



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: Hoge Raad 2011-09-30

Barentsen, B.

Citation

Barentsen, B. (2011). Annotation: Hoge Raad 2011-09-30. *Uitspraken Sociale Zekerheid*, 14, 943-947. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/18348>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/18348>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Ziekte en re-integratie

294

Hoge Raad
30 september 2011, nr. 10/03887, LJN BQ8134
(Numann, Van Buchem-Spapens, Van Oven,
Van Schendel, Streefkerk)
(Concl. A-G Spier)
Noot mr. B. Barentsen

Loondoorbetalingsplicht bij ziekte. Bedongen arbeid.

[BW art. 6:248, 7:629]

Essentie en samenvatting: Het wettelijk stelsel houdt in dat de werkgever in geval van gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van de werknemer enerzijds gehouden is gedurende 104 weken het naar tijdruimte vastgestelde loon binnen de grenzen zoals bepaald in art. 7:629 lid 1 BW te betalen, en anderzijds gedurende die periode de re-integratie van zijn werknemer binnen het eigen bedrijf, dan wel in het bedrijf van een andere werkgever, te bevorderen (art. 7:658a BW).

Dit stelsel brengt mee dat, indien de werknemer als gevolg van de re-integratie andere (passende) werkzaamheden is gaan verrichten, zonder dat de passende arbeid de bedongen arbeid is geworden, en hij na afloop van de periode van 104 weken opnieuw door ziekte uitvalt, de werkgever niet gehouden is (wederom) diens loon door te betalen. Ook art. 6:248 lid 1 BW brengt dat niet mee, omdat dan de samenhang en het evenwicht tussen de bedoelde verplichtingen van de werkgever verstoord zouden worden. Dat dit stelsel voor de werknemer in bedoeld geval ongunstig kan uitpakken, is ook door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid onderkend, 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.

[Eiser], te [woonplaats],
eiser tot cassatie,
advocaat: mr. R.A.A. Duk,
tegen
[Verweerster], te [vestigingsplaats],
verweerster in cassatie,
advocaat: mr. H.H.M. Meijroos.

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

a. het vonnis in de zaak 660607 UV EXPL 09-498 ha van de kantonrechter te Utrecht van 7 december 2009;

b. het arrest in de zaak 200.053.315 van het gerechtshof te Amsterdam, nevenzittingsplaats Arnhem, van 29 juni 2010.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft [eiser] beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit. [Verweerster] heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor [eiser] toegelicht door mr. S.F. Sagel, advocaat te Amsterdam, en voor [verweerster] door mr. F. Damen en mr. C.A.C. Schroeten, beiden advocaat te Amsterdam.

De conclusie van de Advocaat-Generaal J. Spier strekt tot vernietiging en verwijzing.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 1.1-1.11 vermelde feiten. Kort samengevat komen die op het volgende neer.

i. [Eiser] is op 1 januari 1996 in dienst getreden van [verweerster] voor onbepaalde duur. Zijn laatstgenoten salaris bedroeg € 2683,80 per vier weken inclusief prestatietoeslag en WAO-uitkering, te vermeerderen met 8% vakantietoeslag en emolumenten. Op de arbeidsovereenkomst is de algemeen verbindend verklaarde CAO Bouwnijverheid van toepassing.

ii. [Eiser] is op 22 juni 1998 wegens ziekte arbeidsongeschikt geworden. In maart 1999 heeft [eiser] het werk hervat in passend geachte werkzaamheden.

Met ingang van 21 juni 1999 is hem een WAO-uitkering toegekend, berekend naar de arbeidsongeschiktheidsklasse 35–45%. Daarbij is ervan uitgegaan dat de bedongen arbeid 20% slopers- en 80% timmerwerk inhoudt. Voor dit werk is [eiser], rekening houdend met zijn medische beperkingen, ongeschikt geacht.

iii. Door verergering van zijn klachten heeft [eiser], in overleg met [verweerster], vanaf medio oktober 2002 halve dagen gewerkt. Partijen hebben vervolgens afspraken gemaakt over andere door [eiser] te verrichten werkzaamheden. Op 29 april 2003 is daarvan door [verweerster] een – door partijen ondertekende – taakomschrijving opgesteld, waarbij onder andere is vermeld:

“[[Eiser]] voert per dag 4 uur bouwkundige werkzaamheden uit en werkt 4 uur in het magazijn. Incidenteel worden volledige dagen bouwkundige werkzaamheden uitgevoerd als de situatie dit vereist. Hierbij moet gedacht worden aan ongeveer 15 keer per jaar.”

iv. [Eiser] heeft sinds 13 mei 2009 geen werkzaamheden meer verricht voor [verweerster].

v. Bij brief van 26 mei 2009 heeft [verweerster] aan [eiser] meegedeeld dat de doorbetaling van loon is stopgezet vanaf medio mei 2009 wegens ongeoorloofde afwezigheid.

3.2 In dit kort geding vordert [eiser], samengevat, (door)betaling van zijn loon vanaf 20 april 2009 totdat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig zal zijn geëindigd. Zijn vordering is blijkens het vonnis van de kantonrechter gebaseerd op art. 7:629 lid 1 BW, waarbij [eiser] zich op het standpunt stelde dat de door hem in het kader van de re-integratie verrichte passende werkzaamheden zijn gaan gelden als de bedongen arbeid, zodat hij op grond van genoemde wetsbepaling bij zijn in 2009 ingetreden arbeidsongeschiktheid (opnieuw) recht behield op loondoorbetaling. De kantonrechter heeft de vordering op genoemde grondslag toegewezen.

3.3 In hoger beroep heeft het hof de vordering alsnog afgewezen. Daartoe overwoog het dat een wijziging van de door [eiser] verrichte passende arbeid in bedongen arbeid niet expliciet tussen partijen is overeengekomen, terwijl op basis van de stellingen van partijen onvoldoende vaststaat dat [eiser] erop heeft mogen vertrouwen dat de passende arbeid inmiddels moest gelden als de bedongen arbeid (rov. 5.8-5.9). Het beeld over de periode vanaf 2003 is dat de door [verweerster] aangeboden arbeid steeds verder moest worden

aangepast om deelname van [eiser] aan het arbeidsproces bij [verweerster] mogelijk te maken, en aldus is geen situatie ontstaan waarin [eiser] gedurende een niet te korte periode arbeid heeft verricht waarvan de aard en omvang tussen partijen niet ter discussie heeft gestaan (rov. 5.11).

3.4 Volgens het middel heeft het hof miskend dat [eiser] in hoger beroep zijn vordering aldus had aangevuld, dat hij naast de primaire grondslag – die door het hof is verworpen, en tegen welk oordeel in cassatie uitdrukkelijk niet wordt opgekomen – ook een subsidiaire, meer subsidiaire en een uiterst subsidiaire grondslag voor zijn vordering had aangevoerd. Het middel klaagt dat het hof ten onrechte geen aandacht aan die grondslagen van de vordering heeft besteed, zodat de afwijzing van de vordering hetzij blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting (indien het hof heeft geoordeeld dat geen van die grondslagen tot toewijzing van de vordering kan leiden), hetzij onvoldoende gemotiveerd is doordat niet (kenbaar) op die grondslagen is ingegaan en geen redenen voor de afwijzing daarvan zijn vermeld.

3.5 Het middel is in zoverre gegrond dat het hof inderdaad geen aandacht heeft besteed aan de door [eiser] in zijn memorie van antwoord in hoger beroep (alsnog) aangevoerde andere grondslagen voor zijn vordering. Zulks kan evenwel om de volgende redenen niet tot cassatie leiden.

3.6.1 Onderdeel 1 van het middel heeft betrekking op de subsidiaire grondslag, die inhoudt dat [eiser] na zijn uitval in 1998 een of meer keren langer dan vier weken de oorspronkelijk bedongen arbeid van ‘bouwvakhelper’ fulltime heeft verricht, waardoor gelet op art. 7:629 lid 10 BW een nieuw recht op loondoorbetaling bij hernieuwde uitval wegens ziekte is ontstaan. Daarbij heeft [eiser] betoogd dat de werkzaamheden die hij sinds zijn werkhervatting in 1999 heeft verricht, onder de zeer ruime functieomschrijving van bouwvakhelper vallen, en dat hij zowel in de periode van mei 2001 tot eind september 2002, als in de periode van eind april 2003 tot 13 mei 2009, fulltime heeft gewerkt in werkzaamheden behorend bij de functie van bouwvakhelper.

3.6.2 Dit betoog treft geen doel, aangezien het hof – in cassatie onbestreden – in rov. 5.4 heeft vastgesteld dat [eiser] in maart 1999 in het kader van zijn beoogde re-integratie passende werkzaamheden voor [verweerster] is gaan verrichten, die in twee opzichten verschilden van de bedongen ar-

beid: het werk als sloper (dat 20% van de bedongen werkzaamheden uitmaakte) is geheel komen te vervallen en het werk als timmerman (dat 80% van de bedongen werkzaamheden vormde) kon in zijn eigen tempo worden verricht, terwijl [eiser] voorts vanaf medio oktober 2002 wegens verering van zijn klachten de werkzaamheden als timmerman voor halve dagen heeft verricht en vanaf medio maart 2003 verder aangepaste werkzaamheden is gaan verrichten. Een en ander laat geen andere conclusie toe dan dat [eiser] sedert 22 juni 1998 de bedongen arbeid niet meer heeft verricht.

De subsidiaire grondslag kan de vordering dus niet dragen.

3.7.1 Onderdeel 2 ziet op de door [eiser] aangevoerde meer subsidiaire grondslag voor zijn vordering. Betoogd wordt dat art. 7:629, gelet op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid ingevolge art. 6:248 BW, en in het licht van de bedoeling van de wetgever om de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer zoveel mogelijk te re-integreren in het arbeidsproces, niet het door de wetgever niet bedoelde gevolg kan hebben dat een werknemer die na ommekomst van de in art. 7:629 lid 1 opgenomen termijn bijna tien jaren functioneert in andere passende arbeid en vervolgens ook arbeidsongeschikt raakt voor die arbeid, geen aanspraak heeft op loon en ook niet op enige sociale uitkering. Dat geldt eens te meer omdat de werkgever er bewust voor kan kiezen om geen nieuwe arbeidsovereenkomst aan te gaan voor de passende arbeid die door de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer wordt verricht, teneinde onder een hernieuwde loondoorbetalingsverplichting tijdens ziekte uit te komen.

3.7.2 Het wettelijk stelsel houdt op dit punt, kort gezegd, in dat de werkgever in geval van gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van de werknemer enerzijds gehouden is gedurende 104 weken het naar tijdruimte vastgestelde loon binnen de grenzen zoals bepaald in art. 7:629 lid 1 te betalen, en anderzijds gedurende die periode de re-integratie van zijn werknemer binnen het eigen bedrijf, dan wel in het bedrijf van een andere werkgever, te bevorderen (art. 7:658a BW).

Dit stelsel brengt mee dat, indien de werknemer als gevolg van de re-integratie andere (passende) werkzaamheden is gaan verrichten, zonder dat de passende arbeid de bedongen arbeid is geworden, en hij na afloop van de periode van 104 weken opnieuw door ziekte uitvalt, de werkgever niet

gehouden is (wederom) diens loon door te betalen. Ook art. 6:248 lid 1 brengt dat niet mee, omdat dan de samenhang en het evenwicht tussen de bedoelde verplichtingen van de werkgever verstoord zouden worden. 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.

3.7.3 In het licht van het bovenstaande heeft het in onderdeel 2 weergegeven subsidiaire betoog van [eiser] geen succes. Daarbij verdient aanteekening dat het hof in rov. 5.8 en 5.9 (in cassatie onbestreden) heeft vastgesteld dat tussen partijen niet (expliciet) is overeengekomen dat de door [eiser] verrichte passende arbeid als bedongen arbeid is gaan gelden, en dat [eiser] ook niet erop heeft mogen vertrouwen dat zulks het geval is.

3.8.1 Onderdeel 3 doet beroep op het uiterst subsidiair voorgedragen betoog, inhoudende dat [verweerster] op grond van art. 7:628 BW gehouden is het loon door te betalen omdat gedragingen zijdens [verweerster], die in redelijkheid voor haar rekening komen, ertoe hebben geleid dat [eiser] zijn (passende) werkzaamheden niet kon hervatten.

3.8.2 Volgens het onderdeel heeft [eiser] daartoe voor het hof aangevoerd dat het UWV op 16 september 2009 een deskundigenoordeel heeft uitgebracht waaruit blijkt dat [verweerster] onvoldoende meewerkt aan de re-integratie van [eiser] en dat het “kwalijk” is dat [verweerster] het advies dat de bedrijfsarts heeft gegeven om tot een oplossing te geraken, negeert. Deze enkele stelling is echter onvoldoende – mede gelet op de betwisting daarvan door [verweerster] en op de omstandigheid dat het hier gaat om een kortgedingprocedure, waarvan het hof in rov. 5.11 heeft geoordeeld dat deze zich niet voor bewijslevering leent – om tot het oordeel te kunnen leiden dat de arbeidsomstandigheden, door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van [verweerster] als werkgever behoort te komen, voor [eiser] zodanig waren dat van hem, met het oog op (de dreiging van) psychische of lichamelijke klachten, redelijkerwijs niet

kon worden gevegd dat hij zijn aangepaste werkzaamheden zou (blijven) verrichten (vgl. HR 27 juni 2008, LJN BC7669). Het onderdeel treft dus geen doel.

3.9 Onderdeel 4 bouwt voort op de eerdere onderdelen en moet in het lot daarvan delen.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt [eiser] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerster] begroot op € 182,34 aan verschotten en € 2200,= voor salaris.

NOOT

In dit arrest bevestigt de Hoge Raad dat een zieke werknemer die ander passend werk gaat verrichten en na 104 weken ziekte ook voor dat werk uitvalt geen recht heeft op loondoorbetaling bij ziekte. Daarvoor is nodig dat die andere passende werkzaamheden de bedongen arbeid zijn geworden. Ook uit de redelijkheid en billijkheid vloeit geen loondoorbetalingsplicht bij uitval uit passend werk voort, ook al kan de hiervoor weergegeven regel bepaald nadelig uitpakken voor een werknemer. De wetgever is zich van die nadelen bewust geweest bij het vormgeven van het huidige wettelijke stelsel, aldus de Hoge Raad. Dat staat aan 'reparatie' via art. 6:248 BW in de weg.

Een bij de eigen werkgever re-integrerende werknemer is, zo lang zijn arbeidsovereenkomst niet wijzigt, dus maar zeer matig beschermd. Ook de Ziektewet biedt geen soelaas: de werknemer die uitvalt uit niet-bedongen passend werk wordt niet genoemd in art. 29 lid 2 ZW en daarom bestaat er geen recht op (uitbetaling van) ziekgeld. In die bepaling staan de ZW-gerechtigden limitatief opgesomd, zie de uitspraken van CRvB 28 juli 2010, «USZ» 2011/250 en 300 m.nt. Boot. Daarbij verdient wel aantekening dat een werknemer aan wie een WIA-uitkering is toegekend en die doorwerkt bij de eigen werkgever onder de no risk polis van art. 29b lid 4 ZW kan vallen en wél recht op ziekgeld kan hebben. Het probleem dat er geen recht op loondoorbetaling is bij uitval voor passend werk treft dus vooral de zogeheten '35-minners', werknemers die minder dan 35% arbeidsongeschikt zijn en

geen recht op WIA-uitkering hebben. Hun re-integratie, en hun inkomensbescherming, was volgens de parlementaire geschiedenis op de WIA de verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers zelf.

Wil er dus een loondoorbetalingsverplichting ontstaan voor de werkgever, dan zal de arbeidsovereenkomst moeten worden gewijzigd. De passende werkzaamheden moeten worden opgewaardeerd tot de bedongen arbeid, de functie en taken waartoe de werknemer zich in de arbeidsovereenkomst verplicht heeft. In bovenstaand arrest laat de Hoge Raad zich niet uit over de vraag wanneer een dergelijke contractswijziging kan worden aangenomen. Dat de bedongen arbeid niet was gewijzigd, was in cassatie niet bestreden. Wel laat de Hoge Raad 's hofs oordeel in stand dat uit het verrichten van de aangepaste werkzaamheden door de werknemer niet volgt dat hij feitelijk zijn (oorspronkelijke) bedongen arbeid van bouwvakhelper heeft verricht. Tussen die passende werkzaamheden en de bedongen arbeid zit een te groot verschil, ook al omvatten de passende werkzaamheden taken die ook deel uit maakten van de bedongen arbeid.

De lijn in de rechtspraak, waaronder ook het in cassatie bestreden arrest van het gerechtshof Amsterdam (zie «JAR» 2010/230), is dat voor het aannemen van een wijziging van de bedongen arbeid ofwel een uitdrukkelijke afspraak tussen werkgever en werknemer nodig is ofwel wat ik gemakshalve aanduid als een 'stilzwijgende wijziging'.

Het hof beoordeelt die stilzwijgende variant in de sleutel van het gerechtvaardigd vertrouwen van de werknemer dat de (ook) werkgever het contract wilde aanpassen (3:35 BW), zodat die rechtshandeling tot stand komt, hoewel de werkgever dat 'eigenlijk niet wilde'. Een andere benadering is dat voor het aangaan, of wijzigen, van een arbeidsovereenkomst ook niet vereist is dat partijen dat met zoveel woorden, laat staan op schrift, afspreken. Uit het geheel van feitelijke gedragingen van partijen en hetgeen zij over en weer hebben verklaard en redelijkerwijs uit elkaars gedragingen en verklaringen hebben mogen afleiden kan ook voortvloeien dat zij een wijziging zijn overeengekomen. De kantonrechter Utrecht (zie: LJN BK5511) nam aan dat een goed werkgever na verloop van tijd simpelweg de plicht heeft om het contract te wijzigen en

dat hij bij schending van die verplichting moet worden behandeld alsof die wijziging wel had plaatsgevonden.

Wat er van de precieze dogmatische inkadering ook zij, uit de rechtspraak blijkt dat dezelfde factoren een rol spelen bij de beoordeling van het wel of niet gewijzigd zijn van de bedongen arbeid. De duur van het verrichten van de andere werkzaamheden is een zeer belangrijke factor. Hoe langer die is, hoe groter de kans dat die wijziging wordt aangenomen. Uit het arrest van het hof blijkt al dat de duur niet allesbepalend is: de werknemer verrichtte al jarenlang aangepast werk, maar aard en omvang van die werkzaamheden waren al die tijd niet onomstreden. De werkzaamheden waren voor een deel meer arbeidstherapeutisch en werden ook regelmatig aan de wisselende belastbaarheid van de werknemer aangepast. In de uitspraak van 8 maart 2011 («USZ» 2011/86 m.nt. Fruytier) hanteerde de kantonrechter Amersfoort een zelfde toetsingskader: aan de ene kant moet het werk gedurende niet al te korte tijd zijn verricht, aan de andere moeten aard en omvang van dat werk niet continu in discussie zijn tussen partijen. Andere omstandigheden die meewegen zijn onder andere het wel of niet uitgesloten zijn van re-integratie in de oorspronkelijke functie, met welke functiebenaming de werknemer bijvoorbeeld op salarisstroken of in een functioneringsgesprek wordt aangeduid en het bestaan en de portée van schriftelijke afspraken (met het Uvw of de arbodienst) over aanpassing van de functie. Hoewel de rechtspraak de laatste jaren een meer werknemersvriendelijke koers – impliciete contractswijziging en daarmee een loondoorbetalingsplicht worden soms redelijk snel aangenomen – lijkt te varen (zie onder andere «USZ» 2009/164 en 345), komt het aan op een beoordeling van deze en andere individuele omstandigheden om vast te stellen of partijen de bedongen arbeid hebben gewijzigd. Die afweging kan, zo illustreert bovenstaande zaak duidelijk, ook heel wel in het nadeel van de werknemer uitpakken, zelfs als hij al heel lang ander werk doet.

B. Barentsen