

RECHTSPRAAK

# werknemer/Achmea Interne Diensten N.V.

## ***Ex tunc-toetsing sluit beroep op opzegverbod eerst in hoger beroep niet uit.***

### *Feiten*

(Cassatieberoep van AR 2017-1282) 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. 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. Uiteindelijk verzoekt Achmea ontbinding op de d-grond. Het hof heeft ex tunc beoordeeld of de kantonrechter de arbeidsovereenkomst van de werknemer mocht ontbinden op de d-grond (disfunctioneren). In cassatie klaagt de werknemer dat het hof daarbij heeft miskend dat in hoger beroep, indien dat in eerste aanleg is nagelaten, alsnog een beroep kan worden gedaan op het opzegverbod tijdens ziekte en op de omstandigheid dat zijn ongeschiktheid het gevolg is van ziekte of gebreken in de zin van artikel 7:669 lid 3 aanhef en sub d BW. Verder klaagt de werknemer dat het hof ten onrechte niet inhoudelijk heeft beslist op zijn verweer dat zijn ongeschiktheid het gevolg is van ziekte, althans dat het hof zijn oordeel op dit punt onvoldoende heeft gemotiveerd.

### *Oordeel*

De Hoge Raad oordeelt als volgt.

### *Ex tunc-toetsing sluit beroep op opzegverbod eerst in hoger beroep niet uit*

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 (r.o. 5.2) en op de uitkomst van het neuropsychologisch onderzoek als second opinion (r.o. 5.2 en 5.3). Wat betreft het beroep op het opzegverbod kan de gegrondheid van de klacht echter niet tot cassatie leiden. Het hof heeft immers in r.o. 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 r.o. 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.

#### *Ziektebeoordeling onderdeel van d-grond-toetsing*

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 artikel 7:669 lid 3 sub 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 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 r.o. 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 artikel 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 artikel 7:669 lid 3 sub d BW.

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 19-07-2019

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2019:1234

**Zaaknummer:** 18/03945

**Rechters:** C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, G. Snijders, M.J. Kroeze en H.M. Wattendorff

**Advocaten:** R.A.A. Duk en S.F. Sagel

**Wetsartikelen:** 7:670 lid 1 BW en 7:669 lid 3 onder d BW