

ANNOTATIE

Ook voor zieke werknemers geldt: wie niet werkt, zal niet eten!

F.M. Dekker

Annotatie bij Hoge Raad, 06-06-2014, ECLI:NL:HR:2014:1341 (AR-2014-0506)

1. Inleiding

Aan het einde van de vorige eeuw is de Ziektewet 'geprivatiseerd'. Sindsdien rust het risico van inkomensverlies door arbeidsongeschiktheid wegens ziekte voor een belangrijk deel op de werkgever: ingevolge artikel 7:629 lid 1 BW moet hij de zieke werknemer gedurende 104 weken (gedeeltelijk) loon doorbetalen. De reden voor deze privatisering was het almaar toenemende percentage ziekteverzuim in Nederland. De regering hoopte het gedrag van werkgevers en werknemers te kunnen sturen door hen de gevolgen van ziekte meer dan voorheen rechtstreeks in de portemonnee te laten voelen. In het verlengde hiervan werden op partijen bij de arbeidsovereenkomst met de Wet verbetering poortwachter ook vergaande re-integratieverplichtingen gelegd.

Met het verplaatsen van het financiële risico van arbeidsongeschiktheid naar de werkgever, heeft de wetgever hem tevens enkele weigeringsgronden ter beschikking gesteld die voorheen tot het arsenaal van de uitvoeringsinstantie van de Ziektewet behoorden. Deze gronden zijn te vinden in het derde lid van artikel 7:629 BW. Dit artikellid ontzegt de werknemer in een zestal gevallen de in artikel 7:629 lid 1 BW bedoelde aanspraak op doorbetaling van loon.

In de praktijk is in dit verband de vraag gerezen of de loonbetaling altijd volledig mag worden stopgezet of dat in voorkomende gevallen moet worden volstaan met een gedeeltelijke stopzetting. Deze vraag is met name gesteld in het kader van onderdeel c van artikel 7:629 lid 3 BW: de werknemer die weigert passende arbeid te verrichten. Mag in die situatie het gehele

loon worden ingehouden of slechts het loon dat betrekking heeft op de uren die de werknemer heeft geweigerd te werken? Omdat deze vraag in rechtspraak en literatuur niet op eenduidige wijze werd beantwoord, besloot de Kantonrechter Utrecht hem op 18 december 2013 (*JAR* 2014/42; AR 2014-0055) aan de Hoge Raad voor te leggen. Op 6 juni 2014 heeft de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2014:1341) de broodnodige duidelijkheid verschaft.

2. Wat aan de prejudiciële vraag voorafging

Zoals vermeld, bestond in literatuur en rechtspraak onenigheid over de vraag of de werknemer die passende arbeid weigert geconfronteerd mag worden met een algehele loonstop of dat slechts loon mag worden ingehouden over de uren die de werknemer had kunnen en moeten werken. Aanvankelijk beantwoordde de rechtspraak deze vraag unaniem in laatstbedoelde zin. Dit begon met een arrest van het Hof Amsterdam van 7 april 2005 (*JAR* 2005/111). Het hof oordeelde toen dat redelijkerwijs moet worden aangenomen dat de loonsanctie van artikel 7:629 lid 3 onderdeel c BW slechts betrekking heeft op het deel van de bedongen of aangepaste arbeid dat de werknemer, hoewel daartoe in staat, zonder deugdelijke grond niet heeft verricht. De wetsgeschiedenis zou volgens het hof geen aanwijzing voor het tegendeel bevatten.

In de jaren daarna – tot medio 2012 – volgden lagere rechters dit arrest zonder uitzondering, zij het doorgaans met een magere motivering: de Kantonrechters Nijmegen (ECLI:NL:RBARN:2007:BB5906) en Enschede (*JAR* 2012/281) onderbouwden hun uitspraak in het geheel niet, terwijl die uit Breda (ECLI:NL:RBBRE:2009:BL6655), Utrecht (ECLI:NL:RBUTR:2009:BK6962) en Amsterdam (*JAR* 2012/236) volstonden met een verwijzing naar het arrest van het Amsterdamse hof. Een positieve uitzondering vormt een vonnis van de Kantonrechter Amersfoort van 22 juli 2009 (*JIN* 2009/752). Deze kantonrechter baseerde zijn oordeel op de tekst van de wet. Uit de woorden ‘voor de tijd, gedurende welke’ vloeit volgens de kantonrechter voort dat een werknemer ‘slechts met een weigering van loonbetaling [kan, FMD] worden geconfronteerd “voor de tijd” (lees: de uren) waarin hij geen werkzaamheden verricht, hoewel hij daartoe wel in staat geacht wordt’. Bovendien zou een andere uitleg, zo voegde hij er nog aan toe, met name in de beginfase van het herstel tot disproportionele sancties leiden.

In de literatuur is deze rechtspraak bekritiseerd en is juist in overwegende mate een volledige loonstop bepleit (een uitzondering hierop vormt D.J.B. de Wolff, ‘Wat “verdient” een zieke, weigerachtige werknemer?; een reactie’, *ArbeidsRecht* 2006/11, nr. 58). *Grosso modo* zijn daartoe een viertal argumenten aangevoerd:

1. Het eerste argument luidt dat een volledige loonstop beter strookt met het digitale

ziektebegrip uit het BW (iemand is arbeidsgeschikt of arbeidsongeschikt; gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid kent het BW niet). Door deze digitaliteit is het verband tussen de verrichte werkzaamheden en het te betalen loon doorgeknipt. Als gevolg daarvan is het niet zo dat het doen van gedeeltelijk of aangepast werk de werknemer recht op loon oplevert. Een gedeeltelijke weigering dient dan ook niet te leiden tot een gedeeltelijke loonstop, maar tot een volledige (vgl. Barentsen in *JAR* 2005/111; A. Birkhoff en A. Swets, 'Wat "verdient" een zieke, weigerachtige werknemer?', *ArbeidsRecht* 2006/6/7, nr. 37; Kehrer-Bot in *JAR* 2012/280; en L. van Luipen en D.P. van Straten, 'Geen passende arbeid, geen loon', *ArbeidsRecht* 2013/12, nr. 59).

2. Daarnaast wordt vaak gewezen op de ratio van artikel 7:629 lid 3 onder c BW: het prikkelen van de werknemer zijn werk te hervatten, opdat zo snel mogelijk volledig herstel wordt bereikt. De sanctie zou een belangrijk deel van zijn effect verliezen als deze zou moeten worden gerelateerd aan het aantal uren dat de werknemer weigert passende arbeid te verrichten. Het feit dat de werknemer voor een klein aantal uren het werk hervat is daarnaast voor de werkgever in veel gevallen ook niet zo zeer van belang vanwege de geleverde prestatie, maar meer omdat dat bij kan dragen aan diens volledige re-integratie (vgl. de genoemde annotaties van Barentsen en Kehrer-Bot; Birkhoff en Swets 2006; Zondag in *JIN* 2009/752; D.J. Prins, 'De ziekte komt te post gereden. Maar gaat terug met ezelstreden. De sanctionering van de zieke werknemer: opschorting en stopzetting van loon', *ArbeidsRecht* 2011/8/9, nr. 41; en Van Luipen en Van Straten 2013).

3. Als derde wordt wel een vergelijking gemaakt met de andere loonweigeringsgronden uit artikel 7:629 lid 3 BW. Bij (de meeste van) die gronden is een proportionele benadering niet mogelijk, terwijl de woorden 'voor de tijd, gedurende welke' daarin evenzeer voorkomen. Het opvatten van het woord 'tijd' uit artikel 7:629 lid 3 onderdeel c BW als betrekking hebbend op de re-integratieve uren die niet zijn gewerkt, zou er derhalve toe leiden dat aan dit woord voor dit onderdeel een afwijkende betekenis wordt gegeven. Dat ligt niet in de rede. Zeker niet, nu het bij de andere weigeringsgronden vaak ook nog om minder ernstige gedragingen gaat (vgl. de genoemde annotaties van Barentsen, Kehrer-Bot en Zondag; Birkhoff en Swets 2006; Prins 2011; Van Zijl in *JIN* 2013/87; en Van Luipen en Van Straten 2013).

4. Tot slot wordt wel gesteld dat als de loonsanctie uitsluitend zou zien op de uren die de werknemer weigert om passende arbeid te verrichten, artikel 7:629 lid 3 onderdeel c BW feitelijk overbodig is. Een werknemer heeft immers reeds ingevolge artikel 7:627 BW geen aanspraak op loon als hij niet werkt door een oorzaak die voor zijn rekening komt (vgl. de genoemde annotatie van Kehrer-Bot; en Van Luipen en Van Straten 2013).

Sinds het najaar van 2012 is – al dan niet onder invloed van de literatuur – een kentering in de

rechtspraak zichtbaar. Op 3 oktober 2012 is de Kantonrechter Amsterdam (*JAR* 2012/280) de eerste (gepubliceerde) rechter die de tot dan toe constante lijn in de jurisprudentie doorbreekt. Kort daarna, op 3 april 2013, volgde de Kantonrechter Groningen (*JIN* 2013/87). Beide kantonrechters wijzen ter onderbouwing van hun oordeel op het doel van de looninhouding. Het door hun Amersfoortse collega gehanteerde tekstuele argument wijzen zij daarnaast van de hand met een verwijzing naar de andere onderdelen van artikel 7:629 lid 3 BW. De Amsterdamse Kantonrechter voegt daar nog aan toe dat onderdeel c van artikel 7:629 lid 3 BW bij een partiële loonstop overbodig zou zijn naast artikel 7:627 BW, terwijl de Kantonrechter Groningen als additioneel argument verwijst naar de memorie van toelichting op de Wulbz I.

Op 23 juli 2013 lieten voor het eerst sinds 2005 weer twee hoven zich over de kwestie uit. De beide rechtscolleges lijken echter niet op één lijn te zitten. Het Hof 's-Hertogenbosch (*JIN* 2013/130, AR 2013-0575) stond weliswaar een volledige loonstop toe, maar deed dat slechts vanwege 'de bijzondere omstandigheden van deze zaak'. Dat doet vermoeden dat het Bossche hof in principe de leer van het Hof Amsterdam aanhangt. De andere hofzaak betrof het appel van de zojuist genoemde uitspraak van de Kantonrechter Groningen. Het Hof Arnhem-Leeuwarden (*JAR* 2013/228, AR 2013-0579) citeerde de kernoverwegingen van de kantonrechter en gaf aan deze te onderschrijven. Daarnaast merkte het hof op dat een volledige loonstop niet alleen steun vindt in de wetsgeschiedenis, maar ook in de literatuur. Daarbij neemt het hof de hierboven als (2), (3) en (4) genummerde argumenten uit de doctrine over. Tot slot overweegt het Hof Arnhem-Leeuwarden dat het Amsterdamse hof er ten onrechte van uit is gegaan dat de wetsgeschiedenis op het cruciale punt geen uitsluitel geeft.

Het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden is op felle kritiek gestuit van Fluit en De Wolff (P.S. Fluit en D.J.B. de Wolff, 'Proportionele of volledige loonweigerig bij re-integratieconflicten', *TRA* 2013/11, nr. 96). Zij lopen de vier door het hof genoemde argumenten één voor één bij langs en achten geen daarvan overtuigend (genoeg). Fluit en De Wolff beginnen met het tekstuele argument. Dat het loon in alle in artikel 7:629 lid 3 BW genoemde gevallen alleen maar geheel kan worden geweigerd, laat zich volgens de auteurs slecht rijmen met artikel 7:629 lid 7 BW, dat spreekt van de bevoegdheid van de werkgever om het loon 'geheel of gedeeltelijk' niet te betalen. Ook bij de andere loonweigeringsgronden is een meer genuanceerde benadering mogelijk. Het *quid pro quo*-beginsel brengt, zo begrijp ik Fluit en De Wolff, mee dat de werknemer in ieder geval betaald moet worden voor de uren die hij wel werkt. Ook het wetssystematische argument van het hof dat artikel 7:629 lid 3 onder c BW naast artikel 7:629 BW overbodig zou zijn als een partiële loonstop de regel zou zijn, onderschrijven Fluit en De Wolff niet. Het hof miskent in hun visie dat eerstgenoemd

artikellid niet ziet op de bedongen arbeid als bedoeld in het laatste artikel, maar juist, althans mede, op ander passend werk. De schrijvers zien in artikel 30 lid 2 ZW, welk artikellid overtreding van de verplichting passende arbeid te aanvaarden bestraft met verrekening van misgelopen inkomsten, een wetssystematisch argument ten faveure van een gedeeltelijke looninhouding. 's Hofs argument dat een partiële loonstop nauwelijks een prikkel vormt voor de werknemer om zijn gedrag te beteren, berust volgens Fluit en De Wolff niet op empirisch bewijs. Zij menen dat ook het missen van een deel van het loon voor veel werknemers al grote financiële gevolgen heeft en dus de bedoelde prikkel oplevert. Bovendien, zo voegen zij eraan toe, wijkt het opzegverbod tijdens ziekte indien de werknemer onvoldoende meewerkt aan re-integratie. De werkgever heeft daarmee dus nog een ander middel om de werknemer te prikkelen. Het wetshistorische argument lijkt tot slot, zo stellen Fluit en De Wolff, op het eerste gezicht wel overtuigend, maar ook daarbij passen kanttekeningen. Ten eerste zou de situatie van re-integratie door opbouw in eigen werk tijdens het parlementaire debat niet aan de orde zijn geweest, waardoor de vraag wat geldt ingeval een werknemer minder uren hervat dan de werkgever geraden acht niet is behandeld. Ten tweede is het sanctiekader sinds de inwerkingtreding van de Wulbz I belangrijk uitgebreid, waardoor minder behoefte bestaat aan volledige loonstopzetting. Ten derde heeft de re-integratiebereidheid van werknemers zich de laatste jaren ten positieve ontwikkeld. Het belang van een strenge sanctie als een volledige loonstop is daardoor in vergelijking met de tijd waarin de betreffende uitlatingen door de regering zijn gedaan, afgenomen.

Om de cirkel rond te maken heeft het Hof Amsterdam zijn arrest uit 2005 op 5 november 2013 (ECLI:NL:GHAMS:2013:3845) bevestigd. Een motivering voor dit oordeel ontbreekt helaas.

3. Het antwoord van de Hoge Raad

Tegen de zojuist beschreven achtergrond is het mijns inziens begrijpelijk dat de Kantonrechter Utrecht zich eind vorig jaar genoodzaakt voelde gebruik te maken van de mogelijkheid tot het stellen van een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad. De gestelde vraag (her)formuleert de Hoge Raad als volgt: '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.' Conform de heersende leer in de literatuur, beantwoordt de Hoge Raad deze vraag uiteindelijk bevestigend. Uit het oordeel valt hiervoor een viertal argumenten te destilleren.

In de eerste plaats wijst ons hoogste rechtscollege op het feit dat de woorden 'voor de tijd, gedurende welke' niet alleen in onderdeel c van artikel 7:629 lid 3 BW voorkomen, maar ook in de onderdelen b en d tot en met f. Gelet op de aard van de in die onderdelen genoemde

gedragingen, kan aan deze woorden in de daar bedoelde gevallen volgens de Hoge Raad slechts de betekenis toekomen van 'de periode waarin' de werknemer het desbetreffende gedrag vertoont. Het is dan niet aannemelijk dat dezelfde woorden in onderdeel c een andere betekenis zouden hebben.

Een tweede aanwijzing voor een uitleg waarbij het recht op loon geheel vervalt gedurende de periode waarin de werknemer weigert passende arbeid te verrichten, ziet de Hoge Raad in het feit dat reeds uit artikel 7:627 BW voortvloeit dat geen loon is verschuldigd voor niet gewerkte uren. Een uitleg van artikel 7:629 lid 3 onderdeel c BW die inhoudt dat daarin slechts dit uitgangspunt wordt herhaald, ligt, zo overweegt de Hoge Raad, niet voor de hand.

In de derde plaats slaat de Hoge Raad acht op de strekking van de loonsanctie, door hem verwoord als 'de werknemer te stimuleren zijn herstel en re-integratie te bevorderen'. Daarbij haalt de Hoge Raad de navolgende passage uit de parlementaire geschiedenis aan (*Kamerstukken II 1995/96, 24439, 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.'

Als laatste baseert de Hoge Raad zich op de bedoeling van de wetgever. De geciteerde passage laat er volgens hem namelijk weinig twijfel over bestaan dat de wetgever een volledige loonstop voor ogen stond: '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.' Uit de aangehaalde passage blijkt echter tevens, zo voegt

de Hoge Raad nog toe, dat het denkbaar is dat een beroep op het algeheel verval van de loondoorbetalingsplicht onder bepaalde omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daarvan is naar het oordeel van ons hoogste rechtscollege evenwel niet reeds sprake 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.

4. Een volledige loonstop...

Enkele weken geleden wijdde Van den Berg in deze rubriek een annotatie aan het onderliggende vonnis van de Kantonrechter Utrecht (L. van den Berg, 'Volledige of gedeeltelijke loonstop bij weigering passende arbeid te verrichten', Annotaties AR 2014-0129). Zij schreef toen dat zowel de aangevoerde argumenten voor het absolute regime als die voor het proportionele regime niet altijd even overtuigend zijn. Met enige aarzeling besloot Van den Berg haar annotatie met de voorspelling dat het haar niet zou verbazen als de Hoge Raad het op safe zou spelen door voor het absolute regime te opteren. Deze voorspelling is nu uitgekomen.

Ik ben het met Van den Berg eens dat voor beide standpunten – het absolute en het proportionele regime – wel iets valt te zeggen en dat het antwoord van de Hoge Raad evengoed de andere kant op had kunnen vallen. Desalniettemin meen ik dat op het oordeel van de Hoge Raad weinig valt af te dingen. Enkel het argument dat artikel 7:629 lid 3 onder c BW naast artikel 7:627 BW overbodig zou zijn indien een gedeeltelijke loonstop de hoofdregel zou zijn, vind ik zwak. De Hoge Raad lijkt over het hoofd te zien dat artikel 7:627 BW slechts ziet op de situatie dat de werknemer de *bedongen arbeid* niet verricht, terwijl artikel 7:629 lid 3 onder c BW juist (ook) betrekking heeft op het geval dat *passende arbeid* wordt geweigerd. De andere drie door de Hoge Raad gebezigde argumenten kunnen zijn oordeel evenwel ruimschoots dragen. Met name de verwijzing naar de bedoeling van de wetgever acht ik sterk. De intentie van de wetgever bij de invoering van de Wulbz I was blijkens de door de Hoge Raad aangehaalde passage immers zonder twijfel dat de sanctie van artikel 7:629 lid 3 BW het volledige loon zou raken. Een meer proportionele benadering wordt zelfs uitdrukkelijk van de hand gewezen. Slechts in situaties waarin een volledige looninhouding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar uitpakt, achtte de wetgever een uitzondering op zijn plaats.

Dit uitgangspunt is wat mij betreft begrijpelijk wanneer het bijzondere karakter van de regeling uit artikel 7:629 lid 1 BW in ogenschouw wordt genomen: de werknemer komt zijn verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst niet na (hij verricht niet de afgesproken arbeid) vanwege een oorzaak die in zijn eigen risicosfeer valt (ziekte), maar behoudt desalniettemin

recht op (een deel van zijn) loon. De gevolgen van de ziekte worden, met andere woorden, (in belangrijke mate) voor rekening van de werkgever gebracht: hij moet zijn deel van de arbeidsovereenkomst naleven (hij moet loon doorbetalen) zonder daar de overeengekomen tegenprestatie (arbeid) voor terug te krijgen. Het betreft hier dus, zeker gezien vanuit algemeen overeenkomstenrechtelijk perspectief, een uitzonderlijke situatie. Van de werknemer mag naar mijn mening daarom worden gevergd, ook zonder dat artikel 7:660a BW hem daartoe dwingt, dat hij er alles aan doet om zichzelf in staat te stellen zijn prestatie (het verrichten van de bedongen arbeid) weer te kunnen leveren. Meer juridisch gesteld: tegenover het recht op loon treedt – in plaats van het verrichten van de bedongen arbeid – de plicht van de werknemer om alles in het werk te stellen om zo gauw mogelijk weer arbeidsgeschikt te worden. Verzaakt de werknemer deze plicht – doordat hij, zonder goede grond, passende arbeid weigert, niet meewerkt aan het bijstellen van het plan van aanpak of op welke andere wijze dan ook – dan vervalt daarmee in mijn visie de rechtvaardiging voor de loondoorbetaling.

Ook ben ik het met de Hoge Raad eens dat een volledige loonstop beter strookt met het doel van artikel 7:629 lid 3 BW: het bieden van een prikkel aan de werknemer om zijn re-integratie serieus op te pakken. De werkgever heeft bij dit laatste een groot belang. Artikel 7:629 lid 1 BW brengt de gevolgen van de ziekte immers voor zijn rekening. Daarnaast loopt hij ook nog het risico de consequenties van een mislukte re-integratie te moeten dragen; het UWV kan de loondoorbetalingperiode in dat geval met nog eens (maximaal) 52 weken verlengen. Maar ook los daarvan zijn de kosten van een arbeidsongeschikte werknemer voor een werkgever buitengewoon hoog. Uit de eerder genoemde noot van Van Zijl maak ik op dat deze kosten voor een grote werkgever kunnen 'oplopen tot boven de zeven jaarsalarissen en nog aanzienlijk hoger als de werkgever geen eigenrisicodragers is, omdat de verhoging van de gedifferentieerde premie aanzienlijk meer kost dan de uitkering zelf'. Het is voor de werkgever dus van grote importantie dat de werknemer zijn re-integratie serieus neemt, opdat hij spoedig herstelt en zijn werkzaamheden hervat.

Een gedeeltelijke looninhouding biedt de calculerende werknemer naar mijn mening ook te veel vrijheid. Voorkomen moet worden dat een werknemer de moeite die de re-integratie-activiteiten hem kosten gaat afwegen tegen de omvang van de mogelijke looninhouding. En dit risico doet zich niet alleen voor bij onderdeel c van artikel 7:629 lid 3 BW, maar bijvoorbeeld ook ten aanzien van het onder d genoemde geval. Een partiële loonstop maakt het mogelijk voor de werknemer om een door de werkgever aangeboden cursus van enkele uren per week te weigeren en daarbij het loonverlies over die uren voor lief te nemen. Dat lijkt mij niet wenselijk. Gezien het oordeel van de Hoge Raad in *Vixia/Gerrits* loopt de aldus redenerende werknemer weinig risico op staande voet te worden ontslagen. Met Prins meen

ik dat dit arrest kan worden verklaard, zo niet gerechtvaardigd, vanuit de logica van een algehele loonstop. Vanwege deze sanctie heeft de werkgever bij een ontslag op staande voet weinig tot geen belang meer.

Nu kan mij worden tegengeworpen dat ook een partiële loonstop al voor de benodigde prikkel kan zorgen, nu de gemiddelde werknemer bij een verlies van 10 of 20% van zijn loon al in de financiële moeilijkheden komt. Dit mag voor een deel van de werknemers inderdaad zo zijn, maar ik vermoed niet dat dit voor alle werknemers geldt. Dat zou betekenen dat voormelde risico's ten aanzien van het andere deel van de werknemers blijft bestaan. En het lijkt mij niet een werkbare oplossing om de werking van artikel 7:629 lid 3 BW afhankelijk te stellen van de werknemer die het aangaat.

Daarnaast is een partiële loonstop, zoals ook de Hoge Raad opmerkt, niet bij alle in artikel 7:629 lid 3 BW genoemde situaties mogelijk. Ten aanzien van de werknemer die niet meewerkt aan de evaluatie van het plan van aanpak zie ik bijvoorbeeld niet in hoe het loon gedeeltelijk kan worden ingehouden, althans niet gerelateerd aan een bepaald aantal uren. Een volledige loonstop lijkt dan de meest reële optie, terwijl het in mijn ogen in zijn algemeenheid toch om een lichtere overtreding gaat dan het weigeren van passende arbeid of het belemmeren van de genezing. Ik zie daarom niet in waarom in laatstgenoemde gevallen een meer genuanceerde benadering aangewezen zou zijn.

Een gedeeltelijke loonstaking kan in sommige gevallen overigens voor hoofdbrekens zorgen. Hoe bijvoorbeeld om te gaan met de volgende, aan een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep (*USZ 2011/204*) ontleende casus: een werknemer wordt door de bedrijfsarts in staat geacht voor de helft van de contracturen te werken, maar dan wel slechts in aangepast werk. Dit is een in de praktijk regelmatig voorkomend gevaltype. Ingeval de werknemer de aangeboden werkzaamheden weigert, is het relateren van de loonstop aan het aantal uren dat ten onrechte niet is gewerkt naar mijn mening arbitrair, nu de werknemer gedurende die uren met beperkingen diende te werken. De werknemer kon dus weliswaar voor de helft van de overeengekomen tijd arbeid verrichten, doch niet voor de helft van de bedongen 'waarde'. Wat is dan de basis voor de koppeling tussen het aantal uur dat de werknemer weigert te werken en de loonsanctie?

5. ...tenzij dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is

Het voorgaande betekent niet dat een volledige looninhouding altijd en zonder meer de norm moet zijn. De Hoge Raad voorziet immers in een – enigszins voor de hand liggende – *escape*: indien een volledige loonstop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, mag het loon slechts gedeeltelijk worden ingehouden. Terecht voegt de Hoge Raad hier

onmiddellijk aan toe dat iets dergelijks niet reeds aan de orde is vanwege het enkele gegeven dat de werknemer gedeeltelijk arbeidsongeschikt is. In dat geval zou de hoofdregel in de praktijk immers al snel de uitzondering worden. Dat zou er namelijk toe leiden dat de werknemer van wie de bedrijfsarts heeft vastgesteld dat hij slechts voor een bepaald percentage (bijvoorbeeld 30%) zijn arbeid kan hervatten, bij een loonstop recht op loon zou behouden over het meerdere (dus 70%). En dat is nu net wat de Hoge Raad – in navolging van de wetgever – niet wilde.

De vraag dringt zich uiteraard op in welke gevallen een volledige loonstop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dan wel onaanvaardbaar is. Hierbij zou naar mijn mening kunnen worden gedacht aan de situatie waarin door de werknemer wel enige arbeid wordt verricht. Neem bijvoorbeeld het geval van de werknemer die reeds voor een bepaald gedeelte van de overeengekomen arbeidsduur zijn werkzaamheden hervat (bijv. 60%), maar weigert dit – conform het advies van de bedrijfsarts – verder op te schroeven (bijv. naar 70%). Het gaat mij te ver om dan het volledige loon in te houden. Een partiële loonstop zou in mijn ogen dan echter niet moeten inhouden dat de werknemer slechts het loon verliest over de 10% die hij weigert te werken. Dat strookt niet met de bedoeling van de wetgever en de strekking van de loonsanctie. Het gevolg zou mijns inziens moeten zijn dat het loon over de wel gewerkte uren wel uitbetaald wordt. In het gegeven voorbeeld zou de werknemer – afgezien van een eventuele regeling die in suppletie voorziet – dus recht hebben op 60% van 70% (dus: 42%) van zijn loon (in plaats van op 70%). De weigering om 10% extra te werken kost de werknemer dus 40% van zijn loonaanspraak. Daarmee behoudt de loonstop, ook al is deze partieel, zijn afschrikwekkende/punitieve werking.

Nu kan worden afgevraagd of deze benadering niet leidt tot een ongelijke behandeling van werknemers. De werknemer die door de bedrijfsarts in staat wordt geacht te hervatten voor 10% van de overeengekomen arbeidsduur en dit weigert, verliest immers 100% van zijn loonaanspraak, terwijl die evenveel passende arbeid weigert als de werknemer uit het eerdere voorbeeld. Hoewel dit op het eerste gezicht merkwaardig oogt, zie ik hierin geen probleem. Een cruciaal verschil is namelijk dat de eerste werknemer 60% van de overeengekomen arbeidsduur werkt, waar de werknemer uit het huidige voorbeeld geheel geen arbeid verricht. Het gaat mij te ver om werk dat wel wordt verricht niet te belonen. Om die reden koppel ik het loonverlies ook niet aan het aantal uren passende arbeid dat wordt geweigerd, maar ga ik uit van een loonverlies van 100%, waarbij het vervolgens naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om het aantal uren dat wel wordt gewerkt niet uit te betalen.

Ik heb geprobeerd meer situaties te verzinnen waarin een volledige loonstop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou kunnen zijn. Ik ben daar echter niet in geslaagd. Dit betekent uiteraard niet dat deze situaties er ook niet zijn. Het is nu aan de

rechtspraak om dit nader uit te kristalliseren. Dit zal, zo vermoed ik, evenwel niet gemakkelijk zijn. Het oordeel van de Hoge Raad ademt in mijn ogen namelijk een strenge geest.

6. Slot

Zoals vermeld, had het oordeel van de Hoge Raad mijns inziens ook heel goed anders uit kunnen vallen. Met name het argument dat het toch wel erg cru is om een werknemer die slechts enkele uren passende arbeid per week weigert het gehele loon te ontzeggen, zal bij sommige werkgevers wellicht op sympathie kunnen rekenen. Met dit arrest van de Hoge Raad lijkt een dergelijke benadering mij echter niet verstandig. Daarmee stelt de werkgever zich immers bloot aan het risico na het verstrijken van de 104 wekentermijn een loonsanctie opgelegd te krijgen van het UWV wegens het onvoldoende gebruik maken van het ter beschikking gestelde sanctiearsenaal. Ook de meelevende werkgever doet er daarom verstandig aan toch voor een algehele loonstop te kiezen.