



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Noot Hoge Raad 6 juni 2014
Barentsen, B.

Citation

Barentsen, B. (2016). Noot Hoge Raad 6 juni 2014. *Nederlandse Jurisprudentie*, 2016(16/17), 2321-2338. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/41991>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/41991>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

ruggestuurd en niet in behandeling willen nemen (zie 3.1 onder (iv)).

(ii) Aan de daaropvolgende ontslagaanvraag van Connexxion en de weigering van de Zw-uitkering door het UWV lag ten grondslag dat M. weigerde, onder meer medio juli 2007, om passende arbeid te verrichten waarvoor hij geschikt werd geacht.

(iii) In het rapport van de bezwaarverzekersarts, dat is opgemaakt in het kader van de Zw-uitkeringsaanvraag, is onder meer uiteengezet dat medio juli 2007 onvoldoende medische informatie voorhanden was om te oordelen dat M. geschikt was voor de hem aangeboden werkzaamheden. Vervolgens heeft het UWV aan M. een Zw-uitkering met ingang van 1 augustus 2008 toegekend.

(iv) M. heeft de onderhavige vorderingen aanhangig gemaakt in april 2010. Deze betreffen de periode van 1 juli 2007 (opschorting loonbetalingen) tot 1 augustus 2008 (ontslagdatum).

In het licht van een en ander is, ook met inachtneming van de hiervoor in 3.4.2 genoemde terughoudendheid, onbegrijpelijk waarom met behulp van het rapport van de bezwaarverzekersarts niet kan worden geoordeeld dat zich het geval voordoet dat in redelijkheid niet van M. kan worden gevergd alsnog een verklaring van een UWV-deskundige bij de loonvordering te voegen. In zoverre slagen de klachten.

3.5 De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te Amsterdam van 1 mei 2012;

verwijst het geding naar het Gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Connexxion in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van M. begroot op € 459,35 aan verschotten en € 2.600 voor salaris.

Noot

Zie noot onder NJ 2016/183.

B. Barentsen

NJ 2016/183

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

6 juni 2014, nr. 14/00370

(Mrs. E.J. Numann, C.A. Streefkerk, C.E. Drion, M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek; A-G mr. J. Spier)
m.nt. B. Barentsen

Art. 7:629, 7:658a BW; art. 392 Rv

RvdW 2014/780

JWB 2014/251

Bb 2014/73.1

NJB 2014/1182

JAR 2014/162

TRA 2014/66

RAR 2014/122

ECLI:NL:HR:2014:1341

ECLI:NL:PHR:2014:301

De prejudiciële vraag of art. 7:629 lid 3, aanhef en onder c, BW meebrengt dat in de daar geschetste situatie (te weten dat de werknemer, hoewel hij daartoe in staat is, zonder deugdelijke grond passende arbeid als bedoeld in art. 7:658a lid 4 BW voor de werkgever of voor een door de werkgever aangewezen derde, niet verricht) de aanspraak op loon geheel komt te vervallen, moet aldus worden beantwoord dat in het in art. 7:629 lid 3, aanhef en onder c, BW bedoelde geval de aanspraak op het in art. 7:629 lid 1 BW bedoelde loon geheel komt te vervallen, derhalve ook over het deel van de werktijd waarvoor de werknemer arbeidsongeschikt is.

In deze zaak wordt op de voet van art. 392 Rv door de kantonrechter aan de Hoge Raad de prejudiciële vraag gesteld of art. 7:629 lid 3, aanhef en onder c, BW meebrengt dat in de daar geschetste situatie de aanspraak op loon geheel komt te vervallen, derhalve ook over het deel van de werktijd waarvoor de werknemer (nog) arbeidsongeschikt is.

Bij de beantwoording van deze vraag wordt het volgende vooropgesteld. Ingevolge de art. 7:627 en 628 BW heeft de werknemer geen recht op loon voor de tijd gedurende welke hij de bedongen arbeid niet heeft verricht, tenzij de oorzaak van het niet verrichten van de arbeid in redelijkheid voor rekening van de werkgever komt. Ingevolge art. 7:629 BW behoudt de werknemer in beginsel, voor een tijdvak van 104 weken van zijn arbeidsongeschiktheid, recht op 70% van het naar tijdruimte vastgesteld loon, met dien verstande dat hij gedurende de eerste 52 weken ten minste recht heeft op het voor hem geldende minimumloon (lid 1). Onder meer in lid 3 is bepaald wanneer de werknemer dit recht niet heeft. Onder c van dit derde lid is bepaald dat hij dit recht niet heeft voor de tijd, gedurende welke hij, hoewel hij daartoe in staat is, zonder deugdelijke grond passende arbeid als bedoeld in art. 7:658a lid 4 voor de werkgever of voor een door de werkgever aangewezen derde, waartoe de werkgever hem in staat stelt, niet verricht. Blijkens het vonnis van de kantonrechter en de conclusie van de Advocaat-Generaal is in de praktijk de vraag gerezen of in art. 7:629 lid 3, onder c, de woorden 'voor de tijd, gedurende welke' aldus moeten worden verstaan dat het daarbij gaat om de periode waarin de werknemer weigert passende arbeid te verrichten, of als een aanduiding van de tijdseenheden (hierna: uren) gedurende welke de werknemer, hoewel daartoe in staat, niet heeft gewerkt. De eerstgenoemde uitleg leidt tot algeheel verval van de in art. 7:629 lid 1 BW bedoelde loondoorbetalingsplicht over de desbetreffende periode. Bij de laatstbedoelde uitleg zou de werknemer zijn recht op dat loon behouden voor zover hij (nog) niet arbeidsongeschikt is. Bij de be-

oordeling van de vraag welke uitleg voor juist moet worden gehouden is van belang dat ook in lid 3, onder b en d tot en met f, de woorden 'voor de tijd, gedurende welke' worden gebruikt. Gelet op de aard van de daarin genoemde gedragingen, kan aan deze woorden in de daar bedoelde gevallen slechts de betekenis toekomen van 'de periode waarin' de werknemer het desbetreffende gedrag vertoont. Om die reden is niet aannemelijk dat dezelfde woorden in lid 3, onder c, een andere betekenis zouden hebben. Een verdere aanwijzing voor een uitleg waarbij het recht op loon geheel vervalt gedurende de periode waarin de werknemer weigert passende arbeid te verrichten, is daarin gelegen dat reeds uit art. 7:627 BW voortvloeit dat geen loon is verschuldigd voor niet gewerkte uren. Om die reden ligt een uitleg van lid 3, onder c, die inhoudt dat daarin slechts dit uitgangspunt wordt herhaald, niet voor de hand. Van belang is voorts dat de strekking van de in lid 3, onder c, voorziene loonsanctie is de werknemer te stimuleren zijn herstel en re-integratie te bevorderen. De parlementaire geschiedenis laat ook overigens weinig twijfel bestaan over de bedoeling van de wetgever om een weigering van de werknemer om passende arbeid te verrichten, te sanctioneren met een algeheel verval van de loondoorbetalingsplicht, derhalve ook voor het deel van de werktijd waarvoor hij (nog) arbeidsongeschikt is. Zoals ook uit de parlementaire geschiedenis blijkt, is denkbaar dat een beroep op het algeheel verval van de loondoorbetalingsplicht onder bepaalde omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW). Anders dan in de schriftelijke opmerkingen namens de werknemer is bepleit, volgt uit het voorgaande dat daarvan niet reeds sprake is in geval van gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid. Ook voor dat geval heeft de wetgever een afschrikwekkende sanctie, bestaande in algeheel verlies van de aanspraak op doorbetaling van loon, op haar plaats geacht. Gelet op het voorgaande dient de prejudiciële vraag aldus te worden beantwoord dat in het in art. 7:629 lid 3, aanhef en onder c, BW bedoelde geval de aanspraak op het in art. 7:629 lid 1 BW bedoelde loon geheel komt te vervallen, derhalve ook over het deel van de werktijd waarvoor de werknemer arbeidsongeschikt is.

B., eiser in eerste aanleg, adv.: mr. A.H.H. Vermeulen en mr. M.J. Vaessen, tegen
CSU Personeel B.V., te Uden, verweerster in eerste aanleg, niet verschenen.

Rechtbank:

5.1. De vordering (sub c in het petitum) die betrekking heeft op de periode vóór 15 december 2009 betreft de uitbetaling van loon. B. voert aan dat het loonstrookje over periode 11 van 2009 vermeldt dat het bedrag per kas zal worden voldaan. CSU Personeel heeft aangevoerd dat dit niet betekent dat contant is betaald, maar dat het bedrag op een loonstrookje juist niet zal worden betaald. B. stelt zich op het standpunt dat, hoewel door de

werkgever niet betaald is, bij hem toch premies voor de werknemersverzekeringen zijn ingehouden. CSU Personeel stelt zich op het standpunt dat deze premies zelf door betrokkenen met de belastingdienst moeten worden geregeld.

Partijen zijn met elkaar overeengekomen deze kwestie in onderling overleg te bespreken en zij zullen de kantonrechter hierover later berichten.

De kantonrechter stelt partijen in de gelegenheid hierover een akte te nemen op de rol van 22 januari 2014.

5.2. De vordering (onder a en d van het petitum) die betrekking heeft op de periode 7 juli 2010 tot (en met) 23 augustus 2010 heeft betrekking op de re-integratie in de opzegtermijn. Bij beslissing van UWV-Werkbedrijf is immers toestemming voor opzegging verkregen en de arbeidsverhouding is opgezegd tegen 23 augustus 2010. In de laatste twee maanden van de dienstbetrekking diende ook te worden geïntegreerd, zo stelt CSU Personeel. De deskundige van het UWV is in het deskundigenoordeel van 11 mei 2012 tot het oordeel gekomen dat B. in deze anderhalve maand vlak voor het einde van zijn dienstverband arbeidsongeschikt is geweest. CSU Personeel stelt zich op het standpunt dat de verzekeringsgeneeskundige over deze periode, die anderhalf jaar later valt dan de beoordeling, geen goed oordeel meer heeft kunnen vellen. Bovendien heeft hij de bedrijfsarts niet gehoord, laat staan geraadpleegd.

De kantonrechter is van oordeel dat de door CSU Personeel opgeroepen bezwaren niet in de weg staan aan een aanvaarding van het oordeel van de verzekeringsgeneeskundige. Het oordeel van de verzekeringsgeneeskundige is gemotiveerd. De deskundige heeft overwogen dat op basis van onderzoeksgegevens zijn conclusie luidt dat B. in de periode van 7 juni 2010 tot de datum van het ontslag volledig arbeidsongeschikt is op basis van ernstig letsel van de rechterarm, opgelopen, naar blijkt uit de anamnese, bij een glasverwonding. B. werd, zo oordeelt de deskundige, geopereerd 'op die datum', waarmee naar het oordeel van de kantonrechter kennelijk 7 juli 2010 is bedoeld, en zijn belastbaarheid was op dat moment (dat naar het oordeel van de kantonrechter eveneens op 7 juli 2010 moet worden gezet) naar het oordeel van de geneeskundige nihil. Dat daartegenover het oordeel van de bedrijfsarts onderbouwd is en gemotiveerd kan niet door de kantonrechter worden vastgesteld. Bijgevolg dient meer waarde te worden toegekend aan het oordeel van de UWV-deskundige. Dat de verzekeringsgeneeskundige de bedrijfsarts niet heeft gehoord is in het raam van het bovenstaande onvoldoende reden om de inhoudelijk voldoende onderbouwde beslissing van de verzekeringsgeneeskundige niet de doorslag te laten geven.

Er is, gelet op de door eiser overgelegde productie 7 bij dagvaarding, geen reden het tijdstip van aanvang van de gevorderde wettelijke rente pas te laten ingaan op datum dagvaarding, zoals door CSU personeel bepleit. Evenmin is er reden tot matiging

tot nihil, nu het hier niet gaat om wettelijke verhoging, die door de rechter op grond van het bepaalde in artikel 7:625 lid 1 laatste volzin BW, mag worden beperkt tot een zodanig bedrag als hem met het oog op de omstandigheden billijk zal voorkomen, maar om wettelijke rente.

De vordering tot betaling in geld van niet opgenomen vakantiedagen is als onbestreden eveneens toewijsbaar.

Ten slotte is door CSU Personeel nog aangevoerd dat geen recht bestaat op het gehele loon over de periode van 7 juli 2010 tot en met 23 augustus 2010, nu artikel 31 juncto bijlage 1 van de op de arbeidsovereenkomst toepasselijke cao bepaalt dat een werknemer tijdens zijn arbeidsongeschiktheid enkel als uitkering een percentage van het dagloon dient te ontvangen. Uit het door CSU Personeel als productie 17 bij conclusie van antwoord overgelegde artikel 31 uit de cao blijkt dat pas recht ontstaat op 100% van het loon tijdens arbeidsongeschiktheid wanneer het dienstverband langer dan twee jaar duurt. Nu onweersproken is dat B. bij CSU Personeel sinds 1 januari 2006 in dienst is getreden, valt niet in te zien waarom hij niet in 2010 een bedrag ter hoogte van 100% van het loon zou mogen vorderen gedurende arbeidsongeschiktheid.

De vordering ligt voor toewijzing gereed.

5.3.1 De vordering die betrekking heeft op de periode (15) december 2009 tot en met 6 juli 2010 gaat, naar ter comparitie is gebleken, eigenlijk alleen over de periode 15 december 2009 tot 28 januari 2010. In deze periode is met CSU Personeel afgesproken dat B. in drie stapjes zou re-integreren (per 14 december 2009 halve dagen aangepaste taken, per 4 januari 2010 uitbreiden naar zes uren waarbij geleidelijk ook weer zaken als stofzuigen en dweilen kunnen worden opgepakt en per 28 januari 2010 weer volledig hervatten). CSU Personeel heeft zich op het standpunt gesteld dat uit de second opinion blijkt dat B. over deze periode arbeidsgeschikt was en passende arbeid diende te aanvaarden. Het geschil tussen partijen spitst zich toe op de vraag hoe de verscheidene zinsneden in artikel 7:629 lid 3 BW gelezen moet worden. De ene zinsnede (situatie zes c) luidt dat de werknemer het in artikel 7:629 lid 1 bedoelde recht niet heeft voor de tijd gedurende welke hij, hoewel hij daartoe in staat is, zonder deugdelijke grond passende arbeid als bedoeld in artikel 7:658a lid 4 BW voor de werkgever of voor een door de werkgever aangewezen derde, waartoe de werkgever hem in de gelegenheid stelt, niet verricht. Het in art. 7:629 lid 1 BW bedoelde recht bestaat ook niet (situatie d) voor de tijd gedurende welke de werknemer zonder deugdelijke grond weigert mee te werken aan door de werkgever of door een door hem aangewezen deskundige gegeven redelijke voorschriften of getroffen maatregelen die erop gericht zijn om de werknemer in staat stellen passende arbeid als bedoeld in artikel 7:658a lid 4 (BW) te verwerven. B. pleit doorbetaling van het loon voor het deel dat hij in de genoemde periode (nog volledig) arbeidsgeschikt was (staande naast

het deel dat hij op grond van art. 7:629 lid 3 aanhef en onder c en/of d BW, kort gezegd, passende arbeid niet verricht of weigert aan redelijke voorschriften mee te werken die gericht zijn op de verrichting van passende arbeid), terwijl CSU Personeel pleit dat het volledige salaris (over de gehele betrokken loonbetalingsperiode waarin zich de situatie van c en d voordoet) mag worden stopgezet.

5.3.2. Ingevolge het bepaalde in art. 392-394 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering kan de rechter in de procedure op verzoek van partijen of ambtshalve een prejudiciële rechtsvraag stellen ter beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing, indien een antwoord nodig is om op de eis te beslissen en deze rechtstreeks van belang is voor (...) de beslechting of beëindiging van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen waarin dezelfde vraag zich voordoet. De kantonrechter heeft beide partijen op de comparitie na antwoord in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over het voornemen en de vraag.

De rechtseenheid is naar het oordeel van de kantonrechter met het stellen van vragen gediend vanwege sterk tegenover elkaar staande oordelen.

Tegenover elkaar staan Gerechtshof Amsterdam, 7 april 2005, *JAR* 2005/111, Ktr. Amersfoort 22 juli 2009, *JAR* 2009/237, Ktr. Utrecht, 16 december 2009, *LJN* BK6962, Ktr. Amsterdam, 23 juni 2010, *JAR* 2010/236 en Ktr. Enschedé, 25 september 2012, *JAR* 2012/281 enerzijds en anderzijds Ktr. Amsterdam, 3 oktober 2012, *JAR* 2012/280 m.nt. C.S. Khrer-Bot, en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 23 juli 2013, *JAR* 2013/228 alsmede Gerechtshof 's-Hertogenbosch van dezelfde datum (23 juli 2013, *ECLI:NL:GHSHE:2013:3341*). (Literatuur: een polemiek tussen A. Birkhoff en A. Sweerts met D.J.B. De Wolff in *Arbeidsrecht*, 2006, nrs. 37, 58 en 59, B. Barentsen in *JAR* Verklaard 2 september 2006, p. 8 e.v.).

5.3.3. In zijn arrest van 23 juni 2013 (*ECLI:NL:GHARL:2013:5362*, *JAR* 2013/228) heeft het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, zittingplaats Leeuwarden, geoordeeld dat artikel 7:629 lid 3 BW tot uitgangspunt neemt dat de werknemer geen recht heeft op loon in de in dat artikel beschreven gevallen. Vijf van die gevallen beginnen met de woorden 'voor de tijd gedurende welke', waarbij overduidelijk wordt bedoeld 'de periode waarin een bepaald omschreven gedrag van de werknemer plaatsvindt'. In het (in art. 7:629 lid 3 aanhef en) sub c (BW) omschreven geval, dat in deze zaak van toepassing is, zou het woord 'tijd' ook kunnen worden gelezen als betrekking hebbend op de re-integratieve uren die niet zijn gewerkt, zoals het Hof Amsterdam in het arrest van 7 april 2005 *JAR* 2005/111 heeft gedaan. Daarmee wordt echter, naar het oordeel van het Hof Arnhem-Leeuwarden, voor dat ene geval een andere uitleg gegeven aan het woord 'tijd' dan in de overige gevallen waar dit woord onder bedoeld lid 3 van art. 7:629 BW wordt gebruikt. Daar komt nog bij dat bij die afwijkende uitleg het onder c genoemde geval eigenlijk over-

bodig maakt, omdat een werknemer immers hoe dan ook geen aanspraak heeft op loon als hij geen werk heeft verricht door een oorzaak die voor zijn rekening komt. Naar het oordeel van het hof geeft lid 3 onder c van art. 7:629 BW een sanctie die ertoe strekt te bevorderen dat de werknemer al het mogelijke doet om zo snel mogelijk geheel van zijn ziekte te herstellen en mede met het oog daarop de passende arbeid te aanvaarden die de werknemer (de kantonrechter begrijpt: werkgever) hem aanbiedt. Die sanctie is een prikkel tot nakoming. Van zo'n prikkel is wel sprake indien de werknemer zijn recht op loon doorbetaling ten volle verliest, maar, naar het oordeel van genoemd hof, nauwelijks indien het alleen het geval zou zijn van de uren die de werknemer zou moeten hervatten.

5.3.4. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch (23 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3341) oordeelt dat sprake is van niet meewerken aan re-integratie als geheel, zodat onder de bijzondere omstandigheden van deze zaak, de werkgever gerechtigd was tot volledige schorsing van de loondoorbetaling. Onduidelijk is of het Hof Den Bosch daarmee aan de zijde van het hierboven aangehaalde Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden kan worden gezet of juist het Hof Amsterdam d.d. 7 april 2005 volgt, waarover hieronder meer.

5.3.5. In het meergenoemde arrest van het Gerechtshof Amsterdam d.d. 7 april 2005, JAR 2005/111 is geoordeeld dat redelijkerwijs moet worden aangenomen – de wetsgeschiedenis geeft ook geen aanwijzing voor het tegendeel – dat uitzonderingen van artikel 7: 629 lid 3 aanhef en onder c en d BW op de regel van het eerste lid slechts betrekking heeft op het deel van de bedongen of aangepaste arbeid die de werknemer, hoewel daartoe in staat, zonder deugdelijke grond niet heeft verricht.

De kantonrechter merkte terzijde op dat het hof hier dus niet alleen (art. 7:629 lid 3 aanhef en onder c) (BW), maar ook art. 7:629 lid 3 aanhef en onder d BW heeft beoordeeld.

5.3.6. Het komt de kantonrechter voor dat mede van belang kan zijn voor de door de Hoge Raad te nemen beslissing (en voor de door het parket te nemen conclusie) dat de opbouw van lid 3 van artikel 7:629 BW zodanig is dat er twee 'regimes' zijn, te weten a (met 'indien') en b tot en met f (met 'voor de tijd gedurende welke'), zodat, wanneer het bepaalde onder bijv. c en d een echte voorwaarde zou zijn geweest, ook bij de letters b tot en met f in de wetsredactie gewerkt zou kunnen zijn met gebruikmaking van het woordje 'indien'. Lid 1 onder a zou met andere woorden ook 'indien de werknemer door zijn toedoen zijn genezing belemmert' et cetera hebben kunnen luiden, maar daar is kennelijk door de wetgever niet voor gekozen.

Daar komt bij dat 'voor de tijd gedurende welke' in zoverre dubbel op is dat met zowel 'tijd' als 'gedurende' kennelijk expliciet gezegd is dat het gaat om een duur (en niet om een periode).

Verder is het de vraag of alle vijf geschetste situaties (waarin de wetsbepaling de woorden 'voor

de tijd gedurende welke' gebruikt) over één kam mogen worden geschoren, zoals Hof Arnhem-Leeuwarden doet. Denkbaar is een onderscheid tussen b, e en f enerzijds en c en d anderzijds en zelfs tussen c en d.

Het komt de kantonrechter ook voor dat door de Hoge Raad beoordeeld zou moeten worden of art. 7:629 lid 3 BW een verbijzondering (in de vorm van de 6 onder a tot en met f aldaar uitgewerkte gevallen) is van art. 7:627 en 628 BW, zodat de (on)waarde (in het tot nu toe gevoerde debat over de materie) beoordeeld kan worden van het argument dat de wetgever, indien de stopzetting van het loon uitsluitend op het deel zou zien dat de werknemer weigert arbeid te verrichten, zou hebben kunnen volstaan met een verwijzing naar art. 7:627 BW.

5.3.7. De kantonrechter vraagt de Hoge Raad bij wijze van prejudiciële beslissing de hierboven onder r.o. 5.3.1. tot en met 5.3.6. geduide rechtsvraag te beantwoorden. De griffier zal onverwijld een afschrift van deze beslissing aan de Hoge Raad zenden.

5.4. De vordering ter zake van loon, vakantiebijslag en niet betaalde vakantiedagen over de periode 7 juni 2010 tot en met 23 augustus 2010 zal, mede met het oog op het feit dat de behandeling van de prejudiciële vraag door de Hoge Raad enige tijd in beslag kan nemen, thans terstond worden toegewezen.

Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

Cassatiemiddel:

Schriftelijke opmerkingen van B. inzake verzoek om prejudiciële vragen

4.1 B. leest de prejudiciële vraag van de Rechtbank Midden-Nederland als volgt:

– Verliest een werknemer, die een verplichting tot het verrichten van eigen of passende werkzaamheden niet nakomt, ex artikel 7:629 lid 3 onder c en/ of onder d BW zijn volledige recht op loon of slechts het recht op loon voor die uren waartoe hij – door de bedrijfsarts – in staat wordt geacht eigen of passende werkzaamheden te verrichten?

4.2 De Rechtbank Midden-Nederland merkt in rechtsoverweging 5.3.6 voorts op dat het voor de te nemen beslissing mede van belang kan zijn aandacht te besteden aan de navolgende aspecten/deelvragen.

a. de opbouw van lid 3 van artikel 7:629 BW is zodanig dat er twee 'regimes' lijken te zijn, te weten:

– a (met 'indien');

en

– b tot en met f (met 'voor de tijd gedurende welke'), zodat, wanneer het bepaalde onder bijv. c en d een echte voorwaarde zou zijn geweest, ook bij de letters b tot en met f in de wetsredactie gewerkt zou kunnen zijn met gebruikmaking van het woordje 'indien',

b. de zinsnede 'voor de tijd gedurende welke' lijkt in zoverre dubbel op te zijn, in die zin dat met zowel 'tijd' als 'gedurende' kennelijk expliciet gezegd is dat het gaat om een duur (en niet om een periode).

c. mogen alle vijf geschetste situaties (waarin de wetsbepaling de woorden 'voor de tijd gedurende welke' gebruikt) over één kam worden geschoren, zoals Hof Arnhem-Leeuwarden doet? Denkbaar dat er een onderscheid gemaakt dient te worden tussen b, e en f enerzijds en c en d anderzijds en zelfs tussen c en d.

d. Is artikel art. 7:629 lid 3 BW een *lex specialis* (in de vorm van de 6 onder a tot en met f aldaar uitgewerkte gevallen) van art. 7:627 en 628 BW, zodat de (on)waarde beoordeeld kan worden van het argument dat de wetgever, indien de stopzetting van het loon uitsluitend op het deel zou zien dat de werknemer weigert arbeid te verrichten, zou hebben kunnen volstaan met een verwijzing naar art. 7:627 BW?

5. Schriftelijke opmerkingen

5.1 *Memorie van Toelichting WULBZ*

5.1.1 Voor beantwoording van de vraag of een werknemer, in geval van het niet verrichten van eigen of passende arbeid en/of het niet meewerken aan voorschriften, zijn volledige recht op loon verspeelt dan wel slechts het recht op loon verliest voor dat deel i.e. voor die uren waarin hij door de bedrijfsarts in staat wordt geacht werkzaamheden te verrichten, dient de wetgeschiedenis van artikel 7:629 lid 3 BW tot uitgangspunt te worden genomen.

5.1.2 De volgende passage uit de MvT bij de WULBZ is bij het beantwoorden van de voorliggende vraag relevant:

"(...) De sanctie op overtreding van de voorschriften van het derde lid is dat de werknemer zijn recht op loondoorbetaling verliest. Deze sanctie is voldoende afschrikwekkend om te waarborgen dat de werknemer zijn eigen reïntegratie serieus oppakt. Verdergaande sancties zijn niet nodig. In het bijzonder laat het wetsvoorstel niet toe dat de werkgever de werknemer die andere passende arbeid dan de bedongen arbeid weigert, op staande voet ontslaat. Er zijn gevallen denkbaar – bijvoorbeeld wanneer de werknemer slechts een geringe overtreding heeft begaan – waarin een volledige beëindiging van de loondoorbetaling onredelijk zou zijn. Tegen dergelijk misbruik van de sanctieregeling wordt de werknemer beschermd door de eisen van redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 BW: de werkgever zal de sanctie niet kunnen toepassen indien dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet aanvaardbaar is. (...)"¹

Geen rigide systeem: redelijkheid en billijkheid

5.1.3 Uit deze passage, alsook uit de Memorie van Toelichting als geheel, meer in bijzonder hoofdstuk 5 van deze Toelichting – waarin uitgebreid

wordt ingegaan op de relatie werknemer/werkgever – blijkt dat de wetgever geen rigide systeem heeft willen invoeren, maar ruimte heeft willen laten voor een redelijke en billijke toepassing van loonsancties in geval van (gedeeltelijke) arbeidsongeschiktheid. De wetgever heeft ruimte willen laten voor (gedeeltelijk) behoud van het recht op loon in situaties als bedoeld in lid 3 van artikel 7:629 BW. Dit blijkt ook uit artikel 7:629 lid 7 én artikel 29 lid 1 onder a ZW, waarover hierna meer.

5.1.4 Uit de wetgeschiedenis kan geen andere conclusie getrokken worden dan dat de wetgever een sanctieregime voorstond van 'volledige beëindiging, *tenzij...*', waarin op de hoofdregel van de loonsanctie uitzonderingen mogelijk zijn. In de onderhavige procedure dient de vraag te worden beantwoord of door de werkgever onderschreven gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid als een dergelijke uitzondering aangemerkt kan worden. Het antwoord op die vraag luidt bevestigend.

5.1.5 De opvolgende passage uit de Parlementaire Geschiedenis:

"(...) Een nog meer genuanceerde regeling waarin het verlies van de loonaanspraak is gerelateerd aan de aard en omvang van de overtreding, stuit op het bezwaar dat werkgever en werknemer over de proportionaliteit van de sanctie snel van mening zullen verschillen. Het opnemen van een zo conflictgevoelige regeling, die allicht zal leiden tot geschillen waarin alleen de rechter een oplossing kan bieden, komt de regering onnodig en onwenselijk voor. (...)"

staat aan die conclusie niet in de weg. Immers, in geval van een door de bedrijfsarts van de werkgever vastgestelde gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid voor *welke werkzaamheden dan ook* en gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid, hetzij voor eigen, dan wel voor passende werkzaamheden – zoals in het onderhavige geval –, bestaat tussen werkgever en werknemer geen dispuut over de mate waarin de werknemer arbeidsongeschikt is voor welke werkzaamheden dan ook.

5.1.6 Indien een werknemer het recht op loon zou worden ontnomen over de uren, waarin ook zijn werkgever hem arbeidsongeschikt acht voor het verrichten van welke werkzaamheden dan ook, omdat die werknemer in de in zijn arbeidsovereenkomst resterende uren eigen of passende werkzaamheden niet verricht, dan zou de sanctie ex artikel 7: 629 lid 3 BW het karakter van een boete verkrijgen. Het lijkt geen twijfel dat dit niet de bedoeling van de wetgever is geweest. De bedoeling van de wetgever is geweest – zo blijkt uit de aangehaalde Parlementaire Geschiedenis – de werknemer medeverantwoordelijk te maken voor zijn re-integratieproces en de werknemer te stimuleren zich maximaal in te spannen.

5.2 *Aansluiting Ziektewet*

5.2.1 De werkgever heeft bij de invoering van artikel 7:629 lid 3 BW uitdrukkelijk aansluiting gezocht bij het controle- en re-integratiestelsel in de

¹ *Kamerstukken II 1995/96,24 439 p.60*

ZW. Dit blijkt in het bijzonder uit de artikelen 30 en 45 (destijds artikel 44) ZW, alsook uit de Parlementaire Geschiedenis:

“Op het punt van de reïntegratie is een wettelijke regeling geboden. In het huidige BW ligt besloten dat een werkgever van de werknemer kan verlangen dat hij zich zet tot de ‘bedongen’ arbeid; tot het verrichten van ander passend werk kan hij de werknemer echter niet verplichten. In het algemeen is die regel alleszins juist en aanvaardbaar: het past niet in de opzet van de arbeidsovereenkomst dat de werkgever andere arbeid kan opdragen dan die waarop de overeenkomst betrekking heeft. Als de werknemer ziek is, treden echter andere overwegingen op de voorgrond en gaan de bezwaren van de hoofdregel overheersen. In het bijzonder in geval van langdurige ziekte zal de reïntegratie van de werknemer er veelal mee gediend zijn dat hij andere passende arbeid aanvaardt dan die welke hij met de werkgever was overeengekomen. Dat werkt als een tweesnijdend zwaard. De werknemer heeft er baat bij, omdat zijn terugkeer in het arbeidsproces wordt bevorderd; voor de werkgever worden de financiële lasten vermindert, op de korte termijn omdat tegenover het doorbetaalde loon een, zij het aangepaste, arbeidsinspanning staat en op de lange termijn omdat de versnelde reïntegratie van de werknemer de loondoorbetalingskosten beperkt. Ook de collectieve regelingen profiteren als de inspanningen erop zijn gericht de werknemer zo snel mogelijk te reïntegreren. De toeloop naar de WAO wordt daardoor beperkt. Het wetsvoorstel bepaalt daarom, *in lijn met de bestaande regeling in de Ziektewet*, dat de werknemer zijn recht op loondoorbetaling mist als hij door de werkgever aangeboden passende arbeid weigert die hij ondanks zijn ziekte kan verrichten. (...)”²

5.2.2 Bij de artikelsgewijze toelichting wordt voorts uitdrukkelijk aangegeven dat het begrip passende arbeid in onderdeel c van artikel 7:629 lid 3 BW, dezelfde betekenis heeft als in de Ziektewet.

5.2.3 Het controle- en re-integratiestelsel in de ZW zag er voor wat betreft de re-integratie op dat moment als volgt uit:

“De Ziektewet bepaalt dat een werknemer die aanspraak maakt op ziekengeld de medewerking moet verlenen die noodzakelijk is om vast te stellen dat hij ziek is en dat hij de inspanningen moet leveren die nodig zijn om voorspoedig te herstellen en om zo snel mogelijk weer in het arbeidsproces te worden opgenomen.”

Vervolgens verwijst de wetgever uitdrukkelijk naar het bepaalde in artikel 30 ZW:

“Voort is de zieke werknemer die in staat is passende arbeid te verrichten en door zijn werkgever of een andere werkgever daartoe in de ge-

legenheid wordt gesteld, verplicht die arbeid te verrichten.”³

5.2.4 De verplichting passende arbeid te verrichten is bij Wet terugdringing arbeidsongeschiktheidsvolume in artikel 30 ZW opgenomen. Daarbij is uitvoerig stilgestaan bij wat er onder passende arbeid moest worden verstaan:

“(…) De vraag wat verstaan moet worden onder ‘passende arbeid’ zal in elk concreet geval aan de hand van de omstandigheden moeten worden beantwoord. In het geval de zieke werknemer weer te zijner tijd in zijn eigen werk zal kunnen hervatten, zal de invulling van het begrip passende arbeid duidelijker in het teken staan van c.q. gericht zijn op de hervatting in het eigen werk. Indien geoordeeld moet worden dat terugkeer in het eigen werk niet meer tot de reële mogelijkheden behoort, zal bij de beoordeling van wat passende arbeid is een bredere oriëntatie nodig zijn. In zijn algemeenheid zal het daarbij wel moeten gaan om werk dat in redelijkheid aan de werknemer kan worden opgedragen, waarbij gelet wordt op arbeidsverleden, opleidingen, gezondheidstoestand. (...)”⁴

5.2.5 Het niet verrichten van de aangeboden passende arbeid werd vervolgens gesanctioneerd, door alleen dat deel van het ziekengeld uit te betalen dat het loon dat ontvangen zou zijn, indien er wel gewerkt was, overtrof. De sanctie op het niet verrichten van passende was dus afhankelijk van de aard en de omvang van de aangeboden passende arbeid. Derhalve een zuiver proportioneel stelsel.

5.2.6 En hoewel artikel 30 ZW sedertdien enkele malen is gewijzigd, is het sanctiestelsel, is voor wat betreft het niet (al dan geheel of gedeeltelijk) verrichten van passende arbeid, de sanctie altijd afhankelijk gebleven van het loon dat verdiend had kunnen worden als de arbeid wel was verricht.

5.2.7 Thans luidt de sanctiebepaling in artikel 30 lid 2 ZW als volgt:

“Weigert de werknemer die aanspraak maakt op ziekengeld zonder deugdelijke grond de arbeid, bedoeld in het eerste lid, te verrichten, dan wordt het loon dat hij zou hebben ontvangen indien hij deze arbeid wel verricht had, beschouwd als inkomen als bedoeld in artikel 31, eerste lid.”

5.2.8 De wetgever heeft derhalve (opnieuw) de sanctie op het niet verrichten van passende arbeid in de Ziektewet uitdrukkelijk afhankelijk gesteld van de mate van arbeidsgeschiktheid, waarbij de omvang van het niet uit te betalen ziekengeld afhankelijk is van de aard en omvang van de geweigerde passende arbeid.

5.2.9 Gelet op de bedoeling van de wetgever om bij de invoering van artikel 7:629 lid 3 onder c BW uitdrukkelijk aan te sluiten bij de ZW, in het bijzonder bij artikel 30 ZW, past het opleggen van een proportionele sanctie op niet verrichten van passende

2 Kamerstukken II 1995/96, 24 439, p.22

3 Kamerstukken II 1995/96, 24 439 p.19-20

4 Kamerstukken II 1990/1991, 22 228, p. 77.

arbeid in de zin van artikel 7:629 lid 3 geheel in het systeem van de wet.

5.2.10 Daarvoor pleit tevens de omstandigheid dat een zieke werknemer op grond van artikel 3 ZW verzekerd is op grond van de Ziektewet. Op grond van artikel 19 ZW heeft hij bij ongeschiktheid tot het verrichten van zijn arbeid als rechtstreeks en objectief vast te stellen gevolg van ziekte recht dan ook recht op ziekingeld. Dit recht komt op grond van artikel 29 lid 1 ZW evenwel *niet* tot uitbetaling indien de werknemer recht heeft op doorbetaling van zijn loon:

“Behoudens het tweede lid, onderdeel e, en de artikelen 29a, 29b en 29d wordt geen ziekingeld uitgekeerd, indien de verzekerde uit hoofde van de dienstbetrekking op grond waarvan hij de arbeid behoort te verrichten:

a. recht heeft op loon als bedoeld in artikel 629 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, dan wel indien het recht op loon door toepassing van het derde, vijfde, zesde of negende lid van dat artikel geheel of gedeeltelijk ontbreekt.”

5.2.11 Indien een proportionele toepassing van artikel 7:629 lid 3 BW zou worden uitgesloten, dan zouden als gevolg daarvan voor (gedeeltelijk) zieke werknemers een veel stringenter en strenger sanctieregime gelden dan voor zieke *uitkeringsgerechtigden*. Een dergelijk onderscheid vindt geen steun in het recht.

6. *Deelvragen/nadere aspecten uit rechtsoverweging 5.3.6*

B. heeft geen opmerkingen ten aanzien van de deelvragen en nadere aspecten als door de Kantonrechter in de Rechtbank Midden-Nederland geformuleerd in rechtsoverweging 5.3.6 van het vonnis d.d. 18 december 2013.

7. *Conclusie*

Uit de Parlementaire Geschiedenis van zowel de WULBZ als de Ziektewet blijkt de uitdrukkelijk intentie van de wetgever om bij het opleggen van de loon- of uitkeringssanctie, op grond van het niet verrichten van eigen of passende werkzaamheden, ruimte te laten voor proportionele toepassing op grond van de redelijkheid en de billijkheid. Gelet op de samenhang tussen beide regelingen past een andere toepassing van de loonsanctie, dan de toepassing van de uitkeringssanctie, niet binnen het systeem van de wet. Op grond hiervan is de conclusie gerechtvaardigd dat de loonsanctie ex artikel 7: 629 lid 3 BW, evenals de uitkeringssanctie, niet kan worden toegepast op dat deel van het loon dat correspondeert met de — ook door de werkgever erkende — arbeidsongeschiktheid van de werknemer.

Conclusie A-G mr. J. Spier:

1 *Inleiding*

1. Bij vonnis van 18 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7614,¹ heeft de Kantonrechter (locatie Utrecht) in de Rechtbank Midden-Nederland een prejudiciële vraag gesteld aan de Hoge Raad. De vraag betreft de uitleg van art. 7:629 BW en in het bijzonder van de in lid 3 onder c en d van dit artikel vastgelegde uitzonderingen op de in lid 1 geformuleerde loondoorbetalingsverplichting bij ziekte.

2 *Feiten en procesverloop*

2.1 De beantwoording van de prejudiciële vraag dient plaats te vinden tegen de achtergrond van de navolgende feiten, goeddeels ontleend aan rov. 2.1 e.v. van het onder 1 genoemde vonnis.

2.2 B. is sinds 1 november 2006 in dienst bij CSU, laatstelijk op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voor (gemiddeld) 42 uur per week, als werknemer algemeen schoonmaakonderhoud.

2.3 Op 9 juli 2009 heeft B. zich arbeidsongeschikt gemeld. Op 10 juli 2009 concludeerde de bedrijfsarts dat er op dat moment arbeidsmogelijkheden waren voor eigen en aangepast werk en dat B. per 13 juli 2009 zijn werkzaamheden zou kunnen hervatten (de werkzaamheden die B. zou kunnen hervatten, worden hierna ook aangeduid als ‘re-integratieve uren’, of ‘passende arbeid’).

2.4 De bedrijfsarts heeft op 9 december 2009 de arbeidsmogelijkheden in het eigen en aangepast werk teruggekoppeld en geadviseerd dat B. op basis van de huidige beperkingen per 14 december 2009 kan worden ingezet voor halve dagen in aangepaste taken. Ten aanzien van de verdere re-integratie kon volgens de bedrijfsarts het navolgende ‘opbouw-schema’ worden gehanteerd: per 4 januari 2010 uitbreiden naar 6 uur per dag, waarbij ook weer zaken als stofzuigen en dweilen kunnen worden opgepakt, waarna op 28 januari 2010 weer volledige werkherleving kan plaatsvinden.

2.5 De loondoorbetaling is met ingang van 15 december 2009 tot het einde van het dienstverband op 23 augustus 2010 gestaakt. Uit de weergave van de partijstandpunten in rov. 5.3.1 maak ik op dat niet in geschil is dat deze maatregel is genomen omdat B., kort gezegd, passende arbeid niet verrichtte of weigerde aan redelijke voorschriften mee te werken die gericht zijn op de verrichting van passende arbeid.

2.6 De verzekeringsarts van UWV Utrecht heeft in zijn verzekeringsgeneeskundige rapportage van 11 mei 2011 geconcludeerd dat sprake was van een belastbaarheid in de periode van 15 december 2009 tot 7 juli 2010, maar dat vanaf 7 juni 2010 tot

¹ Het vonnis is geannoteerd door G.C. Boot.

23 augustus 2010 sprake was van volledige arbeidsongeschiktheid.²

2.7.1 Voor zover thans van belang heeft B. in deze procedure gevorderd dat de Kantonrechter CSU zal veroordelen tot betaling van € 1.275,75 bruto, ter zake van salaris inclusief vakantiebijslag over de periode 15 december 2009 tot 7 juli 2010 (in het vonnis aangeduid als de vordering onder b) en € 118,25 bruto ter zake van niet genoten verlofdagen in de periode 15 december 2009 tot 7 juli 2010 (in het vonnis de vordering onder e genoemd).³

2.7.2 Deze vorderingen hebben, blijkens de eerste volzin van rov. 5.3.1, 'eigenlijk' alleen betrekking op de periode van 15 december 2009 tot 28 januari 2010, voor welke periode een re-integratie in drie stappen is afgesproken.⁴

2.8.1 Ter onderbouwing van zijn vordering(en) heeft B. zich beroepen op de uitspraak van het Hof Amsterdam van 7 april 2005, JAR 2005/111, waarin werd geoordeeld dat een werknemer die niet volledig de aangepaste arbeid verricht, recht heeft op doorbetaling van het loon voor het deel dat hij arbeidsongeschikt is. B. stelt daarom nog recht te hebben op een achterstallig salaris voor 112,5 uur en de 'vakantiebijslag' daarover.

2.8.2 CSU pleit dat het volledige salaris (over de gehele betrokken loonbetalingsperiode waarin B. passende arbeid niet heeft verricht of heeft geweigerd aan redelijke voorschriften mee te werken die gericht zijn op de verrichting van passende arbeid) mag worden stopgezet.⁵

2.9.1 Volgens de Kantonrechter spitst het geschil zich toe op de vraag hoe de in art. 7:629 lid 3 aanhef en onder c en d BW geformuleerde uitzonderingen op de in lid 1 opgenomen loondoorbetalingsverplichting moeten worden gelezen.⁶

2.9.2 Voor een goed begrip van de zojuist genoemde vraag, citeer ik de relevante passages van genoemde bepaling:

"1. Voor zover het loon niet meer bedraagt dan het bedrag, bedoeld in artikel 17, eerste lid, van de Wet financiering sociale verzekeringen, met betrekking tot een loontijdvak van een dag, behoudt de werknemer voor een tijdvak van 104 weken recht op 70% van het naar tijdruimte vastgestelde loon, maar de eerste 52 weken ten minste op het voor hem geldende wettelijke minimumloon, indien hij de bedongen arbeid niet

heeft verricht omdat hij in verband met ongeschiktheid ten gevolge van ziekte, zwangerschap of bevalling daartoe verhinderd was

(...)

3. De werknemer heeft het in lid 1 bedoelde recht niet:

(...)

c. voor de tijd, gedurende welke hij, hoewel hij daartoe in staat is, zonder deugdelijke grond passende arbeid als bedoeld in artikel 658a lid 4 voor de werkgever of voor een door de werkgever aangewezen derde, waartoe de werkgever hem in de gelegenheid stelt, niet verricht;

d. voor de tijd, gedurende welke hij zonder deugdelijke grond weigert mee te werken aan door de werkgever of door een door hem aangewezen deskundige gegeven redelijke voorschriften of getroffen maatregelen die erop gericht zijn om de werknemer in staat te stellen passende arbeid als bedoeld in artikel 658a lid 4 te verrichten;

(...)"

2.10 De Kantonrechter wijst erop dat art. 7:629 lid 3 aanhef en onder c en d BW door een aantal rechterlijke colleges verscheidend wordt geïnterpreteerd. In een aantal uitspraken wordt geoordeeld dat de weigering passende arbeid te verrichten of de weigering mee te werken aan redelijke voorschriften die daarop zijn gericht, volledig verval van de aanspraak op loondoorbetaling tot gevolg heeft, ook ten aanzien van de niet re-integratieve uren.⁷ In andere uitspraken wordt geoordeeld dat deze weigering slechts verlies van dit recht tot gevolg heeft ten aanzien van dat deel van de bedongen of aangepaste arbeid die de werknemer, hoewel daartoe in staat, zonder deugdelijke grond niet heeft verricht.⁸

2.11 De Kantonrechter vraagt de Hoge Raad 'de hierboven onder r.o. 5.3.1 tot en met r.o. 5.3.6 geduide rechtsvraag te beantwoorden' (rov. 5.3.6). In rov. 5.3.7 wordt een voorzet gegeven met betrekking tot de gezichtspunten of aspecten die bij de beantwoording daarvan een rol zouden kunnen spelen. Overwogen wordt:

"Het komt de kantonrechter voor dat mede van belang kan zijn voor de door de Hoge Raad te nemen beslissing (en voor de door het parket te nemen conclusie) dat de opbouw van lid 3 van artikel 7:629 BW zodanig is dat er twee 'regimes' zijn, te weten a (met 'indien') en b tot en met f (met 'voor de tijd gedurende welke'), zodat, wanneer het bepaalde onder bijv. c en d een echte voorwaarde zou zijn geweest, ook bij de letters b tot en met f in de wetsredactie gewerkt zou kunnen zijn met gebruikmaking van het woordje 'indien'. Lid 1 onder a zou met andere woorden ook 'indien de werknemer door zijn toedoen zijn genezing belemmert' et cetera hebben kunnen luiden, maar daar is kennelijk door de wetgever niet voor gekozen.

2 Uit de vaststaande feiten blijkt niet of dit de second opinion is waaraan in rov. 5.3.1 wordt gerefereerd.

3 Kennelijk abusievelijk wordt in de tweede alinea van rov. 3 gerept van 7 juni.

4 Hoe het gevorderde bedrag wordt berekend, is mij niet goed duidelijk. Voor de beantwoording van de gestelde vraag kan het blijven rusten. Bij globale ambtshalve becijfering, gebaseerd op het in de inleidende dagvaarding onder 12 genoemde bruto uurloon van € 10,61, is min of meer duidelijk dat het gevorderde bedrag ziet op de uren die B. in de onder 2.7.2 genoemde periode niet tot het verrichten van passende werkzaamheden in staat was.

5 Zie de weergave van de partijstandpunten in rov. 3 en 4 en aan het slot van rov. 5.3.1.

6 Zie rov. 5.3.1.

7 Zie rov. 5.3.3. en 5.3.4.

8 Vgl. rov. 5.3.5.

Daar komt bij dat 'voor de tijd gedurende welke' in zoverre dubbel op is dat met zowel 'tijd' als 'gedurende' kennelijk expliciet gezegd is dat het gaat om een duur (en niet om een periode).

Verder is het de vraag of alle vijf geschetste situaties (waarin de wetsbepaling de woorden 'voor de tijd gedurende welke' gebruikt) over één kam mogen worden geschoren, zoals Hof Arnhem-Leeuwarden doet. Denkbaar is een onderscheid tussen b, e en f enerzijds en c en d anderzijds en zelfs tussen c en d.

Het komt de kantonrechter ook voor dat door de Hoge Raad beoordeeld zou moeten worden of art. 7:629 lid 3 BW een verbijzondering (in de vorm van de 6 onder a tot en met f aldaar uitgewerkte gevallen) is van art. 7:627 en 628 BW, zodat de (on)waarde (in het tot nu toe gevoerde debat over de materie) beoordeeld kan worden van het argument dat de wetgever, indien de stopzetting van het loon uitsluitend op het deel zou zien dat de werknemer weigert arbeid te verrichten, zou hebben kunnen volstaan met een verwijzing naar art. 7:627 BW."

2.12 Na daartoe verleend uitstel heeft mr. Vermeulen op 19 maart 2014 schriftelijke opmerkingen gemaakt. De advocaat van CSU heeft daarvan afgezien.

3 *Bespreking van de gestelde vraag*

3.1 Art. 392 lid 1 aanhef Rv. behelst een duidelijke en m.i. ook voor de hand liggende beperking van de mogelijkheid tot het stellen van vragen die in het daar genoemde kader aan de Hoge Raad kunnen worden voorgelegd. Beantwoording moet nodig zijn voor de beslissing van het geschil in kwestie.

3.2 Voor zover de niet geheel duidelijk omlindevraag van de Kantonrechter kwesties aan de orde stelt die niet nodig zijn voor de beantwoording van de niet reeds door de Kantonrechter afgedane vorderingen van B. ga ik er dus niet op in. Concreet: ik beperk me hierna tot de doorbetalingsverplichting in een situatie als de onderhavige.

3.3 Zoals reeds aangegeven in mijn conclusie van 17 januari 2014 onder 3 blijkt uit het vonnis a quo niet heel duidelijk of en zo ja in hoeverre B. zonder deugdelijke grond passende arbeid niet heeft verricht. In het licht van rov. 5.3.1 houd ik het ervoor dat dit het geval is. Nu Uw Raad heeft besloten om de vraag in behandeling te nemen, wordt deze lezing klaarblijkelijk ook door Uw Raad onderschreven.

4 *Inleiding*

Art. 7:629 lid 3 aanhef en onder c en d in de parlementaire geschiedenis

4.1 In de MvT is, voor zover hier van belang, het volgende te vinden over de in lid 3 van het destijds geldende art. 7A:1638c BW opgenomen sancties:

"De sanctie op overtreding van de voorschriften van het derde lid is, dat de werknemer zijn recht op loondoorbetaling verliest. Deze sanctie is vol-

doende afschrikwekkend om te waarborgen dat de werknemer zijn eigen reïntegratie serieus op pakt. Verdergaande sancties zijn niet nodig. (...) Er zijn gevallen denkbaar – bijvoorbeeld wanneer de werknemer slechts een geringe overtreding heeft begaan – waarin een volledige beëindiging van de loondoorbetaling onredelijk zou zijn. Tegen dergelijk misbruik van de sanctieregeling wordt de werknemer beschermd door de eisen van redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 BW: de werkgever zal de sanctie niet kunnen toepassen indien dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet aanvaardbaar is. Een nog meer genuanceerde regeling waarin het verlies van de loonaanspraak is gerelateerd aan de aard en omvang van de overtreding, stuit op het bezwaar dat de werkgever en werknemer over de proportionaliteit van de sanctie snel van mening zullen verschillen. Het opnemen van een zo conflictgevoelige regeling, die allicht zal leiden tot verschillen waarin alleen de rechter een oplossing kan bieden, komt de regering onnodig en onwenselijk voor.

Het verlies van het recht op loondoorbetaling eindigt, indien de werknemer door alsnog aan de voorschriften van het derde lid te voldoen de gevolgen van zijn aanvankelijke weigering ongedaan maakt."⁹

4.2.1 Ik veroorloof me bij het onder 4.1 gegeven citaat een kanttekening te plaatsen. De gekozen formuleringen zijn niet erg zuiver. Nu eens wordt gesproken van 'onredelijk', dan weer van 'misbruik' en van de maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW. Ik kom daarop hieronder sub 4.1.9 e.v. zomede 5.4 en 5.5 terug.

4.2.2 Zo veel is m.i. wél duidelijk: de wetgever stond een subregel voor ogen waarin een geringe overtreding in beginsel geen volledig verval van aanspraken rechtvaardigt.

4.3 Opmerking verdient nog dat eerder in de MvT als 'kernbepaling' wordt aangemerkt 'dat de werknemer alle passende arbeid, waartoe hij ondanks zijn ziekte in staat is, moet verrichten'.¹⁰ Zo'n verplichting lijkt erop te wijzen dat verzaking ervan niet zonder gevolgen blijft. Maar daarmee is nog niet gezegd wat die gevolgen nauwkeurig zijn.

Art. 7:629 lid 3 aanhef en onder c en d in de jurisprudentie

4.4 Uit het vonnis van de Kantonrechter blijkt dat de sancties van art. 7:629 lid 3 aanhef en onder c en d BW door de feitenrechtters verschillend worden beoordeeld.

4.5.1 De opvatting dat de weigering om passende arbeid te verrichten, of de weigering om mee te werken aan redelijke voorschriften die daarop zijn gericht, slechts verval van de aanspraak op loondoorbetaling tot gevolg heeft ten aanzien van dat deel van de bedongen of aangepaste arbeid dat de

⁹ Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 60.

¹⁰ Kamerstukken II 1995/96, 24439 nr. 3, p. 58.

werknemer, hoewel daartoe in staat, zonder deugdelijke grond niet heeft verricht, vindt haar wortels in een arrest van het Hof Amsterdam van 7 april 2005.¹¹

4.5.2 Dat arrest gaat over een schoonmaakster die na de eerste ziekteperiodes weer in staat was om twee uur en op enig moment vier uur per dag lichte schoonmaakwerkzaamheden te verrichten. Een enkele keer daargelaten, werd het aangepaste werk door haar niet verricht. De werkgever weigerde (mede)¹² op die grond loon door te betalen. Het oordeel van Hof Amsterdam houdt in dat geen loon mocht worden ingehouden over de wél gewerkte re-integratieve uren en over het deel dat de werknemer – kort gezegd – arbeidsongeschikt is. Voor zover hier van belang overwoog het Hof in rov. 4.4:

“Redelijkerwijs moet worden aangenomen – de wetsgeschiedenis geeft ook geen aanwijzing voor het tegendeel – dat de uitzonderingen van artikel 7:629 lid 3 aanhef en onder c en d BW op de regel van het eerste lid slechts betrekking heeft op het deel van de bedongen of aangepaste arbeid die de werknemer hoewel daartoe in staat zonder deugdelijke grond niet heeft verricht. Dit laat derhalve het recht van A. op doorbetaling van het loon voor het deel dat hij arbeidsongeschikt was onverlet.”

4.6 Het oordeel van het Hof Amsterdam heeft navolging gevonden in ook door de Kantonrechter genoemde uitspraken van: de Ktr. Amersfoort 22 juli 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ3489, *JIN* 2009/752, m.nt. W.J. Zondag;¹³ Ktr. Utrecht 16 december 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK6962; Ktr. Breda 18 december 2009, ECLI:NL:RBBRE:2009:BL6655; Ktr. Amsterdam 23 juni 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO0125, *JAR* 2010/236 en Ktr. Enschede, 25 september 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BX8766, *JAR* 2012/281.

4.7 In het onder 4.6 genoemde Amersfoortse vonnis worden twee aanvullende argumenten voor de onder 4.5 genoemde uitleg aangedragen. In de eerste plaats wordt erop gewezen dat uit de tekst van de wet voortvloeit dat het recht op loon alleen vervalt voor de tijd (lees: de uren) waarin de werknemer geen werkzaamheden verricht, hoewel hij daartoe wel in staat geacht wordt. In de tweede plaats overweegt de Kantonrechter dat een andere uitleg van de wet, met name in de beginfase van het herstel (met de vaak voorkomende korte gewennings- en aanpassingsperiodes) van een werknemer, tot disproportionele sancties kan leiden (rov. 4.6).

4.8 De Kantonrechter Amsterdam geeft in zijn onder 4.6 vermelde vonnis blijk van aarzeling: ‘na ampele overweging’. Bovendien geeft hij aan dat in

de toekomst anders zal kunnen worden geoordeeld als de werknemer blijft weigeren (rov. 15).

4.9.1 De opvatting dat de weigering passende arbeid te verrichten, of de weigering mee te werken aan redelijke voorschriften die daarop zijn gericht, volledig verval van de aanspraak op loondoorbetaling tot gevolg heeft, ook ten aanzien van de niet ‘re-integratieve uren’, wordt tot uitgangspunt genomen in Ktr. Amsterdam 3 oktober 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY2946, *JAR* 2012/280, m.nt. C.S. Kehrer-Bot; Ktr. Groningen, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ7121, 3 april 2013, *JIN* 2013/87, m.nt. J.P.M. van Zijl en in het hoger beroep Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5362, *JIN* 2013/129, m.nt. C.S. Kehrer-Bot onder *JIN* 2013/130, *USZ* 2013/320, m.nt. G.C. Boot.

4.9.2 Niet geheel duidelijk is of ook het Hof ‘s-Hertogenbosch de onder 4.9.1 genoemde opvatting is toegegaan in zijn arrest van 23 juli 2013, ECLI:NL:GSHC:2013:3341, *JIN* 2013/130, m.nt. C.S. Kehrer-Bot.

4.10 De Kantonrechter te Amsterdam heeft, geparafraseerd weergegeven, zijn onder 4.9.1 vermelde oordeel met name gegrond op de overweging dat het niet voor de hand ligt voor het woord ‘tijd’ in lid 3 aanhef en onder c re-integratieve uren te lezen en daarmee aan dit woord een andere uitleg te geven dan in de overige subonderdelen van dit artikellid. Het stoppen van de loonbetalingsverplichting is ‘duidelijk een sanctie op in die gevallen omschreven ongewenst gedrag van de werknemer’. Bovendien zou de bepaling eigenlijk overbodig zijn als de loonaanspraken slechts voor de niet gewerkte re-integratieve uren zouden komen te vervallen, omdat de werknemer hoe dan ook geen aanspraak heeft op loon als hij werk niet verricht door een voor zijn rekening komende oorzaak. Ten slotte wordt overwogen dat de werknemer door het niet verrichten van passende arbeid zijn re-integratie frustrereert waardoor de verplichting van de werkgever om loon door te betalen wordt verlengd.

4.11.1 De Kantonrechter Groningen en het Hof Arnhem-Leeuwarden hebben bij hun onder 4.9.1 genoemde oordeel overwegende betekenis toegekend aan de hierboven weergegeven passage uit de parlementaire geschiedenis. Het Hof heeft het oordeel van de Kantonrechter, dat als volgt luidt, onderschreven:

“3.6 Uit het bovenstaande kan worden opgemaakt dat volledige beëindiging van de loonbetaling voor de periode wanneer een werknemer weigert re-integratief werk te verrichten de hoofdregel is. Uit de wet blijkt niet dat de loonstop betrekking heeft op het aantal uren waartoe een werknemer in staat wordt geacht passend werk te verrichten maar dit weigert. De wet spreekt over de tijd gedurende welke de werknemer de passende arbeid niet verricht en met het woord ‘tijd’ wordt, mede gezien de andere in het artikel omschreven gevallen, bedoeld: de periode waarin het gedrag van de werknemer

11 Hof Amsterdam 7 april 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AT5977, *JAR* 2005/111, m.nt. B. Barentsen.

12 De andere grond achtte het Hof onaannemelijk en doet thans niet ter zake.

13 Het vonnis is ook gepubliceerd in *JAR* 2009/237. Ik stip volledigheidshalve aan dat dit vonnis is gewezen door mr. De Laat, die ook de onderhavige prejudiciële vraag heeft gesteld.

plaatsvindt. De kantonrechter overweegt dat wanneer de loonstop slechts betrekking zou hebben op het aantal uren waartoe een werknemer in staat werd geacht passend werk te verrichten maar dit heeft geweigerd, de sanctie voor een belangrijk deel zijn effect zou verliezen. De sanctie van loonstopzetting heeft immers als doel de werknemer te prikkelen om te gaan werken opdat hij zo snel mogelijk volledig hersteld zal zijn. Wanneer er niet op therapeutische basis zou worden gewerkt, duurt de arbeidsongeschiktheid langer voort en wordt er niets aan gedeeltelijke werkhervatting gedaan, terwijl de werknemer daartoe wel in staat is.”

4.11.2 Het Hof heeft daaraan nog het volgende toegevoegd:

“4.4. (...) Bedoeld standpunt vindt niet alleen steun in de wetsgeschiedenis, maar ook in de literatuur en in een deel van de (lagere) jurisprudentie. Het door appellants aangehaalde arrest van het Hof Amsterdam (d.d. 7 april 2005, *JAR* 2005/111) gaat er ten onrechte vanuit dat de wetsgeschiedenis op het cruciale punt geen uitsluitend geeft.

4.5 Art. 7:629 lid 3 BW neemt tot uitgangspunt dat de werknemer geen recht heeft op loon in de in dat artikellid beschreven gevallen. ‘Vijf van die gevallen beginnen met de woorden ‘voor de tijd gedurende welke...’ waarbij overduidelijk wordt bedoeld ‘de periode waarin een bepaald omschreven gedrag van de werknemer plaatsvindt’ In het onder sub c omschreven geval, dat in deze zaak van toepassing is, zou het woord ‘tijd’ ook kunnen worden gelezen als betrekking hebbend op de re-integratieve uren die niet zijn gewerkt, zoals het Hof Amsterdam in het hiervoor bedoelde arrest heeft gedaan. Daarmee wordt echter voor dat ene geval een andere uitleg gegeven aan het woord ‘tijd’ dan in de overige gevallen waar dit woord onder bedoeld lid 3 van art. 7:629 BW wordt gebruikt. Daar komt nog bij dat die afwijkende uitleg het onder c genoemde geval eigenlijk overbodig maakt, omdat een werknemer immers hoe dan ook geen aanspraak heeft op loon als hij geen werk heeft verricht door een oorzaak die voor zijn rekening komt.

4.6. Naar het oordeel van het hof geeft lid 3 onder c van art. 7:629 BW een sanctie welke ertoe strekt te bevorderen dat de werknemer al het mogelijke doet om zo snel mogelijk geheel van zijn ziekte te herstellen en mede met het oog daarop de passende arbeid te aanvaarden die de werknemer hem aanbiedt. Die sanctie is een prikkel tot nakoming. Van zo’n prikkel is wel sprake indien de werknemer zijn recht op loondoorbetaling ten volle verliest, maar nauwelijks indien dat alleen het geval zou zijn van de uren die de werknemer zou moeten hervatten.

4.7. Zoals uit de wetsgeschiedenis blijkt zijn er ‘gevallen denkbaar – bijvoorbeeld wanneer de werknemer slechts een geringe overtreding

heeft begaan – waarin een volledige beëindiging van de loonbetaling onredelijk zou zijn. Tegen dergelijk misbruik van de sanctieregeling wordt de werknemer beschermd door de eisen van redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 BW: de werkgever zal de sanctie niet toepassen indien dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet aanvaardbaar is.

4.8 Onder de gegeven omstandigheden (zie de vaststaande feiten) waarin bij herhaling – ondanks diverse waarschuwingen en oproepen van de zijde van de geïntimeerde – geen invulling is gegeven aan de verplichting tot re-integratie, kan niet worden geoordeeld dat de toegepaste sanctie naar (objectieve) maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.”

Art. 7:629 lid 3 aanhef en onder c en d in de doctrine

4.12.1 Een ruime meerderheid van de auteurs onderschrijft de opvatting dat weigering om passende arbeid te verrichten of de weigering om mee te werken aan redelijke voorschriften die daarop zijn gericht, volledig verval van de aanspraak op loondoorbetaling tot gevolg heeft. Zie in die zin Boot (met enige tegenzin),¹⁴ Birkhoff en Swets,¹⁵ Kehrer-Bot,¹⁶ Theunissen,¹⁷ Van Zijl,¹⁸ Zondag¹⁹ en naar ik begrijp ook Barentsen.²⁰

4.12.2 Zie in andere zin De Wolff en mogelijk Van Slooten, die zonder een duidelijk standpunt in te nemen de eerder genoemde uitspraak van de kantonrechter te Utrecht van 22 juli 2009 citeert.²¹

4.13 Voor de onder 4.12.1 genoemde meerderheidsopvatting worden in de literatuur de volgende argumenten aangedragen:

– anders dan in het arrest van het Hof Amsterdam van 7 april 2005 en de daarop voortbouwende jurisprudentie wordt aangenomen, is de parlementaire

14 G.C. Boot onder Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5362, *USZ* 2013/320.

15 A. Birkhoff en A. Swets, Wat ‘verdient’ een zieke, weigerachtige werknemer?, *Arbeidsrecht* 2006/37 en dezelfde auteurs in; Wat ‘verdient’ een zieke, weigerachtige werknemer?, navoord bij de reactie, *Arbeidsrecht* 2006/59.

16 C.S. Kehrer-Bot onder Ktr. Amsterdam 3 oktober 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY2946, *JAR* 2012/280; Ktr. Rotterdam 6 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9787, *JAR* 2014/27 en in *JIN* 2013/130 onder Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5362 en onder Hof ‘s-Hertogenbosch 23 juli 2013, ECLI:NL:GSHC:2013:3341.

17 A.J.C. Theunissen, in: SDU commentaar *Arbeidsrecht*, art. 7:629, aant. C.5.4.

18 J.P.M. van Zijl onder Ktr. Groningen, 3 april 2013, *JIN* 2013/87, ECLI:NL:RBNN:2013:BZ7121.

19 W.J. Zondag onder Ktr. Utrecht 22 juli 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ3489, *JIN* 2009/752.

20 B. Barentsen onder Hof Amsterdam 7 april 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AT5977, *JAR* 2005/111.

21 J.M. van Slooten, in: Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, 2013, art. 7:629, aant. 5 onder verwijzing naar Ktr. Utrecht 22 juli 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ3489, *JIN* 2009/752, m.nt. W.J. Zondag. Zie, niet afwijkend van de meerderheidsopvatting maar wel kritisch over de regeling, W.J.P.M. Fase, Van ziek zijn niet beter worden, *SMA* 2005/1, p. 3 e.v.

geschiedenis duidelijk: volledige beëindiging van de loondoorbetaling uit hoofde van art. 7:629 lid 1 BW is het uitgangspunt; dit is slechts anders voor zover dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is;²²

– uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de sanctie van art. 7:629 lid 3 aanhef en onder c BW tot doel heeft de werknemer te prikkelen om te werken, teneinde zo snel mogelijk beter te worden. Als deze sanctie slechts zou kunnen worden opgelegd ten aanzien van het gedeelte dat de zieke werknemer zijn verplichtingen niet nakomt, verliest zij voor een belangrijk deel het beoogde effect;²³

– er is geen reden om aan te nemen dat de woorden 'de tijd' in de zinsnede 'voor de tijd, gedurende welke' zien op de tijdseenheden (uren bijvoorbeeld) waarin de werknemer geen werkzaamheden verricht, hoewel hij daartoe wel in staat geacht wordt. De woordencombinatie komt ook voor in de uitsluitingsgronden van de onderdelen b, d, e en f van lid 3; gezien de aard en strekking van deze uitsluitingsgronden is het niet mogelijk om op die plaatsen 'de tijd' in de hiervoor bedoelde zin te lezen. In de zojuist genoemde gevallen is steeds sprake van een volledige loonstop;²⁴

– als de sanctie van een volledige loonstop disproportioneel is, kunnen de redelijkheid en billijkheid bewerkstellingen dat niet altijd het gehele loon wordt ingehouden;²⁵

– een algehele loonstop – ook ten aanzien van re-integratieve uren waarin wél is gewerkt – is in de in art. 7:629 lid 3 BW omschreven situaties gerechtvaardigd omdat een werknemer die gedeeltelijk in staat is te werken volgens het BW volledig ziek is. Het doen van gedeeltelijk of aangepast werk geeft de werknemer geen recht op loon;²⁶

– indien de loonstop slechts betrekking zou hebben op de niet gewerkte re-integratieve uren, zou art. 7:629 lid 3 aanhef en onder c BW een herhaling vormen van art. 7:627 BW, volgens welke bepaling geen loon is verschuldigd voor de tijd gedurende welke de werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht;²⁷

– de arbeidsongeschikte werknemer trekt een zware wissel op de werkgever. Voor een grote werkgever kunnen de totale kosten van een arbeidsongeschikte werknemer oplopen tot boven de zeven jaarsalarissen en nog aanzienlijk hoger als de werkgever geen eigen risicodragers is, omdat de verhoging van de gedifferentieerde premie aanzienlijk meer kost dan de uitkering zelf. Tegen deze achter-

grond mag het nodige worden verlangd van de arbeidsongeschikte als het om ziekte en re-integratie gaat.²⁸ Daarbij heeft Van Zijl er nog op gewezen dat 'arbeidstherapie (...) het beste [is] te definiëren als arbeid zonder loonswaarde'.²⁹

4.14 Ik mocht al wijzen op het afwijkende standpunt van De Wolff.³⁰ Haar door 'nauwkeurigheid' en 'juridische nuance' geïnspireerde betoog komt erop neer dat de werknemer 'slechts met een weigering van loondoorbetaling [kan] worden geconfronteerd 'voor de tijd' dus over de tijdseenheden (uren bijvoorbeeld) waarin hij geen werkzaamheden verricht, hoewel hij daartoe in staat geacht wordt.' Volgens haar blijkt uit de parlementaire geschiedenis dat de zieke werknemer loon ontvangt voor de door hem verrichte werkzaamheden.³¹ Zij acht het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid 'bepaald onaanvaardbaar dat de herstellende werknemer die gedeeltelijk hervat in het geheel geen loon toekomt.'

Een korte internationale excursie

4.15 De doctrine toont geen aantoonbare belangstelling voor de internationale dimensie. Dat valt te begrijpen nu deze niet heel specifiek in een bepaalde richting wijst. Toch lijkt mij van belang daarbij een ogenblik te verwijlen.

4.16 Het op 3 januari 1976 inwerking getreden Internationale Verdrag inzake economische, culturele en sociale rechten voorziet in een billijke beloning voor arbeid zomede een behoorlijk levenspeil (art. 7 aanhef en onder a sub i en ii, nader uitgewerkt in art. 11). Art. 9 voorziet in sociale zekerheid; datzelfde geldt voor art. 34 lid 1 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.³²

4.17 Ook (de herziene versie van) het Europees Sociaal Handvest regelt een 'billijke beloning' voor werk die 'een behoorlijke levensstandaard waarborgt' (Deel I onder 2 en 4, nader uitgewerkt in Deel II artikelen 2, 4 en 12).

4.18.1 Zo men wil, zou uit de zo-even vermelde regels kunnen worden afgeleid dat voorzichtigheid geboden is bij een volledig verval van aanspraken wanneer een werknemer (een deel van) de uren die hij zou kunnen re-integreren niet werkt. Immers staat zo'n verval haaks op de billijke beloning en niet zelden allicht ook op de behoorlijke levensstandaard.

²⁸ Van Zijl t.a.p.

²⁹ Barentsen, t.a.p., formuleert het subtieler, maar zijn betoog komt in essentie op hetzelfde neer. Een aanzienlijk genuanceerder betoog vinden we bij De Wolf, t.a.p.

³⁰ *ArbeidsRecht* 2006/58.

³¹ De Wolff verwijst naar *Kamerstukken II* 2003/04, 29 231, nr. 6 (Nota n.a.v. het verlag), p. 6. Hetgeen daar staat kan haar betoog enigszins ondersteunen, maar die lezing is niet dwingend. Immers zegt de 'regering' in antwoord op een vraag van de PvdA-fractie, dat een werknemer er door werken op vooruit kan gaan en dus meer kan ontvangen dan 70%. Nu dat niet nader wordt uitgewerkt, vind ik het riskant aan het betoog doorslaggevende betekenis te hechten voor de vraag waar het hier om gaat.

³² 2000/C/364/01.

²² Boot, Kehrer-Bot, Theunissen en Van Zijl t.a.p.

²³ Barentsen, Birkhoff en Swets, Kehrer-Bot en Van Zijl, Zondag t.a.p.

²⁴ Birkhoff en Swets, Kehrer-Bot, Van Zijl en Zondag t.a.p.

²⁵ Barentsen, Birkhoff en Swets, Boot, Kehrer-Bot, Van Zijl en Zondag, t.a.p.

²⁶ Barentsen, Birkhoff en Swets zomede Kehrer-Bot. Anders D.J.B. de Wolf, *ArbeidsRecht* 2006/58.

²⁷ Kehrer-Bot trekt zelf de geldigheid van dit argument in twijfel, omdat het zou strijden met het uitgangspunt dat het uit hoofde van art. 7:629 lid 1 BW ontvangen loon geen beloning is voor werk.

4.18.2 Toch past voorzichtigheid bij het trekken van een dergelijke conclusie. Niet alleen omdat genoemde regelingen op vrij ruime schaal uitzonderingen mogelijk maken, maar ook omdat het verzaken van 's werknemers verplichtingen op basis van het commune recht vergelijkbare gevolgen kan hebben. In voorkomende gevallen kan de werknemer immers worden ontslagen, in welk geval hij het vaak ook zal moeten stellen met een heel bescheiden uitkering.

Billijkheid troef of juist onwerkbaar?

4.19 Idealiter zou de beste benadering zijn te zoeken naar maatoplossingen. Oplossingen dus waarin de consequenties van het zonder deugdelijke grond niet (volledig) verrichten van de nog mogelijke 'passende arbeid' afhangen van de concrete omstandigheden van het geval. Binnen het wettelijk stelsel is dat evenwel moeilijk te verwezenlijken. Uit het citaat onder 4.1 blijkt dat de MvT voor zo'n oplossing niet voelde gezien de conflictgevoeligheid daarvan.

4.20 Ik mocht er onder 4.2 al op wijzen dat de wetgever zijn regeling niet in beton heeft gegoten. Hij laat uitzonderingen op de hoofdregel toe. Het lijkt goed daar nader bij stil te staan, thans nog daar gelaten hoe de hoofdregel moet worden verstaan.

4.21 Als ik het goed begrijp, dan meent Boot dat art. 6:248 BW een (in zijn ogen kennelijk voldoende) uitlaatklep geeft ingeval 'volledige beëindiging van het loon onredelijk zou zijn'.³³ Die opvatting munt niet uit door helderheid. Er valt ook wel een en ander op af te dingen. Daarbij is van belang of het gaat om het eerste of het tweede lid van art. 6:248 BW. Ik denk dat Boot op dat laatste doelt.³⁴ In dat geval is zijn opvatting minder juist. 'Onredelijk' valt nu eenmaal niet geheel samen met onaanvaardbaar in de zin van art. 6:248 lid 2 BW.³⁵

4.22 Andere auteurs lijken te menen dat het gaat om de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid, voor zover ze het verschil hebben onderkend.³⁶

4.23 Kehrer-Bot gaat ervan uit dat de maatstaf is gelegen in art. 6:248 lid 2 BW. Zij acht dat ook wenselijk omdat bij een 'proportionaliteitstoetsing' te veel geschillen kunnen ontstaan;³⁷ zoals we onder 4.1 hebben gezien, was dat ook de opvatting van de MvT.

4.24 Barentsen zoekt de oplossing in de (dis)proportionaliteit,³⁸ maar hoe hij de uitwerking daarvan ziet (juridisch en feitelijk) komt niet helemaal uit de verf.

4.25 Ik kom op deze problematiek terug bij mijn uiteindelijke standpuntbepaling onder 5.4 en 5.5.

4.26.1 In haar lezenswaardige schriftelijke opmerkingen gaat mr. Vermeulen vrij uitvoerig in op de Ziektewet. M.i. is vooral het citaat onder 5.2.1 interessant.³⁹ Ik doel dan met name op de volgende passage die ik aan zijn opmerkingen ontleen:

"Het wetsvoorstel bepaalt daarom, in lijn met de bestaande regeling in de Ziektewet, dat de werknemer zijn recht op loondoorbetaling mist als hij door de werkgever aangeboden passende arbeid weigert die hij ondanks zijn ziekte kan verrichten."

4.26.2 Anders dan mr. Vermeulen, kan ik de zojuist geciteerde passage niet zien als steun voor het standpunt van B. Mogelijk — ik denk het niet — is de geciteerde passage niet gans duidelijk, maar de meest voor de hand liggende lezing strookt met het citaat hierboven onder 4.1 en is daarmee (veeleer) steun voor de opvatting van CSU.

5 *Beantwoording van de prejudiciële vraag*

5.1.1 Bij de beantwoording van de prejudiciële vraag moet worden vooropgesteld dat uit de door de Kantonrechter vastgestelde feiten niet volgt dat B. een deel van de re-integratieve uren heeft gewerkt. De relevante vorderingen van B. betreffen klaarblijkelijk slechts het loon over de niet re-integratieve uren, of anders gezegd, over het deel dat hij — kort gezegd — nog volledig arbeidsongeschikt was. Ik begrijp de prejudiciële vraag dan ook aldus dat de Kantonrechter wil vernemen of art. 7:629 lid 3 aanhef en onder c en d BW meebrengt dat in de daar geschetste situaties de aanspraak op loon met betrekking tot de niet re-integratieve uren komt te vervallen.

5.1.2 De vraag of genoemde bepaling tevens meebrengt dat de aanspraak op loon over de wél gewerkte re-integratieve uren komt te vervallen indien de werknemer voor het overige weigert passende arbeid te verrichten of weigert aan redelijke voorschriften mee te werken die zijn gericht op de verrichting van passende arbeid, behoeft daarom geen beantwoording. Het antwoord op die vraag lijkt ook niet nodig om op de eis van B. te beslissen.⁴⁰

5.2.1 Tegen de achtergrond van hetgeen hiervoor is geschetst, kan het antwoord op de prejudiciële vraag m.i. betrekkelijk kort zijn. De opvatting dat de uitzonderingen van art. 7:629 lid 3 aanhef en onder c en d BW op de regel van het eerste lid het recht op doorbetaling van het loon voor het deel dat de werknemer arbeidsongeschikt is onverlet laat, vindt geen steun in de parlementaire geschiedenis. De wetgever heeft met genoemde bepaling klaarblijkelijk een volledig verval van de in lid 1 opgenomen loondoorbetalingsverplichting voor ogen gehad. In het licht daarvan valt niet in te zien waarom de woorden 'de tijd' in het derde lid aanhef en onder c en d beperkter zouden moeten worden uitgelegd dan in de andere onderdelen van ditzelfde artikel-

33 USZ 2013/320 t.a.p.

34 De laatste alinea van zijn noot wijst daarop.

35 Boot verliest dat aan het slot van zijn betoog uit het oog.

36 Birkhoff en Swets, *ArbeidsRecht* 2006/37 en Zondag t.a.p.

37 JIN 2013/130.

38 T.a.p.

39 Het is niet geheel duidelijk op welk stuk mr. Vermeulen doelt. Ik vermoed: *Kamerstukken II* 1995/96, nr. 3 p. 22.

40 Vgl. art. 392 lid 1 Rv.

lid. Een dergelijke beperkte uitleg van onderdeel d is alleen door het Hof Amsterdam omarmd; zij wordt elders in rechtspraak en literatuur niet voorgestaan.

5.2.2 De voor mij dragende gronden voor hetgeen onder 5.2.1 verdedigde standpunt zijn, naast de MvT, vooral gelegen in de volgende onderling verweven omstandigheden:

a. de begrijpelijke wens van de wetgever om, voor zover nodig, de werknemer een sterke stimulans te geven om de 'reintegratieve uren' daadwerkelijk te werken, zulks vooral

b. met het oog op het herstel, mede in het licht van c. de vergaande loondoorbetalingsverplichtingen die de wet, met name art. 7:629 lid 1 BW, op de werkgever heeft gelegd.

5.2.3 Daar komt nog bij dat de werknemer niet met zodanig verval kan worden overvallen. Mr. Vermeulen heeft er met juistheid op gewezen dat art. 7:629 lid 7 BW de werkgever verplicht om – kort gezegd – de werknemer te verwittigen van het voornemen om geen loon meer te betalen.⁴¹

5.3 Opmerking verdient nog dat mijn opvatting weliswaar en met na te formuleren niet onbelangrijke nuancering leidt tot een 'volledig verval' van aanspraken, maar slechts voor de *periode* waarin de werknemer zijn werkzaamheden niet heeft verricht. Dat blijkt ook heel duidelijk uit de onder 4.1 geciteerde wetsgeschiedenis, met name uit de laatste alinea. Wanneer de werknemer later de 'passende arbeid' weer volledig gaat verrichten, heeft hij vanaf dat moment weer aanspraak op de in art. 7:629 lid 1 BW genoemde vergoeding. Dat blijkt ook duidelijk uit de tekst van de wet waarin wordt gesproken van 'voor de tijd'.

5.4 Onder 4.19 gaf ik al aan dat ik, voor mijzelf sprekend, meer gecharmeerd zou zijn van een genuanceerder antwoord. De ruimte daarvoor hangt in de eerste plaats af van de interpretatie van de onder 4.1 geciteerde passage uit de MvT. Deze uiteenzetting is niet helemaal duidelijk of wellicht moet ik zeggen: zij lijkt niet geheel consistent. 'Onredelijk' en 'onaanvaardbaar' is niet dezelfde maatstaf, in elk geval niet voor juristen die vertrouwd zijn te denken in het kader van art. 6:2 en 6:248 lid 2 BW.⁴² In dat verband veroorloof ik me te wijzen op het 'kennelijk onredelijk' ontslag. 'Kennelijk onredelijk' is onmiskenbaar sterker dan 'gewoon' onredelijk. Toch is deze maatstaf minder streng dan een naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar ontslag zou zijn.

5.5.1 Verdedigbaar is dus dat de onder 5.3 bepleite hoofdregel uitzondering lijdt in een breder scala gevallen dan die waarin het 'volledig'⁴³ verval onaanvaardbaar zou zijn in de zin van art. 6:248 lid 2 BW. Voor die uitleg zou ik een lans willen breken, hoewel ik me realiseer dat deze vermoedelijk niet

geheel strookt met hetgeen de MvT als maatstaf naar voren schuift.

5.5.2 Ik teken daarbij aan dat het begrip 'onredelijk' niet gespeend is van vaagheid zodat het in zoverre geen erg gelukkige maatstaf is. Maar 'onredelijk' biedt wel meer flexibiliteit dan onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, al blijft overeind dat ook dan in veel (vermoedelijk de meeste) gevallen sprake zal zijn van 'verval' van aanspraken.

5.6 Het lijkt niet nodig thans in te gaan op de discussie die is ontstaan naar aanleiding van het arrest Royal/Universal Pictures.⁴⁴ Het komt mij voor dat de thans geldende regeling zelf al in een vergelijkbare benadering voorziet; zie hiervoor onder 5.3.

5.7 Voor zover rov. 5.3.6 meer of andere vragen aan de orde stelt, behoeven deze m.i. geen behandeling omdat ze voor de beslissing van het geschil niet nodig zijn.

5.8 Het voorgaande brengt mij tot de slotsom dat het antwoord op de prejudiciële vraag luidt dat in de in art. 7:629 lid 3 aanhef en onder c en d BW omschreven situaties ook de uit het eerste lid voortvloeiende aanspraak op loon met betrekking tot de niet re-integratieve uren komt te vervallen; zulks evenwel met inachtneming van hetgeen hiervoor onder 5.3 werd vermeld.

Conclusie

De door de Kantonrechter gestelde prejudiciële vraag ware te beantwoorden op de wijze zoals aangegeven onder 5.8.

Hoge Raad:

1 *Het geding in feitelijke instantie*

Voor het verloop van het geding in feitelijke instantie verwijst de Hoge Raad naar de vonnissen van de Rechtbank Midden-Nederland, sector kanton (hierna: de kantonrechter), in de zaak 2063486 UC EXPL 13-7187 DMV en 2063486 UC EXPL 13-7187 4091 van 7 augustus 2013 en 18 december 2013;

De vonnissen van de kantonrechter zijn aan deze beslissing gehecht.

2 *De prejudiciële procedure*

Bij laatstgenoemd vonnis heeft de kantonrechter bepaald dat aan de Hoge Raad op de voet van art. 392 Rv de in rov. 5.3.1-5.3.6 van dat vonnis omschreven vraag wordt gesteld.

Na daartoe desgevraagd in de gelegenheid te zijn gesteld, hebben mr. A.H.H. Vermeulen, advocaat

⁴⁴ Zie HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9717, NJ 2006/378, m.nt. M.M. van Mendel, zomede mijn aan het arrest voorafgaande conclusie onder 4.38 e.v. Zie over dat arrest onder meer A.F. Bungener, *Proportionele redelijkheid en billijkheid in het arbeidsrecht*, *ArbeidsRecht* 2006/36; C.R. Christiaans, *Beroep op vervalbeding voor 90% onaanvaardbaar*, *MvV* 2006/3, p. 62-64; C.E. Drion en T.H.M. van Wechem, *Proportionele redelijkheid en billijkheid*, *NJB* 2006/397, p. 567 en dezelfde auteurs in *Kroniek van het vermogensrecht*, *NJB* 2005, p. 440.

⁴¹ Schriftelijke opmerkingen onder 5.1.3.

⁴² Zie nader Asser-Hartkamp & Sieburgh, 6-III* (2010) nr. 410 e.v.

⁴³ Ik plaats volledig tussen aanhalingstekens om de sub 5.3 genoemde grond.

bij de Hoge Raad, en mr. M.J. Vaessen, advocaat te Utrecht, namens B. op de voet van art. 393 lid 2 Rv schriftelijke opmerkingen ingediend.

De conclusie van de Advocaat-Generaal J. Spier geeft de Raad in overweging de gestelde prejudiciële vraag te beantwoorden op de wijze zoals aangegeven onder 5.8 van die conclusie.

3 *Beantwoording van prejudiciële vraag*

3.1 Bij de beantwoording van de prejudiciële vraag gaat de Hoge Raad uit van de volgende door de kantonrechter vastgestelde feiten.

(i) B. was sinds 1 november 2006 in dienst bij CSU, laatstelijk op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voor (gemiddeld) 42 uur per week, als werknemer algemeen schoonmaakonderhoud.

(ii) Op 9 juli 2009 heeft B. zich arbeidsongeschikt gemeld. De bedrijfsarts heeft op 9 december 2009 geadviseerd dat B. op basis van de op dat moment bestaande beperkingen per 14 december 2009 kon worden ingezet voor halve dagen in aangepaste taken. Ten aanzien van de verdere re-integratie adviseerde de bedrijfsarts tot opbouw van de werkzaamheden, leidend tot volledige werkhervatting met ingang van 28 januari 2010.

(iii) CSU heeft met ingang van 15 december 2009 tot het einde van het dienstverband op 23 augustus 2010 de loondoorbetaling gestaakt.

3.2.1 In de onderhavige procedure maakt B. onder meer aanspraak op betaling van loon over de periode van 15 december 2009 tot 28 januari 2010. Daarbij stelt hij zich op het standpunt dat CSU gehouden was het loon door te betalen over het deel van de werktijd waarvoor hij nog arbeidsongeschikt was. CSU betwist daartoe gehouden te zijn, op de grond dat B. ingevolge het bepaalde in art. 7:629 lid 3, aanhef en onder c en d, BW geen recht had op doorbetaling van loon.

3.2.2 De kantonrechter heeft in zijn tussenvonnis van 18 december 2013 de Hoge Raad op de voet van art. 392 lid 1 Rv. verzocht de in zijn vonnis in rov. 5.3.1-5.3.6 geduide rechtsvraag te beantwoorden. Deze komt erop neer dat de kantonrechter wenst te vernemen of art. 7:629 lid 3, aanhef en onder c, BW meebrengt dat in de daar geschetste situatie de aanspraak op loon geheel komt te vervallen, derhalve ook over het deel van de werktijd waarvoor de werknemer (nog) arbeidsongeschikt is.

3.3.1 Bij de beantwoording van deze vraag wordt het volgende vooropgesteld.

3.3.2 Ingevolge de art. 7:627 en 628 BW heeft de werknemer geen recht op loon voor de tijd gedurende welke hij de bedongen arbeid niet heeft verricht, tenzij de oorzaak van het niet verrichten van de arbeid in redelijkheid voor rekening van de werkgever komt. Ingevolge art. 7:629 BW behoudt de werknemer in beginsel, voor een tijdvak van 104 weken van zijn arbeidsongeschiktheid, recht op 70% van het naar tijdruimte vastgesteld loon, met dien verstande dat hij gedurende de eerste 52 weken ten minste recht heeft op het voor hem geldende mi-

nimumloon (lid 1). Onder meer in lid 3 is bepaald wanneer de werknemer dit recht niet heeft:

“3. De werknemer heeft het in lid 1 bedoelde recht niet:

a. indien de ziekte door zijn opzet is veroorzaakt of het gevolg is van een gebrek waarover hij in het kader van een aanstellingskeuring valse informatie heeft verstrekt en daardoor de toetsing aan de voor de functie opgestelde eisen niet juist kon worden uitgevoerd;

b. voor de tijd, gedurende welke door zijn toedoen zijn genezing wordt belemmerd of vertraagd;

c. voor de tijd, gedurende welke hij, hoewel hij daartoe in staat is, zonder deugdelijke grond passende arbeid als bedoeld in artikel 658a lid 4 voor de werkgever of voor een door de werkgever aangewezen derde, waartoe de werkgever hem in de gelegenheid stelt, niet verricht;

d. voor de tijd, gedurende welke hij zonder deugdelijke grond weigert mee te werken aan door de werkgever of door een door hem aangewezen deskundige gegeven redelijke voorschriften of getroffen maatregelen die erop gericht zijn om de werknemer in staat te stellen passende arbeid als bedoeld in artikel 658a lid 4 te verrichten;

e. voor de tijd, gedurende welke hij zonder deugdelijke grond weigert mee te werken aan het opstellen, evalueren en bijstellen van een plan van aanpak als bedoeld in artikel 658a lid 3; f. voor de tijd gedurende welke hij zonder deugdelijke grond zijn aanvraag om een uitkering als bedoeld in artikel 64, eerste lid, van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen later indient dan in dat artikel is voorgeschreven.”

3.3.3 Blijkens het vonnis van de kantonrechter en de conclusie van de Advocaat-Generaal is in de praktijk de vraag gerezen of in lid 3, onder c, de woorden ‘voor de tijd, gedurende welke’ aldus moeten worden verstaan dat het daarbij gaat om de periode waarin de werknemer weigert passende arbeid te verrichten, of als een aanduiding van de tijdseenheden (hierna: uren) gedurende welke de werknemer, hoewel daartoe in staat, niet heeft gewerkt. De eerstgenoemde uitleg leidt tot algeheel verval van de in art. 7:629 lid 1 BW bedoelde loondoorbetalingsplicht over de desbetreffende periode. Bij de laatstbedoelde uitleg zou de werknemer zijn recht op dat loon behouden voor zover hij (nog) niet arbeidsongeschikt is.

3.3.4 Bij de beoordeling van de vraag welke uitleg voor juist moet worden gehouden is van belang dat ook in lid 3, onder b en d tot en met f, de woorden ‘voor de tijd, gedurende welke’ worden gebruikt. Gelet op de aard van de daarin genoemde gedragingen, kan aan deze woorden in de daar bedoelde gevallen slechts de betekenis toekomen van ‘de periode waarin’ de werknemer het desbetreffende gedrag vertoont. Om die reden is niet aannemelijk dat dezelfde woorden in lid 3, onder c, een andere

betekenis zouden hebben. Een verdere aanwijzing voor een uitleg waarbij het recht op loon geheel vervalt gedurende de periode waarin de werknemer weigert passende arbeid te verrichten, is daarin gelegen dat reeds uit art. 7:627 BW voortvloeit dat geen loon is verschuldigd voor niet gewerkte uren. Om die reden ligt een uitleg van lid 3, onder c, die inhoudt dat daarin slechts dit uitgangspunt wordt herhaald, niet voor de hand.

3.3.5 Van belang is voorts dat de strekking van de in lid 3, onder c, voorziene loonsanctie is de werknemer te stimuleren zijn herstel en re-integratie te bevorderen. In de parlementaire geschiedenis is hierover vermeld (*Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 60*):

“De sanctie op overtreding van de voorschriften van het derde lid is, dat de werknemer zijn recht op loondoorbetaling verliest. Deze sanctie is voldoende afschrikwekkend om te waarborgen dat de werknemer zijn eigen reïntegratie serieus oppakt. Verdergaande sancties zijn niet nodig. In het bijzonder laat het wetsvoorstel niet toe dat de werkgever de werknemer die andere passende arbeid dan de bedongen arbeid weigert, op staande voet ontslaat. Er zijn gevallen denkbaar – bijvoorbeeld wanneer de werknemer slechts een geringe overtreding heeft begaan – waarin een volledige beëindiging van de loondoorbetaling onredelijk zou zijn. Tegen dergelijk misbruik van de sanctieregeling wordt de werknemer beschermd door de eisen van redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 BW: de werkgever zal de sanctie niet kunnen toepassen indien dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet aanvaardbaar is. Een nog meer genuanceerde regeling waarin het verlies van de loonaanspraak is gerelateerd aan de aard en omvang van de overtreding, stuit op het bezwaar dat werkgever en werknemer over de proportionaliteit van de sanctie snel van mening zullen verschillen. Het opnemen van een zo conflictgevoelige regeling, die allicht zal leiden tot geschillen waarin alleen de rechter een oplossing kan bieden, komt de regering onnodig en onwenselijk voor.”

Deze passage laat ook overigens weinig twijfel bestaan over de bedoeling van de wetgever om een weigering van de werknemer om passende arbeid te verrichten, te sanctioneren met een algeheel verval van de loondoorbetalingsplicht, derhalve ook voor het deel van de werktijd waarvoor hij (nog) arbeidsongeschikt is. Immers, uitdrukkelijk wordt onder ogen gezien dat gevallen denkbaar zijn waarin een volledige beëindiging van de loondoorbetaling onredelijk zou zijn. Vervolgens wordt een ‘nog meer genuanceerde regeling waarin het verlies van de loonaanspraak is gerelateerd aan de aard en omvang van de overtreding’ als conflictgevoelig en daarom onwenselijk aangemerkt.

3.3.6 Zoals ook uit de hiervoor in 3.3.5 aangehaalde passage uit de parlementaire geschiedenis blijkt, is denkbaar dat een beroep op het algeheel verval van de loondoorbetalingsplicht onder be-

paalde omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW). Anders dan in de schriftelijke opmerkingen namens B. is bepleit, volgt uit het voorgaande dat daarvan niet reeds sprake is in geval van gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid. Ook voor dat geval heeft de wetgever een afschrikwekkende sanctie, bestaande in algeheel verlies van de aanspraak op doorbetaling van loon, op haar plaats geacht.

3.4 Gelet op het voorgaande dient de prejudiciële vraag aldus te worden beantwoord dat in het in art. 7:629 lid 3, aanhef en onder c, BW bedoelde geval de aanspraak op sprake in art. 7:629 lid 1 BW bedoelde loon geheel komt te vervallen, derhalve ook over het deel van de werktijd waarvoor de werknemer arbeidsongeschikt is.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

beantwoordt de prejudiciële vraag op de hiervoor in 3.4 weergegeven wijze;

begroot de kosten van deze procedure op de voet van art. 393 lid 10 Rv aan de zijde van B. op € 1.800.

Noot

1. De bedoeling van de wetgever staat centraal in onderhavige arresten van 20 december 2013 en 6 juni 2014. Die bedoeling blijkt beslissend voor de door de Hoge Raad aan verschillende bepalingen over arbeidsongeschikte werknemers gegeven uitleg. Doel en strekking van deze normen zijn bepalend. Ook in de uitspraak over de loongarantie van 3 uur voor oproepkrachten stond doel en strekking van de wettelijke norm centraal, HR 3 mei 2013, *NJ 2015/105*, m.nt. E. Verhulp. In zijn uitspraak van 28 november 2014, *NJ 2015/194*, m.nt. M.M. Mendel grijpt de Hoge Raad eveneens terug op de wetsgeschiedenis, in dat geval om de strekking en daarmee de reikwijdte van een regresverbod vast te stellen. In zekere zin past ook HR 11 juli 2014 (*RvdW 2014/971, JAR 2014/193*, m.nt. Barentsen) in dit rijtje. In deze arbeidszaak staat de geschiedenis van het verzekeringsrechtelijke art. 7:952 BW centraal.

Een ander gemeenschappelijk kenmerk van beide bovenstaande uitspraken is dat ze beide geschillen over passende arbeid betreffen. In het eerste geval volgt weigering van loon en ontslag, omdat de bedrijfsarts de werknemer tot dat werk in staat acht en de werknemer toch niet hervat. In de daaropvolgende loonvorderingsprocedure staat de vraag centraal of de werknemer een deskundigenoordeel van het Uwwv over zijn (on)geschiktheid voor die passende arbeid had moeten overleggen. In het tweede geval is de kwestie of de werkgever het loon volledig mag stoppen als de werknemer parttime passende arbeid weigert, en ook niet tot meer uren werken in staat is.

Deskundigenoordeel

2. De uitspraak van 20 december 2013 betreft de vraag of de werknemer heeft voldaan aan het

vereiste van art. 7:629a BW. Deze bepaling houdt in dat de werknemer een deskundigenoordeel, ook wel *second opinion* genoemd, moet overleggen als hij doorbetaling van loon bij ziekte vordert. In dat deskundigenoordeel geeft een medewerker van het Uww, meestal een verzekeringsarts, een oordeel over de vraag of de werknemer arbeidsongeschikt is of niet. Dat oordeel is niet bindend. Ook wanneer het Uww verklaart dat de werknemer niet ziek is, kan hij slagen in zijn loonvordering. De deskundigenverklaring is niet meer dan een ontvankelijkheidsvereiste, zie de conclusie van plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense voor HR 15 juni 2007, NJ 2007/334, onder 11. Dit vereiste geldt niet als de werkgever de ziekte niet betwist of als overlegging van een verklaring in redelijkheid niet valt te vergen.

3. Naast deskundigenverklaringen over ongeschiktheid tot werken (art. 7:629a BW), kent de wet ook de verklaring over de naleving van re-integratieverplichtingen en de passendheid van aangeboden arbeid (art. 7:658b BW). Sinds 1 juli 2015, de dag van inwerkingtreding van het nieuwe ontslagrecht, dient de werkgever ook over een deskundigenverklaring te beschikken als hij om ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoekt op grond van frequent ziekteverzuim of op grond van niet-naleving van re-integratieverplichtingen (art. 7:671b, lid 4 en 5 BW). De werkgever moet deze oordelen inbrengen.

4. A-G Van Peursem zet in zijn conclusie (onder 2.6) de ratio van het deskundigenoordeel helder uiteen. De Uww-deskundige fungeert als een verplicht voorportaal voor de rechter om te voorkomen dat deze onnodig wordt belast met geschillen over ziekte en re-integratie. In dit soort zaken hangt het rechterlijk oordeel vaak toch af van het advies van een onafhankelijke (medische) deskundige. Als deze deskundige al van te voren zou worden ingeschakeld zonder rechterlijke tussenkomst, kan het veel zaken schelen als werkgever en werknemer zich vervolgens bij het deskundigenoordeel neerleggen. Verder zou het deskundigenoordeel eraan bij kunnen dragen om het geschil in een vroeg stadium helder te krijgen. Aldus moet de positie van de werknemer worden versterkt en moet de rechterlijke macht worden ontlast.

5. In het licht van die ratio acht de Hoge Raad het onbegrijpelijk dat het Gerechtshof geen uitzondering — overlegging deskundigenoordeel niet in redelijkheid te vergen — op de hoofdregel heeft aangenomen. Het hof achtte van belang dat het rapport van een bezwaarverzekeringsarts van het Uww over de ziektewetclaim van de werknemer weinig informatief was voor de werkgever. Nu het deskundigenoordeel echter niet bedoeld is om de belangen van de werkgever te dienen, mogen die volgens de Hoge Raad ook geen rol spelen bij de beantwoording van de vraag of overlegging van het deskundigenoordeel valt te vergen. Wel dient de rechter terughoudend te zijn met het betrekken van andere medische informatie in de plaats van deskundigenoordelen, nu die juist zijn bedoeld om overbelasting van het rech-

terlijk apparaat te voorkomen en de geschilpunten helder te maken. Indien de rechter de informatie die wél wordt overgelegd voldoende inzichtelijk acht, kan er worden voortgeprocedeerd.

6. Het antwoord op de vraag of niet-overlegging verschoonbaar is, hangt niet alleen af van de oorzaak van de niet-verkrijging van het deskundigenoordeel. In dit geval had het Uww die niet afgegeven, omdat de werknemer — ook na rappel — had verzuimd het aanvraagformulier volledig in te vullen. Een schoolvoorbeeld van niet-verschoonbaarheid, zou je zeggen. De werknemer kan dit tekortschieten echter helen door andere relevante informatie in het geding te brengen. Het is aan hem om te kiezen wel of niet een deskundigenoordeel aan te vragen, omdat zijn belangen daarmee worden gediend. Daarna is het aan de rechter om te beoordelen of de aanvullende informatie afdoende is.

Hoewel de rechter daarbij terughoudend moet zijn, brengt de Hoge Raad met deze uitspraak toch een forse relativering aan op de verplichting een deskundigenoordeel over te leggen. Gegeven de kritiek die vaak op het deskundigenoordeel te beluisteren valt — te laat afgegeven of gebaseerd op onzorgvuldig onderzoek — is deze koers goed te begrijpen. Zie voor die kritiek G.J.J. Heerma van Voss, 'Behoorlijkheid bij het deskundigenoordeel van het Uww', *TRA* 2008/1 en A.M.P. Rijpkema, Toegang tot het recht bij ziekte en arbeidsongeschiktheid (diss.), Deventer: Kluwer, p. 54-56 en 62-64. Gelet op de vaste rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep (CRvB 1 mei 2015, *USZ* 2015/253) dat een deskundigenoordeel en een arbeidsongeschiktheidsbeoordeling in het kader van de ZW en de WIA gescheiden grootheden zijn, die in een ander kader worden opgesteld, is zij op het eerste gezicht opmerkelijk. De vraag of een deskundigenoordeel beslissend is voor de vraag of een werknemer ziek is — waar de CRvB over oordeelde — is echter een andere dan de vraag waar de Hoge Raad over oordeelde. Die betreft 'slechts' de *ontvankelijkheid* en niet de *inhoud* van het geschil.

7. De strekking van de op 1 juli 2015 ingevoerde verplichting van de werkgever om in sommige gevallen van ontbinding een deskundigenoordeel in te winnen (art. 7:671b lid 4 en 5) is naar mijn mening een net iets andere dan die van art. 7:629a en 7:658b al maakt de parlementaire geschiedenis niet duidelijk wat de strekking van deze nieuwe verplichtingen is. Zie *Boot c.s., Parlementaire Geschiedenis Wet werk en zekerheid*, Den Haag: Bju 2015, p. 783 e.v. Toch komt het mij voor dat de eis van een onafhankelijk deskundigenoordeel in dezen nog sterker ter bescherming van de belangen van de werknemer dient. Dat zou de mogelijkheden voor werkgevers om met alternatieven te komen dus inperken. De terughoudendheid van de rechter om nadere documenten te accepteren zou hier nog groter moeten zijn.

8. Een voorbeeld van verschoonbare niet-overlegging in dergelijke ontslagzaken is dat van de werkgever die geen deskundigenoordeel van

het Uwv krijgt, hoewel hij aan de voorgeschreven formaliteiten heeft voldaan. De verschoonbaarheid is dan gelegen in de onmogelijkheid om de vereiste verklaring te verkrijgen, en niet in het kunnen overleggen van een redelijk alternatief. Het komt met enige regelmaat voor dat het Uwv – naar mijn mening in een aantal gevallen strijd met de wet – weigert een deskundigenoordeel af te geven. Ook Rijkkema (a.w., p. 54) acht dit conform de Wet SUWI. Een met enige regelmaat door het Uwv gehanteerde weigeringsgrond is het ontbreken van een zogeheten first opinion (oordeel bedrijfsarts). Een andere is dat het deskundigenoordeel wordt aangevraagd in de periode dat het Uwv in het kader van de aanvraag om een WIA-uitkering de re-integratie-inspanningen van de werkgever toch al moet beoordelen. Zeker de eerste reden – ontbreken first opinion – snijdt naar mijn mening volstrekt geen hout. Dat gezegd hebbend, levert de weigering om een deskundigenoordeel af te geven in het kader van de loonvordering of ontslagprocedures dus wel 'verschoonbaarheid' op.

Weigeren passende arbeid

9. De uitspraak van 6 juni 2014 is de eerste arbeidsrechtelijke zaak waarin een prejudiciële vraag werd gesteld aan de Hoge Raad. In *USZ 2014/220* besprak ik dit arrest al, en in *NJB 2014/1834* (samen met Sagel). In art. 7:629 lid 3 is bepaald dat de werknemer geen recht heeft op loon bij ziekte 'voor de tijd, gedurende welke hij, hoewel hij daartoe in staat is, zonder deugdelijke grond passende arbeid [...] niet verricht'. De vraag is nu hoe 'tijd gedurende welke' moet worden uitgelegd. Is dat de *periode waarin* de werknemer passende arbeid weigert, of gaat het om de *arbeidsuren die* hij had kunnen werken. Rechtspraak en literatuur waren verdeeld over het antwoord op deze vraag. De verwijzende kantonrechter (i.o. 5.3.2-5.3.3) en A-G Spier (conclusie onder 4.4.-4.14) geven een goed overzicht.

10. De Hoge Raad aarzelt totaal niet, in weerwil van die onbesliste discussie. Volgens de Raad kan aan de woorden van art. 7:629 lid 3 *slechts de betekenis toekomen* van 'de periode waarin'. Passende arbeid in deeltijd weigeren, leidt tot volledig loonverlies. De Hoge Raad hanteert daartoe een wetsystematisch argument. De andere onderdelen van het derde lid houden ook een volledige loonstop in. Er wordt echter sterk de nadruk gelegd op de wetgeschiedenis en de daaruit blijkende bedoeling van de wetgever om een voldoende afschrikwekkende sanctie op weigering van passende arbeid te stellen. Voortbordurend op de parlementaire geschiedenis (*Kamerstukken II 1995/96, 24439, nr. 3, p. 60*) wijst de Hoge Raad een genuanceerde toepassing van art. 7:629 lid 3, waarin de omvang van de looninhouding op ernst en aard van de overtreding wordt afgestemd, van de hand. Dat is te conflictgevoelig.

Na deze passage uit de wetgeschiedenis te hebben geciteerd, overweegt de Raad dat volledige inhouding van het loon naar maatstaven van rede-

lijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Dan gaat het om uitzonderlijke gevallen, zo leert vaste rechtspraak.¹ Deze op een kleine kier staande deur voor verlaging van de sanctie wordt alsnog nagenoeg in het slot gegooid, nu de Hoge Raad overweegt dat de omstandigheid dat de werknemer medisch gezien nog niet voltijds mag werken geen reden is om algeheel loonverlies onaanvaardbaar te achten. Mogelijk dat een complete wanverhouding tussen overtreding en straf – volle loonstop bij weigering van 1 uurtje passend werk, na maandenlange constructieve medewerking – nog wel tot een correctie kan leiden, maar de ruimte is beperkt.

11. Als gevolg van de door de Hoge Raad gekozen uitleg verwijderd de sanctiebepaling in het BW zich van haar sociaalzekerheidsrechtelijke wortels. In art. 30 Ziektewet (ZW) en ook in de WW wordt bij de korting op de uitkering aangesloten bij de omvang van de passende arbeid die is geweigerd. De bij de introductie van de loondoorbetalingsplicht bij ziekte wat meer impliciet verwoorde bedoeling van de wetgever om aan te sluiten bij het ZW-regime delft dus het onderspit tegen de uitdrukkelijk geformuleerde doelstelling om een afschrikwekkende sanctie in het leven te roepen. Juist nu die expliciete aanwijzingen voor een andere benadering in het geval van weigering van passende arbeid voor het oprapen lagen in de wetgeschiedenis, ligt het niet voor de hand om andere kernbepalingen van de loondoorbetalingsplicht bij ziekte (bijv. arbeidsongeschiktheid, opzettelijk veroorzaken van ziekte) anders te gaan uitleggen dan onder de ZW. Van die bedoeling blijkt immers niet.

Besluit

12. De uit de parlementaire geschiedenis kenbare bedoeling van de wet speelt in deze zaken een doorslaggevende rol. In de uitspraak uit 2014 om de keuze voor een van beide taalkundig mogelijke interpretaties te onderbouwen. Bij de uitspraak van december 2013 wordt teruggegrepen op het doel van de deskundigenverklaring om de loonvorderingsprocedure te deformaliseren: de ruimte om ervan af te zien wordt vergroot. Wanneer het gerechtshof de werkgeversbelangen niet had meegewogen, en simpelweg had vastgehouden aan de tekst van art. 7:629a BW, zou het moeilijker zijn geweest om dat resultaat te bereiken.

B. Barentsen*

¹ HR 9 januari 1998, *NJ 1998/363 (Apeldoorn/Duisterhof)* en HR 25 februari 2000, *NJ 2000/471 (FNV/Maas)*.

* Hoogleraar Sociaal Recht & Bijzonder Hoogleraar Arbeidsverhoudingen bij de Overheid (Albeda Leerstoel).