



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **Annotation: HR 2003-03-21**

Heerma van Voss, G.J.J.

### **Citation**

Heerma van Voss, G. J. J. (2007). Annotation: HR 2003-03-21. *Nederlandse Jurisprudentie*, 3386-3404. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13649>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13649>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

---

**NJ 2007, 332****HOGE RAAD**

21 maart 2003, nr. C01/201HR

(Mrs. R. Herrmann, H.A.M. Aaftink, A.G. Pos, D.H. Beukenhorst en P.C. Kop; A-G Verkade)

m.nt. prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss

LJN AF3057

JOL 2003, 164

RvdW 2003, 55

BW art. 7:627, 628; BW art. 7:628 (oud)

**Arbeidsovereenkomst. Schorsing of op non-actiefstelling; doorbetaling loon; afwijking bij schriftelijke overeenkomst of reglement.**

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 art. 7:628 lid 1 BW zodat de werkgever ook tijdens een schorsing/op non-actiefstelling verplicht is tot doorbetaling van loon. Dit is ook het geval indien de werkgever gegronde redenen had voor de schorsing/op non-actiefstelling en de schorsing/op non-actiefstelling aan de werknemer zelf is te wijten. 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 BW, van dit artikel is afgeweken bij schriftelijke overeenkomst of bij reglement.

*Nadat tussen een werkgever en een werknemer problemen waren gerezen, heeft de werkgever de werknemer op non-actief gesteld. De werknemer is op dezelfde dag door zijn huisarts arbeidsongeschikt verklaard en heeft zich met ingang van die dag ziek gemeld. Ruim een jaar later is de arbeidsovereenkomst ontbonden onder toekenning van een vergoeding aan de werknemer. De werknemer heeft loon gevorderd vanaf de op non-actiefstelling tot aan het einde van het dienstverband. De Rechtbank heeft de vordering afgewezen omdat zij van oordeel was dat de werknemer zich ernstig had misdragen, dat de werkgever daarom gegronde redenen had om hem op non-actief te stellen en dat deze oorzaak van het niet-presteren door de werknemer in redelijkheid*

---

niet voor rekening van de werkgever behoort te komen in de zin van art. 7:628 lid 1 BW. Tegen dit oordeel richt zich het cassatiemiddel.

Ingevolge art. 7:628 lid 1 BW 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 deze bepaling, zodat de werkgever ook tijdens een schorsing of een op non-actiefstelling verplicht is tot doorbetaling van loon. Dat is ook 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. Een (tijdelijke) inbreuk 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 BW van dit artikel is afgeweken bij schriftelijke overeenkomst of bij reglement.

G., te Roosendaal, eiser tot cassatie, adv. mr. A.J. Swelheim,  
tegen

1. De vennootschap onder firma Vissers & Partners, te Roosendaal,
2. J.B.F.G. Vissers, te Roosendaal,
3. W.J.C.M. Timmermans, te Wouw, verweerders in cassatie, adv. mr. A.G. Castermans.

**Rechtbank** (tussenvonnis d.d. 23 november 1999):

### 3. De beoordeling

*In het principaal en incidenteel appèl:*

3.1. G. heeft tijdig beroep ingesteld tegen het vonnis van de kantonrechter en kan in zoverre in zijn beroep worden ontvangen.

3.2. De rechtbank verwijst naar en neemt over de door de kantonrechter als tussen partijen vaststaand aangemerkte en in hoger beroep niet bestreden feiten.

3.3. Onder verwijzing naar een aantal onvolkomenheden in de memorie van grieven, heeft V&P aangevoerd dat het hoger beroep van G. moet worden afgewezen. De rechtbank is echter van oordeel dat de memorie van grieven voldoende met redenen is omkleed. Nu uit het door V&P daartegen gevoerde verweer blijkt dat V&P door de door haar gestelde onvolkomenheden niet in haar verdediging is geschaad, faalt het verweer.

3.4. Als meest verstrekkende grief zal de rechtbank eerst de incidentele grief behandelen. Deze grief richt zich tegen het oordeel van de kantonrechter dat G. aanspraak kan maken op betaling van provisie over de periode van 1 april 1996 tot en met 30 juni 1997. De kantonrechter

heeft bij dit oordeel als uitgangspunt genomen dat een schorsing of een op non-actiefstelling door de werkgever van de werknemer de werkgever in beginsel niet ontslaat van zijn loonbetalingsverplichting. Dit is slechts anders, als de arbeidsovereenkomst uitdrukkelijk in de mogelijkheid voorziet of als de werknemer niet bereid of in staat is de bedongen arbeid te verrichten, aldus de kantonrechter. Volgens V&P miskent de kantonrechter daarmee dat wanneer een werknemer zichzelf zodanig opstelt dat van een werkgever niet gevegd kan worden dat deze gebruik maakt van het arbeidsaanbod van de werknemer, de loonbetalingsverplichting kan komen te vervallen wanneer de werkgever de werknemer schorst. V&P is dan ook van mening dat er niet per definitie voor de werkgever een loondoorbetalingsverplichting bestaat wanneer de werknemer zich bereid en in staat verklaart de arbeid te verrichten.

3.5. Vast staat dat G. in de periode van 1 april 1996 tot en met 30 juni 1997 geen werkzaamheden voor V&P heeft verricht. De in artikel 7:627 BW neergelegde hoofdregel, dat de werkgever geen loon verschuldigd is indien de werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht, lijdt ingevolge artikel 7:628 BW uitzondering indien de oorzaak van het niet presteren in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen. In het onderhavige geval is G. door V&P op non-actief gesteld. De kantonrechter heeft terecht overwogen dat een schorsing of een op non-actiefstelling door de werkgever van de werknemer de werkgever in beginsel niet ontslaat van zijn loonbetalingsverplichting. Naar de rechtbank begrijpt stelt V&P zich echter op het standpunt dat G. de op non-actiefstelling aan zichzelf te wijten heeft, zodat de oorzaak van het niet verrichten van de werkzaamheden voor rekening van G. behoort te komen. V&P heeft daartoe aangevoerd dat gebleken is dat met G. niet vruchtbaar is samen te werken en dat hij niet lokaal als werknemer onder V&P kan fungeren, hetgeen tot uitbarsting is gekomen op 27 maart 1996. G. heeft zich die dag dusdanig misdragen dat V&P G. naar huis heeft moeten sturen en zelfs de politie heeft moeten inschakelen vanwege zeer bedreigend gedrag en uitlatingen zijdens G., aldus V&P. G. heeft het voorval op 27 maart 1996 niet betwist, maar wel de stelling van V&P dat de op non-actiefstelling alleen aan zijn gedrag te wijten is. De rechtbank zal derhalve V&P in de gelegenheid stellen feiten en omstandigheden te bewijzen waaruit blijkt dat de op non-actiefstelling aan G. te wijten is.

3.6. Mocht V&P slagen in haar bewijsopdracht, dan heeft G. geen recht op een fictieve provisie over de periode dat hij op non-actief is gesteld. De rechtbank is met V&P van oordeel dat in dat geval G. evenmin recht heeft op 70% van het loon over de periode dat hij arbeidsongeschikt is geweest, daar hij zich eerst na zijn op non-actiefstelling ziek heeft gemeld en derhalve niet geacht kan worden door ziekte verhinderd te zijn

geweest de bedongen werkzaamheden te verrichten maar door een aan zichzelf te wijten op non-actiefstelling.

3.7. In afwachting van het resultaat van de bewijsvoering, houdt de rechtbank iedere verdere beslissing aan.

**Rechtbank** (eindvonnis d.d. 20 maart 2001):

2. *De verdere beoordeling*

*In het principaal en incidenteel appèl:*

2.1. Bij bovengenoemd tussenvonnis is V&P toegelaten te bewijzen feiten en omstandigheden waaruit blijkt dat de op non-actiefstelling aan G. te wijten is.

2.2. V&P heeft als getuigen doen horen haar vennoten J.B.F.G. Vissers en W.J.C.M. Timmermans, alsmede P.J.P. Willems, J. van Leeuwen en M.A.A.A. Mens. In contra-enquête heeft G. zichzelf als getuige doen horen.

2.3. Uit de verklaring van de vennoten blijkt dat er in de loop van de samenwerking problemen zijn gerezen tussen V&P en G. Dat dit van invloed is geweest op de sfeer op kantoor en tot grote spanningen tussen de vennoten en G. heeft geleid, wordt bevestigd door de getuigen Willems en Mens, beiden destijds in dienst bij V&P. Zij hebben verklaard dat er vaak met stemverheffing werd gesproken en dat het contact tussen de vennoten en G. op het laatst zo slecht was, dat zij niet meer met elkaar spraken. De verklaring van de vennoten, dat deze problemen te wijten waren aan de houding van G., vindt steun in de verklaringen van Willems en Mens. Volgens getuige Willems was G. het niet altijd eens met het beleid van V&P, hetgeen vaak tot hevige discussies leidde. Ook met het feit dat de naam 'Hypotheekcentrum West-Brabant' niet langer werd gehandhaafd was G. het niet eens, aldus Willems, die daarmee de verklaring van Vissers bevestigt. G. heeft dit niet bestreden. Uit zijn verklaring blijkt dat hij de naam 'Hypotheekcentrum West-Brabant' is blijven gebruiken, ondank het verzoek van de vennoten om het briefpapier van Visser & Partners te gebruiken. Verder heeft getuige Mens verklaard dat er grote onvrede sprak uit de houding van G. jegens de vennoten. Dat G. niet tevreden was over de gang van zaken blijkt ook uit zijn eigen verklaring. Dit heeft ertoe geleid dat hij V&P bij brief van 28 januari 1996 (gehecht aan de verklaring van Timmermans) heeft laten weten voorlopig geen nieuwe hypotheekzaken meer te zullen doen. De verklaring van Vissers, dat G. zich niet als werknemer gedroeg, vindt steun in de verklaring van G., dat hij geen orders van Vissers behoefde aan te nemen. Hij beschouwde zichzelf niet in loondienst, zo heeft G. verklaard. Uit de getuigenverklaringen blijkt dat dit uiteindelijk tot een uitbarsting heeft geleid op 27 maart 1996. Vissers heeft verklaard dat hij die dag door G. in zijn kantoor is bedreigd, hetgeen Timmermans heeft bevestigd. Weliswaar heeft G. de verklaring van

Vissers op een aantal punten bestreden, maar de rechtbank is op grond van de eigen verklaring van G., inhoudende dat hij die dag naar Vissers toe is gegaan, hem heeft uitgeoeterd en een aantal ernstige beschuldigingen jegens Vissers heeft geuit, van oordeel dat vast is komen te staan dat G. zich die dag ernstig heeft misdragen, en wel dusdanig dat V&P, mede gelet op de reeds tussen partijen gerezen problemen, gegronde redenen had om G. op non-actief te stellen. Op grond van de verklaringen van de vennoten en de getuigen Willems en Mens, alsmede de verklaring van G., in onderling verband en samenhang bezien, is de rechtbank van oordeel dat V&P in het bewijs is geslaagd.

2.4. Het vorenstaande leidt tot de slotsom dat G. geen recht heeft op provisie over de periode dat hij op non-actief is gesteld, zodat de incidentele grief slaagt. Hieruit volgt dat de door G. aangevoerde grieven geen bespreking meer behoeven. Zoals de rechtbank reeds heeft overwogen in eerdergenoemd tussenvonnis, heeft G. evenmin recht op 70% van het loon in de periode dat hij wegens ziekte arbeidsongeschikt is geweest. Dat zijn huisarts hem al op 28 maart 1997 arbeidsongeschikt heeft verklaard, doet daar niet aan af, aangezien G. zich pas na zijn op non-actiefstelling ziek heeft gemeld, zodat hij niet geacht kan worden door ziekte verhinderd te zijn geweest de bedingen arbeid te verrichten.

2.5. Het bestreden vonnis van de kantonrechter van 16 september 1998 zal in zoverre worden vernietigd, dat de vordering in conventie van G. tot betaling van provisie over de periode 1 april 1996 tot en met 30 juni 1997 alsnog zal worden afgewezen. G. zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van de procedure in hoger beroep.

**Cassatiemiddel:**

Schending van het recht – onder meer van artt. 8 BBA 1945 en 7:650 BW – dan wel verzuim van vormen waarvan het niet in acht nemen grond voor vernietiging vormt, doordat de Rechtbank heeft overwogen als in rov.'en 3.5 en 3.6 van het tussenvonnis en in rov. 2.4 van het eindvonnis is weergegeven, en (mede) op grond daarvan heeft beslist als in de dicta van die vonnissen aangeduid; ten onrechte en in strijd met het recht in verband met het navolgende.

*Algemeen; inleiding*

Tussen G. en diens vroegere werkgeefster V&P is in hoger beroep in geschil (1) of G. gedurende zijn ziekteperiode van 28 maart 1996 tot 5 maart 1997 die volgde op c.q. waarvan de aanvang samenviel met zijn op-non-actiefstelling per 28 maart 1996, recht heeft behouden op doorbetaling van loon op de voet van art. 7:629 BW en (2) of (het in artt. 7:627 en 628 BW vervatte stelsel meebrengt dat) G. gedurende de periode van 5 maart tot 1 juli 1997 recht had op doorbetaling van loon (provisie).

'In cassatie kan worden uitgegaan van de vaststellingen, in rov. 3.1. van het tussenvonnis dat de Kantonrechter te Bergen op Zoom in deze zaak op 27 mei 1998 heeft gewezen, dat V&P G. met ingang van 28 maart 1996 op non-actief heeft gesteld en dat G. zich met ingang van 28 maart 1996 ziek heeft gemeld. Voorts kan er in cassatie van worden uitgegaan – zie het gestelde in prod. B van de zijdens V&P op 5 december 2000 in het geding gebrachte stukken – dat het loon van G. bestond uit een zogeheten afsluitprovisie. Blijkens de eerste door G. in het principaal appèl aangevoerde grief – aan de behandeling van welke grief de Rechtbank niet is toegekomen – is tussen partijen in geschil of het door V&P maandelijks aan G. betaalde bedrag van (laatstelijk) f 2223 onderdeel uitmaakt van het aan G. uit hoofde van de arbeidsovereenkomst toekomstende loon.'

De Rechtbank heeft de beide hierboven aangeduide vragen, ten nadele van G., ontkenkend beantwoord. Daartoe heeft zij – samengevat en voor zover in cassatie van belang – het volgende beslist.

(a) De in art. 7:627 BW neergelegde hoofdregel, dat de werkgever geen loon verschuldigd is indien de werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht, leidt ingevolge art. 7:628 BW uitzondering indien de oorzaak van het niet presteren in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen. In het onderhavige geval is G. door V&P op non-actief gesteld. Naar de Rechtbank begrijpt, stelt V&P zich op het standpunt dat G. de op-non-actiefstelling aan zichzelf te wijten heeft, zodat de oorzaak van het niet verrichten van de werkzaamheden voor rekening van G. behoort te komen. G. heeft de stelling van V&P betwist dat de op-non-actiefstelling alleen aan zijn gedrag te wijten is. De Rechtbank zal V&P derhalve in de gelegenheid stellen feiten en omstandigheden te bewijzen waaruit blijkt dat de op-non-actiefstelling aan G. te wijten is. Mocht V&P slagen in de aan haar gegeven bewijsopdracht, dan heeft G. geen recht op een fictieve provisie over de periode dat hij op non-actief is gesteld (rov.'en 3.5 en 3.6 van het tussenvonnis).

(b) De Rechtbank is met V&P van oordeel dat G. in dat geval evenmin recht heeft op 70% van het loon over de periode dat hij arbeidsongeschikt is geweest, nu hij zich eerst na zijn op-non-actiefstelling ziek heeft gemeld en derhalve niet geacht kan worden door ziekte verhinderd te zijn geweest de bedongen werkzaamheden te verrichten, maar door een aan zichzelf te wijten op-non-actiefstelling (rov. 3.6 van het tussenvonnis).

(c) Zoals de Rechtbank reeds in het tussenvonnis heeft overwogen, heeft G. evenmin recht op 70% van het loon in de periode dat hij wegens ziekte arbeidsongeschikt is geweest. Dat zijn huisarts hem al op 28 maart 1997 (bedoeld is: 1996) arbeidsongeschikt heeft verklaard, doet daar niet aan af, aangezien G. zich pas na zijn op-non-

actiefstelling ziek heeft gemeld, zodat hij niet geacht kan worden door ziekte verhinderd te zijn geweest de bedongen arbeid te verrichten (rov. 2.4 van het eindvonnis).

In cassatie kan ervan worden uitgegaan dat noch in de tussen partijen aangegane arbeidsovereenkomst noch in enige CAO ten nadele van G. is afgeweken van het bepaalde in (thans) art. 7:628, leden 1 tot en met 4 BW.

#### Onderdeel (1)

De met (a) en (b) aangeduide beslissingen van de Rechtbank zijn rechtens onjuist. Zonder afwijking als bedoeld in art. 7:628, lid 5 en/of lid 7 BW is het rechtens niet mogelijk om de geschorste of op non-actief gestelde werknemer zijn recht op loon te ontnemen indien de schorsing of op non-actiefstelling aan hemzelf te wijten is. Ook een dergelijke schorsing of op-non-actiefstelling moet als werkgeversrisico worden aangemerkt in de zin van art. 7:628, lid 1 BW, zodat de regel van art. 7:627 BW voor een dergelijke maatregel niet geldt.

#### Onderdeel (2)

Zou de met onderdeel (1) aan de orde gestelde klacht falen, dan laat zulks onverlet dat de met (b) aangeduide beslissing van de Rechtbank rechtens onjuist is. Het is in strijd met het bepaalde in art. 7:629 BW om, zoals de Rechtbank heeft gedaan, een op non-actief gestelde werknemer diens recht op doorbetaling van loon op de voet van art. 7:629 BW te onthouden vanaf de datum van die ziekte. Anders gezegd: het gaat er niet om welke gebeurtenis – op-non-actiefstelling of ziekte – heeft veroorzaakt dat de werknemer de bedongen werkzaamheden niet heeft verricht. Is de op-non-actiefstelling de (eerste) veroorzaker van het niet-werken, dan herleeft de verplichting tot doorbetaling van loon in geval van ziekte van de werknemer tijdens de periode van non-activiteit.

#### Onderdeel (3)

Zou de met (b) aangeduide beslissing van de Rechtbank, anders dan in onderdeel (2) is aangenomen, al niet in zijn algemeenheid onjuist zijn, dan geldt dat die beslissing in elk geval onjuist dan wel onbegrijpelijk is in een situatie als de onderhavige, waarin G. door zijn huisarts arbeidsongeschikt is verklaard met ingang van dezelfde dag – 28 maart 1996 – als die waarop de mededeling van op-non-actiefstelling hem bereikte; zie hetgeen G. op dat punt op p. 3 van de conclusie na gehouden enquête en contra-enquête heeft gesteld:

'G. hecht er tenslotte ... nog aan om te verwijzen naar het door hem verklaarde ten aanzien van zijn visite aan de huisarts op 28 maart 1996(6) des ochtends te 08.00 uur, voorafgaande aan zijn gang naar kantoor en op dat ogenblik nog geheel onwetend van de schriftelijke op non-actiefstelling door V&P. Welke verklaring wordt gesteund door de

schriftelijke verklaring van de huisarts en dewelke is aangehecht aan het procesverbaal van het getuigenverhoor. Uit welke verklaring zonder meer blijkt, dat de huisarts van G. op dat ogenblik arbeidsongeschikt achtte. Louter door de consternatie kort na aankomst op kantoor is het alstoen niet meer tot de formele ziekmelding gekomen. Hetgeen tot de conclusie dient te leiden, dat G. reeds geruime tijd voorafgaande aan het moment, dat hij weet kreeg van zijn op non-actiefstelling, arbeidsongeschikt was.'

Op grond van een en ander is de door de Rechtbank met (c) aangeduide beslissing rechtens onjuist dan wel onbegrijpelijk. Bovendien heeft de Rechtbank op dat punt miskend dat in art. 7:629, lid 1 BW wordt gerept van het door ziekte verhinderd zijn de bedongen arbeid te verrichten en dat in dat artikel niet is bepaald dat van ziekte pas sprake kan zijn na een gedane ziekmelding.

Aangezien de door de Rechtbank in de dicta van de vonnissen waarvan beroep gegeven beslissingen voortbouwen op haar hiervoor aangeduide beslissingen, volgt uit het voorgaande tevens waarom die rechtsoverwegingen bij grondbevinding van één of meer van de hiervoor geformuleerde klachten evenmin in stand kunnen blijven.

#### Conclusie A-G mr. Verkade:

##### 1. Inleiding

Bij de behandeling van de Reparatiewet Flexibiliteit en Zekerheid heeft de regering uitlatingen gedaan die erop neerkomen dat voor een schorsing van de werknemer met inhouding van loon, geen contractuele basis zou zijn vereist indien de werknemer de schorsing aan zich zelf heeft te wijten.

Werd voorheen een schorsing als een omstandigheid voor risico van de werkgever beschouwd, ingevolge deze uitlatingen zou een schorsing een omstandigheid voor risico van de werknemer zijn.

In cassatie strijden partijen over de vraag of aan deze uitlatingen, die niet sporen met de heersende leer in de literatuur en die evenmin sporen met uitlatingen die de regering bij de behandeling van eerdere wetsvoorstellen heeft gedaan, waarde moet worden gehecht.

##### 2. Feiten en procesverloop

2.1. Ingevolge de tussen partijen op 30 november 1994 gesloten arbeidsovereenkomst is eiser, hierna: G., voorheen zelfstandig ondernemer, met ingang van 1 januari 1995 bij verweerster, hierna V&P, aangesteld tot directeur van V&P's 'Hypotheekcentrum West-Brabant', tegen een salaris dat bestaat uit afsluitprovisie over de afgesloten hypotheek. De aanstelling hing overigens samen met twee andere, eveneens op 30 november 1994 gesloten overeenkomsten tussen partijen. In één daarvan droeg G., tot dan toe zelfstandig ondernemer, zijn rechten op de handelsnaam 'Hypotheekcentrum West-Brabant' aan V&P over. De

derde overeenkomst was getiteld: 'Overeenkomst provisie-regeling'.<sup>1</sup>

2.2. Nadat tussen partijen problemen waren gerezen heeft verweerster, hierna: V&P, G. met ingang van 28 maart 1996 op non-actief gesteld.<sup>2</sup> G. is op die dag door zijn huisarts arbeidsongeschikt verklaard en heeft zich met ingang van die dag ziek gemeld.<sup>3</sup> G. is vanaf 29 maart 1996 tot en met 5 maart 1997 arbeidsongeschikt geweest;<sup>4</sup> met ingang van 5 maart 1997 is hij hersteld bevonden.<sup>5</sup>

2.3. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst op verzoek van V&P per 1 juli 1997 ontbonden onder toekenning van een vergoeding.<sup>6</sup>

2.4. G. heeft in de onderhavige procedure bij de kantonrechter te Bergen op Zoom onder meer gevorderd: een naar het verleden berekend bedrag aan afsluitprovisie over de periode vanaf de op non-actiefstelling tot aan het einde van het dienstverband.<sup>7</sup>

2.5. V&P heeft hiertegen verweer gevoerd. Zij heeft onder meer betoogd dat G. de op non-actiefstelling aan zich zelf heeft te wijten en dat hij gedurende zijn ziekte een uitkering uit een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering heeft ontvangen.<sup>8</sup>

2.6. Bij tussenvonnis van 27 mei 1998 heeft de kantonrechter hieromtrent als volgt overwogen:

'[...] Een schorsing of op non-actiefstelling door de werkgever van de werknemer ontslaat de werkgever in beginsel niet van zijn loonbetalingsverplichting. Dat is slechts anders, als de arbeidsovereenkomst uitdrukkelijk in die mogelijkheid voorziet, of als de werknemer niet bereid of in staat is de bedongen arbeid te verrichten. Onder loon moet mede worden verstaan provisie, zodat ook aanspraak bestaat op provisie, die de werknemer redelijkerwijs gedurende zijn schorsing of op non-actiefstelling had kunnen verdienen.

[...]

Tussen partijen is niet in geschil, dat G. gedurende de periode 29 maart 1996 t/m 5 maart 1997 arbeidsongeschikt was. [...] Dat betekent, dat gedurende deze periode G. niet in staat was de bedongen arbeid te verrichten,

1 Vonnis kantonrechter 27 mei 1998, tweede en derde gedachtestreepje sub 3.1.

2 Idem; vierde en vijfde gedachtestreepje sub 3.1, en vonnis rechtbank 20 maart 2001 rov. 2.3. V&P heeft nog een reconventionele vordering ingesteld, maar die is in cassatie niet van belang.

3 Vonnis rechtbank 20 maart 2001, rov. 2.4 en vonnis kantonrechter 27 mei 1998, zesde gedachtestreepje sub 3.1.

4 Vonnis kantonrechter 27 mei 1998, p. 5, tweede alinea.

5 Idem, eerste twee gedachtestreepjes van p. 3.

6 Idem, tweede gedachtestreepje van p. 3.

7 Idem, p. 2, onder 2.

8 Idem, p. 5, eerste alinea. De kantonrechter spreekt over 'ziekengeld en een uitkering uit een arbeidsongeschiktheidsverzekering'. Ik heb deze termen niet letterlijk overgenomen omdat deze verwarring zouden kunnen wekken: men zou daar ook een uitkering op grond van de Ziekewet onder kunnen verstaan. Zie verder onder meer CvA in conventie, p. 4 en Cvd in conventie, p. 7.

zodat zich hier de laatstgenoemde uitzondering op de boven geformuleerde hoofdregel voor doet.

Wel heeft G. jegens V&P op grond van zijn arbeidsongeschiktheid aanspraken. Ingevolge het destijds geldende art. 7A:1638c BW (thans BW 7:629, dat in essentie niet afwijkt van het oude recht) heeft de zieke werknemer jegens zijn werkgever aanspraak op 70% van het voor hem naar tijdsruimte vastgestelde loon. [...]

In lid 7 van genoemd artikel is een voorziening opgenomen voor het zich hier voordoende geval, dat het loon op andere wijze dan naar tijdsruimte is vastgesteld. Dan wordt als loon beschouwd 'het gemiddelde loon, dat de arbeider, wanneer hij niet verhinderd zou zijn geweest, gedurende die tijd had kunnen verdienen'.

[...].<sup>9</sup>

Bij eindvonnis van 16 september 1998 heeft de kantonrechter vervolgens een deel van de vordering van G. toegewezen.

2.7. Stellende dat de kantonrechter de vordering op een te laag bedrag heeft toegewezen, is G. van de vonnissen in beroep gekomen bij de rechtbank te Breda.

2.8. V&P heeft verweer gevoerd en heeft harerzijds incidenteel geappelleerd.

Zij heeft onder meer aangevoerd dat wanneer een werknemer zich dusdanig opstelt dat van de werkgever niet kan worden gevergd dat deze gebruik maakt van het arbeidsaanbod van de werknemer, de loonverplichting komt te vervallen wanneer de werkgever de werknemer schorst.<sup>10</sup>

Ook heeft zij aangevoerd dat de werknemer die wegens schorsing geen recht heeft op loon, evenmin recht heeft op ziekengeld. De eigenlijke reden dat de werknemer geen loon ontvangt is dan immers niet diens ziekte, maar de omstandigheid dat hij is geschorst. V&P heeft zich in dit verband beroepen op een passage in de nota naar aanleiding van het verslag bij de behandeling van de Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte (hierna: Wulbz).<sup>11</sup>

2.9. Bij tussenvonnis van 23 november 1999 heeft de rechtbank hierover als volgt overwogen:

'3.5. Vast staat dat G. in de periode van 1 april 1996 tot en met 30 juni 1997 geen werkzaamheden voor V&P heeft verricht. De in artikel 7:627 BW neergelegde hoofdregel, dat de werkgever geen loon verschuldigd is indien de werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht, lijdt ingevolge artikel 7:628 BW uitzondering indien de oorzaak van het niet presteren in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen. In het onderhavige geval is G. door V&P op non-actief gesteld. De kantonrechter heeft terecht overwogen dat een schorsing of een op non-actiefstelling door de werkgever van de werknemer de werkgever in beginsel niet ontslaat van zijn loonbetalingsverplichting. Naar de rechtbank begrijpt stelt V&P zich echter op het standpunt dan G. de op non-actiefstelling

aan zich zelf te wijten heeft, zodat de oorzaak van het niet verrichten van de werkzaamheden voor rekening van G. behoort te komen. V&P heeft daartoe aangevoerd dat gebleken is dat met G. niet vruchtbaar is samen te werken en dat hij niet loyaal als werknemer onder V&P kan fungeren, hetgeen tot uitbarsting is gekomen op 27 maart 1996. G. heeft zich op die dag dusdanig misdragen dat V&P G. naar huis heeft moeten sturen en zelfs de politie heeft moeten inschakelen vanwege zeer bedreigend gedrag en uitlatingen zijdens G., aldus V&P. G. heeft het voorval op 27 maart 1996 niet betwist, maar wel de stelling van V&P dat de op non-actiefstelling alleen aan zijn gedrag te wijten is. De rechtbank zal derhalve V&P in de gelegenheid stellen feiten en omstandigheden te bewijzen waaruit blijkt dat de op non-actiefstelling aan G. te wijten is.

3.6. Mocht V&P slagen in haar bewijsopdracht, dan heeft G. geen recht op een fictieve provisie over de periode dat hij op non-actief is gesteld. De rechtbank is met V&P van oordeel dat in dat geval G. evenmin recht heeft op 70% van het loon over de periode dat hij arbeidsongeschikt is geweest, daar hij zich eerst na zijn op non-actiefstelling ziek heeft meldend en derhalve niet geacht kan worden door ziekte verhinderd te zijn geweest de bedongen werkzaamheden te verrichten maar door een aan zich zelf te wijten op non-actiefstelling.'

2.10. Ter gelegenheid van de getuigenverhoren heeft G. nog een briefje van zijn huisarts in het geding gebracht waarin staat dat G. hem vroeg in de ochtend van 28 maart 1996 heeft geconsulteerd wegens surmenageklachten.

2.11. Na de getuigenverhoren en het wisselen van de conclusies na die verhoren heeft de rechtbank in haar eindvonnis van 20 maart 2001 aan het slot van rov. 2.3 geoordeeld:

'... dat vast is komen te staan dat G. zich [op 27 maart 1996] ernstig heeft misdragen, en wel dusdanig dat V&P, mede gelet op de reeds tussen partijen gerezen problemen, gegronde redenen had om G. op non-actief te stellen.'

Oordelend dat V&P in het haar opgedragen bewijs was geslaagd, kwam de rechtbank tot de slotsom dat G. geen recht had op provisie over de periode waarin hij op non-actief was gesteld. De rechtbank vernietigde het vonnis van de kantonrechter van 16 september 1998 voorzover V&P daarin was veroordeeld tot betaling van de provisie over de periode vanaf 1 april 1996 tot en met 30 juni 1997.

2.12. G. heeft van de vonnissen van de rechtbank tijdig beroep in cassatie ingesteld onder aanvoering van een uit drie onderdelen bestaand middel waarvan de eerste twee onderdelen rechtsklach-

9 P. 5, tweede alinea en aanvang derde alinea.

10 Punt 31 MvA/MvG in incidenteel appel.

11 Kamerstukken II 24 439, nr. 6, p. 51; zie voor de stellingen van V&P punt 36 MvA/MvG in incidenteel appel.

ten bevatten en het derde een rechts- en een motiveringsklacht.

Onderdeel 1 strekt ten betoge dat een schorsing of op non-actiefstelling als werkgeversrisico moet worden aangemerkt, óók indien deze maatregelen aan de werknemer zijn te wijten.

Het subsidiaire onderdeel 2 strekt ten betoge dat de rechtbank miskent dat in ieder geval vanaf de datum van de ziekte op de werkgever de verplichting tot loonbetaling rust.

Het meer subsidiaire onderdeel 3 richt zich tegen de overwegingen 3.6 in het tussenvonnis en 2.4 in het eindvonnis, die erop neerkomen dat aan het oordeel van de rechtbank niet afdoet de omstandigheid dat G. ten tijde van op non-actiefstelling al ziek was, nu, volgens de rechtbank, G. zich pas na de op non-actiefstelling heeft ziek gemeld zodat hij niet geacht kan worden de bedongen arbeid wegens ziekte niet te kunnen verrichten. Het onderdeel acht deze overwegingen onbegrijpelijk, en stelt dat de rechtbank bovendien heeft miskend dat art. 7:629 lid 1 spreekt over het door ziekte verhinderd zijn, zonder een voorafgaande ziekmelding te vereisen.

2.13. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht, en vervolgens nog gerepliceerd respectievelijk gedupliceerd.

### 3. *Het juridisch kader*

3.1. Het komt in deze zaak dienstig voor om voorafgaande aan de bespreking van de onderdelen van het cassatiemiddel, het juridisch kader nader te bezien. Ik doe dat aan de hand van de volgende sub-hoofdstukjes:

- A. het casustype,
- B. de bijzondere omgang met het casustype in deze zaak
- C. disciplinaire maatregelen in het arbeidsrecht, waaronder schorsing,
- D. pogingen om de schorsing wettelijk te regelen,
- E. de 'Wulbz',
- F. uitlatingen van de regering bij de behandeling van de Wulbz,
- G. uitlatingen van de regering bij de behandeling van de zgn. 'reparatiewet Flexwet'
- H. de betekenis van die uitlatingen voor de onderhavige zaak.

#### A. *Het casustype*

3.2. Het gaat in deze zaak om een regelmatig voorkomend casustype. Dat is het casustype waarbij een werkgever en/of een werknemer, met meer of minder reden, al langer vindt dat een vruchtbare samenwerking niet of nauwelijks meer mogelijk is. Vaak verslechteren de verhoudingen dan als het ware vanzelf.

Op een dag komt er een uitbarsting, waarbij de werkgever geconfronteerd kan worden met (naar zijn mening) zodanig wangedrag, dat de betrokken werknemer definitief niet langer meer op de werkvloer kan worden geduld.

Welke mogelijkheden biedt de wet onder zulke omstandigheden aan de werkgever?

3.2.1. Ten eerste kan de werkgever de werknemer op staande voet ontslaan (art. 7:677 BW). Is de werkgever er niet helemaal zeker van dat aan de vereisten voor een rechtsgeldig ontslag op staande voet is voldaan, dan is voor hem nog een korte tijd beschikbaar om advies in te winnen. Hij kan de werknemer hangende de tijd die daarvoor nodig is, schorsen (een 'inleidende' schorsing).<sup>12</sup>

3.2.2. De tweede mogelijkheid voor de werkgever is een ontbindingsverzoek op grond van art. 7:685 BW. Dit verzoek behoort binnen vier weken te worden behandeld. Ziekte van de werknemer behoeft die behandeling niet te vertragen.<sup>13</sup> De rechter kan het dienstverband terstond beëindigen.<sup>14</sup>

#### B. *De bijzondere omgang met het casustype in deze zaak*

3.3. Het valt op dat de werkgeefster, V&P, in deze zaak van de zojuist besproken eerste mogelijkheden geen gebruik gemaakt heeft, althans niet op korte termijn. Het bleef bij een schorsing.<sup>15</sup> Pas in april 1997, ruim een jaar later, diende V&P overeenkomstig het tweede alternatief een ontbindingsverzoek in. Reden van de late indiening was, naar zij zelf stelde, de hoop dat de werknemer via de WAO zou afvloeien.<sup>16</sup>

3.4. Zoals reeds bleek, heeft werkgeefster V&P in dit verband het standpunt ingenomen dat indien de werknemer de schorsing, aan zich zelf te wijten heeft, art. 7:627 in samenhang met art. 7:628, eerste lid, BW<sup>17</sup> meebrengt dat in zo'n geval niet werken een omstandigheid is die voor risico van de werknemer komt. Volgens V&P heeft de werknemer dus geen recht op loon, en dat óók niet tijdens zijn ziekte, nu de op non-actiefstelling daaraan is voorafgegaan. Zoals reeds bleek, heeft de rechtbank zich achter dit standpunt geschaard.

3.5. Aldus kon een situatie ontstaan waarin de werknemer 52 weken ziekgeld ontbeerde, omdat de werkgeefster het dienstverband niet beëindigde, maar in stand liet. In geval van

<sup>12</sup> Dit is volgens de rechtspraak toegestaan. Zie bijv. aant. 3, onder 'onverwijld opzegging', bij art. 7:677 in Kluwer's losbladige Arbeidsovereenkomst (Luttmer-Kat).

<sup>13</sup> Ten tijde van de onderhavige zaak speelde nog niet het door de Wet Flexibiliteit en Zekerheid geïntroduceerde reïntegratieplan als vertragende factor (een voorschrift dat per 1 april 2002 in het kader van de Wet Verbetering Poortwachter overigens weer is vervallen).

<sup>14</sup> Er bestaat ook nog de ontbinding wegens tekortkoming bedoeld in art. 7:686, doch deze (zelden gebruikte) mogelijkheid laat ik hier buiten beschouwing.

<sup>15</sup> Schorsing en op non-actiefstelling zijn geen wettelijke begrippen. Zij kunnen door elkaar worden gebruikt (vgl. M. van Eck, *ArbeidsRecht* 2002, afl. 8/9, p. 41), hetgeen ook in deze conclusie gebeurt. Productie K bij de depotakte in appel behelst de onderhavige schorsingsbrief.

<sup>16</sup> Zie punt 20 van het verzoek, dat bij CvA/CvE is overgelegd.

<sup>17</sup> Art. 7:628 is de opvolger van de oude artt. 1638c en 1638d BW. Bij de invoering van art. 7:628 is materieel geen wijziging beoogd: zie *Kamerstukken II* 23 438, nr.3, pp. 24-25; zie ook aant. 13 bij art. 7:628 in Kluwer's losbladige Arbeidsovereenkomst (Oibers).

beëindiging had de werknemer kunnen terugvallen op de vangnet-functie van de Ziektewet.<sup>18</sup>

3.6. Nu G. zich, begrijpelijkerwijs, bij een en ander niet neerlegde, roept dit (tenminste) de volgende, in het cassatiemiddel ook aan de orde gestelde vragen op.

De eerste vraag is of de werknemer die bij wijze van disciplinaire maatregel is geschorst, op grond van art. 7:672 jo. art. 7:628 eerste lid BW, inderdaad recht op loondoorbetaling ontbeert, zoals de rechtbank overeenkomstig de stellingname van V&P oordeelde.

De tweede vraag is of een werknemer, ziek geworden tijdens een periode waarin hij geen recht zou hebben op loon, nooit meer aanspraak kan maken op ziekgeld, derhalve ook niet wanneer de oorzaak van het niet hebben van de loonaanspraak is opgehouden te bestaan.

### C. *Disciplinaire maatregelen, waaronder de disciplinaire schorsing*

3.7. Omtrent disciplinaire maatregelen hangende het dienstverband, ook wel 'arbeidstuchtrecht' genoemd, kent het wettelijk arbeidsovereenkomstenrecht geen algemene regeling.

Er is een deelregeling in art. 7:650 BW voor het boetebeding. Artikel 7:650 stelt hieraan dwingendrechtelijke voorwaarden. Die voorwaarden zijn strikt. Zo moet de overeenkomst waarbij een boete wordt bedongen, de voorschriften vermelden, op overtreding waarvan boete is gesteld (lid 1). Het boetebeding moet schriftelijk worden aangegaan (lid 2). Het beding moet de bestemming van de boete vermelden, waarbij de boete niet ten voordele van de werkgever of de boete-opleggende functionaris mag strekken (lid 3). Binnen een week mag aan gezamenlijke boetes geen hoger bedrag worden opgelegd dan het in geld vastgesteld loon voor een halve dag (leden 4 en 5). Voor werknemers met een beloning hoger dan het minimumloon mag van de leden 3-5 schriftelijk worden afgeweken, maar dan is er steeds een rechterlijk matigingsrecht (lid 6).

3.8. Het ontbreken van zowel een algemene bepaling als specifieke bepalingen omtrent andere sancties dan de boete, betekent niet dat 'tuchtrechtelijk' optreden door de werkgever niet mogelijk zou zijn. Een categorale ontkenning daarvan zou niet stroken met het tot de arbeidsovereenkomst behorende werkgeversgezag. Een mondelinge of schriftelijke berisping als corrigerend instrument, vloeit als haast vanzelfsprekend uit de gezagsverhouding voort. Ook verdergaande maatregelen kunnen, al naar gelang de omstandigheden, juridisch acceptabel zijn. Het ligt voor de hand om aan te nemen dat de werkgever onder omstandigheden – binnen de grenzen van het goed werkgeverschap – bevoegd is de werknemer (althans korte tijd) met behoud van loon te schorsen.<sup>19</sup>

3.9. Indien de disciplinaire maatregelen leiden tot een afwijking van de materiële arbeidsvoorwaarden zoals recht op loon en vakantie, dan zal daar evenwel een individuele of collectieve

arbeidsovereenkomst aan ten grondslag moeten liggen. De memorie van toelichting bij het – overigens weer ingetrokken – wetsvoorstel 23 974 verwoordde dit als volgt:

'De Sociaal-Economische Raad gaat er in zijn advies vanuit dat voor de bevoegdheid tot tuchtrechtelijk optreden van de werkgever een wettelijke regeling niet vereist is. Met deze opvatting kan worden ingestemd, maar wel zal als algemeen uitgangspunt moeten worden aanvaard dat de werkgever zich voor het nemen van disciplinaire maatregelen die leiden tot aantasting van overeengekomen arbeidsvoorwaarden zal moeten kunnen baseren op de toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomst of op de individuele arbeidsovereenkomst. Het is mogelijk dat de bevoegdheid tot het nemen van minder vergaande disciplinaire maatregelen voortvloeit uit de op de ondergeschiktheidsverhouding gebaseerde bevoegdheid tot het geven van ordevoorschriften. De bevoegdheid vindt haar grenzen in de eisen van het goed werkgeverschap en mag niet worden misbruikt.<sup>20</sup>

Anders gezegd: maatregelen als degradatie, plaatsing in een lagere loonschaal en, zo reken ik daar ook toe: schorsing met inhouding van loon, zijn slechts toelaatbaar indien zij uitdrukkelijk zijn overeengekomen.

3.10. Voor zover ik weet, heeft de Hoge Raad zich hierover nooit expliciet uitgesproken. Maar er zijn wel aanwijzingen dat een zodanige zienswijze (ook) die van de Hoge Raad is.

In een arrest van 1925<sup>21</sup> verwierp de Hoge Raad een cassatieberoep tegen het oordeel van de Amsterdamse rechtbank, gebaseerd op art. 1638d (oud) BW, dat bij schorsing loon moest worden doorbetaald. Het niet gebruik maken van de arbeid van de werknemer ten gevolge van de schorsing was door de rechtbank aangemerkt als 'eigen schuld' van de werkgever in de zin van dat artikel. De Hoge Raad kon zich daarmee verenigen. De stelling van de werkgever dat schorsing als vanzelf verlies van loon zou meebrengen, was door de rechtbank verworpen, terwijl de Hoge Raad daarover oordeelde: 'dat (...) niet kan worden ingezien waarom schorsing niet gepaard kan gaan met behoud van loon'.

In het bekende arrest Gerritse/Has van 1993<sup>22</sup> ging het om de uitleg van een CAO-bepaling over disciplinaire maatregelen. De Hoge Raad overwoog:

<sup>18</sup> De eventuele omstandigheid dat de werknemer een uitkering uit een particuliere verzekering ontvangt, kan daaraan m.i. niet afdoen.

<sup>19</sup> Zie bijv. de uitvoerige aant. 3.2 bij art. 7:611 in Kluwer's losbladige Arbeidsovereenkomst (Heerma van Voss), met vele verwijzingen (geraadpleegde tekst is die van suppl. 168 van augustus 1996).

<sup>20</sup> Kamerstukken 23 974, nr. 3 p. 2 midden.

<sup>21</sup> HR 20 november 1925, NJ 1926, p. 166 (Paleis voor Volksvlijt/Roemer), uitvoerig aangehaald in de s.t. namens G., pp. 6-8.

<sup>22</sup> HR 17 september 1993, NJ 1994, 173 m.nt. PAS onder HR 24 september 1993, NJ 1994, 174, SMA 1994, p. 45 m.nt. Olbers.

'Aan de bewoordingen van een CAO mogen in het bijzonder hoge eisen van duidelijkheid worden gesteld in een geval als het onderhavige, waarin het gaat om een door de werkgever ingeroepen bevoegdheid tot het nemen van de voor de werknemer zeer bezwarende maatregel van plaatsing in een functie met lager loon dan deze voordien had, zulks bij wijze van disciplinaire sanctie.'

Als aan de bewoordingen van een beding in een CAO met een disciplinair karakter bijzonder hoge eisen mogen worden gesteld, dan veronderstelt dat a fortiori dat er een beding is. Laatstbedoelde eis is net zo goed te stellen als het, zoals in casu, gaat om een individuele arbeidsovereenkomst.

Nog een aanwijzing voor een zodanige zienswijze van de Hoge Raad is te vinden in een arrest van enkele maanden eerder in 1993: Chicopee/-Van Gerwen.<sup>23</sup> Het ging in die zaak om een werknemer, Van Gerwen, die hangende een ontbindingsprocedure op non-actief was gesteld, met behoud van loon. Later kwam Chicopee erachter dat de werknemer tijdens de loon-doorbetaling reeds vele maanden werkzaam was in een nieuwe functie (als directeur van een verzekeringsmaatschappij). Chicopee vorderde het doorbetaalde loon over de desbetreffende periode terug. De kantonrechter wees dat toe, de rechtbank wees het af. De Hoge Raad overwoog:

'Niet uitgesloten is dat het in bepaalde omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn dat de op non-actief gestelde werknemer aanspraak maakt op doorbetaling van loon terwijl hij elders betaalde arbeid verricht.'

Ook dat duidt op het uitgangspunt dat tijdens schorsing loon doorbetaald dient te worden, tenzij anders overeengekomen.

3.11. Het vereiste van een uitdrukkelijk beding voor schorsing zonder doorbetaling van loon is in de literatuur de heersende, algemene opvatting.<sup>24</sup>

3.12. Het voorgaande brengt mij tot de volgende tussenconclusie: een éézijdige afwijking van de arbeidsvoorwaarden is, ook bij wege van disciplinaire maatregel, zonder onderliggende overeenkomst als regel niet toegestaan.

Ook de disciplinaire maatregel van schorsing zonder behoud van loon, behoeft derhalve een contractuele grondslag, oftewel een beding: net zo goed als het wettelijk geregelde boetebeding. Ik cursiveer 'beding' niet zonder reden.

Het boetebeding is door de wetgever dan bovendien nog, zowel in het algemeen (in artt. 6:91-6:94) als meer in het bijzonder in het arbeidsovereenkomstenrecht (in art. 7:650) aan allerlei wettelijke beperkingen onderworpen.

3.13. Of in individuele arbeidsovereenkomsten vaak de mogelijkheid tot disciplinaire maatregelen is opgenomen, is mij niet bekend. Wel ziet men ze met enige regelmaat in CAO's.

Bakels' Schets van het Nederlands Arbeidsrecht schrijft in dit verband nog dat een behoorlijke procedure ter waarborging van de rechten van der

werknemer moet zijn opgenomen, wil een CAO op dit punt algemeen verbindend worden verklaard.<sup>25</sup>

3.14. De hier behandelde disciplinaire schorsing moet overigens niet worden verward met de schorsing die onder bepaalde omstandigheden als inleiding op (eventueel) een ontslag op staande voet is toegestaan. Dit is de korte tijdspanne die de werkgever zich mag gunnen om zich ervan te vergewissen dat er werkelijk een dringende reden is.<sup>26</sup>

#### D. Pogingen om de schorsing bij wet te regelen

3.15. In het kader van de werkzaamheden voor het nieuwe BW hebben er plannen bestaan de schorsing wettelijk te regelen.

Het voorontwerp van 1972 van de hand van M.G. Levenbach voor de regeling van de arbeidsovereenkomst in het NBW omvatte bepalingen over zowel de schorsing als disciplinaire straf, als de schorsing ter inleiding van een eventueel ontslag op staande voet. De desbetreffende bepalingen waren neergelegd in de art. 7.10.1.7 respectievelijk art. 7.10.5.13.<sup>27</sup>

Het ontworpen art. 7.10.1.7 betrof de schorsing als disciplinaire maatregel en luidde:

'1. Een bevoegdheid van de werkgever om de arbeider bij wijze van straf te schorsen kan slechts volgen uit een arbeidsreglement of een schriftelijke overeenkomst.

2. In het arbeidsreglement of de overeenkomst moeten de voorschriften op welke overtreding de straf van schorsing is gesteld, alsmede de duur van de daarvoor gestelde schorsing bepaaldelijk worden aangegeven.

3. De duur van de schorsing van een arbeider zonder behoud van recht op zijn loon mag ten hoogste twee dagen bedragen. De duur van de gezamenlijke schorsingen zonder behoud van loon wegens overtredingen die binnen een week ter kennis van de werkgever zijn gekomen of redelijkerwijze hadden kunnen komen, mag niet langer zijn.

4. De bevoegdheid van de werkgever tot schorsing vervalt door verloop van dertig dagen, te rekenen van de dag dat de overtreding ter kennis van de werkgever is gekomen of redelijkerwijze had kunnen komen.

23 HR 1 juli 1993, NJ 1993, 666 m.nt. PAS.

24 Aldus reeds Meijers, De Arbeidsovereenkomst, 1924, p. 123. Zie voorts onder meer: Van der Grinten's Arbeidsovereenkomstenrecht, 20e druk 2002, hfst. 13, par. 4 en 5 (p. 173 e.v.); H.L. Bakels' Schets van het Nederlands Arbeidsrecht, 16e druk 2000, p. 67; J.M. van Slooten in *ArbeidsRecht* 1998/10 p. 11; Asser-Kortmann-De Leede-Thunissen, 1994, nr. 350; losbladige Arbeidsovereenkomst, aant. 3 op art. 7:628 (Olbers); M.M. Olbers in 'De arbeidsovereenkomst in het NBW', 1991, p. 76; vgl. ook even genoemde noot van P.A. Stein in NJ 1994, 174.

25 A.w., p. 210.

26 Zie §3.2.1 supra.

27 'Groene boek' 1972, p. 295 en 309.

5. Ter zake van hetzelfde feit kan niet naast een schorsing een boete worden opgelegd.

6. Van dit artikel kan slechts worden afgeweken bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een publiekrechtelijk orgaan.'

In de toelichting lezen wij onder meer:

'In de wet van 1907 is van de disciplinaire maatregelen enkel de boete uitdrukkelijk geregeld en daarbij aan dwingende bepalingen onderworpen. Er bestaat aanleiding om thans verder te gaan en ook regelen te stellen over de schorsing, al dan niet met behoud van loon, als disciplinaire maatregel. De ontworpen regeling sluit zo veel mogelijk aan bij hetgeen in het vorige artikel over de boete werd bepaald.

Volgens de huidige wet moet het niet betalen van loon tijdens schorsing primair beoordeeld worden aan de hand van artikel 1638d; van de regeling van dit artikel mag echter onbepaald, zij het niet bij enkel-mondelinge overeenkomst, worden afgeweken. In het ontwerp wordt de schorsing als straf zonder behoud van loon slechts toegelaten voor ten hoogste twee dagen. Hiervan en ook van de overige bepalingen van het artikel is afwijking slechts toegelaten bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een bevoegd publiekrechtelijk orgaan.<sup>28</sup>

Duidelijk is dat een inperking van de contractsvrijheid werd beoogd, op dezelfde voet als bij het boetebeding.

3.16. Omdat de regering kort voor de indiening van het wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.10 – wetsvoorstel 23438, ingediend op 7 oktober 1993 – nog studeerde op een nader advies van de SER over de schorsingsbepalingen, werden bepalingen daarover in genoemd wetsvoorstel nog niet 'meegenomen'.<sup>29</sup>

3.17. Het nader advies van de SER, dat in augustus 1993 was afgekomen, wees een bepaling over de schorsing als inleiding tot een ontslag op staande voet, unaniem af. De SER was van oordeel dat de in de rechtspraak ontwikkelde regels dusdanig bevredigend werkten dat er aan de voorgestelde regeling geen behoefte was. Daarom zag de regering van een regeling in de zin van art. 7.10.5.13, definitief af.<sup>30</sup>

3.18. Voor de schorsing als disciplinaire maatregel kwam de regering echter wél met een voorstel. Dit in §3.9 al even genoemde wetsvoorstel 23 974 bevatte een art. 7:651 dat ongeveer gelijklopend was in het in §3.15 geciteerde art. 7.10.1.7. De memorie van toelichting vermeldde onder meer:

'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 als schriftelijk of bij reglement is afgeweken van artikel 1638d*

*de werkgever de bevoegdheid tot schorsing zonder behoud van loon toekomt.*<sup>31</sup>

Ook dit voorstel haalde de eindstreep niet. Van bezwaren tegen bovenvermeld citaat blijkt evenwel niets. Bij de mondelinge behandeling liet de Tweede Kamer eenvoudig weten dat de rechtspraktijk, in het bijzonder de nadere invulling in CAO's, geen problemen liet zien.

Dit was voor de ministers Sorgdrager en Melkert aanleiding bij brief van 30 november 1995 het voorstel in te trekken.<sup>32</sup>

3.19. Uit het voorgaande blijkt dat het standpunt van de regering tot zo ver geheel conform de heersende leer is geweest. Ook blijkt uit het voorgaande dat de regering geen 'ongebreidelde' contractsvrijheid waar het schorsing zonder loon betreft, voorstond, integendeel. De probleemloze (met name: CAO-)praktijk weerhield haar evenwel van een wettelijke ingreep.

#### E. De 'Wulbz'

3.20. Kort na de intrekking van dit wetsvoorstel 23 974, trad, op 1 maart 1996, de Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte (Wulbz)<sup>33</sup> in werking.

De Wulbz introduceerde een volledig eigen werkgeversrisico voor de loonbetaling tijdens de eerste 52 weken van de ziekte.<sup>34</sup> De Ziektewet fungeert sindsdien alleen nog als 'vangnet' voor bijzondere gevallen, waaronder het geval van werknemers wier dienstverband hangende de ziekte eindigt.

3.21. De regeling werd neergelegd in art. 7:629 BW.

Daarvan bepaalt het eerste lid dat de werknemer recht heeft op doorbetaling van (een gedeelte van) zijn loon *'indien hij de bedongen arbeid niet heeft verricht omdat hij in verband met ongeschiktheid ten gevolge van ziekte (...) daartoe verhinderd was.'*

Het was uitdrukkelijk de bedoeling dat voor de werkgever geen plicht tot doorbetaling van loon zou bestaan indien de verhindering om te werken primair een *andere* oorzaak dan ziekte had. In de toelichting verwoordde de regering dit als volgt:

'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 loonbetalingsverplichting niet. Te denken valt aan het geval van een gedeti-

28 Toelichting, p. 1045; zie over de geschiedenis ook S.W. Kuip in SR 1992/4, p. 103 e.v.

29 Vgl. Kamerstukken II 23 974, nr. 3 (MvT), p. 1.

30 Ibidem.

31 MvT, p. 6; mijn cursivering, A-G.

32 Kamerstukken II 23 974, nr. 16.

33 De onderliggende Kamerstukken hebben het nr. 24439. Zie over de Wulbz in het algemeen de kleine monografie van Fase, Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte (1996).

34 Vanaf 52 weken is er eventueel de WAO.

neerde, wiens dienstverband tijdens detentie doorloopt en die tijdens zijn detentie ziek wordt. Zo'n werknemer heeft thans ingevolge artikel 42 ZW ook geen aanspraak op ziekengeld.<sup>35</sup>

3.22. De wetgever wilde, voor zover hier van belang, kennelijk bij dit stelsel aansluiten. Wat stond er in dit (nu vervallen) art.42 ZW, voor zover hier van belang? Ik citeer:

'1. Aan de verzekerde wordt geen ziekengeld uitbetaald over de tijd gedurende welke hij is opgenomen in een gevangenis, rijkswerkinrichting of rijksinrichting voor kindbescherming [...] (mijn curs., A-G).'

Na het ontslag uit de gevangenis (etc.), werd het ziekengeld dus gewoon weer wél uitbetaald.<sup>36</sup>

3.23. Daaruit laat zich afleiden dat in het kader van de Wulbz de regering voor ogen stond om weliswaar aan de werkgever niet de 'voordelen' te onthouden die onder de Ziektewet ook toekwamen aan het uitkeringsorgaan, als het ging om zieke, tijdelijk gedetineerde werknemers. Maar uit niets laat zich afleiden – eerder het tegendeel – dat na afloop van de detentie de aanspraak ziekengeld niet weer gewoon herleeft: nu richting werkgever, zoals voorheen richting sociale-verzekeringsinstelling.

3.24. Per saldo vloeit hieruit voort dat het recht op loonbetaling tijdens ziekte weer herleeft indien de oorzaak die de regering als de 'primaire' oorzaak betitelde, is opgehouden te bestaan. Dan is er immers weer sprake van een situatie waarin niet wordt gewerkt enkel omdat de betrokkene wegens ziekte daartoe verhinderd is. De regeling is in dit opzicht sluitend en voor de hand liggend: de ziekte mag de werknemer niet tot voordeel strekken maar hij mag er, ten opzichte van de situatie onder vigeur van de Ziektewet, ook niet op achteruit gaan.

De bedoeling van de Wulbz was immers (juist) niet om loonkosten tijdens ziekte af te wentelen op een sociale verzekering als het 'vangnet' van de Ziektewet<sup>37</sup> (of bij gebreke daarvan op een voorziening als de Algemene Bijstandswet, A-G). De bedoeling van de Wulbz was: het ziekteverzuim terugdringen, met als instrument het daartoe prikkelen van de werkgever, door hem voor 52 weken loonbetaling aansprakelijk te houden.

3.25. Ik geef nog twee illustratieve voorbeelden ter afronding van dit hoofdstukje. De bouwvakker die wegens een gebroken arm niet in staat is te werken, heeft aanspraak op loonbetaling ingevolge art. 7:629 lid 1. Wordt de werknemer hangende zijn ziekteperiode opgeroepen om een korte straf uit te zitten, dan zal zijn aanspraak op loon vervallen. Maar is de arm na ontslag uit detentie nog in het gips, dan zal de aanspraak weer herleven. Dit was onder de (oude) Ziektewet niet anders.

Van Slooten geeft als voorbeeld een geval waarin de oude Ziektewet niet expliciet voorzag: de staker die ziek wordt krijgt geen loon tijdens staking, ondanks de ziekte. Hij krijgt wél loon na

de beëindiging van de staking, ondanks het ziek worden tijdens de staking.<sup>38</sup>

3.26. Steun voor deze visie is ook te ontleen aan het systeem van art. 7:629, in lid 3, onder b en c. Aldaar wordt het recht van de werknemer op loon tijdens ziekte in bepaalde gevallen gekort, kort gezegd als de werknemer zijn genezing belemmert of vertraagt, of als hij geen vervangende passende arbeid wil verrichten. Dat brengt evenwel geen definitief verlies van doorbetaling van loon mee, doch slechts 'voor de tijd gedurende' een dergelijk obstakel speelt.

#### F. *Uitlatingen van de regering bij de behandeling van de Wulbz*

3.27. Bij de behandeling van het ontwerp voor de Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte (Wulbz) zijn van de kant van de regering enige uitlatingen gedaan die verweerster, en naar ik aanneem ook de rechtbank, op een spoor hebben gezet dat leidt tot het oordeel dat een eenmaal geschorste werknemer bij ziek worden geen aanspraak op loonbetaling heeft.

Het gaat hier om het antwoord in de Nota naar aanleiding van het verslag van de Tweede Kamer over het gebruik van de 'vangnet-functie' van de Ziektewet. We moeten daarbij in het achterhoofd houden dat – vanwege de door de Wulbz voorgestane marktwerking – de discussie vooral (de realisatie van) de beperking van het beroep op de vangnet-functie van de Ziektewet betrof.

Om te bezien hoe wij de uitlatingen van de regering moeten plaatsen en welke betekenis daaraan ware toe te kennen, geef ik de passages in de nu volgende paragraaf in extenso weer.

3.28. De passage in de Nota n.a.v. het verslag bij w.v. 24 439 waarnaar V&P in appel heeft verwezen<sup>39</sup>, reageert op de volgende vragen:

'Het komt de leden van de GroenLinks-fractie voor dat de 'gebruikersruimte' van de vangnet-Ziektewet erg groot is.

Deze leden hebben hierboven al aangegeven dat zij voorzien dat werkgevers geneigd kunnen zijn te bezien in hoeverre zij hun risico op dat vangnet kunnen afwentelen (...)

(...)

(...)

Verder willen de leden van de fractie van GroenLinks graag weten wat de positie is van de staker die ziek wordt. Kan hij een beroep doen op de vangnet-Ziektewet? Kan de

35 *Kamerstukken II* 24 439, nr.3, p. 59.

36 De Ziektewet kwam de gedetineerde en zijn omgeving nog verder tegemoet. Krachtens art. 42, lid 2 ZW, kon het uitkeringsorgaan tijdens de detentie het ziekengeld geheel of gedeeltelijk uitkeren aan personen, voor wie de gedetineerde kostwinner was. En als dat niet gebeurde was, kon er na ontslag uit detentie alsnog uitgekeerd worden op de voet van art. 42 lid 3 ZW.

37 Vgl. MvT bij w.v. 24 439, TK 1995-1996, nr 3, p. 1 e.v., verwijzend naar o.m. het regeerakkoord ('Paars I', A-G).

38 J.M. van Slooten, *Arbeid en loon*, diss. 1999, p. 294.

39 MvG in incidenteel appel, punt 36. Zie ook nr.3.7 van de s.t. namens V&P.

regering voorts toelichten wat de positie is van een werknemer die geschorst is en van een werknemer die geen loon ontvangt wegens een situatie die niet voor risico van de werkgever komt?

en:

'De leden van de RPF-fractie vragen of de regering niet te optimistisch is over de mate waarin in de toekomst een beroep wordt gedaan op de Ziektewet. In hoeverre is het gebruik van de vangnetvoorziening naar het oordeel van de regering beheersbaar en is afschuifgedrag te voorkomen? (...)

De leden van de RPF-fractie informeren eveneens welke voorziening bestaat voor werknemers, die deelnemen aan een staking en ziek worden. Moeten zij niet ook onder de vangnetvoorziening vallen, zo vragen deze leden.<sup>40</sup>

In de Nota naar aanleiding van het verslag antwoordden de bewindslieden als volgt:

'De staker die ziek wordt kan – dit in antwoord op een vraag van de leden van de GroenLinks- en de RPF-fractie – geen beroep doen op de vangnet-Ziektewet. Dit geldt evenmin voor de werknemer die *geschorst is of geen loon ontvangt wegens een situatie die niet voor risico van de werkgever komt*.<sup>41</sup> In deze gevallen is gewoon sprake van een lopende arbeidsovereenkomst; de dienstbetrekking is niet geëindigd (art. 29, tweede lid, onderdeel c, ZW). De vangnet-Ziektewet is, de uitzonderingen van de artikelen 29a en 29b daargelaten, alleen bedoeld voor werknemers die geen werkgever (meer) hebben op het moment dat zij ziek zijn. 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.<sup>42</sup>

3.29. Dit antwoord van staatssecretaris Linschoten en de ministers Sorgdrager en Dijkstal blinkt niet uit door helderheid. Mijn tekstanalyse is de volgende.

Allereerst willen de bewindslieden de Kamerleden die kennelijk bevreesd zijn voor een te groot beroep op het Ziektewet-vangnet, geruststellen door de stakende werknemer, die ziek wordt, 'gewoon' (hun woordkeuze) naar diens eigen werkgever te verwijzen voor loondoorbetaling.

Vervolgens doen de bewindslieden er, kennelijk om de Kamer te behagen, nog een schep bovenop: door te zeggen dat een beroep op het Ziektewet-vangnet óók al niet opgaat, omdat de werknemer van zijn werkgever ook al niets zou krijgen, omdat hij staakt, 'of geschorst is'.

3.30. Dit tweede argument hadden de bewindslieden beter niet kunnen toevoegen. Het was, na het eerste argument, overbodig. Bovendien is het

deels innerlijk tegenstrijdig met het eerste argument, althans misverstand wekkend. Het is immers merkwaardig om te zeggen dat de werknemer een aanspraak op de werkgever heeft (en dus niet op de Ziektewet), en vervolgens te zeggen dat de werknemer die aanspraak ook niet op de werkgever heeft. Dat kan niet kloppen. Het juiste antwoord kan m.i. alleen maar zijn: tijdens de staking helemaal geen aanspraak, en na afloop van de staking: niet op de Ziektewet, maar wél op de werkgever.

Dat zo'n antwoord van de bewindslieden verwarring oproept, blijkt in deze procedure.

3.31. In de context van de onderhavige procedure sta ik – natuurlijk – nog stil bij de passages over de geschorste werknemer. Wij zagen al dat vanuit de Tweede Kamer ook naar hem expliciet werd gevraagd, naast de vragen over de staker.

3.31.1. De tekstanalyse moet in principe hetzelfde luiden. Geen vrees voor de Ziektewet: de geschorste, ziek geworden werknemer kan en moet terecht bij zijn werkgever.

En hoe zit het hier met de ongelukkige 'schep er bovenop' van de bewindslieden? Gaat een beroep op het Ziektewet-vangnet hier óók reeds niet op, omdat de geschorste, ziek geworden werknemer ook al niets kreeg van zijn werkgever, omdat hij geschorst was?

Een stuk 'huiswerk' van de toenmalige bewindslieden moet hier worden gecorrigeerd resp. overgedaan.

3.31.2. De bewindslieden lijken er inderdaad – dit zij V&P toegegeven – impliciet van uit te gaan, dat de geschorste werknemer geen loonaanspraken op zijn werkgever heeft (net zo min als de staker). De bewindslieden zeggen dat echter niet expliciet. In het licht van de hierboven gerapporteerde heersende leer, meen ik: terecht niet.

Ik denk dat de verwarring die de bewindslieden kennelijk heeft bevangen, en die later is gaan doorwoekeren (zie hierna), zich laat verklaren uit de wijze van vraagstelling van de fractie van GroenLinks, en uit een te haastige lezing daarvan.

3.31.3. De fractie van GroenLinks vroeg naar de positie van de werknemer die geschorst is en van een werknemer die geen loon ontvangt wegens een situatie die niet voor risico van de werkgever komt.

Wie de hier gecursiveerde woorden leest, en wie haast heeft (om het parlement gauw te antwoorden), kan de woorden van de vragende fractie gemakkelijk op één hoop gooien. Aldus laat zich gemakkelijk verklaren dat de bewindslieden de positie van 'de werknemer die geschorst is' inderhaast op één hoop hebben gegooid met: de positie van 'een werknemer die geen loon ontvangt wegens een situatie die niet voor risico

40 *Kamerstukken II*, 24 439 nr.5 (d.d. 8 november 1995), pp. 43 en 44.

41 Mijn cursivering, A-G.

42 *Kamerstukken II* 24 439, nr.6 (d.d. 14 november 1995), p. 51.

van de werkgever komt': als ware het een species van een genus.

Aldus is de suggestie gewekt dat de werknemer die geschorst is, zich steeds bevindt in een situatie die niet voor risico van de werkgever komt.

Naar hierboven is uiteengezet, is dit een suggestie die óf getuigt van een vermoedelijk door haast veroorzaakt ongelukje, óf (zonder enige motivering en zonder dat de vraag, mits goed gelezen, daartoe aanleiding gaf) revolutionair zou zijn.

De eerste verklaring is vanzelfsprekend aanemelijk; en de tweede niet.

3.32. Bezien wij – per saldo – de context waarin de vragen zijn gesteld en waarin het antwoord is gegeven, dan ben ik van oordeel dat de regering niets heeft willen zeggen over het recht op loon tijdens een schorsing, voor zover het om de schorsing als eventuele oorzaak van verlies van de loonaanspraak gaat. Zij heeft mijns inziens slechts willen benadrukken dat hangende een dienstverband de werknemer geen 'vangnetter' kan worden. Daarbij heeft zij kennelijk inderhaast voortgeborduurd op een ten onrechte in de vraagstelling besloten geachte stelling dat de werknemer, niet ziek zijnde, geen loonaanspraken zou hebben: en zonder, als het er écht in besloten zou liggen, die stelling te controleren en er alsdan afstand van te nemen.

3.33. Ondertussen is het voorbeeld van de geschorste werknemer in de zo-even besproken Nota naar aanleiding van het verslag bij wetsvoorstel 24 439 misschien een eigen leven gaan leiden en daarmee onbedoeld de aanleiding geweest tot uitlatingen bij de behandeling van wetsvoorstel 26 257 dat onder meer diende tot reparatie van in de met ingang van 1 januari 1999 in werking getreden Wet Flexibiliteit en Zekerheid ('Repa-Flexwet'). Daarover thans.

#### G. *Uitlatingen van de regering ten tijde van de behandeling van de 'Repa-Flexwet'*

3.34. Bij de behandeling, in 1998, van het voorstel voor de zgn. Repa-Flexwet<sup>43</sup> werden vanuit de Tweede Kamer vragen gesteld over de mogelijkheden om van de hoofdregel van art. 7:628, lid 1, over de loondoorbetaling bij ziekte, af te wijken. Deze vragen luiden:

'In het nieuwe lid 5 van art. 628 van Boek 7 BW wordt de mogelijkheid tot uitsluiting van dit artikel bij schriftelijke overeenkomst beperkt tot een duur van 6 maanden. In dit verband is gedacht aan het beperken van de afwentelingmogelijkheid van wat in de stukken het ondernemingsrisico wordt genoemd, namelijk gebrek aan werkaanbod. Nu blijkt dit artikel in de praktijk ook te worden gebruikt om te bepalen dat de werknemer geen recht op loon heeft in geval van schorsing van de werknemer of in geval een shorttime-vergunning is afgegeven. Uit de stukken blijkt niet dat de beperking van de uitsluitingsmogelijkheid van de loondoorbetalingsplicht in deze geval-

len ook bedoeld is. Uitsluiting van de loondoorbetalingsplicht bij schriftelijke overeenkomst voor onbepaalde tijd zou, onverlet het gestelde in het hiervoor genoemde punt a over afwijking bij CAO, dan in dergelijke gevallen in de rede liggen. De leden van de CDA-fractie zouden hieromtrent nader geïnformeerd willen worden.

De leden van de de D66-fractie vragen om een reactie op het commentaar van de werkgroep Ontslagrecht op het punt van de loondoorbetalingsplicht en vragen, onder verwijzing naar het commentaar van Kuip, of schorsing onder inhouding van loon inderdaad niet meer kan als de arbeidsovereenkomst 6 maanden bestaat en of eerst na verstrijken van 6 maanden bij CAO kan worden afgeweken.<sup>44</sup>

De regering antwoordde als volgt:

'De leden van de fracties van de VVD en van de CDA vroegen zich af of ook in geval de loondoorbetaling wordt gestopt als gevolg van schorsing van de werknemer of collectieve arbeidstijdverkorting het vereiste van overeenkomst bij CAO of regeling van een bevoegd bestuursorgaan geldt als bedoeld in artikel 628 lid 7.

In artikel 627 is de hoofdregel neergelegd voor de doorbetalingsverplichting: geen loon is verschuldigd voor de tijd gedurende welke de werknemer de bedongen arbeid niet verricht. Artikel 628 ziet op de bijzondere situatie waarin de overeengekomen arbeid niet is verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor het risico van de werkgever komt.

Daarbij kan worden gedacht aan vermindering van werk voor seizoensinvloeden, aan een situatie waarin het werk tijdelijk stil ligt als gevolg van een verbouwing van het bedrijfspand, of aan een teruggang in opdrachten. In deze situaties worden de mogelijkheden om de loondoorbetalingsverplichting weg te contracteren beperkt. Artikel 628 heeft derhalve geen betrekking op het stoppen van de loondoorbetaling in de, door deze fractie bedoelde, situatie waarin er sprake is van een disciplinaire maatregel en de werknemer wordt geschorst. (...)

Zoals in antwoord op vragen van de leden van de fracties van VVD en CDA hiervoor al is aangegeven zien de afwijkingsmogelijkheden in de leden 5 én 7 van artikel 628 niet op de

43 Voluit: Wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 en van enige andere wetten (*Kamerstukken II 26 257; Stb. 1998, 741*) teneinde (volgens de considerans) 'enkele wijzigingen van wetstechnische of ondergeschikte aard aan te brengen in verband met geconstateerde wetstechnische onvolkomenheden'.

44 *Kamerstukken II 26 257, nr. 5* (d.d. 13 november 1998), pp. 2-3; mijn cursivering, A-G.

situatie waarin de werknemer wordt geschorst onder inhouding van loon.<sup>45</sup>

3.35. Ook tijdens het mondeling wetgevings-overleg bleef de regering, bij monde van minister De Vries, bij dit standpunt. Een citaat uit het verslag daarvan:

'Ik kom nu concreter op een aantal artikelen. 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 de disciplinaire maatregel als schorsing van de werknemer. Mevrouw Bussemaker vroeg naar de relatie met de ontwijkmogelijkheid bij schriftelijke arbeidsovereenkomsten en/of bij CAO, met als draaipunt zes maanden. Deze ontwijkmogelijkheid 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 behoort 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.<sup>46</sup>

H. *De betekenis van die uitlatingen voor de onderhavige zaak*

3.36. Bij de vraag welke betekenis aan deze uitlatingen ware toe te kennen, zou ik op de volgende punten willen wijzen.

a. De uitlatingen staan haaks op zowel de heersende leer als op eerdere uitlatingen over de mogelijkheden tot schorsing. Nog maar enkele jaren eerder stond de regering bij de behandeling van het wetsvoorstel over het arbeidstuchtrecht, een wetsvoorstel dat toegespitst was op o.m. de regeling van de schorsing (zie supra §3.18), geheel in overeenstemming met de heersende leer, op het standpunt dat de mogelijkheid van schorsing met inhoud van loon slechts kon worden bewerkstelligd in een schriftelijke overeenkomst of reglement. Thans laat zij zich, zonder motivering, ontvallen dat voor die mogelijkheid in het geheel geen afwijking noodzakelijk is omdat schorsing zonder doorbetaling reeds uit de hoofdregel van (thans) art. 7:628 zou voortvloeien.

b. Hoewel met de invoering van art. 7:628 per 1 april 1997 geen materiële wijziging is beoogd te opzichte van (het vroegere) art. 1638d<sup>47</sup>, zou daarvan thans – zonder motivering – ineens wel sprake zijn.

c. In gevallen waarin van de werkgever inderdaad niet kan worden gevergd dat hij de werknemer ooit nog toelaat, zou de opvatting tot gevolg hebben dat de schorsing de facto een wijze van beëindiging wordt. Er zou met een schorsing kunnen worden volstaan, met een inhoudsloze

overeenkomst als gevolg. De werkgever zou de werknemer als het ware kunnen laten 'bungelen'.

d. Aldus zou de schorsing in feite de functie van een ontslag op staande voet kunnen vervullen, zonder dat aan de eisen voor dat ontslag wordt voldaan.<sup>48</sup>

e. Een schorsing zonder loon voor langere tijd, laat staan voor onbepaalde duur (zonder regeling van voorwaarden waaronder zij opgeheven wordt), is innerlijk tegenstrijdig.

f. Een bevoegdheid tot schorsen met inhouding van loon zonder méér, past niet in de wets-systematiek. Die bevoegdheid is bijvoorbeeld niet te rijmen met beschermende bepalingen als art. 7:650 over de boete. Van der Grinten<sup>49</sup> acht de opvatting van de regering dan ook met die bepaling in strijd.

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' (zie supra onder F, nrs. 3.27-3.32). 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.

Ook aan de geschiedenis van de Reparatiewet Flexwet, komt naar mijn mening ten deze dan ook geen betekenis toe.

3.38. Eerder in deze conclusie heb ik in een paar voetnoten bij aldaar geciteerde Kamerstukken kalenderdata vermeld. Eerst ten aanzien van de 'Wulbz':

– Verslag: *Kamerstukken II*, 24 439 nr.5 d.d. 8 november 1995 (65 pp.);

– Nota n.a.v. het verslag: *Kamerstukken II*, 24 439, nr.6 d.d. 14 november 1995 (78 pp.); en wat de 'Repa-Flexwet' betreft:

– Verslag: *Kamerstukken II* 26 257, nr.5 d.d. 13 november 1998 (8 pp.)

– Nota n.a.v. het verslag: *Kamerstukken II* 26 257, nr.7: 20 november 1998 (19 pp.);

– *Kamerstukken II* 26 257, nr.12: verslag wetgevingsoverleg d.d. 23 november 1998 (21 pp.).

3.39. Men ziet de zéér korte intervallen tussen de Verslagen en de aansluitende Nota's (en het mondeling wetgevingsoverleg bij de 'Repa-Flexwet'). Dat klemmt te meer als men de hierboven tevens aangegeven omvang van de betrokken kamerstukken beziet.

<sup>45</sup> *Kamerstukken II* 26 257, nr.7 (d.d. 20 november 1998), pp. 2-3.

<sup>46</sup> *Kamerstukken II* 26 257, nr.12 (verslag wetgevingsoverleg (d.d. 23 november 1998), pp. 10-11.

<sup>47</sup> Vgl. supra §3.7.

<sup>48</sup> Vgl. Van Slooten, a.w., p. 205.

<sup>49</sup> Van der Grinten, a.w., hst. 13, §5 (p. 175). Zoals Van der Grinten aangeeft, laat dit onverlet de opvatting van de regering voor de contractuele voorzieningen ten aanzien van een schorsing met inhouding van loon: de hiervóór gememoreerde vragen in het kader van wetsvoorstel 26 257 waren in dat opzicht namelijk wél terecht.

Dat er in de haast spaanders vallen, is begrijpelijk.

Maar die spaanders verdienen niet om richtinggevend te zijn bij de uitleg van de wet.

#### 4. *Bespreking van het cassatiemiddel*

4.1. Het voorgaande brengt mee dat onderdeel 1 van het middel naar mijn mening behoort te slagen.

Thans in het kort gezegd, berusten de aangevallen rov. 3.5. en 3.6 in het tussenvonniss van 23 november 1999 en de daarop voortbouwende rov. 2.3 in het eindvonnis van 20 maart 2001 van de rechtbank op een onjuiste rechtsopvatting. De rechtbank heeft miskend dat – ook bij wangedrag – niet-doorbetaling van loon in geval van een schorsing als regel een daartoe strekkend beding veronderstelt. Een motivering waarom zulks in dit geval niet vereist zou zijn, ontbreekt.

Voor zover de bij de behandeling van de wetsvoorstellen 24 439 ('Wulbz') en 26 257 ('Repa-flexwet') – overigens in ander verband gedane – uitlatingen van bewindslieden in een andere richting wijzen, had de rechtbank daaraan, nu die niet stroken met de geldende rechtsopvattingen omtrent loondoorbetaling in geval van schorsing van een werknemer, niet het gewicht mogen toekennen dat zij er kennelijk aan toegekend heeft.<sup>50</sup>

4.2. Bij gegrondbevinding van onderdeel 1, behoeven de onderdelen 2 en 3 geen bespreking meer. Ik zal daar niettemin nog enkele (subsidiäre) opmerkingen aan wijden.

4.3. Het subsidiäre onderdeel 2 strekt ten betoge dat de rechtbank miskent dat in ieder geval vanaf de datum van de ziekte op de werkgever de verplichting tot loonbetaling rust.

Het onderdeel neemt daarbij kennelijk tot (subsidiär) uitgangspunt dat de werkgever onder omstandigheden wél mag schorsen zonder doorbetaling van loon.<sup>51</sup> Daarvan uitgaande, valt m.i. niet zonder meer in te zien waarom die schorsing zonder doorbetaling van loon zou moeten ophouden door de enkele omstandigheid dat de geschorste werknemer ziek wordt.<sup>52</sup>

Het onderdeel lijkt mij wél valide, voor zover het er mede van uitgaat dat de schorsing zonder doorbetaling van loon in een gegeven geval (of altijd) in de tijd beperkt is (respectievelijk behoort te zijn), en de aanspraak betrekking heeft op de verplichting van de werkgever over de (ziekte-)periode ná beëindiging van de schorsing.

Zie over de 'herleving' supra nrs. 3.22-3.26.

Dat naar mijn mening een schorsing zonder doorbetaling van loon, indien al mogelijk, altijd in de tijd beperkt behoort te zijn, gaf ik aan in nr. 3.36. Ook de eisen van het goed werkgeverschap staan trouwens in de weg aan een langdurige inhouding tijdens ziekte, aangenomen dat de betrokken werknemer door zijn ziekte ook elders geen inkomsten zal kunnen genereren.<sup>53</sup>

4.4. Het meer subsidiäre onderdeel 3 richt zich tegen de overwegingen van de rechtbank onder

3.6 van het tussenvonniss en 2.4 van het eindvonnis, die erop neerkomen dat de omstandigheid dat G. al vóór de op non-actiefstelling ziek was aan haar oordeel niet afdoet, nu G. zich pas na de op non-actiefstelling heeft ziek gemeld, zodat hij niet geacht kan worden de bedongen arbeid wegens ziekte niet te kunnen verrichten. Het onderdeel acht deze rov. onbegrijpelijk. Het onderdeel voert tevens aan dat de rechtbank heeft miskend dat art. 7:629, lid 1 BW spreekt over het door ziekte verhinderd zijn, zonder dat daartoe een voorafgaande ziekmelding vereist is.

4.5. Ook dit meer subsidiäre onderdeel acht ik – zo nodig – voor honorering vatbaar. Het oordeel dat G. 'niet geacht kan worden door ziekte verhinderd te zijn geweest de bedongen werkzaamheden te verrichten maar door een aan zichzelf te wijten op non-actiefstelling' omdat<sup>54</sup> 'hij zich eerst na zijn op non-actiefstelling ziek heeft gemeld' gaat uit van een onjuiste rechtsopvatting, of is zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk.

De mogelijke onjuiste rechtsopvatting is dat een aanspraak op doorbetaling van loon tijdens ziekte steeds een aan de ziekte voorafgaande ziekmelding zou vereisen, of dat die althans in geval van schorsing steeds vereist zou zijn. Zoals het middel terecht aangeeft, stelt art. 7A:629 die eis niet. Het zou bijv. bij ziekte ten gevolge van een (ernstig) ongeval ook een onmogelijke eis zijn. En dat is ook zo bij een (andere) tot absentie of tot niet-functioneren aanleiding gevende ziekte, waarvan de zieke zich niet bewust was. Dat de zieke inmiddels geschorst is, maakt dat niet anders.

Indien de rechtbank dit – in het algemeen – niét miskend heeft, is haar oordeel onbegrijpelijk, omdat zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet valt in te zien waarom in het onderhavige geval wél een aan de schorsing voorafgaande ziekmelding vereist zou zijn geweest. Het oordeel is, zonder nadere motivering, m.i. te meer onbegrijpelijk omdat juist in geval van overspan-

50 Zie over de betrekkelijke waarde van de wetsgeschiedenis als hulpmiddel bij de wetsuitleg bijv. Asser-Vranken, Algemeen Deel 1995, nr. 141 (p. 92) e.v. Hetgeen bij de parlementaire behandeling van de Wulbz en Repa-Flexwet over schorsing zonder behoud van loon is gezegd, kan m.i. beschouwd worden als een interessante illustratie van Vranken's beschouwingen in nrs. 143, 150 en 154.

51 Het onderdeel maakt geen onderscheid tussen een eventueel einde van de eerste oorzaak van het niet werken (bijv. einde van de maximale duur van de schorsing) en de aanvang van de tweede oorzaak van het niet kunnen werken, in casu de ziekte.

52 Net zo min als het spiegelbeeld. Er is geen rechtsregel op grond waarvan een disciplinaire maatregel tijdens ziekte – ervan uitgaande dat daartoe aanleiding is – niet mogelijk zou zijn. De bouwvakker uit §3.25 die met een gebroken arm thuis zit en uit balorigheid bij zijn werkgever brand sticht, zal niet op grond van het enkele feit dat hij ziek is, een disciplinaire maatregel kunnen ontlopen.

53 Artikel 7:629, gaat daarvan uit, door in lid 3, sub c, en in 4, tweede volzin, uitzonderingen op dit uitgangspunt te regelen.

54 De rechtbank gebruikt de woorden 'derhalve', en 'daar' in de zin van 'omdat'.

nenheid (die aanleiding kan geven tot een uitbarsting, op haar beurt aanleiding gevende tot een op non-actiefstelling) een voorafgaande ziekmelding niet zonder meer in de lijn der verwachtingen ligt. Bij surmenage kan de tot dan toe latente kwaal juist door een uitbarsting manifest worden.

#### 5. Conclusie

Mijn conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden vonnis, met verwijzing van de zaak naar het gerechtshof te 's-Hertogenbosch.

#### Hoge Raad:

##### 1. Het geding in feitelijke instanties

Eiser tot cassatie – verder te noemen: G. – heeft bij exploit van 6 februari 1997 verweerders in cassatie – tezamen verder te noemen: V&P – gedagvaard voor de Kantonrechter te Bergen op Zoom en – na wijziging en vermeerdering van eis bij repliek – gevorderd V&P hoofdelijk, des dat de een betalende de ander zal zijn gekweten te veroordelen tot:

a. betaling van een bedrag van f 9942,47 terzake van provisie over de periode 1 januari 1995 tot en met 31 maart 1996;

b. betaling van een bedrag van primair f 144 000 en subsidiair f 84 150 terzake van provisie over de periode 1 april 1996 tot en met 30 juni 1997;

c. betaling van een bedrag van f 25 000 aan boete;

d. afgifte binnen 2 dagen na betekening van dit vonnis van kopieën van alle door V&P ontvangen tussenpersoonnota's vanaf maart 1996, op straffe van verbeurte van een boete van f 1000 per dag voor elke dag, dat V&P daarmee in gebreke blijft;

e. betaling van een bedrag aan wettelijke rente van f 7507,20, te vermeerderen met de wettelijke rente over de bedragen sub a tot en met c vanaf 2 juli 1997, althans vanaf 3 december 1997.

V&P heeft de vorderingen bestreden en van haar kant in reconventie – na wijziging en vermeerdering van eis – gevorderd G. uitvoerbaar bij voorraad te veroordelen tot betaling van f 10 248,15 ter zake van restitutieverplichtingen, indien en voorzover verrekening met (het toe-wijsbaar geachte deel van) de vorderingen in conventie niet mogelijk is en f 25 000 aan boete, vermeerderd met de wettelijke rente over deze bedragen vanaf 16 april 1997.

G. heeft de vordering in reconventie bestreden.

De Kantonrechter heeft bij tussenvonnis van 16 april 1997 een comparitie van partijen gelast en bij tussenvonnis van 27 mei 1998 de zaak naar de rol verwezen voor het nemen van een akte door V&P en een antwoordakte door G.

Bij eindvonnis van 16 september 1998 heeft de Kantonrechter in conventie zich voor een deel van de vorderingen tot een bedrag van f 3042,45 onbevoegd verklaard daarvan kennis te nemen en de zaak naar de Rechtbank te Breda verwezen, en V&P veroordeeld tot:

a. betaling aan G. van bedragen van f 9942,47, f 23 571,25 en f 958,08, alsmede van de wettelijke rente over de eerste twee vermelde bedragen vanaf 2 juli 1997;

b. afgifte binnen 2 weken na betekening van dit vonnis van kopieën van alle door V&P ontvangen tussenpersoonnota's vanaf maart 1996, op straffe van een boete van f 1000 per dag voor elke dag dat V&P daarmee in gebreke blijft met een maximum van f 150 000, en

c. het meer of anders gevorderde afgewezen.

Voorts heeft de Kantonrechter zich in reconventie onbevoegd verklaard kennis te nemen van de vordering betreffende f 25 000 aan boete en de zaak naar de Rechtbank te Breda verwezen, en het meer of anders gevorderde afgewezen.

Tegen de vonnissen van 27 mei 1998 en 16 september 1998 heeft G. in conventie hoger beroep ingesteld bij de Rechtbank te Breda. Bij memorie van grieven heeft G. geconcludeerd tot vernietiging van beide vonnissen in conventie en, opnieuw rechtdoende, bij vonnis V&P te veroordelen om aan G. te betalen ter zake van ziekgeld over de periode 29 maart 1996 tot en met 5 maart 1997 f 47 579 bruto, alsmede een bedrag van f 40 000 ter zake van gedeerde provisie over de periode van 5 maart tot en met 30 juni 1997.

V&P heeft incidenteel hoger beroep ingesteld en afwijzing van de provisieaanspraken sedert 28 maart 1996 gevorderd.

Bij tussenvonnis van 23 november 1999 heeft de Rechtbank V&P tot bewijslevering toegelaten, Na enquête en contra-enquête heeft de Rechtbank bij eindvonnis van 20 maart 2001 in het principaal en incidenteel appel het vonnis van de Kantonrechter van 16 september 1998 vernietigd voorzover aan haar oordeel onderworpen, te weten de vordering ziekgeld ad f 23 571,25, en, opnieuw rechtdoende, de vordering tot betaling van ziekgeld ad f 47 579 afgewezen, en dit vonnis voorzover overigens aan haar oordeel onderworpen, te weten de afwijzing van de vordering tot betaling van provisie over de periode van 5 maart 1997 tot en met 30 juni 1997, bekrachtigd.

(...)

##### 2. Het geding in cassatie

(...)

De conclusie van de Advocaat-Generaal D.W.F. Verkade strekt tot vernietiging van het bestreden vonnis, met verwijzing van de zaak naar het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch.

##### 3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Ingevolge de tussen partijen op 30 november 1994 gesloten arbeidsovereenkomst is G. met ingang van 1 januari 1995 bij V&P aangesteld tot directeur van V&P's 'Hypotheekcentrum West-Brabant', tegen een salaris dat bestaat uit afsluitprovisie over de afgesloten hypotheeken.

(ii) Nadat tussen partijen problemen waren gerezen, heeft V&P G. met ingang van 28 maart 1996 op non-actief gesteld. G. is op die dag door zijn huisarts arbeidsongeschikt verklaard en heeft zich met ingang van die dag ziek gemeld. G. is vanaf 29 maart 1996 tot en met 5 maart 1997 arbeidsongeschikt geweest; met ingang van 5 maart 1997 is hij hersteld bevonden.

(iii) De kantonrechter te Bergen op Zoom heeft de arbeidsovereenkomst op verzoek van V&P per 1 juli 1997 ontbonden onder toekenning van een vergoeding.

3.2. G. heeft gevorderd als onder 1 vermeld, hetgeen, samengevat en voorzover in cassatie van belang, neerkomt op een naar het verleden berekend bedrag aan afsluitprovisie over de periode vanaf de op non-actiefstelling tot aan het einde van het dienstverband.

De Kantonrechter heeft na een tussenvonnis bij eindvonnis van 16 september 1998 een deel van vordering van G. toegewezen.

G. is van de beide vonnissen in beroep gekomen, stellende dat de Kantonrechter de vordering tot een te laag bedrag heeft toegewezen. V&P heeft incidenteel beroep ingesteld.

De Rechtbank heeft na bij tussenvonnis een bewijsopdracht te hebben gegeven, bij eindvonnis het vonnis van de Kantonrechter van 16 september 1998 in zoverre vernietigd dat de vordering van G. tot betaling van provisie over de periode van 1 april 1996 tot en met 30 juni 1997 alsnog wordt afgewezen.

3.3. De Rechtbank heeft in rov. 3.5 van haar tussenvonnis geoordeeld dat de in art. 7:627 BW neergelegde hoofdregel, dat de werkgever geen loon verschuldigd is indien de werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht, ingevolge art. 7:628 BW uitzondering lijdt indien de oorzaak van het niet presteren in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen. Naar aanleiding van de stellingen van V&P dat G. de op non-actiefstelling aan zich zelf heeft te wijten, zodat de oorzaak van het niet verrichten van de werkzaamheden voor zijn rekening behoort te komen, heeft de Rechtbank V&P in de gelegenheid gesteld feiten en omstandigheden te bewijzen waaruit blijkt dat de op non-actiefstelling aan G. is te wijten. In rov. 3.6 heeft zij geoordeeld dat, mocht V&P slagen in haar bewijsopdracht, G. geen recht heeft op een fictieve provisie over de periode dat hij op non-actief is gesteld en in dat geval evenmin recht heeft op 70% van het loon over de periode dat hij arbeidsongeschikt is geweest, daar hij zich eerst na zijn op non-actiefstelling ziek heeft gemeld en derhalve niet geacht kan worden door ziekte verhinderd te zijn geweest de bedongen werkzaamheden te verrichten maar door een aan zich zelf te wijten op non-actiefstelling. In haar eindvonnis heeft de Rechtbank in rov. 2.3 geoordeeld dat vast is komen te staan dat G. zich ernstig heeft misdragen, en wel dusdanig dat V&P, mede gelet op de reeds tussen partijen gerezen problemen, geoordeeld had om G. op non-

actief te stellen; zij heeft vervolgens in rov. 2.4 bij wijze van slotsom geoordeeld dat G. geen recht had op provisie over de periode waarin hij op non-actief was gesteld en evenmin recht op 70% van het loon in de periode dat hij wegens ziekte arbeidsongeschikt is geweest.

3.4. Onderdeel 1 is met een rechtsklacht gericht tegen rov. 3.5 en rov. 3.6 van het tussenvonnis en houdt in dat zonder afwijking als bedoeld in art. 7:628 lid 5 en/of lid 7 BW het rechtens niet mogelijk is om de geschorste of op non-actief gestelde werknemer zijn recht op loon te ontnemen, ook indien de schorsing of op non-actiefstelling aan hemzelf te wijten is.

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 ook 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 immers, zolang de arbeidsovereenkomst bestaat, 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. Nu de stukken van het geding geen andere gevolgtrekking toelaten dan dat van zulk een afwijking geen sprake is, is de Rechtbank derhalve in de rov. 3.5 en 3.6 van haar tussenvonnis en in rov. 3.4 van haar eindvonnis uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting.

Voor zover bij de behandeling van de wetsvoorstellen 24349 ('Wulbz') en 26257 ('Reparflexwet') – overigens in ander verband – gedane uitlatingen van bewindslieden, vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.27-3.35, in een andere richting wijzen, vormen deze geen reden om tot een ander dan het evenvermelde, met de heersende rechtsopvatting omtrent de doorbetaling van loon in geval van schorsing van een werknemer strokende, oordeel te komen.

3.6. Nu onderdeel 1 slaagt, behoeven de onderdelen 2 en 3 als subsidiair respectievelijk meer subsidiair aangevoerd geen behandeling.

4. *Beslissing*  
De Hoge Raad:

vernietigt de vonnissen van de Rechtbank te Breda van 23 november 1999 en 20 maart 2001;

verwijst het geding naar het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt V&P in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van G. begroot op €171,35 aan verschotten en €1590 voor salaris.

#### NOOT

1. In deze zaak speelde de vraag of de werknemer tijdens een non-actiefstelling door de werkgever recht behoudt op loon, indien de reden voor non-actiefstelling ligt in verwijtbaar gedrag van de werknemer. In het arbeidsrecht is de risico-verdeling in geval niet wordt gewerkt aldus, dat in beginsel geen loon is verschuldigd voor de tijd gedurende welke de werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht (art. 7:627 BW). Hij behoudt echter 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 (art. 7:628 BW). Het criterium 'in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoren te komen' is rijkelijk vaag. In deze zaak besliste de Hoge Raad dat daaronder ook valt de situatie waarin de werkgever de werknemer op non-actief heeft gesteld, zelfs als de oorzaak daarvoor ligt in een gerechtvaardigd verwijt aan de werknemer.

2. Voor de situatie waarin de werkgever de werknemer niet toelaat tot zijn werkzaamheden wordt zowel het begrip 'schorsing' als de term 'op non-actiefstelling' gehanteerd. De aanduiding 'schorsing' wordt gewoonlijk gebruikt voor een disciplinaire maatregel en heeft daarmee een diffamerend karakter. 'Non-actiefstelling' is een ruimere en neutralere term, die zowel een schorsing om een disciplinaire reden kan inhouden, als ook een ordemaatregel om een reden waarvoor de werknemer geen verwijt treft (bijvoorbeeld er wordt niet gewerkt wegens onvoldoende beschikbaar werk of non-actiefstelling is nodig omdat twee collega's niet kunnen samenwerken, zonder dat hen daarvoor blaam treft). In de literatuur wordt aangenomen dat de rechtsgevolgen van een schorsing of een andere vorm van non-actiefstelling in beginsel identiek zijn. Deze rechtsgevolgen zijn niet uitdrukkelijk wettelijk geregeld. Iedere vorm van non-actiefstelling kan worden getoetst aan de hand van het criterium goed werkgeverschap (art. 7:611 BW). Toetsing vindt veelal plaats aan de hand van de beginselen van goed werkgeverschap (zie Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, hoofdstuk 2). Ook kennen sommige cao's procedurele of inhoudelijke regels die moeten worden toegepast bij het opleggen van een schorsing.

3. De rechtbank had in deze zaak vastgesteld dat

G. zich ernstig had misdragen en dat V&P gegronde redenen had om G. op non-actief te stellen. G. had daarom volgens de rechtbank geen recht op provisie over die periode en evenmin op 70% van het loon in de periode dat hij wegens ziekte arbeidsongeschikt was, omdat hij zich eerst na de non-actiefstelling ziek had gemeld. In cassatie ging het met name om de vraag of het mogelijk is de op non-actief gestelde werknemer zijn recht op loon te ontnemen, zonder dat deze mogelijkheid tevoren rechtsgeldig is overeengekomen, met als argument dat de non-actiefstelling aan hemzelf te wijten is.

4. In de arbeidsrechtelijke literatuur werd tot nu toe verondersteld dat een schorsing of non-actiefstelling een oorzaak van niet-werken is die voor rekening van de werkgever komt. Daaruit volgt dat art. 7:628 BW van toepassing is. De werkgever moet het loon doorbetalen tijdens de schorsing, tenzij dit artikel rechtsgeldig terzijde is gesteld. Deze strenge leer hangt samen met de strikte loonbepalingen zoals die in 1907 in het BW zijn opgenomen teneinde te voorkomen dat de werkgever door allerlei trucs af probeert te doen aan zijn verplichting om het loon te betalen. Te gemakkelijk zou anders de werkgever willekeurig schorsingen kunnen uitdelen om van zijn loonverplichtingen af te komen. De werknemer zou onnodig gedwongen kunnen worden om schorsingen aan te vechten. De werknemer moest ten minste vooraf weten in welke gevallen hij wel of niet recht had op loon. Deze strenge leer werd door de meeste auteurs gedeeld, hoewel er ook in het verleden wel anders luidende opvattingen waren (zoals Vos, *Sociaal Maandblad* 1951, p. 169; Zonderland, *De arbeidsovereenkomst*, Groningen: Tjeenk Willink 1965, p. 149). Daarnaast bepleit Van Slooten, *Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 242 de mogelijkheid van inhouding van loon juist ten aanzien van de non-actiefstelling als ordemaatregel. Ik zou menen dat dit echter alleen geldt voor het geval waarin de non-actiefstelling een onvermijdelijk gevolg is van een oorzaak die voor risico van de werknemer komt en waarbij de werkgever dus geen eigen keuzevrijheid heeft; vgl. voor voorbeelden Sagel, *Advocatenblad* 12 juni 2003, p. 50-51.

5. Tot 1999 was het mogelijk om in de individuele arbeidsovereenkomst af te wijken van artikel 7:628 BW (semi-dwingend recht). Dit bracht mee dat individueel kon worden overeengekomen dat de werknemer kon worden geschorst zonder behoud van loon. Sommige werkgevers voorzagen hun arbeidsovereenkomsten van deze mogelijkheid, met name als disciplinaire maatregel. De Wet Flexibiliteit en zekerheid heeft echter (vooral ter bescherming van oproepkrachten tegen onzekerheid over het recht op loon na een oproep) de mogelijkheid om af te wijken van dit artikel sterk beperkt. Slechts voor het eerste half jaar van de arbeidsovereenkomst kan in de individuele arbeidsovereenkomst worden afgeweken (lid 5). Daarna is afwijking nog slechts bij cao mogelijk (driekwart dwingend recht, lid 7). In

een enkele cao wordt inderdaad een strafschor-sing met inhouding van loon toegelaten, maar dan meestal slechts voor een korte periode (een voorbeeld van een geschil over het terzijde stellen van art. 7:628 BW in de Horeca-cao biedt Ktr. Hilversum 1 februari 2006, *JAR* 2006/57, *RAR* 2006, 65). De wetgever heeft zich wellicht onvoldoende gerealiseerd dat het de werkgever door deze wetswijziging ook niet meer mogelijk is om in de individuele arbeidsovereenkomst de mogelijkheid van een schorsing met inhouding van loon overeen te komen. Opmerkingen op dit punt werden door de desbetreffende bewindslieden van de hand gewezen, zonder kennelijk op de hoogte te zijn met de heersende opvattingen. Zoals wel vaker berustten de tijdens het kamerdebat door bewindslieden ingenomen stellingen niet op een grondige bestudering van de materie. Vaak gaat het er in zo'n situatie vooral om de nog twijfelende kamerleden over de streep te trekken, waarbij de degelijkheid van de argumentatie wel eens het onderspit delft in de vuur van het debat. Het is dan ook begrijpelijk dat de Hoge Raad in deze standpunten geen aanleiding ziet om de heersende leer terzijde te stellen. Zie voor een uitvoerige behandeling van deze wetsgeschiedenis de conclusie van A-G Verkade.

6. De Hoge Raad bevestigt in dit arrest de heersende leer, dat inhouding van loon slechts mogelijk is indien rechtsgeldig is afgeweken van art. 7:628 BW. Dat brengt mee dat de mogelijkheid om schorsing onder inhouding van loon individueel overeen te komen sinds 1999 praktisch is uitgesloten. Daarmee verwerpt hij in de literatuur wel geopperde gedachten dat door de invoering van de Wet Flexibiliteit en zekerheid en de toelichting van de bedoelde bewindslieden de oude leer niet meer zou gelden (zie bv. Van Eck, *ArbeidsRecht* 2002/41, p. 9-10). Het arrest is heftig bekritiseerd door Kruijer, *Prg.* 2003, p. 559-566, met als voornaamste argument dat slecht werknemersgedrag hiermee zou worden beloond. Toch geeft de Hoge Raad een mijns inziens overtuigend argument voor het handhaven van de heersende leer, waarvoor men de uitspraak echter wel goed moet lezen. De cruciale passage is: 'De werkgever kan zich immers, zolang de arbeidsovereenkomst bestaat, niet eenzijdig aan de verplichting tot loonbetaling onttrekken,' (ov. 3.5). Daarmee geeft de Hoge Raad aan dat wanneer die mogelijkheid wel zou bestaan, de werkgever onder het mom van een non-actiefstelling in wezen een ontslag op staande voet zou kunnen realiseren. De werkgever zou dan immers voor onbepaalde tijd aan de werknemer zowel de toegang tot het werk als de betaling van loon kunnen ontnemen. In het systeem van het arbeidsrecht bestaan daar andere middelen voor, die voorzien zijn van hun eigen procedures en rechtsbescherming. In dit systeem zou het niet passen om een alternatieve mogelijkheid daar buitenom te bieden. Rechtsonzekerheid voor de werknemer zou hiervan het gevolg kunnen zijn, omdat de werknemer om allerlei redenen het

loon zou kunnen worden ontzegd en hij dan de procedeerlast (de noodzaak om het initiatief te nemen om te procederen) zou krijgen om dit aan te vechten.

7. In het ontwerp voor titel 7.10 Nieuw BW van Levenbach uit 1972 was voorzien in een aparte regeling voor de schorsing. Dit heeft geleid tot SER-advies 93/11 en het daarop gebaseerde wetsvoorstel 23 974 inzake het arbeidstuchtrecht. Dit laatste werd echter in 1995 wegens onvoldoende steun in de Tweede Kamer ingetrokken. Ook in dit wetsvoorstel werd uitgegaan van het uitgangspunt dat een bevoegdheid om bij schorsing loon in te houden tevoren moest zijn overeengekomen. Daarnaast beperkte dit voorstel het recht om dit te doen tot ten hoogste twee dagen, afgezien van afwijking bij cao. Deze geschiedenis vormt een ondersteuning van de zienswijze van de Hoge Raad. Tegelijkertijd zou dit arrest echter aanleiding kunnen zijn voor de wetgever om opnieuw te overwegen om de disciplinaire maatregelen in de arbeidsverhouding nader te regelen. Daarbij zou ook aandacht kunnen worden geschonken aan de mogelijkheid om werkgevers ook zonder contractuele voorzieningen de mogelijkheid te bieden om onder bepaalde voorwaarden tot schorsing met inhouding van loon over te gaan.

8. In deze zaak kwam de Hoge Raad niet toe aan de beoordeling van twee stellingen van de rechtbank, namelijk (1) dat ziekte slechts tot doorbetaling van loon leidt als deze vooraf is gemeld en (2) dat indien ziekte ontstaat na een non-actiefstelling geen loonbetaling op grond van art. 7:629 BW verplicht zou zijn. A-G Verkade wijst in zijn conclusie onder 4.5 op goede gronden op de onhoudbaarheid van deze benadering. Het wordt nog wel eens uit het oog verloren dat deze bepaling een socialezekerheidsregeling is. De werkgever dient de bescherming van het inkomen bij ziekte niet te kunnen beïnvloeden door een non-actiefstelling. Vermelding verdient nog dat in geval van een arbeidsconflict niet art. 7:629 maar art. 7:628 BW in beginsel bepalend is voor het recht op loon. Indien de werkgever de werknemer op deze grond op non-actief stelt, is hij op grond van dit arrest loon verschuldigd (vgl. Ktr. Dordrecht 24 september 2003, *JAR* 2003/247). Weigert de werknemer te komen werken bij een arbeidsconflict, dan zal bepalend zijn in hoeverre het conflict het werken daadwerkelijk onmogelijk maakt en of de oorzaak van het conflict in overwegende mate bij de werkgever of bij hemzelf moet worden gezocht.

9. Het arrest is instemmend besproken door Sagel in *ArbeidsRecht* 2003/29 en Buijs, *SR* 2003/52 en wat kritischer door Zondag, *ArA* 2003/2, p. 26-61. Zie voorts Van Minnen, *Arbeid Integraal*, 2005/1, p. 5-26.