

## Arbeidsverzuim en arbeidsconflict: een tweestappenplan

49

De situatie waarin een werknemer zich ziek meldt terwijl er tevens een arbeidsconflict speelt, blijft lastige materie. De laatste versie van de STECR Werkwijzer Arbeidsconflicten (de 'STECR') en het *Mak/SGBO*-arrest hebben voor meer duidelijkheid gezorgd, maar een concrete werkwijze ontbreekt nog. Tijd om de balans op te maken. In deze bijdrage is onderzocht of er een stappenplan kan worden opgesteld op basis van de wet, de STECR en (recente) jurisprudentie.

### Arbeidsconflict

Een arbeidsconflict gepaard met arbeidsverzuim komt voor in allerlei soorten en maten. Alhoewel er tal van combinaties denkbaar zijn, zijn de meest voorkomende situaties:

- A. psychische klachten staan voorop, het arbeidsconflict is secundair;
- B. er is een medisch probleem, maar daarnaast ook een arbeidsconflict;
- C. ziekmelding is een direct gevolg van het arbeidsconflict;<sup>2</sup> en
- D. ziekmelding heeft geen relatie met ziekte of gebrek.

De beschrijving van deze situatie is ontleend aan de STECR. Bij het bepalen van de wederzijdse rechten en verplichtingen van aan de ene kant de werknemer en aan de andere kant de werkgever, speelt de STECR een belangrijke rol. De STECR is een 'best practice based' richtlijn waarin de rol van de bedrijfsarts bij arbeidsverzuim in combinatie met een arbeidsconflict is beschreven.<sup>3</sup> Er mag door de bedrijfsarts slechts van de STECR afgeweken worden indien dit gemotiveerd gebeurt. Doet hij dat niet dan kan de bedrijfsarts geconfronteerd worden met tuchtrechtelijke consequenties.<sup>4</sup> Hoewel de STECR geen wettelijke status heeft, doen ook werkgever en werknemer er verstandig aan conform de STECR te handelen. Immers, zowel het UWV als de rechter hanteert de STECR als norm bij de toets in hoeverre er vol-

doende re-integratie-inspanningen zijn verricht.<sup>5</sup> De toepassing van de STECR is zodoende allesbehalve vrijblijvend en kent overigens een bredere doelgroep dan alleen de bedrijfsarts.

### Juridische context

Bij de hiervoor genoemde situaties wordt er in de STECR uitsluitend stilgestaan bij de vraag of er sprake is van medische beperkingen zonder daarbij in te gaan op de juridische context. In deze bijdrage wordt juist wel een koppeling gemaakt tussen de situaties A, B, C en D en het daarbij behorende juridische kader.

### De loonaanspraak

#### *De hoofdregel: geen arbeid, geen loon*

Het antwoord op de vraag of een werknemer die verzuimt recht heeft op loon, is in eerste instantie te vinden in art. 7:627, 7:628 en 7:629 BW. Zoals bekend heeft de werknemer die zich niet in staat acht om te werken, niet automatisch recht op loon gedurende de tijd dat hij niet de bedongen arbeid heeft verricht. Deze hoofdregel is neergelegd in art. 7:627 BW en wordt bevestigd in jurisprudentie.<sup>6</sup> Op de hoofdregel ex art. 7:627 BW zijn twee uitzonderingen geformuleerd: art. 7:629 lid 1 BW en art. 7:628 BW.

#### *De uitzondering in geval van arbeidsongeschiktheid*

Art. 7:629 lid 1 BW bepaalt dat de werknemer gedurende 104 weken aanspraak op (ten minste) 70% van zijn loon behoudt, indien hij door 'ongeschiktheid ten gevolge van ziekte verhinderd is de bedongen arbeid te verrichten'. Volgens de wetsgeschiedenis van art. 7:629 BW dient voor de uitleg van het begrip 'ziekte' aansluiting te worden gezocht bij de Ziektewet ('ZW').<sup>7</sup> Art. 19 ZW bepaalt dat 'de verzekerde bij ongeschiktheid tot het verrichten van zijn arbeid als rechtstreeks en objectief medisch vast te stellen gevolg van ziekte recht heeft op ziekgeld (...)'. De STECR voorziet in een andere (ruimere) toets om te bepalen of er sprake is van ziekte ex art. 7:629 BW.<sup>8</sup> Dit is volgens de STECR het geval indien één van onderstaande vragen bevestigend beantwoord wordt:

1. Zijn er op dit moment medische beperkingen voor de (volledige) bedongen arbeid?

1 Mevr. mr. A. Avci en mevr. mr. V.S.M. Zanetti zijn beiden arbeidsrechtadvocaat bij CMS te Amsterdam.

2 Voorheen werd in literatuur en jurisprudentie gesproken van 'situatieve arbeidsongeschiktheid'. Aangezien dit geen wettelijke term is en er verschillende invullingen aan wordt gegeven, is in de STECR geadviseerd om deze term niet meer te gebruiken. Uit recente rechtspraak volgt niet dat dit advies is overgenomen door de rechtspraak. Zie bijv. Rb. Dordrecht 20 januari 2012, LjN BV1889 waarin nog wordt gesproken over 'situatieve arbeidsongeschiktheid'.

3 Stichting STECR Expertisecentrum Participatie, *STECR Werkwijzer Arbeidsconflicten*, versie 5, februari 2010.

4 Bijv. Centraal Tuchtcollege 12 mei 2009, nr. 2008/124.

5 RIV-toets in de praktijk, versie maart 2011, bijlage 1, § 3, p. 40 en § 8, p. 44. Stcrt. 6 december 2002, nr. 236, p. 15 en Stcrt. 16 november 2006, nr. 224, § 7.3. Vgl. Hof 's-Gravenhage 19 mei 2006, JAR 2006/187.

6 O.a. in HR 27 juni 2008, JAR 2008/188.

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

8 Op basis van de KNMG-richtlijnen voor bedrijfsartsen, de STECR en de rechtspraak is het inmiddels klip-en-klaar dat de werknemer, de werkgever of de huisarts van de werknemer of andere specialisten niet kunnen of mogen oordelen of er sprake is van ziekte. Bijv. Rb. Dordrecht 20 januari 2012, LjN BV1889.

2. Zo nee, is naar beoordeling van de bedrijfsarts te verwachten dat in geval van werkhervatting zeer waarschijnlijk en vrijwel onmiddellijk significante beperkingen zullen optreden?

De eerste vraag sluit aan op art. 19 ZW en is zodoende begrijpelijk. De tweede vraag heeft betrekking op wat ook wel 'latente' ziekte wordt genoemd.<sup>9</sup> Een eenvoudig voorbeeld: een kapster lijdt aan kapperseceem en meldt zich ziek. Na verloop van tijd is zij volledig genezen. Vaststaat echter dat als zij het werk (zonder aanpassing) zou hervatten, zij vrijwel direct ernstig eczeem zou krijgen en dus weer arbeidsongeschikt zou raken. Dat soortgelijke latente ziekte ook arbeidsongeschiktheid ex art. 7:629 BW kan zijn, is niet met zo veel woorden bepaald in art. 7:629 BW of art. 19 ZW. De STECR merkt terecht op dat de Hoge Raad zich nog niet heeft uitgelaten over de vraag of een situatie van te verwachten (her)uitval tevens ziekte ex art. 7:629 BW is. De Centrale Raad van Beroep ('CRvB') heeft echter wel al bevestigd dat latente ziekte ook onder het bereik van art. 19 ZW kan vallen.<sup>10</sup> De STECR lijkt zodoende met de tweede vraag de lijn van de CRvB te volgen. Alhoewel enkele civiele rechters<sup>11</sup> zich ook al hebben geconformeerd aan de interpretatie van de CRvB, is het wat ons betreft zeer wel verdedigbaar dat een werknemer die wegens een arbeidsconflict latent ziek is eerder een beroep op art. 7:628 BW dan op art. 7:629 BW toekomt. Uiteraard zal deze werknemer dan wel eerst de *Mak/SGBO*-toets moeten kunnen doorstaan, waarop hierna wordt ingegaan. Totdat de Hoge Raad heeft bevestigd de lijn van de CRvB te volgen, lijkt het vooralsnog te vroeg om de ruime uitleg van art. 7:629 BW zoals in de tweede vraag gehanteerd reeds als standaardcriterium voor ziekte te gebruiken. Dit is in ieder geval de discussie met de bedrijfsarts waard.

### *De uitzondering die voor rekening van de werkgever komt*

De andere uitzondering die ertoe leidt dat de werknemer die verzuimt aanspraak kan maken op loon, is de situatie dat het niet werken voor rekening en risico van de werkgever dient te komen in de zin van art. 7:628 BW.<sup>12</sup> Deze loonaanspraak kent, anders dan bij art. 7:629 BW, geen minimum- of maximumgrens. Immers, de werknemer die aannemelijk maakt dat hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen, behoudt het recht op het volledige loon.

Net zoals bij ziekte,<sup>13</sup> voorziet de wet ook in art. 7:628 BW niet in een omschrijving wanneer er aanspraak bestaat op loon. Dit is ook logisch aangezien art. 7:628 BW een ruim bereik heeft en bijvoorbeeld ook van toepassing is op de werknemer die niet kan werken wegens weersomstandigheden. Specifiek voor de werknemer die geen medische beperkingen heeft, maar toch – (deels) vanwege het bestaande arbeidsconflict – niet kan werken, heeft de Hoge Raad in het *Mak/SGBO*-arrest bepaald dat onder omstandigheden een loonaanspraak bestaat op grond van art. 7:628 BW.<sup>14</sup> Deze omstandigheden zijn:

1. de werknemer stelt en maakt zo nodig aannemelijk dat de arbeidsomstandigheden zodanig zijn dat met het oog op de (dreiging van) psychische of lichamelijke klachten van de werknemer, redelijkerwijs niet gevergd kan worden dat hij zijn werkzaamheden verricht;
2. de oorzaak van niet kunnen werken dient in redelijkheid voor rekening van de werkgever te komen; en
3. de werknemer verleent alle medewerking aan inspanningen die erop zijn gericht de oorzaak voor het niet kunnen werken weg te nemen.

Uit een analyse van Kampert volgt dat feitenrechters de *Mak/SGBO*-toets doorgaans toepassen en dat loonvorderingen van werknemers in het bijzonder stranden wegens onvoldoende medewerking aan inspanningen gericht op het wegnemen van het arbeidsconflict. Aan het criterium onder 1. lijkt volgens Kampert de minste aandacht te worden besteed.<sup>15</sup> Ook de daarna verschenen rechtspraak bevestigt deze conclusie.<sup>16</sup> Inmiddels kan zodoende wat ons betreft gesproken worden van een vaste lijn in de rechtspraak.<sup>17</sup> Enerzijds is duidelijk dat de werknemer die verzuimt door een arbeidsconflict relatief snel aanspraak kan maken op

9 Het vraagstuk of latente ziekte ook ziekte is, heeft reeds vele pennen bewogen. Bijv. prof. mr. C.J. Loonstra en prof. mr. W.A. Zondag, *SDU Commentaar Arbeidsrecht 2013*, p. 471 en mr. De Buijs, 'Situatieve arbeidsongeschiktheid een moeizaam begrip', *TRA 2008*, p. 22: "het voorspellen van de toekomst is juristen noch medici gegeven en het getuigt van hoogmoed een medische voorspelling het lot van een werknemer te laten bezegelen." Anders: mr. P.C. Vas Nunes en drs. R.A. Heida, 'Niet werken vanwege een arbeidsconflict, recht op loon?', *TAR 2009/3* en mr. N. Kampert, 'Situatieve arbeidsongeschiktheid na *Mak/SGBO*: substantiërings- en medewerkingsplicht werknemer', *TRA 2012/3*.

10 CRvB 3 januari 1989, *RSV 1989/179*; CRvB 8 januari 1963, *RSV 1963*, 16; CRvB 30 maart 2006, *TAR 2006*, 92. Een werknemer kan volgens de CRvB ziek 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.

11 Hof 's-Gravenhage 16 februari 2007, *JAR 2007/109* en Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2008, *LJN BD5660*.

12 Bouwens en De Groot wezen er overigens op dat óók de zieke werknemer zijn loonvordering kan baseren op art. 7:628 BW in W.H.A.C.M. Bouwens & E. de Groot, 'Niet werken vanwege een arbeidsconflict: recht op loon?', *TRA 2009/2*.

13 Omwille van de leesbaarheid wordt in de rest van deze bijdrage ziekte ex art. 7:629 BW kortheidsshalve aangeduid als 'ziekte'.

14 HR 27 juni 2008, *JAR 2008/188*.

15 Mr. N. Kampert, 'Situatieve arbeidsongeschiktheid na *Mak/SGBO*: substantiërings- en medewerkingsplicht werknemer', *TRA 2012/3*.

16 Met behulp van mevr. mr. C.N.E. Kleine (juridisch medewerker bij CMS) is gezocht naar uitspraken gepubliceerd tussen januari 2012-juni 2013 middels de zoektermen '7:628 BW' en 'arbeidsconflict'. Bestudeerd is Rb. Rotterdam 6 januari 2012, *LJN BV5469*; Rb. Dordrecht 20 januari 2012, *LJN BV1889*; Rb. Breda 29 maart 2012, *LJN BW1520*; Rb. Breda 17 december 2012, *JAR2013/2*.

17 Twee voorbeelden waarin het nog niet goed ging: Hof 's-Hertogenbosch 4 december 2011, *JAR2011/226*, m.nt mr. C.S. Kehrer-Bot en Rb. 's-Hertogenbosch 28 maart 2013, *LJN BZ5525*.

loonbetaling ex art. 7:628 BW op basis van de criteria onder 1. en 2. Anderzijds kan de werknemer deze aanspraak ook snel weer verliezen wegens het niet-verlenen van volledige medewerking, zijnde het criterium onder 3. De art. 7:628 BW-situatie is zodoende een dynamisch proces waarbij de werknemer zich geen afwachtende houding kan permitteren.

## Twee stappen

### Stap 1: Wederzijdse rechten en verplichtingen vaststellen

De eerste stap bij arbeidsverzuim in combinatie met een arbeidsconflict, is de vaststelling of daadwerkelijk sprake is van arbeidsongeschiktheid ex art. 7:629 BW. Deze constatering bepaalt het vervolg van het verzuimproces ingrijpend. Het is zodoende van belang dat de bedrijfsarts duidelijk oordeelt of er sprake is van een situatie A-, B-, C- of D-werknemer en, bij situatie C, of de werknemer ook daadwerkelijk wegens ziekte verhinderd is om de bedongen arbeid te verrichten. Immers, gedurende de periode dat de werknemer ziek is, behoudt hij aanspraak op loon, geldt het opzegverbod ex art. 7:670 lid 1 onder a BW<sup>18</sup> en dienen zowel werkgever (ex art. 7:658a BW) als werknemer (ex art. 7:660a BW) re-integratie-inspanningen te verrichten. In de STECR wordt terecht benadrukt dat er bij een arbeidsconflict door de bedrijfsarts niet zomaar aangenomen mag worden dat de werknemer tevens arbeidsongeschikt is. Hieronder zijn de A-, B-, C- en D-situatie in de meest vanzelfsprekende juridische context geplaatst.

A&B Art. 7:629 BW

Bij de situatie A- of B-werknemer zal er doorgaans sprake zijn van arbeidsongeschiktheid in de zin van art. 7:629 BW.<sup>19</sup> Kenmerkend aan situatie A en situatie B is dat de ziekmelding van de werknemer niet direct gekoppeld wordt aan het arbeidsconflict. In situatie A kan de werkgever bevestigen dat de psychische klachten van de werknemer al vóór de ziekmelding bestonden en ook bij situatie B is er sprake van een objectief bepaalbaar medisch probleem, bijvoorbeeld een hernia. Het arbeidsconflict is secundair en bijvoorbeeld ontstaan als gevolg van irritatie bij de werkgever vanwege het langdurig arbeidsverzuim van de werknemer.

C Art. 7:629 BW en/of 7:628 BW of toch 7:627 BW

De situatie C-werknemer zorgt doorgaans voor de meeste hoofdbrekens. De werknemer meldt zich ziek met klachten die gelijken op de klachten van de situatie A- of situatie B-werknemer. In dit geval volgt de ziekmelding echter kort na een ontstaan arbeidsconflict, bijvoorbeeld na een pittig beoordelingsgesprek. De STECR adviseert om bij een situatie C-werknemer

niet snel uit te gaan van arbeidsongeschiktheid ten gevolge van ziekte ex art. 7:629 BW. Zo geeft de STECR bijvoorbeeld aan dat ziektebeelden als depressie/overspannenheid niet ontstaan van het een op het andere moment. De bedrijfsarts dient bij werknemer C dan ook terughoudend te zijn in het stellen van een diagnose zoals 'overspannen'.<sup>20</sup> Indien er geen sprake is van medische beperkingen voor de (volledige) bedongen arbeid, dan rest de werknemer een beroep op grond van art. 7:628 BW. Hiervoor is vereist dat de werknemer de hiervoor besproken Mak/SGBO-toets moet kunnen doorstaan.

D Art. 7:628 BW of toch 7:627 BW

Bij situatie D heeft de werknemer zich ziek gemeld, terwijl er geen sprake is van ziekte in de zin van art. 7:629 BW. De ziekmelding is bijvoorbeeld door de werknemer gedaan om druk op de werkgever uit te voeren. Deze situatie wordt in de STECR beoordeeld als 'oneigenlijk gebruik' van de loondoorbetalingsplicht van de werkgever. Dit betekent overigens niet dat de situatie D-werknemer geen succesvol beroep zou kunnen doen op art. 7:628 BW indien wordt voldaan aan de Mak/SGBO-toets. In andere gevallen valt de werkgever terug op de hoofdregel: geen arbeid, geen loon.

### Stap 2: Inspanningen gericht op werkhervatting

Indien geconstateerd is dat er sprake is van ziekte, dienen zowel werkgever als werknemer re-integratie-inspanningen te verrichten gericht op werkhervatting.<sup>21</sup> Hiertoe behoort volgens het UWV ook het oplossen van het arbeidsconflict.<sup>22</sup> Re-integratie is gericht op de zieke werknemer, zo volgt uit art. 7:658a en 7:660a BW. Dat betekent niet dat partijen zich niet hoeven in te spannen indien er geen sprake is van ziekte. De wettelijke re-integratieverplichtingen ex art. 7:658a en 7:660a BW zijn niet rechtstreeks van toepassing indien ziekte ontbreekt.

Maar aangenomen wordt dat deze verplichtingen via het goed werkgeverschap van art. 7:611 BW toch gelding kunnen hebben.<sup>23</sup> Echter, waar bij art. 7:629 BW het initiatief tot het nemen van re-integratie-inspanningen met name bij de werkgever ligt, wordt bij werkhervatting van een art. 7:628 BW-werknemer meer verwacht van de werknemer, zo volgt uit de hiervoor besproken medewerkingsplicht als onderdeel van de Mak/SGBO-toets.

Of partijen zich voldoende hebben ingezet voor de werkhervatting van de werknemer blijft een sterk feitelijke vraag. Richtinggevende uitspraken zijn er helaas niet veel. Daarom zijn voor deze bijdrage de instrumenten verzameld die blijkens rechtspraak, de richtlijnen van het UWV en de

18 Ktr. Zutphen meende dat het opzegverbod rechtstreeks van toepassing is op de art. 7:628 BW-situatie gezien de beschermingsgedachte van art. 7:670 BW. Ktr. Zutphen 1 juni 2011, JAR 2011/273.

19 Zo ook: concl. A-G mr. Spier bij Mak/SGBO en prof. mr. W.A. Zondag, SDU Commentaar Arbeidsrecht 2013, p. 474-475.

20 Zie bijv. Rb. Dordrecht 20 januari 2012, LJN BV1889.

21 Dit artikel beoogt geen volledig overzicht te geven van de aanwezige re-integratieverplichtingen. Voor een compleet en actueel overzicht, zie het artikel van mr. J.J.B. van den Elsaker, 'Re-integratie-inspanningen anno 2012: do's en don'ts', TRA 2012/65.

22 Vigs. RIV-toets in de praktijk, versie maart 2011, p. 27, 31 en 44.

23 Prof. mr. J. Riphagen, 'Situatief arbeidsongeschikt: wie moet dat betalen?', Ars Aequi februari 2010. In dezelfde zin: Ktr. Apeldoorn 26 februari 2003, JAR 2003/92.

STECR specifiek ingezet kunnen (moeten) worden om het onderliggende arbeidsconflict op te lossen. Deze instrumenten kunnen gelden voor zowel de situatie A-, B-, C- en D-werknemer.

### 1. *Gesprek*

De STECR adviseert een zogenaamd tweesporenbeleid: het medische probleem en het arbeidsconflict dienen zo veel als mogelijk gelijktijdig te worden aangepakt. Dit geldt ook voor de werknemer die te kampen heeft met (zware) psychische klachten. Bij vrijwel alle psychische klachten moet het mogelijk zijn om binnen twee weken met de werknemer in gesprek te gaan, aldus de STECR. Tegengestelde berichten van de werknemer of behandelend psycholoog dienen slechts bij hoge uitzondering gehonoreerd te worden door de bedrijfsarts. Voor de werknemer geldt verder de verplichting, indien zijn ziekte het toelaat, om niet passief af te wachten, maar betrokken te zijn bij het proces tot werkherwinning. Met de STECR in de hand bestaat er voor de werkgever zodoende de mogelijkheid om het onderliggende arbeidsconflict aan te pakken, ook bij de werknemer die daadwerkelijk ziek is en psychische klachten ondervindt.

Rechtbank Rotterdam heeft het treffend verwoord:

"Modern werkgever- en werknemerschap brengt met zich dat over en weer kritiek kan worden geleverd en dat met elkaar wordt gecommuniceerd, behoudens uiteraard ernstige gevallen waarvoor ontslag op staande voet geboden is. De enige oplossing is praten. Als de communicatie niet loopt, moet zij worden vlotgetrokken. Als dat niet direct gaat door een goed gesprek, kan bijvoorbeeld een andere leidinggevende of een collega interveniëren. Een time-out kan ook wel eens helpen. Als dat allemaal niet helpt en er is werkuitval dan is mediation vaak een probaat middel."<sup>24</sup>

In rechtspraak wordt grotendeels bevestigd dat de eerste stap van het oplossen van het arbeidsconflict een gesprek is. Dit geldt niet alleen voor de niet-zieke werknemer (bijvoorbeeld de situatie D-werknemer), maar ook voor de zieke werknemer.<sup>25</sup> Het initiatief tot een gesprek ligt in eerste instantie bij de werkgever, maar ook van de (zieke) werknemer kan een proactieve houding verwacht worden.<sup>26</sup> De werkgever die schriftelijk had vastgelegd dat de werknemer – tevergeefs – diverse malen was opgeroepen om een gesprek aan te gaan om het arbeidsconflict op te lossen, kreeg een ontbinding met zeer summiere vergoeding.<sup>27</sup>

### 2. *Mediation*

In de STECR wordt uitgebreid stilgestaan bij mediation. Opgemerkt wordt dat mediation geen standaardoplossing is

en dus ook niet standaard moet worden geadviseerd bij een arbeidsconflict: er moet voorkomen worden dat mediation te grof geschut is voor de fase waarin het conflict zich bevindt of alleen pro forma wordt ingezet om verwijten achteraf in een juridische procedure te voorkomen. Volgens de STECR is mediation uitsluitend geschikt indien:

1. partijen er zelf uit willen komen en dit niet meer of nog niet kunnen; en/of
2. de bedrijfsarts van mening is dat partijen zelf tot het probleem behoren en het niet (kunnen) oplossen.

Het uitgangspunt bij mediation dient zodoende te zijn dat partijen eerst zelf proberen met elkaar in gesprek te gaan over de problemen, alvorens meteen mediation wordt ingezet. Dit klinkt logisch, desondanks blijkt uit rechtspraak dat het niet inzetten van mediation, negatief kan meewegen bij de beantwoording van de vraag of een partij voldoende re-integratie-inspanningen heeft verricht.<sup>28</sup> Het verdient dan ook aanbeveling om voorzichtig te zijn met het trekken van de conclusie dat mediation geen gepaste oplossing is, te meer indien een der partijen mediation verzoekt of de bedrijfsarts dit adviseert. Indien besloten wordt dat mediation niet geschikt is, zal dit gemotiveerd onderbouwd moeten worden.

### 3. *Tweede spoor*

De re-integratieverplichting ex art. 7:658a BW bepaalt dat de werkgever eerst herplaatsing in het eigen of passend werk in het eigen bedrijf (eerste spoor) moet bevorderen en vervolgens passend werk buiten het eigen bedrijf (tweede spoor). Een veelgemaakte fout bij een arbeidsconflict is dat het tweede spoor pas wordt ingezet bij de eerstejaarsevaluatie of zodra definitief is gebleken dat het eerste spoor geen succes biedt.<sup>29</sup> Zodra te verwachten is dat partijen er niet (tijdig) uitkomen en dat het eerste spoor (te) weinig oplevert, kan een versnelde re-integratie tweede spoor bij een arbeidsconflict noodzakelijk zijn.<sup>30</sup> Dit kan al in een vroeg stadium zijn, maar uiterlijk na de eerstejaarsevaluatie van het UWV. Hierbij geldt dat er geen sprake is van een resultaatsverplichting maar een inspanningsverplichting. Het zal de werkgever niet tegengeworpen mogen worden indien het tweede spoor niet succesvol is gebleken, al dient het tweede spoor in dat geval wel voldoende concreet te zijn.<sup>31</sup> Om te voorkomen dat het UWV of de rechter uiteindelijk zal oordelen dat het eerste spoor te snel is afgesloten, verdient het aanbeveling om gedurende het eerste ziektejaar het eerste spoor niet in het geheel af te sluiten, maar

24 Rb. Rotterdam 4 januari 2011, LjN BQ3318.

25 Bijv. Rb. Rotterdam 10 februari 2009, Prg. 2009, 102; Rb. Rotterdam 4 januari 2011, LjN BQ3318. Anders: Rb. Arnhem 15 juli 2011, LjN BS1752.

26 Rb. Rotterdam 10 februari 2009, Prg. 2009, 102.

27 Ktr. Amsterdam 25 juli 2011, JAR 2011/265.

28 Rb. Rotterdam 4 januari 2011, LjN BQ3318; Ktr. Haarlem 16 april 2008, JAR 2008/154; Ktr. Haarlem 3 februari 2009, LjN BH3164; Ktr. Gouda 4 januari 2007, JAR 2008/185.

29 Mr. J.J.B. van den Elsaker, 'Re-integratie-inspanningen anno 2012: do's en don'ts', TRA 2012/65. CRvB 23 maart 2011, LjN BP8931; CRvB 22 februari 2012, LjN BV6619.

30 CRvB 22 februari 2012, LjN BV6619; CRvB 29 september 2010, LjN BN8780. Anders: CRvB 14 december 2011, LjN BU8224; Rb. Amsterdam 12 april 2013, LjN CA2322.

31 Voor een overzicht van wat wordt verstaan onder een concreet tweede spoortraject, zie mr. J.J.B. van den Elsaker, 'Re-integratie-inspanningen anno 2012: do's en don'ts', TRA 2012/65.

beide wegen te bewandelen. Volgens de CRvB is dit mogelijk.<sup>32</sup> Van den Elsaker merkt echter terecht op dat een te voortvarend inzetten van het tweede spoor, zonder deugdelijke communicatie hieromtrent vanuit werkgever aan werknemer, ook juist een arbeidsconflict kan opleveren (of vergroten). Met het oog op een eventuele loonsanctie is het devies desondanks: niet te lang wachten met het onderzoeken van de mogelijkheden van tweede spoor.

Herplaatsen in eerste of tweede spoor is geen rechtstreeks wettelijke verplichting voor de werkgever van de niet-zieke werknemer die verzuimt wegens een arbeidsconflict. Desondanks is het niet ondenkbaar dat van de werkgever op grond van art. 7:611 BW verwacht kan worden om de mogelijkheden van herplaatsing binnen het eigen bedrijf te onderzoeken indien de werknemer wegens een arbeidsconflict niet meer het eigen werk kan uitvoeren. Dit zou met name gelden indien het een oudere werknemer met een lang dienstverband betreft, zoals het ook van een werkgever verwacht kan worden dat hij in dergelijke situaties eerst de mogelijkheden tot herplaatsing in een andere functie onderzoekt alvorens hij de kantonrechter ontbinding van de arbeidsovereenkomst ex art. 7:685 BW op grond van disfunctioneren verzoekt.<sup>33</sup> Een al dan niet directe verplichting tot herplaatsing tweede spoor van de niet-zieke werknemer die verzuimt wegens een arbeidsconflict hebben wij (nog) niet kunnen ontdekken in de gepubliceerde rechtspraak.

#### 4. Loonmaatregelen

Op het moment dat de werknemer niet voldoende meewerkt door bijvoorbeeld niet op gesprek te willen komen, hoeft de werkgever deze weigerachtige houding niet te accepteren. Voor de zieke werknemer is in de Beleidsregels Beoordelingskader Poortwachter bepaald dat de werkgever verantwoordelijk is voor het re-integratieproces en dat van de werkgever zelfs wordt verwacht dat hij op deugdelijke wijze gebruikmaakt van de sanctiemogelijkheden (loon opschorten ex art. 7:629 lid 6 BW of loon stopzetten ex art. 7:629 lid 3 BW) zodra een werknemer niet of onvoldoende meewerkt aan zijn re-integratie.<sup>34</sup> Dit is ook bevestigd in rechtspraak.<sup>35</sup> Van de andere kant kan een te voorbarig ingezette loonmaatregel het conflict juist weer op scherp zetten wat niet bijdraagt aan de re-integratie van de werknemer. Enige voorzichtigheid is dan ook geboden, met name bij werknemers die wegens hun ziekte de controle- en/of re-integratievoorschriften niet (kunnen) nakomen.<sup>36</sup> Dit zou vooral bij een situatie A-werknemer het geval kunnen zijn. Vaak is het voor de werkgever niet duidelijk of de weigerachtige houding van de werknemer is gelegen in zijn ziekte. Teneinde dit vast te stellen, is een goede begeleiding door de bedrijfsarts (wederom) essentieel.<sup>37</sup>

Voor de niet-zieke werknemer ex art. 7:628 BW geldt, zoals hiervoor uiteengezet, dat de loonaanspraak kan wegvallen indien de werknemer niet (langer) meewerkt aan werkherleving. Echter, voor zowel de werknemer ex art. 7:628 als 7:627 BW geldt dat het op grond van art. 7:611 BW vanzelfsprekend is dat ook deze werknemers eerst gewaarschuwd worden alvorens daadwerkelijk wordt overgegaan tot het inhouden van loon. Indien de werknemer desondanks en zonder deugdelijke reden weigerachtig blijft, kan het recht op loon verloren gaan.<sup>38</sup>

#### 5. Exit

Pas als geen enkel middel meer soelaas biedt, kan een exit dienen als een *ultimum remedium*. Modern werkgever- en werknemerschap brengt in eerste instantie immers met zich mee dat partijen zich tot het uiterste inspannen om over een ontstaan conflict heen te stappen.

Desondanks kan ook bij de zieke werknemer in sommige gevallen een ontbinding met een geringe of geen vergoeding of in extreme gevallen zelfs ontslag op staande voet gerechtvaardigd zijn.<sup>39</sup> Er zal voor dat laatste dan sprake moeten zijn van bijkomstige omstandigheden, bijvoorbeeld de zieke werknemer die ondanks diverse waarschuwingen en ingezette loonmaatregelen, de op hem rustende re-integratieverplichtingen blijft schenden, terwijl niet-nakoming van re-integratieverplichtingen niet gelegen is in de ziekte.<sup>40</sup>

Ook bij de niet-zieke werknemer kan niet zomaar worden overgegaan tot de meest ernstige maatregel ontslag. Zolang de art. 7:628 BW-werknemer zich inspant om het werk te hervatten, kan het niet werken in beginsel geen ontslaggrond vormen. Maar zodra de art. 7:628 BW-werkgever inspanningen levert of maatregelen treft ter opheffing van die situatie en de werknemer niet meewerkt, terwijl de werknemer gewaarschuwd is over de gevolgen van niet-meewerken (bijvoorbeeld voorafgegaan met een loonstop), behoort een einde arbeidsovereenkomst tot de mogelijkheden.<sup>41</sup> In diezelfde zin dient de werkgever ook in geval van art. 7:627 BW zich op grond van art. 7:611 BW als goed werkgever te gedragen en hij zal oprechte pogingen moeten doen om het conflict weg te nemen alvorens de werk-

32 CRvB 18 november 2009, LjN BK3717.

33 Rb. Amsterdam 28 februari 1997, JAR 1999, 87.

34 Voor een compleet overzicht voor het deugdelijk inzetten van loonmaatregelen: mr. drs. D.J. Prins, 'De ziekte komt te post gereden. Maar gaat terug met ezelstreden', *ArbeidsRecht* 2011/41.

35 Rb. Arnhem 24 oktober 2007, LjN BB8995.

36 Ktr. Dordrecht 22 juli 2010, Prg. 2010/209.

37 HR 27 juni 2008, JAR 2008/188, m.nt. dr. M.S.A. Vegter.

38 O.a. Hof Leeuwarden 13 december 2011, JAR 2012/52.

39 In dit verband is het oordeel van Rb. Assen 26 april 2013, LjN CA0334 opmerkelijk. De Rechtbank Noord-Holland oordeelde dat, alhoewel ziekte een ontbinding van de arbeidsovereenkomst binnen 104 weken niet in de weg hoeft te staan, dit anders kan zijn als ervan moet worden uitgegaan dat het arbeidsconflict bijgedragen heeft aan de ziekte van de werknemer en die ziekte de werknemer verhindert te werken of zijn werk te hervatten. Het voorgaande geldt volgens de kantonrechter ook indien het conflict deels aan de werknemer te wijten is. De vraag doet zich aan of in een dergelijke situatie ook sprake zou kunnen zijn van een Boulidammer (HR 25 juni 1999, JAR 1999/149).

40 HR 8 oktober 2004, JAR 2004/259; HR 24 december 2004, JAR 2005/50. Anders: S.F. Sagel, 'Het arrest *Vixia/Gerrits*: vier belangrijke beslissingen rond de dringende reden', SR 2004/92; HR 21 december 2012, RAR 2013/39.

41 O.a. prof. mr. J. Riphagen, 'Situatief arbeidsongeschikt: wie moet dat betalen?', *Ars Aequi* februari 2010. Anders: volgens Ktr. Zutphen (vzr.) 1 juni 2011, JAR 2011/273 is art. 7:670 BW rechtstreeks van toepassing op de art. 7:628 BW-werknemer gezien de beschermingsgedachte van art. 7:670 BW.

nemer direct de deur te wijzen. Indien de werknemer weigerachtig blijft – zonder daarvoor goede redenen te hebben – ligt uiteindelijk een einde dienstverband met lage ontbindingsvergoeding voor de hand<sup>42</sup> en kan in ernstige gevallen zelfs ontslag op staande voet gerechtvaardigd zijn.<sup>43</sup>

---

42 Ktr. Amersfoort 12 september 2012, L/JN BY8864.

43 Ktr. Dordrecht 20 januari 2012, L/JN BV1889.