

VU Research Portal

Niet-werken na een arbeidsconflict: recht op loon?

Bouwens, W.H.A.C.M.; de Groot, E.W.

published in

Tijdschrift voor Recht en Arbeid
2009

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Bouwens, W. H. A. C. M., & de Groot, E. W. (2009). Niet-werken na een arbeidsconflict: recht op loon? *Tijdschrift voor Recht en Arbeid*, (2), 5-11.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Niet-werken vanwege een arbeidsconflict: recht op loon?

2

Bij ziekmelding na een arbeidsconflict hanteren bedrijfsartsen de STECR-werkwijzer. In onderstaande bijdrage constateren de auteurs dat deze werkwijzer niet aansluit bij het begrippenapparaat van art. 7:629 BW. Dat kan ertoe leiden dat een werknemer ten onrechte loonaanspraken op grond van dat wetsartikel worden onthouden. Zij bepleiten verder dat wanneer, vanwege een voor rekening van de werkgever komende oorzaak, werkhervatting in redelijkheid niet van de werknemer kan worden gevergd, deze onder omstandigheden zowel een beroep kan doen op art. 7:629 BW als op art. 7:628 BW.

1 STECR-werkwijzer

Arbeidsconflicten leiden vaak tot een ziekmelding.² In dergelijke gevallen zal de bedrijfsarts beoordelen of sprake is van ongeschiktheid tot werken wegens ziekte.³ Daarbij wordt sinds 2001 de 'STECR-werkwijzer arbeidsconflicten' gehanteerd, een standaarddocument voor 'arboprofessionals' bij de beoordeling en aanpak van verzuim als gevolg van arbeidsconflicten.⁴ Achtergrond van de in de werkwijzer neergelegde benadering is dat het predikaat 'ziekte' meebrengt dat de werknemer zich als zieke gaat gedragen, als gevolg waarvan minder bereidheid bestaat om de onderliggende problematiek aan te pakken.⁵ Uitgangspunt is 'demedicalisering' van het conflict, waarmee wordt bedoeld 'dat het accent zoveel mogelijk moet liggen bij het oplossen van de conflictsituatie en zo min mogelijk bij de arbeidsongeschiktheidsvraag'.

1. Willem Bouwens is hoogleraar sociaal recht te Amsterdam (VU) en aangesloten bij het Interfacultair samenwerkingsverband Gezondheid en Recht (IGER). Ellen W. de Groot is kantonrechter te Enschede.
2. Volgens R.A. Heida, 'STECR Werkwijzer Arbeidsconflicten', *Tijdschrift voor bedrijfs- en verzekeringsgeneeskunde* 2003, p. 77 betreft het jaarlijks 70 000 tot 100 000 gevallen.
3. De verplichte inschakeling van de bedrijfsarts betreft slechts de begeleiding van werknemers die door ziekte niet in staat zijn hun arbeid te verrichten (art. 14 lid 1b Arbowet). Zie echter Ktr. Arnhem 29 januari 2007, L/JN AZ7374 (werkgever moet ziekmelding doorgeven aan bedrijfsarts om werknemer de mogelijkheid te verschaffen een oordeel te krijgen over zijn arbeidsongeschiktheid).
4. STECR (Stichting Expertise Centrum Reïntegratie) biedt een nationaal platform waar relevante stakeholders op het terrein van Arbeid en Gezondheid praktijkkennis verzamelen en delen (zie www.stecr.nl). De werkwijzer is sinds de totstandkoming drie keer aangepast. Momenteel wordt gewerkt aan een nieuwe versie.
5. STECR-werkwijzer, p. 19.

De bedrijfsarts dient volgens de werkwijzer vast te stellen welke van de onderstaande situaties van toepassing is:⁶

A Psychische klachten staan voorop, het arbeidsconflict is secundair. Kenmerkend is dat de klachten al ruim voor de ziekmelding bestonden. [...].

B Er is een fysiek medisch probleem, maar daarnaast ook een arbeidsconflict. [...].

C De ziekmelding is een direct gevolg van een arbeidsconflict. De werknemer meldt zich ziek met klachten die lijken op de eerste situatie waarin sprake is van psychische klachten. De werknemer meldt veel spanning, onrust, emotionele labiliteit, moeite met concentreren en soms fysieke klachten als hartkloppingen, hoofdpijn en dergelijke. Kenmerkend voor deze situatie is dat de klachten niet al geruime tijd voorafgaand aan de ziekmelding bestaan. Het gaat om een normale reactie op een vervelende, als bedreigend ervaren situatie.

D De ziekmelding is een drukmiddel in het conflict. In dit geval is er geen sprake van medische klachten, maar de ziekmelding is een manier om iets af te dwingen [...].

Anders dan in de gevallen A en B, is volgens de werkwijzer in de gevallen C en D sprake van 'arbeidsverzuim zonder medische beperkingen'. In de C-situatie wordt de bedrijfsarts geadviseerd de werknemer aan te spreken op zijn herstelgedrag en begeleiding en interventie zo snel mogelijk bij een niet-medische discipline onder te brengen. De gevallen als bedoeld onder D worden meestal beoordeeld als oneigenlijk ziekteverzuim. Een advies tot werkhervatting ligt dan voor de hand.

De werkwijzer geeft bedrijfsartsen in overweging in de C- en D-situatie een afkoelingsperiode (een 'time-out') in te lassen van twee weken. Deze is met name bedoeld om partijen gelegenheid te geven afstand te nemen van het conflict en verdere escalatie te voorkomen. De werkgever wordt geadviseerd om de werknemer hersteld te melden en bijzonder betaald verlof te geven. Als de werkgever en/of werknemer bezwaar heeft tegen het arbeidsgeschiktheidsadvies en/of het bijzonder verlof, is volgens de werkwijzer te overwegen arbeidsverzuim voor de duur van maximaal twee weken te accepteren. Geadviseerd wordt aan werkgever en werknemer mede te delen dat er na genoemde datum geen medische beper-

6. STECR-werkwijzer, p. 17-18.

kingen meer aanwezig zijn. Dit impliceert dat er nog wel andere beperkingen kunnen zijn die aan werkhervatting in de weg staan. De werkwijzer voegt er daarom aan toe: 'Het verdwijnen van het medisch etiket houdt niet automatisch in, dat werknemer op die datum moet hervatten, maar dat gewerkt wordt aan conflictoplossing, waar het punt van werkhervatting deel van uitmaakt'.⁷

2 De risicoregeling van art. 7:628 BW

Recent heeft de Hoge Raad zich kunnen uitlaten over een geval waarin de bedrijfsarts een ziekmelding benaderde op de wijze zoals in de werkwijzer voorgeschreven.⁸ Mak, directeur van SGBO, voelde zich aangeslagen door de negatieve uitkomsten van een medewerkerstevredenheids-onderzoek en meldde zich ziek. Nadat hij aanvankelijk gedurende een (korte) periode situatief arbeidsongeschikt was bevonden en de werkgever het loon had doorbetaald, werd Mak door de bedrijfsarts arbeidsongeschikt verklaard. Gesprekken met zijn werkgever over een mogelijke vertrekregeling leverden niet het gewenste resultaat op, waarna Mak werd opgeroepen om op het werk te verschijnen. Toen hij dat weigerde, werd de salarisbetaling gestaakt. Een nieuwe ziekmelding werd door de bedrijfsarts niet geaccepteerd. De verzekeringsarts van het UWV verklaarde in het kader van een 'second-opinionprocedure': 'Cliënt was en is niet arbeidsongeschikt als gevolg van ziekte of gebrek. Cliënt is thans situatief arbeidsongeschikt en was dat per [datum hersteldverklaring] ook al (...)'. Mak werd vervolgens met onmiddellijke ingang ontslagen. In de daaropvolgende procedure kwam de vraag aan de orde of hij na datum hersteldverklaring recht had op loondoorbetaling.

De Hoge Raad stelt voorop dat het hof heeft overwogen dat Mak door de bedrijfsarts volledig arbeidsongeschikt was bevonden en dat werkhervatting niet tot schade aan zijn gezondheid zou hebben geleid. Het cassatiemiddel richtte zich niet tegen dat oordeel. Vervolgens constateert de Raad dat indien sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding, zich de situatie kan voordoen dat de werknemer zich op grond van (dreigende) psychische of lichamelijke klachten niet in staat acht tot het verrichten van zijn werkzaamheden, hoewel ten aanzien van de arbeidsongeschiktheid geen medische beperkingen van psychische of fysieke aard kunnen worden vastgesteld. Dit geval wordt volgens de Hoge Raad wel aangeduid als 'situatieve

arbeidsongeschiktheid'.⁹ Of de werknemer in zo'n geval recht heeft op loon, dient volgens de Hoge Raad beantwoord te worden aan de hand van art. 7:628 BW.

3 Bereidheid

Ingevolge art. 7:628 BW behoudt een werknemer in beginsel zijn loonaanspraken, indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen. Of bij niet-werken als gevolg van een arbeidsconflict op grond van dit artikel recht bestaat op loondoorbetaling, is onder meer afhankelijk van de vraag wie het initiatief neemt om de werkzaamheden te beëindigen. Ontzegt de werkgever de werknemer de toegang tot de arbeid, dan heeft deze recht op loon.¹⁰ De werkgever kan in beginsel niet eenzijdig zijn verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst verminderen, ook niet wanneer het conflict het gevolg is van ernstige misdragingen van de werknemer.¹¹ Legt de werknemer zelf het werk neer, dan moet worden bezien of sprake is van een verhindering de bedongen arbeid te verrichten als gevolg van omstandigheden die meer in de risicosfeer van de werkgever liggen dan in die van de werknemer.¹²

Bij de beoordeling van de vraag voor wiens rekening het niet-werken in het kader van art. 7:628 BW komt, geldt als uitgangspunt dat de werknemer bereid moet zijn de overeengekomen arbeid te verrichten. Echter, eerder kwam uit het *Hema/P*-arrest al naar voren dat er situaties zijn waarin, ondanks het ontbreken van bereidheid van de werknemer, toch moet worden aangenomen dat de arbeid niet is verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen.¹³ In dat arrest ging het om een geval waarin de werkgever de werknemer, zo deze bereid zou zijn geweest, toch niet had laten werken. In het arrest *Mak/SGBO* trekt de Hoge

9. Dat begrip wordt echter ook in andere betekenissen gebruikt. Zie met name CRvB 30 maart 2006, TAR 2006, 92 (van situatieve arbeidsongeschiktheid is sprake wanneer op grond van medische gegevens met een grote mate van waarschijnlijkheid moet worden aangenomen dat bij en als gevolg van werkhervatting wederom uitval wegens ziekte zal plaatsvinden en/of dat werkhervatting tot schade van de gezondheid zal leiden). Zie voor verschillende definities voorts: Th.C. van Gelder, M.G.J. Goossen & W. Ebbelaar, 'Situatieve arbeidsongeschiktheid', TAR 1991, p. 209; M. Holtzer, 'Situatieve arbeidsongeschiktheid: waar houdt het op', *Arbeids-Recht* 1998, 35; A.J.G. Tazelaar & T. Albers, 'Onder omstandigheden': situatieve arbeidsongeschiktheid nader bezien', SMA 1999, p. 181; M.A.M.M. Verspagen, 'Arbeidsongeschiktheid als gevolg van een arbeidsconflict: aan de goden overgeleverd!', *ArbeidsRecht* 2004, 33. Gelet op deze 'spraakverwarring' zullen wij de term hierna zoveel mogelijk vermijden.

10. Behoudens afwijking overeenkomstig art. 7:628 lid 5 en 7 BW.

11. HR 21 maart 2003, JAR 2003/91, NJ 2007, 332 (Van der Gulik/Vissers).

12. HR 7 mei 1976, NJ 1977, 55 (Wielemaker/De Schelde).

13. HR 19 december 2003, JAR 2004/14, NJ 2004, 269 (Hema/P).

7. STECR-werkwijzer, p. 20.

8. HR 27 juni 2008, LJN BC7669, JAR 2008/188.

Raad deze lijn door. Mak zou op grond van art. 7:628 BW recht op loon hebben gehad wanneer hij voldoende aannemelijk had gemaakt 'dat de arbeidsomstandigheden, door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen, voor hem zodanig waren dat, met het oog op (de dreiging van) psychische en lichamelijke klachten, van hem redelijkerwijs niet gevegd kon worden dat hij zijn werkzaamheden zou verrichten'. Kan werkhervatting niet van de werknemer verlangd worden en ligt de oorzaak daarvan in de risicosfeer van de werkgever, dan hoeft de werknemer daartoe ook niet bereid te zijn.

4 Oorzaken van verhindering

Naast de (dreiging van) psychische en/of fysieke klachten die hun oorzaak vinden in een aan de werkgever toe te rekenen omstandigheid, zijn er ook andere situaties denkbaar waarin niet van de werknemer mag worden verlangd dat hij terugkeert naar de werkplek. Denk aan de werkneemster die slachtoffer is van seksueel misbruik door een leidinggevende of een collega. Van haar zal – in het algemeen – niet gevegd kunnen worden het werk te hervatten zolang zij daar geconfronteerd kan worden met de betreffende leidinggevende of collega.¹⁴

Ook ernstige misdragingen van de werkgever kunnen meebrengen dat het ontbreken van bereidheid tot het verrichten van de overeengekomen arbeid de werknemer niet kan worden tegengeworpen. Een voorbeeld daarvan kan worden ontleend aan de zaak waarin een werkgever bij afwezigheid van de werknemer, maar in het bijzijn van diens ondergeschikten, zonder toestemming van de werknemer diens bureau forceerde en doorzocht en hem daarna, zonder toepassing van hoor/wederhoor, zijn leidinggevende bevoegdheden ontnam. De werknemer schortte zijn werkzaamheden op in afwachting van het inwilligen van zijn eisen en een eventueel rechterlijk oordeel over ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Het hof oordeelde dat de werknemer zijn loonaanspraken had behouden aangezien de handelwijze van de werkgever moest worden aangemerkt 'als een zodanig ernstige misdrijving' en 'grove schending van de norm van goed werkgeverschap dat in redelijkheid van [werknemer] niet kon worden gevegd dat hij zijn werkzaamheden in het kader van de arbeidsovereenkomst zou voortzetten'. De Hoge Raad verwierp de tegen dit oordeel gericht klachten met toepassing van art. 81 Wet RO.¹⁵

5 Medewerkingsverplichting

Indien werkhervatting in redelijkheid wél van de werknemer kan worden verlangd, zal hij aan art. 7:628 BW geen loonaanspraak kunnen ontlenen, indien hij aan zijn bereidverklaring de voorwaarde verbindt dat het werk

of de werkomstandigheden overeenkomstig zijn wensen worden aangepast. Dit volgt uit het arrest *Zwiers/Mestemaker* inzake een hersteldverklaarde werknemer die zijn werk slechts wilde hervatten na aanpassing van zijn functie. Uit dat arrest blijkt tevens dat de verplichting van de werkgever om zich als goed werkgever te gedragen in dergelijke gevallen kan meebrengen dat de werkgever, nadat de werkzaamheden zijn hervat, in overleg met de werknemer zoekt naar mogelijkheden om de arbeidsomstandigheden zodanig aan te passen dat de kans op het opnieuw intreden van arbeidsongeschiktheid wordt verminderd.¹⁶

Als van de werknemer niet kan worden gevegd het werk te hervatten, betekent dat niet zonder meer dat hij ook aanspraak kan maken op loondoorbetaling. Daarvoor moet worden bezien in wiens risicosfeer de oorzaak van de verhindering het meest ligt. Vaak zal die oorzaak in de risicosfeer van beide partijen liggen. Dat één van de partijen als enige en onbetwiste veroorzaker van het conflict kan worden aangemerkt, komt zelden voor.¹⁷ Omdat de werkgever meer zeggenschap heeft over de inhoud van de arbeid(somstandigheden) dan de werknemer, en dus in het algemeen meer mogelijkheden heeft om het conflict te sturen, zullen de oorzaken van (het voortbestaan van) de onwerkbaar situatie vaak, althans in eerste instantie, meer in zijn risicosfeer liggen dan in die van de werknemer.¹⁸ Dat neemt niet weg dat van de werknemer een constructieve opstelling wordt verwacht. De Hoge Raad overweegt in het *Mak/SGBO*-arrest: 'dat de werknemer in een zodanig geval van situatieve arbeidsongeschiktheid in beginsel gehouden is alle medewerking te verlenen aan inspanningen die erop gericht zijn de oorzaken daarvan weg te nemen'. Voldoet de werknemer niet aan deze verplichting, dan zal de oorzaak van de verhindering van de risicosfeer van de werkgever naar de risicosfeer van de werknemer verschuiven en verspeelt de werknemer zijn loonaanspraak ingevolge art. 7:628 BW.

Aangenomen mag worden dat de door de Hoge Raad geformuleerde medewerkingsverplichting voortvloeit uit het goedwerknemerschap van art. 7:611 BW. Zij vormt het equivalent van de hiervoor besproken verplichting van de werkgever om in overleg met de werknemer te zoeken naar mogelijkheden de arbeidsomstandigheden aan te passen in die gevallen waarin de werknemer geen

16. HR 3 maart 1995, NJ 1995, 470 (*Zwiers/Mestemakers*); Hof 's-Gravenhage 19 mei 2006, JAR 2006/187.

17. P.C. Vas Nunes, 'De werknemer in therapeutische beweging', AI 2007/3, p. 39-40, D. de Wolff, *Goedwerknemerschap*, Deventer: Kluwer 2008, p. 202 en C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2008, p. 164, pleiten daarom voor een proportionele loondoorbetalingsverplichting. Wij verwachten dat een dergelijke benadering tot weinig vruchtbare discussies over de 'schuldvraag' zal leiden.

18. Zie reeds E.W. de Groot, 'Situatieve arbeidsongeschiktheid en het recht op doorbetaling van loon; je wordt er niet goed van!', SR 1995, p. 7.

14. Vergelijk Ktr. Rotterdam 27 november 2002, JAR 2003/6.

15. HR 29 september 2006, JAR 2006/263.

voorwaarden vooraf mag stellen aan werkhervatting. De verplichting is voorts in lijn met ontwikkelingen in de wetgeving betreffende re-integratie van zieke werknemers (zie art. 7:658a BW en art. 7:660a BW)¹⁹ en sluit bovendien aan bij een tendens in de lagere rechtspraak.²⁰ In diverse uitspraken kregen werknemers al eerder tegengeworpen dat zij onvoldoende meewerkten aan pogingen van de werkgever – al dan niet onder (bege)leiding van een derde – de verstoorde arbeidsrelatie te herstellen.²¹ Van werknemers wordt tevens een positieve houding verlangd ten aanzien van werkhervatting elders binnen de onderneming of bij een derde. Is die houding niet aanwezig, dan kan dat meebrengen dat het niet-werken voor zijn rekening behoort te komen.²²

6 Ongeschiktheid ten gevolge van ziekte

Op grond van art. 7:629 lid 1 BW behoudt de werknemer gedurende 104 weken aanspraak op 70% van zijn loon indien hij door 'ongeschiktheid ten gevolge van ziekte verhinderd is de bedongen arbeid te verrichten'. Mede omdat het artikel in zijn huidige vorm de vrucht is van de 'privatisering' van de Ziektewet (ZW), speelt deze wet een belangrijke rol bij de interpretatie van art. 7:629 BW.²³ Dat geldt blijkens de wetsgeschiedenis onder meer voor de vraag wat onder ongeschiktheid ten gevolge van ziekte in de zin van laatstgenoemd artikel dient te worden verstaan.²⁴

De Centrale Raad van Beroep (CRvB) definieert ziekte in de zin van art. 19 ZW als een verstoring van het evenwicht in het lichaam waarbij het streeft naar herstel op het oude of een lager niveau.²⁵ Onder ongeschiktheid tot werken wegens ziekte verstaat de Raad 'het op medische gronden naar objectieve maatstaven gemeten niet kunnen of mogen verrichten van de in aanmerking komende arbeid'. De beperkingen kunnen zowel van lichamelijke als van geestelijke aard zijn. Het 'niet-kunnen' ziet op de situatie dat de werknemer niet in staat is te werken. Van een 'niet-mogen' is sprake indien werken feitelijk wellicht niet is uitgesloten, maar dat tot schade van de gezondheid

zou leiden.²⁶ Een werknemer kan volgens de CRvB ongeschikt zijn in de zin van art. 19 ZW wanneer hij is uitgevallen met bepaalde gezondheidsklachten die na verloop van tijd geweken zijn, maar die bij werkhervatting opnieuw zullen optreden. Daarbij zijn de mate van waarschijnlijkheid dat de ziekteverschijnselen zich zullen voordoen, de ernst van deze verschijnselen en de tijdsduur waarbinnen deze naar verwachting zullen optreden van belang.²⁷

De rechtspraak van de CRvB leert dat bij de beoordeling van de vraag of gesproken kan worden van ongeschiktheid wegens ziekte rekening moet worden gehouden met het geheel van de omstandigheden waarmee de werknemer in de werksfeer wordt geconfronteerd. Daarbij komt ook betekenis toe aan de persoon of houding van de werkgever, leidinggevendenden of collega's. Tot dit oordeel kwam de CRvB onder meer in de zaak van een verkoopster in een fruitkiosk die uitviel met rugpijn en andere pijnen.²⁸ Centraal in die zaak stond de vraag of de vrouw haar werkzaamheden diende te hervatten nadat de pijnklachten waren geweken. Neurologisch en psychiatrisch werden geen afwijkingen geconstateerd. Toch werd zij ongeschikt geacht in de zin van art. 19 ZW. Volgens de ingeschakelde psychiater-neuroloog vormde de persoon van de werkgever – die er plezier in schepte de vrouw door zijn hondje te laten aanvliegen – een bijzondere verzwarende van het werk, vergelijkbaar met zwaar sjouwwerk bij een constitutioneel zwakke rug of met een allergie tegen hars bij werk in een verfbedrijf. De raad overwoog dat het feit dat de figuur van de werkgever voor de werknemster 'stress' betekende, op zichzelf niet inhield dat sprake was van ziekte in de zin van de ZW, maar dat de als gevolg hiervan opgeroepen (te verwachten) nerveuze stoornissen wel als ziekte dienden te worden aangemerkt.²⁹

7 Vergelijking en beoordeling

Leggen we de interpretatie die door de CRvB in het kader van art. 19 ZW van het ziektebegrip wordt gegeven naast de STECR-werkwijzer, dan valt op dat deze in de C-gevallen geen medische beperkingen aanwezig acht, terwijl de werknemer wel spanning, onrust, emotionele labiliteit, concentratiestoornissen en soms zelfs fysieke klachten ervaart zoals hartkloppingen en hoofdpijn.³⁰ De CRvB zou bij een dergelijke stressgerelateerde problematiek, mits voldoende geobjectiveerd, al snel tot het bestaan van beperkingen wegens ziekte concluderen.

19. Vergelijk G.J.J. Heerma van Voss & J.M. van Slooten, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJB* 2008, p. 2142.

20. Zie daarover H. Dammingh, 'Arbeidsconflict: niet werken, toch loon', *AI* 2007/3, p. 43-53.

21. Hof 's-Gravenhage 19 mei 2006, *JAR* 2006/187; Ktr. Leeuwarden 27 juni 2006, *RAR* 2006, 130; Hof 's-Hertogenbosch 27 juni 2006, *LJN* AZ0919; Ktr. Dordrecht 23 november 2006, *LJN* AZ3400; Ktr. Groningen 11 september 2008, *JAR* 2008/249.

22. Ktr. 's-Gravenhage 23 april 2008, *JAR* 2008/248; Hof 's-Hertogenbosch 25 juli 2007, *LJN* AZ3968.

23. Hof 's-Hertogenbosch 3 augustus 2004, *JAR* 2004/274. Zie voorts Ktr. Rotterdam 27 juni 2000, *JAR* 2000/228; B. Hoogendijk, *De loondoorbetalingsverplichting gedurende het eerste ziektejaar* (diss. EUR Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1999, p. 62; I.P. Asscher-Vonk e.a., *De zieke werknemer*, Deventer: Kluwer 2007, p. 109.

24. *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 58; *Kamerstukken I* 1995/96, 24 439, nr. 134b, p. 47.

25. CRvB 14 mei 1936, *AB* 1936, p. 443.

26. CRvB 22 januari 1973, *RSV* 1973/204; CRvB 16 februari 1973, *RSV* 1973/224.

27. CRvB 8 januari 1963, *RSV* 1963/16.

28. CRvB 22 februari 1974, *RSV* 1974/257. Zie ook CRvB 11 februari 1976, *RSV* 1976/217.

29. Vergelijk CRvB 4 juli 1979, *RSV* 1979/227 (geestelijke geardheid is op zichzelf geen ziekte of gebrek, maar kan wel leiden tot zodanige ziekteverschijnselen, dat voldaan is aan art. 19 ZW).

30. STECR-werkwijzer, p. 17.

Omdat het bestaan van genoemde klachten in de C-situatie onvoldoende wordt geacht om van medische beperkingen te spreken, spreekt vanzelf dat in de visie van de opstellers ook geen medische grond voor het verzuim aanwezig is indien die klachten van de werknemer zijn geweken, maar de verwachting bestaat dat zij bij werkherhervatting terug zullen keren. Ook op dit punt wijkt de werkwijzer af van de CRvB-jurisprudentie.³¹

Volgens de opstellers van de STECR-werkwijzer gaat het in de C-situatie om een 'normale reactie op een vervelende, als bedreigend ervaren situatie'. Dit kan het oordeel dat geen sprake is van medische beperkingen echter niet rechtvaardigen. Dat een verschijnsel een normale reactie vormt, sluit een ziekte niet uit. Zo is het een normale reactie dat een bot bij te veel krachtuitoefening zal breken. Ook het gegeven dat de verstoring van het evenwicht een reactie vormt op een vervelende, als bedreigend ervaren situatie sluit een ziekte niet uit. Denk bijvoorbeeld aan het Posttraumatisch Stress Syndroom (PTSS).³² Voorts is niet goed te begrijpen waarom in de A-gevallen, waarin psychische klachten voorop staan en het arbeidsconflict secundair wordt geacht wél, en in de C-gevallen waarin mogelijk vergelijkbare psychische klachten een rol spelen, níet tot medische beperkingen wordt geconcludeerd.

De in de werkwijzer voorgeschreven benaderingswijze kan slechts worden verklaard door het daaraan ten grondslag liggende uitgangspunt dat medicalisering van het arbeidsconflict zoveel mogelijk moet worden voorkomen. Het accent moet liggen bij het oplossen van de conflictsituatie en zo min mogelijk bij de arbeidsongeschiktheidsvraag.³³ Maar daarmee wordt de vraag of iemand medische beperkingen ondervindt, ten onrechte vermengd met de vraag of de kwalificatie 'ziek' kan bijdragen aan het wegnemen van de oorzaak van die beperkingen.³⁴ De merkwaardige consequentie van deze redenering is dat hoofdpijn en hartkloppingen die niet zijn veroorzaakt door een arbeidsconflict, maar door bijvoorbeeld een gecompliceerd privé-leven of een virusinfectie, wel tot het oordeel leiden dat sprake is van medische beperkingen, terwijl dezelfde klachten, optredend als gevolg van een arbeidsconflict, het predikaat 'arbeidsgeschikt' opleveren.

Conclusie is dat, hoezeer het oordeel van de bedrijfsarts waardevol kan zijn om vast te stellen hoe de belemmeringen voor werkherhervatting kunnen worden weggenomen, zijn advies niet zonder meer maatgevend mag zijn bij de beoordeling of sprake is van ongeschiktheid wegens ziekte in de zin van art. 7:629 BW. Sommige rechters blijken

zich dit ook te realiseren. Zo overwoog de Kantonrechter Eindhoven dat de bedrijfsarts op een 'welhaast onnavolgbaar creatieve wijze' tot de conclusie was gekomen dat de werknemer die last had van spanningsklachten toch niet arbeidsongeschikt was ten gevolge van een ziekte of gebrek: 'Naar de kantonrechter begrijpt is de werknemer per definitie volledig arbeidsgeschikt indien hij lijdt aan spanningsklachten als gevolg van een arbeidsconflict. Die opvatting wil de kantonrechter niet voor zijn rekening nemen'.³⁵ Andere rechters hebben meer moeite afstand te nemen van het oordeel van de bedrijfsarts of de verzekeringsarts.³⁶ Hof 's-Gravenhage bijvoorbeeld oordeelde dat een werknemer geen rechten kon ontlenen aan art. 7:629 BW, omdat zowel de bedrijfsarts als de verzekeringsgeneeskundige van mening was, dat de arbeidsongeschiktheid niet werd veroorzaakt door ziekte of gebrek, hoewel beiden hadden vastgesteld dat de werknemer reële klachten had, leidend tot beperkingen in zijn functioneren.³⁷

8 De verhouding tussen art. 7:628 BW en art. 7:629 BW

De Hoge Raad overweegt in het *Mak/SGBO*-arrest dat het – voor een geslaagd beroep op art. 7:628 BW – op de weg van de werknemer ligt om feiten en omstandigheden te stellen en zonodig aannemelijk te maken dat de arbeidsomstandigheden voor hem zodanig waren dat van hem, met het oog op de (dreiging van) psychische of lichamelijke klachten, redelijkerwijs niet kon worden gevergd dat hij zijn werkzaamheden zou verrichten. Stel dat Mak er wel in geslaagd was aannemelijk te maken dat werkherhervatting met het oog op (dreigende) gezondheidsklachten niet van hem kon worden gevergd, zou dan niet tevens sprake zijn geweest van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte in de zin van art. 7:629 BW? En zo ja, zou een beroep op art. 7:628 BW dan nog aan de orde kunnen komen? De Hoge Raad heeft zich over deze vragen niet kunnen uitlaten.

Wij achten een op art. 7:628 BW gebaseerde loondoorbetalingsplicht niet uitgesloten wanneer tevens sprake is van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte.³⁸ Indien van de werknemer door een oorzaak die voor rekening van de werkgever behoort te komen, niet kan worden gevergd dat hij zijn werkzaamheden hervat, hoeft de werknemer, voor een succesvol beroep op art. 7:628 BW, niet bereid te zijn de overeengekomen arbeid te verrichten. In het

31. Zie daarover: P.C. Vas Nunes, 'De werknemer in therapeutische beweging', *AI* 2007/3.

32. Beide voorbeelden zijn ontleend aan P. Out, 'Arbeidsconflict en dus niet ziek?', *Tijdschrift voor bedrijfs- en verzekeringsgeneeskunde* 2005, p. 175.

33. STECR-werkwijzer, p. 5.

34. Vergelijk P. Out, 'Arbeidsconflict en dus niet ziek?', *Tijdschrift voor bedrijfs- en verzekeringsgeneeskunde* 2005, p. 175.

35. Ktr. Eindhoven 4 juni 2003, *KG* 2003, 163. Zie ook Ktr. Rotterdam 27 juni 2000, *JAR* 2000/228; Hof Arnhem 11 november 2003, *JAR* 2003/292 en Hof Leeuwarden 12 juli 2007, *JAR* 2006/210.

36. Volgens R.A. Heida & D.J. Bujs, 'Het deskundigenoordeel '(on)geschiktheid tot werken' kritisch beschouwd', *SR* 2007, 80 richten verzekeringsartsen zich niet steeds naar de STECR-werkwijzer. Zij betreuren dat. Wij denken daar anders over.

37. Hof 's-Gravenhage 19 mei 2006, *JAR* 2006/187.

38. Anders: J.M. van Slooten, 'De loonvordering tijdens het eerste ziektejaar', *ArbeidsRecht* 2001, 51.

verlengde daarvan is ook niet van belang of hij in staat is de werkzaamheden te verrichten. Een andere opvatting zou tot het ongerijmde resultaat leiden dat de vrouw die door haar leidinggevende werd misbruikt en de werknemer wiens bureau werd opengebroken, slechts aanspraak zouden kunnen maken op 70% van het (gemaximeerde) dagloon wanneer zij door de gebeurtenissen gezondheidsklachten ontwikkelen die leiden tot het oordeel ongeschiktheid tot werken wegens ziekte, terwijl aanspraak op het volledige loon bestaat als zij geen psychische of lichamelijke klachten ondervinden die tot ongeschiktheid leiden of die medische beperkingen op enig moment zijn verdwenen.

Aanspraak op loon op grond van art. 7:629 BW bestaat ongeacht de oorzaak van de ziekte.³⁹ Is die oorzaak gelegen in de risicosfeer van de werkgever, dan is met het feitencomplex tevens voldaan aan de voorwaarden van art. 7:628 BW. De werknemer heeft dan de keuze op welk van deze twee artikelen hij zich beroept. Eventueel kan hij zijn loonvordering primair baseren op art. 7:628 BW en subsidiair op art. 7:629 BW. Dat laatstgenoemd wetsartikel bij zijn totstandkoming werd gepresenteerd als een *lex specialis* van art. 7:628 BW, staat daaraan niet in de weg.⁴⁰ Het uitgangspunt dat een bijzondere regel exclusieve werking heeft ten opzichte van de algemene (*lex specialis derogat legi generali*), gaat immers slechts op wanneer het toepassingsgebied van de bijzondere regel geheel valt binnen het toepassingsgebied van de algemene regel en naast de vereisten van de algemene regel nog extra vereisten stelt.⁴¹ Dat is bij art. 7:629 BW niet het geval, aangezien op grond van dit artikel ook aanspraak bestaat op loon als de oorzaak van de ziekte niet in de risicosfeer van de werkgever valt.

9 Slotbeschouwing

Indien een arbeidsconflict leidt tot verzuim, zal beoordeeld moeten worden of sprake is van ongeschiktheid tot werken wegens ziekte. Is dat het geval, dan kan de werknemer op grond van art. 7:629 BW aanspraak maken op doorbetaling van 70% van zijn loon. Deze aanspraak

bestaat ongeacht de oorzaak van de ziekte. Ligt de oorzaak van de ziekte in overwegende mate in de risicosfeer van de werkgever, dan heeft de werknemer ook de mogelijkheid een loonvordering op art. 7:628 BW te baseren.

Indien van de werknemer in redelijkheid niet gevergd kan worden dat hij het werk hervat – bijvoorbeeld omdat sprake is van ernstige misdragingen van de werkgever – is niet relevant of de werknemer fysiek en psychisch tot die werkhervatting in staat is. Dat de werknemer ziek is, staat in deze gevallen derhalve niet aan een vordering op basis van art. 7:628 BW in de weg.

Vaak zal een keuze voor art. 7:628 BW gunstig zijn, omdat deze bepaling, behoudens afwijking conform het vijfde of zevende lid, een in duur onbeperkte aanspraak geeft op 100% van het loon, terwijl art. 7:629 BW de vordering beperkt tot 70% van het (gemaximeerde) loon gedurende 104 weken. Wat de op hem rustende re-integratieverplichtingen betreft, moet de werknemer zich niet 'rijk rekenen'. Ook werknemers die zich op art. 7:628 BW beroepen, zijn op grond van de rechtspraak verplicht om mee te werken aan het doen eindigen van de oorzaken van de verhindering.

Ligt de oorzaak van de verhindering niet in de risicosfeer van de werkgever, dan zal de verzuimende werknemer slechts aanspraak kunnen maken op loon indien sprake is van ziekte in de zin van art. 7:629 BW. Bij een arbeidsconflict concludeert de bedrijfsarts veelal tot 'verzuim zonder medische beperkingen'. Dergelijke adviezen moeten beoordeeld worden tegen de achtergrond en uitgangspunten van de STECR-werkwijzer en kunnen – mede gelet op de rechtspraak van de CRvB – niet zonder meer leiden tot afwijzing van de op art. 7:629 BW gebaseerde loonvordering.

Eén van de uitgangspunten van de werkwijzer is dat het etiket 'ziekte' de werknemer maar beperkt helpt, omdat hij zich conform dat etiket gaat gedragen en aan het feitelijke probleem, het arbeidsconflict, niets gebeurt. Wij vragen ons af of het de werknemer helpt wanneer hem het predikaat ziekte wordt onthouden. De bedrijfsarts speelt na het arbeidsgeschiktheidsadvies – althans formeel gezien – geen rol meer in het conflict. Van het advies kan bovendien een escalerende werking uitgaan: de werknemer voelt zich niet serieus genomen en de werkgever kan geen aanspraak maken op de verzuimverzekering. Een en ander draagt veelal niet bij aan een behoudzame benadering van het onderliggende probleem. Verder denken wij dat het etiket 'ziekte' anno 2009 niet meer betekent dat niets gebeurt aan het feitelijke probleem. Dat was bij de totstandkoming van de eerste STECR-werkwijzer wellicht nog het geval, maar sinds de invoering van de Wet verbetering poortwachter in 2002 worden van de zieke werknemer de nodige re-integratie-inspanningen verwacht. Ook indien na een arbeidsconflict wel medische beperkingen aanwezig worden geacht, kan op grond van art. 7:660a BW – op straffe van verval van zijn loonaanspraken (art. 7:629 lid 3 BW) – van de werknemer worden verlangd dat hij met de werkgever mee-

39. Behoudens opzet als bedoeld in art. 7:629 lid 3 onder a BW. Zie met betrekking tot verzuim na een arbeidsconflict: Ktr. Heerlen 3 januari 2007, JAR 2007/27.

40. De opmerking in de toelichting bij de Vaststellingswet (*Kamerstukken II 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 24-25*) lijkt overigens niet in de eerste plaats te doelen op de inkomensvoorziening bij ziekte, maar op de destijds nog in art. 7:629 lid 2 BW opgenomen aanspraak op loon voor een korte naar billijkheid te berekenen tijd, wanneer de werknemer, hetzij ten gevolge van de vervulling van een door wet of overheid, zonder geldelijke vergoeding, opgelegde verplichting, hetzij ten gevolge van zeer bijzondere persoonlijke omstandigheden, verhinderd was zijn arbeid te verrichten (zie thans art. 4:1 WAZO).

41. Vergelijk C.H.J. Brunner, *Beginselen van samenloop*, Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 22; C.A. Boukema, *Samenloop*, Deventer: Kluwer 1992, p. 9; Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, p. 65.

werkt aan herstel van de verstoorde arbeidsverhouding en hij zich positief opstelt met betrekking tot werkhervatting elders.⁴² Al met al voor ons voldoende reden om er

bij de opstellers van de STECR-werkwijzer op aan te dringen de daarin voorgeschreven handelwijze bij arbeidsconflicten te heroverwegen.

42. Vergelijk Hof 's-Hertogenbosch 25 juli 2006, LjN AZ3968.