

werkgever die *redelijkerwijze* ten aanzien van de verrichte arbeid geacht kan worden de opvolger te zijn.

9. Tot slot overwoog Hof Amsterdam dat aan de toepassing van art. 7:668a lid 2 BW niet in de weg staat dat de arbeidsovereenkomst met de vorige werkgever, Stichting De Drecht, voor beperkte urenomvang is voortgezet. Stichting De Garstkamp is dus voor een gedeelte van de arbeid een opvolger. Was er echter ook sprake geweest van opvolgend werkgeverschap, indien de arbeidsomvang bij Stichting De Drecht niet was beperkt en het aantal arbeidsuren van de werknemer door een nieuwe arbeidsovereenkomst met Stichting De Garstkamp slechts was uitgebreid? Qua *arbeidsuren* is Stichting De Garstkamp in dat geval namelijk geen opvolger. De uren bij Stichting De Garstkamp komen er bovenop. De vergelijking met een (tijdelijke) urenuitbreiding op een bestaande arbeidsovereenkomst bij een en dezelfde werkgever dringt zich op. Volgens de Kantonrechter Apeldoorn betrof een urenuitbreiding tijdens een bestaande arbeidsovereenkomst geen opvolgende arbeidsovereenkomst in de keten (Ktr. Apeldoorn 2 juli 2003, «JAR» 2003/170). Een stap verder ging de Kantonrechter Heerlen. Deze rechter oordeelde dat elkaar in tijd opvolgende urenverhogingen bovenop een bestaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet kunnen leiden tot een tweede arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (Ktr. Heerlen 27 februari 2008, ECLI:NL:RBMAA:2008:BC5549, *USZ* 2008/146). De werknemer viel na het aflopen van de laatste tijdelijke verhoging dus terug op de (beperkte) urenomvang van de bestaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De Kantonrechter Zwolle oordeelde daarentegen dat elkaar in tijd opvolgende urenuitbreidingen wel kunnen leiden tot een (tweede) arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (Ktr. Zwolle 3 maart 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BH5911, «JAR» 2009/102). Analooq aan de uitspraak van de Kantonrechter Zwolle zou een urenuitbreiding via een andere werkgever van hetzelfde concern voor wat betreft de ketenregeling een eerste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd betreffen, die vervolgens door één of meer opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kan resulteren in een (tweede) arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Het arbeidsverleden bij de eerste werkgever telt dan echter niet mee voor de keten bij de tweede werkgever.

S. Palm
Ploum Lodder Princen

heeft werknemer zich wegens psychische klachten ziek gemeld bij Achmea. De twee kinderen van werknemer zijn op 2 oktober 2013 om het leven gekomen. Werknemer is diezelfde dag als verdachte van een daaraan gerelateerd misdrijf in hechtenis genomen. Achmea heeft in december 2013 aan werknemer bericht dat zij uit coulance het loon zal blijven doorbetalen, maar daartoe niet verplicht is. Per 1 mei 2014 heeft Achmea de loondoorbetaling gestaakt. Werknemer vordert doorbetaling van loon. Het hof oordeelt als volgt. Wanneer geen arbeid wordt verricht, is uitgangspunt van het wettelijk stelsel de in art. 7:627 BW neergelegde regel "geen arbeid, geen loon". In dit geval verhindert het feit dat werknemer gedetineerd is reeds dat zij werkzaamheden voor Achmea verricht. Met de kantonrechter is het hof voorshands van oordeel dat de detentie van werknemer als de primaire oorzaak van haar verhindering om te werken heeft te gelden. Zoals de kantonrechter heeft overwogen, wordt door de detentie elke mogelijkheid tot werken fundamenteel geblokkeerd. Het hof is dan ook met de kantonrechter vooralsnog van oordeel dat werknemer geen aanspraak kan maken op doorbetaling van loon, nu zij primair vanwege haar detentie verhinderd is om werkzaamheden voor Achmea te verrichten. Onder die omstandigheden vormt haar ziekte geen uitzondering op de hoofdregel van art. 7:627 BW. Feiten of omstandigheden die meebrengen dat het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de hiervoor genoemde hoofdregel tussen de partijen van toepassing is, zijn gesteld noch gebleken. Overigens heeft werknemer evenmin toegelicht waarom, zoals zij heeft gesteld, de maatstaven van redelijkheid en billijkheid en de omstandigheden van het geval tot het oordeel zouden moeten leiden dat in dit geval art. 7:629 BW prevaleert.

[appellante],
wonende te [woonplaats],
appellante,
hierna: [appellante],
advocaat: mr. M.H. Bouma,
tegen
de naamloze vennootschap
Achmea Interne Diensten N.V.,
gevestigd te Utrecht,
geïntimeerde,
hierna: Achmea,
advocaat: mr. G.W. Roeters van Lennep.

Hof:

1 Het geding in eerste aanleg

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van het vonnis van 27 augustus 2014 dat de kantonrechter (rechtbank Gelderland, team kanton en handelsrecht, zittingsplaats Apeldoorn) als voorzieningenrechter heeft gewezen tussen [appellante] als eiseres en Achmea als gedaagde.

2 Het geding in hoger beroep

2.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep van 23 september 2014;
- de memorie van grieven;
- de memorie van antwoord.

2.2 Vervolgens hebben de partijen de stukken voor het wijzen van arrest aan het hof overgelegd en heeft het hof arrest bepaald.

508

74
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 3 maart 2015, nr. 200.156.960 ECLI:NL:GHARL:2015:1507 (mr. Katz-Soeterboek, mr. Knottnerus, mr. Van Osch) Noot A. Stamoulis en R. de Vos
Zieke werknemer. Detentie. Loon tijdens ziekte. Geen arbeid, geen loon.
Geen recht op loondoorbetaling bij zieke werknemer in detentie. Art. 7:627 BW prevaleert.
[BW art. 7:628, 7:629]

Werknemer is voor vijftien uur per week op 1 augustus 2001 in dienst getreden van Achmea Personeel B.V. Op 30 september 2013

3 De vaststaande feiten

3.1 [appellante] is op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op 1 augustus 2001 in dienst getreden van Achmea Personeel B.V. Zij was op de standplaats Apeldoorn werkzaam in de functie van medewerker Schadeservice, laatstelijk voor 15 uur per week tegen een salaris van € 1054,51 bruto per maand.

3.2 Op 30 september 2013 heeft [appellante] zich wegens psychische klachten ziek gemeld bij Achmea.

3.3 De twee kinderen van [appellante] zijn op 2 oktober 2013 om het leven gekomen. [appellante] is diezelfde dag als verdachte van een daaraan gerelateerd misdrijf in hechtenis genomen. Ten tijde van het nemen van de memorie van grieven, 18 november 2014, was zij nog gedetineerd.

3.4 Bij e-mailbericht van 28 april 2014 heeft Achmea het volgende gemeld aan de advocaat van [appellante]: "(...) Per e-mail van donderdag 5 december 2013 (14.39 uur) heeft mijn collega, de heer [naam], u namens Achmea Interne Diensten N.V., hierna Achmea, laten weten de salarisbetaling aan uw cliënte per 1 december 2013 te zullen stop zetten. Voor de juridische onderbouwing van deze beslissing verwijs ik u naar de e-mailwisseling van destijds, zie bijlage.

Nadien, te weten bij e-mail van 13 december 2013 (10.58 uur), heeft de heer [naam] u bericht dat Achmea uit coulanace overwegingen heeft besloten vooralsnog niet (...) over te zullen gaan tot het stopzetten van het loon per 1 december 2013. Daarbij heeft hij u ook laten weten dat dit besluit niet betekent dat Achmea op enig moment niet alsnog kan en zal besluiten het loon stop te zetten dan wel andere rechtsmaatregelen zal treffen.

Inmiddels zijn sedert de (voorlopige) detentie van uw cliënte een zevental maanden verstreken. Naar Achmea heeft begrepen, zal het onderzoek ter terechtzitting niet eerder dan in het najaar 2014 plaatsvinden.

Met het oog hierop heeft Achmea besloten de salarisbetaling aan uw cliënte per 1 mei 2014 stop te zetten. Het leek mij juist u hiervan in kennis te stellen. (...)"

3.5 Tot 1 mei 2014 heeft Achmea het loon van [appellante] aan haar doorbetaald.

4. Het geschil en de beslissing in eerste aanleg

4.1 [appellante] heeft in eerste aanleg gevorderd dat de kantonrechter Achmea veroordeelt om aan [appellante] het loon over de maanden mei en juni 2014 alsmede de in mei 2014 opeisbare vakantietoelage van € 1012,33 bruto te betalen. Ook heeft zij afgifte van loonspecificaties en betaling van wettelijke verhoging, wettelijke rente en buitengerechtigde incassokosten gevorderd. Aan haar loonvordering heeft [appellante] het bepaalde bij artikel 7:629 van het Burgerlijk Wetboek (BW) en de tussen de partijen geldende CAO bepalingen ten grondslag gelegd.

4.2 De kantonrechter heeft bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis van 27 augustus 2014 Achmea veroordeeld om ter zake van de in mei 2014 opeisbare vakantietoelage aan [appellante] € 1012,33 bruto te betalen, vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf 1 juni 2014. Het anders of meer gevorderde is afgewezen. De proceskosten zijn aldus gecompenseerd dat ieder de eigen kosten draagt.

5 De beoordeling van de grieven en de vordering

5.1 In hoger beroep heeft [appellante] betaling gevorderd van het loon over de maanden mei tot en met oktober 2014, alsmede van het loon met ingang van 1 november 2014 tot het moment waarop de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig zal zijn geëindigd. Voorts heeft zij afgifte van loonspecificaties en betaling van de wettelijke verhoging, wettelijke rente en buitengerechtigde incassokosten gevorderd en veroordeling van Achmea in

de kosten van de procedure, te vermeerderen met de nakosten. Ook in hoger beroep heeft [appellante] het bepaalde bij artikel 7:629 BW en de tussen de partijen geldende CAO bepalingen aan haar loonvordering ten grondslag gelegd.

5.2 Achmea heeft verweer gevoerd. Zij heeft niet incidenteel geappelleerd, zodat de toewijzing door de kantonrechter van de vordering van [appellante] tot betaling van de vakantietoelage in hoger beroep niet ter beoordeling voorligt.

5.3 Het hof zal de grieven gezamenlijk behandelen.

5.4 Met betrekking tot een voorziening in kort geding, bestaande in veroordeling tot betaling van een geldsom, is terughoudendheid op zijn plaats. Daarbij zal niet alleen moeten worden onderzocht, of het bestaan van de door de eisende partij ingestelde vordering voldoende aannemelijk is, maar ook of daarnaast sprake is van feiten en omstandigheden die meebrengen dat uit hoofde van onverwijld spoed een onmiddellijke voorziening is vereist, terwijl bij de afweging van de belangen van de partijen mede zal moeten worden betrokken de vraag naar het restitutie-risico, welk risico kan bijdragen tot weigering van de gevorderde voorziening.

5.5 Ook in hoger beroep neemt het hof aan dat [appellante] een spoedeisend belang heeft bij de door haar gevorderde betaling van loon vanaf 1 mei 2014. De kantonrechter heeft immers onweersproken overwogen dat de vaste lasten van [appellante] doorlopen en dat zij vanaf 1 mei 2014 geen regulier inkomen meer ontvangt om de desbetreffende kosten te betalen.

5.6 De vraag die in deze zaak ter beantwoording voorligt, is of in dit geval moet worden aangesloten bij artikel 7:627 BW (geen arbeid ten gevolge van de detentie van [appellante]), dus geen loon), zoals Achmea betoogt, of bij artikel 7:629 BW (geen arbeid ten gevolge van de ziekte van [appellante]), dus doorbetaling van het loon), zoals [appellante] stelt.

5.7 Wanneer geen arbeid wordt verricht, is uitgangspunt van het wettelijk stelsel de in artikel 7:627 BW neergelegde regel "geen arbeid, geen loon". In dit geval verhindert het feit dat [appellante] gedetineerd is reeds dat zij werkzaamheden voor Achmea verricht. Met de kantonrechter is het hof voorshands van oordeel dat de detentie van [appellante] als de primaire oorzaak van haar verhindering om te werken heeft te gelden. Zoals de kantonrechter heeft overwogen, wordt door de detentie elke mogelijkheid tot werken fundamenteel geblokkeerd.

5.8 Het hof is dan ook met de kantonrechter vooralsnog van oordeel dat [appellante] geen aanspraak kan maken op doorbetaling van loon, nu zij primair vanwege haar detentie verhinderd is om werkzaamheden voor Achmea te verrichten. Onder die omstandigheden vormt haar ziekte geen uitzondering op de hoofdregel van artikel 7:627 BW. Feiten of omstandigheden die meebrengen dat in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de hiervoor genoemde hoofdregel tussen de partijen van toepassing is, zijn gesteld noch gebleken. Overigens heeft [appellante] evenmin toegelicht waarom, zoals zij heeft gesteld, de maatstaven van redelijkheid en billijkheid en de omstandigheden van het geval tot het oordeel zouden moeten leiden dat in dit geval artikel 7:629 BW prevaleert.

5.9 Het hof onderschrijft ook de inhoud van rechtsoverweging 2.9 van het bestreden vonnis. [appellante] wijst in haar memorie van grieven op een passage uit het preadvies van de Raad van State voorafgaand aan de Wet socialezekerheidsrechten gedetineerden, maar die passage leidt niet tot een ander oordeel, reeds omdat die passage ziet op een andere situatie, namelijk die van een gedetineerde, die, wanneer hij niet gedetineerd zou zijn, recht zou hebben op een WAO/AAW uitkering.

5.10 Nu [appellante] geen aanspraak kan maken op doorbetaling van het loon, falen haar grieven ook voor zover deze zijn gericht

tegen de afwijzing van haar vordering tot afgifte van loonspecificaties en van haar vordering tot betaling van buitengerechtigke incassokosten en voor zover gericht tegen de compensatie van de proceskosten. Dat geldt ook voor haar vordering tot afgifte van een specificatie ter zake van de vakantietoelage, nu Achmea gemotiveerd betwist heeft dat zij die specificatie niet heeft verstrekt. Voor een nadere instructie op dit punt is geen plaats in een procedure als de onderhavige.

6 De slotsom

6.1 De grieven falen, zodat het bestreden vonnis moet worden bekrachtigd.

6.2 Als de in het ongelijk te stellen partij zal het hof [appellante] in de kosten van het hoger beroep veroordelen.

De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van Achmea zullen worden vastgesteld op:

- griffierecht € 704,=

- salaris advocaat € 894,= (1 punt x tarief II)

Totaal € 1598,=.

7 De beslissing

Het hof, recht doende in kort geding in hoger beroep:

bekrachtigt het tussen de partijen gewezen vonnis van de kantonrechter (rechtbank Gelderland, team kanton en handelsrecht, zittingsplaats Apeldoorn) van 27 augustus 2014;

veroordeelt [appellante] in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Achmea vastgesteld op € 704,= voor verschotten en op € 894,= voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

verklaart dit arrest, voor zover het de hierin vermelde proceskostenveroordeling betreft, uitvoerbaar bij voorraad; wijst het meer of anders gevorderde af.

510

NOOT

1. Wat is zwaarwegender: ziek zijn of gedetineerd zijn? De vraag die hier centraal staat is welke gevolgen de (psychische) arbeidsongeschiktheid van de werknemers voortvloeiend uit haar detentie in arbeidsrechtelijk opzicht heeft ten aanzien van de verhouding tussen art. 7:627 BW en art. 7:629 BW. Dient in een dergelijk geval te worden aangesloten bij art. 7:627 BW (geen arbeid ten gevolge van de detentie van de werknemers, dus geen loon) of bij art. 7:629 BW (geen arbeid ten gevolge van de ziekte van de werknemers, dus doorbetaling van het loon)?

2. De feiten in de onderhavige uitspraak zijn kort samengevat als volgt. Op 30 september 2013 heeft de werknemers zich wgens psychische klachten ziek gemeld bij haar werkgever, Achmea. Op 2 oktober 2013 zijn haar twee kinderen om het leven gekomen, waarop de werknemers nog diezelfde dag als verdachte van een daaraan gerelateerd misdrijf in hechtenis is genomen. Ten tijde van het nemen van de memorie van grieven, 18 november 2014, was zij nog steeds gedetineerd.

3. Met de kantonrechter was het hof van oordeel dat de detentie van de werknemers als primaire oorzaak van haar verhindering om te werken heeft te gelden. Omdat door haar detentie elke mogelijkheid tot werken fundamenteel geblokkeerd wordt, prevaleert de in art. 7:627 BW neergelegde regel "geen arbeid, geen loon" volgens zowel de kantonrechter als het hof boven de in art. 7:629 BW neergelegde loondoorbetalingsverplichting bij arbeidsongeschiktheid.

4. De vraag is of de kantonrechter en het hof evengoed zouden hebben kunnen oordelen dat, gelet op het feit dat de werknemers voortvloeiend uit de detentie reeds arbeidsongeschikt was, de detentie van de werknemers van

ondergeschikt belang is omdat de werknemers ook niet zou hebben kunnen werken als zij niet gedetineerd zou zijn geweest.

5. De gedachtegang van het hof is in overeenstemming met de eerder verschenen – spaarzame – jurisprudentie inzake de loondoorbetaling van werknemers die voortvloeiend uit een periode van detentie arbeidsongeschikt zijn geraakt. Deze kwestie speelde in kort geding bij de Kantonrechter Nijmegen (Kantonrechter Nijmegen 25 mei 2005, «JAR» 2005/227). De werknemers was arbeidsongeschikt geraakt als gevolg van ernstige psychische klachten. Exact vier maanden later kwam hij in voorarrest terecht. Bij vonnis van de meervoudige strafkamer van de Rechtbank 's-Hertogenbosch is de werknemers ontslagen van alle rechtsvervolgning, alsmede is zijn plaatsing gelast in een psychiatrisch ziekenhuis. In het kort geding overwoog de kantonrechter dat de werknemers geen loon toekomt over de periode vanaf de aanvang van het voorarrest tot de datum waarop het voornoemde strafvonnis onherroepelijk is geworden. De werknemers is gedurende die periode niet beschikbaar geweest om de bedongen arbeid te verrichten als gevolg van zijn voorarrest. Dat de werknemers voortvloeiend uit zijn voorarrest reeds arbeidsongeschikt was, deed hier naar het oordeel van de kantonrechter niet aan af. Immers, indien de werknemers niet ziek zou zijn geweest, dan zou hij desondanks gedurende deze periode geen aanspraak op loon hebben gehad als gevolg van zijn voorarrest. Daarentegen kon de werknemers vanaf 25 maart 2005 (vanaf welke datum de werknemers in afwachting van plaatsing in het psychiatrisch ziekenhuis in een huis van bewaring verbleef, hetgeen gelet op rechtspraak van de Hoge Raad (HR 25 mei 1990, NJ 1990/826) gelijk moet worden gesteld met een opname in een psychiatrisch ziekenhuis) wel aanspraak maken op doorbetaling van loon. Uit het vonnis van de strafrechter en de daarin geciteerde psycholoog en psychiater bleek volgens de kantonrechter afdoende dat de werknemers vanaf die datum wgens ziekte niet heeft kunnen werken.

6. Op 20 maart 2006 besliste de Kantonrechter Zwolle in kort geding – in afwijzende zin – op een vordering van een werknemers tot loondoorbetaling (ECLI:NL:RBZLY:2006:AW:1950). De kantonrechter was van oordeel dat de verhindering om voor de werkgever arbeid te verrichten in de eerste plaats het gevolg is van detentie en niet van de arbeidsongeschiktheid van de werknemers, waardoor art. 7:627 BW voorrang heeft.

7. Op 2 september 2014 was het de beurt aan de Kantonrechter Maastricht om zich in kort geding uit te spreken in een soortgelijke zaak (ECLI:NL:RBLIM:2014:7621). De kantonrechter overwoog dat de enkele omstandigheid dat de werknemers arbeidsongeschikt was op het moment dat zij in voorlopige hechtenis werd genomen, geen afbreuk doet aan de regel "geen arbeid, geen loon". Detentie vormt, zo oordeelde de kantonrechter, een nieuwe omstandigheid die maakt dat een werkgever zijn loondoorbetalingsverplichting kan heroverwegen. De verhindering om arbeid te verrichten is het gevolg van de detentie, hetgeen een omstandigheid betreft die – anders dan de arbeidsongeschiktheid – in de risicosfeer van de werknemers ligt. De vordering tot loondoorbetaling over de periode van detentie werd daarom afgewezen.

8. Het hof lijkt overigens onder bepaalde omstandigheden een 'escape' mogelijk te achten. Uit rechtsoverweging 5.8 volgt dat de maatstaven van redelijkheid en billijkheid en de omstandigheden van het geval tot het oordeel zouden kunnen leiden dat art. 7:629 prevaleert. De werknemers zou dan feiten en omstandigheden moeten aanvoeren die meebrengen dat het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de hoofdregel "geen arbeid, geen loon" van toepassing is.

9. De enkele omstandigheid dat de werknemster reeds voorafgaand aan de detentie arbeidsongeschikt was, heeft volgens het hof dus niet als een bijzondere omstandigheid zoals hiervoor bedoeld te gelden. Ook de verwijzing van de werknemster in haar memorie van grieven naar een passage uit het preadvies van de Raad van State voorafgaand aan de Wet socialezekerheidsrechten gedetineerden kan haar niet baten. Het hof overweegt terecht dat die passage niet leidt tot een ander oordeel omdat deze ziet op een andere situatie, namelijk die van een gedetineerde, die, wanneer hij niet gedetineerd zou zijn, recht zou hebben op een WAO/AAW-uitkering.

10. Mogelijk had de werknemster haar standpunt krachtiger kunnen maken door te verwijzen naar de Memorie van Toelichting bij de Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte. Deze stelt namelijk over art. 7:629 BW (*Kamerstukken II* 1995/96, 24439, 3, p. 59): “De formulering van het eerste lid is zo gekozen, dat duidelijk is dat de verhindering om de bedongen arbeid te verrichten, het gevolg van de ziekte moet zijn. Indien de verhindering primair een andere oorzaak heeft, geldt de loondoorbetalingsverplichting niet. Te denken valt aan het geval van een gedetineerde, wiens dienstverband tijdens de detentie doorloopt en die tijdens zijn detentie ziek wordt.”

A contrario zou beredeneerd kunnen worden dat het niet de bedoeling van de wetgever was om de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever ex art. 7:629 lid 1 BW uit te sluiten voor die gevallen waarin de werknemer reeds voorafgaand aan de detentie arbeidsongeschikt was, waardoor art. 7:629 BW in dat geval zou moeten prevaleren boven art. 7:627 BW.

11. De werknemster had ook kunnen verwijzen naar de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 5 februari 2002 (*USZ* 2002/74). Gedurende een verlengde loondoorbetalingsplicht voor de werkgever bestond er ingevolge de art. 32b AAW (vervallen) en 43b (thans 43d) WAO geen recht op uitbetaling van de arbeidsongeschiktheidsuitkering. De werknemer was een deel van de periode van de verlengde loondoorbetalingsplicht gedetineerd. Hij betoogde daarom dat hij gedurende die tijd geen recht had op loon. De Raad kwam daardoor in de positie dat hij diende te oordelen over de verhouding tussen art. 7:627 BW en art. 7:629 BW. Gezien het feit dat de werknemer zowel voorafgaand als tijdens de detentie arbeidsongeschikt was, “valt naar het oordeel van de Raad niet in te zien dat de verhindering van appellant tot het verrichten van de bedongen arbeid tijdens de detentieperiode niet langer primair toegeschreven zou dienen te worden aan de reeds bestaande ongeschiktheid wegens ziekte of gebreken”. Barentsen plaatst in zijn annotatie bij de uitspraak vraagtekens bij voornoemde redenering van de Raad, met als voornaamste argument dat het niet verrichten van de bedongen arbeid in casu primair het gevolg was van de detentie. Tegen deze uitleg van de loondoorbetalingsplicht zou volgens hem echter kunnen worden aangevoerd dat het BW detentie in art. 7:629 lid 1 niet expliciet als “eindigingsgrond” voor de loondoorbetalingsverplichting noemt, terwijl dat in de Ziektewet wel het geval is. Daaruit zou a contrario kunnen worden afgeleid dat de loondoorbetalingsplicht op grond van art. 7:629 lid 1 ook geldt ten aanzien van de zieke gedetineerde werknemer.

12. Tot zover lijken de mogelijkheden om de bijzondere omstandigheden waar het hof op doelt aan te tonen niet zonder meer kansrijk. Een succesvollere argumentatie was mogelijk geweest indien de werknemster omstandigheden had aangevoerd die aantoonde dat de redenen voor haar detentie het gevolg waren van haar arbeidsongeschiktheid (in dit geval psychische klachten). De Kantonrechter Nijmegen heeft de weg hiervoor – met betrekking tot de werknemer die (strafrechtelijk) in een psychiatrisch ziekenhuis is geplaatst – reeds geplaveid in

de hiervoor besproken uitspraak in kort geding (Kantonrechter Nijmegen 25 mei 2005, «JAR» 2005/227).

13. Ook kan er naar analogie worden verwezen naar de uitspraak van de Kantonrechter Lelystad van 1 december 2010 («JAR» 2011/144). Een werknemer die ten gevolge van psychische klachten arbeidsongeschikt was, veroorzaakte onder invloed van alcohol en medicijnen een aanrijding met als gevolg dat zijn rijbewijs werd ingevorderd. De werkgever zette vervolgens de loondoorbetaling stop met als argument dat het niet kunnen verrichten van de bedongen arbeid primair zijn oorzaak had in de invordering van het rijbewijs. De kantonrechter overwoog dat het in dit geval aannemelijk was dat er een verband bestond tussen de psychische klachten en het excessieve drankgebruik. Het drankmisbruik kon daarmee niet los worden gezien van de ziekte. In zoverre hield ook de inname van het rijbewijs (indirect) verband met de ziekte; als de werknemer geen psychische klachten zou hebben, zou hij (vermoedelijk) niet in beschooten toestand in zijn auto gestapt zijn en een aanrijding veroorzaakt hebben. De ziekte dient derhalve te worden gezien als de primaire oorzaak van het niet verrichten van de werkzaamheden. Eenzelfde schakelredenering kan toegepast worden op onderhavige zaak. Tussen de ziekte en de detentie van de werknemster kan ten gevolge van haar psychische klachten (en het bijbehorende medicijngebruik, hetgeen in de strafrechtelijke procedure aan de orde kwam) immers een verband bestaan.

14. De werknemer die voorafgaand aan zijn detentie arbeidsongeschikt is en die gedurende zijn detentie aanspraak wil maken op loondoorbetaling ex art. 7:629 BW zal bijzondere omstandigheden moeten aanvoeren zoals door het hof bedoeld. Gelet op de aangehaalde jurisprudentie is een mogelijke ontsnapping gelegen in bijzondere omstandigheden die aantonen dat de arbeidsongeschiktheid tot de strafbare gedraging (en daaruit voortvloeiend de detentie) heeft geleid, zodat de arbeidsongeschiktheid uiteindelijk de primaire oorzaak van het niet verrichten van de bedongen arbeid is. Daartegenover staat het ijzersterke argument dat detentie een fundamentele blokkering tot de mogelijkheid van het verrichten van arbeid vormt; vanwege zijn vrijheidsbeneming is de werknemer immers op geen enkele wijze beschikbaar voor het verrichten van (passende) arbeid en is hij evenmin in staat zijn medewerking te verlenen aan andere vormen van re-integratie. De ontsnappingsmogelijkheden lijken daarom – zowel letterlijk als figuurlijk – klein te zijn voor een arbeidsongeschikte gedetineerde werknemer.

A. Stamoulis en R. de Vos
Stamoulis Advocaten