachten met deze mededeling totdat het loon daadwerkelijk moet worden betaald. De werkgever is verplicht de werknemer onverwijld van zijn voornemen op de hoogte te stellen zodra hij vermoedt dat er geen recht bestaat op loon. De ratio achter deze bepaling is dat de

werknemer duidelijkheid moet worden gegeven over het feit dat hij zijn recht op loon riskeert en in de gelegenheid moet worden gesteld zijn gedrag aan te passen zodat hij zijn loondoorbetaling alsnog veilig kan stellen .

Hoge Raad, 15 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7349

De manier waarop de werkgever aan zijn mededelingsplicht dient te voldoen is vormvrij, mits het schriftelijk is gedaan. Het gaat er om of het voor de werknemer duidelijk was dat de werkgever een aanzegging deed dat het loon zou worden ingehouden.

Hof 's-Hertogenbosch, 18 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:451

Nu werknemer op 23 september 2011 zelf een email heeft gestuurd, moet zij geacht worden in staat te zijn geweest een bericht per email door te geven. Werkgever was dus gerechtigd tot opschorting van het loon over te gaan. Werknemer moet geacht worden daarvan op de hoogte te zijn geweest, nu in de email die werkgever op 28 september 2011 heeft gestuurd in reactie op de email van werknemer van 23 september 2011 melding wordt gemaakt van het onderzoek op 5 oktober 2011 en eveneens wordt vermeld dat, indien zij niet in staat is te verschijnen, zij dat per email of telefonisch dient door te geven.

De werkgever is overigens wel verplicht om de aangekondigde maatregel (loon opschorten of loon inhouden) ook strikt toe te passen. Indien de werkgever, in geval de medewerker weigert passende arbeid te verrichten, aanzegt dat hij het loon opschort (en daardoor het loon met terugwerkende kracht dient te betalen indien de medewerker op enig moment de passende arbeid weer gaat verrichten), dan kan hij niet betogen dat hij op basis van de wet het loon ook mocht inhouden zonder de verplichting om het loon later alsnog met terugwerkende kracht te betalen..

Hof Leeuwarden, 29 maart 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ0686

Bij gebruik van het woord “opschorten” in plaats van “inhouden”, moet de werkgever het loon alsnog met terugwerkende kracht betalen, ook al biedt de grondslag de mogelijkheid tot inhouding van het loon.

5.4 Redelijke voorschriften tot verrichten van passende arbeid

De wettelijke verplichting van werkgevers en werknemers tot het aanbieden en verrichten van passende arbeid gaat verder dan het door de werkgever “hapklaar” aanbieden van de passende arbeid aan de werknemer. Van de werkgever wordt, zoals gezegd, verwacht dat hij maatregelen neemt die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevergd om de werknemer in de

gelegenheid te stellen de passende arbeid te verrichten (artikel 7:658a BW). Dit blijkt ook uit de hiervoor besproken jurisprudentie van de Hoge Raad (Roovers / De Toekomst), HR 3 februari 1978, NJ 1978/248, Van Haaren / Cehave (HR 8 november 1985, NJ 1986/309) en Golsteen / Roeland (HR 13 december 1991, NJ 1992/441).

De keerzijde van deze verplichting voor werkgevers is dat werknemers ook verplicht zijn om hun medewerking te verlenen aan dergelijke maatregelen die gericht zijn op het verrichten van passende arbeid. Op grond van artikel 7:629 lid 3 onder d is de werkgever niet alleen gerechtigd om het loon van de werknemer in te houden als de werknemer zonder deugdelijke grond weigert mee te werken aan het verrichten van de aangeboden passende arbeid, maar kan de werkgever ook het loon inhouden als de werknemer zonder deugdelijke grond weigert mee te werken aan een door de werkgever of een door hem aangewezen deskundige gegeven redelijke voorschrift of getroffen maatregel die er op gericht zijn om de werknemer in staat te stellen de passende arbeid te verrichten.

In de praktijk komt het regelmatig voor dat de werknemer niet zozeer de passendheid van de aangeboden arbeid getwist maar dat er bijkomende omstandigheden zijn waar hij het niet mee eens is. Het gaat dan meestal om de vraag of die omstandigheden kunnen worden gezien als een door de werkgever of diens deskundige gegeven redelijk voorschrift of getroffen maatregel. Uit de jurisprudentie blijkt dat het van de omstandigheden van het geval afhangt of een maatregel of instructie als redelijk wordt beschouwd.

Enkele voorbeelden:

Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 2000/2001, 27 678, nr. 3, p. 28

In de Memorie van Toelichting wordt door de regering als redelijk voorbeeld genoemd dat de werkgever aan zijn werknemer voorstelt om een cursus te volgen waardoor de werknemer geschoold wordt voor arbeid die in het bedrijf aanwezig is.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 23 juli 2013, ECLI:N-L:GHSHE:2013:3341

Weigering in het kader van re-integratie opgedragen aangepast werk met als reden dat het vervoer naar en van het werk niet (langer) wordt geregeld door de werkgever, is niet terecht.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 11 mei 2004, ECLI:N-

L:GHSHE:2004:AP0474

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelde dat de re-integratieplicht van de werknemer kan meebrengen dat hij een overeenkomst tekent waarin ten aanzien van de re-integratiekosten een terugbetalingsregeling is opgenomen voor het geval de werknemer het dienstverband binnen een bepaalde periode na het voltooien van de re-integratie zelf beëindigt. Het hof oordeelde dat er geen rechtsgrond is die de werkgever steeds verplicht alle kosten voor de re-integratie te betalen (het ging hier om een re-integratietraject bij een extern bureau) zonder dat daar tegenover staat dat de werknemer na een succesvolle re-integratie weer voor de werkgever aan de slag gaat, zodat de investering van de werkgever in de re-integratie van de werknemer kan renderen. Daarbij speelde mee dat de werknemer had aangegeven na de re-integratie een geheel andere carrière te ambiëren en daarom niet lang meer in dienst van de werkgever zou blijven. Het gerechtshof achtte een dergelijke overeenkomst dan ook niet in strijd met de wet en vond dat het weigeren van de werknemer om een dergelijke overeenkomst te ondertekenen, betekende dat de werknemer zonder deugdelijke grond weigert mee te werken aan re-integratie. De werkgever mocht de loonbetaling stopzetten.

5.5 Hoogte van het loon

De werknemer die passende arbeid verricht, is nog wel steeds arbeidsongeschikt in de zin van art. 7:629 lid 1 BW zo lang de werknemer niet in staat is de *bedongen* arbeid volledig te verrichten. Dit impliceert dat gedurende de eerste 52 weken de wettelijke loonaanspraak van de werknemer in elk geval 70% van het laatst verdiende loon met als maximum 70% van het maximaal dagloon blijft, ook als de loonwaarde van de verrichte passende arbeid minder dan die 70% is c.q. mee wordt verdiend. De bedoeling van de verplichte loondoorbetaling tijdens ziekte is namelijk om de werknemer gedurende maximaal 104 weken een zeker basisinkomen te garanderen dat, in elk geval gedurende de eerste 52 weken, gerelateerd is aan zijn laatst verdiende loon. Op die manier wordt voor de zieke werknemer rust gecreëerd die van belang is voor zijn herstel.

In de meeste gevallen is de loonwaarde van de passende arbeid die de werknemer verricht, ook feitelijk lager dan de loonwaarde die hoort bij de bedongen arbeid. Maar soms komt het voor dat de loonwaarde die hoort bij de passende werkzaamheden hoger is dan de loonwaarde bij de bedongen arbeid. In dat geval heeft de werknemer recht op het meerdere.. Dit volgt uit het eerder genoemde arrest Van Haaren/Cehave (HR 9 november 1985,

NJ 1986, 309) maar ook uit recentere jurisprudentie:

Kantonrechter Breda, 1 februari 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BV6240
Een zieke werknemer kan recht hebben op meer dan 70% van het loon, indien de zieke werknemer gedurende een zekere tijd zodanige werkzaamheden heeft verricht dat niet uitsluitend sprake is van arbeid therapeutische werkzaamheden en deze werkzaamheden voor de werkgever een substantiële waarde vertegenwoordigen waarmee voldoening van 70% van het loon aan de zieke werknemer niet in redelijke verhouding staat.

De bepaling omtrent de loondoorbetaling tijdens ziekte in artikel 7:629 lid 1 BW geldt overigens in beginsel alleen voor het naar tijdruimte vastgestelde loon in geld. Het gaat dan om zaken als week- en maandloon, ploegentoeslag, vakantiebijslag en (afhankelijk van formulering) 13e maand. Voor loon dat wel uit geld bestaat, maar niet naar tijdruimte wordt vastgesteld, zoals bijvoorbeeld overwerk, stukloon, provisie, van persoonlijke beoordeling afhankelijke bonus en dergelijke, geldt dat als loon wordt beschouwd het gemiddelde loon dat de werknemer had kunnen 'verdiene' ware hij niet verhinderd geweest. Op grond van artikel 7:628 BW bestaat dan toch de verplichting dat loon (volledig) door te betalen.

Gerechtshof Amsterdam, 27 april 2010, ECLI:NL:G-HAMS:2010:BM2034

Indien het loon op andere wijze dan naar tijdruimte is vastgesteld, zijn de bepalingen van art. 7:628 BW van toepassing, met dien verstande dat als loon in de zin van art. 7:628 lid 3 BW wordt beschouwd het gemiddelde loon dat de werknemer, wanneer hij niet verhinderd was geweest, gedurende die tijd had kunnen verdienen. De bonus in onderhavige zaak is niet geheel afhankelijk van de uitkomst van de individueel verrichte arbeid, maar van de gezamenlijk door de werknemers verrichte prestaties en de feitelijke inactiviteit van de werknemster. Daarom is er volgens het hof sprake van loon in de zin van art. 7:628 lid 3 BW. Dat brengt mee dat de werkgever de bonus niet hoefde te betalen gedurende het zwangerschaps- en bevallingsverlof. De bonus is ook niet verschuldigd gedurende de perioden van zwangerschapsgerelateerde ziekte.

Kantonrechter Rotterdam, 18 juni 2010, JAR 2010/261

De werkgever dient 70% van het loon te betalen over het aantal uren dat de werknemer gemiddeld werkte voorafgaand aan zijn ziekteperiode.

5.6 Loon en passende werkzaamheden na 104 weken

Met het in art. 7:629 lid 3 onder c BW bepaalde moet men niet verwarren de situatie dat de werknemer, die arbeidsongeschikt is geworden voor de bedongen arbeid en dat langer dan twee jaar is, zich ten opzichte van zijn werkgever bereid verklaart blijvend andere passende arbeid te willen verrichten. Indien de werkgever deze werknemer zonder deugdelijke grond niet in staat stelt andere passende werkzaamheden te verrichten, dan heeft de werknemer aanspraak op doorbetaling van zijn loon niet meer krachtens art. 7:629 BW, maar krachtens art. 7:628 BW en wel vanaf het tijdstip dat voor de niet-tewerkstelling deugdelijke gronden ontbreken.

De hoogte van het loon wordt dan niet bepaald door wat eerder voor de bedongen arbeid was overeengekomen, maar door het loon dat behoort bij de passende arbeid. Op zodanig loon heeft de werknemer ook aanspraak als hij na twee jaar arbeidsongeschiktheid op verzoek van zijn werkgever (nog steeds) passende arbeid, niet zijnde de eerder bedongen arbeid, verricht

Kantonrechter Amsterdam 18 januari en 5 april 2002, ECLI:NL:RB-BRE:2002:AE0901

Indien een werknemer passend werk gaat verrichten dient de werkgever het loon dat bij die arbeid past te betalen, mits het werk gelijk wordt beloond als dat van werknemers die soortgelijk werk in de onderneming verrichten.

Kantonrechter Den Bosch 11 september 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BX8914

In beginsel eindigt de loondoorbetaling en re-integratie verplichting van de werkgever na arbeidsongeschiktheid van de werknemer na 104 weken arbeidsongeschiktheid. Dit kan anders zijn indien van de werkgever verlangd mag worden dat hij passende arbeid aanbiedt. De kantonrechter gaat er dan ook vanuit dat Ban Bouw vanaf 27 februari 2012 in staat had moeten stellen zijn tot dan toe verrichte, passende, werkzaamheden te verrichten en het daarbij behorende salaris te betalen.

Rechtbank Overijssel, 14112013, ECLI:NL:RBOVE:2013:2740

Nu de loondoorbetalingsverplichting van artikel 7: 629 lid 1 BW is beëindigd, zal werkgever uitsluitend gehouden zijn het loon voor zover dat overeenkomt met 15 uur chauffeurswerk per week, aan werknemer te voldoen. Werkgever zal, nu werknemer zich vanaf 3 september

2013 bereid heeft verklaard passende werkzaamheden te verrichten en werkgever daarvan om haar moverende redenen geen gebruik heeft gemaakt, worden veroordeeld tot betaling van het loon.

Hof Arnhem-Leeuwarden, 03092013, ECLI:NL:GHARL:2013:6681,
Indien een werkgever 10 uur passende arbeid per week beschikbaar heeft, kan de werknemer niet verlangen daarover 40 uur per week te mogen doen en kan hij evenmin met succes aanspraak maken op uitbetaling van 40 uur tegen de normale loonwaarde. PostNL moet vooralsnog geacht worden met het beschikbaar stellen van 21 uur passende arbeid en dienovereenkomstig doorbetalen van loon aan haar re-integratieverplichtingen te hebben voldaan. Ook in die periodes waarin PostNL niet fysiek heeft belet dat [appellant] feitelijk meer dan 21 uur heeft gedaan over zijn passende arbeid, kan [appellant] alsdan geen aanspraak maken op betaling van loon over meer dan 21 uur per week.

5.7 Werkgeversaansprakelijkheid en loondoorbetaling

Tot slot is de werkgever die op grond van artikel 7:658 of artikel 7:611 BW aansprakelijk is voor (het ontstaan of voortduren van) de ziekte verplicht om het volledige loon van de werknemer door te betalen. Denk hierbij aan situaties waarin de werknemer arbeidsongeschikt is geraakt als gevolg van een arbeidsongeval waarvoor de werkgever aansprakelijk blijkt te zijn. In dat is het niet redelijk om de medewerker slechts een deel van zijn loon tijdens ziekte te betalen (bijvoorbeeld 70%), ongeacht of hij passende werkzaamheden verricht of niet. Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat een werkneemster niet de nadelige gevolgen van een arbeidsongeval hoeft te dragen, ook niet als de werkgever uit coulance het loon is blijven doorbetalen na de wettelijke periode van loondoorbetaling:

Kantonrechter Amsterdam 1 februari 2010, ECLI:NL:R-BAMS:2010:BM0969

Werkneemster is uitgevallen door letsel aan haar linkervoet, ontstaan doordat zij door een collega werd aangereden met een kar. Vanaf november 2008 is de werkneemster voor 21,25 uur op de administratie gaan werken. Vanaf december 2008 is zij één dag per week op de administratie gaan werken en de overige dagen in de kantine. Op 10 september 2009 is de werkneemster met andere medische klachten uitgevallen. UWV heeft in april 2009 de WIA-aanvraag afgewezen, omdat de werkneemster meer zou kunnen verdienen dan voor zij ziek werd. De werkgever heeft het salaris doorbetaald tot 1 januari 2010. De werkneemster vordert doorbetaling van loon na 1 januari 2010. Zij kan

geen aanspraak maken op een WIA-uitkering, omdat zij die in april 2009 niet heeft gekregen, en ook niet op WW, omdat zij ook na 22 april 2009 werd doorbetaald.

De kantonrechter is van oordeel dat in september 2009 een nieuwe loondoorbetalingsverplichting is ontstaan. De werkneemster was vanaf november 2008 beschikbaar om werkzaamheden voor de werkgever te verrichten en zij heeft dit ook gedaan. Daarbij speelt mee dat de werkneemster door een arbeidsongeval arbeidsongeschikt is geworden, zodat op de werkgever een verzwaarde re-integratieverplichting rust. Bovendien is het feit dat de werkneemster de werkgever voor haar werkzaamheden is blijven betalen na ommekomst van het tweede ziektejaar (april 2009) er de reden van dat de werkneemster geen aanspraak kan maken op enige uitkering. Van dit doorbetalen valt de werkgever geen enkel verwijt te maken, maar goed werkgeverschap brengt mee dat de werkneemster hiervan niet de financiële gevolgen hoeft te dragen. Van dit doorbetalen valt de werkgever op zichzelf geen verwijt te maken, maar goed werkgeverschap brengt mee dat de werkneemster hiervan niet de financiële gevolgen hoeft te dragen.

5.8 Omvang van de loonstop

Als een werknemer weigert om de aangeboden passende arbeid te verrichten, kan de werkgever als sanctie het loon inhouden. Het was lange tijd de vraag of de loonstop zag op het volledige loon of alleen op het loon dat betrekking had op de passende werkzaamheden die de werknemer nog wel kon verrichten mag om moverende weigerde uit te voren. De jurisprudentie was op dit punt lange tijd (sterk) verdeeld.

De kantonrechter te Utrecht heeft om die reden in zijn (tussen)vonnis van 18 december 2013 (Rechtbank Midden-Nederland, 18 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7614) gebruik gemaakt van de mogelijkheid om zogenaamde pre justitiële vragen te stellen aan de Hoge Raad om uitsluitsel te krijgen over de omvang van de loonstop in alle gevallen zoals genoemd in artikel 7:629 lid 3 BW, waaronder de loonstop wegens het niet verrichten van passende arbeid.

Deze mogelijkheid is sinds enkele jaren in de wet opgenomen en biedt gelegenheid om al in een vroegtijdig stadium van een procedure een rechtsvraag voor de leggen aan de Hoge Raad zonder dat dan eerst een procedure in eerste aanleg bij de rechtbank en een hoger beroep bij het gerechtshof doorlopen hoeft te worden.

De Hoge Raad heeft op 6 juni 2014 (ECLI:NL:HR:2014:1341) bepaald dat

met de loonstop in de zin van artikel 7:629 lid 3 BW onder e wordt bedoeld het gehele loon, derhalve ook het gedeelte van de werktijd waarvoor de werknemer arbeidsongeschikt is. Slechts onder zeer bijzondere omstandigheden kan het stop zetten van het volledige loon in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid, aldus de Hoge Raad. Hierbij kan gedacht worden aan het feit dat de medewerker die bijna weer volledig aan het werk is, van zijn gebruikelijke 40-urig dienstverband slechts weigert om 1 uur passende arbeid te verrichten.

6. De relatie met de opzegverboden en ontslag op staande voet

6.1 Inleiding

Als het inhouden van het loon, als sanctie voor het niet verrichten van de aangeboden passende arbeid, niet tot de gewenste gedragsverandering heeft geleid, is de vraag of de werkgever tot ontslag kan overgaan. De werknemer is immers nog arbeidsongeschikt waardoor het opzegverbod tijdens ziekte geldt. De werkgever staat dan voor de keuze of hij de werknemer wil c.q. kan ontslaan via een procedure bij UWV of kantonrechter of hem ontslag op staande voet ontslaan.

6.2 Opzegverbod niet van toepassing

Op grond van artikel 7:670 BW kan de werkgever de arbeidsovereenkomst met een zieke werknemer in beginsel niet opzeggen gedurende de eerste 2 jaar van de ziekte en tijdens de verlenging van de loondoorbetalingsverplichting die door UWV kan worden opgelegd, de zogenaamde “loonsanctie”.

Als de werknemer echter niet meewerkt aan zijn re-integratieverplichtingen, dan is op grond van artikel 7:670a BW, het opzegverbod tijdens ziekte niet van toepassing. Artikel 7:670a BW schrijft sinds 1 juli 2015 echter wel voor dat de werkgever de werknemer schriftelijk moet manen tot nakoming van zijn re-integratieverplichtingen of dat hij het loon heeft stopgezet.

6.3 Ontslag zonder voorafgaande loonstop

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat, alvorens een werkgever met succes een beroep kan doen op het vervallen van het opzegverbod tijdens ziekte, hij eerst enige tijd de loonsanctie moet hebben toegepast (Kamerstukken I 2001/2002, 27 678, nr. 37a, p. 18.). Volgens de regering moet er vanuit gegaan worden dat de werkgever eerst met stopzetting van de loondoorbetaling zal moeten proberen de werknemer te bewegen om mee te werken aan zijn re-integratie zoals het verrichten van passende arbeid. Pas als blijkt dat die loonsanctie op de juiste wijze is ingezet, kan de werkgever overgaan tot het verlenen van ontslag zonder daarbij gehinderd te worden door het opzegverbod. Het is overigens aan de rechter om uiteindelijk te beoordelen of de werkgever terecht het opzegverbod heeft genegeerd of dat het opzegverbod toch van toepassing was. Een opzegging terwijl een opzegverbod van toepassing is kan ertoe leiden dat de opzegging niet rechtsgel-

dig of en/of kan leiden tot schadeplichtigheid van de werkgever.

De lijn uit de parlementaire geschiedenis is overgenomen door de rechtspraak. In situaties waarin het voorstelbaar is dat de werkgever niet eerst de loonsanctie toepast, maar direct de eentrapsraket hanteert, blijken rechters terughoudend te zijn om daaraan hun goedkeuring te verbinden, zo blijkt uit de jurisprudentie:

Kantonrechter Zwolle 22 september 2004, ECLI:NL:RB-ZLY:2004:AR2575

Een zieke werkneemster had eenzijdig besloten om voortijdig te stoppen met de door haar behandelend psycholoog voorgeschreven therapie. Vervolgens weigerde ze op aangeven van de bedrijfsarts de therapie te hervatten en ondernam zij geen actie om zich te laten voorzien van een deskundig oordeel omtrent een alternatieve behandeling. Hoewel de kantonrechter oordeelde dat de werkneemster hierdoor haar re-integratieverplichtingen uit art. 7:660a BW had geschonden en het zeer begrijpelijk was dat de werkgever, mede als gevolg van een moeizame arbeidsrelatie, vrijwel gelijktijdig met het toepassen van de loonsanctie ook een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst had ingediend, kon dit de werkgever toch niet baten.

Uit deze uitspraken wordt dan ook niet duidelijk wanneer er sprake is van 'bijzondere omstandigheden' die een beëindiging van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigen zonder dat er eerst een loonsanctie heeft plaatsgevonden. Tijdens de parlementaire behandeling heeft de regering opgemerkt dat een dergelijke situatie zich kan voordoen als een werknemer herhaaldelijk is gemaand om mee te werken aan zijn re-integratie, maar desondanks er blijk van geeft daar absoluut geen boodschap aan te hebben.

6.4 Ontslag op staande voet

Deze door de regering geschetste situatie roept vervolgens de vraag op in welke gevallen de werkgever de werknemer op staande voet kan ontslaan als hij weigert mee te werken aan zijn re-integratie. In de praktijk hebben werkgevers immers niet altijd het geduld met weigerachtige werknemers die de wetgever eigenlijk van hen verwacht. Zeker als werkgever en werknemer al eerder onenigheid met elkaar hebben gehad kan, als een werknemer weigert de aangeboden passende arbeid te verrichten, voor de werkgever de maat vol zijn en zal zij tot ontslag op staande voet willen overgaan.

Uit de parlementaire geschiedenis en uit vaste jurisprudentie van de Hoge

Raad blijkt dat het niet naleven van controlevoorschriften door de werknemer op zichzelf niet kan leiden tot een ontslag op staande voet, maar dat het opschorten van het loon de toepasselijke sanctie is. Slechts in geval van bijkomende (bijzondere?) omstandigheden, zoals het na een laatste schriftelijke waarschuwing opnieuw schenden van de controlevoorschriften, kan aan het opschorten van het loon worden voorbijgegaan en is een ontslag op staande voet gerechtvaardigd.

TK II, 1995-1996, 24439, nr. 3, p. 60

“De sanctie op overtreding van de voorschriften van het derde lid is, dat de werknemer zijn recht op loondoorbetaling verliest. Deze sanctie is voldoende afschrikwekkend om te waarborgen dat de werknemer zijn eigen re-integratie serieus oppakt. Verdergaande sancties zijn niet nodig. In het bijzonder laat het wetsvoorstel niet toe de werkgever de werknemer die andere passende arbeid dan de bedongen arbeid weigert, op staande voet ontslaat.”

Hoge Raad, 8 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9549 Vixia/Gerits

“Blijkens de totstandkomingsgeschiedenis van de Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte (Stb. 1996, 134), waarbij art. 7:629 lid 5 (thans lid 6) werd ingevoerd, is het de bedoeling van de wetgever geweest aan het niet-naleven van controlevoorschriften als waarvan hier sprake is, slechts de in die bepaling opgenomen sanctie te verbinden. Deze binden de werknemer niet in die zin dat hij rechtstreeks gedwongen kan worden de voorschriften na te leven; zo kan de werknemer te allen tijde weigeren zich te doen controleren. De werkgever kan aan zo'n weigering echter consequenties verbinden in de sfeer van de loondoorbetaling. Dat sluit evenwel de mogelijkheid niet uit dat de niet-naleving van de bedoelde voorschriften gepaard gaat met andere feiten en omstandigheden die, in onderlinge samenhang, wel het oordeel wettigen dat een dringende reden in de zin van art. 7:677 lid 1 aanwezig is.”

Uit de lagere rechtspraak zijn voorbeelden te vinden waaruit blijkt dat er sprake is van bijkomende omstandigheden:

Gerechtshof Den Haag 11 december 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:-BY6323

Zo de wetgever al exclusiviteit beoogde van de sanctie van art. 7:629 lid 3 sub c BW in geval van herhaalde werkweigering, geldt deze niet (zonder meer) in een situatie als de onderhavige waarin veel meer aan

de hand is dan - sec - de vraag of de herhaaldelijk geweigerde arbeid al dan niet passend is. In onderhavig geval kan de dringende reden niet worden verengd tot het herhaaldelijk weigeren van passende arbeid.

Rechtbank Limburg, 27 februari 2014 ECLI:NL:RBLIM:2014:1841

“Het niet naleven van controlevoorschriften en niet meewerken aan re-integratieverplichtingen in onderling verband en samenhang bezien met de bijkomende omstandigheden, te weten het verzwijgen en ontkennen van het verrichten van nevenwerkzaamheden tijdens arbeidsongeschiktheid, het verstrekken van onjuiste en leugenachtige informatie, de inhoud van de door werknemer aan werkgever verstuurde e-mail en het verzwijgen van de intrekking van de vergunning om als portier/beveiligder te mogen werken, rechtvaardigen ontbinding wegens een dringende reden.”

Rechtbank Rotterdam, kantonrechter, 13 augustus 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7346

“Uit vaste rechtspraak volgt dat in geval van belemmering van de re-integratie (eerst) een loonsanctie aangewezen is. Bijkomende omstandigheden kunnen alsnog het oordeel wettigen dat een dringende reden voor ontslag aanwezig is. Daarvan is hier sprake. Het gaat hier niet enkel om een weigering van de werkneemster om de passende arbeid te verrichten, maar ook om het zonder voorafgaand bericht stelselmatig niet op het werk verschijnen. In veel van die gevallen is zij aanzienlijke tijd onbereikbaar geweest, waardoor het vaststellen van een (medische) reden voor haar afwezigheid op die momenten niet mogelijk is geweest. De eerdere loonsancties en uitdrukkelijke waarschuwingen hebben kennelijk geen effect gehad. Onder deze omstandigheden is ontbinding wegens een dringende reden gerechtvaardigd.”

Omdat de werknemer, die passende arbeid verricht krachtens art. 7:629 lid 3 onder c BW nog steeds ziek is, geldt ook nog steeds de ontslagbescherming. Is de werknemer weer hersteld van zijn ziekte dan kan hij weer de vroeger verrichte bedongen arbeid opeisen en zou hij, indien die arbeid hem wordt geweigerd aanspraak kunnen maken op het bedongen loon.

Gerechtshof Den Bosch 6 oktober 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BQ4330

Het gaat om de vraag of een (voor het eigen werk) arbeidsongeschikte werkneemster zonder redelijke grond geweigerd heeft om passende werkzaamheden te verrichten. Volgens werkneemster was sprake van een, door de werkgever veroorzaakte, onwerkbaar situatie waardoor

zij bedoelde werkzaamheden niet kon uitvoeren. Het hof oordeelt, dat werkneemster (...) in staat moest worden geacht de aangeboden aan- gepaste werkzaamheden te verrichten. Het oordeel van UWV wordt buiten beschouwing gelaten, omdat, gelet op de beslissing van het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg, de desbetreffende verzekeringsarts het onderzoek van werkneemster niet naar behoren heeft verricht. Gelet op die omstandigheden komt de werkneemster geen beroep toe op het opzegverbod.

6.5 Weigeringsgronden

Juist in ontslagzaken, waarin de zieke werknemer een beroep doet op het opzegverbod tijdens ziekte, komt regelmatig aan de orde of de werknemer een rechtvaardiging had om niet mee te werken aan de aangeboden pas- sende arbeid of aan andere re-integratieverplichtingen.

Kantonrechter Maastricht, 23 april 2004, ECLI:NL:RB- MAA:2004:AO8588

Zo mocht een werknemer zijn deelname aan een outplacementtraject, om zodoende passende arbeid buiten de organisatie van de werkgever te vinden, weigeren, omdat de werkgever hieraan de voorwaarde kop- pelde dat de werknemer op voorhand akkoord diende te gaan met een beëindiging van het dienstverband over uiterlijk zes maanden, onge- acht of hij op dat moment passend werk zou hebben gevonden.

Kantonrechter Harderwijk 22 december 2004, ECLI:NL:RB- ZUT:2004:BG0258

De Kantonrechter oordeelde dat een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer die het verrichten van een andere functie had geweigerd zijn re-integratieplicht niet had geschonden. Volgens de kantonrechter brengt art. 7:658a BW met zich dat de gedeeltelijke vervulling van de oorspronkelijke (bedongen) arbeid voorgaat boven passende arbeid in een andere functie.[De werkgever diende daarom te accepteren dat de werknemer tijdens de re-integratie gedeeltelijk zijn eigen functie bleef vervullen. De kantonrechter merkte daarbij overigens wel op dat van de werknemer een positieve houding kan worden gevegd waar het gaat om voorstellen van de werkgever om de eigen bedongen arbeid flexibel in te vullen.

II. Passende arbeid in particuliere arbeids- ongeschiktheids- verzekeringen

Door: Erik Jan Wervelman

Vragen en opmerkingen over dit hoofdstuk kunt u sturen naar
nvva@arbeidsdeskundigen.nl

INHOUDSOPGAVE

1. Inleiding
2. Specifieke eisen in de AOV praktijk
3. Geduide arbeid theoretisch passend
- 3.1 Geduide arbeid passend, in acht genomen vastgestelde beperkingen
- 3.2 Vacature niet vereist, wel dat functie bestaat
- 3.3 Vroegere arbeid in licht om- en bijscholing
- 3.4 Hoogte van met passende arbeid te genereren inkomen
- 3.5 Verminderde gelegenheid tot verkrijgen van arbeid

1. Inleiding

Het polisblad en de polisvoorwaarden vormen het juridisch kader bij contractafspraken tussen verzekeringnemer en verzekeraar. Daarnaast geldt Titel 7.17 van het Burgerlijk Wetboek, waarin de wettelijke bepalingen met betrekking tot het verzekeringsrecht zijn neergelegd. Er zijn diverse arbeidsongeschiktheidsbegrippen. Zo kan overeengekomen zijn dat het recht op uitkering wordt vastgesteld op basis van het criterium van beroepsarbeidsongeschiktheid of op basis van gangbare arbeid. Daarnaast zijn er zogenaamde UWV-volgende polissen, waarbij verzekeraars niet zelf de mate van arbeidsongeschiktheid bepalen maar eenvoudig het oordeel van UWV volgen.

Dwars door dit onderscheid heen loopt nog een ander fundamenteel verschil, en dat is het wettelijk onderscheid tussen sommen- en schadeverzekeringen. Bij sommenverzekeringen is het onverschillig of en zo ja in hoeverre met de uitkering schade wordt vergoed (art. 7:964 BW). De schadeverzekering daarentegen is de verzekering die strekt tot vergoeding van vermogensschade die de verzekerde zou kunnen lijden (art. 7:944 BW). Om te bepalen om wat voor soort verzekering het gaat zijn alle feiten en achtergronden van belang. Dat wil zeggen dat zowel het acceptatieproces als de wijze van schadebehandeling een rol speelt. Daarbij is met name de rol van het inkomen pregnant. Heeft de verzekeraar daar bij de aanvraag geen navraag naar gedaan, dan zal het inkomen tijdens de looptijd doorgaans ook geen rol spelen en is dus sprake van een sommenverzekering. Heeft verzekeraar daarentegen wel tijdens de aanvraag navraag naar het inkomen gedaan en heeft verzekerde dat ook opgegeven, maar heeft verzekeraar tijdens de looptijd van de verzekering verder niets meer met het inkomen gedaan, dan is in beginsel sprake van een sommenverzekering²³.

Daarnaast komt ook het begrip passende arbeid met grote regelmaat bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen voor. Arbeidsongeschiktheidsverzekeringen die in Nederland in omloop zijn definiëren het begrip passende arbeid doorgaans als volgt:

Werkzaamheden die voor zijn krachten en bekwaamheden zijn berekend en die, gelet op zijn opleiding en vroegere werkzaamheden, in redelijkheid van hem verlangd kunnen worden. Hierbij wordt geen rekening gehouden met een verminderde kans op het verkrijgen van arbeid.

23 Vgl. Hoge Raad 3 oktober 2008, NJ 2009, 80

Uit deze definitie blijkt dat het belangrijk is om te toetsen wat de arbeidscapaciteit van verzekerde is. Richtinggevend zijn de activiteiten die verzekerde met inachtneming van de vastgestelde beperkingen nog kan verrichten. Het begrip inkomen komt in deze definitie niet voor. Zoals we hierna nog zullen zien speelt het inkomen dus, anders dan vaak wordt gedacht geen primair relevante rol. Met name niet indien sprake is van een sommenverzekering.

Nederlandse verzekeraars geven aan deze polisvoorwaarde in de praktijk overigens wel heel verschillend uitleg. Dat komt de rechtszekerheid niet ten goede. Daarom is het belangrijk om inzicht te geven in de huidige stand van rechtspraak en de opvattingen in de literatuur en aan de hand daarvan het begrip passende arbeid meer richting te geven. Daar komt nog bij dat er in Nederland ook polisvoorwaarden in omloop zijn waarin niet de arbeidscapaciteit relevant is, maar de verdien capaciteit. Bij dergelijke polisvoorwaarden is dan leidend wat de verzekerde met inachtneming van de beperkingen nog aan inkomen kan verdienen. Het verschil tussen dat inkomen en het vroegere inkomen bepaalt dan de mate van arbeidsongeschiktheid.

Hier doet zich dus allereerst de vraag voor wat passende arbeid bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen precies is, en wie beoordeelt of bepaalde arbeid als passend voor verzekerde te beschouwen is. Hoe geeft de verzekeringspraktijk vorm aan deze zeer algemene definitie? Er is weinig gepubliceerde jurisprudentie over passende arbeid bij particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Ook de verzekeringsrechtelijke literatuur besteedt weinig aandacht aan het begrip passende arbeid²⁴.

De arbeidsdeskundige stelt vast welke arbeid voor verzekerde passend is. In Nederland bestaan daarover voor arbeidsongeschiktheidsverzekeringen geen algemene regels. Afhankelijk van het vrije beleid van de arbeidsdeskundige (en van de verzekeraar) zal hij deze vraag bijvoorbeeld beantwoorden aan de hand van de CBS Standaard Beroepenclassificatie 1992. Deze was oorspronkelijk onderverdeeld in negen Arbi-niveaus. Tegenwoordig hanteert de praktijk echter zeven niveaus. Arbi-niveaus zijn functieschalen om het aanwezige (fictieve) functiebestand in te delen²⁵. Niveau één is het laagste niveau dat staat voor arbeid die met een opleiding van enkele jaren lager onderwijs kan worden verricht; niveau negen is het

24 Vgl.: E.J. Wervelman, De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering, Deventer: Kluwer, 2009, 2e druk, p. 380 e.v.

25 Vgl. J. Riphagen, De TBA nader beschouwd, SR 1993, p. 243 en volgende

hoogst haalbare niveau en duidt het verrichten van arbeid op academisch niveau aan. Passend is primair het Arbi-niveau waarop verzekerde zélf functioneerde voor het intreden van diens arbeidsongeschiktheid.

2. Specifieke eisen in de AOV-praktijk

Vroegere opleiding en ervaring

De rechter stelt strenge eisen stelt aan het duiden van passende arbeid. Deze moet in ieder geval in de buurt komen van de vroegere opleiding en ervaring van verzekerde. Dat blijkt uit twee arresten. Allereerst uit het arrest van het Hof Den Haag van 9 april 1997²⁶:

‘Met betrekking tot de overige beroepen op de lijst valt het volgende op te merken. Verzekeraar geeft in haar processtukken niet aan, op welke gronden gezegd kan worden dat de opleiding en vroegere werkzaamheden van verzekerde meebrengen dat in redelijkheid van hem gevergd kan worden dat hij een van die beroepen uitoefende. Het Hof is van oordeel, dat aan verzekerde, opgegroeid in het boerenbedrijf en door zijn beperkte opleiding en ervaring vrijwel uitsluitend gericht op rund- en varkensvee, in redelijkheid niet de eis gesteld kan worden dat hij een beroep uitoefent als dat van bewaker, medewerker postkamer, chauffeur bij koeriersdienst of welk van de overige beroepen uit die lijst - of andere van dat niveau - dan ook en is in tegendeel van oordeel dat verzekerde voor die beroepen ongeschikt is. Dit oordeel vindt bevestiging in de indruk, welke het Hof zich ter terechtzitting omtrent verzekerde heeft gevormd.’

De vroegere opleiding en ervaring van verzekerde vormde ook inzet van het arrest dat het Hof Arnhem wees op 29 maart 2005²⁷. De toepasselijke polisvoorwaarden definieerden passende arbeid als de situatie dat:

‘verzekerde rechtstreeks en uitsluitend door medisch vast te stellen gevolgen van ziekte en/of ongeval voor tenminste 25% ongeschikt is om arbeid te verrichten waarbij onder arbeid wordt verstaan (a) het verrichten van werkzaamheden die voor de krachten en bekwaamheden van de verzekerde

26 NJ kort 1997, 36

27 L&S 2005, nr. 4, p. 9-17.

zijn berekend en met het oog op de opleiding en vroegere werkzaamheden in redelijkheid van hem kunnen worden verwacht; (b) de gebruikelijke tot een huishouding behorende werkzaamheden (...)'.

Ter beantwoording van de vraag welke arbeid binnen dat bestek passend was te achten, nam het Hof Arnhem in aanmerking:

- de opleiding van verzekerde (geboren in 1945) bestaat alleen uit lager onderwijs. Daarna heeft zij geen enkele voortgezette opleiding voltooid;
- tijdens het zelfstandig ondernemerschap heeft zij sporadisch cursussen gevolgd;
- verzekerde bezit het rijbewijs B-E; het destijds voor het zelfstandig ondernemerschap vereiste middenstandsdiploma had haar echtgenoot ingebracht;
- tot haar 21^e heeft verzekerde haar invalide ouders verzorgd. Zij heeft gedurende drie jaar halve dagen gewerkt in een kunstnijverheidswinkel. Daarna is zij op 24-jarige leeftijd fulltime gaan werken in een parfumeriewinkel;
- op 27-jarige leeftijd is verzekerde gehuwd; tot haar 37-ste levensjaar heeft zij volledig voor het huishouden gezorgd;
- in 1982 is zij als zelfstandig ondernemer met de kaas- en notenwinkel gestart.

In feite had verzekerde alleen de lagere school doorlopen. Een redelijke uitleg van de betreffende polisvoorwaarden bracht dan ook volgens het Hof met zich mee dat verzekerde:

‘er redelijkerwijs vanuit mocht gaan dat zij, met het oog op haar opleiding en vroegere werkzaamheden, enkel verkoopwerkzaamheden of soortgelijke werkzaamheden hoeft te verrichten.’

Het Hof stelde vast dat de andere beroepen die verzekerde volgens de arbeidsdeskundige nog zou kunnen verrichten, volgens de beschrijving gedurende de gehele werkdag zittend dienden plaats te vinden. Verzekerde kon gedurende ten hoogste een half uur per werkdag staan en lopen (ten hoogste) vijf minuten aaneengesloten. Die beperkingen verdroegen zich volgens het Hof met geen enkele redelijke functie van verkoopster in een winkel. Het Hof achtte algemeen bekend dat daarmee langere (aaneengesloten) tijden van staan en lopen waren gemoeid, waarvoor verzekerde volledig arbeidsongeschikt geacht werd.

3. Geduide arbeid theoretisch passend

Ter beantwoording van de vraag of de arbeid passend is, is niet zozeer de praktische beschikbaarheid van de arbeid relevant, maar gaat het erom of deze voor verzekerde objectief passend is. Het gaat om de duiding van de arbeid. Dat blijkt uit een vonnis van de Rechtbank te Den Haag. In hoger beroep werd de uitspraak bekrachtigd door het Gerechtshof te Den Haag²⁸. Verzekerde was veehouder en raakte gedeeltelijk arbeidsongeschikt door rugklachten. Verzekeraar weigerde een uitkering te verstrekken, omdat zij van oordeel was dat vele passende functies denkbaar waren die verzekerde - met inachtneming van zijn lichamelijke beperkingen - nog kon verrichten. Die functies waren volgens haar berekend voor diens krachten en bekwaamheden als bedoeld in de polis. Daarbij kwam nog dat die functies met het oog op zijn opleiding en vroegere werkzaamheden in de agrarische sector tevens in redelijkheid van hem verlangd konden worden, aldus verzekeraar. Meer specifiek noemde zij daarbij de functie van dierenverzorger bij een kinderboerderij of dierentuin. Verzekerde nam met dat besluit geen genoegen en startte een gerechtelijke procedure. Op zich waren er naar zijn mening inderdaad vele functies denkbaar die hij met zijn lichamelijke beperkingen nog kon verrichten en die dus berekend waren op zijn krachten en bekwaamheden en die met het oog op zijn opleiding en vroegere werkzaamheden in de agrarische sector in de regel en in redelijkheid van hem verlangd konden worden. Dat nam echter niet weg dat hij het niet-toekennen van een uitkering in strijd achtte met de redelijkheid en billijkheid. Verzekerde beriep zich daartoe op de bijzondere omstandigheden dat hij slechts gedeeltelijk arbeidsongeschikt was en dat hij een zelfstandige, niet in loondienstverband werkzame ondernemer was. Zowel in eerste aanleg, als in hoger beroep, ving verzekerde bot. De Rechtbank ontkende het bestaan van dat criterium door te overwegen dat:

‘aldus wordt (...) een element toegevoegd waarin de arbeidsongeschiktheid kan worden gerelateerd aan het huidige beroep van betrokkene, dat wil zeggen het beroep dat deze uitoefende op het moment dat hij arbeidsongeschikt werd. Dit nu is, behalve de tekst (...), niet te rijmen met het systeem van de voorwaarden, waar immers uitsluitend (...) is voorzien in een uitkering bij arbeidsongeschiktheid tot uitoefening van het eigen, in het polisblad omschreven, beroep’.

Het ging dus niet om de specifieke situatie van de verzekerde zelf, maar om

28 Rb. Den Haag 27 maart 1991 en Gerechtshof Den Haag 16 maart 1993, beide NJ 1994, 284.

een theoretische beoordeling of er in relatie tot de stand van de arbeidsmarkt werkzaamheden bestonden die van verzekerde met het oog op zijn opleiding en vroegere werkzaamheden in de regel en in redelijkheid verlangd konden worden. Het Hof was het daarmee eens.

3.1 Geduide arbeid passend, in achtgenomen de vastgestelde beperkingen

Bij beantwoording van de vraag of - en zo ja in hoeverre - verzekerde in staat is om passende arbeid te kunnen verrichten, staat centraal welke werkzaamheden verzekerde krachtens de geduide beperkingen nog geacht wordt te kunnen verrichten. Zoals we hiervoor hebben gezien moet de arbeidsdeskundige grote terughoudendheid betrachten met vergelijkingen uit rechtspraak in de sociale zekerheid. Alleen was het alleen al om de forse verschillen in toetsingscriteria. Niettemin zijn twee uitspraken van de Centrale Raad van Beroep²⁹ illustratief. En dan met name omdat het gaat om de beeldende beperkingen. Een wel zeer bijzondere beperking leidde tot de beslissing van de Centrale Raad van Beroep van 19 april 2005³⁰. Betrokkene leed aan een ongedifferentieerde somatoforme stoornis die zich uitte in vermoeidheid en veelvuldige oprispingen. Naar het oordeel van de geraadpleegde medici was sprake van een ernstige sociaal invaliderende aandoening, ook al gezien de frequentie van het boeren. Op grond daarvan was de Raad van oordeel dat er geen representatieve functies mochten worden geduid, maar ook dat van de te duiden functies mocht worden geëist dat door de door betrokkene geproduceerde geluiden voor haar collega's niet hoorbaar zouden zijn. Dat laatste doordat betrokkene contact met haar collega's zou moeten kunnen vermijden of doordat contact met collega's niet of nauwelijks voorkwam. In een andere zaak die leidde tot de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 17 december 2004³¹ stond onvoldoende vast dat UWV had onderzocht of de geduide functies voldeden aan de door de verzekeringsarts gestelde voorwaarden dat betrokkene de mogelijkheid moest hebben om zich zo nodig te kunnen katheteriseren. Er moest dus een toilet in de directe omgeving van de werkplek aanwezig zijn. Bovendien moest betrokkene in de geduide functies de mogelijkheid

29 Doorgaans bepalen de polisvoorwaarden immers dat verzekeraars zelf onderzoek doen naar arbeidsongeschiktheid, zodat zij - wat dat betreft - niet gebonden zijn aan het oordeel van UWV. Vgl. Hof Den Bosch 24 april 2012, RAV 2012, 80 en Rb. Utrecht 16 juni 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM8095. Dat ligt vanzelfsprekend anders bij zg. WIA-volgende polissen, waarbij verzekeraars wel het oordeel van UWV volgen ter vaststelling van het recht op uitkering krachtens de polis. Zie in gelijke zin ook: Geschillencommissie KiFiD 26 oktober 2010 (2010 / 184) t.k.u.: www.kifid.nl.

30 RSV 2005, 180

31 ECLI:NL:CRVB:2004:AR 8160

hebben om dat toilet altijd te kunnen bezoeken. Niet denkbeeldig is dat de uitkomst van een beoordeling krachtens de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering soortgelijk zou zijn, maar dat neemt niet weg dat de medische beoordeling niet een op een is over te nemen uit de sociale zekerheidswetgeving.

3.2 Vacature is niet vereist, wel dat functie bestaat

Bij de beoordeling van de vraag of de geduide functie passend is, is niet van belang of daarvoor ook daadwerkelijk vacatures bestaan. Dat blijkt uit de in vrijwel alle polissen gehanteerde zinsnede:

‘Bij het aldus vaststellen van de mate van arbeidsongeschiktheid zal geen rekening worden gehouden met verminderde gelegenheid tot het verkrijgen van arbeid’.

Het gaat dus in beginsel slechts om een theoretische beoordeling, oftewel om het kunnen duiden van passende functies. Toch stelt de jurisprudentie grenzen. Alhoewel de functie niet vacant hoeft te zijn, moet de geduide (passende) functie wel daadwerkelijk bestaan³². Verzekerde, van beroep zelfstandig bloembollenkweker, meldde zich arbeidsongeschikt wegens rugklachten. Gedurende enige tijd verstrekte verzekeraar uitkeringen krachtens de polis en gaf vervolgens opdracht tot een orthopedische expertise waaruit bleek:

‘Ik vermoed dat deze man blijvend rugklachten zal houden bij zware arbeid (...) Patiënt is dus arbeidsongeschikt voor zware arbeid. Voor lichte werkzaamheden is hij volledig arbeidsgeschikt’.

Naar aanleiding daarvan achtte verzekeraar de volgende functies passend: coördinator / voorman / chef in een bollen verwerkend inkoop- of exportbedrijf, gewasvoorlichter (bollensector), binnenverkoper bij agrarisch mechanisatiebedrijf, buitenverkoper bij agrarisch mechanisatiebedrijf, verkoper gewaszaad, verkoper bestrijdingsmiddelen of milieucontroleur. Verzekerde was het daarmee niet eens en stelde dat de geduide functies niet bestonden. Verzekeraar ontkende dat en stelde daar bovendien nog tegenover dat dat ter beoordeling van de mate van arbeidsongeschiktheid in het kader van passende arbeid ook niet hoefde. De Rechtbank deelde dat standpunt niet, maar overwoog dat:

32

Rb. Utrecht 4 maart 1992, zaaknummer 02.20.916/90 (niet gepubliceerd)

‘wel degelijk de eis mocht en mag worden gesteld dat de passende functies die voor de verzekerde geduid worden gangbaar zijn, dus dat deze arbeidsplaatsen vertegenwoordigen’.

3.3 Vroegere arbeid in licht om- en bijscholing

Afhankelijk van de redactie van de toepasselijke polisvoorwaarden, kan van verzekerde in meer of mindere mate worden gevergd dat hij zich laat om- of bijscholen om daardoor de als passend geduide arbeid te kunnen (gaan) verrichten. Er zijn polissen in omloop, waarin een dergelijke verplichting van verzekerde met zoveel woorden is vastgelegd:

‘Verzekerde is verplicht ingeval van arbeidsongeschiktheid op verzoek van verzekeraar medewerking te verlenen aan her- of omscholing’.

Maar zelfs indien daarover niets concreets is geregeld, zou een dergelijke verplichting worden afgeleid uit de redelijkheid en billijkheid die partijen jegens elkaar in acht dienen te nemen bij de uitvoering van de verzekeringsovereenkomst (artikel 6:248 BW). Bepalend is dan of de invulling van de gewenste om- of bijscholing in redelijkheid van verzekerde mag worden verwacht. Dat geldt dan vooral als verzekeraar verzekerde daartoe gedurende enige tijd in de gelegenheid stelt en bereid is om de daarmee gepaard gaande kosten voor zijn rekening te nemen.

In lijn daarmee ligt de vraag of als passend mag worden geduid, arbeid waarvan te verwachten is dat verzekerde die zal kunnen gaan uitoefenen na omscholing of bijscholing. Daarop hebben twee niet gepubliceerde uitspraken betrekking. Allereerst een vonnis van de Rechtbank Utrecht³³ waarin zij overwoog:

‘De stelling van (...) dat de functie van hygiëne-inspecteur voor hem niet geschikt is, omdat hij daarvoor over een aantal diploma’s moet beschikken, kan hem evenmin baten, reeds gezien het door (...) vergunde tijdsverloop. Het is niet gesteld of gebleken dat (...) zo hij voor die functie over externe diploma’s zou dienen te beschikken, die diploma’s niet of niet tijdig had kunnen behalen dan wel dat die opleiding, met het oog op zijn opleiding in de zin van artikel 2434 van de polisvoorwaarden, in

33 Rb. Utrecht 13 januari 1993, rolno. 5284/91-73 [n.g.]

34 Artikel 24 van de toepasselijke polis luidde letterlijk: Arbeidsongeschiktheid is aanwezig indien de verzekerde rechtstreeks en uitsluitend door medisch vast te stellen gevolgen van ziekte en / of ongeval voor tenminste 25% ongeschikt is tot het verrichten van werkzaam-

redelijkheid niet van hem kan worden verwacht. Verzekeraar was dus gerechtigd de uitkering te staken.'

Daar kwam nog bij dat verzekeraar:

'zulks op een voldoende zorgvuldige manier heeft gedaan, door de uitkering pas na verloop van tijd geleidelijk af te bouwen en (...) daarvan in een vroeg stadium op de hoogte te stellen, zodat hij zich daarop in kon stellen alsmede in die richting initiatieven kon ontplooiën.

Het duiden van passende arbeid van beroepen die verzekerde na omscholing met inachtneming van de vastgestelde beperkingen zou kunnen gaan uitoefenen speelde ook een rol van betekenis in een vonnis van de Rechtbank Utrecht van 22 januari 1997. De beslissing werd in hoger beroep bekrachtigd door het Gerechtshof Amsterdam bij arrest van 18 juni 1998³⁵.

Een fysiotherapeut had een drietal arbeidsongeschiktheidsverzekeringen afgesloten bij verzekeraar, te weten een tweetal langlopende en een driejaars polis. Ingevolge artikel 2.1 van alle polisvoorwaarden werd arbeidsongeschiktheid aanwezig geacht:

indien de verzekerde als rechtstreeks gevolg van ziekte (...) naar medisch oordeel geheel of gedeeltelijk ongeschikt is om arbeid te verrichten, waarbij onder arbeid wordt verstaan:

- 1.1 de werkzaamheden verbonden aan het in de polis omschreven beroep (...);
- 1.2 de werkzaamheden waartoe verzekerde naar medisch oordeel en in aanmerking genomen zijn opleiding en maatschappelijke positie in staat moet worden geacht. Dit begrip geldt eerst zodra de verzekerde binnen een aaneengesloten periode van 1100 dagen tenminste 730 dagen ongeschikt is geweest om arbeid als bedoeld onder 2.2 te verrichten

Verzekerde meldde zich bij verzekeraar op 8 april 1993 volledig arbeidsongeschikt voor zijn werkzaamheden als fysiotherapeut ten gevolge van een fractuur van zijn rechterhand. In juni / juli 1993 kreeg verzekerde tevens nek- en schouderklachten, waarna bij hem als diagnose amyotrofische

heden die voor zijn krachten en bekwaamheden zijn berekend en die met het oog op zijn opleiding en vroegere werkzaamheden in redelijkheid van hem kunnen worden verwacht. Bij het aldus vaststellen van de mate van arbeidsongeschiktheid zal geen rekening worden gehouden met verminderde gelegenheid tot het verkrijgen van arbeid.

schouderneuritis werd gesteld. Uiteindelijk blijkt de functie van de rechterarm van verzekerde blijvend te zijn beperkt. Nadat het zich omstreeks medio juni 1994 liet aanzien dat verzekerde volledig arbeidsongeschikt zou blijven voor zijn beroep als fysiotherapeut, startte verzekerde in september 1994 met een opleiding om zijn kansen op de arbeidsmarkt te vergroten. Gedurende de eerste 700 dagen arbeidsongeschiktheid ontving verzekerde een uitkering op basis van 100% arbeidsongeschiktheid. Met de Rubriek-B in zicht, verzocht de medisch adviseur in oktober 1994 eerst een revalidatiearts om verzekerde te onderzoeken, waarna en naar aanleiding waarvan, hij vervolgens opdracht gaf tot het verrichten van arbeidsdeskundig onderzoek. De arbeidsdeskundige schatte de mate van arbeidsongeschiktheid voor het eigen beroep op 100%. Die voor passende arbeid binnen, dan wel buiten de fysiotherapiepraktijk, schatte zij echter op nihil. Daarbij gaf de arbeidsdeskundige tien beroepen op die verzekerde, met inachtneming van de geduide beperkingen, nog zou kunnen uitoefenen. Vijf van die functies in het geval verzekerde de opleiding nog niet zou hebben voltooid, en vijf functies in de situatie dat hij de opleiding wél zou hebben voltooid. Naar aanleiding daarvan beëindigde verzekerde de uitkeringen krachtens de polis per 8 april 1995. Verzekerde was het met dat besluit niet eens en sprak verzekerde in rechte aan. De Rechtbank stelde verzekerde evenwel in het gelijk door te overwegen dat:

‘Volgens artikel 2.3. van de polisvoorwaarden dient verzekerde bij het vaststellen van de mate van arbeidsongeschiktheid van verzekerde onder meer te onderzoeken welke werkzaamheden verzekerde naar medisch oordeel zou kunnen verrichten. Vast staat dat verzekerde heeft laten onderzoeken door een revalidatiearts en vervolgens door een arbeidsdeskundige. Een onderzoek door de arbeidsdeskundige aan de hand van door een medicus vastgestelde beperkingen valt ook onder het begrip medisch oordeel als bedoeld in artikel 2.3. van de polisvoorwaarden.

Voorts is naar het oordeel van de Rechtbank ten aanzien van de beroepen die volgens de arbeidsdeskundige geschikt voor verzekerde zouden kunnen zijn in de situatie dat hij de opleiding nog niet heeft voltooid (voldoende) duidelijk wat deze beroepen inhouden, terwijl hetzelfde geldt ten aanzien van de vijf functies waarvoor verzekerde in aanmerking zou kunnen komen na beëindiging van de opleiding. Overigens had verzekerde omtrent de inhoud van de functies nadere informatie kunnen vragen aan de arbeidsdeskundige. Niet is gesteld of gebleken dat verzekerde dit heeft gedaan. Verzekerde heeft voorts tevergeefs aangevoerd dat de arbeidsdeskundige had moeten opgeven hoeveel banen voor hem beschikbaar zijn en haar standpunt omtrent het te verwerven inkomen nader had moeten staven.’

Ook met de afwijzing door de Rechtbank nam verzekerde geen genoegen

en ging in appel. Echter wees ook in hoger beroep het Hof zijn vordering af, door met zoveel woorden te overwegen dat:

‘anders dan verzekerde stelt, is het voren omschreven arbeidsongeschiktheidsbegrip immers voldoende duidelijk, zowel wat de omschrijving daarvan in de polisvoorwaarden betreft, als wat betreft de feitelijke toepassing ervan in de praktijk. Zulks gezien de adequate handelwijze die verzekeraar in dit verband heeft gevolgd, te weten een medisch beperkingenonderzoek van verzekerde en een daarop gebaseerd arbeidsdeskundig onderzoek waarbij die beperkingen in verband zijn gebracht met de arbeidsdeskundige eisen, verbonden aan de werkzaamheden waartoe verzekerde - zijn opleiding en maatschappelijke positie in aanmerking genomen - in staat moet worden geacht’.

Er zijn overigens wel grenzen aan de duur van het omscholingstraject. In zijn arrest van 15 april 2014 heeft het Hof Den Bosch³⁶ deze omscholingsbeperkt, in die zin dat van verzekerde niet verlangd mag worden een opleiding te volgen die langer duurt dan zes maanden.

3.4 Hoogte van met passende arbeid te genereren inkomen

De vraag rijst of het inkomen dat met passende arbeid te verdienen is invloed heeft op de passendheid van die arbeid. En zo ja, in welke mate dat dan het geval is. Zoals we hiervoor hebben gezien speelt het inkomen bij polisvoorwaarden die uitgaan van arbeidscapaciteit in beginsel geen rol. Het begrip inkomen is immers niet in de polisvoorwaarden opgenomen. Dat was ook de opvatting van de Hoge Raad in zijn arrest van 24 maart 1995³⁷. Verzekerde had van 1979 tot april 1988 als tandarts werkzaamheden uitgeoefend in een eigen praktijk. Met ingang van 1 november 1979 had hij bij verzekeraar enerzijds een langlopende arbeidsongeschiktheidsverzekering en anderzijds een collectieve arbeidsongeschiktheidsverzekering afgesloten. De polisvoorwaarden definieerden in artikel 2 het begrip arbeidsongeschiktheid - voor zover hier relevant - als volgt:

‘Arbeitsongeschiktheid is aanwezig indien de verzekerde als rechtstreeks gevolg van een ziekte of ongeval naar medisch oordeel geheel of gedeeltelijk ongeschikt is om arbeid te verrichten (...)’.

Verzekeraar wenste op enig moment een arbeidsdeskundig onderzoek te laten plaatsvinden. Deze concludeerde bij rapport van 16 februari 1993 dat

³⁶ ECLI:NL:GHSHE:2014:1056

³⁷ NJ 1995, 350

verzekerde volledig arbeidsongeschikt diende te worden beschouwd voor het eigen beroep, maar achtte hem geschikt voor het verrichten van passende arbeid. De arbeidsdeskundige baseerde zijn bevindingen op een rapport van een medisch adviseur die had gesteld dat:

‘de vermoeidheidsklachten van (...) verzekerings-medisch niet werden geobjectiveerd, zodat op dat punt ook geen beperkingen waren op te leggen, waardoor de vermoeidheidsklachten ook geen rol konden spelen bij de vaststelling van het belastbaarheidsprofiel’.

Verzekerde nam daarmee geen genoegen en stapte naar rechter. Uiteindelijk liet ook de Hoge Raad zich uit over de zaak. De Hoge Raad hechtte geen belang aan beantwoording van de vraag of aannemelijk is dat verzekerde met de passende arbeid eenzelfde inkomen zal kunnen gaan genereren als hij zonder arbeidsongeschiktheid verwierf:

‘Niet is aannemelijk gemaakt dat dit voor de door de deskundige (...) opgesomde beroepen niet zou zijn te verwezenlijken. Verzekerde heeft evenmin aannemelijk gemaakt dat de aldaar genoemde beroepen - waaronder tandheelkundig adviseur, teamleider polikliniek algemeen ziekenhuis, beleidsmedewerker NMT - niet in overeenstemming zijn met zijn opleiding en maatschappelijk positie als tandarts in de zin van de verzekeringsvoorwaarden. De enkele omstandigheid dat verzekerde bij uitoefening van een (of meer) van de genoemde beroepen mogelijk minder inkomen uit arbeid zal kunnen verwerven dan hij destijds als zelfstandig gevestigd tandarts deed maakt dat niet anders, nu de toepasselijke verzekeringsvoorwaarden op dit punt niets inhouden.’

De in omloop zijnde polisvoorwaarden voor arbeidsongeschiktheidsverzekeringen bevatten doorgaans geen bepaling over de hoogte van inkomen dat verzekerde met passende arbeid nog moet kunnen verdienen. Dat is ook niet verwonderlijk nu het gaat, zoals ook wel blijkt uit het arrest van de Hoge Raad van 24 maart 1995¹, om beoordeling van de arbeidscapaciteit, en niet de verdien capaciteit van verzekerde. Toch blijkt uit recente lagere jurisprudentie dat het inkomen (in passende arbeid) - via de achterdeur - in ogenschouw wordt genomen ter beantwoording van de vraag of de geduide arbeid passend is. Daarbij gaat het dan wel om het daadwerkelijke inkomen dat verzekerde genereerde voor de arbeidsongeschiktheid en niet bijvoorbeeld om een terugrekening van het verzekerde bedrag naar 100%. Zoals bekend kan slechts doorgaans maximaal 80% van het inkomen worden verzekerd, zodat in de praktijk wel is betoogd dat terugrekening naar 100% zou moeten uitkomen op het inkomen. Dat hoeft in het geheel niet juist te zijn, omdat de verzekeringnemer er bijvoorbeeld voor kan hebben gekozen

om een lager bedrag te verzekeren. Dat staat hem immers geheel vrij. Bovendien is, zeker bij sommenverzekeringen waarvan de hoogte van het bedrag niet behoefte aan te sluiten op geleden schade, bepaald niet gezegd dat het verzekerde bedrag indicatief is voor het daadwerkelijk verdiende inkomen van verzekerde voorafgaand aan het intreden van de arbeidsongeschiktheid (art. 7:964 BW). Bovendien kan er jaren liggen tussen het afsluiten van de verzekering en een intreden van arbeidsongeschiktheid maar behoefte het verzekerde bedrag niet te zijn aangepast. Bij sommenverzekeringen is immers onverschillig of en zo ja in hoeverre met de uitkering schade wordt vergoed. De arbeidsdeskundige zal dus in voorkomend geval navraag naar het voorheen gegeneerde inkomen moeten doen. Het is vervolgens afhankelijk van de inhoud van de toepasselijke polisvoorwaarden op welke wijze het inkomen wordt gedefinieerd. De polisvoorwaarden zijn immers leidend voor de vaststelling daarvan.

Relevant in dit verband is een vonnis van de Rechtbank Den Haag van 28 april 2010², waarin zij voorstelde dat het enkele feit dat aan de door de arbeidsdeskundige als passend aangemerkte functies een lager inkomen is verbonden, op zichzelf onvoldoende is voor het oordeel dat die functies niet voor zijn krachten en bekwaamheden zijn berekend en, gelet op zijn opleiding en vroegere werkzaamheden, van hem kunnen worden verlangd, zoals de polisvoorwaarden vereisten. Dit gold volgens de rechtbank temeer voor de onderhavige verzekering, daar de strekking daarvan is omschreven als periodieke uitkering te verlenen, indien de verzekerde geheel of ten dele arbeidsongeschikt is om te vervolgen:

‘Niettemin kan - zoals ook verzekeraar haar eigen polis opvat - een inkomen, verbonden aan een functie waarvoor krachten en bekwaamheden van verzekerde zijn berekend, zoveel lager liggen dan het inkomen verbonden aan het verzekerde beroep, dat deze functie daardoor, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in redelijkheid niet van verzekerde kan worden verlangd’.

De rechtbank is echter van oordeel dat van een dergelijk inkomensverlies - indien wordt uitgegaan van het door de arbeidsdeskundige berekende maatmanloon van € 625,08 bruto, in elk geval geen sprake is bij de functies telefonist/receptionist, productiemedewerker en conciërge aan welke functies een (door verzekerde niet betwist) (bruto)inkomensverlies is verbonden van respectievelijk 28%, 36% en 38%.

De rechtbank Den Haag wijst overigens expliciet op het arrest van het

Gerechtshof Amsterdam van 16 oktober 1997³⁸, waarin hij, in lijn met de opvatting van de rechtbank, overwoog:

‘Als uitgangspunt heeft te gelden dat het begrip arbeidsongeschiktheid gelet op de formulering van artikel 9 (ongeschikt tot het verrichten van werkzaamheden), ziet op verlies van arbeidscapaciteit, en niet op verlies van verdien capaciteit zoals het geval is bij de AAW. De enkele omstandigheid dat de verzekerde in de aangeduide functies minder verdient dan in zijn oude functie het geval was, is dan ook onvoldoende voor het oordeel dat de aangeduide functies niet voor zijn krachten en bekwaamheden zijn berekend en (¼) met het oog op zijn opleiding en vroegere werkzaamheden in redelijkheid van hem verlangd kunnen worden. Desalniettemin is, gelet op de strekking van de arbeidsongeschiktheidsverzekering, onjuist het standpunt dat in het geheel geen rekening moet worden gehouden met financiële aspecten.’

Om te vervolgen:

‘Artikel 1 van de polisvoorwaarden omschrijft de strekking van de verzekering als volgt: Deze verzekering heeft ten doel uitkering te verstrekken bij derving van inkomen door de verzekerde ten gevolge van zijn arbeidsongeschiktheid. Hiervan uitgaande mag een verzekerde er dan ook - bij gebreke van een andersluidende bepaling in de polisvoorwaarden - redelijkerwijs van uitgaan dat bij de vraag welke werkzaamheden in redelijkheid van hem verlangd kunnen worden met het oog op zijn vroegere werkzaamheden mede rekening wordt gehouden met het inkomen dat hij met die vroegere werkzaamheden verdiende. Een redelijke uitleg van (...) de polisvoorwaarden brengt derhalve mee, dat niet kan worden uitgesloten dat het in de aangeduide functies te verdienen inkomen zodanig laag is in vergelijking met vroeger verdiende inkomen, dat de aangeduide functies in redelijkheid niet in volledige mate kunnen worden aangemerkt als passend. Daarbij valt in zijn algemeenheid niet te zeggen hoe groot de inkomensachteruitgang ten opzichte van de oude situatie moet zijn om te kunnen oordelen dat de aangeduide werkzaamheden in redelijkheid niet van verzekerde verlangd kunnen worden, noch tot welk uitkeringspercentage zulks in voorkomend geval dient te leiden. Een en ander dient beoordeeld te worden aan de hand van de eisen van redelijkheid en billijkheid en is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.’

Verzekerd was een bedrag van (slechts) €6.961,-. Met twee broers was ver-

38 [rolno. 1117/96], te kennen uit Vrb. 1997, p. 122/123. Het arrest is aldaar van commentaar voorzien door K.F.J. Machielsen.

zekerde als metaalbewerker mededirecteur. In de fabriek werkte hij als metaalbewerker en zijn beide broers leidden de onderneming. Tussen de broers werd de winst gelijk verdeeld, dus ieder een derde. Zo ontving verzekerde een bedrag van ruim €5.000,-. Verzekeraar stelde dat ter bepaling van het inkomensaspect bij het duiden van passende arbeid in dit geval moest worden uitgegaan van het krachtens het Rubriek B verzekerde bedrag en niet van het toegekende fors hogere salaris. Verzekerde was het daarmee niet eens en beriep zich onder meer op de circulaire van de Contactcommissie Arbeidsongeschiktheids-, Ziekengeld en Ongevallenverzekering (KAZO) van het Verbond van Verzekeraars van 2 januari 1992. Daarom trent overwoog het Hof:

‘Kennelijk leeft ook binnen de kring van arbeidsongeschiktheidsverzekeraars de opvatting dat inkomenseffecten niet geheel buiten beschouwing kunnen worden gelaten bij de vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid.’

Het standpunt van het Hof verdient bijval, omdat arbeid, voor wat betreft de hoogte van het daarmee te genereren inkomen, eerst als passend te beschouwen is, indien de inkomensachteruitgang die met die passende arbeid ontstaat niet onredelijk te noemen is. Rijst vervolgens wel de vraag hoe groot een dergelijke inkomensachteruitgang dan maximaal mag zijn. In het hiervoor beschreven geval daalde het inkomen van verzekerde met als passend geduide arbeid van ruim €55.000,- per jaar naar ruim € 13.000,- per jaar. Het Hof verwierp het betoog van verzekeraar dat moest worden gekeken naar de hoogte van het verzekerd bedrag en achtte een dergelijke inkomensachteruitgang niet redelijk. De vordering van verzekerde werd dan ook in appèl alsnog toegewezen.

Stelde de KAZO in de jaren zeventig zich (informeel) nog op het standpunt dat een teruggang naar 75% nog als passend te beschouwen was, in de genoemde circulaire uit 1992 heeft zij dat standpunt ingetrokken door haar leden te berichten als volgt:

‘Sommige verzekeraars blijken de 75%-grens op te vatten als een rigide, nadrukkelijk door de KAZO aanbevolen norm voor schadebehandeling. Een dergelijke invulling (...) is echter nimmer de bedoeling van de KAZO geweest. (...) Van geval tot geval dient te worden beoordeeld of het inkomen van een verzekerde gegeven zijn krachten, bekwaamheden, opleiding en werkervaring in theorie nog zou kunnen verwerven een afschatting in het B-rubriek criterium mogelijk maakt. In een aantal schadezaken kan het, ook als het (theoretisch) inkomen in passende arbeid minder is dan 75%

volstrekt redelijk zijn de arbeidsongeschiktheid van verzekerde op basis van dergelijke arbeid te beoordelen en de uitkering aan te passen.’

Zoals hierboven is gebleken, gaat de Rechtbank Den Haag nog veel verder door zelfs een inkomensterugval van maar liefst 38% nog passend te noemen. Overigens had verzekeraar in het hiervoor behandelde arrest nog aangevoerd dat het verzekerde bedrag een rol diende te spelen bij de uitleg van het begrip arbeidsongeschiktheid, met als argument dat natuurlijke personen als verzekerde die met een relatief lage scholing en veel handarbeid een hoog inkomen genereren, feitelijk onverzekerbaar worden. Die stelling kan in redelijkheid geen stand kan houden. Het verzekerde jaarbedrag speelt immers enkel en alleen een rol ter bepaling van de hoogte van de uitkering waarop verzekerde aanspraak maakt en verder niet bij de uitleg van het begrip arbeidsongeschiktheid. Voorts legt de Rechtbank terecht het risico van een (te) algemene formulering van het begrip arbeidsongeschiktheid bij verzekeraar. Immers, indien verzekeraar meent dat bij de schadebehandeling met het vroegere inkomen in het geheel geen rekening moet worden gehouden, dan dient dat duidelijk in de polisvoorwaarden tot uitdrukking te komen.

Met de opkomst van de polissen die dekking bieden tegen beroepsarbeidsongeschiktheid en het daarmee langzamerhand verdwijnen van het begrip passende arbeid in de polisvoorwaarden is overigens te verwachten het verschil tussen de begrippen arbeidscapaciteit en verdien capaciteit aan belang zal gaan inboeten. Zeker ook, nu arbeidsongeschiktheidsverzekeringen doorgaans sommenverzekeringen zijn, waarbij aldus het inkomen in beginsel van ondergeschikte betekenis is³⁹. Het is dan ook op zichzelf aldus ook niet zo verwonderlijk dat de Hoge Raad al in 1995 bepaalde dat het inkomen geen rol van betekenis speelde bij vaststelling van passende arbeid⁴⁰.

3.5 Verminderde gelegenheid tot verkrijgen van arbeid

Doorgaans is bij de beoordeling van de mate van arbeidsongeschiktheid op basis van passende arbeid in de polisvoorwaarden een bepaling opgenomen in de trant van:

‘Bij het aldus vaststellen van de mate van arbeidsongeschiktheid zal geen rekening

39 Vgl. Hoge Raad 3 oktober 2008, NJ 2009, 80

40 Hoge Raad 24 maart 1995, NJ 1995, 350

worden gehouden met de verminderde gelegenheid tot het verkrijgen van arbeid.'

Met deze bepaling is bedoeld dat het gaat om een theoretische beoordeling, waarbij aldus niet van belang is of verzekerde de passende functie ook daadwerkelijk kan betrekken. Deze polisvoorwaarden is recent voorwerp geweest van enkele gerechtelijke procedures. Bespreking verdient aldus het arrest dat het Hof Den Bosch wees op 28 april 2009⁴¹. Verzekeraar betoogde dat, gelet op deze bepaling, geen rekening behoefde te worden gehouden met het feit dat het voor de functies van receptioniste/telefoniste en administratief medewerkster niet goed mogelijk was om het door de verzekeringsgeneeskundige voorgestelde arbeidspatroon werk te vinden. Het Hof dacht daar anders over:

‘Bij de beantwoording van de vraag hoe de bewuste bepaling moet worden uitgelegd, komt het aan op de zin die verzekerde en verzekeraar over en weer in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs aan die bepaling mochten toekennen en op grond van hetgeen zij dienaangaande redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Nu het in dezen gaat om de uitleg van een voorwaarde die deel uitmaakt van de polisvoorwaarden van de arbeidsongeschiktheidsverzekering waarover tussen partijen niet pleegt te worden onderhandeld, is de uitleg daarvan met name afhankelijk van objectieve factoren, zoals de bewoordingen waarin de desbetreffende bepaling is gesteld, gelezen in het licht van de polisvoorwaarden als geheel.’

Volgens het Hof moet het:

‘Wel degelijk gaan om een reële mogelijkheid om die functies onder die voorwaarden uit te kunnen oefenen’. Wat betreft de functies van receptioniste/telefoniste en administratief medewerkster/commerciële functies was deze reële mogelijkheid er volgens hem niet. Aangezien ook uit het door de arbeidsdeskundige verrichte uitgebreide onderzoek bleek dat het arbeidspatroon van 3 uur werken, 2 uur rusten en 3 uur werken bepaald niet reëel was, ging het Hof daaraan dan ook voorbij.

Bij arrest van hetzelfde Hof van 9 maart 2010⁴² voerde verzekerde binnen de eigen onderneming werkzaamheden uit en benutte daardoor haar restcapaciteit. Verzekeraar vond dat het in een dergelijke situatie gebruikelijk was om te blijven uitgaan van het arbeidsongeschiktheidspercentage dat geldt bij het uitvoeren van het werk, ook al is er daarna geen eigen onderneming meer voorhanden. Het Hof deelde dat standpunt niet. De arbeidsdeskundige was tot de conclusie gekomen, dat er voor verzekerde geen passende arbeid was te duiden. Ook niet in de horeca. De mate van arbeids-

41 zaaknummer 103.000.024 (niet gepubliceerd).

42 ECLI:NL:GHSHE:2010:BL9728.

ongeschiktheid was uitsluitend bepaald op 59%, omdat verzekerde op dat moment in de omstandigheid verkeerde dat zij met haar echtgenoot een eigen horecaonderneming dreef, waarin zij na het ongeval aanvankelijk gedeeltelijk heeft kunnen doorwerken. Het Hof overweegt daarover dat, als de feitelijke omstandigheid voor het voorhanden zijn van de eigen onderneming wegvalt, de mate van arbeidsongeschiktheid 100% bedraagt. Een verminderde gelegenheid tot het verkrijgen van arbeid, omdat de arbeidsmarkt zodanig zou zijn dat een op zichzelf passende functie wegens de economische situatie niet te verkrijgen is, doet zich hier in het geheel niet voor, aldus het Hof⁴³.

43 Vgl. omtrent beoordeling van de geschiktheid voor passende arbeid ook: Hof Arnhem 29 maart 2005, L&S 2005/210; Hof Amsterdam 16 oktober 1997, Vrb. 1997, p. 122-123, ook t.k.u. E.J. Wervelman, De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering, Deventer: Kluwer, 2009, p. 398-399 en Rb. Den Haag 28 april 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN9319.

III. Passende arbeid bij letselschade

Door: Erik Jan Wervelman

Vragen en opmerkingen over dit hoofdstuk kunt u sturen naar nvva@arbeidsdeskundigen.nl

Inleiding

Bij de beoordeling van de omvang van de schade kan zich de vraag voordoen of van een letselschadeslachtoffer verwacht mag worden dat hij passende arbeid gaat verrichten.

De grondslag waarop de aansprakelijkheid jegens het slachtoffer rust is doorgaans de onrechtmatige daad⁴⁴. Tussen de aansprakelijke partij en het slachtoffer bestaat in de meeste gevallen immers geen overeenkomst. Dat betekent dan ook dat er ook geen contractuele rechten of plichten van die partijen jegens elkaar bestaan. Dit is een essentieel verschil in vergelijking met bijvoorbeeld de beoordeling van passende arbeid in relatie tot arbeidsovereenkomsten, verzekeringsovereenkomsten of uitkeringen uit hoofde van de sociale zekerheidswetgeving. De juridische grondslag waarop de verplichting tot het (al dan niet) aanvaarden van passende arbeid bij letselschade is gebaseerd, is de zogenoemde *schadebeperkingsplicht*. Dat is de verplichting van de benadeelde om binnen de grenzen van de redelijkheid maatregelen te treffen ter beperking van de schade. Meer dan het redelijke kan niet worden vergegd⁴⁵.

Anders dan in de sociale zekerheidswetgeving, bestaan er voor beoordeling van passende arbeid bij letselschade geen richtlijnen. Deze handleiding is dan ook bedoeld om inzicht te geven in de stand van zaken ten aanzien van literatuur en rechtspraak om arbeidsdeskundigen die opdrachten behandelen in het kader van letselschades handvatten te geven.

44 Voor de volledigheid wordt tevens gewezen op aanspraken uit hoofde van art. 7:658 BW (arbeidsongevallen), 7:611 BW (goed werkgeverschap) of uit medische fouten. Dergelijke vorderingen zijn gebaseerd op wanprestatie. De afwikkeling daarvan is - grosso modo - gebaseerd op hetzelfde systeem of die van onrechtmatige daadsvorderingen.

45 Vgl. Hoge Raad 5 oktober 1979, NJ 1980, 43.

Schade beperkende maatregelen

Het niet nemen van schade beperkende maatregelen is alleen dan aan de benadeelde toe te rekenen, als deze is tekortgeschoten in het nemen van maatregelen die in redelijkheid van hem hadden kunnen worden verlangd. Alleen dan kan bijvoorbeeld ook worden verwacht dat hij andere dan de eigen werkzaamheden gaat verrichten, als dat op grond van de omstandigheden van het geval in redelijkheid van hem kan worden gevergd⁴⁶.

Bij letselschade heeft de aansprakelijke partij de benadeelde in de situatie gebracht waarin hij tot schadebeperking is gehouden. De keuzevrijheid van de benadeelde brengt daardoor, volgens de Hoge Raad, met zich mee dat hij zijn leven in beginsel naar eigen inzicht en wens dient te kunnen inrichten⁴⁷. De literatuur wijst er op dat op basis van deze overweging van de Hoge Raad niet te gemakkelijk kan worden geoordeeld dat de benadeelde andere werkzaamheden dient te gaan verrichten⁴⁸. Er is echter wel een grens. Zo oordeelde het Hof Arnhem bij arrest van 22 mei 2007 dat psychische problematiek weliswaar in de weg kan staan bij het verrichten van de eigen werkzaamheden, maar de benadeelde om onduidelijke redenen geen andere werkzaamheden had verricht⁴⁹. De eigen keuze van benadeelde is aldus niet onbegrensd.

Rechtspraak

Richtinggevend bij beantwoording van de vraag naar de keuzevrijheid is het zogenaamde “Boerenzoon-arrest” van het Hof Amsterdam van 16 maart 1998⁵⁰. Een benadeelde was geboren en getogen op de boerderij en wilde van jongs af aan boer worden. Uit arbeidsdeskundig onderzoek kwam ook naar voren dat hij een zeer sterke affiniteit vertoonde met de vee verzorging. In feite kon hij alleen maar leven in die sfeer. Het ongeval had tot gevolg dat hij blijvend minder geschikt was voor het beroep van boer. Het hof meende dat onder die omstandigheden niet van hem kon worden gevergd dat hij zou kiezen voor een ander beroep dan dat van boer⁵¹.

46 Vgl. M. Opdam, Re-integratie bij letselschade, diss. VU, 2014, p. 129.

47 Vgl. Hoge Raad 14 december 2007, RvdW 2008, 18.

48 Vgl. M. Opdam, 2014, p. 130.

49 L&S 2007, 171.

50 L&S 1999, nr. 1, p. 7 e.v.

51 Vgl. omtrent dit arrest ook Opdam 2014, p. 132 en A.J. Van, Arbeidsre-integratie: een zaak van slachtoffers en hun belangenbehartigers, TVP 2001, p. 80.

Persoonlijke voorkeuren

Ook persoonlijke voorkeuren kunnen in letselschadezaken een rol spelen. Dit kwam aan de orde in een arrest van het Hof Amsterdam. Het Hof besliste in haar arrest van 2 maart 2000⁵² dat de verzekeraar terecht had aangevoerd dat de persoonlijke voorkeuren voor het ongeval met betrekking tot werktijden, woon-werkafstand, type van werk en dergelijke niet ongewijzigd als uitgangspunt konden gelden bij beantwoording van de vraag welke werkzaamheden het slachtoffer redelijkerwijs zou dienen te aanvaarden. Indien er ten gevolge van het ongeval voortdurende beperkingen van de mogelijkheid tot het aanvaarden van werkzaamheden aanwezig zijn, bestaat er voor benadeelde in feite een nieuwe situatie. Die brengt volgens het Hof met zich mee dat van haar mag worden verwacht dat zij, uitgaande van de beperkingen die voortvloeien uit de ongevalsgevolgen, haar persoonlijke voorkeuren tot op zekere hoogte aanpast aan de gewijzigde omstandigheden en de mogelijkheden die zich op de arbeidsmarkt voordoen. Hoe ver dat gaat zal slechts aan de hand van de concrete beperkingen en mogelijkheden kunnen worden bepaald, aldus het Hof.

Verandering van baan?

De schadebeperkingsplicht gaat volgens het Hof Den Haag overigens niet zo ver dat van een slachtoffer kan worden verwacht dat hij een vaste baan die hij nog parttime kan uitoefenen opgeeft voor de onzekerheid van een andere fulltime functie⁵³. Evenmin mag worden verwacht dat de benadeelde gaat verhuizen ten behoeve van een beter betaalde baan⁵⁴. In de zaak die leidde tot het vonnis van de Rechtbank Zutphen van 29 april 2009 was een voetganger aangereden door een auto. Daarbij liep hij een ernstig gecompliceerde fractuur op van het rechteronderbeen, een kneuzing van de hersenen, lever en nieren en drie gebroken ribben. In de periode van anderhalf jaar na het ongeval was hij vijf keer geopereerd aan zijn rechteronderbeen. Gedurende die periode was hij niet in staat om zijn werkzaamheden als huisarts te verrichten. Na aanvankelijk 80-100% arbeidsongeschikt te zijn geacht, hervatte hij sedert medio 1998 zijn werkzaamheden als huisarts gedeeltelijk. Aanvankelijk werkte hij 50% van de normale tijd, vanaf 2000 werkte hij 60%. Medio 2001 heeft hij zijn werkzaamheden op advies van zijn huisarts gestaakt, wel aanvaardde hij later 15 uur per week werkzaam

52 NJ Kort 2000, 32.

53 Vgl. Hof Den Haag 13 mei 2003, NJ 2003, 652.

54 Rechtbank Arnhem 2 juli 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BD7643.

heden als zaalarts. De verzekeraar was van oordeel dat het slachtoffer niet zijn volledige belastbaarheid aanwendde. Hij zou andere functies kunnen vervullen die niet been belastend waren. De rechtbank overwoog daarover:

‘In de situatie waarin iemand door toedoen van een ander letsel oploopt en hij als gevolg daarvan niet meer met de werkzaamheden die hij voor het oplopen van het letsel verrichtte in dezelfde omvang inkomsten kan verdienen maar wel met andere werkzaamheden, rijst de vraag of hij, om te voorkomen dat de mindere inkomsten voor zijn rekening komen, gehouden is om tot het verrichten van die andere werkzaamheden over te gaan. De beantwoording van deze vraag dient te geschieden op de grondslag van de redelijkheid en billijkheid. Bij wat de redelijkheid en billijkheid meebrengen spelen de omstandigheden van het geval een belangrijke rol, in het bijzonder de leeftijd, de genoten opleiding, de aard en duur van de werkzaamheden die voor het letsel werden verrichtten de aard en haalbaarheid van andere werkzaamheden.’

De rechtbank vervolgde dat bij de weging van de omstandigheden de volgende gezichtspunten in aanmerking moesten worden genomen: (i) de benadeelde is tegen zijn wil in de hem nadeel berokkenende positie gebracht door een gebeuren waarvoor een ander aansprakelijk is te houden; (ii) zoals aan een ieder komt ook aan benadeelde in beginsel de vrijheid toe om zijn leven naar eigen inzicht en wens in te richten. Deze gezichtspunten brengen volgens de rechtbank mee dat een zekere mate van terughoudendheid is te betrachten met het trekken van de conclusie dat de benadeelde moet overgaan tot het verrichten van andere werkzaamheden teneinde de schadelast zo veel mogelijk te beperken. Toegespitst op de casus acht de rechtbank van belang dat de voorkeur van de benadeelde uitging naar mensgerichte activiteiten en het ‘echte’ praktijkwerk. Bij die voorkeur passen de werkzaamheden in zijn huidige baan als zaalarts prima, aldus de rechtbank. Mede gelet op zijn leeftijd en het feit dat hij ten gevolge van de praktijkbeëindiging gedurende geruime tijd in een depressie is geraakt, kon van hem niet worden gevergd dat hij in de door verzekeraar bedoelde combinatiefunctie (van medisch adviseur en een functie waarin meer contact met patiënten bestaat) zou gaan werken. Overigens bleek volgens de rechtbank ook nergens uit dat benadeelde daadwerkelijk in een dergelijke functie aangenomen had kunnen worden en in deze functie bovendien meer zou hebben verdiend dan hij in zijn huidige baan deed. Daarbij wees de rechtbank er nog op dat benadeelde gemotiveerd had aangevoerd dat hij twee jaar was bezig geweest met het zoeken van een baan, maar dat dat niet wilde lukken en dat functies als medisch adviseur niet voorhanden waren. In dit verband wees de rechtbank er voorts op dat het

re-integratietraject in overleg met de verzekeraar was gevolgd en de verzekeraar niet eerder twijfel over het traject had geuit. Het ging niet aan eerst nu bezwaar te maken tegen de baan waarvoor benadeelde mede naar aanleiding van dat re-integratietraject had gekozen, aldus de rechtbank.

Terughoudendheid

Een ander voorbeeld van de terughoudendheid is te vinden in de conclusie van de advocaat-generaal voor het arrest dat de Hoge Raad wees op 14 december 2007⁵⁵. De advocaat-generaal geeft het voorbeeld dat die terughoudendheid daarin kan bestaan dat men de benadeelde, bij wie al blijvend restverschijnselen van een ongeval aanwezig zijn, niet gehouden acht andere werkzaamheden op te pakken als de kans reëel is dat de benadeelde er niet in zal slagen die werkzaamheden met succes op te pakken en hij daardoor nog meer verlies van arbeids- en levensvreugde oploopt. In de casus die leidde tot het arrest was benadeelde op het moment van de aanrijding 28 jaar oud en had een voltijdse baan als wijkverpleegkundige. Als gevolg van de aanrijding had zij pijn in de nek en het hoofd met uitstraling naar de rechterarm tot in de vingers. Zij had last van concentratiestoornissen en vermoeidheid. Na enige tijd niet te hebben gewerkt, hervatte zij haar werkzaamheden als wijkverpleegkundige, uiteindelijk voor 24 uur per week. De stelling van verzekeraar dat van haar mocht worden verlangd dat zij ter beperking van haar schade zou veranderen van werkkring en een baan zou zoeken en aanvaarden waarin zij wel op fulltime basis kon functioneren werd door het hof verworpen. De Hoge Raad onderschreef de juistheid van dat oordeel.

Benadeelde moet wel nodige inspanningen verrichten

Zoals gezegd zijn er grenzen. Zo wees de Rechtbank Dordrecht bij vonnis van 18 oktober 2006⁵⁶ de gevorderde schadevergoeding af nu benadeelde zonder goede grond geen passende werkzaamheden verrichtte. In die zaak stond vast dat de benadeelde volledig arbeidsongeschikt moest worden geacht voor het werk dat zij verrichtte ten tijde van het ongeluk. Uitgaande van de vastgestelde beperkingen, het opleidingsniveau en het arbeidsverleden, constateerde de benoemde deskundige dat zij wel in staat zou moeten zijn geweest om vanaf een jaar na het ongeval ander passend werk te verrichten. De voor haar passende baan genereerde een inkomen dat vergelijk-

⁵⁵ RvdW 2008, 18.

⁵⁶ JA 2007, 13.

baar is met dat wat zij ten tijde van het ongeval genoot. De deskundige was dan ook van oordeel dat er geen sprake was van verlies aan verdien capaciteit. De rechtbank nam dat oordeel over, wat tot gevolg had dat de benadeelde de schade die zij als gevolg van het ongeval stelde te hebben geleden door het verlies aan arbeidsinkomen had kunnen voorkomen door andere passende arbeid te aanvaarden. Tussen partijen was in geschil of het haar te verwijten was dat zij geen of onvoldoende andere passende arbeid had gehad na het ongeval. Benadeelde stelde dat haar niets kon worden verweten.

De rechtbank dacht daar anders over. Het is niet aan de aansprakelijke partij, noch aan diens verzekeraar om benadeelde te begeleiden bij het zoeken naar passende arbeid. Het arbeidsre-integratie onderzoek dat op initiatief van de verzekeraar is afgenomen is geheel onverplicht geweest. Het was juist aan benadeelde om de nodige inspanningen te verrichten om ander werk te vinden en te aanvaarden, nu dat van haar blijkens de conclusies van de door de rechtbank benoemde deskundige gevergd kon worden. Tussen partijen stond vast dat zij, afgezien van een kortdurende baan als telefonisch verkoopster, geen andere betaalde baan had gehad na het ongeval. Dat, terwijl volgens de deskundige, voldoende voor haar passende arbeid voorhanden was op een arbeidsmarkt waar het aantal vacatures onophoudelijk steeg. Volgens de deskundige was het aanvankelijk weliswaar niet eenvoudig om aan passend werk te komen, maar achtte hij het na wellicht een periode van werkloosheid wel aannemelijk dat benadeelde daadwerkelijk aan een nieuwe passende baan zou zijn gekomen. Dat zou mede met behulp van re-integratietrainingen die destijds onder meer door UWV werden verzorgd en om- en bijscholing dan wel opleiding kunnen zijn bereikt. Gesteld, noch gebleken was dat zij, afgezien van het arbeidsre-integratie onderzoek, gebruik had gemaakt van enige vorm van bemiddeling voor het vinden van passende arbeid. Integendeel stond juist vast dat zij had aangegeven dat zij op bemiddeling geen prijs stelde, omdat zij vond dat ze niet kon werken. Haar enkele stelling dat zij pogingen tot solliciteren had gedaan, waren verder niet geconcretiseerd en ook niet onderbouwd. De rechtbank achtte dat onvoldoende en ging daaraan voorbij. Volgens de rechtbank had zij kunnen voorkomen dat zij geen inkomsten uit arbeid meer zou genereren. Daarom rustte er op verzekeraar geen schadevergoedingsplicht voor het inkomstenverlies.

Bij deze uitspraak is aan te tekenen dat over het algemeen niet van een benadeelde zal mogen worden verwacht dat hij zich actief opstelt om ander werk te verkrijgen waarop hij gezien de bijzondere omstandigheden van

het geval geen reëel perspectief heeft⁵⁷. Daarbij komt dat een benadeelde slechts ander werk of omscholing dient te aanvaarden voor zover dat in zijn concrete, persoonlijke situatie redelijkerwijs als passend kan worden aangemerkt.

Literatuur

Er zijn diverse relevante omstandigheden uit de literatuur te halen die in acht dienen te worden genomen bij de beantwoording van de vraag of passende arbeid gevegd kan worden. Genoemd wordt de leeftijd, de aanleg en de stand, het arbeidsverleden, de opleiding, de capaciteiten en de eventuele vakkennis. Daarnaast gaat het om het milieu waarin de benadeelde verkeert, zijn levenswijze en zijn persoonlijkheid. Zoals gezegd komt de benadeelde een zekere mate van keuzevrijheid toe⁵⁸.

Keirse geeft in haar commentaar op het vonnis van de Rechtbank Dordrecht van 18 oktober 2006⁵⁹ het voorbeeld van een benadeelde die ten tijde van het ongeval in de top van het ambtelijke apparaat een leidinggevende functie vervulde, waarbij aldus niet kan worden verwacht dat hij folders gaat verzorgen of aan de lopende band gaat staan. Uitersten zijn hier gemakkelijk aan te geven. In het grijze tussengebied komt het aan op een belangenafweging. Wie daar recht wil doen, zal steeds de tijd moeten nemen om de feiten en hun achtergrond te achterhalen.

57 Vgl. Hof Den Bosch 15 oktober 1964, VR 1968, 128; Rechtbank Groningen 14 februari 1975, VR 1978, 62; Rechtbank Arnhem 30 januari 1986, VR 1987, 49.

58 Vgl. A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 1965, p. 408-409; A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht. Over de eigen schuld aan de omvang van de schade*, Deventer: Kluwer 2003, p. 169.

59 JA 2007, 13 met noot A. L.M. Keirse.

IV. Verantwoording

NVvA-Handleiding Omgaan met 'Passende arbeid' in het civielrecht door arbeidsdeskundigen

Auteurs

- Mr. E. J. Wervelman
- Mr. Th. W. J. Wildeboer
- Mr. P. Willems

Verantwoording en werkwijze

De 'Handleiding Omgaan met 'Passende arbeid' in het civielrecht door arbeidsdeskundigen is ontwikkeld door een Werkgroep onder auspiciën van de Nederlandse Vereniging van Arbeidsdeskundigen (NVvA). In 2012 hebben Erwin Audenaerde en Johannes van der Wal hiervoor een bestuurlijke opdracht geschreven en akkoord gekregen van het NVvA-bestuur. De initiële opzet was om meerdere beroepsgroepen bij de handleiding te betrekken. Uiteindelijk is de Werkgroep Passende Arbeid gevormd in de onderstaande samenstelling:

- Frans de Roo, register arbeidsdeskundige (De Roo Arbeidskundig advies), voorzitter
- Frans Hoebink, register arbeidsdeskundige (Frans Hoebink Arbeidskundig bureau)
- Peter Hulsen, register arbeidsdeskundige (Heling en Partners)
- Geriët van de Vis – Meijer, register arbeidsdeskundige (IVA opleiding en training)
- Theo Stokking, register arbeidsdeskundige (Verzuimconsult)
- Erik Jan Wervelman, advocaat (Verschoof Wagenaar Wervelman Advocaten)
- Thom Wildeboer (directeur ontwikkeling Capabel Hogeschool)
- Pascal Willems, advocaat (WVO Advocaten)

De Werkgroep kwam voor het eerst op 26 juni 2012 bijeen voor het bespreken van de opdrachtformulering. De opdracht van de NVVA luidde: *schrijf een praktische handleiding passende arbeid voor de Arbeidsdeskundige en benader het begrip passende arbeid zowel vanuit civielrechtelijke als bestuursrechtelijke optiek.*

Daarna volgden nog zes bijeenkomsten, de laatste op 9 juli 2015. Tijdens

de bijeenkomsten werden de conceptteksten besproken, steeds in relatie tot de arbeidsdeskundige praktijk.

Gaandeweg het project bleek invulling van het sociaal verzekeringsrechtelijk gedeelte in relatie tot 'passende arbeid' niet haalbaar. In overleg met NVvA-bestuursleden Johannes van der Wal en Yvette van Woerkom is de opdracht daarna beperkt tot civiel recht. Daarom is gekozen om de handleiding in eerste instantie te richten op het civiele recht, namelijk 'Passende arbeid in het kader van het Burgerlijk Wetboek' (boek 7), 'private arbeidsongeschiktheidsverzekeringen (AOV)' en 'de letselschadepraktijk'.

De Werkgroep heeft het voornemen de handleiding te zijner tijd aan te vullen met een deel dat ingaat op het sociaal verzekeringsrechtelijk deel indien dit door de NVvA als vervolgoopdracht wordt gevraagd.

De werkgroep blijft in overleg met de NVvA ook in de komende periode actief: nieuwe suggesties of verbeteringen zal ze verwerken in een nieuwe versie.

Teksten

Erik Jan Wervelman, Thom Wildeboer en Pascal Willems schreven de tekst van de handleiding, deels gebaseerd op eerdere publicaties van hen.

Erik Jan Wervelman nam de onderdelen 'AOV' en 'Letselschade' voor zijn rekening.

Thom Wildeboer en Pascal Willems schreven samen het deel 'Passende arbeid in het Burgerlijk Wetboek' waarbij Thom Wildeboer met name de hoofdstukken 1, 3 en 4 voor zijn rekening nam en Pascal Willems de hoofdstukken 2, 5 en 6.

Nijkerk, najaar 2015



***NVVA**

Nederlandse Vereniging
van Arbeidsdeskundigen