



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Volg het spoor terug

van Slooten, J.

Publication date

2011

Document Version

Final published version

Published in

Een trip langs de hagen van het sociaizekerheidsrecht: liber amicorum voor prof. mr. J. Riphagen

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

van Slooten, J. (2011). Volg het spoor terug. In B. B. B. Lanting, S. S. M. Peters, & M. Westerveld (Eds.), *Een trip langs de hagen van het sociaizekerheidsrecht: liber amicorum voor prof. mr. J. Riphagen* (pp. 65-72). Boom Juridische uitgevers.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

EEN TRIP LANGS DE HAGEN

van het socialezekerheidsrecht

Liber amicorum voor prof. mr. J. Riphagen

Onder redactie van:
Mr. dr. drs. B.B.B. Lanting
Mr. dr. S.S.M. Peters
Prof. mr. M. Westerveld

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2011

© 2011 B.B.B. Lanting, S.S.M. Peters en M. Westerveld (red.) / Boom
Juridische uitgevers

Omslagfoto: Dirk Gillissen

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-439-5
NUR 825

www.bju.nl

INHOUDSOPGAVE

LIJST VAN AFKORTINGEN	vii
EEN TRIP LANGS DE HAGEN van het socialezekerheidsrecht	1
STELSEL IN BEWEGING	
1 Verwijtbare werkloosheid en incentivering: two is company, three is none <i>Robert Knegt</i>	5
2 Activerend sociaal recht, een rechtsgebied op het snijvlak <i>Mies Westerveld</i>	19
3 Dynamiek en bescherming: waar liggen de grenzen? <i>Saskia Klosse en Saskia Peters</i>	35
VOETANGELS EN KLEMMEN	
4 De loonsanctie <i>Edith Franssen</i>	51
5 Volg het spoor terug <i>Jaap van Slooten</i>	65
6 Een gat in het vangnet <i>Willem Bouwens</i>	73
RECHTSBESCHERMING	
7 Nooit recht op WW na strafontslag? <i>Anita Damsteegt en Linda Lanting</i>	85
8 De omvang van het geding en ongelijkheidscompensatie <i>Pieter Fluit</i>	103

9	Schadevergoeding na arbeidsongeval en beroepsziekte <i>Wim Eshuis</i>	117
----------	--	-----

**SUPRANATIONALE NORMSTELLING,
NATIONALE VORMGEVING**

10	Grensoverschrijdend socialezekerheidsrecht: Nederland en het Hof van Justitie <i>Frans Pennings</i>	135
-----------	---	-----

11	Socialezekerheidsrecht en mededingingsrecht <i>Eddy Dijt</i>	149
-----------	---	-----

12	De internationaalrechtelijke grenzen van re-integratie <i>Malva Driessen</i>	161
-----------	---	-----

BIBLIOGRAFIE VAN JAAP RIPHAGEN	177
---------------------------------------	-----

OVER DE AUTEURS	185
------------------------	-----

LIJST VAN AFKORTINGEN

AAW	Algemene Arbeidsongeschiktheidswet
Abbb	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur
ABRvS	Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State
Abw	Algemene Bijstandswet (1996)
AKW	Algemene Kinderbijslagwet
AOW	Algemene Ouderdomswet
Awb	Algemene wet bestuursrecht
AWBZ	Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten
AWW	Algemene Weduwen- en Wezenwet
BW	Burgerlijk Wetboek
CAO	Collectieve arbeidsovereenkomst
CRvB	Centrale Raad van Beroep
CWI	Centrum voor Werk en Inkomen
EC	Europese Commissie
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EG	Europese Gemeenschap
ECRM	Europese Commissie voor de Rechten van de Mens
EGB	Extra Garantierегeling Beroepsrisico's
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
ESH	Europees Sociaal Handvest
EVRM	Europees Verdrag van de Rechten van de Mens
EU	Europese Unie
FML	Functionele Mogelijkheden Lijst
HR	Hoge Raad
HvJ	Hof van Justitie
IAO	Internationale Arbeidsorganisatie
ILO	International Labour Organization
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en Politieke Rechten
IVESCR	Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
Mb-SZW	Maatregelenbesluit socialezekerheidswetten
Mw	Mededingingswet
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit
OPS	Organisch Psycho Syndroom
PEMBA	Wet Premiedifferentiatie en marktwerking bij arbeidsongeschiktheid
RWW	Rijksgroepregeling Werkloze Werknemers
SMA	Sociaal Maandblad Arbeid

EEN TRIP LANGS DE HAGEN

SUWI	Wet Structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen
SZR	Socialezekerheidsrecht
SZW	Sociale Zaken en Werkgelegenheid
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
WAO	Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering
WAZ	Wet Arbeidsongeschiktheidsverzekering Zelfstandigen
WGA	Werkhervatting Gedeeltelijk Arbeidsgeschikten
Wet REA	Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten
Wet WIA	Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen
WIJ	Wet Investeren in Jongeren
WMO	Wet maatschappelijke ondersteuning
Wulbz	Wet uitbreiding loondoorbetalingsverplichting bij ziekte
WVG	Wet Voorzieningen Gehandicapten
WW	Werkloosheidswet
WWB	Wet Werk en Bijstand
WWV	Wet Werkloosheidsvoorziening
Zvw	Zorgverzekeringswet
ZW	Ziektewet

5 Volg het spoor terug¹

Jaap van Slooten

Dertig jaar geleden publiceerde Sociaal Maandblad Arbeid een analyse van het Hoge Raad-arrest Roovers/De Toekomst.² Er was alle aanleiding voor een artikel over dit baanbrekende arrest. Het bleek het eerste in een lange rij van arresten waarbij de Hoge Raad de rechtspositie van arbeidsongeschikte werknemers verbeterde. De kern van deze rechtspraak is dat een werknemer die als gevolg van ziekte niet langer arbeidsgeschikt is, onder omstandigheden toch ander werk, dan wel loon van de werkgever kan afdwingen. Het begon met de opmerking van het begrip “bedongen arbeid”. Tot het arrest Roovers/De Toekomst werd aangenomen dat een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer geen aanspraak kon maken op gedeeltelijke uitoefening van zijn taak. Sinds het arrest vielen de volgende situaties ook onder "de bedongen arbeid":

- a. De werknemer die nog wel hetzelfde werk verricht als toen hij nog volledig arbeidsgeschikt was, maar gedurende minder uren per week.
- b. De werknemer die hetzelfde werk verricht gedurende dezelfde werktijd, maar met tempoverlies.
- c. De werknemer die nog maar een gedeelte van zijn taken kan uitoefenen.

De analyse in SMA signaleerde nog wel een lacune. Die hield in dat er ook werknemers waren die geen enkel onderdeel van de oorspronkelijk bedongen arbeid konden verrichten. Zij konden slechts andere passende arbeid doen. De schrijver bepleitte dat voor hen volgens het volgende stramien een oplossing kon worden bedacht:

- Een goed werkgever moet (in beginsel) ander passend werk laten verrichten op grond van art. 7:611 BW (1638z).
- De werkgever die dat nalaat is analoog aan art. 7:628 BW (1638d) loon verschuldigd.³

De bescheiden auteur moet een gevoel van trots hebben gehad toen hij kennis nam van het volgende arrest van de Hoge Raad over deze materie, Van

¹ Dank gaat uit naar mr. W. van Zandwijk die het materiaal heeft verzameld en heeft meegeholpen bij het analyseren daarvan.

² HR 3 februari 1978, *NJ* 1978/248.

³ J. Riphagen, ‘Enkele vragen rond de werkhervatting van de gedeeltelijk hersteldverklaarde werknemer’, *SMA* 1981, p. 142-155, aldaar p. 150: “...ofwel men acht de weg via 1638d onbegaanbaar en zoekt een opening via 1638z. Dit laatste door art. 1638z zo te interpreteren dat hieronder ook de verplichting valt tot herplaatsing van de slechts voor passend werk geschikte werknemers.”

Haaren/Cehave.⁴ Juist de door Riphagen (want die was het) aangereikte redenering ontmoette veel bewondering.⁵

De private re-integratieverplichting van de werkgever was geboren. Het arrest heeft de wetgever – naast een almaar oplopend aantal arbeidsongeschikte werknemers – in de jaren '90 geïnspireerd om die privatisering door te zetten. Eerst was er de Wulbz (1996), toen de Wet Verbetering Poortwachter (2001) en ten slotte de Wet Verlenging Loondoorbetalingsverplichting bij ziekte (2003). Zoals bekend heeft de werkgever een loondoorbetalingsverplichting van maximaal twee jaar. Daartegenover staat een verplichting van de werknemer ander passende arbeid te verrichten.

Ik maak nu een sprong naar 2011. Een nieuw probleem in verband met re-integratie van zieke werknemers dient zich sinds enige tijd aan. Dat ziet op de werknemer die na twee jaar ziekte opnieuw uitvalt. Heeft hij dan weer recht op twee jaar loon?

De situaties waarin dit speelt zijn vaak als volgt. Een werknemer is ongeschikt nog langer zijn bedongen arbeid te verrichten. Op grond van art. 7:629 BW heeft hij gedurende twee jaar recht op minimaal 70% van zijn loon. In de praktijk wordt dit meestal aangevuld tot 100%. In de tussentijd is hij allang ander passende arbeid gaan verrichten bij de werkgever. In een aantal gevallen werkt hij weer fulltime in een andere functie of in een al dan niet tijdelijk gecreëerde functie. Het kan zijn dat terugkeer naar de oorspronkelijke functie reeds is uitgesloten omdat zijn ongeschiktheid hem dat permanent verhindert; het kan ook zijn dat dat nog onduidelijk is. Gedurende de loondoorbetalingsverplichting behoudt de werknemer het loon dat hoort bij de oorspronkelijk bedongen arbeid. Dat is een voordeel voor hem, omdat de passende arbeid doorgaans een lagere loonwaarde heeft. Na afloop van de tweejaarsperiode verandert er in de praktijk vaak niets. De werknemer blijft de passende arbeid verrichten; de werkgever het oorspronkelijke loon betalen.

Maar dan wordt de werknemer opnieuw ziek hetzij als gevolg van dezelfde klachten, hetzij als gevolg van ander onheil. Het probleem is dan hoe moet worden omgegaan met de loondoorbetalingsverplichting. Ontstaat er een nieuwe verplichting van twee jaar of valt deze ongeschiktheid nog onder het bereik van de oude, reeds verbruikte verplichting? De werknemer krijgt er nu belang bij om te stellen dat de passende arbeid die hij al die tijd heeft verricht in feite bedongen arbeid was en wel *nieuwe* bedongen arbeid. Niet iedere werknemer lukt dat. Dat is een groot maatschappelijk probleem waar al vaak door schrijvers op is gewezen.⁶ Het kan er toe leiden dat de werknemer blijvend zonder enig

⁴ HR 8 november 1985, NJ 1986/309 (*Van Haaren/Cehave*).

⁵ Zie P.F. van der Heijden, 'Een strikte rechter? Iets over rechtsvinding in het arbeidsrecht', *NJB* 1996, p. 155 e.v.

⁶ Zie o.m. P. Burger, 'Tussen WIA, ZW en loonbetalinggevallen', *SR* 2007, p.114-115 en

inkomen komt te zitten. En daarnaast riskeert de werknemer ook nog dat het opzegverbod tijdens ziekte niet geldt, nu art. 7:670 BW dat verbod beperkt tot ongeschiktheid tot het verrichten van “zijn arbeid” (hetgeen dient te worden uitgelegd als bedongen arbeid).

Voor de werkgever staat er uiteraard ook een hoop op het spel. Hij kan, mogelijk niet lang na een eerste periode van twee jaar, verplicht worden om opnieuw twee jaar loon door te betalen. Er zijn werkgevers die dat financieel niet kunnen dragen en er ook niet voor verzekerd zijn.

De grote vraag is wanneer nog van passende arbeid moet worden gesproken en wanneer kan worden aangenomen dat dit is veranderd in bedongen arbeid. De laatste jaren is daar een aantal uitspraken over verschenen. Ik heb er daarvan elf onderzocht over de periode juni 2007-juni 2010.⁷ In vijf van deze elf zaken werd geen loondoorbetalingsverplichting aangenomen, omdat het nog steeds zou gaan om passende arbeid; in 6 zaken was er wel sprake van een nieuwe loondoorbetalingsverplichting. Die uitslag is een aanwijzing dat de rechters worstelen met deze vraag.

Bij nadere analyse blijkt dat vier criteria worden gehanteerd voor de beoordeling van de vraag wanneer sprake is van overgang van passende arbeid naar bedongen arbeid. Ik moet er wel aan toevoegen dat veel zaken op dit gebied erg feitelijk zijn; dat bemoeilijkt soms de indeling. De criteria zijn:

1. er is een *uitdrukkelijke* overeenkomst gesloten waarin passende arbeid bedongen arbeid is geworden;
2. er is een *stilzwijgende* overeenkomst tot stand gekomen waarmee de passende arbeid bedongen arbeid is geworden;
3. de werkgever had de werknemer een *aanbod moeten doen* om de passende arbeid bedongen arbeid te laten worden, en
4. terugkeer in de bedongen arbeid is niet meer mogelijk.

Van de elf uitspraken zijn er tien beslecht op grond van criterium (1) of (2), die ik hierna de contractuele methode zal noemen. Slechts één uitspraak van de Kantonrechter Utrecht, hanteert criterium (3). Dit criterium noem ik de arbeidsrechtelijke methode.

de bijdrage van W.H.A.C.M. Bouwens elders in deze bundel.

⁷ Hof Arnhem 1 juni 2010, *RAR* 2010/115; Hof Amsterdam 29 juni 2010, *JAR* 2010/230; Kantonrechter Utrecht 7 december 2009, *JAR* 2010/80; Hof Den Bosch 6 januari 2009, *JAR* 2009/154; Kantonrechter Amsterdam 1 februari 2010, *JIN* 2010/398; Kantonrechter Haarlem 20 juni 2007, *LJN* BA9758; Hof Amsterdam 21 juli 2009, *USZ* 2009/345; Kantonrechter Haarlem 25 februari 2009, *LJN* BH5169; Hof Leeuwarden 22 augustus 2007, *LJN* BB2223; Hof Amsterdam 13 januari 2009, *LJN* BH4334; Kantonrechter. Eindhoven 10 juli 2008, *LJN* BD6908.

De rechters die de contractuele methode hanteren, worstelen daarmee. Ter illustratie noem ik twee recente arresten. In de zaak die Hof Arnhem⁸ beoordeelde werd al gedurende ruim 20 jaar passende arbeid verricht. Deze arbeid werd door het Hof aangemerkt als bedongen arbeid. Hoewel tussen partijen niet uitdrukkelijk was overeengekomen dat de passende arbeid als bedongen arbeid moest worden aangemerkt, mocht de werknemer er gerechtvaardigd op vertrouwen dat de arbeidsovereenkomst was gewijzigd. Het Hof noemt als relevante omstandigheden ten eerste dat gedurende de 20 jaar dat de werknemer in de bedongen functie werkte door de werkgever er niet op is aangestuurd dat de werknemer zijn oude werk weer zou hervatten. Ten tweede was van belang dat niet te verwachten was dat de werknemer weer terug zou keren in zijn oorspronkelijk bedongen arbeid. Ten derde had de werkgever in die 20 jaar niets ondernomen waaruit de werkgever had moeten afleiden dat de passende arbeid niet de bedongen arbeid was.

Hof Amsterdam⁹ overwoog in een andere zaak dat de wijziging van de passende in de bedongen arbeid een wijziging van de arbeidsovereenkomst impliceerde. Voor een dergelijke wijziging is een daartoe strekkende overeenkomst vereist. Een wijziging kan volgens het Hof echter ook tot stand komen indien de werknemer er gerechtvaardigd op heeft mogen vertrouwen dat de passende arbeid moest gelden als de bedongen arbeid. Hiervan kan sprake zijn indien de werknemer gedurende een niet te korte periode arbeid heeft verricht waarvan de aard en de omvang tussen partijen niet ter discussie staat. Indien de arbeidsomvang steeds verandert gedurende die periode, zal geen sprake zijn van wijziging van de passende in de bedongen arbeid. Er zijn ook rechters die oordelen dat niet te snel van een stilzwijgende overeenkomst tot wijziging kan worden uitgegaan.

Dogmatisch interessant aan deze contractuele benadering is hoe zij zich verhoudt tot het leerstuk van de wijziging van de arbeidsovereenkomst. Dat leerstuk lijkt overigens te zijn voortgekomen uit de re-integratiearresten, die (zie hierboven) ook de re-integratieverplichting hebben voortgebracht.¹⁰ Zoals bekend heeft de Hoge Raad in het arrest Van der Lely/Taxi Hofman geoordeeld dat een goed werknemer gehouden kan zijn een voorstel tot het verrichten van ander werk te accepteren. In het arrest Stoof/Mammoet is deze verplichting met verdere waarborgen voor de werknemer omkleed. In ieder geval is daaruit af te leiden dat een verplichting om een wijzigingsvoorstel te aanvaarden, niet zomaar uit de lucht kan komen vallen.

⁸ Hof Arnhem 1 juni 2010, *RAR* 2010/115.

⁹ Hof Amsterdam 29 juni 2010, *JAR* 2010/230.

¹⁰ Uitgebreider over het verband mijn noot bij Stoof/Mammoet in *ArA* 2008/3, p. 3 e.v.

Voorts valt te wijzen op het CZ-arrest.¹¹ Hierin oordeelde de Hoge Raad over een geval waarbij een wijziging van de arbeidsovereenkomst die een verslechtering inhield voor de werknemers, tot stand was gekomen. Die vraag moest volgens de Hoge Raad in beginsel worden beantwoord aan de hand van de algemene regels voor de totstandkoming van een (nadere) overeenkomst, “*zij het dat, gelet op de aard van de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer, de werkgever er slechts op mag vertrouwen dat een individuele werknemer heeft ingestemd met een wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden die voor hem een verslechtering daarvan inhoudt, indien aan de werknemer duidelijkheid over de inhoud van die wijziging is verschaft en op grond van verklaringen of gedragingen van de werknemer mag worden aangenomen dat deze welbewust met die wijziging heeft ingestemd*”. Ook hier is duidelijk dat de werknemer zich goed moet hebben gerealiseerd waar hij mee instemde en dat zo'n instemming inderdaad niet te makkelijk stilzwijgend kan worden geconstrueerd. Uiteraard is van belang dat deze arresten – ook in hun bewoordingen – zijn toegesneden op de situatie waarin een verslechtering voor de werknemer ontstond.

Ik keer nu terug naar de werknemer die passende arbeid verricht en die stelt dat dit bedongen arbeid is geworden. Als hier inderdaad het leerstuk van de wijziging van een overeenkomst op van toepassing is en er *dus* sprake moet zijn van aanbod en aanvaarding, is de vraag wie heeft voorgesteld de passende arbeid bedongen te maken. Het ligt voor de hand dat het de werknemer is geweest, aangezien hij er belang bij heeft. Vaak zal voor de werkgever gelden dat het niet in zijn belang is definitief overeen te komen dat de andere passende arbeid (met een lagere loonwaarde) wordt gecontinueerd op basis van het oude salaris.

Zijn de regels uit Stoof/Mammoet en CZ nu ook van toepassing indien het voorstel een verslechtering voor de werkgever inhoudt? Het lijkt mij dat dit niet onverkort het geval zal zijn. Toch is opvallend dat de Hoge Raad de eisen van informatie en bewustzijn baseert op “de aard van de rechtsverhouding tussen de werkgever en de werknemer”. Hij had het ook kunnen baseren op de ongelijke positie van de werknemer. Denkbaar is dat voor de werkgever een minder streng criterium geldt. Zo geldt ook bij de onderzoeksplicht naar aanleiding van een opzegging voor de werkgever een verdergaande verplichting dan voor de werknemer. En toch zou het vreemd zijn indien geen enkele eis wordt gesteld aan de mate van informatie en bewustzijn die de werkgever heeft bij het afspreken van nieuwe “bedongen arbeid”. Het aangaan van een gewijzigde, maar daarmee ook nieuwe arbeidsovereenkomst, heeft meer implicaties dan alleen de loondoorbetalingsverplichting. Zo heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de werkgever een nieuwe proeftijd kan bedingen.¹² Wellicht moet een

¹¹ HR 12 februari 2010, *JAR* 2010/71.

¹² Van Haren/Cehave.

concurrentiebeding worden overgesloten en het is zelfs denkbaar dat de Ragetlieregel van toepassing is in een overeenkomst voor bepaalde tijd. Eerder wees ik al op het feit dat de passende arbeid (die dan weer bedongen wordt) vaak een lagere loonwaarde heeft. Ook over dat loon moeten afspraken worden gemaakt. Dan is er nog de informatieverplichting op grond van art. 7:655 lid 3 BW: indien in de “functie van de werknemer of de aard van zijn arbeid” wijziging optreedt, moet dat binnen een maand schriftelijk aan de werknemer worden meegedeeld. De werkgever kan natuurlijk alleen maar aan een dergelijke verplichting voldoen als hij zich realiseert dat de functie of de bedongen arbeid is gewijzigd.

Het is, kortom, in mijn ogen wat erg gekunsteld om een stilzwijgende overeenstemming over de bedongen arbeid te construeren, zonder aandacht te besteden aan de vraag of de werkgever in staat is geweest een van zijn wensen of belangen naar voren te brengen. Om die reden vind ik de contractuele methode dogmatisch niet gewenst. Frikkee¹³ acht het daarentegen goed verdedigbaar dat “als een werknemer na ommekomst van de eerste twee ziektejaren uitvalt en hij op dat moment van uitval gedurende ten minste 6 maanden passende arbeid heeft verricht (in een aangepaste functie of voor minder uren in de oorspronkelijke uren in de oorspronkelijke functie), de passende arbeid in ieder geval als de bedongen arbeid *dient te worden aangemerkt* en de werknemer jegens de werkgever dus nieuw recht op loondoorbetaling bij ziekte heeft (bijzondere omstandigheden uitgezonderd)”. De periode van zes maanden ontleent zij aan de CAO voor de technische installatiebedrijven en art. 44 Zw. Zijzelf erkent impliciet dat dit niet meer dan ondersteunende argumenten zijn. Voorts baseert zij zich op een passage uit de wetsgeschiedenis van de Wet Verbetering Poortwachter die stamt uit oktober 2001. Zij leest daarin de bedoeling van de wetgever dat er stilzwijgend een nieuwe arbeidsovereenkomst is ontstaan. De passage waar het om gaat biedt naar mijn mening niet ondubbelzinnig steun voor haar interpretatie. De zin die Frikkee aanhaalt, luidt: “Als wordt vastgesteld dat een werknemer blijvend arbeidsongeschikt is voor de eigen werkzaamheden en binnen het bedrijf ander passend werk voorhanden is, ligt het in de rede, dat voor de nieuwe werkzaamheden een nieuwe arbeidsovereenkomst wordt aangeaan.”¹⁴

Op zich kan ik hier al niet met zekerheid de door Frikkee gelezen bedoeling vinden. “In de rede liggen” is iets anders dan de werkgever verplichten een aanbod te doen of een wijziging te dulden. Maar de passage waaruit dit citaat komt, begint als volgt: “Deze leden, alsook Pennings, vragen hiermee naar de rechtspositie van de werknemer bij aanvaarding van (andere) passende arbeid. *Naar de mening van de regering wordt hierin met het onderhavige wetvoorstel*

¹³ C.J. Frikkee, "De bedongen arbeid na twee jaar loondoorbetaling", *SR* 2008/11, p. 320-322.

¹⁴ *Kamerstukken I 27 678*, nr. 37a, p. 27.

geen verandering aangebracht,”. Met andere woorden: de wetgever heeft niet de bedoeling gehad om de in oktober 2001 bestaande opvattingen over de rechtspositie van de werknemer te verruimen.¹⁵

Ik heb nog een argument dat tegen de contractuele methode pleit. De weg van passende arbeid naar bedongen arbeid zou niet makkelijker moeten zijn dan de weg van bedongen arbeid naar passende arbeid. Een traject van bedongen naar passend neemt nog altijd als uitgangspunt dat de werknemer (al dan niet geholpen door arbeidsdeskundigen) of de (goede) werkgever *aanbiedt* ander werk te verrichten. Dat brengt mee dat de werkgever zich bewust is van de wijziging die plaatsvindt. Het ontgaat mij waarom dat bewustzijn niet als eis mag worden gesteld (of van belang is), indien de passende arbeid weer bedongen wordt. Eerder andersom: de gang van bedongen naar passend is tijdelijk van aard; de gang van passend naar bedongen is in beginsel definitief (tenzij zich weer arbeidsongeschiktheid voordoet). Hieraan zouden dus juist zwaardere eisen moeten worden gesteld.

De contractuele methode is derhalve erg gekunsteld, inconsistent en potentieel onevenwichtig indien men let op de belangen van de werkgever. Daartegenover zou ik de arbeidsrechtelijke methode willen bepleiten. De werknemer dient een aanbod te doen om de passende arbeid voortaan als bedongen arbeid op te vatten. De werkgever zal op grond van art. 7:611 BW dat aanbod in beginsel moeten aanvaarden, waarbij hij wel voorwaarden kan stellen aan beloning, duur en andere aspecten. Uiteraard zal de werkgever daarin niet teveel vrijheid mogen hebben. Bovendien zou dan moeten gelden dat de werkgever ook gehouden is dat aanbod te accepteren indien de werknemer weer ziek is, tenzij dit redelijkerwijze niet van de werkgever kan worden verwacht. Deze methode verhuult niet de belangentegenstelling tussen werknemer en werkgever, maar aanvaardt op basis van goed werkgeverschap de verplichting om op een aanbod in te gaan. Bovendien sluit zij dogmatisch goed aan bij de re-integratiejurisprudentie van de Hoge Raad waarmee het allemaal (inclusief dit artikel) begon. In die rechtspraak was ook de *werknemer* gehouden een *aanbod* tot bedongen of passende arbeid te doen, waarna de werkgever dat aanbod diende te accepteren, “tenzij dit redelijkerwijs niet van hem gevraagd kan worden”. In de laatstgenoemde zinsnede zit dan ook een escape voor de schrijnende gevallen aan werkgeverzijde. Ten slotte zou deze methode weer een nieuwe levensfase bieden aan de gedachte die Jaap Riphagen in 1981 verwoordde. Ik hoor hem zeggen tegen de rechters van tegenwoordig: “Wees

¹⁵ Zie voorts C.J. Frikkee, ‘Wijziging passende arbeid in de bedongen arbeid’, *TRA* 2009, 4, p. 22; B. Barentsen, *Groene Serie Privaatrecht, Arbeidsovereenkomst Plus*, art. 7:629, aantek. 6; Ch. M. Hettinga, ‘Onderbreking van de loondoorbetalingsplicht bij ziekte’, *ArbeidsRecht* 2006/5; H. Dammingh, ‘Loondoorbetaling bij gedeeltelijke hervatting in bedongen arbeid of passende arbeid’, *Arbeid Integraal* 2006/2.

EEN TRIP LANGS DE HAGEN

wijs, creatief en moedig en laat u inspireren door de rechtsvindingsmethode die de Hoge Raad 30 jaar geleden al aanvaardde”. Volg het spoor terug.