

de geldende WNT-norm. Met andere woorden: dat op grond van art. 7:902 BW in beginsel ook afspraken geldig zijn, als zij in strijd mochten blijven met de dwingendrechtelijke bepalingen van de WNT, neemt niet weg dat publiekrechtelijke toezichthouders deze herstelsanctie aan de instelling en de topfunctionaris kunnen opleggen. De rol van handhaver hoeft dus niet door de civiele rechter vervuld te worden.

Het voorgaande neemt niet weg, dat afwijzing van de vordering van de topfunctionaris in dit geval naar ons oordeel juist is. Uit de bewoordingen van de vaststellingsovereenkomst volgt immers al dat het loon over de vrijgestelde periode in mindering wordt gebracht op de beëindigingsvergoeding, en ook hebben contractspartijen nooit onvoorwaardelijke overeenstemming bereikt over het aantal vakantiedagen: hiervoor is immers een voorbehoud met verwijzing naar de WNT en de vereiste goedkeuring van de accountant gemaakt. Omdat deze afspraken niet in strijd met dwingend recht zijn, had de kantonrechter de overwegingen over art. 7:902 BW en de openbare orde (r.o. 4.5) naar ons oordeel in dit geval geheel achterwege kunnen laten en kunnen volstaan met een verwijzing naar het voorbehoud dat is gemaakt.

Wel plaatsen wij een afsluitende kanttekening bij het door de werkgever gemaakte WNT-voorbehoud ten aanzien van het verlofsaldo in deze zaak. In de arbeidsrechtpraktijk komt het bij onderhandelingen over vertrekregelingen – zoals ook in deze zaak – regelmatig voor dat bij topfunctionarissen en hogergeplaatste werknemers bij het einde van het dienstverband onduidelijk is wat het aantal niet-opgenomen vakantiedagen is omdat die niet goed zijn geadministreerd. Op grond van de wet (art. 7:641 lid 2 BW) heeft de werkgever bij einde dienstverband de verplichting om een vertrekkende werknemer een verklaring af te geven met overzicht van de nog openstaande verlofaanspraken. Hieruit volgt ook dat de werkgever een zorgvuldige administratie dient te voeren. Ook WNT-plichtige instellingen moeten jegens topfunctionarissen hieraan voldoen: het WNT-voorbehoud van goedkeuring van de accountant ontslaat werkgevers dan ook niet van deze wettelijke (arbeidsrechtelijke) verplichting. De overweging van de kantonrechter dat niet is uitgesloten dat de werkgever op dit punt in strijd heeft gehandeld met de normen van

goed werkgeverschap (r.o. 4.10) lijkt ons in dit geval terecht.

mr. drs. A.M. Helstone
advocaat en partner bij Stibbe

mr. J.H. Leeman
advocaat bij Stibbe

134

Loonstop bij niet meewerken aan een beëindigingsregeling onterecht

Kantonrechter Rechtbank Rotterdam zp
Rotterdam
13 april 2023, nr. 10334472 VV EXPL 23-72,
ECLI:NL:RBROT:2023:3264
(mr. Spierings)
Noot mr. B.M.C. Stenden, mr. D.R. Hut

Niet meewerken aan re-integratie. Situationele arbeidsongeschiktheid. Verstoorde arbeidsverhouding. Mediation.

[BW art. 7:629 lid 1 en 3 sub b en d]

De werknemer is sinds 2020 bij de werkgever werkzaam als chauffeur. In april 2022 meldt hij zich ziek. In de probleemanalyse van de bedrijfsarts van mei 2022 staat dat de werknemer arbeidsongeschikt is voor eigen werk, waarbij wordt geadviseerd met elkaar in gesprek te gaan over een oplossing voor de werkgerelateerde problemen en de verstoorde arbeidsverhouding, zo nodig onder begeleiding van een mediator. In de maanden daarna blijft de bedrijfsarts herhalen dat de werknemer arbeidsongeschikt is. Partijen voeren in november 2022 een mediationgesprek in een poging om tot een duurzame oplossing te komen. In december 2022 oordeelt de bedrijfsarts dat de werknemer niet meer kan terugkeren naar zijn werk vanwege situationele arbeidsongeschiktheid en dat partijen daarom in overleg tot een oplossing moeten komen. Op basis van dit advies houdt de werkgever de werknemer voor dat de werknemer dient te reageren op het aan hem voorgelegde beëindigingsvoorstel. De werknemer schrijft terug dat hij het voorstel afwijst en zich eerst gaat beraden op zijn positie. Daarop

deelt de werkgever mee dat de werknemer niet meewerkt aan zijn re-integratieverplichtingen aangezien de bedrijfsarts heeft geadviseerd met elkaar in onderhandeling te treden. Deze mededeling gaat vergezeld van een aankondiging tot een loonstop indien de werknemer niet binnen een week alsnog inhoudelijk reageert op het voorstel. De inhoudelijke reactie blijft uit, waarna de werkgever eind december 2022 de loondoorbetaling staakt. De werknemer komt hier tegen op in kort geding.

De kantonrechter stelt de werknemer in het gelijk en wijst de loonvordering toe. De loonstop is opgelegd omdat de werknemer niet akkoord is gegaan met een beëindigingsvoorstel en geen tegenvoorstel heeft gedaan. Dit is geen rechtsgeldige grond voor loonstaking. In de wet is limitatief opgenomen op welke gronden de loondoorbetaling bij ziekte mag worden gestaakt. Anders dan de werkgever betoogt, heeft de werknemer met zijn opstelling niet de redelijke voorschriften van de bedrijfsarts in de wind geslagen (art. 7:629 lid 3 sub d BW) omdat het daarbij moet gaan om voorschriften die gericht zijn op re-integratie. Daarvan is hier geen sprake. Ook heeft de werknemer met zijn opstelling niet zijn genezing belemmerd (art. 7:629 lid 3 onder b BW).

NB. In deze uitspraak fluit de kantonrechter de werkgever terug maar indirect ook de bedrijfsarts. De bedrijfsarts heeft een adviserende rol ten aanzien van de re-integratie van de werknemer. In de praktijk zie je echter dat sommige bedrijfsartsen – zeker bij situationele arbeidsongeschiktheid – deze rol erg ruim interpreteren en zich (bijna) op het terrein van rechtspositionele advisering begeven. Dat een werkgever dit vervolgens gebruikt in het kader van de loondoorbetaling is niet onbegrijpelijk. De rechter gaat daar echter niet in mee en volgt zuiver de Wet verbetering poortwachter.

[Eiser01] te woonplaats: [woonplaats01],

eiser,

gemachtigde: mr. H.E.C. Heijkoop-Otterman,
tegen

Hovetra B.V. te vestigingsplaats: Rhoon, gemeente
Albrandswaard,

gedaagde,

gemachtigde: mr. M.D. Vrolijk.

1. De procedure

(...; red.)

2. De feiten

2.1. [eiser01] is sinds 15 juni 2020 in dienst bij Hovetra in de functie van chauffeur. Op de arbeidsovereenkomst tussen partijen is de cao beroepsgoederenvervoer van toepassing.

2.2. Het basisloon van [eiser01] bedraagt € 1.693,61 bruto per vier weken.

2.3. [eiser01] heeft zich op 28 april 2022 ziek gemeld. Hij heeft op die dag het volgende gemaild aan Hovetra:

“Ik meld mij ziek, en wil een uitnodiging van de bedrijfsarts”

2.4. In de probleemanalyse door de bedrijfsarts van 24 mei 2022 staat het volgende:

“(…)

Gezien het klachtpatroon acht ik betrokkene op dit moment nog arbeidsongeschikt voor het eigen werk (besturen van een voertuig op een vereiste veilige wijze is nog niet mogelijk).

Geadviseerd wordt op korte termijn gesprekken in te plannen aangaande een oplossing van de werk gerelateerde zaken en verstoorde arbeidsverhouding. De inzet van een mediator wordt geadviseerd indien een oplossing uitblijft.”

2.5. Naar aanleiding van een telefonisch consult op 26 juli 2022 met [eiser01] heeft de bedrijfsarts het volgende gerapporteerd:

“(…)

Suggestie inzetbaarheid/werkhervatting

Er zijn geen arbeidsmogelijkheden in het eigen of ander werk.

De belangbehartigers van werkgever en werknemer werken samen aan een definitieve, door partijen gezamenlijk gedragen duurzame oplossing. De wijze waarop partijen in deze fase aan de oplossing werken, ondersteunt het herstel van werknemer.

“(…)

2.6. Naar aanleiding van een telefonisch consult op 12 september 2022 met [eiser01] heeft de bedrijfsarts het volgende gerapporteerd:

“(…)

Suggestie inzetbaarheid/werkhervatting

Er zijn geen arbeidsmogelijkheden in het eigen of ander werk.

De belangenbehartigers van werkgever en werknemer werken samen aan een definitieve, door partijen gezamenlijk gedragen duurzame oplossing.

(...)"

2.7. Naar aanleiding van een telefonisch consult op 24 oktober 2022 met [eiser01] heeft de bedrijfsarts het volgende geadviseerd:

(...)"

Suggesties inzetbaarheid/werkhervatting

Werkgever wordt wederom en nadrukkelijk geadviseerd om op korte termijn in samenwerking met zijn belangenbehartiger tot een definitieve en door beide partijen gedragen oplossing voor de ontstane situatie te komen. Indien een te onderbouwen belemmering voor deze oplossing aan de orde is, wordt geadviseerd om volgens de wettelijke richtlijnen zo spoedig mogelijk mediation in te zetten.

(...)"

2.8. Partijen hebben ervoor gekozen om met elkaar een mediationtraject in gang te zetten. Op 22 november 2022 heeft een gezamenlijk gesprek met een mediator plaatsgevonden. Na dat gesprek is de mediation beëindigd.

2.9. Naar aanleiding van een fysiek consult op 7 december 2022 heeft de bedrijfsarts als volgt gerapporteerd:

(...)"

Bespreking

Door onderliggend arbeidsconflict zijn klachten en beperkingen ontstaan bij betrokken werknemer. Reeds ingezette mediation heeft niet voor een oplossing kunnen zorgen. Er is sprake van situationele arbeidsongeschiktheid; betrokkene kan niet meer terugkeren binnen de organisatie. Het is dan ook zaak dat er in onderling overleg tot een oplossing wordt gekomen. Het voortduren van de huidige situatie heeft een negatief effect op de gezondheid van werknemer. Betrokkene staat hiervoor open. Hij is medisch gezien belastbaar om een weloverwogen beslissing te kunnen maken.

Betrokkene geeft aan dat werkgever in de afgelopen periode niet met een voorstel is gekomen, hij betreurt dit, omdat hij eraan toe is tot een afronding te komen.

(...)"

Advies werkhervatting en arbeidsgeschiktheid

Er is sprake van situationele arbeidsongeschiktheid.

Graag in onderling gesprek met elkaar (en evt. derden) tot een oplossing komen.

(...)"

2.10. De gemachtigde van Hovetra heeft op 13 december 2022 het volgende gemailld aan de gemachtigde van [eiser01]:

(...)"

Inzake bovengenoemde kwestie hebben zich inmiddels een aantal ontwikkelingen voorgedaan, reden waarom ik opnieuw contact met u opneem. (...)"

Duidelijk is dat de bedrijfsarts adviseert om nu toch met elkaar tot een beëindigingsregeling te komen, zodat het mij verstandig lijkt om dit de komende twee weken met elkaar te bewerkstelligen. Cliënt neemt als uitgangspunt dat het een en ander nu op korte termijn echt afgerond moet worden, aangezien zij inmiddels al meer dan zes maanden geleden een voorstel aan uw cliënt heeft gedaan en er tussentijds meerdere malen contact is opgenomen om de onderhandelingen actief op te starten. Tot nu is er echter steeds aangegeven dat uw cliënt (nog) niet bereid was tot onderhandeling. (...)"

De huidige situatie is nu zo dat de bedrijfsarts uitdrukkelijk heeft aangegeven wat partijen te doen staat. Dit maakt dat zowel werkgever als werknemer zich ervoor dienen in te spannen om op korte termijn met elkaar tot een oplossing te komen. Om die reden doet cliënt het volgende hernieuwde voorstel in hoofdlijnen:

(...)"

Om de vaart er nu een beetje in te houden, verneem ik graag zo spoedig mogelijk – maar in ieder geval uiterlijk aanstaande maandag 19 december 2023 voor 16:00 uur – of uw cliënt akkoord is met bovengenoemd voorstel, zodat er een vaststellingsovereenkomst opgemaakt kan worden.

(...)"

2.11. Op 23 december 2022 heeft de gemachtigde van Hovetra het volgende gemailld aan de gemachtigde van [eiser01]:

(...)"

Dat er nu door Hovetra dermate veel druk gezet wordt, valt bij cliënt niet goed – te meer omdat het voorstel dat zij deed buitengewoon karig is als gelet wordt op de omstandigheden en ook de discussie omtrent de loonvordering die wat cliënt betreft nog steeds bestaat. Cliënt stemt niet in met het voorstel van Hovetra. Hij zal zich de komende periode beraden op zijn loonvordering, wat volgens hem een redelijke beëindigingsregeling zou zijn en of hij daartoe überhaupt in staat is. Ik bericht u nadien. Dat zal na de jaarwisseling worden

(...). Op 9 januari 2023 ben ik weer op kantoor aanwezig.

(...)"

2.12. De gemachtigde van Hovetra heeft hierop als volgt gereageerd op 23 december 2022:

"(...)

Cliënte kan nu helaas niet anders dan concluderen dat uw cliënt zich niet houdt aan het advies van de bedrijfsarts om met elkaar in onderhandeling te treden. En wordt er nu door u bevestigd dat dit de komende drie weken ook nog niet gaat plaatsvinden. Uw cliënt houdt zich daarmee niet aan zijn reïntegratieverplichtingen. Ook belemmert uw cliënt zijn herstel, nu de bedrijfsarts tevens uitdrukkelijk heeft geoordeeld dat beëindiging van het dienstverband het herstel van uw cliënt ten goede komt. Het niet nakomen van de reïntegratieverplichtingen en belemmering van herstel, wordt gesanctioneerd met een loonstop. Via deze weg stelt cliënte uw cliënt daarom nog eenmaal in de gelegenheid om binnen een week na heden mee te werken aan de opdracht die de bedrijfsarts aan partijen heeft gegeven, zodat ik uiterlijk op vrijdag 30 december 2022 voor 17:00 uur een passend tegenvoorstel ontvang. Na die tijd komt het voorstel van cliënte te vervallen en kan daar op een later moment geen beroep meer op worden gedaan.

Indien er voor bovengenoemde termijn wederom geen of een afwijzend bericht wordt ontvangen, dan zal het loon van uw cliënt per 1 januari 2023 stopgezet worden. Cliënte doet dat uiteraard liever niet, maar is daar door het handelen van uw cliënt (of eigenlijk het nalaten) toe gehouden op grond van artikel 7:629 BW en de Wet Verbetering Poortwachter.

De loonbetalingen zullen dan pas weer aangevangen worden vanaf het moment dat uw cliënt zijn reïntegratieverplichtingen nakomt, wat inhoudt dat uw cliënt geen loon zal ontvangen over de tussenliggende periode. Ook niet achteraf / met terugwerkende kracht.

(...)"

2.13. Deze mail is op 30 december 2022 als volgt beantwoord door een collega van de gemachtigde van [eiser01]:

"(...)

Uw bericht komt erop neer dat de loonbetaling aan cliënt gestopt wordt als hij geen beëindigingsvoorstel doet binnen de door u gestelde termijn. Ik moet zeggen dat ik dat wel een heel opmerkelijk standpunt vind. Feitelijk komt uw e-mail erop

neer dat cliënt gedwongen wordt om mee te werken aan beëindiging van het dienstverband terwijl (in ieder geval hij meent dat) hij arbeidsongeschikt is en zijn advocaat afwezig is in verband met de kerstvakantie. (...)

Hoe dan ook; ik heb cliënt inmiddels gesproken. Hij kan zich niet vinden in de terugkoppeling van de bedrijfsarts. Uit de correspondentie die hij en mr. Heijkoop (overigens al vóór onderstaande e-mail) voerden, leid ik af dat hij inderdaad voornemens is een deskundigenoordeel aan te vragen. Verder geldt dat cliënt momenteel kampt met nieuwe/andere gezondheidsklachten. Een medisch traject is in gang gezet. Middels dit bericht meldt cliënt zich dus ziek met "nieuwe" klachten. Hij wenst opgeroepen te worden voor het spreekuur van de bedrijfsarts zodat zijn belastbaarheid kan worden vastgesteld. Tot het moment waarop de bedrijfsarts zulks zal doen, kan van een loonstop (sowieso) geen sprake zijn.

(...)"

2.14. Hovetra heeft vanaf de laatste loonperiode van het jaar 2022, loonperiode 13/2022, geen loon meer aan [eiser01] betaald.

2.15. Naar aanleiding van een fysiek consult op 1 februari 2023 heeft de bedrijfsarts als volgt gerapporteerd:

"(...)

Bespreking

Door onderliggend arbeidsconflict zijn klachten en beperkingen ontstaan bij betrokken werknemer. Reeds eerder ingezette mediation heeft niet voor een oplossing kunnen zorgen. Er is sprake van situationele arbeidsongeschiktheid; betrokkene kan niet meer terugkeren binnen de organisatie.

Het is dan ook zaak dat er in onderling overleg tot een oplossing wordt gekomen. Het voortduren van de huidige situatie heeft een negatief effect op de gezondheid van werknemer. Betrokkene staat hiervoor open. Hij is medisch gezien belastbaar om een weloverwogen beslissing te kunnen maken.

Momenteel is de situatie veranderd door bijkomende medische gezondheidsproblematiek. Daartoe zal nader onderzoek worden verricht om duidelijkheid/vervolg in te kunnen schatten. Dit is van invloed op de belastbaarheid van betrokken werknemer. Op dit moment is dan ook het advies de vorderingen in de gezondheidssituatie af te wachten alvorens met elkaar in gesprek te gaan over een oplossing. In een volgend spreekuur kan

beoordeeld worden of er mogelijkheden zijn ontstaan.

(...)

Advies werkhervatting en arbeidsgeschiktheid

Er is sprake van situationele arbeidsongeschiktheid.

Medische gezondheidssituatie afwachten

Later in onderling gesprek met elkaar (en evt. derden) tot een oplossing komen.

(...)"

2.16. Op 17 maart 2023 heeft Hovetra een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst tussen partijen ingediend bij de kantonrechter. In deze zaak heeft nog geen mondelinge behandeling plaatsgevonden.

3. Het geschil

3.1. [eiser01] eist samengevat:

- Hovetra te veroordelen aan hem te betalen € 4.962,70 bruto aan achterstallig salaris berekend t/m periode 2/2023 met rente;

- Hovetra te veroordelen aan hem te betalen € 150,46 bruto aan eenmalige cao-uitkering met rente;

- Hovetra te veroordelen aan hem te betalen de wettelijke verhoging zoals bedoeld in artikel 7:625 BW over voornoemde bedragen met rente;

- Hovetra te veroordelen aan hem te betalen de buitengerechtelijke incassokosten conform het Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten;

- Hovetra te veroordelen aan hem te betalen het basisloon van € 1.693,62 bruto per vier weken vanaf de uitspraak van dit vonnis tot het moment waarop het dienstverband tussen partijen rechtsgeëindigd zal zijn beëindigd, eventueel met wettelijke rente en wettelijke verhoging;

- Hovetra te veroordelen aan hem te verstrekken deugdelijke salarisspecificaties van de salarisbetalingen die worden gevorderd, op straffe van een dwangsom;

- Hovetra te veroordelen in de proceskosten;

- het vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.

3.2. [eiser01] baseert de eis op het volgende.

Hovetra heeft ten onrechte de loonbetalingen aan [eiser01] stopgezet. [eiser01] is ziek en heeft niet geweigerd mee te werken aan redelijke adviezen van de bedrijfsarts.

[eiser01] heeft een spoedeisend belang bij zijn loonvordering. Hij heeft het inmiddels meer dan twee maanden zonder salaris moeten stellen en

dat is een lastige opgave. Hij heeft er een groot belang bij om op zo kort mogelijke termijn weer salaris te ontvangen.

3.3. Hovetra is het niet eens met de eis en voert het volgende aan.

- [eiser01] heeft zijn spoedeisend belang bij de loonvordering verspeeld, nu hij sinds 13/2022 geen loon meer ontvangt, terwijl hij pas in februari 2023 een aanvraag voor een kort geding heeft gedaan.

- Op grond van artikel 7:629a lid 1 BW had [eiser01] een deskundigenoordeel van het UWV bij de loonvordering moeten overleggen. Dat heeft hij niet gedaan.

- Hovetra heeft terecht de loonbetaling aan [eiser01] gestopt op grond van artikel 7:629 lid 3 sub b en sub d BW, omdat [eiser01] niet heeft meegewerkt aan de adviezen van de bedrijfsarts en omdat dit zijn herstel belemmert.

- Als Hovetra niet gerechtigd was tot het toepassen van een loonstop, dan was zij in ieder geval bevoegd tot het opschorten van het loon tot het moment dat [eiser01] eindelijk gaat meewerken aan de adviezen van de bedrijfsarts. Daar is tot op heden geen enkele sprake van.

- Het loon van [eiser01] bedraagt € 1.693,61 per vier weken in plaats van € 1.693,62 per vier weken.

- Er is geen ruimte voor toekenning van de wettelijke verhoging, nu het niet betalen van het salaris te wijten is aan [eiser01].

- Voor zover de kantonrechter de loonvordering zal toewijzen, is er geen ruimte voor het opleggen van dwangsommen voor het overleggen van loonspecificaties.

- Er is ook geen ruimte voor toekenning van een vergoeding voor buitengerechtelijke kosten. De gemachtigde van [eiser01] heeft slechts enkele e-mails gestuurd, met daarin steeds enkel en alleen de sommatie om tot betaling van het achterstallig loon over te gaan.

4. De beoordeling

4.1. Een eis in kort geding kan worden toegewezen als de partij die de voorziening vraagt hierbij zoveel spoed heeft dat die partij de uitkomst van een gewone procedure niet hoeft af te wachten. Bij die beoordeling is van belang hoe aannemelijk het is dat de eis in een gewone procedure wordt toegewezen. Verder moet het belang dat [eiser01] heeft bij toewijzing van de eis worden meegewogen.

gen en de gevolgen hiervan voor Hovetra als deze uitspraak later wordt teruggedraaid.

Spoeideisend belang

4.2. Nog los van de inhoudelijke beoordeling in deze zaak, stelt de kantonrechter voorop dat het spoedeisend belang in deze zaak voortvloeit uit de aard van de loonvordering.

Niet gezegd kan worden dat [eiser01] te lang heeft gewacht met het indienen van de loonvordering.

Overleggen deskundigenverklaring vereist?

4.3. Op grond van artikel 7:629a lid 1 BW dient een werknemer die een loonvordering over een periode van arbeidsongeschiktheid instelt in beginsel daarbij een deskundigenverklaring van het UWV over te leggen op straffe van niet-ontvankelijkheid. Deze verplichting geldt in principe niet in kort geding volgens rechtspraak van de Hoge Raad van 14 september 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1673), maar het is aan de rechter overgelaten te oordelen dat een verklaring toch wenselijk is.

De kantonrechter acht geen aanknopingspunten aanwezig om in deze zaak te verlangen van [eiser01] dat hij toch een deskundigenverklaring overlegt. Er is immers geen discussie tussen partijen over de vraag of [eiser01] al dan niet de bedongen of andere passende arbeid kan verrichten. Het verweer dat [eiser01] een deskundigenverklaring had moeten overleggen wordt dan ook verworpen.

Arbeidsongeschiktheid

4.4. Het uitgangspunt is dat een arbeidsongeschikte werknemer op grond van artikel 7:629 lid 1 BW recht heeft op loondoorbetaling gedurende de eerste twee jaar van de arbeidsongeschiktheid. Tussen partijen is niet in geschil dat [eiser01] daadwerkelijk arbeidsongeschikt was op het moment dat de loonstop werd toegepast en dat hij dat nog steeds is, in ieder geval tot aan het moment van de zitting in deze zaak. Daarvan wordt dan ook uitgegaan in de verdere beoordeling.

Loonperiode 13/2022: loonstop niet van tevoren medegedeeld

4.5. [eiser01] heeft op de zitting terecht naar voren gebracht dat voor een loonstop van tevoren moet worden gewaarschuwd en dat dat niet is gebeurd voor de loonperiode 13/2022.

In artikel 7:629 lid 7 BW staat dat de werkgever geen beroep meer kan doen op enige grond het loon geheel of gedeeltelijk niet te betalen of op te schorten, indien hij de werknemer daarvan geen kennis heeft gegeven onverwijld nadat bij hem het vermoeden van het bestaan daarvan is gerezen of redelijkerwijs had behoren te rijzen.

Hovetra heeft erkend de loonstop over de periode 13/2022 niet te hebben aangekondigd. Dit brengt al mee dat zij de loonstop over die periode onterecht heeft toegepast. De vordering tot betaling van het loon van € 1.575,46 bruto over de periode 13/2022 wordt dan ook toegewezen.

Loonperioden 1/2023 en 2/2023: niet betaling van loon terecht?

4.6. Het komt er in deze zaak op neer dat Hovetra een loonstop heeft toegepast, omdat [eiser01] niet akkoord is gegaan met haar voorstel tot beëindiging van het dienstverband en geen tegenvoorstel heeft gedaan. In de wet is (limitatief) opgesomd in welke gevallen een werkgever een loonstop mag toepassen ten opzichte van een arbeidsongeschikte werknemer. Volgens Hovetra heeft zij de loonstop terecht toegepast op grond van artikel 7:629 lid 3 in verbinding met sub b en sub d BW, omdat [eiser01] niet meewerkt aan adviezen van de bedrijfsarts en omdat dit zijn herstel belemmert. In artikel 7:629 lid 3 aanhef in verbinding met sub d BW staat – kort gezegd – dat een werknemer het recht op doorbetaling van zijn loon tijdens ziekte niet heeft in de periode dat hij zonder deugdelijke grond weigert mee te werken aan door de bedrijfsarts gegeven redelijke voorschriften die erop gericht zijn om de werknemer in staat te stellen passende arbeid te verrichten. Met deze voorschriften worden, anders dan Hovetra kennelijk begrijpt, voorschriften of adviezen van de bedrijfsarts bedoeld die gericht zijn op re-integratie van een werknemer. Het advies om in onderling overleg tot een oplossing te komen, waar Hovetra onder begrijpt ‘het in onderling overleg komen tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst’ valt daar niet onder. Het niet ingaan op een beëindigingsvoorstel van de werkgever betekent ook niet dat een werknemer daarmee zijn genezing belemmert of vertraagt, zoals bedoeld in artikel 7:629 aanhef en sub d BW.

De conclusie is dan ook dat Hovetra de loonstop ten onrechte heeft toegepast.

Hovetra heeft zich voor wat betreft het niet betalen van het loon van [eiser01] subsidiair op op-

schorting van de loonbetaling beroepen. Op grond van (het in het vorige alinea genoemde) lid 7 van artikel 7:629 BW had een loonopschorting moeten worden aangekondigd, zoals ook [eiser01] terecht heeft aangevoerd. Vaststaat dat dit niet is gedaan, zodat Hovetra om die reden de loonbetaling al niet mocht opschorten.

Dit brengt mee dat Hovetra het loon van [eiser01] over de perioden vanaf 1/2023 alsnog aan hem moet betalen. [eiser01] heeft zich in eerste instantie op het standpunt gesteld dat zijn loon vanaf januari 2023 € 1.693,62 bruto per vier weken bedraagt, maar inmiddels is vast komen te staan dat het loon € 1.693,61 bruto per vier weken bedraagt. Het totaal aan toe te wijzen achterstallig salaris over de perioden 1/2023, 2/2023 bedraagt € 3.387,22 bruto.

Eenmalige cao-uitkering

4.7. Partijen zijn het erover eens dat [eiser01] nog recht heeft op een eenmalige uitkering van € 150,46 bruto op grond van de toepasselijke cao. Dit bedrag zal dan ook worden toegewezen.

Toe te wijzen achterstallig salaris

4.8. Het totaal aan toe te wijzen achterstallig salaris bedraagt hiermee € 5.113,14 bruto.

Wettelijke verhoging

4.9. Gelet op alle omstandigheden van het geval ziet de kantonrechter aanleiding de wettelijke verhoging zoals bedoeld in artikel 7:625 BW te matigen tot 25%.

Wettelijke rente

4.10. De wettelijke rente over het achterstallige salaris wordt toegewezen. De wettelijke rente over het loon vermeerderd met wettelijke verhoging zal worden afgewezen, omdat niet gesteld of gebleken is dat [eiser01] een ingebrekestelling aan Hovetra heeft gestuurd, waarin hij aanspraak heeft gemaakt op de wettelijke verhoging.

Toekomstig loon

4.11. Ook de vordering tot betaling van het toekomstige loon zal worden toegewezen, nu daar geen specifiek verweer tegen is gevoerd. De kantonrechter ziet geen aanleiding daarover bij voorbaat wettelijke rente of wettelijke verhoging toe te wijzen.

Salarisspecificaties

4.12. De vordering tot het overleggen van deugdelijke salarisspecificaties wordt toegewezen. De kantonrechter ziet geen aanleiding hieraan een dwangsom te koppelen.

Buitengerechterlijke kosten

4.13. Tussen partijen is discussie over de toewijsbaarheid van de gevorderde vergoeding voor buitengerechterlijke kosten. Namens [eiser01] zijn vanaf 26 januari 2023 meerdere e-mails verzonden aan de gemachtigde van Hovetra, waarin aanspraak werd gemaakt op achterstallig salaris. Deze werkzaamheden acht de kantonrechter voldoende om voor een vergoeding voor buitengerechterlijke werkzaamheden in aanmerking te komen.

De kantonrechter berekent de vergoeding op basis van het achterstallig salaris op het moment van de laatste e-mail van 10 februari 2023 hierover van de gemachtigde van [eiser01] aan de gemachtigde van Hovetra en sluit daarbij aan bij het Besluit vergoeding buitengerechterlijke incassokosten. Daarmee komt de kantonrechter uit op een toewijsbaar bedrag van € 451,91 aan vergoeding van buitengerechterlijke kosten.

Proceskosten

4.14. Hovetra krijgt voor het grootste deel ongelijk en moet daarom de proceskosten betalen (artikel 237 Rv). [eiser01] procedeert op basis van een toevoeging. De kantonrechter stelt de proceskosten aan de kant van [eiser01] daarom tot vandaag vast op € 86,00 aan griffierecht en € 793,00 aan salaris voor de gemachtigde. Dit is totaal € 879,00. Deze kosten moeten direct aan de gemachtigde van [eiser01] worden betaald.

Voor kosten die [eiser01] maakt na deze uitspraak moet Hovetra een bedrag betalen van € 132,00. Hier kan nog een bedrag bijkomen als de uitspraak wordt betekend. In dit vonnis hoeft hierover niet apart te worden beslist (ECLI:NL:HR:2022:853).

Uitvoerbaarheid bij voorraad

4.15. Dit vonnis wordt uitvoerbaar bij voorraad verklaard (artikel 233 Rv).

5. De beslissing

De kantonrechter:

5.1. veroordeelt Hovetra om aan [eiser01] te betalen € 5.113,14 bruto aan achterstallig salaris over

de perioden 13/2022 tot en met 2-2023, vermeerderd met de wettelijke verhoging van 25% zoals bedoeld in artikel 7:625 BW en met de wettelijke rente zoals bedoeld in artikel 6:119 BW over dat achterstallig salaris vanaf de data van opeisbaarheid tot de dag van volledige betaling;

5.2. veroordeelt Hovetra om aan [eiser01] te betalen het loon van € 1.693,61 bruto per vier weken vanaf periode 3/2023 tot de dag waarop de arbeidsovereenkomst tussen partijen rechtsgeldig zal zijn beëindigd;

5.3. veroordeelt Hovetra om aan [eiser01] deugdelijke salarisspecificaties te verstrekken van zowel het achterstallige salaris als het toekomstige salaris dat Hovetra op grond van dit vonnis aan [eiser01] moet betalen;

5.4. veroordeelt Hovetra om aan [eiser01] te betalen € 451,91 aan vergoeding voor buitengerechtigde kosten;

5.5. veroordeelt Hovetra in de proceskosten die aan de kant van [eiser01] tot vandaag worden vastgesteld op € 879,00, direct te betalen aan de gemachtigde van [eiser01];

5.6. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;

5.7. wijst al het andere af.

NOOT

Als hoofdregel geldt dat de werkgever verplicht is het loon te voldoen indien een werknemer de overeengekomen arbeid geheel of gedeeltelijk niet heeft verricht. Dit leidt tot uitzondering indien het niet verrichten van de overeengekomen arbeid in redelijkheid voor rekening van de werknemer behoort te komen (art. 7:628 BW; zie voor de ongewijzigde risicoverdeling HR 3 juni 2022, «JAR» 2022/161). Art. 7:629 BW is een *lex specialis* van art. 7:628 BW en regelt de loondoorbetalingsverplichting van een werkgever bij arbeidsongeschiktheid. Art. 7:629 lid 3 BW omschrijft de situaties waarin een werkgever bevoegd is de loondoorbetaling tijdens ziekte stop te zetten. In onderhavige zaak had de werkgever een loonstop opgelegd omdat de werknemer zijn genezing belemmerde of vertraagde (sub b van art. 7:629 lid 3 BW) en zonder deugdelijke grond weigerde mee te werken aan door de werkgever of diens aangewezen deskundige gegeven redelijke voorschriften (sub b van art. 7:629 lid 3 BW). De werkgever wees ter onderbouwing van dat standpunt naar rapportages van de bedrijfsarts

waarin stond dat (i) sprake was van situationele arbeidsongeschiktheid, (ii) betrokkene niet meer kon terugkeren binnen de organisatie en (iii) het zaak was dat er in onderling overleg tot een oplossing werd gekomen, omdat het voortduren van de huidige situatie een negatief effect had op de gezondheid van de werknemer. De werkgever leidde daaruit af dat de bedrijfsarts aan partijen de instructie had gegeven om tot een beëindiging van het dienstverband te komen en vond dat de werknemer zich niet hield aan deze instructie, door geen passend tegenvoorstel uit te brengen.

Redelijke voorschriften

De voorzieningenrechter merkt terecht op dat art. 7:629 lid 3 sub d BW ziet op het zonder deugdelijke grond weigeren mee te werken aan redelijke voorschriften die erop gericht zijn om de werknemer 'in staat te stellen passende arbeid te verrichten'. Een (eventueel) voorschrift dat gericht is op het sluiten van een beëindigingsovereenkomst valt daar niet onder. De voorzieningenrechter oordeelt dus terecht dat in de gegeven omstandigheden geen beroep kan worden gedaan op art. 7:629 lid 3 sub d BW, nog daargelaten dat een dergelijk voorschrift niet *redelijk* zou zijn. Het voorschrift om tot een beëindigingsovereenkomst te komen, dient te worden onderscheiden van de weigering van een werknemer om een re-integratieovereenkomst te tekenen. Een dergelijke re-integratieovereenkomst kan immers wel ten doel hebben de werknemer in staat te stellen passende arbeid te verrichten (hof 's-Hertogenbosch 11 mei 2004, «JAR» 2004/165). Dit geldt onzes inziens eveneens voor een verzoek tot het tekenen van een medische machtiging en onder omstandigheden het voorschrift om mee te werken aan mediation (zie bijvoorbeeld ktr. Zwolle 16 februari 2012, «JAR» 2012/87).

Belemmering of vertraging herstel

Voorts overweegt de voorzieningenrechter (terecht) dat het niet ingaan op een beëindigingsofstel ook niet betekent dat een werknemer daarmee zijn genezing belemmert of vertraagt, zoals bedoeld in art. 7:629 lid 3 sub b BW. De voorzieningenrechter had dit kunnen onderbouwen door erop te wijzen dat de noodzaak tot het sluiten van een beëindigingsovereenkomst in het kader van zijn genezing niet gelezen kan worden in de rapportages van de bedrijfsarts. De uitspraak

ken van de bedrijfsarts (zie sub i – iii) kunnen immers ook op een instructie duiden om met elkaar in overleg te treden over een (tijdelijke) herplaatsing / detachering bij een andere werkgever, binnen het (tweede spoor-)re-integratietraject. In een degelijke situatie kan het dienstverband worden voortgezet, zonder dat de huidige situatie, dat een negatief effect had op de gezondheid van de werknemer, voortduurt.

Overigens zou een dergelijk 'Exit-advies' van de bedrijfsarts ook in strijd zijn met de STECR Werkwijzer Arbeidsconflicten, zie onder 6.5: '(...) Het behoort niet tot de taak van de bedrijfsarts partijen te adviseren uit elkaar te gaan door middel van een beëindigingsovereenkomst of de werknemer te adviseren ontslag te nemen (...)'.¹

Kennis geven

Een ander aspect waar werkgevers op moeten letten, is dat geen loonstop kan worden toegepast, zonder voorafgaande kennisgeving aan de werknemer. Ook daar ging het in onderhavige zaak mis. De werkgever had namelijk het loon al stopgezet in loonperiode 13/2022, terwijl de werknemer pas op 23 december 2022 een mail had ontvangen, waarin stond dat bij gebreke van het doen van een passend tegenvoorstel het loon zou worden stopgezet per 1 januari 2023. De werkgever mag onzes inziens op dit punt van geluk spreken dat de wettelijke verhoging (van 50%) is gematigd tot 25% van het onterecht achtergehouden loon.

Loonopschorting

De werkgever stelt nog dat zij tevens (subsidiar) gerechtigd was de loonbetaling op te schorten. Een werkgever is daartoe bevoegd voor de tijd, gedurende welke de werknemer zich niet houdt aan door de werkgever schriftelijk gegeven redelijke voorschriften omtrent het verstrekken van de inlichtingen die de werkgever behoeft om het recht op loon vast te stellen. Denk hierbij aan controlevoorschriften. Net als bij de loonstop dient de werkgever de werknemer de loonopschorting aan te kondigen. Op dit punt gaat het voor de werkgever (wederom) mis. In de eerdergenoemde mail van 23 december 2023 was enkel een loonstop aangekondigd en geen loonopschorting.

Wij menen dat een beroep op loonopschorting sowieso niet kansrijk was. Niet valt in te zien dat het niet ingaan op een beëindigingsovereen-

komst, dan wel het uitbrengen van een passend tegenvoorstel, voor de werkgever nodig was om het recht op loon vast te stellen.

Conclusie

De uitspraak van de voorzieningenrechter is goed te volgen. De door de werkgever gezette stappen niet of minder. Wellicht is de loonstop toegepast om de zaak in beweging te brengen. Gelet op de oorzaak van de van situationele arbeidsongeschiktheid (vgl. r.o. 2.11 een 'discussie omtrent een loonvordering'), de uitspraken van de bedrijfsarts over een 'verstoorde arbeidsverhouding' en het feit dat partijen reeds een mediation-traject hadden doorlopen, had het uitsluitend aanhangig maken van een ontbindingsprocedure op grond van de verstoorte arbeidsverhouding volgens ons meer voor de hand gelegen. Komt het alsnog tot een ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van een verstoorte arbeidsverhouding dan kan de onterechte loonstop meewegen in het oordeel of de werkgever al dan niet ernstig verwijtbaar heeft gehandeld.

mr. B.M.C. Stenden
advocaat bij Dirkzwager N.V.

mr. D.R. Hut
advocaat bij Dirkzwager N.V.

135

Geen proefplaatsing UWV die buiten de ketenregeling valt

Kantonrechter Rechtbank Zeeland-West-Brabant zp Middelburg
25 april 2023, nr. 10241027 AZ VERZ 22-59,
ECLI:NL:RBZWB:2023:2904
(mr. Thielen)

Geen proefplaatsing UWV. Ketenregeling. Arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Opzegging niet rechtsgeldig. Vernietiging opzegging.

[WW art. 76a; BW art. 7:668a lid 1 aanhef en onder b, 7:671, 7:681 lid 1 aanhef en onder a]

De werknemer werkt bij de werkgever in een café. Tussen de partijen zijn twee schriftelijke arbeidsovereenkomsten gesloten. Tussen deze twee arbeidsovereenkomsten heeft ook nog een stilzwijgende voortzetting van de eerste arbeidsovereenkomst gezeten, hetgeen niet tussen partijen ter discussie staat. De werkgever zegt de werknemer een maand voor het einde van de tweede schriftelijke arbeidsovereenkomst het einde van deze arbeidsovereenkomst aan. De werknemer verzoekt om vernietiging van deze opzegging en voert daartoe aan dat voorafgaand aan de eerste schriftelijke arbeidsovereenkomst al een arbeidsovereenkomst voor vier maanden tussen partijen heeft bestaan en dus inmiddels een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan. Daarbij wijst hij erop dat de werkgever over deze maanden salaris heeft betaald en loonheffing, pensioen en WGA-premie heeft afgedragen. De werkgever verweert zich tegen het verzoek tot vernietiging met de stelling dat de eerste werkperiode een proefplaatsing betrof in de zin van art. 76a WW.

De kantonrechter stelt de werknemer in het gelijk. Het is juist dat een proefplaatsing met behoud van een WW-uitkering het bestaan van een arbeidsovereenkomst uitsluit nu dit juist de fase betreft die aan de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst voorafgaat. Er is echter alleen sprake van een proefplaatsing als en voor zover

het UWV een uitkeringsgerechtigde toestemming verleent op een proefplaats bij een werkgever om onbeloonde werkzaamheden te verrichten. Aan gezien vaststaat dat de werknemer over de bedoelde periode wel salaris heeft ontvangen, kan van een proefplaatsing geen sprake zijn. Dat de werknemer tijdens de eerste werkperiode een WW-uitkering ontving, een formulier met betrekking tot een mogelijke proefplaatsing aan de werkgever heeft gestuurd en partijen geen schriftelijke arbeidsovereenkomst voor de betwiste periode zijn overeengekomen, sluit het bestaan van een arbeidsovereenkomst niet uit. Dit betekent dat tussen partijen vier arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zijn overeengekomen, waarvan de laatste dus heeft te gelden als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De opzegging wordt vernietigd en de werkgever wordt veroordeeld tot doorbetaling van loon.

NB. Krachtens art. 76a WW kan het UWV toestemming verlenen aan de werknemer die recht heeft op een WW-uitkering om op een proefplaats bij een werkgever maximaal zes maanden onbeloonde werkzaamheden te verrichten. Deze mogelijkheid is gecreëerd om de overgang naar een arbeidsovereenkomst te vergemakkelijken. Een proefplaats wordt niet beschouwd als een arbeidsovereenkomst omdat bij een proefplaats één van de essentialia van een arbeidsovereenkomst, te weten het betalen van salaris, is uitgesloten. Als er wel salaris wordt betaald – zoals in deze uitspraak – is dus geen sprake van een proefplaats maar van een reguliere arbeidsovereenkomst.

[Verzoeker] te [woonplaats],
verzoeker,
hierna: [verzoeker],
gemachtigde: mr. P.H. Pijpelink,
tegen
de commanditaire vennootschap CV [verweester] te [plaats],
verweester,
hierna: [verweester],
gemachtigde: mr. E.P.M.J. Prop.

1. Het procesverloop
(...; red.)