

de vervaldata van de nadien vervallen termijnen, tot aan de voldoening;
veroordeelt AH [franchise-ondernemer] tot afgifte van een loonspecificatie voor alle door haar aan [appellant] betaalde loonbedragen;
verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;
wijst af het meer of anders verzochte;
compenseert de proceskosten van de procedure in hoger beroep in die zin dat ieder der partijen de eigen kosten draagt.

8

Vermindering arbeidsduur medische afzaker wegens dwaling vernietigt

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem
25 oktober 2022, nr. 200.308.473
(mr. Van Rossum, mr. Mans, mr. Dil)
Noot mr. M. Faber

Medische afzaker. Dwaling. Loonvordering. Hoogte transitievergoeding.

[WFW art. 2; BW art. 6:228, 7:628, 7:629]

De werknemer vraagt eind september 2018 om vermindering van de arbeidsduur van 40 naar 32 uur, hetgeen de werkgever per 1 oktober 2018 inwilligt. Eerder heeft de werknemer regelmatig verlof gevraagd voor ziekenhuisbezoek. Niet vaststaat of de werknemer bij zijn mondelinge verzoek om aanpassing van de arbeidsduur heeft gezegd dat hij 'moe' is. Op 22 mei 2019 heeft de werknemer zich ziek gemeld. De deskundige van het UWV komt op 20 maart 2020 tot de conclusie dat de werknemer een 'medische afzaker' is. Dit is de term voor een werknemer die ten gevolge van ziekte lager beloond werk gaat doen of minder gaat werken, zonder zich ziek te melden. De eerste ziektedag van de werknemer wordt bepaald op 1 oktober 2018. De werkgever zegt de arbeidsovereenkomst op tegen 31 maart 2021 en betaalt de transitievergoeding berekend naar een werkweek van 32 uur per week. De werknemer vordert op grond van dwaling vernietiging van de aanpassing van de arbeidsduur en betaling van het loon over 40 uur per week vanaf 1 oktober 2018 tot einde wachttijd (1 oktober 2020), alsmede be-

taling van een transitievergoeding berekend over een werkweek van 40 uur. De kantonrechter kent deze vorderingen toe. De werkgever komt tegen deze beslissingen op in appel.

Het hof verwerpt het hoger beroep van de werkgever. Het beroep op verjaring van de vordering wordt verworpen omdat de verjaringstermijn is aangevangen op 20 maart 2020 en niet al op het moment van de arbeidsduurvermindering. Beide partijen zijn bij het afspreken van de vermindering van arbeidsduur van een verkeerde veronderstelling uitgegaan. Als de werknemer had geweten dat hij ziek was, had hij zich ziek gemeld, en als de werkgever dat had geweten, had hij hem naar de bedrijfsarts gestuurd. Daarom is sprake van dwaling. De vermindering van de arbeidsduur berust niet op een eenzijdige rechtshandeling van de werknemer. Door de vernietiging van de afspraak over vermindering van de arbeidsduur is de arbeidsovereenkomst voor 40 uur blijven bestaan. Nu de werkgever meteen met het verzoek tot vermindering van de arbeidsduur heeft ingestemd en geen enkel onderzoek heeft gedaan naar de reden van de werknemer om daarom te vragen, terwijl de werkgever wel indicaties had dat de werknemer ziek was, komt het risico van het niet verrichten van de arbeid voor rekening van de werkgever. Ook de redelijkheid en billijkheid staat aan de loonvordering niet in de weg, alleen al niet omdat de werkgever door de eerdere datum van ziekmelding ook minder lang het loon bij ziekte hoeft door te betalen.

NB. Het vaststellen van 'medisch afzakken' kan zeer problematisch zijn omdat het vaststellen van arbeidsongeschiktheid met terugwerkende kracht moeilijk kan zijn. De werknemer moet aannemelijk maken dat de ziekte noodzaak gaf voor het verminderen van de arbeidsduur. Zie bijvoorbeeld CRvB 25 september 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:3066 waarin de werknemer daar niet in slaagt.

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Renewi Nederland B.V.* te Eindhoven, die hoger beroep heeft ingesteld, en bij de kantonrechter optrad als gedaagde, hierna *Renewi* te noemen, vertegenwoordigd door mr. L.V. Claassens, tegen [verweerder] te [plaatsnaam],

die ook voorwaardelijk hoger beroep heeft ingesteld, en bij de kantonrechter optrad als eiser, hierna [verweerder] te noemen, vertegenwoordigd door mr. C. Uluman.

1. Het (verdere) verloop van de procedure in hoger beroep
(...; red.)

Kern van de zaak en de beslissing

2.1. Het gaat in deze zaak om de vraag of Renewi vanaf 1 oktober 2018 tot 28 september 2020 loon aan [verweerder] moet doorbetalen op basis van een arbeidsomvang van 40 uur dan wel van 32 uur per week.

2.2. Tussen partijen spelen er twee procedures. Deze procedure gaat over de betaling van achterstallig loon. [Verweerder] stelt zich op het standpunt dat hij nog recht heeft op het verschil in maandelijkse loonbetalingen tussen 32 uur en 40 uur per week over de periode van 1 oktober 2018 tot en met 28 september 2020 (einde wachttijd arbeidsongeschiktheid van 104 weken). Volgens Renewi heeft [verweerder] daar geen recht op. Het feit dat het UWV heeft geoordeeld dat sprake is van een ‘medische afzakker’ heeft volgens Renewi alleen invloed op de eerste arbeidsongeschiktheidsdag (1 oktober 2018 in plaats van 22 mei 2019) en de daarmee samenhangende (hoogte van de) WIA-uitkering, maar speelt niet in de verhouding tussen werkgever en werknemer wat betreft de aanspraak op loon.

De andere procedure is een verzoekschriftprocedure (met zaaknummer 200.308.805) waarin [verweerder] jegens Renewi aanspraak maakt op de betaling van de wettelijke transitievergoeding bij einde dienstverband. Renewi heeft zich bij de uitbetaling hiervan gebaseerd op een dienstverband van 32 uur in plaats van 40 uur per week. [Verweerder] meent dat de uitbetaling van de transitievergoeding moet geschieden op basis van een arbeidsomvang van 40 uur per week.

Beide procedures zijn gevoegd behandeld bij de kantonrechter. Renewi heeft tegen beide uitspraken (vonnissen resp. beschikkingen) hoger beroep ingesteld. Ook bij het hof zijn de procedures gevoegd behandeld. Op dezelfde dag is de beschikking in de verzoekschriftprocedure over de transitievergoeding gewezen (zaaknummer 200.308.805).

2.3. [Verweerder] heeft bij de kantonrechter primair op grond van dwaling vernietiging van de aanpassing van de arbeidsduur van 40 naar 32 uur per week gevorderd en herstel voor de omvang van 40 uur per week en de veroordeling tot betaling van het achterstallig loon van € 12.771,50 bruto over de periode van 1 oktober 2018 tot en met 31 september 2020, te vermeerderen met vakantiebijslag en overige emolumenten. Subsidiar, als een beroep op dwaling niet opgaat, heeft hij dit op basis van overige gronden gevorderd. Verder heeft hij gevorderd Renewi te veroordelen tot betaling van de wettelijke ophoging over het achterstallige loon, de wettelijke rente over genoemde bedragen en de kosten van de procedure.

Beslissing kantonrechter

2.4. De kantonrechter heeft de primaire vordering voor een belangrijk deel (te weten: de vernietiging van de aanpassing van de arbeidsduur van 40 uur naar 32 uur) toegewezen.

Alleen de vordering van [verweerder] om Renewi te veroordelen tot betaling van de wettelijke verhoging is afgewezen. Volgens de kantonrechter hebben beide partijen gedwaald op het moment dat [verweerder] in september 2018 aan Renewi vroeg om een dag minder te werken. Achteraf is immers gebleken dat [verweerder] al vanaf 1 oktober 2018 arbeidsongeschikt was. Als [verweerder] ten tijde van zijn verzoek om minder te werken al wist dat hij ziek/arbeitsongeschikt was, dan had hij dat verzoek niet gedaan. Hij zou zich dan ziek hebben gemeld. Als Renewi wist dat [verweerder] ziek was, dan zou zij [verweerder] naar de bedrijfsarts hebben bestuurd. Deze wederzijdse dwaling behoort volgens de kantonrechter niet voor rekening van [verweerder] te komen. De kantonrechter heeft de aanpassing van de arbeidsduur vernietigd. Het gevolg van de vernietiging is dat de arbeidsovereenkomst van 40 uur per week tussen partijen is blijven bestaan. [Verweerder] heeft volgens de kantonrechter dan ook recht op loon gebaseerd op 40 uur per week over de periode 1 oktober 2018 tot en met 31 september 2020.

Beslissing hof

2.5. Renewi wenst in hoger beroep dat de toegewezen vorderingen alsnog worden afgewezen. De bedoeling van het hoger beroep van [verweerder] is dat, voor zover (één van) de grieven van Renewi mochten slagen, het hof zal bepalen dat de uren-

vermindering niet in stand kan blijven omdat Renewi zich niet als een goed werkgever heeft gedragen (schending van artikel 7:611 BW) respectievelijk omdat de urenvermindering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid voor [verweerder] onaanvaardbaar is. Verder vordert hij (nog steeds voorwaardelijk) een wettelijke verhoging over het achterstallige salaris van 50%.

Het hof is het met de kantonrechter eens en zal het vonnis bekrachtigen. Ook volgens het hof is er sprake van wederzijdse dwaling waarvan de gevolgen niet voor rekening van [verweerder] maar voor rekening van Renewi behoren te komen. De kantonrechter heeft de aanpassing van de arbeidsduur terecht vernietigd. Omdat het hoger beroep van [verweerder] voorwaardelijk is ingesteld, komt het hof niet aan behandeling hiervan toe. Het hof zal hierna uitleggen hoe het tot die beslissing is gekomen.

3. De motivering van de beslissing in hoger beroep

Achtergrond van het geschil

3.1. [Verweerder], geboren op [geboortedatum], is op 12 september 2005 in dienst getreden bij (de rechtsvoorganger van) Renewi in de functie van chauffeur inzameling. Zijn werkzaamheden bestonden uit het bezorgen en ophalen van bouwcontainers met afval.

[Verweerder] heeft in september 2018 een verzoek aan de planner van Renewi gedaan om minder te mogen werken. In haar brief van 27 september 2018 heeft Renewi aan [verweerder] meegedeeld dat het rooster per 1 oktober 2018 zal worden aangepast naar 32 uur per week met een parttime percentage van 80% en dat vanwege deze wijziging in de arbeidsuren de verlofdagen en het salaris naar rato zullen worden berekend.

3.2. Van 1 oktober 2018 tot 22 mei 2019 heeft [verweerder] op basis van de gewijzigde urenomvang zijn werkzaamheden verricht. Op 22 mei 2019 heeft [verweerder] zich ziekgemeld. Vanaf 24 juli 2019 is [verweerder] met re-integratiewerkzaamheden gestart. Hij heeft verschillende re-integratiewerkzaamheden uitgevoerd.

3.3. Op 31 januari 2020 heeft de bedrijfsarts [verweerder] onderzocht. Naar aanleiding van dit onderzoek heeft de bedrijfsarts Renewi geadviseerd om een deskundigenoordeel aan te vragen omdat er mogelijk sprake is van een 'medische afzakker'. Deze term wordt gebruikt bij de beoordeling van arbeidsongeschiktheid in het kader

van toekenningen van WIA-uitkeringen en betekent daar het volgende. Van een medische afzakker is sprake als een betrokkene ten gevolge van ziekte of gebrek (tijdelijk) lager beloond werk gaat doen of om medische redenen de arbeidsurenomvang terugbrengt zonder zich ziek te melden. De deskundige van het UWV komt in zijn arbeidsdeskundig rapport van 20 maart 2020 tot de conclusie dat er sprake is van een medische afzakker waardoor de eerste ziektedag van [verweerder] niet 22 mei 2019 is, maar 1 oktober 2018. Uit onderzoek achteraf was gebleken dat [verweerder] op die datum al leed aan een auto-immuunziekte, hartfalen en een doorgemaakt herseninfarct.

3.4. Renewi heeft na toestemming van het UWV de arbeidsovereenkomst met [verweerder] per 31 maart 2021 opgezegd. Zij heeft aan [verweerder] een transitievergoeding betaald, die is gebaseerd op een arbeidsomvang van 32 uur per week.

Verjaring

3.5. Renewi heeft aangevoerd dat, voor zover al sprake zou zijn van een rechtshandeling die voor vernietiging wegens dwaling in aanmerking komt, de vordering van [verweerder] tot vernietiging van de overeenkomst tot urenvermindering is verjaard. Immers al eind september 2018 had [verweerder] kunnen weten dat hij ziek was, omdat hij volgens zijn eigen stelling toen al gezondheidsklachten had. Het beroep op dwaling had dus op de voet van artikel 3:52 BW uiterlijk op 1 oktober 2021 gedaan moeten worden en dat is niet gebeurd. Pas op 24 november 2021 heeft [verweerder] zich op dwaling beroepen.

Het betoog van Renewi faalt. Pas op het moment waarop het UWV had geconstateerd dat er sprake was van een medische afzakker (op 20 maart 2020) waardoor [verweerder] op 1 oktober 2018 vanwege ziekte arbeidsongeschikt was, behoorde [verweerder] zich te realiseren dat hij niet tot een urenvermindering had moeten komen maar zich ziek had moeten melden. Hij heeft toen direct juridisch advies ingewonnen. Vanaf begin april 2020 heeft zijn gemachtigde de vordering tot betaling van het achterstallig loon van 8 uur per week aan Renewi kenbaar gemaakt. Die vordering, die volgens het hof als een beroep op vernietiging van de aanpassing van de arbeidsduur moet worden aangemerkt, is dus op tijd ingesteld. Van verjaring is geen sprake.

Klachtplicht

3.6. Renewi stelt zich verder op het standpunt dat [verweerder] niet tijdig heeft geklaagd over het uitbetalen van te weinig loon en dat hij daarom geen recht heeft op het loon over 40 uur per week. Volgens Renewi heeft de kantonrechter ten onrechte het moment waarop [verweerder] had moeten klagen gekoppeld aan de kwalificatie 'medische afzakker' door het UWV.

Het hof gaat hierin niet mee. Ook hier geldt dat [verweerder] zich pas op het moment waarop het UWV had geconstateerd dat er sprake was van een medische afzakker (op 20 maart 2020) en hij als op 1 oktober 2018 vanwege ziekte arbeidsongeschikt was, behoorde te realiseren dat hij niet tot een urenvermindering had moeten komen maar zich ziek had moeten melden. Zoals gezegd heeft [verweerder] toen direct juridisch advies ingewonnen en vanaf begin april 2020 heeft zijn gemachtigde Renewi van de vordering tot betaling van het achterstallig loon in kennis gesteld. [Verweerder] kan dus niet verweten worden niet tijdig bij Renewi te hebben geklaagd.

Wederzijdse dwaling

3.7. De deskundige van het UWV heeft op 20 maart 2020 vastgesteld dat sprake is van een medische afzakker en dat de eerste ziekte dag op 1 oktober 2018 is in plaats van 22 mei 2019.

Hiermee staat volgens het hof vast dat [verweerder] op 1 oktober 2018 niet in staat was om te werken en dus arbeidsongeschikt was. Volgens Renewi blijkt uit het feit dat [verweerder] na deze datum nog maandenlang gedurende 32 uur per week is blijven werken dat hij niet (volledig) arbeidsongeschikt was in civielrechtelijke zin, maar dat volgt het hof niet, nu het oordeel van de deskundige daarover helder is en ook in dit kader volledig relevant. Ook staat vast dat zowel [verweerder] als Renewi van deze arbeidsongeschiktheid vanwege ziekte niet op de hoogte was tijdens hun gesprek van 28 september 2018 over de urenvermindering. [Verweerder] had wel vermoeidheidsklachten maar hij wist niet, zoals hij ter zitting nog heeft toegelicht, waar die vandaan kwamen. Had [verweerder] geweten dat hij feitelijk al ziek was vanwege een auto-immuunziekte, hartfalen en een doorgemaakt herseninfarct, dan zou het voor de hand hebben gelegen dat hij geen urenvermindering had gevraagd maar zich had ziek gemeld. Ook Renewi zou [verweerder] op haar beurt, als zij had geweten dat hij feitelijk ziek

was, net als elke andere arbeidsongeschikte werknemer naar de bedrijfsarts hebben gestuurd, zoals Renewi (in de persoon van HR-business manager [HR-business manager]) op de zitting desgevraagd heeft geantwoord.

Beide partijen zijn dus bij het maken van de afspraak dat [verweerder] 32 uur in plaats van 40 uur zou gaan werken, van een verkeerde voorstelling van zaken uitgegaan. Dit brengt mee dat het beroep op dwaling van [verweerder] slaagt en dat de kantonrechter de aanpassing van de arbeidsduur terecht heeft vernietigd. Anders dan Renewi naar voren heeft gebracht, is deze afspraak te beschouwen als een meerzijdige rechtshandeling (die dus voor vernietiging in aanmerking kan komen) en niet te kwalificeren als een eenzijdige rechtshandeling van [verweerder] gericht op vermindering van de urenomvang. Het verzoek van [verweerder] om minder te mogen werken is gedaan in het kader van de arbeidsovereenkomst tussen partijen en moet door Renewi worden beoordeeld. Het enkele feit dat de Wet flexibel werken werkgevers weinig mogelijkheden geeft om een verzoek tot aanpassing van de arbeidsduur af te wijzen, doet niet af aan het feit dat de werkgever (Renewi) wel of niet met een dergelijk verzoek akkoord kan gaan.

Gevolgen van de vernietiging

3.8. Het gevolg van de vernietiging van de afspraak over de urenvermindering is dat de arbeidsovereenkomst van 40 uur per week is blijven bestaan. [Verweerder] heeft dan ook recht op loon gebaseerd op 40 uur per week over de periode 1 oktober 2018 tot 28 september 2020 (wachtijd bij arbeidsongeschiktheid van 104 weken). Volgens Renewi heeft [verweerder] echter in de periode 1 oktober 2018 tot 22 mei 2019 32 uur gewerkt en komt een deel van zijn vordering hierop neer dat hij aanspraak maakt op loon over uren waarop hij niet heeft gewerkt. Daarnaast had hij van 22 mei 2019 tot 1 oktober 2020 8 uur per week meer moeten besteden aan zijn re-integratie, althans daarvoor beschikbaar moeten zijn. De uren waarin hij niet beschikbaar is geweest om voor Renewi arbeid te verrichten, moeten volgens Renewi voor rekening van [verweerder] komen nu hij op eigen verzoek de arbeidsduur van 40 uur naar 32 uur heeft verminderd.

3.9. Hierin volgt het hof Renewi niet. Het minder werken door [verweerder] (dat gezien de aard van de prestatie bezwaarlijk ongedaan kan worden

gemaakt) is een omstandigheid die voor rekening van Renewi dient te blijven. Toen [verweerder] op 28 september 2018 aan (de planner van) Renewi vroeg om minder te mogen werken, heeft Renewi ervoor gekozen die urenvermindering direct te honoreren in plaats van door te vragen en nader onderzoek te (laten) verrichten naar aanleiding van de door [verweerder] geuite vermoeidheidsklachten. [Verweerder] heeft immers gesteld dat hij enkel vanwege zijn gezondheidsklachten eind september 2018 gevraagd heeft minder te mogen werken en dat hij al eerder in 2018 (eerste kwartaal) in functioneringsgesprekken met zijn leidinggevende en de planning heeft aangegeven dat hij het lichamelijk niet meer aankon om zoveel te werken. Renewi heeft dit weersproken: zij had begrepen dat [verweerder] het verzoek om urenvermindering had gedaan om meer vrije tijd te hebben, onder meer voor de verbouwing van zijn huis. Omdat Renewi geen verslag heeft opgemaakt van het gesprek dat op 28 september 2018 heeft plaatsgevonden (noch van het functioneringsgesprek in het eerste kwartaal van 2018, althans er is geen verslag ervan overgelegd) is onduidelijk gebleven wat er nu precies tussen [verweerder] en de planner (het hof begrijpt: tevens zijn leidinggevende) is besproken. Ook op de zitting is dit onduidelijk gebleven. Renewi (in de persoon van de HR-business partner mevrouw [HR-business partner]) heeft op vragen van het hof of tijdens het gesprek het woord 'moe' is gevallen, geantwoord dat er vast wel iets in die trant is gezegd, maar dat zij niet durfde te zeggen welk woord exact is gebruikt. Zij heeft het ook niet meer aan de planner gevraagd. Die onduidelijkheid komt voor rekening van Renewi als werkgever. Hierbij weegt voor het hof ook mee dat [verweerder] veelvuldig naar de dokter dan wel het ziekenhuis moest en daarvoor zowel vóór als na 1 oktober 2018 steeds bijzonder verlof heeft aangevraagd. Het aanvragen deed [verweerder] via zijn tablet in het registratiesysteem van Renewi, zodat het hof ervan uitgaat dat Renewi wist van die ziekenhuisafspraken dan wel dat behoorde te weten. [Verweerder] vulde zijn verlof voor de medische afspraken immers in bij 'speciaal verlof' zoals hij op de zitting onweersproken heeft toegeleucht. Uit de overgelegde medische afspraken-kaarten leidt het hof af dat die afspraken plaatsvonden op verschillende dagen en tijdstippen van de week (en niet alleen op de na 1 oktober 2018 vrije donderdag van [verweerder]). Dit

doet eerder vermoeden dat [verweerder] om urenvermindering vroeg vanwege gezondheidsklachten dan om meer vrije tijd te hebben om zijn huis te verbouwen, welke verbouwing volgens [verweerder] al een jaar eerder was afgerond.

Beroep op beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid

3.10. Volgens Renewi is het verder naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat [verweerder], omdat het UWV hem als medische afzaker aanmerkt, aanspraak zou hebben op loon over uren waarvoor geen arbeidsovereenkomst bestond en waarop [verweerder] niet heeft gewerkt, noch zich daarvoor beschikbaar heeft gehouden.

Dit beroep van Renewi op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid faalt. Het is naar het oordeel van het hof niet onredelijk dat de gevolgen van de wederzijdse dwaling voor rekening van Renewi komen, nu zij door de kwalificatie 'medische afzaker' niet in een nadeliger positie is komen te verkeren. Integendeel, zij is hierdoor gebaat. Haar loonbetalingsverplichting is eerder komen te eindigen nu de datum van arbeidsongeschiktheid niet 22 mei 2019 maar 1 oktober 2018 is geworden. Renewi heeft hierdoor geen loonbetalingsplicht gehad tot mei 2021 maar tot eind september 2020. Dit levert een besparing op voor Renewi van ongeveer 8 maanden, die is veroorzaakt door het verzoek van [verweerder] om minder te mogen werken, wat ook door Renewi is erkend.

3.11. Het bewijsaanbod van Renewi dat geen sprake is van (wederzijdse) dwaling, onder meer door het horen van de planner waarmee [verweerder] de urenvermindering heeft afgestemd, wordt gepasseerd. Ook al zou komen vast te staan dat [verweerder] tijdens het gesprek om minder uren te mogen werken (alleen) heeft gezegd dat hij meer vrije tijd wilde onder meer voor zijn verbouwing, dan nog moet gelet op de in 3.9 genoemde omstandigheden de dwaling voor rekening van Renewi blijven.

Het aanbod van Renewi om te bewijzen dat [verweerder] niet beschikbaar is geweest voor arbeid respectievelijk re-integratie voor de 8 uren waarmee de omvang van de arbeidsovereenkomst is gewijzigd, wordt eveneens gepasseerd. Ook al zou dit komen vast te staan, dan doet dit niet aan het oordeel van het hof af. Het niet beschikbaar zijn

komt immers voor rekening van Renewi zoals hierboven is overwogen.

De slotsom

De slotsom luidt dat het hoger beroep van Renewi faalt. Omdat Renewi in het ongelijk zal worden gesteld, zal het hof Renewi tot betaling van de proceskosten in hoger beroep veroordelen. Aan het voorwaardelijk hoger beroep van [verweerder] komt het hof niet toe. De veroordelingen in deze uitspraak kunnen ook ten uitvoer worden gelegd als een van de partijen de beslissing van het hof voorlegt aan de Hoge Raad (uitvoerbaarheid bij voorraad).

4. De beslissing

Het hof:

4.1. bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter in de rechtbank Midden-Nederland (locatie Utrecht) van 2 februari 2022;

4.2. veroordeelt Renewi tot betaling van de volgende proceskosten van [verweerder]:

€ 783,- aan griffierecht

€ 2.228,- aan salaris van de advocaat van [verweerder] (2 procespunten x appeltarief II)

Al deze kosten moeten worden betaald binnen 14 dagen na vandaag. Als niet op tijd wordt betaald, dan worden die kosten verhoogd met de wettelijke rente;

4.3. verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

In deze twee uitspraken van het hof Arnhem-Leeuwarden wordt het fenomeen ‘medische afzakker’ in het arbeidsrecht geïntroduceerd. Dit is een term die in het socialezekerheidsrecht veel wordt gebruikt. Hiermee wordt geduid op een werknemer die zijn eigen werk op medische gronden eigenlijk niet meer aankan, maar zich niet ziekmeldt en in plaats daarvan in een lichtere functie of een kleiner aantal uren gaat werken. Wanneer die werknemer na enige tijd dan toch arbeidsongeschikt wordt en in de WIA terecht komt, zou de WIA-uitkering dus worden gebaseerd op het (lagere) loon dat hoort bij deze lichtere functie of kleinere urenomvang. Het UWV berekent namelijk de hoogte van een WIA-uitkering door te kijken naar een periode van één jaar voordat de werknemer volledig uitviel door ziek-

te. Dat is nadelig voor de werknemer. In dergelijke gevallen gaat het UWV soms toch uit van het oorspronkelijke salaris, namelijk indien de werknemer kan aantonen dat hij louter wegens objectieve medische gronden een minder zware functie heeft geaccepteerd (zie bijvoorbeeld CrvB 7 augustus 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2672).

Voor zover mij bekend, is dit de eerste keer dat een medische afzakker ook wordt doorgetrokken in het arbeidsrecht, in de zin dat de werknemer op basis van deze kwalificatie ook met terugwerkende kracht aanspraak kan maken op een hoger loon en op een hogere transitievergoeding. Hoewel deze uitspraak mij qua uitkomst juist lijkt, heb ik er zo mijn vraagtekens bij of hier wel echt sprake was van wederzijdse dwaling. Daarvan is immers louter sprake indien de wederpartij (de werkgever) bij het sluiten van de overeenkomst van dezelfde onjuiste veronderstelling als de dwalende (de werknemer) is uitgegaan, tenzij zij ook bij een juiste voorstelling van zaken niet had behoeven te begrijpen dat de dwalende (de werknemer) daardoor van het sluiten van de overeenkomst zou worden afgehouden (art. 6:228 lid 1 sub c BW). Uit de feiten blijkt dat de werknemer al enige tijd voordat hij vroeg om minder te mogen werken, had aangeven dat hij het volledige werk lichamelijk niet meer aankon. Tevens wist de werkgever dat de werknemer regelmatig naar het ziekenhuis en de dokter moest. Het is daarom de vraag of hier wel echt sprake van dwaling is. In elk geval bestonden er al twijfels over de gezondheid van de werknemer.

Gelet op deze omstandigheden hadden de kantonrechter en het hof in mijn optiek ook (of wellicht zelfs beter) kunnen oordelen dat de werkgever onvoldoende onderzoek had gedaan naar de vraag of de werknemer wel echt minder uren wilde werken of dat hij deze wens had omdat hij gedeeltelijk arbeidsongeschikt was. Voor dat onderzoek bestond in elk geval aanleiding. Zonder het doen van dit onderzoek mocht de werkgever er dan niet gerechtvaardigd op vertrouwen dat de werknemer echt minder uren wilde werken, zodat de gemaakte afspraken hierover nietig zouden zijn (art. 3:33 BW en 3:35 BW). Op deze manier zou worden aangesloten bij de jurisprudentie inzake eigen ontslagname door de werknemer. In dat verband geldt dat de werkgever, indien hij reden heeft om te vermoeden dat de wil van de werknemer niet overeenstemt met zijn uitlatingen en/of dat hij handelt in emotie/

een opwelling, de plicht heeft om te onderzoeken of de werknemer daadwerkelijk wilde opzeggen (HR 12 september 1986, NJ 1987/267 en rb. Rotterdam 15 juli 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5820). Deze lijn kan mijns inziens ook goed worden doorgetrokken indien de werknemer zijn arbeids-overeenkomst slechts gedeeltelijk beëindigt, waar een urenvermindering natuurlijk de facto op neerkomt.

Een vergelijkbaar toetsingskader is ook toegepast in een recente uitspraak van het hof Den Haag, waarin het UWV reeds had geoordeeld dat sprake was van een medische afzakker. Ten aanzien van de loonvordering werd geoordeeld dat de werkgever geen reden had om te twijfelen aan de wil van de werknemer om haar contract deels te beëindigen en dat de werkgever daarom geen (nadere) onderzoeksplicht of vergewisplicht (die hier werden aangevoerd in het kader van art. 7:611 BW) had. De loonvordering werd daarom afgewezen (hof Den Haag 6 december 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:2395).

Door de vernietiging van urenvermindering te koppelen aan de onderzoeksplicht van de werkgever, kan tevens worden voorkomen dat de werkgever die volledig te goeder trouw handelt (maar dus wél zou dwalen in de redenatie van het hof Arnhem-Leeuwarden) hier uiteindelijk de rekening gepresenteerd krijgt. Ik vraag mij namelijk af of we het moeten willen dat het arbeidsrechtelijke risico van een medische afzakker volledig bij werkgevers wordt neergelegd. Het is immers de bedoeling dat werkgevers weer genezen zullen zijn om werknemers vaker een contract voor onbepaalde tijd aan te bieden en deze extra 'risicoaansprakelijkheid' zal in dat verband contraproductief werken. Op die manier kunnen werkgevers immers achteraf (zelfs indien een werkgever al uit dienst is) met forse salarisclaims worden geconfronteerd. Enfin, dit is natuurlijk louter een politiek argument (dat in wezen de gehele risicoverdeling tussen werkgever en werknemer bij arbeidsongeschiktheid ter discussie stelt), maar in mijn ogen wel valide.

Overigens hoeven werkgevers zich ook weer niet al te grote zorgen te maken, want de lat voor de kwalificatie van een medische afzakker ligt behoorlijk hoog. Er moet namelijk sprake zijn van een objectief medische noodzaak om minder te gaan werken, die duidelijk moet blijken uit destijds of achteraf opgestelde medische stukken. Zo heeft de rechtbank Den Haag geoordeeld dat een

brief van de huisarts waarin wordt opgemerkt dat het zou helpen om een stapje terug te doen op het werk, in uren en mogelijk ook in taken, onvoldoende is om te kunnen aannemen dat er sprake is van een medische noodzaak (rb. Den Haag 20 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:6324). In de onderhavige zaak werd achteraf vastgesteld dat de werknemer ten tijde van zijn verzoek om minder uren te mogen werken reeds leed aan een auto-immuunziekte, hartfalen en een doorge-maakt herseninfarct. Dit is natuurlijk een uitzonderlijke situatie, die niet snel aan de orde zal zijn. Opvallend is tot slot nog dat het hof overweegt dat de gevolgen van de wederzijdse dwaling voor rekening van de werkgever komen en dat dit niet onredelijk is, omdat de werkgever door de kwalificatie van medische afzakker niet in een nadeligere positie is gekomen. Ik vraag mij af of dat helemaal juist is. Weliswaar klopt het dat de loondoorbetalingsverplichting door de eerdere ingangsdatum van de arbeidsongeschiktheid ook eerder stopt, maar tegelijkertijd zou de werkgever hier wel eens problemen kunnen krijgen met de Poortwachterstoets. De stappen die in het kader van de Wet Poortwachter worden voorgeschreven moeten immers allemaal binnen een bepaalde termijn na de eerste ziektedag worden gezet, en daaraan wordt hier evident niet voldaan. En dan ligt een loonsanctie op de loer. Het is daarom goed mogelijk dat de werkgever achteraf alsnog het kind van de rekening wordt.

mr. M. Faber
advocaat bij Wijn & Stael Advocaten

9

Escalerend handelen door werkgever na gelijkstelling ambtenaar door CRvB

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden z.p. Arnhem
21 november 2022, nr. 200.312.703,
ECLI:NL:GHARL:2022:9972
(mr. Van Osch, mr. Mans, mr. Dil)

Ontbinding. Duurzaam verstoorde arbeidsverhouding. Ernstig verwijtbaar handelen werkgever. Loonmatiging. Ambtenaar.

[BW art. 7:669 lid 3 sub g, 7:671b lid 1 en lid 9 sub c, 7:673, 7:680a]

De werknemer is in zijn hoedanigheid als ambtenaar in 2019 ontslagen met een bestuursrechtelijk besluit tot strafontslag omdat hij zich schuldig zou hebben gemaakt aan examenfraude. Dit besluit wordt in 2021 herroepen door de rechtbank, tegen welke uitspraak de werkgever hoger beroep instelt. Daarna stelt de werknemer zich beschikbaar voor arbeid en verzoekt om nabetaling van loon vanaf de ontslagdatum. Daarbij dringt de werknemer aan op mediation en rehabilitatie. De werkgever gaat niet tot nabetaling van loon over maar geeft aan dat de werknemer eerst inzicht moet verstrekken in eventuele vervangende inkomsten in de betrokken periode. Partijen gaan wel in mediation, maar dat leidt niet tot een oplossing. Na een periode van arbeidsongeschiktheid spant de werknemer een kort geding aan, gericht op werkhervatting en nabetaling van salaris. De werkgever steekt over met een ontbindingsverzoek op grond van een duurzaam verstoorte arbeidsverhouding. Intussen bevestigt de Centrale Raad van Beroep de uitspraak van de rechtbank ten aanzien van het strafontslag. De werknemer dringt dan opnieuw aan op rehabilitatie, maar de werkgever gaat daar niet op in en betaalt de werknemer geen salaris meer. De kantonrechter wijst het ontbindingsverzoek af en wijst de daar tegenover gestelde loonvordering van de werknemer toe.

In hoger beroep beëindigt het hof alsnog de arbeidsovereenkomst. De arbeidsverhouding met het bestuur/de leidinggevenden is ernstig en duurzaam verstoord. Daarbij heeft de werkgever

ernstig verwijtbaar gehandeld. Hij liet geen oprechte poging zien om na de uitspraken van de bestuursrechter, waarbij de werknemer volledig in het gelijk is gesteld, op loyale wijze te streven naar rehabilitatie en werkhervatting van de werknemer. De werkgever handelde daarentegen alleen maar escalerend, zelfs nog tijdens de zitting in hoger beroep. Het hof kent aan de werknemer naast de transitievergoeding een billijke vergoeding toe van een jaarsalaris, ervan uitgaande dat de werknemer nog ten minste een jaar werkzaam had kunnen zijn bij de werkgever. Verder ziet het hof reden de vordering tot achterstallig loon te matigen tot 50% omdat de werknemer gedurende de periode dat hij ontslagen was elders inkomsten heeft genoten.

NB. In deze uitspraak wordt uitvoerig stilgestaan bij het toetsingskader voor loonmatiging, waarbij vooral wordt benadrukt dat de rechter een grote mate van terughoudendheid moet betrachten. Een ander interessant punt in deze uitspraak is dat het hof niet meegaat in de stelling van de werkgever dat hij op grond van de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep het achterstallige loon mocht verrekenen met eventuele inkomsten gedurende de periode dat de werknemer als ambtenaar was ontslagen. Het hof motiveert dat met de overweging dat de werknemer inmiddels geen ambtenaar meer is en verrekening op grond van het civiele recht niet is toegestaan. De loonaanspraak heeft echter (mede) betrekking op de periode waarin de werknemer wel ambtenaar was. Je kunt je afvragen of je voor de loonaanspraak gedurende die periode niet zou moeten uitgaan van het toen geldende toetsingskader. Dan zou de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep wel leidend zijn en zou verrekening dus wel zijn toegestaan.

[Verzoeker] te [woonplaats1],
verzoeker in het principaal hoger beroep,
verweerder in het incidenteel hoger beroep,
in eerste aanleg: verweerder, verzoeker in het tegenverzoek,
hierna: [verzoeker],
advocaat: mr. M. Hille Ris Lambers,
tegen
de stichting Stichting Onderwijsgroep Amersfoort te Amersfoort,
verweerder in het principaal hoger beroep,
verzoeker in het incidenteel hoger beroep,