

# ECLI:NL:HR:2019:1234

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	19-07-2019
Datum publicatie	19-07-2019
Zaaknummer	18/03945
Formele relaties	Conclusie: ECLI:NL:PHR:2019:591, Gevolgd In cassatie op : ECLI:NL:GHARL:2018:5829, (Gedeeltelijke) vernietiging met verwijzen Verwijzing naar: ECLI:NL:GHSHE:2020:2445
Rechtsgebieden	Arbeidsrecht
Bijzondere kenmerken	Cassatie Beschikking
Inhoudsindicatie	Arbeidsrecht. Beroep op opzegverbod bij ziekte (art. 7:670 lid 1 BW) en op omstandigheid dat disfunctioneren wordt veroorzaakt door ziekte of gebrek, voor het eerst in hoger beroep (art. 7:669 lid 3, onder d, BW). Toetsingsmoment. Herstelfunctie hoger beroep.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl JAR 2019/204 met annotatie van Janssen, I. AR-Updates.nl 2019-0792 PS-Updates.nl 2019-0960 NJB 2019/1871 RvdW 2019/913 RAR 2019/147 TRA 2019/98 met annotatie van C.J. Frikkee TvPP 2019, afl. 6, p. 185 NJ 2020/377 met annotatie van W.H.A.C.M. Bouwens VAAN-AR-Updates.nl 2019-0792

## Uitspraak

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

CIVIELE KAMER

**Nummer** 18/03945

**Datum** 19 juli 2019

BESCHIKKING

In de zaak van

[de werknemer],  
wonende te [woonplaats],  
VERZOEKER tot cassatie,  
hierna: de werknemer,  
advocaat: mr. R.A.A. Duk,

tegen

ACHMEA INTERNE DIENSTEN N.V.,  
gevestigd te Zeist,  
VERWEERSTER in cassatie,  
hierna: Achmea,  
advocaat: mr. S.F. Sagel.

## 1. Procesverloop

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

- a. de beschikkingen in de zaak 6164663 AR VERZ 17-88 van de kantonrechter te Leeuwarden van 22 maart 2017 en 11 oktober 2017;
- b. de beschikking in de zaak 200.231.197/01 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 25 juni 2018.

De werknemer heeft tegen de beschikking van het hof beroep in cassatie ingesteld. Het cassatierekest is aan deze beschikking gehecht en maakt daarvan deel uit. Achmea heeft verzocht het beroep te verwerpen.

De conclusie van de Advocaat-Generaal R.H. de Bock strekt tot vernietiging en verwijzing.

De advocaat van Achmea heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

## 2 Uitgangspunten en feiten

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

- (i) De werknemer, geboren in 1967, is in 2005 in dienst getreden bij (de rechtsvoorgangster van) Achmea. Hij was laatstelijk werkzaam als deskaccountmanager met een werkweek van 32 uren.
- (ii) In 2010 heeft de werknemer te maken gehad met een geknapt hersenaneurysma. Als gevolg daarvan is hij van 3 augustus 2010 tot 26 juni 2011 arbeidsongeschikt geweest. Met ingang van 27 juni 2011 is hij volledig arbeidsgeschikt geacht. Nadien heeft de werknemer echter te kennen gegeven sneller vermoeid te zijn dan voorheen en last te hebben van concentratieproblemen. In verband daarmee heeft Achmea hem enkele faciliteiten verleend.
- (iii) In januari 2013 is de werknemer begonnen aan een MBO-opleiding (ICT niveau 4) op kosten van Achmea. Hij heeft deze opleiding in juli 2015 afgerond.
- (iv) Het functioneren van de werknemer over 2014 en 2015 is door Achmea in diverse beoordelingen als onvoldoende gewaardeerd. Na een voortgangsgesprek op 27 mei 2016 is de werknemer meegedeeld dat de uitkomst van een ingezet verbetertraject zou zijn dat hij niet erin was geslaagd zijn functioneren op het vereiste niveau te brengen, hetgeen betekende dat hij niet langer als deskaccountmanager werkzaam zou zijn en dat er gezocht zou worden naar een andere passende functie. Als dat niet zou lukken, zou de arbeidsovereenkomst worden beëindigd.
- (v) Op 3 juni 2016 heeft Achmea aangeboden een vaststellingsovereenkomst met de werknemer te sluiten strekkende tot beëindiging van het dienstverband. Enkele weken daarna heeft de werknemer zich ziek gemeld.
- (vi) Nadat de bedrijfsarts had vastgesteld dat bij de werknemer geen beperkingen van medische aard aanwezig waren en de werknemer na herhaald verzoek niet had gereageerd op de hem aangeboden vaststellingsovereenkomst, is Achmea op 22 augustus 2016 begonnen met een herplaatsingstraject voor de duur van drie maanden.
- (vii) In januari 2017 heeft Achmea de kantonrechter verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van ongeschiktheid voor de bedongen werkzaamheden. Bij voorwaardelijk tegenverzoek heeft de werknemer onder meer wedertewerkstelling verzocht. Bij beschikking van 22 maart 2017 heeft de kantonrechter beide verzoeken afgewezen. De kantonrechter was van oordeel dat de werknemer ongeschikt was voor zijn functie, dat dit niet het gevolg was van ziekte of gebreken of van onvoldoende zorg van Achmea voor scholing van de werknemer en dat Achmea de werknemer in

voldoende mate in de gelegenheid had gesteld zijn functioneren te verbeteren. Onvoldoende was echter gebleken dat de werknemer niet herplaatst kon worden binnen een redelijke termijn. Volgens de kantonrechter had Achmea actiever moeten zoeken, eventuele belemmeringen moeten wegnemen en moeten onderbouwen waarom zij de werknemer niet dezelfde voorrangspositie gaf als werknemers die door reorganisatie boventallig waren.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dit onderdeel van de grief is ongegrond.

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

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

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

Ter zitting bij het hof heeft [de werknemer] gezegd dat hij niet het zieketraject in wilde en kennelijk heeft de bedrijfsarts daar ook geen reden voor gezien. Na kritiek op zijn functioneren over het jaar

2014 heeft [de werknemer] zich neergelegd bij oordelen van verschillende bedrijfsartsen dat hij niet arbeidsongeschikt was door ziekte. In ieder geval vanaf medio 2016 werd [de werknemer] ook nog bijgestaan door een jurist, die van het oordeel van de bedrijfsartsen in 2016 op de hoogte was. Kennelijk is er aan de kant van [de werknemer] geen reden gezien voor het aanvragen van een second opinion. [De werknemer] geeft niet aan waarom Achmea het oordeel van de bedrijfsarts dan wel in twijfel had moeten trekken. Hier komt nog bij dat Achmea zowel tijdens de mondelinge behandeling van het eerste ontbindingsverzoek () als [in] haar verweerschrift in dit hoger beroep heeft opgemerkt dat bedrijfsartsen vergeefs aan [de werknemer] hebben gevraagd een machtiging te geven voor het opvragen van zijn medische dossier bij de behandelend neuroloog, als hij meer beperkingen zou ervaren dan de bedrijfsarts kon duiden. Daar is [de werknemer] nimmer op ingegaan. Tijdens de mondelinge behandeling bij het hof kon [de werknemer] zich een dergelijk verzoek () herinneren maar niet uitleggen waarom hij daar niet op was ingegaan.

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

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

### 3 Beoordeling van het middel

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

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

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

3.1.3 Bij de beoordeling van dit onderdeel wordt vooropgesteld dat in cassatie geen klacht is gericht tegen het oordeel van de hof dat de juistheid van de door de kantonrechter uitgesproken ontbinding dient te worden beoordeeld naar de toestand ten tijde van diens beslissing (*ex tunc*). Dit oordeel brengt mee

dat geen rekening mag worden gehouden met feiten en omstandigheden die zich na de beslissing van de kantonrechter hebben voorgedaan.

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

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

3.1.5 Wat betreft de klacht dat het hof ten onrechte geen acht heeft geslagen op de uitkomst van het neuropsychologisch onderzoek bij de beoordeling van het verweer van de werknemer dat zijn disfunctioneren werd veroorzaakt door ziekte of gebreken als bedoeld in art. 7:669 lid 3, onder d, BW, is het volgende van belang. Het hof heeft weliswaar ook dit verweer op inhoudelijke gronden beoordeeld (zie ook de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 5.14), maar het heeft daarbij geen acht willen slaan op het rapport van het neuropsychologisch onderzoek, op de hiervoor in 3.1.3 onjuist bevonden grond dat de kantonrechter daarmee geen rekening heeft kunnen houden. Het hof heeft het beroep op het rapport niet tevens op inhoudelijke gronden verworpen. Het oordeel over dat rapport in rov. 5.2 kan niet worden aangemerkt als een zodanige verwerping, nu dat oordeel alleen ziet op de vraag of uit het rapport blijkt van ziekte in de zin van art. 7:670 lid 1 BW (het ontslagverbod).

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

3.2 De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

## 4 Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de beschikking van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 25 juni 2018;

verwijst het geding naar het gerechtshof s-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Achmea in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de werknemer begroot op 397,07 aan verschotten en 2.200,-- voor salaris.

Deze beschikking is gegeven door de vicepresident C.A. Streefkerk als voorzitter en de raadsheren A.H.T. Heisterkamp, G. Snijders, M.J. Kroeze en H.M. Wattendorff, en in het openbaar uitgesproken door de vicepresident E.J. Numann op 19 juli 2019.

