

ANNOTATIE

Volledige of gedeeltelijke loonstop bij weigering passende arbeid te verrichten

mr. dr. L. van den Berg

*Annotatie bij Gerechtshof Amsterdam, 05-11-2013,
ECLI:NL:GHAMS:2013:3845 (AR-2014-0129)*

1. Inleiding

Het begrip ziekte in artikel 7:629 lid 1 BW is vrij absoluut; een werknemer is ziek, of niet ziek. Zo is een werknemer met een fulltime dienstverband die in het kader van de op hem rustende re-integratieverplichtingen voor 20 uur per week zijn eigen arbeid heeft hervat, niet 'half hersteld'. Hersteld is de werknemer pas, als hij de bedongen arbeid geheel heeft hervat, dus weer de volledige 40 uur aan het werk is.

De vraag rijst of het in artikel 7:629 lid 3 BW neergelegde 'sanctieregime' bij het schenden van de op de werknemer rustende re-integratieverplichtingen, ook zo'n absoluut karakter heeft. Als de werknemer weigert voor 50% zijn oude arbeid te hervatten, dient dat dan te leiden tot een volledig verlies van loonaanspraken, of zal de loonstop zich moeten beperken tot de uren waarin de werknemer passende arbeid kan verrichten, dus 20 uur?

De rechtspraak is verdeeld over dit vraagstuk. In een arrest van 7 april 2005, *JAR* 2005/111 volgt het Hof Amsterdam een proportioneel regime. Naar het oordeel van het hof moet redelijkerwijs worden aangenomen dat de uitzondering(en) van artikel 7:629 lid 3 onder c (en d) BW op de regel van het eerste lid slechts betrekking hebben op het deel van de bedongen of de aangepaste arbeid die de werknemer, hoewel daartoe in staat, zonder deugdelijke grond niet heeft verricht.

Medio 2013 bleek dat Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (23 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5362, AR 2013-0579 en Gerechtshof 's-Hertogenbosch (23 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3341, AR 2013-0575), op uiteenlopende gronden, uitgaan van een absoluut regime. De arresten van de eerdergenoemde gerechtshoven hebben het Hof Amsterdam blijkbaar niet overtuigd. Blijkens een vrij recent gepubliceerde uitspraak persisteert het hof (zonder nadere motivering) in de opvatting dat slechts het loon over de niet-re-integratieve uren mag worden stopgezet (5 november 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3845, AR 2014-0129).

De Kantonrechter Utrecht heeft in de, in zijn woorden 'sterk tegenover elkaar staande oordelen in de rechtspraak', aanleiding gezien om prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen over het in artikel 7:629 lid 3 BW neergelegde regime (18 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7614, AR 2014-0055). In het navolgende zal ik dieper ingaan op de argumenten voor de verschillende benaderingen die in de rechtspraak en literatuur worden gevolgd met betrekking tot het zogeheten proportionele en het absolute regime.

Bij de argumenten voor het absolute regime neem ik het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, en het hierop door Fluit en De Wolff verschenen commentaar ('Proportionele of volledige loonweigering bij re-integratieconflicten', *TRA* 2013/96) als uitgangspunt. Voorts bespreek ik de per 1 juli 2012 geïntroduceerde mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad en ga ik in op de door Kantonrechter Utrecht gestelde prejudiciële vragen. Ten slotte loop ik vooruit op het door de Hoge Raad te geven antwoord.

2. De (argumenten) voor het absolute regime

Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden toont zich met zijn uitspraak van 23 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5362, AR 2013-0579 voorstander van het absolute regime.

Het hof haalt onder meer wetssystematische argumenten aan. Vijf van de in artikel 7:629 lid 3 BW beschreven gevallen beginnen met de woorden 'voor de tijd gedurende welke...'. Hierbij wordt volgens het hof overduidelijk bedoeld 'de periode waarin een bepaald omschreven gedrag van de werknemer plaatsvindt'. Wanneer in het onder c omschreven geval het woord 'tijd' zou worden gelezen als betrekking hebbend op de re-integratieve uren die niet zijn gewerkt, wordt 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 artikel 7:629 BW wordt gebruikt. Daar komt volgens het hof nog bij dat die afwijkende uitleg het onder c genoemde geval eigenlijk overbodig maakt, omdat een werknemer hoe dan ook geen aanspraak heeft op loon als hij geen werk heeft verricht door een oorzaak die voor zijn rekening komt (art. 7:627 en 7:628 BW).

Voorts voert het hof een aantal argumenten aan, ontleend aan de memorie van toelichting van het Wetsvoorstel uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte (Wulbz). In die memorie van toelichting staat, voor zover hier van belang, het navolgende:

‘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 re-integratie serieus oppakt. (...) 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 (...). 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 (...).’

Uit de geciteerde passage zijn naar mijn mening in feite drie argumenten af te leiden. Het eerste is dat (uitsluitend) het absolute regime tot een voldoende prikkel tot re-integratie leidt. 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, zou de sanctie volgens het hof voor een belangrijk deel zijn effect verliezen.

Het tweede is dat de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid de scherpe kantjes van het absolute regime kan wegnemen. Het laatste is dat een proportioneel regime (te) conflictgevoelig zou zijn.

3. Kanttekeningen bij de argumenten voor het absolute regime

Fluit en De Wolff voeren bij hun commentaar op het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden verschillende argumenten aan tegen de door het hof aangehaalde gronden voor het absolute regime.

Dat het loon in alle in artikel 7:629 lid 3 BW genoemde gevallen alleen maar geheel zou mogen worden geweigerd, laat zich volgens laatstgenoemden slecht rijmen met artikel 7:629 lid 7 BW. Dit artikellid spreekt van een bevoegdheid van de werkgever het loon geheel of gedeeltelijk niet te betalen. Over de door de auteurs genoemde spanning met artikel 7:629 lid 7 BW kan worden gezegd dat de werkgever uiteraard bevoegd is om meer loon te betalen dan waartoe hij verplicht is; veel werknemers ontvangen tijdens ziekte immers meer dan de door artikel 7:629 lid 1 BW voorgeschreven 70%.

De overweging van het hof dat de hoofdregel van artikel 7:627 en 7:628 BW een genuanceerde uitleg van artikel 7:629 lid 3 BW overbodig zou maken, wordt naar mijn mening niet op geheel overtuigende wijze door Fluit en De Wolff weerlegd. Aangezien artikel 7:627 BW primair op de bedongen arbeid ziet, terwijl artikel 7:629 lid 3 BW voornamelijk zou zijn geschreven voor passende arbeid, zou de werkgever volgens de auteurs zonder laatstgenoemd artikellid geen enkele mogelijkheid hebben het loon van de werknemer die geen ander passend werk dan het eigen werk wil uitvoeren, te weigeren. Gelet echter op de omstandigheid dat de Hoge Raad in onder meer het arrest Van Haaren/Cehave (HR 8 november 1985, NJ 1986/309) heeft aanvaard dat wanneer de blijvend arbeidsongeschikte werknemer aanbiedt passende arbeid te verrichten en de werkgever deze zonder redelijke grond weigert, de werknemer gelet op artikel 7:611 BW en artikel 7:628 BW recht behoudt op een passend gedeelte van het loon, heb ik aarzelingen bij bovengenoemde redenering.

Het antwoord op de vraag waarop het loon van de werknemer die tijdens ziekte passende arbeid verricht, thans precies is gebaseerd (opties zijn: de voorgaande jurisprudentie omtrent art. 7:611 en 7:628 BW, art. 7:658a BW, of art. 7:629 lid 1 en lid 5 BW) moet ik helaas schuldig blijven. Overigens acht ik het zeer wel denkbaar dat ook in het geval zou moeten worden aangenomen dat 'de wetgever' een proportioneel regime voor ogen stond bij de schending van de re-integratieverplichtingen door de werknemer, hij het niettemin nodig vond daarover een expliciete voorziening in artikel 7:629 BW op te nemen. Met andere woorden: zowel de door het hof als de door de auteurs gevolgde redenering wijst volgens mij noch dwingend in de richting van een absoluut, noch in die van een proportioneel regime. Wel overtuigend is naar mijn mening de verwijzing door laatstgenoemden naar het systeem in artikel 30 lid 2 Ziektewet (ZW). In dat artikel wordt wel een proportionele benadering gevolgd. Aangezien bij de privatisering van de ZW is beoogd op het punt van controlevoorschriften en de re-integratie, het regime van de ZW over te plaatsen naar het BW (Kamerstukken II 1995/96, 24439, p. 10), valt inderdaad niet goed in te zien waarom in het BW een strenger regime zou moeten gelden dan in de ZW.

De auteurs hebben voorts bedenkingen bij het 'teleologische argument', dat uitsluitend een volledige loonuitsluiting een afdoende prikkel tot nakoming biedt. In dit verband wijzen zij voorts op een andere, mogelijk nog effectiever sanctiemiddel dat een werkgever kan inzetten wanneer de werknemer zonder deugdelijke grond meewerkt aan zijn re-integratie, te weten de opzegging van de arbeidsovereenkomst. Artikel 7:670b lid 3 onder b BW verklaart immers het opzegverbod tijdens ziekte in een dergelijk geval buiten toepassing.

Verder plaatsen de auteurs kanttekeningen bij het argument dat een proportioneel regime te conflictgevoelig zou zijn. Zo blijkt volgens de auteurs na raadpleging van de Kamerstukken dat re-integratie in eigen werk door opbouw in uren – in de praktijk het meest gangbare –

indertijd niet aan de orde is geweest. De wetgever focuste destijds op de verplichting ander passend werk bij een andere werkgever te aanvaarden. Bovengenoemde kanttekening kan mijns inziens wel worden onderschreven. De vraag hoeveel loon bij een proportioneel regime moet worden ingehouden is inderdaad minder lastig te beantwoorden in het geval de werknemer een deel van zijn eigen arbeid weigert te hervatten, dan wanneer het om andere, passende arbeid bij een (derde) werkgever gaat. Voorts kan worden gewezen op de omstandigheid dat van de in artikel 7:629 lid 5 BW opgenomen regeling omtrent inkomstenverrekening bij het verrichten van passende arbeid evenmin kan worden ontkend dat deze tot lastig te beantwoorden vragen over de precieze loonwaarde van de passende arbeid aanleiding kan geven.

Tot slot wijzen de auteurs erop dat het belang van een in hun ogen 'disproportioneel strenge sanctie' inmiddels sterk kan worden gerelativeerd. In dat verband wijzen zij onder meer op de doorbreking van de ontslagbescherming met ingang van 2002, en op het inmiddels in de socialezekerheidswetgeving in belangrijke mate uitgebreide sanctiekader op schending van de re-integratieverplichtingen. Onder meer kan worden gedacht aan artikel 28 jo. artikel 88 WIA, waarin het in onvoldoende mate verrichten van re-integratie-inspanningen wordt gesanctioneerd met een maatregel (van de derde categorie, hetgeen als hoofdregel gedurende vier maanden een korting van 25% van het uitkeringsbedrag impliceert). Ten slotte wijzen zij op de toegenomen re-integratiebereidheid van de werknemer. De omstandigheid dat de wetgever het sanctiekader op het schenden van re-integratieverplichtingen sinds de Wet verbetering poortwachter alleen maar heeft uitgebreid, zou mijns inziens niet misstaan als argument tegen een proportioneel regime en overtuigt mij dus niet.

4. De argumenten voor het proportionele regime

Uit het voorgaande volgt dat niet alle bedenkingen die Fluit en De Wolff aanvoeren tegen de argumenten voor het absolute regime overtuigend zijn. Voorts kan van de door auteurs geplaatste opmerkingen niet steeds worden gezegd dat die ook duidelijke argumenten voor een proportioneel regime inhouden. Na de bespreking van de kanttekeningen bij de argumenten voor een absoluut regime, is het dus noodzakelijk ook nog in te gaan op de (positieve) argumenten voor het proportionele regime. Na een analyse van de relevante jurisprudentie en literatuur valt op dat de redelijkheid het meest gewichtige argument is voor het proportionele regime.

Uit de hierboven aangehaalde publicatie van Fluit en De Wolff kan een positief argument voor het proportionele regime worden ontleend, namelijk de opvatting dat een dergelijk regime in overeenstemming is met het quid pro quo-beginsel. Het lijkt de auteurs slecht verdedigbaar dat een werknemer die inmiddels al voor 50% zijn oude arbeid heeft hervat, maar verdere

werkhervatting weigert, getroffen moet worden met een volledige loonuitsluiting.

Gerechtshof Amsterdam 7 april 2005, *JAR* 2005/111 (die het zich overigens nogal makkelijk maakte door op te merken dat de wetsgeschiedenis van de Wet verbetering poortwachter geen uitsluitel biedt voor het antwoord op de vraag welk regime de wetgever voor ogen stond), achtte het blijkbaar voldoende om te oordelen dat ‘redelijkerwijs moet worden aangenomen dat de loonstop slechts betrekking heeft op de niet-gewerkte uren’.

Het argument van de redelijkheid is, in de vorm van het door de auteurs aangehaalde *quid pro quo*-beginsel, ook terug te vinden bij *Fluit en De Wolff*.

Voorts wordt gezegd dat de wettekst van artikel 7:629 lid 3 onder c BW zich niet klip en klaar tegen een proportioneel regime verzet. De bepaling luidt als volgt:

‘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;’

Zo kan het woord ‘tijd’ in artikel 7:629 lid 3 onder c BW worden gelezen als betrekking hebbend op de re-integratieve uren die niet zijn gewerkt.

5. Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad

Het Wetboek van Rechtsvordering (Rv) biedt sinds 1 juli 2012 de mogelijkheid aan lagere rechters om ambtshalve, of op verzoek van partijen, prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad (Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, *Stb.* 2012, 65). De rechter heeft de mogelijkheid een prejudiciële vraag te stellen wanneer een bepaalde rechtsvraag in een aanzienlijk aantal zaken aan de orde zal zijn. Behalve bij massavorderingen, is deze mogelijkheid er volgens artikel 392 lid 1 Rv, indien een antwoord op de vraag nodig is om op de eis of het verzoek te beslissen en rechtstreeks van belang is voor de beslechting of beëindiging uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, waarin dezelfde vraag zich voordoet. Of sprake is van een zaakoverstijgend belang, is uiteraard ter beoordeling aan de Hoge Raad. De Hoge Raad kan blijkens artikel 393 lid 8 Rv (zonder nadere motivering) afzien van de beantwoording van een aan hem voorgelegde prejudiciële vraag, als hij van oordeel is dat de vraag zich niet leent voor beantwoording via de prejudiciële procedure of de vraag van onvoldoende gewicht is om beantwoording te rechtvaardigen. Wanneer de vraag wel in behandeling wordt genomen, dan worden partijen allereerst in de gelegenheid gesteld

schriftelijke opmerkingen in te dienen (art. 394 lid 1 Rv). De Hoge Raad kan ook bepalen dat anderen dan partijen schriftelijke opmerkingen mogen indienen (art. 394 lid 2 Rv). De Hoge Raad kan vervolgens ingevolge artikel 394 lid 4 Rv een mondelinge of schriftelijke toelichting bevelen. Vervolgens zal – nadat de procureur-generaal zijn conclusie heeft genomen – de Hoge Raad op de gestelde prejudiciële vraag beslissen (art. 394 lid 6 en 7 Rv). Hierbij staat het de Hoge Raad vrij om de vraag te herformuleren. Nadat de Hoge Raad de prejudiciële vragen heeft beantwoord, zendt de griffier de beslissing van de Hoge Raad, de conclusie van de P-G en de tussen partijen gewisselde stukken terug naar zowel de partijen als de feitenrechter. Nadat de feitenrechter partijen de gelegenheid heeft gegeven zich over de uitspraak van de Hoge Raad uit te laten, beslist de rechter met inachtneming van deze uitspraak.

Sagel heeft aandacht besteed aan de betekenis van de Wet prejudiciële vragen voor het arbeidsrecht (*TRA 2012/64*). Hij beschouwt de mogelijkheid prejudiciële vragen te stellen als een belangrijke nieuwe loot aan de stam van het arbeidsprocesrecht. Hij merkt daarbij overigens wel op dat het belang voor de praktijk valt of staat met de mate waarin lagere rechters gebruik zullen gaan maken van het middel en de Hoge Raad daarop ingaat. De Kantonrechter Utrecht heeft met het bij vonnis van 18 december 2013 stellen van prejudiciële vragen over het regime bij artikel 7:629 lid 3 onder c BW een primeur voor het arbeidsrecht (ECLI:NL:RBMNE:2013:7614).

6. De prejudiciële vraag van de Kantonrechter Utrecht

Opvallend is dat de kantonrechter bij het stellen van de prejudiciële vraag alvast wat schoten voor de boeg neemt voor de door de Hoge Raad te kiezen oplossingsrichting(en). Omdat de overwegingen van de kantonrechter betrekkelijk lastig te doorgronden zijn, neem ik de vrijheid een aantal passages uit het vonnis te citeren.

‘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 [bedoeld moet zijn: onder b; &&] 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.’

Bovengenoemde overwegingen zijn naar mijn mening lastig te begrijpen. Dat komt volgens mij omdat er bij artikel 7:629 lid 3 BW niet slechts twee, maar drie regimes denkbaar zijn.

Artikel 7:629 lid 3 onder a BW heeft (o.m.) betrekking op de uitsluitingsgrond bij het opzettelijk veroorzaken van ziekte. Is die situatie van toepassing, dan verspeelt de werknemer zijn loonaanspraken gedurende de gehele termijn van de ziekte. Hier geldt dus een zowel qua tijd als omvang van de loonstop absoluut regime. Bij de onderdelen b tot en met f staat niet ter discussie dat er qua tijd beperkingen zijn; 'nicht im Frage' is dat een (volledige of proportionele) loonstop uitsluitend aan de orde is zolang de daarin geregelde gedragingen aan de orde zijn. De vraag die (o.m.) bij artikel 7:629 lid 3 onder c speelt, is echter of die loonstop zich gedurende de periode waarin de werknemer zich weigerachtig opstelt, zou dienen te beperken tot de uren waarop de werknemer belastbaar is of niet. Een soortgelijke vraag kan bijvoorbeeld ook worden gesteld bij de toepassing van het bepaalde in artikel 7:629 lid 3 onder b BW, dat de loonstop regelt voor 'de tijd, gedurende welke door toedoen van de werknemer de genezing wordt belemmerd of vertraagd'. Omdat niet alle aandoeningen (volledig) behandelbaar zijn, kan ook hier de vraag rijzen hoe om te gaan met een werknemer die zijn genezing belemmert, maar van wie tevens vaststaat dat hij nooit meer volledig zal herstellen.

Teruggaand naar de laatste volzin in de hierboven geciteerde overwegingen van de kantonrechter, rijst bij mij de vraag of hij niet beter gebruik had kunnen maken van het begrip 'voor zover' in plaats van 'indien'. Het gebruik van het woord 'indien' in plaats van 'voor de tijd, gedurende welke' zou, en dat lijkt de kantonrechter wel te bedoelen, volgens mij niet dwingend in de richting van een proportioneel regime, maar juist in een qua tijd en omvang absoluut regime te wijzen. Dat dat niet de bedoeling is, staat (gelukkig) niet ter discussie. De kantonrechter vervolgt:

'Daar komt bij dat "voor de tijd gedurende welke" in zoverre dubbelop 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.'

Discussies over de begrippen 'tijd' en 'periode' ontaarden nogal makkelijk in semantische haarkloverij. Ik neem aan dat het begrip 'tijd' voor de kantonrechter een proportioneel regime impliceert, en periode een 'absoluut', maar sta open voor een tegenovergestelde benadering. Uit de tweede en derde volzin van het hierboven geciteerde volgt in ieder geval dat de kantonrechter niet overtuigd is van het argument van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden dat de 'uniforme aanhef' van de in onder b tot en met f 'geschetste situaties' ook steeds tot een uniform regime zou moeten leiden.

'Het komt de kantonrechter ook voor dat door de Hoge Raad beoordeeld zou moeten worden

of artikel 7:629 lid 3 BW een verbijzondering (in de vorm van de zes onder a tot en met f aldaar uitgewerkte gevallen) is van artikel 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 artikel 7:627 BW.'

Ik heb al eerder aangegeven dat het argument dat opnemning van artikel 7:629 lid 3 onder c BW bij een proportioneel regime overbodig is, gelet op de regeling van artikel 7:627 en 7:628 BW, mij niet overtuigt. Voorts is het mijns inziens wat onzorgvuldig dat de kantonrechter aan de Hoge Raad vraagt zich uit te laten over de verhouding van alle in artikel 7:629 lid 3 BW genoemde gevallen tot artikel 7:627 en 7:628 BW. Veel van de in artikel 7:629 lid 3 BW genoemde gevallen hebben immers niet direct betrekking op de weigering (passende) arbeid te verrichten.

7. De glazen bol

Uit de onderhavige analyse kan worden opgemaakt dat de discussie over wat rechtens is als een zieke werknemer passende arbeid voor de niet volledige arbeidsduur weigert, op de vierkante centimeter gevoerd wordt. Voorts kunnen we constateren dat de argumenten voor het ene of het andere regime, niet altijd overtuigend zijn. Dit alles maakt de vraag hoe de Hoge Raad zal antwoorden op de gestelde prejudiciële vragen des te interessanter. Vanwege het evidente belang voor de praktijk, hoeft er mijns inziens niet aan te worden getwijfeld dat de Hoge Raad zal gaan antwoorden. Gelet echter op de niet eenvoudig te doorgronden rechtsoverwegingen van de Kantonrechter Utrecht, zal de Hoge Raad er waarschijnlijk niet aan ontkomen de vragen te herformuleren.

Hoe het antwoord van de Hoge Raad zal luiden, zal kunnen afhangen van het gewicht dat de Hoge Raad toekent aan de parlementaire geschiedenis bij de Wet verbetering poortwachter. Over de bedoeling van de wetgever valt namelijk mijns inziens moeilijk te twijfelen; hem stond in 1996 een absoluut regime voor ogen, met de derogerende redelijkheid en billijkheid voor de apert onredelijke uitkomsten als achtervang. Daar tegenover staat – wat mij betreft – met name 'de redelijkheid', ofwel de gedachte dat uitsluitend voor zover de werknemer zijn eigen verplichtingen niet nakomt, daarop een sanctie van de werkgever mag volgen. Voorts zal het mogelijke belang dat wordt toegekend aan de omstandigheid dat de ZW wel uitgaat van een proportioneel regime, een rol kunnen spelen.

Het zou me niet verbazen als de Hoge Raad op safe speelt, en opteert voor het absolute regime. Ik kan me namelijk voorstellen dat een eventuele keuze voor een absoluut regime bij de toepassing van artikel 7:629 lid 3 onder c BW, uiteindelijk vooral zal zijn ingegeven door de

lastig te beantwoorden vragen die vervolgens zouden kunnen rijzen bij (o.m.) de toepassing van een proportioneel regime voor de onder meer in artikel 7:629 lid 3 onder b en d geregelde gronden. Vaststellen hoe hoog bij een proportioneel regime het door de werkgever te betalen loon zou zijn als de werknemer weigert een deel van zijn eigen arbeid, of zelfs passende arbeid te verrichten, lijkt mij namelijk een stuk minder snel aanleiding geven voor discussie dan bijvoorbeeld de vraag in hoeverre de weigering van een werknemer een adequate behandeling te ondergaan doorwerkt in de arbeidsmogelijkheden van de werknemer.