

Raad eerder heeft overwogen (zie de uitspraak van 22 maart 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1239), kan verzoekster met het hoger beroep niet bereiken dat de bekorting van de aan [X] opgelegde loonsanctie ongedaan wordt gemaakt. De rechtbank heeft in dit verband terecht gewezen op het herstelkarakter van de loonsanctie. Een loonsanctie is niet bedoeld om de werknemer een geldelijk voordeel te verschaffen, maar om te bewerkstelligen dat de werkgever tot een adequate re-integratie-inspanning komt door zijn tekortkoming ten aanzien van bepaalde verplichtingen of re-integratie-inspanningen te herstellen (zie de uitspraak van de Raad van 2 oktober 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:1905). Deze mogelijkheid tot herstel is er niet meer in de situatie van verzoekster, waarin na de bekorting van de loonsanctie, na einde wachttijd, wordt vastgesteld dat deze bekorting ten onrechte heeft plaatsgevonden. Met overeenkomstige toepassing van artikel 25, elfde lid, van de Wet WIA wordt geoordeeld dat het Uwv de bekorting van de loonsanctie daarom niet meer ongedaan kon maken en ook geen nieuwe loonsanctie meer kon opleggen. Omdat het Uwv bij het bestreden besluit de onrechtmatigheid van de bekorting van de loonsanctie reeds heeft erkend, hoeft de Raad zich daarover niet uit te laten en is in het geval van verzoekster ook daarin geen procesbelang gelegen. Zoals de rechtbank terecht heeft overwogen kan verzoekster een verzoek om schadevergoeding bij het Uwv indienen. Ter zitting heeft verzoekster te kennen gegeven dat zij dit verzoek om haar moverende redenen pas na afloop van deze hogerberoepsprocedure wil gaan indienen. Tot slot wordt overwogen dat het beroep op de uitspraak van de Raad van 6 april 2022 (ECLI:NL:CRVB:2022:769) niet slaagt. Overweging 4.3 van de Raad in die zaak is niet los te zien van het oordeel over het procesbelang en het in die zaak ingediende verzoek om schadevergoeding.

4.5. Uit wat is overwogen in 4.4 volgt dat het hoger beroep niet-ontvankelijk is.

4.6. Omdat het hoger beroep niet slaagt, behoeft het incidenteel hoger beroep, gelet op het voorwaardelijk karakter daarvan, geen bespreking. Het Uwv heeft ter zitting overigens toegezegd dat het Uwv in verband met de onrechtmatige bekorting van de loonsanctie, geen schade zal verhalen op [X].

5. Voor een veroordeling in de proceskosten bestaat geen aanleiding.

6. Gelet op het oordeel in de hoofdzaak bestaat geen grond voor het treffen van een voorlopige voorziening, zodat het verzoek daartoe zal worden afgewezen.

Beslissing

De voorzieningenrechter van de Centrale Raad van Beroep

- verklaart het hoger beroep niet-ontvankelijk;
- wijst het verzoek om een voorlopige voorziening af.

Arbeidsongeschiktheid

145

Van een werkgever kan worden verlangd dat een ruimte wordt gecreëerd waarin appellant zich kan terugtrekken voor de benodigde powernaps

Centrale Raad van Beroep
22 maart 2023, nr. 22/863 WIA,
ECLI:NL:CRVB:2023:522
(Rijnbeek)
Noot E. van den Bogaard

Zodanige voorzieningen. Ruststoel.

[Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheids-wetten art. 9]

Samenvatting: Gelet op de vrij beperkte frequentie en duur van de powernaps en de aard en inhoud van de geselecteerde functies, bestaat geen aanleiding voor het oordeel dat van een werkgever in redelijkheid niet kan worden verlangd om appellant in de hem voorgehouden functies te werk te stellen. Ook in diverse andere situaties mag van een werkgever worden verwacht dat hij de werknemer in de gelegenheid stelt zich terug te trekken, zoals bij medisch noodzakelijk langer of frequent toiletbezoek, extra tijd voor verschonen of het legen van een stoma of kolf- of borstvoedingstijd. Geen aanleiding voor een urenbeperking. De arbeidsdeskundige bezwaar en beroep heeft verder overtuigend gemotiveerd dat in dit geval van een werkgever kan worden ver-

langd dat een ruimte wordt gecreëerd waarin appellant zich kan terugtrekken voor de benodigde powernaps. De neuroloog heeft geschreven dat een ruststoel in een rustige omgeving volstaat.

Uitspraak op het beroep tegen het besluit van de Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen van 28 februari 2022, tussen:

[appellant] te [woonplaats] (appellant)
de Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (Uwv)

Procesverloop

Bij uitspraak van 16 december 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:3206, heeft de Raad een uitspraak van de rechtbank Noord-Holland vernietigd en met toepassing van artikel 8:113, tweede lid van de Algemene wet bestuursrecht bepaald dat tegen een door het Uwv nieuw te nemen besluit op het bezwaar van appellant slechts bij de Raad beroep kan worden ingesteld.

Bij besluit van 28 februari 2022 (bestreden besluit) heeft het Uwv een nieuw besluit genomen en daarbij het bezwaar van appellant gegrond verklaard en de WIA-uitkering van appellant met ingang van 2 januari 2020 beëindigd.

Namens appellant heeft mr. A.A. Bouwman, advocaat, beroep ingesteld.

Het Uwv heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 8 februari 2023. Appellant is verschenen, bijgestaan door mr. Bouwman. Het Uwv heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. C. Roele.

Overwegingen

1.1. Voor een uitgebreide weergave van de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden verwijst de Raad naar de uitspraak van 16 december 2021. Daaraan wordt het volgende toegevoegd.

1.2. Uit de brief van 2 augustus 2018 van neuroloog/somnoloog dr. N.J. Wiendels volgt dat een belangrijk onderdeel van de behandeling is dat dat er een of twee keer per dag de gelegenheid bestaat om op gezette tijden een dutje te doen van 20 minuten. Uit een e-mail van 29 september 2021 van neuroloog/somnoloog dr. G.J. Lammers blijkt dat er twee à drie powernaps nodig zijn en dat een ruststoel in een rustige omgeving dient te staan, niet in een drukke fabriekshal. De Raad heeft in zijn uitspraak van 16 december 2021

overwogen dat het Uwv onvoldoende heeft gemotiveerd waarom het standpunt van de neuroloog, dat appellant twee à drie powernaps per dag nodig heeft, niet gevolgd zou moeten worden. Daarbij is tevens van belang geacht dat de primaire arts in de Functionele Mogelijkhedenlijst (FML) van 25 oktober 2018 deze beperking (één of twee keer een dutje doen van 20 minuten) wel heeft opgenomen en er in het rapport van de verzekeringsarts van 17 maart 2017, dat ten grondslag ligt aan de toekenning van de WIA-uitkering, zelfs een urenbeperking van 4 uur per dag is aangenomen vanwege de narcolepsie met kataplexie. Dat appellant zijn slaapmomenten zou moeten combineren met zijn reguliere pauzes is geen reële optie, nu deze voor andere activiteiten (maaltijd, vertreden) bedoeld zijn en (mogelijk) ook niet lang genoeg zijn.

1.3. Het Uwv heeft ter uitvoering van deze uitspraak het bestreden besluit genomen. In dat besluit heeft het Uwv het bezwaar van appellant tegen het besluit van 1 maart 2019 opnieuw gegrond verklaard en de WIA-uitkering van appellant met ingang van 2 januari 2020 beëindigd. De verzekeringsarts bezwaar en beroep heeft in de FML van 12 januari 2022 opgenomen dat appellant de gelegenheid moet hebben om twee keer per dag gedurende 20 minuten te slapen, los van de normale pauzes op grond van de Arbeidstijdenwet. De arbeidsdeskundige bezwaar en beroep heeft in zijn rapport van 17 februari 2022 vastgesteld dat in ieder geval de functies van textielproductenmaker (excl. vervaardigen textiel) (SBC-code 111160), medewerker tuinbouw (planten/bloemen/vruchten) (SBC-code 111010) en productiemedewerker papier, karton, drukkerij (SBC-code 111174), nog geschikt zijn en heeft op basis daarvan de mate van arbeidsongeschiktheid van appellant berekend en deze vastgesteld op 23,33%.

2. Appellant heeft tegen het bestreden besluit samengevat aangevoerd dat het Uwv ten onrechte geen urenbeperking in de FML heeft opgenomen. Door de powernaps is appellant minimaal 40 minuten per dag en 200 minuten per week verminderd beschikbaar. Dat appellant eerder aan zijn werkzaamheden begint of daar langer mee doorgaat, is niet realistisch. In de geselecteerde functies dient in ploegendiensten te worden gewerkt waarbij werknemers elkaar afwisselen en van een werkgever kan niet worden verlangd dat hij een bijgebouw plaatst. Een langere werkdag vergt daarnaast nog meer energie van appellant. Het

Uwv dient per functie aan te tonen dat de aanpassingen kunnen worden uitgevoerd.

3. Het Uwv heeft in zijn verweerschrift uiteengezet dat het uitvoering heeft gegeven aan de uitspraak van de Raad van 16 december 2021 door een gewijzigde FML op te stellen waarin is opgenomen dat appelland twee keer per dag gedurende 20 minuten in de gelegenheid wordt gesteld om te slapen, los van de pauzes op grond van de Arbeidstijdenwet. De arbeidsdeskundige heeft gemotiveerd dat appelland ondanks de extra beperking minder dan 35% arbeidsongeschikt blijft. Met tweemaal 20 minuten rust per dag moet appelland in staat zijn om 8 uur per dag te werken. Het rusten geeft appelland weer energie om aan het werk te gaan en bijna alle werkgevers hebben flexibele werktijden. De arbeidsdeskundige bezwaar en beroep heeft afdoende gemotiveerd dat de geselecteerde functies, ook met de extra beperking, passend zijn voor appelland.

4. De Raad komt tot de volgende beoordeling.

4.1. In de uitspraak van 16 december 2021 heeft de Raad het Uwv opgedragen een nieuwe beslissing op bezwaar te nemen omdat de Raad zelf niet beschikte over alle gegevens die nodig zijn om de mate van arbeidsongeschiktheid te kunnen vaststellen. In de FML van 12 januari 2022 heeft de verzekeringsarts bezwaar en beroep opgenomen dat appelland is aangewezen op twee powernaps van 20 minuten per dag, los van de pauzes op grond van de Arbeidstijdenwet. De arbeidsdeskundige bezwaar en beroep heeft gemotiveerd dat met inachtneming hiervan in ieder geval nog drie functies passend zijn en berekend dat appelland voor 23,33% arbeidsongeschikt is.

4.2. Nog daargelaten de vraag of van appelland kan worden verwacht dat hij eerder begint te werken of langer doorwerkt, bestaat, gelet op de vrij beperkte frequentie en duur van de powernaps en gelet op de aard en inhoud van de geselecteerde functies, geen aanleiding voor het oordeel dat van een werkgever in redelijkheid niet kan worden verlangd om appelland in de hem voorgehouden functies te werk te stellen. De arbeidsdeskundige bezwaar en beroep heeft in zijn rapport van 17 februari 2022 afdoende gemotiveerd dat ook in diverse andere situaties van een werkgever mag worden verwacht dat hij de werknemer in de gelegenheid stelt zich terug te trekken. De arbeidsdeskundige bezwaar en beroep heeft daarbij gewezen op voorbeelden zoals medisch noodzakelijk langer of frequent toiletbezoek, extra tijd voor ver-

schonen of het legen van een stoma of kolf- of borstvoedingstijd. Uit het bovenstaande volgt ook dat de beroepsgrond van appelland dat een urenbeperking moet worden aangenomen omdat hij verminderd beschikbaar is, niet slaagt.

4.3. De arbeidsdeskundige bezwaar en beroep heeft verder overtuigend gemotiveerd dat in de hier voorliggende specifieke arbeidsongeschiktheidsbeoordeling van een werkgever kan worden verlangd dat een ruimte wordt gecreëerd waarin appelland zich kan terugtrekken voor de benodigde powernaps. De neuroloog heeft geschreven dat een ruststoel in een rustige omgeving volstaat. Ter zitting van de Raad heeft het Uwv te kennen gegeven dat een voorziening van het Uwv kan worden verkregen voor het realiseren van een rustige ruimte waarin een ruststoel kan worden geplaatst. Daar wordt aan toegevoegd dat, zoals het Uwv ter zitting van de Raad ook uiteen heeft gezet, tevens voor het vervoer naar en van een werkgever, een voorziening bij het Uwv kan worden aangevraagd. Anders dan appelland heeft betoogd, kan dat eventueel ook reizen met een taxi betreffen.

4.4. De arbeidsdeskundige bezwaar en beroep heeft inzichtelijk en overtuigend gemotiveerd dat de voorbeeldfuncties die aan de schatting ten grondslag zijn gelegd in medisch opzicht geschikt zijn voor appelland. Hij heeft afdoende gemotiveerd dat de belasting in de functies, ook in het licht van de daarbij vermelde signaleringen, de belastbaarheid van appelland niet overschrijdt.

4.5. Uit 4.1 tot en met 4.4 volgt dat met het bestreden besluit volledig uitvoering is gegeven aan de in de uitspraak van 16 december 2021 gegeven opdracht. Het beroep is ongegrond.

5. Voor een veroordeling van het Uwv in de proceskosten van appelland bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De Centrale Raad van Beroep verklaart het beroep tegen het besluit van 28 februari 2022 ongegrond.

NOOT

Gaat u rustig slapen... oftewel: wat kan in redelijkheid van een werkgever worden verlangd?

1. Dit is een opmerkelijke uitspraak. Kan werkelijk van een werkgever worden verlangd dat hij een werknemer niet alleen in de gelegenheid stelt om twee keer per dag te gaan slapen, maar daar-

voor zelfs een speciale ruimte creëert? Wie helpt mij aan een concreet praktijkvoorbeeld daarvan? 2. Maar belangrijker: hoe moeten we de in art. 9 onder c Sbaow geformuleerde frase “in redelijkheid niet van een werkgever kan worden verlangd” nu precies verstaan? Wordt daarmee bedoeld dat het redelijk is om het treffen van de benodigde voorziening aan een werkgever te vragen (verlangen in de zin van *verzoeken*) of wordt daarmee bedoeld dat een werkgever kan worden verplicht die voorziening te treffen (verlangen in de zin van *verplichten/afdwingen*)? Daarover gaat deze noot.

Art. 9 onder c en e Sbaow geven een juridische norm en dat is niet vrijblijvend

3. Art. 9 onder c Sbaow bepaalt dat “arbeid, die door betrokkene alleen kan worden verricht na toepassing van *zodanige voorzieningen*, dat het accepteren van die toepassing in redelijkheid niet van een werkgever kan worden verlangd, (...) bij de toepassing van onderdeel a buiten beschouwing (blijft)”. Art. 9 onder e Sbaow bepaalt dat “indien betrokkene *zodanige kenmerken* heeft, dat van een werkgever in redelijkheid niet kan worden verlangd hem in bepaalde arbeid te werk te stellen, (...) die arbeid bij de toepassing van onderdeel a buiten beschouwing (blijft)”. De kern van deze bepalingen is dat van een werkgever *in redelijkheid niet kan worden verlangd* de benodigde voorziening te treffen c.q. de betrokkene in een bepaald type functie aan het werk te laten. Daarmee wordt een (juridische) *norm* gegeven en in mijn optiek is een norm niet vrijblijvend, maar iets dat voor de normadressaat (in dit geval een werkgever) *verplichtingen* schept waarop hij kan worden aangesproken.

4. Waartoe een werkgever jegens een werknemer is verplicht, is geregeld in het arbeidsrecht, dat wil zeggen in het BW, de eventueel van toepassing zijnde CAO en de tussen werknemer en werkgever gesloten arbeidsovereenkomst. Het ligt dan ook voor de hand om bij de beoordeling van de vraag of het treffen van een bepaalde voorziening in redelijkheid van een werkgever kan worden verlangd, allereerst te rade te gaan bij Boek 7A Titel 10 BW; bijvoorbeeld bij het “zich als een goed werkgever (...) gedragen” van art. 7A:611 BW of bij het treffen van “zodanige maatregelen (...) als redelijkerwijs nodig is, opdat de werknemer, die in verband met ongeschiktheid ten gevolge van ziekte verhinderd is de bedon-

gen arbeid te verrichten, in staat wordt gesteld de eigen of andere passende arbeid te verrichten” van art. 7A:658a lid 2 BW. Althans, dat lijkt mij.

5. Zo niet de CRvB in diens uitspraak van 28 april 1998, ECLI:NL:CRVB:1998:ZB7688, «USZ» 1998/188, m.nt. Red. In die uitspraak had de rechtbank overwogen dat er geen op enig voorschrift berustende verplichting voor een werkgever bestaat tot aanschaf of aanpassing van een auto met automaat. Daar dacht de CRvB echter anders over en overwoog dat “de omstandigheid, dat een werkgever niet op grond van enig voorschrift verplicht kan worden een auto met een automaat aan te schaffen, *niet noodzakelijkerwijs tot de conclusie hoeft te leiden* dat in redelijkheid van een werkgever medewerking bij het treffen van een voorziening als de onderhavige voor iemand als gedaagde *niet kan worden verlangd* (cursivering EvdB)”.

Kennelijk dacht de CRvB dat het feit dat de werkgever er niet toe *verplicht* is, niet betekent dat je er niet om kunt *vragen*; dus verlangen in de zin van verzoeken. Anders zou er staan dat het feit dat de werkgever er niet toe verplicht is, niet betekent dat de werkgever er niet toe verplicht is en dat is een paralogische cirkelredenering (een redenering die op het tegengestelde van het beginpunt uitkomt, zie F. van Eemeren & R. Grootendorst, *Dat heeft u mij niet horen zeggen...*

Drogredenen van A tot Z, Derde druk, Amsterdam: Uitgeverij Contact 1994, p. 101).

6. Maar als een functie aan een schatting ten grondslag mag worden gelegd, die de betrokkene alleen kan vervullen als daarvoor bepaalde voorzieningen worden getroffen, zonder dat er voor de werkgever enige verplichting bestaat deze voorziening ook daadwerkelijk te treffen, dan wordt hij volledig overgelaten aan de goedertierenheid van een beoogde toekomstige werkgever.

‘In redelijkheid kunnen verlangen’ is echter een *norm* en een norm impliceert meer dan goedertierenheid. Dat blijkt ook uit de wetsgeschiedenis.

De achtergrond van de norm: een stukje wetsgeschiedenis

7. In de toelichting bij de verschillende varianten van het Schattingsbesluit is weinig tot geen uitleg te vinden over wat er nu precies wordt bedoeld met het ‘van een werkgever in redelijkheid kunnen verlangen’ of hoe dat moet worden inge-

vuld (zie *Stb.* 2000, 307 voor het huidige Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten en *Stb.* 1997, 801 voor het Schattingsbesluit WAO, Waz en Wajong). Alleen op p. 8-9 van de toelichting bij het oorspronkelijke Schattingsbesluit van 5 augustus 1994, *Stb.* 1994, 596, is daarover iets te vinden:

“De formulering gehanteerd ten tijde van de stelselherziening sociale zekerheid per 1 januari 1987 stelde dat een functie alleen kan worden geduid, indien vaststaat dat voorzieningen bij indiensttreding zullen worden getroffen dan wel reeds zijn getroffen. In deze formulering zitten nog teveel arbeidsmarktelementen in die zin dat uit deze formulering afgeleid zou kunnen worden dat er eerst concrete functies met de betreffende voorzieningen moeten zijn, alvorens betrokkene hierop kan worden geschat. Het gaat er echter om dat betrokkene reeds geschat moet kunnen worden ook al zijn er nog geen concrete functies met de betrokken voorzieningen aangetroffen, maar waarbij wel gesteld kan worden dat van een werkgever in redelijkheid het treffen van de voorzieningen gevergd kan worden. In plaats van een afwachtende houding ten aanzien van het realiseren van aangepaste functies op de arbeidsmarkt, moet er derhalve veel meer een stimulerende houding aangenomen worden. *Uiteraard* moeten de voorzieningen, als het komt tot *concrete* werkherhvatting, *daadwerkelijk* getroffen worden, zo nodig met toepassing van artikel 57 van de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet (AAW) dan wel artikel 57a AAW (cursivering EvdB)”

Uit deze toelichting blijkt dat met de formulering ‘in redelijkheid kunnen verlangen’ wordt bedoeld dat het *niet alleen redelijk* is om aan de werkgever te vragen de betreffende voorziening te treffen, maar dat die werkgever *ook gehouden is* om die voorziening *daadwerkelijk* te treffen.

8. De achtergrond van dit eerste Schattingsbesluit was de Wet terugdringing beroep op de arbeidsongeschiktheidsregelingen van 7 juli 1993, *Stb.* 1993, 412, beter bekend als de Wet TBA. Aan deze wet heeft o.a. een advies ten grondslag gelegen van de (toenmalige) Sociale Verzekeringsraad (SVr) van 4 juni 1992. In dat advies werd uiteengezet dat bij een arbeidsongeschiktheidschatting een viertal criteria geldt, die waarborgen dat de schatting niet een zuiver theoretische

is en waardoor de schatting een reëel karakter krijgt. Die criteria zijn:

- de gangbaarheidseis (het mag niet gaan om uitgestorven of zeer zeldzame functies);
- het uitsluiten van functies waarvoor een functionele leeftijdsgrens (indien de betrokkene die grens reeds is gepasseerd);
- het treffen van voorzieningen bij indiensttreding geen probleem mag zijn; en
- van de werkgever mag in redelijkheid worden verwacht dat hij betrokkene met diens beperkingen in dienst neemt.

Volgens de werkgeversleden en twee onafhankelijke leden van de SVr konden met de introductie van het nieuwe arbeidsongeschiktheids criterium de laatste twee van die criteria komen te vervallen. De werknemersleden en vier onafhankelijke leden vonden dat bedoelde vier criteria onverkort van toepassing moesten blijven (*Kamerstukken II* 1992/93, 22824, nr. 3, p. 20).

De regering voelde er uiteindelijk “niet voor om de vier elementen die in het Raadsadvies genoemd worden en die *waarborgen* dat er sprake blijft van een *reële* schatting los te laten, zoals een deel van de Raad (...) ten aanzien van twee elementen adviseert. Anders gezegd: het kabinet is van oordeel dat er ook in de toekomst, na de voorgestelde wijziging van het arbeidsongeschiktheids criterium, *alleen* sprake is van een *reële* schatting als het *treffen van eventuele voorzieningen geen probleem is* alsmede indien *van de werkgever in redelijkheid mag worden verwacht* dat hij betrokkene met diens beperkingen *in dienst neemt*” (*Kamerstukken II* 1992/93, 22824, nr. 3, p. 23; cursivering EvdB).“

9. Nog iets verder terug in de tijd komen we bij de afschaffing van de verdisconteringsbepalingen in de Wet van 6 november 1986, houdende nadere wijziging van de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet en de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (nadere regeling in verband met verminderde gelegenheid tot het verkrijgen van arbeid), *Stb.* 1986, 561. In de memorie van toelichting bij deze wet lezen we: “Ik meen dat de reële verdien capaciteit uitgangspunt blijft indien bij de aan te geven functies het volgende in aanmerking wordt genomen. Geen functie mag worden aangegeven die niet of nauwelijks arbeidsplaatsen vertegenwoordigt. Met andere woorden de functie dient gangbaar te zijn. Voorts kan zich de situatie voordoen dat een gedeeltelijk arbeidsongeschikte een functie

slechts kan uitoefenen indien hij beschikt over technische hulpmiddelen of andersoortige voorzieningen. Zijn deze voorzieningen *niet getroffen* of staat niet vast, dat deze bij indiensttreding *zullen worden getroffen*, dan kan de betreffende functie *niet* worden geduid. Ook meen ik dat geen functies aangegeven mogen worden ten aanzien waarvan *van een werkgever niet in redelijkheid gevergd* kan worden, dat hij de gedeeltelijk arbeidsongeschikte met zijn beperkingen daarvoor aanneemt. Dit ongeacht de feitelijke situatie op de arbeidsmarkt. Evenmin mogen functies worden geduid waarvan het duidelijk is, dat in het desbetreffende beroep/bedrijf/ bedrijfstak een functionele leeftijdsgrens geldt en de leeftijd van de gedeeltelijk arbeidsongeschikte deze heeft overschreden (*Kamerstukken II 1985/86, 19256, nr. 3, p. 12; cursivering EvdB*).¹⁰ In de memorie van antwoord (*Kamerstukken II 1985/86, 19256, nr. 6, p. 25*) wordt vervolgens verwezen naar het kort daarvoor door de HR gewezen arrest *Van Haaren / Cehave* (HR 8 november 1985, ECLI:NL:HR:1985:AE1082, *NJ 1986/309, m.nt. P.A. Stein*), waarin de HR in r.o. 3.3 als volgt overwoog:

“A. Indien een werknemer die door ziekte tot het verrichten van de bedongen arbeid blijvend ongeschikt is geworden, (...) zich jegens zijn werkgever bereid verklaart andere passende arbeid te verrichten welke hij, voor zover doenlijk, heeft gespecificeerd, is de werkgever *uit hoofde van het bepaalde in art. 1638z BW (thans 7A:611, EvdB) gehouden* die werknemer in staat te stellen om (...) arbeid te verrichten welke voor zijn krachten en bekwaamheid is berekend en die hem met het oog op zijn opleiding en arbeidsverleden kan worden opgedragen, zulks tenzij op grond van door de werkgever te stellen en zo nodig te bewijzen omstandigheden moet worden geoordeeld dat dit redelijkerwijs van deze niet valt te vergen.

B. Het geval dat een werknemer als onder A bedoeld zich in voege als daar omschreven bereid heeft verklaard andere passende arbeid te verrichten en zijn werkgever hem daartoe zonder deugdelijke gronden niet in staat heeft gesteld, valt in zoverre gelijk te stellen met dat bedoeld in art. 1638d, dat die werknemer alsdan van het tijdstip af dat voormelde deugdelijke gronden ontbraken, recht heeft op zijn loon dan wel op een voor de door hem aangeboden arbeid passend gedeelte van dat loon, welk gedeelte door de

rechter, al dan niet na het inwinnen van deskundigenbericht, kan worden vastgesteld en toegevoegd ook al heeft de werknemer enkel doorbetaling van het overeengekomen loon gevorderd.”

‘In redelijkheid van een werkgever kunnen verlangen’ betekent: op grond van ‘goed werkgeverschap’ afdwingbaar

11. Deze reis naar het verleden leidt tot de conclusie dat de wetgever met het ‘in redelijkheid van een werkgever kunnen verlangen’ heeft beoogd aan te sluiten bij het criterium van het ‘goed werkgeverschap’ van (thans) art. 7A:611 BW en dat is een (in rechte) afdwingbare verplichting. Dat betekent dat als het treffen van een bepaalde voorziening *niet op grond van art. 7A:611 BW* van een werkgever kan worden afgedwongen, het accepteren van die toepassing *ook niet in de zin van art. 9 onder c Sbaow* in redelijkheid van die werkgever kan worden verlangd.

12. Het is niet de goedertierenheid van de werkgever die maakt dat het treffen van een voorziening in redelijkheid kan worden verlangd. En ook niet het redelijkheidsgevoel van de arbeidskundige of van de bestuursrechter; die gaan daar niet over. Waartoe een werkgever op grond van zijn goed werkgeverschap is gehouden, daarover gaat de civiele rechter. En dat betekent dat als de bestuursrechter in het kader van art. 9 onder c Sbaow is geroepen daarover te oordelen, hij aansluiting dient te zoeken bij de door de civiele rechter ontwikkelde rechtspraak.

Waarmee overigens niet is gezegd dat de CRvB in zijn hiervoor in punt 5 aangehaalde uitspraak van 28 april 1998, ECLI:NL:CRVB:1998:ZB7688, «USZ» 1998/188, tot een andere conclusie zou hebben moeten komen. Hij had ofwel kunnen verwijzen naar uitspraken van de civiele rechter waarin werd geoordeeld dat op grond van goed werkgeverschap van een werkgever kan worden gevergd een auto met automaat aan te schaffen, ofwel (als die er niet zijn) met een verwijzing naar andere uitspraken kunnen onderbouwen dat het aannemelijk is dat de civiele rechter zal oordelen dat een werkgever op grond van art. 7A:611 BW gehouden is te voorzien in een auto met automaat. Als echter uit de civiele rechtspraak blijkt dat art. 7A:611 BW geen grondslag biedt om aanspraak te kunnen maken op de gewraakte voorziening, dan kan hij niet zeggen: maar ik vind van wel.

Terug naar onze uitspraak: wat is narcolepsie met kataplexie eigenlijk?

13. Uit de uitspraak blijkt dat appellant lijdt aan narcolepsie met kataplexie. Dat is een chronische en ongeneeslijke slaapstoornis waarbij er onverwacht slaapaanvallen en aanvallen van algehele spierzwakte optreden. Op de website van de Nederlandse Vereniging voor Narcolepsie (NVN, narcolepsie.nl/over-narcolepsie/symptomen) is daarover de volgende informatie te vinden (cursering EvdB):

“Slaapaanvallen (sic)

Als je narcolepsie hebt, kun je, vanwege een voortdurend gevoel van slaperigheid en oververmoeidheid, overdag de neiging hebben tot *onverwacht* in slaap vallen (10-30 minuten). Deze korte slaapjes zijn *niet tegen te gaan* en komen vooral voor bij rustige en/of eentonige bezigheden. Bijvoorbeeld in de trein of auto, bij zittend werk, vergaderingen, of bij tv-kijken. Meestal voelen mensen met narcolepsie deze onbedwingbare neiging tot in slaap vallen, aankomen. Soms kun je – door inspanning of actief bezig zijn – zo’n slaapaanval onderdrukken, maar het gevolg daarvan kan zijn dat je de rest van de dag vermoeid voelt en je prikkelbaar bent. Vrijwel alle patiënten (95%-100%) hebben last van deze klachten.

Kataplexie (sic)

Veel mensen met narcolepsie (ongeveer 60-70%) hebben ook kataplexie, korte spierverslappingen die ontstaan door bepaalde emoties of inspanningen, zoals hard lachen, woede, een plotselinge ontmoeting of tijdens het sporten. Vaak verslappen in eerste instantie de spieren van de nek, het gezicht en de benen. Een aanval van kataplexie duurt meestal de tijd van de emotie. Mensen zijn op dat moment wel bij bewustzijn maar kunnen zich beperkt bewegen. Dit kan voor de omgeving ongerustheid geven. De aanval herstelt zich echter altijd vanzelf.”

De kern van het probleem is dat de aanvallen zowel *onverwacht* komen als *onbedwingbaar* zijn. Soms kan de patiënt proberen de aanval te pareren door zodra hij deze voelt aankomen, extra actief te worden. Maar dat leidt gedurende de

rest van de dag dan wel tot extra vermoeidheid, zodat daarmee de ene kwaal wordt vervangen door de andere. Een voorbeeld van hoe een aanval van narcolepsie met kataplexie eruit ziet, is te vinden op <https://youtu.be/d41BfD21b48> (vanaf 0:41).

Noodzaak van powernaps

14. Uit r.o. 1.2 blijkt dat de eerste behandelend neuroloog/somnoloog in een brief van 2 augustus 2018 heeft geschreven dat een belangrijk onderdeel van de behandeling is dat appellant *een of twee* keer per dag de gelegenheid heeft om op gezette tijden een dutje te doen van 20 minuten. Naar ik begrijp is het doel van deze powernaps het risico op onverwachte slaapaanvallen te verminderen. In een e-mail van 29 september 2021 stelt de tweede behandelend neuroloog/somnoloog dat er *twee à drie* powernaps nodig zijn en dat daarvoor een ruststoel in een rustige omgeving dient te staan, niet in een drukke fabriekshal.

15. Ter uitvoering van de tussenuitspraak heeft de verzekeringsarts bezwaar en beroep in de FML opgenomen dat appellant de gelegenheid moet hebben om *twee* keer per dag gedurende 20 minuten te slapen, los van de normale pauzes op grond van de Arbeidstijdenwet en ter zitting heeft het UWV betoogd dat appellant met *tweemaal* 20 minuten rust per dag in staat moet zijn om 8 uur per dag te werken (de behandelend neuroloog/somnoloog had overigens aangegeven dat er *twee à drie* powernaps nodig zijn).

16. De CRvB oordeelt in r.o. 4.2 hierover dat, “gelet op de *vrij beperkte frequentie en duur* van de powernaps en gelet op de *aard en inhoud van de geselecteerde functies*, geen aanleiding (bestaat) voor het oordeel dat van een werkgever in redelijkheid niet kan worden verlangd om appellant in de hem voorgehouden functies te werk te stellen”.

Frequentie en duur powernaps; gevolgen voor de werkgever: productieverlies en veiligheidsrisico

17. Voor een werkgever heeft dit twee gevolgen:

- Zijn werknemer dient twee à drie maal per dag – buiten de reguliere pauzes – de werkzaamheden te onderbreken om 20 minuten te kunnen slapen. Als ik 5 minuten reken om van het werk naar de slaapruiimte te gaan en 5 minuten om wakker te worden en weer terug te keren naar de werkplek, dan wordt het productieproces iedere dag twee à drie maal gedurende ca. 30 minuten onderbroken. In

totaal leidt dat tot een *productieverlies* één tot anderhalf uur per dag en per week telt dat op tot 5 à 7,5 uur, bijna een hele werkdag. Bij een “vrij beperkte frequentie en duur” denk ik toch aan iets anders...

- Ondanks deze – tot productieverlies leidende – voorzorg kunnen nog steeds slaapaanval- len optreden, waarmee ook een *veiligheidsrisico* bestaat. Zo wordt in de geduide functie Productiemedewerker papier, karton, drukke- rij gewerkt met cacheer- en stansmachines, waarbij een acute met verlamming (katap- lexie) gepaard gaande slaapaanval kan leiden tot het ontstaan van letsel.

18. De vraag is daarom niet alleen of in redelijk- heid van een werkgever mag worden verlangd dat hij het met de slaappauses gemoeide produc- tieverlies voor lief neemt, maar ook of van hem mag worden verlangd dat hij dit veiligheidsrisico neemt. Aan dit aspect gaan zowel het UWV als de CRvB voorbij. En dat geldt ook voor de vraag of dit extra veiligheidsrisico voor een werkgever überhaupt *verzekeraar* is.

Aard en inhoud functies: realiseerbaarheid in de geduide functies

19. Een ander aspect waaraan de CRvB voorbij gaat, is de vraag of de noodzakelijk geachte rusti- ge rustruimte in de geduide functies daadwerke- lijk kan worden gerealiseerd.

20. De schatting is gebaseerd op de functies Tex- tielproductenmaker (excl. vervaardigen textiel) (SBC-code 111160), Medewerker tuinbouw (plan- ten/bloemen/vruchten) (SBC-code 111010) en Pro- ductiemedewerker papier, karton, drukkerij (SBC-code 111174).

Uit andere zaken beschik ik over de functiebe- schrijving van twee functies uit de SBC-code van de Productiemedewerker papier, karton, drukke- rij. Uit deze functiebeschrijvingen blijkt dat de werkzaamheden worden verricht in een produc- tiehal waarin meer machines staan opgesteld en in een van de functiebeschrijvingen wordt het lawaai dat deze machines veroorzaken genoemd als kenmerkende belasting.

Ook van een functie uit de SBC-code Textielpro- ductenmaker (excl. vervaardigen textiel) beschik ik over een functiebeschrijving. Uit deze functie- beschrijving blijkt dat de werkzaamheden wor- den verricht in een productiehal van 23 x 23 me- ter waarin 12 industriële naaimachines staan opgesteld.

21. Op zich hoeft dat niet te betekenen dat in de bedrijven waar deze functies zijn onderzocht, geen rustige ruimte beschikbaar is. Maar om in de bijzondere situatie van appellant deze functies geschikt te kunnen achten, had toch in elk geval bij de arbeidsdeskundig analist moeten worden nagevraagd of bij de betreffende werkgevers een dergelijke ruimte al aanwezig is of dat deze kan worden gecreëerd.

Om dit laatste te illustreren: mijn eigen kantoor beschikt over vijf werkkamers, die allen uitkomen op een centrale ruimte waarin dossierkasten en apparatuur staan; alle kamers zijn in gebruik en het creëren van een extra kamer om een ruststoel in te plaatsen, is fysiek niet mogelijk. Dat betekent dat ook als wij een dergelijke kamer zouden willen creëren, de fysieke onmogelijkheid daaraan in de weg staat.

De crux: het realiteitsgehalte van de schatting

22. Zoals blijkt uit de hiervoor in punt 7-10 weer- gegeven wetsgeschiedenis, is het doel van de onderdelen c en e van art. 9 Sbaow te waarbor- gen dat een schatting voldoende realiteitswaarde heeft en is gebaseerd op een reële verdienca- piteit. Dat betekent dat voor het antwoord op de vraag of het treffen van een bepaalde voorzie- ning of het accepteren van bepaalde kenmerken in redelijkheid van een werkgever kan worden verlangd, moet worden aangesloten bij het civie- le arbeidsrecht. Met ander woorden: als het tref- fen van een bepaalde voorziening *arbeidsrechte- lijk* niet van een werkgever kan worden afgedwongen, dan kan die voorziening ook niet worden verlangd in de zin van art. 9 onder c Sbaow.

23. En als het treffen van de voorziening wel ar- beidsrechtelijk kan worden afgedwongen, dan dient van de te duiden functies *ook* te worden vastgesteld dat het treffen van die voorziening bij de *betreffende* werkgever *fysiek mogelijk* is.

E. van den Bogaard

Ed van den Bogaard is advocaat bij Westhoff Ad- vocaten te Amsterdam, voorzitter van de Advies- commissie bestuursrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en bestuurslid van de Speci- alisatievereniging Sociaal Zekerheidsrechtadvoca- ten SSZ