

Een ex-arbeidsongeschikte werknemer tussen een uitvoeringsinstelling en zijn werkgever

W.J.M. van Tongeren*

- 43 In een zaak bij de Centrale Raad van Beroep (7 april 1999, 97/3895 AAW/WAO, gepubliceerd in NJB 4 juni 1999, p. 1009 e.v.) vroeg een situationeel arbeidsongeschikte werknemer van een uitvoeringsinstelling betaling van een schadevergoeding omdat de beslissing dat die werknemer situationeel arbeidsongeschikt was, in beroep onjuist werd geoordeeld. De geleden schade bestond in het verschil tussen de werkloosheidsuitkering en het loon dat die werknemer zou hebben ontvangen als zij normaal bij haar werkgever had kunnen werken.

Situationeel arbeidsongeschikt

Situationeel arbeidsongeschikt is geen wettelijke term. Het is een term uit de praktijk. Een werknemer is situationeel arbeidsongeschikt als hij vanwege een concrete werksituatie in het 'ziektewetjaar' of – en daar gaat het meestal om – daarna, ongeschikt is om zijn vroegere arbeid te verrichten. De situationele arbeidsongeschiktheid kan bestaan in de omstandigheid dat een werknemer vanwege een concreet ziektebeeld zijn eigen functie niet meer kan vervullen en er bij zijn werkgever geen andere passende functie beschikbaar is. In de praktijk is de omstandigheid ook vaak dat er bijvoorbeeld een relationeel probleem bestaat tussen een werknemer en zijn werkgever of een of meer van diens werknemers dat het onmogelijk maakt dat de werknemer zijn vroegere arbeid nog verricht. Een situationeel arbeidsongeschikte werknemer zal in het algemeen, als de arbeidsongeschiktheid een relationeel probleem met zijn werkgever als achtergrond heeft, geen aanspraak kunnen maken op een WAO-uitkering. Die werknemer is immers niet ongeschikt voor passende arbeid bij een andere werkgever dan zijn eigen werkgever. En die arbeid bij een andere werkgever zal in het algemeen

dienovereenkomstig beloond worden zodat er geen verlies van verdien capaciteit is. Als een concreet ziektebeeld de achtergrond is van de situationele arbeidsongeschiktheid kan er (eerder) sprake zijn van verlies van verdien capaciteit omdat de werknemer geen arbeid meer kan verrichten op zijn verdienniveau. In dat geval zal een werknemer in een aantal gevallen toch geen aanspraak kunnen maken op een WAO-uitkering vanwege het oordeel van een uitvoeringsinstelling dat die werknemer weliswaar ongeschikt is (geworden) voor zijn vroegere arbeid, maar niet arbeidsongeschikt in de zin van de WAO, nu hij geschikt is voor andere passende arbeid. In het algemeen zal de situationeel arbeidsongeschikte werknemer na het 'ziektewetjaar', hoewel zijn arbeidsovereenkomst met zijn werkgever nog voortduurt, aanspraak kunnen maken op een werkloosheidsuitkering, omdat de werknemer feitelijk geen arbeid bij zijn werkgever kan verrichten. Een werkloosheidsuitkering is terecht omdat de Werkloosheidswet uitgaat van een feitelijk verlies van arbeidsuren.

Casus

De werknemer heeft een WAO-uitkering berekend naar een mate van arbeidsongeschiktheid van 80-100%. Die uitkering wordt ingetrokken. De werknemer zou ongeschikt zijn voor haar vroegere montagewerkzaamheden, maar geschikt voor andere passende arbeid. De werknemer, die kennelijk ook van mening is dat zij niet langer arbeidsongeschikt is, is van mening dat zij wél geschikt is voor het verrichten van haar vroegere arbeid bij haar werkgever. De werknemer meldt zich bij haar werkgever voor het verrichten van arbeid, maar de werkgever beroept zich erop dat de uitvoeringsinstelling haar ongeschikt acht voor haar vroegere arbeid. De werknemer krijgt intussen een werkloosheidsuitkering. De rechtbank oordeelde in beroep dat de opvatting van de uitvoeringsinstelling dat de werknemer haar vroegere werkzaamheden niet zou kunnen verrichten onvoldoende feitelijke grondslag had en vernietigde het primaire besluit. De uitvoeringsinstelling en de werknemer hebben op dat punt berust in de uitspraak van de rechtbank. De werknemer heeft vervolgens haar vroegere werkzaamheden bij haar werkgever hervat. In verband met het bepaalde in art. 8:73 Awb vroeg de werknemer vergoeding van door haar geleden schade, die bestond in het verschil tussen het loon dat zij zou hebben ontvangen als zij – de beslissing van de uitvoeringsinstelling, waarop de werkgever zich beriep, weggedacht – normaal had gewerkt én de werkloosheidsuitkering die zij in de relevante periode heeft ontvangen.

* Mr. W.J.M. van Tongeren is advocaat bij CMS Derks Star Busmann Hanotiau te Utrecht.

Art. 8:73 Awb

De bestuursrechter kan, als een beroep gegrond wordt verklaard, desgevraagd, een (publiekrechtelijke) rechtspersoon veroordelen om de schade te vergoeden. Dat kan de bestuursrechter doen bij gelegenheid van zijn uitspraak, maar, in verband met lid 2 van art. 8:73 Awb, als hij de schadevergoeding niet of niet volledig kan vaststellen, ook in een vervolprocedure. In het onderhavige geval had de rechtbank de uitvoeringsinstelling veroordeeld tot betaling van een bedrag gelijk aan het verschil tussen het loon dat de werknemer zou hebben verdiend als zij had gewerkt en de werkloosheidsuitkering, vermeerderd met de wettelijke rente.

In beroep voerde de uitvoeringsinstelling aan dat er geen causaal verband bestond tussen de door de werknemer geleden schade en het vernietigde primaire besluit. Niets stond de werknemer eraan in de weg zich bij de werkgever te melden voor werkhervatting, dan wel, ingeval van weigering van de werkgever, een loonvordering in te stellen. De Centrale Raad van Beroep overweegt dat, nu de rechtbank het besluit heeft vernietigd, deze bevoegd was om te beslissen op het verzoek de uitvoeringsinstelling te veroordelen tot vergoeding van de schade die de werknemer als gevolg van het vernietigde besluit had geleden. De Centrale Raad van Beroep overweegt dat op dat punt zoveel mogelijk moet worden aangesloten bij het civielrechtelijke schadevergoedingsrecht. Dat betekent *dus* dat het moet gaan om een onrechtmatige daad, om schuld, om schade en om een causaal verband tussen de onrechtmatige daad en de schade en – eventueel – om relativiteit, in de zin dat de geschonden norm het geschonden belang op het oog heeft. In het onderhavige geval was het besluit onrechtmatig. Ingeval van een dergelijk besluit van een (publiekrechtelijke) rechtspersoon, is de schuld van die rechtspersoon in het algemeen gegeven. Het grote probleem was het causaal verband. De Centrale Raad van Beroep overweegt in dat verband dat niet kan worden staande gehouden dat de onderhavige – gestelde – schade kan worden aangemerkt als schade die in zodanig verband staat met het vernietigde besluit dat zij, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van dat besluit aan de uitvoeringsinstelling kan worden toegerekend. De stelling van de werknemer dat werkhervatting bij de werkgever, vanwege zijn op het besluit van de uitvoeringsinstelling gebaseerde standpunt dat de werknemer ongeschikt was voor haar vroegere arbeid, onmogelijk was, vond geen genade. Evenmin de stelling dat de werknemer het risico zou lopen onverzekerd te zijn vanwege het standpunt van de uitvoeringsinstelling dat zij ongeschikt was voor haar vroegere arbeid, wat de uitvoeringsin-

stelling zou kunnen tegenwerpen indien de werknemer haar vroegere arbeid zou hervatten.

De Centrale Raad van Beroep wijst er nog wel op dat zijn oordeel dat de omstandigheid dat slechts schade die het gevolg is van het vernietigde besluit voor vergoeding in aanmerking komt, niet uitsluit schade bij de burgerlijke rechter te vorderen op grond van een ander dan op het nemen en handhaven van het vernietigde besluit te funderen onrechtmatig handelen of nalaten van het bestuursorgaan. Gelukkig is het maken van onderscheid tussen onrechtmatig handelen in enge (bestuursrechtelijke) zin en in brede(re) (civielrechtelijke) zin *niet*. De werknemer zou dan toch nog bij twee loketten moeten aankloppen. Een verklaring voor het oordeel van de Centrale Raad van Beroep is dat de overweging van de uitvoeringsinstelling dat de werknemer ongeschikt is voor haar vroegere arbeid, niet de kern van het primaire besluit vormt. Die kern is dat de werknemer niet langer aanspraak kon maken op een WAO-uitkering. Anders gezegd: de overweging van de uitvoeringsinstelling 'u bent ongeschikt voor uw vroegere arbeid', is een 'bijzaak'.

Overigens zit er wel iets tegenstrijdigs in de opvatting van de uitvoeringsinstelling. Weliswaar is consistent met de opvatting dat de werknemer ongeschikt was voor haar vroegere werkzaamheden het toekennen van de werkloosheidsuitkering, maar niet consistent is het de werknemer tegen te werpen dat zij, toen haar werkgever bezwaar had tegen werkhervatting, een loonvordering tegen haar werkgever had moeten instellen. Door het toekennen van een werkloosheidsuitkering gaf de uitvoeringsinstelling te kennen dat de werknemer juist geen loonvordering behoefde in te stellen. De boodschap van de Centrale Raad van Beroep is duidelijk: een werknemer die stelt geschikt te zijn voor zijn vroegere arbeid en geen loonvordering instelt tegen zijn werkgever (krijgt misschien nog wel een werkloosheidsuitkering van de uitvoeringsinstelling, maar) hoeft niet te rekenen op een schadevergoeding van de kant van een uitvoeringsinstelling in verband met inkomensderving. Die werknemer heeft maar één 'debiteur' en dat is zijn werkgever.

Ontslag

In de hierboven besproken zaak duurde de arbeidsovereenkomst met de werkgever voort. In een andere zaak die heeft geleid tot de uitspraak van de Hoge Raad van 2 juni 1995, NJ 1997, 164, had een uitvoeringsinstelling eveneens het standpunt dat een werknemer niet arbeidsongeschikt was in de zin van de WAO, maar wel ongeschikt voor zijn vroegere arbeid. Op basis daarvan vroeg de werkgever een ontslagvergunning aan en die kreeg hij ook. Achteraf

oordeelde de (toenmalige) Raad van Beroep onjuist het oordeel van de uitvoeringsinstelling dat de werknemer ongeschikt was voor zijn vroegere arbeid. Intussen had die werknemer – zoals hiervoor aangegeven – zijn baan niet meer. De werknemer vond dat er sprake was van onrechtmatig handelen van de uitvoeringsinstelling. Vanwege het onjuiste oordeel dat hij ongeschikt was voor het verrichten van zijn vroegere arbeid had de werknemer, zo stelde hij, zijn baan verloren. De werknemer ving bot bij drie instanties. Het verschil met de hierboven besproken uitspraak van de rechtbank was, dat de Raad van Beroep in zijn oordeel dat onjuist was het oordeel van de uitvoeringsinstelling dat de werknemer niet geschikt was voor het verrichten van zijn eigen arbeid, geen aanleiding zag om de beslissing van de uitvoeringsinstelling te vernietigen, maar aanleiding zag de beslissing op andere gronden in stand te laten omdat de uitvoeringsinstelling de werknemer terecht niet voor een WAO-uitkering in aanmerking had gebracht. Ook hier komt naar voren dat de overweging over ongeschiktheid voor de vroegere arbeid het karakter heeft van een 'bijzaak'. Dat de werknemer niet langer aanspraak kon maken op een WAO-uitkering is de kern van het primaire besluit. De werknemer kon de strijd niet winnen. De beslissing van de uitvoeringsinstelling had formele rechtskracht gekregen, omdat zij in beroep in stand was gebleven en hoger beroep niet werd ingesteld. Die formele rechtskracht behoudt die beslissing, volgens de Hoge Raad, ook als die beslissing op andere dan in de beschikking genoemde gronden in beroep in stand blijft. Het enkele feit dat er in een in stand gebleven beslissing een fout zit, is onvoldoende voor de burgerlijke rechter om de beslissing als onrechtmatig aan te merken. De Hoge Raad laat de deur nog op een kier staan als hij overweegt dat het overheidsorgaan bij de voorbereiding van zijn beslissing zodanig te werk kan zijn gegaan dat zijn handelwijze als onrechtmatig zou moeten worden aangemerkt. De Hoge Raad is blijkbaar bang dat zijn regel van de formele rechtskracht van een niet meer aantastbare beslissing zou worden ondermijnd, hetgeen de rechtszekerheid zou kunnen aantasten.

De vraag is of de uitspraak van de Hoge Raad anders zou hebben geluid als de Centrale Raad van Beroep, zoals de rechtbank in de hierboven besproken zaak, de beslissing van de uitvoeringsinstelling zou hebben vernietigd en de werknemer niet te maken had gekregen met een beslissing die formele rechtskracht had gekregen. Het argument van de Centrale Raad van Beroep dat de werknemer zich tot zijn werkgever zou kunnen wenden voor werk en betaling van loon, zou in dit geval niet kunnen opgaan omdat de arbeidsovereenkomst niet meer bestond en was opgezegd

juist op grond van de onjuiste beslissing dat de werknemer ongeschikt zou zijn voor zijn vroegere arbeid. Het argument van de Centrale Raad van Beroep zou alleen blijven opgaan als arbeidsrechtelijke reparatie nog mogelijk zou zijn, bijvoorbeeld ingeval de werknemer een procedure zou zijn gestart op basis van art. 7:681 BW en herstel van de arbeidsovereenkomst mogelijk zou zijn. Ik moet aannemen in die situatie dat uitgaande van de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 7 april 1999 de werknemer – ook – in een actie tegen een uitvoeringsinstelling op basis van art. 8:73 Awb bij de Centrale Raad van Beroep niet veel kans heeft. Het causale verband tussen de schade en het vernietigde besluit op het punt van alleen maar het situationele karakter van de arbeidsongeschiktheid, zal naar de mening van de Centrale Raad van Beroep ontbreken. De werknemer zal het moeten doen met de overweging van de Centrale Raad van Beroep dat zijn oordeel in bovengenoemde zaak niet uitsluit dat schade bij de burgerlijke rechter kan worden gevorderd op grond van een ander dan op het nemen en handhaven van het vernietigde besluit te funderen onrechtmatig handelen van het bestuursorgaan. En bij de civiele rechter zal de werknemer het ook niet gemakkelijk krijgen. Immers, het verband tussen de onjuiste beslissing van een uitvoeringsinstelling wat de situationele arbeidsongeschiktheid en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst betreft, is niet gegeven. Die beëindiging kan afhangen van bijvoorbeeld de mate waarin de werknemer zich daartegen heeft verweerd.

Slot

De hierboven besproken uitspraak van de Centrale Raad van Beroep zal in het algemeen geen betekenis hebben voor de arbeidsongeschikte werknemer die vanwege een relationeel probleem situationeel arbeidsongeschikt is. Die werknemer zal ongeschikt blijven voor zijn vroegere arbeid. De werknemer die situationeel arbeidsongeschikt is vanwege een andere reden, heeft er belang bij om zijn arbeidsovereenkomst met zijn werkgever in stand te houden. Als de beslissing van een uitvoeringsinstelling dat de werknemer ongeschikt is voor zijn vroegere arbeid onjuist blijkt te zijn, behoeft hij voor een schadevergoeding niet aan te kloppen bij de uitvoeringsinstelling, maar dient hij zich te melden bij zijn werkgever voor het hervatten van zijn vroegere arbeid. Is intussen de arbeidsovereenkomst beëindigd in verband met de onjuiste beslissing dat de werknemer ongeschikt zou zijn voor zijn vroegere arbeid, dan zal de werknemer in de richting van de uitvoeringsinstelling in het algemeen met lege handen blijven staan. Tot slot verwijs ik nog naar een tweetal lezenswaardige artikelen over

situationele arbeidsongeschiktheid. Het eerste is van de hand van mr. A.J.G. Tazelaar en mr. T. Albers, SMA, april 1999, p. 181 e.v.: 'Onder omstandigheden: situationele arbeidsongeschiktheid nader bezien'. Het tweede is van de hand van mr. M. Holtzer, Arbeids-Recht 1998/6/7, 35: 'Situationele arbeidsongeschiktheid: waar houdt het op?'.

Na het schrijven van dit artikel is nog gepubliceerd een arrest van de Hoge Raad van 18 juni 1999, RvdW 1999, 100. Overwogen wordt dat een werkgever in beginsel, wanneer hij met toestemming van de RDA een werknemer wegens langdurige arbeidsongeschiktheid wenst te ontslaan, in redelijkheid mag afgaan op het oordeel van de bedrijfsvereniging (dat een werknemer situationeel arbeidsongeschikt was), gelet op de positie van de bedrijfsverenigingen in ons maatschappelijk bestel. De hierboven veronderstelde arbeidsrechtelijke reparatie resp. het instellen van een (kansrijke) actie bij de civiele rechter, in geval van een onjuist besluit van een uitvoeringsinstelling als het gaat om situationele arbeidsongeschiktheid, is, zo lijkt het, niet mogelijk.

De onderneming en faillissement, aanvulling en rectificatie

J.H.M. Willems*

43 De ondernemingskamer zit verlegen, verre van zelfs. Na met hetgeen hierna volgt, is zodanig omvangrijk geworden betwijfeld of zij, di stantie in Nederland jurisdi haar toegemeten terreinen scheiden bezetting kent², n staat is de haar aangeboden quaat af te handelen, laat s meeste spoed zoals de wet meeste gevallen formuleer

Dat is echter geen reden om te tracht verhullen of geheimzinnig te doen ov staande rechtsgangen, in de hoop dat – die overigens op goede gronden zou cederen ten overstaan van de onderne haar deur vanwege onbekendheid me mogelijkheden van 'bezoek' aldaar, v Daarom dus toch maar een enkele op leiding van de bijdrage van mr. M.F.F. blad⁴ onder de bovenstaande titel tot : Schrijfster poneert de stelling dat er s door een rechter⁵ een uitspraak is gec of de ondernemingsraad een adviesre zien van een voorgenomen besluit to

* Mr. J.H.M. Willems is vice-president van Amsterdam, voorzitter van de ondernemi

1. Waarvan de belangrijkste zijn: het adviesr op de ondernemingsraden, het enquêterec ling (overigens in hoger beroep), de uitkoe jaarrekeningrecht.

2. Naast de zogeheten raden één voorzitter c taken binnen het hof vervult, twee raadsh van de werktijd, één griffier en één – niet c taresse.

3. Zie bijvoorbeeld voor het enquêterecht art