

ANNOTATIE

Don't Believe the Hype: Van der Gulik/Visser & Partners is springlevend!

F.M. Dekker

*Annotatie bij Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 03-05-2016,
ECLI:NL:GHSHE:2016:1766 (AR-2016-0487)*

1. De casus

Werknemer is werkzaam als vrachtwagenchauffeur bij een transportbedrijf. In juli 2014 blijkt bij de inschrijving van een cursus dat zijn rijbewijs eind 2012 al was verlopen. Toen het transportbedrijf dit ter ore kwam, heeft zij de chauffeur zonder behoud van loon geschorst totdat hij weer over een geldig rijbewijs zou beschikken. Dit is er evenwel niet meer van gekomen, omdat het CBR – ook na bezwaar van de chauffeur – vanwege alcoholmisbruik weigerde een Verklaring van geschiktheid af te geven. Het transportbedrijf heeft om die reden op de voet van artikel 7:685 (oud) BW een ontbindingsverzoek ingediend. De chauffeur heeft toen bij wege van zelfstandig tegenverzoek betaling van loon over de periode vanaf 1 juli 2014 (de schorsingsdatum) verzocht. Tijdens de mondelinge behandeling van beide verzoeken heeft de kantonrechter ten aanzien van het tegenverzoek de spoorwissel van artikel 69 Rv toegepast. Bij beschikking van 30 september 2015 is vervolgens de arbeidsovereenkomst ontbonden per 1 oktober 2015. Bij vonnis van diezelfde datum is de loonvordering van de chauffeur afgewezen. Het hoger beroep richt zich tegen dit vonnis.

2. Oordeel Hof 's-Hertogenbosch

In het hoger beroep vordert de chauffeur veroordeling van het transportbedrijf tot betaling van € 48.345,36 bruto aan achterstallig loon over de periode 1 juli 2014 tot 1 oktober 2015. Hij meent tot dat loon gerechtigd te zijn op grond van het arrest van de Hoge Raad inzake Van der Gulik/Visser & Partners (HR 21 maart 2003, *JAR* 2003/91). Het hof oordeelt evenwel dat dat arrest toepassing mist. Om recht te hebben op loon had de chauffeur volgens het hof namelijk bereid én beschikbaar moeten zijn om de bedongen arbeid te verrichten. De chauffeur stelt weliswaar dat hij die bereidheid had, maar dat is gemotiveerd door zijn werkgever betwist. Daar komt bij dat de chauffeur niet heeft gesteld dat hij bereid was de *bedongen* arbeid te

verrichten, maar dat hij bereid was *passende* arbeid te verrichten. Waarom zijn werkgever hem daartoe in de gelegenheid had moeten stellen, is het hof niet duidelijk geworden. De chauffeur heeft niets gesteld waaruit volgt dat het transportbedrijf die verplichting had.

Het hof overweegt voorts dat de chauffeur van 1 juli 2014 tot 1 oktober 2015 de met hem overeengekomen arbeid niet kon verrichten, omdat hij niet over een geldig rijbewijs beschikte. Het niet kunnen beschikken over een geldig rijbewijs – dat onmisbaar is voor de uitoefening van de functie van chauffeur – wegens alcoholmisbruik, is een omstandigheid die volgens het hof voor risico van werknemer komt. Vanwege het ontbreken van het rijbewijs was de chauffeur niet beschikbaar om de bedongen arbeid te verrichten, in die zin dat hij de bedongen arbeid niet mocht en dus niet *kón* verrichten. Vanwege het ontbreken van beschikbaarheid, is het transportbedrijf niet gehouden tot loonbetaling. Van die situatie was reeds sprake toen de chauffeur werd geschorst. Die schorsing bracht daar geen verandering in, omdat de chauffeur geen recht op loon had vanwege een absolute verhindering om de bedongen arbeid te verrichten ingevolge een omstandigheid die voor zijn risico kwam.

3. Schorsing en het recht op loon

3.1 Inleiding

De werknemer baseerde zijn loonvordering op het arrest Van der Gulik/Vissers & Partners. In dat arrest oordeelde de Hoge Raad – kort gezegd – dat een geschorste werknemer ingevolge artikel 7:628 lid 1 BW recht op loon behoudt, ook als de schorsing op goede grond is gegeven. Dit is volgens de Hoge Raad slechts anders als op rechtsgeldige wijze van dat artikellid is afgeweken. Het Bossche hof oordeelde in deze zaak dat dit arrest *in casu* niet van toepassing was, omdat (1) de werknemer zich niet bereid had verklaard de bedongen arbeid te verrichten en (2) de schorsing niet de primaire oorzaak voor de werkverhinderings was (dat was namelijk het ontbreken van een geldig rijbewijs). Om deze redenen hoefde het hof niet in te gaan op de vraag of Van der Gulik/Vissers & Partners überhaupt nog wel geldend recht is. Reden waarom aan dit laatste zou kunnen worden getwijfeld, vormt het feit dat de regering tijdens de parlementaire behandeling van de WWZ tot tweemaal toe heeft verklaard dat een disciplinaire schorsing voor rekening van de werknemer zou komen en dat de werkgever om die reden geen loon verschuldigd zou zijn. In de literatuur zijn al de eerste geluiden te horen van schrijvers die menen dat Van der Gulik/Vissers & Partners met die uitlatingen achterhaald is (zie bijv. C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke thema's* (bewerkt door A.R. Houweling, G.W. van der Voet, J.H. Even & E. van Vliet), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 243; en K. Janssens in zijn noot onder het hier geannoteerde arrest in *JIN* 2016/144). Ik ben het met die opvatting niet eens en beoog in deze annotatie een tegengeluid te laten horen.

3.2 De WWZ en artikelen 7:627 en 7:628 BW

De WWZ (incl. aanverwante (reparatie)wetgeving) voorziet in twee clusters wijzigingen ten aanzien van artikelen 7:627 en 7:628 BW. De eerste cluster is op 1 januari 2015 in werking getreden en beperkt de mogelijkheden om van de risicoverdeling uit artikel 7:628 lid 1 BW af te wijken. De belangrijkste wijziging van dit cluster betreft het zevende lid van artikel 7:628 BW.

Tot 1 januari 2015 kon op grond van dat lid ongeclausuleerd van de loonrisicoregeling worden afgeweken, mits dat bij cao gebeurde. Sinds die datum geldt als additionele voorwaarde dat het moet gaan om een functie waarvan de werkzaamheden incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang hebben. De regering achtte deze beperking nodig, omdat de oude regeling voor werknemers tot langdurige inkomensonzekerheid kon leiden. In de memorie van toelichting is hierover opgemerkt dat de omvang van de arbeid bij aanvang van de arbeidsovereenkomst door de werkgever niet altijd eenduidig is vast te stellen, om welke reden handhaving van artikel 7:628 lid 5 BW door de regering werd gewenst. Ingeval de omvang van het werk na die periode duidelijk is, is er – zo begrijp ik de regering – in principe echter geen reden meer om de loonaanspraak van de werknemer uit te sluiten (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 19-20).

De tweede cluster wijzigingen is nog niet in werking getreden. Oorspronkelijk was de inwerkingtredingsdatum van deze cluster 1 april 2016, maar deze datum is later met een halfjaar uitgesteld tot 1 oktober 2016 (*Kamerstukken II* 2015/16, 26448, 570). Ook deze datum is evenwel niet gehaald. Wat op dit moment de status is, is mij niet bekend. Naast de introductie van een nieuw negende lid aan artikel 7:628 BW, welk artikellid de grondslag voor de Calamiteitenregeling WW moet vormen, bestaat deze tweede cluster uit de schrapping van artikel 7:627 BW en een herformulering van artikel 7:628 lid 1 BW. Laatstgenoemd artikellid moet als volgt komen te luiden:

‘De werkgever is verplicht het naar tijdruimte vastgestelde loon te voldoen indien de werknemer de overeengekomen arbeid geheel of gedeeltelijk niet heeft verricht, behoudens voor zover de werknemer de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werknemer behoort te komen.’

Het vertrekpunt van redeneren zal ten opzichte van het huidige recht dus omdraaien: in plaats van ‘geen arbeid, geen loon’ wordt de hoofdregel ‘geen arbeid, toch loon’.

3.3 Een onduidelijke regering

Bij gebreke van een specifieke regeling, moet de vraag of een geschorste werknemer recht heeft op loon, worden beantwoord aan de hand van artikel 7:628 BW. In de literatuur is van oudsher altijd verondersteld dat een schorsing voor rekening van de werkgever komt, zodat slechts loon mag worden ingehouden als op rechtsgeldige wijze van (thans) artikel 7:628 BW is afgeweken (zie voor een overzicht S.F. Sagel, ‘Recht op loon tijdens schorsing en op non-actiefstelling?’, *ArbeidsRecht* 2003/6/7, nr. 29). In 1994 liet ook de regering blijken van deze heersende leer uit te gaan. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel arbeidstuchtrecht is namelijk het navolgende te lezen (*Kamerstukken II* 1994/95, 23974, 3, p. 6):

‘Naar geldend recht zijn er geen bepalingen die zich verzetten tegen een schorsing met behoud van loon. De vraag of een schorsing zonder behoud van loon mogelijk is, wordt thans beantwoord aan de hand van artikel 1638d van Boek 7A. Dat betekent dat slechts schriftelijk of bij reglement is afgeweken van artikel 1638d de werkgever de bevoegdheid van

een schorsing zonder behoud van loon toekomt. Bij de voorgestelde bepaling wordt de werkgever de bevoegdheid verleend over te gaan tot schorsing zonder behoud van loon, hetgeen een afwijking is van het uitgangspunt van de huidige artikelen 1638b en 1638d.'

Krap een jaar later ontstond over de positie van de regering evenwel verwarring. Tijdens de parlementaire behandeling van de Wulbz 1 maakte zij namelijk een opmerking die een tegengestelde opvatting deed vermoeden. In reactie op vragen van de GroenLinks- en de RPF-fractie werd gesteld dat een stakende werknemer die gedurende de staking ziek wordt geen beroep kan doen op de Ziektewet, hetgeen eveneens zou gelden 'voor de werknemer die geschorst is of geen loon ontvangt wegens een situatie die niet voor risico van de werkgever komt' (*Kamerstukken II 1995/96, 24439, 6, p. 51*). Hieraan voegde de regering enkele regels later toe (*Kamerstukken II 1995/96, 24439, 6, p. 51*):

'Opgemerkt wordt dat in de genoemde voorbeelden de eigenlijke reden dat betrokkene geen loon ontvangt niets te maken heeft met diens ziekte, maar met het feit dat hij staakt, of geschorst is; indien betrokkene niet ziek zou zijn, zou hij ook geen loon ontvangen. Er is dan ook geen enkele reden om ZW-uitkering vanuit het vangnet te verlenen.'

Werden deze opmerkingen nog min of meer tussen neus en lippen door gemaakt, dit was drie jaar later in het kader van de Reparatiwet flexibiliteit en zekerheid wel anders. De Wet flexibiliteit en zekerheid beperkte de mogelijkheden om van artikel 7:628 lid 1 BW af te wijken, in die zin dat dit artikellid na de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst driekwart dwingend werd. Toen vanuit de Tweede Kamer werd gevraagd naar de gevolgen van deze wijziging voor de disciplinaire schorsing, werden de zorgen gesust met het antwoord dat deze gevolgen er niet zouden zijn. Artikel 7:628 lid 1 BW zou namelijk niet op een dergelijke schorsing zien (*Kamerstukken II 1998/99, 26257, 7, p. 2-3*). Tijdens het wetgevingsoverleg van 23 november 1998 werd dit standpunt door minister De Vries nog eens als volgt toegelicht (*Kamerstukken II 1998/99, 26257, 12, p. 10-11*):

'Mevrouw Bussemaker heeft een nadere toelichting gevraagd op artikel 628. In de nota naar aanleiding van het verslag is op een vraag van leden van de fracties van VVD en CDA geantwoord dat de loondoorbetalingsverplichting van artikel 628 geen betrekking heeft op een disciplinaire maatregel als schorsing van de werknemer. Mevrouw Bussemaker vroeg naar de relatie met de ontwijkingsmogelijkheid bij schriftelijke arbeidsovereenkomsten en/of bij CAO, met als draaipunt zes maanden. Deze ontwijkingsmogelijkheid is echter bij schorsing van de werknemer als disciplinaire maatregel niet aan de orde. Dit hangt samen met het uitgangspunt van lid 1 van artikel 628 dat een werknemer recht op loon behoudt, als hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor risico van de werkgever hoort te komen. Schorsing van de werknemer als disciplinaire maatregel is een gevolg van zijn eigen gedrag en valt niet onder het risico van de werkgever.'

3.4 De Hoge Raad schept duidelijkheid

In 2003 bracht de Hoge Raad met het arrest Van der Gulik/Visser & Partners duidelijkheid. In die zaak had de rechtbank geoordeeld dat Visser & Partners gegronde redenen had om Van

der Gulik op non-actief te stellen en dat Van der Gulik om die reden geen aanspraak kon maken op loon. In cassatie betoogde Van der Gulik dat dit een onjuist oordeel was, omdat een geschorste werknemer alleen het loon zou kunnen worden onthouden, indien rechtsgeldig van artikel 7:628 lid 1 BW is afgeweken. Bij de bespreking van deze klacht besteedde A-G Verkade uitgebreid aandacht aan de heersende leer in de literatuur en de verwarrende uitlatingen van regeringszijde. De opmerkingen in het kader van de Wulbz 1 wijdt de A-G aan een ongelukkig geformuleerde vraagstelling vanuit de Tweede Kamer en een vermoedelijk (te) haastige lezing daarvan door de bewindslieden. Gelet op de context en het feit dat het antwoord van de regering in strijd is met de tot dan toe heersende opvatting, meent de A-G dat er niet al te veel waarde aan moet worden gehecht. Wat betreft de uitlatingen in het kader van de Reparatielwet flexibiliteit en zekerheid volgt de A-G een vergelijkbare redenering. Hij voegt eraan toe dat een schorsing met inhouding van loon zonder contractuele grondslag in zijn visie ook niet goed binnen de systematiek van de wet zou passen. Hij overweegt daarna:

‘3.37 Het voorgaande brengt mij tot de slotsom dat de uitlatingen op een omissie berusten. De regering heeft kennelijk even alleen de tekst van art. 7:628 voor ogen gehad. Bij de ambtelijke voorbereiding is mogelijk voortgeborduurd op de eerdere omissie bij de behandeling van de “Wulbz” (...). Er is (wederom) nagelaten het leerstuk van de disciplinaire schorsing te bezien tegen de achtergrond van de heersende opvattingen in de literatuur en het wettelijk systeem van boek 6 en van titel 7.10.’

De Hoge Raad volgde zijn A-G en oordeelde kort en krachtig:

‘3.5. Ingevolge art. 7:628 lid 1 behoudt de werknemer het recht op het naar tijdruimte vastgestelde loon indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen. Een schorsing of een op non-actiefstelling ligt in de risicosfeer van de werkgever en is “een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen” in de zin van lid 1, zodat de werkgever ook tijdens een schorsing of een op non-actiefstelling verplicht is tot doorbetaling van loon.’

Dat is volgens de Hoge Raad óók het geval indien de werkgever gegronde redenen had om de werknemer te schorsen of op non-actief te stellen en de schorsing of op non-actiefstelling aan de werknemer zelf is te wijten. De werkgever kan zich namelijk, zo overweegt de Hoge Raad, niet eenzijdig aan de verplichting tot loonbetaling onttrekken,

‘ook niet ingeval het gedrag van de werknemer grond voor schorsing of op non-actiefstelling oplevert. Een (tijdelijke) inbreuk op deze grond op het recht van de werknemer op loon, en derhalve een schorsing of op non-actiefstelling met inhouding van loon, is alleen mogelijk, indien naar luid van het in dit geding toepasselijke lid 5 (oud) van art. 7:628 van dit artikel is afgeweken bij schriftelijke overeenkomst of bij reglement’.

De Hoge Raad voegt hieraan toe dat de hiervoor besproken uitlatingen van bewindslieden in het kader van de Wulbz 1 en de Reparatielwet flexibiliteit en zekerheid, voor zover zij in een andere richting wijzen, geen reden vormen om tot een ander dan het even vermelde, met de heersende rechtsopvatting omtrent de doorbetaling van loon in geval van schorsing van een

werknemer strokende oordeel te komen.

3.5 De regering houdt voet bij stuk

Het oordeel van de Hoge Raad in Van der Gulik/Visser & Partners is helder: schorsing is een oorzaak van niet werken die voor risico van de werkgever komt, zodat slechts loon mag worden ingehouden als oprechtsgeldige wijze van artikel 7:628 lid 1 BW is afgeweken. De WWZ heeft die afwijkingsmogelijkheden, zoals vermeld, echter drastisch ingeperkt. Afwijken is nog slechts toegestaan voor functies waarvan de werkzaamheden incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang hebben. Vanuit de VAAN is tijdens de parlementaire behandeling van de WWZ aan de regering gevraagd of juist is dat schorsing zonder behoud van loon als gevolg van deze beperking niet langer mogelijk is. Tot ieders verbazing beantwoordde de regering deze vraag ontkennend. Zij stelde dat een disciplinaire schorsing redelijkerwijs voor risico van de werknemer komt, waardoor op grond van artikel 7:628 lid 1 BW geen loon is verschuldigd. Om die reden is het volgens de regering mogelijk om – zowel collectief als individueel – afspraken te maken over disciplinaire maatregelen, zonder dat de wet zulks uitdrukkelijk bepaalt. Dergelijke afspraken gelden, aldus de regering, namelijk niet als afwijking van de wet, maar als nadere invulling daarvan (*Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 101*):

‘Verder vraagt de VAAN of het juist is dat disciplinaire sancties opgenomen in een cao waarbij een werknemer één of enkele dagen op non-actief wordt gesteld met inhouding van loon, straks niet meer mogelijk zijn omdat niet is voldaan aan artikel 7:628, zevende lid, BW (aan functies verbonden incidentele werkzaamheden).

Naar aanleiding hiervan merkt de regering op dat door de gewijzigde formulering van artikel 7:628, eerste lid, BW de werkgever gehouden is het loon te betalen, tenzij het niet verrichten van de bedongen arbeid redelijkerwijs voor risico van de werknemer komt. In situaties van schorsing door de werkgever biedt het wetsvoorstel dan ook ruimte om over de periode waarin de werknemer bij wijze van disciplinaire maatregel is geschorst, tevens het loon niet [te] betalen omdat dit dan redelijkerwijs voor risico van de werknemer komt. Dat impliceert dat over disciplinaire maatregelen ook bij schriftelijke overeenkomst (individueel of collectief) afspraken kunnen worden gemaakt, zonder dat zulks uitdrukkelijk bij wet is bepaald. Dergelijke afspraken dienen dan slechts ter invulling en bevestiging van hetgeen in de wet al is afgesproken over de risicoverdeling en gelden niet als afwijking daarvan. Uiteindelijk is en blijft het aan de rechter om te beoordelen of bij een specifieke schorsing dan ook daadwerkelijk sprake was van een niet verrichten van de bedongen arbeid door een oorzaak die redelijkerwijs voor risico van de werknemer behoort te komen. In dit verband merkt de regering overigens op dat het standpunt dat een werkgever in geval van schorsing, om redenen waarvan de gevolgen redelijkerwijs voor rekening van de werknemer behoren te komen, niet verplicht is het loon te betalen al eerder van overheidswege is ingenomen, namelijk door de toenmalige regering bij gelegenheid van de Reparatiewet Flexibiliteit en Zekerheid.’

In reactie op dit antwoord heeft de VAAN de regering om een nadere toelichting gevraagd. In het bijzonder vroeg zij hoe de door de regering verkondigde opvatting zich verhoudt tot het

arrest Van der Gulik/Visser & Partners. De regering reageerde als volgt (*Kamerstukken I* 2013/14, 33818, E, p. 14-15):

‘De VAAN verwijst naar pagina 101 van de memorie van antwoord waar wordt opgemerkt dat het voorgestelde artikel 7:628, zevende lid, BW niet in de weg staat aan afspraken – zowel individueel als bij cao – die het voor de werkgever mogelijk maken de werknemer zonder behoud van loon te schorsen, omdat een schorsing bij wege van disciplinaire maatregel in redelijkheid voor risico van de werknemer komt. De regering wijst er daarbij op dat dit standpunt al eerder van regeringswege is ingenomen, namelijk bij gelegenheid van de reparatiewet flexibiliteit en zekerheid. De VAAN vraagt hoe deze opvatting zich verhoudt tot het – van na de Reparatiewet flexibiliteit en zekerheid daterende – arrest Van der Gulik/Visser & Partners van de Hoge Raad (HR 21 maart 2003, JAR 2003/91), waarin is geoordeeld dat een schorsing steeds voor rekening van de werkgever komt, óók indien de werkgever gegronde redenen had om de werknemer te schorsen en de schorsing aan de werknemer zelf is te wijten.

De regering stelt voorop dat ten tijde van de uitspraak van in het door de VAAN aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 21 maart 2003 hetgeen door de toenmalige regering in het kader van de Reparatiewet flexibiliteit en zekerheid is gesteld niet in de wettekst tot uitdrukking was gebracht. Dat is met dit wetsvoorstel wel het geval, waarbij [wordt] opgemerkt dat het huidige regime, als het gaat om het wel of niet verschuldigd zijn van loon, als gevolg van dit onderdeel van de jurisprudentie, tot een zekere ongerijmdheid leidt. Die ongerijmdheid, welke met het onderhavige wetsvoorstel ongedaan wordt gemaakt, bestaat hieruit dat daar waar op grond van een cao geldt dat een bepaalde gedraging van een werknemer leidt tot het niet verschuldigd zijn van loon, diezelfde gedraging voor een werkgever waar geen cao voor geldt niet hetzelfde effect heeft of kan hebben. Daar waar in de verschillende schriftelijke stukken (waar de VAAN naar verwijst) de regering heeft gerefereerd aan de jurisprudentie is hierbij overigens niet bedoeld op deze jurisprudentie maar op de jurisprudentie betreffende situatieve arbeidsongeschiktheid in relatie tot het wel of niet verschuldigd zijn van het loon. Voor een verdere toelichting wordt verwezen naar die schriftelijke stukken, meer in het bijzonder naar het antwoord op de eerdere vraag van de VAAN dienaangaande op pagina 101 van de memorie van antwoord.’

Begrijp ik de regering goed, dan stelt zij zich op het standpunt dat de opmerkingen die zijn gemaakt ten tijde van de invoering van de Wulbz 1 en de Reparatiewet flexibiliteit en zekerheid in de wind konden worden geslagen, omdat zij destijds geen weerslag hebben gevonden in de tekst van artikel 7:268 lid 1 BW. Voor de onderhavige opmerkingen zou dat evenwel niet gelden, nu dat artikellid ditmaal wél is gewijzigd.

3.6 Hoe om te gaan met het standpunt van de regering?

Welke waarde moet nu aan het antwoord van de regering worden toegekend? Is de leer uit Van der Gulik/Visser & Partners daarmee, zoals sommige auteurs betogen, achterhaald? Ik zou menen van niet. Aan juridisch onjuiste uitlatingen van regeringszijde moet namelijk

worden voorbijgegaan, zoals A-G Verkade en de Hoge Raad in Van der Gulik/Vissers & Partners ook deden met de opmerkingen die werden gemaakt in het kader van de Wulbz 1 en de Reparatielwet flexibiliteit en zekerheid. En ik meen dat de onderhavige uitlatingen tot deze categorie behoren.

Om te beginnen acht ik het standpunt van de regering dat haar opmerkingen ditmaal uitdrukking vinden in de wettekst niet houdbaar, aangezien het criterium van artikel 7:628 lid 1 BW inhoudelijk niet is gewijzigd. Dat criterium is nog steeds de redelijkheid. Het is dan vreemd om louter op basis van een enkele opmerking van de regering plotseling tot een ander (redelijkheids)oordeel te komen. Een dergelijke koerswijziging zou des te vreemder zijn, wanneer wordt bedacht dat de wijzigingen waarin de WWZ voorziet de positie van de werknemer alleen maar versterken: de hoofdregel zal omdraaien van ‘geen arbeid, geen loon’ in ‘geen arbeid, toch loon’ en (contractueel) afwijken van die hoofdregel is moeilijker geworden. Tegen die achtergrond ligt het niet in de rede om aan artikel 7:628 lid 1 BW een uitleg te geven die de positie van de werknemer juist zou verzwakken.

Daarnaast heeft de regering zich aan het begin van het parlementaire debat uitdrukkelijk op het standpunt gesteld dat het voorstel om artikel 7:627 BW te schrappen en artikel 7:628 lid 1 BW te herformuleren in de praktijk vrijwel zonder gevolgen zal blijven. De aanpassing achtte zij louter en alleen noodzakelijk vanwege het vervallen van artikel 8 BBA en de invoering van de Calamiteitenregeling WW. In de nota naar aanleiding van het verslag is daarover het volgende te lezen (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 30-31; zie uitgebreider *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 87-89):

‘Zoals deze leden terecht opmerken wordt in onderhavig wetsvoorstel voorgesteld om artikel 7:627 BW te laten vervallen en artikel 7:628 BW zodanig te wijzigen dat in het eerste lid van dat artikel wordt geregeld dat de werkgever verplicht is om het vastgestelde loon te voldoen indien de werknemer de arbeid geheel of gedeeltelijk niet heeft verricht, tenzij het geheel of gedeeltelijk niet verrichten van de arbeid in redelijkheid voor rekening van de werknemer hoort te komen. Hiermee wordt naar het oordeel van de regering, en anders dan deze leden veronderstellen, wat nu in de artikelen 7:627 en 7:628 BW, eerste lid, BW is geregeld in één artikel geregeld (7:628, eerste lid, BW), zonder dat dit in de praktijk tot een wezenlijke verandering zal leiden. Zoals aangegeven in de artikelsgewijze toelichting bij dit onderdeel, zal het in de toekomst nog steeds zo zijn dat deelname aan een staking (te onderscheiden van de werkwillige die verhinderd wordt te werken als gevolg van de staking), onwettig verzuim, te laat op het werk verschijnen, gevangenisstraf of voorlopige hechtenis voor risico van de werknemer komen. De regering acht deze wijzigingen echter noodzakelijk enerzijds vanwege het vervallen van artikel 8 BBA 1945 en de wens om een soortgelijke regeling als de daarop gebaseerde zogenoemde Werktijdverkortingsregeling (WTV-regeling) te kunnen behouden, anderzijds met het oog op de uitvoering van de WW.’

Duidelijk is dus dat de regering aanvankelijk niet een materiële wijziging van artikel 7:628 lid 1 BW voor ogen heeft gestaan. Pas veel later in het debat – pas in de Eerste Kamer(!) – is de regering – naar aanleiding van vragen van de VAAN – het standpunt gaan innemen dat de

herformulering van artikel 7:628 lid 1 BW uitdrukking zou geven aan de wijziging dat een disciplinaire schorsing voortaan voor rekening van de werknemer moet worden gebracht. Mijn indruk is dat het feit dat schorsing zonder behoud van loon met de wijziging van artikel 7:628 lid 7 BW onmogelijk zou worden, een consequentie is die de regering niet heeft voorzien en ook niet heeft gewild, en dat zij om die reden de herformulering van artikel 7:628 lid 1 BW (achteraf) heeft aangegrepen om een en ander te repareren. Als je het mij vraagt: tevergeefs.

Janssens stelt in zijn noot onder het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch dat de wetgever de wet wel degelijk heeft gewijzigd, namelijk door de afschaffing van de mogelijkheid om de loonbetalingsverplichting bij cao na zes maanden uit te sluiten. Die uitsluitingsmogelijkheid was volgens Janssens een dragend argument van de Hoge Raad in *Van der Gulik/Vissers & Partners*. Hij concludeert:

‘Kortom: de wetgever heeft de wet gewijzigd op een relevant punt met betrekking tot mogelijke loondoorbetalingsverplichtingen tijdens schorsing. In dat licht zijn de ondubbelzinnige uitspraken van de minister voor mij aanleiding om *Van der Gulik/Vissers* als achterhaald te beschouwen.’

Zoals vermeld, ben ik het niet met deze opvatting niet eens. Ten eerste niet, omdat de wetswijziging waar de regering ter onderbouwing van haar standpunt naar verwijst, die van het eerste lid van artikel 7:628 BW is en niet de van het zevende lid. De regering merkte immers op (*Kamerstukken I* 2013/14, 33818, E, p. 14-15):

‘Naar aanleiding hiervan merkt de regering op dat door de gewijzigde formulering van artikel 7:628, eerste lid, BW de werkgever gehouden is het loon te betalen, tenzij het niet verrichten van de bedongen arbeid redelijkerwijs voor risico van de werknemer komt. In situaties van schorsing door de werkgever biedt het wetsvoorstel dan ook ruimte om over de periode waarin de werknemer bij wijze van disciplinaire maatregel is geschorst, tevens het loon niet [te] betalen omdat dit dan redelijkerwijs voor risico van de werknemer komt.’ [onderstreping van mijn hand, FMD]

Daarnaast was de mogelijkheid tot uitsluiting van de loonbetalingsplicht in *Van der Gulik/Vissers & Partners* geenszins een dragend argument. De Hoge Raad baseerde zijn oordeel op het eerste lid. Hij overwoog immers:

‘Een schorsing of een op non-actiefstelling ligt in de risicosfeer van de werkgever en is “een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen” in de zin van lid 1, zodat de werkgever ook tijdens een schorsing of een op non-actiefstelling verplicht is tot doorbetaling van loon.’

Dragend argument voor de Hoge Raad was veeleer dat de werkgever zich, zolang de arbeidsovereenkomst bestaat, niet eenzijdig aan zijn loonbetaling kan onttrekken. De verwijzing van de Hoge Raad naar het toenmalige artikel 7:628 lid 5 BW is niet meer dan een consequentie van zijn oordeel. Dit lijkt mij ook niet meer dan logisch. De benadering van Janssens komt er immers op neer dat een schorsing in redelijkheid voor rekening van de

werkgever zou komen, *omdat* van de loonbetalingsplicht kan worden afgeweken. Nu dit laatste niet meer mogelijk is, zou een schorsing plotseling evenwel niet meer in redelijkheid voor rekening van de werkgever komen. Een dergelijke redenering lijkt mij systematisch niet zuiver.

3.7 De werkingssfeer van artikel 7:628 BW

Het recht op loon tijdens schorsing van de werknemer is gebaseerd op artikel 7:628 BW. Dit artikel strekt zich echter niet uit over alle mogelijke vergoedingen die in civiele zin tot het loon behoren (zie hierover HR 18 december 1953, *NJ* 1954/242; en HR 12 oktober 2001, *JAR* 2001/217 (Huize Bethesda)). Zo beschermt het eerste lid enkel loon dat naar tijdruimte is vastgesteld. Artikel 7:628 lid 3 BW verklaart de voorschriften van het artikel weliswaar van overeenkomstige toepassing op geldloon dat op andere wijze is vastgesteld, in welk geval recht bestaat op het gemiddelde loon dat de werknemer in de periode van de verhindering had kunnen verdienen, maar de Hoge Raad heeft uitgemaakt dat dit voorschrift alleen het oog heeft op loon dat afhankelijk is van de uitkomsten van arbeid. Zo gold het artikellid in de betreffende zaak bijvoorbeeld niet, omdat het loon een percentage van de behaalde jaaromzet van het bedrijf bedroeg (HR 31 oktober 1941, *NJ* 1942/198).

Het voorgaande betekent dat de geschorste werknemer krachtens het eerste lid van artikel 7:628 BW recht behoudt op zijn maandelijks (of wekelijkse of vier wekelijkse enz.) loon en dat hij ingevolge het derde lid tevens aanspraak kan maken op geldelijke uitkeringen die weliswaar niet naar tijdruimte zijn vastgesteld, maar afhankelijk zijn van zijn arbeidsprestatie. Bij dit laatste kan worden gedacht aan stukloon, provisie of een (functioneringsafhankelijke) bonus. Dit doet de vraag rijzen hoe moet worden omgegaan met loonvormen die niet tot deze twee categorieën behoren. Het gaat dan om (1) geldloon dat niet naar tijdruimte is vastgesteld en evenmin van de uitkomsten van arbeid afhankelijk is, en (2) loon dat niet naar tijdruimte is vastgesteld en niet in geld is uitgedrukt. In beide gevallen komt de werknemer geen beroep toe op artikel 7:628 BW. Betekent dit nu dat hij deze loonvormen tijdens een schorsing kwijt is? Ik meen van niet.

Wat de eerste variant betreft, kan worden gewezen op de verklaring die Van Slooten heeft gegeven voor de uitsluiting van de bedoelde loonsoort van artikel 7:628 lid 3 BW (J.M. Van Slooten, *Arbeid en loon* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 390): ‘wanneer het loon niet afhankelijk is van de uitkomst van de arbeid maakt het voor de verschuldigdheid ook niet uit of er gewerkt wordt en zo niet, voor wiens risico dat komt.’ Dit lijkt mij een juiste gedachtegang. Het feit dat de werknemer door de schorsing de bedongen arbeid niet verricht, is voor de aanspraak op niet van arbeid afhankelijke emolumenten dus niet van belang; het recht op bijvoorbeeld een winstafhankelijke bonus blijft derhalve behouden.

Voor de tweede categorie loonvormen is de redenering niet anders. Ook daarvoor geldt doorgaans dat zij niet afhankelijk zijn van de uitkomsten van de arbeidsprestatie maar enkel van het bestaan van een arbeidsovereenkomst, zodat een schorsing op de verschuldigdheid daarvan geen invloed heeft (kritisch op dit standpunt is Van Slooten 1999, p. 119-120, hoewel

hij erkent dat het in de literatuur het meerderheidsstandpunt betreft). Een voorbeeld biedt (het privégebruik van) de auto van de zaak of de door de werkgever ter beschikking gestelde woning (zoals een kosterswoning). Hiervan moet overigens worden onderscheiden de situatie waarin het gaat om periodiek door de werkgever verstrekte goederen. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als de werknemer in ruil voor zijn arbeid – naast het reguliere maandelijkse geldbedrag – elke week van de werkgever een tas boodschappen ontvangt. In deze gevallen is naar mijn mening sprake van naar tijdruimte vastgesteld loon dat onder het bereik van artikel 7:628 lid 1 BW valt.

Het feit dat de zojuist besproken loonvormen niet onder het bereik van artikel 7:628 BW vallen, brengt derhalve niet mee dat de werknemer zijn aanspraak daarop gedurende een schorsing verliest. Gevolg daarvan is echter wel dat de beperkingen van de leden 5 en 7 van dat artikel niet van toepassing zijn. De werkgever kan derhalve contractueel bedingen dat de werknemer de auto van de zaak tijdens een schorsing moet inleveren. Hetzelfde kan worden afgesproken ten aanzien van een winstafhankelijke bonus, een laptop enzovoort. Hier ligt voor de werkgever dus (een beperkte) ruimte de schorsing in sterkere mate een disciplinair karakter te geven. De (enige) grens bij het benutten van deze ruimte is die van het goed werkgeverschap.

Voor de goede orde zij nog opgemerkt dat artikel 7:628 BW, zoals alle bepalingen in afdeling 7.10.2 BW, betrekking heeft op 'loon'. Dat brengt met zich dat verstrekkingen die niet als zodanig kwalificeren niet door dit artikel worden gedekt. Hierbij dient met name te worden gedacht aan uitkeringen en zaken die niet gelden als tegenprestatie voor de bedongen arbeid, zoals een onkostenvergoeding en werktuigen die de werknemer voor het verrichten van de arbeid ter beschikking krijgt gesteld (zoals gereedschap, een telefoon of een auto), mits zij niet ook in privé mogen worden gebruikt. Dergelijke verstrekkingen mag de werkgever gedurende een schorsing mijns inziens zonder meer inhouden. Zou dit anders zijn, dan zou de werknemer er door het niet verrichten van de arbeid immers op vooruit gaan.

3.8 Conclusie

Uit het vorenstaande blijkt dat een schorsing voor rekening van de werkgever komt, zodat slechts loon mag worden ingehouden als op rechtsgeldige wijze van artikel 7:628 lid 1 BW is afgeweken. Sinds de inwerkingtreding van de WWZ houdt dit in dat schorsing zonder behoud van loon onmogelijk is, met uitzondering van de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst. Hooguit kan de werkgever bedingen dat de schorsing consequenties heeft voor (1) loon dat niet naar tijdruimte is vastgesteld en evenmin van de uitkomsten van arbeid afhankelijk is (zoals een dertiende maand of winstafhankelijke bonus) of (2) loon dat niet in geld is uitgedrukt (zoals een auto of laptop van de zaak).

Deze stand van zaken is te betreuren. Schorsing met (gedeeltelijke) inhouding van loon is in mijn ogen namelijk een van de meest voor de hand liggende disciplinaire maatregelen, nu zij door elke werkgever – ongeacht aard of omvang van het bedrijf – kan worden gehanteerd. Het probleem is echter dat artikel 7:628 BW weinig ruimte biedt voor een andere benadering. Het

enig denkbare alternatief onder die bepaling is een systeem waarbij van geval tot geval moet worden uitgemaakt of bij schorsing loon mag worden ingehouden. Aan Sagel moet evenwel worden toegegeven dat dit systeem evenmin wenselijk is, nu daarmee onzekerheid troef zou zijn (Sagel 2003). De conclusie moet naar mijn mening dan ook zijn dat de huidige wettelijke bepalingen niet goed hanteerbaar zijn bij het middel van de schorsing; zij zijn simpelweg niet voor die maatregel geschreven.